KREIS DÜREN
... WIR MACHEN DAS!

Prüfung

Beratung

Prävention

Rechnungsprüfungsamt

zu Drs. Nr. 394/14

Zur
Veröffentlichung
freigegebener Prüfbericht

Der Kreistag des Kreises Düren hat mit Beschluss vom 24.06.2015 (Drs. Nr. 241/15, TOP 29) festgelegt, dass die Einzelprüfberichte des Rechnungsprüfungsamtes *nach* ihrer Beratung im Rechnungsprüfungsausschuss der Öffentlichkeit (unter Wahrung personen- oder unternehmensbezogener Daten) zugänglich gemacht werden können.

Beratung im Rechnungsprüfungsausschuss des Kreises Düren: 16.12.2014

Nachdruck oder Verwendung dieses Prüfberichts oder einzelner Teile hieraus
nur mit Genehmigung des Kreises Düren.

Allgemeine Verwaltungsprüfung
Prüfdokumentation

Allgemeine Gefahrenabwehr mit Schwerpunkt Gewerberecht

Allgemeine Verwaltungsprüfung
Prüfdokumentation

Allgemeine Gefahrenabwehr mit Schwerpunkt Gewerberecht

Kreis Düren
Rechnungsprüfungsamt

Bismarckstraße 16
52351 Düren

Haus A, Zimmer 192

Tel. 02421 – 22 2260
Fax. 02421 - 22 182258

www.kreis-dueren.de
E-Mail: amt14@kreis-dueren.de

Einleitung

Die Ordnungsbehörden haben die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren (Gefahrenabwehr, § 1 OBG). Nach § 3 Abs.1 OBG nehmen die Gemeinden die Aufgaben der örtlichen Ordnungsbehörde wahr und die Aufgaben der Kreisordnungsbehörden die Kreise als Pflichtaufgabe zur Erfüllung nach Weisung. Die vielen Aufgaben einer Ordnungsbehörde sind neben dem OBG auch in spezialgesetzlichen Regelungen verankert. Der Aufgabenbereich der Allgemeinen Gefahrenabwehr ist dem Ordnungsamt zugewiesen. Zum vorstehenden Fachbereich gehören Gewerbeangelegenheiten, die Bekämpfung der Schwarzarbeit, die Heimaufsicht, das Jagd- und Fischereiwesen sowie Ordnungswidrigkeitenverfahren und Namensänderungsverfahren bzw. das Personenstandswesen. Ferner gehört die Erteilung von Konzessionen für Privatkliniken sowie die Überwachung des Sprengstoffwesens zum Aufgabenbereich der Allgemeinen Gefahrenabwehr. Hinzu kommen Aufgaben, die sich aus der Aufsichtspflicht über die örtlichen Ordnungsbehörden ergeben. Der Schwerpunkt der Prüfung liegt auf dem **Gewerberecht**, da andere Bereiche in Vorjahren geprüft worden sind. Eine Prüfung des Personenstandwesens erfolgt zu einem späteren Zeitpunkt.

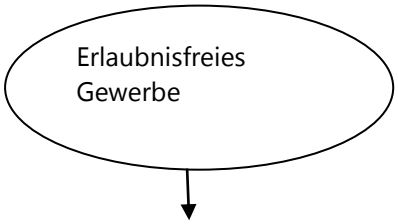
Das Gewerberecht ist in der Gewerbeordnung (GewO) geregelt. Die Kreisordnungsbehörde ist laut § 5 Abs.2 OBG sachlich zuständig, wenn gesetzliche Regelungen dies vorschreiben. Die Zuständigkeit für die jeweiligen Aufgabenbereiche ergibt sich aus der Anlage zur Gewerberechtsverordnung (GewRV).

Unter einem **Gewerbe** versteht man eine

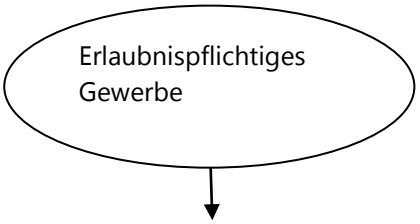
- legale,
- dauerhafte sowie
- nach außen gerichtete eigenverantwortliche Tätigkeit, welche mit
- Gewinnerzielungsabsicht durchgeführt wird und
- auf eigene Rechnung erfolgt.

Vom Gewerbe abzugrenzen sind freiberufliche sowie land- und forstwirtschaftliche Tätigkeiten (§ 14 Gewerbeordnung). Die rechtliche Grundlage für das Betreiben eines Gewerbes in Deutschland findet sich in Art. 12 GG. Das Grundgesetz garantiert darin Berufsfreiheit und somit die freie Wahl des Berufes, des Arbeitsplatzes und der Ausbildungsstätte. Die Ausführung eines Gewerbes richtet sich nach der **Gewerbeordnung (GewO)**. Diese legt fest, dass jedes Gewerbe zunächst bei der der zuständigen Behörde angemeldet werden muss. Dies gilt auch für Abmeldungen. Nach § 1 der GewO gilt der **Grundsatz der Gewerbefreiheit**. Der Betrieb eines Gewerbes ist grundsätzlich jedermann gestattet, soweit nicht durch die Gewerbeordnung Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.

Jeder Bürger darf selbständig ein **erlaubnisfreies Gewerbe** ausführen, ohne dafür eine spezielle Erlaubnis einzuholen (sofern das Gewerbe angemeldet ist). Es gibt jedoch sogenannte **"erlaubnispflichtige Gewerbe"**, welche reglementiert und somit erlaubnispflichtig sind. Dazu gehören Gewerbe, bei denen ein besonderes Schutzbedürfnis der Öffentlichkeit vorliegt (z.B. bei Pfandleihern, dem Betrieb von Spielhallen etc.).



nur Anzeigepflicht n. § 14 GewO
Beendigung der Gewerbeausübung
1. Gewerbeuntersagung n. § 35 GewO
2. Durchsetzung der Untersagungsverfügung d. Verwaltungszwang (§§ 55 ff. VwVG NW)



Erlaubnispflicht, z.B. § 34 c GewO
Beendigung der Gewerbeausübung
1. Widerruf/Rücknahme d. Erlaubnis
2. ggf. Durchsetzung mit Zwangsmitteln

§ 35 GewO ist das notwendige Korrelat zur Gewerbefreiheit. Er soll verhindern, dass der Gewerbetreibende schrankenlosen Gebrauch von der Gewerbefreiheit ohne Rücksicht auf entgegenstehende Belange der Allgemeinheit macht[1]. Eine **Gewerbeuntersagung** findet immer dann statt, wenn der Gewerbetreibende unzuverlässig ist. Der Behörde müssen gemäß **§ 35 GewO** Tatsachen bekannt sein, wonach der Gewerbetreibende in Bezug auf sein Gewerbe als unzuverlässig gilt und somit die Allgemeinheit oder die Beschäftigten des Betriebes geschützt werden müssen. Dies ist immer dann der Fall, wenn der Gewerbetreibende nicht gewillt oder in der Lage ist, seinen Betrieb ordnungsgemäß zu führen. Der Begriff der Unzuverlässigkeit im Gewerberecht bedarf der Auslegung. Der Gewerbetreibende ist nicht schon wegen einer bloßen Annahme der Behörde, dass die ordnungsgemäße Ausübung des Gewerbes nicht gegeben ist, **unzuverlässig**. Anhand von Beweisen aus der Vergangenheit prüfen die Behörden, ob die Zukunftsprognose annehmen lässt, dass er auch zukünftig unzuverlässig ist.

Folgende **Unzuverlässigkeitsmerkmale** können zu einem Gewerbeuntersagungsverfahren führen:

- **steuerliche Unzuverlässigkeit**: sehr spät verzögert abgegebene Steuererklärungen/Steuerzahlungen, die zu Verbindlichkeiten führen.
- **strafrechtliche Unzuverlässigkeit**: Straftaten und Ordnungswidrigkeiten des Gewerbetreibenden
- **Nichtbeachtung der Sozialversicherungspflicht**: Sozialversicherungsbeiträge nicht abgeführt
- **wirtschaftliche Unzuverlässigkeit**: eidesstattliche Versicherung oder Insolvenz, mangelnder wirtschaftlicher Leistungswille
- **berufliche Unzuverlässigkeit**: fachliche Mängel, mangelndes berufliches Verantwortungsbewusstsein

Der Gesetzgeber lässt offen, wie viele dieser Tatbestände erfüllt sein müssen oder wie hoch beispielsweise Steuerschulden sein müssen, damit eine Gewerbeuntersagung erfolgt. Die Bewertung erfolgt anhand von Anhaltspunkten (Prognose). Wird eine Unzuverlässigkeit durch die Behörde festgestellt, kann dem Gewerbetreibenden die Ausführung des Gewerbes ganz oder teilweise untersagt werden. Zusätzlich kann dem Gewerbetreibenden jegliche Gewerbetätigkeit untersagt werden. Unabhängig davon, ob die Unzuverlässigkeit im Gewerberecht zur Untersagung eines erlaubnisfreien Gewerbes oder zum Widerruf eines erlaubnispflichtigen Gewerbes

[1] GewO-Kommentar Landmann/Rohmer, Band 1, § 35, Ziff.15

führt, erfolgt eine Eintragung der Maßnahmen im **Gewerbezentralregister**, so dass andere Behörden informiert sind. Die vom Ordnungsamt veranlassten Eintragungen ins Gewerbezentralregister waren nicht Prüfungsgegenstand.

Ist eine **Gewerbeuntersagung** rechtskräftig geworden, so gilt sie unbefristet für das gesamte Bundesgebiet. Die betreffende Tätigkeit muss unverzüglich eingestellt und das Gewerbe abgemeldet werden. Nach Ablauf eines Jahres kann der Gewerbetreibende allerdings einen sogenannten Wiedergestattungsantrag nach § 35 Abs.6 GewO stellen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass eine Unzuverlässigkeit, welche zur Untersagung geführt hat, nicht mehr vorliegt.

Ein weiterer Tätigkeitsschwerpunkt der Kreisordnungsbehörde im Gewerberecht ist die **Erlaubniserteilung für Makler, Bauträger und Baubetreuer** nach § 34 c Gewerbeordnung. Wer gewerbsmäßig Verträge über Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte, Wohnräume, gewerbliche Räume oder Darlehen vermitteln oder Bauvorhaben in eigenem oder fremden Namen durchführen oder vorbereiten möchte, bedarf einer Erlaubnis nach § 34 c GewO.

Das Gewerbe darf erst nach Erteilung der Erlaubnis begonnen werden. Gleichzeitig ist die Gewerbeanzeige nach § 14 GewO bei der zuständigen Stadt/Gemeinde vorzunehmen. Die Erlaubnis ist nach § 34 c Abs.2 GewO **zu versagen**, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragssteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Der Begriff der **Unzuverlässigkeit** wird im **§ 34 c GewO** klarer definiert als in § 35 GewO. Danach besitzt die erforderliche Zuverlässigkeit i.d.R. nicht, wer in den letzten 5 Jahren vor Stellung des Antrages wegen eines Verbrechens oder wegen Diebstahls, Unterschlagung, Erpressung, Betrug, Untreue, Geldwäsche, Urkundenfälschung, Hehlerei, Wuchers oder einer Insolvenzstraftat rechtskräftig verurteilt worden ist (Nr.1) oder der Antragssteller in ungeordneten Vermögensverhältnissen lebt (z.B. ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist oder ein entsprechender Eintrag beim Vollstreckungsgericht vorliegt).

Eine weitere Verpflichtung des Gewerbetreibenden besteht im Wirkungskreis des § 34 c GewO darin, der Kreisordnungsbehörde gem. **§ 16 Abs. 1 der Makler- u. Bauträgerverordnung** einen **Prüfbericht** bzw. zukommen zu lassen. Dies muss spätestens zum 31. Dezember des darauffolgenden Jahres erfolgen. Werden innerhalb eines Prüfungszeitraumes keine Tätigkeiten im Sinne des § 34 c GewO ausgeübt, kann anstelle des Prüfungsberichtes eine sog. **"Negativerklärung"** abgegeben werden. Wird ein Prüfbericht zu spät vorgelegt, wird ein Ordnungswidrigkeitenverfahren nach § 18 MaBV eingeleitet.

In den Prüfzeitraum fällt eine **Änderung des § 34 c GewO**. Wegen schlechter Erfahrungen mit im Finanzsektor tätigen Gewerbetreibenden wurde die Gewerbeordnung zum 01.01.2013 dahingehend geändert, dass es nun eine eigene Vorschrift für Finanzanlagenvermittler gibt (§ 34 f GewO) und dieser Personenkreis nicht mehr die Erlaubniserteilung durch die Kreisordnungsbehörde erhält. Diese Erlaubnis erteilt nun gemäß Verordnung zur Änderung der Gewerberechtsordnung vom 11.09.2012 die Industrie- und Handelskammer (IHK), wobei die Anforderungen an die Finanzanlagenvermittler gestiegen sind (Berufshaftpflicht, Sachkundenachweis). § 157 GewO beinhaltet Übergangsregelungen zum Umgang mit bereits erteilten Erlaubnissen.

Die Prüfung wurde durchgeführt von Verwaltungsprüferin

Zahlen – Daten – Fakten - Organisation

Nach Änderung der Organisationsform bearbeitet eine Mitarbeiterin in Vollzeit (g.D.) die **Gewerbeuntersagungsverfahren** und erlässt Ordnungsverfügungen hierzu. Weitere Aufgabe der Mitarbeiterin sind Namensänderungsangelegenheiten, die Standesamtsaufsicht, die Aufsicht über die Ordnungs-, Pass- und Meldebehörden sowie Anfragen im Rahmen des allgemeinen Ordnungsrechts (u.a. Anwendung von Spezialgesetzen).

Die **Fallzahlen** im Bereich der Gewerbeuntersagungsverfahren stellen sich wie folgt dar:

2011	2012	2013
34	24	16

Die Gewerbeuntersagungsverfahren werden von Dritten (z.B. Finanzamt) angeregt. Nach der Anregung prüft die Kreisordnungsbehörde, ob der Gewerbetreibende die nötige Zuverlässigkeit besitzt. Aufgrund der Anregungen hat die Kreisordnungsbehörde keinen Einfluss auf die Fallzahlen. Es obliegt dem Fachamt, die Fallzahlen und deren Entwicklung in regelmäßigen Abständen zu beobachten.

Erträge gibt es im Bereich des Gewerbeuntersagungsverfahrens hauptsächlich durch **Zwangsgelder**, z.B. wenn der Gewerbetreibende die Gewerbeausübung nach Untersagung noch nicht eingestellt hat. Die Zwangsgelder werden zunächst angedroht und anschließend festgesetzt. Nach Zweckerreichung mussten die Zwangsgelder laut Fachamt wieder abgesetzt werden. Zwangsgelder wurden daher im Prüfzeitraum nicht vereinnahmt. Im Prüfzeitraum hat es 12 Zwangsgeldfälle gegeben. In 11 Fällen ist das Zwangsgeld abgesetzt worden. In einem Fall wird aktuell Ersatzzwangshaft beantragt, weil die Vollstreckung erfolglos verlaufen ist.

Bußgelder konnten für folgende Jahre vereinnahmt werden:

2011	2012[2]	2014
1.068,68 €	0,00 €	1.050,00 €[3]

Nach § 35 Abs.6 GewO gibt es für die Gewerbetreibenden, deren Gewerbe untersagt wurde, nach Ablauf eines Jahres die Möglichkeit, einen Wiedergestattungsantrag zu stellen. Im Prüfzeitraum wurden lediglich 2 Anträge gestellt. Drei Fälle wurden im weiteren Verlauf von Gewerbeuntersagungsverfahren eingestellt, weil der Gewerbetreibende sich als zuverlässig erwiesen hat.

Die **Erteilung der Erlaubnisse für Makler gem. § 34 c GewO** bzw. die Entgegennahme der **Prüfberichte nach § 16 der MaBV** erfolgt durch einen Mitarbeiter (Angestelltenprüfung II). Bis zum 30.06.2013 waren 30 % der Stelle für die vorstehende Aufgabe vorgesehen. Weitere Aufgabenbereiche des Stelleninhabers sind die Bekämpfung der Schwarzarbeit sowie die Durchführung von OWiG-Verfahren wegen Verstößen gegen die Pflegepflichtversicherung. Im Hinblick auf die Erteilung der **Erlaubnisse nach § 34 c GewO** ergeben sich folgende **Fallzahlen**:

[2] Bußgeld konnte in einem Fall wegen unbekanntem Aufenthalt des Gewerbetreibenden nicht realisiert werden.
[3] Bußgeldbescheid ist noch nicht rechtskräftig. Betroffener hat Einspruch eingelegt.

2011	2012	2013
53	46	36

Die Fallzahlen im Bereich der Erteilung der Erlaubnis nach § 34 c GewO sind aufgrund der Gesetzesänderung zum 01.01.2013 rückläufig. Der Stellenanteil hat sich daher von 30 % für diese Aufgabe auf 20 % ab 01.07.2013 reduziert.

Die **Fallzahlen** für die Durchführung von **OWiG-Verfahren** wegen verspäteter Abgabe von **Prüfberichten** belaufen sich wie folgt:

2011	2012	2013
10	11	7

Für die Erteilung der **Erlaubnis nach § 34 c GewO** fallen nachfolgende **Gebühren** an:

2011	2012	2013
45.516,00 €	43.930,00 €	15.556,00 €

Der eklatante Rückgang der Einnahmen ist in der bereits dargelegten Gesetzesänderung zum 01.01.2013 und der damit verbundenen Abgabe von Fällen an die IHK begründet.

Das Ordnungsamt hat die Auswirkungen der Gesetzesänderungen nachvollziehbar mit Vermerk vom 13.01.2012 festgehalten. Eine stichprobenartige Prüfung der Einzelfälle hat hinsichtlich der Handhabung mit der Übergangsregelung keine Beanstandungen ergeben. Insofern erfolgen keine weiteren Prüfungshandlungen.

Folgende Erträge sind durch Ordnungswidrigkeitenverfahren wegen verspäteter Vorlage von Prüfberichten bzw. Prüfungsbeanstandungen gemäß § 16 MaBV zu verzeichnen:

2011	2012	2013
4.583,56 €	6.892,52 €	3.961,24 €

Alle Fälle werden EDV-mäßig mit einem vom Hauptamt entwickelten Programm erfasst. Bearbeitungsstände können abgefragt werden. Die Rechnungsprüfung begrüßt die kostengünstige Verfahrensweise.

Einzelfallprüfung Gewerberecht

Allgemeine Feststellungen

Der Bearbeitungsverlauf der Gewerbeuntersagungsverfahren ist ähnlich. Das Ordnungsamt erhält z.B. vom Finanzamt oder einer kreisangehörigen Kommune eine sogenannte Anregung. Die Behörden halten den Gewerbetreibenden aufgrund von beispielsweise steuerlichen Schulden oder nicht gezahlten Sozialversicherungsbeiträgen für unzuverlässig und bitten ein Gewerbeuntersagungsverfahren durchzuführen. Sodann schreibt das Ordnungsamt diverse Behörden und Institutionen an, um weitere Tatsachen in Erfahrung zu bringen, die ein Gewerbeuntersagungsverfahren rechtfertigen könnten, beispielsweise Steuerämter der Kommunen, das Bundesamt für Justiz (wegen Führungszeugnis), Krankenkassen (wegen Beitragsschulden) etc. Zur Zeit werden die größten Krankenkassen, wie Barmer Ersatzkasse und

AOK angeschrieben. Es ist nachvollziehbar, dass nicht alle 131 gesetzlichen Krankenkassen angeschrieben werden können.

Die Rückläufe der Institutionen erfolgen i.d.R. recht zügig innerhalb von drei Wochen. Danach wird der Gewerbetreibende im Rahmen eines Anhörungsschreibens nach § 28 Verwaltungsverfahrensgesetz mit den in Erfahrung gebrachten Tatsachen konfrontiert und um Stellungnahme gebeten.

Im weiteren Bearbeitungsverlauf des Gewerbeuntersagungsverfahren wird je nach Sachlage angeboten, Ratenzahlungen mit den Gläubigern zu vereinbaren. Das Ordnungsamt ist hierbei federführend, weil nach höchstrichterlicher Rechtsprechung von der Gewerbeuntersagung abgesehen werden kann, wenn der Gewerbetreibende ein sinnvolles- und erfolgsversprechendes Sanierungs- oder Schuldenbegleichungskonzept nachweist.

Die Gewerbeuntersagungsverfahren dauern insgesamt zu lange bzw. das Instrument der Ratenzahlung wurde in der Vergangenheit zu großzügig gehandhabt. Die Ratenzahlung sollte nur einmal angeboten werden. Bei Nichteinhaltung sollte das Gewerbe untersagt werden. Eine zeitliche Verschleppung des Gewerbeuntersagungsverfahrens ist zu vermeiden, wobei tendenziell bei den Aktenvorgängen aus 2012 und 2013 die Bearbeitungszeit abzunehmen scheint.

Die aktuellen Schuldenbestände sollten ohne große Suche in der Akte ersichtlich sein. Bei größeren Schuldenbeständen und mehreren Gläubigern bietet das Vorblatt zu wenig Platz. Das Vorblatt sollte daher mit Hilfe einer Excel-Liste aktualisiert werden und in der Akte ausgetauscht werden.

Die Akten sollten im Sinne von Ziffer 4.3.0. der Allgemeinen Dienstordnung so geführt werden, dass Dritte sich ohne Schwierigkeiten über den Akteninhalt informieren können.

Im gesamten Gewerberechtsbereich sollte bei Zwangsgeldern, Bußgeldern und Gebühren in der Akte nachvollziehbar sein, ob die Einnahmen tatsächlich eingegangen sind bzw. realisiert wurden. Hier reicht ein Ausdruck aus der infoma-Budgetauskunft bzw. eine handschriftliche Notiz aus. Im Rahmen der Gewerbeuntersagungsverfahren empfiehlt die Rechnungsprüfung aus Gründen der Transparenz und vorbehaltlich evtl. Gerichtsverfahren eine Checkliste für Unzuverlässigkeitsmerkmale in die Akte mitaufzunehmen, damit auf einen Blick ersichtlich ist, welche Unzuverlässigkeitsmerkmale (s. S. 4/5) der Gewerbetreibende erfüllt und diese nicht erst im Fließtext der Anhörung aufgeführt werden.

Prüfbemerkung B1
Zu den o.g. Feststellungen, Empfehlungen und Hinweisen hinsichtlich des Bearbeitungsverlaufes und der Aktenführung ist seitens der Verwaltung Stellung zu nehmen.

Stellungnahme der Verwaltung:

Die Dauer der einzelnen Verfahren ist auch aus Sicht der Verwaltung nicht zufrieden stellend. Es wurden Maßnahmen ergriffen, die Arbeitsläufe zu optimieren, insbesondere die Vorgehensweise bei Ratenzahlungen zu ändern. Die Empfehlung zur Erfassung und Dokumentation der Schuldenstände wird für künftige Verfahren umgesetzt.

Die Anzahl der Fälle mit Ratenzahlungsvereinbarung sollte sich nach der Umstellung deutlich verringern. Künftig wird der Stand der Einnahmenrealisierung dokumentiert.

Abschließende Bewertung durch die Rechnungsprüfung
Die Rechnungsprüfung begrüßt die Optimierung der Arbeitsabläufe sowie der Erfassung und Dokumentation der Schuldenstände. Die Prüfbemerkung ist damit ausgeräumt.

Einzelfallprüfung der Gewerbeuntersagungsverfahren nach § 35 c GewO

Im Rahmen der Einzelfallprüfung wurden 5 Fälle hinsichtlich der **Gewerbeuntersagungsverfahren** überprüft, welche sich über den Prüfzeitraum erstrecken.

1. AZ 22/11

Das Verfahren wurde durch das Finanzamt Düren mit Schreiben vom 18.05.2011 angeregt. Wohnort und Gewerbestätte liegen in zwei unterschiedlichen Kommunen.

Im Schreiben des Finanzamtes Düren vom 18.5.2011 ist die Wohnanschrift des Gewerbetreibenden angegeben. Bei mehreren Anschriften sollten auch die entsprechenden Ordnungs- und Steuerämter dieser Kommunen angeschrieben werden, um die Tatsachenermittlung i.S. Unzuverlässigkeit zu vervollständigen.

Obgleich neu gewonnener Erkenntnisse (z.B. Verurteilung zu Geldstrafe wegen Betruges), wurde die Angelegenheit erst im April 2012 wieder aufgegriffen. Da die Schuldenstände und Erkenntnisse keinen aktuellen Bezug mehr hatten, wurde eine erneute Anfrage an die relevanten Institutionen gerichtet, ohne Angabe eines Grundes, warum eine erneute Anfrage notwendig geworden ist. Eine Aktennotiz enthält die Akte ebenfalls nicht. Der letzte Rücklauf ging Juli 2012 beim Fachamt ein. Erst am 16.10.2012 wurde dem Gewerbetreibenden ein Anhörungsschreiben zugestellt.

Der Bearbeitungsverlauf ist unerfreulich. Der Gewerbetreibende kann durch die zeitlichen Verzögerungen weiteren wirtschaftlichen Schaden anrichten. Eine Aktualisierung der Schuldenbestände war letztlich unausweichlich. Gewerbeuntersagungsverfahren sind grundsätzlich zügiger durchzuführen, nochmalige Anfragen bei allen Institutionen sollten die Ausnahme bleiben.

Die in der Anhörung gesetzte Frist lief ohne Reaktion vom Gewerbetreibenden am 09.11.12 aus. Eine Ordnungsverfügung wurde nicht unmittelbar nach Ablauf der Frist erlassen. Der Gewerbetreibende kommt der Ordnungsverfügung mit einer Stellungnahme am 23.11.12 zuvor.

Ordnungsverfügungen sollten zeitnah nach Ablauf der Anhörungsfrist erlassen werden.

Mit Schreiben vom 14.12.12 wird das Gewerbeuntersagungsverfahren wegen eines Ratenzahlungsvorschlages ruhend gestellt. Im Schreiben ist der Hinweis enthalten, dass das Gewerbeuntersagungsverfahren wieder aufgenommen wird, sollte der

Gewerbetreibende den aufgezeigten Verpflichtungen nicht nachkommen. Eine Erinnerung erfolgt am 17.01.2013, weil keine Nachweise eingereicht werden.

Das Erinnerungsschreiben hätte unterbleiben können und das Gewerbeuntersagungsverfahren wieder aufgenommen werden können.

2. AZ 4/12

Obwohl die Rückläufe anderer Institutionen (Eingang: März 2012) bereits eine Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden aufgrund hoher Steuerschulden, der Abgabe der eidesstaatlichen Versicherung sowie eines rückständigen Beitrages bei der Handwerkskammer auswies, wurde ein Rücklauf der Berufsgenossenschaft der Bauwirtschaft abgewartet. Amtshandlungen erfolgten jedoch nicht. Erst am 17.01.2013 wurde eine Anhörung des Gewerbetreibenden durchgeführt. In der Anhörung wird u.a. auf eine Auskunft der HWK Bezug genommen, die allerdings schon nahezu ein Jahr alt ist.

Rückläufe müssen nicht zwingend abgewartet werden, wenn bereits zahlreiche Unzuverlässigkeitsmerkmale erfüllt sind. Der Gewerbetreibende ist nach Ermittlung der Tatsachen zeitnah anzuhören, damit eine Aktualisierung der Schuldenstände und somit zeitliche Verzögerungen vermieden werden können und der Allgemeinheit kein weiterer wirtschaftlicher Schaden entsteht.

Mit Schreiben vom 03.02.2013 gab der Gewerbetreibende an, Rückstände bei der HWK und der Techniker KK getilgt zu haben. Nachweise wurden nicht beigefügt. Darauf hin bat das Ordnungsamt den Gewerbetreibenden mit Schreiben vom 27.02.2013 geeignete Nachweise vorzulegen und mitzuteilen, wie der Rückstand beim FA Düren getilgt werden soll. Eine Ratenzahlung wurde angeboten. Die Zahlung der Raten war regelmäßig nachzuweisen.

Damit nicht erneut zeitliche Verzögerungen in Kauf genommen werden müssen, empfiehlt die Rechnungsprüfung die Anforderungen an die Nachweise klarer zu definieren, z.B. können Kopien von Kontoauszügen oder Buchungsbelege nur mit Stempel des Kreditinstitutes anerkannt werden. Ratenzahlungen sollten nur einmalig angeboten werden. Auf die Konsequenzen bei fehlenden Zahlungsnachweisen sollte im Anforderungsschreiben aufmerksam gemacht werden, mehrfache Aufforderungen sollten unterbleiben. Ferner sollte eine Präzisierung des Begriffes "regelmäßig" erfolgen, beispielsweise durch konkrete Daten.

Mit Schreiben vom 25.03.2013 übersendet der Gewerbetreibende zwar Nachweise, bezüglich eines Zahlungsplanes beim Finanzamt vertröstet er allerdings und kommt nicht auf die Angelegenheit zurück. Mit Schreiben vom 30.04.2013 wird er erneut gebeten, sich zu Rückzahlungen an das Finanzamt zu äußern. In dem Schreiben ist von einem zur Zeit ruhenden Gewerbeuntersagungsverfahren die Rede.

Auf ein nochmaliges Erinnerungsschreiben ist zu verzichten. Es sollte nach der Anhörung max. ein Erinnerungsschreiben erfolgen, welches verdeutlicht, dass es Aufgabe des Gewerbetreibenden ist, tätig zu werden. Ferner ist in der Akte nicht ersichtlich, warum das Verfahren ruht. Ein Vermerk oder eine Aktennotiz hierzu fehlen.

Letztlich lehnte das Finanzamt einen monatlichen Ratenzahlungsvorschlag in Höhe von 500,00 € mit Schreiben vom 15.05.2013 gegenüber dem Steuerpflichtigen ab, da bei Rückständen von fast 80.000,00 € die Rückzahlung über 13 Jahre laufen würde.

Bei genauer Betrachtung kommt die Vereinbarung von Ratenzahlungen den anderen Institutionen, meist dem Finanzamt zu Gute. Das Finanzamt lehnt Ratenzahlungen grundsätzlich ab. Steuerschuldner können jedoch Stundungsanträge stellen. Das Ordnungsamt sollte Ratenhöhen anhand von Laufzeiten aber auch selbst bewerten und ggf. vorschlagen.

Laut Schreiben des Finanzamtes Düren vom 15.05.2013 betrugen die Rückstände im Mai 79.404,40 €. Mit Schreiben vom 13.08.13 wird eine nochmalige Anhörung nach § 28 VwVfG durchgeführt. Darin werden Rückstände von 56.700,92 € beim Finanzamt angegeben (Steuerkontenauszug des Finanzamtes liegt vor). In der Akte ist nicht nachvollziehbar, warum die Schulden sich verringert haben.

Bei Veränderungen der Schuldenstände sollte dies in der Akte nachvollziehbar sein. Hat der Gewerbetreibende höhere Rückstände beglichen, könnte dies zu einer neuen Beurteilung der Sachlage führen.

Das Verfahren zieht sich hin. Eine Zahlung von 6.500 € wird angekündigt, Nachweise nicht sofort vorgelegt, Nachfragen beim Gläubiger sind erforderlich. Trotz allem ist der Rückstand angewachsen. Mit Schreiben vom 14.04.14 wird dem Gewerbetreibenden erstaunlicherweise trotz der Höhe der Rückstände und des bisherigen Verlaufs erneut die Gelegenheit gegeben, einen Sanierungsplan vorzulegen.

Die zeitlichen Verzögerungen führen dazu, dass vor der Gewerbeuntersagung die IHK oder HWK gemäß § 35 Abs. 4 GewO erneut gehört werden müssen, Schuldenstände vor einer Untersagung aktualisiert werden müssen.

3. AZ 16/12

Im vorliegenden Fall wird ein Gewerbeuntersagungsverfahren durch die Knappschaft Bahn See am 23.05.12 (Posteingang: 01.06.12) angeregt. Die verschiedenen Institutionen werden erst am 03.09.12 zwecks Tatsachenermittlung angeschrieben.

Die Tatsachenermittlung sollte unmittelbar auf die Anregung erfolgen.

Die Rückläufe der Institutionen gingen bis Ende September ein. Obwohl Unzuverlässigkeitsmerkmale vorliegen, wird erst mit Schreiben vom 21.01.13 eine Anhörung durchgeführt.

Die Anhörung muss unmittelbar nach Erhalt der Rückläufe erfolgen, weil sonst die Gefahr besteht, dass die Meldungen vor allem hinsichtlich der Rückstände nicht mehr aktuell sind.

Der Gewerbetreibende vereinbarte einen Gesprächstermin mit der Sachbearbeiterin. Aus der Akte ist nicht ersichtlich, wann der Gesprächstermin vereinbart wurde. Es ist anzunehmen, dass der Gewerbetreibende sich innerhalb der Anhörungsfrist gemeldet hat.

Der Verlauf des Gewerbeuntersagungsverfahrens ist so zu dokumentieren, dass er von Dritten nachvollzogen werden kann.

Der Akte ist zu entnehmen, dass der Betroffene nicht zu dem Gesprächstermin erschienen ist. Er hat den Gesprächstermin aber auch nicht abgesagt. In einem Vermerk heißt es: "Es bleibt abzuwarten, ob er sich nochmals meldet." Eine Wiedervorlage wurde in der Akte nicht notiert.

Aus einer Gesprächsnotiz geht hervor, dass der Gewerbetreibende sich gemeldet haben muss. Leider ist kein Datum notiert worden, der Tag der Kontaktaufnahme somit nicht ersichtlich. Der Gewerbetreibende gibt für sein Nichterscheinen persönliche Gründe vor. Weiterhin verspricht er, in der nächsten Woche bei seinem Bruder Arbeit aufzunehmen und dann in der Lage zu Ratenzahlungen zu sein.

Die Angaben des Gewerbetreibenden sind in der Akte entsprechend zu dokumentieren und vom Gewerbetreibenden zu belegen.

In der Verhandlungsniederschrift vom 15.03.2013 wird Folgendes festgehalten: "Ich bin sehr bemüht, die Rückstände zeitnah zu tilgen und bitte daher das Gewerbeuntersagungsverfahren gegen mich ruhend zu stellen."

Dem Gewerbetreibenden sollten klarere Vorgaben gemacht werden, z.B. wann die Ratenzahlungen zu erfolgen haben und in welcher Höhe. Das Gewerbeuntersagungsverfahren sollte erst ruhend gestellt werden, wenn Ratenzahlungen, wie vereinbart, getätigt werden. Zudem ist aus der Akte lediglich ersichtlich, dass Herr S. bittet, dass Gewerbeverfahren ruhend zu stellen. Eine Ruhendstellung ist offiziell durch das Fachamt nicht ausgesprochen worden.

Zum Termin legt der Gewerbetreibende zwei Überweisungsträger vor. Er behauptet, Ratenzahlungen getätigt zu haben.

Überweisungsträger können ohne Stempel des Kreditinstitutes, Unterschrift und Datum nicht akzeptiert werden.

Der Gewerbetreibende kommt einigen Zahlungen nach. Von Mai bis August passiert nichts. Am 13.08.2013 erfolgt aufgrund fehlender Nachweise eine erneute Anhörung. Diese Anhörung enthält klare Aussagen zu den fehlenden Nachweisen und zeigt die Konsequenzen auf. Herr meldet sich darauf hin und legt eine Krankmeldung vor. Danach ist er vom 08.08.13 bis 30.08.13 krankgeschrieben.

Eine Krankmeldung muss Berücksichtigung finden. Allerdings hätte Herr S. auch vor dem 08.08.13 tätig werden können und Nachweise über geleistete Zahlungen einreichen können.

Erst im Oktober werden jeweils eine Rate an die HWK und das Finanzamt belegt. Ein Aufgreifen des Sachverhaltes erfolgt erst am 10.01.2014 mit einem Schreiben an Herrn Darin wird er letztmalig gebeten, Zahlungsnachweise zu erbringen.

Zu diesem Zeitpunkt hätte das Gewerbeuntersagungsverfahren wieder aufgenommen werden müssen und fortgeführt werden müssen. Es ist nicht nachvollziehbar, warum der Gewerbetreibende nach so vielen Aufforderungen erneut eine Chance erhält, Belege einzureichen.

Die Verhandlungsniederschrift vom 30.01.2014 enthält keine Konsequenzen. Weiterhin verfügt die Verhandlungsniederschrift nicht über eine Unterschrift der Sachbearbeiterin.

Die Verhandlungsniederschrift hätte Konsequenzen aufzeigen und gegengezeichnet werden müssen, um sie verbindlich zu machen.

4. AZ 6/13

Im vorliegenden Fall ergeben sich keine Prüfungsbeanstandungen.

5. AZ 15/13

Zum 01.01.2013 hat sich das Zwangsvollstreckungsrecht geändert. Die bisherige Rechtsgrundlage für Auskünfte aus dem Schuldnerverzeichnis gem. § 915 Abs. 3 ZPO gilt nur für Auskünfte, welche sich auf den Zeitraum bis zum 31.12.2012 beziehen. Auskünfte nach neuem Recht können für die Zeit ab 01.01.2013 über www.vollstreckungsportal.de abgerufen werden, was im vorliegenden Fall durch das Fachamt auch erfolgt ist. Rechtsgrundlage hierfür ist nun § 882 f ZPO.
Während der Übergangszeit ist eine vollständige Information über die Kreditwürdigkeit einer Person daher nur aus der Zusammenschau der Schuldnerverzeichnisse alter und neuer Prägung zu erlangen.

Im Rahmen der Tatsachenermittlung sollte die Akte dokumentieren, welche Auskünfte für welche Zeiträume gelten. Hierzu reicht eine kurze Anmerkung auf den Schriftstücken aus (Ggf. kurzer Hinweis auf Gesetzesänderung).

Im vorliegenden Fall ergaben sich keinerlei Beanstandungen, so dass von weiteren Prüfungshandlungen abgesehen wurde.

Prüfbemerkung B 2
Die o.g. Anmerkungen, Hinweise und Empfehlungen betreffen die Optimierung der Tatsachenermittlung, den Bearbeitungsverlauf, die Anforderungen an Nachweise, den Umgang mit Ratenzahlungen und Schuldenbeständen sowie die Aktendokumentation in Einzelfällen. Die Feststellungen in der Einzelfallprüfung erfordern eine Beurteilung durch die Verwaltung.

Stellungnahme der Verwaltung zu Fall 1, Az. 22/11:

Standardmäßig werden Ermittlungen an allen bekannten Adressen durchgeführt. Im geprüften Fall wurde das offenkundig versäumt. Der Feststellung, dass der Bearbeitungsverlauf unerfreulich ist, wird zugestimmt. Grund hierfür war ein vorübergehender personeller Engpass. Bei zügiger Durchführung der Verfahren sind nochmalige Anfragen entbehrlich. Ergeben sich zeitliche Verzögerungen, sind sie jedoch zwingend erforderlich, um eine aktuelle Anhörung erstellen zu können.

Abschließende Bewertung durch die Rechnungsprüfung
Aus Sicht des RPA ist die Prüfbemerkung damit ausgeräumt.

Stellungnahme der Verwaltung zu Fall 2, Az. 4/12:

Die Anregung nicht alle Rückläufe abzuwarten, wurde bereits umgesetzt. Das Instrument der Ratenzahlung wird künftig restriktiv gehandhabt. Voraussetzung ist, dass der Betroffene ein sinnvolles und erfolgversprechendes Sanierungskonzept vorlegt. Hierzu erhält er einmalig Gelegenheit. Bei Einreichung von Unterlagen wird anhand der o.a. Kriterien entschieden. Wenn keine oder nur eine unvollständige Äußerung erfolgt, ist nach Aktenlage zu entscheiden. Dadurch soll erreicht werden, dass das Instrument der Ratenzahlung als Ausnahme im Gewerbeuntersagungsverfahren angewandt wird und gleichzeitig ein Beitrag zur Straffung der Verfahren erfolgt.

Abschließende Bewertung durch die Rechnungsprüfung
Die restriktivere Handhabung der Ratenzahlung und die Einführung von Anforderungskritierien an Nachweise wird prüfseitig zur Kenntnis genommen. Die Prüfbemerkung ist ausgeräumt.

Stellungnahme der Verwaltung zu Fall 3, Az. 16/12:

Kernpunkte der Feststellungen sind auch hier eine nicht zeitnahe Sachbearbeitung und der Umgang mit Ratenzahlungen. Hierzu verweist die Verwaltung auf die Ausführungen zu Fall 2.

Abschließende Bewertung durch die Rechnungsprüfung
Sofern die Stellungnahme der Verwaltung die Optimierung der Aktendokumentation mit einschließt, ist die Prüfbemerkung ausgeräumt.

Einzelfallprüfung der Erlaubniserteilung nach § 34 c GewO/MaBV

Im Bereich der **Erlaubniserteilung nach § 34 c GewO** in Verbindung mit der **Makler- und Bauträgerverordnung** wurden 3 Einzelfälle sowie stichprobenmäßig ältere Fälle in Verbindung mit der Gesetzesänderung überprüft.

Im Bereich des § 34 c GewO ergaben sich keine weiteren Prüfhandlungen.

Prüfungsergebnisse allgemein

Sowohl im Gewerbeuntersagungsverfahren als auch im Bereich des § 34 c GewO und § 16 MaBV kommt es zu Bußgeldbescheiden und Zwangsgeldern. Neben den Einnahmearten Bußgeld und Zwangsgeld gibt es Einnahmen in Form von Verwaltungsgebühren (z.B. für eine Zuverlässigkeitsprüfung eines Geschäftsführers oder die Erteilung einer Erlaubnis nach § 34 c).

1. Zwangsgeld
Das Zwangsgeld ist ein Mittel zur zwangsweisen behördlichen Durchsetzung von Verhaltenspflichten, die der Verpflichtete selbst erfüllen kann. Es ist ein in die Zukunft gerichtetes Beugemittel, das aber keinen Straf- oder Bußgeldcharakter hat und demzufolge kein Verschulden voraussetzt.

Bei der **Bemessung des Zwangsgeldes** ist auch das wirtschaftliche Interesse des Betroffenen an der Nichtbefolgung des Verwaltungsaktes zu berücksichtigen. Das Zwangsmittel kann beliebig oft wiederholt werden. Ist der Pflichtige zahlungsunfä-

hig, und damit das Zwangsgeld uneinbringlich, kann Ersatzzwangshaft durch ein Verwaltungsgericht angeordnet werden. Das Zwangsgeld wird laut § 60 Abs. 1 S. 1 VwVG NRW auf mindestens zehn und höchstens 100.000 € festgesetzt.

Das Fachamt erläuterte, die Höhe des Zwangsgeldes sei seit Jahren gleich hoch. Eine schriftlich fixierte Regelung, warum das Zwangsgeld in der jeweiligen Höhe angedroht bzw. festgesetzt wird, gibt es nicht. Das Ordnungsamt merkt korrekterweise an, dass das Zwangsgeld sich nach den Besonderheiten des Einzelfalles richtet, wie z.B. wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Bedeutung der umzusetzenden Maßnahme etc.

Letztlich wird nicht dokumentiert, welche Umstände zur Bemessung des jeweils festgesetzten Zwangsgeldes geführt haben. Eine Nachprüfbarkeit durch die Rechnungsprüfung ist somit nicht gewährleistet. Dies gilt hinsichtlich der Höhe festgesetzter Zwangsgelder sowie in Bezug auf die Abstufung untereinander. Werden die Gewichtungsmerkmale dokumentiert, erhöht dies die Transparenz.

Befolgt der Ordnungspflichtige die ihm auferlegte Verpflichtung nicht innerhalb der mit der Zwangsgeldandrohung verbundenen Frist, setzt die Vollstreckungsbehörde das Zwangsgeld fest. Die Beitreibung unterbleibt nur dann, wenn der Verpflichtete die ihm auferlegte Handlung noch nachträglich durchführt (§ 60 Abs. 3 VwVG). In 2002 wurde § 60 Abs. 3 S. 2 VwVG NRW folgender Halbsatz angefügt : ***"...ein Zwangsgeld ist jedoch beizutreiben, wenn der Duldungs- oder Unterlassungspflicht zuwidergehandelt worden ist, deren Erfüllung durch die Androhung des Zwangsgeldes entsprechend erreicht werden sollte[4]."*** Diese ergänzende Regelung normiert nunmehr ausdrücklich die nach dem Normzweck bereits für die jetzige Rechtslage vorgenommene einschränkende Auslegung von § 60 Abs. 3 S. 2 durch das OVG Münster[5]. Die Fortsetzung der Vollstreckung kann zwar die bereits geschehene Zuwiderhandlung gegen das Verbot (Gewerbeuntersagung) nicht rückgängig machen, jedoch ist die Androhung nur dann geeignet, von Anfang an den zur Einwirkung auf den Pflichtigen notwendigen Druck auszuüben, wenn diesem bewusst ist, dass jede Zuwiderhandlung ohne weiteres die Festsetzung und Beitreibung des Zwangsgeldes nach sich zieht (OVG Münster, NVwZ-RR 1990 S.17, 18). Bei Verstoß gegen ein **Unterlassungsgebot** kann ein Zwangsgeld auch dann festgesetzt und beigetrieben werden, wenn wegen Fristablaufs oder Erledigung eine weitere Zuwiderhandlung nicht mehr möglich ist. Entscheidend ist insofern allein, dass der Verstoß nach der Androhung und während der Zeit, in der die vollstreckbare Ordnungsverfügung galt, erfolgt ist[6]. Die fortgesetzte Beitreibung kommt nur wegen solcher Verstöße in Betracht, die innerhalb der Zeitspanne des Verbotes begangen wurden. Nicht erforderlich ist, dass zunächst wegen des ersten Verstoßes gegen das Verbot ein Zwangsgeld festgesetzt und beigetrieben wird. Das Zwangsgeld kann vielmehr für jeden Fall der Zuwiderhandlung festgesetzt und anschließend beigetrieben werden. § 65 Abs. 3 (Der Vollzug ist einzustellen, u.a. sobald sein Zweck erreicht ist) findet keine Anwendung, wie § 65 Abs. 3 Satz 2 nunmehr ausdrücklich klarstellt (LT-Drs. 13/3192 S. 69). Laut § 65 Abs. 3 Satz 2

[4] s. hierzu auch Beschluss d. VG Düsseldorf v. 22.1.2010, AZ 27 L 1421/09 sowie OVG NRW, Beschluss v. 2.6.2010, AZ 13 B 191/10

[5] Vgl. OVG NRW, DVBl. 1989 S.889ff., OVG NW, NVwZ-RR 1990 S.17 ff., OVG NW NVwZ-RR 1992 S.517 ff.

[6] OVG Münster, NWVBl. 1993 S.195; ständige Rspr. vgl. auch OVG NRW, Beschl.v. 21.2.2008-7 B 81/08, 10.11.2006-10 B 1941/06-,12.5.2011-2 A 192/10-, Urt. v. 9.2.2012- 5 A 2152/10), Kommentar Weißauer/Lenders: Verwaltungsgesetze NRW, S. 329/330, Nr. 9

bleibt § 60 Abs. 3 unberührt[7]. Auf die Beitreibung von Zwangsgeldern finden die Vorschriften des Ersten Abschnittes des VwVG NRW Anwendung.

In einigen Gewerbeuntersagungsverfahren wurden Ordnungsverfügungen erlassen, wonach der Gewerbetreibende, u.a. das Gewerbe einzustellen hat. Dem Gewerbetreibenden wird untersagt, sein Gewerbe fortzuführen. Sofern er das Gewerbe nicht bei der örtlichen Ordnungsbehörde abmeldet, verstößt er gegen die Untersagungsverfügung. Nach Androhung wurden Zwangsgelder festgesetzt, weil der Gewerbetreibende sein Gewerbe noch nicht abgemeldet hatte. Obwohl Festsetzungsbescheide bestandskräftig wurden und der Gewerbetreibende erst nach Bestandskraft der Aufforderung nachkam, das Gewerbe abzumelden, wurde das Zwangsgeld abgesetzt und es kam nicht mehr zur Betreibung.

Entscheidend für die Beurteilung, ob Zwangsgelder im weiteren Verfahren beizutreiben sind oder nicht, ist letztlich, ob es sich bei einer Gewerbeuntersagung um eine **Unterlassungspflicht** für den Gewerbetreibenden oder eine **Handlungspflicht** handelt. Das Fachamt vertritt die Auffassung, dass dem Gewerbetreibenden mit der Untersagungsverfügung diverse Handlungspflichten auferlegt werden, z.B. Abmeldung bei der örtlichen Ordnungsbehörde oder Mitteilung an die Berufsgenossenschaft etc. Die Rechnungsprüfung verneint grundsätzlich nicht, dass der Gewerbetreibende nach einer Untersagungsverfügung, bestimmte Handlungen vornehmen muss, sieht aber bei einer Untersagungsverfügung den Tatbestand der Unterlassung im Vordergrund. Ziel ist es, dem Gewerbetreibenden, der sich als unzuverlässig erwiesen hat, die Ausübung des Gewerbes für längere Zeit zu untersagen.

Bei der Vorlage von Prüfberichten handelt es sich hingegen unstrittig um eine **Handlungspflicht** und nicht um eine Unterlassungspflicht. Die Beitreibung des Zwangsgeldes unterbleibt nur dann, wenn der Verpflichtete die ihm auferlegte Handlung noch nachträglich durchführt (§ 60 Abs.3 Satz 2 VwVG NRW)[8]. Insofern war es in diesem Bereich korrekt, die Zwangsgelder abzusetzen.

Der Verwaltung wird empfohlen, die Frage, ob die Gewerbeuntersagung eine Unterlassungspflicht oder Handlungspflichten nach sich zieht, durch Einschaltung des hiesigen Rechtsamtes klären zu lassen. Vom Beurteilungsergebnis des Rechtsamtes hängt es ab, wie mit der Zwangsgeldbeitreibung im Wirkungskreis des § 35 GewO zu verfahren ist.

Die Gewerbeuntersagungsverfügungen verpflichten den Gewerbetreibenden,

a) die Gewerbeausübung einzustellen,
b) ausschließlich gewerblich genutzte Betriebsräume zu schließen und
c) die gewerbliche Nutzung von Kraftfahrzeugen sowie
d) jegliche auf die erneute Ausübung der untersagten Gewerbe gerichteten Handlungen zu unterlassen.

Die Gewerbetreibenden sollen nach Ablauf eines Monats nach Bestandskraft der Ordnungsverfügung nachzukommen und das Gewerbe nicht mehr ausüben (Indikator Gewerbeabmeldung). Oftmals wird nach Missachtung der Ordnungsverfügung erneut eine Frist eingeräumt.

[7] Kommentar Weißauer/Lenders: Verwaltungsgesetze NRW, S. 330, Nr.9
[8] Kommentar Weißauer/Lenders: Verwaltungsgesetze NRW, S. 329, Nr.8

Gemäß § 64 VwVG setzt die Vollzugsbehörde das Zwangsmittel fest, wenn die Verpflichtung innerhalb der Frist, die in der Androhung bestimmt ist, nicht erfüllt wird. Eine nochmalige Fristsetzung hätte daher auch aus gesetzlicher Sicht unterbleiben können. Die Zwangsgeldfestsetzung ist zukünftig unmittelbar nach Fristablauf durchzuführen. Ferner wird seitens der Rechnungsprüfung bemängelt, dass die Untersagungsverfügung in den Punkten b) und c) gar nicht mehr überprüft bzw. fortgeführt wird. Es wird lediglich anhand der Gewerbeabmeldung überprüft, ob das Gewerbe im Sinne von Punkt a) der Androhung eingestellt wurde. Für die Punkte b) bis d) wurde aber auch Zwangsgeld angedroht, so dass dieses auch festgesetzt werden müsste, um den Bescheid nicht ad absurdum zu führen. Punkt d) kann hierbei vernachlässigt werden, da er sich auf die erneute Ausübung und somit auf die Zukunft bezieht. Zu Punkt b) schlägt die Rechnungsprüfung einen Austausch mit den örtlichen Ordnungsbehörden vor, welche die Gewerbeaufsicht ausüben. Zu c) wäre eine Zusammenarbeit mit dem hiesigen Straßenverkehrsamt zu erörtern.

2. Bußgeld

Das Bußgeld ist eine verwaltungsrechtliche Sanktion bei Ordnungswidrigkeiten. Bei gravierenderen Verstößen greift in der Regel das Strafrecht. Rechtliche Grundlage ist das Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG). Für das Verhängen einer Geldbuße muss ein Bußgeldverfahren durchgeführt werden.

Ordnungswidrig im Rahmen der geprüften Schwerpunktthemen handelt, wer nach § 144 Abs. 1 Nr. 1 h) GewO **ohne die erforderliche Erlaubnis** nach § 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GewO den Abschluss von Verträgen der dort bezeichneten Art vermittelt oder die Gelegenheit hierzu nachweist oder nach § 144 Abs. 2 Nr. 5 GewO **einer vollziehbaren Auflage** nach § 34 c Abs.1 Satz 2 GewO **zuwiderhandelt** etc. Das Bußgeld kann in diesen Fällen laut § 144 Abs. 4 GewO bis zu 5.000 € betragen.
Bußgeldverfahren sind demnach möglich, wenn der Gewerbetreibende unzuverlässig ist und der vollziehbaren Anordnung zuwider handelt. Nach § 18 Nr. 12 MaBV handelt ordnungswidrig im Sinne des § 144 Abs. 2 Nr. 6 GewO, wer einen Prüfbericht oder eine Negativerklärung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig vorlegt. Das Fachamt hat für diesen Aufgabenbereich einen sog. **Bußgeldkatalog** entwickelt[9]. Die Höhe des für den konkreten Verstoß festzusetzenden Bußgeldes richtet sich nach der Anzahl der bisherigen Fristüberschreitungen, d.h. je öfter die Vorlagepflicht bisher versäumt wurde, umso höher wird das Bußgeld sein. Für die erste Fristüberschreitung wird eine Belehrung erteilt. Bei der fünften Überschreitung erfolgt die Androhung, dass bei der nächsten Überschreitung das Erlaubniswiderrufsverfahren eingeleitet wird. Bei der sechsten Fristüberschreitung wird dann zusätzlich zum Bußgeldverfahren das Erlaubniswiderrufsverfahren wegen persönlicher Unzuverlässigkeit eingeleitet.

Eine Staffelung der Beträge ist sinnvoll. Das Fachamt hat die Überlegungen hierzu nachvollziehbar dargelegt und eine praktikable Lösung gefunden. Die Auslegung dahingehend, das Erlaubniswiderrufsverfahren wegen persönlicher Unzuverlässigkeit einzuleiten, wird seitens der Rechnungsprüfung befürwortet.

Ordnungswidrig handelt nach § 146 Abs. 1 Nr. 1 GewO ferner, wer vorsätzlich oder fahrlässig einer **vollziehbaren Anordnung** nach § 35 Abs. 1 Satz 1 oder 2 GewO **zuwiderhandelt**. Das Bußgeld kann hier ebenfalls bis zu 5.000,00 € betragen (§ 146 Abs.3 GewO). Stellt jemand sein Gewerbe nicht ein, welches durch Ordnungsverfü-

[9] Vermerk Fachamt vom 22.07.2010

gung untersagt wurde, ist folglich nicht nur zu prüfen, ob das Zwangsgeldverfahren fortgesetzt wird, sondern es ist auch zu eruieren, ob ein Ordnungswidrigkeitenverfahren eingeleitet werden muss. Dies ist bisher nicht geschehen.

In einem Kommentar zu § 146 GewO[10] (Zuwiderhandlungen gegen vollziehbare Anordnungen, Randziffer 6) heißt es: "*Unabhängig von der Durchführung eines Bußgeldverfahrens kann die Befolgung der Untersagungsanordnung mit den Mitteln der Verwaltungsvollstreckung erzwungen werden.*" Folglich sind Ansprüche sowohl in Bezug auf das Zwangsgeld als auch auf das Bußgeld grundsätzlich zu realisieren oder zumindest, bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen, zu überprüfen.

Die Zuwiderhandlung im Bereich der Gewerbeuntersagungen stellt gem. § 146 Abs.1 Nr.1 GewO eine Ordnungswidrigkeit dar. Grundsätzlich kann demnach ein Ordnungswidrigkeitenverfahren eingeleitet werden. Nach § 47 Abs.1 OWiG liegt die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im pflichtgemäßen Ermessen der Verfolgungsbehörde. Das entgangene Bußgeld stellt grundsätzlich einen Einnahmeverzicht dar. Daher muss in der Akte notiert werden, aus welchen Gründen die Ordnungsbehörde ggf. auf eine Verfolgung der Ordnungswidrigkeit verzichtet. Eine Nachvollziehbarkeit der Bemessung des Bußgeldes im Rahmen des § 35 c GewO ist, wie beim Zwangsgeld, ebenfalls zu gewährleisten.

3. Gebühren

Grundlage für die Erhebung von Gebühren ist das Gebührengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen. Nach § 2 Abs.1 GebG NRW werden die einzelnen Amtshandlungen, für die Gebühren erhoben werden, und die Gebührensätze in Gebührenordnungen bestimmt. Maßgeblich ist insofern die Allgemeine Verwaltungsgebührenordnung für Nordrhein-Westfalen (AVerwGebO). Der Gebührentarif für das Gewerberecht ist der Tarifstelle 12 zu entnehmen. Nach einer Änderung der Verordnung fallen die Amtshandlungen der Tarifstelle 12.10.1.1 in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/123/EG. Dasselbe gilt für Amtshandlungen nach Tarifstelle 12.10.2, soweit sie sich auf gewerbliche Betätigungen nach § 34 c Abs.1 Nummer 1 und 3 GewO beziehen sowie Amtshandlungen nach Tarifstelle 12.11.1 (Entscheidung über die Gestattung der Fortführung des Betriebes durch einen Stellvertreter gem. § 35 Abs. 2 GewO) und Tarifstelle 12.11.2 (Entscheidung über die Wiedergestattung der Ausübung des Gewerbes (§ 35 Abs. 6 GewO). Die Gebührenfestsetzung ist daher **auf den Verwaltungsaufwand begrenzt**. Sind Rahmensätze für Gebühren vorgesehen, so sind bei der Festsetzung der Gebühr im Einzelfall der mit der Amtshandlung verbundene Verwaltungsaufwand zu berücksichtigen (§ 9 Abs.1 Nr.1 GebG NRW). Das Ministerium für Inneres und Kommunales hat zuletzt mit Erlass vom 22.09.2014 eine Neuberechnung der Richtwerte für die Berücksichtigung des Verwaltungsaufwandes bei der Festlegung der nach dem Gebührengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen zu erhebenden Verwaltungsgebühren vorgenommen. Aktuell beträgt der Stundensatz, der für die Berechnung des Verwaltungsaufwandes empfohlen wird, beispielsweise für den gehobenen Dienst 65 €.

Bei folgender Tarifstelle der AVerwGebO ergibt sich eine andere Gebührenregelung:

12.10.1.2 Entscheidung über die Erlaubnis zur Ausübung des Gewerbes der Darlehensvermittlung (§ 34 c Abs.1 Nr.2 GewO) → 200 bis 3.500 €

[10] Landmann/Rohmer, Kommentar zur GewO, Band I

Insbesondere im Bereich des § 34 c GewO in Verbindung mit der MaBV wurden die Gebühren den Gesetzesänderungen der Tarifstelle angepasst. Die Anpassung der einzelnen Tätigkeiten wurden unter Berücksichtigung der jeweils geltenden Gesetzeslage vorgenommen. Die Entwicklung sowie Staffelungen wurden nachvollziehbar in Vermerken[11] festgehalten.

Im Regelungsbereich des § 35 GewO wird allerdings seitens der Rechnungsprüfung nahegelegt, Gebühren unter Berücksichtigung der aktuellen Gesetzeslage in einem Vermerk festzulegen.

Bei einem Antrag auf Wiedergestattung des Gewerbes nach § 35 Abs. 6 GewO wurde im Bescheid ein falscher Gebührenrahmen festgestellt, der aufgrund von EU-Regelungen nicht mehr gilt (s.o.). Die Rechtsgrundlage ist insofern falsch ausgelegt worden. Die Gebühr ist auf den Verwaltungsaufwand begrenzt. Die Höhe der Gebühr war ebenfalls nicht aktuell. Die Gebührenfestsetzung und Entwicklung sollte auch im Bereich des Gewerberechts nach § 35 GewO im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften erfolgen. Die bereits gewonnenen Erkenntnisse im anderen Aufgabenbereich sollten übertragen werden.

Prüfbemerkung B 3
Die Rechnungsprüfung hat in Anwendung der Rechtsbereiche Verwaltungsvollstreckung, Ordnungswidrigkeitenrecht sowie Gebührenrecht o.g. Feststellungen getroffen. Es wird deutlich, dass die Gewerbeuntersagungsverfahren Kenntnisse in weiteren komplexen Rechtsgebieten voraussetzen. Um souveräne Rechtssicherheit in der Anwendung unterschiedlicher Rechtsgebiete zu gewährleisten, sollte die Verwaltung geeignete Maßnahmen ergreifen, um die Qualität der Aufgabenerledigung sicherzustellen, beispielsweise durch regelmäßige Fortbildungsmaßnahmen in den o.g. Rechtsgebieten oder der Anschaffung von geeigneter Fachliteratur.
Aus Sicht der Rechnungsprüfung ist bei den allgemeinen sowie Einzelprüffeststellungen zu berücksichtigen, dass das Rechts- und Ordnungsamt am 01.10.2010 in seiner Aufbaustruktur verändert wurde. Die Aufgabe Recht wurde Amt 63 zugeordnet. Bis zum 01.10.2010 wurden nach Informationen des Fachamtes[12] die Gewerbeuntersagungsverfahren ausschließlich vom damaligen Sachgebietsleiter wahrgenommen, welcher nach der Umstrukturierung zunächst als stellvertretender Amtsleiter, bei gleichzeitiger Sachgebietsleitung, und später als Amtsleiter ohne Stellvertreter fungierte. Am 01.08.2011 folgte zudem die Eingliederung der Ausländerbehörde der Stadt Düren in die vorhandene Ausländerbehörde, wodurch sich die Zahl der zu betreuenden ausländischen Mitbürger verdoppelte. Zusätzlich wurde aufgrund der Gesetzesänderung zum 01.11.2011 der elektronische Aufenthaltstitel eingeführt, was mit einer enormen Veränderung der Arbeitsläufe und Zunahme des Aufwandes für das Fachamt verbunden war. Aufgrund der Aufgabenkumulation kam die Sachbearbeitung im Bereich der Gewerbeuntersagungen vollständig zum Erliegen. Erst nach 16,5 Monaten, am 13.02.2012, übernahm eine Mitarbeiterin den Aufgabenbereich der Gewerbeuntersagungen. Die offenkundig gewordenen Defizite sind daher Ergebnis einer durchgeführten Organisationsänderung sowie damit verbundener mangelnder Personalausstattung. Die vorstehenden Hinweise, Anmerkungen und Empfehlungen der Rechnungsprüfung erfordern eine Beurteilung durch die Verwaltung.

[11] Vermerke des Fachamtes v. 15.12.2009, 10.7.2013 u. 18.12.2013
[12] Mail vom 16.09.2014

Stellungnahme der Verwaltung:

Einen breiten Raum nehmen die Ausführungen zum Zwangsgeld ein. Die Rechnungsprüfung empfiehlt der Verwaltung, die aus seiner Sicht offene Frage, ob die Gewerbeuntersagung eine Unterlassungs- oder Handlungspflicht nach sich zieht, durch das Rechtsamt klären zu lassen. Die Frage wurde bereits während der Prüfung kontrovers diskutiert. Aus Sicht der Verwaltung ist der Sachverhalt eindeutig. Der von einer Gewerbeuntersagung betroffene Betriebsinhaber muss erst sein Gewerbe aktiv einstellen, dazu gehören z.B. Mitteilungen an die zuständige Kammer, an das Finanzamt, an die Berufsgenossenschaft, Abmeldung des Betriebes bei der Gewerbemeldestelle, Information der Lieferanten, Information der Kunden u.v.m.. Mit diesen aktiven Handlungen erfolgt die Einstellung der Gewerbeausübung im Sinne des Buchstaben a) der jeweiligen Ordnungsverfügung. Die von der Rechnungsprüfung in den Blick genommene Unterlassungspflicht ergibt sich aus Buchstabe d) der Ordnungsverfügung. So hat aktuell das Verwaltungsgericht Aachen auf Antrag des Fachamtes einen Haftbefehl gegen einen Gewerbetreibenden erlassen, weil er sein Gewerbe trotz Zwangsgeldfestsetzung und erfolgloser Beitreibung bei der zuständigen Gemeindeverwaltung nicht abgemeldet hat. Demnach sah auch das Verwaltungsgericht Aachen die Notwendigkeit aktiven Handelns und nicht einer Unterlassung durch den Betroffenen. Ziel einer Gewerbeuntersagung ist nicht nur die Ausübung des Gewerbes für eine längere Zeit zu untersagen. Vordringliches Ziel ist die Einstellung des noch aktiven Gewerbes, erst danach greift die Verpflichtung, künftig keine Gewerbe mehr auszuüben.

Die Praxis, nach Ablauf der Frist zur Einstellung des Gewerbes eine erneute Frist einzuräumen, erfolgt aus Praktibilitätsgründen. Die Verwaltung hat die Erfahrung gemacht, dass bei einem erneuten Hinweis auf die notwendige Abwicklung des Betriebes dem in aller Regel nachgekommen wird. Nur in wenigen Fällen erfolgt dies nicht und zieht auch unverzüglich die Festsetzung eines Zwangsgeldes nach sich. Der Hinweis auf die notwendige Abmeldung erfolgt in der Regel noch vor Ablauf der in der Ordnungsverfügung gesetzten Frist und nur ausnahmsweise danach. Durch diese Vorgehensweise wird der Erlass eines Verwaltungsaktes (Zwangsgeldfestsetzung), eine Sollstellung des Zwangsgeldes und in der Folge dessen Absetzung vermieden. Aus verwaltungsökonomischen Gründen hat sich diese Vorgehensweise bewährt.

Die mögliche Durchführung von Bußgeldverfahren nach § 146 Abs.1 Nr.1 GewO wird künftig in jedem Einzelfall geprüft.

Die Ausführung der Rechnungsprüfung zur Gebührenbemessung sind zutreffend. Die seit 2010 bestehende Beschränkung auf den Verwaltungsaufwand bei Wiedergestattungsverfahren nach § 35 Abs. 6 GewO wird ab sofort beachtet:

Abschließende Bewertung durch die Rechnungsprüfung
Die Ausführungen der Verwaltung hinsichtlich der Frist bei Zwangsgeldfestsetzungen, der Durchführung von Bußgeldverfahren nach § 146 Abs. 1 Nr. 1 der GewO, der Gebührenbemessung im Allgemeinen sowie der Gebührenbemessung bei Fällen des § 35 Abs. 6 GewO entsprechen dem Ansinnen des RPA. Die Prüfbemerkung ist insofern ausgeräumt, wobei sich das RPA vorbehält, die von der Verwaltung ergriffenen Maßnahmen zu gegebener Zeit nochmals aufzugreifen.
Die Rechnungsprüfung vertritt trotz der Erläuterungen der Verwaltung weiterhin die Auffassung, dass die Problematik, ob die Gewerbeuntersagung eine Duldungs- oder Handlungspflicht darstellt, durch das hiesige Rechtsamt geklärt werden sollte, um abschließende Rechtssicherheit zu erlangen. Unabhängig davon bittet die

Rechnungsprüfung um Vorlage einer Kopie des Urteils. Die Verwaltung sollte das RPA über den Fortgang der Prüfung durch das Rechtsamt unterrichten.
Die Verwaltung hat sich in Ihrer Stellungnahme weder zu den vorgeschlagenen Maßnahmen der Rechnungsprüfung geäußert, geeignete Fachliteratur anzuschaffen noch die Qualität der Aufgabenerledigung durch den Besuch von Fortbildungsmaßnahmen zu unterstützen. Zu den Anmerkungen zur Personalausstattung wurde ebenfalls nicht Stellung genommen, es wurde lediglich ein personeller Engpass eingeräumt. Darüber hinaus fehlen Aussagen zum Inhalt der Gewerbeuntersagungsverfügungen. Eine Ausräumung dieser Prüfbemerkungsinhalte steht daher noch aus.

Bei der Bearbeitung von Erlaubniserteilungen und Gewerbeuntersagungen handelt es sich um einen sogenannten korruptionsgefährdeten Bereich im Sinne von § 19 KorruptionsbG. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Sachgebietes 32/2 wurden im Rahmen einer Besprechung durch die Amtsleitung für die Thematik sensibilisiert. Auf Anregung des Dezernenten ist sogar eine Infoveranstaltung für das gesamte Amt geplant. Zur Minimierung des Risikos hat sich die Amtsleitung die Unterzeichnung sämtlicher Bescheide und Ordnungsverfügungen im geprüften Bereich vorbehalten (4-Augen-Prinzip).

Die Rechnungsprüfung bescheinigt den Führungskräften bezugnehmend auf die Korruptionsprävention ein hohes Problembewusstsein vor allem im Hinblick auf die Fürsorgepflicht gegenüber den Beschäftigten.

Abschließend ist die positive Grundhaltung der Amtsleitung und der Sachbearbeiter, Hinweise als Anregung aufzunehmen und nicht als Kritik zu empfinden, positiv hervorzuheben. Zudem war zu jeder Zeit Gesprächsbereitschaft vorhanden und Fragen wurden zeitnah beantwortet.