

§§ 7, 8 FStrG; §§ 42, 43 VwGO

Ermessensausübung bei Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis für die Außengastronomie

OVG Saar, Beschl. v. 11.10.2023 – 1 B 60/23, BeckRS 2023, 27971
OVG NRW, Urt. v. 30.08.2023 – 11 A 3130/20, BeckRS 2023, 25194

Fall

E ist Eigentümer des Grundstücks X-Straße 7 in der Stadt S, das aus den Flurstücken 1170 und 1171 besteht. Auf dem Flurstück 1170 befindet sich ein Kiosk, den E an P verpachtet hat. Das Flurstück 1171, das unmittelbar an die Straße grenzt, war ursprünglich unbebaut, seit 2014 führt darüber aufgrund eines Vermessungsfehlers ein Teil des Gehwegs der X-Straße. Die X-Straße wurde seinerzeit zum Teil verkehrsberuhigt ausgebaut. Das Flurstück 1171 ist im zugrunde liegenden Bebauungsplan als „multifunktionale Mischfläche (M)“ ausgewiesen, die ausdrücklich auch „Aufenthaltsflächen“ gestattet. In der Widmungsverfügung vom 03.02.2014, die am 14.02.2014 öffentlich bekanntgemacht wurde, heißt es: „Die in S zwischen der K 30 und der K 223 gebaute X-Straße wird gemäß § 2 Abs. 1 FStrG von km 0,000 (Einmündung Kreisverkehr K 30) bis km 2,384 (Einmündung Kreisverkehr L 223) ohne Beschränkung als Gemeindestraße dem öffentlichen Verkehr gewidmet.“

P möchte auf dem Flurstück 1171 vor dem von ihm gepachteten Kiosk zwei kleine Tische mit jeweils 2 Stühlen aufstellen. Das Ordnungsamt der Stadt S weist ihn darauf hin, dass hierfür eine Sondernutzungserlaubnis erforderlich sei, die P schon deshalb nicht erteilt werden könne, weil E den Pachtvertrag für den Kiosk gekündigt habe. Nach ordnungsgemäßigem Vorverfahren hat P beim Verwaltungsgericht Klage erhoben, mit der er die Feststellung begehrt, dass das Aufstellen der Tische und Stühle keiner Sondernutzungserlaubnis bedürfe, da die Widmung bzgl. des Flurstücks 1171 mangels Zustimmung des E unwirksam sei. Es handele sich daher gar nicht um einen Teil der öffentlichen Straße. Hilfsweise sei die Behörde verpflichtet, ihm die Sondernutzungserlaubnis zu erteilen, da die Tische und Stühle für die funktionsgerechte Bewirtschaftung des Kiosks erforderlich seien. Zwar handele es sich bei der X-Straße nicht um eine Fußgängerzone, in der von S für die Außengastronomie in ständiger Verwaltungspraxis Tische und Stühle in angemessenem Umfang zugelassen werden; die Festsetzung als multifunktionale Mischfläche zu Aufenthaltszwecken entspreche jedoch faktisch einer Fußgängerzone. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Hinweis: Es gelten die Vorschriften des FStrG und des VwVfG.

Lösung

Die Klage hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

1. Teil: Hauptantrag auf Feststellung der Erlaubnisfreiheit

A. Zulässigkeit der Klage

I. Der **Verwaltungsrechtsweg** ist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Streitentscheidend sind die öffentlich-rechtlichen Vorschriften in §§ 7, 8 FStrG, sodass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt, die auch keinem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist.

II. Statthafte Klageart ist die allgemeine **Feststellungsklage** (§ 43 Abs. 1 Alt. 1 VwGO). Der Streit um die Erlaubnispflicht betrifft ein **konkretes Rechtsverhältnis**, nämlich die Frage, ob P berechtigt ist, die Tische und Stühle auf dem Geh-

Leitsätze

1. Der Inhalt einer straßenrechtlichen Widmung ist anhand einer Auslegung nach dem Empfängerhorizont (§ 133 BGB entsprechend) zu ermitteln.

2. Liegt eine Fläche auf anliegenden Privatgrundstücken, kann die Eigenschaft als Straßenbestandteil maßgeblich dafür sein, wie weit sich die „Straße“ auf das Grundstück erstreckt. Enthält die Widmung keinerlei flächenmäßige Einschränkungen, gilt sie im Zweifel für die gesamte hergestellte Straßenanlage.

3. Fehlt die Zustimmung des Eigentümers zur Widmung, ist die Widmung i.d.R. nur rechtswidrig und nur ausnahmsweise nichtig, wenn die Behörde z.B. die Widmung bewusst rechtswidrig ohne Zustimmung des Eigentümers vollzogen hat.
















4. Ein Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis besteht nur, wenn das Ermessen der Behörde auf die Erteilung der beantragten Erlaubnis als einzig rechtmäßige Entscheidung reduziert ist, mithin jede andere Entscheidung als die Erteilung der begehrten Sondernutzungserlaubnis rechtswidrig wäre, wobei das der Behörde eröffnete Ermessen sich an Gründen zu orientieren hat, die einen sachlichen Bezug zur Straße aufweisen.

5. Aus Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit der bisherigen Verwaltungspraxis kann sich eine Ermessensreduzierung auf Null ergeben.

Prüfungsschema: Haupt- und Hilfsantrag

- Hauptantrag
 - Zulässigkeit
 - Begründetheit
- Hilfsantrag, wenn innerprozessuale Bedingung greift
 - Zulässigkeit
 - Objektive Klagehäufung, § 44 VwGO
 - Begründetheit

Landesrecht

			
§§ 13, 16 StrG	Art. 14, 18 BayStrWG	§§ 10, 11 StrG	§§ 14, 18 BbgStrG
			
§§ 15, 18 LStrG	§§ 16, 19 HWG	§§ 14, 16 HStrG	§§ 21, 22 StrWG M-V
			
§§ 14, 18 NStrG	§§ 14, 18 StrWG NRW	§§ 34, 41 LStrG	§§ 14, 18 StrG
			
§§ 14, 18 SächsStrG	§§ 14, 18 StrG LSA	§§ 20, 21 StrWG SH	§§ 14, 18 ThürStrG

weg ohne Sondernutzungserlaubnis aufzustellen. Diese Frage kann auch nicht durch eine Gestaltungs- oder Leistungsklage geklärt werden, sodass die Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 2 VwGO **nicht subsidiär** ist. Zwar kann P Verpflichtungsklage auf Erteilung der Erlaubnis erheben (und hat dies auch in Form des Hilfsantrags getan), dies entspricht jedoch nicht seinem mit dem Hauptantrag verfolgten Begehren auf Feststellung der Erlaubnisfreiheit.

III. Das Feststellungsinteresse (§ 43 Abs. 1 VwGO) ergibt sich in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht daraus, dass P die Tische und Stühle nur aufstellen darf, wenn es sich dabei um ein legales Verhalten handelt.

IV. Weitere besondere Sachurteilsvoraussetzungen bestehen bei der allgemeinen Feststellungsklage nicht, insbes. ist **kein Vorverfahren** durchzuführen und **keine Klagefrist** zu beachten. Allerdings verlangt die Rspr. zur Vermeidung einer Popularklage eine **Klagebefugnis** analog § 42 Abs. 2 VwGO. Insoweit kann P geltend machen, durch die von der Behörde behauptete Erlaubnispflicht in seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt zu sein.

Somit ist die allgemeine Feststellungsklage zulässig.

B. Begründetheit der Feststellungsklage

Die (negative) Feststellungsklage ist begründet, wenn das streitige Rechtsverhältnis nicht besteht, hier also das **Aufstellen der Tische und Stühle nicht erlaubnispflichtig** ist. Eine Erlaubnispflicht kann sich nur aus § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG ergeben, wenn eine **öffentlich-rechtliche Sondernutzung** vorliegt.

I. Dann müsste das Flurstück 1171 Teil einer **öffentlichen Straße** sein. Nach § 2 Abs. 1 FStrG erhält eine Straße die Eigenschaft einer öffentlichen Straße durch **Widmung**. Diese erfolgt durch Verwaltungsakt in Form der **Allgemeinverfügung** gemäß § 35 S. 2 Fall 2 VwVfG (Bestimmung der öffentlich-rechtlichen Eigenschaft einer Sache).

„[58] Die Widmung einer Straße begründet die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft über sie. Durch sie wird das Eigentum an dem Straßengrundstück zwar nicht entzogen. Die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft überlagert das Eigentumsrecht jedoch und schränkt es kraft der staatlichen Hoheitsgewalt ein (sogenannter **Grundsatz des modifizierten Privateigentums**). Dem Träger der Straßenbaulast steht, wenn er nicht selbst Eigentümer des Straßengrundstücks ist, die Ausübung der Rechte des Eigentümers insoweit zu, als dies die Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs und die Verwaltung und Unterhaltung erfordern.“

1. Hier ist die **Widmung** durch Allgemeinverfügung vom 03.02.2014 erfolgt, die gemäß § 41 Abs. 3 u. Abs. 4 VwVfG öffentlich bekannt gemacht und damit gemäß § 43 Abs. 1 VwVfG **wirksam geworden** ist.

2. Inhaltlich müsste die Widmung auch das Flurstück 1171 umfassen.

„[64] Eine Widmung unterliegt als Allgemeinverfügung der Auslegung entsprechend § 133 BGB. Insoweit ist nach dem Empfängerhorizont zu ermitteln, welche Verkehrsfläche und Bestandteile von einer Widmung erfasst und aufgrund dessen zu einer öffentlichen, dem Gemeingebrauch dienenden Straße werden. Aus dem Widmungstext und gegebenenfalls den erkennbaren äußeren Umständen müssen sich mit hinreichender Bestimmtheit (vgl. § 37 Abs. 1 VwVfG ...) sowohl der Umfang des Gemeingebrauchs als auch der räumliche Umfang der gewidmeten Fläche ergeben. [65] ... Notwendig, aber auch hinreichend für eine Widmungsverfügung ... ist es, dass die widmende Behörde eine Formulierung wählt, die es dem Adressatenkreis dieser Allgemeinverfügung ermöglicht, **die im jeweiligen Einzelfall betroffene Verkehrsfläche**, die die Eigenschaft einer öffentlichen Straße erhalten soll, **zu identifizieren**.“

OVG NRW

Nach § 41 Abs. 4 S. 3 VwVfG gilt der VA grds. zwei Wochen nach der ortsüblichen Bekanntmachung als bekannt gegeben.

OVG NRW

Hier bezog sich die Widmung auf die „**gebaute**“ X-Straße von km 0,000 (Einmündung Kreisverkehr K 30) bis km 2,384 (Einmündung Kreisverkehr L 223).

„[67] Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass alle Teile, die **technische Bestandteile** der Straße sind, auch gewidmet sein sollen. Liegt eine Anlage oder Fläche auf **anliegenden Privatgrundstücken**, kann die Eigenschaft als Straßenbestandteil maßgeblich dafür sein, wie weit sich die ‚Straße‘ auf das Grundstück erstreckt. Enthält eine Widmung keinerlei flächenmäßige Einschränkung, gilt sie im Zweifel für die **gesamte hergestellte Straßenanlage**.“

Die Widmung bezieht sich daher auch auf das im Eigentum des E stehende Flurstück 1171, auf dem P die Tische und Stühle aufstellen will.

3. Voraussetzung für die Widmung ist gemäß § 2 Abs. 2 FStrG grds., dass der Träger der Straßenbaulast Eigentümer des der Straße dienenden Grundstücks ist, oder der Eigentümer und ein sonst zur Nutzung Berechtigter der Widmung zugestimmt hat. Daran fehlt es hier, insbes. liegt **keine Zustimmung** des Eigentümers E vor.

a) Unwirksam ist die Widmung nach § 43 Abs. 3 VwVfG aber nur, wenn sie nichtig ist. Gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG ist ein Verwaltungsakt **nichtig**, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist.

„[75] In diesem Sinne leidet ein Verwaltungsakt an einem besonders schwerwiegenden Fehler, wenn dieser Fehler den Verwaltungsakt **schlechterdings unerträglich** erscheinen lässt, also mit tragenden Verfassungsprinzipien oder der Rechtsordnung immanenten wesentlichen Wertvorstellungen unvereinbar ist. Hierfür genügt ein bloßer Verstoß auch gegen Rechtsnormen von herausragender Bedeutung wie die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG nicht, weil diese Vorschrift keine Fehlerfolge normiert, sondern sich diese nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz richtet. Der Fehler muss schlechthin unerträglich für die Rechtsordnung sein und die an eine ordnungsgemäße Verwaltung zu stellenden Anforderungen in einem solchem Maß verletzen, dass der Verwaltungsakt gleichsam für jedermann augenscheinlich den **‚Stempel der Nichtigkeit auf der Stirn‘** trägt.“

aa) Nach der **Lehre vom Gesamttakt** regeln § 2 Abs. 1 und Abs. 2 FStrG zusammen die Bestandteile des Widmungsvorgangs. Danach ist die Widmung nur wirksam, wenn (auch) die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 FStrG vorliegen. Bei Fehlen der Eigentümerzustimmung wäre die Widmung schon gar **nicht wirksam zustande gekommen**.

bb) Nach herrschendem Verständnis regelt § 2 Abs. 2 FStrG dagegen keine Wirksamkeits-, sondern eine **Rechtmäßigkeitsvoraussetzung** der Widmung. Bei einem Verstoß ist die Widmung zwar rechtswidrig, nichtig aber nur in den Fällen des § 44 VwVfG.

„[76] Fehlt die Zustimmung des Privateigentümers zur Widmung der sich in seinem Eigentum befindlichen Grundstücksflächen, führt dies ... zwar zur Fehlerhaftigkeit und damit Anfechtbarkeit, jedoch nicht grundsätzlich zur Nichtigkeit der Widmung. [77] Nichtig ist eine Widmung jedoch dann, wenn sie **bewusst rechtswidrig ohne Zustimmung des Eigentümers** vorgenommen wird. Die ohne Zustimmung erfolgende Widmung stellt einen erheblichen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht des Grundstückseigentümers aus Art. 14 Abs. 1 GG dar, die einem enteignungsgleichen Eingriff ähnlich ist. ... Wird dem Eigentümer seine Eigentumsposition vorsätzlich faktisch unter Umgehung des Enteignungsverfahrens entzogen, liegt ein besonders schwerwiegender Fehler vor, der eine Willkürmaßnahme darstellt.“

OVG NRW

Vgl. auch § 1 Abs. 4 FStrG bzw. entspr. Landesrecht (z.B. Art. 2 Nr. 1 b BayStrWG, § 2 Abs. 2 Nr. 1 b StrG BW, § 2 Abs. 2 Nr. 1 HStrG, § 2 Abs. 2 Nr. 1 b StrWG NRW), wonach zur öffentlichen Straße nicht nur die Fahrbahn, sondern der gesamte Straßenkörper gehört, also z.B. auch die Gehwege.

OVG NRW

Salzwedel, in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, (10. Aufl. 1995), § 43 Rn. 8

Papier, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht (15. Aufl. 2016), § 40 Rn. 25

OVG NRW

Dann dürfte sich die Nichtigkeit auch aus § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG (Verstoß gegen die guten Sitten) ergeben.

Bei Bestandskraft der wirksamen Widmung steht dem Eigentümer des mit der Straße überbauten Grundstücks kein Folgenbeseitigungsanspruch zu. Der geschaffene Zustand ist nicht rechtswidrig. Der Eigentümer ist aufgrund der bestandskräftigen Widmung zur Duldung verpflichtet (OVG NRW a.a.O. Rn. 54 ff.)

Ein weiterer Fall des weiten Verkehrsbegriffs ist mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG der **kommunikative Gemeingebrauch** (Austausch von Informationen und Meinungen im Straßenraum).

Zur Sondernutzung in vergleichbaren Fällen AS-Skript Verwaltungsrecht AT 1 (2022), Rn. 539 und VGH BW RÜ 2014, 400, 40

Andernfalls besteht nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung (vgl. § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO).

OVG Saar

OVG Saar (LS 4)

Allgemein zur Ermessungsausübung bei Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis VGH BW RÜ 2022, 536, 539 f. und AS-Skript Verwaltungsrecht AT 1 (2022), Rn. 541 ff.

b) Dieser Ausnahmefall liegt hier ersichtlich nicht vor. Vielmehr ist das Flurstück 1171 aufgrund eines Vermessungsfehlers überbaut und lediglich irrtümlich in die Widmung einbezogen worden. Die Widmung ist damit zwar **rechtswidrig**, aber **nicht nichtig**, sondern **wirksam** und hat die öffentlich-rechtliche Eigenschaft des Flurstücks 1171 als Teil der öffentlichen Straße begründet.

II. Eine Erlaubnis nach § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG benötigt P nur, wenn eine (öffentlich-rechtliche) **Sondernutzung** vorliegt.

1. Sondernutzung ist die Benutzung der Straße über den Gemeingebrauch hinaus (§ 8 Abs. 1 S. 1 FStrG). **Gemeingebrauch** ist nach § 7 Abs. 1 FStrG der Gebrauch der Straße im Rahmen der Widmung und der verkehrsbehördlichen Vorschriften zum Verkehr. Wegen Art. 14 Abs. 1 GG wird davon auch der sog. **Anliegergebrauch** umfasst (z.B. Kontakt nach außen, Zufahrt, Hinweisschilder). Die gegenständliche Inanspruchnahme des Straßenraums, zu dem auch der Gehweg gehört (s.o.), durch Aufstellen von Gegenständen ist zur Nutzung des Eigentums aber nicht zwingend erforderlich und führt i.d.R. zu einer nicht ganz unerheblichen Behinderung des übrigen Verkehrs, sodass auch bei Anliegergewerbebetrieben eine **Sondernutzung** vorliegt.

2. Diese bedarf nach § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG der Erlaubnis, sodass der Hauptantrag auf Feststellung der Erlaubnisfreiheit unbegründet ist und keinen Erfolg hat.

2. Teil: Hilfsantrag auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis

A. Der Hilfsantrag ist als **Verpflichtungsklage** gemäß §§ 40 Abs. 1 S. 1, 42 Abs. 1 Fall 2, 42 Abs. 2, 68 Abs. 2, 74 Abs. 2 VwGO **zulässig**.

B. Es liegt eine nach § 44 VwGO zulässige **objektive Klagehäufung** vor

C. Begründet ist die Verpflichtungsklage, soweit die Ablehnung der Erlaubnis rechtswidrig, der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt und die Sache spruchreif ist (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO). Das ist der Fall, wenn P einen **Anspruch** auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis hat.

I. Voraussetzungen für die Erteilung oder Versagung der Sondernutzungserlaubnis sind in § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG nicht geregelt. Wird der Behörde eine Handlungsermächtigung eingeräumt, ohne dass das Gesetz dazu nähere Voraussetzungen aufstellt, steht die Erlaubnis im **Ermessen** der Behörde.

II. Ein **Anspruch** auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis besteht daher nur im Fall der **Ermessensreduzierung auf Null**. Diese kann sich insbes. aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der bisherigen Verwaltungspraxis ergeben (sog. **Selbstbindung der Verwaltung**). Hier hat die Stadt das Aufstellen von Tischen und Stühlen in Fußgängerzonen in angemessenem Umfang bislang stets erlaubt. Zwar ist die X-Straße nicht als Fußgängerzone gewidmet.

„[4] ... [S] übersieht ..., dass [der Bebauungsplan] die für die Außenbestuhlung vorgesehene Fläche als Verkehrsfläche besonderer Zweckbestimmung in Gestalt einer ‚multifunktionalen Mischfläche‘ ... festsetzt und für diese ausdrücklich auch ‚Aufenthaltsflächen‘ gestattet. Es liegt mithin fern, dass die vom [P] beabsichtigte Außenbestuhlung (in dem hier beantragten Umfang) im Widerspruch zu den bauplanerischen Festsetzungen und dem Gestaltungskonzept [der Stadt] stehen könnte.“

Andere entgegenstehende Gesichtspunkte sind nicht ersichtlich.

„Ein anhängiger Mietrechtsstreit stellt keine straßenbezogene Ermessenserwägung dar und vermag eine Erlaubnisversagung nicht zu rechtfertigen.“

Auch mit Blick auf den geringen Umfang der Sondernutzung (nur zwei kleine Tische mit jeweils zwei Stühlen) ist das Ermessen der Behörde auf Null reduziert und P hat einen Anspruch auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis.

Ergebnis: Der Hilfsantrag auf Verpflichtung der S zur Erteilung der Sondernutzungserlaubnis ist begründet und hat Erfolg.

RA Horst Wüstenbecker