

**Titel:**

**Öffentlich-rechtliche Nachbarschutzansprüche innerhalb der Gemeinschaft der Miteigentümer desselben Grundstücks**

**Normenketten:**

VwGO § 42 Abs. 2, § 43 Abs. 2 S. 1, § 55a, § 55d, § 113 Abs. 1 S. 1, S. 4, § 132 Abs. 2, § 133, § 154 Abs. 2, Abs. 3, § 162 Abs. 2 S. 1, S. 2 Abs. 3, § 167 Abs. 1 S. 1, Abs. 2

BauNVO § 4, § 15 Abs. 1 S. 2

BayBO Art. 68 Abs. 4

BayGastV § 8

BayVwVfG Art. 13 Abs. 2, Art. 21, Art. 22, Art. 24, Art. 25, Art. 28, Art. 43 Abs. 2

BGB § 1004

GastG § 3 Abs. 1 S. 1, § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Nr. 3, § 5 Abs. 1 Nr. 3, § 11 Abs. 1, § 18 Abs. 1

GewO § 15 Abs. 2

GKG § 17 Abs. 2 S. 1, § 47 Abs. 1 S. 1, § 52 Abs. 1

VwGO § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, Abs. 5, § 80a

WEG § 1 Abs. 2, Abs. 3, § 3 Abs. 1 S. 1, § 9a Abs. 2 S. 1, § 10 Abs. 6 S. 5, § 14 Abs. 1 Nr. 1, § 15 Abs. 1, Abs. 3, § 18 Abs. 2 Nr. 2, § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 7, § 48 Abs. 5

WEMoG Art. 1 Nr. 10

**Leitsätze:**

1. Auch nach Inkrafttreten des Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes am 1. Dezember 2020 schließt das Sondereigentum nach dem Wohnungseigentumsgesetz öffentlich-rechtliche Nachbarschutzansprüche innerhalb der Gemeinschaft der Miteigentümer desselben Grundstücks aus, und zwar auch dann, wenn Störungen durch einen nicht zur Eigentümergemeinschaft gehörenden Dritten geltend gemacht werden (vgl. BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97). (Rn. 75)
2. Diese Grundsätze gelten auch für die Klage einer Wohnungseigentümergemeinschaft gegen die für eine Teileigentumseinheit erteilte Gaststättenerlaubnis. (Rn. 57 – 58)

**Schlagworte:**

Fortsetzungsfeststellungsklage einer Wohnungseigentümergemeinschaft gegen für eine Teileigentumseinheit auf dem gleichen Grundstück erteilte (z.T. vorläufige) gaststättenrechtliche Erlaubnisse, Prozessführungsbefugnis (bejaht), Fortsetzungsfeststellungsinteresse (verneint), Klagebefugnis (verneint), Anordnung der sofortigen Vollziehung, Baugenehmigung, berechtigtes Interesse, Auflagen, Fortsetzungsfeststellungsinteresse, Nachbarschutz, Fortsetzungsfeststellungsklage, Wiederholungsgefahr, Sondereigentum, öffentlich-rechtliche Nachbarschutzansprüche, Prozessführungsbefugnis, Eigentümergemeinschaft,

**Vorinstanz:**

VG München, Urteil vom 17.10.2017 – M 16 K 15.5398

**Rechtsmittelinstanzen:**

BVerwG, Beschluss vom 14.06.2023 – 8 B 43.22

BVerwG, Beschluss vom 07.06.2024 – 8 B 40.23

**Fundstelle:**

BeckRS 2022, 10640

**Tenor**

I. Die Berufung wird zurückgewiesen.

II. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.

III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

## Tatbestand

1

Die Klägerin, eine Wohnungseigentümergemeinschaft, begeht Rechtsschutz im Hinblick auf (teilweise vorläufige) gaststättenrechtliche Erlaubnisse, die dem nicht zu ihren Mitgliedern gehörenden Beigeladenen für im Teileigentum stehende Räume auf dem Grundstück der Mitglieder der Klägerin erteilt worden sind.

2

Im gemeinschaftlichen Eigentum der Mitglieder der Klägerin steht u.a. das Grundstück Fl.Nr. ... der Gemarkung S ... Das Grundstück ist mit einem Hochhaus bebaut, das über 500 Wohnungen in den Obergeschossen sowie im Erdgeschoss mehrere gewerbliche Flächen aufweist. Der vorliegende Rechtsstreit betrifft die Teileigentumseinheit Nr. 11. Gaststättenrechtliche Erlaubnisse für die Teileigentumseinheit Nr. 4 sind Gegenstand der Verfahren 22 B 19.196 und 22 B 21.860.

3

Mit Bescheid vom 10. Oktober 2014 erteilte die Beklagte dem Beigeladenen für von der Teileigentumseinheit Nr. 11 umfasste Räume eine längstens bis 8. Januar 2015 gültige vorläufige Erlaubnis gem. § 11 Abs. 1 GastG für den Betrieb „B ...“, welcher sich auch auf einen Wirtschaftsgarten erstreckte. Diese Erlaubnis wurde unter Auflagen und Beschränkungen erteilt. U.a. durften ins Freie führende Türen und Fenster grundsätzlich nur bis 22:00 Uhr offenstehen; die Beschallung der Freischankfläche war unzulässig.

4

Mit Bescheiden vom 23. Dezember 2014 und vom 8. April 2015 erteilte die Beklagte dem Beigeladenen jeweils eine Verlängerung der vorläufigen Erlaubnis vom 10. Oktober 2014 (Gültigkeit vom 9.1.2015 bzw. 9.4.2015 bis längstens 8.4.2015 bzw. 8.7.2015).

5

Mit Bescheiden vom 8. April 2015 und vom 8. Mai 2015 verfügte die Beklagte gegenüber dem Beigeladenen aufgrund von Anwohnerbeschwerden auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 GastG Auflagen betreffend insbesondere den Lärmschutz, die Abluftanlage und die Vermeidung von Geruchsbelästigungen durch Shisha-Rauchen.

6

Mit Bescheid vom 1. Juli 2015 erteilte die Beklagte dem Beigeladenen die gaststättenrechtliche Erlaubnis zum Betrieb der Schank- und Speisewirtschaft „B ...“. Sie wurde bezüglich Speisen auf die Erwärmung fertig angelieferter Pizzen und ähnlichem beschränkt. Bezüglich der Öffnungszeiten wurde hinsichtlich des Gastraums auf die gesetzlichen Sperrzeiten verwiesen; die Öffnungszeiten des Wirtschaftsgartens wurden auf 6.00 Uhr bis 22.00 Uhr festgelegt. Die Erlaubnis wurde unter Auflagen erteilt. So durften ins Freie führende Türen und Fenster grundsätzlich nur bis 22.00 Uhr offenstehen. Die Beschallung der Freischankfläche war unzulässig. Im Wirtschaftsgarten durfte keine lärmende Beschallung stattfinden. Bis zur vollständigen Erledigung der Lärmschutzauflagen gemäß dem Bescheid vom 8. April 2015 durften ab 22.00 Uhr keine Musikanlagen und sonstige Tonträger abgespielt werden.

7

Am 30. November 2015 erhob die Klägerin Klage zum Bayerischen Verwaltungsgericht München gegen den Betrieb des Beigeladenen.

8

Mit Bescheid vom 15. Dezember 2015 ordnete die Beklagte die sofortige Vollziehung

9

der gaststättenrechtlichen Erlaubnis vom 1. Juli 2015 an. Ein von der Klägerin gestellter Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz blieb ohne Erfolg (VG München, B.v. 14.1.2016 - M 16 S 15.5399; BayVGH, B.v. 18.4.2016 - 22 CS 16.256).

**10**

Mit Bescheid der Beklagten vom 28. Dezember 2015 erteilte die Beklagte dem Beigeladenen auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 GastG weitere Auflagen, hier insbesondere betreffend das Rauchen von Shisha-/Wasserpfeifen und diesbezügliche Gefahren durch das Entstehen von CO.

**11**

Mit Bescheid vom 18. Januar 2016 widerrief die Beklagte die Gaststättenerlaubnis vom 1. Juli 2015 gem. § 15 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG wegen Unzuverlässigkeit des Beigeladenen. Dabei wurde insbesondere auf mehrere gegen den Beigeladenen ergangene Bußgeldbescheide wegen unzulässigen Lärms sowie auf Verstöße gegen das Gesundheitsschutzgesetz, das Gaststättengesetz und gaststättenrechtliche Auflagen abgestellt. Dieser Bescheid erwuchs in Bestandskraft.

**12**

In der Folge stellte die Klägerin ihre Klage auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage um.

**13**

Mit Gerichtsbescheid vom 30. Dezember 2016 wies das Verwaltungsgericht die Klage

**14**

ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt: Die Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO sei hinsichtlich der Gaststättenerlaubnis vom 1. Juli 2015 zwar statthaft. Die Klägerin habe aber kein Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Es bestehe keine hinreichend bestimmte (Wiederholungs-) Gefahr, dass in den zuletzt vom Beigeladenen genutzten Räumen wieder eine Gaststätte mit genau gleichen Umwelteinwirkungen betrieben würde, wie sie mit dem Lokal einhergingen, auf das sich der Bescheid vom 1. Juli 2015 bezogen habe. Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse könne auch nicht wegen eines Rehabilitationsinteresses angenommen werden. Ein solches Interesse ergebe sich aus dem Vortrag der Klägerin auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses.

**15**

Hierauf beantragte die Klägerin die Durchführung der mündlichen Verhandlung. Ferner formulierte sie ihre Klageanträge ein weiteres Mal um.

**16**

Mit Urteil vom 17. Oktober 2017 wies das Verwaltungsgericht die Klage ab. Auf die Begründung des Gerichtsbescheids wurde verwiesen.

**17**

Zur Begründung ihrer vom Senat wegen besonderer tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten zugelassenen Berufung trägt die Klägerin - ähnlich ihrem erstinstanzlichen Vorbringen - im Wesentlichen Folgendes vor:

**18**

Eine öffentlich-rechtliche und keine zivilrechtliche Streitigkeit liege vor, zumal seit einem von der Klägerin erwirkten Urteil des Landgerichts München I (vom 4.4.2011 - 1 S 16861/09) nicht mehr von einer Binnenstreitigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft ausgegangen werden könne. Gem. § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG sei der Rechtsstreit unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur fehlenden Klagebefugnis bei innerhalb einer Wohnungseigentümergemeinschaft erteilten Erlaubnissen sei hier nicht einschlägig. In diesen Entscheidungen habe - anders als hier - kein Streit über die Baugebietsart oder die Zulässigkeit der Nutzung nach der Teilungserklärung und den Gebrauchsregelungen der Wohnungseigentümergemeinschaft bestanden. Vorliegend sei die Erlaubnis aber im Widerspruch zu diesen Regelungen der Klägerin und zur faktisch vorliegenden Baugebietsart (allgemeines Wohngebiet) erteilt worden. Die Klärung im Verwaltungsrechtsweg sei einfacher und weniger kostenintensiv als wiederholte zivilrechtliche Streitigkeiten. Die Wohnungseigentümergemeinschaft habe ein Wahlrecht, ob sie einen sich aus § 1004 BGB ergebenden Unterlassungsanspruch privatrechtlich oder auf dem Verwaltungsrechtsweg geltend machen wolle.

