

Änderung ist eine Veränderung der Planung in zentralen Punkten, wobei dies sowohl andere Regelungen hinsichtlich der Ausführung des Vorhabens als auch neue oder andere Erwägungen im Rahmen der Abwägungsentscheidung sein können. Ob die Änderung daher in einem selbstständigen Verwaltungsverfahren oder aber nach einer Außervollzugsetzung der Planung und einem ergänzenden Verfahren nach § 75 Ia VwVfG vorgenommen wird, ist für die Frage der sofortigen Vollziehbarkeit ohne Bedeutung¹⁰⁹.

Auch die Verletzung der Mitwirkungsrechte eines anerkannten Naturschutzverbandes, der inhaltliche Mängel der angefochtenen Planungsentscheidung geltend machen kann, führt nur dann zur Außervollzugsetzung der Planungsentscheidung, wenn die nicht nur abstrakte Möglichkeit besteht, dass dieser Verfahrensfehler sich auf die Sachentscheidung ausgewirkt haben kann¹¹⁰.

Ein durch einstweilige Anordnung zu sichernder Anspruch auf Unterlassung objektiv rechtswidriger Baumaßnahmen besteht nur, wenn eine Verletzung subjektiver materieller Rechte zu befürchten ist. Hieran fehlt es aber, wenn die ungenehmigten Baumaßnahmen keine faktischen Bindungen für die weitere Planung entfalten, zumal rechtliche Bindungen ohnehin von vornherein ausgeschlossen sind¹¹¹.

109 OVG Lüneburg, Beschluss vom 6. 7. 2000 – 3 M 561/00 –, NuR 2001, 642 = NVwZ-RR 2001, 362; im Ergebnis ebenso für eine Änderung des Planfeststellungsbeschlusses während des Hauptsacheverfahrens OVG Münster, Urteil vom 21. 2. 1985 – 9 A 555/83 –, UPR 1986, 158.

110 OVG Lüneburg, Beschluss vom 6. 7. 2000 – 3 M 561/00 –, NuR 2001, 642 = NVwZ-RR 2001, 362, mit Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 19. 5. 1998 – 4 A 9.97 –, BVerwGE 107, 1 = DVBl. 1998, 900 = NVwZ 1998, 961.

Zwar dürfen gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 PBefG Betriebsanlagen für Straßenbahnen nur gebaut werden, wenn der Plan zuvor festgestellt ist. Ein durch einstweilige Anordnung zu sichernder Anspruch auf Unterlassung des – mangels Planfeststellungsbeschlusses – objektiv rechtswidrigen Baus solcher Anlagen stünde den Betroffenen jedoch nur dann zu, wenn sie durch die Baumaßnahmen in ihren materiellen Rechten verletzt werden¹¹². Das wirtschaftliche Interesse an der Aufrechterhaltung einer bestimmten vorteilhaften Verkehrslage verleiht den Betroffenen demgegenüber kein Abwehrrecht gegen ein ihre Interessen beeinträchtigendes Vorhaben. Sie haben lediglich einen Anspruch darauf, dass bei der Planfeststellung die öffentlichen Belange, die für das Vorhaben sprechen, mit ihrem Interesse an der Beibehaltung der bisherigen Verkehrslage gerecht abgewogen werden.

V. Fachplanungsrecht auf Konsolidierungskurs

Die Grundlagen des Fachplanungsrechts haben sich trotz einiger gesetzgeberischer Novellierungen durchaus konsolidiert. Die Praxis wird dies dankbar entgegennehmen. Mit dem Artikelgesetz zur Umsetzung des europäischen Richtlinienrechts und dem inzwischen in Kraft getretenen neuen Naturschutzrecht sind allerdings neue klärungsbedürftige Fragen auf den Plan getreten. Rechtsprechung und Rechtswissenschaft werden daher wohl auch in Zukunft nicht arbeitslos.

111 BVerwG, Beschluss vom 26. 6. 2000 – 11 VR 8.00 –, NVwZ 2001, 89 – Potsdamer Platz –, mit Hinweis auf Urteil vom 22. 2. 1980 – IV C 24.77 –, DVBl. 1980, 996 = NJW 1981, 239 sowie Urteil vom 29. 5. 1980 – IV C 97.77 –, BVerwGE 62, 243 = UPR 1981, 60 = NJW 1981, 2769.

112 BVerwG, Urteil vom 22. 2. 1980 – 4 C 24.77 –, BVerwGE 62, 243 = DVBl. 1980, 996 = NJW 1981, 239.

Lässt sich das Dosenpfand stoppen?

– Rechtsnatur und Rechtsschutzprobleme der Bekanntmachung des Mehrweganteils nach § 9 Abs. 2, 3 Verpackungsverordnung –*

Von Privatdozentin Dr. Johanna Hey, Köln

Das über Getränkeindustrie, -handel und Verbrauchern schwebende Damoklesschwert des Zwangspfandes auf Einweggetränkeverpackungen beschäftigt nunmehr die Gerichte. Nachdem der Versuch, die Verpackungsverordnung in diesem Punkt zu reformieren, gescheitert ist, wollen Abfüller und Supermarktunternehmen die Erhebung des Zwangspfandes stoppen, indem sie im Wege vorbeugenden Rechtsschutzes gegen die das Zwangspfand auslösende Bekanntgabe der Unterschreitung der Mehrwegquote im Bundesanzeiger vorgehen. Ob dies gelingen wird, hängt zum einen von der verfahrensrechtlichen Einordnung der Be-

kantmachung der Mehrwegquote ab, zum anderen sind zahlreiche verwaltungsprozessuale Hürden zu nehmen.

A. Problemstellung

So viel politischen Aufruhr die drohende Erhebung des Zwangspfandes auf Getränkeeinwegverpackungen verursacht, so wenig geklärt sind die hiermit verbundenen Rechtsfragen. Während dabei gemeinhin über die ökologische Sinnhaftigkeit¹ und ökonomische Wirksam-

* Für wertvolle Anregungen danke ich Herrn Prof. Dr. Thomas Mann.

