

KURZGUTACHTEN

A. Klage gegen die Widerrufsverfügung vom 1.6.2000:

I. Zulässigkeit der Klage

1. Das Vorliegen des Verwaltungsrechtsweges und der sog. allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen (Beteiligtenfähigkeit, Prozessfähigkeit, Zuständigkeit des Gerichts usw.) ist unproblematisch und hierzu sollten in der Niederschrift keine Ausführungen gemacht werden.
2. Da ein Widerspruchsbescheid nicht ergangen ist, obwohl hier grundsätzlich das Widerspruchsverfahren nach den §§ 68 ff VwGO hätte durchgeführt werden müssen, kommt als zulässige Klageart nur die Anfechtungsklage in Form der **Untätigkeitsklage** nach § 75 VwGO in Betracht.

Der Widerspruch gegen den Bescheid vom 01.06.2000 wurde am 11.08.2000 eingelegt. Insoweit erscheint problematisch, ob die Untätigkeitsklage **zu früh** erhoben worden ist, da zum Zeitpunkt der Klageerhebung am 06.11.2000 noch keine 3 Monate seit Einlegung des Widerspruchs verstrichen waren. § 75 VwGO normiert eine sog. Sperrfrist von 3 Monaten, vor deren Ablauf die Erhebung der Klage grundsätzlich unzulässig ist. Ein Grund dafür, dass diese Frist hier ausnahmsweise kürzer zu bemessen wäre, ist nicht ersichtlich.

Allerdings ist zu beachten, dass es sich bei der dreimonatigen Sperrfrist um eine besondere Sachurteilsvoraussetzung für die Untätigkeitsklage handelt. Sachurteilsvoraussetzungen müssen jedoch immer erst am Tage der gerichtlichen Entscheidung - hier also am 20.12.2000 - vorliegen. Dementsprechend muss auch die Sperrfrist des § 75 VwGO nach ganz herrschender Meinung erst zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung verstrichen sein. Es wäre i.ü. auch unter prozessökonomischen Gesichtspunkten unsinnig, eine Klage vor Ablauf der 3 Monate als unzulässig abzuweisen, die nach Ablauf der Frist zulässigerweise erneut erhoben werden könnte.

Da hier am 20. 12.2000 seit der Einlegung des Widerspruchs unzweifelhaft mehr als 3 Monate verstrichen sind, ist die Klage insoweit jedenfalls zulässig (geworden).

Andererseits ist aber auch kein zureichender Grund dafür ersichtlich, dass über den Widerspruch noch nicht entschieden worden ist. Die hier vorliegende Krankheit des Sachbearbeiters reicht diesbezüglich grundsätzlich nicht aus. Die Behörden sind in solchen Fällen vielmehr verpflichtet, für eine ausreichende Vertretung zu sorgen. Eine Aussetzung des Verfahrens nach § 75 Satz 3 VwGO kommt mithin hier nicht in Betracht.

3. Die Untätigkeitsklage könnte jedoch unzulässig sein, weil es an einer ordnungsgemäßen Durchführung des Vorverfahrens fehlt; der angegriffene Bescheid könnte wegen der Versäumung der Widerspruchsfrist bestandskräftig geworden sein.

Gem. § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO beträgt die Widerspruchsfrist 1 Monat nach **Bekanntgabe**, für die hier entspr. § 41 Abs. 5 VwVfG (NW) der Weg der **förmlichen Zustellung** gewählt wurde.

Anmerkung: Würde das Verfahren in **Berlin** laufen, müsste ein förmliches Verwaltungsverfahren nach §§ 63 ff VwVfG durchgeführt werden (vgl. § 4 VwVfG Bln und Nr. 9 der Anlage zur FörmVfVO). Hier wäre dann die förmliche Zustellung ausdrücklich vorgeschrieben, § 69 Abs. 2 VwVfG. Da § 4 Abs 2 VwVfG Bln gestrichen wurde, gilt nunmehr § 70 VwVfG, so dass in Berlin ein Vorverfahren nicht (mehr) durchzuführen wäre !!

Für die Zustellung des Ausgangsbescheides sind die Vorschriften der Verwaltungszustellungsgesetze der Länder maßgeblich, die letztlich jedoch auf die Regelungen des (Bundes-) VwZG verweisen oder mit diesen identisch sind.

