

Fall 3

Glücksritter

Rechtsstudent R will seine Finanzen aufbessern und mietet daher eine leerstehende Gewerbeeinheit in der Stadt X an, um dort eine Spielhalle zu eröffnen. Aufgrund seines Studiums ist ihm bekannt, dass es für die Eröffnung eines solchen Etablissements einer Erlaubnis nach § 33i Abs. 1 GewO bedarf. R wendet sich an die zuständige Ordnungsbehörde der Stadt X, reicht alle notwendigen Unterlagen ein und beantragt die erforderliche Erlaubnis. Drei Wochen darauf erhält er ein Schreiben der Behörde, in dem diese ausführt, R sei die Erlaubnis gemäß § 33i Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 33c Abs. 2 GewO zu versagen. R besitze nicht die notwendige Zuverlässigkeit, weil er – was zutrifft – vor zwei Jahren wegen illegalen Glücksspiels rechtskräftig verurteilt worden ist. Die Behörde hat das Schreiben am 02. Februar mittels einfachen Briefs bei der Post aufgegeben; einen Tag später ist es bei R eingetroffen.

Das Schreiben lässt R zunächst liegen und legt erst am 05. März schriftlich Widerspruch bei der Behörde ein mit der Behauptung, er habe einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis. Zwei Wochen später erhält er einen negativen Widerspruchsbeschied und erhebt unmittelbar danach Klage beim Verwaltungsgericht.

Ist diese Klage zulässig?

Schwerpunkte: Die Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO; Aufbau der Zulässigkeitsprüfung; Statthaftigkeit; allgemeine und besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen; Möglichkeitstheorie; Frist des § 70 Abs. 1 VwGO; Bekanntgabe nach § 41 Abs. 2 VwVfG; Fristberechnung nach den §§ 187 ff. BGB.

Lösungsweg

Die Zulässigkeit der Klage

Vorbemerkung: Die Prüfung der Zulässigkeit dieses Falls unterscheidet sich in der Herangehensweise nicht von der Prüfung des vorherigen Falls. Man muss sich erneut mit den Fragen auseinandersetzen, ob der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist und welche Klageart für das Begehr des Klägers statthaft ist. Erst nachdem das geklärt ist, kann man eine Aussage darüber treffen, welchen Inhalt der dritte Prüfungspunkt – besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen – haben wird. Die hieran anschlie-

ßenden allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzungen sind ja bekanntermaßen klageartunabhängig. Der Reihe nach:

I. Der Verwaltungsrechtsweg

Zunächst muss der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet sein.

1. Aufdrängende Spezialzuweisung

Aufgrund der Angaben im Sachverhalt ist klar, dass der Fall seinen thematischen Schwerpunkt im Gewerberecht hat. Wir müssen also als Erstes in der Gewerbeordnung (GewO) suchen, ob es eine Norm gibt, die für die vorliegende Sachverhaltskonstellation eine Spezialzuweisung zu den Verwaltungsgerichten bereithält. In der GewO – das können wir hier verraten – finden sich allerdings keine Spezialzuweisungen zu den Verwaltungsgerichten, sodass sich der Verwaltungsrechtsweg nur nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 VwGO ergeben kann.

Beachte: Bis heute hat der Gesetzgeber von der Möglichkeit, Spezialzuweisungen zu schaffen, übrigens nur sehr spärlich Gebrauch gemacht (*Hufen*, *VerwProzessR*, § 11 Rz. 10). Ein Überblick der entsprechenden Normen findet sich etwa bei *Kopp/Schenke* § 40 VwGO Rz. 3 ff.

2. Die Generalklausel → § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt, die keinem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist (Gesetz lesen!).

Offensichtlich streiten im vorliegenden Fall keine Verfassungsorgane über ihre unmittelbaren Rechte und Pflichten aus der Verfassung, sodass eine verfassungsrechtliche Streitigkeit jedenfalls ausscheidet. Auch ist keine abdrängende Sonderzuweisung an ein anderes Gericht ersichtlich, sodass nur zu klären bleibt, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt.

Wiederholung: In den ersten beiden Fällen des Buches haben wir schon gelernt, dass die unterschiedlichen Theorien zur Bestimmung der Rechtsnatur einer Streitigkeit in den meisten Fällen zu den gleichen Ergebnissen führen und daher auch nicht breitgetreten werden dürfen. Und das gilt auch hier: Gestritten wird nämlich über die Erteilung einer Erlaubnis nach § 33i Abs. 1 GewO. Hiernach ist nur die zuständige Behörde – also ein Hoheitsträger – berechtigt, eine Erlaubnis zu erteilen. Die streitentscheidenden Normen sind also Sonderrecht des Staates. Dadurch, dass die Behörde kraft hoheitlicher Befugnisse den Rechtskreis des Bürgers gestalten kann, liegt auch ein **Über- und Unterordnungsverhältnis** vor. Schließlich dient die Norm auch dem öffentlichen Interesse, ist Leitgedanke des Normzwecks doch der Schutz vor übermäßig gewerbsmäßiger Ausnutzung des menschlichen Spieltriebs (*Tettinger/Wank/Ennuschat* Vor §§ 33c ff. GewO Rz. 11). Nach der Sonderrechtstheorie, der Subordinations- und der Interessentheorie liegt demnach eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Alle Theorien führen mithin zum selben Ergebnis (zur Darstellung dessen in der Klausur vgl. bitte wie immer das Gutachten im Anschluss weiter unten).

ZE: Die Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO sind erfüllt, der Verwaltungsrechtsweg ist mithin eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Ausgangspunkt der statthaften Klageart ist das Begehr des Klägers (§ 88 VwGO). Unser R möchte, dass ihm die nach § 33i Abs. 1 GewO notwendige Erlaubnis erteilt wird. Er begehrt also eine Leistung. Für diese begehrte Leistung – Erteilung der Erlaubnis – kommt insofern die **Verpflichtungsklage** nach § 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO als besondere Leistungsklage in Betracht. Diese ist statthaft, wenn der **Erlass** eines Verwaltungsaktes begehrt wird (bitte lies: § 42 Abs. 1 VwGO). Sofern die Erteilung einer Erlaubnis nach § 33c GewO einen Verwaltungsakt nach § 35 Satz 1 VwVfG darstellt, ist die Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO also die statthafte Klageart.

Wir erinnern uns bitte:

Ein **Verwaltungsakt** ist gemäß § 35 Satz 1 VwVfG eine hoheitliche Maßnahme (1), die eine Behörde (2) zur Regelung (3) eines Einzelfalls (4) auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (5) trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen (6) gerichtet ist.

Subsumtion: Die Erteilung einer Erlaubnis nach § 33i Abs. 1 GewO ist zweifelsohne eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Sie setzt eine Rechtsfolge (»Ab jetzt hast du die beantragte Genehmigung!«), stellt daher eine Regelung dar. Diese Regelung betrifft einen konkreten Sachverhalt und einen individuellen Adressaten (den R), mithin einen Einzelfall. Als Folge wird eine natürliche Person – also ein verwaltungsexterner Bereich – aus der Erlaubnis berechtigt. Sie hat daher auch Außenwirkung.

ZE: Alle Voraussetzungen des § 35 Satz 1 VwVfG liegen vor. Die beantragte Erlaubnis ist ein Verwaltungsakt.

ZE: Die statthafte Klageart ist somit im vorliegenden Fall die Verpflichtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO.

III. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen der Verpflichtungsklage ergeben sich, wie auch bei der Anfechtungsklage, zum einen aus § 42 Abs. 2 VwGO (Klagebefugnis) und zum anderen aus den Regelungen der §§ 68 ff. VwGO.

1. Die Klagebefugnis

Nach § 42 Abs. 2 VwGO muss der Kläger geltend machen, durch die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsaktes in **seinen** Rechten verletzt zu sein. Die Voraussetzung der Klagebefugnis gilt also ebenso wie bei der Anfechtungsklage. Anders als bei der Anfechtungsklage gibt es hier aber nun keine Lösung nach der Adressaten-

theorie (siehe dazu Fall 2). Der Adressat eines abgelehnten Verwaltungsaktes ist nicht schon aufgrund dieser Ablehnung klagebefugt im Hinblick auf die Verpflichtungsklage. Der Art. 2 Abs. 1 GG – auf den sich die Adressatentheorie stützt – enthält nämlich keinen allgemeinen Leistungsanspruch (*Hufen*, VerwProzessR, § 15 Rz. 17; *Jarass/Pieroth* Art. 2 GG Rz. 13). Klagebefugt ist demnach nur, wer geltend macht, ein **subjektives Recht** auf Erlass des Verwaltungsaktes, also einen Anspruch zu haben (*Eyermann* § 42 VwGO Rz. 92).

Definition: Ein subjektiv-öffentliches Recht ist die dem Einzelnen aufgrund öffentlichen Rechts verliehene Rechtsmacht, von einem Träger öffentlicher Verwaltung ein konkretes Tun, Dulden oder Unterlassen verlangen zu können (*Scherzberg* in JURA 2006, 839; *Schmitt/Glaeser/Horn*, VerwProzessR, Rz. 157; *Wahl* in DVBl 1996, 641; instruktiv: *Voßkuhle/Kaiser* in JuS 2009, 16).

Da sich den Grundrechten – mit Ausnahme von Art. 3 GG – grundsätzlich keine unmittelbaren Leistungsansprüche entnehmen lassen, ergeben sich Ansprüche in der Regel nur aus einfachem Recht oder aus den rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Verwaltung, z. B. einer Zusicherung oder einem öffentlich-rechtlichen Vertrag (*Ehlers* in JURA 2004, 310). Dieser Anspruch muss allerdings im Rahmen der Klagebefugnis lediglich **möglich** sein (sogenannte »Möglichkeitstheorie«). Gerade bei Verpflichtungsklagen dürfen an diese Möglichkeit der Rechtsverletzung keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Es gilt die Evidenzformel des BVerwG, wonach die Klagebefugnis nur dann ausgeschlossen ist, wenn die Verletzung des Rechts **offensichtlich** und **eindeutig** nach keiner Betrachtungsweise möglich ist (BVerwGE 44, 1; *Hufen*, VerwProzessR, § 15 Rz. 25).

Zum Fall: Unser R trägt vor, einen Anspruch auf Erlaubniserteilung aus § 33i Abs. 1 GewO zu haben. Dieser Anspruch ist jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, also möglich. R ist demnach gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt.

2. Das Vorverfahren

Nach § 68 Abs. 2 VwGO bedarf es für die Verpflichtungsklage auch der Durchführung eines erfolglosen Vorverfahrens nach § 68 Abs. 1 VwGO. Der Ablauf dieses Vorverfahrens erfolgt ebenso wie bei der Anfechtungsklage nach den Vorschriften der §§ 69–73 VwGO.

Der Normalfall in der Klausur sieht nun so aus, dass der Sachverhalt Angaben dazu enthält, dass der Kläger das Widerspruchsverfahren erfolglos durchgeführt hat. Die Prüfung von § 68 VwGO beschränkt sich in diesen Fällen auch genau auf diese Feststellung. Man schreibt dann: »Das nach § 68 VwGO erforderliche Vorverfahren hat der Kläger erfolglos durchgeführt.« Damit ist alles gesagt. **Anders** sieht die Situation allerdings aus, wenn der Sachverhalt konkrete Daten enthält, wann der Kläger den Verwaltungsakt erhalten hat und wann bzw. in welcher Form er sich dann an die Behörde gewandt hat. Sobald solche Informationen im Sachverhalt genannt werden,

müssen die Alarmglocken läuten; denn dann ist zu prüfen, ob möglicherweise die Monatsfrist des § 70 Abs. 1 VwGO verstrichen ist oder die Schriftform verletzt wurde. Und so ist das ja bei uns:

Der R hat das Schreiben der Behörde (die Ablehnung) am 03. Februar erhalten. Am 05. März legt er bei der Behörde Widerspruch ein. Möglicherweise war zu diesem Zeitpunkt die Monatsfrist des § 70 Abs. 1 VwGO schon verstrichen.

Die Fristberechnung im Rahmen des § 70 Abs. 1 VwGO

Um festzustellen, ob die Einlegung des Widerspruchs verfristet war, muss man natürlich wissen, wie diese Frist zu berechnen ist. Fristberechnungen sind standardisierte Abläufe, die immer nach demselben Muster ablaufen und – wenn man es einmal kapiert hat – eigentlich relativ simpel funktionieren. Und zwar:

Ausgangspunkt ist natürlich der § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO, wonach der Widerspruch innerhalb eines Monats **nach Bekanntgabe** zu erheben ist.

