

RECHTLICHE GESTALTUNG

Der Widerspruchsbescheid im gewerberechtlichen Verfahren¹

Regierungsdirektor Klaus Weber, Regierungspräsidium Chemnitz*

A. Sachverhalt

I. Gewerbeuntersagungsbescheid vom 10.1.2006

Ausgangspunkt des Widerspruchsverfahrens „Wagner“ war der Bescheid des Vogtlandkreises vom 10.1.2006,² adressiert an Herrn Ferdinand Wagner, mit folgendem Tenor:

1. Ihnen wird die weitere Ausübung des Gewerbes „Handel und Verlegung von Baustahl auf Baustellen unter Verwendung von vorgeformten Bewehrungsmaterialien unter Einweisung und Aufsicht des jeweiligen Bauleiters“ untersagt.
2. Diese Untersagung wird ausgedehnt auf alle Gewerbe sowie Tätigkeiten als Vertretungsberechtigter oder Leitungsperson.
3. Die sofortige Vollziehung der unter 1. und 2. getroffenen Regelungen wird angeordnet.
4. Falls Sie der unter 1. und 2. ausgesprochenen Verpflichtung nicht entsprechen, wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld in Höhe von 1000 € angedroht.
5. Gebührenfestsetzung ...

Wagner betrieb seit 2000 das nur anmeldepflichtige und ihm jetzt untersagte Gewerbe.

Zur Begründung dieses Gewerbeuntersagungsbescheides verwies die Behörde auf die nunmehr festgestellte Unzuverlässigkeit des Wagner infolge der erheblichen Zahlungsrückstände bei der Berufsgenossenschaft, der AOK Sachsen und dem Finanzamt. Inzwischen hätten sich die Zahlungsrückstände insbesondere beim Finanzamt gegenüber der Auskunft vom Oktober 2005 noch um weitere 10 000 € erhöht, weshalb die Untersagungsverfügung nach § 35 I 1 GewO ausgesprochen werden musste, da der Tatbestand der „Unzuverlässigkeit“ vorliege.

Die Untersagung sei mangels Vorliegen gewerbespezifischer Verstöße wegen der tatsächlich erfolgten und weiter zu befürchtenden Fortsetzung der gewerblichen Tätigkeit (wie auch in der Anhörung mitgeteilt) auf alle Gewerbe sowie auf Leitungs- und Vertretungsberechtigungen auszudehnen (§ 35 I 2 GewO). Insoweit habe die Behörde bei ihren Ermessenserwägungen auch berücksichtigt, dass es nach Anhörung zu weiteren Zahlungsrückständen beim Finanzamt gekommen sei, was im öffentlichen Interesse nicht hingenommen werden könne.

Im dringenden Interesse des Gläubigerschutzes vor weiteren wirtschaftlichen Nachteilen noch vor Unanfechtbarkeit der Untersagungsverfügung (insbesondere weiteres Ansteigen der Zahlungsrückstände) sei es geboten gewesen, die sofortige Vollziehung der Gewerbeuntersagung und der erweiterten Gewerbeuntersagung anzuordnen. Es bestehe die begründete Vermutung des weiteren Ansteigens der Zahlungsrückstände während eines eventuell laufenden Widerspruchsverfahrens mit möglicherweise anschließender Klage.

Die Zwangsgeldandrohung stütze sich auf § 20 I und IV SachsVwVG.

II. Widerspruch des Ferdinand Wagner

Mit Schriftsatz vom 20.1.2006, bei der Widerspruchsbehörde (Regierungspräsidium Chemnitz) eingegangen am 23.1.2006, erhob Wagner, vertreten durch Rechtsanwalt Müller (unter Vorlage einer Vollmacht)³ Widerspruch gegen den Bescheid vom 10.1.2006 und stellte gleichzeitig bei der Widerspruchsbehörde einen Aussetzungsantrag nach § 80 IV VwGO.

III. Bescheid nach § 80 IV VwGO

1. Daraufhin erging am 6.2.2006 ein Bescheid der Widerspruchsbehörde nach § 80 IV VwGO („Der Bescheid nach § 80 IV VwGO im gewerberechtlichen Verfahren“)⁴, mit dem der Antrag vom 20.1.2006 auf Aussetzung der Anordnung der sofortigen Vollziehung des Bescheides des Vogtlandkreises vom 10.1.2006 zurückgewiesen wurde.

2. Nach Auffassung der Widerspruchsbehörde war der Aussetzungsantrag zwar zulässig, aber unbegründet. Der Bescheid des Vogtlandkreises vom 10.1.2006 war insgesamt rechtmäßig. Denn eine Aussetzung nach § 80 IV VwGO kann nur erfolgen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffe-

* Der Verfasser ist Regierungsdirektor beim Regierungspräsidium Chemnitz und u. a. Arbeitsgemeinschaftsleiter für Rechtsreferendare und Lehrbeauftragter an der Fachhochschule der Sächsischen Verwaltung in Meißen (www.hansklausweber.de).

1 Im Anschluss an die Ausführungen „Der Bescheid nach § 80 IV VwGO im gewerberechtlichen Verfahren“, *KommJur* 2006, 134, „Die Zwangsgeldfestsetzung im gewerberechtlichen Verfahren“, *KommJur* 2006, 250, und „Der Antrag auf Erlass eines Haftbefehls bei uneinbringlichem Zwangsgeld“, *KommJur* 2006, 331.

2 Siehe dazu „Der Bescheid nach § 80 IV VwGO im gewerberechtlichen Verfahren“, *KommJur* 2006, 134, 135.

3 §§ 14, 79 VwVfG.

4 Siehe den entspr. Bescheid unter Fn. 1.

nen Verwaltungsaktes bestehen bzw. der angegriffene Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist.⁵

IV. Zwangsgeldfestsetzung mit Bescheid vom 25.2.2006

Im weiteren Verlauf der Angelegenheit erließ der Vogtlandkreis am 25.2.2006 gegen den Widerspruchsführer Ferdinand Wagner einen Bescheid („Die Zwangsgeldfestsetzung im gewerberechtlichen Verfahren“)⁶ mit folgendem Tenor:

1. Gegen Sie wird ein Zwangsgeld in Höhe von 1000 € festgesetzt.
2. Für den weiteren Fall der Nichtbeachtung der unter den Ziffern 1 und 2 des Bescheides des Vogtlandkreises vom 10.1.2006 getroffenen Regelungen wird ein Zwangsgeld in Höhe von 2000 € angedroht.
3. Für den Fall der Uneinbringlichkeit des nunmehr festgesetzten Zwangsgeldes in Höhe von 1000 € wird darauf hingewiesen, dass beim Amtsgericht Plauen der Erlass eines Haftbefehls zur Zwangshaft beantragt werden kann.
4. Gebührenfestsetzung ...

Nach den Feststellungen der Behörde war der Widerspruchsführer am 26.1.2006 und am 17.2.2006, also nach Bekanntgabe und Wirksamkeit des Gewerbeuntersagungsbescheides (§§ 41, 43 VwVfG) noch im untersagten Gewerbe tätig.⁷ Deshalb setzte die Behörde das vorher angedrohte Zwangsgeld fest, drohte gleichzeitig ein neues (erhöhtes) Zwangsgeld an und verwies auf die Möglichkeit der Beantragung von Zwangshaft.

V. Haftbefehlsantrag vom 5.4.2006

Am 5.4.2006 stellte der Vogtlandkreis einen Haftbefehlsantrag⁸ beim Amtsgericht Plauen mit folgenden konkreten Anträgen:

1. Gegenüber dem Vollstreckungsschuldner Wagner einen Haftbefehl zu erlassen,
2. Zwangshaft anzuordnen und die Dauer der Zwangshaft auf 1 Woche festzusetzen,
3. die festgesetzte Zwangshaft zu vollstrecken.

Dieser Antrag gründete sich darauf, dass die Beitreibung des festgesetzten Zwangsgeldes in Höhe von 1000 € „uneinbringlich“ war. Außerdem teilte die Stadt Zwickau dem Vogtlandkreis am 15.3.2006 mit, dass Wagner sich dort wiederum auf einer Baustelle im untersagten Gewerbe betätigte⁹, also die ausgesprochene Gewerbeuntersagung vom 10.1.2006 mit Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht beachtete.

