

Allg. Verwaltungsrecht – Fall 13:

„Tabledance im Erdgeschoss“

B lebt im 1. Obergeschoss eines zentral gelegenen Mehrfamilienhauses im Bundesland L. In der groß angelegten Mehrfamilienhausanlage sind im Erdgeschoss diverse Ladenflächen an Anwälte, Architekten und Obsthändler vermietet, die in den Räumen alle ihren Berufen nachgehen. Im Erdgeschoss, direkt unter der Wohnung des B, befinden sich Geschäftsräume, die seit einiger Zeit leer stehen. B ist damit sehr zufrieden, da das Haus sehr hellhörig ist und er sich bereits durch den Geschäftsbetrieb des Architekturbüros, das zuvor in den Räumen betrieben wurde, gestört fühlte.

Am 13.10. entdeckt B jedoch an den Fenstern der Geschäftsräume die Ankündigung, dass dort – eine Gewerbeerlaubnis ist mittlerweile erteilt worden – ein Tabledance-Club eröffnet werden soll. Bei genauerem Hinsehen stellt B fest, dass Inhaber des zukünftigen Clubs Z sei und dieser die Räumlichkeiten zeitnah beziehen soll. B hat Z noch aus seiner Schulzeit als gehörigen Schwerenöter in Erinnerung.

B nimmt sich fest vor, gegen den Betrieb des Clubs vorzugehen. Allerdings möchte er sich nicht schon vor Antritt seiner lange geplanten Weltreise die Stimmung verderben und begibt sich zunächst auf die Reise. Erst nach seiner Rückkehr am 14.10. des Folgejahres legt er bei dem zuständigen Landratsamt als Sonderordnungsbehörde schriftlich Widerspruch gegen die Gewerbeerlaubnis bezüglich des Tabledance-Clubs ein. Das Landratsamt als zuständige Widerspruchsbehörde war nicht Ausgangsbehörde. Die zuständige Ausgangsbehörde hatte die Erlaubnis zum Betreiben des Tabledance-Clubs an Z erteilt. Zur Begründung argumentiert er, dass ihm Z als unzuverlässig bekannt sei und er dessen Geschäftsführung als Gefahr für die Nachbarschaft ansehe. Außerdem sei der Betrieb des Clubs schon deshalb zu untersagen oder zu beschränken, weil unzumutbare Lärmbelästigungen zu befürchten seien, falls Z wie nunmehr geplant im Dezember des Jahres, in dem B von seiner Reise zurückgekehrt ist, den Club eröffnen würde. Zu Verzögerungen bei der Eröffnung des Tabledance-Clubs kam es, weil Z zunächst noch in einem langwierigen Prozess die Finanzierung sichern musste. Um die an Z erteilte Erlaubnis nicht gemäß § 49 Abs. 2 GewO erlöschen zu lassen, hatte die Behörde die Frist zur Inbetriebnahme gemäß § 49 Abs. 3 GewO ordnungsgemäß verlängert.

Die Behörde – der Landrat als Landratsamtsleiter – hält die Ausführungen des B für beachtlich. Kann sie im Widerspruchsverfahren einen Bescheid erlassen, mittels dessen sie die Betriebsgenehmigung des Z aufhebt?

Abwandlung

B hat vor dem Antritt seiner Reise am 15.10. des Ausgangsjahres Widerspruch gegen die Gewerbeerlaubnis eingelegt bzw. erhoben. Aus dem von ihm beigebrachten Gutachten ergibt sich jedoch, dass die Lärmbelästigung in seiner Wohnung weit unterhalb des maximal erlaubten Geräuschpegels erfolgt. Das ist darauf zurückzuführen, dass Z ein neuartiges Tabledance-Konzept namens „Lautloser Tanzakt“ verfolgt und sich so gesteigerte Umsätze erhofft. Bekannt ist ihm, dass auch die neue Form des Tabledance nicht als Kunst einzustufen ist.

Allerdings haben Nachforschungen ergeben, dass Z nunmehr wegen Vermögensdelikten und Zuhälterei mehrfach vorbestraft und außerdem drogenabhängig ist. Kann die Behörde zugunsten des B einen Abhilfebescheid erlassen, mittels dessen sie die Betriebsgenehmigung des Z aufhebt?

Bearbeitungsvermerk

Soweit es auf das Verwaltungsverfahrensgesetz des Landes ankommt, ist das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes anzuwenden. Sollten die prozessualen Voraussetzungen bezüglich der Abwandlung nicht erfüllt sein, ist insoweit ein Hilfsgutachten zu fertigen.

Für die Ausgangskonstellation**§ 10 des Ausführungsgesetzes des Bundeslandes L zur VwGO**

(1) Vor Erhebung einer Anfechtungsklage bedarf es einer Nachprüfung in einem Vorverfahren abweichend von § 68 Absatz 1 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung nicht. Vor Erhebung einer Verpflichtungsklage bedarf es einer Nachprüfung in einem Vorverfahren abweichend von § 68 Absatz 2 der Verwaltungsgerichtsordnung nicht.

[...]

(3) Absatz 1 Satz 1 ist nicht anwendbar auf im Verwaltungsverfahren nicht beteiligte Dritte, die sich gegen den Erlass eines einen anderen begünstigenden Verwaltungsaktes wenden. Dies gilt nicht,

1. wenn der Verwaltungsakt von einer Bezirksregierung erlassen worden ist, es sei denn, er ist auf dem Gebiet der Krankenhausplanung und -finanzierung ergangen,
2. bei Entscheidungen nach dem Arbeitsschutzgesetz und den dazu ergangenen Rechtsverordnungen,
3. bei Entscheidungen nach der Gewerbeordnung und den dazu ergangenen Rechtsverordnungen, soweit nicht Genehmigungen i.S.d. § 33a GewO betroffen sind,

4. bei Entscheidungen nach dem Geräte- und Produktsicherheitsgesetz und den dazu ergangenen Rechtsverordnungen,
5. bei Entscheidungen nach dem Arbeitszeitgesetz und den dazu ergangenen Rechtsverordnungen, [...]

Für die Abwandlung

§ 10 des Ausführungsgesetzes des Bundeslandes L zur VwGO

(1) Vor Erhebung einer Anfechtungsklage bedarf es einer Nachprüfung in einem Vorverfahren abweichend von § 68 Absatz 1 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung nicht. Vor Erhebung einer Verpflichtungsklage bedarf es einer Nachprüfung in einem Vorverfahren abweichend von § 68 Absatz 2 der Verwaltungsgerichtsordnung nicht.

[...]

(3) Absatz 1 Satz 1 ist nicht anwendbar auf imilverwaltungsverfahren nicht beteiligte Dritte, die sich gegen den Erlass eines einen anderen begünstigenden Verwaltungsaktes wenden. Dies gilt nicht,

1. wenn der Verwaltungsakt von einer Bezirksregierung erlassen worden ist, es sei denn, er ist auf dem Gebiet der Krankenhausplanung und -finanzierung ergangen,
2. bei Entscheidungen nach dem Arbeitsschutzgesetz und den dazu ergangenen Rechtsverordnungen,
3. bei Entscheidungen nach der Gewerbeordnung und den dazu ergangenen Rechtsverordnungen,
4. bei Entscheidungen nach dem Geräte- und Produktsicherheitsgesetz und den dazu ergangenen Rechtsverordnungen,
5. bei Entscheidungen nach dem Arbeitszeitgesetz und den dazu ergangenen Rechtsverordnungen, [...]

Schwerpunkte

Widerspruchsverfahren

Begrenzung des Prüfungsmaßstabes auf subjektive Rechte

Vertiefung

zum Ganzen: vgl. BVerwG 1 C 38/79; vgl. Rüssel NVwZ 2006, 523

Gliederung

1. Komplex: Ausgangskonstellation

- A. Sachentscheidungsvoraussetzungen (–)
 - I. Statthaftigkeit des Widerspruchsverfahrens (+)
 - 1. Anwendbarkeit der Verwaltungsgerichtsordnung (+)
 - 2. Erforderlichkeit des Widerspruches (+)
 - II. Zuständigkeit (+)
 - III. Beteiligte (+)
 - 1. Beteiligungsfähigkeit (+)
 - 2. Handlungsfähigkeit (+)
 - IV. Verfahrensart
 - V. Widerspruchsbefugnis (+)
 - 1. § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO (–)
 - 2. § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO (+)
 - VI. Form und Frist (–)
 - 1. Form
 - 2. Frist (–)
 - a) Monatsfrist i.S.d. § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG (–)
 - b) Jahresfrist i.S.d. § 58 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 70 Abs. 2 VwGO, 79 VwVfG (–)
 - aa) Verwirkung (–)
 - bb) Fristbeginn
 - cc) Fristdauer
 - c) Heilung durch sachliche Einlassung der Behörde (–)
 - aa) Grundsatz der sachlichen Einlassung (+)
 - bb) Dreipolige Beziehung (–)
- B. Ergebnis

2. Komplex: Abwandlung

- A. Sachentscheidungsvoraussetzungen (+)
 - I. Statthaftigkeit des Widerspruchsverfahrens (+)
 - 1. Anwendbarkeit der Verwaltungsgerichtsordnung (+)
 - 2. Erforderlichkeit des Widerspruches (+)
 - 3. Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens (+)
 - II. Zuständigkeit (+)
 - III. Beteiligte (+)
 - 1. Beteiligungsfähigkeit (+)
 - 2. Handlungsfähigkeit (+)
 - IV. Verfahrensart

- V. Widerspruchsbefugnis (+)
 - 1. § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO (–)
 - 2. § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO (+)
- VI. Form und Frist (+)
 - 1. Form (+)
 - 2. Frist (+)
 - a) Monatsfrist i.S.d. § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG (+/–)
 - b) Jahresfrist i.S.d. § 58 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 70 Abs. 2 VwGO, 79 VwVfG (+)
- VII. Zwischenergebnis
- B. Begründetheit (–)
 - I. Rechtsgrundlage (+)
 - II. Voraussetzungen (+/–)
 - 1. Formell (+)
 - a) Zuständigkeit (+)
 - b) Verfahren (+)
 - c) Form (+)
 - 2. Materiell (+/–)
 - a) Genehmigungsbedürftigkeit (+)
 - b) Genehmigungsfähigkeit (–)
 - aa) § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO (–)
 - bb) § 33a Abs. 1 S. 3 GewO (–)
 - cc) § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO (+/–)
 - (1) Unzuverlässigkeit des Z (+)
 - (2) Subjektives Recht des B (–)
 - (3) Aufhebung ohne subjektives Recht (–)
 - dd) Ungeschriebene Versagungsgründe (–)
 - III. Rechtsfolge
 - C. Ergebnis

Lösungsvorschlag

Die folgende Lösung ist als Lösungsvorschlag zu verstehen und ausführlicher, als es in der Klausurbearbeitung verlangt werden kann. Aufgrund der wissenschaftlichen Freiheit können andere Lösungswege vertreten werden, soweit sie dogmatisch begründbar sind. Die Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur sowie die das Verständnis fördernden Randbemerkungen sind in der Examensklausur auszusparen. Die Abkürzung „Alt.“ steht für Alternativfall, nicht für Alternative.

