

Nach der gegenwärtigen Rechtslage ist die eingangs gestellte Frage, ob das Widerspruchsverfahren ein »Auslaufmodell« sei, jedenfalls nicht zu verneinen. Das ist zu bedauern, da ein richtig verstandenes Widerspruchsverfahren für den rechtzeitigen und effizienten Rechtsschutz des Bürgers von großer Bedeutung sein könnte. Auch wenn das Widerspruchsverfahren gemäß Art. 19 Abs. 4 GG nicht unabdingbar ist, so sind jedoch die Tendenzen zum Abbau und sogar zur Abschaffung des Widerspruchsverfahrens kontraproduktiv und verfassungsgemäß.

rechtlich nicht unbedenklich – zumal wenn dieser Abbau in das Ermessen der Bundesländer gestellt ist.³³

33 Vgl. *Hufen*, aaO (Anm. 4), § 5 RdNr. 2 [S. 63]. – Es sei daran erinnert, dass in Deutschland ständig eine Reform der Reform stattfindet, und zwar nicht nur bei der sog. Rechtschreibreform. So wurde bereits die zum 1. 1. 1970 erfolgte Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in Bausachen zum 1. 1. 1974 wieder rückgängig gemacht (vgl. Ramsauer apf 1995, 210/213). *Nihil novi sub sole!*

Die Zschopauer Zusicherung – ein Fall aus dem Gewerberecht

Regierungsdirektor Klaus Weber, Regierungspräsidium Chemnitz

Große Kreisstadt Zschopau
Marktplatz 10
12345 Zschopau

Per Zustellungsurkunde

23. 7. 2004

Herrn
Herbert Wagner
Gartenstraße 10
12345 Zschopau

Gaststättenrecht

Sehr geehrter Herr Wagner,
die Stadt Zschopau erlässt folgenden Bescheid:

1. Die Ihnen am 25. 6. 2000 erteilte Erlaubnis zum Betrieb der Gaststätte »Zschopautal« als Schankwirtschaft in Zschopau, Gartenstraße 10, wird widerrufen.
2. Die Gaststätte ist spätestens eine Woche nach Zustellung dieses Bescheides zu schließen.
3. Zu den Festlegungen unter 1. und 2. wird die sofortige Vollziehung angeordnet.
4. Für den Fall, dass Sie der Festlegung unter Ziff. 2 nicht fristgerecht nachkommen, wird unmittelbarer Zwang angedroht.

Für diesen Bescheid wird eine Gebühr i. H. v. 300 € festgesetzt.

Begründung:

Auf Antrag vom 20. 5. 2000 hat Ihnen die Stadt Zschopau am 25. 6. 2000 die Erlaubnis erteilt, die Gaststätte »Zschopautal« in Zschopau, Gartenstraße 10, als Schankwirtschaft zu betreiben.

Nunmehr hat sich herausgestellt, dass Sie die für das Betreiben der Gaststätte erforderliche Zuverlässigkeit nicht mehr besitzen.

Nach einer Auskunft des Finanzamtes Zschopau vom 30. 1. 2004 haben Sie dort Steuerrückstände i. H. v. 53 000 €, und zwar 33 000 € rückständige Einkommensteuer aus den Jahren 2001–2004 und rückständige Umsatzsteuer (Mehrwertsteuer) i. H. v. 20 000 €. Eine mit dem Finanzamt Zschopau getroffene Ratenzahlungsvereinbarung aus dem Jahre 2003 haben Sie nicht eingehalten.

Außerdem ist aktenkundig, dass Sie mehrfach gegen die Bestimmungen über die Sperrzeit verstoßen haben. Wegen dieser Verstöße gegen die Festlegungen über die Sperrzeit haben Sie bereits 3 Bußgeldbescheide nach § 28 Abs. 1 Satz 6 des Gaststättengesetzes erhalten (Vorfälle vom 20. 4. 2002, 13. 10. 2003 und 14. 3. 2004). Diese Bußgeldverfahren sind inzwischen abgeschlossen, die entsprechenden Bußgeldbescheide sind rechtskräftig geworden.

Hinzu kommt, dass das Gewerbeaufsichtsamt anlässlich einer Kontrolle Ihrer Gaststätte am 15. 5. 2004 unhygienische Zustände im Toilettenbereich der Gaststätte festgestellt hat. Unter anderem befanden sich in den Waschräumen weder Seife noch Handtücher, auch war die Beleuchtung ausgefallen.

Im Zusammenhang der mit diesem Verwaltungsverfahren durchgeführten Anhörung haben Sie am 3. 5. 2004 erklärt, dass nunmehr die Verhandlungen mit dem

Finanzamt wegen des Abbaus der Steuerrückstände erfolgreich verlaufen seien. Die Verstöße gegen die Sperrzeit seien unbeachtlich, da es sich um private Gäste gehandelt habe. Die behördlichen Feststellungen reichten keinesfalls aus, eine Schließung der Gaststätte anzuordnen, weshalb Sie sich mit allen rechtlich zulässigen Mitteln dagegen wehren wollten. Eine »freiwillige« Beendigung der Betätigung als Gastwirt komme überhaupt nicht infrage.

Diese Einlassungen ändern nichts an der Tatsache, dass Sie nunmehr als unzuverlässig i. S. d. Gaststättengesetzes anzusehen sind, weshalb die Erlaubnis zu widerrufen ist. Es ist eine Tatsache, dass erhebliche Steuerrückstände bestehen und unhygienische Zustände in Ihrem Betrieb festgestellt wurden. Diese Tatsachen können nicht weiter hingenommen werden, zumal Sie in der Anhörung gegenüber der Behörde erklärten, nicht freiwillig auf die Erlaubnis zu verzichten.

Es war deshalb auch geboten, die Schließung der Gaststätte innerhalb einer Woche ab Bekanntgabe des Bescheides festzulegen. Aufgrund Ihrer vorgenannten Äußerungen besteht hinreichender Anlass für die Annahme, dass Sie dem ausgesprochenen Widerruf nicht nachkommen. Die festgelegte Frist zur Betriebschließung ist angemessen, da Sie seit der Anhörung Kenntnis davon hatten, dass die Behörde entsprechend tätig werden wird.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Widerrufs und der Schließungsverfügung ist im öffentlichen Interesse geboten. Angesichts der erheblichen Steuerrückstände und der festgestellten mehrfachen Verstöße gegen Bestimmungen des Gaststättengesetzes kann es nicht zugelassen werden, dass Sie weiterhin die Gaststätte betreiben. Es besteht die begründete Befürchtung, dass sich insbesondere die Steuerrückstände noch erhöhen. Das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des Bescheides hat Vorrang vor Ihren wirtschaftlichen Interessen, da Sie ansonsten durch Erhebung des Widerspruchs und anschließender Klage die Gaststätte noch auf unbestimmte Zeit hinaus weiterbetreiben könnten. Das kann wegen der erheblichen Steuerrückstände und der bereits dargelegten Verstöße gegen gesetzliche Regelungen nicht hingenommen werden. Auch bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung war zu berücksichtigen, dass Sie sich weigerten, »freiwillig« auf eine weitere Betätigung als Gastwirt zu verzichten.

Die Androhung des unmittelbaren Zwangs entsprechend Ziff. 4 des Tenors des Bescheides wird jetzt bereits vorsorglich für den Fall ausgesprochen, dass Sie der Schließungsverfügung nicht fristgemäß Folge leisten. Diese Zwangsmittelandrohung war auch erforderlich, da Sie in der Anhörung vortrugen, freiwillig die Gaststätte nicht schließen zu wollen. Sie ist insgesamt verhältnismäßig, da es nur dann zum Einsatz des unmittelbaren Zwangs kommt, wenn Sie der behördlichen Verfügung nicht nachkommen.

Die Festsetzung der Gebühr beruht auf ...

Rechtsbehelfsbelehrung: wie vorgeschrieben

Hochachtungsvoll

Neumeier
Oberbürgermeister

Herbert Wagner
Gartenstraße 10
Zschopau

25. 8. 2004

Per Telefax

An die
Stadtverwaltung
Zschopau

Gaststättenerlaubnis

Sehr geehrte Damen und Herren,
mit dem vorgenannten Bescheid, mir zugestellt am 26. 7. 2004, bin ich nicht einverstanden. Zur Fristwahrung benutze ich die Möglichkeit, mich per Telefax zu äußern entsprechend der Angabe auf dem Briefkopf des Bescheides.
Ich kann nicht verstehen, dass Sie nunmehr meine Existenzgrundlage vernichten. Ich hatte doch noch vor 3 Monaten ein Gespräch mit dem Amtsleiter für Gaststättenwesen, Herrn Vogel. Damals erklärte er mir, dass keine derartigen Maßnahmen gegen mich eingeleitet werden. Herrn Vogel waren die Vorfälle bekannt, mit denen die Stadt Zschopau nunmehr den Bescheid begründete.
Offensichtlich will die neue Amtsleiterin, Frau Wichtig, jetzt gegen mich ein Exempel statuieren und ihrem Chef, dem Oberbürgermeister, zeigen, wie hart sie durchgreifen kann.
Wegen der angeblichen Vorfälle betr. die Verletzung von Sperrzeiten betone ich nochmals, dass es sich in allen Fällen um private Gäste in meinem Betrieb handelte, die Öffentlichkeit war ausgeschlossen. Von der Verletzung der Sperrzeitenregelung kann deshalb nicht gesprochen werden.
Sollten Sie nicht zu meinen Gunsten entscheiden, sehe ich mich gezwungen, einen Rechtsanwalt einzuschalten.

Hochachtungsvoll

Herbert Wagner

Stadt Zschopau

15. 9. 2004

An das
Regierungspräsidium
Chemnitz

Gaststättenrecht
Widerrufsbescheid gegen Herrn Herbert Wagner

Sehr geehrte Damen und Herren,
in vorgenannter Angelegenheit übersenden wir anbei die Akte.
Aus den im Bescheid vom 23. 7. 2004 genannten Gründen können wir dem Widerspruch nicht abhelfen.
Vorab teilen wir mit, dass der Widerspruch unzulässig ist. Der Widerspruchsführer hat die Frist versäumt, die mit Ablauf des 26. 8. 2004 endet. Frau Unger, die das Faxgerät in unserem Hause bedient, stellte am Mittwoch, dem 27. 8. 2004, also nach Fristablauf, fest, dass die Druckerpatrone des Faxgerätes leer war und deshalb nur leere Blätter »ausdruckte«. Aufgrund des Sendeberichtes vom 26. 8. 2004 konnte Frau Unger jedoch feststellen, dass Herr Wagner an diesem Tage nach Dienstschluss (19.20 Uhr) ein Fax an uns abgesandt hatte. Aufgrund unserer entsprechenden Mitteilung an Herrn Wagner übergab dieser dann persönlich an Frau Unger sein Widerspruchsschreiben, das aber erst am 28. 8. 2004, also verspätet, einging.
Zur Sache tragen wir der Vollständigkeit halber noch Folgendes vor:
Die erheblichen Steuerschulden des Widerspruchsführers und die Verstöße gegen Vorschriften des Gaststättengesetzes haben uns zur Entscheidung über den Widerruf bewogen. Der Vortrag des Widerspruchsführers, es habe sich bei den Sperrzeitverletzungen um private Gäste gehandelt, ist unglaubwürdig, wie sich aus den Akten ergibt. Außerdem sind die entsprechenden Bußgeldbescheide rechts-

kräftig und der Widerspruchsführer hat in den damaligen Bußgeldverfahren beim Amtsgericht einen derartigen Sachverhalt nicht vorgetragen.

Hochachtungsvoll

Wichtig
Amtsleiterin

Regierungspräsidium
Chemnitz

10. 10. 2004

Herrn
Herbert Wagner
Gartenstraße 10
Zschopau

Widerspruchsverfahren Gaststättengesetz

Sehr geehrter Herr Wagner,

in vorgenannter Angelegenheit hat uns die Stadt Zschopau die Akte vorgelegt, da sie ihrem Widerspruch gegen den Bescheid vom 23. 7. 2004 nicht abhelfen konnte.
Auf die Problematik des verspäteten Eingangs Ihres Widerspruchs hat Sie die Stadt Zschopau bereits hingewiesen.
Sie erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme im Widerspruchsverfahren bis 15. 11. 2004.
Nach Fristablauf entscheiden wir entsprechend der Aktenlage.

