

Die einstweilige Anordnung, § 123 VwGO

Sicherungsanordnung, § 123 I 1 VwGO präventiver Schutz materieller Rechte des Antragstellers = Aufrechterhaltung des status quo	Regelungsanordnung, § 123 I 2 VwGO Erweiterung des innegehabten Rechtskreises = alle übrigen Fälle
Prüfungsaufbau	
A. Zulässigkeit des Antrags	
I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I VwGO	
II. statthafte Antragsart = Abgrenzung zu §§ 80 V, 80a VwGO: nicht wenn Anfechtungsklage daher: Auffangverfahren für alle übrigen Fälle; Art des Hauptsacheverfahrens muss nicht konkret bestimmt werden, wenn Anfechtungsklage ausgeschlossen ist	
III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog	
IV. keine Vorwegnahme der Hauptsache Beachte: Nach anderer Auffassung eine Frage der Begründetheit; da der Prüfungsaufbau im Gutachten aber nicht erläutert wird, ist hier einfach eine Entscheidung ohne Meinungsdiskussion zu treffen, die sich dann im Aufbau widerspiegelt. Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes soll der Antragsteller grundsätzlich nur eine vorläufige Sicherung erhalten, die hinter dem Begehren in der Hauptsache zurückbleibt. Entspricht der Antrag im einstweiligen Rechtsschutz oder das, was der Antragsteller damit erreichen will, dem Rechtsschutzziel in der Hauptsache, so spricht man von einer Vorwegnahme der Hauptsache. Diese ist grundsätzlich unzulässig. Ausnahme: Der Antragsteller würde ohne die Vorwegnahme der Hauptsache Nachteile erleiden, die bei einem Obsiegen in der Hauptsache nicht mehr ausgeglichen werden können oder die hinzunehmen dem Antragsteller aus sonstigen Gründen nicht zuzumuten wäre. Dies folgt aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG). Darüber hinaus wird man für die Vorwegnahme der Hauptsache verlangen müssen, dass der Erfolg in der Hauptsache mit hoher oder überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (BVerwGE 46, 160 [164]; 63, 110 [111]).	
B. Begründetheit des Antrags	
Für die Begründetheit des Antrags ist erforderlich, dass ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund vorliegen.	
Sicherungsanordnung	Regelungsanordnung
I. Sicherungsanspruch Ein Sicherungsanspruch ist gegeben, wenn der Antrag das Bestehen eines eigenen Rechts des Antragstellers betrifft. Im Rahmen der Sicherungsanordnung sind allerdings nur bereits eingenommene und ausgeübte Rechtspositionen sicherungsfähig sind.	I. Regelungsanspruch Ein Regelungsanspruch ist gegeben, wenn zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis streitig ist, aus dem der Antragsteller Rechte herleitet. Streitigkeit ist anzunehmen, wenn die Behörde die vom Antragsteller geltend gemachten Rechte in Abrede stellt oder gegen die geltend gemachte Zahlungsverpflichtungen leugnet.
II. Sicherungsgrund Ein Sicherungsgrund ist gegeben, wenn eine drohende Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts vereiteln oder wesentlich erschweren würde. Hierbei muss • objektiv die Gefahr der Rechtsvereitelung oder der Rechtserschwerung bestehen • diese muss durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes erfolgen. Gefährdungen des Rechts durch einen gegebenen Zustand lassen eine Sicherungsanordnung nicht mehr zu.	II. Regelungsgrund 1. Verhinderung wesentlicher Nachteile oder drohender Gewalt 2. Notwendigkeit der Regelung aus sonstigen Gründen Hier kommt es im Wesentlichen auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache an. • Ist die Hauptsacheklage offensichtlich aussichtslos, ist eine einstweilige Anordnung nicht notwendig. • Ist die Hauptsache offensichtlich aussichtsreich, so muss dennoch hinzutreten, dass dem Antragsteller ein Abwarten nicht zuzumuten ist. • Sind die Erfolgsaussichten offen, so muss eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Folgen der Anordnung und Nichtanordnung erfolgen.
Bei Vorliegen der Voraussetzungen steht der Erlass der einstweiligen Anordnung im Ermessen des Gerichts. Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung hat eine umfassende Abwägung der betroffenen öffentlichen und privaten Interessen zu erfolgen. Maßgeblicher Zeitpunkt ist hierbei der der gerichtlichen Entscheidung.	
Beachte: Die unberechtigte Erlangung einer einstweiligen Anordnung führt nach § 123 III VwGO i.V.m. § 945 ZPO zu einer Schadensersatzpflicht.	