1. Komplex: Ausgangskonstellation

Der Widerspruch des B wird jedenfalls erfolgreich sein, soweit die Sachentscheidungsvoraussetzungen erfüllt sind, der Widerspruch somit auch zulässig¹ ist und der Widerspruch begründet ist.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen können erfüllt sein.

I. Statthaftigkeit des Widerspruchsverfahrens

Der Widerspruch muss statthaft sein. Dazu bedarf es der Anwendbarkeit der Verwaltungsgerichtsordnung bezüglich der für den Widerspruch geltenden Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung sowie der Erforderlichkeit eines Widerspruches.

1. Anwendbarkeit der Verwaltungsgerichtsordnung

Die für das öffentlich-rechtliche Widerspruchsverfahren teilweise maßgebliche Verwaltungsgerichtsordnung muss anwendbar sein. Die Verwaltungsgerichtsordnung kann mangels aufdrängender Sonderzuweisung zum Verwaltungsweg analog § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet sein. Im Übrigen kann mittels eines Verweisungsbeschlusses analog § 17a Abs. 2 GVG i.V.m. § 173 VwGO gegebenenfalls verwiesen werden (vgl. Kopp/Schenke, § 70, Rn 16 m.w.N.).²

Fraglich ist zunächst, ob für die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage besteht. Die Verwaltungsgerichtsordnung könnte auch gemäß § 79 VwVfG anwendbar sein. In § 79 VwVfG ist jedoch nicht geregelt, dass die Verwaltungsgerichtsordnung entsprechend gilt, sondern lediglich, dass sie gilt. Daher ist sie gemäß § 79 VwVfG insoweit direkt anwendbar, als dort in den §§ 68 ff. VwGO Regelungen über das Widerspruchsverfahren enthalten sind. Soweit es sich um verwaltungsprozessuale Normen im Übrigen handelt, ist die Verwaltungsge-

¹ In dem Terminus „Sachentscheidungsvoraussetzungen“, der weiter formuliert ist als der Terminus „Zulässigkeit“, sind auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen enthalten.

² Ein Verweisungsbeschluss wird bezüglich des Widerspruchsverfahrens selten vorkommen. Denkbar wäre es, wenn ein fiskalisches Hausverbot ausgesprochen würde, der Adressat jedoch Widerspruch bei einer anderen Behörde, bei welcher es einen Widerspruchsausschuss gibt, einlegt. Die „falsche“ Behörde würde im Widerspruchsausschuss einen Beschluss fassen, an die zuständige Behörde verweisen, die dann aber privatrechtlich reagieren würde. In der Regel wird kein Verweisungsbeschluss gefasst werden, sondern eine bloße Weiterleitung erfolgen.

richtsordnung aufgrund der Formulierung des § 79 VwVfG und der jeweils bestehenden planwidrigen Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage lediglich analog anwendbar. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist nicht gemäß § 79 VwVfG direkt anwendbar, weil die Norm für den gerichtlichen Rechtsweg gilt. Da auch im Widerspruchsverfahren eine Abgrenzung zum öffentlichen Recht erfolgen muss, besteht eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage, sodass die Voraussetzungen einer Analogie für die Eröffnung der verwaltungsrechtlichen Streitigkeit erfüllt sind.

Die Verwaltungsgerichtsordnung ist analog § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO anwendbar, wenn die streitentscheidende öffentlich-rechtliche Norm einen Hoheitsträger einseitig berechtigt oder verpflichtet bzw. wenn aufgrund typisch hoheitlichen Handelns zwischen den Beteiligten ein Subordinationsverhältnis besteht. Streitentscheidende öffentlich-rechtliche Norm ist § 33a Abs. 1 S. 1 GewO, da insoweit die Genehmigungsbedürftigkeit für die Zurschaustellung von Personen vorgesehen ist. Da keine Verfassungsorgane über Verfassungsrecht streiten, ist die öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art. Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich. Die Verwaltungsgerichtsordnung ist anwendbar.

2. Erforderlichkeit des Widerspruches³

Ein Widerspruch als maßnahmespezifischer Rechtsschutz muss erforderlich sein. Ein Widerspruch ist jedenfalls nur erforderlich, soweit Verfahrensziel i.S.d. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG die Aufhebung eines Verwaltungsaktes i.S.d. § 35 VwVfG ist bzw. soweit i.S.d. § 68 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG der Erlass eines Verwaltungsaktes i.S.d. § 35 VwVfG erreicht werden soll. Ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Die Gewerbeerlaubnis zugunsten des Z i.S.d. § 33a Abs. 1 S. 1 GewO ist eine Regelung mit Außenwirkung bezüglich deren Beseitigung allerdings sofort die Klage als Rechtsmittel, nicht aber ein Widerspruch als Rechtsbehelf statthaft sein könnte. Ein Widerspruchsverfahren könnte entbehrlich sein. Sollte ein Wi-

³ Es ist vertretbar, die Erforderlichkeit eines Widerspruches im allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis zu prüfen. Allerdings ist sie bezüglich des Widerspruchsverfahrens von zentraler Bedeutung, sodass dieser Aspekt – so ist es üblich – bei der Statthaftigkeit des Widerspruches erörtert werden sollte, wenngleich insoweit gegebenenfalls inzident das Begehren des Antragsstellers vorgezogen zu erörtern ist.

derspruch entbehrlich sein, ist fraglich, ob er bei Einlegung bzw. Erhebung dennoch statthaft ist. Die Statthaftigkeit eines entbehrlichen Widerspruches ist jedenfalls irrelevant, soweit die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens erforderlich ist.

Ein Widerspruchsverfahren ist gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG entbehrlich, soweit dies gesetzlich bestimmt ist, bzw. gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 Nr. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG, wenn ein Verwaltungsakt von einer obersten Bundes- oder Landesbehörde erlassen worden ist, bzw. gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG, wenn in einem Abhilfe- oder in einem Widerspruchsbescheid erstmals eine Beschwer enthalten ist.

Gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. §§ 10 Abs. 1 AG VwGO, 79 VwVfG ist die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens grundsätzlich entbehrlich. Das gilt gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. §§ 10 Abs. 3 S. 1 AG VwGO, 79 VwVfG nicht für nicht am Verwaltungsverfahren beteiligte Dritte, die sich gegen den Erlass eines einen anderen begünstigenden Verwaltungsaktes wenden. Somit wäre die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens durch B erforderlich, weil die Entbehrlichkeit i.S.d. § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. §§ 10 Abs. 1 S. 1 AG VwGO, 79 VwVfG ausgeschlossen ist.

Eine Rückausnahme zu § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. §§ 10 Abs. 3 S. 1 AG VwGO, 79 VwVfG ist jedoch in § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. §§ 10 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 AG VwGO, 79 VwVfG für Genehmigungen im Sinne der Gewerbeordnung enthalten – ausgenommen von der Rückausnahme jedoch eine Gewerbeerlaubnis i.S.d. § 33a Abs. 1 S. 1 GewO. Somit ist § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. §§ 10 Abs. 1 AG VwGO, 79 VwVfG letztlich nicht anwendbar, weshalb ein Widerspruchsverfahren erforderlich ist.⁴

II. Zuständigkeit

Eine verfahrensrechtliche Unzuständigkeit aus Spezialregelungen bzw. i.S.d. § 73 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG sachlich oder i.S.d. § 3 VwVfG örtlich ist nicht ersichtlich, wobei gegebenenfalls bei sachlicher bzw. örtlicher Unzuständigkeit ein Verweisungsbeschluss analog § 17a Abs. 2 S. 1 GVG i.V.m. § 83 VwGO als Weiterleitungsbeschluss gefasst werden kann, soweit ein Widerspruchsausschluss besteht.

4 Merke: Ob ein eingelegter bzw. erhobener Widerspruch trotz seiner Entbehrlichkeit statthaft ist, ist strittig. Diese Problematik ist mangels Entbehrlichkeit des Widerspruches des B jedoch nicht vertieft zu erörtern.

III. Beteiligte

Als verwaltungsverfahrenrechtliche, mit § 63 VwGO vergleichbare Regelung ist für die Beteiligten § 13 VwVfG maßgeblich.⁵

1. Beteiligungsfähigkeit

Beteiligungsfähig ist auf Antragstellerseite gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG i.V.m. § 11 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG B als natürliche Person. Beteiligungsfähig auf Antragsgegnerseite ist gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG i.V.m. § 11 Nr. 3 VwVfG der Landrat als Behörde. Z wäre als derjenige, dessen Erlaubnis gegebenenfalls im Widerspruchsverfahren beseitigt wird, grundsätzlich nicht gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG i.V.m. den §§ 13 Abs. 2 S. 2 VwVfG, 11 Nr. 1 VwVfG als Beteiligter hinzuzuziehen, da er keinen Antrag gestellt hat. Eine einfache Beiladung i.S.d. § 13 Abs. 2 S. 1 VwVfG ist nicht erfolgt, wäre aber möglich.

Eine Beteiligung des Z kann sich aber bereits aus § 13 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG ergeben, weil der Verwaltungsakt an Z gerichtet war. Zwar könnte § 13 Abs. 2 S. 2 VwVfG insoweit als speziellere Norm eingestuft werden, deren Anwendungsbereich sonst erheblich reduziert werden würde. Würde jedoch § 13 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG auf Konstellationen reduziert werden, in denen es um den Adressaten im zu prüfenden Verfahren ginge, wäre die Regelung überflüssig, weil insoweit bereits die Regelung für den Antragsteller gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG hinreichend wäre. Z ist gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 2 VwGO beteiligt.

2. Handlungsfähigkeit

Handlungsfähig ist auf Antragstellerseite gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG B als natürliche und i.S.d. §§ 104 ff. BGB geschäftsfähige Person. Handlungsfähig auf Antragsgegnerseite ist gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG das Landratsamt, vertreten durch den Landrat als geschäftsfähigen Behördenleiter i.S.d. § 12 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG.

⁵ Zum Teil wird vertreten, dass es im Widerspruchsverfahren keinen Gegner gebe und es sich um ein nicht kontradiktorisches Verfahren handle. Allerdings ist schon § 13 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG zu entnehmen, dass es eine Gegnerin – eine Behörde, abhängig davon, ob Ausgangs- und Widerspruchsbehörde identisch sind – gibt. Damit kann nicht ein Dritter gemeint sein, weil sonst dessen Nennung in § 13 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG sinnlos wäre. In der Praxis wird die Behörde als Gegnerin allerdings nicht in das Rubrum eines Bescheides aufgenommen.

IV. Verfahrensart

Maßgeblich ist für die Art des Widerspruchsverfahrens analog § 88 VwGO das Begehren des Widerspruchsführers. Es handelt sich aus der Sicht des B um einen Anfechtungswiderspruch gemäß § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG gegen die gegenüber Z erteilte Erlaubnis, nicht aber um einen Verpflichtungswiderspruch i.S.d. § 68 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG.

V. Widerspruchsbefugnis

B muss widerspruchsbefugt sein. Für die Widerspruchsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO – die Norm ist nicht gemäß § 79 VwVfG direkt anwendbar, jedoch sind Popularwidersprüche zu vermeiden – ist es Voraussetzung, dass die Möglichkeit der Verletzung eines subjektiven Rechts besteht. Subjektive Rechte ergeben sich aus Sonderrechtsbeziehungen wie z.B. Leistungsbescheiden oder öffentlich-rechtlichen Verträgen, einfachen Gesetzen, subsidiär aus Grundrechten, wobei jedenfalls aufgrund des weiten Schutzbereiches des Art. 2 Abs. 1 GG bei unmittelbaren Grundrechtseingriffen für das subjektive Recht direkt auf Grundrechte abgestellt werden kann.⁶ Ob ein Kläger tatsächlich in einem subjektiven Recht verletzt ist, ist für die Widerspruchsbefugnis irrelevant, da die Möglichkeit der Verletzung eines subjektiven Rechts genügt.

Für B als Widerspruchsführer kann nicht direkt auf die Grundrechte abgestellt werden, weil kein unmittelbarer Grundrechtseingriff ersichtlich ist. Zwar ist Gegenstand des Widerspruches ein Verwaltungsakt, durch den sich B in seinen Rechten beeinträchtigt fühlt – die Gewerbeerlaubnis zum Betrieb des Tabledance-Clubs –, jedoch ist dieser Verwaltungsakt nicht an ihn gerichtet, sondern an Z. B kann durch den Verwaltungsakt also nur mittelbar beeinträchtigt sein, sodass für seine subjektiven Rechte primär Sonderrechtsbeziehungen, einfache Gesetze und nur subsidiär Grundrechte maßgeblich sind.

1. § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO

Eine Sonderrechtsbeziehung ist nicht ersichtlich, sodass sich das subjektive Recht des B als Drittem aus § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO als einfachgesetzlicher Norm ergeben kann. Gemäß § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO ist eine Gewerbeerlaubnis zu versagen, wenn durch Tatsachen die Annahme gerechtfertigt werden kann, dass

6 Merke: Bei unmittelbaren Grundrechtseingriffen wird in der Regel das Grundrecht als subjektives Recht benannt, obwohl die Verletzung eines spezielleren subjektiven Rechts aus Sonderrechtsbeziehungen oder einfachen Gesetzen möglich ist. Das ist auf den nach h.M. weit auszulegenden Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG zurückzuführen.

der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderlichen Zuverlässigkeitskriterien nicht erfüllt. Die Norm scheint allerdings im Rahmen der ihr zugewiesenen ordnungsrechtlichen Funktion objektiviert und ohne Drittschutz bezüglich des Tatbestandsmerkmals der Zuverlässigkeit formuliert zu sein (zum Ganzen vgl. BVerwG – 1 C 38/79).

Eine einfachgesetzliche Norm, die im vorerwähnten Sinne zugunsten des Widerspruchsführers wirkt, kann durch den angefochtenen Verwaltungsakt bei dessen unterstellter Rechtswidrigkeit nicht verletzt worden sein. § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO, auf den die Gewerbeerlaubnis des Z gestützt worden ist, ist ausschließlich auf das Rechtsverhältnis zwischen der Behörde und dem Antragsteller Z bezogen.

Durch die Vorschrift wird dem Widerspruchsführer keine Rechtsposition eingeräumt, die verletzt ist, wenn entgegen der ursprünglichen Annahme der Behörde die in dieser Vorschrift festgelegten Voraussetzungen für die Versagung der beantragten Gewerbeerlaubnis zum Betrieb eines Tabledance-Clubs erfüllt waren.

Durch § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO in seinem für B maßgeblichen Regelungsumfang soll ausschließlich das öffentliche Interesse, den Betrieb von Tanzlustbarkeiten durch unzuverlässige Personen zu verhindern, geschützt werden. Ein darüber hinausgehender Schutzzweck ist weder dem Wortlaut noch dem Sinngehalt der Vorschrift zu entnehmen.

2. § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO

Ein subjektives Recht des B als Drittem kann sich aus § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO ergeben. Gemäß § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO ist eine Gewerbeerlaubnis zu versagen, wenn der Gewerbetreibende im Hinblick auf seine örtliche Lage oder auf die Verwendung der Räume dem öffentlichen Interesse widerspricht, insbesondere schädliche Umwelteinwirkungen i.S.d. Bundesimmissionsschutzgesetzes oder sonst erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Allgemeinheit befürchten lässt.

Aus den Tatbestandsmerkmalen „öffentliches Interesse“ und „Allgemeinheit“ ergibt sich kein subjektives Recht für den B als Dritten, da in der Bundesrepublik Deutschland entsprechend dem sich unter anderem aus Art. 20 Abs. 3 GG ergebenden Rechtsstaatsprinzip kein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch gewährt werden soll.

Das subjektive Recht des Dritten kann sich aus § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO im Hinblick auf die schädlichen Umwelteinwirkungen in Verbindung mit dem Verweis aus dem Nachbarbegriff i.S.d. § 3 Abs. 1 BImSchG ergeben. Fraglich ist insoweit, ob auf § 3 Abs. 1 BImSchG in § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO vollständig Bezug genommen wird, oder lediglich unter Ausklammerung des Nachbarbegriffes, weil die Formulierung „oder sonst erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen

für die Allgemeinheit“ enthalten ist. Daraus könnte sich ergeben, dass die schädlichen Umwelteinwirkungen mit dem Verweis in § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO bereichsspezifisch lediglich objektiv geregelt sind, ohne dass also der Nachbar geschützt ist. Insoweit ist § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO einerseits systematisch in Konnexität zu § 33a Abs. 1 S. 3 GewO, andererseits verfassungskonform auszulegen.

Sollte ein mittelbarer Grundrechtseingriff in Form der Intensität oder der Intention erfolgt sein, wäre es möglich, § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO verfassungskonform auszulegen bevor direkt auf die Grundrechte abgestellt würde. Eine verfassungskonforme Auslegung wäre einerseits ein materielles Problem und ist andererseits insoweit irrelevant, als Dritte mittels der in § 33a Abs. 1 S. 3 GewO enthaltenen Regelung geschützt werden.

Gemäß § 33a Abs. 1 S. 3 GewO kann die Gewerbeerlaubnis mit einer Befristung erteilt und mit anderen Auflagen verbunden werden, soweit dies zum Schutz der Allgemeinheit, der Gäste oder der Bewohner des Betriebsgrundstückes oder der Nachbargrundstücke vor Gefahren, erheblichen Nachteilen oder erheblichen Belästigungen erforderlich ist, wobei unter denselben Voraussetzungen auch die nachträgliche Aufnahme, Änderung und Ergänzung von Auflagen zulässig ist.

Durch § 33a Abs. 1 S. 3 GewO wird Dritten zwar kein vollständiges subjektives Recht auf Beseitigung der Gewerbeerlaubnis bezüglich der Zurschaustellung von Personen gewährt, jedoch zumindest ein partielles subjektives Recht.

Ergänzend besteht zumindest die Möglichkeit, dass B mittelbar in Form der Intensität in seinem sich aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ergebenden allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt ist. Somit ist § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO verfassungskonform und systematisch versubjektiviert auch für den Nachbarn auszulegen. B ist widerspruchsbefugt.

VI. Form und Frist

Form und Frist des Widerspruches müssen eingehalten worden sein.

1. Form

Der Widerspruch ist gemäß § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG innerhalb eines Monats, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerkten bekannt gegeben worden ist, schriftlich oder zur Niederschrift bei der Behörde einzulegen bzw. zu erheben,⁷ die den Verwaltungsakt erlassen hat, wobei die Einlegung bzw.

⁷ Sowohl der Terminus „Einlegung“ (§ 75 S. 2 VwGO) als auch der Terminus „Erhebung“ (§ 69 VwGO) sind vom Gesetzgeber verwendet worden, sodass insoweit ein Wahlrecht besteht.

Erhebung des Widerspruches gemäß § 70 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG auch bei der Behörde erfolgen darf, durch die der Widerspruchsbescheid erlassen wird. B hat den Widerspruch schriftlich bei der zuständigen Behörde eingelegt.

2. Frist

Fraglich ist, ob B die Widerspruchsfrist eingehalten hat.

a) Monatsfrist i.S.d. § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG

Die Widerspruchsfrist von einem Monat beginnt gemäß § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG mit der Bekanntgabe des Verwaltungsaktes. Die Bekanntgabe richtet sich nach den §§ 43, 41 VwVfG. Grundsätzlich kommt es gemäß § 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG auf die tatsächliche Bekanntgabe gegenüber dem Betroffenen an. Der Bescheid ist B als betroffenem Dritten nicht zugestellt worden, sodass die Monatsfrist nicht beginnen konnte. Anderenfalls wäre die Monatsfrist verstrichen.

b) Jahresfrist i.S.d. § 58 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 70 Abs. 2 VwGO, 79 VwVfG

Ist eine Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder unrichtig erteilt, ist die Einlegung des Rechtsbehelfs gemäß § 58 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 70 Abs. 2 VwGO, 79 VwVfG nur innerhalb eines Jahres seit Zustellung, Eröffnung oder Verkündung zulässig, außer wenn die Einlegung vor Ablauf der Jahresfrist infolge höherer Gewalt unmöglich war oder eine schriftliche oder elektronische Belehrung dahin erfolgt ist, dass ein Rechtsbehelf nicht gegeben sei.

Da die Gewerbeerlaubnis für Z dem Widerspruchsführer B nicht bekannt gegeben worden ist, gab es auch keine Rechtsbehelfsbelehrung, sodass nicht die Monatsfrist i.S.d. § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG, sondern die Jahresfrist i.S.d. § 58 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 70 Abs. 2 VwGO, 79 VwVfG gilt.

aa) Verwirkung

Eine Fristberechnung ist insoweit irrelevant, als ohnehin eine Verwirkung erfolgt wäre.⁸ Gemäß dem sich unter anderem aus Art. 20 Abs. 3 GG ergebenden Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit dem sich auch bezüglich der nach dem

⁸ Es ist vertretbar, die Verwirkung stets nach der Fristberechnung zu erörtern mit der Folge, dass die Prüfung der Verwirkung mangels Fristeinhaltung des B irrelevant wäre.

Bürgerlichen Gesetzbuch zu berechnenden Fristenregelungen der §§ 187ff. BGB i.V.m. §§ 57 Abs. 2 VwGO, 79 VwVfG, 222 Abs. 1 ZPO bzw. § 31 VwVfG geltenden Grundsatz des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens i.S.d. § 242 BGB als Ausprägung von Treu und Glauben ist eine Verwirkung möglich. Das gilt für Nachbarschaftsverhältnisse insoweit, als der begünstigte Nachbar, dem eine Genehmigung erteilt worden ist, davon ausgehen durfte, dass der möglicherweise betroffene nicht begünstigte Nachbar nicht mehr gegen die Genehmigung vorgehen werde, weil letzterer rechtsstaatlich gehalten ist, einen etwaigen Schaden des begünstigten Nachbarn möglichst gering zu halten.

Die Verwirkung enthält einen Zeit- und einen Umstandsmoment. Der Zeitmoment bedeutet, dass seit der Möglichkeit ein Recht geltend zu machen, ein längerer Zeitraum verstrichen sein muss, wobei die Umstände des Einzelfalles maßgeblich sind.

Ein widersprüchliches Verhalten des B ist jedoch nicht ersichtlich, da er nicht etwa Z suggerierte, nicht gegen dessen Gewerbeerlaubnis vorzugehen. Zudem besteht zwischen B und Z keine einem Nachbarschaftsverhältnis vergleichbare Beziehung, da Z die Räumlichkeiten zumindest noch nicht bezogen hatte und eine Bekanntschaft aus der Schulzeit zwischen B und Z nicht hinreichend ist.

Eine Verwirkung ist nicht erfolgt, sodass die Fristberechnung maßgeblich ist.

bb) Fristbeginn

Fraglich ist, wann die Jahresfrist i.S.d. § 58 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 70 Abs. 2 VwGO, 79 VwVfG beginnt. Grundsätzlich gilt entsprechend dem Wortlaut auch insoweit der Zeitpunkt der Bekanntgabe.

Aufgrund seiner systematischen Stellung und inhaltlichen Ausgestaltung ist § 41 Abs. 2 VwVfG gegenüber § 41 Abs. 1 VwVfG insoweit vorrangig. Nach § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG gilt ein schriftlicher Verwaltungsakt am dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, es sei denn, er ist gemäß § 41 Abs. 2 S. 2 VwVfG nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen. Die Genehmigung des Tabledance-Clubs ist B jedoch zu keinem Zeitpunkt bekannt gegeben worden mit der Folge, dass es keine Aufgabe zur Post und keine Fiktion i.S.d. § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG gibt.

Aus dem sich unter anderem aus Art. 20 Abs. 3 GG ergebenden Rechtsstaatsprinzip ergibt sich jedoch, dass bei verfassungskonformer Auslegung des § 58 Abs. 2 VwGO der Zeitpunkt der Bekanntgabe durch den Zeitpunkt der Kenntnis oder des Kennenmüssens zu ersetzen ist.

Somit gilt als Zeitpunkt der Bekanntgabe der 13.10. des Ausgangsjahres, an dem B durch den eindeutigen Aushang an der Gewerbefläche unter seiner Wohnung von der an Z erteilten Gewerbeerlaubnis erfahren hat.

Fraglich ist, ob der 13.10. des Ausgangsjahres auch der Tag ist, an dem die Frist tatsächlich beginnt. Insoweit könnten die §§ 57 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG, 222 Abs. 1 ZPO, 187ff. BGB zur Anwendung gelangen. Dafür spricht, dass die Ermittlung des Fristbeginns der Widerspruchsfrist letztlich dazu dient, die Einhaltung der Klagefrist nach § 74 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG für ein späteres Verfahren aus gerichtlicher Sicht zu klären, zumal die Widerspruchsfrist in den §§ 70, 58 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG, also auch in der Verwaltungsprozessordnung geregelt ist. Für Fristen der Verwaltungsgerichtsordnung gilt allgemein § 57 Abs. 2 VwGO.

Bei genauer dogmatischer Zuordnung geht es bei der Ermittlung des Beginns der Frist nach § 70 VwGO inzident um das Merkmal der „Bekanntgabe“ der Verwaltungsakte, die im vorprozessualen Bereich, nämlich im Rahmen des Wirksamwerdens des Rechtssetzungsaktes im Verwaltungsverfahren erfolgt. Den diesbezüglichen Bekanntgabezeitpunkt gilt es zu ermitteln mit der Folge, dass im vorprozessualen Stadium das Verwaltungsverfahrensgesetz anzuwenden ist. Die Berechnung des Bekanntgabezeitpunktes i.S.d. § 41 Abs. 2 VwVfG richtet sich daher nach den §§ 31 VwVfG, 187ff. BGB.⁹ Letztlich sind jedenfalls die §§ 187ff. BGB anwendbar.

Ist für den Beginn einer Frist ein Ereignis – so die Kenntnis des B anstelle der Bekanntgabe – maßgeblich, wird gemäß § 187 Abs. 1 BGB bei der Berechnung der Frist der Tag nicht mitberechnet, in welchen das Ereignis fällt. Die Kenntnis des B erfolgte am 13.10. des Ausgangsjahres, sodass die Frist am 14.10. des Ausgangsjahres um 00:00 Uhr begann.

cc) Fristdauer

Die Fristdauer der Jahresfrist aus § 58 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 70 Abs. 2 VwGO, 79 VwVfG wird nach den §§ 57 Abs. 2 VwGO, 222 Abs. 1 ZPO, 187ff. BGB berechnet, weil die Zeitspanne im Verwaltungsverfahren bis zur Bekanntgabe des Verwaltungsaktes mit der Bekanntgabe bzw. mit dem Ersetzen der Bekanntgabe durch den Zeitpunkt der Kenntnis bzw. des Kennenmüssens grundsätzlich beendet ist. Das Widerspruchsverfahren ist zunächst ein neues Verfahren, welches auch in Erfüllung der Sachurteilsvoraussetzungen einer etwaigen Klage durchgeführt

⁹ Die Anwendung des § 31 VwVfG kann gegenüber § 57 Abs. 2 VwGO insoweit zu Modifizierungen führen, als z.B. in § 31 Abs. 2–7 VwVfG Sonderregelungen enthalten sind.

werden muss, sodass insoweit die in der Verwaltungsgerichtsordnung als Prozessordnung enthaltene Frist maßgeblich ist.¹⁰

Als Jahresfrist endete die Frist gemäß § 58 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 70 Abs. 2 VwGO, 79 VwVfG gemäß § 188 Abs. 2 BGB als solche Frist, deren Beginn ein Ereignis gemäß § 187 Abs. 1 BGB zugrunde liegt, mit dem Ablauf desjenigen Tages, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage entspricht, in welchen das Ereignis fällt. Das Ereignis war die Kenntnis des B am 13.10. des Ausgangsjahres, sodass die Frist am 13.10. um 24:00 Uhr des Folgejahres endet.

B hat gegen den Bescheid bezüglich der Erteilung der Gewerbeerlaubnis an Z am 14.10. des Folgejahres Widerspruch eingelegt, sodass die Widerspruchsfrist nicht eingehalten und der Widerspruch verfristet ist.

c) Heilung durch sachliche Einlassung der Behörde

Die Verfristung kann jedoch aufgrund einer sachlichen Einlassung der Behörde unbeachtlich sein.

aa) Grundsatz der sachlichen Einlassung

Der Möglichkeit der sachlichen Einlassung bei Verfristung des Widerspruches kann entgegengehalten werden, dass die Fristen in der Verwaltungsgerichtsordnung zur Schaffung einer Rechtssicherheit i.S.d. sich unter anderem aus Art. 20 Abs. 3 GG ergebenden Rechtsstaatsprinzips präzise definiert sind. Die Verwaltungsgerichtsordnung wäre somit bindend, ohne dass eine Abweichung auf Veranlassung der Behörde möglich wäre.

Bei Betrachtung der Funktion des Widerspruchsverfahrens ist eine sachliche Einlassung der Behörde möglich. Gemäß der behördlichen Pflicht zum rechtmäßigen Handeln aus Art. 20 Abs. 3 GG soll die Behörde durch das Widerspruchsverfahren die Möglichkeit zur Selbstkontrolle bekommen, um etwaige Fehler im Widerspruchsverfahren korrigieren zu können. Sie ist Herrin des Vorverfahrens. Das gilt auch nach Ablauf der Widerspruchsfrist. Der Bürger ist insoweit nicht schutzwürdig, weil er die Durchführung des Widerspruchsverfahrens selbst veranlasst und wünscht. Außerdem kann ein Verwaltungsakt gemäß den §§ 48, 49 VwVfG oder diese verdrängenden Spezialregelungen sogar nach Bestandskraft seitens der Behörde und gegebenenfalls auf Antrag aufgehoben werden. Das muss erst recht gelten, wenn der Bürger und die Behörde sich über die Durch-

¹⁰ Es ist vertretbar, auch bezüglich der Fristdauer den verwaltungsverfahrenrechtlichen Aspekt in den Vordergrund zu stellen und § 31 VwVfG anzuwenden.

führung eines Widerspruchsverfahrens verfahrensrechtlich einig sind, wenn gleich es sich bei der Aufhebung eines Verwaltungsaktes um ein gesondertes Verfahren handelt. Damit ist – unabhängig von den materiellen, möglicherweise einzuschränkenden Konsequenzen – die sachliche Einlassung zur Selbstkontrolle der Verwaltung möglich, soweit in zweipoligen Beziehungen lediglich die Interessen einer Behörde und eines Widerspruchsführers im Widerspruchsverfahren maßgeblich sind.

Nicht disponibel ist – auch in zweipoligen Beziehungen – die Klagefrist, weil insoweit die Effektivität der Judikative in einem Rechtsstaat i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG gewährleistet werden muss. Eine außergesetzliche Belastung der Gerichte als von der sachlichen Einlassung betroffenen Gewalt ist wider die Verwaltungsgerichtsordnung nicht zulässig. Bezüglich des Widerspruches des B sind jedoch nicht lediglich Interessen des B und des zuständigen Landratsamtes als zuständiger Sonderordnungsbehörde zu berücksichtigen, sondern auch die Interessen des Genehmigungsadressaten Z, sodass es sich um eine dreipolige Beziehung handelt.

bb) Dreipolige Beziehung

Fraglich ist, ob eine Heilung bezüglich einer Verfristung durch eine sachliche Einlassung der Behörde im Widerspruchsverfahren auch in dreipoligen Beziehungen möglich ist (zum Ganzen: BVerwG BayVBl 1983, 27, 28). Dabei ist entscheidend, dass die Rechte durch einen Verwaltungsakt begünstigter Dritter nicht zur Disposition der Behörde stehen.

Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, durch die einige Personen begünstigt und andere belastet werden, werden, wenn sie nicht fristgerecht beseitigt werden, unanfechtbar und erwachsen danach in Bestandskraft. Durch diese Bestandskraft wird dem durch die Genehmigung Begünstigten eine gesicherte Rechtsposition vermittelt. Diese gesicherte Rechtsposition darf dem durch den bestandskräftig gewordenen Verwaltungsakt Begünstigten nur dann entzogen werden, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht. In den §§ 68 ff. VwGO ist eine derartige Ermächtigungsgrundlage nicht enthalten.

Bei einem verspäteten Widerspruch kann die Behörde allerdings veranlasst sein, die Voraussetzungen für die Rücknahme bzw. den Widerruf eines Verwaltungsaktes i.S.d. §§ 48, 49 VwVfG bzw. im Sinne von Spezialvorschriften von Amts wegen zu prüfen. Dies ist jedoch letztlich irrelevant, weil keine Anhaltspunkte für die Voraussetzungen der Rücknahme oder des Widerrufs ersichtlich sind und eine Sachentscheidung der Behörde über einen verspäteten Widerspruch bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung durch die Rücknahme bzw. den Widerruf nicht gerechtfertigt werden kann. Die Widerspruchsbehörde darf

wegen der durch die Bestandskraft der Genehmigung vermittelten gesicherten Rechtsposition nicht über den verspäteten Widerspruch des Nachbarn sachlich entscheiden, sodass einer gleichwohl ergehenden Sachentscheidung eine die Fristversäumung heilende Wirkung nicht zuzusprechen ist.

Eine sachliche Einlassung der Behörde mit einer die Fristversäumung des B heilenden Wirkung ist nicht möglich. Der Widerspruch ist demnach verfristet und die Behörde nicht zur Heilung durch sachliche Einlassung befugt.

B. Ergebnis

Die Behörde darf keinen Abhilfebescheid gemäß § 72 VwGO gegenüber B erlassen, sondern sie muss – soweit sie die Einwände des B für beachtlich hält – ein neues Verfahren nach § 33a Abs. 1 S. 3 letzter Halbsatz GewO durchführen bzw. die Gewerbeerlaubnis des Z gemäß den §§ 48, 49 VwVfG aufheben und die Ausübung des Gewerbes gemäß § 15 Abs. 2 S. 1 GewO untersagen. § 35 Abs. 1 S. 1 GewO ist insoweit gemäß § 35 Abs. 8 GewO nicht maßgeblich.

2. Komplex: Abwandlung

Der Widerspruch des B wird erfolgreich sein, soweit die Sachentscheidungsvoraussetzungen erfüllt sind, der Widerspruch somit auch zulässig ist und der Widerspruch begründet ist.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen können erfüllt sein.

I. Statthaftigkeit des Widerspruchsverfahrens

Der Widerspruch muss statthaft sein. Dazu bedarf es der Anwendbarkeit der Verwaltungsgerichtsordnung bezüglich der für den Widerspruch geltenden Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung sowie der Erforderlichkeit eines Widerspruchs.

1. Anwendbarkeit der Verwaltungsgerichtsordnung

Die für das öffentlich-rechtliche Widerspruchsverfahren teilweise maßgebliche Verwaltungsgerichtsordnung muss anwendbar sein. Die Verwaltungsgerichtsordnung kann mangels aufdrängender Sonderzuweisung zum Verwaltungsweg analog § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet sein. Im Übrigen kann mittels

eines Verweisungsbeschlusses analog § 17a Abs. 2 S. 1 GVG i.V.m. § 173 VwGO gegebenenfalls verwiesen werden (vgl. Kopp/Schenke, § 70, Rn 16 m.w.N.). Die Verwaltungsgerichtsordnung ist anwendbar, wenn die streitentscheidende öffentlich-rechtliche Norm einen Hoheitsträger einseitig berechtigt oder verpflichtet bzw. wenn aufgrund typisch hoheitlichen Handelns zwischen den Beteiligten ein Subordinationsverhältnis besteht. Streitentscheidende öffentlich-rechtliche Norm ist § 33a Abs. 1 S. 1 GewO, da insoweit die Genehmigungsbedürftigkeit für die Zurschaustellung von Personen vorgesehen ist. Da keine Verfassungsorgane über Verfassungsrecht streiten, ist die öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art. Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich. Die Verwaltungsgerichtsordnung ist anwendbar.

2. Erforderlichkeit des Widerspruches

Ein Widerspruch als maßnahmespezifischer Rechtsschutz muss erforderlich sein. Ein Widerspruch ist jedenfalls nur erforderlich, soweit Verfahrensziel i.S.d. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO die Aufhebung eines Verwaltungsaktes i.S.d. § 35 VwVfG ist bzw. soweit i.S.d. § 68 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG der Erlass eines Verwaltungsaktes i.S.d. § 35 VwVfG erreicht werden soll. Ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Die Gewerbeerlaubnis zugunsten des Z i.S.d. § 33a Abs. 1 S. 1 GewO ist eine Regelung mit Außenwirkung bezüglich deren Beseitigung allerdings sofort die Klage als Rechtsmittel, nicht aber ein Widerspruch als Rechtsbehelf statthaft sein könnte. Ein Widerspruchsverfahren könnte entbehrlich sein. Sollte ein Widerspruch entbehrlich sein, ist fraglich, ob er bei Einlegung bzw. Erhebung dennoch statthaft ist. Die Statthaftigkeit eines entbehrlichen Widerspruches ist jedenfalls irrelevant, soweit die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens erforderlich ist.

Ein Widerspruchsverfahren ist gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG entbehrlich, soweit dies gesetzlich bestimmt ist bzw. gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 Nr. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG, wenn ein Verwaltungsakt von einer obersten Bundes- oder Landesbehörde erlassen worden ist bzw. gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG, wenn in einem Abhilfe- oder in einem Widerspruchsbescheid erstmals eine Beschwerde enthalten ist.

Gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. §§ 10 Abs. 1 AG VwGO, 79 VwVfG ist die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens grundsätzlich entbehrlich. Das gilt gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. §§ 10 Abs. 3 S. 1 AG VwGO, 79

VwVfG nicht für nicht am Verwaltungsverfahren beteiligte Dritte, die sich gegen den Erlass eines anderen begünstigenden Verwaltungsaktes wenden. Somit wäre die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens durch B erforderlich, weil die Entbehrlichkeit i.S.d. § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. §§ 10 Abs. 1 S. 1 AG VwGO, 79 VwVfG ausgeschlossen ist.

Eine Rückausnahme ist jedoch in § 68 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 VwGO i.V.m. §§ 10 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 AG VwGO, 79 VwVfG für Genehmigungen im Sinne der Gewerbeordnung enthalten, weshalb ein Widerspruchsverfahren entbehrlich ist. Fraglich ist, ob ein Widerspruch trotz der Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens statthaft ist.

3. Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens

Wenn es eines Vorverfahrens nicht bedarf, könnte ein Widerspruch unstatthaft sein.¹¹ Das würde faktisch zwar zu einer Entlastung der Behörden, dafür aber zu einer noch größeren Belastung der Gerichte führen. Obwohl die Hemmschwelle zur Klage gegenüber der zur Einlegung bzw. Erhebung eines Widerspruches höher einzustufen sein mag, wird zumindest ein großer Teil derjenigen, die grundsätzlich bereit sind, einen Widerspruch einzulegen, auch Klage erheben (vgl. Rüssel NVwZ 2006, 523). Eine Auslegung des § 68 Abs. 1 S. 2 HS. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG dahingehend, dass ein Widerspruch bei Entbehrlichkeit nicht statthaft wäre, erscheint verfassungsrechtlich bedenklich.

Dem Wortlaut der Norm ist ein Verbot des Widerspruchsverfahrens nicht zu entnehmen – ebenso wenig dem Wortlaut der entsprechenden Ausführungsge-setze der Länder oder sonstigen Normen der Verwaltungsgerichtsordnung. Sinn und Zweck des Widerspruchsverfahrens sind im Sinne des sich aus der Verfassung – insbesondere Art. 20 Abs. 2, 3 GG – ableitenden Rechtsstaatsprinzips die Selbstkontrolle der Verwaltung sowie grundsätzlich die Entlastung der Gerichte. Art. 19 Abs. 4 GG ist bezüglich des Widerspruchsverfahrens zwar nicht direkt anwendbar, kann jedoch eine Vorwirkung zum Schutz des Bürgers beinhalten, da durch Art 19 Abs. 4 GG ein effektiver Rechtsschutz durch einen instanzlichen Rechtsweg gewährleistet werden soll. Zwar ist die Widerspruchsinstantz keine eigenständige Instanz im Sinne eines Rechtsweges, jedoch ist mit dem Verwaltungsverfahren eine Art – wenngleich nicht in erheblicher Weise – schützenswerte Vorinstanz geschaffen worden.

¹¹ Die Statthaftigkeit eines entbehrlichen Widerspruches ist umstritten und in der Praxis nur begrenzt relevant (vgl. etwa Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80, Rn 63 ff. m.w.N.). Es ist vertretbar, die Statthaftigkeit eines entbehrlichen Widerspruches abzulehnen. Im Zweifel sollte klausurtaktisch entschieden werden.

Soweit der Wortlaut nicht ohnehin schon als diesbezüglich eindeutig erachtet wird, ist daher § 68 Abs. 1 S. 2 HS. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass ein Widerspruch, soweit es dessen nicht „bedarf“, zumindest nicht unstatthaft ist. Die Entbehrlichkeit nach den Ausführungsgesetzen kann zu keinem anderen Ergebnis führen, da bei engerer Auslegung des Landesrechts zulasten des Widerspruchsverfahrens gegen das soeben dargelegte Verständnis des § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG verstoßen würde. Ein solcher Verstoß ist wegen Art. 31 GG zu vermeiden, weil Bundesrecht das Landesrecht bricht und die Verfassung wegen des sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitenden Vorranges des Gesetzes nicht unterlaufen werden darf. Eine entsprechend eng formulierte Norm im Landesrecht wäre somit nicht nur wegen rechtsstaatlicher Grundsätze verfassungskonform zu reduzieren, sondern auch aufgrund des wiederum selbst verfassungskonform ausgelegten bundesrechtlichen § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG. Soweit es eines Widerspruchsverfahrens nicht bedarf, ist ein Widerspruch bei Einlegung somit dennoch statthaft.