VI. Weiterer Sachverhalt

Der Sachverhalt hat sich inzwischen (nach Stellung des Antrages auf Erlass eines Haftbefehls vom 5.4.2006) wie folgt weiterentwickelt:

1. Die „Ausgangsbehörde“ Vogtlandkreis hat dem Widerspruch des Ferdinand Wagner nicht abgeholfen und die

Akte deshalb am 15.4.2006 der Widerspruchsbehörde vorgelegt.¹⁰

2. Im Rahmen der Anhörung des Widerspruchsführers teilte dieser der Widerspruchsbehörde am 20.6.2006 mittels anwaltlichem Schriftsatz mit, dass er sich weiterhin gewerblich betätigen wolle. Denn er habe nunmehr Ratenzahlungsvereinbarungen mit den Stellen getroffen, bei denen er Zahlungsrückstände habe.¹¹ Deshalb könne man auch bei ihm nicht mehr von einer so genannten „Unzuverlässigkeit“ sprechen.

Er bestehe aus grundsätzlichen Erwägungen auf einer Entscheidung im Widerspruchsverfahren, da er diese Sache bei ablehnendem Widerspruchsbescheid gerichtlich überprüfen lassen wolle.

B. Bedeutung der Einlegung des Widerspruchs

I. Beginn des Widerspruchsverfahrens

Mit der Einlegung des Widerspruchs durch den so genannten „Widerspruchsführer“¹² beginnt das Widerspruchsverfahren. Entscheidend ist dabei der Zugang bei der für das Widerspruchsverfahren zuständigen Behörde. Hier hat Wagner bei der Widerspruchsbehörde (§ 70 I 2 VwGO) Widerspruch eingelegt im Zusammenhang mit dem Aussetzungsantrag (siehe oben A II).

II. Suspensiveffekt

Mit Erhebung des Widerspruchs tritt bei den belastenden Verwaltungsakten (so genannter Anfechtungswiderspruch) zu Gunsten des Widerspruchsführers die „aufschiebende Wirkung“ des Widerspruchs (auch „Suspensiveffekt“ genannt) ein, § 80 I VwGO.¹³

1. Diese „aufschiebende Wirkung“ des Widerspruchs dient der vorläufigen Sicherung des Status quo, damit wirksamer Rechtsschutz zu Gunsten des Widerspruchsführers nicht

5 Zur diesen Ausführungen ausführlich „Der Bescheid nach § 80 IV VwGO im gewerberechtlichen Verfahren“ (o. Fn. 1).

6 Siehe den entspr. Bescheid (o. Fn. 1).

7 Zur weiteren Begründung siehe die Ausführungen „Die Zwangsgeldfestsetzung im gewerberechtlichen Verfahren“ (o. Fn. 1).

8 Siehe den entspr. Bescheid unter Fn. 1.

9 Zur weiteren Begründung siehe den Aufsatz „Der Antrag auf Erlass eines Haftbefehls bei uneinbringlichem Zwangsgeld“ (o. Fn. 1).

10 Siehe dazu Weber, „Zur Abhilfe nach § 72 VwGO einschl. Kostenentscheidung und deren Tenorierung“, *KommJur* 2006, 175.

11 Siehe dazu die Ausführungen oben unter A I zu den Zahlungsrückständen des Wagner.

12 Im konkreten Fall geschehen mit Schriftsatz vom 20.1.2006 gegenüber der Ausgangsbehörde Landratsamt Vogtland, siehe oben unter A II.

13 Geis/Hinterseh, Grundfälle zum Widerspruchsverfahren, *JuS* 2002, 1180; Brühl, Sachbericht, Gutachten und Bescheid im Widerspruchsverfahren, *JuS* 1994, 57; Pietzner/Ronellenfisch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 11. Aufl. 2005, S. 575 ff.; der Eintritt der aufschiebenden Wirkung ist beim Verpflichtungswiderspruch, z. B. Ablehnung der beantragten Baugenehmigung, nicht erforderlich (Schoch, Das Widerspruchsverfahren nach den §§ 68 ff. VwGO, *Jura* 2003, 752 [756]; Pietzner/Ronellenfisch, S. 584).

durch die Schaffung irreversibler Zustände unmöglich gemacht oder gefährdet wird.¹⁴

„Die aufschiebende Wirkung soll die Schaffung irreparabler Tatsachen verhindern, die sich aus der sofortigen Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsaktes ergeben können; dadurch soll die Möglichkeit offen gehalten werden, dass dem Rechtsschutzsuchenden durch die beantragte Aufhebung des Verwaltungsaktes wirksamer Rechtsschutz zuteil wird.“¹⁵

Die aufschiebende Wirkung soll für eine Übergangszeit bis zu einer etwaigen Aufhebung des Verwaltungsaktes im Rechtsbehelfsverfahren dessen – insofern vorzeitige – Vollziehung ausschließen.¹⁶

2. Die Rechtsprechung vertritt die so genannte Vollziehbarkeitstheorie, wonach die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes hat¹⁷, sondern lediglich dessen Vollziehung hemmt oder aussetzt:

„Der Eintritt der aufschiebenden Wirkung (Anm.: des Widerspruchs) hat nur zur Folge, dass der angefochtene Verwaltungsakt vorläufig nicht vollzogen werden darf. Dagegen beseitigt die aufschiebende Wirkung nicht die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes. Das bedeutet, dass der Eintritt der aufschiebenden Wirkung keine rechtsgestaltende Wirkung dahingehend hat, dass der Verwaltungsakt als vorläufig nicht existent zu behandeln wäre. Die Behörde darf nur aus ihrem Verwaltungsakt keine Maßnahmen treffen, die rechtlich als Vollziehung des nach wie vor wirksamen Verwaltungsaktes anzusehen sind.“¹⁸

Die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes bleibt demnach durch Erhebung des Widerspruchs unberührt.¹⁹ Insgesamt stellt deshalb die aufschiebende Wirkung ein umfassendes Verwirklichungs- und Ausnutzungsverbot dar, das alle Folgerungen tatsächlicher oder rechtlicher Art, welche die Behörden aus dem Inhalt des betroffenen Verwaltungsaktes ziehen können, verbietet.²⁰

III. Keine aufschiebende Wirkung des Widerspruchs

Diese tritt nicht ein in den Fällen des § 80 II VwGO, z. B. § 80 II 1 Nr. 1 VwGO, Anforderung von öffentlichen Abgaben oder Kosten.²¹

Praktisch bedeutsam sind die belastenden Verwaltungsakte, die mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 II 1 Nr. 4, III VwGO) versehen sind.²²

IV. Einlegung des Widerspruchs bei der zuständigen Behörde

Die Praxis zeigt, dass der Widerspruch selten bei der Behörde, die den Widerspruchsbescheid zu erlassen hat (so genannte Widerspruchsbehörde²³ nach § 70 I 2 VwGO) eingelegt wird. Diese Tatsache hängt damit zusammen, dass dem Widerspruchsführer in der Regel nicht bekannt ist, welche Behörde im konkreten Fall Widerspruchsbehörde ist.²⁴

Im konkreten Fall hat der Rechtsanwalt des Widerspruchsführers einen Aussetzungsantrag bei der Widerspruchsbehörde gestellt und gleichzeitig dort Widerspruch erhoben.²⁵

1. Hat der Widerspruchsführer aber bei der Widerspruchsbehörde den Widerspruch eingelegt, so hat diese der Ausgangsbehörde Gelegenheit zu geben, über die Abhilfe zu entscheiden.²⁶ Eine Verletzung dieser Pflicht (also ein Widerspruchsverfahren ohne vorherige Abhilfeprüfung) ist ein wesentlicher Verfahrensmangel nach § 79 II 2 VwGO.²⁷

Anmerkung: Die Erhebung des Widerspruchs bei der Widerspruchsbehörde führt (falls diese nicht mit der Ausgangsbehörde identisch ist) oft zu einer Verzögerung der Bearbeitung im Widerspruchsverfahren, weil, wie schon angesprochen, die Akte bei der Ausgangsbehörde geführt wird und die Widerspruchsbehörde selbst den Widerspruch noch nicht bearbeiten darf. Denn die Abhilfeprüfung obliegt allein der so genannte Ausgangsbehörde.²⁸

2. Diese „Abhilfeprüfung“ der Behörde, die den mit Widerspruch angegriffenen Verwaltungsakt erlassen hat, ist somit die erste Entscheidung innerhalb des durch Erhebung des Widerspruchs eingeleiteten Widerspruchsverfahrens durch die

14 Schoch (o. Fn. 13), Jura 2003, 752 (756); Geis/Hinterseh (o. Fn. 13), JuS 2001, 1180.

15 VGH Mannheim, NJW 2004, 2690 (2691), unter Hinweis auf die ständige Rspr. des BVerfG; BVerfG, NJW 1973, 1491; Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. 2005, Anm. 1 zu § 80.

