

Online-Fall 4¹ Zu früher Stunde sollt ihr gehen

Schwierigkeitsgrad: mittel

Sachverhalt²

- 1 B hat seit 2007 eine Erlaubnis für ein Bürgerlokal mit Alkoholausschank mitten in der Innenstadt des Stadtkreises Städtchen. Mieter M wohnt in demselben Gebäude drei Stockwerke über dem Lokal. In den Sommermonaten hat B entlang einer Mauer auf der gegenüberliegenden Straßenseite 20 Tische zur Bewirtung von maximal 80 Personen stehen. Bei gutem Wetter werden bei M donnerstags bis samstags zwischen 22:00 und 23:00 Uhr Lärmimmissionen von durchschnittlich 60 dB(A) am maßgeblichen Messpunkt vor dem Wohnzimmerfenster gemessen. Das Schlafzimmer befindet sich auf der anderen Wohnungsseite mit einem Fenster zum Innenhof hinter dem Gebäude. M lässt nachts beide Fenster zur Belüftung offen und kann wegen des Lärms nicht schlafen. Er wendet sich daher am 13.7.2020 an die zuständige Behörde und bittet um ein Einschreiten gegen B. B teilt in der Anhörung mit, dass er das Verhalten des M für übertrieben halte. M sei der einzige Nachbar, der sich gestört fühle und könne schlicht sein vorderes Fenster geschlossen halten. Tatsächlich stört der Lärm bei geschlossenem Fenster nicht mehr. Das allerdings hält M für unzumutbar, weil er im Dachgeschoss wohnt und gerade in den heißen Sommertagen eine Durchlüftung zwingend benötige. Für das Gebiet existiert kein Bebauungsplan, es weist jedoch Merkmale eines Kern- und eines Mischgebietes auf. Nach der städtischen Sperrzeitverordnung für Außenbewirtung ist eine Bewirtung außerhalb der Räumlichkeiten sonntags bis donnerstags bis 23:00 Uhr bzw. freitags und samstags bis 24:00 Uhr erlaubt. In anderen Wohnungen im Bereich der Sperrzeitverordnung gibt es keine vergleichbaren Lärmprobleme. Die zuständige Sachbearbeiterin hat Bedenken, ob die 60 dB(A) für lediglich eine Stunde an manchen Tagen ausreichen, um gegen den B vorzugehen. Ihrer Meinung nach genügt dies nicht, um die Voraussetzungen für eine pauschale Sperrzeitveränderung bei einer Gaststätte zu begründen. Notwendig seien vielmehr unzumutbare Umstände, die M erheblich belasten.

Aufgabe 1

Hat M einen Anspruch auf Änderung der Sperrzeit für die Außenbewirtung des B?

Abwandlung 1

Das Schreiben des M hatte die Überschrift „Einspruch gegen die Gaststättenerlaubnis des B“. In der Begründung des Schreibens schilderte M den Sachverhalt und bat um entsprechendes Handeln der Stadt. Der Stadtkreis Städtchen will dem M nach mehreren Telefonaten und Diskussionen über den Sachverhalt nicht weiterhelfen. Die zuständige Sachbearbeiterin deutet

¹ Der Fall ergänzt das Werk *Bruckert/Frey*, Staatsrecht aus Verwaltungsperspektive, erschienen beim Kohlhammer-Verlag. Alle Verweise auf Randnummern oder andere Fälle beziehen sich auf dieses Lehrbuch sofern nicht anders angegeben.

² Sachverhalt und Weiterführung sind angelehnt an VG Freiburg, NJOZ 2007, 4610 und VGH Mannheim, BeckRS 2008, 141023.

das Anliegen des M als Widerspruch gegen die Gaststättenerlaubnis von 2007 und legt ihn der Widerspruchsbehörde zur Entscheidung vor. Diese weist den Widerspruch am 17.11.2020 als unzulässig, weil verfristet, zurück.

Aufgabe 2

Beantworten Sie folgenden Fragen:

- Hat die Stadt „den Einspruch“ des M richtig behandelt?
- Kann M direkt Klage auf Erlass einer Anordnung zur Sperrzeitverlängerung erheben oder muss er zuvor einen (weiteren) Widerspruch erheben?

Abwandlung 2³

In der Altstadt des Stadtkreises Städtchen gibt es eine schmale, ca. 300 m lange Straße mit sehr vielen Kneipen. Diese Straße ist überregional bekannt und lockt vor allem in den Sommermonaten einige hundert Gäste an. Darunter sind Studierende der Universität wie auch Ortsfremde.

Die Kneipen befinden sich in 5- bis 6-stöckigen Gebäuden. In den Gebäuden befinden sich im Übrigen ausschließlich Wohnungen. Seit Jahren versucht die Stadt erfolglos mit unterschiedlichsten Maßnahmen die Lärmimmissionen zu verringern. Aktuell werden die zulässigen Lärmwerte sonntags bis freitags in den Zeiten von 23:00 bis 3:00 Uhr um 7 bis 22 dB(A) überschritten. Donnerstag auf Freitag (studentischer Donnerstag) von 1:00 bis 2:00 Uhr werden die von der TA Lärm kurzfristig zugelassenen Maximalpegel von 65 dB(A) um bis zu 27 dB(A) überschritten. Trotz mehrfacher erfolgreicher Normenkontrollanträge durch Anwohner gegen unzureichende Sperrzeitverordnungen, erlässt die Stadt nur sehr zögerlich einschränkende Maßnahmen.

Aufgabe 3

Wäre eine Klage auf Erlass einer Sperrzeitverordnung statthaft, wenn sich die Stadt weigert, eine strengere Sperrzeitverordnung zu erlassen?

Bearbeitungshinweis

Gehen Sie davon aus, dass eine Verschiebung der Nachtzeit gem. Nr. 6.4 TA Lärm nicht in Betracht kommt.

³ Abwandlung 2 ist angelehnt an VG Karlsruhe, BeckRS 2019, 22337 (Berufung z. Zt. anhängig beim VGH Mannheim unter Az. 6 S 2828/19).

Lösung Aufgabe 1

A. Anspruch auf Änderung der Sperrzeit

- 2 M könnte einen Anspruch auf Änderung der Sperrzeit für das Bürgerlokal des B haben, wenn hierfür eine Anspruchsgrundlage besteht und soweit deren materielle und formelle Voraussetzungen gegeben sind.

I. Anspruchsgrundlage

- 3 Eine Anspruchsgrundlage liegt dann vor, wenn eine Rechtsnorm in der Rechtsfolge den Erlass der gewollten Maßnahme ermöglicht (1) und die Rechtsnorm dem M ein subjektiv-öffentliches Recht vermittelt (2).

Merke

Im Wesentlichen sind in **Anspruchskonstellationen** die folgenden drei Fragen zusätzlich zur Abwehrkonstellation zu prüfen:

1. kann sich der Antragsteller auf eine drittschützende Anspruchsgrundlage berufen (subjektiv-öffentliches Recht)?
2. muss die Verwaltung überhaupt einschreiten?
3. muss die Verwaltung die konkret begehrte Maßnahme erlassen?

Siehe zum Aufbau einer solchen Anspruchskonstellation schon → Online-Fall 1, Fall 5 und Rn. 144 ff. in *Bruckert/Frey*, Staatsrecht aus Verwaltungsperspektive.

1. Einschlägige Anspruchsgrundlage

- 4 Als Anspruchsgrundlage kommen § 1 LGastG i. V. m. § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG wie auch § 1 LGastG i. V. m. § 18 Abs. 1 GastG, § 12 S. 1 GastVO BW in Betracht. Letztere eröffnen in der Rechtsfolge konkret die Möglichkeit einer Verlängerung der Sperrzeit, sodass sie als speziellere Normen vorrangig sind.
- 5 Denkbar wäre daneben eine Anordnung nach § 24 S. 1 BImSchG. Das Verhältnis von GastG zu BImSchG ist umstritten. Wohl überwiegend wird eine parallele Anwendbarkeit vertreten.⁴ Hier handelt es sich allerdings um spezifische gaststättenrechtliche Fragen (Sperrzeiten), für die das Gaststättenrecht in der GastVO BW konkrete Regelungen vorsieht. Es ist daher naheliegend, die gaststättenrechtliche Anspruchsgrundlage zu wählen.

2. Drittschützender Charakter der Anspruchsgrundlage

- 6 Eine taugliche Anspruchsgrundlage liegt nur dann vor, wenn M hieraus ein **subjektiv-öffentliches Recht** ableiten kann. Dies ist der Fall, wenn die Normen nicht nur der Allgemeinheit dienen, sondern zumindest auch dem Schutz einzelner Personen (sog. Schutznorm) und wenn M Teil dieses Personenkreises ist.

7

⁴ Siehe dazu *Bruckert/Frey/Kron/Marz*, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 391, 559.

Aus dem Wortlaut von § 18 Abs. GastG und § 12 S. 1 GastVO BW ergibt sich kein Schutz einzelner Personen. Vielmehr stellt § 12 S. 1 GastVO BW nur auf öffentliche Bedürfnisse ab. Aus systematischen und teleologischen Erwägungen könnte sich jedoch der Schutz Einzelner ableiten, wenn die Sperrzeitverlängerung eines einzelnen Betriebes im Zusammenhang mit nachträglichen Auflagen nach § 5 GastG gelesen wird.⁵ Denn § 5 Abs. 1 GastG schützt insbesondere im Fall der Nr. 3 einen konkret abgrenzbaren Personenkreis (Nachbarn) und ist insofern drittschützend. § 12 GastVO BW steht zwar nicht in unmittelbarer Nähe des § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG, beide erlauben der Behörde jedoch das nachträgliche Einschreiten zur Verhinderung schädlicher Umwelteinwirkungen (i. S. d. § 3 Abs. 1 BImSchG), die von Gaststätten ausgehen. Ganz überwiegend wird aus diesem ähnlichen Schutzzweck bzw. der systematischen Nähe der Normen auch ein drittschützender Charakter der §§ 18 GastG, 11 f. GastVO BW abgeleitet.⁶

II. Materielle Voraussetzungen

In materieller Hinsicht müssen die Voraussetzungen des Tatbestands und der Rechtsfolge **8** gegeben sein.

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Der Tatbestand der Anspruchsgrundlage setzt voraus, dass das Burgerlokal eine Gaststätte i. S. d. **9** GastG ist und dass ein öffentliches Bedürfnis oder besondere örtliche Verhältnisse gegeben sind.

a) Gaststätte. Ein Burgerlokal könnte eine sog. Schank- und Speisewirtschaft i. S. d. § 1 Abs. 1 **10** Nr. 1, 2 GastG darstellen. B betreibt sein Lokal selbständig, dauerhaft und mit Gewinnerzielungsabsicht (Gewerbe) in einer Niederlassung (kein Reisegewerbe). Ein stehendes Gewerbe liegt vor. B bietet dort zubereitete Speisen (insbesondere Burger) zum Verzehr an Ort und Stelle (insbesondere an den Tischen im Außenbereich) an. Typischerweise verkaufen solche Speisewirtschaften auch Getränke. Der Betrieb eines Burgerlokals ist auch jedermann zugänglich. Eine Gaststätte liegt vor.

b) Öffentliches Bedürfnis oder besondere örtliche Verhältnisse. Weitere Voraussetzung ist, **11** dass ein öffentliches Bedürfnis oder besondere örtliche Verhältnisse vorliegen.

Anmerkung **12**

Die Rechtsgrundlage zählt nicht zu den bekanntesten Normen. Eine korrekte Definition der Tatbestandsmerkmale wird in solchen Klausuren nicht vorausgesetzt. Der Sachverhalt hilft hier insoweit als er durch die Verweise auf dB-Werte auf die Anwendung der TA Lärm hindeutet. Verlangt wird in solchen Klausurfällen eine (vertretbare) Auslegung der Tatbestandsmerkmale, sodass in der Subsumtion letztlich die Werte der TA Lärm zur Anwendung gelangen.

Dass **besondere örtliche Verhältnisse** durch eine besondere Lage der Gaststätte (etwa besondere **13** Räumlichkeiten oder Bebauungen der Straße) oder Besonderheiten der Umgebung (etwa schützenswerte Einrichtungen wie Altenheime) vorliegen, ist nicht ersichtlich.⁷

⁵ So die herrschende Rechtsprechung, siehe BVerwGE 101, 157; VG Ansbach, BeckRS 2013, 22947.

⁶ Allgemeine Auffassung, VG Freiburg, NJOZ 2007, 4610 (4615).

⁷ Siehe zu Beispielen für atypische Umstände, die besondere örtliche Verhältnisse begründen können Metzner, GastG, § 18 Rn. 34 ff.

- 14** Die hohen Immissionswerte zu später Stunde könnten das Vorliegen eines **öffentlichen Bedürfnisses** für die Verlängerung der Sperrzeit begründen. Das setzt hinreichende Gründe voraus, die das Abweichen von der normalen Sperrzeit im Interesse der Allgemeinheit rechtfertigen.⁸ In Betracht kommen hierfür Umstände, die mit der Rechtsordnung, insbesondere §§ 3 Abs. 1, 22 BImSchG, nicht im Einklang stehen.⁹ Insofern die hohen Immissionswerte also schädliche Umwelteinwirkungen darstellen, liegt ein öffentliches Bedürfnis zur Verlängerung der Sperrzeit vor.
- 15** **Schädliche Umwelteinwirkungen** sind gem. § 3 Abs. 1 BImSchG Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen insbesondere für Nachbarn herbeizuführen. Eine (konkrete) Gefahr ist hier nicht ersichtlich, aber 60 dB(A) nach 22:00 Uhr könnten erhebliche Nachteile oder Belästigungen darstellen. Erheblich sind (Lärm)Immissionen nur dann, wenn sie das überschreiten, was einem verständigen Durchschnittsmenschen zugemutet werden kann.¹⁰
- 16** Soweit die auf Grundlage von § 48 Abs. 1 BImSchG erlassene **TA Lärm** anwendbar ist, werden konkrete Werte festgesetzt, ab denen eine schädliche Umwelteinwirkung vorliegt. Einzelfallbezogene Beurteilungen sind grundsätzlich nur dort möglich, wo die TA Lärm entsprechende Spielräume durch Kann-Vorschriften oder Bewertungsspannen eröffnet.¹¹ Die Anwendung der TA Lärm könnte ausgeschlossen sein, wenn es sich um eine Freiluftgaststätte gem. Nr. 1 lit. b handelt. **Freiluftgaststätten** sind nicht nur Gaststätten, die ihre Bewirtung ausschließlich im Freien haben. Dazu zählen auch diejenigen Freibereiche einer Gaststätte, die nur Bestandteil einer in geschlossenen Räumen betriebene Gaststätte sind. Das ergibt sich schon daraus, dass reine Freiluftgaststätten kaum oder gar nicht existieren und der Begriff daher beinahe leer laufen würde.¹² Darüber hinaus lassen sich die von Menschen verursachten Geräusche nicht starr mit den für Anlagen geltenden Richtwerte der TA Lärm gleichsetzen.¹³ Mithin ist die TA Lärm für Geräusche, die aus dem Außenbereich des Bürgerlokals stammen, nicht anwendbar. Die Frage der Zumutbarkeit ist daher letztlich durch eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalls zu beantworten.¹⁴ **Abzuwägen** sind hier die gegenüberstehenden Belange von M und B, wobei jedenfalls die Werte der TA Lärm zur Orientierung herangezogen werden können.

Anmerkung

Siehe zur Abwägung von (grundrechtlich geschützten) Interessen auf Tatbestandsseite und den Unterschieden zur Abwägung auf Rechtsolgensseite → Rn. 1 ff., 168 ff. sowie Fall 7 in *Bruckert/Frey*, Staatsrecht aus Verwaltungsperspektive.

- 17** Belange des M ergeben sich vor allem aus dem Schutz seiner **körperlichen Unversehrtheit** (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Allein aus lauten Geräuschen ergibt sich zwar noch kein konkreter Schaden an der körperlichen Unversehrtheit. Ein gewichtiger Anhaltspunkt für das Überwiegen seiner Belange könnte sich jedoch aus den Grenzwerten der **TA Lärm** ergeben. Sie konkretisieren, wann schädliche Umwelteinwirkungen auf Grund von Lärm vorliegen, Nr. 2.1 TA Lärm, § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BImSchG. Einschlägig sind hier im Misch-/Kerngebiet gem.

⁸ VGH Mannheim, BeckRS 2008, 141023.

⁹ VGH Mannheim, BeckRS 2008, 141023; *Metzner*, GastG, § 18 Rn. 38.

¹⁰ VG Freiburg, NJOZ 2007, 4610.

¹¹ BVerwG, BauR 2014, 1129.

¹² VGH München, VGHE 68, 280.

¹³ Mittlerweile h. M., siehe BVerwG, BauR 2010, 2070; m. w. N. OVG Lüneburg, BauR 2020, 1165.

¹⁴ BVerwGE 101, 157.

Nr. 6.1 lit. d) der TA Lärm 60 dB(A) tagsüber und 45 dB(A) nachts, also ab 22:00 Uhr (Nr. 6.4 TA Lärm). An drei Tagen der Woche wird die 45 dB(A)-Grenze um 15 dB(A) überschritten. Das ist weit mehr als doppelt so laut, also eine gravierende Überschreitung.¹⁵ Die TA Lärm ist hier aber nur als Entscheidungshilfe zu verstehen und nicht schematisch anzuwenden.¹⁶ Die Überschreitung ist daher „nur“ (gewichtiges) Indiz für die Erheblichkeit des Nachteils des M.

Allerdings betrifft diese Lärmüberschreitung nur drei Tage pro Woche – und dort nur jeweils eine Stunde. Die Außenbewirtschaftung findet zu diesen Uhrzeiten ferner nur in den (heißen) Sommertagen ohne Regen statt. Die Anzahl der maßgeblichen Tage, an denen 80 Personen bis nach 22:00 Uhr im Freien Essen und Trinken können, dürfte letztlich auf das Jahr gesehen nicht allzu hoch sein. Ferner kann M die Lärmimmissionen auf ein erträgliches Maß reduzieren, indem er eines der Fenster schließt. Das Öffnen der Fenster für Frischluft und Kühlung ist zwar – gerade im 3. OG – nachvollziehbarer Belang. Eine Belüftung der Wohnung kann er aber durch das Schlafzimmerfenster sicherstellen.

In Anbetracht der Tatsache, dass seine Nachtruhe im Übrigen gegeben ist und dass erst Lärmwerte über 65 dB(A) allmählich zu physiologischen Reaktionen führen können,¹⁷ liegt ein eher geringer Nachteil vor. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich andere Nachbarn nicht gestört fühlen.

Dem stehen die Belange des B gegenüber, die sich aus seiner **Berufsfreiheit** (Art. 12 Abs. 1 GG) ergeben. Durch eine Verlängerung der Sperrzeit für den Betrieb des B von 23:00 Uhr auf 22:00 Uhr würde die Möglichkeit der Bewirtung von 80 Personen eingeschränkt. Weil andere Betriebe von der Sperrzeitverlängerung nicht betroffen wären, ist davon auszugehen, dass eine nicht unerhebliche Zahl der Gäste bereits von vorneherein auf die Konkurrenz ausweicht oder nach 22:00 Uhr eine andere Gaststätte aufsucht. Erfahrungsgemäß werden nicht viele Personen dann nach innen wechseln. Folglich nimmt die Attraktivität seines Außenbereichs – insbesondere in Relation zu anderen Gaststätten – signifikant ab. Dadurch entgehen B an den umsatzstarken Sommertagen voraussichtlich viele Bewirtungsmöglichkeiten.

Beachtet man diese gegenüberstehenden Belange, so ist wohl noch **keine unzumutbare Lage für M** gegeben, die eine generelle Verlängerung der Sperrzeit für B begründet. Vielmehr ist es M zuzumuten, an einigen wenigen Tagen des Jahres eines seiner Fenster für eine Stunde geschlossen zu halten.

Anmerkung

Die Abwägung kann je nach Argumentation auch zugunsten des M ausfallen. Der Sachverhalt lässt hierfür ausreichend Interpretationsmöglichkeiten. Dann müsste noch behandelt werden, inwiefern eine Ermessensreduktion vorliegt. Nimmt man unzumutbare Lärmimmissionen an, liegt es nahe, auch eine Ermessensreduktion anzunehmen (so auch das VG Freiburg).¹⁸ Denn

¹⁵ Die dB-Skala verläuft exponentiell: 10 dB mehr werden als doppelt so laut wahrgenommen, siehe <https://vm.baden-wuerttemberg.de/de/mensch-umwelt/laermschutz/definition-und-wirkung/definition> für mehr Informationen (abgerufen am 20. Juni 2021); Jarass, BImSchG, § 3 Rn. 8.

¹⁶ VG Freiburg, NJOZ 2007, 4610.

¹⁷ <https://vm.baden-wuerttemberg.de/de/mensch-umwelt/laermschutz/definition-und-wirkung/definition> (abgerufen am 20. Juni 2021).

¹⁸ Obwohl dies bei unzumutbaren Lärmimmissionen stets nahe liegt, muss eine „normale“ Ermessensprüfung durchgeführt werden, denn nach Auffassung des VGH Mannheim handelt es sich hier weder um eine Koppelungsvorschrift noch um intendiertes Ermessen, ESVGH 62, 124. Das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zeichnet also die Abwägung auf Ermessensseite nicht vor.

Mieter können sich den unzumutbaren Immissionen nicht entziehen, sondern sind ihnen häufig über Jahre hinweg hilflos ausgeliefert.

In der Praxis müsste konkret ermittelt oder prognostiziert werden, an wie vielen Tagen eine Beeinträchtigung des M zu erwarten ist, wie gravierend die Umsatzeinbußen des B wären und welche zumutbaren Alternativen (Lärmschutzfenster, Vorhang vor dem Fenster, Klimaanlage) in Betracht kommen.¹⁹

2. Zwischenergebnis materielle Voraussetzungen

21 Es liegt kein öffentliches Bedürfnis vor, sodass die Rechtsfolge der Anspruchsgrundlage nicht eröffnet wird. Die materiellen Voraussetzungen liegen nicht vor.

22

Zur Prüfung im Hilfspgutachten

Im Gutachten ist stets auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen, was zumeist auch durch einen Bearbeitungshinweis klargestellt wird. Das bedeutet aber nicht, dass alle erdenklichen Alternativen und Prüfungspunkte anzusprechend sind – das würde den Rahmen sprengen. Eine gute Bearbeitung zeichnet sich durch eine ausgewogene Schwerpunktsetzung aus. Hierfür das „richtige Gefühl“ zu erhalten, kann durchaus schwer sein. Zu prüfen sind jedenfalls stets diejenigen Voraussetzungen, die **nicht aufeinander aufbauen**: alle Tatbestandsvarianten; alle in Betracht kommenden Grundrechte als Ermessensgrenzen, sowie (stets!) alle formellen Voraussetzungen. Andernfalls könnte durch geschickte Wahl der Prüfungsreihenfolge die Prüfung von Problemen umgangen werden, indem bspw. die Reihenfolge von materiellen und formellen Voraussetzungen getauscht wird.

Aufeinander aufbauende Punkte müssen nicht geprüft werden, wenn die zugrundeliegende Voraussetzung fehlt: Ist schon die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht betroffen, ergibt die Prüfung der Gefahr keinen Sinn, denn eine Gefahr kann nur für betroffene Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung bestehen. Ähnlich verhält es sich mit Tatbestand und Rechtsfolge: Nur dann, wenn der Tatbestand erfüllt ist, ist auch die Rechtsfolge eröffnet.

In diesen Fällen *kann hilfspgutachtlich* geprüft werden. Das bietet sich (im öffentlichen Recht) an, wenn noch ein weiteres Problem im Sachverhalt angelegt ist, das ansonsten nicht geprüft wird. Beispielsweise wenn noch ein Problem mit der Rückwirkung des Verwaltungsaktes angelegt wäre. Ferner kommt eine hilfspgutachtliche Prüfung in Betracht, wenn der vorgehende Punkt rechtlich unklar (bspw. die Definition eines Tatbestandsmerkmals umstritten²⁰) ist. Zu Beginn der hilfspgutachtlichen Prüfung sollte dann klargestellt werden, unter welcher Annahme („selbst wenn man jedoch davon ausgeht, dass ...“) weitergeprüft wird.

Im vorliegenden Fall verbirgt sich in der Rechtsfolge kein weiterer Klausurschwerpunkt mehr, denn die Abwägung, die üblicherweise zentraler Teil des Ermessens ist, wurde schon im Tatbestand vorgenommen. Eine hilfsweise Prüfung bietet sich bspw. an, wenn es an der Geeignetheit oder Erforderlichkeit scheitert und eine Abwägung sonst nicht geprüft wurde, siehe → Online-Fall 2 und Rn. 432 in *Bruckert/Frey*, Staatsrecht aus Verwaltungsperspektive.

¹⁹ Im zugrundeliegenden Fall war nicht ersichtlich, dass die Belüftung über andere Fenster nicht ausreicht. Ferner hatte der Pächter der Gaststätte die Übernahme der Kosten einer Klimaanlage angeboten, der Vermieter bot den Einbau von Lärmschutzfenstern an, sodass eine Unzumutbarkeit fern lag. Siehe VGH Mannheim, BeckRS 2008, 141023, Rn. 45.

²⁰ Siehe zum Prüfungsaufbau bei streitigen Definitionen → Rn. 468 in *Bruckert/Frey*, Staatsrecht aus Verwaltungsperspektive.

Anders als im Gutachten werden bei einer **Entscheidung** (Bescheid, Urteil, ...) nur entscheidungsrelevante Punkte geprüft: Liegt das öffentliche Bedürfnis vor, muss nicht noch geprüft werden, ob besondere örtliche Verhältnisse gegeben sind. Ist ein Grundrecht offenkundig verletzt, müssen die anderen Grundrechte nicht auch noch geprüft werden.

III. Formelle Voraussetzungen

In formeller Hinsicht müssten Zuständigkeit, Verfahren, Form und Bekanntgabe beachtet werden. **23**

1. Zuständigkeit

Sachlich zuständig sind gem. § 1 Abs. 6 GastVO BW die Gemeinden. In örtlicher Hinsicht ist gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 LVwVfG die Behörde zuständig, in deren Bezirk das Unternehmen betrieben wird. Hier ist dies der Stadtkreis Städtchen. **24**

2. Verfahren

Bezüglich Verfahren und Form sind keine besonderen Voraussetzungen zu beachten. Insofern M einen Antrag auf Einschreiten stellt, ist er (ggfs. nach vorheriger Anhörung gem. § 28 Abs. 1 LVwVfG²¹) abzulehnen. **25**

3. Form

Hier bietet sich aus Beweisgründen die Schriftform an. Die Entscheidung ist dann auch zu begründen (§ 39 Abs. 1 LVwVfG) und es ist eine Rechtsbehelfsbelehrung mit dem von §§ 70, 58 Abs. 1 VwGO geforderten Inhalt anzufügen, § 37 Abs. 6 LVwVfG. Obwohl § 37 Abs. 6 LVwVfG nur auf „anfechtbare“ Verwaltungsakte²² Bezug nimmt, sind auch ablehnende Verwaltungsakte nach § 37 Abs. 6 LVwVfG mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen.²³ Denn vor Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes müsste auch die Ablehnung aufgehoben werden. Insofern ist auch eine ablehnende Entscheidung anfechtbar. **26**

4. Bekanntgabe

Die Bekanntgabe der Ablehnung kann per einfachem Postbrief erfolgen. Eine Zustellung nach dem LVwZG BW erscheint nicht notwendig. **27**

B. Ergebnis

M hat keinen Anspruch auf Verlängerung der Sperrzeit für die Außenbewirtschaftung des B. **28**

²¹ Ob dies erfolgen muss, ist streitig. Siehe dazu *Herrmann*, in: BeckOK VwVfG, § 28 Rn. 13.

²² Insofern liegt die Überlegung nahe, eine Rechtsbehelfsbelehrung muss nur in Anfechtungssituationen i. S. d. § 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO angefügt werden.

²³ Dazu *Tiedemann*, in: BeckOK VwVfG, § 37 Rn. 69.

Lösung Aufgabe 2

A. Anliegen des M

- 29** M hat sein Anliegen als „Einspruch gegen die Gaststättenerlaubnis“ formuliert. Dies könnte eng am Wortlaut angelehnt so zu verstehen sein, dass M die (teilweise) Aufhebung der Gaststättenerlaubnis mittels eines Anfechtungswiderspruchs (§§ 68 Abs. 1, 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO) begehrt. In dieser Hinsicht haben es Ausgangs- und Widerspruchsbehörde verstanden. Ein Anfechtungswiderspruch gegen eine seit spätestens 2008²⁴ bestandskräftige Gaststättenerlaubnis ist jedoch offenkundig erfolglos.
- 30** Der „Einspruch“ des M könnte mit Kenntnis der Sachlage auch anders zu verstehen sein, denn ein juristischer Laie kann sich regelmäßig nicht juristisch korrekt ausdrücken. Sinnvoll – und dem Begehren des M entsprechend – wäre hier viel mehr ein Antrag auf Verlängerung der Sperrzeitanordnung oder ein Antrag auf Erlass einer nachträglichen Anordnung gem. § 1 LGastG i. V. m. § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG gewesen.
- 31** Dass bzw. wie ein Begehren des Betroffenen auszulegen ist, ergibt sich aus dem **Grundsatz der Meistbegünstigung**.²⁵ Er leitet sich für das Verwaltungsverfahren aus §§ 22 S. 2, 25 LVwVfG ab. Ein Antrag ist demnach unter Beachtung aller bekannten Umstände so auszulegen, dass der erkennbar angestrebte Erfolg erreicht wird.²⁶ Dabei muss – soweit möglich – nach dem wahren Willen bzw. dem wahren Ziel des Antragsstellers ausgelegt werden.²⁷ Ein Antrag muss zwar nicht zwingend „erfolgsorientiert“ so ausgelegt werden, dass er möglichst effektiv ist; eine erfolgsorientierte Auslegung ist aber auch nicht verboten.²⁸
- 32** Jedenfalls für Anträge und Rechtsbehelfe im gerichtlichen Verfahren gebietet es das Recht auf effektiven Rechtsschutz aus **Art. 19 Abs. 4 GG**, Anträge möglichst effektiv auszulegen.²⁹ Weil auch schon das Verwaltungsverfahren das spätere gerichtliche Verfahren beeinflussen kann, kann Art. 19 Abs. 4 GG auch schon im verwaltungsrechtlichen Verfahren greifen.³⁰ Das ist vor allem dann der Fall, wenn das spätere gerichtliche Verfahren erheblich erschwert oder unmöglich gemacht wird. Einen solchen Fall könnte man hier annehmen, weil das konkrete Begehren hier maßgeblich die Erfolgsaussichten des Rechtsschutzes vorzeichnet (aussichtslose Anfechtungsklage einerseits; möglicherweise begründete Verpflichtungsklage andererseits).
- 33** Unter Beachtung dieser Grundsätze und der Tatsache, dass M bereits mehrfach mit der Behörde telefonierte, hätte der Behörde klar sein müssen, dass der „Einspruch“ des M nicht als Widerspruch gegen die Gaststättenerlaubnis gedeutet werden konnte. Ein solcher war von

²⁴ Ein Rechtsbehelf kann für gewöhnlich selbst bei fehlerhafter Rechtsbehelfsbelehrung gem. § 58 Abs. 2 VwGO höchstens binnen eines Jahres eingelegt werden.

²⁵ VG Freiburg, NJOZ 2007, 4610.

²⁶ M. w. N. *Hüttenbrink*, in: BeckOK VwGO, § 69 Rn. 4.

²⁷ *Hefhaus*, in: BeckOK VwVfG, § 22 Rn. 26.

²⁸ BVerwGE 115, 302; Deutlich für die Pflicht zur erfolgsorientierten Auslegung *Dolde/Porsch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 69 Rn. 4.

²⁹ So etwa VGH München, BayVBl 2017, 170.

³⁰ Rechtsschutz meint zwar vorrangig den Rechtsschutz durch ein Gericht, in einigen Situationen hat dies aber auch Ausstrahlungswirkungen auf das Verwaltungsverfahren, siehe bspw. BVerfGE 118, 168; 141, 220; m. w. N. *Enders*, in: BeckOK GG, Art. 19 Rn. 71, 84. Siehe dazu auch → Rn. 50 ff. in *Bruckert/Frey*, Staatsrecht aus Verwaltungsperspektive.

vorneherein offenkundig unzulässig. Andere Anträge hingegen wie ein Antrag auf Verlängerung der Sperrzeit oder sonstige Anordnungen nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG waren nicht offenkundig erfolglos. Die Behörde hätte zumindest nachfragen und auf die Stellung der sachdienlichen Anträge hinwirken müssen, § 25 Abs. 1 LVwVfG.

B. Möglichkeit einer Klage

Den Erlass einer Sperrzeitverlängerung könnte M mit einer Verpflichtungsklage erreichen. Vor Erhebung einer Verpflichtungsklage, ist gem. § 68 Abs. 2, 1 VwGO ein Widerspruchsverfahren durchzuführen. M könnte ohne Widerspruch Klage erheben, wenn er das notwendige Widerspruchsverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO erfolglos durchlaufen hat oder das Widerspruchsverfahren entbehrlich ist. **34**

Auf den „Einspruch“ des M hin wurde das Widerspruchsverfahren gegen die Gaststättenerlaubnis erfolglos durchgeführt. Ms Klagebegehren ist jedoch auf den Erlass einer Anordnung der Sperrzeitverlängerung gerichtet (siehe A.). Die Sperrzeit ist nicht in der Genehmigung festgelegt, sodass sie schon gar nicht Gegenstand des bisherigen Widerspruchsverfahrens war. Ferner sind gegen die Erlaubnis Anfechtungswiderspruch und -klage statthaft, während für die Verpflichtung auf Erlass einer Anordnung nach § 18 GastG, § 12 GastVO BW Verpflichtungswiderspruch und -klage statthaft sind. Bezüglich der Sperrzeitverlängerung hat M noch kein Vorverfahren erfolglos durchlaufen. **35**

Die lange Bearbeitungsdauer könnte jedoch zu einer Zulässigkeit der Klage ohne vorherigen Widerspruch führen, § 75 S. 1 VwGO. Voraussetzung dafür ist, dass die Behörde über den Antrag ohne zureichenden Grund in angemessener Frist nicht entschieden hat. Anhaltspunkt für die angemessene Frist können die in S. 2 genannten drei Monate sein. Hier hat M am 13. Juli einen Antrag gestellt, über den auch am 17. November, also vier Monate nach Antragsstellung, noch nicht entschieden wurde. Sachliche Gründe, wie etwa eine erhöhte Komplexität des Falles oder aufwendige Sachverhaltsaufklärungen,³¹ sind nicht ersichtlich. **36**

M könnte mittlerweile gem. § 75 S. 1 VwGO unmittelbar Verpflichtungsklage auf Erlass einer Sperrzeitverlängerung erheben, obwohl bzw. weil die Behörde diesen Antrag (fälschlicherweise) noch nicht bearbeitet hat.³² **37**

Lösung Aufgabe 3

In der Abwandlung ist zu prüfen, ob und welche Klage auf Erlass einer Sperrzeitverordnung statthaft wäre. Die Möglichkeit dieser sog. **Normerlassklage** ist umstritten, weil aus der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) folgt, dass der Judikative die Aufgabe der Kontrolle zukommt. Kontrolle umfasst im Normalfall nur die Prüfung bereits erlassener Akte auf ihre Rechtmäßigkeit. Ein darüber hinausgehender Ausspruch der Verpflichtung der Exekutive zum Erlass (konkreter) Maßnahmen bedarf daher einer besonderen Begründung, soweit die Möglichkeit nicht gesetzlich geregelt ist. **38**

Konkret geregelt ist die Normerlassklage nicht. Insbesondere die **Normenkontrolle** nach § 47 VwGO ist nur auf die Feststellung der Unwirksamkeit einer Norm ausgerichtet. Die Feststellung **39**

³¹ Weitere Gründe bei *Peters*, in: BeckOK VwGO, § 75 Rn. 12 f.

³² So auch VG Freiburg, NJOZ 2007, 4610; VGH Mannheim, BeckRS 2008, 141023, Rn. 31.

der Ungültigkeit ist das Gegenteil von der Verpflichtung zum Erlass einer Norm, weshalb auch eine analoge Anwendung des § 47 VwGO nicht in Betracht kommt.³³

- 40** Die **Verpflichtungsklage** nach § 42 Abs. 2 Fall 2 VwGO ist nur auf die Verpflichtung zum Erlass eines Einzelaktes ausgelegt, auf den der Einzelne einen (gesetzlich vorgegebenen) Anspruch hat. Normen regeln abstrakte Fälle und ihr Erlass ist von einem sehr weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum geprägt,³⁴ der mit der gesetzlich vorgegebenen Ermessensausübung eines Verwaltungsaktes (§ 40 LVwVfG) nicht ohne Weiteres vergleichbar ist. Eine analoge Anwendung des § 42 Abs. 2 Fall 2 VwGO scheidet aus diesen Gründen aus, weil die Interessenlage nicht vergleichbar ist.
- 41** In Betracht kommt daher die **Feststellungsklage** (§ 43 Abs. 1 VwGO) oder die **allgemeine Leistungsklage**. Letztere ist in der VwGO nicht ausdrücklich geregelt, aber mehrfach erwähnt (§§ 43 Abs. 2, 111, 113 Abs. 4 VwGO) und daher allgemein anerkannt. Die Feststellungsklage ist gem. § 43 Abs. 2 VwGO nur nachrangig statthaft. Eine demnach vorrangige allgemeine Leistungsklage hätte zur Folge, dass die Verwaltungsgerichte die Verwaltung zum Erlass einer konkreten Norm verpflichten könnten, was sodann auch vollstreckbar wäre. Das ist verbunden mit einem gewichtigen Übergreif in die Normsetzungsfreiheit der Verwaltung. Daher wird von der Rechtsprechung üblicherweise aus dem „im Gewaltenteilungsgrundsatz begründeten Respekt“³⁵ nur eine Feststellungsklage als statthaft erachtet.³⁶
- 42** In Einzelfällen kann die allgemeine Leistungsklage insbesondere dann statthaft sein, wenn der effektive Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) dies erfordert. Im Regelfall gibt Art. 19 Abs. 4 GG nur vor, dass überhaupt gegen Normen der Verwaltung vorgegangen werden kann.³⁷ Sind bisherige Rechtsbehelfe erfolglos geblieben und droht eine gewichtige Verletzung subjektiver Rechte, kann eine vollstreckbares Leistungsurteil jedoch der einzig effektive Rechtsbehelf sein.
- 43** Hier wurden bereits mehrere erfolgreiche Normenkontrollverfahren gegen die Sperrzeitverordnungen der Stadt durchgeführt. Obwohl mehrfach festgestellt wurde, dass die Maßnahmen der Stadt unzureichend sind, handelt sie über Jahre hinweg nur zögerlich. Die Anwohner bleiben massiven Überschreitungen der zulässigen Grenzwerte um bis zu 22 dB(A) in einem mehrstündigen Zeitraum von 23:00 Uhr bis 3:00 Uhr ausgesetzt. Ferner werden die kurzzeitig zugelassenen Maximalpegel von 65 dB(A) in Zeiträumen zwischen 1:00 und 2:00 Uhr um bis zu 27 dB(A) überschritten. Dabei handelt es sich um enorme Lärmbelästigungen über einen langen Zeitraum für eine Vielzahl von Anwohnern, die sich dem Lärm nicht entziehen können. In Anbetracht der Tatsache, dass die Stadt keine erfolgreichen Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) dieser Vielzahl von Personen unternimmt, scheint der einzig effektive Rechtsschutz in einer Leistungsklage zu liegen.³⁸
- 44** Die Normerlassklage ist (ausnahmsweise) als allgemeine Leistungsklage statthaft.³⁹

³³ M. w. N. *Pietzcker/Marsch*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 42 Rn. 160.

³⁴ Von einem „weiten Spielraum normativen Ermessens“ spricht etwa BVerwG, DVBl. 1990, 155.

³⁵ VG Karlsruhe, BeckRS 2019, 22337, Rn. 15.

³⁶ BVerfGE 115, 81 mit Verweis auf BVerwG, NVwZ 2002, 1505; VGH Mannheim, DÖV 2018, 493.

³⁷ BVerfGE 115, 81.

³⁸ Siehe VG Karlsruhe, BeckRS 2019, 22337, Rn. 13 ff.

³⁹ Andere Ansicht vertretbar.