Allerdings ist die Behörde nicht verpflichtet, über einen solchen Widerspruch zu entscheiden. In der Praxis wird die Behörde regelmäßig nicht über den Widerspruch entscheiden, soweit das Widerspruchsverfahren entbehrlich ist. Ausnahme dürfte sein, dass die Behörde anlässlich des Widerspruches ihr Unrecht gegebenenfalls erkennt und abhelfen wird.

Aber auch darüber hinaus erscheint die Einlegung eines entbehrlichen Widerspruches sinnvoll. Dieser führt nämlich zur Suspendierung des Verwaltungsaktes. Das ergibt sich aus § 80 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG, zusätzlich aber auch aus dem Sinn und dem Zweck des § 74 VwGO. Die Klagefrist beträgt einen Monat, unter anderem deshalb, weil dem Betroffenen für die Überschreitung der recht hohen Schwelle der Klageerhebung aus rechtsstaatlichen Gründen unter Berücksichtigung des Art. 19 Abs. 4 GG eine gewisse Bedenkzeit gewährt werden soll. Diese Besonderheit gäbe es nicht, sofern eine Suspendierung gemäß § 80 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG nur durch eine Klageerhebung oder – über den aus rechtsstaatlichen Gründen geschaffenen § 80 Abs. 2 Nr. 1–4 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG hinausgehend – durch einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz beim Verwaltungsgericht erreicht werden kann.

Da allerdings auch die Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens einen Sinn behalten muss, dauert die Suspendierung nur bis zum Ablauf der Klagefrist, also der Frist des nunmehr primär vorgesehenen Rechtsbehelfes bzw. Rechtsmittels. Sollte tatsächlich ein Widerspruchsbescheid erlassen werden, beginnt die Klagefrist mit dessen Zustellung nicht erneut zu laufen, soweit sich nicht im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung i.S.d. sich unter anderem aus Art. 20 Abs. 3 GG ergebenden Rechtsstaatsprinzips mangels hinrei-

chender Zeit zur Klageerhebung etwas anderes ergibt, wobei der Schutz des Adressaten des Dritten irrelevant ist, weil die Statthaftigkeit des Widerspruches letztlich auf der Auslegung des § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO beruht, sodass zugunsten des Dritten mangels expliziten Verbotes des Widerspruchsverfahrens kein Schutzstatus erreicht ist.

Durch diese Möglichkeit des Widerspruchs ohne Fristveränderung werden einerseits verfassungsrechtliche Grundsätze gewahrt, andererseits wird durch die Entlastung der Verwaltung dem Sinn der Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens Rechnung getragen, weil faktisch deutlich weniger Betroffene einen Widerspruch einlegen dürften, wenn ihnen bewusst ist, dass die Behörde in der Regel nicht tätig werden wird. Die Wahrung der Verfassungsmäßigkeit der Entbehrlichkeit des Widerspruches würde mit dem bloßen Verweis auf die Möglichkeit einer Aussetzung i.S.d. § 80 Abs. 4 VwGO nicht gleichermaßen gewahrt, weil die Behörde eine Anregung des Betroffenen, soweit es sie überhaupt gäbe, weniger ernst nehmen dürfte als einen Widerspruch. Da die Widerspruchsfrist gemäß § 70 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG zum Vorgehen gegen einen Verwaltungsakt entfällt, erfolgt bei einer Gesamtbetrachtung der gesetzlichen Regelungen über die Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens die Verkürzung der Frist von grundsätzlich zwei Monaten auf einen Monat. Ist das Widerspruchsverfahren entbehrlich, erfolgt die Suspendierung durch den Widerspruch nur bis zum Ablauf der Klagefrist, während im Übrigen eine Widerspruchsfrist gemäß § 70 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG und eine Klagefrist gemäß § 74 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG zu beachten wären, soweit nicht die Voraussetzungen des § 58 Abs. 2 VwGO gegebenenfalls i.V.m. §§ 70 Abs. 2 VwGO, 79 VwVfG erfüllt sind.

Nach alledem ist der entbehrliche Widerspruch des B statthaft.

II. Zuständigkeit

Eine verfahrensrechtliche Unzuständigkeit aus Spezialregelungen bzw. i.S.d. § 73 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG sachlich oder i.S.d. § 3 VwVfG örtlich ist nicht ersichtlich, wobei gegebenenfalls bei sachlicher bzw. örtlicher Unzuständigkeit ein Verweisungsbeschluss analog § 17a Abs. 2 S. 1 GVG i.V.m. § 83 VwGO als Weiterleitungsbeschluss gefasst werden kann, soweit ein Widerspruchsausschuss besteht.

III. Beteiligte

Als verwaltungsverfahrenrechtliche, mit § 63 VwGO vergleichbare Regelung ist für die Beteiligten § 13 VwVfG maßgeblich.

1. Beteiligungsfähigkeit

Beteiligungsfähig ist auf Antragstellerseite gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG i.V.m. § 11 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG B als natürliche Person. Beteiligungsfähig auf Antragsgegnerseite ist gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG i.V.m. § 11 Nr. 3 VwVfG der Landrat als Behörde. Z wäre als derjenige, dessen Erlaubnis gegebenenfalls im Widerspruchsverfahren beseitigt wird, grundsätzlich nicht gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG i.V.m. den §§ 13 Abs. 2 S. 2 VwVfG, 11 Nr. 1 VwVfG als Beteiligter hinzuzuziehen, da er keinen Antrag gestellt hat. Eine einfache Beiladung i.S.d. § 13 Abs. 2 S. 1 VwVfG ist nicht erfolgt, wäre aber möglich.

Eine Beteiligung des Z kann sich aber bereits aus § 13 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG ergeben, weil der Verwaltungsakt an Z gerichtet war. Zwar könnte § 13 Abs. 2 S. 2 VwVfG insoweit als speziellere Norm eingestuft werden, deren Anwendungsbereich sonst erheblich reduziert werden würde. Würde jedoch § 13 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG auf Konstellationen reduziert werden, in denen es um den Adressaten im zu prüfenden Verfahren ginge, wäre die Regelung überflüssig, weil insoweit bereits die Regelung für den Antragsteller gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG hinreichend wäre. Z ist gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 2 VwGO beteiligt.

2. Handlungsfähigkeit

Handlungsfähig ist auf Antragstellerseite gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG B als natürliche und i.S.d. §§ 104 ff. BGB geschäftsfähige Person. Handlungsfähig auf Antragsgegnerseite ist gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG das Landratsamt, vertreten durch den Landrat als geschäftsfähigen Behördenleiter i.S.d. § 12 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG.

IV. Verfahrensart

Maßgeblich ist für die Art des Widerspruchsverfahrens analog § 88 VwGO das Begehren des Widerspruchsführers. Es handelt sich aus der Sicht des B um einen Anfechtungswiderspruch gemäß § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG gegen die gegenüber Z erteilte Erlaubnis, nicht aber um einen Verpflichtungswiderspruch i.S.d. § 68 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG.

V. Widerspruchsbefugnis

B muss widerspruchsbefugt sein. Für die Widerspruchsbefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO – zwecks Vermeidung von Popularwidersprüchen – ist es Voraussetzung, dass die Möglichkeit der Verletzung eines subjektiven Rechts besteht.

Subjektive Rechte ergeben sich aus Sonderrechtsbeziehungen wie z.B. Leistungsbescheiden oder öffentlich-rechtlichen Verträgen, einfachen Gesetzen, subsidiär aus Grundrechten, wobei jedenfalls aufgrund des weiten Schutzbereiches des Art. 2 Abs. 1 GG bei unmittelbaren Grundrechtseingriffen für das subjektive Recht direkt auf Grundrechte abgestellt werden kann. Ob ein Kläger tatsächlich in einem subjektiven Recht verletzt ist, ist für die Widerspruchsbefugnis irrelevant, da die Möglichkeit der Verletzung eines subjektiven Rechts genügt.

Für B als Widerspruchsführer kann nicht direkt auf die Grundrechte abgestellt werden, weil kein unmittelbarer Grundrechtseingriff ersichtlich ist. Zwar ist Gegenstand des Widerspruches ein Verwaltungsakt, durch den sich B in seinen Rechten beeinträchtigt fühlt – die Gewerbeerlaubnis zum Betrieb des Tabledance-Clubs –, jedoch ist dieser Verwaltungsakt nicht an ihn gerichtet, er kann durch den Verwaltungsakt also nur mittelbar beeinträchtigt sein, sodass für seine subjektiven Rechte primär Sonderrechtsbeziehungen, einfache Gesetze und nur subsidiär Grundrechte maßgeblich sind.

1. § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO

Da eine Sonderrechtsbeziehung nicht ersichtlich ist, könnte sich das subjektive Recht des B als Drittem aus § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO als einfachgesetzlicher Norm ergeben. Gemäß § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO ist eine Gewerbeerlaubnis zu versagen, wenn durch Tatsachen die Annahme gerechtfertigt werden kann, dass der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderlichen Zuverlässigkeitskriterien nicht erfüllt. Die Norm scheint allerdings im Rahmen der ihr zugewiesenen ordnungsrechtlichen Funktion objektiviert und ohne Drittschutz bezüglich des Tatbestandsmerkmals der Zuverlässigkeit formuliert zu sein (zum Ganzen: vgl. BVerwG – 1 C 38/79).

Eine einfachgesetzliche Norm, die im vorerwähnten Sinne zugunsten des Widerspruchsführers wirkt, kann durch den angefochtenen Verwaltungsakt bei dessen unterstellter Rechtswidrigkeit nicht verletzt worden sein. § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO, auf den die Gewerbeerlaubnis des Z gestützt worden ist, ist ausschließlich auf das Rechtsverhältnis zwischen der Behörde und dem Antragsteller Z bezogen.

Durch die Vorschrift wird dem Widerspruchsführer keine Rechtsposition eingeräumt, die verletzt ist, wenn entgegen der ursprünglichen Annahme der Behörde die in dieser Vorschrift festgelegten Voraussetzungen für die Vergabe der beantragten Gewerbeerlaubnis zum Betrieb eines Tabledance-Clubs erfüllt waren.

Durch § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO in seinem für B maßgeblichen Regelungsumfang soll ausschließlich das öffentliche Interesse, den Betrieb von Tanzlustbar-

keiten durch unzuverlässige Personen zu verhindern, geschützt werden. Ein darüber hinausgehender Schutzzweck ist weder dem Wortlaut noch dem Sinngehalt der Vorschrift zu entnehmen.

2. § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO

Ein subjektives Recht des B als Drittem kann sich aus § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO ergeben. Gemäß § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO ist eine Gewerbeerlaubnis zu versagen, wenn der Gewerbetreibende im Hinblick auf seine örtliche Lage oder auf die Verwendung der Räume dem öffentlichen Interesse widerspricht, insbesondere schädliche Umwelteinwirkungen i.S.d. Bundesimmissionsschutzgesetzes oder sonst erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Allgemeinheit befürchten lässt.

