
Lösung: Letzte Runde

1. Teil: Gutachten

Der Widerspruch hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Zunächst müsste der Widerspruch zulässig sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein. Eine aufdrängende Sonderzuweisung ist vorliegend nicht ersichtlich. Es kommt daher als rechtswegeröffnende Norm § 40 I 1 VwGO in Betracht. Dazu müsste es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art handeln, und es dürfte keine abdrängende Sonderzuweisung greifen. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen oder Handlungsformen öffentlich-rechtlicher Natur sind. Dabei sind nach der sog. Sonderechtstheorie Normen dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigen oder verpflichten. Vorliegend sind die streitentscheidenden Normen solche des GastG. Diese Normen berechtigen und verpflichten ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt und sind daher öffentlich-rechtlicher Natur. Mithin liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Vorliegend streiten auch keine Verfassungsorgane über formelles Verfassungsrecht. Die Streitigkeit ist daher auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Ferner ist keine abdrängende Sonderzuweisung ersichtlich. Damit ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I VwGO eröffnet.

II. Statthaftigkeit

Der Widerspruch müsste auch statthaft sein. Statthaft ist der Widerspruch, wenn er Sachurteilsvoraussetzung für eine spätere Klage ist. Der Widerruf der Gaststättenerlaubnis ist ein VA i.S.d. § 35 HmbVwVfG. Statthafte Klageart dagegen ist, da keine Erledigung vorliegt und die Aufhebung begehrt wird, die Anfechtungsklage gemäß § 42 I 1. Fall. Diese setzt gemäß §§ 68 ff. VwGO ein Vorverfahren voraus. Damit ist der Widerspruch hier statthaft.

III. Widerspruchsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Der Widerspruchsführer müsste auch widerspruchsbefugt sein. Dies wäre der Fall, wenn nach seinem Sachvortrag die Möglichkeit besteht, dass er durch das Verwaltungshandeln in seinen Rechten verletzt ist. Hier ist er Adressat eines ihn belastenden VA, so dass die Möglichkeit besteht, dass er in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG, ggf. auch aus Art. 12 I GG, verletzt ist.

IV. Widerspruchsfrist, § 70 I VwGO

Der Widerspruchsführer müsste die Frist des § 70 I VwGO einhalten. Danach ist der Widerspruch innerhalb eines Monats, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerden bekanntgegeben worden ist, schriftlich oder zur Niederschrift bei der Behörde zu erheben, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Hier wurde dem Widerspruchsführer der Bescheid am 29.07.2013 zugestellt. Ablauf der Widerspruchsfrist war damit am 29.08.2013 um 24.00 Uhr. Fraglich ist, ob der Widerspruchsführer diese Frist gewahrt hat, da er zwar am 29.08.2013 ein Fax gesendet hat, dieses aber nicht richtig angekommen ist. Gegen die Übersendung des Widerspruchs bestehen keine Bedenken. Vorliegend resultiert der Umstand, dass das Fax nicht vollständig, sondern nur „verstümmelt“ angekommen ist, darauf, dass beim Empfänger, also bei der Widerspruchsgegnerin, ein Papierstau vorlag. Damit liegt der Grund für das nicht vollständige Ankommen des Faxes allein in der Sphäre der Widerspruchsgegnerin und ist dem Widerspruchsführer daher nicht zuzurechnen. Aufgrund des Umstands, dass der Sendebericht „OK“ zeigte, durfte der Widerspruchsführer auch von einem fristgerechten Zugang ausgehen.

Selbst wenn man aber von einer Verspätung ausginge, so könnte dem Widerspruchsführer hier die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 60 VwGO zu gewähren sein. § 60 I VwGO lautet: Wenn jemand ohne Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Frist einzuhalten, so ist ihm auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Hier konnte der Widerspruchsführer nichts dafür, dass sein rechtzeitig gesendetes Fax nicht angekommen ist (s.o.), so dass ihn insoweit kein Verschulden daran trifft, dass er die gesetzliche Frist des § 70 I VwGO nicht eingehalten hat. Fraglich ist allerdings, ob er einen fristgerechten Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt hat. Dieser ist nach § 60 II VwGO binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses zu stellen. Hier entfiel das Hindernis des defekten Faxes am nächsten Tag, dem 30.08.2013 und zudem bestand dann auch die Möglichkeit, den Antrag persönlich vorbeizubringen oder per Post zu senden. Die Antragstellung erfolgte aber erst im anwaltlichen Schriftsatz vom 07.11.2013, mithin außerhalb der Zweiwochenfrist des § 60 II VwGO. Es könnten jedoch die

Voraussetzungen des § 60 II 3, 4 VwGO vorliegen. Danach ist innerhalb der Antragsfrist die versäumte Rechtshandlung nachzuholen. Ist dies geschehen, so kann die Wiedereinsetzung auch ohne Antrag gewährt werden. Hier hat der Widerspruchsführer die Einlegung des Widerspruchs, mithin die versäumte Rechtshandlung, schon am Tage des Wegfalls des Hindernisses, mithin innerhalb der Antragsfrist, nachgeholt, so dass es eines Antrags nicht bedurfte. Rechtsfolge des § 60 II 4 VwGO ist dem Wortlaut nach Ermessen, dass aber bei Fristeinhaltung allenfalls in Sondersituation zu einer Ablehnung des in der Nachholungshandlung liegenden konkludenten Wiedereinsetzungsgesuchs führen kann. Damit wäre auch eine Wiedereinsetzung vorzunehmen.

V. Beteiligten- und Handlungsfähigkeit, §§ 79, 11, 12 VwVfG

Die Beteiligtenfähigkeit des Widerspruchsführers und der FHH folgt aus §§ 79, 11 Nr. 1 VwVfG. Die Handlungsfähigkeit des Widerspruchsführers aus §§ 79, 12 I Nr. 1 VwVfG, die FHH wird gemäß §§ 79, 12 I Nr. 3 VwVfG vertreten.

VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Bedenken gegen das Vorliegen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses bestehen nicht.

VII. Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde

Die Zuständigkeit des Widerspruchsausschusses folgt aus § 73 I 2 VwGO i.V.m. § 7 I, II 1 Hmb AusfG VwGO i.V.m. § 1 Verordnung über Widerspruchsausschüsse.

Der Widerspruch ist damit zulässig.

B. Begründetheit

Der Widerspruch ist begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Widerspruchsführer dadurch in seinen Rechten verletzt ist oder soweit der Verwaltungsakt unzumutbar und der Widerspruchsführer dadurch in seinen Interessen beeinträchtigt ist.

Insoweit ist hier hinsichtlich der verschiedenen Maßnahme zu unterscheiden.

I. Rechtswidrigkeit des Widerrufs (Ziffer 1.)

Zu prüfen ist zunächst, ob der Widerruf der Gaststättenerlaubnis rechtswidrig ist. Dies wäre nicht der Fall, wenn dieser auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruhte und formell und materiell rechtmäßig ist.

1. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage ist hier § 15 II GastG i.V.m. § 4 I 1 GastG.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Bedenken gegen die Zuständigkeit und die Einhaltung von Verfahrensvorgaben bestehen vorliegend nicht, eine Anhörung bzgl. des Widerrufs hat stattgefunden. Fraglich ist, ob ein Verstoß gegen die Begründungserfordernisse des §§ 37, 39 VwVfG vorliegt. Nach § 39 I 2 VwVfG sind in der Begründung die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Hier hat die Behörde keine Rechtsgrundlagen angegeben, auf die die Entscheidung gestützt wurde, so dass es an einer Mitteilung der rechtlichen Gründe für die Entscheidung fehlt. Damit liegt ein Verstoß gegen § 39 I 2 VwVfG vor. Diese Verletzung der Formvorschrift kann hier jedoch gemäß § 45 I Nr. 2 VwVfG noch geheilt werden, indem die Widerspruchsbehörde die Mitteilung der Gründe im Widerspruchsverfahren nachholt. Dies ist hier im Widerspruchsbescheid noch möglich. Damit ist der Widerruf formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Widerruf müsste ferner materiell rechtmäßig sein. Der Widerruf wäre materiell rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen des § 15 II GastG i.V.m. § 4 I 1 GastG vorlagen und die gewählte Rechtsfolge fehlerfrei ist.