16 VGH Mannheim (o. Fn. 15).

17 Der Verwaltungsakt ist bekanntgegeben und damit gegenüber dem Adressaten wirksam geworden, §§ 41, 43 VwVfG. Die dementsprechend getroffenen Regelungen sind also zu befolgen (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl. 2005, Anm. 4 zu § 43 VwVfG; Brühl (o. Fn. 13), JuS 1994, 56 (57)). Bereits im Jahre 1961 hat das BVerwG (BVerwGE 13, I [8]) dazu ausgeführt: „Da die Entstehung, Änderung oder Vernichtung von Rechten oder Rechtsverhältnissen bereits kraft Äußerung des behördlichen Willensaktes eintritt, ist der Eintritt der Rechtsänderung i. d. R. von besonderen Vollziehungshandlungen weder abhängig noch solcher bedürftig ...“; im damaligen Fall wurde „die Verfügung vom 14.9.1957 am 20.9.1957 zugestellt, der Verwaltungsakt ist mithin an diesem Tage wirksam geworden!“.

18 BVerwGE 13, I (5 ff.): „Die „aufschiebende Wirkung“ bezieht sich nicht auf den Eintritt der Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes oder des Inkrafttretens der durch ihn getroffenen Regelung, sondern nur auf seine Vollziehbarkeit...“; BVerwGE 66, 218 (222), und 89, 357 (361); VGH München, NVwZ-RR 1990, 594; zustimmend Pietzner/Ronellenfitch, (o. Fn. 13), S. 576; siehe dazu auch Weber „Der Bescheid nach § 80 IV VwGO ...“ (o. Fn. 1).

19 BVerwGE 13, I (6).

20 OVG Bremen, NVwZ-RR 1996, 216; VG Augsburg, NVwZ-RR 1995, 382; Brühl (o. Fn. 13), JuS 1994, 56 (57); Pietzner/Ronellenfitch (o. Fn. 13), S. 579; Kopp/Schenke (o. Fn. 15), Anm. 28 zu § 80 VwGO.

21 OVG Koblenz, NVwZ-RR 2004, 157; Widerspruch gegen die Gebührenerhebung im Zusammenhang mit einem Bescheid gegen die Entziehung der Fahrerlaubnis.

22 Wie der diesen Ausführungen zu Grunde liegende „Ausgangsbescheid“ des Vogtlandkreises vom 10.1.2006; siehe Pietzner/Ronellenfitch (o. Fn. 13), S. 600 ff.

23 Siehe dazu Weber, „Zur Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde unter Berücksichtigung des Verwaltungsorganisationsgesetzes des Freistaates Sachsen“, apf 2004, Landesbeilage Sachsen, S. 57 ff.

24 Siehe den „Bescheid nach § 80 IV VwGO ...“, KommJur 2006, 134 (135) o. Fn. 1)

26 Oberrath/Hahn, Die Abhilfeentscheidung im Widerspruchsverfahren, JA 1995, 886; Weides, Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren, 3. Aufl. 1993, S. 229; Pache/Knauff, Zum Verhältnis von Ausgangs- und Widerspruchsbehörde nach den Regelungen der VwGO, DÖV 2004, 656 (658).

27 Kopp/Schenke (o. Fn. 15), Anm. 1 zu § 72 VwGO; Geis/Hinterseh (o. Fn. 13), JuS 2002, 1180, 2003, 34; Weides, Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren, 3. A. 1993, S. 229; Oberrath/Hahn (o. Fn. 26), JA 1995, 886 (888); Pache/Knauff (o. Fn. 26), DÖV 2004, 656, 659.

28 Ebenso ausdrücklich Oberrath/Hahn (o. Fn. 26), JA 1995, 886.

Ausgangsbehörde, die man in diesem Zusammenhang auch als „Abhilfebehörde“ bezeichnen kann.²⁹ Dieses Abhilfungsverfahren ist kein selbständiges Verwaltungsverfahren, sondern ein unselbständiger Teil des Widerspruchsverfahrens.³⁰ „Das Abhilfungsverfahren gehört, da es erst nach Einlegung des Widerspruchs abgewickelt wird, zum Widerspruchsverfahren.“³¹

3. Im hier vorliegenden Fall hat der Vogtlandkreis, wie oben dargelegt (A VI), nicht abgeholfen³² und die Akte der Widerspruchsbehörde zur weiteren Entscheidung vorgelegt.

C. Voraussetzungen für den Erlass des Widerspruchsbescheides

I. Zulässigkeit des Widerspruchs³³

1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I VwGO

Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, eine Zuweisung an ein anderes Gericht besteht nicht.

Die Streitigkeit wurzelt im Gewerberecht (Gewerbeordnung – GewO), die Rechtsgrundlage für die Gewerbeuntersagung ergibt sich aus einer öffentlich-rechtlichen Norm (Gewerbeordnung) und es besteht ein typisches Über- und Unterordnungsverhältnis (Subordinationstheorie). Außerdem hat die Behörde gegenüber dem Widerspruchsführer einen belastenden Verwaltungsakt³⁴ erlassen (so genannte Adressatentheorie).

2. Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde³⁵

Ausgangspunkt der Prüfung ist § 73 I 2 VwGO, wobei mit der Sondervorschrift des § 73 I 2 Nr. 3 VwGO zu beginnen ist.

a) § 73 I 2 Nr. 3 VwGO, Selbstverwaltungsangelegenheit?

Eine Selbstverwaltungsangelegenheit liegt nicht vor. Hier hat sich der Vogtlandkreis polizeirechtlich betätigt (Gefahrenabwehr nach den Vorschriften der GewO, besonders Polizeirecht), also im Bereich der Pflichtaufgaben nach Weisung (§§ 64 ff. SächsPolG).

b) § 73 I 2 Nr. 2 VwGO?

Diese Norm ist einschlägig, wenn gegenüber dem Vogtlandkreis die nächsthöhere Behörde eine oberste Bundes- oder Landesbehörde ist. Dann wäre der Vogtlandkreis selbst Widerspruchsbehörde (so genannte Identität zwischen Ausgangs- und Widerspruchsbehörde).³⁶ Da es sich hier um eine polizeirechtliche Problematik (Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit einschl. Zwangsmittellandrohung) handelt (Gewerberecht als besonderes Polizeirecht), kann auf die entspr. Normen des SächsPolG (analog oder hilfsweise) zurückgegriffen werden, konkret § 64 I SächsPolG. Danach ist die nächsthöhere Behörde gegenüber dem Vogtlandkreis (als Kreispolizeibehörde) das Regierungspräsidium, § 64 I 2, 82³⁷ SächsPolG, also keine oberste Landesbehörde nach § 64 I 1 SächsPolG.

c) Es verbleibt somit bei der Generalklausel des § 73 I 2 Nr. 1 VwGO. Nächsthöhere Behörde (siehe vor unter b) ist das Regierungspräsidium Chemnitz³⁸ als zuständige Widerspruchsbehörde.

3. Statthaftigkeit des Widerspruchs, § 68 VwGO³⁹

Der Vogtlandkreis hat einen Gewerbeuntersagungsbescheid erlassen. Es handelt sich hierbei um einen (belastenden) Verwaltungsakt i. S. des § 35 S. 1 VwVfG⁴⁰, welcher auch wirksam wurde durch Bekanntgabe an den Widerspruchsführer (§§ 41 I, V i. V. mit 43 I VwVfG).

