

Mandantenbegehren

Der Mandant Herr Christoph Wendt möchte gegen die am 30.08.2016 gegen ihn erlassene Gewerbeuntersagung sowie das darin festgesetzte Zwangsgeld durch das Bezirksamt Hamburg-Mitte gerichtlich vorgehen. Dabei ist ihm ein schnelles Vorgehen wegen der von der Widerspruchsbehörde angeordneten sofortigen Vollziehung besonders wichtig. Der Mandant strebt somit vorläufigen Rechtsschutz an.

Um zu verhindern, dass die Untersagung dennoch bestandskräftig und damit unanfechtbar wird, ist dem Mandanten auch die Einlegung einer Anfechtungsklage als Hauptsacherechtsbehelf anzuraten, die im Rahmen des Gutachtens nicht gesondert zu prüfen ist.

Gutachten

Zu prüfen ist ~~entschieden~~, ob ein Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz erfolgreich wäre. Hierzu müsste der Antrag zulässig und begründet sein.

A. Zulässigkeit

I. Mit der vorliegenden Streitigkeit um eine Gewerbeuntersagung nach der GewO, die von einer Behörde gegenüber einer Privatperson erlassen wurde, liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vor. Aufdrängende Spezialzuweisungen oder abdrängende Sonderzuweisungen liegen nicht vor. Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 I S. 1 VwGO ist eröffnet.

II. Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Begehren des Antragstellers, §§ 122 I, 88 VwGO. Der Antragsteller wendet sich gegen die Gewerbeuntersagung*, die einen für ihn belastenden Verwaltungsakt iSd. § 35 S. 1 VwVfG darstellt und gegen den er Widerspruch eingelegt hat. Wegen der von der Widerspruchsbehörde angeordneten sofortigen Vollziehung entfällt der Widerspruch gem. § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO keine aufschiebende Wirkung. Statthafte ist somit ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 II S. 1 Var. 2 VwGO. Mit der Untersagung für auch alle

* für seinen Blumenladen vom 30.08.2016 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 03.01.2017

anderen Gewerbe liegt ein weiterer Verwaltungsakt gem. § 35 S.1 VwVfG vor.

Auch diesbezüglich ist wegen der Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 II S.1 Nr.4 VwGO ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 II S.1 Var.2 VwGO statthaft.

Zudem wurde in dem Bescheid ein Zwangsgeld nach § 14 I HmbVwVG festgesetzt, womit ein dritter Verwaltungsakt vorliegt. Gem. § 29 I HmbVwVG haben Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung, sodass nach § 80 II S.1 Nr.3 VwGO ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 II S.1 Var.1 VwGO statthaft ist.

III. Zuständig ist gem. § 80 I S. 1 VwGO das Gericht der Hauptsache, vorliegend also gem. §§ 45, 52 Nr. 3 VwGO das Verwaltungsgericht Hamburg.

IV. Der Antragsteller ist gem. § 42 II VwGO analog antragsbefugt, da er Adressat dreier belastender Verwaltungsakte ist und jedenfalls in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt sein kann.

elw Art. 12 ff ✓

V. Da vorliegend Ausgangs- und Widerspruchsbehörde identisch sind, kommt es nicht darauf an, wer die sofortige Vollziehung angeordnet hat. Richtiger Antragsgegner ist in beiden Fällen gem. § 78 I Nr. 1 VwGO analog die FHH als Rechtsträgerin des Bezirksamtes.

Kann die Vollziehung durch die Vw angeordnet werden?

VI. Es müsste das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis vorliegen, was nicht der Fall wäre, wenn der Rechtsbehelf in der Hauptsache offensichtlich unzulässig ist.

1. Fraglich ist, ob eine noch einzulegende Anfechtungsklage bereits verfristet wäre. Gem. § 74 I VwGO muss die Anfechtungsklage innerhalb eines Monats nach

Beitrag
der Frist?

Zustellung des Widerspruchsbescheids erhoben werden. Hier wurde der Widerspruchsbescheid am 06.01.2017 der Kanzlei zugestellt, sodass die Frist heute - am 14.02.2017 - bereits abgelaufen ist.

Wortlaut?

