

KV-Nr.: 614

**Die Aufgabe besteht (ohne Deckblatt) aus
10 Blatt und ist vollständig durchnummeriert.**

**Der Aufgabentext ist zu Beginn auf Vollständigkeit
zu überprüfen.**

Rechtsanwältin

Dr. Michaela Fabel

Dr. jur. Michaela Fabel, Kirchstr. 12, 45881 Gelsenkirchen

Dr. jur. Michaela Fabel

Rechtsanwältin

und Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Telefon (0209) 946 68 08

Telefax (0209) 946 68 10

Datum: 01.03.2010

Verfügung:

1. Vermerk:

Heute erscheint Frau Sabahat Yilmaz, Husemannstraße 15, 45886 Gelsenkirchen, in Begleitung ihres Sohnes, Herrn Bülent Yilmaz, ebenda. Sie überreichen folgende Unterlagen:

- Bescheid des Oberbürgermeisters der Stadt Gelsenkirchen vom 01.02.2010 in Kopie als **Anlage 1**
- Klageschrift vom 12.02.2010 in Kopie als **Anlage 2**
- beglaubigte Abschrift der Klageerwidernng des Oberbürgermeisters der Stadt Gelsenkirchen vom 26.02.2010 als **Anlage 3**.

Frau Yilmaz schildert folgenden Sachverhalt:

„Ich betreibe seit Jahren einen Obst- und Gemüseladen und hatte in dieser Zeit keine einzige Beanstandung seitens der Behörden. Im September letzten Jahres trat an mich der Inhaber des benachbarten türkischen Imbisses heran. Er fragte mich, ob ich seine Gasstätte übernehmen möchte. Ich wollte diese Gelegenheit nutzen und habe die Räume ab dem 01.02.2010 von dem bisherigen Inhaber angemietet. Ich möchte ab dem 04.03.2010 den Imbiss unter dem Namen „Dönerparadies“ fortführen.

Neben mir als Betriebsinhaberin wird in der Gaststätte mein weiterer Sohn Levent fest angestellt arbeiten. Meine Tochter Filiz und meine Schwägerin Gülnur werden aushilfsweise in der Gaststätte arbeiten. Beide sind ganztägig berufstätig, so dass sie jeweils nur wenige Stunden in der Gaststätte aushelfen können.

Mein Sohn Bülent, den Sie hier sehen, soll mir in der Gaststätte aushelfen. Seine Aufgabe soll hauptsächlich darin bestehen, das Dönerfleisch vorzubereiten und zu portionieren. Die nötigen Kenntnisse hierzu hat er sich während seiner Tätigkeit als Wirt angeeignet. Er hatte bis vor kurzem selbst eine Gaststätte betrieben. Die Gaststätte musste er leider aufgeben, da ihm die Erlaubnis entzogen worden war, weil er angeblich mit Drogen gehandelt haben soll.

Damit alles seine Richtigkeit hat, habe ich mich rechtzeitig bei der Behörde erkundigt, ob ich irgendwelche Genehmigungen benötige. Anschließend habe ich die erforderliche Gaststätterlaubnis beantragt. Die Behörde hat mir zwar eine vorläufige Erlaubnis erteilt sowie eine

unbefristete in Aussicht gestellt. Sie hat aber im Bescheid unter Ziff. 2 verfügt, dass ich meinen hier anwesenden Sohn Bülent nicht in der Gaststätte beschäftigen darf. Bei der Befolgung dieser Verfügung - und ich befolge stets behördliche Anordnungen - wird mein Vorhaben stark gefährdet.

Ich bin auf die Hilfe meines Sohnes angewiesen. Ich bin grundsätzlich auf die Hilfe meiner Familienmitglieder angewiesen; eine Einstellung einer familienfremden Fachkraft für die Gaststätte kann ich mir einfach nicht leisten. Der durch den Wegfall der Arbeitskraft von Bülent bedingte Umsatzverlust gefährdet meine wirtschaftliche Existenz.

Mein Ehemann Recep, der die Aufgaben von Bülent grundsätzlich übernehmen könnte, hat im November des letzten Jahres einen Schlaganfall erlitten und ist seitdem gelähmt. Er ist ein Pflegefall und befindet sich zurzeit in einer Kurzzeitpflegeeinrichtung. Er wird danach voraussichtlich in einem Altenwohn- und Pflegeheim untergebracht. Eine andere Person aus dem Familienkreis kommt leider nicht in Betracht.

Meine weitere Tochter - Derya - ist eine Jurastudentin im 4. Semester. Sie hält dieses Vorgehen der Behörde für grob rechtswidrig. Sie hat mir und Bülent empfohlen, gegen das Beschäftigungsverbot für Bülent Klage zu erheben. Das haben wir vor rund zwei Wochen auch getan. Die Behörde beharrt auf ihrem Standpunkt. So bekam ich vom Verwaltungsgericht eine beglaubigte Abschrift des behördlichen Schreibens vom 26.02.2010, das wohl ihre Reaktion auf die Klage darstellen soll. Meine Tochter Derya macht gerade ihr Auslandssemester in Istanbul. Ich habe ihr berichtet, dass die Behörde wider unseren Erwartungen nicht einlenken will. Sie hat mir empfohlen, mich anwaltlich beraten zu lassen, und darauf hingewiesen, dass ich Bülent trotz der Klage nicht beschäftigen darf.

