

FALL: Anfechtungsklage u. Gewerberecht - Formulierungsbeispiel

Die Klage des A ist erfolgreich, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (verkürzte Darstellung)

Mangels aufdrängender Spezialzuweisung bemißt sich die Rechtswegeröffnung nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Da der im vorliegenden Fall streitentscheidende § 35 GewO ausschließlich Behörden und damit staatliche Stellen zur Untersagung einer Gewerbeausübung berechtigt, ist nach der herrschenden modifizierten Subjektstheorie (Sonderrechtstheorie) eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit** in dessen Sinne gegeben.

Gleiches gilt nach der Subordinationstheorie, da die Behörde dem A hier im Wege der Über-/Unterordnung begegnet. Auch nach der Interessentheorie kommt man zu diesem Ergebnis, da die Gewerbeuntersagung überwiegend im öffentlichen Interesse erfolgte.

Die Streitigkeit ist des weiteren **nichtverfassungsrechtlicher Art**, denn es fehlt an der sog. doppelten Verfassungsunmittelbarkeit, da nicht Verfassungsorgane um spezifisches Verfassungsrecht streiten.

Da auch **keine abdrängende Sonderzuweisung** an ein anderes Gericht ersichtlich ist, ist der Verwaltungsrechtsweg somit eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Als statthafte Klageart kommt hier die **Anfechtungsklage** nach § 42 Abs. 1 VwGO in Betracht. Dazu müßte A die Aufhebung eines (belastenden) VA begehren. Die angegriffene Gewerbeuntersagung müßte also einen **VA i.S.d. § 35 VwVfG** darstellen. Da die Gewerbeuntersagung eine von einer Behörde erlassene Regelung eines konkreten Einzelfalles im Sinne eines Verbots ausdrückt, das eine rechtliche Außenwirkung gegenüber A entfaltet, stellt sie einen VA in diesem Sinne dar. Statthafte Klageart ist damit die Anfechtungsklage.

III. Klagebefugnis

Nach § 42 Abs. 2 VwGO müßte A auch eine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen. Hierzu müßte eine Verletzung in eigenen Rechten zumindest als möglich, das heißt als nicht von vornherein ausgeschlossen erscheinen. Da jedem Bürger aus Art. 2 Abs. 1 GG das Recht zukommt, nicht mit einer rechtswidrigen staatlichen Maßnahme belastet zu werden, erscheint zumindest eine Verletzung des A aus Art. 2 I GG als Adressat einer möglicherweise rechtswidrigen Gewerbeuntersagung als nicht von vornherein ausgeschlossen. A ist mithin auch klagebefugt.

IV. Vorverfahren

Nach § 68 Abs. 1 VwGO ist vor Erhebung der Anfechtungsklage ein Vorverfahren ordnungsgemäß durchzuführen. Laut Sachverhalt ist dies ordnungsgemäß und ohne Erfolg geschehen.

V. Klagefrist

Die Anfechtungsklage ist innerhalb der Frist des § 74 VwGO zu erheben. Mangels entgegenstehender Sachverhaltsangaben ist von der fristgemäßen Klageerhebung auszugehen.

VI. Klagegegner

Beklagter ist gemäß § 78 I Nr. 1 VwGO das Land Berlin.

Die Klage ist mithin zulässig.

B. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn der angegriffene VA, hier also die Gewerbeuntersagung, rechtswidrig war und den Kläger in seinen Rechten verletzt, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

I. Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung

1. Ermächtigungsgrundlage

Eine Ermächtigungsgrundlage für die Behörde zur Gewerbeuntersagung könnte sich hier aus § 35 Abs. 1 GewO ergeben. § 35 Abs. 1 GewO bezieht sich wegen § 35 Abs. 8 GewO jedenfalls auf zulassungsfreie Gewerbe. Die von A ausgeübte Tätigkeit müßte also ein zulassungsfreies Gewerbe darstellen.

Da die Tätigkeit des A (Gebrauchtwagenhandel) eine erlaubte, d.h. nicht generell verbotene, auf Gewinnerzielung gerichtete, dauerhaft ausgeübte, selbständige Tätigkeit darstellt, die nicht Urproduktion, freier Beruf oder Verwaltung eigenen Vermögens ist, betreibt A ein **Gewerbe**.

Da Gebrauchtwagenhandel nicht in dem Katalog der genehmigungspflichtigen Gewerbe der §§ 30 bis 34c GewO aufgeführt ist, handelt es sich hierbei auch um ein **zulassungsfreies** Gewerbe.

Demnach ist § 35 Abs. 1 GewO die richtige Ermächtigungsgrundlage für eine Untersagung dieses Gewerbes.

2. Formelle Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung

Laut Sachverhalt wurde das Gewerbe in formell ordnungsgemäßer Weise untersagt.

3. Materielle Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung

a. Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

aa. Zur Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 GewO müßte sich A zunächst als **unzuverlässig** darstellen. Unzuverlässigkeit liegt vor, wenn der Gewerbetreibende aufgrund der Gesamtwürdigung seiner Persönlichkeit und seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, daß er die mit der Gewerbeausübung verbundenen Pflichten in der Zukunft ordnungsgemäß ausüben wird.

Grund für die Annahme von Unzuverlässigkeit kann die Begehung von gewerbebezogenen Straftaten sein. Da es ist mit ordnungsgemäßer Gewerbeausübung unvereinbar, gestohlene Sachen zu verkaufen (denn an diesen kann kein Eigentum erworben werden, vgl. § 935 BGB), ist Hehlerei hinsichtlich eines Gebrauchtwagenhändlers geeignet, die Annahme von Unzuverlässigkeit zu begründen, zumal es hier um mehrere Fälle geht. Grundsätzlich darf sich die Behörde hierbei auch auf die Tatsachenfeststellungen des Urteils berufen.

Fraglich ist indes, ob sie den Unschuldsbeteuerungen des A nachgehen muß. Dies wird man aber nur dann fordern können, wenn A zumindest konkrete Anhaltspunkte hierfür liefert (z.B. entsprechende Zeugenaussagen o.ä.) und seine Unschuld nicht nur „ins Blaue hinein“ beteuert.

Weiterhin ist fraglich, ob die Behörde an die Bewährungsprognose im Urteil gebunden ist, da Bewährung grds. nur dann zu gewähren ist, wenn eine erneute Straffälligkeit nicht zu befürchten zu sein scheint. Nach § 35 Abs. 3 GewO darf die Behörde zum Nachteil des A nicht von den Urteilsfeststellungen hinsichtlich der Schuldfrage oder den Feststellungen des Sachverhalts abweichen. Die Bewährungsprognose fällt indessen nicht hierunter, da sie weder mit Schuldfrage noch mit Sachverhaltsfeststellung etwas zu tun hat.

A ist mithin als unzuverlässig einzustufen.

bb. Des weiteren müßte die Untersagung zum Schutz der Allgemeinheit **erforderlich** sein, § 35 I, 2. Hs. GewO. Hiernach dürfte es kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Erreichung des intendierten Schutzes der Allgemeinheit geben. Eine eventuell in Betracht kommende Teiluntersagung wäre indes unpraktikabel und demgemäß ebenso wenig gleich geeignet wie eine bloße Abmahnung an eine Person, welche nicht bloß eine einmalige Verfehlung, sondern bereits mehrfach Straftaten begangen und damit eine grundlegend rechtsfeindliche Gesinnung dokumentiert hat. Damit ist die Untersagung auch erforderlich.

b. Rechtsfolge

Grundsätzlich beinhaltet § 35 GewO als Rechtsfolge eine gebundene Entscheidung („ist“). Gleichwohl darf diese nach h.M. nur ausgesprochen werden, wenn sie sich im Einzelfall als **verhältnismäßig** erweist, da die Verhältnismäßigkeit ein grundlegendes, allumfassendes Verfassungsprinzip ist. Da die betroffenen Allgemeinwohlinteressen allerdings in hohem Maße schutzwürdig sind, kann eine unverhältnismäßige Belastung des Unzuverlässigen nur in außergewöhnlich hohen Beeinträchtigungen für diesen liegen. Angesichts der Tatsache, daß nach § 35 Abs. 2 GewO dem Gewerbetreibenden eine Stellvertreterfortführung erlaubt und nach Fortfall der Unzuverlässigkeit die Gewerbeausübung wiedergestattet werden kann (§ 35 Abs. 6 GewO), stellt das Vorbringen einer Existenzgefährdung keine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des A dar.

Die Gewerbeuntersagung ist mithin rechtmäßig.

II. Ergebnis: Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.