



VERWALTUNGSGERICHT MAINZ

BESCHLUSS

In dem Verwaltungsrechtsstreit

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

- Antragsgegnerin -

w e g e n Gewerbeuntersagung

hat die 1. Kammer des Verwaltungsgerichts Mainz aufgrund der Beratung vom 19. Oktober 2020, an der teilgenommen haben

Vizepräsident des Verwaltungsgerichts Dr. Fritz
Richterin am Verwaltungsgericht Michalak
Richter am Verwaltungsgericht Dr. Milker

beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

Der Antragsteller hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Der Wert des Verfahrensgegenstandes wird auf 7.500,00 € festgesetzt.

Gründe

- 1 Der Antragsteller begehrt die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkungen seines Widerspruchs vom 3. Juli 2020 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 2. Juli 2020. Mit diesem Bescheid wurde dem Antragsteller unter Anordnung der sofortigen Vollziehung (Ziffer II.) „die weitere Ausübung der gewerblichen Tätigkeit als Kampfsportlehrer der Kampfsportschule „.....“ insoweit untersagt, als er bei der Ausübung der gewerblichen Tätigkeit Kinder und Jugendliche unterrichtet und beaufsichtigt“ (Ziffer I.). Ferner wurde unter Ziffer III. ein Zwangsgeld in Höhe von 1.500,00 € für den Fall angedroht, dass der Antragsteller der Entziehungsverfügung nicht nachkommt; schließlich ist im angefochtenen Bescheid eine Gebühr in Höhe von 794,16 € festgesetzt worden (Ziffer IV.).

I.

- 2 Im Hinblick auf die verfügte (Teil-) Gewerbeuntersagung ist der Antrag gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) statthafterweise auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Untersagungsverfügung vom 2. Juli 2020 gerichtet.
- 3 Die unter Ziffer III. des Bescheidtenors geregelte Zwangsmittelandrohung ist gemäß § 20 des rheinland-pfälzischen Ausführungsgesetzes zur Verwaltungsgerichtsordnung in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO sofort vollziehbar, so dass insoweit das Rechtsschutzbegehren auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 1. Alternative VwGO gerichtet ist.
- 4 Hinsichtlich der Gebührenfestsetzung (Ziffer IV.) kann offenbleiben, ob insoweit gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 2. Alt. VwGO der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs oder gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 1. Alternative i.V.m. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO dessen Anordnung statthaft ist. Ergeht die Kostenentscheidung – wie hier – als Nebenentscheidung zu einer Sachentscheidung, ist es umstritten, ob diese hinsichtlich ihrer Vollziehbarkeit das Schicksal der Hauptsacheentscheidung teilt oder gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO sofort vollziehbar ist (vgl. hierzu Gersdorf, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 50. Edition

2018, § 80 Rn. 54). Da vorliegend die sofortige Vollziehung der Hauptsacheentscheidung „(teilweise) Gewerbeuntersagung“ angeordnet wurde, hat der Widerspruch des Antragstellers gegen die Kostenfestsetzung nach beiden Auffassungen keine aufschiebende Wirkung. Einer Erörterung und Entscheidung der angesprochenen Frage bedarf es hier daher nicht.

II.

- 5 Die Anordnung der sofortigen Vollziehung der auf § 35 Abs. 1 Satz 1 der Gewerbeordnung (GewO) gestützten Verfügung erweist sich zunächst in formeller Hinsicht als rechtmäßig.
- 6 Sie genügt den Anforderungen in § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO, wonach in dem hier gegebenen Fall der behördlichen Anordnung des Sofortvollzugs (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO) das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes schriftlich zu begründen ist. Diese Begründung muss auf den konkreten Fall abgestellt und darf nicht lediglich formelhaft sein (vgl. W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 26. Aufl. 2020, § 80 Rn. 84 ff.). Die Antragsgegnerin hat in einer auf den Einzelfall abstellenden Weise dargelegt, weshalb das öffentliche Interesse am Sofortvollzug der (Teil-)Gewerbeuntersagung überwiegt. Durchgreifende Bedenken hiergegen sind weder vorgetragen worden noch von Amts wegen ersichtlich.