Soweit im Schreiben der Behörde vom 26.02.2010 ausgeführt wird, es solle ein „Strohmannverhältnis“ ausgeschlossen werden, muss ich die dahingehende haltlose Vermutung, die dadurch zum Ausdruck gebracht wird, mit aller Entschiedenheit zurückweisen. Wie die Behörde selbst ausführt, bin ich dem Gewerbe- und Ordnungsamt als langjährige Gewerbetreibende bekannt, die jahrelang an gleicher Stelle ein Obst- und Gemüsegeschäft geführt hat, ohne dass die Betriebsführung Anlass zur Beanstandung gegeben hätte. Ich bin als eine erfahrene Geschäftsfrau in der Lage, die Gaststätte ordnungsgemäß zu führen und dabei auch meinen Sohn Bülent zu beaufsichtigen.

Daher bitte ich Sie, mich zu beraten und alle notwendigen Schritte einzuleiten, damit ich meinen Sohn Bülent bereits bei der Eröffnung des Lokals einsetzen kann. Alle weiteren Einzelheiten können Sie der Klageschrift entnehmen. Für etwaige Rückfragen stehe ich Ihnen selbstverständlich jederzeit zur Verfügung.“

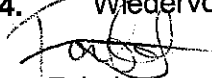
Herr Bülent Yilmaz erklärt: „ Ich bin ebenfalls von der Anordnung des Beschäftigungsverbots schwer betroffen. Ich bin momentan wegen meiner persönlichen Situation auf jeden Cent angewiesen. Meine Gaststätte musste ich aufgeben. Wegen der laufenden Ermittlungen finde ich aber keinen anderen Job.

Ich möchte daher, dass Sie auch mich in dieser Sache vertreten.“

2. Neue Mandanten eintragen: Sabahat und Bülent Yilmaz,
Husemannstr. 15,
45886 Gelsenkirchen

3. Handakte anlegen.

4. Wiedervorlage sofort.

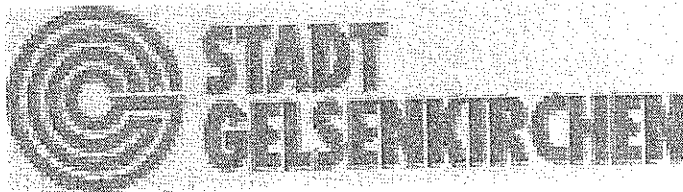

Dr. Fabel
Rechtsanwältin

Hinweis des LJPA: Auf den Abdruck der ordnungsgemäß erteilten Vollmachten von Frau und Herrn Yilmaz wird verzichtet.

Anlage 1

Kopie

DER OBERBÜRGERMEISTER



Stadtverwaltung Gelsenkirchen - 45875 Gelsenkirchen

Sabahat Yilmaz
Husemannstr. 15
45886 Gelsenkirchen

GEWERBEAMT

Rathaus Buer
Goldbergstr. 12
45875 Gelsenkirchen

Auskunft erteilt:

Herr Herrlich

Zimmer: 20

Telefon: 0209/442 - 0

Durchwahl: 0209/442 - 3003

Telefax: 0209/442 - 3099

E-Mail: gewerbeamt@gelsenkirchen.deInternet: <http://www.gelsenkirchen.de>

Sprechzeiten:

Mo., Mi., Fr.: 08.00 - 12.00 Uhr

Do.: 15.00 - 18.00 Uhr

Datum und Zeichen Ihres Schreibens

Mein Zeichen

Datum:

146- Y- 22347/09

01.02.2010

Betrifft: Ihren Antrag auf Erteilung einer Gaststättenerlaubnis zum Betrieb der Imbisswirtschaft „Dönerparadies“, Am Dördelmannshof 34, 45884 Gelsenkirchen

Sehr geehrte Frau Yilmaz!

Es ergeht folgender

Bescheid:

1. Ihnen wird **widerruflich** eine vorläufige Erlaubnis gemäß § 11 Gaststättengesetz zum Betrieb der Imbisswirtschaft „Dönerparadies“, Am Dördelmannshof 34, 45884 Gelsenkirchen, als Schank- und Speisewirtschaft erteilt.
2. Die Beschäftigung Ihres Sohnes Bülent Yilmaz in der Imbisswirtschaft wird gemäß § 21 Gaststättengesetz wegen Unzuverlässigkeit untersagt.
3. Der Sofortvollzug der Verfügung zu Ziff. 2 wird gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, Abs. 3 VwGO angeordnet.

Beschränkungen, Auflagen, Befristungen

Einschränkungen für das Verabreichen von Getränken oder zubereiteten Speisen:
(...)

Hinweis des LJPA: Auf den Abdruck der Nebenbestimmungen wird verzichtet. Es ist davon auszugehen, dass sie für die Fallbearbeitung keine Bedeutung haben.

Begründung:

(...)

