

**Titel:**

**Rechtswidrigkeit einer Zwangsgeldandrohung bei fehlender Ermessensausübung und Unzulässigkeit eines Verpflichtungsbegehrens ohne behördlichen Antrag**

**Normenketten:**

BayVwVfG Art. 39 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, Art. 40

BayVwZVG Art. 36 Abs. 6 S. 2

GewO § 35 Abs. 6

VwGO § 114 S. 2

**Leitsätze:**

Lässt die Bescheidsbegründung nicht erkennen, dass sich die Behörde ihres Entschließungsermessens bewusst war, kann indiziell auf einen Ermessensnichtgebrauch geschlossen werden. (Rn. 19)

1. Dem vollständigen Fehlen von Ermessenserwägungen gleichgestellt sind unvollständige, unschlüssige oder vage Ausführungen in der Bescheidsbegründung. (Rn. 19) (redaktioneller Leitsatz)

2. Eine Heilung des Defizits nach § 114 S. 2 VwGO kommt bei einem Ermessensausfall nicht in Betracht. (Rn. 21) (redaktioneller Leitsatz)

3. Bevor ein Verpflichtungsbegehren zum Gegenstand der gerichtlichen Durchsetzung gemacht werden kann, muss es Gegenstand eines an die Verwaltung gerichteten Antrags gewesen sein. (Rn. 23) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Erneute Zwangsgeldandrohung, Ermessensnichtgebrauch, Wiedergestattung des Gewerbes, Vorheriger Antrag bei der Behörde auf Erlass des begehrten Verwaltungsakts als, Zulässigkeitsvoraussetzung, Gewerbeuntersagung, erneute Zwangsgeldandrohung, Entschließungsermessens, Ermessensfehler, Ermessensausfall, Antrag bei der Behörde vor Klageerhebung

**Tenor**

1. Der Bescheid des Beklagten vom 23.07.2025 wird aufgehoben.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens hat der Kläger zu 9/10 zu tragen, der Beklagte zu 1/10.
4. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

**Tatbestand**

**1**

Der Kläger wendet sich gegen eine erneute Zwangsgeldandrohung bei Zuwiderhandlung gegen eine Gewerbeuntersagung und begehrt darüber hinaus die Wiedergestattung der Gewerbeausübung nach § 35 Abs. 6 GewO.

**2**

Dem Kläger wurde mit Bescheid des vormals zuständigen Landratsamts A. vom 07.12.1994 die Ausübung des Gewerbes „Altbausanierung und Hausverwaltung, keine Tätigkeiten gemäß § 34c GewO“ sowie alle übrigen Gewerbe, auf die § 35 GewO Bezug nimmt, sowie die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden und als mit der Leitung eines Gewerbebetriebs beauftragte Person, untersagt (Ziffer 1). Es wurde ein Zwangsgeld in Höhe von 4.000,00 DM angedroht (Ziffer 4).

**3**

Im Verfahren ... wurde durch das Amtsgericht ... – Insolvenzgericht – über das Vermögen des Klägers am ...2024 wegen Zahlungsunfähigkeit das Insolvenzverfahren eröffnet (Bl. 115 der Behördenakte Gewerbeuntersagung).

4

Mit Schreiben vom 11.03.2025 erging durch das Landratsamt B. gegenüber dem Kläger eine Fälligkeitsmitteilung hinsichtlich des im Bescheid vom 07.12.1994 angedrohten Zwangsgelds. Der Kläger sei als Geschäftsführer der ... mit Sitz in ... eingetragen. Das Unternehmen sei als Bauträger tätig. Der Kläger leite die GmbH als Geschäftsführer auch tatsächlich.

5

In einem Vermerk des Sachbearbeiters vom 14.04.2025 ist festgehalten, dass der Kläger persönlich im Landratsamt vorstellig geworden ist. Er habe nichts mehr von der Gewerbeuntersagung gewusst. Er befinde sich derzeit in einem Insolvenzverfahren. Nach dessen Ende möchte er einen Antrag auf Wiedergestattung der Gewerbeausübung stellen. Das Zwangsgeld würde er gerne in monatlichen Raten von 100,00 EUR begleichen.

6

Mit Bescheid vom 23.07.2025, dem Verfahrensbevollmächtigten gegen Empfangsbekenntnis am 30.07.2025 zugestellt, erging gegenüber dem Kläger eine erneute Zwangsgeldandrohung. Für den Fall, dass der Kläger den Anordnungen in den Nummern 1 oder 2 des Gewerbeuntersagungsbescheids des Landratsamts A. vom 07.12.1994, Nr. ..., nach Ablauf von einer Woche nach Unanfechtbarkeit dieses Bescheids zuwiderhandelt, werde ein erneutes Zwangsgeld in Höhe von 5.000,00 EUR zur Zahlung fällig (Ziffer 1). Die Kosten in Höhe einer Gebühr von 100,00 EUR wurden dem Kläger auferlegt (Ziffern 2 und 3).

