

**Lösungsvorschlag Fortbildungsprüfung
zum/zur Verwaltungsfachwirt/in 2022
18. November 2022**

**Fach: Allgemeines Verwaltungsrecht unter Einbeziehung des Besonderen
Verwaltungsrechts I**

Die nachfolgenden unverbindlichen Hinweise zur Lösung behandeln die nach Auffassung des Erstellers maßgeblichen Probleme der Aufgabe.

Sie stellen keine „Musterlösung“ dar und schließen andere vertretbare, folgerichtig begründete Ansichten selbstverständlich nicht aus. Der Inhalt und Umfang der Lösungshinweise, die Ausführlichkeit und die Detailgenauigkeit der Darlegungen enthalten insbesondere keinen vom Prüfungsausschuss vorgegebenen Maßstab für die Leistungsanforderung und –bewertung.

Aufgabe: Wird der Widerspruch Erfolg haben?

(100 Punkte)

Lösungsvorschlag:

Der Widerspruch der Meier hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

A) Zulässigkeit

Der Widerspruch ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO i.V.m. § 79 VwVfG und § 1 Satz 1 SächsVwVfZG gegeben sind.

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO vorliegt. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die für die Streitentscheidung maßgebliche Norm dem öffentlichen Recht angehört. Streitig ist, ob das Landratsamt Grüntal als Gewerbeaufsichtsbehörde eine Meier nach § 33 i Abs. 1 Satz 1 GewO erteilte Spielhallenerlaubnis aufheben konnte. Für die Streitentscheidung sind Vorschriften des Gewerberechts sowie die §§ 48 ff. VwVfG (anwendbar nach § 1 Satz 1 SächsVwVfZG) maßgeblich, die einseitig lediglich Träger öffentlicher Gewalt berechtigen und verpflichten, so dass insgesamt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt und der Verwaltungsrechtsweg somit eröffnet ist.

II. Statthafter Rechtsbehelf

Der statthafte Rechtsbehelf richtet sich nach dem Begehren der Widerspruchsführerin. Meier wendet sich gegen den Bescheid vom 3. Mai 2022. Mit diesem wurde die erteilte Spielhallenerlaubnis nach § 33 i Abs. 1 Satz 1 GewO aufgehoben. Sie will weiterhin die Spielhallenerlaubnis behalten und damit die Spielhalle betreiben.

Diese Ziele könnten mit einem gegen den Aufhebungsbescheid gerichteten Anfechtungswiderspruch nach §§ 68 Abs. 1 Satz 1, 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO analog erreicht werden: Diese Widerspruchsart wäre statthaft, wenn der Bescheid vom 3. Mai 2022 ein belastender Verwaltungsakt ist. Die Spielhallenerlaubnis erfüllt die Voraussetzungen von § 35 Satz 1 VwVfG und damit ist auch deren Aufhebung nach §§ 48 ff. VwVfG als Verwaltungsakt anzusehen. Wird der Aufhebungsverwaltungsakt nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO analog aufgehoben, gilt die Spielhallenerlaubnis weiter fort (vgl. § 43 Abs. 2 VwVfG).

Der Anfechtungswiderspruch ist statthaft.

III. Widerspruchsbefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO analog)

Meier müsste nach § 42 Abs. 2 VwGO analog geltend machen können, durch den Bescheid vom 3. Mai 2022 in ihren Rechten verletzt zu sein. Nach der sogenannten Adressatentheorie ist dies bereits deshalb zu bejahen, da Frau Meier Adressatin eines belastenden Verwaltungsakts ist. Zudem kommt eine Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG bzw. ihrer schon nach einfachem Recht gewährten Gewerbefreiheit nach § 1 GewO in Betracht.

Nach § 1 GewO ist der Betrieb eines Gewerbes jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind. Dieses

Recht wird verletzt, wenn jemandem eine nach §§ 30 ff. GewO bereits erteilte Gewerbeerlaubnis rechtswidrig aufgehoben wird. Dass die Aufhebung der Meier erteilten Erlaubnis durch den Bescheid vom 3. Mai 2022 rechtswidrig ist, kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, so dass Meier widerspruchsbefugt ist.

