

**Grundkurs Öffentliches Recht III**  
Montag / Donnerstag, den 2./5. Februar 2004

---

**I. Entstehung öffentlicher Sachen**

Öffentliche Sachen entstehen durch einen öffentlich-rechtlichen Rechtsakt, die Widmung, und einen nachfolgenden Realakt, die Indienststellung. Durch den Rechtsakt "Widmung" wird der Zweck öffentlich-rechtlich festgelegt, dem eine Sache dienen soll.

Die Widmung begründet eine öffentlich-rechtliche Sachherrschaft, die von einer privatrechtlichen Eigentümerstellung unterschieden werden muss. Die Folgen von Widmung und Sachherrschaft sind in der Regel gesetzlich geregelt. Die wichtigste Folge der Widmung ist ein Benutzungsanspruch Dritter und eine dem entsprechende Einschränkung der Eigentümerstellung des Staates, die wichtigste Folge der Sachherrschaft ist eine Unterhaltungspflicht.

Die Widmung ist ein Rechtsakt, der in unterschiedlichen Handlungsformen erfolgen kann: durch **Gesetz** (so häufig für natürliche Gewässer und Wasserstraßen), durch **Verwaltungsakt** (so im Straßenrecht [§§ 3 BerlStrG, 2 I BFStrG] und bei den kommunalen öffentlichen Einrichtungen), durch **verwaltungsin-  
ternen Inventarisierungsvorgang** (so bei Sachen im Verwaltungsgebrauch). Kann eine Widmung nicht nachgewiesen werden, wird eine Sache aber seit langer Zeit als öffentliche angesehen und benutzt, z.B. ein Weg, behilft man sich mit dem Rechtsinstitut der unvordenklichen Verjährung, um widerleglich eine Widmung zu vermuten. Beim Meeresstrand schließlich nimmt man eine Widmung kraft Gewohnheitsrechts an.

Im Straßenrecht erfolgt die Widmung durch die Straßenbaubehörde. Diese Behörde ist vom Träger der Straßenbaulast zu unterscheiden, der die Folgen der Widmung, insbesondere die mit

Bau und Unterhaltung einer Straßen zusammenhängenden Aufgaben, zu tragen hat. Bei Bundesfernstraßen entscheidet über die Widmung die oberste Straßenbaubehörde des jeweiligen Bundeslandes (§ 2 VI BFStrG); Träger der Straßenbaulast ist der Bund, bei Ortsdurchfahrten die Gemeinde (§ 5 BFStrG).

Eine Widmung durch Verwaltungsakt ist eine Allgemeinverfügung im Sinne von § 35 Satz 2, 3. Alt. VwVfG. Die Regelungswirkung dieses Verwaltungsakts richtet sich zunächst an den privatrechtlichen Sacheigentümer (sofern einem anderen Träger zugeordnet als die widmende Behörde), sodann an die Benutzer der Sache, die, vorbehaltlich gesetzlicher Regelung, aus der Widmung einen Benutzungsanspruch herleiten können und deren Benutzungsanspruch - durch Gesetz oder durch Widmung - inhaltlich konturiert wird. So ergibt sich aus der Widmung einer Straße in Berlin der gesetzliche Anspruch auf deren Benutzung zum Verkehr (§ 10 II BerlStrG). Dieser Anspruch wird durch die Widmung aber nicht nur begründet, sondern zugleich begrenzt; § 10 II BerlStrG lautet: Der Gebrauch der öffentlichen Straßen ist jedem im Rahmen der Widmung für den Verkehr (Gemeingebrauch) gestattet. Der Verkehrszweck kann in der Widmung auf bestimmte Verkehrsarten, etwa Fußgängerverkehr, beschränkt sein. Dasselbe Ziel kann man mit Mitteln des Straßenverkehrsrechts erreichen. Damit ist die Frage nach dem Verhältnis von Straßenrecht (öffentliches Sachenrecht) und Straßenverkehrsrecht angeschnitten, der nachzugehen hier aber zu weit führen würde (vgl. Steiner, JuS 1984, 1 ff.).

## **II. Der Rheinwiesen-Fall**

Die Regeln über die Entstehung öffentlicher Sachen sollen an einem bekannten Beispielsfall vertieft werden, in dem unklar ist, ob eine Widmung vorliegt. Der Beispielsfall steht zugleich für den Begriff der "öffentlichen Einrichtung", der dem Begriff der "öffentlichen Sache" verwandt ist und auf den im Anschluss an die Falllösung eingegangen werden soll.

### **(I.) Zulässigkeit der Klage**

1. **Verwaltungsrechtsweg:** Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, weil die Klägerin aus einem öffentlich-rechtlichen Rechtsakt, der Widmung der Wiesen als öffentliche Einrichtung, eine ihr günstige Rechtsfolge ableitet. Auch die übrigen Voraussetzungen von § 40 I VwGO liegen vor. Dabei spielt keine Rolle, ob das Benutzungsverhältnis an den Rheinwiesen auch öffentlich-rechtlich wäre. Denn nach der Zwei-Stufen-Theorie muss zwischen öffentlich-rechtlicher Entscheidung über das Ob des Zugangs und einer eventuellen privatrechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses unterschieden werden.

2. **Klageart:** Richtige Klageart ist die Verpflichtungsklage, denn die Zulassung ist ein begünstigender Verwaltungsakt.

3. **Klagebefugnis:** Die Klagebefugnis ergibt sich aus der behaupteten Widmung. Denn wenn die Rheinwiesen als öffentliche Einrichtung gewidmet sind, begründet die Widmung ein subjektives Recht auf Zulassung.

4. **Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen:** unproblematisch.

### **(II.) Begründetheit**

Die Klage ist begründet, wenn die Ablehnung des Zulassungsbegehrens der DKP rechtswidrig ist und diese dadurch in ihren Rechten verletzt wird (§ 113 V VwGO). Das ist der Fall, wenn die Rheinwiesen eine öffentliche Einrichtung (= Sache) sind und wenn die begehrte Nutzung sich im Rahmen der Widmung hält. Denn dann besteht ein Nutzungsanspruch, so dass die Verweigerung des Zugangs rechtswidrig ist und das Zugangsrecht der DKP verletzt.

#### **1. Öffentliche Einrichtung**

Für eine öffentliche Einrichtung genügt, dass ein Sachinbegriff einem öffentlichen Zweck dient. Folglich können auch Parks,

Freizeitgelände oder Plätze für Großveranstaltungen hierzu gehören. Es bestehen grundsätzlich keine Bedenken, ein größeres Wiesengelände, das zudem mit einiger Infrastruktur ausgestattet ist, als öffentliche Einrichtung anzusehen. Der Begriff ist von seinem sachlichen Substrat her weit gefasst. Als öffentliche Einrichtungen sind in der Rechtsprechung angesehen worden: eine Obdachlosenunterkunft, eine kommunale Informationsschrift, die Oberammergauer Festspiele, ein Zuchtbulle.

Entscheidend ist die Zweckbestimmung, die Widmung. Für sie wird bei kommunalen öffentlichen Einrichtungen nicht, wie bei Straßen, die Einhaltung gesetzlicher Förmlichkeiten verlangt. Die Widmung kann hier vielmehr auf verschiedene Weise erfolgen, auch formlos-konkludent. Ihrer Rechtsnatur nach ist die Widmung zwar eine Allgemeinverfügung. Dies begründet aber kein Formerfordernis. Die Rechtsprechung fragt bei Fehlen einer ausdrücklichen Widmung zunächst nach Indizien, die auf einen Widmungswillen schließen lassen, etwa eine Benutzungsordnung oder die tatsächliche Ausstattung der Sache. Fehlen solche Indizien oder sind sie nicht eindeutig genug, so greift eine **Vermutung**. Diese lautet: Eine Sache, die tatsächlich durch die Allgemeinheit genutzt wird, ist zum Gebrauch durch die Allgemeinheit gewidmet.

Bis zu dieser Vermutung muss man in dem vorliegenden Fall aber nicht gehen. Es gibt genügend Indizien, die für eine Widmung der Rheinwiesen als öffentliche Einrichtung sprechen. Zu nennen sind die technischen Vorkehrungen, die nur Sinn ergeben, wenn man eine Nutzung als öffentliche Einrichtung beabsichtigt. Zu nennen ist weiterhin die Vergabepaxis der Stadt. Diese Indizien könnte die Stadt nur durch den Nachweis widerlegen, dass sich aus der Bereitstellung der Einrichtung eindeutig ergebe, sie solle als privates Vermögen genutzt werden. Das ist hier nicht der Fall. Die Verpachtung an einen Schäfer ist eine Randnutzung. Die sonstigen Nutzungen sprechen für eine öffentliche Einrichtung. Da sie überwiegen, beeinflussen sie die rechtliche Bewertung maßgebend in Richtung einer öffentlichen Einrichtung.

## **2. Rahmen der Widmung**

Der Zulassungsanspruch setzt weiter voraus, dass die geplante Nutzung sich im Rahmen der Widmung hält. Er wird durch die Widmung also nicht nur begründet, sondern auch begrenzt. Im vorliegenden Fall kann der Inhalt und damit auch der Rahmen der Widmung nur nach Maßgabe der bisherigen Benutzungspraxis konturiert werden. Angesichts der Größe und der technischen Ausstattung der Wiesen ergibt sich aus der Größenordnung des geplanten Festes kein Einwand. Ein Ausschluss von Veranstaltungen politischer Parteien ist der bisherigen Vergabep Praxis nicht zu entnehmen. Er lässt sich auch nicht sachgerecht begründen, weil die Veranstaltung keinen Wahlkampfbezug hat und politische Parteien außerhalb des Wahlkampfes Gleichbehandlung mit anderen Organisationen beanspruchen können. Da der Volksfestcharakter überwiegt, gibt es keinen Grund, das von der DKP geplante Fest anders zu beurteilen als Schützenfeste oder Kirmesveranstaltungen.

## **3. Ergebnis**

Der Zulassungsanspruch besteht. Die Klage ist begründet.

### **III. Gemeindliche öffentliche Einrichtungen**

Eine Vielzahl der Aktivitäten, welche den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Sinne von Art. 28 II 1 GG zugerechnet werden können, lässt sich mit dem Begriff der Daseinsvorsorge fassen. Darunter verstand der Schöpfer dieses Begriffs, Ernst Forsthoff, den Inbegriff aller Leistungen der Verwaltung für den Bürger, insbesondere solcher Leistungen, die für den Bürger lebensnotwendig sind, wie die Lieferung von Wasser und Strom oder die Vorhaltung öffentlicher Verkehrsmittel. Die Erbringer solcher Leistungen werden von den Gemeindeordnungen der Flächenbundesländer als öffentliche Einrichtungen qualifiziert.

Beispiele für öffentliche Einrichtungen sind Verkehrsbetriebe, Stromversorger, die Müllabfuhr, Kindergärten und Schulen, Friedhöfe, Theater, Museen.

Der Begriff "öffentliche Einrichtung" lässt sich weder von dem äußeren Erscheinungsbild der Einrichtung noch von ihrer Rechtsform her fassen. Öffentliche Einrichtung kann ein Großunternehmen wie ein öffentlicher Verkehrsbetrieb sein; es kann sich aber auch um eine Wiese oder einen Rathausbalkon handeln. Öffentliche Einrichtung kann weiter sein eine Anstalt, ein Eigenbetrieb oder ein Unternehmen privaten Rechts. Die Anteile des Unternehmens des privaten Rechts müssen sich nicht notwendig zu 100 % im Eigentum der Kommune befinden. Sind äußere Erscheinungsform und Rechtsform für den Begriff der öffentlichen Einrichtung nicht konstitutiv, so ist es die durch Widmung festgelegte Funktion, der Daseinsvorsorge der Einwohner der Gemeinde zu dienen. Die Widmung stellt die Verbindung zwischen den öffentlichen Einrichtungen und den öffentlichen Sachen her. Öffentliche Einrichtungen sind Sachgesamtheiten, die durch Widmung auf einen öffentlichen Zweck bezogen sind. Die Nutzung dieser Sachen bedarf der Zulassung. Das Folgende ist darum zugleich Darstellung der Hauptprobleme des Rechts der öffentlichen Sachen im Anstaltsgebrauch. Die Düsseldorfer Rheinwiese ist ein Beispiel für diese Kategorie von öffentlichen Sachen.

Die Gemeindeordnungen der Flächenbundesländer regeln öffentliche Einrichtungen unter dem Gesichtspunkt des Zugangsanspruchs. § 8 II GO NW lautet etwa: "Alle Einwohner einer Gemeinde sind im Rahmen des geltenden Rechts berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu nutzen." Eine vergleichbare Regelung fehlt in Berlin. Trotzdem ist die Rechtslage hier nicht grundsätzlich anders. Dies hat zwei Gründe. Erstens kann man mit guten Gründen sagen, die zitierte Regelung sei überflüssig; Grundlage für den Nutzungsanspruch sei nicht die Gemeindeordnung, sondern die Widmung der öffentlichen Einrichtung, die eine Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 VwVfG

darstelle. Zweitens gibt es Berlin Spezialgesetze über öffentliche Einrichtungen, so insbesondere das Berliner Betriebesgesetz, in dem vier rechtsfähige öffentliche Anstalten gegründet werden: Berliner Verkehrsbetriebe (BVG), Berliner Wasserbetriebe (BWB), Berliner Stadtreinigungsbetriebe (BSR) und die Berliner Hafen- und Lagerhausbetriebe (BEHALA).

## **2. Die Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses**

Von der Frage, in welcher Rechtsform eine öffentliche Einrichtung organisiert ist, ist streng zu unterscheiden die Frage, welche Rechtsnatur das Benutzungsverhältnis zwischen dem Träger der Einrichtung und dem Nutzer hat. Die erste Frage ist organisationsrechtlicher, die zweite Frage schuldrechtlicher Natur. Die erste Frage geht den Nutzer unmittelbar nichts an, anders die zweite. Was die Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses betrifft, so gibt es wiederum zwei Möglichkeiten: das Benutzungsverhältnis kann öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich sein. Zwischen diesen beiden Möglichkeiten hat die Gemeinde, in Berlin das Land oder der jeweilige Bezirk, ein Wahlrecht, dessen Ausübung allerdings gewissen Schranken unterworfen ist.

Soweit die öffentliche Einrichtung in den Rechtsformen des Privatrechts organisiert ist, kann auch das Nutzungsverhältnis nur privatrechtlich sein, es sei denn, der private Rechtsträger ist ein beliehener Unternehmer, dem Hoheitsgewalt zur selbstständigen Ausübung übertragen ist. Bis auf diesen Ausnahmefall wird durch die privatrechtliche Organisationsform die privatrechtliche Natur des Benutzungsverhältnisses vorprogrammiert. Das wiederum hat zur Folge, dass Rechtsfragen aus diesem Benutzungsverhältnis, etwa hinsichtlich des erhöhten Beförderungsentgeltes oder hinsichtlich der Haftung bei einem Unfall, nach Privatrecht zu beurteilen und im Streitfall vor den Zivilgerichten zu klären sind. Ein Beispiel aus Berlin ist die Stromversorgung durch die BEWAG. Die BEWAG ist zwar eine öffentliche Einrichtung; da es sich um eine Aktiengesellschaft

handelt, sind Benutzungsverhältnisse, etwa Stromlieferungsverträge, aber privatrechtlich.

Anders ist es, wenn die öffentliche Einrichtung in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts betrieben wird, etwa als Eigenbetrieb oder als (unselbstständige) Anstalt. Dann in der Tat steht der Gemeinde das Recht zu wählen, ob das Nutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich sein soll. Dieses Wahlrecht besteht auch dann, wenn die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung wegen eines Anschluss- und Benutzungszwanges obligatorisch ist.

