

## Fall 8: Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes

Benni (B) betreibt ein Gewerbe mit Spielgeräten i.S.d. § 33c GewO in der Innenstadt von Meiningen. Ihm wurde dafür formell rechtmäßig die erforderliche Erlaubnis erteilt. Danach wird er am 24.07.2005 wegen einer Straftat nach § 242 StGB rechtskräftig verurteilt. Am 03.12.2006 wird er erneut wegen Diebstahls rechtskräftig verurteilt. Die erste Verurteilung wird der Behörde am 05.09.2005, die zweite am 28.12.2006 mitgeteilt. Der mit den Erlaubnissen nach § 33c GewO befasste Sachbearbeiter in der Behörde erlangt am 14.01.2007 Kenntnis von der zweiten Verurteilung. Er wendet sich am 03.02.2007 in einem Schreiben an B und bittet diesen im Hinblick auf eine mögliche Aufhebung der Erlaubnis um Auskunft, ob er seinen Lebensunterhalt mit der Ausübung dieses Gewerbes bestreite, und ob er die Räumlichkeiten, in denen die Spielgeräte aufgestellt wurden, auf seine Kosten ausgestattet habe. B verneint beides in seiner Antwort, die den zuständigen Sachbearbeiter am 25.02.2007 erreicht. Daraufhin hebt die zuständige Behörde die Erlaubnis auf. Der Bescheid geht B am 12.02.2008 zu. Begründet wird dies damit, dass aufgrund der erneuten Verurteilung die Unzuverlässigkeit des B erwiesen und es nicht hinnehmbar sei, dass er weiterhin dieses Gewerbe ausübe. Das Interesse des B an der Fortführung des Gewerbes müsse deshalb zurückstehen.

**Frage: Ist die Aufhebung der Erlaubnis rechtmäßig? (Es bestehen keine speziellen Aufhebungstatbestände)**

*Auszug aus der Gewerbeordnung: § 33c Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit*

*(1) Wer gewerbsmäßig Spielgeräte, die mit einer den Spielausgang beeinflussenden technischen Vorrichtung ausgestattet sind, und die die Möglichkeit eines Gewinnes bieten, aufstellen will, bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Die Erlaubnis berechtigt nur zur Aufstellung von Spielgeräten, deren Bauart von der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt zugelassen ist. Sie kann mit Auflagen, auch im Hinblick auf den Aufstellungsort, verbunden werden, soweit dies zum Schutze der Allgemeinheit, der Gäste oder der Bewohner des jeweiligen Betriebsgrundstücks oder der Nachbargrundstücke oder im Interesse des Jugendschutzes erforderlich ist; unter denselben Voraussetzungen ist auch die nachträgliche Aufnahme, Änderung und Ergänzung von Auflagen zulässig.*

*(2) Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller die für die Aufstellung von Spielgeräten erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt in der Regel nicht, wer in den letzten drei Jahren vor Stellung des Antrages wegen eines Verbrechens, wegen Diebstahls, Unterschlagung, Erpressung, Hehlerei, Betruges, Untreue, unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels, Beteiligung am unerlaubten Glücksspiel oder wegen Vergehens nach § 12 des Jugendschutzgesetzes rechtskräftig verurteilt worden ist.*

*(3) Der Gewerbetreibende darf Spielgeräte im Sinne des Absatzes 1 nur aufstellen, wenn ihm die zuständige Behörde schriftlich bestätigt hat, daß der Aufstellungsort den auf der Grundlage des § 33f Abs. 1 Nr. 1 erlassenen Durchführungsvorschriften entspricht. Sollen Spielgeräte in einer Gaststätte aufgestellt werden, so ist in der Bestätigung anzugeben, ob dies in einer Schank- oder Speisewirtschaft oder in einem Beherbergungsbetrieb erfolgen soll. Gegenüber dem Gewerbetreibenden und demjenigen, in dessen Betrieb ein Spielgerät aufgestellt worden ist, können von der zuständigen Behörde, in deren Bezirk das Spielgerät aufgestellt worden ist, Anordnungen nach Maßgabe des Absatzes 1 Satz 3 erlassen werden.*

## **Lösung**

### **I. Ermächtigungsgrundlage der Aufhebung**

#### **§ 48 VwVfG oder § 49 VwVfG?**

Frage: Ist die Erlaubnis rechtmäßig oder rechtswidrig?

1. Ermächtigungsgrundlage der Erlaubnis ist **§ 33c GewO**.
2. Formelle Rechtmäßigkeit der Erlaubnis (+)
3. Materielle Rechtmäßigkeit der Erlaubnis (+)
  - § 33c Abs. 2 GewO: Zuverlässigkeit erforderlich
  - Die nachträgliche Unzuverlässigkeit des B ändert daran nichts. Im Rahmen der §§ 48, 49 VwVfG kommt es auf den Zeitpunkt des Erlasses des aufgehobenen Verwaltungsakts an.
4. Zwischenergebnis

Ermächtigungsgrundlage der Aufhebung ist **§ 49 VwVfG**.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit des Widerrufs

### 1. Zuständigkeit

Behörde, die auch Ausgangs VA erlassen hat (+)

### 2. Verfahren

**§ 28 Abs. 1 VwVfG:** Anhörung durch das Schreiben vom 03.02.2007-> (+)

### 3. Form (+)

## III. Materielle Rechtmäßigkeit des Widerrufs

### 1. Tatbestandliche Voraussetzungen des Widerrufs

Bei einem begünstigenden VA ist § 49 Abs. 2, 3 und 4 VwVfG zu prüfen.

#### a) Widerrufsgrund

Die Behörde müsste gem. § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt sein, den VA nicht zu erlassen und, wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde.

#### aa) Nachträglich eingetretene Tatsachen

- Hypothetische Prüfung
- Nachträglich eingetretene Tatsache: Verurteilungen des B.

#### bb) Gefährdung des öffentlichen Interesses

Fraglich ist, ob das öffentliche Interesse ohne den Widerruf gefährdet werden würde.

- Das Öff. Interesse besteht hier, in dem das Gewerbe i.S.d. § 33c GewO nur von zuverlässigen Personen ausgeübt werden soll.

Die Voraussetzungen des **§ 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG** sind somit erfüllt.

#### b) Widerrufsfrist

Bei § 49 Abs. 2 S. 2 VwVfG i.V.m. § 48 Abs. 4 VwVfG handelt es sich um eine Entscheidungsfrist, d.h. sie beginnt erst mit der Kenntnis des zuständigen Sachbearbeiters und erst wenn dieser auch die für das Ermessen maßgeblichen Tatsachen kennt.

Dies erfolgte hier erst am 25.02.2007. Fristende ist daher am 25.02.2008. Der Widerruf am 12.02.2008 war noch vor dem Ende der Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG.

#### 2. Ermessen (+)

Ermessen ist gegeben.

#### IV. Ergebnis

Die Aufhebung ist rechtmäßig.

#### **Hinweis**

**Fall angelehnt an: Hemmer/ Wüst, Verwaltungsrecht, Fall 22, S.70-73.**