Anmerkung: *Ausreichend für die Bejahung der Widerspruchsbefugnis ist die Anwendung der Adressatentheorie.*

IV. Form und Frist nach § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO

Der Widerspruch wurde schriftlich am 8. Juni 2022 eingelegt.

1. Fraglich ist, ob er innerhalb eines Monats erhoben wurde.

Die Einzelheiten der Fristberechnung ergeben sich aus §§ 79, 31 Abs. 1 VwVfG, der insoweit wiederum auf §§ 187 ff. BGB verweist.

Anmerkung: *Genauso richtig ist es, eine Berechnung über § 57 Abs. 2 VwGO vorzunehmen. Dieser verweist auf § 222 Abs. 1 ZPO, der wiederum auf die §§ 187 ff. BGB verweist - so dass im Ergebnis nach beiden Auffassungen eben die §§ 187 ff. BGB für die Fristberechnung zur Anwendung kommen.*

Die Widerspruchsfrist beginnt mit der Bekanntgabe des Bescheides zu laufen. Wann ein Verwaltungsakt im Anwendungsbereich des VwVfG bekanntgegeben ist, bestimmt sich nach § 41 VwVfG. Nach der Zugangsfiktion des § 41 Abs. 2 Satz 1 VwVfG gilt ein Verwaltungsakt bei einer Übermittlung durch die Post am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben.

Die Aufgabe zur Post ist am 3. Mai 2022 erfolgt, so dass die Bekanntgabe nach § 41 Abs. 2 Satz 1 VwVfG am 6. Mai 2022 als erfolgt gilt. Am 7. Mai 2022 beginnt die Widerspruchsfrist zu laufen, vgl. § 187 Abs. 1 BGB.

Die Monatsfrist des § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO endete folglich nach § 188 Abs. 2 Var. 1 BGB mit dem Ablauf des 6. Juni 2022 als dem Tage des nächsten Monats, welcher dem Tage vorhergeht, der durch seine Zahl dem Anfangstag der Frist (hier: dem Tag der Bekanntgabe) entspricht. Der 6. Juni 2022 war ein Feiertag, vgl. § 1 Abs. 1 Gesetz über Sonn- und Feiertage im Freistaat Sachsen, so dass § 193 BGB zur Anwendung kommt. Das Fristende ist der 7. Juni 2022.

Dementsprechend war der erst am 8. Juni 2022 erhobene Widerspruch verfristet.

2. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Meier erklärt jedoch in ihrem Widerspruch, dass sie die Widerspruchsfrist allein aufgrund der fehlenden Begründung verstreichen ließ und dieser Umstand berücksichtigt werden müsse. Diese Aussage ist als Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß §§ 70 Abs. 2, 60 Abs. 1 VwGO auszulegen (§§ 133, 157 BGB analog).

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist gemäß § 60 Abs. 1 VwGO zu gewähren, soweit die Widerspruchsführerin ohne Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Frist einzuhalten (insbesondere die Widerspruchsfrist gemäß § 70 Abs. 1 VwGO).

Meier müsste somit ohne Verschulden an der Einhaltung der Monatsfrist gehindert gewesen sein.

In diesem Zusammenhang kommt vor allem die fehlende Begründung des Verwaltungsaktes als ausschlaggebendes Kriterium in Betracht. So ging sie davon aus, dass ein unbegründeter Verwaltungsakt ohnehin keinen Bestand haben kann.

Da es sich um einen schriftlichen Verwaltungsakt handelt, war eine Begründung gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 VwVfG erforderlich. Soweit einem Verwaltungsakt die erforderliche Begründung fehlt, gilt eine darauf zurückzuführende Versäumung der Rechtsbehelfsfrist durch die Widerspruchsführerin gemäß § 45 Abs. 3 Satz 1 VwVfG als unverschuldet.

Die verspätete Widerspruchseinlegung der Meier ist kausal auf die fehlende Begründung zurückzuführen. Damit gilt die Versäumung der Frist gemäß § 45 Abs. 3 Satz 1 VwVfG als nicht verschuldet.

Dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 60 Abs. 1 VwGO ist stattzugeben. Die weiteren Voraussetzungen liegen vor, so dass der Widerspruch fristgemäß eingelegt wurde.

V. Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit, § 79 in Verbindung mit §§ 11, 12 VwVfG.
An diesen Voraussetzungen bestehen keine Zweifel.

VI. Ergebnis zu A

Der Widerspruch ist zulässig.

B) Begründetheit

Der Widerspruch ist begründet, wenn die Aufhebung der Spielhallenerlaubnis rechtswidrig ist und Meier dadurch in ihren Rechten verletzt, §§ 68 ff. in Verbindung mit 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO analog.

Der Bescheid vom 3. Mai 2022 ist rechtmäßig, wenn er formell und materiell rechtmäßig ist. Die Gewerbeordnung enthält keine Sondervorschriften für die Aufhebung von Erlaubnissen nach § 33 i Abs. 1 Satz 1 GewO. § 35 GewO zielt auf die Untersagung eines genehmigungsfreien Gewerbes und nicht auf die Aufhebung einer Behördenentscheidung. Damit kommen als Ermächtigungsgrundlagen für den Aufhebungsbescheid nur § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG oder § 49 VwVfG in Betracht.

I. Formelle Rechtmäßigkeit des Bescheides

1. Zuständigkeit

Das Landratsamt Grüntal als die Behörde, die für den Erlass der Spielhallenerlaubnis sachlich nach § 2 SächsGewODVO zum Zeitpunkt ihrer Aufhebung zuständig wäre, ist gerade auch für deren Aufhebung zuständig. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 48 Abs. 5 VwVfG (ebenso § 49 Abs. 5 VwVfG).

Zudem müsste die Behörde das Verwaltungsverfahren gem. §§ 9 ff. VwVfG eingehalten haben.

§ 28 Abs. 1 VwVfG sieht vor, dass vor Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes eine Anhörung erfolgen muss. Eine Anhörung durch Wagner vor Erlass der zweifelsfrei belastenden Entscheidung erfolgte nicht. Eine Anhörung kann nach § 28 Abs. 2 VwVfG entbehrlich sein. Dies ist der Fall, wenn eine Anhörung nach den Umständen des Einzelfalles nicht geboten ist. Es bestehen keine Anhaltspunkte für eine Entbehrlichkeit der Anhörung. Die fehlende Anhörung begründet keinen schwerwiegenden Fehler gemäß § 44 VwVfG, sodass der Verwaltungsakt nicht nichtig ist.

Die Anhörung kann jedoch gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG nachgeholt werden, wodurch eine Heilung des Verfahrensfehlers eintritt. Die Nachholung ist nach § 45 Abs. 2 VwVfG bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens möglich. Da Frau Meier im Rahmen ihres Widerspruchs ihre Sicht der Angelegenheit darstellen konnte, ist der Sinn und Zweck einer Anhörung erfüllt. Der zunächst vorliegende Verfahrensfehler wurde geheilt.

2. Form und Begründung

Nach § 37 Abs. 2 Satz 1 VwVfG gilt die Formfreiheit des Verwaltungsaktes.

Zudem muss ein schriftlicher Verwaltungsakt nach § 39 Abs. 1 VwVfG eine Begründung enthalten. Das Landratsamt hat den Bescheid ohne Begründung erlassen. Eine Begründung kann entbehrlich sein, § 39 Abs. 2 VwVfG. Dafür bestehen jedoch keine Anhaltspunkte.

Die fehlende Begründung stellt auch keinen schwerwiegenden Fehler § 44 VwVfG dar, sodass der Verwaltungsakt nicht nichtig ist.

Die Begründung kann nachgeholt werden, wodurch eine Heilung gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG eintritt. Die Nachholung ist nach § 45 Abs. 2 VwVfG bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens möglich. Soweit das Landratsamt die Begründung nachholt, ist der Formfehler geheilt.

Vor dem Hintergrund der Heilungsmöglichkeiten ist der Widerspruch von Frau Meier nicht bereits aus formellen Gründen erfolgreich.

II. Materielle Rechtmäßigkeit

Fraglich ist, ob der Bescheid materiell rechtmäßig ist. Dann bedarf es einer Ermächtigungsgrundlage. Das Landratsamt will die nach § 33 i GewO erteilte Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle aufheben. Damit kommt als Ermächtigungsgrundlage § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG in Betracht.