Definition: Unter **Bekanntgabe** ist die Eröffnung des VA, das heißt, die Tatsache des Ergehens und des Inhalts des Verwaltungsaktes mit Wissen und Wollen der Erlassbehörde zu verstehen (*Kopp/Ramsauer* § 41 VwVfG Rz. 6; *Redeker/von Oertzen* § 70 VwGO Rz. 2, 2a). Hierfür muss die erlassende Behörde den VA in dem Bewusstsein aus ihrem internen Bereich herausgegeben haben, den Geltungsanspruch des VA gegenüber dem Empfänger zu begründen. Weiterhin muss der VA dem Adressaten zugegangen sein, das heißt, in dessen Machtbereich gelangen (BVerwG NVwZ 2021, 896).

Wie eine solche Bekanntgabe abzulaufen hat, erklärt § 41 VwVfG. Für die Übermittlung eines schriftlichen Verwaltungsaktes durch die Post im Inland gilt zum Beispiel nach § 41 Abs. 2 VwVfG eine **Dreitagesfiktion**. Das heißt, der Verwaltungsakt gilt an dem dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, und zwar unabhängig davon, ob er tatsächlich früher zugegangen ist (BVerwG NVwZ 1988, 63; *Stelkens/Bonk/Sachs* § 41 VwVfG Rz. 63). In unserem Fall wurde der Brief am 02. Februar zur Post gegeben. Nach § 41 Abs. 2 VwVfG gilt er folglich am 05. Februar (02. Februar + 3 Tage) als bekanntgegeben. Die Tatsache, dass R das Schreiben schon am 03. Februar tatsächlich erhalten hat, spielt also keine Rolle.

ZE: Damit haben wir die erste Hürde des § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO übersprungen und das Datum der Bekanntgabe ermittelt; es ist der 05. Februar.

Beachte: Als Bekanntgabe eines Verwaltungsakts kann auch die Übermittlung per E-Mail genügen, sofern diese mit echtem Bekanntgabungswillen abgesetzt wurde und der Empfänger diesen Zugangsweg auch der Behörde gegenüber eröffnet hat. Hier gelten bei Privatpersonen strengere Anforderungen als bei Unternehmen oder beispielsweise bei Rechtsanwälten (vgl. OVG Münster NVwZ-RR 2015, 172). Be-

achte insoweit auch den § 3a VwVfG, wonach die Übermittlung elektronischer Dokumente zulässig ist, soweit der Empfänger hierfür einen Zugang eröffnet (instruktive Einzelheiten dazu bei *Kopp/Ramsauer* § 3a VwVfG Rz. 1).

Im zweiten Schritt müssen wir jetzt prüfen, ob die Einreichung des Widerspruchs am 05. März nun auch der weiteren Voraussetzung des § 70 Abs. 1 VwGO »innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe« genügt. Und hierfür müssen wir natürlich klären, wie bzw. nach welchen Normen eine solche Monatsfrist bestimmt wird.

Feinkostabteilung: An dieser Stelle taucht zunächst ein (Schein-)Problem auf, das mit der Rechtsnatur des Widerspruchs zu tun hat. Einer Ansicht nach bestimmt sich die Berechnung der Monatsfrist aus § 70 Abs. 1 VwGO nach den §§ 79, 31 Abs. 1 VwVfG, weil das Widerspruchsverfahren ein **Verwaltungsverfahren** ist. Diese Normen verweisen ihrerseits auf die §§ 187 ff. BGB (*Geis/Hinterseh* in JuS 2001, 1178; *Hufen*, VerwProzessR, § 6 Rz. 33). Einer anderen Meinung nach muss die Frist über § 57 Abs. 2 VwGO berechnet werden, weil das Widerspruchsverfahren als Vorverfahren nach § 68 VwGO Voraussetzung des **Verwaltungsgerichtsverfahrens** ist. Der § 57 Abs. 2 VwGO verweist auf die §§ 222, 224 ff. ZPO, die ihrerseits wieder auf die §§ 187 ff. BGB Bezug nehmen (*Kopp/Schenke* § 70 VwGO Rz. 8). Beide Ansichten führen somit zu den §§ 187 ff. BGB, nur der Weg dahin anders. Der Streit ist mithin eher akademischer Natur und kann in der Klausur daher auch ausgespart werden. Der clevere Kandidat formuliert daher so: »Die Berechnung der Monatsfrist im Rahmen des § 70 Abs. 1 VwGO bestimmt sich – unabhängig davon, ob über die §§ 79, 31 Abs. 1 VwVfG oder über die §§ 57 Abs. 2 VwGO, 222, 224 ff. ZPO – jedenfalls nach den §§ 187 ff. BGB.«

Also: Die Monatsfrist des § 70 Abs. 1 VwGO richtet sich nach dem BGB, konkret den §§ 187 ff. BGB. Die schauen wir uns jetzt an; die Vorschriften sehen übrigens deutlich schwieriger aus, als sie tatsächlich sind. Wir lesen einfach mal das Gesetz: In § 187 Abs. 1 BGB wird zunächst der **Fristbeginn** normiert.

»Ist für den Anfang einer Frist ein Ereignis (...) maßgebend, so wird bei der Berechnung der Frist der Tag nicht mitgerechnet, in welchen das Ereignis (...) fällt.«

Subsumtion: Das Ereignis im Sinne des § 187 Abs. 1 BGB ist hier die Bekanntgabe des VA. Dieses Ereignis wird also bei der Berechnung der Frist nicht mitgerechnet, der Fristbeginn ist somit immer der nächste Tag, also bei uns konkret der 06. Februar.

Das **Fristende** ergibt sich nun aus § 188 BGB. Bitte lies zunächst § 188 Abs. 1 BGB. Der passt allerdings nicht, denn unsere Frist wird ja nicht nach Tagen bestimmt, sondern nach Monaten. Und dafür gilt § 188 Abs. 2 BGB. Nach § 188 Abs. 2 BGB endet

»... eine Frist, die nach Wochen, nach Monaten (...) bestimmt ist, (...) mit dem Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder seine Zahl dem Tage entspricht, in den das Ereignis (...) fällt.«

Auch das ist nicht wirklich schwer: Die (Monats-)Frist endet also mit Ablauf desjenigen (zahlenmäßigen) Tages, in den das Ereignis fiel, nur eben einen Monat später. Das »Ereignis« war die Bekanntgabe des VA, und die war am 05. Februar (s.o.). Der zahlenmäßig entsprechende Tag ist demzufolge der 05. März. Die Frist endet folglich mit Ablauf des 05. März (nachts um 24:00 Uhr). Alles klar!?

Zum Fall: Unser R hat die Frist des § 70 Abs. 1 VwGO mit Einlegung des Widerspruchs am 05. März also tatsächlich gewahrt. Dies erfolgte auch in der richtigen Form und bei der richtigen Behörde. Die Widerspruchsbehörde hat dem Begehrten des R nicht stattgegeben, sodass er das nach § 68 Abs. 2 VwGO erforderliche Vorverfahren ordnungsgemäß durchgeführt hat.

Feinkost: Hat ein Vorverfahren gar nicht oder deutlich verspätet stattgefunden, muss man in der Klausur zwei Konstellationen im Hinterkopf haben:

- War das Vorverfahren im konkreten Fall überhaupt erforderlich? Hier sind dann die Ausnahmeregelungen des § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 VwGO (lesen!) zu berücksichtigen (vgl. BVerwG NVwZ **2009**, 924).
- Hat eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung stattgefunden (**§ 58 Abs. 1 VwGO**)? Der Adressat des Verwaltungsaktes muss schriftlich auf die Möglichkeit und die Formalitäten eines Rechtsbehelfs hingewiesen worden sein (zum genauen Inhalt einer Rechtsbehelfsbelehrung: *Kopp/Schenke* § 58 VwGO Rz. 10 ff.; BVerwG NJW **2009**, 2322 sowie BVerwG NVwZ **2009**, 191). Andernfalls verlängert sich die Frist gemäß § 58 Abs. 2 VwGO auf ein Jahr. Merken. **Und:** Nach der Rechtsprechung ist eine Rechtsbehelfsbelehrung unrichtig, wenn sie die in § 58 Abs. 1 VwGO zwingend geforderten Angaben nicht enthält. Hierzu gehört allerdings kein Hinweis auf den Fristbeginn (BVerwG NVwZ-RR **2019**, 885). Sie ist darüber hinaus auch unrichtig, wenn sie geeignet ist, bei dem Betroffenen einen Irrtum über die formellen oder materiellen Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorzurufen und ihn dadurch abzuhalten, den Rechtsbehelf überhaupt, rechtzeitig oder in der richtigen Form einzulegen (BVerwG GewArch **2021**, 281). Versieht die Behörde die Belehrung z.B. mit nicht zwingenden Elementen, birgt dies das Risiko von Unrichtigkeiten oder Unvollständigkeiten, die die Rechtsbehelfsbelehrung insgesamt unrichtig machen können (vgl. VGH Mannheim NVwZ **2017**, 1477 zur Einreichung einer Klage »in deutscher Sprache«).

3. Die Klagefrist

Die Monatsfrist des § 74 Abs. 1 VwGO gilt nach **Abs. 2** für die Verpflichtungsklage entsprechend, wenn der Antrag auf Vornahme des Verwaltungsaktes abgelehnt worden ist. Demnach muss die Verpflichtungsklage innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheids erhoben werden. War kein Vorverfahren erforder-

lich, muss die Klage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes (= Ablehnung des Antrags!) erhoben werden – bitte lies: § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO.

Zum Fall: Unser R hat unmittelbar nach Erhalt des Widerspruchsbescheids Klage eingereicht. Die Frist des § 74 Abs. 1 VwGO ist gewahrt.

4. Der Klagegegner

Grundsätzlich gilt hinsichtlich des Klagegegners dasselbe, was schon zur Anfechtungsklage gesagt wurde (vgl. Fall 2). Nach dem Wortlaut des § 78 Abs. 1 VwGO wird indes nur der Fall geregelt, dass eine Behörde einen beantragten Fall unterlassen hat (Untätigkeitsklage). Die häufige Form der Ablehnung eines Antrags (Versagungsgegenklage) wird nicht erwähnt. Nach allgemeiner Ansicht gilt § 78 Abs. 1 VwGO aber für alle Fälle der Verpflichtungsklage (*Schoch/Schneider/Bier* § 78 VwGO Rz. 27; *Redeker/von Oertzen* § 78 VwGO Rz. 1).

Zum Fall: Im Sachverhalt gibt es keine Anhaltspunkte, in welchem Bundesland der Fall spielt. Demzufolge kann man auf die Regelung des § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO nicht zurückgreifen – es gilt das Rechtsträgerprinzip des § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Die Ordnungsbehörde der Stadt X hat vorliegend keine Aufgabe der Stadt wahrgenommen (→ keine Selbstverwaltungsangelegenheit), sondern eine auf das Land übertragene Aufgabe (vgl. § 155 GewO). Richtiger Klagegegner ist demzufolge auch das Land.

IV. Allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen

Der Sachverhalt bietet keinen Anlass, am Vorliegen der allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzungen zu zweifeln. Daher können wir unsere Darstellung auf die Beteiligten- und Prozessfähigkeit beschränken. Sowohl R als natürliche Person als auch das Land als juristische Person sind beteiligtenfähig im Sinne des § 61 Nr. 1 VwGO. Der R ist als geschäftsfähige Person nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Das Land kann als juristische Person nicht selbst handeln. Es muss sich gemäß § 62 Abs. 3 VwGO als Vereinigung vertreten lassen.

Ergebnis: Unter den genannten Voraussetzungen ist die Klage des R zulässig.

Gutachten

Zulässigkeit der Klage

I. Verwaltungsrechtsweg

Mangels aufdrängender Spezialzuweisung kann sich der Verwaltungsrechtsweg nur nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ergeben. Hiernach ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt, sofern die Streitigkeit nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht zugewiesen ist. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist anzunehmen, wenn die streitentscheidenden Normen einen Hoheitsträger berechtigen oder verpflichten. Streitig ist die Erteilung einer Erlaubnis nach § 33i Abs. 1 GewO. Diese Norm berechtigt die zuständige Behörde – einen Hoheitsträger – über die Erlaubnis zu entscheiden. Die streitentscheidende Norm ist mithin öffentlich-rechtlicher Natur. Weiterhin streiten weder Verfassungsorgane über ihre Rechte und Pflichten aus der Verfassung, die Streitigkeit ist also nichtverfassungsrechtlicher Art. Darüber hinaus ist auch keine abdrängende Sonderzuweisung ersichtlich. Somit ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehr des Klägers (§ 88 VwGO). R verlangt die Erteilung einer Erlaubnis nach § 33i Abs. 1 GewO. Dieses Begehr kann in Form einer Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO) durchgesetzt werden, wenn die Erlaubnis einen Verwaltungsakt nach § 35 Satz 1 VwVfG darstellt. Die Erteilung einer Erlaubnis nach § 33i Abs. 1 GewO ist eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Dadurch, dass sie eine bestimmte Handlung gestattet, setzt sie eine Rechtsfolge und stellt daher eine Regelung dar. Diese Regelung betrifft einen konkreten Sachverhalt und einen individuellen Adressaten (den R), mithin einen Einzelfall. Als Folge wird eine natürliche Person aus der Erlaubnis berechtigt, sie hat daher auch Außenwirkung. Alle Voraussetzungen des § 35 Satz 1 VwVfG liegen vor. Die Erteilung einer Erlaubnis nach § 33i Abs. 1 GewO ist somit ein Verwaltungsakt. Eine Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO ist statthaft.

III. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Klagebefugnis

Nach § 42 Abs. 2 VwGO muss der Kläger geltend machen, durch die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsaktes in seinen Rechten verletzt zu sein. Klagebefugt ist, wer geltend macht, ein subjektives Recht auf Erlass des Verwaltungsaktes, also einen Anspruch zu haben. Dieser Anspruch muss lediglich möglich sein. Dies bedeutet, dass die Klagebefugnis nur ausgeschlossen ist, wenn die Verletzung des Rechts offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise möglich ist. R trägt vor, einen Anspruch auf Erlaubniserteilung aus § 33i Abs. 1 GewO zu haben. Dieser Anspruch ist nicht von vornherein ausgeschlossen, also möglich. R ist daher nach § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt.

2. Vorverfahren

Nach § 68 Abs. 1 VwGO muss vor Erhebung der Anfechtungsklage die Recht- und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes in einem behördlichen Vorverfahren geklärt werden. Gemäß § 68 Abs. 2 VwGO gilt diese Voraussetzung auch für die Verpflichtungsklage.

R hat ein solches Vorverfahren durch Erhebung des Widerspruchs eingeleitet (§ 69 VwGO). Fraglich ist allerdings, ob die Einlegung des Widerspruchs fristgemäß erfolgte. Nach § 70 Abs. 1 VwGO muss er innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes bei der Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, erhoben werden. Ein schriftlicher Verwaltungsakt, der durch die Post im Inland übermittelt wird, gilt mit dem dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben (§ 41 Abs. 2 VwVfG). Die Behörde hat den Verwaltungsakt mittels einfachen Briefs am 02. Februar bei der Post aufgegeben. Die Bekanntgabe erfolgte drei Tage später, also am 05. Februar. Dass R den Brief tatsächlich schon am 03. Februar erhalten hat, ist unbeachtlich – bei § 41 Abs. 2 VwVfG handelt es sich um eine Fiktion zu Gunsten des Empfängers, die nicht verkürzt werden kann. Die Berechnung der Frist richtet sich – entweder über den Verweis § 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 222 ff. ZPO oder über §§ 79, 31 Abs. 1 VwVfG – jedenfalls nach den §§ 187 ff. BGB. Die Frist beginnt gemäß § 187 Abs. 1 BGB einen Tag nach dem maßgeblichen Ereignis. Das Ereignis ist vorliegend die Bekanntgabe, Fristbeginn ist daher der 06. Februar. Die Frist endet nach § 188 Abs. 2 BGB einen Monat nach dem Tage des Ereignisses, also einen Monat nach der Bekanntgabe. Fristende ist demnach der 05. März.

R hat seinen Widerspruch am 05. März der Erlassbehörde überbracht. Die Erhebung erfolgte mithin fristgemäß. Das erforderliche Vorverfahren wurde durchgeführt.

3. Sonstige Voraussetzungen

Die Klage ist gemäß § 74 Abs. 1 VwGO fristgemäß innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheids erhoben worden. Mangels gesetzlicher Regelungen i.S.d. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO im Bundesland der Stadt X richtet sich der Klagegegner nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Hiernach ist der Bund, das Land oder die Körperschaft, deren Behörde gehandelt hat, richtiger Beklagter. Dies ist das Land.

IV. Allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzungen

R ist als natürliche Person und das Land als juristische Person gemäß § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtfähig. Als geschäftsfähige Person ist R nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Das Land muss sich nach Maßgabe des § 62 Abs. 3 VwGO im Prozess vertreten lassen.

Ergebnis: Die Klage des R ist zulässig.