Für die hier gewählte Form der Zustellung mit PZU verweist § 3 III VwZG auf die §§ 177 – 181 ZPO. Zu prüfen ist daher, ob die Voraussetzungen für die tatsächlich erfolgte **Ersatzzustellung durch Niederlegung** nach § 181 ZPO erfüllt sind.

Da der Postzusteller „in der Wohnung“ (siehe § 178 I Nr. 1 ZPO) niemanden angetroffen hatte und sich an der Wohnung auch kein Briefkasten befand (siehe § 180 ZPO !!), konnte er grundsätzlich die Zustellung durch Niederlegung wählen (siehe Wortlaut § 181 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Insbesondere eröffnet § 178 I Nr. 2 ZPO zwar die Möglichkeit einer Zustellung auch im Geschäftsraum, hier also in der Gaststätte, eine entsprechende Verpflichtung für den Zusteller besteht indes nicht.

Die Voraussetzungen des § 181 ZPO sind erfüllt: die Postsendung wurde am 06.06.2000 auf dem zuständigen Postamt niedergelegt und der Kläger wurde hierüber ordnungsgemäß unterrichtet. Die schriftliche Mitteilung über die Niederlegung erfolgte nämlich in der bei gewöhnlichen Briefen üblichen Weise. Insoweit reicht das Hindurchschieben unter die Türschwelle bei nicht vorhandenem Briefkasten nämlich unzweifelhaft aus, wenn auf diesem Weg auch sonst die Post übermittelt wird, wovon hier angesichts der eindeutigen Darstellung des Postzustellers in dessen dienstlicher Erklärung auszugehen ist.

Liegen diese Voraussetzungen vor, kommt es darauf, ob der Adressat die Mitteilung tatsächlich zur Kenntnis nimmt, für die Wirksamkeit der Zustellung nicht an !

Es kann daher dahinstehen, aus welchen Gründen der Kläger den Benachrichtigungsschein nicht beachtet hat.

Da der mit einer ordnungsgemäßen Rechtsmittelbelehrung versehene Bescheid somit am 06.06.2000 wirksam zugestellt worden ist, lief die Widerspruchsfrist am 06.07.2000 ab, der am 11.08. 2000 eingegangene Widerspruch ist mithin verfristet.

Zu prüfen ist weiterhin, ob dem Kläger wegen der Versäumung der Widerspruchsfrist gem. §§ 70 Abs. 2, 60 VwGO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist.

Insoweit ist zu erkennen, dass der Kläger diesbezüglich bereits die 2-Wochen-Frist des § 60 Abs. 2 Satz 1 VwGO nicht eingehalten hat. Nach dieser Vorschrift müssen binnen 2 Wochen nach Wegfall des Hindernisses der Wiedereinsetzungsantrag gestellt und die versäumte Handlung - hier der Widerspruch- nachgeholt werden. Daran fehlt es hier: der Kläger hatte spätestens am 20.07.2000 positive Kenntnis von dem Widerrufsbescheid und hätte daher spätestens am 03.08.2000 Widerspruch einlegen und die Wiedereinsetzung beantragen müssen. Tatsächlich ist der Widerspruch jedoch erst am 08.08.2000 verfasst worden und am 11.08.2000 bei der Beklagten eingegangen. Gründe für die Versäumung auch der 2-Wochenfrist sind nicht ersichtlich, so dass sich eine Prüfung der Wiedereinsetzung auch in diese Frist erübrigt.

Ergebnis zu I: Die Klage ist insoweit unzulässig.

Anm.:

- 1. Es ist str., ob die Versäumung der Widerspruchsfrist zur Unzulässigkeit oder zur Unbegründetheit der Klage führt. Die gewählte Lösung entspricht der h.M.. Es dürfte auch vertretbar sein, die Klage als unbegründet abzuweisen*
- 2. Wegen der Versäumung der 2-Wochenfrist kommt es auf ein Verschulden bez. der Versäumung der Widerspruchsfrist nicht mehr an.*
- 3. Wer -wohl kaum vertretbar- das Vorliegen von Wiedereinsetzungsgründen bejaht, muss sich mit der Frage auseinandersetzen, ob denn das Gericht Wiedereinsetzung in die versäumte Widerspruchsfrist gewähren kann.*

B. Klage gegen die Verfügung vom 12.07.2000

I. Zulässigkeit der Klage:

Die Voraussetzungen der **Untätigkeitsklage**, die hier nach Ablauf der Sperrfrist und nach fristgerecht eingelegtem Widerspruch erhoben wurde, sind erfüllt. Bezüglich § 75 Satz 3 VwGO („zureichender Grund“) gelten die obigen Ausführungen.