7

Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Kläger durch das oben dargestellte Verhalten gegen den Bescheid vom 07.12.1994 verstoßen habe. Die Androhung eines erneuten Zwangsgeldes (Art. 36 Abs. 6 S. 2 VwZVG) sei notwendig, da der Kläger die dort auferlegten Pflichten immer noch nicht erfüllt habe (Art. 31 Abs. 1 VwZVG). Nach Art. 37 Abs. 1 S. 2 VwZVG könnten Zwangsmittel so lange und so oft angewendet werden, bis die Verpflichtung erfüllt ist. Es werde daher ein erneutes höheres Zwangsgeld für den Fall angedroht, dass die Verpflichtung nicht bis zum Ablauf einer Woche nach Unanfechtbarkeit dieses Bescheides erfüllt werde. Ein ähnlich geeignetes Mittel, welches den Pflichtigen weniger belasten würde, sei hier nicht erkennbar. Was die Angemessenheit hinsichtlich der Höhe des Zwangsgeldes betreffe, sei diese vor allen Dingen nach dem wirtschaftlichen Interesse am Unterbleiben der gebotenen Handlungen zu beurteilen (Art. 31 Abs. 2 S. 2 VwZVG). Die gesetzte Frist sei ebenfalls angemessen (Art. 36 Abs. 1 S. 2 VwZVG). Da es sich um eine Unterlassungspflicht handele, wäre eine Fristsetzung sogar entbehrlich. Für den formalen Akt der Gewerbeabmeldung werde aber dennoch eine Frist eingeräumt. Das Interesse der Allgemeinheit an der Durchsetzung von gewerblichen Anordnungen überwiege hier das Interesse des Klägers an der Weiterführung seiner beruflichen Tätigkeit als Geschäftsführer. Er sei auch der richtige Adressat. Die Kostenentscheidung beruhe auf Art. 41 Abs. 1 VwZVG i.V.m. Art. 1 und 2 Abs. 1 S. 1 KG, wonach der verursachte Verwaltungsaufwand vom Veranlasser des Verfahrens zu tragen ist. Die Gebührenhöhe wurde gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 KG i.V.m. Tarif Nr. 1.I.812 des Kostenverzeichnisses zum Kostengesetz festgesetzt.

8

Mit Schriftsatz vom 28.08.2025, eingegangen beim Bayerischen Verwaltungsgericht Bayreuth am gleichen Tag, wurde durch den Prozessbevollmächtigten des Klägers Klage erhoben mit den Anträgen:

9

Die Beklagte wird verpflichtet, den Bescheid vom 23.07.2025, zugestellt am 30.07.2025, wonach dem Kläger angedroht wird, dass ihm beim Verstoß gegen die Anordnungen des Gewerbeuntersagungsbescheids des Landratsamts A. vom 07.12.1994, Nr. ... in den Nummern 1 oder 2 (aufschiebend bedingt) ein Zwangsgeld auferlegt wird, aufzuheben und dem Kläger die Gewerbeausübung wieder zu gestatten.

10

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Vollstreckung des Bescheids vom 07.12.1994 rechtswidrig sei. Der Kläger habe einen Anspruch auf Wiedergestattung seiner Gewerbetätigkeit. Der

Beklagte habe sein Ermessen falsch ausgeübt. Die Umstände der damaligen Gewerbeuntersagung seien seit Langem erledigt. Die damaligen Verbindlichkeiten des Klägers seien nach Durchführung eines Konkursverfahrens erledigt. Der Beklagte hätte auf der Grundlage dieser Überlegungen sich vielmehr einen Gesamteindruck zum heutigen Zeitpunkt verschaffen müssen. Auch wenn der Fortfall der in der Vergangenheit zur Gewerbeuntersagung führenden Gründe nicht allein zu einem Anspruch auf Wiedergestattung führe, so sei in der Gesamtschau der Überprüfung festzustellen, ob der Betroffene in der Zukunft Gewähr für eine zuverlässige Gewerbeausübung biete. Die Bezugnahme lediglich auf die Grundverfügung sei nicht ausreichend. Der Beklagte habe keine Ermessensabwägung vorgenommen. Es liege ein Ermessensnichtgebrauch vor.

**11**

Mit Schriftsatz vom 07.09.2025 beantragte der Beklagte,  
die Klage abzuweisen.