4. Form und Frist

Bezüglich der Form der Erhebung des Widerspruchs gibt es keine Bedenken, ebenso hat der Widerspruchsführer die Monatsfrist eingehalten (§ 70 I 1 VwGO).

5. Widerspruchsbefugnis

Die so genannte Beschwer (§ 70 I 1 VwGO i. V. mit § 42 II analog)⁴¹ liegt unproblematisch vor. Der Widerspruchsführer ist durch den (ihn belastenden) Verwaltungsakt der Gewerbeuntersagung mit Zwangsmittellandrohung beschwert, außerdem ist er Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes.⁴²

29 *Brühl* (o. Fn. 13), JuS 1994, 57; abgesehen, davon, dass ein Antrag nach § 80 IV bei der Widerspruchsbehörde gestellt wird und diese auch zur Entscheidung darüber zuständig ist (siehe dazu den Aufsatz des Verfassers in *KommJur* 2006, 134, unter Fn. 1).

30 *Geis/Hinterseh* (o. Fn. 13), JuS 2003, 34; „Zwischenverfahren“, *Weides* (o. Fn. 26), S. 228; das Widerspruchsverfahren selbst ist ein selbstständiges Verwaltungsverfahren (OVG Saarlouis, NVwZ 1987, 508).

31 BVerwGE 25, 99; *Pietzner/Ronellenfisch* (o. Fn. 13), S. 325.

32 Zur „Nichtabhilfe“ siehe *Weber*, „Zur Abhilfe nach § 72 VwGO einschl. Kostenentscheidung und deren Tenorierung“, *KommJur* 2006, 175 (183).

33 Siehe dazu die Klausuren des Verfassers „Ein Fahrlehrer auf Abwegen“, VR 2003, 421, „Ende des Leipziger Messetreffs“, apf 2003, 220, und „Die Zschopauer Zusicherung“, apf 2006, 186 ff.; *Pietzner/Ronellenfisch* (o. Fn. 13), S. 344 ff.; *Kopp/Schenke* (o. Fn. 15), Anm. 12 vor § 68; *Brühl* (o. Fn. 13), JuS 1994, 153.

34 Siehe § 28 I VwVfG; zum belastenden Verwaltungsakt siehe auch VGH Mannheim, VBLBW 2005, 360: Widerruf einer Aufenthaltserlaubnis als „belastender“ Verwaltungsakt.

35 Siehe dazu bereits die umfangreichen Ausführungen im „Bescheid nach § 80 IV VwGO im gewerberechtlichen Verfahren“ (o. Fn. 1); *Weber*, Zur Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde unter Berücksichtigung des Verwaltungsorganisationsgesetzes, apf 2004, LB Sachsen, S. 57 ff.; *Pietzner/Ronellenfisch* (o. Fn. 13), S. 349 ff.; *Kintz*, Öffentliches Recht im Assessorexamen, 2. A. 2003, S. 263. – Dieser Prüfungspunkt ist nicht zu verwechseln mit der Frage nach der Zuständigkeit der Ausgangsbehörde (Vogtlandkreis) für den Erlass des Bescheides; siehe dazu später unter dem Prüfungspunkt „formelle“ Rechtmäßigkeit des Ausgangsbescheides (II 2).

36 Siehe dazu *Weber*, „Ein Fahrlehrer auf Abwegen“ (Klausur), VR 2003, 421; OVG Berlin, NJW 1977, 1166; OVG Koblenz, NVwZ 1992, 386

37 § 82 SPOlG entspr. dem 3. Gesetz zur Änderung des SächsPolG (GVBl. 2004, 147) mit folgendem Text: „Höhere Verwaltungsbehörden i. S. dieses Gesetzes sind die Regierungspräsidien.“

38 Nach § 6 I 5 des Sächsischen Verwaltungsorganisationsgesetzes i. V. mit § 1 I der VO der Sächsischen Staatsregierung zur räumlichen Gliederung der Regierungsbezirke vom 14.1.2004 (GVBl. S. 3) umfasst der Regierungsbezirk Chemnitz u. a. den Vogtlandkreis.

39 Siehe *Kintz* (o. Fn. 35), S. 265 ff.; *Brühl* (o. Fn. 13), JuS 1994, 154.

40 *Pietzner/Ronellenfisch* (o. Fn. 13), S. 352; Ein Verwaltungsakt mit mehreren Regelungen, oder mehrere Verwaltungsakte (in einem Bescheid zusammengefasst).

41 *Schoch* (o. Fn. 13), Jura 2003, 754.

42 *Brühl* (o. Fn. 13), JuS 1994, 157; *Geis/Hinterseh* (o. Fn. 13), JuS 2002, 37.

6. Bevollmächtigung

Laut Sachverhalt hat der Rechtsanwalt des Widerspruchsführers eine Vollmacht vorgelegt.⁴³

7. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Sind gegeben und müssen nicht weiter erörtert werden.

8. Ergebnis

Der Widerspruch ist zulässig.

II. Begründetheit des Widerspruchs

Begründet ist der Widerspruch, wenn und soweit der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig und der Widerspruchsführer dadurch in seinen Rechten verletzt ist.⁴⁴

Prüfungsmaßstab ist dabei nach § 68 I 1 VwGO die Recht- und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes,⁴⁵ also des so genannten Ausgangsbescheides, hier die Gewerbeuntersagung des Vogtlandkreises vom 10.1.2006. Bei der Frage nach der Rechtmäßigkeit stehen die formellen und materiellen Anforderungen der Rechtsordnung an den Verwaltungsakt im Vordergrund,⁴⁶ abschließend ist noch über die Zweckmäßigkeit zu entscheiden.⁴⁷

Entscheidend ist die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Widerspruch, also Erlass des Widerspruchsbescheides.⁴⁸ Während des Vorverfahrens eingetretene Änderungen in Bezug auf den Ausgangsbescheid sind somit zu berücksichtigen.⁴⁹

Anmerkung: Bei der Frage nach der materiellen Rechtmäßigkeit des Ausgangsbescheids liegt der Schwerpunkt der inhaltlichen Prüfung des Ausgangsbescheides durch die Widerspruchsbehörde. Die ausführlichen nachfolgenden (gutachterlichen) Erörterungen werden so nicht mehr in den Widerspruchsbescheid aufgenommen, zumal gegenüber dem Widerspruchsführer bereits am 6.2.2006 die Ablehnung seines Aussetzungsantrags durch die Widerspruchsbehörde erfolgte.

1. Rechtsgrundlagen⁵⁰

- a) Rechtsgrundlage für die Gewerbeuntersagung ist § 35 I 1 GewO.
- b) Rechtsgrundlage für die erweiterte Gewerbeuntersagung ist § 35 I 2 GewO.
- c) Die Anordnung der sofortigen Vollziehung erfolgte auf der Grundlage von § 80 II 1 Nr. 4, III VwGO.
- d) Die Rechtsgrundlage für die Zwangsgeldandrohung ergibt sich aus § 20 I VwVG.

2. Formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes⁵¹

Hier sind die Prüfungspunkte „Zuständigkeit, Form und Verfahren“ zu erörtern, siehe § 46 VwVfG.

- a) Zuständigkeit des Vogtlandkreises zum Erlass des Bescheides betreffend Gewerbeuntersagung

aa) Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 155 II GewO (Bundesrecht) i. V. mit § 2 der VO der Sächsischen Staatsregierung zur Durchführung der GewO.⁵²

bb) Die Zuständigkeit zur Zwangsgeldandrohung ergibt sich aus § 4 I 3 VwVG. Das Landratsamt Vogtlandkreis ist Vollstreckungsbehörde, da es den der Vollstreckung vorausgegangenen Verwaltungsakt der Gewerbeuntersagung erlassen hat (und auch dafür zuständig war).

b) Form: Die Formvorschriften wurden eingehalten (§§ 37, 39 VwVfG).

c) Verfahren:⁵³ Verfahrensfehler sind nicht ersichtlich.

3. Materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes⁵⁴

a) § 35 I 1 GewO, Gewerbeuntersagung (Ziffer 1 des Tenors des Ausgangsbescheides)

– Der Widerspruchsführer betreibt kein genehmigungspflichtige Gewerbe i. S. der GewO,⁵⁵ sondern nur ein anzeigepflichtiges Gewerbe nach § 14 § GewO (Gewinnerzielungsabsicht, auf Dauer angelegte erlaubte Tätigkeit, Selbstständigkeit, keine Urproduktion oder freier Beruf, nicht bloße Verwaltung und Nutzung eigenen Vermögens).⁵⁶

– Tatbestand: Wagner ist unzuverlässig. Unzuverlässig ist ein Gewerbetreibender, der nach dem Gesamtbild seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreiben wird.⁵⁷ Dazu gehört unter anderem, dass der Gewerbetreibende die mit der Gewerbeaus-

43 Siehe „Der Bescheid nach § 80 IV VwGO ...“ (o. Fn. 1).

44 Pietzner/Ronellenfitch (o. Fn. 13), S. 415.

45 Geis/Hinterseh (o. Fn. 13), JuS 2002, 38.

46 „Die Verwaltungsentscheidung ist rechtswidrig, wenn das in dem für die Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt geltende Recht unrichtig angewendet oder bei der Entscheidung von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist“ (Weides (o. Fn. 26), S. 284, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des BVerwG); Pietzner/Ronellenfitch (o. Fn. 13), S. 416; Brühl (o. Fn. 13): „Beim Anfechtungswiderspruch ist die formelle und materielle Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes... eingehend zu erörtern“.

47 Brühl (o. Fn. 13), JuS 1994, 157; Weides (o. Fn. 26), S. 284; Weber, Die Zschopauer Zusicherung (Klausur), apf 2006, 186 (189).

48 Geis/Hinterseh (o. Fn. 13) JuS 2002, 39, mit Hinweisen auf die Rspr.; Pietzner/Ronellenfitch (o. Fn. 13), S. 427; OVG Schleswig-Holstein, GewArch 1994, 167.

49 Brühl (o. Fn. 13), JuS 1994, 158; Weides (o. Fn. 26), S. 285.

50 Art. 20 III GG, Gesetzesvorbehalt in der Eingriffsverwaltung: OVG Schleswig-Holstein, GewArch 1994, 167; VG Stuttgart, GewArch 2003, 36 und 2004, 74

51 Weber (o. Fn. 47), apf 2006, 186, 189 ff.; Kintz (o. Fn. 35), S. 270 ff.; Geis/Hinterseh (o. Fn. 13), JuS 2002, 38.

52 VO vom 28.1.1992, GVBl. S. 40). – Man könnte nun auf den Gedanken kommen, aus der GewO heraus auch die Frage der zuständigen Widerspruchsbehörde zu klären (nächsthöhere Behörde, siehe oben unter 1.2). Die GewO selbst definiert aber nicht die zuständige Behörde, da diese Festlegung, wie sich aus § 155 II GewO ergibt, eine Frage des jeweiligen Landesrechts ist. Deshalb kann man auch die Beantwortung der Frage nach der „nächsthöhere Behörde“ nicht aus der GewO ableiten.

53 §§ 9 – 34 VwVfG.

54 Weber (o. Fn. 47), apf 2006, 186, 190; Geis/Hinterseh (o. Fn. 13), JuS 2002, 38.

55 Z. B. Makler, § 34 c GewO, oder sog. Versteigerergewerbe nach § 34 b GewO.

56 Zum Gewerbebegriff siehe BVerwG, NVwZ 1993, 775; Niedersächsisches OVG, GewArch 2002, 293.

57 BVerwG, GewArch 1982, 294.

übung zusammenhängenden steuerlichen Zahlungs- und Erklärungspflichten erfüllt. Steuerrückstände sind dann geeignet, einen Gewerbetreibenden als unzuverlässig zu erweisen, wenn sie sowohl ihrer absoluten Höhe nach als auch im Verhältnis zur steuerlichen Gesamtbelastung des Gewerbetreibenden von Gewicht sind.⁵⁸ Auch Beitragsrückstände bei der Berufsgenossenschaft und der Sozialversicherung sind zu berücksichtigen,⁵⁹ ebenso aber auch (zu seinen Gunsten) die Tatsache, dass ein Gewerbetreibender die bisherigen Rückstände vollständig zurückgeführt hat.⁶⁰ Insoweit führt die im konkreten Fall anzustellende Prognose⁶¹ auch zur Bejahung des Tatbestandsmerkmals der Unzuverlässigkeit.

Soweit der Antragsteller auf Fehler seines Steuerberaters verweist, ist festzustellen, dass die gewerbliche Unzuverlässigkeit kein Verschulden erfordert, sondern es genügt dafür die wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit des Gewerbetreibenden.⁶²

Die nach Erlass des Bescheides (möglicherweise) getroffenen Ratenzahlungsvereinbarungen ändern nichts an der Tatsache, dass nach wie vor hohe Rückstände bestehen und es nicht ausgeschlossen ist, dass es zu weiteren Zahlungsrückständen kommt.⁶³

– Diese Untersagung ist auch zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich, da erhebliche Zahlungsrückstände bestehen sowie weitere Zahlungsrückstände drohen und dadurch „das Vermögen der öffentlichen Hand gefährdet wird“.⁶⁴

– Liegt der Tatbestand vor (wie hier), so hat die Behörde kein Ermessen, die Gewerbeuntersagung „ist“ auszusprechen.

b) Ausdehnung der Gewerbeuntersagung nach § 35 I 1 GewO auch auf weitere Gewerbe nach § 35 I 2 GewO (so genannte „erweiterte Gewerbeuntersagung“).⁶⁵

Insbesondere zum Schutz der Allgemeinheit sollen auch für weitere Gewerbe unzuverlässige Gewerbetreibende aus dem Wirtschaftsleben herausgenommen werden, um so ein Ausweichen auf andere Funktionen oder Bereiche zu verhindern. Da ist insbesondere gegeben bei nicht für ein bestimmtes Gewerbe spezifischen Verletzungen gewerblicher Pflichten, wenn keine besonderen Umstände vorliegen, welche eine erneute Gewerbetätigkeiten in weiteren Gewerbearten ausschließen.⁶⁶

Das dabei von der Behörde ausgeübte Ermessen⁶⁷ ist nicht zu beanstanden, zumal der Antragsteller in der Anhörung mitteilte, eventuell ein anderes Gewerbe betreiben zu wollen.⁶⁸ Die vorgetragene Rüge einer Verletzung des Art. 12 GG (Berufsfreiheit) ist auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit⁶⁹ nicht tragfähig. „Sind die Voraussetzungen auch der erweiterten Gewerbeuntersagung erfüllt, kann die Untersagung grundsätzlich nicht hinsichtlich der Folgen unverhältnismäßig sein“.⁷⁰

c) Auch nach Anhörung durch die Widerspruchsbehörde steht fest, dass der Widerspruchsführer sich entgegen der Festlegung im Ausgangsbescheid weiterhin gewerblich betätigen will.

d) Die Voraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4, III VwGO lagen vor, insoweit

kann auf die Ausführungen im Bescheid der Widerspruchsbehörde vom 6.2.2006 betreffend Ablehnung der Aussetzung der Anordnung der sofortigen Vollziehung verwiesen werden.⁷¹

Damit entfiel die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs.

Gleichzeitig hat sich die Behörde einen so genannten Vollstreckungstitel verschafft und durfte somit im Anschluß an die beiden Gewerbeuntersagungen (Ziffern 1 und 2 des Tenors des Ausgangsbescheid) eine Zwangsgeldandrohung (Ziffer 4 des Tenors) vornehmen, so genannte unselbständige Androhung.

Auch zum Zeitpunkt der Entscheidung der Widerspruchsbehörde liegen die Gründe für die Anordnung der sofortigen Vollziehung vor.

d) Die Zwangsgeldandrohung beruht auf § 20 I VwVG. Die Höhe des angedrohten Zwangsgeldes (1000 €) ist nicht zu beanstanden, sie liegt im unteren Bereich der möglichen Androhung (zwischen 5 und 25 000 € nach § 22 I VwVG).⁷²

4. Zweckmäßigkeit

Im Widerspruchsverfahren wird (neben der Prüfung der Rechtmäßigkeit des Ausgangs-Verwaltungsaktes) auch dessen Zweckmäßigkeit geprüft, § 68 I 1 VwGO.⁷³ Diese Prüfung der

58 BVerwG, GewArch 1992, 22, und 1997, 244; OVG Münster, GewArch 1981, 165.

59 OVG Münster GewArch 1981, 165; BVerwG, GewArch 1982, 294: Zahlungsrückstände bei Steuerbehörden und Sozialversicherungsträgern in Höhe von mindestens 250 000 DM.

60 VGH Kassel, GewArch 1992, 103 (104).

61 BVerwG, GewArch 1997, 242 (243): „Diese Prognose ist ein aus den vorhandenen tatsächlichen Umständen gezogener Schluss auf wahrscheinliches zukünftiges Verhalten des Gewerbetreibenden“.

62 BVerwG, GewArch 1982, 294 (295): „Es ist belanglos, welche Ursachen zu der Überschuldung und der wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit geführt haben“.

63 Zu Gunsten des Widerspruchsführers zu berücksichtigen ist dagegen, wenn er seine Zahlungsrückstände nachweislich zurückgeführt hätte (VGH Mannheim, KommJur 2006, 276: Minderung der Steuerschulden um 80%; VGH Kassel, GewArch 1992, 103: vollständige Zurückführung der Rückstände. – Dazu grundsätzlich § 24 II VwVfG: „Die Behörde hat alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen“.

64 OVG Münster, GewArch 1981, 165; Vorwurf sozialen Fehlverhaltens wg. Missachtung steuerlicher Erklärungspflichten (BVerwG, GewArch 1982, 294 [295]).

65 BVerwG, GewArch 1982, 298, und 1993, 155; NVwZ-RR 1997, 26. Diese „erweiterte Gewerbeuntersagung“ setzt eine vorherige Untersagung nach § 35 I 1 GewO, wie hier geschehen, voraus (BVerwG, GewArch 1982, 298, 299).

66 VG Stuttgart, GewArch 2003, 36 (37). Die Zahlungsrückstände des Antragstellers können bei jeder Art der (weiteren) Gewerbeausübung entstehen und sind nicht speziell auf das von ihm ausgeübte Gewerbe beschränkt.

67 BVerwG, GewArch 1982, 303 (304); VG Stuttgart (o. Fn. 66). Während es sich bei der Gewerbeuntersagung nach § 35 I 1 GewO um eine sog. gebundene Entscheidung handelt (ohne Ermessensausübung), sind bei der sog. „erweiterten Gewerbeuntersagung“ in der Rechtsfolge Ermessensgesichtspunkte maßgebend (Verhältnismäßigkeit, Angemessenheit, Erforderlichkeit, siehe z. B. § 3 II – IV SPolG).

68 OVG Münster (o. Fn. 58); Wahrscheinlichkeit anderweitiger Gewerbeausübung genügt (BVerwG, GewArchiv 1982, 298 [299], und 303 [304]).

69 Vom OVG Münster (o. Fn. 58), auch ausdrücklich angesprochen.

70 BVerwG, GewArch 1993, 155 (156).

71 „Der Bescheid 80 IV VwGO ...“ (o. Fn. 1).

72 In Sachsen zwischen 5 und 25 000 Euro, in Baden-Württemberg zwischen 10 und 50 000 € (§ 23 VwVG).

73 Siehe dazu Klüsener, Die Bedeutung der Zweckmäßigkeit neben der Rechtmäßigkeit in § 68 I 1 VwGO, NVwZ 2002, 816; Hain, Zur Frage des Zusammenhangs von Prüfungsumfang, Antragsbefugnis, Begründetheit und Kostenentscheidung im Widerspruchsverfahren, DVBl. 1999, 1544 (1546 ff.); Kintz (o. Fn. 35), S. 287.

Zweckmäßigkeit wird zum Beispiel besonders betont in der Regelung des § 27 des „Sächsischen Justizgesetzes“.74 Nach § 27 I 1 erlässt in Selbstverwaltungsangelegenheiten das Landratsamt als Rechtsaufsichtsbehörde den Widerspruchsbescheid gegen den Verwaltungsakt einer Gemeinde, die der Rechtsaufsicht des Landratsamtes untersteht. Nach § 27 I 2 JustizG bleibt die Nachprüfung eines derartigen Verwaltungsaktes unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit aber der Gemeinde, das heißt der Ausgangsbehörde, vorbehalten.75

Gründe, die für die Unzweckmäßigkeit des Ausgangs-Verwaltungsaktes des Vogtlandkreises sprechen, liegen nicht vor.

III. Ergebnis

Der Widerspruch ist zulässig, aber auch zum Zeitpunkt der Entscheidung der Widerspruchsbehörde76 nicht begründet. Er wird deshalb zurückgewiesen.

Anmerkung: Diese oben dargelegte ausführliche und umfangreiche Prüfung des gesamten Widerspruchs muss nicht ihren Niederschlag im Widerspruchsbescheid finden. Dort sollen nur die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte erörtert werden.77 Dabei ist es durchaus vertretbar, Bezugnahmen auf vorher ergangene und dem Widerspruchsführer bekanntgegebene Bescheide herzustellen, um Wiederholungen zu vermeiden.

Änderungen der Sach- und Rechtslage zwischen der Bekanntgabe des Ausgangsbescheides und dem Erlass des Widerspruchsbescheides sind natürlich besonders zu berücksichtigen und entspr. zu werten.

D. Der Widerspruchsbescheid

Demnach erging am 4.7.2006 folgender Widerspruchsbescheid nach § 73 I 1 VwGO78

Mit Empfangsbekanntnis

Herrn
Rechtsanwalt79 Müller
Plauen

Widerspruchsverfahren wegen Gewerbeuntersagung

Gewerbeuntersagungsbescheid des Vogtlandkreises vom 10.1.2006

Ihr Mandant Ferdinand Wagner

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt,

das Regierungspräsidium Chemnitz erlässt folgenden Widerspruchsbescheid:

1. Der Widerspruch gegen den Bescheid des Landratsamtes Vogtlandkreis vom 10.1.2006 wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt der Widerspruchsführer.
3. Für diesen Bescheid wird eine Gebühr in Höhe von ... € festgesetzt.80

I.81

1. Der Vogtlandkreis erließ am 10.1.2006 gegenüber dem Widerspruchsführer (nach vorangegangener Anhörung) einen Gewerbeuntersagungsbescheid (einschließlich so genannter erweiterter Gewerbeuntersagung) mit Anordnung der sofortigen Vollziehung und Zwangsgeldandrohung.

Zur Begründung dieser Festlegungen kann auf die Ausführungen in diesem Bescheid verwiesen werden.82

2. Am 20.1.2006 stellte der Rechtsanwalt des Widerspruchsführers einen Aussetzungsantrag nach § 80 IV VwGO bei der Widerspruchsbehörde. Mit Bescheid vom 6.2.2006 hat die Widerspruchsbehörde den Aussetzungsantrag zurückgewiesen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen in diesem Bescheid verwiesen.83

74 Vom 24.11.2000, GVBl. S. 486.

75 Siehe dazu Weber „Zur Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde unter Berücksichtigung des Verwaltungsorganisationsgesetzes“, apf 2004, LB Sachsen, S. 57 ff., (dort Fall 1).

76 Siehe oben unter den Fn. 48 und 49.

77 §§ 73 III 2 VwGO, 79 und 39 VwVfG.

78 Siehe dazu ausführlich Brühl (o. Fn. 13), JuS 1994, 330; Muster eines Widerspruchsbescheids bei einem sog. Verpflichtungswiderspruch nachzulesen bei Kintz (o. Fn. 35), S. 286 ff.; Pietzner/Ronellenfisch (o. Fn. 13) S. 458 ff.

79 Zustellung an den Rechtsanwalt nach § 73 III 2 VwGO i. V. mit §§ 79, 14 VwVfG; siehe Weides (o. Fn. 26), S. 308 ff.; Pietzner/Ronellenfisch (o. Fn. 13), S. 543 ff.

80 Die Ziffern 1 – 3 zu Beginn des Widerspruchsbescheides beinhalten den sog. Tenor, der den strengen Anforderungen des Bestimmtheitsprinzips nach den §§ 79, 37 I VwVfG unterliegt (Pietzner/Ronellenfisch [o. Fn. 13] S. 463). Dabei gehen Unklarheiten in der Tenorierung zu Lasten der Widerspruchsbehörde (Kintz [o. Fn. 35] S. 255).