Sonstige Bedenken gegen die Zulässigkeit bestehen nicht, so dass sich weitere Ausführungen erübrigen.

II. Begründetheit der Klage:

Als Rechtsgrundlage kommt allein § 15 Abs. 2 GewO in Betracht, der hier über § 31 GastG anwendbar ist.

1) Formelle Rechtmäßigkeit:

Von der Zuständigkeit der handelnden Behörde ist nach dem Bearbeitervermerk auszugehen. Im übrigen bestehen keine Bedenken gegen die formelle Rechtmäßigkeit

2) Materielle Rechtmäßigkeit:

a. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO sind ohne weiteres erfüllt: nach dem bestandskräftigen Widerruf der Gaststättenerlaubnis betreibt der Kläger sein Gewerbe ohne die nach § 2 Abs. 1 GastG erforderliche Erlaubnis.

(Anm: Ohne die Bestandskraft wäre diese Voraussetzung nicht erfüllt, da dann die Anfechtungsklage gegen die Widerrufsverfügung aufschiebende Wirkung entfalten würde !!).

b. Auf der Rechtsfolgenseite eröffnet § 15 Abs. 2 GewO eindeutig Ermessen. Dieses Handlungsermessen zu der Frage, ob eine Untersagungsverfügung erlassen werden soll, hat der Beklagte nicht ausgeübt. In der Verfügung vom 12.07.2000 fehlen hierzu jegliche Ausführungen. Im Gegenteil lässt die in dem Tenor der Entscheidung enthaltene Formulierung „müssen wir Ihnen...untersagen“ erkennen, dass die Behörde das ihr zustehende Ermessen verkannt und irrtümlich eine Pflicht zum Handeln angenommen hat. Bestätigt wird dies durch die Begründung des Bescheides, in dem ausgeführt wird, dass der Betrieb zu schließen ist.

Es liegt somit ein Ermessensnichtgebrauch vor, der zur Rechtswidrigkeit des Bescheides führt (vgl. zu einem vergleichbaren Fall Hess. VGH, GewArch 1994, 116 f).

Schließlich liegen auch die Voraussetzungen für eine Heilung dieses Mangels nach § 114 Satz 2 VwGO schon deshalb nicht vor, weil die Beklagte auch im gerichtlichen Verfahren keine Ermessenserwägungen „nachgeschoben“ hat. Im Übrigen dürfte diese Form der Heilung auch daran scheitern, dass in dem Bescheid überhaupt keine Ermessenserwägungen enthalten sind, so dass hier auch nichts „ergänzt“ würde.

(Selbst wenn unterstellt würde, dass die Behörde ihr Ermessen erkannt hätte, wäre der Bescheid dann wegen eines Mangels in der Begründung nach § 39 VwVfG (NW) rechtswidrig!)

Wegen der Rechtswidrigkeit der Untersagungsverfügung fehlt der Zwangsmittelandrohung die Grundlage, so dass auch diese rechtswidrig und damit aufzuheben ist.

Ergebnis zu II: Insoweit ist die Klage zulässig und begründet.

Nebenentscheidungen:

Da der Kläger teils obsiegt und teils unterliegt, sind die Kosten gem. § 155 Abs. 1 VwGO zu teilen. Da beide Streitgegenstände gleich zu bewerten sein dürften, ist die Halbierung der Kosten gerechtfertigt.

Bei der gegebenen Anfechtungsklage ist das Urteil nur wegen der Kosten für vorläufig vollstreckbar zu erklären, § 167 Abs. 2 VwGO. Bei dem unterstellten Regelstreitwert von 4.000 € finden über § 167 Abs. 1 VwGO die §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO Anwendung. Die Abwendungsbefugnis wurde entsprechend der in der Praxis inzwischen allgemein üblichen Form formuliert.

VERWALTUNGSGERICHT KÖLN

1 K 7111/00

Im Namen des Volkes

U R T E I L

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

des Herrn Holger Aster, Kölner Str. 12, 53103 Bonn,

Klägers,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Bruno Dux,
Königsallee 7, 53604 Bad Honnef

gegen

die Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn,
Berliner Platz 2, 53103 Bonn,

Beklagte,

wegen Widerrufs einer Gaststättenerlaubnis und Untersagung des
weiteren Betriebes

hat die 1. Kammer

ohne mündliche Verhandlung in der Sitzung vom 20.12.2000

durch den Vorsitzenden Richter am VG

Keul,

die Richterin am VG

Vesper,

den Richter

John,

den ehrenamtlichen Richter

Gantic und

den ehrenamtlichen Richter

Hoss

für Recht erkannt:

Der Bescheid der Beklagten vom 12.07.2000 wird aufgehoben.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens tragen der Kläger und die
Beklagte je zur Hälfte.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Der jeweilige Kostenschuldner darf die Vollstreckung
durch Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils
beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht der
jeweilige Kostengläubiger zuvor Sicherheit in gleicher
Höhe leistet.

T a t b e s t a n d:

Dem Kläger wurde 1995 von der Beklagten eine Erlaubnis zum Betreiben einer Schank- und Speisewirtschaft in der Kölner Str. 12 in Bonn erteilt.

Bereits kurze Zeit nach Eröffnung des Lokals und seither kontinuierlich gingen bei der Beklagten Informationen über Sperrzeitüberschreitungen und Schlägereien ein. Nach polizeilich bestätigten Presseberichten hat sich die Gaststätte zu einem Treffpunkt von Zuhältern und Prostituierten entwickelt. Zudem ist der Kläger wiederholt strafrechtlich in Erscheinung getreten, zuletzt wurde er wegen vorsätzlicher Körperverletzung 1997 zu einer Bewährungsstrafe verurteilt, was die Beklagte erneut zum Anlass nahm, den Kläger zu einer ordnungsgemäßen Führung seines Betriebes aufzufordern. Schließlich hat der Kläger erhebliche Steuerschulden, die im Juni 2000 eine Gesamthöhe von über 37.233 € erreicht hatten.

Mit Verfügung vom 01.06.2000 widerrief die Beklagte die dem Kläger erteilte Erlaubnis zum Betrieb einer Schank- und Speisewirtschaft.

Zur Begründung wurde unter Hinweis auf die dargestellten Umstände ausgeführt, der Kläger habe durch sein Verhalten gezeigt, dass er nicht gewillt sei, die für die ordnungsgemäße Ausübung eines Gaststättengewerbes maßgeblichen Regelungen einzuhalten.

Der Bescheid wurde am 06.06.2000 mit Postzustellungsurkunde durch Niederlegung bei der Post zugestellt.

Mit weiterer Verfügung vom 12.07.2000 untersagte die Beklagte dem Kläger den Betrieb seiner Gaststätte über den 13.08.2000 hinaus und drohte ihm für den Fall der Nichtbeachtung die Anwendung unmittelbaren Zwanges an.

Zur Begründung dieses Bescheides wird im wesentlichen ausgeführt, der Kläger betreibe trotz eingetretener Bestandskraft der Widerrufsverfügung sein Lokal weiter. Zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sei ein Betrieb, der ohne die erforderliche Erlaubnis geführt werde, zu schließen. Im übrigen erfülle der Kläger nach wie vor seine steuerlichen Verpflichtungen nicht, so dass seine Steuerschulden noch angewachsen seien.

Unter dem 17.07.2000 legte der Kläger gegen die Verfügung vom 12.07.2000 Widerspruch ein.

Mit weiterem, am 11.08.2000 bei der Beklagten eingegangenen Schriftsatz wurde auch Widerspruch gegen die Widerrufsverfügung vom 01.06.2000 eingelegt. Zur Begründung wurde ausgeführt: Die Widerrufsverfügung sei noch nicht bestandskräftig, da ihm, dem Kläger, ein Benachrichtigungsschein über die Niederlegung nicht zugegangen sei. Nur weil der Bescheid vom 01.06.2000 in der Verfügung vom 12.07.2000 erwähnt worden sei, habe er sich am 20.07.1995 an sein Postamt gewandt und den Brief dort abgeholt. Von einer Zustellung durch Niederlegung könne daher nicht ausgegangen werden, jedenfalls sei jedoch Wiedereinsetzung wegen einer möglicherweise versäumten Widerspruchsfrist zu gewähren, die hilfsweise beantragt werde.

Im übrigen seien die Steuerrückstände nach Erlass der Widerrufsverfügung nur noch geringfügig angewachsen. Die nur teilweise mit dem Betrieb der Gaststätte zusammenhängenden strafrechtlichen Verfehlungen lägen bereits längere Zeit zurück und die Sperrstundenüberschreitungen seien über einen Zeitraum von 4 Jahren aufgetreten. Allein die Steuerschulden könnten allenfalls dann den Widerruf der Konzession rechtfertigen, wenn sie böswillig verschuldet seien, wofür es indes keine Anhaltspunkte gebe.