**19**

Die Eigentümer hätten nur Beeinträchtigungen und Störungen hinzunehmen, die für nach den Regelungen der Wohnungseigentümergemeinschaft zulässige gastronomische Nutzungen typisch seien; diese

Regelungen seien vorrangig und auch von der Beklagten zu beachten gewesen. Die Teileigentumseinheit Nr. 11 dürfe nur als Restaurant und nicht mit der hier gestatteten Öffnungszeit bis 5:00 Uhr genutzt werden. Jedenfalls seit dem Urteil des Landgerichts München I vom 4. April 2011 bestehe kein Streit mehr um den Inhalt der Teilungserklärung. Bei dem Betrieb des Beigeladenen habe es sich um eine Vergnügungsstätte bzw. um eine Nachtbar gehandelt (Shisha-Bar mit lauter Musik, Großbildschirmen mit Videodarbietungen). Diese Nutzung besitze gegenüber einem „Restaurant“ ein erheblich größeres und wohnunverträgliches Störpotenzial; zu entsprechenden Störungen sei es auch gekommen (z.B. Lärm-, Geruchs-, Rauch- und CO-Immissionen). Den Regelungen der Wohnungseigentümergemeinschaft entgegenstehende gaststättenrechtliche Erlaubnisanträge hätten - entsprechend einem Beschluss des Ausschusses für Stadtplanung und Bauordnung der Beklagten - auch wegen fehlenden Sachbescheidungsinteresses abgelehnt werden müssen.

## **20**

Die Festsetzung eines Kerngebiets im einschlägigen Bebauungsplan sei bereits seit langem funktionslos geworden. Die Funktionslosigkeit der Festsetzung des Bebauungsplans sei unabhängig von einem von der Klägerin erfolglos betriebenen Normenkontrollverfahren inzident zu prüfen. Faktisch stelle sich die Bebauung als allgemeines Wohngebiet dar (§ 4 BauNVO), wie auch im Flächennutzungsplan seit 1992 festgesetzt. Das Vorliegen eines allgemeinen Wohngebiets hätten auch das Verwaltungsgericht München im Verfahren M 8 K 08.369 sowie das Landgericht München I in seinem o.g. Urteil aus dem Jahre 2011 festgestellt. Die Beklagte wolle demgegenüber Kerngebietsräume in den äußeren Stadtbezirken schaffen und hierzu kerngebietstypische spielhallen- und vergnügungsstättenähnliche Nachbars ansiedeln bzw. verlagern.

## **21**

Zudem weiche die Nutzung durch den Beigeladenen von bisher erteilten Baugenehmigungen ab bzw. es fehle generell an der nötigen Baugenehmigung. Für die Teileigentumseinheit Nr. 11 sei ein Restaurant baurechtlich genehmigt. Damit habe die dort betriebene Shisha-Bar nicht in Einklang gestanden; vielmehr habe eine Vergnügungsstätte vorgelegen. Die Küche in dieser Teileigentumseinheit sei 2014 stillgelegt und anschließend für die Vorbereitung der Shisha-Wasserpfeifen (einschl. Kohlenerzeugung) missbraucht worden.

## **22**

Des Weiteren sei die in der Erlaubnis angegebene Betriebsart „Schank- und Speisewirtschaft“ zu unbestimmt und verstöße in dieser Allgemeinheit ebenfalls gegen die Regelungen der Wohnungseigentümergemeinschaft. Diese Bezeichnung stimme auch nicht mit dem tatsächlichen Betrieb als Vergnügungsstätte bzw. Nachtbar überein. Die Beklagte habe zudem nicht geprüft, welche Betriebsart tatsächlich beabsichtigt sei. Da die hier in Rede stehende Betriebsart von den zulässigen, wohngebietsverträglichen Gaststättennutzungen zum Nachteil der Bewohner abweiche, habe auch keine Übernahme i.S.d. § 11 Abs. 1 GastG vorgelegen.

## **23**

Die Klägerin sei durch die rechtswidrigen Bescheide in ihren Rechten verletzt worden (insbesondere § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3, § 5 Abs. 1 Nr. 3, § 18 Abs. 1 GastG i.V.m. § 8 BayGastV). Ferner habe die Beklagte gegen zahlreiche verwaltungsverfahrensrechtliche Vorschriften verstößen (Art. 13 Abs. 2, Art. 21, Art. 22, Art. 24, Art. 25, Art. 28 BayVwVfG). Insbesondere habe die Beklagte die Klägerin nicht als Beteiligte behandelt, sie nicht angehört und einseitig zu Gunsten des Beigeladenen gehandelt.

## **24**

Die Beklagte berühme sich nach wie vor der Rechtmäßigkeit ihres Handelns und habe dies auch bereits (presse-) öffentlich getan; sie sei auch weiterhin bereit, öffentlich-rechtliche Gestaltungen insbesondere unter Verstoß gegen die vorrangigen Regelungen der Wohnungseigentümergemeinschaft und unter Zugrundelegung der Kerngebietsfestsetzung des einschlägigen Bebauungsplans zu erteilen. Damit liege wegen Wiederholungsgefahr ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO vor. Ein solches berechtigtes Interesse bestehe auch deshalb, weil der Klägerin durch die Amtspflichtverletzungen der Beklagten mutwillig Rechtsverfolgungskosten in beträchtlicher Höhe entstanden seien; dies begründe eine Präjudizialität für Schadensersatz- oder sonstige Entschädigungsansprüche. Weiter habe die Beklagte die Vertreter der Klägerin durch öffentliche Aussagen in den Printmedien gleichsam als „Querulant“ dargestellt. Es sei daher klarzustellen, dass die Rechtsschutzgesuche der Wohnungseigentümer von

Anfang an geboten und begründet gewesen seien. Zudem lägen tiefgreifende Grundrechtseingriffe vor. Weiterhin müsse gegen sich typischerweise kurzfristig erledigende Verwaltungsakte (hier die nur auf drei Monate befristeten Bescheide nach § 11 GastG) nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Rechtsschutz zulässig sein.

**25**

Die Klägerin beantragt zuletzt,

**26**

I. Das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 17. Oktober 2017 (M 16 K 15.5398) wird aufgehoben.

**27**

II. Es wird festgestellt, dass die dem Beigeladenen am 10. Oktober 2014 erteilte Gaststättenerlaubnis sowie die danach erteilten weiteren Gaststättenerlaubnisse vom 8. April 2015 und vom 1. Juli 2015 und die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Bescheides vom 1. Juli 2015 rechtswidrig sind.

**28**

III. Es wird festgestellt, dass die Erlaubnisse und die jeweilige Ausübung dieser

**29**

Betriebsart

**30**

a) ohne die zivilrechtliche Verfügungsbefugnis und das Sachbescheidungsinteresse der jeweiligen Erlaubnisbewerber für die tatsächlich ausgeübte Betriebsart und ohne die sonstigen dafür erforderlichen zivil wie öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen und Genehmigungen an den Beigeladenen erlaubt worden sind.

**31**

b) im Widerspruch zu den gebäude- und sicherheitstechnischen Voraussetzungen in Bezug auf die Lage, die Beschaffenheit, Ausstattung, Lüftungserfordernisse, CO-Sicherheitsanlagen und sonstigen Anforderungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Versagungsgrund und Drittschutz gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 GastG) erteilt bzw. erlaubt worden sind.

**32**

IV. Es wird festgestellt, dass die Klägerin durch die Verwaltungsakte, Verwaltungshandlungen (Sofortvollzugsanordnungen) und Gerichtsentscheidungen in ihren Rechten verletzt ist sowie durch die danach zum Zweck der Fortführung solcher teilungserklärungswidrigen und kerngebietstypischen Betriebsarten in der Teileigentumseinheit Nr. 4 fortgesetzt erteilten Erlaubnisse in ihren Rechten verletzt wird.

**33**

Die Beklagte beantragt,

**34**

die Berufung zurückzuweisen.

**35**

Sie macht geltend, die Klägerin habe ihre Klageanträge im Berufungsverfahren geändert; dieser Klageänderung werde nicht zugestimmt. Das Verwaltungsgericht habe die Klage zu Recht als unzulässig abgewiesen. Zudem habe die Beklagte auf einen rechtmäßigen Betrieb des Beigeladenen hingewirkt, Auflagen erlassen und letztlich die gaststättenrechtliche Erlaubnis wegen Unzuverlässigkeit des Beigeladenen widerrufen.

**36**

Der Beigeladene hat sich im Berufungsverfahren nicht geäußert.

**37**

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakten beider Instanzen, insbesondere auf das schriftsätzliche Vorbringen der Klägerin und der Beklagten und das Protokoll über die mündliche Verhandlung vor dem Senat am 10. März 2022, sowie auf die Behördenakten Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

### **38**

Die zulässige Berufung ist nicht begründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Klage ist mit sämtlichen Berufungsanträgen unzulässig.

### **39**

1. Soweit die in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gestellten Berufungsanträge von den Klageanträgen abweichen, die die Klägerin beim Verwaltungsgericht gestellt hat (Schriftsatz vom 4.10.2017, vgl. VG-Sitzungsprotokoll S. 4), liegt hierin keine Klageänderung (§ 125 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 91 VwGO); jedenfalls ist eine solche zulässig (zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer Klageänderung im Berufungsverfahren vgl. nur Happ in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 125 Rn. 2).

### **40**

Der Berufungsantrag II. umfasst - wie der erstinstanzliche Klageantrag I.b - die Feststellung der Rechtswidrigkeit der vorläufigen gaststättenrechtlichen Erlaubnis (§ 11 GastG) vom 10. Oktober 2014, des Verlängerungsbescheids vom 8. April 2015 sowie der Erlaubnis vom 1. Juli 2015. Auch die Anordnung der sofortigen Vollziehung mit Bescheid vom 15. Dezember 2015 hat die Klägerin bereits erstinstanzlich zum Gegenstand eines Feststellungsbegehrens gemacht (Klageantrag I.b). Zwar ist der Bescheid vom 23. Dezember 2014 von den Berufungsanträgen im Gegensatz zu den erstinstanzlichen Klageanträgen nicht umfasst; dies ist aber angesichts von § 173 Satz 1 Halbs. 1 VwGO i.V.m. § 264 Nr. 2 ZPO zulässig, zumal sich in Bezug auf diesen Bescheid keine anderen Sach- und Rechtsfragen stellen als hinsichtlich der beiden ebenfalls nach § 11 GastG ergangenen Bescheide vom 10. Oktober 2014 und vom 8. April 2015.

### **41**

Die weiteren Feststellungsbegehren sind zwar erst- und zweitinstanzlich unterschiedlich formuliert (Berufungsanträge III. und IV.; Klageanträge I. und II.). Bei verständiger Würdigung (vgl. § 88 VwGO) besteht aber in der Sache kein Unterschied. Diese Anträge bringen jeweils zum Ausdruck, dass und unter welchen Gesichtspunkten die Klägerin die angegriffenen Bescheide für rechtswidrig hält und sich in ihren Rechten verletzt sieht.

### **42**

2. Die Klage ist mit sämtlichen gestellten Anträgen unzulässig. Zwar ist die Klägerin als Wohnungseigentümergemeinschaft beteiligtfähig, ordnungsgemäß vertreten und prozessführungsbefugt (2.1). Der auf die vorläufige Erlaubnis vom 10. Oktober 2014, deren Verlängerung vom 8. April 2015 sowie auf die gaststättenrechtliche Erlaubnis vom 1. Juli 2015 bezogene (Fortsetzungs-) Feststellungsantrag (Berufungsantrag II., Halbs. 1) ist jedoch mangels Vorliegens eines berechtigten Interesses (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO) und mangels Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) unzulässig (2.2; 2.3); daher kommt es nicht darauf an, ob diese Verwaltungsakte gem. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO rechtswidrig waren und die Klägerin in ihren Rechten verletzt haben (2.4). Unzulässig sind ferner der auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Anordnung des Sofortvollzugs der Erlaubnis vom 1. Juli 2015 bezogene Berufungsantrag II., Halbs. 2 (2.5) sowie die weiteren Feststellungsanträge (Berufungsanträge III. und IV.; 2.6).

### **43**

2.1 Die Klägerin ist als Wohnungseigentümergemeinschaft beteiligtfähig (2.1.1), ordnungsgemäß vertreten (2.1.2) und prozessführungsbefugt (2.1.3).

### **44**

2.1.1 Die Klägerin ist beteiligtfähig gem. § 9a Abs. 1 Satz 1 WEG (eingefügt durch Art. 1 Nr. 10 des am 1.12.2020 in Kraft getretenen Gesetzes zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes und zur Änderung von kosten- und grundbuchrechtlichen Vorschriften [Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz - WEMoG] vom 16.10.2020, BGBl I S. 2187; vgl. zur Beteiligtfähigkeit einer Wohnungseigentümergemeinschaft schon nach § 10 Abs. 6 Satz 5 WEG a.F. BVerwG, U.v. 10.4.2019 - 9 A 24.18 - BVerwGE 165, 192 - juris Rn. 12).

### **45**

2.1.2 Die Klägerin wird durch ihre Verwalterin gerichtlich vertreten, § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG (ebenfalls eingefügt durch Art. 1 Nr. 10 WEMoG). § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG ist auf den vorliegenden Fall anwendbar. Das WEMoG enthält - von dem hier nicht einschlägigen § 48 Abs. 5 WEG abgesehen - keine

Übergangsvorschrift für rechtshängige Verfahren. Damit kommen die Grundsätze des intertemporalen Prozessrechts zur Anwendung, wonach eine Änderung des Verfahrensrechts auch anhängige Rechtsstreitigkeiten erfasst, es sei denn, die Rechtsanwendung ist mit den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes nicht vereinbar (vgl. BayVGH, U.v. 25.10.2021 - 22 B 17.855 - juris Rn. 103 m.w.N.). Letzteres ist vorliegend nicht der Fall. Zwar setzte nach früherem Recht die Vertretung der Wohnungseigentümergemeinschaft durch den Verwalter im Aktivprozess eine entsprechende Ermächtigung durch die Wohnungseigentümer voraus (§ 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG a.F.; vgl. OVG NW, B.v. 18.09.2014 - 7 A 824/14 - juris Rn. 3; Kintz in Posser/Wolff, BeckOK VwGO, Stand 1.10.2021, § 62 Rn. 15; Becker in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 14. Aufl. 2018, § 27 Rn. 272). Selbst wenn jedoch vorliegend eine solche Ermächtigung gefehlt haben sollte, hätte die schutzwürdige Verfahrensstellung der Beklagten und des Beigeladenen angesichts dessen, dass die Vertretung entsprechend § 89 ZPO nachträglich genehmigt werden konnte (vgl. BayVGH, U.v. 22.10.1998 - 22 B 98.602 - juris Rn. 23; BayObLG, B.v. 20.1.1994 - 2Z BR 93/93 - juris Rn. 7; Becker in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 14. Aufl. 2018, § 27 Rn. 272 m.w.N.), nur geringes Gewicht gehabt.

#### **46**

2.1.3 Die Klägerin ist gemäß dem ebenfalls durch das WEMoG eingefügten § 9a Abs. 2 WEG prozessführungsbefugt.

#### **47**

2.1.3.1 Nach den soeben wiedergegebenen Grundsätzen des intertemporalen Prozessrechts ist § 9a Abs. 2 WEG grundsätzlich anwendbar, obwohl die Vorschrift erst im Laufe des gerichtlichen (Berufungs-) Verfahrens in Kraft getreten ist. Mit § 9a Abs. 2 WEG wurde die in § 10 Abs. 6 Satz 3 Alt. 1 und Alt. 2 WEG a.F. angelegte und auch noch dem Schreiben des Senats vom 31. Januar 2019 zu Grunde liegende Unterscheidung zwischen „geborener“ und „gekorener“ Ausübungsbefugnis der Wohnungseigentümergemeinschaft aufgegeben (BGH, U.v. 7.5.2021 - V ZR 299/19 - Rn. 6; VGH BW, B.v. 24.2.2021 - 3 S 2373/20 - juris Rn. 20; BT-Drs. 19/18791, S. 46). Ob der Klägerin eine Ausübungsbefugnis nach § 10 Abs. 6 Satz 3 Alt. 2 WEG a.F. vor Inkrafttreten des WEMoG übertragen worden war, kann offenbleiben. Denn diese Übertragung wäre noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung möglich gewesen (vgl. BVerwG, U.v. 10.4.2019 - 9 A 24.18 - BVerwGE 165, 192 - juris Rn. 14). Daher bestand bis zum Inkrafttreten des WEMoG auch insoweit keine Verfahrensstellung von Beklagter und Beigeladenem mit erheblichem Gewicht, die angesichts der rechtsstaatlichen Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes einer Anwendung des nunmehr geltenden Rechts entgegenstehen würde (vgl. zur Anwendung des § 9a Abs. 2 WEG auf vor dem 1.12.2020 erhobene Klagen auch BGH, U.v. 16.7.2021 - V ZR 284/19 - juris Rn. 14 ff.; VGH BW, B.v. 24.2.2021 - 3 S 2373/20 - juris Rn. 16 für das Berufungszulassungsverfahren).

#### **48**

2.1.3.2 Vorliegend übt die Klägerin i.S.d. § 9a Abs. 2 Halbs. 1 Alt. 1 WEG die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte aus.

#### **49**

In der bisher zu § 9a Abs. 2 WEG ergangenen Rechtsprechung und Literatur wird angenommen, dass öffentlich-rechtliche Nachbaransprüche - wie sie die Klägerin hier geltend machen will - im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum nunmehr der Eigentümergemeinschaft zustehen bzw. von ihr ausgeübt werden können (vgl. VGH BW, B.v. 24.2.2021 - 3 S 2373/20 - juris Rn. 21; OVG Hamburg, U.v. 12.5.2021 - 1 Bf 492/19 - juris Rn. 47; vgl. auch Abramenko in Jennißen, WEG, 7. Auflage 2021 - § 9a Rn. 84; ferner BGH, U.v. 1.10.2021 - V ZR 48/21 - juris Rn. 14). Hierfür spricht, dass nach dem Willen des Gesetzgebers § 9a Abs. 2 Halbs. 1 Alt. 1 WEG insbesondere Ansprüche aus § 1004 BGB wegen einer Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen Eigentums erfassen soll (vgl. BT-Drs. 19/18791 S. 46).

#### **50**

Vorliegend geht das Vorbringen der Klägerin jedenfalls auch dahin, dass es durch den Betrieb des Beigeladenen, dessen Grundlage u.a. die streitgegenständlichen Bescheide gewesen sind, zu Beeinträchtigungen auch des gemeinschaftlichen Eigentums durch Immissionen gekommen ist (vgl. zur Prozessführungsbefugnis der Wohnungseigentümergemeinschaft bei vorhabenbedingten Beeinträchtigungen [auch] des gemeinschaftlichen Eigentums OVG Hamburg, U.v. 12.5.2021 - 1 Bf 492/19

- juris Rn. 47 a.E.; Hügel/Elzer, Wohnungseigentumsgesetz, 3. Aufl. 2021, § 9a Rn. 94 a.E.; zur früheren Rechtslage BVerwG, U.v. 10.4.2019 - 9 A 24.18 - BVerwGE 165, 192 - juris Rn. 16).

## 51

Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 9a Abs. 2 WEG die Wohnungseigentümergemeinschaft bei einer Klage wegen zweckwidriger Nutzung einer Sondereigentumseinheit durch andere Wohnungseigentümer oder Dritte, wie sie hier von der Klägerin geltend gemacht wird, prozessführungsbefugt ist (vgl. BGH, U.v. 28.1.2022 - V ZR 86/21 - juris Rn. 22 ff.).

## 52

2.1.3.3 Hingegen ist eine Prozessführungsbefugnis der Klägerin nach § 9a Abs. 2 Halbs. 1 Alt. 2 WEG nicht gegeben. Vom Erfordernis einer einheitlichen Rechtsverfolgung - in dem Sinne, dass bei einer Abwägung die schutzwürdigen Belange der Wohnungseigentümer an einer einheitlichen Rechtsverfolgung die Verfolgungs- und Durchsetzungsinteressen des einzelnen Wohnungseigentümers deutlich überwiegen (vgl. BT-Drs. 19/18791 S. 46) - ist angesichts dessen, dass Beeinträchtigungen durch den Betrieb des Beigeladenen angesichts der Größe des klägerischen Gebäudes und der Zahl der Sondereigentumseinheiten höchst unterschiedlich gewesen sein müssen, nicht auszugehen.

## 53

2.2 Statthafte Klageart hinsichtlich der streitgegenständlichen gaststättenrechtlichen Bescheide ist die Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO, z.T. analog. Die vorläufige Erlaubnis vom 10. Oktober 2014 und deren Verlängerung vom 8. April 2015 waren bis zum 8. Januar 2015 bzw. bis zum 8. Juli 2015 befristet; sie hatten sich damit noch vor Klageerhebung (30.11.2015) durch Zeitablauf erledigt (Art. 43 Abs. 2 BayVwVfG; zur Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage bei Erledigung vor Klageerhebung vgl. etwa BVerwG, U.v. 15.3.2017 - 8 C 9.16 - juris Rn. 12). Die Erlaubnis vom 1. Juli 2015 hat sich durch den bestandskräftig gewordenen Widerrufsbescheid der Beklagten vom 18. Januar 2016 nach Klageerhebung erledigt.

## 54

Jedoch steht der Klägerin im maßgeblichen Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vor dem Senat (BVerwG, U.v. 27.3.1998 - 4 C 14.96 - BVerwGE 106, 295 - juris Rn. 19 f.; Decker in Posser/Wolff, BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2022, § 113 Rn. 86) kein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO (Fortsetzungsfeststellungsinteresse) zur Seite.

## 55

2.2.1 Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ergibt sich nicht aus einer Wiederholungsgefahr.

## 56

Eine das Fortsetzungsfeststellungsinteresse gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO begründende Wiederholungsgefahr ist immer dann anzunehmen, wenn die hinreichend konkrete Gefahr besteht, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen erneut ein gleichartiger Verwaltungsakt ergehen wird (vgl. BVerwG, B.v. 25.4.2019 - 8 B 3.18 - juris Rn. 3; U.v. 16.5.2013 - 8 C 14.12 - BVerwGE 146, 303 - juris Rn. 21 m.w.N.). Danach gilt hier Folgendes:

## 57

2.2.1.1 Gegen eine Wiederholungsgefahr in Bezug auf die beiden Bescheide vom 10. Oktober 2014 und vom 8. April 2015 spricht, dass künftige Erlaubnisse nach § 11 GastG nur noch auf der Grundlage des zuletzt erlaubten Betriebs erteilt werden könnten (vgl. Michel/Pauly/Kienzle, GastG, 14. Aufl. 2003, § 11 Rn. 1 und Rn. 3). Für die vorliegend in Rede stehende Teileigentumseinheit Nr. 11 hat die Beklagte, wie sie in ihrer Berufungserwiderung vorgetragen hat, mit Bescheid vom 14. Februar 2018 eine neue gaststättenrechtliche Erlaubnis (für eine Pizzeria) erteilt. Gegen diesen - auch aktuell noch bestehenden (vgl. Sitzungsprotokoll S. 6) - Betrieb sowie die ihm zu Grunde liegende Erlaubnis hat sich die Klägerin nicht gewendet; sie hält ihn auch für konform mit den Regelungen der Wohnungseigentümergemeinschaft (Schriftsatz vom 8.7.2019 S. 3 f.). Angesichts der mit Datum 14. Februar 2018 erteilten gaststättenrechtlichen Erlaubnis könnten daher künftige vorläufige Erlaubnisse nach § 11 GastG nicht nochmals auf der Grundlage der Erlaubnis vom 19. Oktober 2012 und auch nicht auf der Grundlage der hier ebenfalls streitgegenständlichen Erlaubnis vom 1. Juli 2015 erteilt werden. Dem entspricht auch die Praxis der Beklagten, wie die im Verfahren 22 B 21.860 streitgegenständlichen vorläufigen Erlaubnisse nach § 11 GastG zeigen. Die Erlaubnis vom 1. Juli 2015 ist zudem bestandskräftig widerrufen worden und kann auch

deshalb keine Grundlage für eine Erlaubnis nach § 11 GastG mehr sein (vgl. Michel/Pauly/Kienzle, GastG, 14. Aufl. 2003, § 11 Rn. 1).

## 58

2.2.1.2 Im Übrigen sind im für das Vorliegen eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses maßgeblichen Zeitpunkt (vgl. oben 2.2) keine tatsächlichen Anhaltspunkte für die Annahme einer hinreichenden Gefahr dafür gegeben, dass wieder eine gaststättenrechtliche Erlaubnis für einen Betrieb erteilt würde, der demjenigen des Beigeladenen gleichartig oder mit diesem vergleichbar ist; dies betrifft sowohl Bescheide nach § 11 GastG als auch eine Erlaubnis nach § 3 GastG. Seit dem Widerrufsbescheid vom 18. Januar 2016 (und dessen Bestandskraft) sind etwa sechs Jahre vergangen. Anschließend waren die Räumlichkeiten, wie die Beklagte vorgetragen hat, ungenutzt. Im Februar 2018 - also vor mehr als vier Jahren - wurde eine erneute gaststättenrechtliche Erlaubnis für eine Pizzeria erteilt; gegen diesen Betrieb hat die Klägerin offenbar keine Einwände (vgl. oben 2.2.1.1). Anhaltspunkte dafür, dass dieser Betrieb aufgegeben würde, bestehen derzeit nicht. Schon gar nicht ist absehbar, dass und welcher gastronomische Betrieb die Räumlichkeiten anschließend nutzen und dass es sich um einen dem des Beigeladenen gleichartigen oder mit diesem vergleichbaren Betrieb handeln würde. Für das Fehlen einer Wiederholungsgefahr spricht ergänzend, dass sich vor der Nutzung durch den Beigeladenen in den Räumlichkeiten ein gastronomischer Betrieb befand, der nach dem Vortrag der Klägerin - wie der derzeitige - ohne Beschwerden geführt wurde (Schriftsatz vom 8.7.2019 S. 5).

## 59

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse lässt sich auch nicht aus der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. April 1993 (4 B 31.93 - juris Rn. 27) ableiten, wonach eine Wiederholungsgefahr dann gegeben sein kann, wenn die Behörde ihre Absicht erkennen lasse, an ihrer bisherigen Rechtsauffassung - auch bei ggf. in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht geänderten Verhältnissen - künftig festzuhalten und es in einem Fall, in welchem sich die Behörde der klagenden Partei gegenüber der Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens berühmt habe, unzumutbar sein könne, dass der Betroffene eine erneute, ihm nachteilige Entscheidung abwartet. Das Bundesverwaltungsgericht ist in dieser Entscheidung (vgl. a.a.O., juris Rn. 26) nicht von anderen Maßstäben für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr ausgegangen als vorstehend beschrieben. In dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall waren auch zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Ergehen gleichartiger Verwaltungsakte gegeben (vgl. a.a.O., juris Rn. 29); solche liegen hier im maßgeblichen Zeitpunkt nicht vor (vgl. oben).

## 60

2.2.2 Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ergibt sich für die Klägerin auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Präjudizialität für einen Amtshaftungs- oder sonstigen Entschädigungsprozess.

## 61

Ein solches Interesse besteht hinsichtlich der beiden Bescheide vom 10. Oktober 2014 und vom 8. April 2015 von vornherein nicht. Denn die Absicht, eine Amtshaftungsklage oder sonstige zivilgerichtliche Leistungsklage zu erheben, begründet dann kein schutzwürdiges Interesse an der verwaltungsgerichtlichen Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes, wenn die Erledigung - wie es bei diesen beiden Bescheiden der Fall war - vor Klageerhebung eingetreten ist (vgl. BVerwG, B.v. 18.5.2004 - 3 B 117.03 - juris Rn. 4; U.v. 20.1.1989 - 8 C 30.87 - BVerwGE 81, 226 - juris, LS 1).

## 62

Auch hinsichtlich der Erlaubnis vom 1. Juli 2015 ergibt sich unter dem Gesichtspunkt der Präjudizialität kein Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Zu den Voraussetzungen für ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse aus diesem Grund gehört, dass die alsbaldige Erhebung einer Klage auf Schadensersatz oder Entschädigung mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist, wenn - was hier nicht der Fall ist - eine solche Klage nicht bereits anhängig ist (vgl. BVerwG, B.v. 16.1.2017 - 7 B 1.16 - juris Rn. 30; B.v. 9.3.2005 - 2 B 111.04 - juris Rn. 5 m.w.N.). Die Klägerin hat die Umstände darzulegen, die ihr Fortsetzungsfeststellungsinteresse ergeben (BVerwG, U.v. 15.11.1990 - 3 C 49.87 - juris Rn. 25; Schübel-Pfister in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 113 Rn. 110; vgl. auch BVerwG, U.v. 3.5.1989 - 4 C 33.88 - juris Rn. 15 a.E.). Allein die Behauptung der Klägerin, eine Klage auf Entschädigung erheben zu wollen, reicht daher nicht aus (vgl. BayVGH, U.v. 22.7.2015 - 22 B 15.620 - juris Rn. 43; NdsOVG, B.v. 29.8.2007 - 10 LA 31/06 - juris Rn. 6). Vielmehr muss der Vortrag - auch wenn keine überzogenen Anforderungen gestellt werden dürfen - zur

Rechtfertigung des mit der Fortsetzung des Prozesses verbundenen Aufwands über die bloße Behauptung hinaus nachvollziehbar erkennen lassen, dass ein Amtshaftungs- oder Entschädigungsprozess tatsächlich angestrebt wird und dieser nicht offensichtlich aussichtslos ist. Daher ist darzutun, was konkret angestrebt wird (BayVGH, B.v. 24.10.2011 - 8 ZB 10.957 - juris Rn. 13; SächsOVG, U.v. 22.9.2015 - 4 A 577/13 - juris Rn. 40; NdsOVG, B.v. 12.11.2007 - 2 LA 423/07 - juris Rn. 7); hierzu gehört auch eine zumindest annähernde Angabe der Schadenshöhe (vgl. BayVGH, U.v. 9.9.2020 - 15 B 19.666 - juris Rn. 32; U.v. 22.7.2015 - 22 B 15.620 - juris Rn. 43; OVG NW, U.v. 25.3.2014 - 2 A 2679/12 - juris Rn. 47). Die Klägerin hat vorliegend geltend gemacht, Rechtsverfolgungskosten, insbesondere Rechtsanwaltsgebühren, von der Beklagten einfordern zu wollen. Zu berücksichtigen ist aber, dass durch die vorliegende Verwaltungsstreitsache verursachte Rechtsverfolgungskosten bei einem Obsiegen der Klägerin gem. § 162 Abs. 1 VwGO erstattungsfähig wären, wobei die Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts stets erstattungsfähig sind, § 162 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Inwieweit eine Klage der Klägerin auf Erstattung anderer, durch eine Rechtswidrigkeit der streitgegenständlichen Erlaubnis (vgl. zum Kausalitätserfordernis BVerwG, U.v. 3.5.1989 - 4 C 33.88 - juris Rn. 16) verursachter Kosten ernsthaft beabsichtigt ist, ist für den Senat nicht schlüssig dargetan. Die Klägerin hat insbesondere anderweitige Schadensposten und deren Höhe - auch nach entsprechendem Hinweis durch das Gericht in der mündlichen Verhandlung, s. Niederschrift S. 5 - nicht zumindest umrissen. Zudem fehlt es an einer Differenzierung von Grund und Höhe eines Schadens in Bezug auf die vorliegend streitgegenständlichen Bescheide; die Klägerin beruft sich allgemein auf Rechtsverfolgungskosten betreffend sämtlicher Erlaubnisse für beide Teileigentumseinheiten. Dies fällt hier insbesondere deshalb ins Gewicht, weil hinsichtlich der beiden vor Klageerhebung erledigten Bescheide kein Fortsetzungsinteresse wegen Präjudizialität besteht (vgl. oben).

## **63**

2.2.3 Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse besteht für die Klägerin auch nicht wegen eines Rehabilitationsinteresses.

## **64**

Ein berechtigtes ideelles Interesse an einer Rehabilitierung besteht nur, wenn sich aus der angegriffenen Maßnahme eine Stigmatisierung des Betroffenen ergibt, die geeignet ist, sein Ansehen in der Öffentlichkeit oder im sozialen Umfeld herabzusetzen. Diese Stigmatisierung muss Außenwirkung erlangt haben und noch in der Gegenwart andauern (BVerwG, U.v. 16.5.2013 - 8 C 14.12 - BVerwGE 146, 303 - juris Rn. 25 m.w.N.; U.v. 20.6.2013 - 8 C 39.12 - juris Rn. 24).

## **65**

Der Berücksichtigung eines solchen Interesses steht hier zunächst der Umfang der Prozessführungsbefugnis der Klägerin gem. § 9a Abs. 2 WEG entgegen. Wie ausgeführt, ist die Klägerin in Bezug auf die Störung des gemeinschaftlichen Eigentums prozessführungsbeugt. Die Anerkennung eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses wegen Rehabilitation wurzelt jedoch im allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (vgl. BVerwG, U.v. 16.5.2013 - 8 C 14.12 - BVerwGE 146, 303 - juris Rn. 24; B.v. 4.10.2006 - 6 B 64.06 - juris Rn. 24; U.v. 9.6.1981 - 2 C 24.80 - juris Rn. 11).

## **66**

Weiterhin muss sich das Rehabilitierungsinteresse gerade aus der angegriffenen Maßnahme selbst ergeben (vgl. auch OVG SH, U.v. 28.4.2016 - 4 LB 8/15 - juris Rn. 70; hierzu BVerwG, B.v. 7.3.2017 - 6 B 53.16 - juris Rn. 14), hier also aus den streitgegenständlichen Erlaubnissen bzw. Bescheiden. Hierfür ist aber nichts ersichtlich. Die Klägerin beruft sich vielmehr auf Diskussionen, Meinungsverschiedenheiten und Auseinandersetzungen mit der Beklagten, die erst in Folge des Erlasses dieser (und weiterer insbesondere in den Verfahren 22 B 19.196 und 22 B 21.860 streitgegenständlichen) gaststättenrechtlichen Verwaltungsakte geführt wurden und über die auch in (Print-) Medien berichtet wurde; hierin liegt keine im Rechtssinne diskriminierende Wirkung der streitgegenständlichen Bescheide (vgl. BVerwG, U.v. 17.11.2016 - 2 C 27.15 - BVerwGE 156, 272 - juris Rn. 22).

## **67**

Zudem vermag der Senat den von der Klägerin vorgebrachten Umständen und von ihr vorgelegten Unterlagen keine Diskriminierung zu entnehmen, die ein Rehabilitierungsinteresse begründen könnte. Wie gerade die von der Klägerin in Bezug genommene Zeitungsschlagzeile „Shisha Bar rechtlich nicht zu beanstanden“ zeigt, standen auch bei der medialen Berichterstattung Fragen der Rechtmäßigkeit des

Handelns der Beklagten im Vordergrund. Der Wunsch nach Bestätigung, „von Anfang an Recht gehabt zu haben“, kann aber als solcher kein nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO beachtliches Interesse begründen, denn die Norm verlangt ein von der Frage der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts zu unterscheidendes berechtigtes Interesse. Im Übrigen spricht die von der Klägerin angeführte mediale Berichterstattung dafür, dass sie selbst dazu beigetragen hat, dass über die gaststättenrechtlichen Vorgänge auf ihrem Grundstück und über die von der Sicht der Klägerin abweichende Auffassung der Beklagten berichtet wurde.

## 68

2.2.4 Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ergibt sich vorliegend auch nicht aus dem Gesichtspunkt einer sich typischerweise kurzfristig erledigenden Maßnahme, die ohne Annahme eines Fortsetzungsfeststellungsinteresses regelmäßig keiner Überprüfung in einem gerichtlichen Hauptsacheverfahren zugeführt werden könnte (vgl. zu dieser Fallgruppe etwa BVerwG, U.v. 20.6.2013 - 8 C 39.12 - juris Rn. 29; U.v. 16.5.2013 - 8 C 14.12 - BVerwGE 146, 303 - juris Rn. 32). Maßgebend ist, ob sich die kurzfristige, eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage ausschließende Erledigung aus der Eigenart des Verwaltungsakts selbst ergibt (BVerwG, a.a.O., sowie U.v. 12.11.2020 - 2 C 5.19 - BVerwGE 170, 319 - juris Rn. 15; B.v. 16.1.2017 - 7 B 1.16 - juris Rn. 25).

## 69

Dies ist für die gaststättenrechtliche Erlaubnis vom 1. Juli 2015 nicht anzunehmen. Sie war nicht auf Zeit erteilt (vgl. § 3 Abs. 2 GastG). Das Eintreten von Widerrufsgründen gem. § 15 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG nach wenigen Monaten ist kein (zumal typisches) Merkmal einer solchen Erlaubnis.

## 70

Eine typischerweise kurzfristige Erledigung ist auch in Bezug auf die nach § 11 GastG erteilte vorläufige Erlaubnis und ihre Verlängerung nicht anzunehmen. Schon die dreimonatige Soll-Gültigkeitsdauer nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 GastG schließt - bei entsprechender Verfahrensgestaltung - eine zumindest erstinstanzliche gerichtliche Entscheidung in der Hauptsache nicht aus. Zudem ist es, da es sich bei § 11 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 GastG um eine Soll-Bestimmung handelt, zulässig, eine vorläufige Erlaubnis auch für einen längeren Zeitraum als drei Monate zu erteilen. Eine solche Erlaubnis kann zudem gem. § 11 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 GastG aus wichtigem Grund - auch wiederholt (vgl. Michel/Kienzle/Pauly, GastG, 14. Aufl. 2003, § 11 Rn. 7) - verlängert werden (vgl. zur Handhabung des § 11 GastG in der Praxis auch BayVGH, B.v. 18.4.2016 - 22 CS 16.256 - juris Rn. 24). Schließlich muss berücksichtigt werden, dass - wie ausgeführt - die vorläufige Erlaubnis nach § 11 Abs. 1 GastG ihrem Wesen nach auf den tatsächlichen und rechtlichen Bestand des übernommenen Betriebs beschränkt ist (Michel/Pauly/Kienzle, GastG, 14. Aufl. 2003, § 11 Rn. 1). Rechtsschutz stand einem Dritt betroffenen damit bereits in Bezug auf den übernommenen Betrieb zu.

## 71

2.2.5 Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines tiefgreifenden Grundrechtseingriffs. Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse aus diesem Grund nur bestehen, wenn - was hier nicht der Fall ist (vgl. 2.2.4) - Eingriffe der in Rede stehenden Art sich typischerweise so kurzfristig endgültig erledigen, dass sie sonst nicht gerichtlich in einem Hauptsacheverfahren zu überprüfen wären, oder wenn die begehrte Feststellung die Position des Klägers verbessern kann (vgl. BVerwG, B.v. 16.1.2017 - 7 B 1.16 - juris Rn. 20; U.v. 20.6.2013 - 8 C 39.12 - juris, LS 2; U.v. 16.5.2013 - 8 C 14.12 - BVerwGE 146, 303 - juris Rn. 29 ff.). Für Letzteres ist hier ebenfalls nichts ersichtlich. Die streitgegenständlichen Erlaubnisse sind längst erloschen; der Beigeladene hat seinen Betrieb vor etwa sechs Jahren eingestellt. Die Beklagte hatte auf Grund von Anwohnerbeschwerden Anordnungen gegen den Beigeladenen getroffen. Seit mehreren Jahren ist ein anderer gastronomischer Betrieb vorhanden, bei dem es nicht zu Beschwerden kommt und kam. Anhaltspunkte dafür, dass wieder ein Betrieb aufgenommen würde, der mit dem des Beigeladenen vergleichbar ist, bestehen nicht (vgl. oben 2.2.1).

## 72

Zudem beruft sich die Klägerin im Schwerpunkt darauf, dass die Erlaubnisse im Widerspruch zu den von den Miteigentümern vereinbarten Gebrauchsregelungen sowie zu dem sich aus der Bebauung ihres Grundstücks und der Umgebungsbebauung ergebenden bauplanungsrechtlichen Gebietscharakter gestanden hätten. Die Annahme eines tiefgreifenden Grundrechtseingriffs rechtfertigende schwerwiegende Beeinträchtigungen des gemeinschaftlichen Eigentums, bezüglich dessen die Klägerin vorliegend gem. § 9a

Abs. 2 Satz 1 WEG allein prozessführungsbefugt ist, durch die geltend gemachten Widersprüche sind insoweit nicht erkennbar.

## 73

2.3 Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist ferner unzulässig, weil die Klägerin nicht gem. § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt ist. Auch für die Fortsetzungsfeststellungsklage bedarf es einer Klagebefugnis (2.3.1). An einer Klagebefugnis fehlt es indes hier nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, weil das Sondereigentum nach dem WEG öffentlich-rechtliche Nachbaransprüche innerhalb der Gemeinschaft der Miteigentümer desselben Grundstücks ausschließt (2.3.2). Die vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Grundsätze gelten nach Inkrafttreten des WEMoG fort (2.3.3). Sie sind auch bei der Drittanfechtung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis heranzuziehen (2.3.4).

## 74

2.3.1 Für eine Fortsetzungsfeststellungsklage bedarf es - da sie auf der Anfechtungsklage aufbaut - einer Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO. Dies gilt unabhängig davon, ob sich der fragliche Verwaltungsakt - wie hinsichtlich der nach § 11 GastG erteilten Bescheide vom 10. Oktober 2014 und vom 8. April 2015 - vor Klageerhebung oder - wie hinsichtlich der Erlaubnis vom 1. Juli 2015 - nach Klageerhebung erledigt hat (vgl. nur BVerwG, U.v. 27.1.2021 - 8 C 3.20 - BVerwGE 171, 24 - juris Rn. 12 m.w.N.).

## 75

2.3.2 An der Klagebefugnis der Klägerin fehlt es vorliegend. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der sich die Obergerichte und die Literatur angeschlossen haben, schließt das Sondereigentum nach dem WEG öffentlich-rechtliche Nachbarschutzansprüche innerhalb der Gemeinschaft der Miteigentümer ein und desselben Grundstücks aus (vgl. BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris, LS 2 und Rn. 18; B.v. 28.2.1990 - 4 B 32.90 - juris Rn. 5 f.; U.v. 14.10.1988 - 4 C 1.86 - juris, LS und Rn. 10; U.v. 4.5.1988 - 4 C 20.85 - juris, LS und Rn. 8 ff.; aus der obergerichtlichen Rechtsprechung etwa BayVGH, B.v. 30.9.2019 - 9 CS 19.967 - juris Rn. 22 ff. [vgl. dort Rn. 25 zu Nachweisen aus der Literatur]; OVG RhPf, U.v. 26.2.2019 - 8 A 11076/18 - juris Rn. 30 ff.; OVG NW, U.v. 3.5.2007 - 7 A 3350/06 - juris Rn. 29 ff.). Dies gilt auch dann, wenn die angegriffene öffentlich-rechtliche Gestattung nicht einem Mitglied der Eigentümergemeinschaft, sondern - wie hier - einem außenstehenden Dritten erteilt wurde (vgl. BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - a.a.O.; vgl. auch bereits BayVGH, B.v. 16.11.1992 - 14 CS 92.2147 - juris Rn. 23). Das Bundesverfassungsgericht hat diese Rechtsprechung u.a. in Ansehung des Art. 19 Abs. 4 GG gebilligt (vgl. BVerfG, B.v. 7.2.2006 - 1 BvR 2304/05 - juris Rn. 11 ff., insbes. Rn. 14 ff.).

## 76

Die vorgenannte Rechtsprechung ist auch einschlägig, wenn die Klage nicht von einem einzelnen Sondereigentümer erhoben worden ist, sondern - wie hier - von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Bei der Klage der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gegen eine öffentlich-rechtliche Gestattung, die die Nutzung eines - einem ihrer Miteigentümer zustehenden - Sondereigentums betrifft, wird vielmehr besonders deutlich, dass es sich im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung um eine Streitigkeit „innerhalb der Gemeinschaft der Miteigentümer“ handelt. Dies gilt vorliegend umso mehr, als die Prozessführungsbefugnis der Klägerin gem. § 9a Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 WEG auf Beeinträchtigungen des gemeinschaftlichen Eigentums (also das aller Miteigentümer) beschränkt ist.

## 77

Der - erneut in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten - Argumentation der Klägerin, die vorgenannte Rechtsprechung könne hier keine Anwendung finden, da in den vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fällen die streitgegenständliche öffentlich-rechtliche Gestattung in Übereinstimmung mit den gemeinschaftsrechtlichen Regelungen und Vereinbarungen erteilt worden sei, vermag der Senat nicht zu folgen. Eine derart einschränkende Voraussetzung - dass also die Klagebefugnis nur dann fehlt, wenn die betreffende öffentlich-rechtliche Gestattung zu den Regelungen der Wohnungseigentümergemeinschaft nicht im Widerspruch steht - lässt sich der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht entnehmen. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Gegenteil ausgeführt, dass das vom öffentlichen Recht gesteuerte Handeln der Behörde ohne Einfluss auf die gegenseitigen - zivilrechtlichen - Rechte der Beteiligten bleibt und dass die Genehmigung unbeschadet privater Rechte Dritter erteilt wird (vgl. BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris Rn. 20). Der Umfang der Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO wird damit gerade nicht durch den Inhalt und die Reichweite der jeweiligen zivilrechtlichen Regelungen und Vereinbarungen der Wohnungseigentümergemeinschaft bestimmt, sondern fehlt generell bei der „innerhalb“

der Wohnungseigentümergemeinschaft erfolgenden Anfechtung einer öffentlich-rechtlichen Gestattung. Daher ist auch nicht maßgeblich, ob und inwieweit über die Auslegung und die Verbindlichkeit der von der Klägerin angeführten Regelungen der Wohnungseigentümergemeinschaft angesichts des Urteils des Landgerichts München I (vom 4.4.2011 - 1 S 16861/09) noch Streit besteht.

## 78

Auch mit ihrem Vortrag, das Bundesverwaltungsgericht gehe von einem Vorrang des privaten Rechts vor dem disponiblen Gesetzesrecht aus (BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris Rn. 21; vgl. auch BVerfG, B.v. 7.2.2006 - 1 BvR 2304/05 - juris Rn. 15), kann die Klägerin nicht durchdringen. Das Bundesverwaltungsgericht hat auch mit dieser Formulierung gerade nicht zum Ausdruck gebracht, dass sich der öffentlich-rechtliche Nachbarschutz nach den Regelungen der Wohnungseigentümergemeinschaft bestimme, weil diese insoweit vorrangig heranzuziehen seien. Es hat im Gegenteil daraus, dass die Wohnungseigentümer den Gebrauch ihres Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums und damit die Abwehrrechte gegenüber Störungen vorrangig durch Vereinbarungen regeln können, abgeleitet, dass keine öffentlich-rechtlichen Nachbaransprüche unter Miteigentümern bestehen. Die von der Klägerin angeführten Formulierungen sind weitere Erläuterungen zum Ausgangspunkt des Bundesverwaltungsgerichts, dass sich die Rechtsverhältnisse unter Miteigentümern grundsätzlich allein nach dem bürgerlichen Recht richten und dass öffentlich-rechtliche Drittschutzansprüche durch das Zivilrecht überlagert und verdrängt werden (BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris Rn. 20).

## 79

Nichts Anderes folgt auch aus der von der Klägerin mehrfach angeführten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. August 1992 (4 B 92.92 - juris). Dieser Fall betraf, wie sich insbesondere aus den Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz ergibt (OVG NW, U.v. 12.12.1991 - 7 A 172/89 - juris Rn. 1), die Klage einer Wohnungseigentümerin gegen eine für ein benachbartes, d.h. anderes, Grundstück erteilte Genehmigung. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht hat zudem auch in jener Entscheidung seine Rechtsprechung bestätigt, dass die öffentlich-rechtliche Nachbarklage zwischen den Wohnungseigentümern derselben Anlage unzulässig ist. Dass dies auch für den hier vorliegenden Fall gilt, dass die angegriffene öffentlich-rechtliche Gestattung nicht einem Mitglied der Eigentümergemeinschaft, sondern einem außenstehenden Dritten erteilt wurde, hat das Bundesverwaltungsgericht einige Jahre später ausdrücklich entschieden (vgl. BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris).

## 80

Nicht durchzudringen vermag die Klägerin schließlich mit ihrem Argument, ihr stehe ein Wahlrecht zu, ob sie nach § 1004 BGB zivilrechtlich oder (§ 1004 BGB analog) gegen die öffentlich-rechtlich handelnde Beklagte auf dem Verwaltungsrechtsweg vorgehe. Dass der Verwaltungsrechtsweg für die vorliegende Klage eröffnet ist, ist vom Senat gem. § 17a Abs. 5 GVG nicht zu prüfen und im Übrigen nicht zweifelhaft. Von der Zulässigkeit des Rechtswegs ist aber die Frage zu unterscheiden, ob ein nach der jeweiligen Verfahrensordnung (hier der VwGO) zulässiger Rechtsbehelf (hier in Bezug auf die Klagebefugnis) gegeben ist. Daher ergibt sich zu Gunsten der Klägerin auch nichts aus ihrem Hinweis auf § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG (vgl. zu dessen Verhältnis zur Zulässigkeit der Klage auch Ehlers in Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand Juli 2021, § 17 GVG Rn. 20).

## 81

2.3.3 Die dargestellten Grundsätze zur (fehlenden) Klagebefugnis gelten auch nach Inkrafttreten des WEMoG am 1. Dezember 2020.

## 82

2.3.3.1 Hierfür spricht zunächst, dass die vorstehend aufgeführten bundesverwaltungsgerichtlichen Entscheidungen bereits viele Jahre vor Inkrafttreten des WEMoG ergangen sind und die oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung sowie die Literatur dieser Rechtsprechung - wie ausgeführt - gefolgt sind. Hätte der Gesetzgeber die hierdurch gefestigte Rechtslage ändern - also eine Klagebefugnis eröffnen - wollen, hätte hierzu anlässlich des WEMoG Gelegenheit bestanden. Ausdrückliche diesbezügliche gesetzliche Änderungen sind jedoch unterblieben. Für einen Änderungswillen des Gesetzgebers lässt sich auch der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/18791) nichts entnehmen. Dass der Gesetzgeber die Zuständigkeiten zur Abwehr von Beeinträchtigungen zwischen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und den einzelnen Sondereigentümern sachgerecht ordnen wollte (BT-Drs.

19/18791, S. 53), spricht vielmehr dafür, dass diese Frage weiterhin nur im WEG geregelt ist, also keine zusätzlichen Auseinandersetzungen im Wege der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage zulässig sein sollen.

## 83

2.3.3.2 Zwar finden sich die vom Bundesverwaltungsgericht angeführten Vorschriften des § 15 Abs. 1 und Abs. 3 WEG a.F. (vgl. BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris Rn. 21) nicht mehr in dem seit 1. Dezember 2020 geltenden WEG. Damit ist jedoch in Bezug auf die hier in Rede stehende Frage der Klagebefugnis keine Rechtsänderung verbunden. So ist § 15 Abs. 1 WEG a.F. in § 10 WEG aufgegangen (BT-Drs.

19/18791, S. 50; vgl. auch Falkner in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, beck.online Großkommentar Zivilrecht, Stand Dezember 2021, § 15 WEG Rn. 8), während an die Stelle von § 15 Abs. 3 WEG a.F. inhaltlich § 14 Abs. 1 Nr. 1 WEG bzw. § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG getreten ist (vgl. BT-Drs. 19/18791, S. 52 und S. 59; vgl. zu § 14 Abs. 1 Nr. 1 WEG auch BGH, U.v. 28.1.2022 - V ZR 86/21 - juris Rn. 23 f.; U.v. 1.10.2021 - V ZR 48/21 - juris Rn. 5). Damit mag zwar in Bezug auf die Wohnungseigentümergemeinschaft die Aktiv- bzw.

Passivlegitimation hinsichtlich Ansprüchen auf Einhaltung von gesetzlichen Regelungen, Vereinbarungen und Beschlüssen neu konzipiert und die Rolle der Wohnungseigentümergemeinschaft gestärkt worden sein (vgl. Falkner in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, beck.online Großkommentar Zivilrecht, Stand Dezember 2021, § 15 WEG Rn. 9). Hierdurch werden jedoch die wesentlichen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris Rn. 21) zum Ausschluss öffentlich-rechtlicher Nachbarsprüche nicht berührt, nämlich, dass die Wohnungseigentümer Regelungen in Bezug auf den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums treffen können, dass sich im Rahmen der gesetzlichen Regelungen die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Sondereigentum in erster Linie nach solchen Vereinbarungen und Beschlüssen bestimmen und dass diesbezüglich zivilrechtliche Durchsetzungsansprüche bestehen. Zudem hat sich an den grundlegenden Bestimmungen des WEG, aus denen sich ergibt, dass das Sondereigentum an das Miteigentum gebunden ist und dass juristisch das Miteigentum im Vordergrund steht (vgl. dazu BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris Rn. 19), nichts geändert (§ 1 Abs. 2, Abs. 3 WEG; § 3 Abs. 1 Satz 1 WEG; zur rechtlichen Unselbständigkeit des Sondereigentums vgl. auch nach wie vor § 6 WEG; zur unauflöslichen Verbindung zwischen der Bruchteilsberechtigung am gemeinschaftlichen Eigentum und dem Sondereigentum vgl. auch Hügel/Elzer in dies., WEG, 3. Aufl. 2021, § 1 Rn. 5). Dementsprechend wird auch in der Literatur angenommen, dass nach Inkrafttreten des WEMoG zwischen den Wohnungseigentümern weiterhin kein öffentlich-rechtlicher Nachbarschutz stattfindet (vgl. M. Müller in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, beck.online Großkommentar Zivilrecht, Stand März 2022, § 1 WEG Rn. 488; vgl. unverändert auch Schultzky in Jennißen, Wohnungseigentumsgesetz, 7. Aufl. 2021, § 13 Rn. 112).

## 84

2.3.3.3 Keine Rechtsänderung ist durch das WEMoG ferner im Hinblick darauf eingetreten, dass öffentlich-rechtliche Nachbarschutzansprüche auch gegenüber Störungen, die ein nicht zur Eigentümergemeinschaft gehörender Dritter bei der Nutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks verursacht, ausgeschlossen sind. Der Bundesgerichtshof hatte seine vom Bundesverwaltungsgericht (vgl. U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris Rn. 22) maßgeblich in Bezug genommene Rechtsprechung, dass ein dinglicher Abwehranspruch aus § 1004 BGB mit absoluter Wirkung gegen jeden zweckwidrig Nutzenden besteht, in jüngerer Zeit bestätigt (vgl. BGH, U.v. 25.10.2019 - V ZR 271/18 - BGHZ 223, 305 - juris Rn. 8 ff.). Mittlerweile hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich entschieden, dass das WEMoG nichts daran geändert hat, dass die einer Zweckbestimmung widersprechende Nutzung einer Sondereigentumseinheit sich als (mittelbare) Beeinträchtigung des Eigentums aller Wohnungseigentümer darstellt und einen - allein von der Wohnungseigentümergemeinschaft geltend zu machenden - Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB begründet (BGH, U.v. 28.1.2022 - V ZR 86/21 - juris Rn. 24).

## 85

2.3.4 Der Ausschluss öffentlich-rechtlicher Nachbarsprüche hinsichtlich der für eine andere Sondereigentumseinheit auf dem gleichen Grundstück erteilten öffentlich-rechtlichen Gestattung gilt auch für die Drittanfechtung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis.

## 86

2.3.4.1 Bereits die vom Bundesverwaltungsgericht formulierten Leitsätze beziehen sich - auch wenn jeweils eine Baugenehmigung streitgegenständlich war - allgemein auf öffentlich-rechtliche Nachbarschutzansprüche bzw. auf die öffentlich-rechtliche Nachbarklage, d.h. ohne Beschränkung auf eine bestimmte Gestattung (BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris, LS 2; U.v. 14.10.1988 - 4 C 1.86 - juris,

LS). Als auf jegliche öffentlich-rechtliche Nachbaransprüche bezogen werden die vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Grundsätze auch in Teilen der Literatur aufgefasst (vgl. Soda in ders./Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 42 Rn. 483; Happ in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 42 Rn. 152; M. Müller in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, beck.online Großkommentar Zivilrecht, Stand März 2022, § 1 WEG Rn. 488); dass diese Grundsätze auf baurechtliche Streitigkeiten zu beschränken seien, wird, soweit ersichtlich, hingegen nirgends vertreten. Gerade in der gaststättenrechtlichen Literatur wird die Anwendung der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung auf die Drittanfechtung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis nicht in Frage gestellt (Michel/Kienzle/Pauly, GastG, 14. Aufl. 2003, § 4 Rn. 89a, § 5 Rn. 31).

## 87

2.3.4.2 Ferner beanspruchen die wesentlichen Überlegungen des Bundesverwaltungsgerichts, insbesondere, dass es sich beim Wohnungseigentum um eine besondere Form des Miteigentums handelt, dass sich die Ansprüche von Miteigentümern untereinander grundsätzlich allein nach bürgerlichem Recht richten, sowie dass sich die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Sondereigentum in erster Linie nach den getroffenen Vereinbarungen und Beschlüssen bestimmen (vgl. BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris Rn. 20 ff.), auch bei nach dem GastG erteilten Erlaubnissen Geltung.

## 88

Die gaststättenrechtliche Erlaubnis wird für bestimmte Räume erteilt (§ 3 Abs. 1 Satz 1, § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Nr. 2a, Nr. 3 GastG). Für die vorläufige Erlaubnis nach § 11 GastG gilt nichts Anderes; sie hat die Übernahme eines bestehenden Gaststättenbetriebs zur Voraussetzung, weshalb sie sich nur auf die von der bisherigen Erlaubnis gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 GastG umfassten Räume erstreckt (vgl. Michel/Kienzle/Pauly, GastG, 14. Aufl. 2003, § 11 Rn. 6). Mögen die entsprechenden Räume auch im Sondereigentum eines Mitglieds der Wohnungseigentümergemeinschaft stehen (§ 1 Abs. 3 WEG), so steht doch - nicht anders als beim Sondereigentum an einer Wohnung (§ 1 Abs. 2 WEG) - auch insoweit das Miteigentum im Vordergrund, was wiederum zu der Annahme führt, dass die Rechtsverhältnisse unter den Miteigentümern allein zivilrechtlich zu betrachten sind (vgl. zu diesem Gesichtspunkt nochmals BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris Rn. 19 f.).

## 89

Zwar ist eine Erlaubnis nach dem GastG nicht nur objekt-, sondern auch personenbezogen (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4 GastG sowie BayVGH, B.v. 12.6.2018 - 22 CS 18.1218 - juris Rn. 11; VGH BW, B.v. 13.3.2001 - 14 S 2916/99 - juris Rn. 3: „raumgebundene Personalkonzession“), während die Baugenehmigung nicht personen-, sondern ausschließlich vorhabens- und grundstücksbezogen ist (vgl. Decker in Busse/Kraus, BayBO, Stand September 2021, Art. 68 Rn. 46; VGH BW a.a.O.). Dieser Unterschied ist jedoch für die vorliegend maßgebliche Fragestellung, ob eine Klagebefugnis besteht, unerheblich. Zunächst kommt den personenbezogenen Versagungsgründen des GastG kein Drittschutz zu (vgl. zu § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG BVerwG, U.v. 4.10.1988 - 1 C 72.86 - BVerwGE 80, 259 - juris Rn. 28). Zudem hat zwar das Bundesverwaltungsgericht formuliert, dass der Ausschluss öffentlich-rechtlicher Schutzansprüche durch das WEG nicht personen-, sondern grundstücksbezogen sei (BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris Rn. 18). Dies diente jedoch lediglich zur Begründung dafür, dass es für diesen Ausschluss unerheblich ist, ob die angefochtene öffentlich-rechtliche Gestaltung einem Mitglied der Wohnungseigentümergemeinschaft oder einem Dritten erteilt worden ist. Der vom Bundesverwaltungsgericht verwendete Begriff der Grundstücksbezogenheit bezog sich auch nicht auf ein Merkmal der Baugenehmigung, sondern darauf, dass Ausgangspunkt des Miteigentums der Wohnungseigentümer das Grundstück ist, auf dem sich das Gebäude befindet (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 WEG; die maßgebliche Formulierung „Miteigentum an einem Grundstück“ war auch in der Gesetzesfassung enthalten, die im Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts galt). Insoweit besteht kein Unterschied zu den - nicht Wohnzwecken dienenden - Räumen, für die eine gaststättenrechtliche Erlaubnis erteilt wird, da sich diese gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 WEG notwendigerweise in einem auf dem Grundstück errichteten oder zu errichtenden Gebäude befinden. Daher fehlt es auch bei einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis, die für eine Sondereigentumseinheit auf dem gleichen Grundstück erteilt wird, an der für die öffentlich-rechtliche Nachbarklage kennzeichnenden Dreiecksbeziehung (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BVerwG, U.v. 4.5.1988 - 4 C 20.85 - juris Rn. 12); dies wird - wie ausgeführt - bei der vorliegenden Klage einer Wohnungseigentümergemeinschaft besonders deutlich. Im Übrigen werden auch Baugenehmigungen, gerade bei Änderungen und Nutzungsänderungen, nicht nur für Vorhaben erteilt, die das gesamte Grundstück erfassen, sondern auch für solche, welche sich auf Teile eines vorhandenen Gebäudes,

insbesondere nur auf bestimmte Räumlichkeiten beziehen. So war dies auch in dem vom Bundesverwaltungsgericht am 12. März 1998 entschiedenen Fall (vgl. BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris Rn. 1 f: Baugenehmigung für die „Nutzungsänderung des Ladens in eine Gaststätte“ von im Erdgeschoss gelegenen Räumen). Für eine Anwendbarkeit der vom Bundesverwaltungsgericht zur fehlenden Klagebefugnis aufgestellten Grundsätze im Bereich des GastG spricht schließlich, dass der für die Baugenehmigung anerkannte Grundsatz, sie werde „unbeschadet der privaten Rechte Dritter“ erteilt (vgl. BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris Rn. 20; vgl. auch Art. 68 Abs. 4 BayBO), auch für das Gaststättenrecht anerkannt ist (vgl. BVerwG, U.v. 30.9.1976 - I C 29.75 - juris Rn. 19).

## 90

2.3.4.3 Zudem überschneiden sich in Bezug auf § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG (zur Frage des Drittschutzes vgl. BVerwG, U.v. 12.12.2019 - 8 C 3.19 - BVerwGE 167, 189 - juris Rn. 17; BayVGH, B.v. 1.4.2010 - 22 CS 09.2728 - juris Rn. 11), wonach die Erlaubnis u.a. dann zu versagen ist, wenn der Gewerbebetrieb im Hinblick auf seine örtliche Lage oder auf die Verwendung der Räume dem öffentlichen Interesse widerspricht, insbesondere schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes oder sonst erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die Allgemeinheit befürchten lässt, die Prüfungsmaßstäbe von Gaststätten- und Bauaufsichtsbehörde. So stellt § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG - soweit es um die mit einem Gaststättenvorhaben in bestimmter örtlicher Umgebung verbundenen Immissionen geht - keinen anderen Zulässigkeitsmaßstab auf als die baurechtliche Vorschrift des § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO (BVerwG, U.v. 4.10.1988 - 1 C 72.86 - BVerwGE 80, 259 - juris Rn. 31). Sind die von einer Gaststätte typischerweise zu erwartenden Belästigungen nach der Art des Baugebiets im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO (oder sonst im Sinne des bauplanungsrechtlichen Rücksichtnahmegerichts) zumutbar, so bedeutet dies zugleich, dass es sich dabei nicht um schädliche Umwelteinwirkungen oder sonstige erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG handelt (vgl. BVerwG, B.v. 14.6.2011 - 4 B 3.11 - juris Rn. 5; U.v. 4.10.1988 - 1 C 72.86 - BVerwGE 80, 259 - juris Rn. 31; ferner B.v. 7.6.2019 - 8 B 36.18 - juris Rn. 4 ff.). Zwar verbietet das Gaststättengesetz nicht, die Gaststättenerlaubnis vor einer etwa erforderlichen Baugenehmigung zu erteilen (BVerwG, U.v. 17.10.1989 - 1 C 18.87 - BVerwGE 84, 11 - juris, LS 4), so dass die Gaststättenbehörde, die über einen Erlaubnisantrag zu einem Zeitpunkt entscheidet, in dem eine bindende baurechtliche Vorentscheidung nicht vorliegt, auch über baurechtliche Fragen befinden darf (BVerwG, B.v. 18.3.1998 - 1 B 33.98 - juris Rn. 8). Allerdings kann die Gaststättenbehörde spezifisch baurechtliche Vorfragen, die sich im Rahmen des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG stellen, nicht mit Bindungswirkung für ein noch ausstehendes Baugenehmigungsverfahren entscheiden; vielmehr erfolgt die bindende Klärung derartiger Fragen in dem darauf zugeschnittenen Baugenehmigungsverfahren durch die Bauaufsichtsbehörde (vgl. BVerwG, B.v. 18.3.1998 - 1 B 33.98 - juris Rn. 8). Die baurechtliche Genehmigung einer Gaststätte entfaltet, solange die Genehmigung besteht und die Verhältnisse sich nicht rechtserheblich ändern, Bindungswirkung dahin, dass die Gaststättenbehörde die entsprechende Gaststättenerlaubnis nicht aus baurechtlichen Gründen versagen darf (vgl. BVerwG, U.v. 4.10.1988 - 1 C 72.86 - BVerwGE 80, 259 - juris Rn. 31).

## 91

Angesichts dieser Grundsätze erschließt sich nicht, weshalb für die Anfechtung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis, die für eine Sondereigentumseinheit auf dem gleichen Grundstück erteilt wurde, unter - wie hier erfolgt - Berufung auf eine Verletzung von § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG wegen unzumutbarer Immissionen und eines Widerspruchs zur bauplanungsrechtlichen Gebietsart eine Klagebefugnis gegeben sein sollte, für die Anfechtung einer Baugenehmigung für die entsprechende Gaststätte aber nicht.

## 92

2.3.4.4 Dass § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG, wonach die Erlaubnis mit Auflagen zum Schutz Dritter verbunden werden kann, ausdrücklich auch „die Bewohner des Betriebsgrundstücks“ nennt, rechtfertigt ebenfalls nicht, eine Klagebefugnis für die Anfechtung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis in der vorliegenden Konstellation anzunehmen. Eine Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung von Auflagen nach § 5 GastG ist nicht klagegegenständlich (vgl. zur Statthaftigkeit der Verpflichtungsklage BVerwG, U.v. 4.10.1988 - 1 C 72.86 - BVerwGE 80, 259 - juris Rn. 36). Zudem besagt der Umstand, dass § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG - anders als § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG - nicht nur von der Allgemeinheit, sondern u.a. auch von den Bewohnern des Betriebsgrundstücks spricht, nicht, dass das Maß der nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG zulässigen oder unzulässigen Lärmimmissionen verschieden wäre (vgl. BVerwG, a.a.O.); überhaupt

wird der Nachsatz in § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG („und sonst...“) - soweit es um schädliche Umwelteinwirkungen geht - als entbehrlich und überflüssig angesehen (vgl. Metzner, GastG, 6. Aufl. 2002, § 5 Rn. 43). Auch sind die in der Norm genannten Bewohner des Betriebsgrundstücks bereits Nachbarn i.S.d. § 3 Abs. 1 BlmSchG (vgl. Metzner, a.a.O., § 4 Rn. 49); insoweit besteht ebenfalls kein Unterschied zu § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG (vgl. Metzner, a.a.O., § 4 Rn. 344 und Rn. 341). Schließlich bezieht sich der Wortlaut des § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG allgemein auf die „Bewohner“ des Betriebsgrundstücks; zu der hier inmitten stehenden Überlegung der Rechtsprechung, dass sich die Ansprüche zwischen Miteigentümern grundsätzlich allein nach bürgerlichem Recht richten und dass wegen des Miteigentums der Wohnungseigentümer öffentlich-rechtliche Drittschutzansprüche durch das Zivilrecht überlagert und verdrängt werden, lässt sich dem Wortlaut nichts entnehmen.

### **93**

2.3.4.5 Die in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung - ohnehin nur vereinzelt (vgl. VG Augsburg, U.v. 31.1.2001 - Au 4 K 99.383 - juris Rn. 20 ff.) - genannten Argumente gegen die Anwendung der aufgeführten bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung im Bereich des Gaststättenrechts überzeugen nicht (offenlassend noch BayVGH, B.v. 15.10.2003 - 22 B 01.1065 - juris Rn. 2). Das Verwaltungsgericht Augsburg hat - auch wenn es nicht allein auf diesen Gesichtspunkt abgestellt hat - die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts schon grundsätzlich in Frage gestellt (a.a.O., juris Rn. 20 und Rn. 23). Zudem war für das Verwaltungsgericht maßgeblich, dass es sich dort um die Klage eines Nießbrauchers an einem Sondereigentum handelte (vgl. a.a.O., Rn. 2 und Rn. 22); ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Überdies hing die Klagebefugnis damit von der zivilrechtlichen Rechtsstellung des jeweiligen Klägers ab. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verneint jedoch gerade einen Zusammenhang zwischen den privaten Rechten Dritter und der Klagebefugnis. Entscheidend ist auch nicht, ob - wie das Verwaltungsgericht Augsburg angenommen hat - die jeweilige Klagepartei Ansprüche innerhalb der Wohnungseigentümergemeinschaft durchsetzen kann (vgl. BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris Rn. 22 f.). Schließlich hat das Verwaltungsgericht Augsburg maßgeblich auf den Gesundheitsschutz abgestellt (a.a.O., Rn. 21; hierzu sogleich).

### **94**

2.3.5 Eine Klagebefugnis ergibt sich für die Klägerin hier auch nicht aus einer Gesundheitsgefahr. Das Bundesverwaltungsgericht hat zwar offengelassen, ob eine Klagebefugnis hinsichtlich der für eine andere Sondereigentumseinheit auf dem gleichen Grundstück erteilten öffentlich-rechtlichen Gestattung in Fällen bestehen kann, in denen nicht (nur) der Eigentumsschutz angeführt wird, sondern Gesundheitsgefahren geltend gemacht werden (vgl. BVerwG, U.v. 14.10.1988 - 4 C 1.86 - juris Rn. 11).

### **95**

Der Zulässigkeit der vorliegenden Klage unter dem Gesichtspunkt einer Gesundheitsgefahr steht aber bereits entgegen, dass die Prozessführungsbefugnis der Klägerin, wie ausgeführt, gem. § 9a Abs. 2 WEG auf Beeinträchtigungen des gemeinschaftlichen Eigentums beschränkt ist; zur Geltendmachung von Gesundheitsgefahren für die einzelnen Sondereigentümer oder Bewohner ist sie nicht befugt. Daneben bestehen für eine Gesundheitsgefahr für die Mitglieder der Klägerin keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte. Die Beeinträchtigungen durch den streitgegenständlichen Betrieb des Beigeladenen müssen angesichts der Größe des klägerischen Gebäudes und der Zahl der Sondereigentumseinheiten für die Mitglieder der Klägerin höchst unterschiedlich gewesen sein (vgl. oben 2.1.3.3). Eine Klagebefugnis lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass die Beklagte dem Beigeladenen Auflagen nach § 5 Abs. 1 GastG erteilt hat. Diese waren auf die tatsächliche Betriebsführung durch den Beigeladenen zurückzuführen; vorliegend zu beurteilen ist aber eine gegen die erteilten Erlaubnisse gerichtete Klage (vgl. zur Maßgeblichkeit des Erlaubten bei der Drittanfechtung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis BVerwG, B.v. 18.3.1998 - 1 B 33.98 - juris Rn. 6).

### **96**

Nicht zu entscheiden ist angesichts des Vorstehenden, ob der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz zu folgen ist, wonach es (in Beantwortung der vom Bundesverwaltungsgericht in dem genannten Urteil vom 14. Oktober 1988 offen gelassenen Frage) an der Klagebefugnis der Mitglieder einer Wohnungseigentümergemeinschaft auch dann fehlt, wenn sie sich auf eine von dem Vorhaben ausgehende Gesundheitsgefahr berufen (OVG RhPf, U.v. 26.2.2019 - 8 A 11076/18 - juris, LS und Rn. 37 f.). Dieser Auffassung steht jedenfalls nicht entgegen, dass angesichts der Geltendmachung von Gesundheitsgefahren dem Ausgangspunkt des Bundesverwaltungsgerichts zur Vorrangigkeit wechselseitiger Ansprüche aus dem

Miteigentum sowie dazu, dass sich die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Sondereigentum in erster Linie nach den getroffenen Vereinbarungen und Beschlüssen richten, die Grundlage entzogen wäre. Denn gerade in Bezug auf die Vermeidung von Störungen, wie sie u.a. von einem gewerblichen Betrieb in einer Teileigentumseinheit ausgehen können, dienen solche Vereinbarungen und Beschlüsse der Wohnungseigentümer nicht allein - und gleichsam als Selbstzweck - dem Schutz des Eigentums, sondern auch der Gesundheit der Eigentümer und Bewohner.

## **97**

2.3.6 Eine Klagebefugnis ergibt sich auch nicht aus der Verletzung der von der Klägerin angeführten verwaltungsverfahrensrechtlichen Vorschriften. Die fehlerfreie Durchführung des Verwaltungsverfahrens betrifft die die Begründetheit der Klage. Deren Prüfung ist nicht eröffnet, wenn - wie hier - eine Verletzung materiell-rechtlicher Rechtspositionen im Rahmen der Klagebefugnis ausscheidet (OVG Berlin-Bbg - U.v. 20.1.2020 - OVG 6 A 2.18 - juris Rn. 42; zur regelmäßig fehlenden Klagebefugnis allein wegen der möglichen Verletzung von Verfahrensvorschriften vgl. auch Wahl/Schütz in Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand Juli 2021, § 42 VwGO Rn. 72 ff; Schmidt-Kötters in Posser/Wolff, BeckOK VwGO, § 42 Rn. 195 ff.; Happ in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 42 Rn. 95 ff.). Eine der vom Bundesverwaltungsgericht anerkannten absoluten Verfahrenspositionen (zu diesen Wahl/Schütz a.a.O., Rn. 73) ist hier nicht betroffen.

## **98**

2.4 Angesichts der Unzulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage kommt es nicht darauf an, ob die hier angegriffenen Bescheide - insbesondere aus den von der Klägerin angeführten Gründen - rechtswidrig gewesen sind und die Klägerin in ihren Rechten verletzt haben (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

## **99**

2.5 Unzulässig ist auch der auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Anordnung des Sofortvollzugs bezogene Berufungsantrag II, Halbs. 2. Die Anordnung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO ist nach allgemeiner Auffassung kein Verwaltungsakt (vgl. nur Schoch in ders./Schneider, Verwaltungsrecht, Stand Juli 2021, § 80 VwGO Rn. 199 m.w.N.), so dass eine Fortsetzungsfeststellungsklage diesbezüglich nicht statthaft ist. Auch eine allgemeine Feststellungsklage (§ 43 VwGO) ist hier nicht zulässig. Rechtsschutz im Hinblick auf eine Anordnung der sofortigen Vollziehung ist vielmehr mittels Antrags nach § 80a Abs. 3, Abs. 1 Nr. 2, § 80 Abs. 5 VwGO zu suchen. Einen solchen Antrag hatte die Klägerin auch gestellt, und über diesen wurde erstinstanzlich in der Sache entschieden (vgl. VG München, B.v. 14.1.2016 - M 16 S 15.5399 - juris). Zumindest dann, wenn solcher einstweiliger Rechtsschutz - wie hier - möglich war, bevor sich der Verwaltungsakt - und mit ihm dessen Sofortvollzug - erledigt hat, ist für die in der obergerichtlichen Rechtsprechung für ebenfalls möglich gehaltene Feststellungsklage (vgl. NdsOVG, B.v. 6.6.1990 - 7 M 42/90 - juris Rn. 4) kein Raum. Im Übrigen bedürfte es auch für eine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 2 VwGO einer Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO (vgl. BVerwG, B.v. 27.5.2009 - 8 C 10.08 - juris Rn. 24 m.w.N.). Da die Klägerin aber hinsichtlich des Verwaltungsakts, mit dem die Sofortvollzugsanordnung verbunden war, nicht klagebefugt ist, kann auch keine Klagebefugnis in Bezug auf die Sofortvollzugsanordnung vorliegen.

## **100**

2.6 Die weiteren Feststellungsanträge (Berufungsanträge III. und IV.) sind ebenfalls unzulässig.

## **101**

2.6.1 Der Berufungsantrag III. bezieht sich vorwiegend auf einzelne verfahrensrechtliche und materiell-rechtliche Voraussetzungen für die Erteilung von gaststättenrechtlichen Erlaubnissen. Diesem Feststellungsantrag steht jedoch bereits die Subsidiaritätsklausel des § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO entgegen; vorrangig ist die Anfechtungsklage (vgl. nur Pietzcker in Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand Juli 2021, § 43 VwGO Rn. 40 m.w.N.). Dass solche Klagen der Klägerin gegenüber Erlaubnissen, die für Sondereigentumseinheiten auf dem gleichen Grundstück erteilt worden sind, mangels Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO nicht zulässig sind, ändert hieran nichts; vielmehr ist auch für die Erhebung einer Feststellungsklage eine Klagebefugnis erforderlich (vgl. oben 2.5). Auch eine Fortsetzungsfeststellungsklage ermöglicht nur die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts oder einer seiner selbständig angreifbaren Teilregelungen, nicht aber die Klärung einzelner für dessen Rechtmäßigkeit erheblicher materiell-rechtlicher Fragen (vgl. BVerwG, U.v. 12.12.2019 - 8 C 3.19 - BVerwGE 167, 189 - juris, LS 1).

**102**

Soweit die Klägerin in dem Berufungsantrag III. die „Ausübung der Betriebsart“ erwähnt, spricht sie möglicherweise Vollzugsfragen an. Einer Zulässigkeit dieses Begehrens steht aber ebenfalls die Subsidiaritätsklausel des § 43 Abs. 2 VwGO entgegen. Vorrangig wäre insoweit eine Verpflichtungsklage, etwa auf Erteilung von Auflagen nach § 5 Abs. 1 GastG oder - bei erlaubnisabweichendem Betrieb - auf ein behördliches Vorgehen nach § 31 GastG i.V.m. § 15 Abs. 2 GewO (vgl. Michel/Pauly/Kienzle, GastG, 14. Aufl. 2003, § 2 Rn. 11b). Auch für eine solche Klage würde der Klägerin allerdings aus den oben genannten Gründen die Klagebefugnis fehlen (vgl. BVerwG, U.v. 14.10.1988 - 4 C 1.86 - juris Rn. 10).

**103**

2.6.2 Die mit dem Berufungsantrag IV. nochmals gesondert verlangte Feststellung der Rechtsverletzung durch Verwaltungsakte, Sofortvollzugsanordnungen und Gerichtsentscheidungen sieht das Rechtsschutzsystem der VwGO nicht vor. Die Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten kann mittels Anfechtungsklage und Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 Satz 1, Satz 4 VwGO) geltend gemacht werden. Rechtsschutzmöglichkeiten in Bezug auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO bestehen nach §§ 80a, 80 Abs. 5 VwGO. Gegen Fehler und Mängel gerichtlicher Entscheidungen stehen - unter den in der VwGO jeweils bestimmten Voraussetzungen - Rechtsmittel zur Verfügung. Im Übrigen bezieht sich dieser Berufungsantrag ausweislich seines letzten Halbsatzes auf die hier nicht streitgegenständliche Teileigentumseinheit Nr. 4.

**104**

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Da der Beigeladene sich mangels Antragstellung keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat (§ 154 Abs. 3 VwGO), entspricht es der Billigkeit, dass er seine außergerichtlichen Kosten selbst trägt (§ 162 Abs. 3 VwGO).

**105**

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeht nach § 167 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

**106**

Die Revision war nicht zuzulassen, da ein Zulassungsgrund im Sinn von § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegt.