

**Titel:**

**Erfolglose Klage gegen Fälligestellung eines Zwangsgeldes - unzulässige (Duldung der) Außenbewirtung im Wirtschaftsgarten zur Nachtzeit**

**Normenketten:**

VWGO § 43 Abs. 1

BayVwZVG Art. 23 Abs. 1 Nr. 2, Art. 31 Abs. 3 S. 2, Art. 37 Abs. 4 S. 2

BayVwVfG Art. 35 S. 1

**Leitsätze:**

1. Die Fälligkeitsmitteilung ist kein Verwaltungsakt, sondern nur die Mitteilung eines Bedingungseintritts (ohne Regelungscharakter). (Rn.24) (redaktioneller Leitsatz)
2. Werden nicht die erforderlichen Abwehrmaßnahmen gegen den Verzehr der in der Gaststätte erworbenen Getränke im Wirtschaftsgarten getroffen bzw. der Verzehr der in der Gaststätte erworbenen Getränke im Wirtschaftsgarten nicht ausreichend behindert, ist zumindest von einem „Dulden“ des Verzehrs erworbener Getränke im Wirtschaftsgarten auszugehen. (Rn.38) (redaktioneller Leitsatz)
3. Die Beitreibung eines fällig gewordenen Zwangsgeldes ist nicht ermessensfehlerhaft, wenn weitere Zuwiderhandlungen zu befürchten sind und keine besondere Härte vorliegt. (Rn.47–48) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Coronavirus, SARS-CoV-2, Zwangsgeld, Fälligkeitsmitteilung, Außenbewirtung zur Nachtzeit, unzulässige Außenbewirtung aufgrund der Duldung des Verzehrs durch den Kläger erworbener Getränke außerhalb der durch Bescheid festgelegten Sperrzeiten für die Außenbewirtung, Bescheid, Verwaltungsakt, Anfechtungsklage, Unterlassung, Feststellungsklage, Landratsamt, Zahlung, Zwangsgeldandrohung, Rechtsmittel, Duldung, Zustimmung, Innenbereich, Leistungsbescheid, Kosten des Verfahrens, berechtigtes Interesse, zwei Wochen, Gaststättenrecht, Fälligkeit, Fälligestellung, Außenbewirtung, Nachtzeit, Wirtschaftsgarten, Ermessen, Lärm

**Rechtsmittelinstanz:**

VGH München, Beschluss vom 20.02.2025 – 22 ZB 24.62

**Tenor**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar.

**Tatbestand**

**1**

Der Kläger wendet sich gegen die Fälligestellung eines Zwangsgeldes in Höhe von 500,00 €.

**2**

Durch Bescheid vom 28.07.2010 wurde dem Kläger die Erlaubnis der Fortführung der Gaststätte „...“ in der ..., ..., erteilt (Ziffer 1). Die Betriebszeit der Außenbewirtung ist auf die Tagzeit (6:00 bis 22:00 Uhr) beschränkt; der Betrieb der Freischankfläche ist um 22:00 Uhr zu beenden (Ziffer 2.2).

**3**

Laut der vorgelegten Behördenakte kam es in den Jahren 2016 und 2017 zu mehreren Beschwerden, insbesondere wegen des von der Gaststätte ausgehenden Lärmes. Der Umwelt-Ingenieur des Landratsamtes ... gab daraufhin unter dem Datum 16.09.2016 eine immissionsschutzfachliche Stellungnahme ab. Er kam hierbei unter anderem zum Ergebnis, dass bei der Außenbewirtung auf der Terrasse („Biergarten“) der für Mischgebiete bzw. Kerngebiete anzusetzende Immissionswert von 45 dB(A)

zur Nachtzeit (22:00 bis 6:00 Uhr) bei Anwesenheit von acht Gästen um 12 dB(A), bei vier Gästen um 9 dB(A) und bei zwei Gästen um 6 dB(A) überschritten wird. Eine Außenbewirtung zur Nachtzeit sei demzufolge strikt zu vermeiden.

**4**

Mit Bescheid vom 03.04.2017 erweiterte das Landratsamt ... die gaststättenrechtliche Erlaubnis vom 28.07.2010 um weitere sieben Auflagen, unter anderem, dass die Außenbewirtung im Wirtschaftsgarten zur Nachtzeit (22:00 bis 6:00 Uhr) zu unterlassen ist (Ziffer I. 3.). Für den Fall einer Zuwiderhandlung gegen Ziffer I. 3. des Bescheides wurde ein Zwangsgeld in Höhe von 500,00 € angedroht (Ziffer III.). Zur Begründung wurde im Wesentlichen darauf hingewiesen, dass insbesondere während der Nachtzeit (22:00 bis 6:00 Uhr) der durch die Gaststätte entstehende Lärmpegel die zulässigen Grenzwerte für gemischte Bauflächen nach der TA-Lärm von 45 dB(A) erheblich übersteige. Zum Schutz der Bewohner des Betriebsgrundstückes und der Nachbargrundstücke hätten daher die in Ziffer I. festgesetzten Auflagen angeordnet werden müssen.