Aus den Tatbestandsmerkmalen „öffentliches Interesse“ und „Allgemeinheit“ ergibt sich kein subjektives Recht für den B als Dritten, da in der Bundesrepublik Deutschland entsprechend dem sich unter anderem aus Art. 20 Abs. 3 GG ergebenden Rechtsstaatsprinzip kein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch gewährt werden soll.

Sollte ein mittelbarer Grundrechtseingriff in Form der Intensität oder der Intention erfolgt sein, wäre es möglich, § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO verfassungskonform auszulegen, bevor direkt auf die Grundrechte abgestellt würde. Eine verfassungskonforme Auslegung wäre einerseits ein materielles Problem und ist andererseits insoweit irrelevant, als Dritte mittels der in § 33a Abs. 1 S. 3 GewO enthaltenen Regelung geschützt werden.

Das subjektive Recht des Dritten kann sich aus § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO im Hinblick auf die schädlichen Umwelteinwirkungen in Verbindung mit dem Verweis aus dem Nachbarbegriff i.S.d. § 3 Abs. 1 BImSchG ergeben. Fraglich ist insoweit, ob auf § 3 Abs. 1 BImSchG in § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO vollständig Bezug genommen wird oder lediglich unter Ausklammerung des Nachbarbegriffes, weil die Formulierung „oder sonst erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Allgemeinheit“ enthalten ist. Daraus könnte sich ergeben, dass die schädlichen Umwelteinwirkungen mit dem Verweis in § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO bereichsspezifisch lediglich objektiv geregelt sind, ohne dass also der Nachbar geschützt ist. Insoweit ist § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO zwar grundsätzlich einerseits systematisch in Konnexität zu § 33 Abs. 1 S. 3 GewO, andererseits verfassungskonform auszulegen.

Sollte ein mittelbarer Grundrechtseingriff in Form der Intensität oder der Intention erfolgt sein, wäre zwar es möglich, § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO verfassungskonform auszulegen, bevor direkt auf die Grundrechte abgestellt würde. Eine verfassungskonforme Auslegung wäre jedoch einerseits möglicherweise eine

Überdehnung der Prozessstation, andererseits insoweit irrelevant, als Dritte mittels der in § 33a Abs. 1 S. 3 GewO enthaltenen Regelung geschützt werden. Insbesondere, weil wegen des „Lautlosen Tanzaktes“ Lärm nicht erfolgt, ist eine Auslegung des Terminus „schädliche Umwelteinwirkungen“ i.S.d. § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO nicht maßgeblich, sondern es ist primär im Rahmen systematischer Auslegung auf § 33a Abs. 1 S. 3 GewO abzustellen.

Gemäß § 33a Abs. 1 S. 3 GewO kann die Gewerbeerlaubnis mit einer Befristung erteilt und mit anderen Auflagen verbunden werden, soweit dies zum Schutz der Allgemeinheit, der Gäste oder der Bewohner des Betriebsgrundstückes oder der Nachbargrundstücke vor Gefahren, erheblichen Nachteilen oder erheblichen Belästigungen erforderlich ist, wobei unter denselben Voraussetzungen auch die nachträgliche Aufnahme, Änderung und Ergänzung von Auflagen zulässig ist.

Durch § 33a Abs. 1 S. 3 GewO wird Dritten zwar kein vollständiges subjektives Recht auf Beseitigung der Gewerbeerlaubnis bezüglich der Zurschaustellung von Personen gewährt, jedoch zumindest ein partielles subjektives Recht.

Ergänzend besteht zumindest die Möglichkeit, dass B mittelbar in Form der Intensität in seinem sich aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ergebenden allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt ist. Somit ist § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO verfassungskonform und systematisch versubjektiviert auch für den Nachbarn auszulegen. B ist widerspruchsbefugt.

VI. Form und Frist

Form und Frist des Widerspruches müssten eingehalten worden sein.

1. Form

Der Widerspruch ist gemäß § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG innerhalb eines Monats, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerkten bekannt gegeben worden ist, schriftlich oder zur Niederschrift bei der Behörde einzulegen bzw. zu erheben, die den Verwaltungsakt erlassen hat, wobei die Einlegung bzw. Erhebung des Widerspruches gemäß § 70 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG auch bei der Behörde erfolgen darf, durch die der Widerspruchsbescheid erlassen wird. B hat den Widerspruch schriftlich bei der zuständigen Behörde eingelegt.

2. Frist

Fraglich ist, ob B die Widerspruchsfrist eingehalten hat.

a) Monatsfrist i.S.d. § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG

Die Widerspruchsfrist von einem Monat beginnt gemäß § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG mit der Bekanntgabe des Verwaltungsaktes. Die Bekanntgabe richtet sich nach den §§ 43, 41 VwVfG. Grundsätzlich kommt es gemäß § 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG auf die tatsächliche Bekanntgabe gegenüber dem Betroffenen an. Der Bescheid ist B als betroffenem Dritten nicht zugestellt worden, sodass die Monatsfrist nicht beginnen konnte.¹²

b) Jahresfrist i.S.d. § 58 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 70 Abs. 2 VwGO, 79 VwVfG

Ist eine Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder unrichtig erteilt, ist die Einlegung des Rechtsbehelfs gemäß § 58 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 70 Abs. 2 VwGO, 79 VwVfG nur innerhalb eines Jahres seit Zustellung, Eröffnung oder Verkündung zulässig, außer wenn die Einlegung vor Ablauf der Jahresfrist infolge höherer Gewalt unmöglich war oder eine schriftliche oder elektronische Belehrung dahin erfolgt ist, dass ein Rechtsbehelf nicht gegeben sei.

Die Gewerbeerlaubnis für Z ist dem Widerspruchsführer B nicht bekannt gegeben worden ist. Daher gab es auch keine Rechtsbehelfsbelehrung, sodass nicht die Monatsfrist i.S.d. § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG, sondern die Jahresfrist i.S.d. § 58 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 70 Abs. 2 VwGO, 79 VwVfG gilt.

Diese Frist hat B mit der Einlegung des Widerspruches vor dem 15.10. des Ausgangsjahres eingehalten.

VII. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen sind erfüllt und der Widerspruch ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Widerspruch ist i.S.d. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig bzw. zweckwidrig und der Widerspruchsführer analog § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO dadurch in seinen Rechten verletzt ist. Die Prüfungspflicht durch die Behörde ist somit insoweit beschränkt, als subjektive Rechte des Antragstellers betroffen sind. Zwar könnte insoweit an-

¹² Es ist vertretbar, die genaue Fristdauer nicht zu bestimmen und darzulegen, dass zumindest die kürzere Monatsfrist eingehalten wurde, wenngleich zumindest der Fristbeginn bei fundierter juristischer Bearbeitung dargestellt werden müsste.

ders als bei Gerichtsverfahren umfassend zu prüfen sein, als die Behörde einen Verwaltungsakt ohnehin aufheben oder nach dem materiellen Recht erneut handeln kann, jedoch ergibt sich dies aus ihrer rechtsstaatlichen Pflicht zum rechtmäßigen Handeln und nicht gegenüber dem Drittwiderspruchsführer, weil diesem kein Gesetzesvollziehungsanspruch zusteht.

I. Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage für die an die an Z erteilte Gewerbeerlaubnis ist zunächst § 33a Abs. 1 S. 1 GewO maßgeblich.

II. Voraussetzungen

Die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage können erfüllt sein.

1. Formell

Die formellen Voraussetzungen können erfüllt sein.

a) Zuständigkeit

Formell hat die zuständige Ausgangsbehörde als Gewerbeaufsicht gegenüber Z bei Erlass der Gewerbeerlaubnis gehandelt.

b) Verfahren

Eine Anhörung war i.S.d. § 28 Abs. 1, 2 VwVfG entbehrlich, weil bezüglich des B einerseits bereits kein Eingriff in die Rechte eines Beteiligten i.S.d. § 13 VwVfG erfolgt ist – B war seitens der Behörde bezüglich der Genehmigungserteilung für Z nicht gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 S. 1 VwVfG hinzugezogen worden, weil er unter anderem schon keinen Antrag i.S.d. § 13 Abs. 2 S. 2 VwVfG als Dritter gestellt hatte – und andererseits die Anhörung eines Dritten in der Regel i.S.d. § 28 Abs. 2 S. 1 VwVfG nicht geboten ist.

c) Form

Die in § 37 Abs. 3 S. 1, 2 VwVfG enthaltenen weit gefassten Formvorgaben für Verwaltungsakte sind bei Erlass der Gewerbeerlaubnis an Z mangels gegenteiliger Anhaltspunkte eingehalten worden.

2. Materiell

Die materiellen Voraussetzungen des § 33a Abs. 1 S. 1 GewO können erfüllt sein.

a) Genehmigungsbedürftigkeit

Der Tabledance-Club des Z ist zunächst gemäß den §§ 1 Abs. 1, 33a Abs. 1 S. 1 GewO genehmigungsbedürftig, da es sich auch bei der Zurschaustellung von Personen nach dem von Z entwickelten Konzept des „Lautlosen Tanzaktes“ um eine erlaubte, jedenfalls nicht sozial unwertige, auf Gewinnerzielung gerichtete, dauerhaft ausgeübte, selbstständige Tätigkeit handelt, die nicht Urproduktion, freier Beruf oder Verwaltung eigenen Vermögens i.S.d. § 6 Abs. 1 GewO ist und ein überwiegend künstlerischer Charakter dabei nicht ersichtlich ist.¹³

b) Genehmigungsfähigkeit

Der Tabledance-Club des Z kann auch genehmigungsfähig sein. Die Genehmigungsfähigkeit fehlt, falls die Erlaubnis gemäß § 33a Abs. 2 GewO zu versagen ist. Dabei kann problematisch sein, ob die in der Norm enthaltenen Versagungstatbestände abschließend sind oder – entsprechend dem Wortlaut – nur Regelbeispiele darstellen.

Da es sich bei § 33a GewO um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt – durch Genehmigungspflicht wird die Spontaneität der Grundrechtsausübung einerseits, durch die Versagungstatbestände die Grundrechtsausübung teilweise im Übrigen verkürzt – handelt, bei welchem trotz der beiden in der Norm enthaltenen Grundrechtseingriffe anders als bei repressiven Verboten die Grundrechte im nicht in der Norm geregelten Bereich zu berücksichtigen sind, kann eine verfassungskonforme Auslegung der Norm dahingehend erforderlich sein, dass eine Versagung der Erlaubnis nur bei Erfüllung der geregelten Versagungstatbestände erfolgen darf, nicht aber darüber hinaus.

Dies ist letztlich irrelevant, soweit die ausdrücklich geregelten Versagungstatbestände jedenfalls erfüllt sind.