Lösungsübersicht Fall 7
--

A. Zulässigkeit des Antrags auf einstweilige Anordnung

- I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO
- II. Statthaftigkeit des Anordnungsverfahrens
- III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog
- IV. Vorwegnahme der Hauptsache
- V. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

B. Begründetheit des Antrags

- I. Anordnungsgegenstand
 1. Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO
 2. Regelungsanordnung nach § 123 I 2 VwGO
- II. Anordnungsanspruch
 1. Voraussetzungen des § 4 II GaststättenVO NW
 2. Ermessensreduzierung
 - a) Vertrauensschutz
 - b) Wechselwirkungstheorie
 3. Ermessens Fehlgebrauch

Lösung Unterhaltung für die Kurgäste

Probleme: einstweiliger Rechtsschutz nach § 123 VwGO; Abgrenzung zwischen Sicherungsanordnung und Regelungsanordnung; Vorwegnahme der Hauptsache; Art. 12 GG, Wechselwirkungstheorie; Ermessensreduzierung auf Null; Verkürzung der Sperrzeit nach GastV nw

Blätter: Die einstweilige Anordnung, § 123 VwGO
Ermessensfehler

Blatt 128
Blatt 31

A. Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO

G strebt die **Verkürzung der Sperrzeit** für sein Lokal gem. **§§ 18 GaststättenG, 3 VI GewRV nw** an. Streitentscheidende Normen sind also Vorschriften des öffentlichen Rechts. Es handelt sich deshalb um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, so dass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

II. Statthaftigkeit des Anordnungsverfahrens

Der Erlass der von G begehrten einstweiligen Anordnung wäre nach § 123 V VwGO **unstatthaft**, wenn einer der dort genannten Fälle vorläge, da insofern vorläufiger Rechtsschutz allein **nach § 80 V VwGO** zu gewähren ist.

§ 80 V VwGO findet jedoch nur auf belastende Verwaltungsakte Anwendung, gegen die in der Hauptsache mit der Anfechtungsklage vorzugehen ist. Damit ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung immer dann statthaft, wenn richtige Klageart in der Hauptsache **nicht die Anfechtungsklage** ist. G erstrebt eine Befreiung von der Sperrzeitregelung des § 3 III 3 GewRV nw, also einen begünstigenden Verwaltungsakt. Richtige Klageart in der Hauptsache ist also nicht die Anfechtungs-, sondern die Verpflichtungsklage. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 V VwGO ist somit statthaft.

*Da es für die Statthaftigkeit einer einstweiligen Anordnung nur darauf ankommt, dass **richtige Klageart nicht die Anfechtungsklage** ist, ist es auch möglich, hier nur darzulegen, dass jedenfalls die Voraussetzungen der Anfechtungsklage nicht vorliegen, und die Frage, ob Verpflichtungs-, Leistungs- oder Feststellungsklage einschlägig sind, offen zu lassen. Ein solches Vorgehen empfiehlt sich immer dann, wenn die Feststellung der richtigen Klageart Schwierigkeiten bereitet, wie des etwa beim Kommunalverfassungskstreit der Fall ist.*

III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

G ist gem. § 42 II VwGO analog antragsbefugt, wenn unter Zugrundelegung seines Vortrages die Möglichkeit besteht, dass er durch die Ablehnung der begehrten Sperrstundenverkürzung in seinen Rechten verletzt ist. Ein Anspruch des G kann sich zunächst aus § 3 VI GewRV nw ergeben. Da es sich hierbei jedoch um eine Ermessensentscheidung handelt, hat G allenfalls einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Es ist aber nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen, dass angesichts des Fehlens von Anwohnerbeschwerden hier ein Ermessensfehler vorliegt.

Darüber hinaus trägt G vor, dass ihm durch die Versagung der Genehmigung die Ausübung seines Berufes ohne sachlichen Grund erschwert werde. Er rügt also eine Verletzung seines Grundrechtes auf freie Berufsausübung gem. **Art. 12 I GG** und eine solche Verletzung scheint auch nicht von vornherein ausgeschlossen, da den Sperrzeitregelungen eine berufsregelnde Tendenz nicht abgesprochen werden kann. Die Antragsbefugnis des G ist deshalb zu bejahen.