2. In Betracht kommt aber ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 60 I VwGO.

Hierzu dürfte die Säumnis zunächst nicht verschuldet gewesen sein. Ein Verschulden des Antragstellers selbst liegt nicht vor. Ein etwaiges Verschulden der Büroangestellten Schäfer, die den Widerspruchsbescheid zu ihrer privaten Post gelegt hatte, ist dem Antragsteller nicht zuzurechnen. Es könnte ihm nur ein Verschulden der bevollmächtigten Anwältin Debler in Form eines Organisationsverschuldens zuzurechnen sein, wenn diese die Büroangestellte nicht mit der erforderlichen Sorgfalt ausgewählt oder angeleitet hat. Dies ist vorliegend indes nicht der Fall. Vielmehr war Frau Schäfer sonst ausnahmslos zuverlässig und gewissenhaft. Auch ist die Kanzlei so organisiert, dass die Mitarbeiter alle eingehende Post am selben Tag zu bearbeiten

mit einem Eingangsstempel ^{zu} versehen und dem sachbearbeitenden Rechtsanwalt vorzulegen haben. Nach Vermerk der Fristen durch den Anwalt auf den Posteingängen werden die Fristen in einen Fristenkalender, einschließlich einer Vorfrist, eingetragen und die Vorfrist in der Hardakte vermerkt. Die Einhaltung der Fristen werden dann noch zweimal überprüft, jeweils morgens und abends.

Folglich sind in dem Büro ausreichende Vorkehrungen getroffen, um die Einhaltung von Fristen sicherzustellen. Ein Verschulden der RA'in Deuber ist nicht ersichtlich.

Die soeben dargelegten Wiedereinsetzungsgründe sind nach §§ 60 I S. 2, 173 S. 1 UWG iVm § 294 ZPO in dem Antrag glaubhaft zu machen.

Der Wiedereinsetzungsantrag ist binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses, hier am 13.02.2017, zu stellen, wobei dieser Tag gem. § 57 II UWG iVm § 222 ZPO iVm § 187 I BGB nicht mitgerechnet wird.

Daher muss der Antrag vorliegend bis spätestens zum Ablauf des 27.02.2017 gestellt und innerhalb dieser Frist die Anfechtungsklage nach § 60 II S. 3 UWG

+ die vorläufige
~~Rechts~~handlung
 ist nachzuführen,
 § 60 II 3 UWG!

erhoben werden.

3. Der Rechtsbehelf in der Hauptsache ist danach nicht offensichtlich unzulässig und das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis bei Glaubhaftmachung der Wiedereinsetzungsgründe gegeben.

VII. Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit ergibt sich aus §§ 61 Nr. 1, 62 I Nr. 1, III UWGD, wobei die FHH durch das Bezirksamt Hamburg-Mitte, Rechtsamt, vertreten wird.

Die Anträge sind zulässig.

B. Gem. § 44 UWGD analog können die Anträge im Rahmen der Antragshäufung miteinander verbunden werden, da sie im Zusammenhang stehen und dasselbe Gericht zuständig ist.

C. Begründetheit

I. Gewerbeuntersagung

(Ziff. 1)

Der Antrag gem. § 80 V S. 1 Nr. 2 VwGD ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell nicht ordnungsgemäß ist oder nach einer umfassenden

Interessenabwägung das Interesse des Antragstellers an der Aussetzung der sofortigen Vollziehung das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt. Dies richtet sich nach den summarisch zu prüfenden Erfolgsaussichten in der Hauptsache.

1. Formelle Ordnungsmäßigkeit der sofortigen Vollziehung

a) Zuständig für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist nach § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO auch die Widerspruchsbehörde. Auf die Frage, ob deren Zuständigkeit schon vor Erhebung des Widerspruchs eröffnet ist, kommt es hier nicht an, da sie die sofortige Vollziehung erst nach Einlegung des Widerspruchs anordnete.

b) Die Frage, ob es vor Erlass einer Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Anhörung bedarf, kann dahinstehen, da der Antragsteller jedenfalls vor Einlegung des Widerspruchs im Telefongespräch angehört wurde.

c) Gem. § 80 III S. 1 VwGO ist die Vollziehungsanordnung schriftlich in Bezug auf

das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung zu begründen. Die Begründung erfordert eine auf den konkreten Einzelfall abstellende Darlegung des öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehung, die nur ausnahmsweise erfolgt, sowie, dass das öffentliche Interesse das Interesse des Betroffenen überwiegt. Nicht ausreichend sind allgemeine Floskeln und formelhafte Begründungen.

Vorliegend genügt die Begründung in dem Widerspruchsbescheid diesen Anforderungen, da sie konkret auf die Steuerrückstände und Strafbarkeiten eingeht.

2. Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu prüfen, ob das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt, was sich nach den Erfolgsaussichten in der Hauptsache richtet.

Die Anfechtungsklage in der Hauptsache hat Erfolg, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Mandant dadurch in seinen Rechten verletzt ist, § 113 I S. 1 VwGO.

a) Ermächtigungsgrundlage für die Gewerbeuntersagung hinsichtlich des Blumenladens

ist § 35 I S. 1 GewO. Darach ist die Ausübung eines Gewerbes zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, die die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden ~~darüber~~ in Bezug auf sein Gewerbe dartun.

aa) Die formellen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage sind erfüllt. Die zuständige Behörde hat gehandelt und der Mandant wurde vor Erlass der Verfügung schriftlich gewarnt. Ihm wurde insofern Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, § 28 I VwVfG. Auch wurde § 35 IV GewO gewahrt, indem u.a. das Finanzamt ✓ angehört wurde.

bb) In materieller Hinsicht ist fraglich, ob die Voraussetzungen vorliegen.

Für die Beurteilung ist zunächst festzustellen, ob die Behörde die von dem Mandanten angeführten Tatsachen hinsichtlich seines Gewerbes noch berücksichtigen musste oder ob sie ^{nur} die ihr am 30.08.16 vorliegenden Tatsachen zugrundelegen durfte.

Bei der Gewerbeuntersagung handelt es sich um einen Dauer-Verwaltungsakt.

*
Lehnen
Börden -

Grundsätzlich kommt es dabei auf den Zeitpunkt der Entscheidung selbst an, so- dass eine nachträgliche Veränderung der Sach- und Rechtslage die ursprüngliche Entscheidung zunächst nicht berührt. Nach § 35 VI GewO ist jedoch ein Wiederaufnahmever- fahren vorgesehen, wonach neue Tatsachen zu berücksichtigen sind.

(i. d. f. h. a. i.)

Die Widerspruchsbehörde hatte die Aus- führungen des Mandanten daher zu be- achten. bei ihrer Entscheidung am 3.1.17

Bei dem ^{Betrieb des} Blumenladens handelt es sich um eine auf Dauer angelegte und auf Gewinnerzielung gerichtete selbstständige Tätigkeit und damit um ein Gewerbe
V. d. S. § 1 GewO.

Fraglich ist, ob der Mandant unzuverlässig ist § 35 I S. 1 GewO ist. Unzuverlässig ist, wer nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr da- für bietet, dass er sein Gewerbe kün- ftig ordnungsgemäß betreiben wird. Es handelt sich hierbei um eine Prognose- entscheidung. Zum ordnungsgemäßen Be- trieb eines Gewerbes gehört auch die Abgabe erforderlicher Steuererklärungen

sowie pünktliche Umsatzsteuervoranmeldungen.

Vorliegend hat der Mandant nach Vereinbarung mit dem Finanzamt ein Sanierungskonzept erarbeitet und die fehlenden Steuererklärungen abgegeben. Zudem wurde vereinbart, dass er die Steuerschulden in Raten abbezahlt, wovon er die ersten Raten bereits bezahlt hat. Auch erzielt er seit Modernisierung des Geschäfts höhere Umsätze.

Diese Tatsachen waren der Widerspruchsbehörde bekannt und hätten von ihr berücksichtigt werden müssen. Dabei hätte sie sich auch bei dem Finanzamt noch einmal hiernach erkundigen können.

Wegen der nachträglich^{er} Tatsachen durch die Bemühungen des Mandanten, konnte nicht von einer zukünftigen Unzuverlässigkeit ausgegangen werden.

Künd für Berücksichtigung

Die Urlaubsreise durfte ebensowenig von der Behörde zugrundegelegt werden. Zum einen ist dieser Umstand iRd § 35 I S. 1 GewO sachfremd, da er keinen Aufschluss über eine Unzuverlässigkeit bietet. Der Mandant hat für diese Zeit eine Vertretung für das Geschäft organisiert. Zudem

haben Selbstständige ebenso wie Angestellte das Recht, sich Urlaub zu nehmen, zumal es hier um drei Wochen innerhalb von drei Jahren ging. Schließlich trug die Freundin des Mandanten die Reisekosten zu $\frac{3}{4}$, sodass seine finanzielle Leistungsfähigkeit nicht unter der Reise litt.

