

Grundkurs Öffentliches Recht III

Montag, den 16. / Donnerstag, den 19. Februar 2004

I.

X erhält von der zuständigen Behörde auf seinen Antrag eine Erlaubnis, um auf dem 5 m breiten Bürgersteig vor seinem Café Tische und Stühle zur Bewirtung seiner Gäste aufzustellen. Die Erlaubnis ist aber mit einigen „Maßgaben“ versehen, die X missfallen. Diese „Maßgaben“ lauten: „1. Die Erlaubnis ist jederzeit widerruflich. 2. Der Gehweg ist von Verunreinigungen, die durch die Sondernutzung hervorgerufen werden, zu reinigen. 3. In einer Breite von 2,30 m ist der Gehweg für den Fußgängerverkehr freizuhalten. 4. Bei Bauarbeiten an oder unter dem Gehweg erlischt diese Erlaubnis für deren Zeitraum. 5. Bei Änderung der Verkehrsverhältnisse können weitere Maßgaben auferlegt werden. 6. Anforderungen nach Gaststättenrecht bleiben unberührt.“

Hätte ein Widerspruch des X gegen diese „Maßgaben“ Aussicht auf Erfolg?

(Fall nach *Bovermann/Dünchheim*, Examinatorium Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 98).

Lösung:

Ein Widerspruch hätte Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

1. Zulässigkeit

Der Widerspruch ist zulässig, **(a)** wenn in der Hauptsache der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist, wenn **(b)** der Widerspruch statthaft ist, wenn **(c)** der Widerspruchsführer zum Widerspruch befugt ist und wenn **(d)** die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind, insbesondere die Widerspruchsfrist

gewahrt ist (Weiteres: Form des Widerspruchs, Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit des Widerspruchsführers, Zuständigkeit der Behörde). Die Voraussetzungen zu (d) liegen mangels entgegenstehender Sachverhaltsangaben vor; auf § 70 I 1 VwGO hat X zu achten.

a) Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten

Dass § 40 VwGO nicht nur für die Zulässigkeit von Klagen zu den Verwaltungsgerichten, sondern auch für die Zulässigkeit von Widersprüchen gilt, ergibt sich daraus, dass das Widerspruchsverfahren nur dann Vorverfahren zum verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren sein kann, wenn ein solches Verfahren möglich ist; das setzt zwingend die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs voraus.

§ 40 I 1 VwGO ist hier unproblematisch. Streitigkeiten über Straßen- und Wegerecht sowie über allgemeines Verwaltungsrecht sind öffentlich-rechtliche Streitigkeiten. Sie sind auch nicht verfassungsrechtlicher Art. Auf- oder abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich.

b) Statthaftigkeit des Widerspruchs

Der Widerspruch ist statthaft, wenn in der Hauptsache Anfechtungsklage (§ 68 I VwGO) oder Verpflichtungsklage (§ 68 II VwGO) zu erheben wäre. Maßgebend ist zunächst das Begehren des Widerspruchsführers. Dieser will nur gegen die „Maßgaben“ vorgehen und deren Aufhebung erreichen. Fraglich ist also, ob ein Anfechtungswiderspruch in Betracht kommt. Dies muss für jede der 6 im Sachverhalt genannten Maßgaben geprüft werden, wobei zunächst die Rechtsnatur der Maßgabe im Lichte der in § 36 II VwVfG aufgelisteten Alternativen zu ermitteln und dann auf die streitige Frage des Rechtsschutzes gegen so bestimmte Nebenbestimmungen einzugehen ist. *Hinweis: Das Gutachten wird hier ausführlicher, weil dieser Punkt der problematischste ist.*

aa) Maßgabe „widerruflich“

Bei dieser Maßgabe handelt es sich um einen Widerrufsvorbehalt im Sinne von § 36 II Nr. 3 VwVfG. Ob ein Widerrufsvorbehalt isoliert angefochten werden kann, ist streitig. Die einen stellen auf die Art der Nebenbestimmung ab und lehnen in den Fällen der Nr. 1 bis 3 des § 36 II VwVfG, also auch hier, eine isolierte Anfechtung ab. Eine zweite Meinung stellt darauf ab, ob der Hauptverwaltungsakt, dem die Nebenbestimmung, welcher Art immer, beigelegt ist, ein Ermessensverwaltungsakt oder ein gebundener Verwaltungsakt ist; bei Ermessensverwaltungsakten wird eine isolierte Anfechtung als unstatthaft angesehen; dieser Fall liegt hier vor, weil Hauptverwaltungsakt eine Sondernutzungserlaubnis ist, die gem. § 11 BerlStrG im Ermessen der zuständigen Behörde liegt. Nach einer im Vordringen sich befindenden, vom BVerwG übernommenen Ansicht kommt es für die Statthaftigkeit der isolierten Anfechtung darauf an, ob, die Nebenbestimmung hinweggedacht, der verbleibende Verwaltungsakt sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann; insoweit ist § 11 IV BerlStrG wichtig, wonach eine Sondernutzungserlaubnis entweder unbefristet auf Widerruf oder befristet mit oder ohne Widerrufsvorbehalt erteilt werden soll; da im vorliegenden Fall keine Befristung vorliegt und kein Anhaltspunkt für einen Ausnahmefall („sollen“) ersichtlich ist, scheidet eine isolierte Anfechtung auch nach dieser Meinung aus. Da alle vertretenen Meinungen im vorliegenden Fall zum selben Ergebnis gelangen, braucht der Meinungsstreit nicht entschieden zu werden.

In Bezug auf den Widerrufsvorbehalt ist der Widerspruch unstatthaft.

bb) Maßgabe „Reinigung“

Diese Maßgabe ist eine Auflage im Sinne von § 36 II Nr. 4 VwVfG, weil sie von dem Begünstigten ein zusätzliches Tun, hier die Reinigung, fordert. Nach der ersten und der dritten der oben geschilderten Meinung ist eine isolierte Anfechtung von Auflagen möglich; die Reinigungsaufgabe ist nach § 11 BerlStrG nicht zwingend. Die zweite Auffassung ist zurückzuweisen, weil dem Ermessen der Behörde bei isolierter Anfechtung des Hauptverwaltungsakts im äußersten Fall durch Widerruf gemäß § 49 VwVfG Rechnung getragen werden kann. Insoweit ist die isolierte Anfechtung darum statthaft.

cc) Maßgabe „Gehwegbreite“

Die Maßgabe, den Gehweg in einer Breite von 2,30 m für den Fußgängerverkehr frei zu halten, begründet keine zusätzliche Verhaltenspflicht des X, sondern ist eine inhaltliche Beschränkung des Hauptverwaltungsakts selbst. Rechtsschutz ist insoweit nicht durch Anfechtung und ggfs. Aufhebung der Beschränkung, sondern durch Verpflichtungswiderspruch / -klage auf unbeschränkte Gewährung zu geben. Insoweit ist der Widerspruch darum unstatthaft.

dd) Bauarbeiten

Die 4. Maßgabe ist eine Bedingung. Sie kann nach der neueren Rechtsprechung isoliert angefochten werden, weil die zuständige Behörde schon nach § 11 BerlStrG genug Handlungsmöglichkeiten im Fall von Bauarbeiten hat. Die beiden anderen Meinungen, die zum gegenteiligen Ergebnis kommen, sind abzulehnen, weil sie nicht mit dem Wortlaut von § 113 I 1 VwGO vereinbart werden können („soweit“).

ee) Weitere Maßgaben

Die 5. Maßgabe ist ein Auflagenvorbehalt (§ 36 II Nr. 5 VwVfG), der nach allen Meinungen isoliert angefochten werden kann. Insoweit ist der Widerspruch statthaft.

ff) Gaststättenrecht

Der 6. Maßgabe fehlt der Regelungsgehalt. Es handelt sich um einen bloßen Hinweis, um schlichtes Verwaltungshandeln, das nicht mit Widerspruch angegriffen werden kann.

gg) Ergebnis

In Bezug auf die Maßgaben 2, 4 und 5 ist der Widerspruch statthaft, in Bezug auf die Maßgaben 1, 3 und 6 ist er unstatthaft.

c) Widerspruchsbefugnis

Soweit der Widerspruch statthaft ist, ist der Widerspruchsführer als Adressat der Nebenbestimmungen auch widerspruchsbefugt.

d) Zwischenergebnis

Der Widerspruch ist in dem angegebenen Umfang zulässig.

2. Begründetheit

Der Widerspruch ist auch begründet, soweit die angegriffenen Nebenbestimmungen rechtswidrig sind und der Widerspruchsführer dadurch in seinen Rechten verletzt wird.

a) Reinigungsaufgabe

Die Reinigungsaufgabe bedarf als Belastung einer gesetzlichen Grundlage. In § 11 BerlStrG ist eine solche nicht zu finden. Diese Vorschrift ist jedoch nicht abschließend, sondern lässt Raum für Ergänzungen durch das VwVfG. Nach § 36 II Nr. 4 VwVfG ist die Auflage hier rechtmäßig, weil die Sondernutzungserlaubnis ein Ermessensverwaltungsakt und die Reinigungsaufgabe ermessensfehlerfrei ist.

b) Bauarbeiten

Rechtsgrundlage ist § 36 II Nr. 2 VwVfG. Dessen Voraussetzungen liegen vor.

c) Auflagenvorbehalt

Das BerlStrG erwähnt nur den Widerrufsvorbehalt, will damit den Auflagenvorbehalt aber nicht ausschließend. Rechtsgrundlage ist § 36 II Nr. 5 VwVfG, dessen Voraussetzungen vorliegen.

3. Ergebnis

Ein Widerspruch wäre in Bezug auf die Maßgaben 1, 3 und 6 unzulässig und im Übrigen unbegründet.

II.

Der Führerschein des X enthält den Zusatz: „Inhaber hat beim Führen eines Kraftfahrzeugs geeignete Augengläser zu tragen.“ Als X eines Tages ohne Brille mit seinem Wagen unterwegs ist, gerät er in eine Verkehrskontrolle der Polizei.

Hat er sich gemäß § 21 I Nr. 1 Straßenverkehrsgesetz wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis strafbar gemacht?

(Fall nach *Bovermann/Dünchheim*, Examinatorium Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2001, S. 103).

Lösung:

Fahren ohne Fahrerlaubnis liegt vor, wenn die X erteilte Fahrerlaubnis durch das Fahren ohne Brille ihre Wirksamkeit verloren hat. Das setzt voraus, dass es sich bei dem Zusatz um eine Bedingung, nicht um eine Auflage handelt. Im Fall der Auflage hätte X ihr zwar zuwider gehandelt, dadurch aber nicht die Wirksamkeit der Fahrerlaubnis suspendiert. Die Abgrenzung richtet sich nach dem Willen der Behörde. Hier sprechen folgende Gesichtspunkte alle für eine Auflage:

1. Es ist nicht davon auszugehen, dass das Brillentragen der Behörde so wichtig war, dass davon die Wirksamkeit der Fahrerlaubnis abhängen sollte.
2. § 12 II 1 StVZO sieht nur die Auflage, nicht die Bedingung vor. Mangels ausdrücklicher entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die Behörde nur will, was sie nach dem Gesetz wollen darf.
3. Im Zweifel gilt der Grundsatz, dass die Auflage als den Betroffenen weniger belastende Nebenbestimmung gewollt ist.

Da all diese Gesichtspunkte für die Auflage sprechen und keiner für eine Bedingung, liegt eine Auflage vor. Deren Nichterfüllung lässt die Wirksamkeit des Hauptverwaltungsakts unberührt. Folglich kann X nicht der Vorwurf des Fahrens ohne Fahrerlaubnis gemacht werden.

Zusatz: Der Fall ist ein Beispiel für die sog. Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts. Damit ist gemeint, dass verwaltungsbehördliche Erlaubnisse Legalisierungswirkung haben, so dass ihre Ausnutzung einen Strafbarkeitsvorwurf ausschließt. Dies spielt im Umweltstrafrecht eine große Rolle. Ein umweltschädigendes Verhalten, das verwaltungsbehördlich erlaubt ist, kann nicht strafbar sein; die Erlaubnis, so sie wirksam ist, schließt Strafbarkeit aus, mögen auch Staatsanwaltschaften und Strafgerichte an deren Rechtmäßigkeit zweifeln. Anderenfalls würde der Staat sich selbst widersprechen; er kann nicht bestrafen, was er selbst erlaubt hat.

III.

Gastwirt G wird von der zuständigen Behörde die Gaststättenerlaubnis – inzwischen unanfechtbar – entzogen, nachdem er mehrfach einschlägig bestraft worden war (Trunkenheitsdelikte, Betrug, Verstoß gegen Lebensmittelrecht). Um den Betrieb der Gaststätte fortzusetzen, beantragt und erhält nun seine Ehefrau E eine Gaststättenerlaubnis, dies aber mit den „Zusätzen“, dass die E den G nicht im Betrieb beschäftigen darf und dass die Gaststättenerlaubnis widerrufen wird, wenn der G sich während der Öffnungszeiten in den Betriebsräumen aufhält.

F will wissen, ob Rechtsmittel gegen die beiden „Zusätze“ Aussicht auf Erfolg haben. (Fall nach *Schmalz*, Verwaltungsrecht, Fälle und Lösungen, 3. Auflage 1998, S. 81).

Lösung:

I. Rechtsmittel gegen das Beschäftigungsverbot

Das Beschäftigungsverbot ist eine Auflage, die neben der Gaststättenerlaubnis eine Unterlassungspflicht begründet. Hiergegen kann nach allen oben vorgestellten Auffassungen isoliert vorgegangen werden: Die Auflage ist nach einer Meinung eine selbstständige Nebenbestimmung. Die Gaststättenerlaubnis ist sodann nach § 4 GaststG ein gebundener Verwaltungsakt. Es ist nicht ausgeschlossen, dass, die Auflage hinweggedacht, die Gaststättenerlaubnis für Frau E sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleibt.

Richtiges Rechtsmittel ist der Widerspruch. Dieser ist auch zulässig, weil der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben ist, weil er statthaft ist, weil Frau E widerspruchsbefugt ist und weil keine weiteren der Zulässigkeit entgegenstehende Gesichtspunkte erkennbar sind.

Der Widerspruch ist aber nicht begründet.

Rechtsgrundlage für die Auflage sind § 21 I GaststG, wonach dem Inhaber die Beschäftigung unzuverlässiger Person in einem Gaststättenbetrieb untersagt werden kann, und § 5 I Nr. 1 GaststG der Auflagen zum Schutz der Gäste in das Ermessen der zuständigen Behörde stellt. § 36 VwVfG wird hiervon verdrängt.

Von der formellen Rechtmäßigkeit der Auflage muss mangels entgegenstehender Sachverhaltsangaben ausgegangen werden. Auch kann man nicht sagen, die Auflage sei ein Ermessensverwaltungsakt, der gemäß § 39 I 3 VwVfG begründet werden müsse. Daraus, dass im Sachverhalt über eine Begründung nichts gesagt wird, darf nicht abgeleitet werden, dass sie fehlt.

Im vorliegenden Fall steht materiell die Unzuverlässigkeit des G aufgrund seiner Vorstrafen und aufgrund der Entziehung der Gaststättenerlaubnis fest. Ein Ermessensfehler ist nicht ersichtlich. Insbesondere kann nach den Angaben im Sachverhalt nicht gesagt werden, das Verbot sei unverhältnismäßig.

II. Rechtsmittel gegen das Aufenthaltsverbot

Bei dieser Nebenbestimmung handelt es sich – auch wegen der ausdrücklichen Nennung des Wortes „Widerruf“ – um einen Widerrufsvorbehalt.

Ein Widerrufsvorbehalt kann aus den schon mehrfach dargelegten Gründen isoliert angefochten werden.

Für diesen Widerrufsvorbehalt fehlt eine gesetzliche Grundlage. Das GastStG enthält keine solche Grundlage, sondern regelt den Widerruf selbst in § 15 II / III. § 36 VwVfG, selbst wenn er von dieser Regelung nicht verdrängt ist, hilft nicht weiter, weil die Gaststättenerlaubnis ein gebundener Verwaltungsakt ist und die Voraussetzungen von § 36 I VwVfG nicht vorliegen.

III. Ergebnis

Gegen Beschäftigungs- und Aufenthaltsverbot wäre ein Widerspruch zulässig. Im Fall des Beschäftigungsverbots wäre er aber unbegründet, im Fall des Aufenthaltsverbots wäre er zulässig und begründet.