Hinweis des LJPA: Auf den Abdruck der Begründung zu Ziff. 1 des Bescheides wird verzichtet. Es ist davon auszugehen, dass sie für die Fallbearbeitung keine Bedeutung ha-

Begründung der Verfügung zu Ziff. 2

Die Entscheidung zu Ziff. 2 wurde nach Abwägung der für den vorliegenden Fall maßgeblichen Umstände getroffen, weil Tatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, dass Herr Bülent Yilmaz nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die entsprechenden Ausführungen in dem Beschluss des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 22.10.2009, Az.: 12 L 2456/09, verwiesen. Der Inhalt des Beschlusses ist mit Ihnen sowie mit Herrn Bülent Yilmaz erörtert worden. Ferner ist in der Stellungnahme des Polizeipräsidiums Gelsenkirchen vom 08.10.2009, deren Inhalt Ihnen und Herrn Bülent Yilmaz erläutert wurde, ebenfalls ein Beschäftigungsausschluss empfohlen worden.

Vorliegend ist zu befürchten, dass Herr Bülent Yilmaz seine Tätigkeit in Ihrem Betrieb zum Zwecke des Drogenhandels missbrauchen wird. Herr Yilmaz wird verdächtigt, ca. 40 kg Haschisch verkauft zu haben. Der Verdacht wird u. a. auf mehrere Aussagen der mutmaßlichen Kunden des Herrn Yilmaz gestützt. Herr Bülent Yilmaz soll nach den Ermittlungen die von ihm betriebene Gaststätte zur Anlaufstelle von Drogendealern sowie Konsumenten gemacht haben. Ein Beschäftigungsverbot ist notwendig, um die Gefahr auszuschließen, dass Herr Yilmaz seine bisherigen Kontakte zur Drogenszene in Ihre Gaststätte verlagert.

Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung:

Hinweis des LJPA: Auf den Abdruck der Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung wird verzichtet.

Rechtsgrundlagen:

Hinweis des LJPA: Auf den Abdruck der einschlägigen Rechtsgrundlagen wird verzichtet.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Hinweis des LJPA: Auf den Abdruck der ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung wird verzichtet.

Hochachtungsvoll
Im Auftrag


Herrlich
Stadtamtsrat

Sabahat und Bülent Yılmaz, Husemannstraße 15, 45886 Gelsenkirchen

Gelsenkirchen, den 12.02.2010

Verwaltungsgericht Gelsenkirchen
Bahnhofsvorplatz 3

45879 Gelsenkirchen

Klage

In der Sache

der Frau Sabahat Yılmaz, Husemannstraße 15, 45886 Gelsenkirchen,

Klägerin zu 1),

und des Herrn Bülent Yılmaz, Husemannstraße 15, 45886 Gelsenkirchen,

Kläger zu 2),

gegen

den Oberbürgermeister der Stadt Gelsenkirchen, Gewerbeamt, Rathaus Buer, Goldbergstr. 12,
45875 Gelsenkirchen,

Beklagten,

beantragen wir:

den Bescheid des Beklagten vom 01.02.2010 insoweit aufzuheben, als darin unter Ziff. 2 ein Beschäftigungsausschluss des Klägers zu 2) angeordnet wird.

Begründung:

Die Klägerin zu 1) hat am 01.02.2010 die vorläufige Erlaubnis gem. § 11 Abs. 1 Gaststätten-gesetz zum Betrieb der Gaststätte „Dönerparadies“, Am Dördelmannshof 34, 45884 Gelsen- kirchen, von dem Beklagten erhalten. Im Bescheid wurde aber unter Ziff. 2 Folgendes ver- fügt: „Die Beschäftigung Ihres Sohnes Bülent Yılmaz in der Imbisswirtschaft wird gem. § 21 Gaststättengesetz wegen Unzuverlässigkeit untersagt.“ Zur Begründung des Beschäftigungs- verbots nahm der Beklagte auf den Beschluss des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen in dem Eilverfahren 12 L 2456/09 sowie auf ein Schreiben des Polizeipräsidiums Gelsenkirchen vom 08.10.2009 Bezug. Im letzteren wird lediglich ausgeführt, dass empfohlen wird, die Beschäf- tigung des Klägers zu 2) in der Imbisswirtschaft wegen dessen Unzuverlässigkeit auszu- schließen.

Die Klägerin zu 1) beabsichtigt, den Gaststättenbetrieb am Donnerstag, dem 04.03.2010, auf- zunehmen. Neben der Klägerin zu 1) als Betriebsinhaberin wird in der Gaststätte Herr Le- vent Yılmaz, ein weiterer Sohn der Klägerin zu 1), fest angestellt arbeiten. Frau Filiz Yil- maz, eine Tochter der Klägerin zu 1), und Frau Gülnur Yılmaz, eine Schwägerin der Klä- gerin zu 1), werden aushilfsweise in der Gaststätte arbeiten.

Es ist beabsichtigt, dass der Kläger zu 2) im Rahmen der Hilfe unter Familienangehörigen in der Gaststätte aushilft. Seine Aufgabe wird hauptsächlich darin bestehen, das Döner-

fleisch vorzubereiten und zu portionieren. Die nötigen Kenntnisse hierzu hat er sich in seiner Tätigkeit als Wirt angeeignet.