Nach § 15 II GastG ist die Erlaubnis zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die die Versagung der Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 rechtfertigen würden. Es müsste also ein „nachträglicher“ Fall von § 4 I Nr. 1 GastG vorliegen. Dazu müsste der Widerspruchsführer zunächst überhaupt unzuverlässig im Sinne des Vorschrift sein. Dies ist nach dem Wortlaut von § 4 I Nr. 1 GastG u.a. dann der Fall, wenn die Vorschriften des Gesundheits- oder Lebensmittelrechts nicht eingehalten werden. Dies ist hier, das ist sachverhätlich vorgegeben, der Fall. Die Unzuverlässigkeit folgt hier ferner aus dem Umstand, dass der Widerspruchsführer seit Jahren ganz erhebliche

Umsatzsteuerrückstände angehäuft hat. Dass es sich dabei um Umsatzsteuerrückstände handelt, verdeutlicht, dass das Lokal an sich durchaus adäquaten Umsatz generiert, nur dass der Betreiber, der Widerspruchsführer, nicht in der Lage ist, die daher fällige Umsatzsteuer von den sonstigen Einnahmen zu separieren und abzuführen. Dies verdeutlicht, dass er zum Umgang mit Geld, dem wesentlichen Geschäftsmittel, nicht in der Lage und daher, gerade weil es bei Steuergeldern um öffentliche Gelder geht, unzuverlässig ist.

Die Unzuverlässigkeit hinsichtlich der hygienischen Umstände, aber auch hinsichtlich der Steuerrückstände verdeutlicht sich auch daran, dass der Widerspruchsführer trotz Aufforderungen zur Änderung der Zustände bzw. zur Zahlung, diesen – trotz entsprechender Ankündigung – nicht nachgekommen ist bzw. sich nicht im Stande dazu sieht.

Der Versagungsgrund im Sinn des § 4 I Nr. 1 GastG müsste auch nachträglich, also nach der Erteilung der Gaststättenerlaubnis aufgetreten sein. Hier hat der Widerspruchsführer den Betrieb zunächst beanstandungsfrei geführt. Die Mißstände traten damit erst nach der Erteilung der Erlaubnis – und damit nachträglich – auf. Die Voraussetzungen des § 15 II GastG liegen damit vor.

Rechtsfolge des § 15 II GastG ist eine gebundene Entscheidung. Damit war die Erlaubnis zu widerrufen. Dem steht hier auch nicht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entgegen, der als allgemeiner Rechtsgedanke auch bei gebundenen Entscheidungen zu berücksichtigen ist. Zwar stellt der Widerruf der Gaststättenerlaubnis einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Widerspruchsführers dar. Diese privaten Interessen stehen hier aber hinter dem durch Art. 2 II GG verbürgten Schutz der Gesundheit der Gäste zurück, da der Schutz von Leib und Leben als hochrangiges privates und zugleich öffentliches Interesse, das rein private wirtschaftliche Interesse des Widerspruchsführers deutlich überwiegt.

Fraglich ist, ob dem Widerruf der Gaststättenerlaubnis, wie der Widerspruchsführer wohl meint, eine Zusicherung entgegensteht. Dann müsste in der Zusage des Mitarbeiters der Widerspruchsgegnerin eine Zusicherung im Sinne des § 38 I 1 VwVfG liegen. Nach dieser Vorschrift bedarf eine von der zuständigen Behörde erteilte Zusage, einen bestimmten Verwaltungsakt später zu erlassen oder zu unterlassen (Zusicherung), zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Form. Hier handelte es sich um eine mündliche Zusage, nicht dagegen um eine schriftliche, so dass es schon von daher an der Wirksamkeit einer Zusicherung fehlte.

Dem Widerruf der Gaststättenerlaubnis steht damit hier auch keine Zusicherung im Sinne des § 38 I 1 VwVfG entgegen. Der Widerruf war damit rechtmäßig.

II. Rechtmäßigkeit der Betriebsschließung (Ziffer 2.)

Zu prüfen ist ferner, ob die Anordnung der Betriebsschließung rechtmäßig war.

1. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage der Betriebsschließung ist § 15 II GewO i.V.m. § 31 GastG.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit gilt das bereits zum Widerruf Gesagte (s.o.).

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Betriebsschließung wäre rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen von § 15 II GewO i.V.m. § 31 GastG vorliegen und die zulässige Rechtsfolge gewählt wurde.

a. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 15 II GewO i.V.m. § 31 GastG kann die Fortsetzung des Betriebes von der zuständigen Behörde verhindert werden, wenn ein Gewerbe, wie hier der Gaststättenbetrieb des Widerspruchsführers, ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben wird. Hier wurde die Gaststättenerlaubnis widerrufen. Der Widerspruch des Widerspruchsführers entfaltet hier, wegen der Anordnung der sofortigen Vollziehung (deren Nichtigkeit nicht ersichtlich ist) nach § 80 II Nr. 4 VwGO, keine aufschiebende Wirkung. Damit liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 15 II GewO i.V.m. § 31 GastG vor.

b. Rechtsfolge

Rechtsfolge von § 15 II GewO i.V.m. § 31 GastG ist Ermessen. Insoweit kann hinsichtlich der Ermessenserwägungen auf das zum Widerruf Festgestellte verwiesen werden. Hinzukommt hier, dass sich der Widerspruchsführer im Anhörungsschreiben ausdrücklich dahingehend eingelassen hat, dass einer entsprechenden Anordnung nicht Folge leisten wird und es bis „zur letzten Runde“

weitergehe. Insoweit ist also davon auszugehen, dass er, auch ohne Gaststättenerlaubnis den Betrieb weiterhin fortsetzen wird. Insofern bestehen hinsichtlich der gewählten Rechtsfolge keine Bedenken. Auch ist nicht erkennbar, dass die Gesundheitsgefahren, insbesondere da es tatsächlich noch nie zu Beanstandungen gekommen ist, so dringlich wären, dass eine sofortige Schließung veranlasst ist. Die Entscheidung der Behörde, dass die Gaststätte spätestens drei Tagen nach Zustellung des Bescheids zu schließen ist, hält sich damit noch im Rahmen des Ermessens. Man wird insoweit einen Fall der Ermessensreduzierung auf Null annehmen können, der eine kurzfristige Schließung gebietet. Da es aber noch nie gesundheitlichen Schäden gekommen ist, erscheint die Übergangsfrist von drei Tagen vertretbar, so dass jedenfalls keine sofortige Schließung veranlasst ist.

Die Anordnung der Betriebsschließung ist damit rechtmäßig.

III. Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung (Ziffer 3.)

Zu prüfen ist weiter, ob die Anordnung der sofortigen Vollziehung rechtmäßig ist.

1. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage dieses für den Widerspruchsführer belastenden Verwaltungshandelns ist § 80 II Nr. 4 VwGO.

2. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Zunächst müsste die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtmäßig sein, d.h. die Anordnung müsste von der zuständigen Behörde verfahrens- und formgemäß erlassen worden sein.

a. Zuständigkeit

Zuständig für den Erlass der Anordnung der sofortigen Vollziehung sind nach § 80 II Nr. 4 VwGO entweder die Ausgangs- oder die Widerspruchsbehörde. Hier hat die Ausgangsbehörde die Anordnung erlassen. Diese war, sachverhätlich vorgegeben, auch zuständig.

b. Verfahren

Fraglich und umstritten ist, ob es für die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Anhörung nach § 28 I VwVfG bedarf. Nach einer Ansicht bedarf es auch bei Anordnung der sofortigen Vollziehung einer diesbezüglichen Anhörung, da der Anordnung selbst VA-Qualität zukäme. Danach wäre hier eine Anhörung bzgl. der Anordnung erforderlich gewesen. Eine solche ist, soweit ersichtlich, nicht erfolgt, so dass die Anordnung danach formell rechtswidrig wäre.

Nach anderer Ansicht bedarf es bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung, mangels VA-Qualität, keiner Anhörung, so dass sie auch hier nicht erforderlich gewesen wäre. Da tatsächlich keine diesbezügliche Anhörung erfolgt ist, bedarf es einer Stellungnahme. Für die Ansicht, die eine Anhörung bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung für nicht erforderlich hält spricht, dass die Anordnung, anders als ein VA, nicht in Bestandskraft erwächst und auch nicht selbständig vollziehbar ist. Ferner spricht gegen die Annahme einer VA-Qualität, dass andernfalls gegen die Anordnung selbst Widerspruch eingelegt werden könnte, was den schnellen, mit der Anordnung gerade bezweckten Vollzug des VA, verhindern würde. Dies widerspräche aber Sinn und Zweck der Anordnung. Daher ist der zweiten Ansicht der Vorzug zu geben. Einer Anhörung bedurfte es nicht. Andere Verfahrenserfordernisse sind nicht ersichtlich.

c. Form

Ferner müsste die Anordnung der sofortigen Vollziehung die Form des § 80 III VwGO wahren. Danach ist in den Fällen des Absatzes 2 Nr. 4 das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts schriftlich zu begründen. Erforderlich ist eine auf den konkreten Einzelfall abstellende Darlegung des besonderen öffentlichen Interesses daran, dass - anders als im Normalfall - ausnahmsweise die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs entfallen soll. Nicht ausreichend sind nicht auf den konkreten Einzelfall anstellende, formelhafte Begründungen. Nicht ausreichend ist es insofern auch, nur auf die Rechtmäßigkeit des VA zu verweisen, ohne das besondere Interesse an seinem Sofortvollzug zu begründen. Hier hat die Behörde als Begründung angegeben, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung im öffentlichen Interesse geboten sei. Angesichts des erheblichen Rückstände bei der Umsatzsteuer und der gesundheitsgefährdenden Zustände in dem Lokal könne ein weiterer Betrieb nicht zugelassen werden. Es stehe insoweit sowohl zu befürchten, dass sich die Steuerrückstände weiter erhöhten, als auch, dass Gäste weiterhin erheblichen gesundheitlichen Gefahren ausgesetzt seien. Dieser Zustand dürfe auf keinen

Fall auf Dauer fortbestehen. Da der Widerspruchsführer aber ohne die Anordnung der sofortigen Vollziehung mit Widerspruch und anschließender Klage die Möglichkeit habe, den Vollzug des Widerrufs der Gaststättenerlaubnis und der Schließung auf Jahre hinauszuzögern, sei die Anordnung der sofortigen Vollziehung hier geboten. Dies insbesondere auch, da er nach seinen Äußerungen im Anhörungsschreiben nicht erwarten lasse, sich an die behördlichen Anordnungen halten zu wollen.

Diese Begründung stellt damit auf den konkreten Einzelfall ab und erläutert die besondere Dringlichkeit. Auf die Tragfähigkeit der Begründung kommt es in formeller Hinsicht nicht an. Damit ist die Form des § 80 III VwGO gewahrt und die Anordnung formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung könnte indes materiell rechtswidrig sein.

a. Interessenabwägung

Dies wäre der Fall, wenn das private Aussetzungsinteresse das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt. Entscheidend für diese Beurteilung ist, ob die für sofort vollziehbar erklärten Verwaltungsakte, hier zum einen der Widerruf und zum anderen die Betriebsschließung, bei summarischer Prüfung rechtmäßig sind. Dies wurde bereits geprüft: Beide sind rechtmäßig (s.o.).

b. Besonderes Vollzugsinteresse

Die Rechtmäßigkeit eines VA allein rechtfertigt nicht seinen Sofortvollzug, wie der Grundsatz des § 80 I 1 VwGO verdeutlicht. Daher bedarf es für diesen eines besonderen Vollzugsinteresses. Danach bedarf es einer Interessenabwägung, wobei zum einen danach zu fragen ist, welche Nachteile dem von dem Sofortvollzug Betroffenen entstehen, wenn der VA daraufhin vollzogen wird und er in der späteren Hauptsache obsiegt; zum anderen, welche Nachteile der Allgemeinheit bei Nichtanordnung des Sofortvollzugs entstehen, wenn später die Hauptsache abgewiesen wird.

Vorliegend ist es so, dass der Widerspruchsführer bei Nichtanordnung des Sofortvollzugs sein Lokal aufgrund des Widerspruchs (aufschiebende Wirkung) weiterbetreiben könnte, bis eine Hauptsacheentscheidung vorliegt. Solange bestünden die Gesundheitsrisiken etc. fort. Demgegenüber steht bei Anordnung des Sofortvollzugs nur das Risiko des Widerspruchsführers finanzielle Einbußen zu erleiden. Die Abwendung der Gesundheitsgefahr ist höherwertig (s.o.) und aufgrund der Weigerung des Widerspruchsführers Folge zu leisten, auch dringlich, so dass ein besonderes Vollzugsinteresse hinsichtlich der Ziffern 1. und 2. gegeben ist.

Damit ist die Anordnung des Sofortvollzugs auch materiell rechtmäßig.

4. Rechtmäßigkeit der Androhung unmittelbaren Zwangs (Ziffer 4.)

Zu prüfen ist weiter, ob die Androhung unmittelbaren Zwangs rechtmäßig gewesen ist. Dies setzt voraus, dass sie auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht und formell und materiell rechtmäßig ist.

a. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Androhung unmittelbaren Zwangs ist §§ 3, 8, 11 I Nr. 3, 15 HmbVwVG i.V.m. §§ 17 ff. HmbSOG.

b. Formelle Rechtmäßigkeit

aa. Zuständigkeit

Bedenken hinsichtlich der Zuständigkeit bestehen nicht.

bb. Verfahren

Fraglich ist, ob bei der Androhung unmittelbaren Zwangs Verfahrenserfordernisse einzuhalten sind. Gemäß § 28 I VwVfG ist eine Anhörung vor dem Erlass eines belastenden VA erforderlich. Die Androhung ist ein VA im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG. Es könnte jedoch eine Ausnahme nach § 28 II Nr. 5 VwVfG vorliegen. Danach kann von der Anhörung bei Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung abgesehen werden. Die Androhung unmittelbaren Zwangs ist eine Vollstreckungsmaßnahme. Damit war hier keine Anhörung erforderlich.

cc. Form

Formerfordernisse sind nicht ersichtlich.

Die Androhung war damit formell rechtmäßig.

c. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Androhung wäre rechtmäßig, wenn die Vollstreckungsvoraussetzungen vorliegen, der Widerspruchsführer der richtige Vollstreckungsschuldner ist und die Vollstreckungsmaßnahme ordnungsgemäß durchgeführt wurde.

aa. Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen

Zunächst müssten die Vollstreckungsvoraussetzungen vorliegen, d.h. es müsste ein Grund-VA vorliegen, der wirksam und vollstreckbar und ggf. auch rechtmäßig sein müsste.

(1) Grund-VA

Der Grund-VA liegt hier in dem Widerruf und der Betriebsschließung (s.o.).

(2) Wirksamkeit

Der Grund-VA wurde dem Widerspruchsführer bekannt gegeben und ist nicht nichtig. Er ist daher wirksam, § 43 VwVfG.

(3) Vollstreckbarkeit, § 3 III HmbVwVG

Der Grund-VA müsste auch vollstreckbar sein. Nach § 3 III HmbVwVG dürfen Zwangsmittel erst angewendet werden, wenn der durchzusetzende VA unanfechtbar geworden (Nr. 1) oder die sofortige Vollziehung schriftlich angeordnet worden ist (Nr. 2) oder dem Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung beigelegt ist (Nr. 3). Bzgl. des Grund-VA (Ziffern 1. und 2.) ist hier die sofortige Vollziehung angeordnet worden, so dass seine Vollstreckbarkeit aus § 3 III Nr. 2 HmbVwVG folgt.

(4) Rechtmäßigkeit

Umstritten ist, ob der zu vollstreckende Grund-VA auch rechtmäßig sein muss oder ob auch ein rechtswidriger VA vollstreckt werden kann. Dieser Streit kann hier dahinstehen, da der Grund-VA hier rechtmäßig ist (s.o.).

Damit liegen die Vollstreckungsvoraussetzungen vor.

bb. Richtiger Vollstreckungsschuldner/Pflichtiger, § 9 HmbVwVG

Die Vollstreckung müsste sich gegen den richtigen Pflichtigen richten. Nach § 9 I Nr. 1 HmbVwVG ist Pflichtiger derjenige, gegen den sich der Verwaltungsakt richtet. Hier richtet sich der Grund-VA an den Widerspruchsführer. Er ist damit richtiger Pflichtiger im Sinne des § 9 HmbVwVG.

cc. Ordnungsgemäße Durchführung

Die Vollstreckung müsste ferner auch ordnungsgemäß durchgeführt sein, d.h. es müsste das richtige Zwangsmittel gewählt worden sein, es müssen grds. Hinweis und Fristsetzung erfolgt sein und es müssen die weiteren Voraussetzungen der Vollstreckung gewahrt sein, insbesondere muss die Vollstreckung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten.

(1) Richtiges Zwangsmittel, § 11 HmbVwVG

Die Behörde müsste das richtige Zwangsmittel gewählt haben. Die zulässigen Zwangsmittel ergeben sich aus § 11 I Nr. 1 bis 4 HmbVwVG. Hier wurde die Androhung unmittelbaren Zwangs im Sinne des § 11 I Nr. 3 HmbVwVG i.V.m. § 22 I 1 HmbSOG, mithin ein richtiges Zwangsmittel gewählt.

(2) Hinweis und Fristsetzung, § 8 I HmbVwVG

Nach § 8 I HmbVwVG darf die Vollstreckung grundsätzlich erst beginnen, wenn eine für die Befolgung des Verwaltungsakts gesetzte Frist verstrichen und der Pflichtige darauf hingewiesen worden ist, dass die nach § 11 HmbVwVG zulässigen Zwangsmittel gegen ihn angewendet werden können. Die Androhung beinhaltet hier gewissermaßen den Hinweis. Eine Fristsetzung ist insofern erfolgt, als dass der unmittelbare Zwang nur

dann zur Anwendung kommt, wenn der Widerspruchsführer die Drei-Tages-Frist bzgl. Ziffer 2. verstreichen lässt. Damit sind die entsprechenden Erfordernisse gewahrt.

(3) Sonstige Vollstreckungsanforderungen/Verhältnismäßigkeit

Erst bei der (späteren) Durchführung des unmittelbaren Zwangs sind die Anforderungen der §§ 17 ff. HmbSOG zu beachten. Die Androhung unmittelbaren Zwangs müsste aber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 12 HmbVwVG) beachten. Dies ist nur dann der Fall, wenn im Falle des Fristablaufs auch die Anwendung unmittelbaren Zwangs verhältnismäßig wäre. Nach § 12 I HmbVwVG sind die Zwangsmittel des § 11 HmbVwVG so auszuwählen und anzuwenden, dass sie in angemessenem Verhältnis zu ihrem Zweck stehen und den Pflichtigen nicht mehr als unvermeidbar belasten oder beeinträchtigen. Es müsste also zunächst ein legitimer Zweck verfolgt worden sein. Hier diene der unmittelbare Zwang dazu, sicherzustellen, dass den Ziffern 1. und 2. tatsächlich Folge geleistet würde. Der unmittelbare Zwang verfolgte damit einen legitimen Zweck. Er wäre hierfür auch förderlich und damit geeignet. Er müsste auch erforderlich sein, d.h. es dürfte keine mildereren gleich geeigneten Mittel geben. Der unmittelbare Zwang würde hier voraussichtlich durch Versiegelung der Gaststätte erfolgen. Ein milderer Mittel ist insoweit nicht ersichtlich, insbesondere kommen vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Situation des Widerspruchsführers weder ein Zwangsgeld noch eine Ersatzvornahme in Betracht, so dass unmittelbarer Zwang auch erforderlich wäre. Ferner müsste die Maßnahme auch angemessen sein, d.h. die Zweck-Mittel-Relation müsste gewahrt sein. Hier ist der Zweck der Maßnahme die Gefahrabwehr, in Form des Schutzes der Gesundheit der Besucher. Demgegenüber stünde allenfalls ein finanzielles Opfer des Widerspruchsführers, wenn er die Gaststätte (ohne Konzession) trotzdem betriebe. Angesichts der Hochrangigkeit des Gesundheitsschutzes (s.o.), muss das Interesse des Widerspruchsführers, nicht einem unmittelbaren Zwang unterzogen zu werden, hier hinter dem auch im Allgemeinwohl stehenden Interesse, an der Gesundheit der Gäste und der Nichthinterziehung von Steuergeldern, zurückstehen. Daher wäre die Durchführung des unmittelbaren Zwangs auch angemessen. Damit ist auch die Androhung desselben hier verhältnismäßig.

Damit war die Androhung unmittelbaren Zwangs rechtmäßig.

V. Eine Unzweckmäßigkeit der jeweiligen Maßnahmen ist nicht ersichtlich.

C. Ergebnis/Tenorierung

Der Bescheid ist insgesamt rechtmäßig. Der Widerspruch damit zulässig, aber unbegründet. Der Widerspruchsführer trägt daher, als Unterlegener, die Kosten des Widerspruchsverfahrens, § 73 III 3 VwGO i.V.m. § 80 I 3 VwVfG. Die Erklärung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts kommt nur im Obsiegensfalle in Betracht, so dass insoweit keine Tenorierung zu erfolgen hat. Es ergibt sich daher folgender Tenor:

1. Der Widerspruch gegen den Bescheid der Widerspruchsgegnerin vom 29.07.2013 wird zurückgewiesen.
2. Der Widerspruchsführer trägt die Kosten des Verfahrens.

2. Teil: Widerspruchsbescheid

Bezirksamt Eimsbüttel

- Rechtsamt / Widerspruchsausschuss -

- gegen EB -

Herrn Rechtsanwalt

Niels Kretschmann

Birrenkovenallee 3

22043 Hamburg

Grindelberg 66

20144 Hamburg

Tel.: 040/42801-3765

Fax: 040/42801-3766

Hbg., d. 2.2.2014

Az.: GE 278.03/2013-W

Betr.: Widerspruch vom 29.08.2013

Widerspruchsbescheid

In der Widerspruchssache

des Herrn Steffen Lutzert, Rothenbaumchaussee 8, 20148 Hamburg

- Widerspruchsführer -

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Niels Kretschmann, Birrenkovenallee 3,
22043 Hamburg

gegen

die Freie und Hansestadt Hamburg, vertreten durch das Bezirksamt Eimsbüttel,
dieses vertreten durch den Bezirksamtsleiter, Grindelberg 66, 20144 Hamburg

- Widerspruchsgegnerin -

hat der Widerspruchsausschuss des Bezirksamtes Eimsbüttel

in seiner Sitzung am 2. Februar 2014

durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Heiermann,

die ehrenamtliche Beisitzerin Frau Steiner,

den ehrenamtlichen Beisitzer Herrn Meischo,

beschlossen:

1. Der Widerspruch des Widerspruchsführers gegen den Bescheid der Widerspruchsgegnerin vom 29.07.2013 wird zurückgewiesen.