**5**

Mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 15.05.2017 ließ der Kläger gegen den Bescheid vom 03.04.2017 Klage (Az.: B 2 K 17.380) erheben. Mit Urteil vom 25.01.2018 des Bayerischen Verwaltungsgerichts Bayreuth, gegen das kein Rechtsmittel eingelegt wurde, wurde die Klage abgewiesen.

**6**

Laut Ordnungswidrigkeitenanzeige vom 03.08.2018 kam es am 28.07.2018 gegen 01:00 Uhr zu einer Kontrolle der Gaststätte „...“ durch zwei Polizeibeamte der Polizeiinspektion ... Der Einsatzzentrale ... sei über den Notruf eine Ruhestörung im „...“ mitgeteilt worden. Gäste im Biergarten würden sich laut unterhalten. Die Örtlichkeit sei daraufhin durch zwei Polizeibeamte angefahren worden. An der rückwärtigen Seite des Gebäudes befinde sich der Biergarten, dort hätten sich noch vier Personen mit Getränken aufgehalten. Die Lautstärke sei nicht übermäßig hoch gewesen, die Personen hätten sich in normalem Ton unterhalten. Als Verantwortlicher vor Ort habe sich Herr ... zu erkennen gegeben. Er habe angegeben, dass das Lokal bereits geschlossen sei, den Gästen im Außenbereich habe er nicht explizit erlaubt, sich im Biergarten aufzuhalten. Herr ... sei belehrt worden und die Gäste seien gebeten worden, den Außenbereich zu verlassen.

**7**

Herr ... gab im Rahmen seiner Betroffenenanhörung am 31.07.2018 an, dass sie um 01:00 Uhr geschlossen gehabt hätten und noch mit Aufräumen beschäftigt gewesen seien. Die Gäste hätten sich ohne ihre Zustimmung rausgesetzt.

**8**

Mit Schreiben vom 16.10.2018 teilte das Landratsamt ... dem Kläger mit, dass er am Samstag, den 28.07.2018 um 01:29 Uhr entgegen der Ziffer 3 des Bescheides des Landratsamtes ... vom 03.04.2017 zugelassen habe, dass sich zur Nachtzeit (nach 22:00 Uhr) vier Gäste im Wirtschaftsgarten der Gaststätte „...“ aufgehalten hätten. Das angedrohte Zwangsgeld von 500,00 EUR sei damit zur Zahlung fällig. Es wurde gebeten, den Betrag innerhalb der auf der Kostenrechnung genannten Frist zu begleichen. Laut Kostenrechnung vom 17.10.2018 war der Betrag von 500,00 € am 20.11.2018 fällig.

**9**

Mit Schreiben vom 19.11.2018 zeigte der Bevollmächtigte des Klägers gegenüber dem Landratsamt ... dessen Vertretung an und wendete sich gegen die Zwangsgeldfälligkeit. Mit Schreiben vom 06.02.2019 antwortete das Landratsamt ..., dass auch nach nochmaliger Prüfung eindeutig ein Auflagenverstoß vorliege. Das im Bescheid vom 03.04.2017 angedrohte Zwangsgeld sei fällig geworden. Der Kläger wurde aufgefordert, das fällig gewordene Zwangsgeld in Höhe von 500,00 EUR binnen zwei Wochen zu überweisen. Mit Schreiben vom 19.04.2021 wurde klägerseits beim Landratsamt ... angefragt, ob im vorliegenden Fall eine Niederschlagung in Betracht komme. Es seien keine weiteren Vorfälle mehr beanstandet worden und aufgrund der coronabedingten Schließung der Gaststätte habe der Kläger ohnehin erhebliche finanzielle Probleme. Das Landratsamt ... teilte mit Schreiben vom 20.05.2021 mit, dass die Forderung des mit Schreiben vom 16.10.2018 fällig gestellten Zwangsgeldes in Höhe von 500,00 EUR aufrechterhalten werde. Eine Niederschlagung aufgrund der Corona-Pandemie komme nicht in Betracht, da das Zwangsgeld bereits eineinhalb Jahre vor Beginn der pandemiebedingten Einschränkungen im Gaststättenbereich zur Zahlung fällig gewesen sei.

10

Mit Schriftsatz vom 13.07.2021, eingegangen beim Bayerischen Verwaltungsgericht Bayreuth am selben Tag, ließ der Kläger durch seinen Bevollmächtigten Klage erheben. Es wurde beantragt,

Es wird festgestellt, dass das mit Schreiben vom 16.10.2018 fällig gestellte Zwangsgeld in Höhe von 500,00 EUR nicht fällig geworden ist.

11

Zur Begründung der Klage wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass ein Verstoß im Sinne der Ziffer I. 3. des Bescheids vom 03.04.2017 nur dann vorliege, wenn der Gastwirt Speisen und Getränke an seine Gäste zum Verzehr im Außenbereich nach 22:00 Uhr serviere. Gerade dies sei jedoch am 28.07.2010 nicht der Fall gewesen. Dementsprechend werde in der Fälligkeitsmitteilung auch lediglich angeführt, dass sich zur Nachtzeit vier Gäste mit Getränken im Wirtschaftsgarten der Gaststätte „...“ aufgehalten hätten. Die Beklagte selbst behaupte mithin nicht, dass eine Bewirtung im Außenbereich nach 22:00 Uhr stattgefunden habe. Vorsorglich werde darauf hingewiesen, dass am 28.07.2018 Gäste im Gastraum bewirtet worden seien. Der damals verantwortliche zuverlässige Betriebsleiter, Herr ..., habe die Gäste vor Geschäftsschluss im Gastraum abkassiert und sie aufgefordert, auszutrinken und zu gehen. Danach habe er in der Küche des Lokals die Abrechnung der Kasse vorgenommen, während die Bedienung, Frau ..., in der Gaststube angefangen habe, diese zu reinigen und die Stühle hochzustellen. Dass die Gäste die Getränke mit nach draußen genommen hätten, um sie noch zu konsumieren, sei erst bekannt geworden, als die Polizeibeamten in der Gaststätte erschienen seien und Herrn ... darauf hingewiesen hätten, dass vier Personen noch im Außenbereich sitzen würden. Nach diesem Hinweis hätten die vier Personen nach entsprechender Aufforderung sofort den Außenbereich verlassen. Auch danach habe eine Außenbewirtung in der Zeit nach 22:00 Uhr nicht stattgefunden. Eine Zuwiderhandlung gegen Ziffer I. 3. sei nicht erfolgt. Auch sei darauf hinzuweisen, dass mit Bescheid vom 03.04.2017 eine Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass Gäste beim Hintereingang des Lokals ihre im Lokal bestellten Getränke nicht konsumieren, nicht normiert und mithin auch nicht unter Zwangsgeld gestellt worden sei. Auch sei eine vorherige Anhörung des Klägers nicht erfolgt, wonach die Fälligkeitsmitteilung bereits ermessensfehlerhaft sei. Die Ermessensfehlerhaftigkeit sei auch bereits dadurch gegeben, dass eine unangemessene Lärmbelästigung gerade nicht vorgelegen habe. Es sei explizit festgestellt worden, dass sich die besagten vier Gäste in normalem Tonfall unterhalten hätten und eine Lärmbelästigung entgegen der Meldung über den Notruf nicht vorlegen habe. Trotz zahlreicher Schreiben unter Darlegung des vorstehenden Sachverhalts und Rechtsauffassung sei die Beklagte nicht bereit, die Fälligkeitsmitteilung zurückzunehmen bzw. unter Berücksichtigung auch der durch die Corona-Pandemie dem Kläger in ganz erheblichen Umfang eingetretenen wirtschaftlichen Vermögenseinbußen niederzuschlagen, sodass nunmehr Klage geboten sei.

12

Mit Schriftsatz vom 03.08.2021 beantragte die Beklagte,

die Klage abzuweisen.

13

Es stehe zweifelsfrei fest, dass das mit Schreiben des Landratsamtes ... vom 16.10.2018 fällig gewordene Zwangsgeld zur Zahlung fällig geworden sei.

14

Mit Schriftsatz vom 25.08.2021 teilte der Klägerbevollmächtigte erneut mit, dass eine Außenbewirtung von vier Gästen zur Nachtzeit nicht erfolgt sei. Zutreffend sei zwar, dass es in den Jahren 2016 und 2017 immer wieder zu Anzeigen, vor allem wegen Lärmbelästigung, gekommen sei. Zahlreiche dieser Anzeigen seien jedoch völlig unbegründet gewesen bzw. die Polizei habe auch bei sehr raschem Eintreffen nach Anzeigeerstattung eine Lärmbelästigung nicht feststellen können. So im Übrigen auch hinsichtlich des streitgegenständlichen Vorfalls am 28.07.2018. Mangels Bedingungseintritt sei eine Fälligkeit des in Rede stehenden Zwangsgelds nicht gegeben.

15

Dem Schriftsatz wurden ein Aktenvermerk des Landratsamtes ... vom 03.08.2016 sowie drei Schreiben des Landratsamtes ... vom 04.08.2017 beigelegt, auf die inhaltlich Bezug genommen wird.

16

Unter dem Datum 13.10.2023 wurde den Beteiligten die vorläufige Einschätzung der berufsrichterlichen Kammermitglieder zur Rechtmäßigkeit der Fälligestellung des Zwangsgeldes übersandt. Zudem wurden die Beteiligten gebeten zu prüfen, ob mit einem Urteil ohne mündliche Verhandlung Einverständnis bestehe.

**17**

Der Beklagte teilte mit Schriftsatz vom 26.10.2023 mit, dass mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung Einverständnis bestehe.

**18**

Klägerseits wurde mit Schriftsatz vom 30.10.2023 und vom 14.11.2023 mitgeteilt, dass eine Außenbewirtung im Wirtschaftsgarten zur Nachtzeit (22:00 Uhr bis 06:00 Uhr) weder aktiv noch passiv erfolgt sei. Das Personal sei vom Kläger angewiesen gewesen, die Auflagen des Bescheides vom 03.04.2017 unbedingt einzuhalten. Dies sei auch fortwährend erfolgt, die Einhaltung sei auch immer wieder vom Kläger stichenprobenartig kontrolliert worden. Herr ... habe den Gästen einen weiteren Aufenthalt im Außenbereich nicht erlaubt. Vielmehr seien die Gäste im Lokal bewirtet worden und unmittelbar vor Schließung des Lokals um 1:00 Uhr von Herrn ... abkassiert worden. Herr ... habe bemerkt, dass sie noch austrinken sollten, es wäre dann geschlossen. Unmittelbar danach habe sich Herr ... nach hinten begeben, um die Kasse fertigzumachen und diverse Aufräumarbeiten zu erledigen. Währenddessen sei die Bedienung ebenfalls bereits damit beschäftigt gewesen, im Gastraum aufzuräumen und zu reinigen und die Stühle hochzustellen. Sie habe zwar bemerkt, dass die Gäste die Gaststätte verlassen hätten, sie habe aber – ebenso wie Herr ... – gerade nicht bemerkt, dass die Gäste die Getränke mit nach außen genommen hätten und hätte dies auch nicht zwangsläufig bemerken müssen. Selbstverständlich wäre eine Mitnahme der Getränke untersagt worden, wäre dies bemerkt worden. Dass im Außenbereich noch vier Personen sitzen würden, sei erst bekannt geworden, als die Polizei in der Gaststätte erschienen sei und Herrn ... darauf hingewiesen habe. Eine Duldung der Konsumierung der im Innenbereich erworbenen Getränke im Außenbereich durch die Gäste setze voraus, dass der Kläger bzw. das von ihm eingesetzte Personal positiv bemerkt habe, dass die Gäste Getränke mit nach außen genommen hätten, um sie dort noch zu konsumieren, was gerade nicht der Fall gewesen sei. Es stelle eine übermäßige Kontrollanforderung dar, den Gästen hinterherzulaufen und zu kontrollieren, dass Getränke nicht mitgenommen werden oder das Gelände tatsächlich verlassen wird, wenn zum Ausdruck gebracht worden sei, dass die Gaststätte nun schließe und die Aufforderung zum Gehen ergangen sei. Es könne nicht erwartet werden, dass man die Gäste fortlaufend im Auge behalte bzw. prophylaktisch eine fortlaufende Kontrolle der Gäste erfolge. Mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung bestehe Einverständnis.

**19**

Wegen der weiteren Einzelheiten wird gemäß § 117 Abs. 3 Satz 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) auf die Gerichtsakte sowie auf die vorgelegte Behördenakte verwiesen.

## **Entscheidungsgründe**

**20**

Über die Klage konnte ohne mündliche Verhandlung entschieden werden, weil die Beteiligten hiermit einverstanden waren (§ 101 Abs. 2 VwGO).

**21**

Die zulässige Klage ist unbegründet und hat daher keinen Erfolg.

**22**

1. Die Klage ist zulässig.

**23**

a. Die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO ist statthaft.

**24**

Bezüglich der angegriffenen Fälligkeitsmitteilung vom 16.10.2018 ist die Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO der statthafte Rechtsbehelf. Die gemäß § 43 Abs. 2 VwGO grundsätzlich subsidiäre Feststellungsklage hat hier nicht hinter einer Anfechtungsklage zurückzutreten, da die Fälligkeitsmitteilung kein Verwaltungsakt, sondern nur die Mitteilung eines Bedingungseintritts (ohne Regelungscharakter) ist. Denn nach Art. 31 Abs. 3 Satz 2 Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz (VwZVG) liegt bereits in der Androhung eines bestimmten Zwangsgeldes ein nach Maßgabe des Art. 23 Abs. 1

VwZVG vollstreckbarer, aber aufschiebend bedingter Leistungsbescheid. Kommt der Verpflichtete der mit der Grundverfügung auferlegten Verpflichtung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nicht nach, so tritt die Bedingung ein und wird das angedrohte Zwangsgeld kraft Gesetzes zur Zahlung fällig, Art. 31 Abs. 3 Satz 3 VwZVG. Die Mitteilung der Zwangsgeldfälligkeit stellt daher keinen Verwaltungsakt im Sinne von Art. 35 Satz 1 Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz (BayVwVfG) dar, da es mit Bedingungseintritt entsteht und fällig wird, es hierzu also keiner weiteren Maßnahme der Behörde bedarf, sondern lediglich eine behördliche Information über den nach deren Auffassung erfolgten Bedingungseintritt. Folglich kann die Fälligkeitsmitteilung auch nicht mit einer Anfechtungsklage angegriffen werden. Statthaft ist insoweit die Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO (vgl. BayVerfGH, E.v. 24.1.2007 - Vf. 50-VI-05 – Rn. 46; BayVGh, B.v. 27.9.2010 – 1 CS 10.1389 – Rn. 27; B.v. 17.2.2023 - 12 ZB 22.2541 – Rn. 16 – jeweils juris).

**25**

b. Das nach § 43 Abs. 1 VwGO erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben.

**26**

Dieses liegt darin, dass die Behörde mit der Mitteilung der Fälligkeit zu erkennen gibt, dass sie das Zwangsgeld Beitreiben möchte, sich also des Bestehens der Zwangsgeldforderung „berühmt“, sodass der Kläger nun einer öffentlich-rechtlichen Geldforderung ausgesetzt ist (vgl. VG Augsburg, U.v. 21.9.2023 – Au 9 K 23.625 – juris Rn. 23). Dass das Landratsamt ... das Zwangsgeld Beitreiben möchte, ergibt sich im vorliegenden Fall insbesondere auch aus dem Schreiben vom 20.05.2021, wonach die Forderung aufrechterhalten bleibe und eine Niederschlagung nicht in Betracht komme (Behördenakte, Bl. 230).

**27**

c. Die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO ist nicht an eine Klagefrist gebunden.

**28**

Irrelevant ist, dass die Fälligkeitsmitteilung bereits unter dem Datum 16.10.2018 erging, die Klage jedoch erst am 13.10.2021 erhoben wurde. Denn eine Feststellungsklage ist nicht an eine Klagefrist gebunden (VG München, U.v. 31.1.2006 – M 1 K 05.5335 – Rn. 21; VG Düsseldorf, U.v. 19.3.2013 – 18 K 3136/11 – Rn. 15; VGh BW, U.v. 4.6.1980 – VI 1949/79 – Rn. 34 – jeweils juris). § 43 Abs. 1 VwGO fordert zwar ein berechtigtes Interesse an der „baldigen“ Feststellung. Die praktische Bedeutung dieser zeitlichen Komponente ist jedoch gering. Gibt es für das Klagebegehren zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung keinen Anlass, so stellt das schon das berechtigte Interesse infrage (Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 43 Rn. 39). Wie bereits festgestellt, ist das erforderliche Feststellungsinteresse jedoch gegeben.

**29**

2. Die Klage ist unbegründet.

**30**

Der Beklagte hat zu Recht mit Schreiben vom 16.10.2018 das in Ziffer III. des bestandskräftigen Bescheids vom 03.04.2017 angedrohte Zwangsgeld von 500,00 € fällig gestellt, da eine Zuwiderhandlung gegen Ziffer I. 3. dieses Bescheides vorliegt. Die Klage ist daher abzuweisen.

**31**

a. Am 28.07.2018 erfolgte entgegen Ziffer I. 3. des Bescheides vom 03.04.2017 eine Außenbewirtung im Wirtschaftsgarten zur Nachtzeit (22:00 bis 6:00 Uhr).

**32**

Wird die Pflicht zu der Handlung oder Unterlassung, zu deren Erfüllung der Pflichtige durch Zwangsgeld angehalten wurde, bis zum Ablauf der gesetzten Frist nicht erfüllt, so wird das Zwangsgeld fällig im Sinne von Art. 23 Abs. 1 Nr. 2 und Art. 31 Abs. 3 Satz 3 VwZVG (BayVGh, B.v. 15.6.2000 – 4 B 98.775 – juris Rn. 18).

**33**

Vorliegend bestand nach dem bestandskräftigen Bescheid vom 03.04.2017 die Pflicht, eine Außenbewirtung im Wirtschaftsgarten zur Nachtzeit (22:00 Uhr bis 6:00 Uhr) zu unterlassen (Ziffer I. 3.). Für den Fall einer Zuwiderhandlung gegen diese Pflicht wurde ein Zwangsgeld von 500,00 € angedroht (Ziffer III.).

**34**

Unter den Begriff Außenbewirtung fällt unproblematisch das Servieren von Getränken im Außenbereich (vgl. BayVGh, B.v. 12.10.2017 – 22 CS 17.1664 – juris Rn. 9). In der Rechtsprechung wurde auch schon als zutreffend erachtet, dass unter einer unzulässigen Außenbewirtung auch die Duldung des Verzehrs beim Kläger erworbener Getränke außerhalb bestimmter Flächen und außerhalb der durch Bescheid festgelegten Sperrzeiten für die Außenbewirtschaftung zu verstehen ist (vgl. VG Karlsruhe, U.v. 20.9.2011 – 4 K 2211/10 – juris Rn. 25). Dieser Rechtsauffassung schließt sich das Gericht an. Für eine Außenbewirtung auch im Falle einer bloßen Duldung des Verzehrs spricht schon, dass ansonsten festgelegte Sperrzeiten für die Außenbewirtung zu leicht umgangen werden könnten, z.B. durch den Erwerb von Getränken im Innenbereich der Gaststätte und anschließendes Aufsuchen des Wirtschaftsgartens seitens der Gäste.

### 35

Unter dem Begriff „Dulden“ ist das Unterlassen von Abwehrmaßnahmen zu verstehen (vgl. Schoch/Schneider, VwGO, Stand März 2023, § 42 Abs. 1 Rn. 152). Es handelt sich dabei um eine Form des Unterlassens, die darin besteht, die Vornahme einer Handlung nicht zu behindern bzw. Eingriffe in die eigene Sphäre hinzunehmen (Stürmer in BeckOK ZPO, Stand 1.9.2023, § 890 Rn. 10).

### 36

In Anbetracht der voranstehenden Ausführungen ist nach Ansicht des Gerichts vorliegend von einer unzulässigen Außenbewirtung aufgrund der Duldung des Verzehrs beim Kläger erworbener Getränke außerhalb der durch Bescheid festgelegten Sperrzeiten für die Außenbewirtschaftung auszugehen.