Zuletzt hat die Behörde die Unzuverlässigkeit auf Vorverurteilungen gestützt. Begangene Straftaten können Anhaltspunkte hierfür darstellen, wenn sie in Zusammenhang mit dem Gewerbebetrieb stehen (z.B. unzulässiges Glücksspiel). Vorliegend hängt indes keine der Verurteilungen mit dem Betrieb des Blumenladens zusammen. Zwar liegen die Verurteilungen recht dicht beieinander, allerdings liegt die letzte bereits vier Jahre zurück. Seitdem ist der Mandant straffrei geblieben. Auch handelt es sich jeweils nur um Geldstrafen für Vergehen und somit nicht um schwerwiegende Straftaten.

~~Ad~~-Hauf-Au-
bau!

§ 279 bewerten!

Der Verweis der Behörde auf §§ 33c II Nr. 1, 33d III 2, 33i II Nr. 1 GewO verfängt schon deshalb nicht, weil diese eine Verurteilung

in den letzten drei Jahren vorzussetzen, die vorliegenden aber bereits länger zurückliegen. Abgesehen davon sind die Regelungen nicht vergleichbar, da sie sich ✓ auf besonders risikobehaftete Gewerbe, wie Spielstätten, Versteigerungsgewerbe und Darlehensvermittlungen beziehen, bei denen mit Blick auf Geldwäsche und ähnlichen Delikten eine besondere Vorsicht geboten ist. Mit dem Betrieb eines Blumenladens ist nicht vergleichbar.

Nach alledem lag eine Unzuverlässigkeit des Mandanten im Zeitpunkt der Entscheidung der Widerspruchsbehörde nicht vor, sodass diese materiell rechts- ✓ widrig war.

a) Hinsichtlich der Gewerbeuntersagung des Blumenladens hat die Klage in der Hauptsache Erfolg und überwiegt das Aussetzungsinteresse des Antragstellers. Der Antrag ist insoweit begründet.

b) Fraglich ist, ob auch die Untersagung betreffend alle anderen Gewerbe in der Hauptsache erfolgreich angegriffen werden kann.

Die Ermächtigungsgrundlage hierfür ist § 35 I S. 2 GewO. Es handelt sich

dabei um eine Ermessensentscheidung. 15

Da aber bereits die beschränkte Untersagung nach § 35 I S. 1 GewO nicht ergehen durfte, sind auch die Voraussetzungen des noch weitergehenden § 35 I S. 2 GewO nicht gegeben.

✓ Auch diesbezüglich hat die Klage in der Hauptsache daher Erfolg und ist der Antrag begründet.

II. Zwangsgeld

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 V S. 1 Var. 1 UWG O ist begründet, wenn die Klage in der Hauptsache nach summarischer Prüfung Erfolg hat.

1. Die Ermächtigungsgrundlage für die Zwangsgeldfestsetzung ist §§ 11 I Nr. 2, 14 I HmbVwVG.
2. Die formellen Voraussetzungen sind erfüllt, insbesondere hat die nach § 4 HmbVwVG zuständige Behörde gehandelt.
3. Gem. § 3 III Nr. 3 HmbVwVG darf aus einem Verwaltungsakt indes nur vollstreckt werden, wenn einem Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung zukommt. Da der Antrag des Mandanten

auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 IV S. 1 Var. 2 VwGO Aussicht auf Erfolg hat, fehlt es an diesem Erfordernis.

Daher ist auch der Antrag gem. § 80 IV S. 1 Var. 1 VwGO begründet.

✓ III. Die Anträge sind zulässig und begründet.

Zweckmäßigkeit

Wegen des Ergebnisses des materiellen Gutachtens ist dem Mandanten zu raten, die Anträge gem. § 80 IV S. 1 Var. 1, 2 VwGO zu stellen. Zudem ist zu raten, die Anfechtungsklage in der Hauptsache zu erheben sowie den Wiedereinsetzungsantrag zu stellen.

Letzterer ist mit einer Glaubhaftmachung der Wiedereinsetzungsgründe zu versehen. Die RA'in Debler und Frau Schäfer können hierzu eidesstattliche Versicherungen abgeben. Der Antrag ~~ist~~ ist bis spätestens zum 27.07.2017 zu stellen. In dieser Frist ist auch die Klage zu erheben.

Die Schriftsätze sind an das
 Verwaltungsgericht

Die von dem Mandanten gelieferten Beleg~~en~~ sollten den Anträgen beige-
fügt werden.

Der Mandant ist darauf hinzuweisen,
dass eine Entscheidung im einst-
weiligen Rechtsschutz nicht endgültig
oder bindend ist. Er ist auch auf die
Kosten des gerichtlichen Verfahrens
hinzuweisen.