2. Der Widerspruchsführer trägt die Kosten des Verfahrens.

Rechtsbehelfsbelehrung: Klage vor dem Verwaltungsgericht, § 74 I VwGO

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit des Widerrufs einer Gaststättenerlaubnis und diesbezüglicher weiterer Anordnungen.

Dem Widerspruchsführer wurde am 7. April 2008 eine Gaststättenerlaubnis für den Betrieb der Gaststätte „Lucullus“ in Hamburg erteilt. Seit diesem Zeitpunkt betreibt er das Lokal, das nunmehr unter dem Namen „Letzte Runde“ bekannt ist.

Nach anfänglich beanstandungsloser Führung des Lokals, stellte das zuständige Finanzamt Anfang 2013 fest, dass erhebliche Steuerrückstände hinsichtlich der Umsatzsteuer bestehen. Trotz des Angebots von Teilzahlungen seitens der Finanzbehörde, ist der Widerspruchsführer bis heute der insoweit bestehenden Zahlungspflicht nicht nachgekommen und reagierte auch auf entsprechende Schreiben seitens der Finanzbehörde nicht.

Aufgrund entsprechender Mitteilungen von Gästen wurde am 3. Mai 2013 eine Betriebsprüfung im Hinblick auf die hygienischen Zustände in dem Betrieb des Widerspruchsführers durchgeführt. Dabei wurde festgestellt, dass die WC-Bereiche völlig unzureichend gereinigt werden, dass kein WC-Papier vorhanden ist und dass es keine Möglichkeit gibt, sich dort die Hände, weder an Papier oder entsprechenden Gebläsen, abzutrocknen. In der Küche wurde festgestellt, dass Lebensmittel mit abgelaufenem Haltbarkeitsdatum dort neben noch nicht abgelaufenen Lebensmitteln aufbewahrt werden. Insgesamt entspricht die Reinhaltung der Arbeitsplatten und Küchengeräte nicht den hygienischen Anforderungen, vielfach wurde Schimmel festgestellt.

Die Widerspruchsgegnerin hörte den Widerspruchsführer hierauf mit Anhörungsschreiben vom 2. Juni 2013 an. Der Widerspruchsführer teilte daraufhin sinngemäß mit, dass er sich derzeit nicht in der Lage sehen würde, die Steuerrückstände zeitnah zurückzuführen. Schimmel in der Küche und Mängel hinsichtlich der Hygiene auf den Toiletten könne er „zwar nicht erkennen“, gleichwohl sei er zu einer Änderung insoweit bereit. Auf „keinen Fall“ sei er aber bereit, seine Kneipe aufzugeben, auch wenn man ihn dazu behördlich auffordern würde. Wörtlich teilte er insofern mit: „Das geht hier bis zur letzten Runde weiter, Verbote und Schließungsanordnung hin oder her.“

Eine erneute Kontrolle des Lokals vom 20. Juli 2013 ließ keine Veränderung der Zustände erkennen. Es wurde dabei zudem festgestellt, nunmehr auch eine der Gefriertruhen defekt ist.

Die Widerspruchsgegnerin erließ mit Schreiben vom 29. Juli 2013, zugestellt am selben Tage, einen Bescheid. In diesem ordnete sie den Widerruf der Gaststättenerlaubnis vom 7. April 2008 an (Ziffer 1.) und gab dem Widerspruchsführer zudem auf, die Gaststätte bis spätestens drei Tage nach Zustellung des Bescheids zu schließen (Ziffer 2.). Ferner ordnete sie bzgl. der Ziffern 1. und 2. des Bescheids die sofortige Vollziehung an (Ziffer 3.) und drohte dem Widerspruchsführer an, für den Fall der Nichtbefolgung der Ziffer 2. innerhalb der dort gesetzten Frist, unmittelbaren Zwang anzuwenden (Ziffer 4.).

Zur Begründung trug sie vor, die Gaststättenerlaubnis sei zu widerrufen gewesen. Die festgestellten Umstände begründeten die „Unzuverlässigkeit“ des Widerspruchsführers im Sinne des Gaststättengesetzes. Die festgestellten Missstände hinsichtlich der Steuerzahlungsmoral widersprächen dem öffentlichen Interesse an der Einhaltung der entsprechenden Vorschriften. Hinsichtlich des Schimmels in der Küche, der unzureichenden Lebensmittellagerung und der Zustände im Toilettenbereich könne die damit verbundene Gesundheitsgefährdung der Gäste nicht länger hingenommen werden.

Aufgrund des Umstands, dass sich der Widerspruchsführer „Verboten und Schließungsanordnungen“ widersetzen wolle, sei davon auszugehen, dass er den Betrieb des Lokals auch bei Entzug der Konzession nicht unterlassen würde. Aus diesem Grunde sei zusätzlich die Schließung des Lokals anzuordnen. Hinsichtlich der Übergangsfrist von drei Tagen bestünden keine Bedenken, da dem Widerspruchsführer die mit dem Bescheid vorgenommenen Schritte mit dem Anhörungsschreiben bereits angekündigt worden seien.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Ziffern 1. und 2. des Bescheids sei im öffentlichen Interesse geboten. Angesichts der erheblichen Rückstände bei der Umsatzsteuer und der gesundheitsgefährdenden Zustände in dem Lokal könne ein weiterer Betrieb des Lokals nicht zugelassen werden. Es stehe insoweit sowohl zu befürchten, dass sich die Steuerrückstände weiter erhöhten, als auch, dass Gäste weiterhin erheblichen gesundheitlichen Gefahren ausgesetzt würden. Dieser Zustand dürfe auf keinen Fall auf Dauer fortbestehen. Da der Widerspruchsführer aber ohne die Anordnung der sofortigen Vollziehung mit Widerspruch und anschließender Klage die Möglichkeit habe, den Vollzug des Widerrufs der Gaststättenerlaubnis und der Schließung auf Jahre hinauszuzögern, sei die Anordnung der sofortigen Vollziehung hier geboten. Dies insbesondere auch, da er nach seinen Äußerungen im Anhörungsschreiben nicht erwarten lasse, sich an die behördlichen Anordnungen halten zu wollen.

Aus letzterem Grunde sei auch die Androhung der Anwendung unmittelbaren Zwangs im Falle der nicht fristgerechten Befolgung der Ziffer 2. des Bescheids vorzunehmen gewesen. Gegen die Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahme bestünden keine Bedenken, denn sie komme nur dann zur Anwendung, wenn er sich dem Schließungsgebot widersetze.

Der Widerspruchsführer hat am 29. August 2013 per Fax den vorliegenden Widerspruch erhoben, der aufgrund eines Papierstaus beim Faxgerät der Widerspruchsgegnerin nur verstümmelt und unvollständig bei dieser angekommen ist. Aufgrund eines diesbezüglichen Hinweises durch die Widerspruchsgegnerin hat der Widerspruchsführer den Widerspruch am Folgetage bei der Widerspruchsgegnerin vollständig vorgelegt, nachdem sein Faxgerät tags zuvor bzgl. der Übermittlung als Sendebericht „OK“ angezeigt hatte und er daher von der unvollständigen Übermittlung erst am 30. August 2013 erfahren hatte.

Zur Begründung des Widerspruchs trägt er vor, der Bescheid vom 29. Juli 2013 sei rechtswidrig. Er verletzt ihn seinen Rechten aus Art. 12 I GG. Darüber hinaus habe der Mitarbeiter der Widerspruchsgegnerin, ein Herr Schwätzer, ihm mitgeteilt, dass es sich bei der Anhörung um eine Formalie handele und er davon ausgehen könne, dass die im Anhörungsschreiben angekündigten Maßnahmen nicht gegen ihn festgesetzt werden würden. Überdies sei es bzgl. der Toiletten und der küchenhygienischen Zustände noch nie zu Beanstandungen seitens der Gäste gekommen. Von daher komme ein Widerruf nicht in Betracht.

Die Widerspruchsgegnerin hat dem Widerspruch, unter Verweis auf die Begründung des Ausgangsbescheides, nicht abhelfen können. Sie hat daher dem Widerspruchsausschuss den Widerspruch zur Entscheidung vorgelegt. Dieser hat dem Widerspruchsführer mit Schreiben vom 8. Oktober 2013 von der Nichtabhilfe in Kenntnis gesetzt und ihm eine nochmalige Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Hierauf hat der Widerspruchsführer durch seinen Verfahrensbevollmächtigten mitteilen lassen, der Widerspruch des Widerspruchsführers vom 29. August 2013 sei an diesem Tage von meinem Mandanten per Fax gesendet worden. Der Faxsendebericht zeige den Bericht als gesendet an („ok“-Vermerk). Die Faxnummer stimme mit derjenigen der entsprechenden Mitarbeiterin im Hause der Widerspruchsgegnerin überein. Der Widerspruchsführer könne nichts dafür, dass bei der Widerspruchsgegnerin das Faxgerät defekt gewesen ist. Es liege damit schon keine „Verspätung“ vor, jedenfalls sei sie dem Widerspruchsführer nicht zuzurechnen.

Hilfsweise beantragt der Widerspruchsführer insoweit Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Der Widerspruch sei auch begründet. Insoweit fehle es auch an der Angabe der Rechtsgrundlagen und ein Ermessensausübung sei auch nicht erkennbar. Ferner könne der Widerruf aufgrund der Zusage des Herrn Schwätzer, dass es zu keinem solchen kommen werde, nicht stattfinden. Dies könne die Behörde nun nicht einfach vergessen bzw. ignorieren, sondern sei hieran gebunden.

Der Widerspruchsführer beantragt die Feststellung der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten im Vorverfahren nach § 80 II

VwVfG. Zur Begründung trägt er insoweit vor, dass diese sich aus der erheblichen Bedeutung des Verfahrens für den Widerspruchsführer und der rechtlichen Schwierigkeit des Verfahrens rechtfertige, die die Rechtskenntnisse eines Durchschnittsbürgers bei weitem überstiegen.

II.

Der Widerspruchsausschuss ist gemäß § 73 II VwGO i.V.m. § 1 WiderspruchsausschussBVO zur Entscheidung berufen.

Der Widerspruch ist zulässig (1.), aber unbegründet (2.).

1. Der Widerspruch ist zulässig. Er ist statthaft, da er Sachurteilsvoraussetzung für eine spätere Hauptsacheklage (hier Anfechtungsklage, § 42 I 1. Fall VwGO) ist. Der Widerspruchsführer hat auch die Widerspruchsfrist des § 70 I VwGO gewahrt. Danach ist der Widerspruch innerhalb eines Monats, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerdeführer bekanntgegeben worden ist, schriftlich oder zur Niederschrift bei der Behörde zu erheben, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Hier wurde dem Widerspruchsführer der Bescheid am 29.07.2013 per Postzustellungsurkunde zugestellt. Ablauf der Widerspruchsfrist war damit am 29.08.2013 um 24.00 Uhr. Diese Frist hat der Widerspruchsführer gewahrt, da er sein Fax am 29.08.2013 gesendet hat. Dem steht hier nicht entgegen, dass dieses nicht richtig angekommen ist, denn vorliegend resultiert der Umstand, dass das Fax nicht vollständig, sondern nur „verstümmelt“ angekommen ist, daraus, dass beim Empfänger, also bei der Widerspruchsgegnerin ein Papierstau vorlag. Damit liegt der Grund für das nicht vollständige Ankommen des Faxes allein in der Sphäre der Widerspruchsgegnerin und ist dem Widerspruchsführer daher nicht zuzurechnen. Aufgrund des Umstands, dass der Sendebericht „OK“ zeigte, durfte der Widerspruchsführer auch von einem fristgerechten Zugang ausgehen.

Selbst wenn man aber von einer Verspätung ausginge, so wäre dem Widerspruchsführer hier die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 60 VwGO zu gewähren. Nach § 60 I VwGO ist jemandem, der ohne Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Frist einzuhalten, auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Diese Voraussetzungen liegen hier allerdings nicht vor. Hier konnte der Widerspruchsführer zwar nichts dafür, dass sein rechtzeitig gesendetes Fax nicht angekommen ist (s.o.), so dass ihn insoweit kein Verschulden daran trifft, dass er die gesetzliche Frist des § 70 I VwGO nicht eingehalten hat. Er hat indes aber keinen fristgerechten Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt, denn hier entfiel das Hindernis des defekten Faxes am nächsten Tag, dem 30.08.2013 und zudem bestand dann auch die Möglichkeit, den Antrag persönlich vorbeizubringen oder per Post zu senden. Die Antragstellung erfolgte aber erst im anwaltlichen Schriftsatz vom 07.11.2013, mithin außerhalb der Zweiwochenfrist des § 60 II VwGO.

Gleichwohl wäre dem Widerspruchsführer hier die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, da die Voraussetzungen des § 60 II 3, 4 VwGO vorliegen. Danach ist innerhalb der Antragsfrist die versäumte Rechtshandlung nachzuholen. Ist dies geschehen, so kann die Wiedereinsetzung auch ohne Antrag gewährt werden. Dies hier der Fall, denn der Widerspruchsführer hat die Einlegung des Widerspruchs, mithin die versäumte Rechtshandlung, schon am Tage des Wegfalls des Hindernisses, mithin innerhalb der Antragsfrist nachgeholt, so dass es eines Antrags nicht bedurfte. Rechtsfolge des § 60 II 4 VwGO ist, dem Wortlaut nach, Ermessen, das aber bei Fristeinhaltung allenfalls in Sondersituation zu einer Ablehnung des in der Nachholungshandlung liegenden konkludenten Wiedereinsetzungsgesuchs führen kann, so dass die Wiedereinsetzung hier zu gewähren ist.

2. Der Widerspruch ist indes unbegründet. Sowohl der Widerruf der Gaststättenerlaubnis (a.), als auch die Anordnung der Betriebsschließung (b.), wie auch die Anordnung der sofortigen Vollziehung (c.) sowie die Androhung unmittelbaren Zwangs (d.) sind rechtmäßig.

a. Der Widerruf der Gaststättenerlaubnis ist rechtmäßig. Er beruht auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage (aa.) und ist formell (bb.) und materiell (cc.) rechtmäßig.

aa. Ermächtigungsgrundlage des Widerrufs ist § 15 II GastG i.V.m. § 4 I 1 GastG.

bb. Der Widerruf ist auch formell rechtmäßig. Bedenken gegen die Zuständigkeit und die Einhaltung von Verfahrensvorgaben bestehen vorliegend nicht, eine Anhörung bzgl. des Widerrufs hat stattgefunden. Zwar liegt ein Verstoß die Begründungserfordernisse des § 39 I 2 VwVfG vor. Danach sind in der Begründung die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Dies ist hier nicht erfolgt, denn hier hat die Widerspruchsgegnerin keine Rechtsgrundlagen angegeben, auf die die Entscheidung gestützt wurde, so dass es an einer Mitteilung der rechtlichen Gründe für die Entscheidung fehlt. Dieser Verstoß gegen § 39 I 2 VwVfG kann hier jedoch gemäß § 45 I Nr. 2 VwVfG noch geheilt werden, indem dies mit diesem Widerspruchsbescheid nachgeholt wird.

cc. Der Widerruf ist auch materiell rechtmäßig. Die Voraussetzungen des § 15 II GastG i.V.m. § 4 I 1 GastG lagen vor und die gewählte Rechtsfolge ist fehlerfrei. Nach § 15 II GastG ist die Erlaubnis zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die die Versagung der Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG rechtfertigen würden. Dies ist hier der Fall. Der Widerspruchsführer ist unzuverlässig im Sinne des § 4 I Nr. 1 GastG. Dies ist nach dem Wortlaut von § 4 I Nr. 1 GastG u.a. dann der Fall, wenn die Vorschriften des Gesundheits- oder Lebensmittelrechts nicht eingehalten werden. Dies ist hier der Fall. Die Unzuverlässigkeit folgt hier – dies führt die Widerspruchsgegnerin zutreffend aus – ferner aus dem Umstand, dass der Widerspruchsführer seit Jahren ganz erhebliche Umsatzsteuerrückstände angehäuft hat. Dass es sich dabei um Umsatzsteuerrückstände handelt,

verdeutlicht, dass das Lokal an sich durchaus adäquaten Umsatz generiert, nur dass der Betreiber, der Widerspruchsführer, nicht in der Lage ist, die daher fällige Umsatzsteuer von den sonstigen Einnahmen zu separieren und abzuführen. Dies verdeutlicht, dass er zum Umgang mit Geld, dem wesentlichen Geschäftsmittel, nicht in der Lage und daher, gerade weil es bei Steuergeldern um öffentliche Gelder geht, auch insoweit unzuverlässig ist.

