

**Titel:**

**Fortsetzungsfeststellungs- und Anfechtungsklage einer Wohnungseigentümergeinschaft gegen für eine Teileigentumseinheit auf dem gleichen Grundstück erteilte gaststättenrechtliche Erlaubnisse**

**Normenketten:**

VwGO § 42 Abs. 2, § 113 Abs. 1 S. 4

GastG § 3, § 11

WEG § 9a Abs. 2

**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 Eigentümergeinschaft gehörenden Dritten

geltend gemacht werden (vgl. BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97). (Rn. 88 und 96 – 97)

2. Diese Grundsätze gelten auch für die Klage einer Wohnungseigentümergeinschaft gegen die für eine Teileigentumseinheit erteilte Gaststättenerlaubnis. (Rn. 98 und 109)

1. Die Ablehnung des Antrags auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung bedarf keines gesonderten (Vorab-) Beschlusses; es genügt, wenn die Entscheidung, die mündliche Verhandlung nicht wiederzueröffnen, im Urteil selbst begründet wird. (Rn. 38) (redaktioneller Leitsatz)

2. 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. (Rn. 117) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

(Fortsetzungsfeststellungs- und Anfechtungs-) Klage einer Wohnungseigentümergeinschaft gegen für eine Teileigentumseinheit auf dem gleichen Grundstück erteilte (z.T. vorläufige) gaststättenrechtliche Erlaubnisse, Prozessführungsbefugnis (bejaht), Fortsetzungsfeststellungsinteresse (verneint), Klagebefugnis (verneint), Wohnungseigentümergeinschaft

**Vorinstanz:**

VG München, Urteil vom 15.10.2019 – M 16 K 18.126

**Rechtsmittelinstanzen:**

BVerwG, Beschluss vom 14.06.2023 – 8 B 44.22

BVerwG, Beschluss vom 07.06.2024 – 8 B 44.22

**Fundstellen:**

LSK 2022, 10643

ZWE 2022, 427

**Tenor**

I. Die Berufung wird zurückgewiesen.

II. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

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

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

## Tatbestand

1

Die Klägerin, eine Wohnungseigentümergeinschaft, begehrt Rechtsschutz im Hinblick auf (teilweise vorläufige) gaststättenrechtliche Erlaubnisse, die der 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. 4. Weitere gaststättenrechtliche Erlaubnisse für diese Teileigentumseinheit sind Gegenstand des Verfahrens 22 B 19.196. Gaststättenrechtliche Erlaubnisse für die Teileigentumseinheit Nr. 11 sind Gegenstand des Verfahrens 22 B 19.197.

3

Mit Bescheid vom 19. Dezember 2017 erteilte die Beklagte der Beigeladenen für von der Teileigentumseinheit Nr. 4 umfasste Räume eine längstens bis 18. März 2018 gültige vorläufige Erlaubnis gem. § 11 Abs. 1 GastG für den Betrieb „B. ...“. Diese Erlaubnis wurde unter Auflagen und Beschränkungen erteilt. U.a. durften ins Freie führende Türen und Fenster grundsätzlich nur bis 22.00 Uhr offenstehen.

4

Am 30. Dezember 2017 erhob die Klägerin zum Bayerischen Verwaltungsgericht München Klage gegen den Betrieb des „B. ...“.

5

Mit Bescheid vom 6. Februar 2018 ordnete die Beklagte die sofortige Vollziehung der

6

vorläufigen Erlaubnis vom 19. Dezember 2017 an.

7

Mit Datum 19. März 2018, 18. Juni 2018, 19. September 2018 und 13. Dezember 2018 erteilte die Beklagte der Beigeladenen jeweils weitere vorläufige Erlaubnisse gem. § 11 Abs. 1 GastG, die inhaltlich derjenigen vom 19. Dezember 2017 entsprachen. Als spätestes Erlöschensdatum wurden der 18. Juni 2018, der 18. September 2018, der 18. Dezember 2018 bzw. der 18. März 2019 festgelegt. Die sofortige Vollziehung wurde jeweils angeordnet.

8

Mit Bescheid vom 18. März 2019 erteilte die Beklagte der Beigeladenen die gaststättenrechtliche Erlaubnis zum Betrieb der Schank- und Speisewirtschaft „B. ...“. Die Erlaubnis wurde mit Auflagen verbunden. So ist die Speisenzubereitung auf erwärmte Fertiggerichte, bei deren Erwärmung kein Fett oder Speiseöl verwendet wird, sowie Kaltspeisen beschränkt. Ins Freie führende Türen oder Fenster dürfen grundsätzlich nur bis 22:00 Uhr offenstehen. In den Hinweisen heißt es u.a., dass eine neue Erlaubnis erforderlich ist, wenn Betriebsräume baulich verändert werden, neue Räume hinzukommen oder die Betriebsart geändert wird. Die sofortige Vollziehung der gaststättenrechtlichen Erlaubnis wurde angeordnet.

9

Mit Schriftsatz vom 7. Mai 2019 nahm die Klägerin Bezug auf den Bescheid vom 18. März 2019 und formulierte ihre Klageanträge um.

10

Mit Urteil vom 15. Oktober 2019 wies das Verwaltungsgericht die Klage ab. Die Klage sei zwar wirksam für die Klägerin erhoben worden, aber in sämtlichen Anträgen unzulässig. Soweit die Klägerin die Aufhebung des Bescheids vom 18. März 2019 begehre, fehle es an der Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stünden den Mitgliedern der Klägerin als Sondereigentümern keine öffentlich-rechtlichen Schutzansprüche zu, soweit es um die Nutzung eines anderen Sondereigentums in demselben Anwesen gehe. Unerheblich sei dabei, ob die geltend gemachte Störung des Wohnungseigentums von einem Mitglied der Eigentümergemeinschaft oder von einem Dritten - wie hier der Beigeladenen als Mieterin - verursacht werde. Diese Grundsätze beanspruchten ohne weiteres

auch dann Geltung, wenn ein öffentlich-rechtlicher Abwehranspruch gegen eine Gaststättenerlaubnis in Rede stehe. Die Klägerin könne eine Rechtsverletzung der Eigentümer, deren Rechte sie wahrnehme, auch nicht auf das Vorliegen einer Gesundheitsgefahr stützen. Für das Begehren der Klägerin, der Beklagten die Erteilung von Gaststättenerlaubnissen der hier in Rede stehenden Art zu untersagen, fehle es ebenfalls bereits an der Klagebefugnis. Zudem begehre die Klägerin insoweit vorbeugenden Rechtsschutz, ohne über das dafür erforderliche qualifizierte Rechtsschutzinteresse zu verfügen. Soweit die Klage auf die Unterlassung der Behauptung gerichtet sei, die Kerngebietsfestsetzung MK1 oder ein Mischgebiet sei noch wirksam, fehle es gleichfalls an der Klagebefugnis. Schließlich sei die Klage auch unzulässig, soweit sie die Verpflichtung der Beklagten zur Abgabe einer „Zusicherung“ in Bezug auf die bauplanungsrechtliche Gebietsart zum Gegenstand habe.

