

## **Ergänzungen zum Skript Wirtschaftsverwaltungsrecht**

### **Lösungen der Übungsfälle zu §§ 35 I, 15 II 1 GewO**

Von wiss. Mitarbeiterin Ziang-Yi Wang

FernUniversität in Hagen, Lehrstuhl Prof. Dr. Jörg Ennuschat

#### **A. Lösung zum 1. Fall:**

Gemäß § 113 I 1 VwGO ist die Klage begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und die Klägerin A dadurch in ihren Rechten verletzt ist. Rechtsgrundlage der Untersagung ist § 35 I 1 GewO, dessen zentrale Voraussetzung die Unzuverlässigkeit ist. Dies wäre bei erheblichen Steuerrückständen zu bejahen.

#### **I. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung**

Nach Klageerhebung hat A jedoch alle Steuerschulden beglichen und sichergestellt, dass sie zukünftig ihre Steuern ordnungsgemäß entrichten wird, so dass sie die Zuverlässigkeit wiedererlangt hat und folglich die Voraussetzungen des § 35 I 1 GewO nicht mehr vorliegen. Hierbei stellt sich die Frage, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes, hier der aufgrund von § 35 I 1 GewO erlassenen Untersagungsverfügung, maßgeblich ist. Wäre der Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung maßgeblich, könnte die Änderung zugunsten A nicht berücksichtigt werden, so dass die Klage der A unbegründet wäre. Wäre hingegen der Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung vor dem Berufungsgericht entscheidend, könnte diese Änderung berücksichtigt werden, mit der Folge, dass das Gericht der Klage der A stattgeben würde.

##### **1. Grundsatz**

Im Rahmen einer Anfechtungsklage ist für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes grundsätzlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung maßgeblich.

##### **2. Ausnahme**

Von diesem Grundsatz werden Dauerverwaltungsakte ausgenommen. Ein Dauerverwaltungsakt liegt vor, wenn der Verwaltungsakt sich nicht auf ein einmaliges Ge- oder Verbot oder auf eine einmalige Gestaltung der Rechtslage beschränkt. (Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 18. Aufl. 2012, § 113 Rn 43) In diesen Fällen ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung vor dem Berufungsgericht für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit entscheidend.

### **3. Ausnahme von der Ausnahme**

Die Qualifikation der Untersagungsverfügung als Dauerverwaltungsakt oder als rechtsgestaltender Verwaltungsakt ist umstritten.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der herrschenden Lehre stellt die Untersagungsverfügung einen Dauerverwaltungsakt dar. (vgl. Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, Kommentar, 8. Aufl. 2011, § 35 Rn 127; Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 18. Aufl. 2012, § 113 Rn 44)

Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung wird jedoch eine Ausnahme von der Ausnahme gemacht, d.h. es gilt nicht der Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung, wie üblich bei Dauerverwaltungsakten, sondern der Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung. Dafür wird § 35 VI GewO angeführt, der die Wiedergestattung der Gewerbeausübung regelt. Denn dem Gewerbetreibenden wird die Möglichkeit eingeräumt, aufgrund von Änderungen nach Klageerhebung bei der zuständigen Behörde einen Wiedergestattungsantrag zu stellen. Die Vorschrift steht daher der Berücksichtigung von nachträglich eingetretenen Tatsachen zugunsten des Klägers seitens des Gerichts entgegen. (vgl. Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, Kommentar, 8. Aufl. 2011, § 35 Rn 128; Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 18. Aufl. 2012, § 113 Rn 44)

Nach der Gegenmeinung sei die Untersagungsverfügung als rechtsgestaltender Verwaltungsakt zu qualifizieren, deren Rechtmäßigkeit sich nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung beurteilt. (vgl. Marcks, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, Loseblattkommentar, Stand: 06/2012, § 35 Rn 21)

Die Frage hinsichtlich der Qualifizierung der Untersagungsverfügung kann hier daher offen bleiben.

### **II. Ergebnis:**

Die nachträgliche Wiedererlangung der Zuverlässigkeit kann somit vom Gericht nicht berücksichtigt werden. Folglich ist die Klage der A unbegründet. Sie kann jedoch bei der zuständigen Behörde einen Antrag auf Wiedergestattung der Gewerbeausübung gemäß § 35 VI GewO stellen.

## **Lösung zum 2.Fall:**

Dadurch, dass B Klage gegen beide Verwaltungsakte in Gestalt der Widerspruchsbescheide erhoben hat, für deren Erlass dieselbe Behörde zuständig ist und beide im Zusammenhang stehen, liegt eine objektive Klagehäufung gemäß § 44 VwGO vor. Gemäß § 113 I 1 VwGO ist die Klage begründet, soweit die Verwaltungsakte rechtswidrig sind und die Klägerin B dadurch in ihren Rechten verletzt ist. Rechtsgrundlage des Widerrufs ist § 49 II Nr. 3 LVwVfG und die der Schließungsverfügung § 15 II 1 GewO.

### **I. Rechtmäßigkeit des Widerrufs gemäß § 49 II Nr. 3 LVwVfG**

Laut Sachverhalt widerrief die zuständige Behörde die Erlaubnis gemäß § 34 GewO. Als Rechtsgrundlage dafür dient § 49 II Nr. 3 LVwVfG. Danach darf ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft nur widerrufen werden, wenn die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde. Nach der Erlaubniserteilung kam B in wirtschaftliche Schwierigkeiten, so dass erhebliche Steuerrückstände entstanden waren. Dadurch ist sie unzuverlässig geworden. Läge diese Voraussetzung im Zeitpunkt der Erlaubniserteilung vor, hätte die Behörde den Antrag der B auf Erlaubniserteilung gemäß § 34 I 3 Nr.1 GewO versagen müssen. Ferner wäre ohne den Widerruf aufgrund der nachträglich eingetretenen Unzuverlässigkeit der B das öffentliche Interesse am Schutz der Interessen der Kunden der B gefährdet.

#### **1. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Widerrufs**

Nach Klageerhebung hat B jedoch alle Steuerschulden beglichen und sichergestellt, dass sie zukünftig ihre Steuern ordnungsgemäß entrichten wird, so dass sie die Zuverlässigkeit wiedererlangt hat und folglich die Voraussetzungen des Widerrufs gemäß § 49 II Nr. 3 LVwVfG nicht mehr vorliegen. Hierbei stellt sich die Frage, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Widerrufs maßgeblich ist. Wäre der Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung maßgeblich, könnte die Änderung zugunsten B nicht berücksichtigt werden, so dass die Klage der B hinsichtlich des Widerrufs unbegründet wäre. Wäre hingegen der Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung vor dem Berufungsgericht entscheidend, könnte diese Änderung berücksichtigt werden, mit der Folge, dass die Klage der B bezüglich des Widerrufs begründet wäre.

#### **2. Geltung des Grundsatzes**

Im Rahmen einer Anfechtungsklage ist für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes grundsätzlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung maßgeblich. Von diesem Grundsatz werden, wie oben bereits ausgeführt, Dauerverwaltungsakte ausgenommen. Fraglich ist, ob der Widerruf einer Erlaubnis als rechtsgestaltender Verwaltungsakt oder als Dauerverwaltungsakt zu qualifizieren ist.

Der Widerruf einer Erlaubnis ist ein rechtsgestaltender Verwaltungsakt, da er das zuvor aufgrund der Erlaubnis begründete Rechtsverhältnis, das als ein Dauerrechtsverhältnis zu

qualifizieren ist, beendet und den Rechtszustand vor der Erlaubniserteilung wiederherstellt. (Hösch, in: JA 1995, 148 (152))

Folglich ist für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Widerrufs die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung entscheidend. Mithin kann die wiedererlangte Zuverlässigkeit der B vom Gericht nicht berücksichtigt werden.

### **3. Zwischenergebnis**

Daher ist der Widerruf gemäß § 49 II Nr. 3 LVwVfG rechtmäßig. Somit ist die Klage der B hinsichtlich des Widerrufs unbegründet

## **II. Rechtmäßigkeit der Schließungsverfügung gemäß § 15 II 1 GewO**

Ferner ist die Rechtmäßigkeit der Schließungsverfügung gemäß § 15 II 1 GewO zu prüfen.

### **1. Voraussetzungen der Schließungsverfügung**

Nach § 15 II 1 GewO kann die Fortsetzung des Betriebs von der zuständigen Behörde verhindert werden, wenn ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine Erlaubnis, Genehmigung, Konzession oder Bewilligung (Zulassung) erforderlich ist, ohne diese Zulassung betrieben wird. B müsste ihr Gewerbe ohne eine entsprechende Erlaubnis gemäß § 34 I 1 GewO betreiben. Wie oben bereits geprüft, wurde B die Erlaubnis gemäß § 49 II Nr. 3 LVwVfG rechtmäßig widerrufen. Folglich betreibt sie das Gewerbe ohne Erlaubnis. Mithin liegen die Voraussetzungen des § 15 II 1 GewO vor.

### **2. Zwischenergebnis**

Folglich ist die Schließungsverfügung gemäß § 15 II 1 GewO rechtmäßig. Somit ist auch die Klage der B hinsichtlich der Schließungsverfügung unbegründet.

## **III. Gesamtergebnis**

Die nachträglich wiedererlangte Zuverlässigkeit kann folglich vom Gericht nicht berücksichtigt werden. Somit ist die Klage der B sowohl hinsichtlich des Widerrufs als auch hinsichtlich der Schließungsverfügung unbegründet.