1 Siehe z. B. Aulehner, BB 1995, Beil. 3 zu Heft 12, 2 ff.; Scholz/Aulehner, Umweltstrategien im Verpackungsrecht, Mehrwegquote, Zwangspfand oder Lizenzierung?, 1998, S. 33–63.

keit², über Kartellrechtsverstöße³ sowie die verfassungs-⁴ und europarechtliche⁵ Zulässigkeit der Verpackungsverordnung⁶ gestritten wird, sollen hier aus aktuellem Anlass die verwaltungsverfahrensrechtlichen Fragen des Ausstiegs aus dem Dualen System für den Getränkebereich beleuchtet werden.

Die Verpackungsverordnung basiert wie das KrW-AbfG, auf dessen Grundlage sie ergangen ist, auf dem Prinzip der Produktverantwortung⁷. Wer Verpackungen in den Verkehr bringt, ist verpflichtet, sie wieder zurückzunehmen (§§ 4–7 VerpackV). Effektiert wird die Rücknahmepflicht durch Pfanderhebungspflichten (§ 8 VerpackV). Von den Rücknahme- und Pfanderhebungspflichten für Verkaufsverpackungen sind Hersteller und Vertrieber derzeit jedoch gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 VerpackV befreit aufgrund ihrer Beteiligung am Dualen System, dessen Eignung als alternatives Entsorgungssystem i. S. von § 6 Abs. 3 Satz 11 der VerpackV von den zuständigen Behörden festgestellt wurde. Zum Schutz bestehender Mehrwegsysteme steht die Systemfeststellung und damit auch die Befreiung von den individuellen Entsorgungspflichten unter der Bedingung, dass der Anteil der in Mehrwegverpackungen abgefüllten Getränke nicht unter 72 % sinkt (§ 9 Abs. 2 Satz 1 VerpackV). Eine Unterschreitung dieser Quote führt zunächst für einen Zeitraum von zwölf Monaten zu einer Nacherhebung und – ergibt sich keine Erholung – wiederum sechs Monate später zum fiktiven Widerruf der Systemfeststellung. Zur Kenntnis gebracht werden die tatsächlich erreichten Mehrweganteile den betroffenen Kreisen gemäß § 9 Abs. 3 der Verpackungsver-

ordnung durch jährliche Bekanntmachung im Bundesanzeiger.

Aufgrund der seit einigen Jahren rückläufigen Mehrweganteile droht der Ausstieg aus dem Dualen System. Bereits 1997 wurde die Quote, wenn auch nur geringfügig, unterschritten. Auch die Nacherhebung für das Jahr 1998 erbrachte keine Besserung⁸. Im Gegenteil, der Anteil der Mehrwegverpackungen ist weiter zurückgegangen. Diese neuerliche Unterschreitung, in deren Folge es unweigerlich zum Ausstieg aus dem Dualen System kommen wird, ist bisher noch nicht im Bundesanzeiger bekannt gemacht worden.

Das Oberverwaltungsgericht Berlin hat derzeit darüber zu entscheiden, ob einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Bekanntmachung der Mehrweganteile des Jahres 1998 stattzugeben ist. Mit diesem Antrag versuchen Supermarktketten und Getränkehersteller der vom Bundesumweltministerium bisher nur angekündigten Bekanntmachung der neuerlichen Unterschreitung der Mehrwegquote zuvorzukommen. Das Verwaltungsgericht Berlin⁹ hatte den Antrag in erster Instanz zurückgewiesen, da es die Auffassung vertrat, dass die Bekanntmachung der Mehrwegquote auch im Hauptsacheverfahren nicht verhindert werden könne. Es verwies die Antragsteller darauf, die Rechtmäßigkeit der Pfanderhebungspflicht nach erfolgter Bekanntmachung im Wege der Feststellungsklage klären zu lassen. Das Oberverwaltungsgericht Berlin hat in der Sache noch nicht entschieden, durch eine Zwischenentscheidung¹⁰ jedoch sichergestellt, dass die Bekanntmachung bis zu einer Entscheidung über die Beschwerde unterbleibt.

Vor diesem Hintergrund soll der bisher ungeklärten Frage nach der Rechtsnatur der Bekanntmachung der Mehrwegquote nachgegangen werden, um hiervon ausgehend die Rechtsschutzmöglichkeiten zu erörtern.

B. Verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Ausstiegs aus dem Dualen System und Funktion der Bekanntmachung nach § 9 Abs. 3 VerpackV

I. Vermeidung der Pfanderhebungspflicht aufgrund der Bekanntmachung der ersten Unterschreitung (§ 9 Abs. 3 i. V. mit Abs. 2 Satz 1 VerpackV)

Eines der Ziele der Verpackungsverordnung ist die Wiederverwendung von Verpackungen. Diesem Ziel dient der Schutz der bestehenden Mehrwegsysteme durch Vorgabe eines bestimmten Anteils an Mehrwegverpackungen. Kontrolliert wird die Zielerreichung durch von der Bundesregierung durchgeführte Erhebungen (vgl. auch § 1 Satz 3 VerpackV). Die jährliche Bekanntgabe des tatsächlich erreichten Mehrweganteils soll es den betroffenen Wirtschaftskreisen ermöglichen, auf die Entwicklung des Verhältnisses zwischen Mehrweg- und Einwegverpackungen zu reagieren und gegebenenfalls Gegenmaßnahmen zur Zurückdrängung von Einwegverpackungen und Stützung der bestehenden Mehrwegsysteme zu ergreifen.

⁸ Siehe die letzte Bekanntmachung im Bundesanzeiger vom 28. 1. 1999, S. 1081 (1082).

⁹ Beschluss vom 15. 8. 2001 – VG 10 A 708.00. –

¹⁰ OVG Berlin – 2 SN 20/01 –.

² Insbesondere *Ewringmann*, Zur Effizienz eines Zwangspfandes auf ausgewählte Einweg-Getränkeverpackungen, 1986; *Philipp*, Duales System, Rücknahmepflicht und Pfandregelung, 1993, S. 210 ff.

³ Etwa *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System. Die Verpackungsverordnung als Instrument staatlicher Steuerung, 1998, S. 127 ff.; *Velte*, Duale Abfallentsorgung und Kartellverbot, insb. S. 107 ff.; s. auf der anderen Seite aber VGH Kassel vom 20. 8. 1999, NVwZ 2000, 92, mit krit. Anm. *Fluck*, Schützt die Verpackungsverordnung das Duale System vor kommunaler Konkurrenz?, DÖV 2000, 657 ff.; *Baars*, Die Rechtmäßigkeit dualer Systeme gem. § 6 III VerpackV auf dem Prüfstand, NVwZ 2000, 42.

⁴ Z. B. *Di Fabio*, Die Verfassungskontrolle indirekter Umweltpolitik am Beispiel der Verpackungsverordnung, NVwZ 1995, 1 ff.; *Arndt/Fischer*, Das Zwangspfand für Getränkeverpackungen – Vereinbarkeit mit Grundgesetz und Europäischem Gemeinschaftsrecht, BB 2001, 1909 ff.

⁵ Eingehend hierzu die Dissertation von *Finckh* (Fußn. 3), S. 177 ff.; 301 ff.; aktuell *Wrede*, Die Verpackungsverordnung – Warenverkehrsfreiheit contra Umweltschutz, EWS 2001, 371 ff.

⁶ In der Fassung der Bekanntmachung vom 21. 8. 1998 (BGBl. I S. 2379), zuletzt geändert durch VO vom 28. 8. 2000, BGBl. I S. 1344. Allgemein zur Verpackungsverordnung *Thomé-Kozmiensky*, Die Verpackungsverordnung, 1994; *Strecker/Berndt*, Kommentar zur Verpackungsverordnung, 1992.

⁷ *Hoppe/Beckmann/Kauch*, Umweltrecht, 2. Aufl. 2000, § 30 Rdnr. 134 ff.; *Beckmann*, Rechtsprobleme der Rücknahme- und Rückgabepflichten, DVBl. 1995, 313 ff.; *Wrede*, EWS 2001, 371 (372); *Flanderka*, Struktur und Ausgestaltung des Dualen Systems in der Bundesrepublik Deutschland, BB 1996, 649.

Funktional ähnelt die erstmalige Bekanntgabe eines unter 72 % liegenden Mehrweganteils einer Abmahnung¹¹. Sie warnt die betroffenen Kreise dahin gehend, dass sie aktiv werden müssen, um den Mehrweganteil wieder zu steigern und so der Erhebung des Dosenpfandes zu entgehen. Ähnliche Formen der einer Sanktion vorgeschalteten Abmahnung finden sich in vielen Bereichen der Wirtschaftsaufsicht¹². Den Betroffenen wird durch eine behördliche Ermahnung Gelegenheit gegeben, ihr Fehlverhalten abzustellen. Ändern sie daraufhin ihr Verhalten, kann die angedrohte Sanktion unterbleiben. Gesteuert wird nicht durch rechtsverbindliche Anordnung bestimmter Handlungspflichten, sondern durch die Drohung mit Sanktionen.

Auch wenn derartige Mahnungen es in das Belieben der Adressaten stellen, ihnen Folge zu leisten, ist der von ihnen ausgehende faktische Druck beträchtlich. Dieses Steuerungspotenzial hat der Ordnungsgeber der Verpackungsverordnung bewusst eingesetzt. So wurde im Rahmen der Novellierung der Verpackungsverordnung im Jahr 1998 die Frist für die Nacherhebung nach der Bekanntmachung der erstmaligen Unterschreitung von ursprünglich sechs auf zwölf Monate hochgesetzt, um den betroffenen Kreisen eine realistische Chance zur Stützung der Mehrwegsysteme zu geben¹³. Dass dieses Steuerungskonzept in der Praxis durchaus funktioniert, hat sich Anfang der neunziger Jahre gezeigt, als sich die Wirtschaft durch die Bekanntgabe des Absinkens der Mehrwegquote bis kurz vor die kritische Grenze zur Verteuerung der in Einwegverpackungen verkauften Getränke um den sog. Dosengroschen veranlasst sah¹⁴.

II. Vorbereitung auf die Pfanderhebung aufgrund der Bekanntmachung der zweiten Unterschreitung (§ 9 Abs. 3 i. V. mit Abs. 2 Satz 2 VerpackV)

Eine ganz andere Funktion hat die Bekanntgabe der zweiten Unterschreitung. Stellt sich auch im Rahmen der Nacherhebung keine Erholung der Mehrwegquote ein, so ist der Ausstieg aus dem Dualen System für diesen Bereich besiegelt. Zwar führt auch die Bekanntgabe der zweiten Unterschreitung nicht zum sofortigen Übergang zu den primären Rücknahme-, Entsorgungs- und Pfanderhebungspflichten, sondern lässt diese erst mit sechsmonatiger Verzögerung eingreifen. Anders als die Bekanntmachung der ersten Unterschreitung hat die Bekanntmachung der zweiten Unterschreitung aber nicht mehr

die Funktion, auf eine Erholung der Mehrwegquote hinzuwirken. Dass der fiktive Widerruf erst sechs Monate nach der Bekanntmachung in Kraft tritt, dient allein der notwendigen Vorbereitung auf die Erhebung des Einwegpfandes. Schließlich lässt sich die Installation eines funktionsfähigen Einwegpfandsystems nicht von heute auf morgen bewerkstelligen. Der Ordnungsgeber hat damit von der – etwa auch in § 21 Abs. 3 2. Alt. BImSchG vorgesehenen – Möglichkeit Gebrauch gemacht, den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Widerrufs der Systemfeststellung hinauszuschieben.

III. Verhältnis von Bekanntmachung, fiktivem Widerruf der Systemfeststellung und Eingreifen der Pfanderhebungspflicht

Der Mechanismus, das Eingreifen der primären Entsorgungs- und Pfanderhebungspflichten zu bewirken, ist der partielle Widerruf der Systemfeststellung. Entfällt für den Getränkebereich die Wirkung der Feststellung des Bestehens eines alternativen Entsorgungssystems, leben die Primärpflichten automatisch wieder auf¹⁵. Dabei wurde auch in der Neufassung der Verpackungsverordnung daran festgehalten, dass der Widerruf der Systemfeststellung fingiert wird, ohne dass es einer Behördenentscheidung bedarf. Die Verordnung ist self-executing. Damit folgt die Verpackungsverordnung einem auch in anderen Bereichen des Umweltrechts zu beobachtenden Trend, alle regelungsbedürftigen Aspekte auf der Ebene der Rechtsvorschrift abschließend festzulegen¹⁶.

Was das Verhältnis zwischen Bekanntmachung und Widerruf der Systemfeststellung angeht, ist nach dem Wortlaut von § 9 Abs. 2 Satz 2 VerpackV nicht die Bekanntmachung des niedrigeren Mehrweganteils Widerrufsvoraussetzung, sondern die tatsächliche Unterschreitung der Quote. Der Bekanntmachung kommt jedoch insofern zentrale Bedeutung zu, als von ihr die Ingangsetzung und Berechnung der sechsmonatigen Ausstiegsfrist abhängt. Da sich der fiktive Widerruf der Systemfeststellung stillschweigend vollzieht, ist die Bekanntmachung der Mehrwegquote zudem der einzige nach außen gerichtete Hinweis auf den Ausstieg aus dem Dualen System.

C. Rechtsnatur der Bekanntmachung

Für die betroffenen Wirtschaftskreise stellt sich nun die Frage, wie kann man sich gegen das drohende Dosenpfand zur Wehr setzen? Die Antwort auf diese Frage hängt unter anderem davon ab, ob es sich bei der Bekanntmachung der Mehrwegquote um einen Verwaltungsakt oder um einen Realakt handelt. Die Differenzierung zwischen Real- und Verwaltungsakt ist zudem für die Folgen einer etwaigen Rechtswidrigkeit der Bekanntgabe zentral. Denn handelt es sich um einen Realakt und wäre die Bekanntgabe

11 Zur Abmahnung im Verwaltungsrecht Rüdler, Die »Abmahnung« im Verwaltungsrecht, NVwZ 2000, 1260 ff.; Stelkens/Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 2001, § 35 Rdnr. 55.

12 In anderen Bereichen ist ein derart abgestuftes Verfahren sogar gesetzlich vorgesehen. So muss etwa im Rahmen der Missbrauchsaufsicht nach § 33 TKG zunächst abgemahnt und zur Beseitigung des Missstandes aufgefordert werden, bevor die Behörde Auflagen erlassen kann. Neu ist diese Technik nicht, so kennt das Personenbeförderungsgesetz in § 25 schon seit Anfang der sechziger Jahre die dem Widerruf der Genehmigung vorgeschaltete schriftliche »Mahnung«.

13 Sproll, UPR 1999, 129 (132).

14 Hierzu Finckh (Fußn. 3), S. 131.

15 Kritisch gegenüber diesem Automatismus insbesondere im Hinblick auf etwaige Fehler bei der Ermittlung der einer Unterschreitensfeststellung zugrundeliegenden Tatsachen Strecker/Berndt (Fußn. 6), § 9 VerpackV Anm. 2.3.

16 So etwa die mittlerweile zum Teil wieder aufgehobenen Smog-Verordnungen der Länder; hierzu auch Fußn. 25.

fehlerhaft, etwa weil die erreichte Quote tatsächlich doch höher liegt, dann könnte sie den Ausstiegsmechanismus nicht in Gang setzen. Als Verwaltungsakt wäre hingegen auch die fehlerhafte und lediglich rechtswidrige Bekanntgabe zunächst wirksam.

I. Die Position des Verwaltungsgerichts Berlin

Das Verwaltungsgericht Berlin hat der Bekanntmachung die Qualität eines Verwaltungsaktes abgesprochen, ohne dabei zwischen den verschiedenen Bekanntmachungen zu differenzieren. In keinem Fall würden mit der Bekanntmachung Rechte begründet, geändert, aufgehoben, noch mit bindender Wirkung festgestellt oder verneint¹⁷. Vielmehr gehe es allein darum, die am Markt tatsächlich erzielten Mehrwegquoten »berichtend offenbar zu machen«. Zur Begründung stellte das Verwaltungsgericht wesentlich auf den Umstand ab, dass sich die Rechtsfolgen der Unterschreitung der Mehrwegquote unmittelbar aus der Verpackungsverordnung ergäben.

II. Bekanntmachung als Verwaltungsakt in der Form der Allgemeinverfügung?

Ob ein Realakt oder ein Verwaltungsakt vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln¹⁸, wobei neben dem unmittelbaren Erklärungsinhalt auch die äußeren Umstände heranzuziehen sind. Da die Bekanntgabe abhängig von ihrem Inhalt unterschiedliche Folgen hervorruft, muss dabei entgegen dem Verwaltungsgericht Berlin zwischen der regulären Bekanntgabe, der ersten Unterschreitensmeldung sowie der zweiten Unterschreitensmeldung differenziert werden. Während die jährliche Bekanntgabe einer über 72 % liegenden Quote lediglich den Verbleib im Dualen System signalisiert, folgt auf die Unterschreitensmeldungen zunächst die Nacherhebung, sodann der Ausstieg. Ob sich hieraus für die rechtliche Einordnung Konsequenzen ergeben, muss erst geklärt werden. Eine Differenzierung wäre nur dann obsolet, wenn man den unterschiedlichen Folgen a priori keine Bedeutung beimessen wollte¹⁹.

1. Bekanntmachung der erstmaligen Unterschreitung gemäß § 9 Abs. 2 Satz 1 VerpackV als Voraussetzung für die Nacherhebung

Bei der Einordnung der Bekanntgabe der erstmaligen Unterschreitung geht es dogmatisch um den Problemkreis der Warnung, des Hinweises und der Ankündigung von Maßnahmen. Trotz des faktischen Befolgedrucks²⁰ den derartige Verwaltungsäußerungen²¹ entfalten können, wird man ihnen im Regelfall die Verwal-

tungsaktqualität absprechen müssen, da die Behörde mit der Abmahnung noch kein Recht begründet, aufhebt, ändert oder feststellt, sondern lediglich auf die zukünftige Begründung, Aufhebung oder Änderung eines Rechts hinweist²². Die Ankündigung eines Verwaltungsaktes ist selbst nicht Verwaltungsakt²³. Der faktische Befolgedruck, den der behördliche Hinweis entfaltet, lässt sich nicht mit der rechtlich verbindlichen Anordnung eines Ge- oder Verbots gleichsetzen.

An die erstmalige Bekanntgabe einer Unterschreitung der Mehrwegquote knüpfen sich trotz des faktischen Drucks, es nicht zum Widerruf kommen zu lassen, keine unmittelbaren Sanktionen. Zeigen die von den betroffenen Wirtschaftskreisen unternommenen Gegenmaßnahmen Wirkung, so dass bei der nächsten Bekanntgabe der Mehrweganteil wieder über 72 % liegt, so bleibt die Bekanntgabe der einmaligen Unterschreitung auch dann folgenlos, wenn es in späteren Jahren wieder zur Unterschreitung kommt. Denn die Widerrufsfiktion greift nur dann ein, wenn die Quote in zwei aufeinanderfolgenden Jahren unterschritten wurde. Damit fehlt es der Bekanntgabe einer erstmaligen Unterschreitung in Bezug auf einen möglichen Widerruf der Systemfeststellung an der erforderlichen Regelungswirkung. Ob es zum Ausstieg aus dem Dualen System und zum Eingreifen der Pfanderhebungspflicht kommt, ist zu diesem Zeitpunkt noch ungewiss.

2. Bekanntmachung der wiederholten Unterschreitung gemäß § 9 Abs. 2 Satz 2 VerpackV als Voraussetzung für das Eingreifen der Widerrufsfiktion

Auch bezüglich der Bekanntmachung der zweiten Unterschreitung, in deren Folge es zum Widerruf der Systemfeststellung kommt, liegt das Problem im Tatbestandsmerkmal der unmittelbaren Regelungswirkung. Bezweifeln lässt sich die VA-Qualität unter dem Aspekt, dass auch die Bekanntgabe der abermaligen Unterschreitung des Mehrweganteils unmittelbar nur eine Tatsachenfeststellung enthält. Dies spricht für einen deklaratorischen Akt, eine Wissens- und keine Willenserklärung²⁴. Am Regelungscharakter könnte es im Hinblick darauf fehlen, dass sich die Rechtsfolgen der Unterschreitung der Mehrwegquote unmittelbar aus der Verpackungsverordnung ergeben und die Bekanntgabe lediglich zum Ausdruck bringt, dass die dort vorgezeichneten Rechtsfolgen nun-

17 Unter Berufung auf BVerwG vom 20. 5. 1987, BVerwGE 77, 268.

18 *Stelkens/Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fußn. 11), § 35 Rdnr. 61.

19 Zum Erfordernis einer nach den jeweiligen Rechtsfolgen differenzierten Einordnung von behördlichen Warnungen s. auch *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Aufl. 2000, § 15 Rdnr. 11.

20 *Henneke*, in: *Knack, VwVfG*, 5. Aufl. 1996, § 35 Rdnr. 4.5.5.

21 So die Begrifflichkeit von *Henneke*, in: *Knack* (Fußn. 20), § 35 Rdnr. 4.5.5.

22 *Stelkens/Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fußn. 11), § 35 Rdnr. 55; differenzierend *Rädler*, *NVwZ* 2000, 1260 (1262); s. auch *OVG Münster* vom 7. 2. 2000, *NVwZ* 2000, 697, das in der Abmahnung nach § 33 Abs. 2 Satz 1 TKG einen Verwaltungsakt sieht.

23 Allgemein BVerwG vom 17. 2. 1961, BVerwGE 12, 75 (76); anders nur für die konkretisierende Androhung des Einsatzes von Zwangsmitteln im Vollstreckungsverfahren, vgl. BVerwG vom 2. 12. 1988, *NVwZ-RR* 1989, 337; *NVwZ* 1998, 393; *App, GewArch.* 1999, 55 (57); *Dünchheim*, *VR* 1994, 124 (127); *Erichsen/Rauschenberg*, *Jura* 1998, 31 (38); *Stelkens/Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fußn. 11), § 35 Rdnr. 65.

24 Maßnahme als Willenserklärung, s. *Stelkens/Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fußn. 11), § 35 Rdnr. 39; *Wolff/Bachof/Stober*, *Verwaltungsrecht I*, 10. Aufl. 1994, § 36 Rdnr. 8.

mehr eintreten. Insofern gibt es bemerkenswerte Parallelen zu der Bekanntgabe einer austauscharmen Wetterlage, die in ähnlicher Weise Voraussetzung für unmittelbar in den Smog-Verordnungen geregelte Pflichten war²⁵.

Trotz der aufgezeigten Bedenken handelt es sich meines Erachtens bei der Bekanntmachung der zweiten Unterschreitung um einen Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung. Der Ordnungsgeber hat darauf verzichtet, den Übergang zu den primären Entsorgungs- und Pfanderhebungspflichten bei Unterschreiten der Mehrwegquote von einer Behördenentscheidung abhängig zu machen, und fingiert stattdessen den Widerruf der Systemfeststellung. Auf diese Weise verlagert sich die Steuerung des Ausstiegs aus dem Dualen System in die Bekanntmachung der Unterschreitung der Mehrwegquote. Im gesamten Ausstiegsszenarium ist die Bekanntmachung der Mehrwegquote die einzige Behördenentscheidung. Die Bekanntmachung ist notwendige Voraussetzung für das In-Kraft-Treten der Widerrufsfiktion. Ohne Bekanntmachung kommt es nicht zum Ausstieg aus dem Dualen System, denn von ihr hängt der Lauf der sechsmonatigen Ausstiegsfrist ab. Bereits in diesem Ingangsetzen der Frist für das In-Kraft-Treten des Widerrufs liegt die Setzung einer Rechtsfolge.

Dabei verfügt die Bundesregierung auch über einen gewissen Entscheidungsspielraum, und zwar sowohl bezüglich der Ermittlung der Mehrweganteile als auch bezüglich des Zeitpunktes der Bekanntgabe. § 9 Abs. 3 VerpackV schreibt zwar die jährliche Bekanntmachung vor, nennt jedoch keinen Stichtag²⁶. Auch § 9 Abs. 2 Satz 2 diktiert keinen Zeitpunkt für die Bekanntgabe des Nacherhebungsergebnisses. Damit kann die Behörde über die Wahl des Zeitpunktes der Bekanntmachung bestimmen, wann sie den Ausstieg in Gang setzt. Das Bundesumweltministerium hat diese Freiheit in der Vergangenheit verschiedentlich genutzt, indem es die Bekanntgabe immer wieder hinausgezögert hat.

Sollte man dennoch im Hinblick darauf, dass sich der fiktive Widerruf der Systemfeststellung und die in dessen Folge auflebende Pfanderhebungspflicht unmittelbar aus der Verpackungsverordnung ergeben, der Bekanntmachung insoweit die Regelungswirkung absprechen, so wird man sie jedenfalls als feststellenden Verwaltungsakt

einstufen müssen²⁷. Durch feststellende Verwaltungsakte wird die Rechtslage nicht umgestaltet, sondern die Behörde stellt verbindlich fest, was bereits de lege lata gilt²⁸. In diesem Sinne stellt die Bekanntmachung die Ausstiegsvoraussetzungen, nämlich die Unterschreitung der Mehrwegquote, mit Bindungswirkung für den sich anschließenden Systemwideruf fest.

Dafür, dass die Bekanntmachung eine verbindliche Feststellung trifft und es sich somit um einen feststellenden Verwaltungsakt handelt, spricht das Gebot der Rechtssicherheit²⁹. Die betroffenen Wirtschaftskreise müssen unmittelbar nach der Bekanntmachung der erneuten Unterschreitung mit der mit erheblichen Investitionen verbundenen Errichtung eines Einwegpfandsystems beginnen, um sich bis zum In-Kraft-Treten des Systemfeststellungswiderrufs sechs Monate später in die Lage zu versetzen, ihren primären Rücknahme- und Pfanderhebungspflichten nachzukommen, schon allein um nicht Gefahr zu laufen, nach Ablauf der Frist die in § 15 der Verpackungsverordnung geregelten Ordnungswidrigkeitentatbestände zu verwirklichen. Gerade weil es nach der Konzeption der Verpackungsverordnung für die Aufkündigung des Dualen Systems und das Eingreifen der Pfanderhebungspflicht keiner weiteren Behördenentscheidung bedarf, folglich das Vorliegen der Widerrufsvoraussetzungen keiner weiteren Überprüfung unterliegt, muss die Bekanntmachung der zweiten Unterschreitung als verbindliche Festlegung auf das Eingreifen der Pfanderhebungspflichten interpretiert werden. Denn die zur Errichtung eines Einwegpfandsystems erforderlichen Investitionen im Volumen von 1 bis 2 Milliarden €³⁰ können nur auf der Grundlage einer verbindlichen Feststellung unternommen werden.

III. Ergebnis

Damit lässt sich folgendes Ergebnis festhalten: Als behördlicher Hinweis auf den tatsächlich erreichten Mehrweganteil ist die Bekanntmachung nach § 9 Abs. 3 VerpackV grundsätzlich nicht Verwaltungsakt, weil sie nicht auf Setzung einer Rechtsfolge gerichtet ist. Dies gilt auch für die Bekanntmachung einer ersten Unterschreitung der Mehrwegquote. Auch aus ihr ergeben sich noch keine unmittelbaren Rechtsfolgen. Etwas anderes gilt nur für die Bekanntmachung der zweiten Unterschreitung in Folge, weil durch sie die Widerrufsfiktion ausgelöst wird.

²⁵ Auch die in den Smog-Verordnungen enthaltenen Pflichten sind größtenteils self-executing. Die Feststellung der austauscharmen Wetterlage fungiert lediglich dazu, auf die nach Eintritt der entsprechenden Inversionslage einsetzenden Pflichten hinzuweisen. Im Hinblick auf die sich unmittelbar an die Bekanntmachung des Smog-Alarm knüpfenden Rechtsfolgen plädieren für die Annahme eines Verwaltungsaktes *Stelkens/Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fußn. 11), § 35 Rdnr. 214; *Appel/Melchinger*, *VerwArch.* 84 (1993), 349 (376 ff.); *Jacobs*, *NVwZ* 1987, 100 (105); *Jarass*, *NVwZ* 1987, 95 ff.; a. A. *Kluth*, *NVwZ* 1987, 960; *Maurer* (Fußn. 19), § 9 Rdnr. 36 a.

²⁶ Anders noch die VerpackV 1991 (vom 12. 6. 1991, BGBl. I S. 1234), die in § 9 Abs. 3 Satz 1 VerpackV eine Bekanntgabe der erheblichen Mehrweganteile jeweils bis zum 30. Juni jedes Jahres vorsah.

²⁷ *Stelkens/Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fußn. 11), § 35 Rdnr. 142.

²⁸ *Maurer* (Fußn. 19), § 9 Rdnr. 46. Der Regelungscharakter ergibt sich aus der Feststellung als Tatbestandsvoraussetzung einer gesetzlich angeordneten Rechtsfolge, vgl. *Henneke*, in: *Knack* (Fußn. 20), § 35 Rdnr. 5.2.4; *Martens*, *NVwZ* 1989, 112 ff.; *Lässig*, *JuS* 1990, 463.

²⁹ Als tragender Grund der Rechtsfigur des feststellenden Verwaltungsaktes *Erichsen*, in: *Erichsen*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. Aufl. 1995, § 12 II 4 Rdnr. 24; *Appel/Melchinger*, *VerwArch.* 84 (1993), 349 (367).

³⁰ Vgl. Stellungnahme des BDI-Präsidenten *Henkel*, *Handelsblatt* vom 10. 9. 2000, S. 4.

D. Rechtsschutz

I. Bedeutung der Rechtsnatur der Bekanntmachung für den Rechtsschutz

Von diesem Ergebnis ausgehend stellt sich die Frage nach den Rechtsschutzmöglichkeiten. Zwar ist die Begründung der Verwaltungsaktsqualität in dem differenzierten Rechtsschutzsystem der VwGO keine *conditio sine qua non* effektiven Rechtsschutzes³¹. Indes sind schon um der aufschiebenden Wirkung entsprechender Rechtsbehelfe willen mit der Begründung der Verwaltungsaktsqualität gewisse Rechtsschutzvorteile verbunden. Für den rechtsschutzsuchenden Bürger kommt der Einordnung einer Maßnahme zudem im Hinblick auf die korrekte Stellung der Anträge und die Ausgestaltung des Rechtsschutzes große Bedeutung zu³².

II. Rechtsschutz gegen die Bekanntmachung einer erstmaligen Unterschreitung

Zunächst ist festzuhalten, dass ein Rechtsschutzbedürfnis auch bezüglich der erstmaligen Unterschreitensbekanntgabe besteht, denn bereits die Drohung mit Sanktion, die Abmahnung eines Fehlverhaltens, hier der Unterschreitung der Mehrwegquote, begründet eine faktische Rechtsbeeinträchtigung³³. Bereits die Abmahnung zwingt zu einer mit Kosten verbundenen, möglicherweise sogar irreversiblen Verhaltensänderung, will der Betroffene nicht Gefahr laufen, sich der angedrohten Sanktion – hier dem Widerruf der Systemfeststellung und in der Folge dem Einsetzen der allgemeinen Pfanderhebungspflicht – auszusetzen³⁴. Selbst wenn die Tatsache erstmaliger Unterschreitung des Mehrweganteils in einem gegen die zweite Bekanntmachung und den nachfolgenden Widerruf gerichteten Rechtsschutzverfahren nochmals überprüft werden könnte, ließe sich eine Verhaltensänderung allein aufgrund der erstmaligen Bekanntmachung nicht mehr rückgängig machen. Allenfalls könnte eine auf einer fehlerhaften Rechts- oder Tatsacheneinschätzung beruhende Bekanntmachung zu Entschädigungsansprüchen führen³⁵. Indes käme es, wenn sich der Betroffene der Abmahnung beugt, gar nicht zu einer gerichtlichen Überprüfung, weil in diesem Fall die Sanktion, die Anknüpfungspunkt einer solchen sein könnte, gerade nicht ergeht. Deshalb muss bereits im Vorfeld die Möglichkeit bestehen zu klären, ob die von der Drohung intendierte, wenngleich nicht vollstreckbar angeordnete Verhaltensänderung erbracht werden muss.

Die erste Bekanntgabe einer Unterschreitung könnte ordnet man sie lediglich als schlichte Verwaltungsaussäuerung ein, mit einer auf Beseitigung gerichteten allgemeinen Leistungsklage angegriffen werden³⁶. Nicht nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang die Auffassung des Verwaltungsgerichts Berlin, die Bekanntmachung als rein tatsächliches Geschehen lasse sich mit rechtlichen Mitteln nicht aufhalten oder nachträglich ungeschehen machen, weshalb ihre Rechtmäßigkeit allenfalls mit einer Feststellungsklage überprüft werden könne. Die allgemeine Leistungsklage ermöglicht es dem Bürger gerade, sich auch gegen reales Verwaltungshandeln zur Wehr zu setzen. Mangels aufschiebender Wirkung der allgemeinen Leistungsklage müsste allerdings gleichzeitig zur Sicherung des status quo ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO gestellt werden.

Würde man auch die Bekanntmachung der ersten Unterschreitung als Verwaltungsakt einordnen, käme eine Anfechtungsklage in Betracht. Gleichzeitig hätte diese Einordnung zur Folge, dass die Bestandskraft der ersten Bekanntmachung in der Überprüfung der Ausstiegsvoraussetzungen im Rahmen einer Anfechtung der zweiten Bekanntmachung Bindungswirkung entfaltet. Hier zeigt sich, dass die Einordnung einer Maßnahme als Verwaltungsakt nicht nur rechtsschutzgestaltende, sondern auch einschränkende Wirkung haben kann³⁷.

III. Nachträglicher Rechtsschutz gegen die erfolgte Bekanntmachung einer zweiten Unterschreitung

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass jedenfalls die Bekanntmachung der abermaligen Unterschreitung der Mehrwegquote, an die sich der fiktive Systemwiderauf knüpft, Verwaltungsakt ist, so steht den von der Pfanderhebungspflicht betroffenen Herstellern und Vertreibern zwanglos der Weg der Anfechtungsklage offen. Diese hätte, wie § 80 Abs. 1 Satz 2 VwGO klarstellt, auch dann aufschiebende Wirkung, wenn man von einem lediglich feststellenden Verwaltungsakt ausgeht.

Dass die Bekanntmachung Allgemeinverfügung ist, steht der Anfechtung nicht entgegen. Zwar hat das Verwaltungsgericht Berlin gemeint, die Verhinderung der Bekanntmachung des Mehrweganteils – dasselbe würde für eine Anfechtung gelten –, laufe auf eine Außerkraftsetzung der Verpackungsverordnung hinaus, da sie nicht nur gegenüber dem jeweiligen Antragsteller, sondern inter omnes gegenüber allen von der Verpackungsverordnung Betroffenen Wirkung entfalte³⁸. Allgemeinverfügungen sind aber auch dann anfechtbar, wenn sie wie die Bekannt-

31 Schmidt-Aßmann, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Einl. Rdnr. 82; s. auch BVerwG vom 22. 5. 1980, BVerwGE 60, 144 (147 f.); BVerwG vom 20. 5. 1987, BVerwGE 77, 268 (271).

32 Kopp, VwVfG, 5. Aufl. 1996, Vorbem. § 35 Rdnr. 3.

33 Ossenbühl, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, 1986, S. 15 ff.

34 Dieser faktische Befolgungszwang wird auch vom OVG Berlin anerkannt, s. Beschluss vom 7. 9. 2001 – OVG 2 SN 20.01.

35 Auch in diesem Zusammenhang ist die Einordnung der Maßnahme als Verwaltungs- oder Realakt von entscheidender Bedeutung, s. Jacobs, NVwZ 1987, 100 (104).

36 BVerwG vom 20. 7. 1962, BVerwGE 14, 323 (327); BVerwG vom 3. 12. 1974, BVerwGE 47, 247 (251); BVerwG vom 22. 5. 1980, BVerwGE 60, 144 (148); BVerwG vom 18. 4. 1985, BVerwGE 71, 183 (186); BVerwG vom 2. 12. 1988, NVwZ-RR 1989, 337 (338); Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl. 2000, § 42 Rdnr. 13; Maurer (Fußn. 19), § 15 Rdnr. 6; Stelkens/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fußn. 11), § 1 Rdnr. 125.

37 Hennecke, in: Knack (Fußn. 20), Vor § 35 Rdnr. 6.4.

38 Hierin sieht das Verwaltungsgericht Berlin aufgrund der Beteiligung des Bundestages am Zustandekommen der Verpackungsverordnung (§ 59 Satz 1 und 3 KrW-/AbfG) einen Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz.

gabe des Mehrweganteils unteilbar sind, so dass sich die Wirkung der Aufhebung nicht auf den Kläger beschränken lässt³⁹, auch wenn dies zur Folge hat, dass das Urteil faktisch gegenüber allen von der Allgemeinverfügung Betroffenen wirkt⁴⁰. Dies gilt auch für die aufschiebende Wirkung der Einlegung von Rechtsbehelfen⁴¹. Mehr noch, das auf Kollektivhaftung angelegte System der Verpackungsverordnung zwingt förmlich zu einer einheitlichen Beurteilung im Rechtsschutzverfahren, da die Erreichung der Umweltschutzziele kollektives Handeln und kollektive Pflichten erfordern. Steuerung über die Vorgabe von Verwertungs- und Mehrwegquoten, die sich auf die Gesamtheit der Verordnungsadressaten beziehen, ist nur im Wege einheitlicher Lösungen möglich.

IV. Vorbeugender, auf Unterlassung der Bekanntmachung gerichteter Rechtsschutz

Aufgrund des in der VerpackV angeordneten Ausstiegsautomatismus, den die Bekanntgabe der zweiten Unterschreitung des Mehrweganteils auslöst, stellt sich darüber hinaus die Frage, ob die Bekanntgabe im Wege *vorbeugenden* Rechtsschutzes verhindert werden kann.

Die vorbeugende Unterlassungsklage kann sich sowohl gegen den Erlass eines Verwaltungsaktes⁴² als auch gegen die Vornahme einer Realhandlung richten⁴³. Allerdings zeigt sich auch hinsichtlich der Zulässigkeit vorbeugenden Rechtsschutzes die fortbestehende verwaltungsprozessuale Bedeutung der Klärung der Verwaltungsaktsfrage. Denn während der Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte auf dem Prinzip nachträglicher Überprüfung basiert⁴⁴, besteht eine derartige Einschränkung nicht bezüglich der gegen die Vornahme von Realakten gerichteten vorbeugenden Unterlassungsklage⁴⁵. Umso unverständlicher ist es, dass das Verwaltungsgericht Berlin die Antragsteller, obwohl es die Bekanntmachung als Realakt einordnete, insoweit auf die nachträgliche Überprüfung im Wege der Feststellungsklage verwies.

Auf die Nichtvornahme eines Verwaltungsaktes gerichtete allgemeine Leistungsklagen werden demgegenüber nur unter der Voraussetzung eines qualifizierten Rechts-

schutzbedürfnisses⁴⁶ für zulässig erachtet. Ein derartiges Rechtsschutzbedürfnis besteht, wenn dem Kläger nicht zugemutet werden kann, den drohenden behördlichen Eingriff in seine rechtlich geschützte Interessensphäre abzuwarten. So ist im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG eine gegen den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtete vorbeugende Unterlassungsklage etwa dann zulässig, wenn andernfalls vollendete Tatsachen geschaffen würden oder ein nicht wieder gutzumachender Schaden entstünde⁴⁷.

Bezüglich der Bekanntmachung der Mehrwegquote ergibt sich ein Bedürfnis nach vorbeugendem Rechtsschutz aus dem Umstand, dass die Bekanntmachung das Signal zur Vorbereitung auf die primären Rücknahme- und Pfanderhebungspflichten setzt. Selbst wenn eine Anfechtungsklage gegen die Bekanntmachung gegenüber allen Pflchtigen aufschiebende Wirkung entfalten würde, wäre nur derjenige, der von dem Verfahren Kenntnis hat, davor gefeit, zunächst Investitionen zur Einrichtung eines Einwegpfandsystems zu tätigen, die sich im Nachhinein bei einer späteren Aufhebung bzw. Korrektur der Bekanntgabe wegen des Verbleibs im Dualen System als sinnlos erweisen. Problematisch ist allerdings, dass es sich hierbei nicht um ein individuelles Rechtsschutzbedürfnis des Betroffenen handelt, sondern um einen übergeordneten Verkehrsschutz Gesichtspunkt. Indes ist aus meiner Sicht zur Vermeidung von Unstimmigkeiten zwischen der auf Kollektivhaftung angelegten Verpackungsverordnung und dem auf Individualrechtsschutz beschränkte Klagesystem der VwGO insoweit eine Ausnahme vom Grundsatz nachträglichen Rechtsschutzes erforderlich.

E. Resümee

Es bleibt mit Spannung zu erwarten, wie das Oberverwaltungsgericht Berlin⁴⁸ die Komplexität der durch den Ausstieg aus dem Dualen System aufgeworfenen Verfahrens- und Rechtsschutzfragen auflösen wird. Auch wenn neue Steuerungsinstrumente gerade im Umweltrecht ihre Berechtigung haben, müssen sie doch sorgsam eingepasst werden in das am Instrumentarium der klassischen Handlungsformen ausgerichtete Rechtsschutzsystem. Der Streit um die umweltökonomische Sinnhaftigkeit, der die Implementierung von Umweltgesetzen und -verordnungen regelmäßig begleitet, darf die verfahrensrechtliche Umsetzung und Einbettung in das bestehende System des allgemeinen Verwaltungsrechts nicht komplett überlagern, soll der Gesetzes- und Verordnungsvollzug nicht mit schwer zu lösenden und streitträchtigen verfahrensrechtlichen Problemen belastet werden.

39 Stelkens/Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fußn. 11), § 35 Rdnr. 201.

40 Kopp/Schenke (Fußn. 36), § 42 Rdnr. 170; hierzu ausführlich auch OVG Greifswald vom 22. 12. 1999, NVwZ 2000, 948 (950).

41 BVerwG vom 27. 1. 1982, BVerwGE 64, 347 (353).

42 Kopp/Schenke (Fußn. 36), Vorb. § 40 Rdnr. 8 a; Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 1999, § 42 Rdnr. 57.

43 Von Oertzen, in: Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 13. Aufl. 2000, § 42 Rdnr. 162.

44 Redeker, in: Redeker/von Oertzen (Fußn. 43), § 123 Rdnr. 3 b; nach Kopp/Schenke (Fußn. 36), Vorb. § 40 Rdnr. 33, ein Problem der Verfahrenskonkurrenz.

45 Kopp/Schenke (Fußn. 36), Vorb. § 40 Rdnr. 35; BVerwG vom 16. 12. 1993, BVerwGE 94, 376 (377), für die vorbeugende Feststellungsklage; s. aber auch BVerwG vom 7. 5. 1987, BVerwGE 77, 207 (212), wo ohne ausdrückliche Beschränkung auf Anfechtungsklagen generell für vorbeugenden Rechtsschutz ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis gefordert wird.

46 BVerwG vom 12. 1. 1967, BVerwGE 26, 23 (24 f.); BVerwG vom 16. 3. 1989, BVerwGE 81, 329 (347); ausführlich Schenke, AÖR 1970, 223 ff.

47 OVG Berlin vom 2. 5. 1977, NJW 1977, 2283; OVG Münster vom 22. 10. 1982, NJW 1984, 1642.

48 Siehe Abschn. A.