✓ Klage, Wiedereinsetzungsantrag und
die Anträge nach § 80 V.S. 1 VwGO
sind an das Gericht zu senden.

[ENTWURF]

Dr. Lagemann und Partner
- RA'in Debler -
Große Bleichen 8
20354 Hamburg

An das

Verwaltungsgericht Hamburg
(Adresse)

Klage und Wiedereinsetzungs-
antrag

in der Verwaltungsrechtssache

Christoph Wendt, Steinstr. 15, 20059 Hamburg

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte: RA'in Debler

gegen

Freie und Hansestadt Hamburg, vertreten
durch das Bezirksamt Hamburg-Mitte, Rechts-
amt, Klosterwall 6, 20095 Hamburg

- Beklagte -

erhebe ich namens und in Vollmacht¹⁸
des Klägers

Klage

und werde beantragen:

1. Der Bescheid des Bezirksamts Hamburg-Mitte vom 30.08.2016 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 03.01.2017 ✓
wird aufgehoben.
2. Dem Kläger wird wegen Versäumung ✓
des Klagefrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt.

I.

Die Klagefrist wurde ohne Verschulden des Klägers versäumt. Der Widerspruchsbescheid geriet in die private Postablage der Büroangestellten Frau Schäfer der Prozessbevollmächtigten. Dies ist zum ersten Mal passiert und Frau Schäfer sonst stets zuverlässig.

Beweis: Eidesstattliche Versicherungen
dabei

II.

Die weitere Klagebegründung wird vorbehalten.

[Anlagen]

[Unterschrift RA'in Decker]

[ENTWURF]

[Kopf s.o.]

An das

Verwaltungsgericht Hamburg

Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes

in der Verwaltungssache

Christoph Wendt [s.o.]

- Antragsteller -

Prozessbevollm. [s.o.]

gegen

Freie und Hansestadt Hamburg [s.o.]

- Antragsgegnerin -

beantrage ich namens und in Vollmacht des Antragstellers:

keine Klage
erheben

- 1. Die aufschiebende Wirkung ^{des} ~~Widerspruchs~~ des Antragstellers vom 23.09.2016 gegen Ziffer 2 des Widerspruchsbescheids vom 03.01.2017 wird wiederhergestellt.

Über W. würde das
Sachverhältnis

- 2. Die aufschiebende Wirkung ^{der Klage} ~~des Widerspruchs~~ vom 23.09.2016 gegen Ziffer 2 des Bescheids vom 30.08.2016 wird angeordnet.

Begründung:

I.

Dem Antrag liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Antragsteller betreibt einen Blumenladen in Hamburg, den er 2013 von

von seiner nunmehr verstorbenen Mutter übernahm. Im August 2016 standen noch Steuererklärungen und Umsatzsteuer-Voranmeldungen seit 2013 aus. In den Jahren 2010 bis 2012 ~~er~~ wurde der Antragsteller insgesamt vier Mal wegen Vergehen zu Geldstrafen verurteilt.

Im September 2016 schloss er eine Abklärung mit dem Finanzamt, wonach er ein Sanierungskonzept erarbeitete und die fehlenden Steuererklärungen nachreichte. Auch die fehlenden Umsatzsteuervoranmeldungen reichte er nach. Mit Zustimmung des Finanzamts begann er, die Steuerschulden in Raten abzubezahlen. Der Antragsteller ist seit seiner letzten Verurteilung vor über vier Jahren straffrei. Mit Bescheid vom 20.08.2016 erließ das Bezirksamt folgende Gewerbeuntersagung:

1. [...]

2. [...]

Hiergegen legte der Antragsteller am 23.09.2016 Widerspruch ein. Mit Widerspruchsbescheid vom 03.01.2017 beschloss das Bezirksamt:

1. [...]

2. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung (...)

II. [...]

[Anlagen]

[Unterschrift RA in Debler]

I. Verfahren:

Alle relevanten Fragen der Zul. und Begründetheit der Klage (als Antrag) werden angesprochen und gut oder treffend gelöst. Letzte Schwärze, für Aufbau und für die Auswertung der SV bzgl. Zurücklässigkeit. Auch wird Zeitpunkt - Problematik nur über ~~flüchtig~~ angesprochen, aber vertikal gelöst.

II. Sache / Anträge plündern

voll befriedigend (u.p.)

wie
07/06.23