

15 K 6512/19

Verwaltungsgericht Düsseldorf

Urteil

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache

Frau Marita Wagner, Birkerstraße 1, 42651 Solingen

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Paulsen & Kollegen,  
Am Neumarkt 41, 42651 Solingen

gegen

die Stadt Solingen - Ordnungsamt -, vertreten durch den  
Oberbürgermeister, Walter-Schell-Platz 1, 42651 Solingen

- Beklagte -

hat das Verwaltungsgericht Düsseldorf, 15. Kammer,

durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht  
Meier, die Richterin am Verwaltungsgericht Wieczorek, den  
Richter Müller, die ehrenamtliche Richterin Peter, den  
ehrenamtlichen Richter Rolfmann,

am 13.02.2020 im schriftlichen Verfahren für Recht  
erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Rechtsmittel: Antrag auf Zulassung der Berufung, §§ 124, 124a I, IV VwGO

### **Tatbestand**

Die Klägerin wendet sich gegen die Untersagung der Ausübung eines Gewerbes sowie die Androhung eines Zwangsmittels.

Die Klägerin meldete am 11.08.2010 bei der Beklagten einen Gewerbebetrieb "Facility Managemen Wagner" mit Sitz in der Weiyersberger Straße 66, 42655 Solingen, an. Ob die Klägerin den Betrieb derzeit führt, ist zwischen den Parteien streitig.

Nachdem die Klägerin den Betrieb nach Anmeldung für einige Jahre geführt hatte, erlitt sie ab dem Jahr 2016 private Schicksalschläge. Unter anderem starb ihre Schwester, ihr Ehemann verließ sie und sie wurde depressiv.

Mit Schreiben vom 04.02.2019 regte das Finanzamt Solingen an, der Kägerin die Ausübung des Gewerbes zu untersagen. Zu diesem Zeitpunkt bestanden Einkommens- und Umsatzsteuerrückstände in Höhe von 26.115,18 € und ist bis zum 22.08.2019 weiter auf 31.872,55 € angewachsen. In den Jahren 2016-2018 betrug der Gewinn jährlich ca. 15.000 € bis 18.000 € bei einem jährlichen Umsatz von ca. 95.000,00 € bis 110.000,00 €

Zum 21.02.2019 schuldete die Klägerin der AOK Rheinland/Hamburg zudem 3.108,92 € wegen Krankenversicherungsbeiträge. Hierzu hatte die Klägerin eine eidesstattliche Versicherung über ihre Vermögenslage gegenüber dem Amtsgericht Solingen abgegeben (Gz. 279 M 271/17).

Am 12.04.2019 erläuterte die Klägerin gegenüber Frau Aslan, Ordnungsamt, die persönlichen Verhältnisse und sprach über das anhängige Untersagungsverfahren. Der Vereinbarung, binnen 6 Wochen die Regulierung der Forderungen nachzuweisen, kam die Klägerin nicht nach. Sie teilte nur mit, sie habe den Überblick über die Finanzen verloren.

Mit Schreiben vom 02.07.2019 wurde der Klägerin eine Entwurfsfassung eines Untersagungsbescheids zugesendet. Die Klägerin teilte daraufhin mit, dass ihr die Lage bewusst sei und sie begonnen habe, sich professionell beraten und vertreten zu lassen.

Mit Bescheid vom 22.09.2020 (nachfolgend "Bescheid"), zugestellt der Klägerin am 26.09.2020, untersagte die Beklagte der Klägerin die Ausübung des gegenständlichen Gewerbes (Ziff. 1), drohte die Anwendung unmittelbaren Zwangs im Falle des Ablaufes einer Frist von zwei Wochen nach Zustellung des Bescheids an (Ziff. 2) und erklärte die Verfügung unter Ziff. 1 für sofortig vollziehbar (Ziff. 3).

Die Untersagungs begründete die Beklagte im Wesentlichen damit, dass die Klägerin gewerberechtlich unzuverlässig sei, weil sie ihre o.g. Pflichten nachhaltig verletzt habe, trotz wiederholter Aufforderungen keine ernsthaften Bemühungen unternommen habe, ihre Rückstände abzubauen, und insbesondere keinen Konsolidierungsplan

vorgelegt habe, und die Allgemeinheit schädige sowie sich in unerlaubter Weise Vorsprung vor anderen Gewerbetreibenden verschaffe.

Die Zwangsmittelandrohung begründete sich im Wesentlichen damit, dass insbesondere die Androhung eines Zwangsgeldes angesichts der Vermögensverhältnisse folgendlos bleiben dürfte.

Mit Beschluss vom 05.11.2019 eröffnete das Amtsgericht Wuppertal das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Klägerin (Az. 98 IN 163/19). Bereits am 08.08.2019 hatte das Finanzamt Solingen dies beantragt. Mit Beschluss vom 07.10.2019 hatte das Amtsgericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt.

Am 26.09.2020 hat der Prozessbevollmächtigte ein mit<sup>1</sup> "Klage" betitelttes Dokument über das besondere elektronische Anwaltspostfach an das Gericht übersendet. Das Dokument war im DOCX-Format und mit einfacher elektronischer Signatur versehen. Nachdem das Gericht mit Schreiben vom 27.09.2020, zugestellt dem Klägervertreter am 30.09.2020, hat das Gericht den Kläger auf die Unwirksamkeit des Eingangs der Klage hingewiesen. Noch am selben Tag hat der Klägervertreter sodann die Klageschrift nebst Anlage an das Gericht erneut übersendet - per beA und zugleich als Fax, mittels qualifizierter Signatur und im PDF-Format - und die Übereinstimmung mit dem am 26.09.2020 übersendeten Dokument anwaltlich versichert. Zudem hat er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt.

Die Klägerin meint, nicht unzuverlässig zu sein. Insbesondere dürfe seine psychische Erkrankung hierfür

nicht ausreichen, auch seien die Interessen seiner zwei Mitarbeitenden zu berücksichtigen.

Zudem behauptet sie, das Gewerbe am 13.08.2019 aufgegeben zu haben. Sie ist der Auffassung, ihre Untersagungsverfügung sei daher gegenstandslos. Zudem sei sie ermessensfehlerhaft, weil sie - wie zutrifft - keine Ermessenserwägungen zu einer Fortführung nach § 35 I 3 GewO enthalten habe.

Durch das Insolvenzverfahren sei das Verfahren zudem unterbrochen, gem. § 12 GewO sei die Verfügung jedenfalls rechtswidrig geworden, der maßgebliche Zeitpunkt der Beurteilung der Sach- und Rechtslage habe sich verändert und die Androhung des Zwangsmittels dürfe während des Verfahrens nicht stattfinden.

Die Klägerin beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 22.08.2019  
aufzuheben

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie bezieht sich auf die Ausführungen im Bescheid. Darüber hinaus meint sie, die Klage sei bereits unzulässig. Die erste Einreichung sei nicht form-, die andere nicht fristgemäß erfolgt.

Zudem behauptet sie, die Klägerin habe den Gewerbebetrieb nicht aufgegeben. Sie ist dabei der Auffassung, dass einer Fortführung des Verfahrens nach § 35 I 3 GewO jedenfalls nicht entgegenstehe, dass sie keine Ermessenserwägungen im Bescheid hierzu getroffen habe,

weil sie von einer etwaigen Aufgabe - wie unstrittig - keine Kenntnis gehabt hatte.

Die Beteiligten haben im Erörterungstermin vom 23.01.2020 über die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ihr Einverständnis erklärt.

### **Entscheidungsgründe**

Gem. § 101 II VwGO konnte das Gericht ohne mündliche Verhandlung entscheiden.

Die Entscheidung konnte unbeschadet des laufenden Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Beklagten ergehen. Das hiesige Verfahren war insbesondere nicht gemäß § 173 S. 1 VwGO iVm § 240 S. 1 ZPO unterbrochen. Eine Unterbrechung erfolgt hiernach nur, sofern das Verfahren die Insolvenzmasse betrifft, weil nur dann ein Konflikt mit Gläubigerinteressen entstehen und ein Vorrang der Gesamtvollstreckung angenommen werden kann. Das hiesige Verfahren betrifft hingegen persönliche Rechte und Pflichten.

Dies gilt zunächst hinsichtlich der persönlichen Unzuverlässigkeit des Klägerin als Gewerbetreibende (Ziff. 1 des Bescheids). Es gilt aber auch hinsichtlich der Androhung der Zwangsvollstreckung (Ziff. 2 des Bescheids). Zwar erfasst § 140 S. 1 <sup>2</sup> ZPO auch Verfügungen, in denen um Ansprüche gestritten wird, die nur mittelbar die Insolvenzmasse betreffen. Um derartige Ansprüche wird im hiesigen Verfahren jedoch nicht gestritten. Die bloße Androhung eines Zwangsgeldes soll ihrer Natur nach die Vollstreckung aus Ziff. 1 des Bescheids sichern und stellt keinen eigenständigen Anspruch dar, der vorrangig im Wege

der Gesamtvollstreckung im Insolvenzverfahren durchzusetzen wäre. Die Rechtmäßigkeit der Androhung ist für die Frage einer Verfahrensunterbrechung unerheblich.

Die Klage ist ist zulässig (I.), jedoch unbegründet (II.).

I. Die Klage ist zulässig.

1. Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet. Die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, weil die streitgegenständliche Normen § 35 I 1, 3 GewO sowie §§ 13 I, II, 6 I, 9 I lit. c, 12 VwVG einseitig einen Hoheitsträger als solchen berechtigen und verpflichten und damit öffentlich-rechtlich sind.

2. Statthafte Klageart ist die Anfechtungsklage, § 42 I Var. 1 VwGO. Die Klägerin begehrt die Aufhebung zweier wirksamer Verwaltungsakte.

a) Bei verständiger Würdigung des klägerischen Begehrens (§ 88 VwGO), sich umfassend gegen die im Bescheid enthaltenen Regelungen, insbesondere auch gegen die Zwangsmittellandrohung, zu wehren, war der klägerische Antrag, "den Bescheid" aufzuheben, dahingehend auszulegen, dass die Klägerin die Aufhebung des Untersagungsverfügung (Ziff. 1 des Bescheids) und der Zwangsmittellandrohung (Ziff. 2 des Bescheids) begehrt. Beide Regelungen stellen eigenständige Verwaltungsakte iSd § 35 S. 1 VwVfG dar.

b) Die Verwaltungsakte sind auch wirksam. Sie wurden der Klägerin am am 26.08.2019 bekanntgegeben, §§ 41 I, 43 I VwVfG. Die Verwaltungsakte haben sich auch nicht dadurch erledigt, dass die Klägerin den Gewerbebetrieb nach eigenem Vortrag aufgegeben hat vgl. § 43 II VwGO. Daher ist keine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4

VwGO statthaft. Eine Erledigung ist nur anzunehmen, wenn von der Regelung keine Rechtswirkungen mehr ausgehen. Die Untersagungsverfügung bewirkt jedoch auch trotz etwaiger Aufgabe des Betriebs, dass der Betrieb ihr untersagt bleibt und insbesondere ein Wiedergestattungsverfahren nach § 35 VI GewO durchzuführen ist. Die Verfügung entfaltet somit jedenfalls noch Rechtswirkungen, ohne dass es auf ein etwaiges Aufgeben des Gewerbebetriebs ankommt.

3. Die Klägerin ist gem. § 42 II VwGO klagebefugt, weil sie durch die zwangsmittelbewehrte Untersagungsverfügung möglicherweise in ihrer Berufsfreiheit, Art. 12 I GG, verletzt ist. Zudem ist eine Verletzung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG, aufgrund der belastenden Natur des an sie adressierten Verwaltungsaktes möglich.

4. Die Klägerin hat im Ergebnis form- und fristgerecht Klage erhoben.

a) Der elektronische Schriftsatz vom 26.08.2020, der am gleichen Tag bei Gericht einging, war nicht formgemäß. Gem. § 81 I 1 VwGO ist für eine ordnungsgemäße Klageerhebung Schriftform erforderlich. Gem. § 55a IV 1 Nr. 2 VwGO ist zwar auch eine Einreichung über das besondere elektronische Anwaltspostfach ("beA") zulässig. Zum einen muss das elektronische Dokument jedoch gem. § 55a II 1 VwGO für die Bearbeitung des Gerichts geeignet sein, wobei § 55a II 2 VwGO iVm § 2 I 1 ERVV konkretisiert, dass eine Beifügung als PDF-Dokuments nötig ist. Das Dokument ging als DOCX-Dokument ein. Zum anderen ist gem. § 55 a III 1 VwGO eine qualifizierte Signatur erforderlich. Das Dokument war jedoch nur mittels einfacher elektronischer Signatur signiert.

b) Form- und fristgemäße Klageerhebung erfolgte jedoch durch die Übersendung der Klage am 30.09.2019 als Fax sowie zusätzlich als PDF-Dokument per beA.

aa) Diese Übersendung war formgemäß. Das über beA übermittelte Dokument war qualifiziert elektronisch signiert und im PDF-Format, vgl. §§ 55 a III 1 sowie § 55a II 2 VwGO iVm § 2 I 1 ERVV. Zudem wahrt auch das Fax die Schriftform iSd § 81 I 1 VwGO, da auch durch dieses die Zwecke der Schriftform gewahrt werden, da auch bei einem Fax hinreichend sicher angenommen werden kann, dass das Dokument vom Absender (Urheberschaft) willentlich an das Gericht (Verkehrswille) gesendet wurde.

bb) Die Übersendung erfolgte auch fristgemäß.

Zwar war am 30.09.2020 die Monatsfrist ab der am 26.08.2019 erfolgten Bekanntgabe des Bescheids aus § 74 I 2 VwGO bereits abgelaufen. Diese Frist ist maßgeblich, weil ein Widerspruchsbescheid gem. § 68 I 2 Alt. 1 VwGO iVm § 110 I 1 JustizG NRW nicht erforderlich war. Sie begann am 27.08.2019 (§ 57 II VwGO, § 222 I ZPO, § 187 I BGB) und endete mit Ablauf des 26.09.2019 (§ 57 II VwGO, § 222 I ZPO, § 188 II Alt. 1 BGB).

Das Dokument gilt jedoch gem. § 55a VI 2 VwGO als mit dem Zeitpunkt der früheren Einreichung eingegangen. Der frühere Eingang am 26.09.2020 wahrte die am gleichen Tag endende Frist. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin reichte es unverzüglich in geeigneter Form ein, nachdem er auf die Unwirksamkeit gem. § 55a VI 1 VwGO gerichtlich hingewiesen worden war. Unverzüglich meint, dass dem Prozessbevollmächtigten in zweifacher Hinsicht kein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann (ohne schuldhaftes Zögern, vgl. § 121 I BGB). Dies ist der Fall,

weil die Nachreichung am selben Tag der Zustellung des Hinweises am 30.09.2020 erfolgte. Zudem machte der Prozessbevollmächtigte glaubhaft, dass es mit dem zuerst eingereichten Dokument inhaltlich übereinstimmt, indem er dies anwaltlich versicherte. Auf ein etwaige Wiedereinsetzung nach § 60 VwGO kommt es mithin nicht an.

5. Die Klägerin hat auch ein hinreichendes Rechtsschutzbedürfnis. Dem steht nicht entgegen, dass sie den Betrieb nach eigenen Angaben aufgegeben hat. Der Bescheid hat weiterhin Rechtswirkungen (vgl. oben). Zudem ist die Aufgabe des Betriebs nach Angaben der Klägerin nicht endgültig. Sie trägt vielmehr selbst vor, den Betrieb fortführen zu wollen, sobald es ihr besser gehe.

6. Der Klägerin steht es frei, die beiden Klagegegenstände in einer Klage zu verfolgen, § 44 VwGO.

II. Die Klage ist unbegründet. Die Untersagungsverfügung und die Zwangsmittellandrohung sind nicht rechtswirksam und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten, § 113 I 1 VwGO.

1. Dies gilt zunächst für die Untersagungsverfügung in Ziff. 1 des Bescheids. Diese beruht auf § 35 I 1, 3 GewO. Die Verfügung ist formell (a) und materiell (b) rechtmäßig.

a) Die Untersagungsverfügung ist formell rechtmäßig.

Die zuständige Behörde handelte (§ 35 I 1 GewO iVm Bearbeitervermerk).

Der Klägerin wurde ordnungsgemäß angehört, § 28 I VwVfG. Dabei kann offenbleiben, ob das persönliche

Gespräch am 12.04.2019 bereits eine solche Anhörung darstellt. Zweifel könnten insofern begründet sein, als das Untersagungsverfahren zwar bereits Gegenstand der Gespräche war, der der genaue Inhalt der Verfügung eventuell jedoch noch nicht festgestanden haben könnte. Jedenfalls durch die Zusendung der Entwurfsfassung der Verfügung wurde der Klägerin allerdings hinreichend Gelegenheit gegeben, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern.

Die Beteiligung nach § 35 IV 1 GewO erfolgte (Bearbeitervermerk).

Die Verfügung wurde auch hinreichend begründet, § 39 I VwVfG.

b) Die Untersagungsverfügung ist auch materiell rechtmäßig. Der Tatbestand des § 35 I 1 GewO ist erfüllt (aa)). Ermessen steht der Beklagten gem. § 35 I 1 GewO nicht zu (bb)). Selbst wenn die Klägerin ihren Betrieb tatsächlich aufgegeben haben sollte, wäre ein dann entsprechend § 35 I 3 GewO bestehendes Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt worden (cc)).

aa) Nach § 35 I 1 GewO ist die Ausübung eines Gewerbes ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Diese Voraussetzungen sind erfüllt.

(1) Die Klägerin ist gewerberechtlich unzuverlässig iSd § 35 I 1 GewO.

Der Begriff der Unzuverlässigkeit ist ein unbestimmten Rechtsbegriff, welcher aufgrund des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes, Art. 19 IV GG, voller gerichtlicher Kontrolle unterliegt. Es handelt sich um eine Prognoseentscheidung. Unzuverlässig ist, wer nicht die hinreichende Gewähr dafür bietet, in Zukunft seinen rechtlichen Pflichten nachkommen zu können und das Gewerbe ordnungsgemäß führen zu können. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls in einer Gesamtbetrachtung zu würdigen. Indizien sind Pflichtverstöße in der Vergangenheit.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Betrachtung ist dabei grundsätzlich derjenige der letzten Behördenentscheidung. Dies gilt, auch wenn es sich um einen Dauer-Verwaltungsakt handelt, bei dem an sich der Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung maßgeblich ist, weil nur so das die besonderen Regelungen des Wiedergestattungsverfahrens in § 35 I 1, 2 GewO umgangen werden würden.

Die Klägerin hat in der Vergangenheit ihre steuer- und abgaberechtlichen Verpflichtungen in erheblicher Weise und nachhaltig verletzt. Die Einkommenssteuer- und Umsatzsteuerrückstände bestehen in erheblicher Höhe. Zum Zeitpunkt des 22.08.2019 bestanden Rückstände in Höhe von über 30.000 €, sowie Rückstände hinsichtlich der Krankenversicherungsbeträge in Höhe von über 3.000 €.

Es ist im Wege einer Prognoseentscheidung auch nicht zu erwarten, dass die Klägerin in Zukunft keine Pflichtverletzungen mehr begeht. Im Gegenteil zeugen die Aussage der Klägerin, sie habe keinen Überblick über ihre Finanzen, die eidesstattliche Versicherung (Gz.: 279 M 271/17) sowie die Eröffnung des Insolvenzverfahrens davon, dass auch in Zukunft Zahlungspflichten verletzt werden.

Zudem ist der Gewinn im Verhältnis zu den Rückständen gering und es bestehen keine Anhaltspunkte, dass ein höherer Gewinn in Zukunft erzielt werden könnte. Für die Erwartung weitere Pflichtverletzungen spricht auch, dass vorangegangene Bemühungen, einen Abbau der Zahlungsrückstände zu bewirken, erfolglos blieben (Konsolidierungsplan nicht vorgelegt).

Der Annahme der Unzuverlässigkeit steht nicht entscheidend entgegen, dass die Klägerin das Gewerbe zuvor einige Jahre ohne besondere Beanstandungen geführt hat, in letzter Zeit jedoch persönliche Schicksalschläge erlitt und krank ist. Es ist zwar zu berücksichtigen, dass es sich hierbei um Umstände handelt, die zeitlich regelmäßig nur kurz- bis mittelfristige Auswirkungen haben. Bei einer Krankheit ist insbesondere zumeist von einer Therapierbarkeit auszugehen. Indem die Klägerin trotz verschiedener Kooperationsbemühungen seitens der Beklagten über einen nicht unerheblichen Zeitraum ihren Pflichten nicht nachkam, zeigte sie jedoch, dass es längerfristige Auswirkungen zu erwarten sind.

Der Annahme der Unzuverlässigkeit steht zudem nicht entscheidend entgegen, dass die Klägerin zwei Mitarbeitende beschäftigt. Gegenstand der Entscheidung ist die persönliche Unzuverlässigkeit der Gewerbetreibenden. Sofern diese nicht gegeben ist, sind neben der Allgemeinheit auch Mitarbeitende negativ betroffen, indem ihre Krankenversicherungsbeiträge nicht anteilig gezahlt werden (wie auch vorliegend). Einem Verlust der Arbeitsplätze der Mitarbeitenden kann insbesondere dadurch begegnet werden, dass nach Antrag nach § 35 II GewO ein Stellvertreter das Gewerbe fortführen kann.

(2) Die Untersagung ist zum Schutze der Allgemeinheit erforderlich. Die Allgemeinheit wird geschädigt, da anzunehmen ist, dass die Klägerin ihre Rückstände nicht begleichen, sondern erhöhen wird. Die Untersagung ist erforderlich, da mildere Mittel wie die erneute bloße Aufforderung, die Pflichten zu erfüllen, nicht gleich geeignet sind.

bb) Die Untersagung nach § 35 I 1 GewO ist eine gebundene Entscheidung. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass ganz ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände eine Entscheidung unzumutbar ist.

cc) Selbst wenn die Beklagte den Gewerbebetrieb tatsächlich aufgegeben haben sollte, stünde dies der Rechtmäßigkeit der Untersagung nicht entgegen.

Gem. § 35 I 3 GewO kann das Untersagungsverfahren fortgesetzt werden, auch wenn der Betrieb des Gewerbes während des Verfahrens aufgegeben wird.

(1) Der Tatbestand ist nach klägerischem Vortrag nicht direkt erfüllt, weil die Klägerin behauptet, bereits am 13.08.2020 und damit vor Erlass der Untersagungsverfügung folgt die Möglichkeit den Betrieb aufzugeben zu haben.

Die Norm ist jedoch analog anzuwenden, wenn die Aufhebung schon vor Verfahrensbeginn erfolgt ist, dies jedoch nicht angezeigt wurde. Es besteht insofern eine planwidrige Regelungslücke, weil der Fall nicht geregelt ist. Die Interessenlage ist jedoch vergleichbar, weil der ansonsten eine Umgehung drohen würde, indem der Anzeigepflicht nicht nachgekommen wird. Das Interesse der Allgemeinheit, die Gewerbeausübung wegen

Unzuverlässigkeit zu untersagen, besteht unabhängig vom Zeitpunkt der Aufgabe.

(2) Die Behörde hat ihr nach § 114 VwGO, § 40 VwVfG zustehende Ermessen auch pflichtgemäß ausgeübt.

(a) Ein Ermessensausfall liegt nicht vor. Zwar enthielt der Bescheid keine Erwägungen hierzu. Dies ist jedoch unbeachtlich, weil sie diese in der Klageerwiderung nachholte.

Die Behörde konnte ihre Erwägungen auch noch nachträglich ergänzen. Materiell steht dem nicht entgegen, das der maßgebliche Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage grundsätzlich derjenige der letzten Behördenentscheidung ist. Denn bei Erwägungen zulasten des Klägers droht keine Umgehung des besonderen Verfahrens nach § 35 VI GewO. In prozessualer Hinsicht folgt die Möglichkeit der Ergänzung aus § 114 S. 2 VwGO. Zwar ist grundsätzlich keine erstmalige Ermessensbetätigung möglich. Sofern eine vorige Ermessensbetätigung wegen in der Sphäre des Klägers liegenden Gründen nicht möglich war, ist hiervon jedoch eine Ausnahme zu machen.

(b) Ermessensüberschreitungen, insbesondere Verstöße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, sind nicht ersichtlich. Den erheblichen Pflichtverstößen und Schädigungen der Allgemeinheit und des Fiskus (s.o.) stehen zwar die Berufsfreiheit der Klägerin (als subjektive Berufszulassungsschranke) und der zwei Mitarbeiter (als bloße Berufsausübungsregelung) aus § 12 I GG entgegen. Eine unvertretbare Gewichtung liegt jedoch nicht vor (vgl. oben).

2. Die Zwangsmittelandrohung ist rechtmäßig.

Rechtsgrundlage ist §§ 13 I, II, 6 I, 9 I lit. c, 12 VwVG.

Sie ist formell rechtmäßig. Insbesondere handelte die zuständige Behörde, die Klägerin wurde durch Zusendung des Entwurfs der Verfügung angehört, eine Frist iSd § 13 I 2 VwZG wurde bestimmt und die Verfügung erging schriftlich und die Androhung mittels Zustellung, § 13 I 1, VI 1, 2 VwVG).

Die Androhung ist auch materiell rechtmäßig. Ein gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO vollstreckbarer Grundverwaltungsakt liegt in der Untersagungsverfügung. Diese ist auch wirksam. Die Auswahl des konkreten Zwangsmittels war auch ermessensfehlerfrei. Die Androhung eines Zwangsgelds war nicht hinreichend erfolgsgeeignet, weil die Klägerin vorangegangene Vereinbarungen nicht einhielt.

Der materiellen Rechtmäßigkeit steht auch nicht entgegen, dass ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Dieses wird durch die bloße Androhung des Zwangsgeldes selbst nicht betroffen. Nur hinsichtlich der tatsächlichen Zwangsmittelanwendung geht die Gesamtvollstreckung im Interesse des geordneten Befriedigung im Insolvenzverfahren vor. Es liegt auch kein Vollstreckungshindernis dergestalt vor, dass von der Klägerin etwas verlangt wird, was ihr rechtlich nicht möglich wäre. Die Androhung bezieht sich auf die Untersagung. Der Untersagungsverfügung kann sie nachkommen. Sollte sie das Gewerbe tatsächlich aufgegeben haben, gilt dies umso mehr.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 I VwGO.

Unterschriften des Vorsitzenden Richter am  
Verwaltungsgericht Meier, der Richterin am  
Verwaltungsgericht Wieczorek, des Richter Müller (§ 117 I  
VwGO)

## Schlusskommentar Erstkorrektor

Die Besprechung der Klausur erfolgt per Skype in der Gruppe IV.

Bewertung 086 – ÖR - I

Tenor:

In Ordnung.

I. Tatbestand:

Bei der Darstellung der Klageerhebung ist auf die Klägerin und nicht auf ihre Prozessbevollmächtigte Bezug zu nehmen. Das Kläger- und das Beklagtenvorbringen ist sehr knapp. Ingesamt ist die Darstellung aber noch ausreichend.

II. Entscheidungsgründe:

Zu Beginn hätte geprüft werden können, ob die Tatsache, dass das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, zu einer Unterbrechung nach § 240 ZPO führt mit der Folge, dass über den Klageantrag der Klägerin noch nicht entschieden werden kann.

Zulässigkeit der Klage: die Entscheidungsgründe beginnen mit dem Hinweis auf § 101 Abs. 2 VwGO. Zu Recht verweist der Verfasser darauf, dass § 240 ZPO hier nicht einschlägig ist. Alle weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen, insbesondere die Einhaltung der Klagefrist, werden ausführlich und gut nachvollziehbar begründet erörtert.

Begründetheit der Klage: Hier wird zunächst Ziffer 1 der Verfügung geprüft, die auf § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO gestützt ist. Der Verfasser erwähnt zunächst die formelle Rechtmäßigkeit des Bescheides und erörtert dann im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit die Zuverlässigkeit der Klägerin. Dafür stellte zum einen den rechtlichen Maßstab dar und erwähnt auch bereits hier den maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage. Im Hinblick auf die vorgetragene Krankheit der Klägerin hätte erörtert werden können, ob es für die Frage der Unzuverlässigkeit auf Verschulden ankommt. Der Verlust von Arbeitsplätzen wird ebenfalls angesprochen, dies hätte auch bei der Unverhältnismäßigkeit geschehen können. Die vorgetragenen Argumente sind gut vertretbar. Eine Prüfung von § 12 GewO findet nicht statt. Hilfsweise prüft der Verfasser auch noch § 35 Abs. 1 Satz 3 GewO. Für die Frage der Ergänzung von Ermessensentscheidungen ist zwar § 114 Satz 2 VwGO einschlägig, hier besteht jedoch das Problem, dass die Behörde im Ausgangsbescheid ihr Ermessen zu Recht nicht ausgeübt hat, weil dies für § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO nicht erforderlich war. Hier ist auf die Erwägung der Behörde in der mündlichen Verhandlung Bezug zu nehmen, wonach sie an ihrer Entscheidung auch dann festhalten will, wenn der Betrieb der Klägerin eingestellt worden sein sollte.

Weiter wird dann Ziffer 2 des Bescheides erörtert. Die Erwägungen auch zu § 12 GewO sind gut vertretbar.

Bitte vor der Abgabe den Text korrekturlesen und auf Rechtschreibungs- und Zeichensetzungsfehler achten!

**Punktzahl 13,00 von 18**



# Zusammenfassung Korrekturnotizen

Nr.	Autor*in	Art der Notiz	Notiz
1		Wellenlinie	
2		Wellenlinie	
3		Wellenlinie	