### 37

Dies ist selbst bei Wahrunterstellung des klägerischen Sachvortrags der Fall, wonach das Personal des Klägers angewiesen gewesen sei, die Auflagen gemäß dem Bescheid der Beklagten vom 03.04.2017 unbedingt einzuhalten. Am 28.07.2018 seien die Gäste zunächst im Lokal bewirtet worden. Der damals verantwortliche Betriebsleiter, Herr ..., habe die Gäste unmittelbar vor der Schließung um 1:00 Uhr abkassiert und zum Ausdruck gebracht, dass sie austrinken sollten, es wäre dann geschlossen. Danach habe sich Herr ... nach hinten in die Küche begeben, um die Kasse abzurechnen und Aufräumarbeiten zu erledigen. Die Bedienung, Frau ..., habe zwar bemerkt, dass die Gäste die Gaststätte verlassen hätten, aber gerade nicht, dass die Getränke mitgenommen worden seien. Sie habe bereits angefangen, die Gaststätte zu reinigen und die Stühle hochzustellen und sei ganz auf diese Arbeiten konzentriert gewesen. Dass die Gäste ihre Getränke mit nach außen genommen hätten, sei erst bekannt geworden, als die Polizei in der Gaststätte erschienen sei und darauf hingewiesen habe, dass im Außenbereich noch vier Personen sitzen würden. Die Gäste hätten sich in normalem Ton unterhalten.

### 38

Nach Ansicht des Gerichts wurden im vorliegend streitgegenständlichen Fall nicht die erforderlichen Abwehrmaßnahmen gegen den Verzehr der in der Gaststätte des Klägers erworbenen Getränke im Wirtschaftsgarten getroffen bzw. wurde der Verzehr der in der Gaststätte des Klägers erworbenen Getränke im Wirtschaftsgarten nicht ausreichend behindert, sodass zumindest von einem „Dulden“ des Verzehrs beim Kläger erworbener Getränke außerhalb der zuletzt durch Bescheid vom 03.04.2017 festgelegten Sperrzeiten für die Außenbewirtschaftung auszugehen ist.

### 39

Hervorzuheben ist, dass es dem Kläger obliegt, dafür Sorge zu tragen, dass die durch Bescheid vom 03.04.2017 erteilten und bestandskräftigen Auflagen eingehalten werden. Dies umfasst nach Ansicht des Gerichts beispielsweise auch die Pflicht des Klägers bzw. dessen Personals, während ihrer Anwesenheit zur Nachtzeit regelmäßig zu kontrollieren, ob sich Gäste mit ihren Getränken im Wirtschaftsgarten aufhalten. Hierfür spricht insbesondere, dass die durch Bescheid vom 03.04.2017 erteilten Auflagen dazu dienen, zum Schutz der Bewohner des Betriebsgrundstückes und der Nachbargrundstücke Lärmbelästigungen zu unterbinden. Denn Geräusche zur Nachtzeit werden als besonders störend empfunden werden (BayVGh, B.v. 30.6.2011 – 22 CS 11.902 – juris Rn. 3). Ruhestörender Lärm zur Nachtzeit ist zudem geeignet, die Gesundheit der betroffenen Nachbarn zu gefährden. Die „Lebensnotwendigkeit“ ungestörten Schlafes ist in der Rechtsprechung immer wieder betont worden (vgl. BVerwG, U.v. 5.11.1985 – 1 C 14/84 – Rn. 19; VG Neustadt (Weinstraße), B.v. 24.2.2016 - 4 L 109/16.NW – Rn. 19 – jeweils juris). Dementsprechend sind besonders hohe Anforderungen an etwaige Abwehrmaßnahmen zu stellen.

### 40

Laut dem klägerischen Vortrag wurde der Wirtschaftsgarten am 28.07.2018 jedoch weder durch das anwesende Personal kontrolliert noch wurde dem Personal seitens des Klägers eine Kontrollpflicht vorgegeben. Vielmehr wird klägerseits die Auffassung vertreten, dass es eine übermäßige Kontrollanforderung darstelle, den Gästen hinterher zu laufen und zu kontrollieren, dass Getränke nicht mitgenommen worden seien und das Gelände tatsächlich endgültig verlassen worden sei (Gerichtsakte, Bl. 70). Nach Ansicht des Gerichts ist eine Kontrolle des Wirtschaftsgartens jedoch gerade dann angezeigt, wenn die letzten Gäste die Gaststätte verlassen – was vorliegend auch zumindest von der Bedienung, Frau ..., bemerkt wurde (Gerichtsakte, Bl. 77) – und die Schließung der Gaststätte unmittelbar bevorsteht bzw. erfolgt.

**41**

In Anbetracht der voranstehenden Ausführungen ist davon auszugehen, dass der Verzehr der Getränke im Wirtschaftsgarten zumindest geduldet wurde, was als Außenbewirtung anzusehen ist, und demnach eine Zuwiderhandlung gegen Ziffer I. 3. des Bescheides vom 03.04.2017 darstellt. Die Argumentation des Klägers, dass aus dem Bescheid vom 03.04.2017 keine Verpflichtung hervorgehe, dafür zu sorgen, dass Gäste beim Hintereingang des Lokals ihre im Lokal bestellten Getränke nicht konsumieren (wie dies für den Vordereingang geregelt wurde, vgl. Ziffer I. 4) und mithin desbezüglich auch keine Zwangsgeldandrohung erfolgt sei, verfährt daher nicht.

**42**

b. Auch die klägerseits vorgetragene Ermessensfehlerhaftigkeit läuft ins Leere.

**43**

aa. Vor Erlass der Fälligkeitsmitteilung vom 16.10.2018 bedurfte es keiner Anhörung.

**44**

Soweit die Ermessensfehlerhaftigkeit damit begründet wird, dass eine vorherige Anhörung des Klägers nicht erfolgt sei, ist darauf hinzuweisen, dass es sich hierbei schon nicht um einen möglichen Ermessensfehler handelt. Im Übrigen handelt es sich bei der Fälligkeitsmitteilung nicht um einen Verwaltungsakt i.S.d. Art. 35 Satz 1 BayVwVfG. Damit liegt kein Verstoß gegen die Anhörungsvorschrift des Art. 28 BayVwVfG vor, die nur für Verwaltungsakte gilt. Aber auch allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze des Verwaltungsverfahrens erfordern nicht die Anhörung des Betroffenen vor einer Zwangsgeldfälligkeitsmitteilung. Vor Fälligestellung des Zwangsgeldes war demnach keine (erneute) Anhörung des Klägers erforderlich (BayVGh, B.v. 24.2.2011 – 10 CE 10.2582 – Rn. 4; VG München, B.v. 9.9.2008 – M 22 E 08.3093 – jeweils juris).

**45**

bb. Auch im Übrigen ist nicht von Ermessensfehlerhaftigkeit auszugehen.

**46**

Art. 37 Abs. 4 Satz 2 VwZVG, der die Durchsetzung von Duldungs- und Unterlassungspflichten betrifft, macht Vorgaben für die Ermessensausübung, denn grundsätzlich liegt es im freien Ermessen der Vollstreckungsbehörde, ob sie ein angedrohtes Zwangsmittel auch anwendet (Wernsmann, Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz, 2020, Art. 37 Rn. 21). Den einschlägigen Gesetzesmaterialien zu Art. 37 Abs. 1 Satz 1 VwZVG und auch der Ausgestaltung des Art. 37 Abs. 4 VwZVG ist die übergreifende, für alle Arten von Pflichten geltende Wertung zu entnehmen, dass, wenn das Zwangsmittel Zwangsgeld bestandskräftig angedroht und fällig geworden ist, dieses auch grundsätzlich beizutreiben ist, damit die Androhung ihren Zweck – insbesondere auch bei der Abwehr von Gefahren – nicht verfehlt und entwertet wird (BayVGh, B.v. 17.4.2023 – 10 ZB 22.1666 – juris Rn. 13). Art. 37 Abs. 4 Satz 2 VwZVG wollte der Gesetzgeber als Ausnahmenvorschrift verstanden wissen (Wernsmann, Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz, 2020, Art. 37 Rn. 21). Die Norm erlaubt der Vollstreckungsbehörde nach ihrem Ermessen von der Beitreibung abzusehen, wenn weitere Zuwiderhandlungen nicht mehr zu befürchten sind und dies eine besondere Härte darstellen würde (Giel/Adolph/Fabisch, Verwaltungsverfahrensrecht in Bayern, VwZVG, Stand November 2023, Art. 37 S. 8).

**47**

Anhand der dem Gericht zur Verfügung stehenden Informationen geht das Landratsamt ... zu Recht davon aus, dass aufgrund der Historie der Gaststätte „...“ nicht auf die Zahlung des Zwangsgeldes verzichtet werden kann (Behördenakte, Bl. 218). Beispielsweise ergibt sich aus der Behördenakte, dass es in den Jahren 2016 und 2017 zu mehreren Beschwerden wegen der Gaststätte, insbesondere wegen des von

dieser ausgehenden Lärms, kam. Durch das Landratsamt ... wurde am 22.03.2017 ein Bußgeldbescheid erlassen, weil die Nachbarschaft erheblich in ihrer Nachtruhe belästigt wurde (Behördenakte, Bl. 80). Laut Ordnungswidrigkeitenanzeige der Polizeiinspektion ... vom 09.06.2017 waren am 28.05.2017 gegen 00:15 Uhr die Fenster zur Straßenseite gekippt und die Eingangstüre offen (Behördenakte, Bl. 142 ff.). Aufgrund eines Verstoßes gegen Ziffer 1 des Bescheids vom 03.04.2017 wurde daraufhin unter dem Datum 22.06.2017 das androhte Zwangsgeld von 400,00 € durch das Landratsamt ... fällig gestellt (Behördenakte, Bl. 154). Aufgrund nächtlicher Ruhestörungen am 28.05.2017, 17.06.2017 und 24.06.2017 wurden Bußgeldbescheide erlassen (Behördenakte, Bl. 165 ff.). Folglich ist nicht davon auszugehen, dass künftig keine weiteren Zuwiderhandlungen mehr zu befürchten sind, weshalb es schon an der Grundvoraussetzung fehlt, gemäß Art. 37 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 VwZVG von der Beitreibung des Zwangsgeldes abzusehen.

#### 48

Lediglich hilfsweise ist anzuführen, dass die Beitreibung des Zwangsgeldes von 500,00 € – was im Übrigen ein relativ niedriger Betrag ist, da das Zwangsgeld gemäß Art. 31 Abs. 2 Satz 1 VwZVG mindestens 15,00 € und höchstens 50.000,00 € beträgt – für den Kläger auch unter Berücksichtigung etwaiger Vermögenseinbußen durch die Corona-Pandemie keine besondere Härte darstellt. Bezüglich der finanziellen Situation des Klägers fehlt es schon an einer substantiierten Darlegung, da lediglich pauschal erhebliche finanzielle Probleme (Behördenakte, Bl. 226) bzw. in ganz erheblichen Umfang eingetretene wirtschaftliche Vermögenseinbußen (Gerichtsakte, Bl. 5) aufgrund der Corona-Pandemie vorgebracht werden. Das Landratsamt ... führt in seinem Schreiben vom 20.05.2021 (Behördenakte, Bl. 230) auch zu Recht aus, dass das Zwangsgeld bereits weit vor Beginn der coronabedingten Einschränkungen im Gaststättenbereich – nämlich am 20.11.2018 (Behördenakte, Bl. 192) – fällig war. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die ersten Beschlüsse des im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie eingesetzten Krisenstabs des Bundesgesundheitsministeriums und des Bundesinnenministeriums dagegen erst am 27.02.2020 gefasst wurden (<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/chronik-coronavirus>, zuletzt aufgerufen am 20.12.2023). Im Übrigen sind seit dem 08.04.2023 die letzten noch verbliebenen Corona-Schutzmaßnahmen weggefallen (<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/ende-corona-massnahmen-2068856>, zuletzt aufgerufen am 06.12.2023), sodass der Kläger beim Betrieb seiner Gaststätte nun von keinerlei coronabedingten Einschränkungen mehr betroffen ist.

#### 49

Auch dass die Lautstärke laut der Polizeiinspektion ... nicht übermäßig hoch war und sich die Personen in normalen Ton unterhielten (Behördenakte, Bl. 187), spricht nicht für eine Ermessensfehlerhaftigkeit der Anwendung bzw. Beitreibung des androhten und fälligen Zwangsgeldes. Zunächst sei darauf hingewiesen, dass eine Lärmbelästigung entgegen der klägerischen Ausführungen gerade nicht ausgeschlossen ist, da die Lautstärke laut der Polizeiinspektion ... lediglich nicht übermäßig hoch war (Behördenakte, Bl. 187). Laut der immissionsschutzfachlichen Stellungnahme vom 16.09.2016 wäre der zur Nachtzeit zulässige Immissionswert von 45 dB(A) bei Anwesenheit von vier Gästen jedoch bereits um 9 dB(A) überschritten (Behördenakte, Bl. 61). Im Übrigen ist anzuführen, dass eine Außenbewirtung im Wirtschaftsgarten zur Nachtzeit (22:00 bis 6:00 Uhr) nach der voranstehend erläuterten Rechtsauffassung des Gerichts jedenfalls nicht unterlassen wurde (Ziffer I. 3. des Bescheids vom 03.04.2017). Da diese Pflicht nicht eingehalten wurde, wurde das androhte Zwangsgeld (Ziffer III. des Bescheids vom 03.04.2017) kraft Gesetzes zur Zahlung fällig, Art. 31 Abs. 3 Satz 3 VwZVG. Dass die Ziffern I. 3. und III. des Bescheides vom 03.04.2017 rechtmäßig sind, wurde bereits durch Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Bayreuth vom 25.01.2018 (Az.: B 2 K 17.380) geklärt. Einwendungen zur materiellen Rechtslage als Vorfrage der Fälligkeitsmitteilung sind wegen der Unanfechtbarkeit der Unterlassungsanordnung ausgeschlossen (BayVG, B.v. 26.1.2023 – 19 C 22.2470 – Rn. 11; B.v. 24.1.2011 – 2 ZB 10.2365 – Rn. 4 – jeweils juris).

#### 50

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung basiert auf § 167 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VwGO i. V. m. § 708 Nr. 11 Zivilprozessordnung (ZPO). Nach § 167 Abs. 2 VwGO, der auch auf Feststellungsurteile anzuwenden ist (Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 167 Rn. 26), kann das Urteil nur wegen der Kosten für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Der Einräumung einer Abwendungsbefugnis bedurfte es angesichts der – wenn überhaupt anfallenden – jedenfalls geringen, vorläufig vollstreckbaren Aufwendungen der Beklagten

nicht, zumal diese auch die Rückzahlung garantieren kann, sollte in der Sache eine Entscheidung mit anderer Kostentragungspflicht ergehen (VG Bayreuth, U.v. 15.12.2020 – B 1 K 19.277 – juris Rn. 70).