

Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie
und Tourismus | Postfach 71 28 | 24171 Kiel

Landrätinnen und Landräte
der Kreise und
(Ober-) Bürgermeisterinnen und Bürgermeister der
kreisfreien Städte
als Kreisordnungsbehörde

Dithmarschen	Hzgt. Lauenburg	Nordfriesland
Ostholstein	Plön	Pinneberg
Rendsburg-Eckernförde		Segeberg
Steinburg	Stormarn	Schleswig-Flensburg
Flensburg	Neumünster	Lübeck Kiel

Ihr Zeichen: /
Ihre Nachricht vom: /
Gz: VII 137 / VII 138 – 4667/2019
E-Mail vom: 04. Februar 2019
/


Telefon: +49 431 988 - 4588

nur per E-Mail

25. Februar 2019

Rechtliche Wirkung des § 37 Abs. 4 Satz 1 ProStSchG Hinweise zur Prüfung des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO in Fällen der Tätigkeit eines Prostitutionsbetreibers ohne Zulassung

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit der Einführung des ProstSchG entstand der gesetzliche Erlaubnisvorbehalt für Prostitutionsbetriebe, die bis dahin keiner gewerberechtlichen Zulassungspflicht unterworfen waren. Bei Erfüllung der Anzeige- und Antragsvoraussetzungen des § 37 Abs. 2 ProstSchG gelten für Betreiber von vor Ablauf des Jahres 2017 bestehenden Betrieben Übergangsregelungen nach § 37 ProstSchG.

1. Rechtliche Wirkung des § 37 Abs. 4 Satz 1 ProstSchG

Betreibern von Prostitutionsgewerben, welche die Anforderungen des § 37 Abs. 2 ProstSchG fristgerecht erfüllt haben, vermittelt § 37 Abs. 4 Satz 1 ProstSchG das Recht, ihr Gewerbe bis zur Entscheidung über ihren Erlaubnisantrag erlaubt fortzuführen, soweit kein behördliches Handeln nach § 37 Abs. 4 Satz 2 oder Satz 3 ProstSchG angezeigt ist. Die erlaubte Fortführung des Prostitutionsbetriebes ist gesetzlich befristet. Die Befristung endet mit Bedingungseintritt, d. h. mit dem Bekanntgabezeitpunkt der behördlichen Entscheidung über den Erlaubnisantrag. Das vorübergehend gewährte Recht erlischt, ohne förmlich widerrufen werden zu müssen.

Der Wortlaut des § 37 Abs. 4 Satz 1 ProstSchG fingiert ein befristet erlaubtes Tun und enthält nicht die durch § 111a LVwG bzw. § 42a VwVfG gesetzlich definierten

Wirksamkeitsvoraussetzungen für fingierte Genehmigungen mit Verwaltungsaktqualität. Der Gesetzesbegründung zum Prostituiertenschutzgesetz ist nichts anderes zu entnehmen.

Die Antragsteller nach § 37 Abs. 2 ProstSchG haben also auch vor Bekanntgabe einer ablehnenden Entscheidung keine Zulassung nach dem ProstSchG. Die Fortsetzung ihrer Tätigkeit gilt nach Bekanntgabe einer Ablehnung nur nicht länger als erlaubt.

2. Hinweise zur Prüfung des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO

Wird ein zulassungspflichtiges Gewerbe ohne Zulassung betrieben, so hat die zuständige Behörde die Verhinderung der Fortsetzung bzw. Schließung des Betriebes auf der Grundlage des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO zu prüfen. Eine hierauf basierende Verfügung ist ein Verwaltungsakt, der auf die Unterlassung einer Handlung gerichtet ist, hier die erlaubnispflichtige Tätigkeit ohne Zulassung. Die Schließungsverfügung ist selbst kein Vollstreckungsmittel, sondern schafft für ggfls. notwendig werdende Verwaltungsvollstreckungsmaßnahmen die formalrechtliche Zulässigkeitsbasis (allg. Vollzugsverfahren nach §§ 228 f. LVwG).

Tatbestandsseitig wird das Fehlen einer erforderlichen Zulassung vorausgesetzt. So kommt es für den Einstieg in die Ausübung des in der Rechtsfolge eröffneten behördlichen Ermessens grundsätzlich nur auf die formelle Illegalität an, ungeachtet des Grundes für das Fehlen der Zulassung.

Das auf der Rechtsfolgenseite eröffnete Ermessen und die darin enthaltene Verhältnismäßigkeitsprüfung geben der Behörde den Prüfungsrahmen, um sämtliche Aspekte des Einzelfalles in ihre Abwägung einstellen und betriebs- und betreiberbezogen differenziert entscheiden zu können, ob, wann und wie sie einschreitet.

Erst bei der ordnungsgemäßen Ausübung des Ermessens sind die besonderen Aspekte des Einzelfalles und etwaige Gründe des Fehlens der Erlaubnis zu berücksichtigen.

Die fallbezogene Sachverhaltsprüfung auf der Rechtsfolgenseite des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO ist nicht anders als bei anderen Gewerbebetreibenden, die ohne Zulassung tätig sind. Insoweit gehört ein Prostitutionsgewerbebetrieb ebenso zur Gruppe der erlaubnispflichtigen Gewerbebetriebe wie ein Spielhallen- oder ein Bewachergewerbe.

Mit Blick auf das ProstSchG werden nachfolgend mögliche Fallkonstellationen und dazugehörige Prüfüberlegungen skizziert.

2.1 Neubetreiber ohne Erlaubnis oder Altbetreiber ohne Erstantrag:

Sind neue oder bisher tätige Betreiber erkennbar ohne erforderliche Zulassung oder ohne Erstantrag tätig, wirkt die Behörde auf die Antragstellung hin. Legt der Betroffene vollständige Antragsunterlagen vor, wäre eine Schließungsverfügung zu diesem Zeitpunkt ermessensfehlerhaft.

Wirkt der Betroffene nicht mit, wird die Behörde die Schließung zu verfügen haben. Auf die materielle Genehmigungsfähigkeit kommt es an dieser Stelle nicht an. Gegen eine

Schließungsverfügung kann der Betroffene Widerspruch mit aufschiebender Wirkung einlegen.

2.2 Abgelehnte Altbetreiber nach fristgerecht gestelltem Erstantrag:

Den Antragstellern, die der Wirkung des § 37 Abs. 4 Satz 1 ProstSchG unterfallen, kann die Behörde zunächst separat die Ablehnungsentscheidung bekanntgeben und abwarten, ob der Betrieb von selbst eingestellt wird. Liegt kein besonderes Vollziehungsbedürfnis nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO vor, das ein eiliges Verhindern der weiteren Tätigkeit erfordert, wird zunächst ein aus den besonderen Gegebenheiten des betroffenen Betriebes begründbares Abwarten auch geboten sein. Hier gilt es insofern zu berücksichtigen, dass ein bisher erlaubnisfreies Gewerbe erst mit Inkrafttreten des ProstSchG erlaubnispflichtig wurde.

Wird nach dieser Zeit des Abwartens erkennbar, dass der Adressat seinen Betrieb nicht schließt, wird die Behörde eine Schließungsverfügung erlassen und damit die rechtliche Grundlage für die Möglichkeit der späteren Verwaltungsvollstreckung schaffen. Der Betroffene kann Widerspruch mit aufschiebender Wirkung gegen die Schließungsverfügung erheben, es sei denn, ausnahmsweise wurde die sofortige Vollziehbarkeit nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO angeordnet.

Während der aufschiebenden Wirkung im Widerspruchsverfahren gegen die Schließungsverfügung ist ihre Verwaltungsvollstreckung nicht zulässig. Obwohl die Tätigkeit des Betriebes seit der Ablehnung des Erlaubisantrages rechtswidrig ist, wäre eine Vollstreckung der Schließung während des Widerspruchsverfahrens gem. § 229 Abs. 1 Nr. 1 LVwG unzulässig.

Erst mit Ablauf der Widerspruchsfrist, also nach Eintritt der Unanfechtbarkeit, dürfte die Schließung vollstreckt werden.

Die Prüfung und Entscheidung über das Erfordernis einer Schließungsverfügung sowie über die Zulässigkeit ihrer Vollstreckung ist in dieser Konstellation jedenfalls unabhängig davon, ob gegen die Ablehnung des Antrages auf Erteilung einer Erlaubnis eines Prostitutionsgewerbes Widerspruch eingelegt wurde.

2.3 Betreiber ohne Erlaubnis nach Rücknahme oder Widerruf:

Anders verhält es sich, sofern eine nach § 12 ProstSchG bereits erteilte Erlaubnis gemäß § 23 ProstSchG oder §§ 116, 117 LVwG zurückgenommen oder widerrufen werden sollte. Hiergegen kann der Betroffene mit aufschiebender Wirkung Widerspruch erheben. Dies steht dem Erlass einer Schließungsverfügung entgegen.

Kann die Behörde jedoch fallbezogen in ihren Ermessenserwägungen darlegen, aus welchen Anhaltspunkten sie ableitet, dass der Adressat seinen Betrieb nicht eigenständig schließen wird, ist die Verbindung der Aufhebungsentscheidung mit der Schließungsverfügung zulässig. Ein Widerspruch gegen diese verbundenen Entscheidungen hätte ebenfalls aufschiebende Wirkung. Dies steht der

Verwaltungsvollstreckung der Schließungsverfügung gem. § 229 Abs. 1 Nr. 1 LVwG entgegen. Dies gilt ebenso bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist, wenn kein Widerspruch erhoben wird.

Nur in Fällen mit Eilbedürftigkeit hat die Behörde unter den Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO in Verbindung mit Abs. 3 VwGO beide Verfügungen zu kombinieren und zusätzlich die sofortige Vollziehbarkeit anzuordnen. Ein Widerspruch hätte in dieser Konstellation keine aufschiebende Wirkung. Die Schließung könnte also trotz Widerspruchs gegen die beiden zugrundeliegenden Entscheidungen in einem Verwaltungsvollstreckungsverfahren durchgesetzt werden, es sei denn, der Adressat begehrt vorläufigen Rechtsschutz gemäß § 80 Abs. 5 VwGO vor dem Verwaltungsgericht.

Auch im Falle eines besonderen Vollziehungsbedürfnisses nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO gilt es jedoch, das Gebot des effektiven Rechtsschutzes zu beachten. Dem Betroffenen ist nach Bekanntgabe zeitlich die Möglichkeit zu geben, die Rechtmäßigkeit der Rücknahme bzw. des Widerrufs durch Anrufung des Verwaltungsgerichtes mit einem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz überprüfen zu lassen, bevor die Behörde Maßnahmen zur angeordneten sofortigen Vollziehung tatsächlich einleitet. Insoweit wird beispielsweise Bezug genommen auf OVG NRW, Beschluss vom 18.07.2018, 4B179/18, Rn 42.

Mit freundlichen Grüßen

gez.

████████████████████