III.

- 7 Die Anordnung des Sofortvollzuges ist auch materiell-rechtlich unbedenklich.
- 8 Im Rahmen der dabei vorzunehmenden Überprüfung gemäß § 80 Abs. 5 VwGO trifft das Gericht eine eigene Ermessensentscheidung unter Abwägung der Interessen der Beteiligten. Hier überwiegt das öffentliche Interesse am Sofortvollzug der Untersagungsverfügung, da diese sich bei der in Eilverfahren anzustellenden summarischen Prüfung als offensichtlich rechtmäßig erweist, sodass das Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs zurücktritt.
- 9 Die Untersagungsverfügung findet ihre Rechtsgrundlage in § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO. Danach ist die Ausübung eines Gewerbes von der zuständigen Behörde

ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist.

1.

- 10 Die Vorschrift ist entgegen der Rechtsansicht des Antragstellers anwendbar, da er eine gewerbliche und keine freiberufliche Tätigkeit ausübt.
- 11 Gewerbe ist jede nicht sozial unwertige (generell nicht verbotene = erlaubte), auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte selbständige Tätigkeit, ausgenommen Urproduktion, freie Berufe (freie wissenschaftliche, künstlerische und schriftstellerische Tätigkeit höherer Art, sowie persönliche Dienstleistungen höherer Art, die eine höhere Bildung erfordern) und bloße Verwaltung eigenen Vermögens (s. Marcks, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, Loseblattsammlung Stand Februar 2020, § 14 Rn. 13 m.w.N.).
- 12 Die für die Einordnung in die gewerberechtliche Kategorie eines freien Berufs notwendigen Voraussetzungen erfüllt der Antragsteller als Betreiber einer Kampfsport-schule nicht. Das gilt bereits in Bezug auf die erforderliche Vorbildung. Die für eine persönliche Dienstleistung höherer Art erforderliche höhere, in der Regel wissen-schaftliche Ausbildung – grundsätzlich ein abgeschlossenes Hochschul- oder Fach-hochschulstudium – liegt beim Antragsteller nicht vor. Ausweislich der Feststellun-gen im strafgerichtlichen Verfahren (Urteil des Landgerichts N. vom 11. September 2017, Az. ...) hat er die Realschule absolviert und zunächst keinen Ausbildungsbe- ruf erlernt, später dann eine Ausbildung zum Taekwondo-Lehrer absolviert. Eine Hochschulzugangsberechtigung sowie ein Studium sind nicht vorgetragen. Damit genügt der Antragsteller bereits aufgrund seiner Vorbildung nicht den hohen Anfor- derungen an eine freiberufliche Dienstleistung höherer Art im Sinne der Rechtspre- chung des Bundesverwaltungsgerichts zum Gewerberecht. Das wird mangels ein- schlägiger Vorbildung nicht dadurch ausgeglichen, dass er nach seinem Vortrag den Schülern nicht nur unterschiedlichste Sporttechniken beibringt, sondern sie auch darin unterrichtet, „was gedankliche oder historische Grundlagen der jeweili- gen Kampfsportkunst ausmacht“.

- 13 Nichts anderes ergibt sich aus der Tätigkeit als solcher. Die Antragsgegnerin weist unter Bezugnahme auf Judikatur und Literatur zutreffend darauf hin, dass außerschulischer Unterricht, der regelmäßig keinen speziellen landesrechtlichen Regelungen unterworfen ist, wie Nachhilfeunterricht, aber auch Tanz-, Schwimm-, Reit-, Tennisunterricht etc. den Bestimmungen der Gewerbeordnung unterliegt und nach diesen Maßgaben die Tätigkeit des Antragstellers als Kampfsportlehrer und Leiter einer Kampfsportschule das Anforderungsprofil eines freien Berufes nicht erfüllt.
- 14 Soweit der Antragsteller sich auf Bescheinigungen der Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion (ADD) und des Finanzamtes N. bezüglich der Nicht-Gewerblichkeit seiner Tätigkeit beruft, ist dies im vorliegenden Zusammenhang unbehelflich. Die ADD bescheinigt unter dem 12. November 2019 zur Vorlage bei der Finanzbehörde zwecks Befreiung von der Umsatzsteuer, dass die vom Kläger durchzuführenden und näher bezeichneten Kurse Leistungen im Sinne von § 4 Nr. 21 a (bb) des Umsatzsteuergesetzes darstellen. Das Finanzamt N. bescheinigt unter dem Datum vom 19. Dezember 2018, dass der Antragsteller „mit der freiberuflichen Tätigkeit“ beim Finanzamt N. geführt wird.
- 15 Diese Bescheinigungen entfalten keine für das Gewerbeamt verbindliche Tatbestandswirkung. Vielmehr ist der Begriff des Gewerbes einerseits und der freiberuflichen Tätigkeit andererseits im Sinne der Gewerbeordnung eigenständig zu beurteilen. Daher sind auch die vom Antragsteller vorgetragenen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) im vorliegenden Zusammenhang ohne rechtliche Relevanz. Abgesehen davon betreffen diese Urteile (Az. C-445/05 und C-449/17) den Bereich des Umsatzsteuerrechtes.

2.

- 16 Die Untersagungsverfügung der Antragsgegnerin ist nach Aktenlage in formell rechtmäßiger Weise ergangen. Insbesondere wurde der Antragsteller nach § 1 Abs. 1 des Landesverwaltungsverfahrensgesetzes in Verbindung mit § 28 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes angehört.

3.

- 17 In materieller Hinsicht setzt eine Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO die eingangs näher beschriebene Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden voraus. Sind diese Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, steht die Entscheidung über eine Gewerbeuntersagung nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht im Ermessen der Behörde.
- 18 Gewerberechtlich unzuverlässig ist, wer nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß, das heißt im Einklang mit dem geltenden Recht betreibt (stRspr.; vgl. etwa BVerwG Urteil vom 2. Februar 1982 – 1 C 146/80 –, juris Rn. 13). Die Tatsachen, auf welche die Unzuverlässigkeit gestützt werden sollen, müssen gewerbebezogen sein, das heißt die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden im Hinblick auf das konkret ausgeübte Gewerbe muss in Frage gestellt werden. Die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden ist unter anderem dann in Frage gestellt, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens verurteilt oder wegen einer Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld belegt worden ist. Verurteilungen sind sorgfältig darauf zu prüfen, ob sie einschlägig sind, das heißt ob sie die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Bezug auf das ausgeübte Gewerbe in Frage stellen können. Da § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO auf „Tatsachen“ abstellt, „welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden ... dartun“, besteht allgemeine Meinung dahin, dass sich die zuständige Behörde nicht damit begnügen darf, ihrer Entscheidung den Urteilsspruch als solchen zugrunde zu legen. Sie hat vielmehr die tatsächlichen Feststellungen des Urteils daraufhin zu prüfen, ob sie die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden dartun. Die von der Behörde anzustellende Prognose, dass der Gewerbetreibende aufgrund der für die Vergangenheit festgestellten Verstöße auch für die Zukunft als unzuverlässig gilt, kann sich unter Umständen auf eine erhebliche gewerbebezogene Straftat stützen. Das Verwertungsverbot nach § 51 des Bundeszentralregistergesetzes (BZRG) setzt dabei eine zeitliche Grenze für die Heranziehung von Straftaten bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden (s. Marcks, a.a.O., § 35 Rn. 37ff. m.w.N.).

19 Nach Maßgabe der vorgenannten Grundsätze war der Antragsteller im maßgeblichen Zeitpunkt der – in Anbetracht der noch ausstehenden Widerspruchsentscheidung – gerichtlichen Entscheidung im Gewerbeuntersagungsverfahren gewerberechtlich unzuverlässig. Ausweislich der Verwaltungsakten hat er im August 2014 mehrere Bilddateien mit kinder- bzw. jugendpornografischen Inhalten über WhatsApp kommuniziert. Hier werden, wie auf Seite 4 des angefochtenen Bescheides vom 2. Juli 2020 zusammengefasst, tatsächliche Geschehen dargestellt, wie zum Beispiel unter 14-Jährige sowie zwischen 14- und 18-Jährige nackt unter Darstellung der Geschlechtsteile und sexueller Handlungen. Wegen des Inhaltes der Dateien im Einzelnen wird zur Vermeidung von deren Wiedergabe auf Blatt 10 der Verwaltungsakte Bezug genommen. Diesbezüglich liegt eine rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilung zu einer Gesamtgeldstrafe von 130 Tagessätzen zu je 20,00 € vor, nachdem das Oberlandesgericht L. durch Beschluss vom 1. März 2018 die Revision des Antragstellers gegen das Urteil der 7. Strafkammer (kleine Strafkammer) des Landgerichts N. vom 11. September 2017 mit der Maßgabe als unbegründet verworfen hat,

20 „dass der Angeklagte wegen Verbreitens von kinderpornografischen Schriften in Tateinheit mit Verbreitung jugendpornografischer Schriften sowie tatmehrheitlich wegen Besitzes jugendpornografischer Schriften – nicht: kinderpornografischer Schriften – verurteilt ist.“

21 Entgegen dem Vortrag in der Antragschrift liegt also eine Verurteilung wegen der „Verbreitung“ kinderpornografischer Schriften vor. Soweit der Antragsteller darauf verweist, dass bei einem WhatsApp-Verlauf mit über 33.000 Nachrichten, welche durchsucht wurden, insgesamt fünf Fotos mit inkriminierendem Inhalt gefunden worden seien, so ist die Quantität der Bilddateien angesichts deren Inhaltes, d. h. bei qualitativer Betrachtung, unter gewerberechtlichem Blickwinkel unbeachtlich.

22 Die Kammer teilt weiter die Auffassung der Antragsgegnerin, dass die gewerberechtliche (Unzuverlässigkeits-)Prognose auf den vorgenannten Tatsachen auch dann beruhen kann, wenn sie nicht im Rahmen des Gewerbebetriebes eingetreten sind. Denn mit Blick auf die Auffälligkeiten des Antragstellers wegen der Verbreitung und des Besitzes pornografischer Schriften besteht die Gefahr, dass er im Rahmen der Ausübung seiner Tätigkeit an der Kampfsportschule die sexuelle Selbstbestim-

mung und ungestörte Entwicklung der ihm als Kampfsportlehrer anvertrauten Kinder und Jugendlichen beeinträchtigt. Es könnte zu unangemessenem Verhalten gegenüber Kindern und Jugendlichen während des Kampfsportunterrichts kommen.

- 23 Der zeitliche Abstand zwischen der Tatzeit – August 2014 – bis heute ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung unbeachtlich. Für die zeitliche Grenze bei der Heranziehung von Straftaten bei der Beurteilung gewerberechtlicher Zulässigkeit orientiert sich die Kammer am Verwertungsverbot des § 51 BZRG, da es an anderen, entscheidungserheblich zugunsten des Antragstellers sprechenden Umständen fehlt. Der Antragsteller wurde vom Landgericht N. zu einer Gesamtgeldstrafe von 130 Tagessätzen zu je 20,00 € verurteilt. Danach dürfte die Tilgungsfrist gemäß § 46 Abs. 1 Nr. 2 a BZRG zehn Jahre betragen. Selbst wenn man eine nur fünfjährige Tilgungsfrist nach § 46 Abs. 1 BZRG zugrunde legt und den Fristbeginn gemäß § 47 Abs. 1, § 36 Abs. 1 Satz 1 BZRG mit dem 17. Januar 2017, das heißt dem Urteil des Amtsgerichts N., annimmt, so endet die Tilgungsfrist erst im Januar 2022.
- 24 Die Kammer hat ferner keinen Zweifel daran, dass die Untersagung zum Schutz der Allgemeinheit, hier der in der Kampfsportschule des Antragstellers unterrichteten Kinder und Jugendlichen, erforderlich ist.
- 25 Die Verfügung erweist sich schließlich im Hinblick auf die geschützten Rechtsgüter der Kinder und Jugendlichen sowohl unter dem Blickwinkel des Grundrechts der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG als auch dem verfassungsrechtlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit als rechtmäßig. Wegen des Schutzes von Kindern und Jugendlichen muss das wirtschaftliche Interesse des Antragstellers zurückstehen. Daher ist auch von einem besonderen Vollzugsinteresse im Sinne des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO auszugehen.

IV.

- 26 Gegen die Zwangsgeldandrohung und die im angefochtenen Bescheid erfolgte Festsetzung von Gebühren sind Rechtmäßigkeitsbedenken weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

V.

- 27 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.
- 28 Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 52 Abs.1, § 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG i.V.m. den von der Kammer im Interesse einer gleichmäßigen Rechtsanwendung zugrunde gelegten Empfehlungen in den Nrn. 1.5 und 54.2.1 des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013. Angesichts der hohen wirtschaftlichen Bedeutung der (teilweisen) Gewerbeuntersagung in Bezug auf Kinder und Jugendliche hat die Kammer den vollen Mindestbetrag in Höhe von 15.000,00 € nach Nr. 54.2.1 zugrunde gelegt und diesen für das vorliegende Eilverfahren nach Nr. 1.5 der Empfehlungen halbiert.

Rechtsmittelbelehrung

- 29 Gegen diese Entscheidung steht den Beteiligten und den sonst von der Entscheidung Betroffenen die **Beschwerde** an das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz zu.
- 30 Die Beschwerde ist bei dem **Verwaltungsgericht Mainz** (Hausadresse: Ernst-Ludwig-Str. 9, 55116 Mainz; Postanschrift: Postfach 41 06, 55031 Mainz) schriftlich, nach Maßgabe des § 55a VwGO als elektronisches Dokument oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle **innerhalb von zwei Wochen** nach Bekanntgabe der Entscheidung einzulegen. Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist schriftlich oder nach Maßgabe des § 55a VwGO als elektronisches Dokument bei dem Beschwerdegericht eingeht.
- 31 Die Beschwerde ist **innerhalb eines Monats** nach Bekanntgabe der Entscheidung zu **begründen**. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem **Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Deinhardpassage 1, 56068 Koblenz**, schriftlich oder nach Maßgabe des § 55a VwGO als elektronisches Dokument einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen. **Das Oberverwaltungsgericht prüft nur die dargelegten Gründe.**
- 32 Die Einlegung und die Begründung der Beschwerde müssen **durch einen Rechtsanwalt** oder eine sonstige nach Maßgabe des § 67 VwGO vertretungsgefugte Person oder Organisation erfolgen.
- 33 Gegen die Streitwertfestsetzung findet die **Beschwerde** statt, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,- € übersteigt oder das Gericht die Beschwerde zugelassen hat. Sie ist nur zulässig, wenn sie **innerhalb von sechs Monaten**, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, eingelegt wird; ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.
- 34 Die Beschwerde ist **beim Verwaltungsgericht Mainz** (Hausadresse: Ernst-Ludwig-Str. 9, 55116 Mainz; Postanschrift: Postfach 41 06, 55031 Mainz) schriftlich, nach Maßgabe des § 55a VwGO als elektronisches Dokument oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen. Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist schriftlich oder nach Maßgabe des § 55a VwGO als elektronisches Dokument bei dem **Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Deinhardpassage 1, 56068 Koblenz**, eingeht.

gez. Dr. Fritz

gez. Michalak

gez. Dr. Milker