1. Voraussetzung ist das Vorliegen eines begünstigenden Verwaltungsaktes. Ohne eine Erlaubnis ist der Betrieb einer Spielhalle nicht gestattet. Die Erlaubnis ist daher ein begünstigender Verwaltungsakt.

2. Weiterhin müsste die Erlaubnis rechtswidrig sein, § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG.

Die vom Landratsamt erteilte Erlaubnis könnte nach § 33 i Abs. 2 Nummer 1 GewO rechtswidrig sein. Danach ist eine Erlaubnis zu versagen, wenn die in § 33 c Abs. 2 GewO genannten Versagungsgründe vorliegen, insbesondere die Begünstigte nicht die für die Aufstellung von Spielgeräten erforderliche Zuverlässigkeit besitzt.

An der Zuverlässigkeit Meiers konnte es fehlen, weil sie bei der Beantragung der Erlaubnis keine Angaben über die frühere Entziehung der Erlaubnis in Hamburg wegen Unzuverlässigkeit gemacht hat. Die Zuverlässigkeit könnte Meier auch deshalb fehlen, da ihr bereits früher die Betriebserlaubnis wegen Unzuverlässigkeit entzogen wurde.

Unzuverlässig ist, wer nach Charakter und persönlichem Verhalten nicht die Gewähr für eine ordnungs- und gesetzmäßige Führung seines Betriebs bietet.

Die Erlaubnis ist nicht deshalb rechtswidrig, weil zum Zeitpunkt ihrer Erteilung möglicherweise ein Versagungsgrund nach § 33 i Abs. 2 Nummer 1 GewO vorlag. Maßgebend ist, ob der damalige Widerruf der Erlaubnis nach § 33 i GewO auch heute noch den Schluss zulässt, dass die Gewerbetreibende unzuverlässig im Sinne des § 33 c Abs. 2 Nummer 1 GewO ist.

Eine Gefährdung ist nur dann gegeben, wenn der Eintritt eines Schadens hinreichend wahrscheinlich ist. Meier war in Hamburg die Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle wegen Unzuverlässigkeit entzogen worden. Seit dem Widerruf sind aber zum Zeitpunkt der Erlaubniserteilung des Landratsamtes Grüntal viele Jahre vergangen. In Dresden und Hannover wurde ihre Tätigkeit dagegen nicht beanstandet. Damit sind aus dem Widerruf der Erlaubnis in Hamburg keine Anhaltspunkte für ein zukünftiges Fehlverhalten abzuleiten.

Die Rechtswidrigkeit der Erlaubnis könnte sich aber aus § 33 i Abs. 2 Nummer 1 in Verbindung mit § 33 c Abs. 2 Nummer 1 GewO ergeben. Unter anderem ist bei einer Verurteilung wegen Unterschlagung eine Erlaubnis in der Regel zu versagen, wenn diese Verurteilung in den letzten drei Jahren vor Stellung des Antrags erfolgte. Meier war erst vor kurzem wegen Unterschlagung zu einer Bewährungsstrafe verurteilt worden. Anhaltspunkte, die ein Abweichen von diesem Grundsatz rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich.

Also war die Erlaubnis rechtswidrig.

3. Nach § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG kann die Behörde den Verwaltungsakt zurücknehmen, stellt also eine Ermessensvorschrift dar.

Das eingeräumte Ermessen hat die Behörde rechtsfehlerfrei ausgeübt. Aus dem Aktenvermerk von Herrn Wagner wird das ausgeübte Entschließungsermessen deutlich. Herr Wagner hat die persönlichen Belange mit dem öffentlichen Interesse an der Aufhebung der Spielhallerlaubnis abgewogen und dabei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet.

4. Trotz rechtswidrigen Verwaltungsakts scheidet eine Rücknahme aus, wenn die Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG nicht gewahrt ist. Die Rücknahme erfolgte fristgemäß.

5. Der Bescheid des Landratsamtes vom 3. Mai 2022 ist materiell rechtmäßig.

III. Der Widerspruch ist damit nicht begründet.

C. Somit ist der Widerspruch zwar zulässig, aber nicht begründet. Meier wird also keinen Erfolg haben.

Punkteverteilung:

Zulässigkeit	45 Punkte
Begründetheit	50 Punkte
Aufbau, Gliederung und Stil	5 Punkte
Gesamt	100 Punkte