Wie dieses Wahlrecht ausgeübt wird, ist manchmal nicht einfach herauszufinden. Ob bei öffentlich-rechtlicher Organisationsform auch das Nutzungsverhältnis öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist, muss durch Auslegung ermittelt werden. Kriterien sind die gewählten Handlungsformen, soweit diese eindeutig erkennbar sind, z.B. Verwaltungsakt, verwaltungsrechtlicher Vertrag, privatrechtlicher Vertrag; die Bezeichnung der für die Benutzung geforderten Gegenleistung (Entgelt oder Gebühr); die Rechtsnatur der Benutzungsordnung (Satzung, öffentlich-rechtliche Anstaltsordnung, AGB); der Hinweis auf Rechtsmittel. Wenn mit diesen Kriterien nicht eindeutig zu ermitteln ist, ob das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist, greift eine von der Rechtsprechung entwickelte Vermutungsregelung. Bei Auslegungszweifeln ist aus Gründen der Rechtssicherheit von einem öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnis auszugehen. Eine privatrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses ist bei öffentlichen Einrichtungen, die in Rechtsformen des öffentlichen Rechts betrieben werden, also nur dann anzunehmen, wenn es eindeutige Indizien dafür gibt.

Ist das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich, so ist die Konsequenz, dass das Benutzungsentgelt in der Form einer Benutzungsgebühr erhoben wird und dass Schadensfälle im Zusammenhang mit der Benutzung nach den Regeln über die Haftung bei

verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen abgewickelt werden. Fraglich ist dabei, wie Haftungsbegrenzungen zu beurteilen sind. Bei öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen ist die Regelungen des BGB über AGB nicht anwendbar. Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit leitet man dann Gleiches ab.

#### **IV. Der Zulassungsanspruch**

Von der Frage nach der Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses ist weiter zu unterscheiden die Frage, ob ein Anspruch auf Begründung eines Nutzungsverhältnisses besteht. In dem einen Fall geht es um das Ob der Nutzung, in dem anderen Fall um das rechtliche Wie der Nutzung. Diese Unterscheidung zwischen dem Ob und dem Wie stammt von einer Theorie, die ich Ihnen im Rahmen dieser Vorlesung schon vorgestellt habe (Maurer, § 17): der Zwei-Stufen-Theorie. Je nach der Organisationsform und dem Benutzungsverhältnis der öffentlichen Einrichtung lassen sich drei Konstellationen unterscheiden:

1. Die öffentliche Einrichtung wird in einer Organisationsform des Privatrechts betrieben. In diesem Fall besteht gegen den privatrechtlichen Träger der Einrichtung kein Zugangsanspruch (str.), denn dieser Anspruch ist öffentlich-rechtlicher Natur. Er richtet sich gegen den hinter diesem Träger stehenden öffentlichen Sachherrn, hier das Land Berlin, und ist darauf gerichtet, dass das Land so auf den privatrechtlichen Träger einwirke, dass dieser die Nutzung zulässt. Der Nutzungsanspruch ist dann in der Form eines Verschaffungsanspruchs, ggfs. verwaltungsgerichtlich, geltend zu machen, während Streitigkeiten über das Wie der Benutzung im Verhältnis von Nutzer und privatem Träger, ggfs. unter Inanspruchnahme der ordentlichen Gerichte, zu klären sind. Die Entscheidung über das Ob und die Regelung des Wie der Nutzung können hier klar unterschieden werden, weil daran jeweils unterschiedliche Rechtssubjekte auf kommunaler Seite beteiligt sind.