IV. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Richtiger Antragsgegner ist analog. § 78 I Nr. 1 die Stadt S. Hinsichtlich der sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen bestehen keine Bedenken.

V. Vorwegnahme der Hauptsache

*Streitig ist, ob es sich hierbei um eine **Frage der Zulässigkeit oder der Begründetheit** (so Kopp VwGO, § 123 Rn. 15; Eyermann-Fröhler, § 123 Rn. 16) handelt. Als Beleg für die erstgenannte Ansicht wird vielfach die Rechtsprechung zitiert, welche die einstweilige Anordnung grundsätzlich für „unzulässig“ erklärt, soweit durch sie die endgültigen Entscheidungen im Hauptsacheverfahren vorweggenommen würden (vgl. z.B. VGH München NJW 1986, 751 (752); OVG Münster OVG 18, 387 (389); VOH Kassel NJW 1982, 2459). Aus diesen Formulierungen zu entnehmen, die Rechtsprechung halte die Frage der Vorwegnahme der Hauptsache allgemein für eine besondere Zulässigkeits-(= Sachentscheidungs-)voraussetzung der einstweiligen Anordnung, erscheint indes nicht unbedenklich, weil mit ihnen zur - praktisch bedeutungslosen - dogmatischen Einordnung in aller Regel nicht Stellung bezogen, sondern lediglich dargelegt werden soll, welche **Art von Maßnahmen** - nur vorläufig sichernde - durch einstweilige Anordnung erfolgen dürfen. So wird denn auch in einer der seltenen Entscheidungen, in denen zur Einordnung - zumindest faktisch - Stellung bezogen worden ist, dargelegt, die beantragte Entscheidung könne „aus materiellen Gründen“ nicht erlassen werden, weil die Vorwegnahme der Entscheidung in der Hauptsache nach allgemeiner Meinung unzulässig sei. Ob man die Vorwegnahme der Hauptsache im Rahmen der Zulässigkeit der einstweiligen Anordnung prüft, wird daher davon abhängen, ob man sie als besondere Sachentscheidungsvoraussetzung der einstweiligen Anordnung versteht, was mit der Begründung bejaht werden mag, es komme nur auf einen Vergleich der Anträge im Hauptsacheverfahren und im einstweiligen Anordnungsverfahren und nicht auf deren materielle Würdigung an. Für die gegenteilige Meinung spricht demgegenüber, dass die Vorwegnahme der Hauptsache die Frage nach den im Einzelnen statthaften Maßnahmen zur Erreichung des Sicherungszwecks, d.h. den materiellen Regelungsinhalt der gerichtlichen Entscheidung betrifft.*

In einer Klausur ist es - wie bei allen Aufbaufragen - nicht angebracht, auf diesen Streit einzugehen. Es reicht aus, dass das Problem entweder im Rahmen der Zulässigkeit oder der Begründetheit angesprochen wird.

Bedenken gegen die Zulässigkeit des Antrags könnten sich daraus ergeben, dass mit der Zubilligung der Sperrstundenverkürzung im einstweiligen Anordnungsverfahren die Entscheidung in der Hauptsache vorweggenommen würde, **denn mehr könnte G auch mit der Verpflichtungsklage nicht erreichen**. Die Vorwegnahme der Hauptsache widerspricht aber dem Sicherungszweck der einstweiligen Anordnung und ist deshalb grundsätzlich unzulässig.

Im Hinblick auf Art. 19 IV GG (**Gebot des effektiven Rechtsschutzes**) ist eine Vorwegnahme der Hauptsache im einstweiligen Rechtsschutzverfahren aber ausnahmsweise dann zulässig, wenn es dem Antragsteller wegen der damit verbundenen **schweren Nachteile** nicht zugemutet werden kann, die Entscheidung in der **Hauptsache abzuwarten**.

BVerwGE 63, 110 (111); Wassermann, in: AK-GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 6 zum Gebot des effektiven Rechtsschutzes; Finkelnburg-Jank, vorläufiger Rechtsschutz Rn. 236 m.w.N.

