

Musterlösung

1) Ist der Verwaltungsrechtsweg für die Klage des N eröffnet?

Eine Spezialzuweisung für die Klage des N ist nicht ersichtlich. Damit ist hier die allgemeine Regelung des § 40 Abs. 1 VwGO anwendbar. Nach dieser Vorschrift ist der Verwaltungsrechtsweg dann eröffnet, wenn eine öffentlichrechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt und keine abdrängende Zuweisung vorhanden ist.

Eine öffentlichrechtliche Streitigkeit liegt dann vor, wenn die streitentscheidende Normen öffentlichrechtlicher Natur sind. Nach der modifizierten Subjektstheorie sind Normen dann als öffentlichrechtlich zu bewerten, wenn sie ausschließlich einen Hoheitsträger als Berechtigten oder Verpflichteten benennen.

Anmerkung: Andere anwendbare Theorien sind die Interessentheorie (Sind öffentliche Interessen/Interessen der Allgemeinheit betroffen?), die Subordinationstheorie (Ist ein Verhältnis der Über-/Unterordnung in dem Gesetz geregelt?) und die Subjektstheorie (Ist an dem Rechtsverhältnis eine Behörde oder ein Träger der öffentlichen Gewalt beteiligt?). Diese Theorien können hier ebenfalls zur Abgrenzung herangezogen werden.

Vorliegend ist § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG die streitentscheidende Norm. Nach dieser Vorschrift ist nur die Behörde zum Handeln berechtigt. Die Norm ist also öffentlichrechtlich und in Folge ist auch die Streitigkeit öffentlichrechtlicher Natur.

Eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art liegt dann vor, wenn keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit gegeben ist, also wenn es kein Streit zwischen Verfassungsorganen über die ihnen durch die Verfassung verliehenen Rechte ist. Hier sind die Ordnungsbehörde und der Nachbar N an der Streitigkeit beteiligt.

Anmerkung: Der Gastwirt G wird vom Gericht im Wege der notwendigen Beiladung gem. § 65 Abs. 2 VwGO zum Verfahren hinzugezogen und nimmt gem. § 63 Nr. 3 VwGO als Beteiligter am Verfahren teil. An dem Rechtsstreit beteiligt sind dagegen nur N und die Ordnungsbehörde.

Die Streitigkeit ist also nicht verfassungsrechtlicher Art.

Abdrängende Rechtswegzuweisungen sind nicht ersichtlich.

Für die Klage des N ist also nach § 40 Abs. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

2) Welche Klageart ist statthaft?

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, § 88 VwGO.

Mit seiner Klage will N erreichen, dass die Ordnungsbehörde gegenüber G den Einbau einer neuen Dunstabzugshaube anordnet. In Betracht kommt daher eine Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 VwGO als Versagungsgegenklage. Ihre Statthaftigkeit setzt voraus, dass die von N angestrebte Anordnung ein Verwaltungsakt ist.

Anmerkung: Mit einer Anfechtungsklage gegen den Ablehnungsbescheid könnte N nur die Aufhebung des Ablehnungsbescheides erreichen. Mit einer erfolgreichen Verpflichtungsklage kann die Behörde zum Erlass des begehrten Verwaltungsaktes verpflichtet werden, der Ablehnungsbescheid wird dabei ebenso aufgehoben. Die Verpflichtungsklage entspricht also eher dem Klagebegehren. Sie ist rechtsschutzintensiver und ist daher statthaft.

Die von N begehrte Anordnung an G, eine neue Dunstabzugshaube einzubauen, müsste also ein Verwaltungsakt iSd § 35 VwVfGL darstellen. Dazu müsste sie eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalls mit unmittelbarer Außenwirkung sein.

Die Ordnungsbehörde nimmt Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr und ist damit eine Behörde iSd § 1 Abs. 4 VwVfGL. Die Anordnung würde auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG ergehen. Diese Norm berechtigt ausschließlich die Behörde als Hoheitsträger zum Eingreifen und gehört damit nach der modifizierten Subjektstheorie zum öffentlichen Recht. Die auf ihrer Grundlage erlassene Anordnung ist ebenfalls öffentlich-rechtlich. Die Anordnung regelt die rechtsverbindliche Pflicht des G zum Einbau einer neuen Dunstabzugshaube und setzt also eine Regelung, die darüber hinaus einen konkreten Sachverhalt gegenüber einer konkreten Person und damit einen Einzelfall betrifft. Diese Regelung wirkt außerhalb des behördeninternen Bereichs, indem sie die Pflicht eines Privaten begründet. Damit entfaltet die Anordnung Außenwirkung.

Die Verwaltungsaktqualität der Anordnung ist hier unproblematisch und erfordert daher keine ausführlichere gutachterliche Prüfung. Eine detailliertere Darstellung wird nicht negativ bewertet.

Die von N begehrte Anordnung ist ein Verwaltungsakt iSd § 35 VwVfGL. Ihren Erlass kann N mit einer Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 VwGO erstreiten.

3) Ist die Klage begründet? Wie wird das Gericht entscheiden?

Die Verpflichtungsklage ist begründet, wenn die Ablehnung oder Unterlassung eines Verwaltungsakts rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt sowie die Sache spruchreif ist, § 113 V VwGO. Die Ablehnung des Verwaltungsaktes ist dann rechtswidrig und stellt eine Rechtsverletzung dar, wenn dem Kläger ein Anspruch auf den begehrten Verwaltungsakt zusteht.

a) Anspruch des N

Der Ablehnungsbescheid ist rechtswidrig, wenn N ein Anspruch auf Erlass der von ihm begehrten Anordnung zusteht.

Als Anspruchsgrundlage kommt hier § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG in Betracht.

Anmerkung: Dass § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG nicht nur eine Eingriffsgrundlage darstellt, sondern auch dem betroffenen Nachbarn einen Anspruch auf Einschreiten der Behörde gewährt, ergibt sich aus dem Hinweis im Sachverhalt. Die Norm schützt nicht nur das Interesse der Allgemeinheit, sondern hat auch drittschützenden Charakter und verleiht dem Nachbarn ein subjektiv-öffentliches Recht, das ihm die Durchsetzung seiner Interessen gegenüber der Behörde ermöglicht.

N hat bei der zuständigen Behörde form- und fristgerecht den Antrag auf Erlass der Anordnung gestellt und hat so die formellen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt.

Auch die materiellen Voraussetzungen müssen gegeben sein. Dazu müsste der Tatbestand des § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG erfüllt sein. Nach dieser Norm können nachbarschützende Maßnahmen gegenüber dem Betreiber eines erlaubnispflichtigen Gewerbes angeordnet werden.

G betreibt eine Gaststätte. Dieses Gewerbe ist gem. § 2 Abs. 1 S. 1 GastG erlaubnispflichtig. Keiner der Ausnahmetatbestände gem. § 2 Abs. 2 GastG greift hier ein.

Die Geruchsbelästigung stellt laut Sachverhalt eine schädliche Umwelteinwirkung im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes dar.

Anmerkung: Die schädliche Umwelteinwirkung ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Ihr Vorliegen wird daher vom Gericht voll umfänglich geprüft.

Zu beachten ist, dass die Behörde während ihrer eigenen Sachverhaltsaufklärung eine wesentlich geringere Umweltbelastung gemessen hatte und daher die Voraussetzungen für ihr Eingreifen als nicht gegeben angesehen hat. Die Behörde war also zu dem Zeitpunkt nicht zum Einschreiten verpflichtet. Fraglich ist daher, welcher Zeitpunkt für die Begründetheit einer Verpflichtungsklage maßgeblich ist. Die Begründetheit der Verpflichtungsklage setzt voraus, dass der Kläger einen Anspruch gegenüber der Behörde hat. Wird bei der

Beurteilung eine frühere Sachlage zu Grunde gelegt, könnte die Behörde aufgrund der inzwischen geänderten Sachlage im Gerichtsprozess zum Erlass eines Verwaltungsaktes verpflichtet werden, dessen tatsächliche oder rechtliche Voraussetzungen im Zeitpunkt des Erlasses nicht mehr vorliegen und den sie aufzuheben verpflichtet gewesen wäre. Im Rahmen der Begründetheit einer Verpflichtungsklage ist also die Sachlage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgeblich. Die frühere geringere Belastung spielt für den Anspruch des N auf Einschreiten der Behörde keine Rolle.

Anmerkung: Die volle Punktzahl setzt voraus, dass das Problem des maßgeblichen Zeitpunktes für die Beurteilung der Sachlage erörtert wurde.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG liegen somit vor.

b) Spruchreife

Es ist dennoch fraglich, ob das Gericht dem Antrag des N auf Erlass der Anordnung mit der Verpflichtung des G zum Einbau der neuen Dunstabzugshaube stattgeben kann. Dazu müsste die Sache spruchreif sein.

Spruchreif ist eine Sache dann, wenn das Gericht in der Lage ist, abschließend über die Sache zu entscheiden.¹

Nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG kann die Behörde eine Auflage erteilen, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm gegeben sind. Die Einzelheiten der Auflage zu bestimmen, liegt im Ermessen der Behörde. In dieses behördliche Auswahlermessen darf das Gericht nicht eingreifen und darf nicht eigene Ermessenserwägungen anstellen.

Etwas anderes würde gelten, wenn eine Ermessensreduktion auf Null vorliegen würde. Das wäre der Fall, wenn die Behörde nur eine Maßnahme rechtmäßigerweise anordnen könnte, hier den Einbau der neuen Dunstabzugshaube. Vorliegend hat der Sachverständige mehrere Möglichkeiten aufgezeigt, die zum erwünschten Erfolg führen. Zwischen diesen Alternativen kann die Behörde eine eigene Auswahl treffen.

Die Entscheidung ist damit nicht spruchreif.

c) Ergebnis

N hat einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung durch die Behörde, nicht jedoch auf den Erlass einer Anordnung, die G zum Einbau einer neuen Dunstabzugshaube verpflichten würde.

Die Klage ist damit nur teilweise begründet.

Mangels Spruchreife ergeht ein Bescheidungsurteil nach § 113 V 2 VwGO, das die Ordnungsbehörde zur erneuten Entscheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts verpflichtet.

¹ Von Schlieffen, Allgemeines Verwaltungsrecht Teil 2, S. 29.

Anmerkung: Ein anderes Prüfungsschema für die Begründetheit einer Verpflichtungsklage geht vom Wortlaut des Art. 113 Abs. 5 S. 1 VwGO aus. Dabei wird geprüft, ob die Versagung des begehrten Verwaltungsaktes in dem für die Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt rechtswidrig war und dieser VersagungsVA die Rechte des Klägers verletzt. Auch diese Prüfung würde hier zu dem gleichen Ergebnis führen. Für das Vorliegen des Tatbestands der Anspruchsgrundlage § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG wäre auch bei dieser Prüfung der Zeitpunkt der letzten mündlichen Gerichtsverhandlung der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung.² Die vom Sachverständigen gemessenen Emissionswerte sind daher maßgeblich. Die Rechtswidrigkeit der Entscheidung ergibt sich daraus, dass die Behörde auf Grundlage von anderen Emissionswerten entscheiden muss. Die Rechtsverletzung des Klägers folgt daraus, dass dem N ein subjektiv-öffentliches Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung aus § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG zusteht und dieses verletzt wurde. Auch hier ergeht ein Bescheidungsurteil auf Neubescheidung auf Grundlage der neu gemessenen Werte.

² Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 113 VwGO, Rn. 218.