Die betriebliche Leitung der Gaststätte sowie die Überwachung des Personals liegen in den Händen der Klägerin zu 1). Sie verfügt hierzu über eine große Erfahrung als langjährige Inhaberin eines Obst- und Gemüseladens. Sie ist somit in der Lage, die Gaststätte zu führen und die dort beschäftigten Familienmitglieder in ihren Tätigkeiten anzuleiten und anzuweisen.

Ohne die Arbeitskraft des Klägers zu 2) ist der Betrieb der Gaststätte nur eingeschränkt möglich. Die Klägerin zu 1) beabsichtigt, die Gaststätte an allen Wochentagen offen zu halten. Wegen des Beschäftigungsverbots muss nun der Montag als Ruhetag eingeplant werden. Es muss zudem eine Einschränkung im Speisenangebot vorgenommen werden, da der Kläger zu 2) als Fachkraft für die Vorbereitung und Portionierung des Fleisches ausfällt.

Die Verfügung zu Ziff. 2 ist rechtswidrig.

Durch den Ausschluss der Beschäftigung für den Kläger zu 2) kann auch die von der Klägerin zu 1) geplante Auslieferung von Speisen nicht durchgeführt werden. Allein hierdurch werden erhebliche Umsatzeinbußen entstehen.

Die Klägerin zu 1) ist auf die Arbeitskraft des Klägers zu 2) als mithelfendem Familienmitglied angewiesen. Die Einstellung einer familienfremden Fachkraft für die Gaststätte ist der Klägerin zu 1) finanziell nicht möglich.

Das Beschäftigungsverbot greift auch rechtswidrig in die Rechte des Klägers zu 2) ein.

Gegen den Kläger zu 2) sind strafrechtliche Ermittlungen wegen des Verstoßes gegen das BtMG eingeleitet worden. Er hat kurze Zeit in Untersuchungshaft verbringen müssen. Der Haftbefehl ist jedoch außer Vollzug gesetzt worden. Der Kläger zu 2) bestreitet die gegen ihn erhobenen Vorwürfe.

Die Staatsanwaltschaft geht davon aus, dass alle dem Kläger zu 2) von ihr vorgeworfenen Straftaten gemäß dem BtMG lediglich in der „Schillerklausur“ begangen worden waren. Die „Schillerklausur“ ist inzwischen geschlossen. Zurzeit wird die Abwicklung des Mietverhältnisses vorgenommen. Fest steht lediglich, dass bei der Hausdurchsuchung von der Polizei in den Wohnräumen über der Gaststätte „Schillerklausur“ ca. drei Gramm Haschisch gefunden worden sind. Die gefundene Menge Haschisch ist dabei unter den Begriff „Eigenkonsum“ subsumierbar. Der Vorwurf aus dem Haftbefehl vom 12.01.2009 wird sich nicht aufrechterhalten lassen.


Das Beschäftigungsverbot ist schon mit der strafrechtlichen Unschuldsvermutung aus Art. 6 Abs. 2 EMRK nicht vereinbar.

Der Kläger zu 2) ist genug damit „bestraft“, dass er vorerst keine Gaststätte mehr betreiben darf. Ein Ausschluss der Beschäftigung in untergeordneter Stellung in einer Gaststätte wäre jedoch unverhältnismäßig. Der Kläger zu 2) hat in seiner gegenwärtigen Situation keine Möglichkeiten, eine andere Arbeitsstelle zu finden. Bei Vorstellungsgesprächen müsste er wahrheitsgemäß angeben, dass gegen ihn ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren durchgeführt wird. Aller Voraussicht nach wäre dann kein Arbeitgeber bereit, ihn

zu beschäftigen. Ohne eine Beschäftigung in der Gaststätte der Klägerin zu 1) bliebe dem Kläger zu 2) nur der Weg zum Sozialamt.

Im Übrigen ist zu bedenken, dass ein Beschäftigungsverbot nicht verhindern kann, dass der Kläger zu 2) in der Gaststätte der Klägerin zu 1) Drogen verkauft, wenn er diese Absicht hätte. Andererseits wäre es dem Kläger zu 2) im Falle einer Beschäftigung unter Aufsicht seiner Mutter kaum möglich, kriminellen Aktivitäten nachzugehen.

Hochachtungsvoll


Sabahat Yilmaz


Bülent Yilmaz

DER OBERBÜRGERMEISTER



Stadtverwaltung Gelsenkirchen - 45875 Gelsenkirchen

Verwaltungsgericht Gelsenkirchen
Bahnhofsvorplatz 3
45879 Gelsenkirchen

Begl. Abschrift

GEWERBEAMT

Rathaus Buer
Goldbergstr. 12
45875 Gelsenkirchen

Auskunft erteilt:

Herr Herrlich

Zimmer: 20

Telefon: 0209/442 - 0

Durchwahl: 0209/442 - 3003

Telefax: 0209/442 - 3099

E-Mail: gewerbeamt@gelsenkirchen.de

Internet: <http://www.gelsenkirchen.de>

Sprechzeiten:

Mo., Mi., Fr.: 08.00 - 12.00 Uhr

Do.: 15.00 - 18.00 Uhr

Datum und Zeichen Ihres Schreibens

Mein Zeichen

Datum:

146- Y- 22347/09

26.02.2010

In dem Verwaltungsstreitverfahren

Sabahat und Bülent Yilmaz ./. Oberbürgermeister der Stadt Gelsenkirchen

12 K 979/10

wird beantragt,

die am 15.02.2010 erhobene Klage kostenpflichtig abzuweisen.

