

Name:

KV-Nr. 2079

Die Aufgabe besteht (ohne Deckblatt) aus 9 Blatt und ist vollständig durchnummeriert.

2 Blatt Kalender sind beigelegt (I-II).

Der Aufgabentext ist zu Beginn auf Vollständigkeit zu überprüfen.

Der Name ist in das dafür vorgesehene Feld einzutragen.

Blume | Stichling | Saezer

Rechtsanwälte und Fachanwälte

RA'e Blume pp. Gerichtsstr. 21 45355 Essen

An das
Verwaltungsgericht Gelsenkirchen
Bahnhofsvorplatz 3
45879 Gelsenkirchen

Verwaltungsgericht
Gelsenkirchen
Eing. 18.01.2021
/...Doppel 5. Ant. /...W
/...Hefte

10 L 529/21

<p>Johannes Blume ^{i**} Dr. Wilhelm Stichling [*] Dr. Tarek Saezer ^{i***} Sabine Faust</p> <p style="text-align: right;">Rechtsanwälte * Partner ** Fachanwalt für Verkehrsrecht *** Fachanwalt für Strafrecht</p> <p>Gerichtsstraße 21 45355 Essen</p> <p>mail@blumestichlingsaezer.de Telefon: 0201 / 49 45 99 Telefax: 0201 / 49 45 01</p> <p>Sekretariat: Gertrud Lübbe Unser Zeichen: SF145/21 Essen, den 18.01.2021</p>

Antrag auf Gewährung von Eilrechtsschutz und Prozesskostenhilfe

der Frau Stephanie Krämer, Antoniusstraße 42, 45359 Essen,

Antragstellerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Blume u.a., Gerichtsstraße
21, 45355 Essen,

gegen

die Stadt Essen, vertreten durch den Oberbürgermeister, Rathenau-
str. 2, 45121 Essen,

Antragsgegnerin,

w e g e n: Eilrechtsschutzes gegen eine Auflagenerteilung

Namens und mit Vollmacht der Antragstellerin beantragen wir,

1. die aufschiebende Wirkung der mit Schriftsatz vom heutigen Tage erhobenen Klage der Antragstellerin gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 10.12.2020 wiederherzustellen,
2. der Antragstellerin unter Beiordnung der Unterzeichnerin Prozesskostenhilfe zu bewilligen.

Begründung:

I.

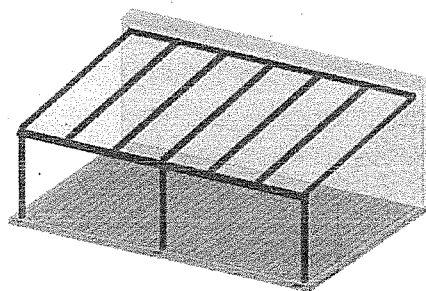
Die Antragstellerin ist Betreiberin einer Shisha-Bar mit dem Namen „Smoke“ unter der Adresse Beckhofstraße 1 in 45127 Essen.

Bereits im April 2020 erhielt die Antragstellerin von der Antragsgegnerin eine Erlaubnis zum Betrieb ihrer Shisha-Bar. Die Gaststättenerlaubnis erstreckt sich auf einen Schank- und Gastraum mit einer Größe von 73,9 qm sowie auf einen Außengastronomiebereich mit einer Größe von 45 qm. Mit dieser Erlaubnis erteilte die Antragsgegnerin zugleich die Auflage, dass das Anbieten von mit Tabak befüllten Shishas innerhalb der Geschäftsräume verboten ist (**Anlage 1**). Zum Zeitpunkt der Erteilung der Gaststättenerlaubnis bestand der Außengastronomiebereich aus einem nicht eingefriedeten Bereich, der unmittelbar an die Gaststätte angrenzt.

Im Sommer 2020 errichtete die Antragstellerin eine sogenannte Pergola-Anlage im Außengastronomiebereich.

Hinweis des LJPA: Die Pergola (italienisch zu lateinisch pergula „Vorbau, Anbau“) ist ein raumbildender Pfeiler- oder Säulengang, der ursprünglich im Übergangsbereich zwischen Haus und Terrasse als Sonnenschutz diente. Häufig wird sie verwendet, um eine Terrasse abzugrenzen, teils werden einige der Seiten mit Holz o.ä. winddicht gestaltet.

Siehe nachfolgendes Bildbeispiel:



Diese Anlage umschließt im geschlossenen Zustand den gesamten Außengastronomiebereich der Gaststätte. Die Anlage schließt unmittelbar an das Gebäude an und ist von drei Seiten mit Glaselementen versehen. Oben befindet sich ein lamellenartiges Dach,

welches vollständig geöffnet werden kann. Die Frontseite besteht aus Elementen mit jeweils drei Scheiben, wobei die beiden oberen Scheiben komplett nach unten gelassen werden können. Dadurch kann 2/3 der Frontseitenfläche geöffnet werden. Die beiden Seitenflächen bestehen aus jeweils fünf Fensterelementen, die verschiebbar sind. Die beiden Seiten können durch das Verschieben der Fensterelemente bis auf ein verbleibendes Element geöffnet werden. Zusammengefasst kann man sagen, dass die Pergola-Anlage es erlaubt, die Außenfläche zu weit mehr als 50 % zu öffnen. Die Anlage wurde Ende August 2020 fertiggestellt und seither von den Gästen der Antragstellerin genutzt.

Am 06.11.2020 stellten Mitarbeiter der Antragsgegnerin bei einer Kontrolle fest, dass sich innerhalb der Pergola-Anlage an 12 Tischen rauchende Gäste mit jeweils einer mit Tabak befüllten Shisha befanden. Im Innenbereich der Shisha Bar wurde nichts beanstandet, da die Antragstellerin – entsprechend der von der Antragsgegnerin erteilten Auflage – dort keine mit Tabak gefüllten Shishas anbot. Mit Schreiben vom 10.11.2020 hörte die Antragsgegnerin die Antragstellerin bezüglich der Feststellungen am 06.11.2020 an, da sie beabsichtigte das Anbieten von mit Tabak befüllten Shishas innerhalb der Pergola-Anlage zu verbieten (**Anlage 2**). Hierauf reagierte die Antragstellerin nicht.

Mit Bescheid vom 10.12.2020 erteilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin nachträglich eine Auflage, die das Anbieten von mit Tabak befüllten Shishas innerhalb der Pergola-Anlage verbot. Zur Begründung verwies die Antragsgegnerin darauf, dass die Antragstellerin die Gesundheit ihrer Gäste und der im Betrieb Beschäftigten gefährde (**Anlage 3**).

Am 11.12.2020 wurde der Bescheid vom 10.12.2020 durch einen Postboten an die 11-jährige Tochter der Antragstellerin übergeben. Diese verstaute den Brief zunächst in ihrer Schreibtischschublade und vergaß ihn dort. Erst als die Antragstellerin am 15.01.2021 das Zimmer ihrer Tochter aufräumte, fand sie den Bescheid der Antragsgegnerin vom 10.12.2020, auf dessen Briefumschlag vermerkt war, dass das Schreiben am 11.12.2020 zugestellt worden sei. Diesen Sachverhalt bestätigt die Antragstellerin in ihrer eidesstattlichen Versicherung vom 18.01.2021 (**Anlage 4**).

Gegen den Bescheid vom 10.12.2020 hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom heutigen Tage Klage erhoben. Rein vorsorglich wurde zugleich hilfsweise ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt.

II.

Die aufschiebende Wirkung der Klage, die die Antragstellerin mit Schriftsatz vom heutigen Tage gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 10.12.2020 erhoben hat, ist wiederherzustellen.

Die Antragstellerin hat die mit Tabak befüllten Shishas lediglich an Gäste innerhalb ihrer Pergola-Anlage angeboten. In der Pergola-Anlage herrscht kein Rauchverbot. Es handelt sich schließlich um den Außenbereich der Bar. Der Bereich unter der Pergola-Anlage muss als Freifläche angesehen werden. Dies muss zumindest dann gelten, wenn und solange das Dach geöffnet ist. Der Tabakrauch kann in diesem Zustand ungehindert abziehen. Eine Gefährdung der Gesundheit der Gäste ist daher nicht anzunehmen.

Die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse ist beigefügt (**Anlage 5**). Die Antragstellerin ist wirtschaftlich außerstande, zu den Verfahrenskosten beizutragen. Ihr ist deshalb Prozesskostenhilfe zu gewähren.

Faust
Faust

Rechtsanwältin

Hinweis des LJPA: Von einem Abdruck der ordnungsgemäß erteilten Vollmacht und der **Anlagen 1, 2, 4 und 5** wird abgesehen. Es ist davon auszugehen, dass die **Anlagen 1, 2, 4 und 5** der Antragschrift ordnungsgemäß beigefügt sind, den vorgetragenen Inhalt haben und keine weitergehenden, für die Fallbearbeitung relevanten Informationen enthalten.

Zudem ist davon auszugehen, dass sich aus der **Anlage 5** ergibt, dass die Antragstellerin nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, auch nicht in Raten, aufbringen kann.

Ferner ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin mit Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 18.01.2021, beim Verwaltungsgericht Gelsenkirchen eingegangen am 18.01.2021, ordnungsgemäß Klage gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 10.12.2020 erhoben hat und dass die Klage bei dem Verwaltungsgericht Gelsenkirchen unter dem Aktenzeichen 19 K 467/21 bearbeitet wird.

Stadt Essen
Der Oberbürgermeister

Anlage 3

STADT
ESSEN

Mit Postzustellungsurkunde

Shishabar Smoke
Stephanie Krämer
Antoniusstraße 42
45359 Essen

Ordnungsamt
Rathenastr. 2
45121 Essen
Auskunft erteilt:
Frau Liebstieg
Zimmer: 385
Telefon: 0201/87-0
Durchwahl: 0201/87-5896
Telefax: 0201/87-5800
E-Mail: iris.liebstieg@essen.de

Mein Zeichen (Bitte angeben)
62-36/ZC 2020-758

Essen, 10.12.2020

Durchführung des Gaststättengesetzes (GastG)

Hier: Erteilung einer Auflage

Sehr geehrte Frau Krämer

in der vorgenannten Angelegenheit ergeht auf Grundlage von [...] folgender

Hinweis des LJPA: Von einem Abdruck der ordnungsgemäß angegebenen Rechtsgrundlage („[...]“) wird zu Prüfungszwecken abgesehen.

B e s c h e i d:

1. Das Anbieten von mit Tabak befüllten Shishas innerhalb der Pergola-Anlage der Shisha-Bar Smoke mit der postalischen Anschrift Beckhofstraße 1, 45127 Essen, wird untersagt.
2. Die sofortige Vollziehung der Anordnung unter Ziffer 1 wird angeordnet.

Begründung:

I.

Mit Bescheid vom 02.04.2020 erteilte ich Ihnen für die o.g. Shisha-Bar eine Erlaubnis nach § 2 GastG. Die Gaststättenerlaubnis erstreckt sich auf einen Schank- und Gastraum mit

einer Größe von 73,9 qm sowie auf einen Außengastronomiebereich mit einer Größe von 45 qm. Mit der Erlaubnis wurde Ihnen zugleich untersagt, mit Tabak befüllte Shishas innerhalb ihrer Geschäftsräume anzubieten. Zum Zeitpunkt der Erteilung der Gaststättenerlaubnis bestand der Außenbereich aus einem nicht eingefriedeten Bereich, der unmittelbar an die Gaststätte angrenzt.

Am 06.11.2020 wurde Ihre Lokalität von meinen Mitarbeitern, Herrn Ahmet Turak und Frau Fernanda Rodriguez, aufgesucht und kontrolliert. Hierbei wurden folgende Feststellungen getroffen:

Im gesamten Außenbereich der Lokalität wurde eine sog. Pergola-Anlage errichtet. Innerhalb dieser Pergola-Anlage wurden an 12 Tischen rauchende Gäste mit jeweils einer mit Tabak gefüllten Shisha-Pfeife angetroffen.

Meine Mitarbeiter erstellten einen Aktenvermerk zu dem Kontrollbesuch vom 06.11.2020.

Mit Anhörungsschreiben vom 10.11.2020 habe ich Sie davon in Kenntnis gesetzt, dass ich beabsichtige, Ihnen das Anbieten von mit Tabak befüllten Shishas innerhalb der Pergola-Anlage zu untersagen. Als Anlage zum Anhörungsschreiben wurde Ihnen der Aktenvermerk meiner Mitarbeiter zu dem Kontrollbesuch vom 06.11.2020 übersandt. Eine Stellungnahme von Ihnen zu der beabsichtigten Auflagenerteilung ist nicht eingegangen.

II.

Zu Ziffer 1:

Zum Schutze gegen Gefahren für die Gesundheit der Gäste sowie der im Betrieb Beschäftigten können gemäß [...] jederzeit Auflagen erteilt werden.

Hinweis des LJPA: Von einem Abdruck der ordnungsgemäß angegebenen Rechtsgrundlage („[...]“) wird zu Prüfungszwecken abgesehen.

Durch die Errichtung einer Pergola-Anlage auf der Fläche des Außengastronomiebereichs wurde diese zu einem Raum umgewandelt. Nach dem NiSchG NRW ist das Rauchen in Gebäuden und sonstigen vollständig umschlossenen Räumen in Gaststätten verboten. Hiergegen haben Sie durch das Anbieten der mit Tabak befüllten Shishas verstoßen. Bei der Kontrolle am 06.11.2020 wurden insgesamt 12 in Benutzung befindliche mit Tabak befüllte Shishas in der Pergola-Anlage vorgefunden. Hierdurch besteht eine Gesundheitsgefahr sowohl für die Gäste als auch für die im Betrieb Beschäftigten.

Von dem mir eingeräumten Ermessen habe ich mit Erteilung der vorliegenden Auflage pflichtgemäß Gebrauch gemacht. Die Erteilung der Auflage ist verhältnismäßig, um die Gesundheit der Gäste und der im Betrieb Beschäftigten zu gewährleisten.

[...]

Hinweis des LJPA: Von einem Abdruck der weiteren Begründung („[...]“) wird zu Prüfungszwecken abgesehen.

Zu Ziffer 2:

Die somit begründete Besorgnis, dass sich ohne die Erteilung der Auflage auch im Zeitraum bis zur Bestandskraft des Bescheides weitere Verstöße gegen das NiSchG NRW ereignen werden und damit einhergehend weiterhin eine erhebliche, nicht hinnehmbare Gefahr für die Gesundheit der Gäste und Beschäftigten besteht, begründet in diesem Einzelfall ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung der hier getroffenen Verfügung und überwiegt insoweit das private Aussetzungsinteresse.

Rechtsbehelfsbelehrung:

[...]

Hinweis des LJPA: Von einem Abdruck der ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung („[...]“) wird abgesehen.

Im Auftrag


Liebstieg

Hinweis des LJPA: Von einem Abdruck des Aktenvermerks der Mitarbeiter der Antragsgegnerin zu dem Kontrollbesuch vom 06.11.2020 wird abgesehen. Es ist davon auszugehen, dass dieser dem Anhörungsschreiben vom 10.11.2020 ordnungsgemäß beigelegt war, den vorgetragenen Inhalt hat und sich daraus keine weiteren für die Fallbearbeitung relevanten Informationen ergeben.

Stadt Essen
Der Oberbürgermeister



An das
Verwaltungsgericht Gelsenkirchen
Bahnhofsvorplatz 3
45879 Gelsenkirchen

Verwaltungsgericht
Gelsenkirchen
Eing. 25.01.2021
...Doppel... Anl.W
....Hefte

Rechtsamt
Rathenastr. 2
45121 Essen
Auskunft erteilt:
Frau Becker
Zimmer: 185
Telefon: 0201/99-0
Durchwahl: 0201/99-9796
Telefax: 0201/99-9700
E-Mail: mia.becker@essen.de
AZ: 62-36/ZC 2020-758
Essen, 25.01.2021

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Krämer J. Stadt Essen
Az. 10 L 529/21

beantragen wir,

- 1. den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie
- 2. den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abzulehnen,

und erwidern in der Sache wie folgt:

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung kann keinen Erfolg haben.

Der Bescheid vom 10.12.2020 ist rechtmäßig.

Das Vorbringen der Antragstellerin, der Bereich unter der Pergola-Anlage sei als Freifläche anzusehen, ist mit der Intention des Gesetzgebers beim Erlass des NiSchG NRW – Regelungen für die Gastronomie zu verschärfen und deren legale Umgehung zu beenden – nicht vereinbar. Etwas anderes kann auch für den Fall, dass das Dach geöffnet ist und der Tabakrauch in diesem Zustand ungehindert abziehen kann, nicht gelten.

Der Verwaltungsvorgang (Bl. 1 - 142) ist beigelegt.

Im Auftrag

Becker
Becker

Hinweis des LJPA: Von einem Abdruck des ordnungsgemäß beigelegten Verwaltungsvorgangs wird abgesehen. Es ist davon auszugehen, dass sich aus diesem keine weiteren, für die Fallbearbeitung relevanten Informationen ergeben.

Vermerk für die Bearbeitung

Die Entscheidung des Gerichts über den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe ist vorzuschlagen. Zeitpunkt der Entscheidung ist der

29.01.2021.

Von der Angabe der Art eines Rechtsbehelfs oder Rechtsmittels und der Erteilung einer Rechtsbehelfs- oder Rechtsmittelbelehrung ist abzusehen.

Der Tenor der Entscheidung ist auszuformulieren.

Wird ein rechtlicher Hinweis für erforderlich gehalten, so ist zu unterstellen, dass dieser ordnungsgemäß erfolgt ist.

Bei der Bearbeitung sind die tatsächlichen und rechtlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie (wie etwa die Vorgaben der Corona-Schutzverordnung NRW) nicht zu berücksichtigen.

Es ist davon auszugehen, dass

- die Formalien (z. B. Ladungen, Zustellungen, Unterschriften, Vollmachten) in Ordnung sind, soweit sich nicht aus dem Sachverhalt etwas anderes ergibt;
- die tatsächlichen Angaben der Beteiligten zutreffend sind, soweit nicht die Gegenseite die Richtigkeit ausdrücklich bestreitet;
- nicht abgedruckte Schriftstücke den angegebenen Inhalt haben;
- der Bescheid vom 10.12.2020 formell rechtmäßig ist.

Es ist derjenige Rechtszustand zugrunde zu legen, welcher sich aus den vom Landesjustizprüfungsamt für die Bearbeitung überlassenen Gesetzessammlungen ergibt. Übergangsvorschriften sind nicht zu prüfen.

Kalender 2020

Januar

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
1			1	2	3	4	5
2	6	7	8	9	10	11	12
3	13	14	15	16	17	18	19
4	20	21	22	23	24	25	26
5	27	28	29	30	31		

Februar

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
5						1	2
6	3	4	5	6	7	8	9
7	10	11	12	13	14	15	16
8	17	18	19	20	21	22	23
9	24	25	26	27	28	29	

März

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
							1
	2	3	4	5	6	7	8
	9	10	11	12	13	14	15
	16	17	18	19	20	21	22
	23	24	25	26	27	28	29
	30	31					

April

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
14			1	2	3	4	5
15	6	7	8	9	10	11	12
16	13	14	15	16	17	18	19
17	20	21	22	23	24	25	26
18	27	28	29	30			
19							

Mai

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
23					1	2	3
24	4	5	6	7	8	9	10
25	11	12	13	14	15	16	17
26	18	19	20	21	22	23	24
27	25	26	27	28	29	30	31

Juni

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
	1	2	3	4	5	6	7
	8	9	10	11	12	13	14
	15	16	17	18	19	20	21
	22	23	24	25	26	27	28
	29	30					

Juli

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
27			1	2	3	4	5
28	6	7	8	9	10	11	12
29	13	14	15	16	17	18	19
30	20	21	22	23	24	25	26
31	27	28	29	30	31		

August

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
36						1	2
37	3	4	5	6	7	8	9
38	10	11	12	13	14	15	16
39	17	18	19	20	21	22	23
40	24	25	26	27	28	29	30
36	31						

September

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
		1	2	3	4	5	6
	7	8	9	10	11	12	13
	14	15	16	17	18	19	20
	21	22	23	24	25	26	27
	28	29	30				

Oktober

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
40				1	2	3	4
41	5	6	7	8	9	10	11
42	12	13	14	15	16	17	18
43	19	20	21	22	23	24	25
44	26	27	28	29	30	31	

November

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
49							1
50	2	3	4	5	6	7	8
51	9	10	11	12	13	14	15
52	16	17	18	19	20	21	22
53	23	24	25	26	27	28	29
49	30						

Dezember

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
		1	2	3	4	5	6
	7	8	9	10	11	12	13
	14	15	16	17	18	19	20
	21	22	23	24	25	26	27
	28	29	30	31			

Fest- und Feiertage 2020:

01.01. Neujahr
 10.04. Karfreitag
 12./13.04. Ostern
 01.05. Maifeiertag
 21.05. Christi Himmelfahrt

31.05/01.06. Pfingsten
 11.06. Fronleichnam
 03.10. Tag der Deutschen Einheit
 01.11. Allerheiligen
 25./26.12. Weihnachten

Kalender 2021

Januar

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
53					1	2	3
1	4	5	6	7	8	9	10
2	11	12	13	14	15	16	17
3	18	19	20	21	22	23	24
4	25	26	27	28	29	30	31

Februar

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
	1	2	3	4	5	6	7
	8	9	10	11	12	13	14
	15	16	17	18	19	20	21
	22	23	24	25	26	27	28

März

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
	1	2	3	4	5	6	7
	8	9	10	11	12	13	14
	15	16	17	18	19	20	21
	22	23	24	25	26	27	28
	29	30	31				

April

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
13				1	2	3	4
14	5	6	7	8	9	10	11
15	12	13	14	15	16	17	18
16	19	20	21	22	23	24	25
17	26	27	28	29	30		

Mai

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
						1	2
	3	4	5	6	7	8	9
	10	11	12	13	14	15	16
	17	18	19	20	21	22	23
	24	25	26	27	28	29	30
	31						

Juni

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
		1	2	3	4	5	6
	7	8	9	10	11	12	13
	14	15	16	17	18	19	20
	21	22	23	24	25	26	27
	28	29	30				

Juli

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
26				1	2	3	4
27	5	6	7	8	9	10	11
28	12	13	14	15	16	17	18
29	19	20	21	22	23	24	25
30	26	27	28	29	30	31	

August

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
							1
	2	3	4	5	6	7	8
	9	10	11	12	13	14	15
	16	17	18	19	20	21	22
	23	24	25	26	27	28	29
	30	31					

September

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
			1	2	3	4	5
	6	7	8	9	10	11	12
	13	14	15	16	17	18	19
	20	21	22	23	24	25	26
	27	28	29	30			

Oktober

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
39					1	2	3
40	4	5	6	7	8	9	10
41	11	12	13	14	15	16	17
42	18	19	20	21	22	23	24
43	25	26	27	28	29	30	31

November

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
	1	2	3	4	5	6	7
	8	9	10	11	12	13	14
	15	16	17	18	19	20	21
	22	23	24	25	26	27	28
	29	30					

Dezember

	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
			1	2	3	4	5
	6	7	8	9	10	11	12
	13	14	15	16	17	18	19
	20	21	22	23	24	25	26
	27	28	29	30	31		

Fest- und Feiertage 2021:

01.01.	Neujahr	23./24.05.	Pfingsten
02.04.	Karfreitag	03.06.	Fronleichnam
04./05.04.	Ostern	03.10.	Tag der Deutschen Einheit
01.05.	Maifeiertag	01.11.	Allerheiligen
13.05.	Christi Himmelfahrt	25./26.12.	Weihnachten

Prüfervermerk zum Kurzvortrag Nr. 2079

Dieser Vermerk erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und ist keine Musterlösung. Er soll lediglich die Probleme aufzeigen, die das Prüfungsamt veranlasst haben, die Aufgabe als Vortrag auszugeben.

A. Hinreichende Erfolgsaussichten: Der Antrag der Antragstellerin (**Ast**) auf Gewährung von **Prozesskostenhilfe** dürfte **keinen Erfolg** haben. Die beabsichtigte Rechtsverteidigung der Ast gegen den Bescheid der Antragsgegnerin (**Ag**) vom 10.12.2020 dürfte **keine hinreichende Aussicht auf Erfolg** i.S.d. § 166 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 114 Abs. 1 S. 1 ZPO bieten. Hinreichende Aussicht auf Erfolg bedeutet einerseits, dass Prozesskostenhilfe nicht erst und nur dann bewilligt werden darf, wenn der Erfolg der beabsichtigten Rechtsverfolgung gewiss ist, andererseits aber auch, dass Prozesskostenhilfe verweigert werden darf, wenn ein Erfolg in der Hauptsache (**HS**) zwar nicht schlechthin ausgeschlossen ist, aber fernliegt (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 26. Aufl. 2020, § 166 Rn. 8).

I. Zulässigkeit des Eilantrages: Der Eilantrag dürfte zulässig sein.

1. Der **Verwaltungsrechtsweg** ist gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Es liegt insb. eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, da die streitentscheidenden Vorschriften des GastG dem **öffentlichen Recht zuzuordnen** sind.

2. **Statthaft** dürfte der gem. **§ 123 Abs. 5 VwGO** vorrangige Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der am 18.01.2020 erhobenen Klage nach **§ 80 Abs. 5 S. 1 Var. 2 VwGO** sein. Der Bescheid vom 10.12.2020 dürfte in der HS mit der Anfechtungsklage i.S.d. § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO anzugreifen sein. Die Ast begehrt in der HS die Aufhebung des Bescheides der Ag vom 10.12.2020. Dieser beinhaltet eine Auflagenerteilung gem. § 5 GastG. Hierbei handelt es sich um einen die Ast belastenden Verwaltungsakt (**VA**) i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG. Auf die Bezeichnung als VA kommt es nicht an, sodass es sich im vorliegenden Fall trotz der Bezeichnung als Auflage, um einen **selbstständigen VA** handelt (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 21. Aufl. 2020, § 35 Rn. 53). Es dürfte sich zudem **nicht nur um einen rechtlichen Hinweis** handeln. Bloße Hinweise auf die gegebene Rechtslage sind keine VAe. Für die Abgrenzung ist **entsprechend §§ 133, 157 BGB** maßgeblich, wie die Erklärung von ihrem Adressaten bei verständiger Würdigung zu verstehen ist (vgl. OVG NRW, Urt. v. 22.02.2005 – 15 A 1065/04, Rn. 58 ff., juris). Die Formulierung im Bescheid zielt auf ein striktes Verbot ab und erschöpft sich gerade nicht in einem bloßen Hinweis auf die geltende Rechtslage (wie etwa: „Die Vorschriften des NiSchG NRW sind zu beachten.“). Mit dem Bescheid legt die Ag erkennbar verbindlich fest, dass in der von der Ast betriebenen Pergola-Anlage keine mit Tabak gefüllten Shishas angeboten werden dürfen. Hiermit wird das Rauchverbot selbstständig vollstreckbar. Die aufschiebende Wirkung dürfte entfallen sein, weil die Ag unter Ziff. 2 des Bescheides vom 10.12.2020 die **sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO** angeordnet hat.

3. Die analog § 42 Abs. 2 VwGO auch im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO zu fordernde **Antragsbefugnis** ergibt sich daraus, dass die Ast Adressatin eines sie belastenden Bescheides ist.

4. Die Stadt Essen, vertreten durch den Oberbürgermeister (vgl. § 63 Abs. 1 S. 1 GO NRW), ist analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die richtige **Antragsgegnerin**.

5. Das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen dürfte aufgrund der Zuständigkeit in der Hauptsache gem. §§ 80 Abs. 5 S. 1, 45, 52 Nr. 3 VwGO, § 17 Nr. 4 JustG NRW sachlich und örtlich zuständig sein.

6. Das **erforderliche Rechtsschutzbedürfnis** dürfte vorliegen. Die in der HS erhobene Klage dürfte nicht unzulässig sein. Ein **Vorverfahren** i.S.d. § 68 VwGO dürfte gem. § 68 Abs. 1 S. 2, Var. 1 VwGO i.V.m. § 110 Abs. 1 S. 1 JustG NRW **entbehrlich** gewesen sein (vgl. § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO). Die Klage dürfte am 18.01.2021 noch **fristgemäß erhoben** worden sein. Die Klagefrist beträgt gem. § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO **einen Monat und beginnt mit der Bekanntgabe** des VA. Hier dürfte der Bescheid vom 10.12.2020 der Ast noch nicht durch die Übergabe des Schriftstücks an ihre 11-jährige Tochter (**T**) am 11.12.2020 bekannt gegeben worden sein. Die Bekanntgabe dürfte nicht im Wege der **Ersatzzustellung** gem. § 41 Abs. 5 VwVfG NRW, § 3 Abs. 2 S. 1 LZG NRW i.V.m. § 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO mit Wirkung für und gegen die Ast erfolgt sein. Gem. § 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO kann das Schriftstück, wenn die Person, der zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen wird, in der Wohnung einem **erwachsenen Familienangehörigen**, einer in der Familie beschäftigten Person oder einem erwachsenen ständigen Mitbewohner übergeben werden. Ein „erwachsener Familienangehöriger“ ist jemand, der genügend reif und verständig erscheint, die Sendung problemlos an den Adressaten weiterzuleiten (vgl. BVerwG, Urt. v. 14.01.1983 - 8 C 14/ 82 -, Rn. 9, juris). Hierfür dürfte Volljährigkeit i.S.v. § 2 BGB zwar nicht erforderlich sein, wohl aber ein Mindestalter von etwa 14 Jahren (Kopp/Ramsauer, § 41 Rn. 65; Thomas/Putzo, ZPO, 41. Aufl. 2020, § 178 Rn. 11). Diese Voraussetzungen dürften hier nicht erfüllt sein. Bei einem 11-jährigen Kind, wie T, dürfte nicht zu erwarten sein, dass dieses in der Lage ist, die Bedeutung einer Zustellung zu erkennen und das Schriftstück zuverlässig an den Adressaten weiterzuleiten. Dies dürfte sich hier auch an dem Verhalten der T, die das Schriftstück in ihre Schreibtischschublade gelegt und dort vergessen hat, gezeigt haben. Die **fehlerhafte Ersatzzustellung** dürfte jedoch gem. § 8, 1. Hs. LZG NRW dadurch **geheilt** worden sein, dass die Ast den Bescheid am 15.01.2021 in dem Zimmer der T gefunden hat. Lässt sich die formgerechte Zustellung eines Dokuments nicht nachweisen oder ist es unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen, gilt es nach § 8, 1. Hs. LZG NRW als in dem Zeitpunkt zugestellt, in dem es dem Empfangsberechtigten nachweislich zugegangen ist. Die Monatsfrist endet damit gem. § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Var. 1 BGB erst mit Ablauf des 15.02.2021. Mithin dürfte die Klage am 18.01.2021 fristgerecht erhoben worden sein. *Prüflinge, die von einem Fristversäumnis ausgehen, dürften zu prüfen haben, ob das Rechtsschutzinteresse des Antrages dennoch aufgrund des Wiedereinsetzungsantrages in der HS gegeben ist. Dies dürfte zu bejahen sein, da die Ast einen Antrag auf Wiedereinsetzung in der HS gestellt hat und dieser nicht offensichtlich aussichtslos sein dürfte. Begrifflich scheidet zwar die aufschiebende Wirkung bei unanfechtbaren Verwaltungsakten aus, in dem hier vorliegenden Fall dürfte aber ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO in analoger Anwendung dennoch im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG zulässig sein (vgl. Kopp/Schenke, § 80 Rn. 130, OVG Weimar, Beschluss v. 25.05.1994 - 1 EO 178/93LKV 1994 -, LKV 1994, 408, beck-online).*

II. Begründetheit des Eilantrages: Der Eilantrag dürfte aber unbegründet sein.

1. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung dürfte **formell ordnungsgemäß** erfolgt sein.

a. Die Ag ist als die den VA erlassende Behörde i.S.v. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO für die Anordnung der sofortigen Vollziehung **zuständig**.

b. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung dürfte auch nicht deshalb rechtswidrig sein, weil die Ast hierzu nicht gem. § 28 Abs. 1 VwVfG NRW angehört worden ist. Eine solche **Anhörung** dürfte hinsichtlich der Anordnung der sofortigen Vollziehung **nicht erforderlich** sein, weil es sich bei dieser mangels eigenständiger Regelungswirkung nicht um einen VA handeln dürfte (vgl. Kopp/Schenke, § 80 Rn. 78, 82). *Auch eine analoge Anwendung des § 28 Abs. 1 VwVfG NRW dürfte in Anbetracht der abschließenden Regelung durch § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO nicht in Betracht kommen (vgl. Kopp/Schenke, § 80 Rn. 82).*

c. Dem **Begründungserfordernis** nach § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO dürfte Rechnung getragen worden sein. Gem. § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO ist im Falle des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung schriftlich zu begründen. Die Begründung muss auf den konkreten Fall abstellen und darf sich nicht in formelhaften allgemeinen Darlegungen erschöpfen (vgl. Kopp/Schenke, § 80 Rn. 84 f.). Diesen Anforderungen dürfte die vorliegende Begründung genügen. Die Ag hat in dem Bescheid vom 10.12.2020 gegenüber der Ast einzelfallbezogen dargelegt, warum sie ein sofortiges Einschreiten im Hinblick auf die Gesundheitsgefahr für geboten hält. *Ob die Begründung der Vollzugsanordnung inhaltlich zutreffend ist, ist keine Frage der formellen Begründungspflicht aus § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO, sondern des jeweiligen Vollzugsinteresses.*

2. Das Gericht kann gem. § 80 Abs. 5 S. 1 Var. 2 VwGO die aufschiebende Wirkung wiederherstellen, wenn das Interesse des Antragstellers, von der Vollziehung der Maßnahme vorläufig verschont zu bleiben, das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt. Die **Interessenabwägung** orientiert sich an den **Erfolgsaussichten in der HS**. Ein gegenüber den persönlichen Belangen des Betroffenen **überwiegendes öffentliches Interesse** an der sofortigen Vollziehung wird regelmäßig angenommen, wenn der zu beurteilende **VA offensichtlich rechtmäßig** ist und ein **besonderes öffentliches Vollzugsinteresse** besteht. Ein **überwiegendes Interesse des Betroffenen** an einer Aussetzung der Vollziehung ist zu bejahen, wenn sich der **VA als offensichtlich rechtswidrig erweist**, weil an der Vollziehung offensichtlich rechtswidriger Maßnahmen grundsätzlich kein überwiegendes öffentliches Interesse besteht. Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe dürfte die **Interessenabwägung zu Ungunsten der Ast** ausgehen. Der Bescheid vom 10.12.2020 dürfte **rechtmäßig** sein.

a. **Rechtsgrundlage** der Anordnung dürfte § 5 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 GastG i.V.m. §§ 1 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 7, 3 Abs. 1 S. 1 NiSchG NRW sein. *Auch die Anforderungen des NiSchG NRW können durch Auflagen i.S.d. § 5 Abs. 1 GastG verwirklicht werden. Dem Schutz der Gesundheit dient nämlich auch die Einhaltung des Rauchverbotes, für die der Betreiber einer Gaststätte nach § 4 Abs. 2 S. 1 Buchst. b) NiSchG NRW verantwortlich ist (vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 21.01.2014 – 3 K 4778/13, Rn. 15 f., juris). Der Rückgriff auf das GastG dürfte nicht versperrt sein, da das NiSchG NRW keine eigenen Ermächtigungsgrundlagen enthält, um den Nichtrauchererschutz durchzusetzen (vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 12.12.2014 – 3 K 2046/14, Rn. 31, juris).*

b. Der Bescheid ist laut dem Bearbeitungsvermerk **formell rechtmäßig**.

c. Die **materielle Rechtmäßigkeit** dürfte im Rahmen der summarischen Prüfung zu bejahen sein.

aa. Gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 GastG können jederzeit **Auflagen zum Schutz der Gäste bzw. der im Betrieb Beschäftigten gegen Gefahren für die Gesundheit** erteilt werden. Eine solche Gefahr dürfte darin begründet sein, dass durch das Anbieten von mit Tabak gefüllten Shishas gegen das in **§§ 2 Nr. 7, 3 Abs. 1 S. 1 NiSchG NRW normierte Rauchverbot** verstoßen werden dürfte. Das NiSchG dürfte nach **§ 1 Abs. 1 S. 1 NiSchG NRW anwendbar** sein, da es sich bei der Pergola-Anlage um **ein Gebäude** handeln dürfte. Nach st. Rspr. dürfte dem Begriff des Gebäudes lediglich die Bedeutung eines Regelbeispiels zukommen. Der Begriff des Gebäudes i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 NiSchG NRW dürfte **sämtliche Schank- und Speisewirtschaften in Räumen, die durch Wände und Decken umschlossen sind**, umfassen (vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 21.1.2014 – 3 K 4778/13 –, Rn. 18, juris). Die Pergola-Anlage ist nach allen Seiten durch Wände und nach oben durch ein Dach begrenzt. Auf die Frage, ob und inwieweit sich das Dach bzw. die Seitenwände öffnen lassen, dürfte es nicht ankommen. Für den Begriff des Gebäudes dürfte es keine Rolle spielen, ob diese Fenster bzw. Türen aufweisen und aus welchem Material sie sind. Bei „normalen“ Gebäuden dürfte die **Gebäudeeigenschaft ebenfalls nicht entfallen**, wenn ein Teil der Wände durch Türen oder Fenster weitflächig geöffnet werden kann (vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 21.1.2014 – 3 K 4778/13 –, Rn. 22, juris). Etwas anderes dürfte auch nicht für die Pergola-Anlage gelten. Zudem dürfte das NiSchG NRW in Schank- und Speisewirtschaften nahezu **leerlaufen**, wenn jeder Gastwirt seine Gasträume unter Hinweis auf die Öffnungsmöglichkeiten mit Erfolg quasi temporär zu Freiluftbereichen machen könnte. Eine solche Regelung dürfte durch die örtlichen Ordnungsbehörden **nicht kontrollierbar und vollzugsuntauglich** sein. Dies dürfte zudem nicht der **Intention des Gesetzgebers**, die Regelung für die Gastronomie zu verschärfen und deren legale Umgehung zu beenden, entsprechen.

bb. Die Anordnung dürfte gem. § 114 S. 1 VwGO **ermessensfehlerfrei** und insbesondere **verhältnismäßig** sein.

(1) Die Anordnung dürfte einen **legitimen Zweck** verfolgen, namentlich den Gesundheitsschutz.

(2) Sie dürfte **geeignet** sein, diesen Zweck zu erreichen, weil durch das Verbot – mit Tabak befüllte Shishas anzubieten – das Rauchverbot umgesetzt wird.

(3) Die Auflage dürfte auch **erforderlich** sein, weil keine weniger belastende und gleich effektive Maßnahme ersichtlich sein dürfte. Insb. dürfte eine teilweise Zulassung des Angebots bspw. bei geöffneten Fenstern einen Verstoß gegen das NiSchG NRW darstellen (s.o.).

(4) Die Anordnung dürfte **angemessen** sein, da der Schutzzweck „Gesundheit“ in der verfassungsrechtlichen Abwägung die Berufsfreiheitsrechte überwiegen dürfte.

3. Ein **besonderes Vollzugsinteresse** dürfte vorliegen, weil die Besorgnis besteht, dass sich ohne die Erteilung der Auflage weitere Verstöße gegen das NiSchG NRW ereignen werden und damit einhergehend weiterhin eine erhebliche Gefahr für die Gesundheit besteht.

B. Tenorierungsvorschlag: Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe wird abgelehnt.