Eine Entscheidung in der Hauptsache ist kurzfristig nicht zu erlangen. G müsste also ohne eine entsprechende einstweilige Anordnung zunächst die neuen Öffnungszeiten einhalten und den damit verbundenen **Umsatzrückgang** hinnehmen. Dieser einmal eingetretene Nachteil ließe sich auch durch eine spätere, für G günstige Entscheidung in der Hauptsache **nicht mehr beseitigen**. Um den durch Art. 19 IV GG garantierten Rechtsschutz nicht leer laufen zu lassen, ist deshalb hier ausnahmsweise eine Vorwegnahme der Hauptsache im einstweiligen Anordnungsverfahren zuzulassen.

Der Antrag des G ist also auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Vorwegnahme der Hauptsache unzulässig.

Zwischenergebnis: Der Antrag ist somit zulässig.

B. Begründetheit des Antrags

B. Begründetheit des Antrags

Der Antrag des G auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet, wenn G **Anordnungsanspruch** (den zu regelnden bzw. sichernden Anspruch) und **Anordnungsgrund** (Gefährdung des Anspruchs) gem. § 123 I, III VwGO i.V.m. §§ 920 II, 294 ZPO glaubhaft gemacht hat.

Die verringerten Anforderungen im Verfahren nach § 123 VwGO - Glaubhaftmachung statt Beweis - beziehen sich nur auf die Tatsachen die der Entscheidung zugrunde gelegt werden (arg. e § 294 Abs. 1 ZPO). Bezüglich der Tatsachen kann sich das Gericht also auf eine summarische Sachverhaltsermittlung beschränken. Die rechtliche Würdigung dieser Tatsachen hat dagegen regelmäßig in vollem Umfang zu erfolgen. Ausnahmen bestehen nur bei besonders schwierigen gutachterlichen Rechtsfragen.

Da bei Klausuren von einem feststehenden Sachverhalt auszugehen ist, ergeben sich also keine Unterschiede zur Prüfung der Begründetheit einer Klage in der Hauptsache. In beiden Fällen sind die sich aus dem Sachverhalt ergebenden Rechtsfragen umfassend zu würdigen.

I. Anordnungsgegenstand

Fraglich ist zunächst, ob der Antrag materiell nach § 123 I 1 VwGO (sog. Sicherungsanordnung) oder nach § 123 I 2 VwGO (sog. Regelungsanordnung) zu beurteilen ist.

Das Verhältnis der beiden Arten der einstweiligen Anordnung ist im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ebenso umstritten wie das der einstweiligen Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO. Die Praxis bemüht sich um die Unterscheidung nur selten, weil die Übergänge fließend sind und beiden Formen der einstweiligen Anordnung gemeinsam ist, dass Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund glaubhaft gemacht werden müssen. Da jedoch § 123 I 1 VwGO die - häufig nicht mögliche Glaubhaftmachung eines gefährdeten Rechtes voraussetzt, während für § 123 I 2 VwGO die Glaubhaftmachung eines Rechtsverhältnisses genügt, die Anforderungen also geringer sind, ist eine Unterscheidung zwischen den beiden Formen der einstweiligen Anordnung angebracht: vgl. dazu OVG Koblenz NJW 1978, 2355; Finkelnburg-Jank, a.a.O., Rn. 208 ff.

1. Sicherungsanordnung nach § 123 I 1 VwGO

Voraussetzung für den Erlass einer Sicherungsanordnung ist, dass der Antragsteller mit der einstweiligen Anordnung den **Schutz eines gefährdeten materiellen Rechts** erstrebt (Aufrechterhaltung des status quo).

Als materielles Recht, dessen Schutz G begehrt, kommt allein das Recht, die Gaststätte im Zeitraum vom 01.01.2012 bis zum 31.03.2012 über die Sperrzeit hinaus geöffnet halten zu dürfen, in Betracht. Ein derartiges Recht stand G jedoch bislang nicht zu, da die Ausnahmegenehmigung bis zum 31.12.2011 **befristet** war und somit für den Zeitraum danach wieder die Sperrzeitenregelung des § 3 III 3 GewRV nw gilt. G begehrt mit seinem Antrag also nicht den Schutz eines bestehenden und gefährdeten Rechts, sondern eine **neue Begünstigung**. Somit kommt eine Anordnung nach § 123 I 1 VwGO nicht in Betracht.

2. Regelungsanordnung nach § 123 I 2 VwGO

Der Regelungsanordnung nach § 123 I 2 VwGO kommt im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG eine **Auffangfunktion** bei Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung zu (VGH Mannheim, NJW 96, 538). Liegen die Voraussetzungen für eine Sicherungsanordnung nicht vor, so kann jedenfalls noch eine Regelungsanordnung möglich sein.

Zwischen G und dem Bürgermeister von S ist streitig, ob G einen **Anspruch auf diese Genehmigung** hat. Es besteht also ein streitiges Rechtsverhältnis; so dass eine Regelungsanordnung gem. § 123 Abs. 1 S.2 VwGO ergehen kann.

II. Anordnungsanspruch

Ein Anspruch des G auf einstweilige Regelung dieses streitigen Rechtsverhältnisses besteht dann, wenn G unter Zugrundelegung des im einstweiligen Rechtschutzverfahren ermittelten Sachverhalts einen Anspruch auf Erteilung der von ihm begehrten Genehmigung hat. Dies erfordert zunächst, dass die **Voraussetzungen des § 3 VI GewRV nw** vorliegen, die Erteilung einer Ausnahme genehmigung also überhaupt zulässig ist.

1. Voraussetzungen des § 3 VI GewRV nw

§ 3 VI GewRV nw setzt voraus, dass entweder ein **besonderes öffentliches Bedürfnis** nach verlängerten Öffnungszeiten besteht oder **besondere örtliche Verhältnisse** verlängerte Öffnungszeiten rechtfertigen. In beiden Fällen handelt es sich um **unbestimmte Rechtsbegriffe**, die der Auslegung bedürfen.

Auslegungsmaßstab ist zunächst einmal der **Zweck der Sperrzeitenregelung** (Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, Schutz der Volksgesundheit, Nachbarschutz).

Vgl. dazu OVG Münster NJW 1972, 1069;

Da es sich bei der Sperrzeitenregelung jedoch um eine **Berufsausübungsregelung** handelt, die die Berufsfreiheit des **Art. 12 I GG zulässig einschränkt** (OVG Münster, aaO), ist bei der Auslegung dieser Regelung selbst wieder Art. 12 GG zu berücksichtigen, die Schranken der Berufsausübungsfreiheit sind „**im Lichte**“ des Art. 12 GG auszulegen.

vgl. zur Wechselwirkung zwischen Grundrechtsbeschränkung und Grundrecht grundlegend, BVerfGE 7,198 (206 f) (Lüth-Urteil); v.Münch, GG, Art. 5 Rn. 61; AK-GG-Denninger, Art. 12 Rn. 19.

Daraus folgt, dass die Ausnahmebestimmung des § 3 VI GewRV nw **so auszulegen** ist, dass die **Berufsausübungsfreiheit nicht mehr eingeschränkt** wird **als** zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Volksgesundheit und der Nachbarn **unerlässlich** ist. Ein öffentliches Bedürfnis nach verlängerten Öffnungszeiten ist deshalb immer dann zu bejahen, wenn das Interesse weiter Teile der örtlichen Bevölkerung an Lokalen mit verlängerten Öffnungszeiten so groß ist, dass dahinter das Interesse am Schutz der genannten Rechtsgüter eindeutig zurücktritt.

Vgl. OVG Münster, a.a.O. ; BVerwG Gewerbearchiv 1977, 24; Jarass, NJW 1981, 722.

Hierbei ist einerseits zu berücksichtigen, dass in **Kurorten ein starkes Bedürfnis nach Unterhaltungsmöglichkeiten** besteht, das sich auch auf das Vorhandensein von Lokalen mit verlängerter Öffnungszeit bezieht. Andererseits muss jedoch auch das Interesse der **Einwohner und**

Kurgäste an ungestörter Nachtruhe, das durch den Betrieb von Nachtlokalen beeinträchtigt wird, gewürdigt werden. Bei Abwägung dieser beiden Interessen lässt sich ein **eindeutiger Vorrang des Unterhaltungsbedürfnisses nicht feststellen**. Ein besonderes öffentliches Interesse lässt sich deshalb nicht bejahen.

Wenn schon für die Stadt S kein besonderes öffentliches Interesse an Lokalen mit verlängerter Öffnungszeit feststellbar ist, so rechtfertigen jedoch möglicherweise die **besonderen örtlichen Verhältnisse** der Gaststätte des G für diese eine Ausnahme von der Sperrzeitenregelung. Unter **Berücksichtigung** des **Schutzzwecks** der Sperrzeitenregelung einerseits und des **Art. 12 Abs. 1 GG** andererseits sind besondere örtliche Verhältnisse, die eine verlängerte Öffnungszeit rechtfertigen, immer dann zu bejahen, wenn **aufgrund der örtlichen Lage des konkreten Betriebes von diesem keine erheblichen Gefahren für die zu schützenden Rechtsgüter ausgehen**. Hierbei müssen sich die Verhältnisse im örtlichen Bereich so von den Verhältnissen anderer örtlicher Bereiche unterscheiden, dass deswegen eine Abweichung von der allgemeinen Sperrzeit gerechtfertigt erscheint.

Der Betrieb des G liegt 1500 m von den nächsten Häusern entfernt, so dass eine Beeinträchtigung der Anwohner durch verlängerte Öffnungszeiten ausgeschlossen erscheint. Dementsprechend sind bisher auch **keine Beschwerden von Anwohnern** laut geworden. Darum erscheint es geboten, für den Betrieb des G das Merkmal „besondere örtliche Verhältnisse“ zu bejahen. Die Voraussetzungen des § 3 VI GewRV nw liegen also vor.

2. Ermessensreduzierung

Rechtsfolge des § 3 VI GewRV nw ist jedoch nur, dass die Behörde eine Ausnahme genehmigung erteilen **kann**. Die Gewährung steht also im **Ermessen** der Behörde und G hat deshalb **nur** dann einen **Anspruch**, wenn die Behörde allein durch die Erteilung der begehrten Genehmigung ihr Ermessen fehlerfrei ausüben konnte, also ein Fall der **Ermessensreduzierung auf Null** vorliegt (VGH Kassel, NJW 89, 470).

a) Vertrauensschutz

Unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes könnte sich eine solche Ermessensreduzierung ergeben, weil die Behörde die **Genehmigung bisher mehrmals erteilt** hat.

Dieses Problem wird unter dem Stichwort „Kettenverwaltungsakt“ diskutiert, vgl. Stelkens-Bonk-Leonhardt, § 36 Rn. 10 m.w.N.

Voraussetzung dafür ist aber, dass das **Vertrauen** des G in die weitere Erteilung der Genehmigung schutzwürdig ist. Dem steht jedoch entgegen, dass die Genehmigung immer nur mit dem **ausdrücklichen Hinweis** erteilt wurde, dass aus der Erteilung nicht geschlossen werden dürfe, dass die Sperrzeit auch in Zukunft regelmäßig im bisherigen Umfang verkürzt werde. Die Verwaltung hat also deutlich gemacht, dass sie durch die mehrmalige Erteilung der Genehmigung **keine Selbstbindung** durchführen wollte.

Diese Befristung könnte allenfalls dann die Selbstbindung nicht verhindern, wenn sie routinemäßig für einen überlangen Zeitraum gesetzt würde.

Vgl. BVerwG NJW 1980, 2763 (2764).

Hierfür gibt es aber keinen Anhaltspunkt in diesem Fall.

Das Vertrauen des G ist deshalb **nicht schutzwürdig**. Die von ihm getätigten Investitionen fallen allein in sein **unternehmerisches Risiko**.

b) Wechselwirkungstheorie

Aber auch bei der Ermessensausübung hat die Behörde **Art. 12 I GG** zu berücksichtigen und möglicherweise ergibt sich hieraus eine Ermessensreduzierung.

Dies wäre dann der Fall, wenn die zur Begründung der Versagung der Genehmigung abgegebene Erklärung entweder **keine vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls** darstellte, oder die Versagung der Genehmigung zur Erreichung dieses Zwecks **nicht geeignet, nicht erforderlich** oder **unverhältnismäßig** ist. Die Gemeinde hat sich zur Begründung ihrer Entscheidung auf das erhöhte Ruhebedürfnis der Kurgäste berufen, das durch **nächtlichen Straßenverkehr** beeinträchtigt werde. Dabei ist davon auszugehen, dass ein Teil des nächtlichen Straßenverkehrs auf die von und zur Gaststätte fahrenden Gäste des G zurückzuführen ist. Nach überwiegender Meinung muss der **Verkehrslärm der Gästefahrzeuge** dem Gastwirt zugerechnet werden.

VGH München Gewerbearchiv 1982, 239; VGH Kassel NJW 1964, 321

Die Maßnahme dient also dem **Schutz der Volksgesundheit** und stellt damit eine vernünftige und im Rahmen des § 3 III GewRV nw zulässige Erwägung des Allgemeinwohls dar. Da ein Teil des nächtlichen Straßenverkehrs in S durch die Gäste des G verursacht wird, ist die Versagung der Ausnahmegenehmigung für die Wochentage auch ein geeignetes Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks. Andere, den G weniger belastende Maßnahmen sind nicht ersichtlich, deshalb war die Versagung der Genehmigung auch erforderlich. Da die **Volksgesundheit eindeutigen Vorrang vor dem Erwerbsstreben** einzelner besitzt, ist die Maßnahme weiter verhältnismäßig. Auch aus Art. 12 Abs. 1 GG ergibt sich somit keine Ermessensreduzierung. G hat demnach keinen Anspruch auf die Erteilung der verzagten Genehmigung.

3. Ermessensfehlgebrauch

Es liegt somit zwar kein Fall der Ermessensreduzierung auf Null vor, möglicherweise rechtfertigt aber auch ein Ermessensfehlgebrauch der Behörde den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung. Insofern besteht allerdings das schwerwiegende Bedenken, dass das **Verwaltungsgericht** dem G im einstweiligen Rechtsschutzverfahren dann **mehr gewähren** würde, als er im Hauptsacheverfahren erlangen könnte. Im Hauptsacheverfahren würde nämlich bloß ein Bescheidungsurteil gem. § 113 Abs. 5 S.2 VwGO ergehen.

Aus diesem Grund lehnt die **überwiegende Meinung** den Erlass einer einstweiligen Anordnung in derartigen Fällen ab, vgl. Finkelnburg-Jank, a.a.O., Rn. 146; Redeker/v.Oertzen, § 123 Rn. 6 m.w.N.; a.A. VGH Mannheim DÖV 1974. 263; Kopp, VwGO, § 123 Rn 12.

Diese Frage kann hier jedoch dahinstehen, wenn ein Fall des Ermessensfehlgebrauchs nicht vorliegt. Ein Ermessensfehlgebrauch könnte sich hier allen-

falls daraus herleiten lassen, dass die Behörde das Interesse **des G an der ungehinderten Berufsausübung nicht ausreichend berücksichtigt** hat. Dagegen spricht jedoch, dass G die Ausnahmegenehmigung nicht vollkommen versagt wurde. Vielmehr wurde für das **Wochenende**, an dem regelmäßig der **größte Umsatz** erzielt wird, den Wünschen des G entsprochen. Hierdurch wird deutlich, dass sich die Behörde bei ihrer Entscheidung nicht allein von Erwägungen zum Schutz der Volksgesundheit leiten ließ, sondern auch die berechtigten Interessen des G berücksichtigt hat.

Ein Ermessensfehlgebrauch ist demnach nicht feststellbar. Eine einstweilige Anordnung kann also auch unter diesem Gesichtspunkt nicht ergehen.

Ein Anordnungsanspruch besteht somit nicht.

Ergebnis: Mangels Anordnungsanspruchs wird das Verwaltungsgericht den Antrag des G auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ablehnen.

Wiederholungsfragen Fall 7
Unterhaltung für die Kurgäste

1. Wann ist das Verfahren nach § 123 VwGO statthaft?
2. Welche **zwei Unterarten** der einstweiligen Anordnung sind zu unterscheiden?
3. Wie werden Sie voneinander abgegrenzt?
4. Welches sind die Voraussetzungen für eine einstweilige Anordnung?
5. Was versteht man unter der **Vorwegnahme der Hauptsache**?
6. Wann ist sie **ausnahmsweise zulässig**?
7. Kommt es für die Begründetheit des Antrags auf die **Erfolgsaussichten** in der Hauptsache an?
8. Wann sind Eingriffe in die **Berufsausübungsfreiheit** zulässig?
9. Bei der Anwendung einer Norm, die zulässig in die Berufsausübungsfreiheit eingreift, spielt Art. 12 GG wiederum eine Rolle. Warum?
10. Gilt das nur für Art. 12 GG?
11. Wann besteht ein **Anspruch** auf eine Begünstigung, wenn die Gewährung im **Ermes-**
sen der Behörde steht?
12. Was versteht man darunter?
13. Sind bei der **Ermessensausübung** betroffene Grundrechte zu berücksichtigen? Wo-
raus ergibt sich das?