

# Crashkurs ÖR

## Fall 3

### Fall 3: Zugangsanspruch zum Jahrmarkt

**Antragstellerin A**

Ablehnung: Kapazität (4 Plätze)



**Stadt (Oberbürgermeister)**



1. VerpflKl.: Neubescheidung  
(§ 113 V 2 VwGO)
2. Vorl. RS: Einstweilige AO  
auf Zulassung  
(§ 123 I 2 VwGO)

## Vorläufiger Rechtsschutz

### Besonderheiten

- Beschluss statt Urteil (§ 123 IV VwGO)
- Antrag statt Klage (Antragsteller, statthafte Antragsart, Antragsbefugnis)
- Rechtsschutzbedürfnis immer prüfen

### Vorläufige Rechtsschutzverfahren

- Suspendierung eines VA (§ 80 V VwGO)
- Suspendierung / sofortige Vollziehung eines VA im ▲ (§ 80a VwGO)
- Erlass einstweiliger Anordnung (§ 123 I VwGO)
- Erlass einstweiliger Anordnung bei prinzipaler NK (§ 47 VI VwGO)

## Vorläufiger Rechtsschutz: Statthafte Antragsart

→ §§ 122 I, 88 VwGO: Begehren des Ast. und Vorrang maßnahmespezif. RS

I. Grds. § 123 I VwGO, außer § 123 V VwGO

II. Voraus. von § 80 V VwGO / § 80a VwGO

1. Vorliegen eines VA i.S.v. § 35 VwVfG

2. Begehren durch Suspendierung / sofortige Vollziehung erreichbar

III. Falls § 80 V VwGO / § 80a VwGO (-), dann § 123 I VwGO (+)

S. 1: Sicherungsanordnung

→ gerichtet auf Erhaltung des  
status quo (Unterlassen)

S. 2: Regelungsanordnung

→ gerichtet auf Erweiterung des  
status quo (positive Leistung  
oder Feststellung)

## § 80 V VwGO

### § 80 V 1 VwGO

- 1. Alt.: Anordnung der aufschieb. Wirkung bei § 80 II 1 Nr. 1-3a VwGO (VA ist kraft Gesetzes sofort vollziehbar)
- 2. Alt.: Wiederherstellung der aufschieb. Wirkung bei § 80 II 1 Nr. 4 VwGO (Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Behörde)
  - Form: § 80 III VwGO

### § 80 V 1 VwGO analog

- Feststellung der nach § 80 I VwGO bestehenden aufschieb. Wirkung, sofern die Behörde diese (konkludent) bestreitet (sog. „faktischer Vollzug“)

### § 80 V 3 VwGO

- VFBA im vorläufigen Rechtsschutz als „Annexantrag“ (lebt von Zulässigkeit des § 80 V 1 VwGO)

## § 80a VwGO

### Abs. 1

→ VA begünstigt Adressaten,  
belastet Dritten  
(Baugenehmigung)

### Abs. 2

→ VA belastet Adressaten,  
begünstigt Dritten  
(Abrissverfügung)

### Abs. 3: VG-Verfahren

→ Satz 1: Verweis auf § 80a I, II VwGO

→ Satz 2: Verweis auf § 80 V bis VIII VwGO

(insbes. § 80 V 3 VwGO anwendbar: VFBA im ▲)

## Fall 3: Zugangsanspruch zum Jahrmarkt

### A. Z / SEV

- I. § 40 I 1 VwGO: öff.-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art
  1. Öff.-rechtliche streitentscheidende Norm („modifizierte Subjektstheorie“)?

= einseitige Berechtigung oder Verpflichtung eines Hoheitsträgers

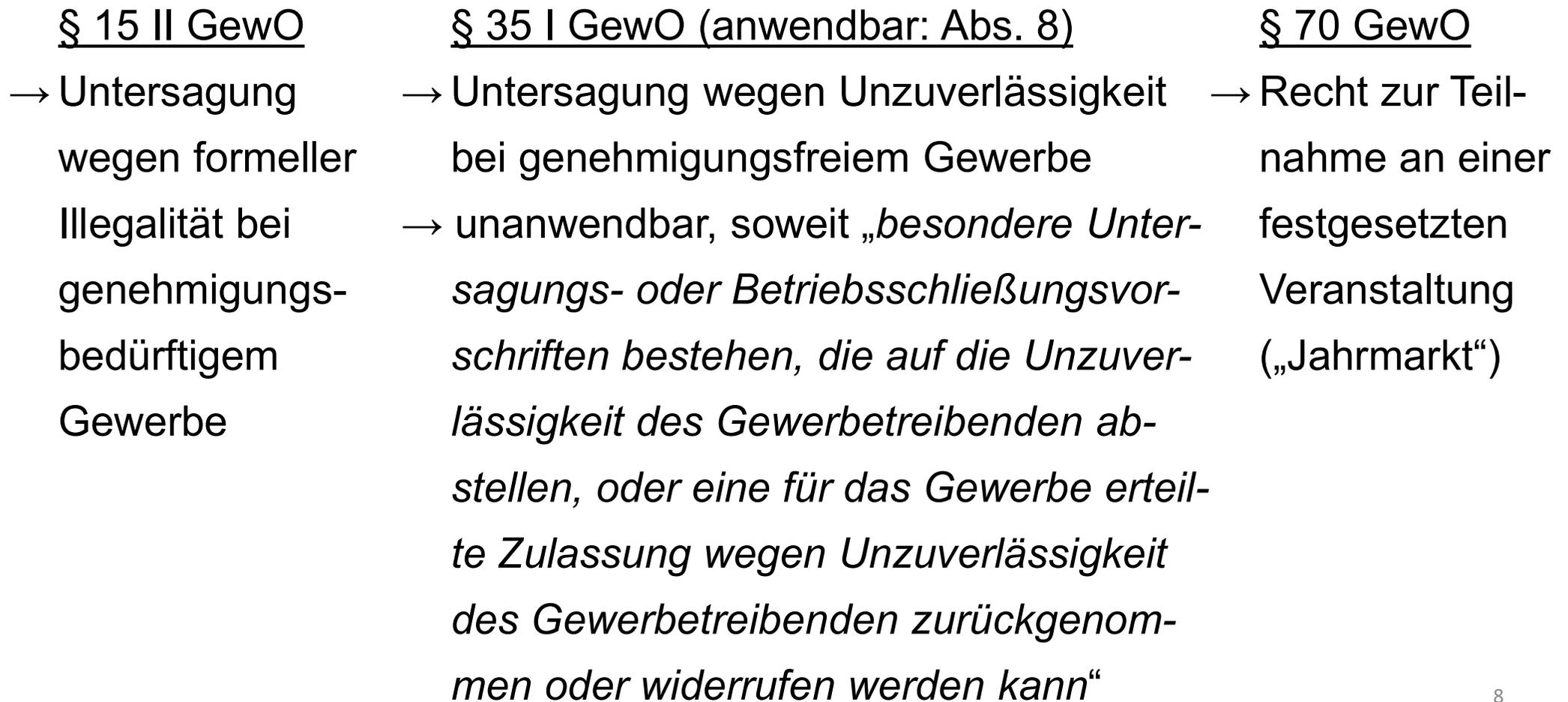
→ § 70 GewO: (-) → zwar streitentscheidend, aber keine öff.-rechtliche Norm, da Veranstalter auch Privatperson sein kann
  2. Sachzusammenhang zur öff.-rechtlichen Aufgabe

→ Jahrmarkt als Teil der öff.-rechtlichen „Daseinsvorsorge“ (Leistungsverw.)

→ tatsächlicher Veranstalter ist Stadt als Hoheitsträger

→ Entscheidung über Zulassung = 1. Stufe („Ob“) ist öff.-rechtlich

## Gewerbeordnung



## „unzuverlässig“ im Gewerberecht

- Definition: wer nach Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr bietet, sein Gewerbe in Zukunft ordnungsgemäß auszuüben
- Kein Beurteilungsspielraum: vollständig gerichtlich überprüfbar
- Verschuldensunabhängig: Gefahrenabwehr verlangt kein Verschulden
- Konkretes Gewerbe maßgeblich: auch Umstände außerhalb der Gewerbeausübung, soweit diese „durchschlagen“ (z.B. Hinterziehung von Steuern / Sozialabgaben, Drogenabhängigkeit, Beschäftigung illegaler Arbeitnehmer)
- Maßgeblicher Zeitpunkt abhängig von Situation

Anfechtung: letzte behördliche  
Entsch. (i.d.R. WB)

Verpflichtung: letzte mündliche  
Verhandlung

II. §§ 45, 52 VwGO i.V.m. § 80 V 1 VwGO / § 123 II 1 VwGO

→ „*Gericht der Hauptsache*“

III. §§ 61, 63 VwGO (analog)

→ K (Ast.) / Stadt (Rechtsträger als Ag.)

IV. §§ 122 I, 88 VwGO

→ Antragsbegehren und Vorrang maßnahmespezifischen Rechtsschutzes

1. Grds. § 123 I VwGO, außer § 123 V VwGO i.V.m. § 80 V 1 VwGO

2. Vorauss. von § 80 V 1 VwGO

(-), zwar Vorliegen eines Ablehnungs-VA i.S.v. § 35 VwVfG, aber Begehren durch Suspendierung nicht erreichbar, da positive Leistung (Zulassung zum Jahrmarkt) begehrt

3. Daher § 123 I VwGO

→ S. 2: Regelungsanordnung, da positive Leistung begehrt, d.h. Erweiterung des status quo [Hinweis: oder Abgrenzung Sicherungs- / Regelungsanordnung am Anfang der Begründetheit prüfen]

4. Problem: Hauptsachebegehren nur Neubescheidung

→ Verpflkl. auf Neubescheidung: §§ 42 I, 2. Alt., 113 V 2 VwGO

→ einstweilige AO auf gebundenen Asp.: § 123 I 2 VwGO zulässig?

## Überschreiten des Hauptsachebegehrens im vorläufigen RS zulässig?



(-), Begehren im vorläufigen RS geht über HS hinaus, aber vorläufiger RS soll nur Eilsituation erfassen

(-), allenfalls bei Ermessensreduktion auf Null zulässig

(+), Rechtsbehelf in HS unnötig, § 123 I 1 VwGO: „*auch schon vor Klageerhebung*“ und Antrag in HS könnte noch geändert werden, vgl. § 91 VwGO

(+), Reichweite des Asp. (gebunden / Ermessen) ist Frage des mat. Rechts (Begründetheit), vgl. § 123 III VwGO i.V.m. § 938 I ZPO

(+), effektiver Rechtsschutz, Art. 19 IV GG

V. Bes. SEV = Antragsbefugnis

- § 42 II VwGO analog: Ausschluss von Popularverfahren
- Möglichkeit subjektiver Rechtsverletzung bzw. eines Anspruchs
- grds. § 70 GewO möglich („Schutznormtheorie“: Zulassung als individuelle Begünstigung)
- Problem: Kapazität erschöpft, da alle 4 Plätze bereits vergeben

→ Konkurrentenstreit: Möglichkeiten

negativ

- nur gegen Drittbegünstigung

Gleichstellung

- wie Drittbegünstigung (Art. 3 I GG)

Verdrängung

- anstelle Drittbegünstigung

## Konkurrentenverdrängung: Anfechtung der Drittbegünstigung nötig?



(-), effektiver RS, Art. 19 IV GG: erhebliches Kostenrisiko bei Unterliegen, vgl. § 154 I VwGO

(-), Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Art. 20 III GG: Aufhebung (rechtswidriger) Drittbegünstigung von Amts wegen, vgl. §§ 48, 49 VwVfG

(+), Kostenrisiko überschaubar bei überschaubarem namentlich bekannten Personenkreis (hier: 4 Plätze)

(+), Rücknahme / Widerruf ggf. unmöglich bei Vertrauensschutz des Dritten (zur Überwindung Rechtsbehelf nötig, vgl. § 50 VwVfG)

(+), Kapazität faktisch erschöpft und kein Asp. auf Kapazitätserweiterung

VI. Ergebnis: Antrag unzulässig (str.)

## Vorläufiger Rechtsschutz: Rechtsschutzbedürfnis

### § 123 I VwGO

1. Vorheriger Antrag an Behörde grds. nötig
2. Rechtsbehelf in HS (Klage) unnötig, § 123 I 1 VwGO: „*auch schon vor Klageerhebung*“
3. Rechtsbehelf in HS nicht offensichtlich unzulässig (Verfristung / Erledigung)
4. Keine unzulässige Vorwegnahme der HS (Eilfall, Art. 19 IV GG)

### §§ 80 V, 80a VwGO

1. Vorheriger Antrag an Behörde grds. unnötig (vgl. § 80 VI, II 1 Nr. 1 VwGO)
2. Rechtsbehelf in HS: Anfkl. unnötig (§ 80 V 2 VwGO), Widerspruch str. (hM: fristgemäß nachholbar)
3. Rechtsbehelf in HS nicht offensichtlich unzulässig (Verfristung / Erledigung)
4. Rechtsbehelf in HS hat keine aufschieb. Wirkung (§ 80 II VwGO)

## Vorläufiger Rechtsschutz: Begründetheit

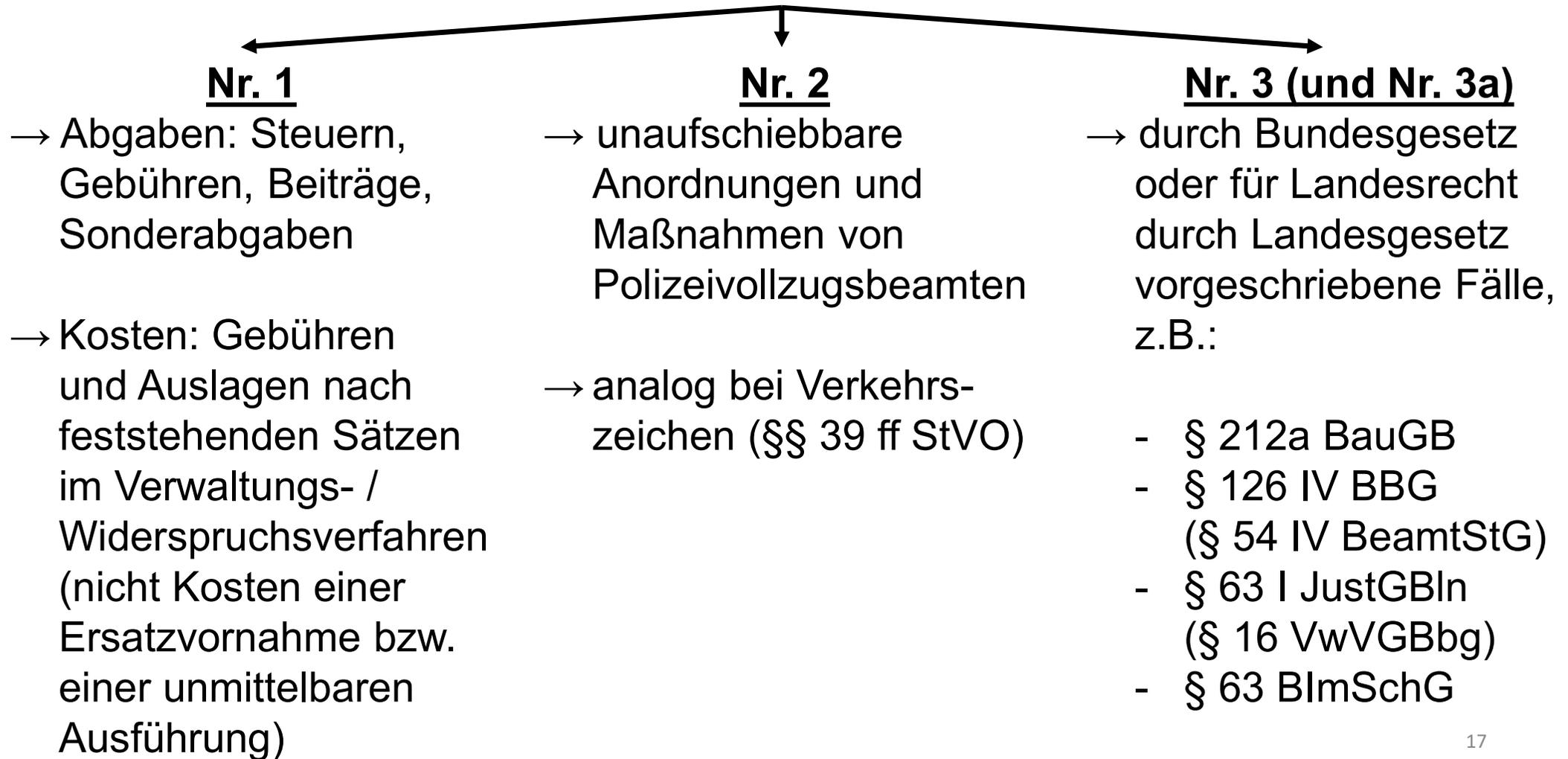
### § 123 I VwGO: (+), soweit...

- Anordnungsanspruch  
[= Anspruch nach materiellem Recht]
- und Anordnungsgrund  
[= Eilbedürftigkeit]
- glaubhaft gemacht sind  
[= überwiegend wahrscheinlich]
- § 123 III VwGO, §§ 920 II, 294 ZPO
- summarische Prüfung  
[= Erkenntnisstand im vorläufigen RS]

### §§ 80 V, 80a VwGO: (+), soweit...

- AO der s. V. formell rechtswidrig ist  
[= insbes. § 80 III VwGO: Einzelfallbezug, sonst Aufhebung der AO der s. V.]
- bzw. das Aussetzungsinteresse des Ast. das öff. Interesse an der s. V. überwiegt  
[= insbes. bei rw. VA (Art. 20 III GG), sonst bei rm. VA gesetzliche Wertung aus § 80 I, II VwGO: Regel / Ausnahme]
- bzw. der VFBA besteht (§ 80 V 3 VwGO)

## Gesetzl. Wertung: öff. Interesse an der sofortigen Vollziehung (§ 80 II 1 VwGO)



## **§ 80 Abs. 5 VwGO analog („faktischer Vollzug“)**

### **VGH Baden-Württemberg, 13.12.2016, 6 S 346/16**

1. In entsprechender Anwendung des § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO ist ein Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs statthaft, wenn die Beteiligten darüber streiten, ob der Widerspruch zulässig [hier: fristgerecht] eingelegt wurde.
2. Im Verfahren auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs ist nicht nur eine Interessenabwägung auf Grund bloß summarischer Prüfung vorzunehmen, sondern über die Frage der aufschiebenden Wirkung abschließend und vollständig zu entscheiden.
3. Wird in der Rechtsbehelfsbelehrung die Anschrift der Stelle, bei der der Rechtsbehelf anzubringen ist, offenkundig falsch bezeichnet, führt dies nicht zur Unrichtigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung im Sinne des § 58 Abs. 2 VwGO [hier: ersichtlicher Zahlendreher bei Postleitzahl].