**12**

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der angegriffene Verwaltungsakt rechtmäßig sei. Bei der Gewerbeuntersagung des Landratsamtes A. vom 07.12.1994 handele es sich um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung. Eine Wiedergestattung der Gewerbeausübung sei grundsätzlich möglich, sei jedoch antragsabhängig. Beim Landratsamt B. sei bis zum Erlass des angefochtenen Bescheids kein solcher Antrag gestellt worden. Selbst wenn ein Antrag gestellt worden wäre, hätte der Kläger mit der Aufnahme einer Geschäftsführertätigkeit bei einer Gewerbetreibenden bis zu einer positiven Entscheidung der zuständigen Behörde warten müssen. Darüber hinaus habe der Kläger bei seiner persönlichen Vorsprache im Landratsamt B. am 14.04.2025 selbst eingeräumt, dass die Beantragung der Wiedergestattung der Gewerbeausübung aufgrund eines laufenden Insolvenzverfahrens aus seiner Sicht derzeit nicht erfolgsversprechend sei. Der Kläger habe sich nach Festsetzung des Zwangsgeldes vom 26.03.2025 und seiner Vorsprache im Landratsamt B. am 14.04.2025 bewusst dazu entschieden, weiterhin Geschäftsführer der ... zu bleiben. Selbst wenn er tatsächlich nichts mehr von der Gewerbeuntersagung gewusst haben sollte, sei ihm die Rechtswidrigkeit seines Handelns spätestens zu diesem Zeitpunkt bewusst gewesen. Der in der Klagebegründung geforderte „Gesamteindruck“ würde aus Sicht des Landratsamtes B. allein aus diesem Grund nicht uneingeschränkt positiv ausfallen.

**13**

Mit weiterem Schriftsatz vom 07.10.2025 führte der Beklagte weiter zur Ermessensausübung aus: Hinsichtlich des Entschließungsermessens wird ausgeführt, dass die Notwendigkeit der Maßnahme, also das „Ob“, im Bescheid damit begründet werde, dass der Kläger die mit Bescheid des Landratsamtes A. vom 07.12.1994 auferlegten Pflichten immer noch nicht erfüllt habe. Anfang 2025 sei dem Landratsamt bekannt geworden, dass der Kläger entgegen seiner Gewerbeuntersagung als Geschäftsführer der Firma ... tätig sei. Einer Aufforderung mittels einfachen Briefs vom 24.02.2025, die Geschäftsführung abzugeben, sei der Kläger nicht nachgekommen. Die Androhung weiterer Zwangsmittel sei erforderlich geworden, um den Kläger zu rechtskonformem Verhalten anzuhalten. Im Übrigen wird auf den Schriftsatz Bezug genommen.

**14**

Mit Schriftsatz des Klägerbevollmächtigten vom 15.10.2025 wurde zur Rechtmäßigkeit der Ermessensausübung und der Verhältnismäßigkeit vorgetragen.

**15**

Für weitere Einzelheiten wird auf die Gerichts- und Behördenakten Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

**16**

Über die Klage konnte gem. § 101 Abs. 2 VwGO ohne mündliche Verhandlung entschieden werden, da die Beteiligten auf sie verzichtet haben.

I.

**17**

Die zulässige Klage gegen den Bescheid vom 23.07.2025 ist im tenorierten Umfang begründet. Der Bescheid des Beklagten vom 23.07.2025 ist jedenfalls materiell rechtswidrig und verletzt den Kläger in

seinen Rechten, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO. Der Bescheid war daher aufgrund des vom Kläger gestellten Kassationsantrags (§ 88 VwGO) aufzuheben (1.). Hinsichtlich des Antrags des Klägers, ihm die Gewerbeausübung wieder zu gestatten, erweist sich die Klage indes bereits als unzulässig und war daher abzuweisen, § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO (2.).

## 18

1. Die erneute Zwangsgeldandrohung nach Art. 36 Abs. 6 S. 2 VwZVG leidet jedenfalls an einem Ermessensfehler, da sie nicht hinreichend erkennen lässt, dass das dem Beklagten zustehende Entschließungsermessen ordnungsgemäß ausgeübt worden ist, § 114 S. 1 VwGO, Art. 40 BayVwVfG. Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht nach § 114 S. 1 VwGO, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist. Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie nach Art. 40 BayVwVfG ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

## 19

Das Fehlen von Ermessenserwägungen bei der Begründung eines Verwaltungsakts (vgl. Art. 39 Abs. 2 S. 2, 3 BayVwVfG) spricht indiziell für einen Ermessensnichtgebrauch und damit zugleich auch für einen materiellen Fehler (SächsOVG, U.v. 10.11.2016 – 3 A 318/16 – juris Rn. 42; Riese in Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 48. EL Juli 2025, § 114 VwGO Rn. 60; Stuhlfauth in: Bader u.a., VwGO, 9. Aufl. 2025, § 114 Rn. 11; vgl. BayVGh, B.v. 13.9.2018 – 4 ZB 17.1387 – juris Rn. 15: es bedarf „hinreichender Deutlichkeit“). Dem vollständigen Fehlen von Ermessenserwägungen gleichgestellt sind unvollständige, unschlüssige oder vage Ausführungen in der Bescheidsbegründung (NdsOVG, U.v. 10.2.2011 – 12 LB 318/08 – juris Rn. 23; Schönenbroicher in NK-VwVfG, 3. Aufl. 2025, § 40 Rn. 203; Ruthig in Kopp/Schenke, VwGO, 30. Aufl. 2024, § 114 Rn. 48).

## 20

Der Beklagte trägt vor, dass das ausgeübte Entschließungsermessen der Formulierung „Die Androhung (...) ist notwendig, da [der Kläger] die (...) auferlegten Pflichten immer noch nicht erfüllt hat“ zu entnehmen sei. Die Formulierung „ist notwendig“ kann allerdings ebenso darauf hindeuten, dass der Beklagte ein Einschreiten für geboten hält, also kein Entschließungsermessen für sich sieht. Der Begriff des „Ermessens“ wird im Bescheid nicht verwendet. Angesichts der Besonderheiten des vorliegenden Einzelfalls – der zugrundeliegende Untersagungsbescheid datiert auf das Jahr 1994, der Kläger hat diesen offenbar bisher befolgt und ist bereit, das fällig gestellte Zwangsgeld in Raten zu zahlen, der Verstoß ist zumindest nach Aktenlage zunächst offenbar nicht vorsätzlich begangen worden – besteht hinreichend Anlass, sich bereits mit dem „Ob“ einer erneuten Zwangsgeldandrohung vertiefter auseinanderzusetzen, zumal auch noch die Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit im Raum stand. Dies wurde durch den Beklagten im Bescheid nicht ausdrücklich gewürdigt. Auch aus dem Verwaltungsvorgang ergibt sich eine Würdigung dieser Umstände nicht. Die Kammer konnte sich angesichts dessen nicht davon überzeugen, dass das Entschließungsermessen durch den Beklagten ordnungsgemäß ausgeübt wurde.

## 21

Gründe für eine Ermessensreduzierung auf Null oder ein intendiertes Ermessen sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil drängt sich vorliegend eine genauere Prüfung der Umstände Einzelfalls auf. Eine Heilung des Defizits nach § 114 S. 2 VwGO kommt bei einem Ermessensausfall nicht in Betracht (BVerwG, U.v. 5.9.2006 – 1 C 20/05 – juris Rn. 22; BayVGh, B.v. 15.2.2019 – 8 CS 18.2364 – juris Rn. 42; Lindner/Jahr, JuS 2013, 673/678).

## 22

Die Kostenentscheidung des Verwaltungsakts in den Ziffern 2 und 3 des streitgegenständlichen Bescheids kann deshalb ebenfalls keinen Bestand haben, Art. 16 Abs. 5 KG.

## 23

2. Die Klage gerichtet auf Wiedergestattung des Gewerbes (§ 35 Abs. 6 S. 1 GewO) ist ohne Erfolg, weil sie bereits unzulässig ist. Bis zur gerichtlichen Entscheidung wurde kein entsprechender Antrag beim Beklagten gestellt. Eine Ausnahme von diesem Erfordernis liegt nicht vor.

## 24

Bevor ein Verpflichtungsbegehren zum Gegenstand der gerichtlichen Durchsetzung gemacht werden kann, muss es Gegenstand eines an die Verwaltung gerichteten Antrags gewesen sein. Ob dieses Erfordernis als (nachholbare) besondere Sachentscheidungs voraussetzung anzusehen ist oder eine nicht nachholbare Zugangsvoraussetzung darstellt, ist umstritten, vorliegend aber in Ermangelung eines Antrags im Entscheidungszeitpunkt nicht entscheidungserheblich (Wysk in Wysk, VwGO, 4. Aufl. 2025, § 42 Rn. 55 f. m.w.N.; a.a.O., Vor § 40 Rn. 9; Sodan in: NK-VwGO, 6. Aufl. 2025, § 42 Rn. 37; vgl. BVerwG, U.v. 16.12.2009 – 6 C 40/07, BeckRS 2010, 46643 Rn. 24). Der Antrag wurde auch nicht inzident mit Klageerhebung gestellt, da sich dies nicht hinreichend deutlich aus dem Schriftsatz ergibt (vgl. Happ in Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 42 Rn. 38). Das Antragserfordernis war vorliegend ausnahmsweise auch nicht entbehrlich (hierzu Sodan in: NK-VwGO, 6. Aufl. 2025, § 42 Rn. 37).

II.

## **25**

Die Kostenentscheidung folgt § 155 Abs. 1 S. 1 VwGO. Die verhältnismäßige Teilung der Kosten des Verfahrens orientiert sich an dem Streitwert der jeweiligen Begehren im Verhältnis zueinander. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung beruht auf § 167 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO.