

Übung im Öffentlichen Recht WS 2006 / 2007

3. Klausur

Lösung

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Hinweis zum Aufbau: Die Zulässigkeitsvoraussetzungen können in Allgemeine (VerwRWeg, zuständiges Gericht, Beteiligten-/Prozessfähigkeit, statthafte Klageart) und Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen (Klagebefugnis, Vorverfahren, Frist) unterteilt werden. Letztere sollten in jedem Fall angesprochen werden, von den ersteren sind nur VerwRWeg und statthafte Klageart zwingend.

I. Verwaltungsrechtsweg § 40 I 1 VwGO

Hinweis zum Aufbau: Der Verwaltungsrechtsweg kann selbstständig vor der Zulässigkeit (weil fehlender VerwRWeg nicht zur Abweisung als unzulässig, sondern zur Verweisung führt, § 17a II 1 GVG i.V.m. § 173 VwGO) oder als erster Punkt in der Zulässigkeit (so hier) geprüft werden. Beides ist als uneingeschränkt richtig zu bewerten.

Mangels aufdrängender oder abdrängender Sonderzuweisung ist § 40 I 1 VwGO anzuwenden. Danach müsste zunächst eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Streitgegenstand ist hier die Aufhebung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis und eine Schließungsverfügung. Beides sind hoheitlich-regelnde Maßnahmen, die im Über-/Unterordnungsverhältnis ergangen sind (Subordinationstheorie). Überdies sind die streitentscheidenden Vorschriften hier Normen des Gaststätten- und allgemeinen Gewerberechts und damit Normen des öffentlichen Rechts (Sonderrechts- oder Subjektstheorie). Damit liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Diese ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art.

II. Statthafte Klageart

Die Statthaftigkeit eines Antrags richtet sich gemäß § 88 VwGO nach dem Begehren des Antragstellers. Im vorliegenden Fall wehrt sich der G gegen die Aufhebung seiner Erlaubnis und gegen die Schließungsanordnung. Bei beiden Maßnahmen handelt es sich um hoheitliche Maßnahmen zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen und damit um Verwaltungsakte gemäß § 35 S. 1

VwVfG. Daher ist die Anfechtungsklage gemäß § 42 I 1. Alt. VwGO hinsichtlich beider Maßnahmen statthaft.

Da die Aufhebung der Erlaubnis und die Schließungsanordnung zwei unterschiedliche Regelungen treffen, handelt es sich hier um zwei unterschiedliche Verwaltungsakte, die in einem Bescheid zusammengefasst worden sind. Da G gegen beide Maßnahmen in einer Klage vorgeht, macht er zwei unterschiedliche Streitgegenstände kumulativ geltend. Daher handelt es sich hier um einen Fall der objektiven Klagenhäufung gemäß § 44 VwGO. Da sich beide Streitgegenstände gegen denselben Beklagten richten, einem einheitlichen Lebensvorgang zuzurechnen sind und unter die Zuständigkeit desselben Gerichts fallen, ist die Klagenhäufung zulässig.

III. Klagebefugnis § 42 II VwGO

Die notwendige Klagebefugnis des G gemäß § 42 II VwGO ergibt sich aus der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 I 1 GG.

Hinweis: Die Eigentumsfreiheit gem. Art. 14 I GG ist zwar im Ergebnis nicht einschlägig, es ist jedoch auch nicht von vornherein abwegig, sie im Wege der Möglichkeitstheorie in Erwägung zu ziehen. Die Adressatentheorie i.V.m. Art. 2 I GG anzuwenden ist grundsätzlich richtig, es ist jedoch vor dem Hintergrund, dass hier das speziellere Grundrecht der Berufsfreiheit so offensichtlich einschlägig ist, etwas unglücklich.

IV. Vorverfahren § 68 I 1 VwGO

Ferner müsste ein Vorverfahren gemäß § 68 I 1 VwGO durchgeführt worden sein. Die sehr umstrittene Frage, ob die Durchführung eines Vorverfahrens eine zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung ist oder durch eine Einlassung der Behörde zur Begründetheit der Klage geheilt werden kann, bedarf hier keiner Entscheidung, da die Behörde nur die Unzulässigkeit der Klage gerügt hat.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, welche Anforderungen an das Vorverfahren gemäß § 68 I 1 VwGO zu stellen sind. Fraglich ist vor allem, ob es ausreicht, wenn überhaupt ein Widerspruchsbescheid vorliegt oder ob der Widerspruchsbescheid auf einen zulässigen Widerspruch hin ergangen sein muss.

Ein Widerspruch ist insbesondere dann unzulässig, wenn er gemäß § 70 I 1 VwGO verfristet ist. Hier ist laut Sachverhalt der Ausgangsbescheid dem G am 7.7.2005 zugestellt und damit gemäß § 70 I 1 VwGO i.V.m. §§ 41 I 1; V VwVfG, 2 I VwZG bekannt gegeben worden. Da laut Sachverhalt eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung erfolgt ist, hat die Frist gemäß §§ 57

I, 58 I VwGO i.V.m. § 222 I ZPO, § 187 I BGB am 8.7.2005 zu laufen begonnen. Die Widerspruchsfrist ist nach § 57 II VwGO i.V.m. §§ 222 ZPO, 187ff. BGB zu berechnen. Damit ist sie gemäß § 188 II BGB am 7.8.2005 um 24.00 Uhr abgelaufen. Mithin war der am 10.8.2005 erhobene Widerspruch verfristet und damit unzulässig.

Hinweis: Die streitige Frage, ob die Fristberechnung gemäß § 57 I VwGO i.V.m. § 222 I ZPO, oder gemäß §§ 79, 31 VwVfG erfolgt, bedarf keiner Entscheidung, da beide Wege zu den §§ 187ff. BGB führen. Die Drei-Tages-Frist des § 41 II VwVfG ist hier nicht anwendbar, da sie nur für einfache Briefe gilt.

Fraglich ist, ob diese Fristversäumung durch den gleichwohl erfolgten Erlass des Widerspruchsbescheides geheilt worden ist, mit der Folge, dass ein ordnungsgemäßes Vorverfahren gemäß § 68 I 1 VwGO vorläge. Ob eine solche Heilung eines verfristeten Widerspruchs durch Widerspruchsbescheid möglich ist, ist umstritten.

Eine in der Literatur weit verbreitete Ansicht verneint eine solche Heilungsmöglichkeit. Demnach wäre im vorliegenden Fall die Klage des G schon als unzulässig abzuweisen. Diese Ansicht beruft sich auf den Zweck des Vorverfahrens, die Gerichte zu entlasten. Diese Entlastung dürfe nicht durch die Verwaltung ausgehebelt werden. Ferner würde die Bestandskraft des Ausgangsbescheides konterkariert und damit die Rechtssicherheit im Verwaltungsverfahren beeinträchtigt. Schließlich müsse auch die Ausgangsbehörde sich nach Ablauf der Widerspruchsfrist auf die Bestandskraft des Ausgangsbescheides verlassen können. Dies sei nicht möglich, wenn sie jederzeit damit rechnen muss, dass die Widerspruchsbehörde durch eine erneute Sachentscheidung den Rechtsweg wieder eröffne. Dies gehe auch über die Anforderungen an eine Selbstkontrolle der Verwaltung hinaus.

Eine andere Ansicht hält die Heilung der Unzulässigkeit des Widerspruches durch eine gleichwohl ergehende Sachentscheidung der Widerspruchsbehörde in jedem Fall für möglich. Nach dieser Ansicht kann die Widerspruchsbehörde durch eine neue Sachentscheidung den Rechtsweg wieder eröffnen, sie muss es jedoch nicht. Nach dieser Ansicht wäre die Klage des G mithin zulässig. Dieses Befugnis soll der Widerspruchsbehörde durch den Devolutiveffekt des Widerspruches zukommen, der schließlich auch bei unzulässigen Widersprüchen eintritt. Ferner diene das Widerspruchsverfahren vorrangig dem Rechtsschutz des Rechtsbehelfsführers. Auch die Selbstkontrolle der Verwaltung erfordere wenn nicht die Pflicht, so doch wenigstens die Befugnis der Widerspruchsbehörde, den Rechtsweg wieder zu eröffnen. Bei rechtswidrigen Verwaltungsakten sei ein Vertrauen auf die Bestandskraft des Ausgangsbescheides von vornherein nicht schutzwürdig.

Die Rechtsprechung differenziert bei dieser Frage zwischen einseitig belastenden Verwaltungsakten und Verwaltungsakten mit Drittwirkung, bei denen der angegriffene

Verwaltungsakt einen Dritten begünstigt. Da im vorliegenden Fall Dritte nicht beteiligt sind, wäre dieser Ansicht zufolge die Klage des G ebenfalls zulässig. Für diese Ansicht spricht, dass bei Beteiligung von Dritten eine Heilung der Fristversäumung durch einen gleichwohl ergehenden Widerspruchsbescheid schon deshalb abzulehnen ist, da sonst dem Dritten durch eine Aufhebung des Ausgangsbescheides im Prozess eine Rechtsposition wieder entzogen würde, die ursprünglich bereits durch einen bestandskräftigen Ausgangsbescheid gesichert war. In diesen Fällen dient die Widerspruchsfrist auch den Interessen des Dritten und muss daher der Dispositionsbefugnis der Widerspruchsbehörde entzogen sein. Bei einseitig belastenden Verwaltungsakten steht dagegen die Funktion des Widerspruchsverfahrens als Instrument des Rechtsschutzes für den Bürger und der Selbstkontrolle der Verwaltung im Vordergrund, so dass kein Bedürfnis besteht, die Dispositionsbefugnis der Widerspruchsbehörde über die Fortführung des Widerspruchsverfahrens zu beschränken. Mithin ist ein ordnungsgemäßes Vorverfahren gemäß § 68 I 1 VwGO zu bejahen.

V. Klagefrist § 74 I 1 VwGO

Die Monatsfrist des § 74 I 1 VwGO ist grundsätzlich gemäß § 57 I VwGO i.V.m. § 222 I ZPO, §§ 187ff. BGB abgelaufen, da das Bezirksamt den Widerspruch des G am 15.8.2005 zurückweist und er erst am 20.9.2005 Klage erhebt. Die Drei-Tages-Fiktion des § 41 II VwVfG findet auf Widerspruchsbescheide gemäß Abs. 5 dieser Vorschrift per se keine Anwendung, da Widerspruchsbescheide gemäß § 73 III 1 VwGO immer von Amts wegen zugestellt werden.

Hinweis: Da der Sachverhalt den Tag der Zustellung und eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung des Widerspruchsbescheides nicht ausdrücklich nennt, ist es jedoch zulässig, mit einer juristisch nachvollziehbaren Argumentation zu einer fristgemäßen Klageerhebung zu kommen.

Die Klage ist demnach – je nach der Entscheidung zur Klagefrist – zulässig oder unzulässig. Im letzteren Fall erfolgt die Prüfung der Begründetheit im Wege des Hilfsgutachtens.

C. Begründetheit

Die Klagen sind begründet, wenn die angegriffenen Verwaltungsakte rechtswidrig sind und den Kläger in seinen Rechten verletzen, § 113 I 1 VwGO.

I. Aufhebung der Erlaubnis

Fraglich ist, ob die Aufhebung der Erlaubnis formell und materiell rechtmäßig ist.

1. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

Das Bezirksamt war gemäß § 4 II 1 AZG i.V.m. § 2 IV 1 ASOG, Nr. 21 II lit. e) ZustKatOrd für den Ausgangsbescheid und gemäß § 27 I lit. b) AZG für den Erlass des Widerspruchsbescheides zuständig.

b) Verfahren

Den Anforderungen an eine notwendige Anhörung gemäß § 28 I VwVfG ist durch die Stellungnahme des G mit Schreiben vom 25.6.2005 genügt.

c) Form

Für eine Verletzung der Formvorschriften für Verwaltungsakte gemäß den §§ 37, 39 VwVfG gibt es keinerlei Anzeichen.

Mithin ist die Aufhebung der Erlaubnis formell rechtmäßig

2. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage für die Aufhebung der Erlaubnis kommt zunächst § 15 GaststättenG in Betracht.

aa. Anwendbarkeit des § 15 GaststättenG

Die Aufhebung der Gaststättenerlaubnis ist in § 15 GaststättenG geregelt. Die Vorschrift ist anwendbar, da es sich bei der Gaststätte des G um eine Gaststätte im Sinne des § 1 I GaststättenG handelt. Da § 15 GaststättenG eine Sonderregelung für die Aufhebung einer Gaststättenerlaubnis darstellt, sind damit zugleich die §§ 48, 49 VwVfG grundsätzlich verdrängt.

Hinweis: Die Prüfung des Bescheides anhand der §§ 48, 49 VwVfG ist daher zwar grundsätzlich unrichtig, die Probleme, die sich im weiteren Verlauf der Prüfung ergeben, laufen jedoch teilweise parallel, so dass die Bearbeiter auch auf diesem Wege noch zu verwertbaren Erkenntnissen kommen können.

bb. Abgrenzung Widerruf - Rücknahme

Zunächst ist zu klären, ob es sich bei der Aufhebung der Erlaubnis um eine Rücknahme gemäß § 15 I GaststättenG oder um einen Widerruf gemäß § 15 Abs. 2 oder 3 GaststättenG handelt.

Für die rechtliche Qualifikation einer behördlichen Aufhebungsentscheidung sind entsprechend § 133 BGB Inhalt und Zweck des Aufhebungsbescheides maßgebend; auf seine Bezeichnung kommt es dagegen grundsätzlich nicht an.

Die Systematik des § 15 GaststättenG entspricht im Grundsatz dem Verhältnis zwischen den §§ 48 (Rücknahme) und 49 (Widerruf) VwVfG. Demnach handelt es sich bei der Aufhebung eines ursprünglich rechtswidrigen Verwaltungsaktes grundsätzlich um eine Rücknahme und bei der Aufhebung eines ursprünglich rechtmäßigen Verwaltungsaktes grundsätzlich um einen Widerruf.

Im vorliegenden Fall spricht zunächst für eine Rücknahme gemäß § 15 I 1 GaststättenG, dass die Behörde selbst ihren Bescheid als Rücknahme bezeichnet. Gemäß § 15 I GaststättenG ist die Erlaubnis zurückzunehmen, wenn bei Erteilung der Erlaubnis Versagungsgründe gemäß § 4 I Nr. 1 GaststättenG vorlagen. Da jedoch die Behörde sich inhaltlich nicht auf einen bei Erteilung vorliegenden Versagungsgrund beruft, scheidet § 15 I GaststättenG als mögliche Rechtsgrundlage aus.

Hinweis am Rande: Nach h.M. ist neben der zwingenden Rücknahme gemäß § 15 I GaststättenG die allgemeine Ermessensvorschrift des § 48 VwVfG vollumfänglich anwendbar.

Für einen Widerruf gemäß § 15 Abs. 2 oder 3 GaststättenG spricht, dass die Behörde sich ausdrücklich auf einen nachträglich eingetretenen Umstand beruft. Ferner erfolgt die Aufhebung der Erlaubnis ex nunc, das heißt ohne Rückwirkung. Letzteres entspricht ebenfalls dem Instrument des Widerrufs. Dabei stellt Abs. 2 speziell auf das nachträgliche Eintreten eines Versagungsgrundes gemäß § 4 I Nr. 1 GaststättenG ab. Da das Bezirksamt seinen Bescheid mit der Unzuverlässigkeit des G, das heißt einem Versagungsgrund gemäß § 4 I Nr. 1 GaststättenG, begründet, bleibt als einzig mögliche Rechtsgrundlage § 15 II iVm § 4 I Nr. 1 GaststättenG.

Hinweis: Bei einem Widerruf bleibt nach herrschender, wenngleich umstrittener Ansicht für § 49 VwVfG kein Anwendungsbereich neben § 15 Abs. 2, 3 GaststättenG mehr. Wer an einer Rücknahme gemäß § 15 I GaststättenG festhält, muss im Folgenden eine mögliche Umdeutung gemäß § 47 VwVfG prüfen, da bei Rechtmäßigkeit der Aufhebung gemäß § 15 II GaststättenG dessen Voraussetzungen vorlägen; insbesondere da § 15 II GaststättenG ebenfalls eine zwingende Vorschrift ist, mithin der Ausschlussgrund des § 47 III VwVfG nicht greift.

b) Voraussetzungen

Voraussetzung für einen Widerruf der gaststättenrechtlichen Erlaubnis gemäß § 15 II iVm § 4 I Nr. 1 GaststättenG ist, dass nachträglich Tatsachen eintreten, die die Versagung der Erlaubnis nach § 4 I Nr. 1 GaststättenG rechtfertigen würden.

aa. Versagungsgrund gemäß § 4 I Nr. 1 GaststättenG

Ein Versagungsgrund gemäß § 4 I Nr. 1 GaststättenG liegt vor, wenn der G, wie die Vorschrift ausdrücklich vorsieht, „dem Trunke ergeben ist“. Das Merkmal „dem Trunke ergeben“ ist ein Regelbeispiel für das Nichtvorliegen der für den Gewerbebetrieb erforderlichen Zuverlässigkeit. Die für einen Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit ist ein Rechtsbegriff, der sich in allen Bereichen des Gewerberechts wiederfindet, in denen besondere Anforderungen an die Person gestellt werden, so beispielsweise in § 5 Waffeng (Waffenschein), in § 17 BundesjagdG (Jagdschein), in § 13 Personenbeförderungsg (Taxischein) und schließlich in der Generalklausel des § 35 GewO (Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit). Mit diesem gerichtlich voll überprüfbar unbestimmten Rechtsbegriff wird nicht ein moralischer, sondern ein gewerbepolizeilicher Tatbestand bezeichnet. Die Zuverlässigkeit fehlt, wenn der Gewerbetreibende nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr für eine ordnungsgemäße Ausübung seines Gewerbes bietet. Dabei sind die Anforderungen an die Zuverlässigkeit nicht für alle Gewerbe gleich, sondern je nach der Art des Gewerbes verschieden.

Das Merkmal „dem Trunke ergeben“ ist eine besondere Ausprägung der Unzuverlässigkeit im Gaststättengewerbe. Dem Trunke ergeben ist jemand, wenn er „aus einem Hang zum Genuss alkoholischer Getränke nicht mehr die Kraft hat, dem Anreiz zum übermäßigen Genuss solcher Getränke zu widerstehen. Dem Trunke ergeben ist somit, wer sich regelmäßig wiederkehrend betrinkt oder wer in unregelmäßigen, jedoch relativ oft wiederkehrenden Konfliktsituationen alkoholische Getränke im Übermaß zu sich nimmt und sich darin seine Unfähigkeit zeigt, solchen Konfliktsituationen mit anderen Mitteln als dem Alkohol zu begegnen“ (VG Sigmaringen).

Dass der G regelmäßig wiederkehrend Alkohol trinkt, ergibt sich aus seinen eigenen Angaben. Dass er dabei nicht nur geringe, sondern erhebliche Mengen Alkohol trinkt, ergibt sich daraus, dass jedesmal, wenn die Polizei den G in Zusammenhang mit körperlichen Auseinandersetzungen aufgriff, dieser eine so hohe BAK, aufwies, nämlich mehr als 2,0 ‰, dass bei einer strafrechtlichen Verfolgung von einer nur eingeschränkten Schuldfähigkeit gemäß § 21

StGB hätte ausgegangen werden müssen. Dieser Grad der Alkoholisierung ist in jedem Fall als übermäßig zu bezeichnen. Ein weiterer Anhaltspunkt hierfür ist der Vorfall vom 7.2.2005, der zur Einleitung eines Strafverfahrens wegen Trunkenheit im Verkehr geführt hat. Hier ist ein Grad der Alkoholisierung jedenfalls bis zur Fahruntauglichkeit gemäß § 316 StGB anzunehmen. Die Tatsache, dass die mutmaßliche Alkoholisierung hier ausreichte um eine verfolgbare Straftat zu begründen, erfüllt ebenfalls das Merkmal des Übermaßes.

Fraglich ist jedoch, ob dieser Vorfall überhaupt berücksichtigt werden darf. Hiergegen könnte sprechen, dass noch keine rechtskräftige Verurteilung vorliegt. Die Beurteilung der persönlichen Verhältnisse eines Gewerbetreibenden muss sich auf Tatsachen gründen; bloße Mutmaßungen reichen für sich allein nicht aus. Vor diesem Hintergrund könnte gegen eine Berücksichtigung des Strafverfahrens sprechen, dass für G in strafrechtlicher Hinsicht nach wie vor gemäß Art. 6 II EMRK die Unschuldsvermutung gilt. Andererseits wird die Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden anhand einer sich aus dem Sachverhalt ergebenden Prognose für die weitere Gewerbeausübung beurteilt. Daher steht die strafrechtliche Unschuldsvermutung einer Berücksichtigung der einer Straftat zugrundeliegenden Handlungen nicht entgegen; sie bezieht sich ausschließlich auf die strafrechtliche Seite und gilt nicht für die gewerberechtliche Beurteilung. Mithin ist der G, bei einer Gesamtbetrachtung aller vorgenannten Umstände als „dem Trunke ergeben“ zu betrachten.

Fraglich ist jedoch, ob damit die Unzuverlässigkeit des G schon unwiderleglich feststeht, oder ob der G nicht trotzdem als zuverlässig im Sinne des § 4 I Nr. 1 GaststättenG anzusehen sein könnte. Auch bei Vorliegen eines Beispielsfalls muss eine Prognose für die künftige Gewerbeausübung gestellt werden. Ein Rückschluss von privaten Verfehlungen auf die künftige ordnungswidrige Gewerbeausübung ist nicht möglich, wenn trotz mehrfachen Fehlverhaltens des Gewerbetreibenden im privaten Bereich der Gewerbebetrieb immer einwandfrei geführt worden ist. Für eine gleichwohl vorliegende Zuverlässigkeit des G könnte in diesem Zusammenhang sprechen, dass die referierten Vorfälle sich sämtlich außerhalb der Gaststätte des G zugetragen haben. Allerdings brauchen die Vorgänge, aus denen die Unzuverlässigkeit hergeleitet wird, sich nicht im Gaststättengewerbe zugetragen zu haben. Es kommt darauf an, ob sich die betreffenden Tatsachen auf die ordnungsgemäße Führung der Gaststätte konkret auswirken können. Hier genügt ein mittelbarer Zusammenhang in dem Sinn, dass Rückschlüsse möglich sind, wie sich der Gewerbetreibende bei der Berufsausübung künftig verhalten werde. Bei dem Merkmal „dem Trunke ergeben“ handelt es sich indes von vornherein um eine ständig vorliegende Charakterschwäche und nicht um eine einzelne bestimmte Verfehlung, wie beispielsweise verbotenes Glücksspiel, bei dem sich lediglich die Frage nach einer Wiederholungsgefahr stellte.

Sinn und Zweck des Merkmals besteht darin, generell Personen vom Gaststättengewerbe fernzuhalten, deren Charakterschwäche in dem für das Gaststättengewerbe typischen Gefahrenbereich des Alkoholmissbrauchs manifest geworden ist. Dies ist bei G der Fall, so dass eine Zuverlässigkeit trotz Trunksucht hier nicht in Betracht kommt.

bb. Nachträglich eingetretene Tatsache

Bei der Trunksucht des G müsste es sich um eine nachträglich eingetretene Tatsache handeln. Dies könnte vorliegend zweifelhaft sein, da der G schon vor Erteilung der Erlaubnis vermehrt Alkohol konsumiert hatte. Das Erfordernis der nachträglich eingetretenen Tatsache bedeutet jedoch nicht, dass nicht auch Tatsachen berücksichtigt werden könnten, die schon bei Erteilung der Gaststättenerlaubnis vorgelegen haben. Die nach der Erlaubniserteilung eingetretenen Tatsachen dürfen nämlich nicht isoliert von dem vorangegangenen Verhalten des Gastwirts betrachtet werden. Es sind auch solche Tatsachen zu verwerten, die die Behörde bei der Erlaubniserteilung gekannt hat, die aber für sich allein noch nicht zur Versagung der Erlaubnis gereicht haben. Ein anderes Verständnis hätte zur Folge, dass ein Widerruf rechtswidrig wäre, wenn bei teils vor, teils nach Erlaubniserteilung eingetretenen Tatsachen zwar die Summe der Tatsachen, nicht jedoch der eine oder der andere Teil für sich genommen eine Unzuverlässigkeit begründen könnten. Dies widerspräche ersichtlich dem Sinn des § 15 II GaststättenG. Da im vorliegenden Fall sich erst in den Vorfällen nach Erteilung der Erlaubnis gezeigt hat, dass der G generell nicht in der Lage ist, seinen Alkoholkonsum zu kontrollieren, handelt es sich auch bei der Trunksucht des G um eine nachträglich eingetretene Tatsache im Sinne des § 15 II GaststättenG.

c) Rechtsfolge

aa. Verhältnismäßigkeit

Der Widerruf gemäß § 15 II GaststättenG erfolgt gemäß dem Wortlaut der Vorschrift („ist zu widerrufen“) grundsätzlich als gebundene Entscheidung. Dies unterscheidet den Widerruf nach § 15 II GaststättenG von der Regelung des § 49 I VwVfG.

Hinweis: Hier wirkt es sich daher aus, wenn ein Bearbeiter irrigerweise § 49 I VwVfG angewandt hat. Die eventuell folgende Ermessensprüfung ist überflüssig. Wenn sie auch noch zu einer Ermessensentscheidung zugunsten des G führt, ist der Fehler zudem ergebnisrelevant.

Da der Widerruf einer Gaststättenerlaubnis jedoch einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Berufsfreiheit des Adressaten darstellt, fordert das rechtsstaatliche Gebot der

Verhältnismäßigkeit, dass auch bei Anwendung des § 15 II GaststättenG von einem Widerruf abzusehen ist, wenn ein rechtmäßiger Zustand durch einen geringeren Eingriff erreicht werden kann. Hier kommen insbesondere Auflagen gemäß § 5 GaststättenG in Betracht. Gegen Unzuverlässigkeit aufgrund Trunksucht ist jedoch keine der dort aufgeführten Maßnahmen geeignet, da es sich um eine Charakterschwäche handelt, die durch Auflagen nicht zu beheben ist. Da das Prinzip der **Verhältnismäßigkeit** demnach ein Element des Unzuverlässigkeitsbegriffs ist, kann dem **Widerruf** der Erlaubnis nicht mit dem Einwand begegnet werden, die Entscheidung treffe den Erlaubnisinhaber unverhältnismäßig hart oder ihm werde die Existenzgrundlage genommen. Damit ist dem G der Einwand, ein Widerruf treffe ihn unverhältnismäßig hart, abgeschnitten. Der Widerruf der Gaststättenerlaubnis ist demnach auch verhältnismäßig.

bb. Jahresfrist, § 49 II 2 i.V.m. § 48 IV VwVfG

Die umstrittene Frage, ob die Jahresfrist gemäß § 49 II 2 i.V.m. § 48 IV VwVfG auch auf den Widerruf gemäß § 15 II GaststättenG anzuwenden ist, bedarf hier keiner Entscheidung, da die Frist jedenfalls eingehalten wäre.

3. Zwischenergebnis

Mithin ist der Widerruf der Gaststättenerlaubnis rechtmäßig.

II. Schließungsanordnung

Fraglich ist, ob die Schließungsanordnung rechtmäßig ist.

1. Formelle Rechtmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit bestehen keinerlei Bedenken.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage der Schließungsanordnung ist § 15 II 1 GewO iVm § 31 GaststättenG. Demnach kann die Fortsetzung des Betriebes verhindert werden, wenn ein Gewerbe zu dessen Ausübung eine Erlaubnis, Genehmigung, Konzession oder Zulassung erforderlich ist, ohne diese Zulassung betrieben wird.

Hinweis: hier war vor allem die Rechtsgrundlage zu finden. Dies ist nicht ganz einfach, weil man hierfür über § 31 GaststättenG in die Gewerbeordnung wechseln muss.

b) Voraussetzungen

Mit dem sofort vollziehbaren Widerruf der gaststättenrechtlichen Erlaubnis liegen diese Voraussetzungen vor.

c) Rechtsfolge: Ermessen

Die Rechtsgrundlage der Schließungsanordnung, § 15 II 1 GewO, ist eine Ermessensvorschrift. Die Schließungsanordnung bedarf daher einer gesonderten Begründung, in der die zugrunde liegenden Ermessenserwägungen dargelegt werden. Die Schließungsanordnung ist nur rechtmäßig, wenn über das Nichtvorliegen der Zulassung hinaus weitere Gründe für eine Verhinderung der Fortsetzung des Betriebes vorliegen.

Ob schon die Unzuverlässigkeit des Gastwirts ein hinreichender Grund für eine Schließungsanordnung ist, ist umstritten. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ist uneinheitlich. Während ein Teil der Rechtsprechung die Unzuverlässigkeit des Gastwirts für ausreichend hält, fordert ein anderer Teil eine besondere Begründung, warum nicht schon mit der vollziehbaren Widerrufsvorsorge für die Schließung der Gaststätte getroffen sein soll. Für erstere Ansicht spricht, dass die Unzuverlässigkeit des Gastwirts als materielles Kriterium über die Mindestanforderung des § 15 II GewO, nämlich das rein formelle Nichtvorliegen einer Erlaubnis, hinausgeht. Andererseits ist nicht ersichtlich, dass sich der G bisher nicht an gerichtliche oder behördliche Entscheidungen gehalten habe. Entscheidend ist hier der ordnungspolizeiliche Charakter des Gaststättengesetzes. Eine Gaststätte an sich ist – und dies ist unstrittig – schon eine Gefahrenquelle, selbst wenn kein Versagungsgrund gemäß § 4 I GaststättenG vorliegt. Dem trägt das GaststättenG Rechnung, indem es den Betrieb einer Gaststätte einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unterwirft und nicht etwa eine bloße Anzeigepflicht nebst einer Rechtsgrundlage zu behördlichem Einschreiten vorsieht, wie dies etwa in § 14 GewO der Fall ist. Bei materiell illegal geführten Gaststätten ist die abstrakte Gefährlichkeit noch zusätzlich gesteigert, so dass hier in dem Betrieb der materiell illegalen Gaststätte eine konkrete Gefahr zu sehen ist. Eine Effektivität der Gefahrenabwehr verlangt daher, dass ein solcher Betrieb von vornherein durch eine vollziehbare Verbotsverfügung unterbunden wird, sofern nicht besondere Umstände etwas anderes verlangen. Zudem bedeutet dies für den Gastwirt keine zusätzliche Belastung, da der rechtstreue Gastwirt seine Gaststätte ohnehin aufgrund der vollziehbaren Widerrufsvorsorge schließen wird.

Mithin ist auch die Schließungsverfügung rechtmäßig.

D. Ergebnis

Die Klage ist daher zulässig aber unbegründet (oder: unzulässig und unbegründet), sie hat keine Aussicht auf Erfolg.