Die Klage ist unbegründet. Das Beschäftigungsverbot hinsichtlich des Klägers zu 2) ist rechtlich nicht zu beanstanden. Der Kläger zu 2) ist auch in Bezug auf eine untergeordnete Tätigkeit im Gaststättengewerbe als unzuverlässig anzusehen.

Mit Datum vom 02.04.2009 wurde die Erlaubnis gemäß § 2 Gaststättengesetz für Kläger zu 2) zum Betrieb der Gaststätte „Schillerklause“, Bochumer Straße 12, 45875 Gelsenkirchen, wegen Unzuverlässigkeit nach § 15 Abs. 2 Gaststättengesetz unter Anordnung des Sofortvollzugs widerrufen. Die Betriebsräume wurden geschlossen und versiegelt. Dies geschah nach erfolgter Hausdurchsuchung und Verhaftung des Klägers zu 2) durch das Polizeipräsidium Gelsenkirchen. Das gegen den Widerruf eingeleitete Eilverfahren des Klägers zu 2) blieb ohne Erfolg. Der Eilantrag wurde vom Verwaltungsgericht Gelsenkirchen mit Beschluss vom 22.10.2009 abgelehnt.

Am 05.10.2009 erschien Klägerin zu 1) mit Tochter Derya Yilmaz im Rathaus und erkundigte sich danach, welche Anforderungen erfüllt werden müssen, um eine Gaststätte betreiben zu können. Die Klägerin zu 1) teilte ihre Absicht mit, einen Gaststättenbetrieb zu übernehmen. Im Rahmen dieser Vorsprache beantragte die Klägerin zu 1) die Gaststättenerlaubnis. Ihr wurde deutlich gemacht, dass zuvor die Kriminalpolizei gehört werden muss.

Noch am gleichen Tage wurde das Polizeipräsidium Gelsenkirchen schriftlich um Stellungnahme gebeten. Am 08.10.2009 erreichte uns die Stellungnahme der Polizei, in der mitgeteilt wurde, dass die Klägerin zu 1) polizeilich noch nie negativ in Erscheinung getreten ist. Die Polizei empfahl jedoch, die Beschäftigung des Klägers zu 2) auszuschließen.

Der Klägerin zu 1) wurde mit Bescheid vom 01.02.2010 ab dem 01.02.2010 eine zunächst auf drei Monate befristete vorläufige Erlaubnis erteilt. Ferner wurde ein Beschäftigungsverbot hinsichtlich ihres Sohnes Bülent Yilmaz angeordnet. Der Bescheid wurde der Klägerin zu 1) am gleichen Tage persönlich übergeben.

Die Entscheidung, die Beschäftigung des Klägers zu 2) auszuschließen, beruht auf § 21 Gaststättengesetz. Die Beschäftigung einer Person in einem Gaststättenbetrieb kann dem Gewerbetreibenden untersagt werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person die für ihre Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Da dieses Beschäftigungsverbot von Anfang an bestehen soll, wurde der Sofortvollzug in Anwendung des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, Abs. 3 VwGO angeordnet.

Während die Interessen der Klägerin zu 1) rein wirtschaftlicher Natur sind, soll durch die angegriffene Maßnahme in erster Linie dem öffentlichen Interesse Rechnung getragen und verhindert werden, dass auch die Gaststätte „Dönerparadies“ zur Anlaufstelle für Dealer und Drogenkonsumenten wird.

Diese Maßnahme ist erforderlich, weil der Kläger zu 2), wie die Kriminalpolizei ermittelt hat, über einen Zeitraum von ca. zwei Jahren durch mehr als 80 selbständige Handlungen mit Betäubungsmitteln (Haschisch) in nicht geringen Mengen unerlaubt und gewerbsmäßig Handel betrieben und dabei mindestens 40 kg Haschisch an verschiedene Abnehmer verkauft haben soll. Hierzu enthält die Ermittlungsakte mehrere dokumentierte Aussagen von mutmaßlichen Kunden des Klägers zu 2). Auch wenn nicht alle Fälle erwiesen sind, so ist hier Methode und planerische Absicht erkennbar, die aus Sicht der Gewerbebehörde vermuten lässt, dass dies, sofern die Möglichkeit dazu geboten wird, auch weiter betrieben wird. Ein wichtiger Punkt ist auch, dass durch das ausgesprochene Beschäftigungsverbot ein Strohmannverhältnis ausgeschlossen werden soll. Es ist sicherzustellen, dass hier nicht das Gewerbe auf die Mutter übertragen wird, in Wirklichkeit jedoch der Sohn das Gewerbe führt und betreibt.

Zwischenzeitlich ist das Konzessionierungsverfahren im Rahmen des Antrages auf Erteilung der Erlaubnis eingeleitet und die beteiligten Fachämter lassen ihre Einwilligung erkennen. Die Klägerin zu 1) ist dem Gewerbe- sowie Ordnungsamt als langjährige Gewerbetreibende bekannt. Sie hat jahrelang an gleicher Stelle ein Obst- und Gemüsegeschäft geführt, ohne dass die Betriebsführung Anlass zu Beanstandungen gegeben hätte. Ihr kann in Kürze die unbefristete Erlaubnis nach § 2 Gaststättengesetz erteilt werden.

Hochachtungsvoll

Beglaubigt


Stadtamtsrat

Herrlich
Stadtamtsrat

Anlage: Verwaltungsvorgang (1 Heft)

Hinweis des LJPA: Es ist davon auszugehen, dass der Verwaltungsvorgang der Klageerwidern ordnungsgemäß beigefügt war, sich aus ihm aber keine weiteren für die Fallbearbeitung relevanten Erkenntnisse ergeben.

Vermerk für die Bearbeitung

Die Angelegenheit ist aus anwaltlicher Sicht nach Maßgabe des Mandantenauftrages zu begutachten. Dabei sollen auch Überlegungen zur Zweckmäßigkeit des Vorgehens angestellt werden. Zeitpunkt der Begutachtung ist der

01.03.2010.

Sollte eine Frage für beweisheblich gehalten werden, so ist eine Prognose zu der Beweislage (z. B. Beweislast, Qualität der Beweismittel etc.) zu erstellen.

Sollte eine weitere anwaltliche Sachverhaltsaufklärung für erforderlich gehalten werden, so ist zu unterstellen, dass die Mandantschaft keine weiteren Angaben machen kann, die über die im Vermerk vom 01.03.2010 gemachten hinausgehen.

Werden Anträge an ein Gericht oder eine Behörde empfohlen, so sind diese am Ende des Vortrages auszuformulieren.

Es ist davon auszugehen, dass

- die Formalien (Ladungen, Zustellungen, Unterschriften, Vollmachten etc.) in Ordnung und die tatsächlichen Angaben zutreffend sind, soweit sich nicht aus dem Sachverhalt etwas anderes ergibt,
- nicht abgedruckte Schriftstücke den angegebenen Inhalt haben,
- der Bescheid vom 01.02.2010 formell rechtmäßig, inhaltlich hinreichend bestimmt und auch aus sonstigen Gründen nicht nichtig ist,
- die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Verfügung zu Ziff. 2 formell rechtmäßig ist und insbesondere die Anforderungen nach § 80 Abs. 3 VwGO erfüllt.

Der Bearbeitung ist der zum Entscheidungszeitpunkt geltende Rechtszustand zugrunde zu legen.

Übergangsvorschriften sind nicht zu prüfen.

Dieser Vermerk erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Er soll lediglich auf die Probleme hinweisen, die das Prüfungsamt veranlasst haben, die Aufgabe für einen Aktenvortrag auszugeben.

A. Die Mandantin (im Folgenden: M1) und der Mandant (im Folgenden: M2) begehren in erster Linie, dass die M1 den M2 sofort bei und nach der Eröffnung ihres Lokals am 04.03.2010 beschäftigen darf. Da die Klage der Mandanten gegen das mit Bescheid des Oberbürgermeisters der Stadt Gelsenkirchen (im Folgenden: Ag.) vom 01.02.2010 verfügte Beschäftigungsverbot aufgrund des nach Maßgabe des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO angeordneten Sofortvollzugs keine aufschiebende Wirkung hat, kommt nur die Beantragung der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes in Betracht.

B. Der Eilantrag dürfte **zulässig** sein.

I. Der **Verwaltungsrechtsweg** dürfte eröffnet sein, weil die streitentscheidenden Normen des GaststättenG öffentlich-rechtlicher Natur sind.

II. Vorliegend dürfte der nach § 123 Abs. 5 VwGO vorrangige Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 2. Alt. VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage der Mandanten vom 12.02.2010 **statthaft** sein. Denn im parallelen Hauptsacheverfahren dürfte eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO statthaft sein. Die Mandanten wenden sich gegen eine sie belastende Verfügung des Ag. - Beschäftigungsverbot bzgl. des M2 -, die einen Verwaltungsakt gemäß § 35 S. 1 VwVfG NRW darstellt.

III. Die in analoger Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO zu fordernde **Antragsbefugnis** ist gegeben. Da die M1 Adressatin eines sie belastenden Verwaltungsakts ist, erscheint es unter Zugrundelegung des sog. Adressatengedankens nicht als offensichtlich ausgeschlossen, dass sie durch die angefochtene Verfügung in ihren Rechten verletzt ist. M2 ist zwar nicht der Adressat des angegriffenen Verwaltungsakts, kann jedoch geltend machen, dass er durch die an die M1 adressierte Verfügung zu Ziff. 2 in seinen Rechten verletzt ist. Diese Verfügung dürfte in den Rechtskreis des M2 eingreifen, der unter dem Gesichtspunkt des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) gegenüber dem Ag. geltend machen könnte, dass dieser es unterlässt, der M1 zu untersagen, M2 in ihrem Gaststättenbetrieb zu beschäftigen.

VI. Der Ag. ist als Behörde, welche die angefochtene Entscheidung getroffen hat, nach entsprechender Anwendung von § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO iVm § 5 Abs. 2 S. 1 AG VwGO NRW der **richtige Antragsgegner**.

V. Die Mandanten dürften das erforderliche Rechtsschutzinteresse besitzen. Ihre Anfechtungsklage dürfte nicht offensichtlich unzulässig sein. Insbesondere dürfte die Durchführung eines Vorverfahrens nach § 68 Abs. 1 S. 2 1. Alt. VwGO iVm § 6 Abs. 1 S. 1 AG VwGO NRW abweichend von § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO nicht erforderlich gewesen sein. Denn der angefochtene Verwaltungsakt wurde hier am 01.02.2010 und somit während des Zeitraums vom 01.11.2007 bis zum 31.10.2012 bekannt gegeben. Dem steht im Hinblick auf die Klage des M2 auch die Regelung im § 6 Abs. 3 S. 1 AG VwGO NRW nicht entgegen. Danach findet die Regelung des § 6 Abs. 1 S. 1 AG VwGO NRW auf im Verwaltungsverfahren nicht beteiligten Dritte, die sich gegen den Erlass eines einen anderen begünstigenden Verwaltungsaktes wenden, keine Anwendung. Es erscheint bereits fraglich, ob der Regelungsbereich dieser Norm eröffnet ist, denn die Verfügung zu Ziff. 2, um die alleine es den Mandanten hier geht, dürfte sowohl die M1 als auch den M2 belasten. Diese Frage kann aber letztlich offen gelassen werden. Der vorliegende Fall wird von der Regelung des § 6 Abs. 3 S. 1 AG VwGO NRW jedenfalls deshalb nicht erfasst, weil sie gemäß § 6 Abs. 3 S. 2 Nr. 8 AG VwGO NRW bei Entscheidungen nach dem Gaststättengesetz nicht gilt.

C. Der Eilantrag dürfte auch **begründet** sein. Die bei einem Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 2. Alt. VwGO vom Verwaltungsgericht vorzunehmende Interessenabwägung dürfte zu Lasten des Ag. ausfallen. Das Aussetzungsinteresse der Mandanten dürfte das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts überwiegen. Der angegriffene Verwaltungsakt dürfte sich nach einer in einem Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung im angefochtenen Umfang als offensichtlich rechtswidrig erweisen.

I. Nach dem Bearbeitervermerk ist von der **formellen Rechtmäßigkeit** der behördlichen Anordnung der sofortigen Vollziehung auszugehen.

II. **Abwägung des privaten Aussetzungs- mit dem öffentlichen Vollzugsinteresse**

1. **Rechtsgrundlage** für das unter Ziff. 2 des Bescheids vom 01.02.2010 angeordnete Beschäftigungsverbot ist § 21 Abs. 1 GaststättenG.

2. Der von den Mandanten teilweise angegriffene Bescheid des Ag. vom 01.02.2010 ist nach dem Bearbeitervermerk **formell rechtmäßig**.

3. Die angefochtene Anordnung des Beschäftigungsverbots dürfte aber **materiell rechtswidrig** sein.

Nach § 21 Abs. 1 GaststättenG kann dem Gewerbetreibenden die Beschäftigung einer Person in seiner Gaststätte untersagt werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person die für ihre Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Im Rahmen der dabei anzustellenden Prognose ist auf die auszuübende Tätigkeit der fraglichen Person abzustellen. Der M2 soll nach dem glaubhaften Vortrag der M1 lediglich als Aushilfe mit dem Vorbereiten und dem Portionieren des Dönerfleisches betraut sein. Für die Annahme des Ag., M2 werde letztlich die Gaststätte leiten, bestehen keine konkreten Anhaltspunkte. Vielmehr dürfte davon auszugehen sein, dass die M1 als erfahrene Geschäftsfrau, die bisher keine gewerberechtliche Beanstandungen hatte, ihre Gaststätte selbst leiten und den M2 nur in einer untergeordneten Position beschäftigen wird. Ausgehend davon wäre M2 als unzuverlässig anzusehen, wenn er nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er seine Tätigkeit als Aushilfe künftig ordnungsgemäß ausführen wird. Anhaltspunkte dafür, dass M2 das Dönerfleisch nicht ordnungsgemäß vorbereiten oder portionieren wird, dürften nicht bestehen. Es erscheint aber denkbar, dass er seine Kontakte zu den Kunden im Betrieb der M1 ggf. zum Drogenhandel missbrauchen wird. Es liegen Anhaltspunkte vor, dass M2 seine Stellung als Inhaber einer von ihm betriebenen Gaststätte zum Betreiben des Drogenhandels missbraucht hat. Nach der Stellungnahme des Polizeipräsidiums Gelsenkirchen, auf die der Ag. Bezug nimmt, wird der M2 aufgrund der ihn belastenden Hinweise seiner mutmaßlichen Kunden verdächtigt, ca. 40 kg Haschisch verkauft zu haben, wobei er seine ehemalige Gaststätte zum Treffpunkt der Drogenszene gemacht haben soll. Ob dies ausreicht, die Annahme zu rechtfertigen, M2 werde auch in der Gaststätte der M1 Drogen verkaufen, dürfte fraglich sein. Dafür spricht zwar der sich auf Tatsachen stützende Verdacht, dass der M2 bereits in einer Gaststätte, in der er tätig war, Drogen verkaufte. Dagegen spricht aber der Umstand, dass der M2 nicht mehr der Gaststätteninhaber, sondern nur eine Aushilfe werden und zudem unter Aufsicht der M1, die gewerberechtlich bis jetzt nicht negativ in Erscheinung getreten ist, arbeiten soll. Vor diesem Hintergrund dürfte die aus anwaltlicher Sicht vorzugswürdige Auffassung, der M2 sei zuverlässig und die Tatbestandsvoraussetzungen des § 21 Abs. 1 GaststättenG seien nicht gegeben, mit guten Gründen vertretbar sein.

Das gegenteilige Ergebnis dürfte mit tragfähiger Begründung auch vertretbar sein.

Unabhängig davon, ob man den M2 als zuverlässig ansieht oder von seiner Unzuverlässigkeit ausgeht, dürfte jedenfalls aus anwaltlicher Vorsicht weiter zu prüfen sein, ob das Beschäftigungsverbot ggf. aufgrund von Ermessensfehlern rechtswidrig ist. Die Untersagung des Ag., den M2 in der Gaststätte der M1 zu beschäftigen, dürfte unter Zugrundelegung des in § 114 S. 1 VwGO aufgestellten Prüfungsmaßstabs als **ermessensfehlerhaft** und somit rechtswidrig anzusehen sein. Es erscheint bereits fraglich, ob der Ag. von dem ihm in § 21 Abs. 1 GaststättenG eingeräumten Ermessen überhaupt Gebrauch gemacht hat. Dafür spricht zwar die Formulierung in der Begründung der Verfügung, die Entscheidung sei nach Abwägung der für den vorliegenden Fall maßgeblichen Umstände getroffen worden. Der Hinweis des Ag. in der angefochtenen Verfügung auf die den Widerruf der Gaststättenenerlaubnis des M2 betreffende Entscheidung des VG Gelsenkirchen lässt aber an der Ermessensausübung zweifeln: Wegen Unzuverlässigkeit des M2 war dessen Gaststättenenerlaubnis nach § 15 Abs. 2 GaststättenG zwingend zu widerrufen, während der Ag. bei der Erteilung eines Beschäftigungsverbot abzuwägen hat, welche Gründe dafür und dagegen sprechen.

Selbst wenn der Ag. sein Ermessen ausgeübt haben sollte, dürfte er jedenfalls die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten haben. Denn die Untersagung der Beschäftigung des M2 dürfte sich nicht eignen, um den vom Ag. angenommenen Gefahren zu begegnen, und somit unverhältnismäßig sein. Der Ag. hat in diesem Zusammenhang zu bedenken, ob ein Beschäftigungsverbot die geeignete und hinreichende Maßnahme ist, um auszuschließen, dass die Gaststätte der M1 Anlaufstelle für Drogendealer und -konsumenten wird. Ein Beschäftigungsverbot schließt zum einen nicht aus, dass sich der M2 in der Gaststätte aufhält und auf diese Weise seine bisherigen Kontakte zur Drogenszene in die Gaststätte der M1 verlagert. Außerdem ist zu beachten, dass die M1 ihrerseits aufgrund ihrer bisherigen beanstandungsfreien gewerblichen Tätigkeit Gewähr dafür bieten dürfte, den M2 von der Fortführung seiner kriminellen Aktivitäten wirksam abhalten zu können, wenn er unter ihrer Beobachtung steht, um so mehr, als die M1 damit rechnen muss, die Gaststättenenerlaubnis zu verlieren, wenn es ihr nicht gelingt, die Kontakte des M2 zur Drogenszene im Bereich ihrer Gaststätte zu unterbinden. Gerade die existentielle Bedeutung der Gaststätte für die M1 und ihre Familienangehörigen und die Kenntnis der Ordnungsbehörden über die Aktivitäten des M2 in der Drogenszene müssen die M1 befürchten lassen, dass auch und gerade bei Beschäftigung des M2 ihr Gaststättenbetrieb unter ganz besonderer ordnungsbehördlicher Aufsicht und Kontrolle stehen wird und sie dadurch in eigenem Interesse in jeder Hinsicht Vorsorge zu treffen hat, dass ihre Gaststätte nicht zu einem Treffpunkt der Drogenszene wird.

D. Den Mandanten dürfte zu **raten** sein, bzgl. der Ziff. 2 des Bescheids vom 01.02.2010 die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage vom 12.02.2010 beim nach §§ 45, 52 Nr. 3 VwGO iVm § 1 Abs. 2 d) AG VwGO NRW zuständigen Verwaltungsgericht Gelsenkirchen zu beantragen.