Hochachtungsvoll

Weber
Regierungsdirektor

Anita Müller
Rechtsanwältin
Dresdner Straße 1
Chemnitz

8. 11. 2004

An das
Regierungspräsidium
Chemnitz

Widerspruchsverfahren nach dem Gaststättengesetz
Mein Mandant: Herbert Wagner

Sehr geehrte Damen und Herren,
In vorgenannter Angelegenheit teile ich mit, dass ich Herrn Wagner anwaltlich vertrete; meine Vollmacht ist beigelegt.
Ich verweise vorab vollinhaltlich auf die Ausführungen meines Mandanten in seinem Schreiben vom 25. 8. 2004.
Gleichzeitig beantrage ich die Wiedereinsetzung meines Mandanten in den vorigen Stand. Mein Mandant hat es nicht zu vertreten, dass das Faxgerät der Stadt Zschopau nicht funktionierte, zumal sein Sendebericht nach Absendung des Faxes die Mitteilung »Übertragung OK« ausdrückte.

Beweis: Kopie des Sendeberichtes des Faxgerätes meines Mandanten vom 26. 8. 2004.

Zur weiteren Begründung des Widerspruchs wird noch Folgendes vorgetragen:
1. Ich rüge die Zuständigkeit der Stadt Zschopau zum Vollzug des Gaststättengesetzes. Denn nach § 1 der Sächsischen Gaststättenverordnung vom

16. 6. 1992 sind nur die Landratsämter und Kreisfreien Städte zuständig, nicht die Großen Kreisstädte.

2. Im Bescheid der Stadt Zschopau sind keinerlei Rechtsgrundlagen angeführt. Es ist nicht nachvollziehbar, auf welche Vorschriften die Stadt Zschopau ihre Entscheidung stützte. Der Bescheid ist fehlerhaft und somit rechtswidrig.
3. Die Behörde hat bei ihrer Entscheidung über den Widerruf keinerlei Ermessen ausgeübt, dies ist aber im Zusammenhang mit der Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz meines Mandanten erforderlich gewesen. Art. 12, Grundrecht der Berufsfreiheit, ist zugunsten meines Mandanten von der Stadt Zschopau nicht berücksichtigt worden.
4. Die Androhung unmittelbaren Zwangs ist rechtswidrig. Zuständig für den Einsatz unmittelbaren Zwangs ist nämlich nach § 30 Abs. 2 des Sächsischen Polizeigesetzes die Vollzugspolizei und nicht die Stadt Zschopau als Polizeibehörde.
Selbst wenn die Androhung des unmittelbaren Zwangs gerechtfertigt wäre, so verstößt diese Androhung gegen das Bestimmtheitsprinzip, denn es muss konkret angedroht werden, mit welcher Form des unmittelbaren Zwangs die Behörde vorgehen will.
5. Davon abgesehen hat auch ein Bediensteter der Stadt Zschopau, und zwar der damalige Amtsleiter Vogel, meinem Mandanten zugesagt, er werde gegen ihn (in Kenntnis der Vorfälle) nichts unternehmen. Auf eine derartige Aussage eines leitenden Mitarbeiters der Stadt Zschopau muss mein Mandant doch vertrauen können!

Abschließend beantrage ich die Feststellung der Notwendigkeit meiner Hinzuziehung im Vorverfahren nach § 80 Abs. 2 VwVfG, da dieses Verfahren eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung für meinen Mandanten hat.

Mit freundlichen Grüßen

Anita Müller
Rechtsanwältin

Aufgabe

1. Entwerfen Sie gutachterlich den zu erlassenden Widerspruchsbescheid.
2. Bearbeiter, die den Widerspruch als unzulässig betrachten, müssen die Begründetheit im Rahmen eines Hilfsgutachtens prüfen.
Gehen Sie davon aus, dass die Gebührenfestsetzung der Stadt Zschopau (Ziff. 5 des Tenors) nicht zu beanstanden ist.
3. Fertigen Sie entsprechend der von Ihnen unter 1. getroffenen Entscheidung den Tenor des Widerspruchsbescheides.
4. Begründen Sie anschließend die von Ihnen gefertigte Tenorierung.

Lösungshinweise

A. Zulässigkeit des Widerspruchs:¹

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Der Verwaltungsrechtsweg ist gegeben, § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art. Gestritten wird insbesondere um die Anwendung von Normen des Gaststättenrechts, also um Normen des öffentlichen Rechts (Sonderrechtstheorie oder Subordinationstheorie), konkret des besonderen Polizeirechts.²

Eine gesetzliche Zuweisung an ein anderes Gericht ist nicht gegeben.

2. Statthaftigkeit

Hier ist insbesondere zu prüfen, ob ein Verwaltungsakt vorliegt, § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO, da ein Widerspruchsverfahren nur bei Vorliegen eines Verwaltungsaktes infrage kommt.

Der Widerruf der Gaststättenlaubnis ist ein Verwaltungsakt, die Tatbestandsmerkmale des § 35 Satz 1 VwVfG einschl. der Re-

gelungswirkung liegen vor. Dieser Verwaltungsakt ist auch bekannt gegeben und somit wirksam geworden (§§ 41, 43 VwVfG).

3. Beschwer, § 70 Abs. 1 i. V. m. § 42 Abs. 2 VwGO

Es muss eine »Beschwer« des Widerspruchsführers durch den erlassenen Verwaltungsakt möglich, d. h. sie darf nicht gänzlich ausgeschlossen sein.³

Der Widerspruchsführer ist Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes (sog. Adressatentheorie), außerdem ist eine Verletzung seiner Rechte aus Art. 12 GG nicht ausgeschlossen.⁴

4. Form und Frist, § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO

a) Schriftform

Die Schriftform der Erhebung des Widerspruchs wurde gewahrt, sowohl bei Benutzung der Form des Telefaxes⁵ als auch bei der persönlichen Übergabe seines Widerspruchsschreibens am 28. 8. 2004.

Anzumerken ist hier, dass der Widerspruchsführer nicht ausdrücklich Widerspruch eingelegt hat. Er hat nur vorgetragen, dass er mit dem Bescheid der Stadt Zschopau nicht einverstanden sei. Deshalb ist sein Vortrag auszulegen.⁶ Im Zusammenhang mit den weiteren Ausführungen in seinem Schreiben vom 25. 8. 2004 ist aber eindeutig davon auszugehen, dass er Widerspruch einlegen will.

b) Monatsfrist

Problematisch ist die Einhaltung der Monatsfrist zur Erhebung des Widerspruchs.

Der Bescheid der Stadt Zschopau wurde dem Widerspruchsführer unstreitig am 26. 7. 2004 zugestellt. Die Monatsfrist zur Erhebung des Widerspruchs ist demnach am 26. 8. 2004 abgelaufen (§ 57 Abs. 2 VwGO, § 222 ZPO i. V. m. § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 21. Alt. BGB).⁷

An diesem Tage sandte der Widerspruchsführer zwar seinen Widerspruch per Fax ab, dieser ging jedoch bei der Behörde nicht ein, weil das Gerät bei der Stadt Zschopau nicht funktionierte. Aufgrund seines Sendeberichtes mit dem »OK«-Vermerk konnte der Widerspruchsführer aber auf den fristgemäßen Eingang seines Widerspruchs bei der Behörde vertrauen.⁸

Außerdem hat er unverzüglich nach Mitteilung der Behörde über das defekte Telefaxgerät sein Widerspruchsschreiben nachgereicht.

c) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Das wäre jedoch nur dann ausreichend i. S. einer Fristwahrung, wenn die Behörde dem Widerspruchsführer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 60 Abs. 1 und 2 VwGO zu gewähren hat.⁹

¹ Zu Prüfung der Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Widerspruchs siehe z. B. *Kopp/Schenke*, VwGO, 13. Aufl. 2003, Anm. 12 vor § 68; *Pietzner/Ronellenfitch*, Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, 11. Aufl. 2005, S. 340 ff.; sowie die Klausuren des Verfassers »Ende des Leipziger Messetreffs«, apf 2004, 14 ff., und »Ein Fahrlehrer auf Abwegen«, VR 2003, 421 ff.

² VG Gießen, NVwZ-RR 2005, 245 [246].

³ Zu dieser »Beschwer« nach § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO siehe *Pietzner/Ronellenfitch*, aaO (Anm. 1), S. 387 ff., mit umfangreichen Hinweisen auf die Rspr.

⁴ Dazu *Pietzner/Ronellenfitch*, aaO (Anm. 1), S. 389.

⁵ BVerwGE 81, 82 [84]; BVerfG NJW 1996, 2857; OVG Bautzen, NJW 1996, 2251; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, Anm. 10 zu § 64; *Pietzner/Ronellenfitch*, aaO (Anm. 1), S. 372.

⁶ Siehe dazu *Pietzner/Ronellenfitch*, aaO (Anm. 1), S. 340 ff.

⁷ *Kopp/Schenke*, aaO (Anm. 1), Anm. 10 zu § 57; VGH Mannheim, NJW 1987, 1353; es ist vertretbar, die Fristberechnung auch nach den §§ 79, 31 VwVfG i. V. m. den §§ 187 ff. BGB vorzunehmen (das Ergebnis unterscheidet sich nicht).

⁸ OVG Bautzen, NJW 1996, 2251.

⁹ *Kopp/Schenke*, aaO (Anm. 1), Anm. 12 zu § 57.

- aa) § 60 Abs. 1–4 VwGO gilt auch im Widerspruchsverfahren, § 70 Abs. 2 VwGO.
- bb) Die Rechtsanwältin des Widerspruchsführers hat einen ausdrücklichen Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt.
- cc) Bei der Monatsfrist zur Einlegung des Widerspruchs handelt es sich um eine gesetzliche Frist.
- dd) Der Widerspruchsführer muss ohne Verschulden verhindert gewesen sein, diese Frist einzuhalten.

Die Telefax-Übersendung ist aus Gründen gescheitert, die nicht in der Sphäre des Widerspruchsführers lagen.

»Wird die Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax durch ein Gericht eröffnet, so dürfen die aus den technischen Gegebenheiten dieses Kommunikationsmittels herrührenden besonderen Risiken (wie insbesondere Störungen des Empfangsgeräts) nicht auf den Nutzer dieses Mediums abgewälzt werden, sondern liegen in der Sphäre des Gerichts. Der Nutzer hat mit der Wahl eines anerkannten Übermittlungsmediums, der ordnungsgemäßen Nutzung eines funktionstüchtigen Sendegeräts und der korrekten Eingabe der Empfängernummer das seinerseits Erforderliche zur Fristwahrung getan, wenn er so rechtzeitig mit der Übermittlung beginnt, dass unter normalen Umständen mit ihrem Abschluss bis 24 Uhr zu rechnen ist.«¹⁰ Diese Vorgaben gelten auch für eine Verwaltungsbehörde, die entsprechenden Voraussetzungen sind beim Widerspruchsführer gegeben, ein ihm vorwerfbares Verschulden lag nicht vor.¹¹

- ee) Der Widerspruchsführer hat unverzüglich nach Kenntnis über die fehlgeschlagene Telefaxübermittlung seinen Widerspruch erneut schriftlich erhoben. Er hat somit innerhalb der Frist von 2 Wochen die versäumte Rechtshandlung nachgeholt (§ 60 Abs. 2 VwGO), sodass auch ohne Antrag Wiedereinsetzung zu gewähren ist (§ 60 Abs. 2 Satz 4 VwGO), d. h. von Amts wegen durch entsprechende Entscheidung der Widerspruchsbehörde, § 70 Abs. 2, § 60 Abs. 4 VwGO.¹²

5. Zuständige Widerspruchsbehörde, § 73 Abs. 1 Satz 2 VwGO¹³

a) Vorprüfung

Die vorab zu prüfende Nr. 3 (Selbstverwaltungsangelegenheit) und Nr. 2 (nächsthöhere Behörde gegenüber der Stadt Zschopau als oberste Bundes- oder Landesbehörde) scheiden aus. Es handelt sich hier um besonderes Polizeirecht (Gaststättenrecht).¹⁴

b) Generalklausel

Deshalb ist nach der Generalklausel (§ 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO) die nächsthöhere Behörde (Anm.: gegenüber der Stadt Zschopau als Ausgangsbehörde) die Widerspruchsbehörde. Nächsthöhere Behörde in diesem Sinne ist nicht das Landratsamt, denn dieses ist nach § 1 Abs. 1 der Sächsischen Gaststättenverordnung selbst auch zuständig zum Vollzug des Gaststättengesetzes, also auch Ausgangsbehörde in seinem Zuständigkeitsbereich.¹⁵ Deshalb ist nächsthöhere Behörde in diesem Fall das Regierungspräsidium.

6. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind unproblematisch.

Ergebnis:

Der Widerspruch ist somit zulässig.

B. Begründetheit des Widerspruchs

Der Widerspruch ist begründet, wenn der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Widerspruchsführer in seinen Rechten verletzt, oder der Verwaltungsakt unzumutbar ist und insoweit den Widerspruchsführer belastet¹⁶ (§ 68 Abs. 1 i. V. m. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO analog).

I. Rechtsgrundlage¹⁷

Als Rechtsgrundlage für den Widerruf der Gaststättenerlaubnis kommt § 15 Abs. 2 i. V. m. § 4 Abs. 1 Satz 1 Gaststättengesetz in Betracht.¹⁸ Rechtsgrundlage für die Anordnung der Betriebschließung (Ziff. 2 des Tenors des Bescheides der Stadt Zschopau) ist § 31 GastG i. V. m. § 15 Abs. 2 der Gewerbeordnung.

II. Formelle Rechtmäßigkeit des Bescheides der Stadt Zschopau

Hier ist Zuständigkeit, Form und Verfahren zu prüfen, siehe § 46 VwVfG.

1. Zuständigkeit

Zuständigkeit der Stadt Zschopau zum Erlass des Bescheides:

Dieser Prüfungspunkt bedarf besonderer Erörterung, da die Rechtsanwältin des Widerspruchsführers in ihrem Schriftsatz vorgetragen hat, die Stadt Zschopau habe keine Zuständigkeit zum Vollzug des Gaststättengesetzes.

Richtig ist, dass sich die Zuständigkeit der Stadt Zschopau als »Große Kreisstadt« nicht aus der Gaststättenverordnung ergibt. Sie ergibt sich aber aus § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Zuständigkeit der Großen Kreisstädte vom 26. 5. 1994 i. V. m. § 1 Nr. 1 der Verordnung über die Zuständigkeit der Großen Kreisstädte vom 31. 5. 1994.

Demnach ist die Stadt Zschopau sowohl sachlich als auch örtlich (die Gaststätte befindet sich in Zschopau) zuständig.

2. Formvorschriften

Die Formvorschriften (§§ 37, 39 VwVfG) wurden (zumindest teilweise) nicht eingehalten.¹⁹

a) Fehlende Angabe der Rechtsgrundlagen im Bescheid

Es handelt sich dabei um einen Verstoß gegen § 39 Abs. 1 Satz 2 VwVfG (fehlerhafte rechtliche Begründung). Ein derartiger formeller Fehler führt grundsätzlich zur Rechtswidrigkeit des Bescheides mit der Folge der Aufhebung durch die Widerspruchsbehörde (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO analog). Jedoch können derartige formelle Fehler nach § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG geheilt werden, insbesondere durch nachfolgende Entscheidung der Widerspruchsbehörde mit entsprechenden Ausführungen im Widerspruchsbescheid. Davon ist hier auszugehen.

¹⁰ BverfG, NJW 96, 2857; ähnlich OVG Bautzen, NJW 96, 2251 mit ausdrücklichem Hinweis auf den »OK«-Vermerk des Absendeberichts.

¹¹ Kopp/Schenke, aaO (Anm. 1), Anm. 22 zu § 60 VwGO.

¹² Kopp/Schenke, aaO (Anm. 1), Anm. 34 zu § 60 VwGO.

¹³ Zur nachfolgenden Prüfungsreihenfolge bei der Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde siehe Weber, Zur Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde unter Berücksichtigung des Verwaltungsorganisationsgesetzes, in apf 2004, Landesbeilage Sachsen, S. 67 ff.

Dieser Prüfungspunkt bei der Zulässigkeit des Widerspruchs ist zu unterscheiden von der Frage nach der Zuständigkeit der Ausgangsbehörde für den Erlass des belastenden Verwaltungsaktes, siehe nachfolgend bei der Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit des Ausgangsverwaltungsaktes!

¹⁴ VG Gießen, NVwZ-RR 2005, 245.

¹⁵ Im Landkreis »Mittlerer Erzgebirgskreis« gibt es demnach mehrere Behörden, die für den Vollzug des Gaststättengesetzes zuständig sind: das Landratsamt nach der Gaststättenverordnung und innerhalb des Landkreises die Große Kreisstadt Zschopau in ihrem örtlichen Bereich.

¹⁶ Kopp/Schenke, aaO (Anm. 1), Anm. 12 a vor § 68 VwGO.

¹⁷ Zum Prüfungsaufbau bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Eingriffs-Verwaltungsaktes siehe z. B. Schoch, Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 95, 217, und Mussmann, Allgemeines Polizeirecht in Baden-Württemberg, 4. Aufl. 1994, S. 339.

¹⁸ Siehe dazu aktuell VG Gießen, NVwZ-RR 2005, 245.

¹⁹ Zur Begründung eines derartigen Bescheides siehe VGH Mannheim, Gewerbearchiv 1993, 81 [82] (im dort zu entscheidenden Fall fehlten im behördlichen Bescheid der Hinweis auf eine Maßnahme nach § 15 Abs. 2 GewO i. V. m. § 31 GastG sowie Ausführungen zur Ermessensausübung).

b) Anordnung der sofortigen Vollziehung

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist entsprechend § 80 Abs. 3 VwGO ausdrücklich begründet. Die Behörde genügt den Erfordernissen mit einer schlüssigen, substanziierten und konkreten Darlegung der wesentlichen Erwägungen, warum aus ihrer Sicht gerade im vorliegenden Einzelfall ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung gegeben ist und das Interesse des Betroffenen am Bestehen der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs ausnahmsweise zurückzutreten hat.²⁰ Die Stadt Zschopau hat zu diesem Problem nachvollziehbare Ausführungen gemacht.

3. Verfahren

Ein Verfahrensfehler ist nicht ersichtlich, insbesondere ist der Widerspruchsführer vor Erlass des Bescheides angehört worden, § 28 VwVfG.

II. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Tatbestand

§ 15 Abs. 2 i. V. m. § 4 Abs. 1 Satz 1 GastG (Ziff. 1 des Tenors):

a) »Nachträglich«

Nach § 15 Abs. 2 GastG ist (siehe anschließende Rechtsfolgenprüfung) die Erlaubnis zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die die Versagung der Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 Satz 1 rechtfertigen würden.

»Nachträglich« i. S. dieser Vorschrift bedeutet nach Erteilung der Erlaubnis.²¹ Die Tatsachen, die die Behörde zum Widerruf veranlassten, ereigneten sich nach der im Jahr 2000 erfolgten Erteilung der Gaststättenerlaubnis (§ 1 Abs. 1 Satz 1 GastG, Schankwirtschaft).

b) Unzuverlässigkeit

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GastG ist die Erlaubnis zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt.

Die Behörde geht nunmehr von der Unzuverlässigkeit des Widerspruchsführers anhand der im Bescheid genannten Tatsachen aus:

- erhebliche Steuerrückstände
- mehrere Ordnungswidrigkeitenverfahren wegen Verstößen gegen Bestimmungen über die Sperrzeit
- Feststellung unhygienischer Zustände durch das Gewerbeaufsichtsamtsamt.

Insbesondere führt die Gesamtbetrachtung dieser Tatsachen zur Feststellung der Unzuverlässigkeit des Widerspruchsführers.²²

Der Widerspruchsführer hat erhebliche Steuerrückstände »angesammelt« und eine mit dem Finanzamt getroffene Ratenzahlungsvereinbarung nicht eingehalten. Daran ändert auch der Vortrag des Widerspruchsführers in seiner Anhörung nichts, Verhandlungen mit dem Finanzamt seien nunmehr erfolgreich verlaufen.

Die wiederholt festgestellten Verletzungen der Sperrzeitfestsetzungen sind durch rechtskräftige Bußgeldbescheide festgestellt. In diesen Verfahren hätte der Widerspruchsführer Gelegenheit gehabt vorzutragen, dass nur noch private Gäste anwesend gewesen seien. In dem jetzigen Verwaltungsverfahren ist dieser Vortrag unbeachtlich.

Der festgestellte Verstoß gegen hygienische Vorschriften wiegt zwar nicht so schwer, dass er zu einem Widerruf ausgereicht hätte.²³ Im Zusammenhang mit den vorgenannten doch erheblichen (auch wirtschaftlichen) Problemen des Widerspruchsführers, einen ordnungsgemäßen Gaststättenbetrieb zu gewährleisten, führt die Gesamtschau aller Umstände jedoch zur Prognose, dass der Widerspruchsführer nicht mehr die Gewähr dafür bietet, sein Gewerbe zukünftig ordnungsgemäß, d. h. im Einklang mit dem geltenden Recht auszuüben. Er ist deshalb unzuverlässig.²⁴

2. Rechtsfolge

Die Rechtsfolge der Norm lautet »ist«, d. h. es handelt sich um eine sog. gebundene Entscheidung. Im Gegensatz zum Vortrag der Rechtsanwältin des Widerspruchsführers hat die Behörde hier kein Ermessen auszuüben (anders z. B. bei § 15 Abs. 3 GastG), auch wenn durch den Widerruf dem Erlaubnisinhaber die Grundlage seiner wirtschaftlichen Existenz genommen wird.²⁵

3. Betriebsschließung (Ziff. 2 des Tenors):

a) Tatbestand des § 15 Abs. 2 GewO (i. V. m. § 31 GastG): Danach kann (siehe anschließende Prüfung der Rechtsfolge) die Fortsetzung eines Betriebes von der zuständigen Behörde verhindert werden, wenn ein Gewerbe wie der Gaststättenbetrieb des Widerspruchsführers ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben wird. Diese tatbestandlichen Voraussetzungen sind insoweit gegeben, als die dem Widerspruchsführer erteilte Gaststättenerlaubnis unter Anordnung der sofortigen Vollziehung (Ziff. 3 des Tenors) widerrufen worden ist.²⁶

b) Rechtsfolge: Die Behörde »kann« tätig werden, hat also Ermessen.²⁷ Es steht demzufolge im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde, ob sie die Schließung der Gaststätte anordnen will (im Gegensatz zum Widerruf, Ziff. 1 des Tenors, als gebundene Entscheidung ohne Ermessen).²⁸ Die Behörde sah sich zu dieser Anordnung veranlasst, weil der Widerspruchsführer in seiner Anhörung gegenüber der Stadt Zschopau erklärte, er werde nicht freiwillig auf seine Erlaubnis verzichten. Insoweit ist diese Anordnung gegenüber dem Widerspruchsführer verhältnismäßig und vertretbar bis hin zu einer Ermessensreduzierung auf null.²⁹

4. Zusicherung

Sowohl der Widerspruchsführer als auch seine Rechtsanwältin berufen sich auf eine »Zusage« eines Mitarbeiters der Stadt Zschopau. Insoweit könnte eine Zusicherung nach § 38 VwVfG in Betracht kommen (als Zusage des Unterlassens eines später zu erlassenden Verwaltungsaktes, hier Widerruf der Gaststättenerlaubnis). Eine Zusicherung i. S. des § 38 VwVfG liegt jedoch nicht vor, zumal es an der erforderlichen Schriftform fehlte.³⁰ Es handelte sich lediglich um eine unverbindliche Unterredung zwischen dem Widerspruchsführer und einem Mitarbeiter der Stadt Zschopau. Bindungswirkungen zulasten der Stadt Zschopau können daraus nicht abgeleitet werden.³¹

5. Anordnung der sofortigen Vollziehung, § 80 Abs. 3 VwGO (Ziff. 3 des Tenors)

Während oben bei der formellen Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes geprüft wurde, ob die Anordnung der sofortigen Voll-

²⁰ OVG Frankfurt, LKV 2005, 121 [122].

²¹ VG Gießen, NVwZ-RR 2005, 245.

²² OVG Greifswald, Gewbearchiv 2002, 340; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1994, 78; BVerwG Gewbearchiv 1992, 22, insbesondere zu Steuerschulden; VGH Mannheim, Gewbearchiv 1988, 231, insbesondere zu Sperrzeitüberschreitungen; VG Gießen, NVwZ-RR 2005, 245: mehrere Vorstrafen wg. Hehlerei.

²³ Dazu und zu dem Verstoß gegen die Sperrzeitfestsetzung: VGH Mannheim, Gewbearchiv 1988, 231.

²⁴ So VGH Mannheim, Gewbearchiv 1994, 30; zur Unzuverlässigkeit bei einer Häufung kleinerer Verstöße siehe auch VGH Mannheim, Gewbearchiv 1990, 253 [254]; VG Stuttgart, Gewbearchiv 2003, 36.

²⁵ VGH Kassel, Gewbearchiv 94, 116; BVerwG Gewbearchiv 1989, 138 [139].

²⁶ VGH Mannheim, Gewbearchiv 1993, 81 [82]; VGH Kassel, Gewbearchiv 1994, 116; VG Gießen, NVwZ-RR 2005, 245 [246].

²⁷ Insbesondere spielt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hier eine entscheidende Rolle (VG Gießen, NVwZ-RR 2005, 245 [246]).

²⁸ VGH Mannheim, Gewbearchiv 1993, 81 [82]; VGH Kassel, Gewbearchiv 1994, 116; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1994, 78 [79].

²⁹ VGH Kassel, Gewbearchiv 96, 291 [292].

³⁰ Zur Schriftform der Zusicherung aktuell OVG Lüneburg, NVwZ 2005, 470

³¹ Zum Bindungswillen der Behörde siehe BVerwGE 26, 31 [36].

ziehung formell rechtmäßig erfolgte, ist nunmehr (inhaltlich) zu prüfen, ob das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des Bescheides das private Interesse des Widerspruchsführers an der Fortsetzung des Gaststättenbetriebes überwiegt³², sog. materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Anordnung der sofortigen Vollziehung.³³

Da hier sowohl die Widerrufsverfügung als auch die Betriebs-schließung mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung versehen wurden, ist eine getrennte Prüfung vorzunehmen.³⁴

a) Die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Widerrufs liegt im überwiegenden öffentlichen Interesse.³⁵ Angesichts der Steuerschulden kann ein weiteres Betreiben der Gaststätte (mit der hohen Wahrscheinlichkeit des weiteren Ansteigens der steuerlichen Verpflichtungen des Widerspruchsführers) nicht hingegenommen werden. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass sich der Widerspruchsführer mehrfach nicht an die festgelegten Sperrzeiten gehalten hat.

Mit diesem Verhalten hat der Widerspruchsführer in erheblichem Maße die berechtigten Belange der Allgemeinheit (ordnungsgemäßes Betreiben einer Gaststätte, Erfüllen seiner steuerlichen Verpflichtungen) gefährdet, er ist auch offensichtlich wirtschaftlich nicht mehr leistungsfähig. Es muss durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung verhindert werden, dass sich das Fehlverhalten des Widerspruchsführers gerade auch während des Hauptsacheverfahrens (Widerspruchsverfahren und anschließende evtl. Anfechtungsklage) fortsetzt.³⁶

b) Anordnung der sofortigen Vollziehung der Betriebs-schließung:³⁷ Auch diese Festlegung war geboten insbesondere im Hinblick darauf, dass sich der Widerspruchsführer in seiner Anhörung dahingehend äußerte, er werde nicht freiwillig auf die Erlaubnis verzichten. Es besteht also die begründete Vermutung, dass der Widerspruchsführer trotz des ausgesprochenen Widerrufs seine Gaststätte weiterbetreiben will. Zudem hat ihm die Behörde noch eine Frist von einer Woche zur Betriebsabwicklung eingeräumt.

c) Durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung hat sich die Behörde einen sog. Vollstreckungstitel verschafft³⁸ und konnte somit nach § 20 Abs. 2 VwVG ein Zwangsmittel androhen (1. Stufe der Verwaltungsvollstreckung), sog. unselbstständige Androhung.³⁹

6. Androhung des unmittelbaren Zwangs (Ziff. 4 des Tenors)

Die Androhung des unmittelbaren Zwangs (Ziff. 4 des Tenors) bezieht sich nur auf Ziff. 2 des Tenors des Bescheides der Stadt Zschopau (Betriebs-schließung).

a) Durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung in Bezug auf Nr. 2 des Tenors hat sich die Behörde einen Vollstreckungstitel nach § 2 VwVG verschafft. Deshalb konnte nunmehr eine Androhung unmittelbaren Zwangs nach § 20 VwVG ausgesprochen werden. Die Androhung verdeutlicht dem Widerspruchsführer, dass die Behörde mit Nachdruck auf der Betriebs-schließung besteht und ist mit einer Fristsetzung versehen.

b) Zuständig für die Androhung (als 1. Stufe des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens) ist die Stadt Zschopau als Vollstreckungsbehörde nach § 4 Abs. 1 Satz 3 SächsVwVG.⁴⁰

c) Die Androhung des unmittelbaren Zwangs konnte hier von der Stadt Zschopau als allgemeine Polizeibehörde (§ 64 Abs. 1 SächsPolG i. V. m. § 25 VwVG) ausgesprochen werden, denn nach § 30 Abs. 2 SächsPolG ist lediglich die Anwendung des unmittelbaren Zwangs der Vollzugspolizei vorbehalten.⁴¹

d) Angesichts der wirtschaftlichen Verhältnisse des Widerspruchsführers sind Zwangsgeld und Ersatzvornahme »untunliche« Mittel der Verwaltungsvollstreckung, § 25 Abs. 2 VwVG.⁴²

e) Hier ist zu denken (sollte es später zur Anwendung, also dem Einsatz des unmittelbaren Zwangs nach der Androhung kommen) an eine evtl. Versiegelung der Gaststätte, d. h. Anwendung des vorher angedrohten unmittelbaren Zwangs gegen Sachen, nicht gegen Personen.⁴³

Eine nähere Konkretisierung betr. den Einsatz des unmittelbaren Zwangs ist im Tenor nicht erforderlich.⁴⁴ Dies zeigt auch ein Vergleich mit den entsprechenden Regelungen betr. Zwangsgeld, in welchen ausdrücklich Forderungen nach der Bestimmtheit (sowohl bei Androhung als auch bei späterer Festsetzung) gestellt werden (§§ 20, 22 Abs. 2 SächsVwVG).

f) Die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Androhung des unmittelbaren Zwangs ist nicht erforderlich, da nach § 11 VwVG Rechtsbehelfe gegen Vollstreckungsmaßnahmen keine aufschiebende Wirkung haben.

7. Zweckmäßigkeit

Auch unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit ist das dargestellte Ergebnis der Prüfung des Bescheides der Stadt Zschopau nicht zu beanstanden.

8. Festsetzung der Gebühr

Laut Bearbeitervermerk Festsetzung der Gebühr war die durch die Stadt Zschopau (Ziff. 5 des Tenors) nicht zu prüfen.

9. Ergebnis

Abschließend ist festzustellen, dass der Widerspruch zwar zulässig, aber nicht begründet ist.

C. Tenor der Entscheidung

Es ergibt sich demnach folgender Tenor:⁴⁵

1. Der Widerspruch gegen den Bescheid der Stadt Zschopau vom 23. 7. 2004 wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt der Widerspruchsführer.
3. Für diesen Bescheid wird eine Gebühr i. H. v. 450 € festgesetzt.

Begründung der Tenorierung:

Zu 1.:

Unproblematisch, da ein Fall des Misserfolges für den Widerspruchsführer vorliegt. Der Ausgangsbescheid der Stadt Zschopau bleibt insgesamt wirksam.

32 VGH Mannheim, Gewerbearchiv 1990, 253; VGH Kassel, Gewerbearchiv 1994, 116; auch der BayVGH BayVBl. 2004, 565 [566], unterscheidet in seiner Prüfung ausdrücklich zwischen formellen und inhaltlichen Einwänden bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung des Widerrufs einer Gaststätterlaubnis; ebenso VG Hannover, NVwZ-RR 2004, 851 [854].

33 Kopp/Schenke, aaO (Anm. 1), Anm. 90 zu § 80.

34 VGH Mannheim, Gewerbearchiv 1993, 81 [82].

35 Siehe dazu BayVGH BayVBl. 2004, 565, und VG Gießen, NVWZ-RR 2005, 245.

36 VGH Mannheim, Gewerbearchiv 90, 253 [254]. Der Widerspruchsführer könnte ohne Anordnung der sofortigen Vollziehung durch Erhebung des Widerspruchs und spätere Klage seine Gaststätte noch auf unbestimmte Zeit weiter betreiben.

37 Siehe dazu VG Gießen, NVwZ-RR 2005, 245 [246].

38 Siehe dazu BFH NJW 2003, 1070; OVG Bautzen, SächsVBl. 1996, 138; Weber, Fälle zum Verwaltungsvollstreckungsrecht, VR 2004, 181 [182].

39 Siehe dazu Weber, Fälle zum Verwaltungsvollstreckungsrecht, VR 2004, 181, 184; VG Stuttgart, Gewerbearchiv 2003, 36, 38.

40 Es handelt sich hier um einen Fall der Identität zwischen der sog. Ausgangsbehörde (die Behörde, die den sog. Grund-Verwaltungsakt erlassen hat) und der Vollstreckungsbehörde.

41 Als 2. Stufe der Vollstreckung des unmittelbaren Zwangs nach der Androhung.

42 So auch VG Stuttgart, Gewerbearchiv 2003, 36, 37, bei erheblichen Steuerschulden; ähnlich VG Stuttgart, VBIBW 2001, 496, 497.

43 OVG Münster, NVwZ-RR 1994, 549.

44 OVG Münster, Gewerbearchiv 1991, 31.

45 Zum Tenor siehe Weber, Zur Tenorierung des Widerspruchsbescheides einschl. der Kostenentscheidung, apf 2000, 124 ff., konkret S. 128; weitere Tenorierungsbeispiele sind nachzulesen in den Klausuren des Verfassers »Der erfolglose Makler«, VR 2002, 276, »Ende des Leipziger Messtreffs« apf 2004, 14, und »Ein Fahrlehrer auf Abwegen«, VR 2004, 421.

Zu 2.:

Die Kostenentscheidung im Widerspruchsverfahren ist grundsätzlich in § 73 Abs. 3 Satz 3 VwGO geregelt. Dabei ist zu differenzieren zwischen der Kostenentscheidung nach § 80 VwVfG (Ausgleich zwischen Ausgangsbehörde und Widerspruchsführer) und der Kostenentscheidung nach § 11 SächsVwKG (Anspruch der Widerspruchsbehörde gegen den Widerspruchsführer).

- a) Rechtsgrundlage für den Kostenausspruch nach Ziff. 2 des Tenors ist § 80 Abs. 1 Satz 3 VwVfG (erfolgloser Widerspruch).
- b) Hier ist zu beachten, dass die Rechtsanwältin des Widerspruchsführers die Notwendigkeit ihrer Hinzuziehung beantragt hat, § 80 Abs. 2 VwVfG. Im Falle der Erfolglosigkeit des Widerspruchs ist aber ein Ausspruch über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts nicht erforderlich. Denn dieser Ausspruch zur Notwendigkeit ergibt sich immer nur für den erfolgreichen Widerspruchsführer. Ein Anspruch nach § 80 Abs. 2 VwVfG zugunsten des Widerspruchsführers setzt nämlich eine positive Entscheidung nach § 80 Abs. 1 Satz 1 VwVfG voraus, die aber gerade im Falle der Erfolglosigkeit des Widerspruchsführers nicht vorhanden ist.⁴⁶ Deshalb besteht grundsätzlich ein Kosten-

risiko für den Widerspruchsführer, der bei Beauftragung eines Rechtsanwalts noch nicht absehen kann, ob der Widerspruch Erfolg haben wird.⁴⁷

Zu 3.:

Rechtsgrundlage ist § 2 i. V. m. § 11 Abs. 1 des Sächsischen Verwaltungskostengesetzes.

Die Widerspruchsgebühr (d. h. die der Widerspruchsbehörde zustehende Gebühr für den Erlass des Widerspruchsbescheides) beträgt das 1,5-fache der Gebühr für den Ausgangsbescheid, also 450 DM €.

Zu beachten ist noch, dass der Widerspruchsbescheid zugestellt werden muss, § 73 Abs. 3 Satz 2 VwGO. Hier wird nach den § 5 Abs. 2, § 8 Abs. 1 Satz 2 des Sächsischen Verwaltungszustellungsgesetzes an die den Widerspruchsführer vertretene Rechtsanwältin zugestellt, sodass hierfür keine Auslagen (§ 12 Abs. 1 Satz 2 VwZG) anfallen.

⁴⁶ Siehe Weber, aaO (Anm. 45), mit Hinweisen auf die Rspr.

⁴⁷ BVerwG NVwZ 1988, 721 [723].