Grundsätzlich zur Tenorierung des Widerspruchsbescheides Weber, „Zur Tenorierung des Widerspruchsbescheides einschl. der Kostenentscheidung“, apf 2000, 124 ff.; Brühl (o. Fn. 13), JuS 1994, 333; Kintz (o. Fn. 35), S. 255.

a) Zu Ziffer 1 des Tenors: Der erfolglose Widerspruch wird zurückgewiesen (BVerwG NVwZ-RR 1997, 26), der Ausgangsbescheid bleibt vollumfänglich bestehen. – *Anmerkung: Die Ziffern 2 und 3 des Tenors des Widerspruchsbescheides befassen sich mit der Kostenentscheidung nach § 73 III 3 VwGO in einem 2-stufigen Verfahren (Pietzner/Ronellenfisch (o. Fn. 13), S. 486 ff.; Kopp/Schenke (o. Fn. 15), Anm. 15 zu § 73 VwGO.*

b) Zu Ziffer 2 des Tenors, Kostenausspruch nach § 80 VwVfG (Ausgleich zwischen Ausgangsbehörde und Widerspruchsführer): Konkrete Rechtsgrundlage ist § 80 I 3 VwVfG, erfolgloser Widerspruch (Muster bei Pietzner/Ronellenfisch (o. Fn. 13), S. 549). – In einem derartigen Falle kommt ein Ausspruch nach § 80 II VwVfG (betr. Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts) nicht in Betracht. Denn dieser Ausspruch kommt nur bei einem erfolgreichen Widerspruch in Frage, da er eine positive Entscheidung zugunsten des Widerspruchsführers nach § 80 I 1 VwVfG voraussetzt (erfolgreicher Widerspruch). Deshalb besteht für den Widerspruchsführer im Zusammenhang mit der Beauftragung eines Rechtsanwalts zur Vertretung im Widerspruchsverfahren immer ein Kostenrisiko, da für ihn nicht abschbar ist, ob der Widerspruch Erfolg haben wird (BVerwG, NVwZ 1988, 721 [723]).

c) Zu Ziffer 3 des Tenors: Die Kostenregelung nach § 11 I i. V. mit § 2 Sächs-VwKG (Kostenanspruch der Widerspruchsbehörde gegen den Widerspruchsführer für den Erlass des Widerspruchsbescheides) beinhaltet die Widerspruchsgebühr, also das 1,5 fache der Gebühr für den Ausgangsbescheid (sog. Verwaltungskostenrecht; Pietzner/Ronellenfisch [o. Fn. 13], S. 492; Muster S. 550).

81 Sachverhalt, sog. tatsächliche Gründe nach §§ 73 III 1 VwGO, 79, 39 II 2 VwVfG; Brühl (o. Fn. 17), JuS 1994, 58; Pietzner/Ronellenfisch (o. Fn. 13), S. 482: Beim sog. Sachbericht ist eine möglichst knappe Darstellung geboten (dort mit Vorschlag zum Aufbau des Sachberichts). Rechtliche Wertungen sind hier noch nicht vorzunehmen. – Zur Vermeidung von Wiederholungen bietet es sich an, auf die vorherigen, dem Widerspruchsführer bekanntgegebenen Bescheide zu verweisen (Pietzner/Ronellenfisch (o. Fn. 13), S. 482; Kopp/Schenke (o. Fn. 15), Anm. 12 zu § 73 VwGO.

82 Es ist nicht erforderlich, die Begründung für den Ausgangsbescheid nochmals zu wiederholen; siehe dazu die Ausführungen „Der Bescheid nach § 80 IV VwGO ...“ (o. Fn. 1).

83 Siehe dazu den „Bescheid nach § 80 IV VwGO ...“ (o. Fn. 1), S. 140.

3. Am 25.2.2006 verfügte der Vogtlandkreis gegenüber dem Widerspruchsführer den Bescheid über eine Zwangsgeldfestsetzung in Höhe von 1000 €, der Androhung eines weiteren Zwangsgeldes in Höhe von 2000 € und dem Hinweis auf eventuelle Beantragung von Zwangshaft bei Uneinbringlichkeit des Zwangsgeldes.

Die Einzelheiten ergeben sich aus dem Bescheid vom 25.2.2006, auf die entsprechende Begründung wird verwiesen.⁸⁴

4. Der Vogtlandkreis beantragte am 5.4.2006 beim AG Plauen gegenüber dem Widerspruchsführer Wagner den Erlass eines Haftbefehls, die Anordnung von Zwangshaft für 1 Woche und die Vollstreckung der festgesetzten Zwangshaft.

Auch insoweit kann auf die Antragsschrift vom 5.4.2006 verwiesen werden.⁸⁵

Über diesen Antrag hat das AG bisher nicht entschieden.

5. Nach Anhörung durch die Widerspruchsbehörde teilte der Widerspruchsführer am 20.5.2006 mittels anwaltlichem Schriftsatz mit, dass er sich weiterhin gewerblich betätige.

Denn er habe nunmehr eine Ratenzahlungsvereinbarung mit den Stellen getroffen, bei denen er Zahlungsrückstände habe. Deshalb könne man auch bei ihm nicht mehr von einer so genannten „Unzuverlässigkeit“ sprechen.

Er bestehe aus grundsätzlichen Erwägungen auf einer Entscheidung im Widerspruchsverfahren, da er diese Sache bei ablehnendem Widerspruchsbescheid gerichtlich überprüfen lassen wolle.

II.⁸⁶

Der Widerspruch ist zulässig, aber unbegründet.⁸⁷ Der Bescheid des Vogtlandkreises vom 10.1.2006 ist weder rechtswidrig noch unzweckmäßig.⁸⁸

1. Das Regierungspräsidium Chemnitz ist zur Entscheidung über den Widerspruch zuständig.⁸⁹

2. Der Ausgangsbescheid des Vogtlandkreises vom 10.1.2006 ist formell rechtmäßig.

Das Landratsamt Vogtlandkreis ist sachlich und örtlich zuständig, die Form- und Verfahrensvorschriften des VwVfG wurden eingehalten.⁹⁰ Auch die Begründung für die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 III VwGO genügt den gesetzlichen Anforderungen.

3. Der Ausgangsbescheid ist auch materiell rechtmäßig.

a) Der Antragsteller ist unzuverlässig i. S. des § 35 I 1 GewO. Diese erheblichen Zahlungsrückstände des Antragstellers belegen nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG (GewArch 1992, 22, und 1997, 244)⁹¹ dessen Unzuverlässigkeit. Dabei handelt es sich um eine so genannte gebundene Verwaltungsentscheidung, Ermessensgesichtspunkte sind nicht zu berücksichtigen. Auch hat unberücksichtigt zu bleiben, dass der Steuerberater des Antragstellers (die Richtigkeit dieses Vortrages unterstellt) nicht ordnungsgemäß arbeitete (BVerwG, GewArch 1992, 294). Trotz der behaupteten Ratenzahlungs-

vereinbarungen bestehen noch erhebliche Zahlungsrückstände, ein weiteres Anwachsen der Rückstände ist nicht ausgeschlossen.

b) Die so genannte erweiterte Gewerbeuntersagung nach § 35 I 2 GewO ist nach der Rechtsprechung des BVerwG (NVwZ 1997, 26) nicht zu beanstanden. Der Zahlungsrückstände des Antragstellers sind nicht spezifisch auf das ausgeübte Gewerbe beschränkt, außerdem sind nach Anhörung weitere Rückstände angefallen und der Antragsteller hat erklärt, sich auf jeden Fall weiterhin gewerblich betätigen zu wollen.

Die hier getroffene Ermessenentscheidung der Behörde ist auch verhältnismäßig und mit Art. 12 GG vereinbar (BVerwG, GewArch 1993, 155 [156]).

c) Die Anordnung der sofortigen Vollziehung war rechtmäßig. Insoweit kann auf die Ausführungen der Widerspruchsbehörde im Bescheid über die Ablehnung der Aussetzung der sofortigen Vollziehung verwiesen werden.⁹² Maßgebliche Veränderungen zugunsten des Widerspruchsführers sind seither nicht eingetreten.⁹³

d) Die Zwangsgeldandrohung entspricht den Anforderungen des § 20 VwVG und ist auch in der angedrohten Höhe (§ 22 I VwVG) nicht zu beanstanden.

4. Abschließend wird zusammenfassend zur Rechtslage noch auf die Ausführungen im Bescheid der Widerspruchsbehörde vom 6.2.2006 betreffend Ablehnung des Antrags auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung verwiesen (mit Bezug auf den Ausgangsbescheid), da seither keine wesentlichen Änderungen der Sach- und Rechtslage eingetreten sind.

84 „Die Zwangsgeldfestsetzung im gewerberechtlichen Verfahren“, *KommJur* 2006, 250.

85 „Der Antrag auf Erlass eines Haftbefehls bei uneinbringlichem Zwangsgeld“, *KommJur* 2006, 331.

86 Sog. rechtliche Gründe nach §§ 73 III 1 VwGO, 79, 39 II 2 VwVfG; *Brühl* JuS 1994, 422; *Weides* (o. Fn. 26), S. 307; zur nachfolgenden Gliederung bei der Darlegung im Widerspruchsbescheid siehe *Kintz* (o. Fn. 35), S. 262.

87 *Brühl* (o. Fn. 13), JuS 1994, 422; *Kintz* (o. Fn. 35), S. 262; bei zulässigem Widerspruch ist es nicht erforderlich, im Widerspruchsbescheid selbst hierzu weiteres auszuführen.

88 *Brühl* (o. Fn. 13), JuS 1994, 422.

89 Auch hier erübrigen sich weitere Ausführungen; denn wäre das Regierungspräsidium nicht zuständig, würde es über den Widerspruch nicht entscheiden.

90 Diese kurzen Ausführungen genügen, da es sich um „unstreitige“ Rechtsfragen handelt (so auch *Kintz* [o. Fn. 35], S. 270).

Der Schwerpunkt der Erörterungen liegt in den nachfolgenden Ausführungen zur materiellen Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 10.1.2006.

91 Bei Schriftsätzen an Rechtsanwälte sollte man die entspr. Rechtsprechungshinweise geben. Dadurch besteht Gelegenheit zur Nachprüfung der Rechtsauffassung der Behörde und die Akzeptanz der Entscheidung wird erhöht (siehe dazu *Kintz* [o. Fn. 35], S. 273).

92 Siehe den „Bescheid nach § 80 IV VwGO...“, Fn. 1; *Kintz* (o. Fn. 35), S. 279. Auch die sog. „Nebenentscheidungen“, hier Anordnung der sofortigen Vollziehung und Zwangsgeldandrohung, sind (kurz) zu begründen (*Brühl* [o. Fn. 13], JuS 1994, 423).

93 Siehe dazu *Kintz* (o. Fn. 35), S. 278, und die Ausführungen unter Fn. 63 (§ 24 II VwVfG). Es besteht also zum jetzigen Zeitpunkt (Erlass des Widerspruchsbescheides) kein Anlass, die Anordnung der sofortigen Vollziehung aufzuheben.

5. Auch unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes ist das bisher gewonnene Ergebnis (erfolgloser Widerspruch) nicht zu beanstanden.

6. Der Widerspruch ist deshalb insgesamt zurückzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 80 I 3 VwVfG (Ziffer 2 des Tenors) i. V. mit § 11 SächsVwVG (Ziffer 3 des Tenors).

Rechtsmittelbelehrung⁹⁴

Gegen den Bescheid des Vogtlandkreises vom 10.1.2006 in Gestalt dieses Widerspruchsbescheides⁹⁵ kann innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Widerspruchsbescheides Klage beim VG Chemnitz, Zwickauer Str. 54, erhoben werden (schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle).

Weber

Regierungsdirektor

E. Abschließende Anmerkungen

I. Dieser Widerspruchsbescheid beendet grundsätzlich das Verwaltungsverfahren „Gewerbeuntersagung usw.“ gegen Ferdinand Wagner.⁹⁶

II. Weitere Vollstreckungsmaßnahmen gegen Wagner sind jedoch denkbar und rechtlich möglich.

III. Wie der Rechtsbehelfsbelehrung zu entnehmen ist, kann der Widerspruchsführer gegen den Widerspruchsbescheid eine sogenannte Anfechtungsklage erheben.

In diesem Zusammenhang ist vorstellbar, dass der Widerspruchsführer (insbesondere wegen der Ablehnung seines Antrages nach § 80 IV VwGO durch die Widerspruchsbehörde) noch einen Eilantrag nach § 80 V VwGO beim VG stellt.⁹⁷

⁹⁴ Vorgesprochen nach § 73 III 1 i.V. mit 58 VwGO; Kintz (o. Fn. 35), S. 283 ff.; Brühl (o. Fn. 13), JuS 1994, 423; Pietzner/Ronellenfitsch (o. Fn. 13), S. 527 ff., mit Mustern S. 5 33 ff.; zum Inhalt ausdrücklich Kopp/Schenke (o. Fn. 15), Anm. 10 zu § 58 VwGO.

⁹⁵ BVerwG, Urteil vom 29.6.2006, 7 C 14.05

⁹⁶ Geis/Hintersch, JuS 2002, 35; Kopp/Schenke (o. Fn. 15), Anm. 24 zu § 73 VwGO.

⁹⁷ Siehe dazu Weber, „Annaberg steht rot“ (Klausur), VR 2006, 203 ff. (Eilantrag beim VG wg. des Widerrufs der Erteilung eines „roten Kennzeichens“ nach § 28 StVZO mit Anordnung der sofortigen Vollziehung).

RECHTSPRECHUNG

Wenn nichts anderes vermerkt ist, sind die Entscheidungen rechtskräftig und stammen die Leitsätze von dem jeweiligen Gericht. Die Sachverhalte sind zum Teil von der Redaktion gekürzt und neu formuliert; Kürzungen in den Entscheidungsgründen sind kenntlich gemacht. Die mit einem † versehenen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe des Bundes und des BayObLG sind zum Abdruck in der Entscheidungssammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen.

KOMMUNALRECHT

Neubesetzung der Fachausschüsse des Gemeinderats

NdsGO 51 IX 2

1. § 51 IX 2 NdsGO knüpft bereits nach seinem Wortlaut an die tatsächlich vorhandene (personelle) Zusammensetzung des Ausschusses an und stellt diese in ein Verhältnis zur tatsächlichen Stärke der (verschiedenen) Fraktionen und Gruppen des Rates.

2. Der Wechsel von einem verfassungsrechtlich unbedenklichen Verteilungssystem zu einem ebenso unbedenklichen anderen Verteilungssystem gebietet es nicht, aus verfassungsrechtlichen Gründen unter Außerachtlassung der

entsprechenden Fachausschüsse des Rates einer Stadt neu zu besetzen. (Nichtamtliche Leitsätze)

OVG Lüneburg, Beschl. v. 10. 10. 2005 - 10 ME 174/05

Zum Sachverhalt: Die Ast., eine Fraktion des Rates einer Stadt, beehrte die Neubesetzung der Fachausschüsse des Gemeinderats. Dem hierauf gerichteten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gab das VG statt.

Die Beschwerde des Ag. hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Zutreffend ist das VG davon ausgegangen, dass Grundlage eines Anspruchs der Ast. allein § 51 IX 2 NdsGO i. d. F. vom 22. 8. 1996 (NdsGVBl, 382), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 22. 4. 2005 (NdsGVBl, 110), sein kann.

Diese Vorschrift lautet:

„§ 51 IX Ein Ausschuss muss neu besetzt werden, wenn seine Zusammensetzung nicht mehr dem Verhältnis der Stärke der Fraktionen und Gruppen des Rates entspricht und ein Antrag auf Neubesetzung gestellt wird.“

Neben dem hier nicht fraglichen Antrag der Ast. auf Neubesetzung der Fachausschüsse, den die Ast. unter dem 12. 7. 2005 gestellt hat, ist Voraussetzung für eine Neubesetzung eines Fachausschusses, dass seine Zusammensetzung nicht mehr