#### 11

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

#### 12

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 Wohnungseigentümergeinschaft 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 Wohnungseigentümergeinschaft 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 Wohnungseigentümergeinschaft 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 Wohnungseigentümergeinschaft habe ein Wahlrecht, ob sie einen sich aus § 1004 BGB ergebenden Unterlassungsanspruch privatrechtlich oder auf dem Verwaltungsrechtsweg geltend machen wolle.

#### 13

Die Eigentümer hätten nur Beeinträchtigungen und Störungen hinzunehmen, die für nach den Regelungen der Wohnungseigentümergeinschaft zulässige gastronomische Nutzungen typisch seien; diese Regelungen seien vorrangig und auch von der Beklagten zu beachten. Die Teileigentumseinheit Nr. 4 dürfe nach den Regelungen der Wohnungseigentümergeinschaft nur als Imbissraum und nicht 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 der Beigeladenen handele es sich um eine Vergnügungsstätte bzw. um eine Nachbar, insbesondere mit Blick auf Öffnungszeiten und Ausstattung (z.B. Geldspielgeräte; Dart). Solche Nutzungen besäßen gegenüber einem „Imbiss“ ein erheblich größeres und wohnunverträgliches Störpotenzial; zu entsprechenden Störungen sei es auch gekommen (z.B. in Folge der Ansammlung von Rauchern und Trinkern vor den Räumen). Den Regelungen der Wohnungseigentümergeinschaft entgegenstehende gaststättenrechtliche Erlaubnisanträge hätten - entsprechend einem Beschluss des Ausschusses für Stadtplanung und Bauordnung der Beklagten - auch wegen fehlenden Sachbescheidungsinteresses abgelehnt werden müssen.

#### 14

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. Die Funktionslosigkeit der Festsetzung zur Gebietsart hätten auch das Verwaltungsgericht München in den Verfahren M 8 K 08.369 und M 8 K 19.5289 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.

#### 15

Zudem nutze die Beigeladene die Räume abweichend von bisher erteilten Baugenehmigungen, bzw. es fehle von vornherein an einer Baugenehmigung. In der Baugenehmigung vom 7. Juli 1969 sei der „Imbissraum“ in der Teileigentumseinheit Nr. 4 baurechtlich als Nebenbetrieb zum direkt benachbarten Restaurant in der Teileigentumseinheit Nr. 11 genehmigt worden mit der Vorgabe, dass beide wegen der gemeinsam zu nutzenden Be- und Entlüftungsanlagen in einer Hand zu betreiben seien. Wegen der mangelhaften Belüftungssituation stünden Fenster und Türen regelmäßig auch nach 22:00 Uhr offen. Erstinstanzlich habe die Beklagte überdies selbst eingeräumt, dass für die Räume der Teileigentumseinheit Nr. 4 zwischenzeitlich eine „Imbissstube mit Abholmarkt“ baugenehmigt gewesen sei, dass sich eine Bar-Nutzung hiervon unterscheide und daher einer eigenen baurechtlichen Nutzungsberechtigung bedürfe. Erst mit Datum 29. November 2016 sei eine Baugenehmigung für die zulässige ursprüngliche Nutzung „Gaststätte/Imbiss“ erteilt worden. Allerdings sei der tatsächliche spielhallenähnliche Nachtbarbetrieb auch von dieser Baugenehmigung nicht umfasst. Zudem habe die Baugenehmigungsinhaberin gegen die in der Baugenehmigung enthaltene Beschränkung der Öffnungszeiten bis 24:00 Uhr Klage erhoben, in deren Rahmen die hiesige Klägerin nicht beigeladen worden sei (Verfahren M 8 K 17.39). Nach Mitteilung der Beklagten habe das Verwaltungsgericht die baurechtliche Beschränkung der Öffnungszeiten in der mündlichen Verhandlung als rechtswidrig eingestuft, unter anderem deshalb, weil der Bebauungsplan ein Kerngebiet festsetze. Die Beklagte habe die zu Gunsten der Bewohner erfolgte Beschränkung der Öffnungszeiten nicht verteidigt. Auf das Ergebnis dieses Verfahrens beziehe sich die Beklagte hinsichtlich der nach den gaststättenrechtlichen Erlaubnissen zulässigen Betriebszeit bis 5:00 Uhr.

#### 16

Des Weiteren sei die in der Erlaubnis angegebene Betriebsart „Schank- und Speisewirtschaft“ zu unbestimmt und verstoße in dieser Allgemeinheit ebenfalls gegen die Regelungen der Wohnungseigentümergeinschaft. 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, wohngebietsvertraglichen Gaststättennutzungen zum Nachteil der Bewohner abweiche, habe auch keine Übernahme i.S.d. § 11 Abs. 1 GastG vorgelegen.

#### 17

Die Klägerin sei durch die rechtswidrigen Erlaubnisse in ihren Rechten (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) verletzt bzw. verletzt worden. Ferner habe die Beklagte gegen zahlreiche verwaltungsverfahrensrechtliche Vorschriften verstoßen (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 der Beigeladenen gehandelt.

#### 18

Die Erlaubnis vom 18. März 2019 sei gem. § 8 Satz 1 GastG erloschen, weil der Betrieb von Nachtbars seit 18. März 2020 auf Grund der Maßnahmen gegen die Covid 19-Pandemie untersagt gewesen sei. Zudem sei im Januar 2021 ohne Genehmigung eine Klima- und Belüftungsanlage eingebaut worden; daher sei die Erlaubnis gemäß ihrem Hinweis Nr. 3.1 erloschen.

#### 19

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 Gestattungen insbesondere unter Verstoß gegen die vorrangigen Regelungen der Wohnungseigentümergeinschaft 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 Kosten, insbesondere 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 „Querulanten“ 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 vorläufigen Erlaubnisse) nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Rechtsschutz zulässig sein.

**20**

Die Klägerin beantragt zuletzt,

**21**

I. Das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 15. Oktober 2019 (M 16 K 18.126) wird aufgehoben.

**22**

II. Es wird festgestellt, dass die der Beigeladenen am 19. Dezember 2017 als 8. Fortführung erteilte Gaststättenerlaubnis sowie die danach erteilten gaststättenrechtlichen Erlaubnisse vom 19. März 2018, 18. Juni 2018, 19. September 2018, 13. Dezember 2018 und vom 18. März 2019 sowie die dazu ergangenen Anordnungen der sofortigen Vollziehung rechtswidrig erteilt worden sind, bezüglich des Bescheids vom 18. März 2019 hilfsweise: Der Bescheid der Beklagten vom 18. März 2019 und die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit werden aufgehoben.

**23**

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

**24**

a) ohne die zivilrechtliche Verfügungsbefugnis, ohne das Sachbescheidungsinteresse der Beigeladenen für die tatsächlich ausgeübte Betriebsart und ohne die sonstigen dafür erforderlichen zivil- sowie öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen und Genehmigungen an die Beigeladene erteilt worden sind (WEG-Genehmigung, Baugenehmigung) und

**25**

b) im Widerspruch zur faktischen WA Baugebietsart und zu den gebäudetechnischen Voraussetzungen in Bezug auf die Lage, Beschaffenheit, Ausstattung, Lüftungserfordernisse und sonstigen Anforderungen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Versagungsgrund und Drittschutz gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 GastG) erteilt worden sind.

**26**

IV. Es wird festgestellt, dass die Klägerin durch die auch im Widerspruch zur erneuerten Baugenehmigung für den „Imbiss bis 24:00 Uhr“ ergangenen Verwaltungsakte, Verwaltungshandlungen (Sofortvollzugsanordnungen) und Gerichtsentscheidungen in ihren Rechten verletzt ist sowie durch die Erlaubnisse für teilungserklärungswidrige und kerngebietstypische Betriebsarten fortgesetzt in ihren Rechten verletzt wird.

**27**

Die Beklagte beantragt,

**28**

die Berufung zurückzuweisen.

**29**

Sie macht geltend, die Klägerin habe ihre Klageanträge im Berufungsverfahren geändert. In diese Klageänderung werde nur in Bezug auf die Umstellung auf eine Feststellungsklage und die Nichtmehrverfolgung des die künftige Genehmigungspraxis der Beklagten sowie künftige Nutzungsuntersagungen betreffenden Klageantrags eingewilligt. Das Verwaltungsgericht habe die Klage zudem zu Recht als unzulässig abgewiesen. Auch seien die der Beigeladenen erteilten Erlaubnisse rechtmäßig. Die Erlaubnis vom 18. März 2019 sei zudem nicht erloschen.

**30**

Die Beigeladene beantragt,

**31**

die Berufung zurückzuweisen.

**32**

Sie verteidigt ebenfalls die streitgegenständlichen Bescheide und das erstinstanzliche Urteil.

**33**

In der mündlichen Verhandlung vom 10. März 2022 wurde der Klägerin, nachdem sie Einsicht in von der Beklagten mitgebrachte Akten zum baurechtlichen Verfahren M 8 K 17.39 genommen hatte, antragsgemäß

eine Schriftsatzfrist von zwei Wochen gewährt; Beklagter und Beigeladene erhielten Gelegenheit, auf diesen Schriftsatz binnen einer weiteren Frist von zwei Wochen zu erwidern. Die Beteiligten stimmten einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren zu.

#### **34**

Mit Schriftsatz vom 24. März 2022 beantragte die Klägerin die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung sowie die Durchführung eines Augenscheins, weil die tatsächlich ausgeübte Betriebsart streitig sei. Ferner wurde das Vorbringen der Klägerin wiederholt und vertieft, insbesondere mit Blick auf das Verfahren M 8 K 17.39. Nach der insoweit in der mündlichen Verhandlung genommenen Akteneinsicht bestätigte sich, dass dieses Verfahren entscheidungserheblich für das streitgegenständliche sei.

#### **35**

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

### **Entscheidungsgründe**

#### **36**

1. Über die Berufung konnte auf Grund des in der mündlichen Verhandlung erteilten Einverständnisses der Beteiligten gem. § 125 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 101 Abs. 2 VwGO ohne (weitere) mündliche Verhandlung entschieden werden. Die mündliche Verhandlung war nicht, wie von der Klägerin in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 24. März 2022 beantragt, gem. § 104 Abs. 3 Satz 2 VwGO wiederzueröffnen (1.1). Das (auch) seitens der Klägerin gem. § 101 Abs. 2 VwGO erklärte Einverständnis zu einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren ist weiterhin wirksam (1.2). Über den Antrag auf Durchführung eines Ortstermins (d.h. einer Beweiserhebung mittels Augenschein) war nicht vorab gesondert zu entscheiden; der Antrag war abzulehnen (1.3).

#### **37**

1.1 Die mündliche Verhandlung war nicht gem. § 104 Abs. 3 Satz 2 VwGO wiederzueröffnen.

#### **38**

Die Ablehnung des Antrags auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung bedarf keines gesonderten (Vorab-) Beschlusses; es genügt, wenn die Entscheidung, die mündliche Verhandlung nicht wiederzueröffnen, im Urteil selbst begründet wird (vgl. BVerwG, B.v. 25.1.2016 - 2 B 34.14 u.a. - juris Rn. 29; Schübel-Pfister in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 104 Rn. 15).

#### **39**

Die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung steht grundsätzlich im Ermessen des Tatsachengerichts. Eine Pflicht zur Wiedereröffnung besteht ausnahmsweise dann, wenn nur auf diese Weise das erforderliche rechtliche Gehör gewahrt werden kann oder nur so die Pflicht nach § 86 Abs. 1 VwGO erfüllt werden kann, den Sachverhalt umfassend aufzuklären (vgl. BVerwG, B.v. 25.1.2016 - 2 B 34.14 u.a. - juris Rn. 29 m.w.N.). Nachgelassene oder nachgereichte Schriftsätze erzwingen nur dann eine Wiedereröffnung, wenn das Gericht ihnen wesentlich neues Vorbringen entnimmt, auf das es seine Entscheidung stützen will (vgl. BVerwG, B.v. 6.3.2015 - 6 B 41.14 - juris Rn. 6 m.w.N.). Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben.

#### **40**

Die Klägerin bestreitet in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 24. März 2022 die Ausführungen der Beigeladenen im Schriftsatz vom 8. März 2022 betreffend den tatsächlichen Betrieb in der fraglichen Teileigentumseinheit Nr. 4; mit diesem Vorbringen habe sich der Senat bisher - auch in der mündlichen Verhandlung - nicht auseinandergesetzt. Für die Klage sei aber von entscheidender Bedeutung, dass die tatsächlich ausgeübte Betriebsart in dieser Teileigentumseinheit kein Imbiss sei. Hiermit hat die Klägerin keine neuen Umstände vorgebracht, denen in einer weiteren mündlichen Verhandlung nachzugehen wäre.

#### **41**

Die Klägerin greift im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO und bezüglich der Erlaubnis vom 18. März 2019 hilfsweise im Wege der Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Halbs. 1, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO) der Beigeladenen erteilte gaststättenrechtliche Erlaubnisse an. Wie sich der Betrieb der Beigeladenen tatsächlich darstellt, ist nicht Gegenstand der sich gegen diese Verwaltungsakte richtenden Klage (vgl. zur Maßgeblichkeit des Erlaubten bei der Drittanfechtung einer gaststättenrechtlichen

Erlaubnis vgl. BVerwG, B.v. 18.3.1998 - 1 B 33.98 - juris Rn. 6). An der Entscheidungserheblichkeit fehlt es ferner deshalb, weil die Klage mangels Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) bereits unzulässig ist (vgl. unten 2.2.3.2; 2.2.5; 2.2.7.1).

#### 42

1.2. Das von der Klägerin erteilte Einverständnis zu einer Entscheidung ohne (weitere) mündliche Verhandlung ist trotz ihres Antrags auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung weiterhin wirksam. Der Verzicht auf mündliche Verhandlung gem. § 101 Abs. 2 VwGO ist eine auf die nächste Entscheidung des Gerichts bezogene, grundsätzlich unwiderrufliche Prozesshandlung (vgl. BVerwG, B.v. 15.5.2014 - 9 B 57.13 - juris Rn. 20; B.v. 8.7.2008 - 8 B 29.08 - juris Rn. 6). Ob ein Widerruf ausnahmsweise bei einer wesentlichen Änderung der Prozesslage gem. § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 128 Abs. 2 Satz 1 ZPO zulässig ist, hat das Bundesverwaltungsgericht offen gelassen (BVerwG, B.v. 19.5.2015 - 3 B 7.15 - juris Rn. 4; vgl. auch BayVG, U.v. 13.10.2015 - 22 A 14.40037 - juris Rn. 15). Dieser Frage braucht hier jedoch nicht weiter nachgegangen zu werden. Denn die Einreichung eines Schriftsatzes durch die Klägerin - wie nachgelassen - war das erste prozessuale Geschehen seit der mündlichen Verhandlung, in der das Einverständnis gem. § 101 Abs. 2 VwGO erklärt worden war; seither war keine - und erst recht keine wesentliche - Änderung der Prozesslage eingetreten. Mit der Einreichung des nachgelassenen Schriftsatzes konnte die Klägerin auch keine Änderung der Prozesslage selbst herbeiführen, die sie zu einem Widerruf ihres Einverständnisses berechtigen würde, zumal das Einverständnis der Klägerin in unmittelbarem Zusammenhang mit der Gewährung einer Schriftsatzfrist erklärt wurde (vgl. Sitzungsniederschrift S. 10). Daher liegt auch keine grundlegende Änderung der Prozesslage vor, bei der die Einverständniserklärung „verbraucht“ sein könnte (vgl. zu möglichen Fallkonstellationen BVerwG, B.v. 27.1.2022 - 1 B 91.21 - Rn. 7 [www.bverwg.de]).

#### 43

1.3 Über den Antrag, eine Beweisaufnahme durch Augenschein durchzuführen, musste nicht vorab durch gesonderten Beschluss entschieden werden; der Antrag war abzulehnen.

#### 44

Zwar gebietet es der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs, auch im Falle einer vorangegangenen Verzichtserklärung gemäß § 101 Abs. 2 VwGO einen neuen Beweisantrag entsprechend einem in der mündlichen Verhandlung gem. § 86 Abs. 2 VwGO gestellten Beweisantrag zu behandeln und ihn vor der Sachentscheidung zu bescheiden. Anders verhält es sich aber unter anderem bei einem Beweisantrag in einem - wie hier - nachgelassenen Schriftsatz (vgl. BVerwG, B.v. 6.9.2011 - 9 B 48.11 - juris Rn. 10 m.w.N.). Dies gilt auch in der vorliegenden Konstellation, in der das Einverständnis zu einer Entscheidung ohne weitere mündliche Verhandlung in der Berufungsverhandlung erteilt wurde und eine Schriftsatzfrist eingeräumt wurde (vgl. BVerwG, B.v. 10.10.2013 - 1 B 15.13 - juris Rn. 6 ff.). Zudem handelt es sich bei dem Antrag auf Beweiserhebung mittels Augenscheins nicht um einen Beweisantrag i.S.d. § 86 Abs. 2 VwGO, denn die Klägerin hat nicht angegeben, welche Tatsachenbehauptung sie durch den Augenschein bewiesen haben will (vgl. Dawin/Panzer in Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand Juli 2021, § 86 VwGO Rn. 89 m.w.N.; vgl. auch BVerwG, B.v. 14.9.2017 - 4 B 28.17 - juris Rn. 19), sondern letztlich lediglich allgemein eine weitere Aufklärung betreffend die tatsächlich ausgeübte Betriebsart gefordert.

#### 45

Jedenfalls war der Antrag auf Durchführung eines Augenscheins abzulehnen, weil die als weiter aufklärungsbedürftig angeführten Umstände - tatsächlich durch die Beigeladene ausgeübter Betrieb - aus den unter 1.1 genannten Gründen nicht entscheidungserheblich sind.

#### 46

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

#### 47

2.1 Die in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gestellten Anträge weichen von den Klageanträgen ab, die die Klägerin beim Verwaltungsgericht gestellt hat (Schriftsatz vom 7.5.2019, vgl. VG-Sitzungsprotokoll S. 6). Hierin liegt im Ergebnis keine unzulässige Klageänderung gem. § 125 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 91 VwGO (zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer Klageänderung im Berufungsverfahren vgl. nur Happ in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 125 Rn. 2).

## 48

2.1.1 Die hinsichtlich der Erlaubnis vom 18. März 2019 im Hauptantrag erfolgte Umstellung auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage stellt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts keine Klageänderung im Sinne des § 91 VwGO dar (vgl. BVerwG, U.v. 28.9.2016 - 7 C 1.15 - juris Rn. 31 m.w.N.). Dagegen, dass die Klägerin den erstinstanzlichen Anfechtungsantrag nunmehr wieder als Hilfsantrag gestellt hat, bestehen ebenfalls keine Bedenken (vgl. § 173 Satz 1 Halbs. 1 VwGO i.V.m. § 264 Nr. 2 ZPO sowie BVerwG, U.v. 2.7.1982 - 8 C 101.01 - BVerwGE 66, 75 - juris Rn. 17).

## 49

2.1.2 Die Klägerin hat im Berufungsverfahren über die im erstinstanzlichen Antrag gemäß Schriftsatz vom 7. Mai 2019 genannte Erlaubnis vom 18. März 2019 hinaus auch die nach § 11 GastG erteilten Erlaubnisse vom 19. Dezember 2017, vom 19. März 2018, vom 18. Juni 2018, vom 19. September 2018 und vom 13. Dezember 2018 zum Klagegegenstand gemacht. Jedenfalls die Beklagte hat in diese Klageänderung nicht, auch nicht konkludent, eingewilligt. Angesichts der hier vorliegenden Umstände hält der Senat diese Klageänderung jedoch i.S.d. § 91 Abs. 1 VwGO für sachdienlich.

## 50

Die Entscheidung über die Sachdienlichkeit liegt im Ermessen des jeweiligen Gerichts. Eine Änderung ist in der Regel sachdienlich, wenn sie der endgültigen Beilegung des sachlichen Streits zwischen den Beteiligten im laufenden Verfahren dient und der Streitstoff im Wesentlichen derselbe bleibt (vgl. BVerwG, U.v. 8.12.2016 - 4 CN 4.16 - juris Rn. 10; B.v. 21.7.2016 - 3 B 41.15 - juris Rn. 15, jeweils m.w.N.). Dies ist hier trotz der Einbeziehung von weiteren Verwaltungsakten in die Klage anzunehmen. Die Beigeladene hat ihren Betrieb, für den die Erlaubnis vom 18. März 2019 erteilt wurde, zuvor auf der Grundlage der genannten, nach § 11 GastG ergangenen Erlaubnisse geführt. Nennenswerte Unterschiede, was den erlaubten räumlichen und sachlichen Betriebsumfang angeht, bestehen zwischen diesen Bescheiden nicht; die lückenlose Kette vorläufiger Erlaubnisse nach § 11 GastG hat nahtlos in eine „endgültige“ Erlaubnis nach § 3 GastG gemündet. Zudem stellt sich hinsichtlich sämtlicher gaststättenrechtlicher Erlaubnisse - gleich, ob nach § 11 oder § 3 GastG erteilt - die Frage der Klagebefugnis der Klägerin. Bei der Zulässigkeit der Klage, insbesondere in Bezug auf die Klagebefugnis, handelt es sich um den wesentlichen Streitstoff; dieser bleibt also trotz der Einbeziehung der vorläufigen Erlaubnisse im Wesentlichen unverändert. Zu berücksichtigen ist ferner, dass sich der ursprüngliche erstinstanzliche Klageantrag (Schriftsatz vom 30.12.2017) noch auf die nach § 11 GastG erteilte Erlaubnis vom 19. Dezember 2017 bezogen hat und dass die weiteren Bescheide nach § 11 GastG im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens erteilt wurden. Insofern werden mit diesen Erlaubnissen keine vollkommen rechtsstreitfremden Umstände in den Prozess eingeführt. Der streitstoffweiternde Umstand, dass sich die nach § 11 GastG ergangenen Bescheide erledigt haben und damit (nur noch) im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO angegriffen werden können, steht damit und angesichts des unmittelbaren Sachzusammenhangs mit der erstinstanzlich angegriffenen Erlaubnis vom 18. März 2019 - hinsichtlich derer die Klägerin im Übrigen nunmehr ebenfalls im Hauptantrag zu einer Fortsetzungsfeststellungsklage übergegangen ist - der Sachdienlichkeit nicht entgegen.

## 51

2.1.3 Die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Erlaubnis vom 18. März 2019 hatte die Klägerin bereits erstinstanzlich zum Gegenstand ihres Klagebegehrens gemacht (Klageantrag 1.). Aus den unter 2.1.2 genannten Gründen muss daher eine Sachdienlichkeit gem. § 91 Abs. 1 VwGO auch insoweit angenommen werden, als die Klägerin im Berufungsverfahren auch bei den vorgenannten Erlaubnissen nach § 11 GastG jeweils die Anordnung der sofortigen Vollziehung angegriffen hat (vgl. Berufungsantrag II.).

## 52

2.1.4 Die weiteren Feststellungsbegehren (Berufungsanträge III. und IV.) erweitern den Streitstoff ebenfalls nicht in einer die Annahme der Sachdienlichkeit entgegenstehenden Weise; sie betreffen die bereits durch die Anfechtung der Bescheide aufgeworfenen Aspekte der Rechtswidrigkeit und der Rechtsverletzung der Klägerin.

## 53

2.2 Die Klage ist mit sämtlichen gestellten Anträgen unzulässig. Zwar ist die Klägerin als Wohnungseigentümergeinschaft beteiligtenfähig, ordnungsgemäß vertreten und prozessführungsbefugt (2.2.1). Der auf die Erlaubnis vom 18. März 2019 bezogene (Fortsetzungs-) Feststellungsantrag

(Berufungsantrag II., Halbs. 1) ist jedoch unzulässig, weil sich diese Erlaubnis nicht erledigt hat. Nicht erledigt hat sich dementsprechend die Anordnung der sofortigen Vollziehung dieses Bescheids; der entsprechende Feststellungsantrag ist ebenfalls unzulässig (2.2.2). Hinsichtlich der nach § 11 GastG erteilten vorläufigen Erlaubnisse ist die Fortsetzungsfeststellungsklage zwar statthaft (2.2.3), jedoch unzulässig mangels Vorliegens eines berechtigten Interesses (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO; 2.2.3.1) und mangels Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO; 2.2.3.2). Unzulässig ist ferner der auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Anordnungen des Sofortvollzugs der vorläufigen Erlaubnisse bezogene Berufungsantrag II., Halbs. 2 (2.2.4). Die bezüglich der Erlaubnis vom 18. März 2019 hilfsweise gestellten Anfechtungsanträge sind mangels Klagebefugnis bzw. Statthaftigkeit unzulässig (2.2.5). Ob die von der Klägerin angegriffenen Erlaubnisse gem. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO rechtswidrig waren bzw. sind und die Klägerin in ihren Rechten verletzt haben bzw. verletzen, ist angesichts der Unzulässigkeit der Klagen unerheblich (2.2.6). Unzulässig sind schließlich die weiteren Feststellungsanträge (Berufungsanträge III. und IV.; 2.2.7).

## 54

2.2.1 Die Klägerin ist als Wohnungseigentümergeinschaft beteiligtenfähig (2.2.1.1), ordnungsgemäß vertreten (2.2.1.2) und prozessführungsbefugt (2.2.1.3).

## 55

2.2.1.1 Die Klägerin ist beteiligtenfähig gem. § 9a Abs. 1 Satz 1 WEG (eingefügt durch Art. 1 Nr. 10 des zum 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 Beteiligtenfähigkeit einer Wohnungseigentümergeinschaft 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).

## 56

2.2.1.2 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 Wohnungseigentümergeinschaft 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 der 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 - 22 BR 93/93 - juris Rn. 7; Becker in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 14. Aufl. 2018, § 27 Rn. 272 m.w.N.), nur geringes Gewicht gehabt.

## 57

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

## 58

2.2.1.3.1 Nach den soeben wiedergegebenen Grundsätzen des intertemporalen Prozessrechts ist § 9a Abs. 2 WEG grundsätzlich anwendbar, obwohl die Vorschrift erst im Laufe des gerichtlichen (Berufungszulassungs-) 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 Unterscheidung zwischen „geborener“ und „gekorener“ Ausübungsbefugnis der Wohnungseigentümergeinschaft aufgegeben (BGH, U.v. 7.5.2021 - V ZR 299/19 - juris 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 Beigeladener 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).

**59**

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

**60**

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).

**61**

Vorliegend geht das Vorbringen der Klägerin jedenfalls auch dahin, dass es durch den Betrieb der Beigeladenen, dessen Grundlage die streitgegenständlichen Erlaubnisse (z.T. gewesen) sind, zu Beeinträchtigungen auch des gemeinschaftlichen Eigentums - etwa durch Lärm - kommt bzw. 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).

**62**

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.).

**63**

2.2.1.3.3 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 der Beigeladenen - unterstellt, sie haben vorgelegen bzw. liegen vor - angesichts der Größe des klägerischen Gebäudes und der Zahl der Sondereigentumseinheiten höchst unterschiedlich (gewesen) sein müssen, nicht auszugehen.

**64**

2.2.2 Der (Fortsetzungs-) Feststellungsantrag bezüglich der Erlaubnis vom 18. März 2019 ist unzulässig. Diese Erlaubnis hat sich nicht i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO erledigt, sondern ist weiterhin wirksam.

**65**

Die Erlaubnis ist nicht nach § 8 Satz 1 Alt. 2 GastG deshalb erloschen, weil die Beigeladene - wie die Klägerin behauptet - den Betrieb seit einem Jahr nicht mehr ausgeübt hat. Die von der Klägerin angeführten, wegen der Covid 19-Pandemie (mittels Rechtsverordnung oder Allgemeinverfügungen) angeordneten Schließungen sind als solche nicht von Relevanz, weil es sich bei der Frage der Betriebsausübung um einen tatsächlichen Vorgang handelt (vgl. Michel/Pauly/Kienzle, GastG, 14. Aufl. 2003, § 8 Rn. 6; Metzner, GastG, 6. Aufl. 2002, § 8 Rn. 13). Der Senat kann nicht erkennen, dass der Betrieb von der Beigeladenen tatsächlich ein Jahr nicht ausgeübt wurde. Die Angabe der Beigeladenen in

der mündlichen Verhandlung, die Gaststätte sei nur so lange geschlossen gewesen wie dies nach den gesetzlichen Regelungen erforderlich gewesen sei, lässt sich so verstehen, dass ihr Betrieb seit Pandemiebeginn immer wieder geöffnet und jedenfalls nicht ein Jahr am Stück geschlossen gewesen ist. Dies lässt sich auch aus den Kontrollen durch die Beklagte am 13. August 2020 und am 25. August 2021 schließen, bei denen der Betrieb geöffnet war; dafür, dass der Betrieb der Beigeladenen zwischen diesen Zeitpunkten (für ein Jahr) geschlossen war, bestehen keine Anhaltspunkte. Solche hat auch die Klägerin nicht konkret vorgebracht. Im Übrigen hat die Beklagte mittels ab 16. März 2021 wirksamer Allgemeinverfügung vom 12. März 2021 für von ihr ausgereichte Gaststättenerlaubnisse die Erlöschensfrist gem. § 8 Satz 2 GastG bis 31. August 2022 verlängert. Hierunter fällt, da es sich um eine von der Beklagten ausgereichte Gaststättenerlaubnis handelt, auch die Erlaubnis vom 18. März 2019. Selbst wenn also, wie von der Klägerin geltend gemacht, der Betrieb der Beigeladenen seit 18. März 2020 nicht mehr hätte ausgeübt werden dürfen, wäre die Erlaubnis nicht erloschen.

**66**

Ein Erlöschen der Erlaubnis ist auch nicht, wie von der Klägerin weiter geltend gemacht, durch den Einbau einer Klima- und Belüftungsanlage eingetreten. Bei der von der Klägerin in Bezug genommenen Nr. 3.1 (S. 6) der Erlaubnis handelt es sich um einen bloßen Hinweis ohne Regelungsqualität, dessen Wortlaut überdies keinen Anhaltspunkt dafür bietet, dass allein durch die von der Klägerin genannte Maßnahme ein Erlöschen der Erlaubnis hätte eintreten können.

**67**

Damit hat sich auch die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Erlaubnis vom 18. März 2019 nicht erledigt, so dass der hierauf bezogene Feststellungsantrag jedenfalls schon deshalb unzulässig ist (vgl. auch noch 2.2.4). Diesbezüglicher Rechtsschutz wird vielmehr nach § 80a Abs. 3, Abs. 1, § 80 Abs. 5 VwGO gewährt; einen entsprechenden Antrag hat die Klägerin - deren Vorbringen zum Erlöschen der Erlaubnis im Übrigen deshalb nicht konsistent ist - nach der mündlichen Verhandlung auch gestellt (Verfahren 22 AS 22.815).

**68**

2.2.3 Statthafte Klageart hinsichtlich der nach § 11 GastG erteilten vorläufigen Erlaubnisse vom 19. Dezember 2017, 19. März 2018, 18. Juni 2018, 19. September 2018 und vom 13. Dezember 2018 ist die Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO. Diese Erlaubnisse haben sich jeweils nach Klageerhebung durch Zeitablauf (Ende der Befristung) erledigt (Art. 43 Abs. 2 BayVwVfG). Jedoch steht der Klägerin kein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit dieser Erlaubnisse i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO (Fortsetzungsfeststellungsinteresse) zur Seite (2.2.3.1). Zudem fehlt es der Klägerin an der Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO (2.2.3.2).

**69**

2.2.3.1 Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse hinsichtlich der angegriffenen vorläufigen Erlaubnisse besteht für die Klägerin nicht.

**70**

2.2.3.1.1 Ein solches Interesse ergibt sich nicht aus einer Wiederholungsgefahr.

**71**

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.). Allerdings entfällt das Fortsetzungsfeststellungsinteresse wegen Wiederholungsgefahr, wenn diese sich durch den Erlass eines entsprechenden neuen Bescheides verwirklicht. Ein Fortsetzungsfeststellungsurteil kann dann die bereits eingetretene Wiederholung der geltend gemachten Rechtsbeeinträchtigung nicht mehr verhindern. Rechtsschutz ist in diesem Fall durch die Anfechtung des neuen Bescheides zu erlangen (vgl. BVerwG, B.v. 16.12.2021 - 2 B 73.20 - juris Rn. 12; B.v. 31.1.2019 - 8 B 10.18 - juris Rn. 9, jeweils m.w.N.). So liegen die Dinge hier im für die Beurteilung der Frage, ob ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse vorliegt, maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Senats (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).

## 72

Eine solche Realisierung einer Wiederholungsgefahr ist für die vorläufigen Erlaubnisse vom 19. Dezember 2017, vom 19. März 2018, vom 18. Juni 2018 und vom 19. September 2018 durch Erteilung der jeweils nächsten vorläufigen Erlaubnis eingetreten, weil sich die vorläufigen Erlaubnisse abgesehen vom Gültigkeitszeitraum in der Sache nicht unterscheiden haben. Insbesondere aber wird der Betrieb der Beigeladenen auch noch aktuell auf der Grundlage der Erlaubnis vom 18. März 2019 geführt. Diesbezüglich ist die Anfechtungsklage statthaft. Nennenswerte Unterschiede, was den zulässigen räumlichen und sachlichen Betriebsumfang angeht, bestehen zwischen der Erlaubnis vom 18. März 2019 und den nach § 11 GastG erteilten Erlaubnissen nicht. Zudem könnten künftige Erlaubnisse nach § 11 GastG nur noch auf der Grundlage des zuletzt erlaubten Betriebs erteilt werden (vgl. Michel/Pauly/Kienzle, GastG, 14. Aufl. 2003, § 11 Rn. 1 und Rn. 3); auch dies spricht dafür, dass die Klägerin auf die Anfechtung der Erlaubnis vom 18. März 2019 zu verweisen ist.

## 73

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 oder rechtlicher Hinsicht geänderten Verhältnissen - künftig festzuhalten und es in einem Fall, in welchem sich die Behörde der klagenden Partei gegenüber der Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens berührt 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. Insbesondere deshalb, weil das Bundesverwaltungsgericht dort auf den Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit des Abwartens einer erneuten behördlichen Entscheidung abgestellt hat, kann daher auch im Lichte dieser Entscheidung auf den ebenfalls in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anerkannten Grundsatz zurückgegriffen werden, dass ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ausscheidet, wenn sich die Wiederholungsgefahr - wie hier - durch die Erteilung weiterer vergleichbarer gaststättenrechtlicher Erlaubnisse bereits realisiert hat.

## 74

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

## 75

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 beabsichtigt wird und dieser nicht offensichtlich aussichtslos ist. Daher ist darzutun, was konkret angestrebt wird (vgl. 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 - auch unter Berücksichtigung der Ausführungen im nachgelassenen Schriftsatz vom 24. März 2022 - nicht schlüssig dargetan. Insbesondere fehlt es an einer Differenzierung von Grund und Höhe eines Schadens in Bezug auf die vorliegend streitgegenständlichen Erlaubnisse; die Klägerin beruft sich allgemein auf sämtliche Rechtsverfolgungskosten betreffend beide Teileigentumseinheiten. Bezeichnend ist insoweit etwa, dass die Klägerin nunmehr Kosten für Messgeräte betreffend die „Sisha-Luft“ angeführt hat, obwohl dies die Nutzung der hier nicht gegenständlichen Teileigentumseinheit Nr. 11 betrifft (Verfahren 22 B 19.197), und dass die Klägerin auch Kosten für einen Rechtsstreit betreffend Akteneinsicht angeführt hat (Verfahren 22 CE 15.1478); in jenem Verfahren war die Klägerin nicht Antragstellerin.

## 76

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

## 77

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).

## 78

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 prozessführungsbefugt. 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).

## 79

Weiterhin muss sich das Rehabilitationsinteresse 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 genannten streitgegenständlichen vorläufigen Erlaubnissen. 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 19.197 streitgegenständlicher) gaststättenrechtlicher Erlaubnis(se) geführt wurden und über die auch in (Print-) Medien berichtet wurde; hierin liegt keine im Rechtssinne diskriminierende Wirkung der genannten Bescheide (vgl. BVerwG, U.v. 17.11.2016 - 2 C 27.15 - BVerwGE 156, 272 - juris Rn. 22).

## 80

Zudem vermag der Senat den von der Klägerin vorgebrachten Umständen und von ihr vorgelegten Unterlagen keine Diskriminierung zu entnehmen, die ein Rehabilitationsinteresse begründen könnte. Wie gerade die von der Klägerin auch im vorliegenden Verfahren 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.

## 81

Gegen ein Rehabilitationsinteresse in Bezug auf die von der Klägerin angegriffenen vorläufigen Erlaubnisse spricht schließlich, dass hinsichtlich der Erlaubnis vom 18. März 2019 eine Anfechtungsklage statthaft (und anhängig) ist und sich angesichts der - wie ausgeführt - nicht erheblichen Unterschiede dieser Erlaubnis zu

den vorläufigen Erlaubnissen in Bezug auf die Rechtmäßigkeit des Handelns der Beklagten letztlich keine anderen Fragen stellen.

## 82

2.2.3.1.4 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). Dies ist in Bezug auf die nach § 11 GastG erteilten Erlaubnisse nicht anzunehmen.

## 83

Schon die dreimonatige Soll-Gültigkeitsdauer einer solchen Erlaubnis 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 Drittbetroffenen damit bereits in Bezug auf den übernommenen Betrieb zu.

## 84

2.2.3.1.5 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. 2.2.3.1.4) - 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 Beigeladene führt ihren Betrieb nicht mehr auf der Grundlage der - längst abgelaufenen - vorläufigen Erlaubnisse, sondern der - auch weiterhin wirksamen - Erlaubnis vom 18. März 2019. Diesbezüglich steht der Klägerin Rechtsschutz mittels Anfechtungsklage zur Verfügung.

## 85

Zudem beruft sich die Klägerin im Schwerpunkt darauf, dass auch die vorläufigen 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 stehe. 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.

## 86

2.2.3.2 Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist ferner unzulässig, weil die Klägerin nicht gem. § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt ist. Auch für die Fortsetzungsfeststellungsklage bedarf es einer Klagebefugnis (2.2.3.2.1). 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 (2.2.3.2.2). Die vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Grundsätze gelten nach Inkrafttreten des WEMoG fort (2.2.3.2.3). Sie sind auch bei der Drittanfechtung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis heranzuziehen (2.2.3.2.4).

2.2.3.2.1 Für eine Fortsetzungsfeststellungsklage - gleich ob in (wie hier) direkter oder analoger Anwendung - bedarf es einer Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO (vgl. nur BVerwG, U.v. 27.1.2021 - 8 C 3.20 - BVerwGE 171, 24 - juris Rn. 12 m.w.N.), weil die Fortsetzungsfeststellungsklage die Anfechtungsklage lediglich fortsetzt und diese Umstellung einen bereits vorhandenen Zulässigkeitsmangel nicht zu heilen vermag (vgl. BVerwG, U.v. 23.3.1982 - 1 C 157.79 - BVerwGE 65, 167 - juris Rn. 23; Wolff in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 113 Rn. 286).

2.2.3.2.2 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.).

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.

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.

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).

## 92

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 einer außenstehenden Dritten erteilt wurde, hat das Bundesverwaltungsgericht einige Jahre später ausdrücklich entschieden (vgl. BVerwG, U.v. 12.3.1998 - 4 C 3.97 - juris).

## 93

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).

## 94

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

## 95

2.2.3.2.3.1 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.

## 96

2.2.3.2.3.2 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 Wohnungseigentümergeinschaft die Aktiv- bzw. Passivlegitimation hinsichtlich Ansprüchen auf Einhaltung von gesetzlichen Regelungen, Vereinbarungen und Beschlüssen neu konzipiert und die Rolle der Wohnungseigentümergeinschaft 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 Nachbaransprüche 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 Bruchteilberechtigung 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 Schultzy in Jennißen, Wohnungseigentumsgesetz, 7. Aufl. 2021, § 13 Rn. 112).

## 97

2.2.3.2.3.3 Keine Rechtsänderung ist durch das WEMoG ferner im Hinblick darauf eingetreten, dass öffentlich-rechtliche Nachbarschutzansprüche auch gegenüber Störungen, die ein nicht zur Eigentümergeinschaft 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 Wohnungseigentümergeinschaft geltend zu machenden - Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB begründet (BGH, U.v. 28.1.2022 - V ZR 86/21 - juris Rn. 24).

## 98

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

## 99

2.2.3.2.4.1 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. Sodan 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).

2.2.3.2.4.2 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.

#### 101

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 vorläufige Erlaubnisse nach § 11 GastG gilt nichts Anderes; sie haben 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 erstrecken (vgl. Michel/Kienzle/Pauly, GastG, 14. Aufl. 2003, § 11 Rn. 6). Mögen die entsprechenden Räume auch im Sondereigentum eines Mitglieds der Wohnungseigentümergeinschaft 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.).

#### 102

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 BayVG, B.v. 12.6.2018 - 22 CS 18.1218 - juris Rn. 11; VG 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; VG 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 diene jedoch lediglich zur Begründung dafür, dass es für diesen Ausschluss unerheblich ist, ob die angefochtene öffentlich-rechtliche Gestattung einem Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft 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 Wohnungseigentümergeinschaft 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).

#### 103

2.2.3.2.4.3 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 Rücksichtnahmegebots) 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 Erlaubnis Antrag 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).

#### 104

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.

#### 105

Klarstellend ist zu den vorstehenden Ausführungen zu bemerken, dass diese generell das Verhältnis zwischen Gaststättenerlaubnis und Baugenehmigung betreffen. Die von der Klägerin wiederholt angeführte Baugenehmigung vom 29. November 2016, die über diese geführten verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten (einschließlich des Verfahrens M 8 K 17.39) und das Verhältnis dieser Baugenehmigung zu den vorliegend streitgegenständlichen gaststättenrechtlichen Erlaubnissen sind für den Senat für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits nicht von Relevanz.

#### 106

2.2.3.2.4.4 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 BImSchG (vgl. Metzner, a.a.O., Rn. 49); insoweit besteht ebenfalls kein Unterschied zu § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG (vgl. Metzner, a.a.O., § 4 Rn. 334 und Rn. 341). Schließlich bezieht sich der Wortlaut des § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG 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 der Norm nichts entnehmen.

#### 107

2.2.3.2.4.5 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 hinge 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, wie das Verwaltungsgericht Augsburg offenbar angenommen hat (vgl. a.a.O., Rn. 22), ob die jeweilige Klagepartei Ansprüche innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft 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).

#### 108

2.2.3.2.5 Eine Klagebefugnis ergibt sich für die Klägerin hier auch nicht aus einer Gesundheitsgefahr. Das Bundesverwaltungsgericht hat zwar offengelassen, ob eine Klagebefugnis hinsichtlich der für ein anderes Sondereigentum 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).

#### 109

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. Zudem müssten, da sich die Klage gegen erteilte Erlaubnisse richtet, Gesundheitsgefahren gerade von der Nutzung des Betriebs in dem erlaubten Umfang ausgehen, nicht von einer etwaigen erlaubnisabweichenden Betriebspraxis (wie das Offenstehen von Türen oder/und Fenstern nach 22.00 h; vgl. zur Maßgeblichkeit des Erlaubten bei der Drittanfechtung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis nochmals BVerwG, B.v. 18.3.1998 - 1 B 33.98 - juris Rn. 6). Hierfür lässt sich dem Klägervortrag jedoch auch unter Berücksichtigung der geltend gemachten Störungen durch Gaststättenbesucher nichts Substantiiertes entnehmen.

#### 110

Nicht zu entscheiden ist daher, 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 Wohnungseigentümergeinschaft 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 bei 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.

#### 111

2.2.3.2.6 Eine Klagebefugnis ergibt sich auch nicht aus der Verletzung der von der Klägerin angeführten verwaltungsverfahrenrechtlichen Vorschriften. Die fehlerfreie Durchführung des Verwaltungsverfahrens betrifft 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.

#### 112

2.2.4 Unzulässig ist auch der auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Anordnungen des Sofortvollzugs der vorläufigen Erlaubnisse 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. Zumindest dann, wenn einstweiliger Rechtsschutz - wie hier (vgl. auch die Nachfragen des Verwaltungsgerichts vom 2.3.2018 und vom 24.5.2018) - möglich war, bevor sich der Verwaltungsakt (und mit ihm dessen Sofortvollzug) erledigt hat, ist für die in der obergerichtlichen Rechtsprechung ebenfalls für 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 einen Rechtsbehelf betreffend die Sofortvollzugsanordnung vorliegen.

#### 113

2.2.5 Die in Bezug auf die Erlaubnis vom 18. März 2019 gestellten Hilfsanträge sind ebenfalls unzulässig.

#### 114

Für die Anfechtungsklage gegen diesen Bescheid fehlt es der Klägerin nach dem oben (2.2.3.2.2 ff.) Ausgeführten ebenfalls an der Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO). Der die Sofortvollzugsanordnung dieser Erlaubnis betreffende Anfechtungsantrag ist unzulässig, weil es sich, vgl. oben, bei dieser nicht um einen Verwaltungsakt handelt. Rechtsschutz ist vielmehr mittels eines Antrags nach § 80a Abs. 3, Abs. 1, § 80 Abs. 5 VwGO zu suchen. Einen solchen Antrag hat die Klägerin mittlerweile auch gestellt.

#### 115

2.2.6 Angesichts der Unzulässigkeit der gegen die der Beigeladenen erteilten gaststättenrechtlichen Erlaubnisse gerichteten Klage kommt es nicht darauf an, ob diese Erlaubnisse - insbesondere aus den von der Klägerin angeführten Gründen - rechtswidrig (gewesen) sind und die Klägerin in ihren Rechten verletzt bzw. verletzt haben (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

#### 116

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

#### 117

2.2.7.1 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 2.2.4). 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).

#### **118**

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).

#### **119**

2.2.7.2 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.

#### **120**

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Da die Beigeladene sich durch ihre Antragstellung einem Kostenrisiko ausgesetzt hat (§ 154 Abs. 3 VwGO), entspricht es der Billigkeit, dass die Klägerin auch ihre außergerichtlichen Kosten trägt (§ 162 Abs. 3 VwGO).

#### **121**

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

#### **122**

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