Am 06.11.2000 hat der Kläger Klage erhoben.

Unter Bezugnahme auf die Begründung des Widerspruches trägt er ergänzend vor, über die Widersprüche gegen die Bescheide der Beklagten sei bisher eine Entscheidung nicht ergangen. Nach Auskunft der Widerspruchsbehörde sei auch mit einer Bescheidung in absehbarer Zeit nicht zu rechnen, da der Sachbearbeiter erkrankt sei und eine Vertretung wegen allgemeiner Arbeitsüberlastung nicht in Betracht komme.

Der Kläger beantragt,

die Bescheide der Beklagten vom 01.06.2000 und
12.07.2000 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Ansicht, die Klage gegen den Bescheid vom 01.06.2000 könne schon wegen der eingetretenen Bestandskraft keinen Erfolg haben. Unmittelbar nach Klageeingang sei eine Stellungnahme des Postzustellers eingeholt worden, die als Anlage vorgelegt werde. Danach sei eine ordnungsgemäße Zustellung nicht zweifelhaft. Auch der Bescheid vom 12.07.2000 sei rechtlich nicht zu beanstanden, da die Untersagung der Fortführung des Betriebes wegen der Sperrzeitüberschreitungen und der Steuerschulden des Klägers gerechtfertigt sei.

Wegen der Angaben des Postzustellers wird auf dessen vorgelegter dienstlicher Erklärung vom 24.11.2000, wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im übrigen auf den Inhalt der Gerichtsakte und der vorgelegten Verwaltungsvorgänge der Beklagten ergänzend Bezug genommen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Kammer konnte mit Einverständnis der Beteiligten eine Entscheidung ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung treffen, § 101 Abs. 2 VwGO.

Die Klage hat nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

Die Klage gegen den Widerrufsbescheid der Beklagten vom 01.06.2000 ist unzulässig.

Zwar konnte der Kläger Klage erheben, obwohl ein Widerspruchsbescheid noch nicht erlassen worden ist, denn zum maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung waren seit Einlegung des Widerspruchs mehr als drei Monate vergangen, vgl. § 75 Satz 2 VwGO. Auch liegt kein zureichender Grund für die Untätigkeit der Widerspruchsbehörde vor, da diese bei längerfristiger Erkrankung des zuständigen Sachbearbeiters gehalten ist, für eine Vertretung zu sorgen.

Die Unzulässigkeit der Klage beruht jedoch darauf, dass der Kläger die Widerspruchsfrist versäumt hat, so dass der angegriffene VA bestandskräftig geworden ist.

Gemäß § 70 Abs. 1 VwGO ist der Widerspruch innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des VA zu erheben. Die Beklagte hat hier entsprechend § 41 Abs. 5 VwVfG NW den Weg der förmlichen Zustellung durch die Post mittels Zustellungsurkunde gewählt.

Gemäß § 3 Abs. 3 VwZG gelten für diese Zustellart die §§ 177 bis 181 ZPO. Die rechtlichen Voraussetzungen für die in Form der Niederlegung erfolgte Ersatzzustellung liegen vor. Nachdem der Postzusteller den Kläger als Empfänger in dem Lokal nicht angetroffen hatte, ihm die Wohnungstür nicht geöffnet worden und auch ein Briefkasten nicht vorhanden war, konnte er die Ersatzzustellung durch Niederlegung gem. § 181 ZPO wählen. Insbesondere war der Zusteller nicht verpflichtet, den Brief entsprechend § 178 I Nr. 2 ZPO in dem Geschäftslokal dem dort anwesenden Kellner auszuhändigen.

Nach den Angaben des Postzustellers in dessen dienstlicher Erklärung vom 24.11.2000, die von dem Kläger nicht bezweifelt werden und die die Kammer für schlüssig und glaubhaft erachtet, wurde der Benachrichtigungsschein unter der Eingangstür hindurchgeschoben. Da dem Kläger in Ermangelung eines Briefkastens seine Post üblicherweise auf diesem Weg zugestellt wird, war der Postzusteller berechtigt, auch die Benachrichtigung über eine erfolgte Niederlegung auf diesem Weg abzugeben. Da mithin die gesetzlichen Anforderungen an die Ersatzzustellung durch Niederlegung erfüllt sind, kommt es nicht darauf an, aus welchen Gründen der Kläger möglicherweise die Benachrichtigung nicht zur Kenntnis genommen hat.