Im Übrigen ist der Widerspruchsführer auch mehrfachen Aufforderungen dazu, die hygienischen Zustände zu verbessern und die Steuerrückstände abzubauen, nicht nachgekommen. Ersteres trotz anders lautender Ankündigungen, letzteres weil er sich dazu „außer Stande“ sah. Beides verdeutlicht, dass der Widerspruchsführer nicht in der Lage ist, verlässlich und damit zuverlässig im Sinne des Gaststättengesetzes, die ihm mit dem Betrieb einer Gaststätte obliegenden Pflichten zu erfüllen.

Der insoweit gegebene Versagungsgrund im Sinne des § 4 I Nr. 1 GastG ist auch nachträglich, also nach der Erteilung der Gaststättenerlaubnis aufgetreten, denn hier hat der Widerspruchsführer den Betrieb zunächst beanstandungsfrei geführt.

Rechtsfolge des § 15 II GastG ist eine gebundene Entscheidung. Damit war die Erlaubnis zu widerrufen. Dem steht hier auch nicht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entgegen, der als allgemeiner Rechtsgedanke auch bei gebundenen Entscheidungen zu berücksichtigen ist. Zwar stellt der Widerruf der Gaststättenerlaubnis einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Widerspruchsführers dar. Diese privaten Interessen stehen hier aber hinter dem durch Art. 2 II GG verbürgten Schutz der Gesundheit der Gäste zurück, da der Schutz von Leib und Leben als hochrangiges privates und zugleich öffentliches Interesse das rein private wirtschaftliche Interesse des Widerspruchsführers deutlich überwiegen.

Dem Widerruf der Gaststättenerlaubnis steht hier, anders als der Widerspruchsführer meint, auch keine Zusicherung im Sinne des § 38 I 1 VwVfG entgegensteht. Nach dieser Vorschrift bedarf eine von der zuständigen Behörde erteilte Zusage, einen bestimmten Verwaltungsakt später zu erlassen oder zu unterlassen (Zusicherung), zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Form. Dies ist hier nicht der Fall, denn hier handelte es sich allein um eine mündliche Zusage, nicht dagegen um eine schriftliche, so dass es schon von daher an der Wirksamkeit einer Zusicherung fehlte.

b. Auch die Betriebsschließung (Ziffer 2.) ist rechtmäßig.

aa. Ermächtigungsgrundlage der Betriebsschließung ist § 15 II GewO i.V.m. § 31 GastG. Bedenken hinsichtlich des Vorliegens der formellen Rechtmäßigkeit bestehen mit Blick auf das bereits zum Widerruf Gesagte (s.o.) nicht.

bb. Die Betriebsschließung ist auch materiell rechtmäßig, denn die Tatbestandsvoraussetzungen von § 15 II GewO i.V.m. § 31 GastG liegen vor und es wurde eine zulässige Rechtsfolge gewählt.

Nach § 15 II GewO i.V.m. § 31 GastG kann die Fortsetzung des Betriebes von der zuständigen Behörde verhindert werden, wenn ein Gewerbe, wie hier der Gaststättenbetrieb des Widerspruchsführers, ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben wird. Diese Voraussetzungen liegen hier vor, denn die Gaststättenerlaubnis wurde widerrufen und lag damit nicht mehr vor. Auch der Widerspruch des Widerspruchsführers entfaltet hier, wegen der Anordnung der sofortigen Vollziehung (deren Nichtigkeit nicht ersichtlich ist) nach § 80 II Nr. 4 VwGO, keine aufschiebende Wirkung, so dass es an der erforderlichen Erlaubnis fehlte.

Rechtsfolge von § 15 II GewO i.V.m. § 31 GastG ist Ermessen. Insoweit kann hinsichtlich der Ermessenserwägungen auf das zum Widerruf Festgestellte verwiesen werden. Hinzukommt hier, dass sich der Widerspruchsführer im Anhörungsschreiben ausdrücklich dahingehend eingelassen hat, dass er einer entsprechenden Anordnung nicht Folge leisten wird und es bis „zur letzten Runde“ weitergehe. Insoweit muss davon ausgegangen werden, dass der Widerspruchsführer, auch ohne Gaststättenerlaubnis, den Betrieb weiterhin fortsetzen würde, was zu unterbinden ist. Insofern bestehen hinsichtlich der gewählten Rechtsfolge der Schließung, zur Abwendung von u.a. Gesundheitsgefahren, keine Bedenken. Allerdings ist auch nicht erkennbar, dass die Gesundheitsgefahren, insbesondere da es tatsächlich noch nie zu Beanstandungen gekommen ist, so dringlich wären, dass eine sofortige Schließung veranlasst ist. Man wird insoweit aber einen Fall der Ermessensreduzierung auf Null annehmen können, der eine kurzfristige Schließung gebietet. Da es aber noch nie gesundheitlichen Schäden gekommen ist, erscheint die Übergangsfrist von drei Tagen insoweit vertretbar, so dass eine kurze Frist, aber keine sofortige Schließung veranlasst ist.

c. Auch die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist rechtmäßig.

aa. Ermächtigungsgrundlage dieses für den Widerspruchsführer belastenden Verwaltungshandelns ist § 80 II Nr. 4 VwGO.

bb. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist formell rechtmäßig sein, da sie von der zuständigen Behörde verfahrens- und formgemäß erlassen wurde.

Bedenken hinsichtlich der Zuständigkeit bestehen nicht. Die Verfahrenserfordernisse sind ebenfalls eingehalten. Insbesondere bedurfte es keiner Anhörung. Zwar ist umstritten, ob es für die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Anhörung nach § 28 I VwVfG bedarf. Nach einer Ansicht bedarf es auch bei Anordnung der sofortigen Vollziehung einer diesbezüglichen Anhörung, da der Anordnung selbst VA-Qualität zukäme. Diese Ansicht ist indes mit der Gegenansicht abzulehnen. Für diese Ansicht, die eine Anhörung bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung für nicht erforderlich hält, spricht, dass die Anordnung, anders als ein VA, nicht in Bestandskraft erwächst und auch nicht selbständig vollziehbar ist. Ferner spricht gegen die Annahme einer VA-Qualität, dass andernfalls gegen die Anordnung selbst Widerspruch eingelegt werden könnte, was den schnellen, mit der Anordnung gerade bezweckten Vollzug des VA, verhindern würde. Dies widerspräche aber Sinn und Zweck der Anordnung. Daher

ist der zweiten Ansicht der Vorzug zu geben, so dass es einer Anhörung hier nicht bedurfte. Andere Verfahrenserfordernisse sind nicht ersichtlich.

Bedenken hinsichtlich der Einhaltung der Form des § 80 III VwGO bestehen hier nicht, da die Widerspruchsgegnerin eine auf den konkreten Einzelfall abstellende Darlegung des besonderen öffentlichen Interesses daran, dass – anders als im Normalfall – ausnahmsweise die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs entfallen soll, gegeben hat. Auf die Tragfähigkeit der Begründung kommt es in formeller Hinsicht nicht an.

cc. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist auch materiell rechtmäßig. Das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt hier das private Aussetzungsinteresse, da die für sofort vollziehbar erklärten Verwaltungsakte, hier zum einen der Widerruf (Ziffer 1.) und zum anderen die Betriebsschließung (Ziffer 2.), bei summarischer Prüfung rechtmäßig sind. (s.o.). Es besteht ferner ein besonderes Vollzugsinteresse. Die Rechtmäßigkeit eines VA allein rechtfertigt nicht seinen Sofortvollzug, wie der Grundsatz des § 80 I 1 VwGO verdeutlicht. Daher bedarf es für diesen eines besonderen Vollzugsinteresses. Zu dessen Bestimmung bedarf es einer Interessenabwägung, wobei zum einen danach zu fragen ist, welche Nachteile dem von dem Sofortvollzug Betroffenen entstehen, wenn der VA daraufhin vollzogen wird und er in der späteren Hauptsache obsiegt; zum anderen, welche Nachteile der Allgemeinheit bei Nichtanordnung des Sofortvollzugs entstehen, wenn später die Hauptsache abgewiesen wird. Hier ist es so, dass der Widerspruchsführer bei Nichtanordnung des Sofortvollzugs sein Lokal aufgrund des Widerspruchs (aufschiebende Wirkung) weiterbetreiben könnte, bis eine Hauptsacheentscheidung vorliegt. Solange bestünden die Gesundheitsrisiken etc. fort. Demgegenüber steht bei Anordnung des Sofortvollzugs nur das Risiko des Widerspruchsführers, finanzielle Einbußen zu erleiden. Die Abwendung der Gesundheitsgefahr ist höherwertig (s.o.) und aufgrund der Weigerung des Widerspruchsführers Folge zu leisten, auch dringlich, so dass ein besonderes Interesse an einer sofortigen Vollziehung des Bescheids hinsichtlich der Ziffern 1. und 2. gegeben ist.

d. Auch die Androhung unmittelbaren Zwangs ist rechtmäßig. Sie beruht auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage und ist formell und materiell rechtmäßig.

aa. Ermächtigungsgrundlage für die Androhung unmittelbaren Zwangs ist §§ 3, 8, 11 I Nr. 3, 15 HmbVwVG i.V.m. §§ 17 ff. HmbSOG.

bb. Bedenken hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit bestehen nicht, insbesondere bedarf es bzgl. der Androhung wegen § 28 II Nr. 5 VwVfG keiner Anhörung, da diese eine Vollstreckungsmaßnahme ist.

cc. Die Androhung ist auch materiell rechtmäßig, da die Vollstreckungsvoraussetzungen vorliegen, der Widerspruchsführer der richtige Vollstreckungsschuldner ist und die Vollstreckungsmaßnahme ordnungsgemäß durchgeführt wurde.

(1) Die Vollstreckungsvoraussetzungen liegen vor. Dies setzt voraus, dass ein Grund-VA vorliegt, der wirksam und vollstreckbar ist. Dies hier der Fall. Der Grund-VA liegt

hier in dem Widerruf und der Betriebsschließung (s.o.). Der Grund-VA ist nicht richtig, wurde dem Widerspruchsführer bekanntgegeben und ist daher wirksam, § 43 VwVfG. Seine Vollstreckbarkeit folgt aus § 3 III Nr. 2 HmbVwVG, da die sofortige Vollziehung schriftlich angeordnet worden ist.

(2) Der Widerspruchsführer ist als Adressat des Grund-VA auch richtiger Vollstreckungsschuldner im Sinne des § 9 I Nr. 1 HmbVwVG

(3) Die Vollstreckung ist ferner auch ordnungsgemäß durchgeführt worden. Dies ist der Fall, wenn das richtige Zwangsmittel gewählt worden ist, Hinweis und Fristsetzung erfolgt sind und die weiteren Voraussetzungen der Vollstreckung gewahrt sind, insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wurde. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Hier wurde die Androhung unmittelbaren Zwangs im Sinne des § 11 I Nr. 3 HmbVwVG i.V.m. § 22 I 1 HmbSOG, mithin ein richtiges Zwangsmittel gewählt. Es liegen auch Hinweis und Fristsetzung vor, § 8 I HmbVwVG. Nach § 8 I HmbVwVG darf die Vollstreckung grundsätzlich erst beginnen, wenn eine für die Befolgung des Verwaltungsakts gesetzte Frist verstrichen und der Pflichtige darauf hingewiesen worden ist, dass die nach § 11 HmbVwVG zulässigen Zwangsmittel gegen ihn angewendet werden können. Hier beinhaltet die Androhung gewissermaßen den Hinweis. Eine Fristsetzung ist insofern erfolgt, als der unmittelbare Zwang nur dann zur Anwendung kommt, wenn der Widerspruchsführer die Drei-Tages-Frist bzgl. Ziffer 2. verstreichen lässt.

Es sind auch die sonstigen Vollstreckungsanforderungen, insbesondere die Verhältnismäßigkeit gewahrt. Die speziellen Anforderungen der §§ 17 ff. HmbSOG sind erst bei der (späteren, tatsächlichen) Durchführung des unmittelbaren Zwangs zu beachten. Schon die Androhung unmittelbaren Zwangs muß aber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 12 HmbVwVG) beachten. Dies ist nur dann der Fall, wenn im Falle des Fristablaufs auch die Anwendung unmittelbaren Zwangs verhältnismäßig wäre. Nach § 12 I HmbVwVG sind die Zwangsmittel des § 11 HmbVwVG so auszuwählen und anzuwenden, dass sie in angemessenem Verhältnis zu ihrem Zweck stehen und den Pflichtigen nicht mehr als unvermeidbar belasten oder beeinträchtigen. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Der unmittelbare Zwang würde einen legitimen Zweck verfolgen, denn hier diene er dazu sicherzustellen, dass den Ziffern 1. und 2. des Bescheids tatsächlich Folge geleistet würde, was im legitimen öffentlichen Interesse liegt. Er wäre hierfür auch förderlich und damit geeignet. Ferner wäre er auch erforderlich, da keine mildereren gleich geeigneten Mittel gegeben wären. Der unmittelbare Zwang würde hier voraussichtlich durch Versiegelung der Gaststätte erfolgen. Ein milderer Mittel ist insoweit nicht ersichtlich, insbesondere kommen vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Situation des Widerspruchsführers weder ein Zwangsgeld noch eine Ersatzvornahme in Betracht, so dass unmittelbarer Zwang das mildeste effektive Mittel wäre. Ferner wäre der unmittelbare Zwang angemessen. Dies setzt die Wahrung der Zweck-Mittel-Relation voraus. Diese ist hier gegeben: Hier ist der Zweck der Maßnahme die Sicherstellung der zuverlässigen Abwehr der bestehenden Gefahren, in Form u.a. des Schutzes der Gesundheit der Besucher,

durch Versiegelung. Demgegenüber stünde allenfalls ein finanzielles Opfer des Widerspruchsführers, wenn er die Gaststätte (ohne Konzession) trotzdem betriebe. Angesichts der Hocharrangigkeit des Gesundheitsschutzes (s.o.), muss das Interesse des Widerspruchsführers, nicht einem unmittelbaren Zwang unterzogen zu werden, hier hinter dem auch im Allgemeinwohl stehenden Interesse, an der Gesundheit der Gäste und der Nichthinterziehung von Steuergeldern, zurückstehen.

3. Eine Unzweckmäßigkeit des Bescheides ist nicht zu erkennen.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 73 III 3 VwGO i.V.m. § 80 I 3 VwVfG.

Unterschrift