13 Mangels Anhaltspunkten im Sachverhalt ist der Gewerbebegriff i.S.d. § 6 Abs. 1 GewO nicht dezidiert zu erörtern.

aa) § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO¹⁴

Gemäß § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO ist die Erlaubnis zu versagen, wenn der Gewerbebetrieb im Hinblick auf seine örtliche Lage oder auf die Verwendung der Räume dem öffentlichen Interesse widerspricht, insbesondere schädliche Umwelteinwirkungen i.S.d. Bundesimmissionsschutzgesetzes oder sonst erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Allgemeinheit befürchten lässt.

Aus den Tatbestandsmerkmalen „öffentliches Interesse“ sowie „sonst erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Allgemeinheit“ ergibt sich kein subjektives Recht des Widerspruchsführers, sodass diese Aspekte im Widerspruchsverfahren des B nicht prüfbar sind. Nur ein Teilbereich des öffentlichen Interesses – nämlich die schädlichen Umwelteinwirkungen – ist versubjektiviert ausgestaltet. Schädliche Umwelteinwirkungen sind gemäß § 3 Abs. 1 BImSchG Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen. Durch den neben der „Allgemeinheit“ genannten Terminus „Nachbarschaft“ wird zwar Drittschutz gewährt, jedoch sind die maßgeblichen Grenzwerte unterschritten, sodass keine schädlichen Umwelteinwirkungen gegeben sind.

Somit ergibt sich aus § 33a Abs. 2 Nr. 3 GewO kein für die an Z erteilte Genehmigung im Widerspruchsverfahren maßgeblicher Versagungsgrund.

bb) § 33a Abs. 1 S. 3 GewO

Möglicherweise ergibt sich schon aus § 33a Abs. 1 S. 3 GewO ein Versagungsgrund für die Erteilung einer Gewerbeerlaubnis ohne Auflage an Z. Gemäß § 33a Abs. 1 S. 3 GewO kann eine Erlaubnis mit einer Befristung erteilt und mit Auflagen verbunden werden, soweit dies zum Schutz der Allgemeinheit, der Gäste oder der Bewohner des Betriebsgrundstückes oder der Nachbargrundstücke vor Gefahren, erheblichen Nachteilen oder erheblichen Belästigungen erforderlich ist. Unter denselben Voraussetzungen ist die nachträgliche Aufnahme, Änderung und Ergänzung von Auflagen zulässig. Allerdings hat B keinen Verpflichtungswiderspruch auf Erteilung einer Auflage bzw. einer eingeschränkten Genehmigung an Z erhoben, sondern einen Anfechtungswiderspruch.

¹⁴ Es ist dogmatisch überzeugender, direkt mit § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO zu beginnen, jedoch ist es klausurtaktisch in einem Gutachten sinnvoll, nicht in Betracht kommende Tatbestände abzulehnen.

Selbst wenn der Widerspruch dahingehend ausgelegt werden würde, dass eine Auflage oder eine Genehmigung mit Auflage zu erteilen wäre, würde es jedenfalls an den Gefahren, erheblichen Nachteilen bzw. Belästigungen fehlen. Somit ergibt sich aus § 33a Abs. 1 S. 3 GewO kein Versagungsgrund.

cc) § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO

Ein Versagungsgrund kann sich aus § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO ergeben.

(1) Unzuverlässigkeit des Z

Eine Gewerbeerlaubnis ist danach zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt.

Unzuverlässig ist ein Gewerbetreibender, der nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens keine Gewähr zur künftigen ordnungsgemäßen Ausübung des Gewerbes bietet. Maßgeblich sind das jeweils konkrete Gewerbe im Einzelfall und eine Prognoseentscheidung für die Zukunft, bei der auch Tatsachen aus der Vergangenheit berücksichtigt werden dürfen. Entscheidend ist ein Gesamtbild des Verhaltens, bei dem auch Umstände außerhalb der Berufsausübung relevant sein können, solange sich daraus ein Rückschluss auf berufliches Verhalten ergibt. Ein Verschulden des Betroffenen ist hingegen irrelevant.

Z ist wegen Vermögensdelikten und Zuhälterei verurteilt sowie drogenabhängig. Jedenfalls in Kumulation sind dies Umstände, bei denen es sehr wahrscheinlich ist, dass Z einen Tabledance-Club nicht ordnungsgemäß führen kann, weil es dazu einer seriösen Finanzbearbeitung sowie eines seriösen Umgangs mit den Akttänzerinnen und -tänzern bedarf. Z ist unzuverlässig.

(2) Subjektives Recht des B

Fraglich ist, ob die nicht mit der Ausgangsbehörde identische Widerspruchsbehörde die gegenüber Z erteilte Gewerbeerlaubnis aufgrund dessen Unzuverlässigkeit aufheben darf. Dazu müsste grundsätzlich ein subjektives Recht des Widerspruchsführers betroffen sein.

§ 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO, auf den die Gewerbeerlaubnis des Z gestützt worden ist, ist jedoch ausschließlich auf das Rechtsverhältnis zwischen der Behörde und dem Antragsteller Z bezogen. Durch die Vorschrift wird dem Widerspruchsführer keine Rechtsposition eingeräumt, die verletzt ist, wenn entgegen der ursprünglichen Annahme der Behörde die in dieser Vorschrift festgelegten Voraussetzungen für die Versagung der beantragten Gewerbeerlaubnis zum

Betrieb eines Tabledance-Clubs erfüllt waren, weil in der Bundesrepublik Deutschland als Rechtsstaat i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG kein Gesetzesvollziehungsanspruch besteht. Ein subjektives Recht des B ist nicht verletzt.

(3) Aufhebung ohne subjektives Recht

Fraglich ist, ob die Widerspruchsbehörde die an Z erteilte Gewerbeerlaubnis dennoch aufheben darf. Gemäß § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG sind in einem Widerspruchsverfahren die Rechtmäßigkeit und die Zweckmäßigkeit¹⁵ maßgeblich. Während bei der richterlichen Prüfung lediglich die Rechtmäßigkeit maßgeblich ist, weil insoweit im Rechtsstaat i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG eine Durchbrechung der Gewaltenteilung erfolgt und somit die Kernkompetenz in der Ermessensabwägung bzw. der Ausfüllung der Beurteilungsspielräume nicht angetastet werden darf, ist die Widerspruchsbehörde, welche auch zur Exekutive gehört, grundsätzlich berechtigt, die Zweckmäßigkeit zu prüfen und die Erwägungen der Ausgangsbehörde durch eigene Erwägungen zu ersetzen. Die Zweckmäßigkeit ist auf Tatbestandsseite allerdings lediglich bei Beurteilungsspielräumen – unbestimmte Rechtsbegriffe auf Tatbestandsseite, die seitens der Gerichte nicht prüfbar sind, dafür hingegen von der Widerspruchsbehörde – relevant, die bezüglich der an Z erteilten Gewerbeerlaubnis nicht bestehen. Beim Terminus der Unzuverlässigkeit handelt es sich lediglich um einen unbestimmten Rechtsbegriff ohne Beurteilungsspielraum.

Allerdings bedarf es auch insoweit stets einer Rechtsverletzung des Widerspruchsführers. Verfahrensrechtlich ergibt sich dies schon aus der Formulierung „nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerden bekannt gegeben worden ist“ in § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO. Materiell wäre es mit dem rechtsstaatlichen Prinzip der vertikalen Gewaltenteilung nicht vereinbar, wenn die Widerspruchsbehörde ohne Erfüllung der verfahrensrechtlichen Vorgaben Entscheidungen der Ausgangsbehörde, die nicht mit der Widerspruchsbehörde identisch ist, aufhebt.

Das Landratsamt als zuständige Widerspruchsbehörde i.S.d. § 73 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 79 VwVfG darf den Ausgangsbescheid nicht aufheben. Auch eine Aufhebung in einem neuen Aufhebungsverfahren aufgrund von Spezialvorschriften bzw. der §§ 48 ff. VwVfG ist ihr nicht möglich, da sie diesbezüglich unzuständig und die Ausgangsbehörde zuständig ist. Auch die Ausgangsbehörde ist dem Drittwiderspruchsführer im subjektivierten Widerspruchsverfahren jedoch nicht verpflichtet, sondern muss gegebenenfalls anlässlich des Wi-

15 Die Zweckmäßigkeit wird im Tatbestand nur bei Beurteilungsspielräumen in Betracht kommen und ist gegebenenfalls bei der Prüfung des Ermessens maßgeblich.

derspruchsverfahrens gegenüber dem Adressaten des Verwaltungsaktes aus ihrer Pflicht zum rechtmäßigen Handeln heraus handeln.¹⁶

dd) Ungeschriebene Versagungsgründe

Zwar ist der Wortlaut des § 33a Abs. 2 GewO weit formuliert, sodass die Versagungsgründe insoweit nicht abschließend sein könnten, jedoch ist die Norm als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt verfassungskonform i.S.d. Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG dahingehend auszulegen, dass die in der Norm genannten Versagungsgründe abschließend sind. Selbst wenn eine verfassungskonforme Auslegung insoweit nicht möglich wäre, sind keine weiteren zugunsten des B versubjektivierten Versagungsgründe ersichtlich, aufgrund derer die Widerspruchsbehörde die an Z erteilte Genehmigung zum Betrieb des Tabledance-Clubs aufheben dürfte.

III. Rechtsfolge

Rechtsfolge ist zumindest bei verfassungskonformer Auslegung der Norm eine gebundene Entscheidung, sodass insoweit keine Rechtsverletzung des B durch Ermessenserwägungen der Ausgangsbehörde in Betracht kommt.

C. Ergebnis

Der Widerspruch ist mangels Beschwer des B trotz Rechtswidrigkeit der an Z erteilten Gewerbeerlaubnis unbegründet, sodass nur die Möglichkeit besteht, dass die Ausgangsbehörde aus ihrer Pflicht zum rechtmäßigen Handeln i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG die Erlaubnis aufhebt oder Nebenbestimmungen erlässt. Dem Widerspruch des B wird nicht gemäß § 72 VwGO abgeholfen, sondern es kann allenfalls – soweit die Behörde trotz Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens entscheiden will – ein ablehnender Widerspruchsbescheid erlassen werden.

16 Es ist strittig, ob die Widerspruchsbehörde bei Beurteilungsspielräumen selbst entscheiden darf, soweit es nicht lediglich um Beurteilungsfehler geht. Dies kann durch Spezialregelungen wie z.B. teilweise im Prüfungsrecht ausdrücklich oder verfassungsrechtlich (z.B. Art. 3 Abs. 1 GG) ausgeschlossen sein. Im Übrigen ist eine derartige Prüfung aber grundsätzlich möglich, wobei auch die Behördenzuständigkeiten relevant sein können.