Da auch die Rechtsmittelbelehrung nicht zu beanstanden ist, lief die Widerspruchsfrist ab dem 06.06.2000 und endete am 06.07.2000; der am 11.08.2000 eingelegte Widerspruch ist somit verfristet.

Wegen der Versäumung der Widerspruchsfrist kann dem Kläger auch keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. §§ 70 Abs. 2, 60 Abs. 1 bis 4 VwGO gewährt werden. Unabhängig von der Frage des Verschuldens kommt dies schon deshalb nicht in Betracht, weil der Kläger auch die 2-Wochen-Frist des § 60 Abs. 2 Satz 1 VwGO nicht eingehalten hat. Spätestens mit dem Abholen des Briefes von der Post am 20.07.2000 hatte der Kläger positive Kenntnis von dem Bescheid und hätte nunmehr innerhalb von 2 Wochen, d.h. spätestens am 03.08.2000 Widerspruch einlegen müssen. Unverschuldete Gründe für das Nichteinhalten (auch) dieser Frist werden nicht geltend gemacht und sind auch nicht erkennbar, so dass auch eine Wiedereinsetzung bezüglich der 2-Wochen-Frist nicht zu erwägen ist.

Die Klage gegen die Untersagungsverfügung der Beklagten vom 12.07.2000 ist als Untätigkeitsklage gem. § 75 VwGO zulässig (wegen des fehlenden Grundes für die Untätigkeit der Widerspruchsbehörde wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen) und begründet. Dieser Bescheid ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten, § 113 Abs. 1 VwGO.

Nach § 15 Abs. 2 GewO, der hier über § 31 GastG anwendbar ist, **kann** die zuständige Behörde die Fortsetzung des Betriebes untersagen, wenn das Gewerbe ohne eine erforderliche Erlaubnis betrieben wird.

Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind erfüllt. Nachdem die Beklagte die dem Kläger ursprünglich erteilte Gaststättenkonzession durch den **bestandskräftigen** Widerrufsbescheid vom 01.06.2000 entzogen hat, übt dieser das Gaststättengewerbe ohne die nach § 2 Abs. 1 GastG erforderliche Erlaubnis aus.

Der Erlass einer Untersagungsverfügung steht jedoch nach dem eindeutigen Wortlaut des § 15 Abs. 2 GewO im **Ermessen** der Behörde. Dieses ihr zustehende Ermessen hat die Beklagte nicht ausgeübt. Sowohl die Formulierung des Tenors der Entscheidung ("müssen wir Ihnen...untersagen") als auch die Ausführungen in der Begründung des Bescheides ("ist ...zu schließen") belegen, dass die Beklagte irrtümlicherweise von einer gebundenen Entscheidung ausgegangen ist und das ihr eingeräumte Ermessen verkannt hat. Dieser Ermessensnichtgebrauch führt zur Rechtswidrigkeit des Bescheides.

Zu keinem anderen Ergebnis würde es führen, wenn zugunsten der Beklagten unterstellt würde, dass das Vorliegen einer Ermessensentscheidung erkannt worden ist. In diesem Fall würde der Bescheid an einem ebenfalls zur Rechtswidrigkeit führenden Begründungsmangel leiden, denn gem. § 39 Abs. 1 VwVfG NW sollen die bei der Ermessensausübung maßgeblichen Gesichtspunkte in die Begründung eines VA einfließen.

Schließlich hat die Beklagte auch im vorliegenden Verfahren keine Ermessensgesichtspunkte vorgetragen, so dass dahinstehen kann, ob dies nach § 114 Satz 2 VwGO den Mangel heilen könnte.

Da schon die Untersagungsverfügung der Beklagten rechtswidrig ist, fehlt es für die Androhung des Zwangsmittels an der notwendigen Grundlage. Dieser Teil des Bescheides ist mithin ebenfalls rechtswidrig und deshalb aufzuheben.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 VwGO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11 und 711 ZPO.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g :

Antrag auf Zulassung der Berufung, §§ 124, 124a Abs. 4 VwGO.

Keul

Vesper

John



ABELS & LANGELS

Basteistr. 28b, 53173 Bonn

Tel.: **0228 / 95 63 403**

www.al-online.de

Kurs für das zweite Staatsexamen bieten wir an in:
Düsseldorf,
Köln,
Hamburg,
Berlin