2. Die öffentliche Einrichtung ist in einer Rechtsform des öffentlichen Rechts organisiert und das Benutzungsverhältnis ist privatrechtlich. Im Unterschied zur ersten Fallkonstellation haben wir es hier nicht mit einem Drei-, sondern mit einem Zwei-Personen-Verhältnis zu tun: Gemeinde oder sonstiger öffentlich-rechtlicher Träger auf der einen Seite und Nutzer auf der anderen Seite. Allerdings wird dieses Rechtsverhältnis gemäß der Zwei-Stufen-Theorie in zwei Teile aufgespalten. Die Entscheidung über das Ob der Nutzung ergeht öffentlich-rechtlich, in der Form des Verwaltungsakts, das Wie der Nutzung ist privatrechtlich geregelt. Es ist wichtig festzuhalten, dass die Entscheidung der Gemeinde für eine privatrechtliche Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses der von ihr selbst und damit in Organisationsformen des öffentlichen Rechts betriebenen Einrichtung nur das Wie der Nutzung betrifft. Die Entscheidung über das Ob der Nutzung bleibt in jedem Fall öffentlich-rechtlich, denn der Benutzungsanspruch ist unabhängig von Organisationsform und Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses stets ein öffentlich-rechtlicher Anspruch. Diese Aufspaltung führt zu einer Zweispurigkeit des Rechtsschutzes. Streitigkeiten über das Ob der Nutzung werden von den Verwaltungsgerichten entschieden; da die Entscheidung über das Ob der Nutzung, also die Zulassungsentscheidung, als Verwaltungsakt ergeht, ist richtige Klageart die Verpflichtungsklage. Streitigkeiten über das Wie der Nutzung gehören dagegen vor die ordentlichen Gerichte.

3. Die öffentliche Einrichtung ist sowohl in einer Rechtsform des öffentlichen Rechts organisiert als auch vom Benutzungsverhältnis her öffentlich-rechtlich. Auch in diesem Fall unterscheidet man zwischen dem Ob und dem Wie der Nutzung. Diese Unterscheidung ist jedoch nur noch gedanklicher Natur. Aus ihr ergeben sich keine praktischen Konsequenzen, weil zwischen dem Ob und dem Wie der Nutzung in dieser Konstellation nicht mehr die Grenzlinie zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht oder zwischen mehreren beteiligten Rechtssubjekten verläuft.

Die Rechtsfragen, die mit der Benutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen zusammenhängen, sind, zusammenfassend betrachtet, kompliziert, weil die Gemeinde zwei unterschiedliche Wahlrechte hat: Sie hat ein Wahlrecht hinsichtlich der Organisationsform der Einrichtung, und sie hat bei öffentlich-rechtlicher Organisationsform ein Wahlrecht hinsichtlich des Benutzungsregimes. Die Benutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen führt damit auf grundlegende Probleme des allgemeinen Verwaltungsrechts: die Freiheit der Formenwahl, die Zwei-Stufen-Theorie, das Verwaltungsprivatrecht und ist darum als Thema für Prüfungsarbeiten sehr beliebt.

#### **V. Abgrenzung von Gemeingebrauch und Sondernutzung**

Bei den öffentlichen Sachen im Anstaltsgebrauch erfolgt die Nutzung aufgrund einer Zulassung im Rahmen eines Anstaltsnutzungsverhältnisses, einer Sonderbeziehung mit besonderen Regeln etwa über die Haftung. Bei den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch erfolgt keine solche Zulassung und wird kein Anstaltsnutzungsverhältnis begründet. Die Sondernutzung findet ebenfalls nicht im Rahmen eines Anstaltsnutzungsverhältnisses statt. Die Sondernutzungserlaubnis ist keine Zulassung, sondern die Gestattung der Nutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch über den widmungsgemäßen Zweck hinaus.

Der widmungsgemäße Zweck von Straßen liegt in der Ermöglichung der Fortbewegung, des Verkehrs. Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen besteht also insbesondere in deren Nutzung zum Autofahren oder zum Gehen. Dieser Gemeingebrauch ist zulassungsfrei. Ob zulassungsfrei auch unentgeltlich heißt, ist umstritten; die Einführung von Straßenbenutzungsgebühren bedürfte aber in jedem Fall einer formell-gesetzlichen Grundlage, so dass dieser Streit dahinstehen kann (vgl. § 7 I 4 BFStrG).

Die Benutzung von Straßen über den Gemeingebrauch hinaus ist Sondernutzung. Diese Benutzung ist nicht zulassungsfrei, sondern erlaubnispflichtig, wobei die Erteilung der Erlaubnis aus Bewirtschaftungsgründen ein Ermessensverwaltungsakt ist, der nur befristet oder mit Widerrufsvorbehalt ergehen darf.

So klar der Unterschied zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung auf der Rechtsfolgenseite auch ist, so schwierig ist er auf der Seite des Tatbestands. Dies sei an einigen Beispielen verdeutlicht.

Der ruhende Verkehr, also das Parken, ist grundsätzlich vom Gemeingebrauch umfasst, nur hat der fließende gemäß § 7 I 2 BFStrG Vorrang vor dem ruhenden Verkehr. Von ruhendem Verkehr kann man aber nur sprechen, wenn die Absicht besteht, ein abgestelltes Fahrzeug wieder zur Fortbewegung zu nutzen. Das Abstellen von Fahrzeugwracks auf öffentlichen Verkehrsflächen ist darum vom Gemeingebrauch nicht mehr umfasst. Ein Grenzfall ist das Abstellen von Fahrzeugen in der Absicht, sie zum Verkauf anzubieten.

Das Aufstellen von Verkaufsständen auf öffentlichen Verkehrsflächen ist kein Gemeingebrauch mehr. Ein Grenzfall ist ein "Bauchladen", der von dem Verkäufer getragen wird. Ähnlich verhält es sich mit politischer Werbung. Sofern Werbematerial durch Zugehen auf Passanten von Hand zu Hand verteilt wird, soll Gemeingebrauch vorliegen; sofern Hilfsmittel, insbesondere Tische, eingesetzt werden, liege Sondernutzung vor.

Hinter diesen Fällen, die seit langem immer wieder die Rechtsprechung beschäftigen, steckt zum einen der Begriff des kommunikativen Gemeingebrauchs, zum anderen die Frage, wie Grundrechte auf die Abgrenzung von Gemeingebrauch und Sondernutzung und auf das Ermessen bei der Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen einwirken.

Dem Begriff des kommunikativen Gemeingebrauchs liegt der Gedanke

zugrunde, dass der Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen insbesondere in Städten nicht auf die Fortbewegung beschränkt sei, sondern auch Kommunikation umfasse. Dazu gehörten auch Straßenbenutzungen, deren eigentlicher Zweck nicht die Fortbewegung, sondern die Kommunikation sei. Dies wird aber in der Rechtsprechung auf die Verfolgung politischer, weltanschaulicher und künstlerischer Zwecke beschränkt und soll - ohne dass mir der Sinn dieser Differenzierung recht einleuchtet - für gewerblich-kommerzielle Zwecke nicht gelten.

#### **VI. Die Scherenschnitt-Entscheidung (BVerwGE 84, 71)**

Die Klägerin bietet in ihrer Freizeit in einer Berliner Fußgängerzone Passanten an, gegen Entgelt von ihnen Profilschattenbilder in Form von Scherenschnitten anzufertigen. Hierzu stellt sie auf dem Bürgersteig eine Staffelei und einen Klappstuhl auf.

Bedarf Sie hierzu einer Sondernutzungserlaubnis gemäß § 11 BerlStrG?

Das Berufungsgericht hat die Erforderlichkeit einer Sondernutzungserlaubnis verneint, weil der Begriff des Gemeingebrauchs verfassungskonform auszuweiten sei. Er erfasse dann nicht nur den Verkehr als Fortbewegung, sondern auch den Verkehr als Kommunikation. Der öffentliche Straßenraum sei auch eine Stätte der kommunikativen Begegnung, der Pflege menschlicher Kontakte und des Informations- und Meinungsaustauschs. Darunter falle auch der Scherenschnitt. Dies gelte unter dem Vorbehalt, dass die Ausübung der Straßenkunst nicht im konkreten Einzelfall andere gleichrangige verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter unverhältnismäßig beeinträchtige.

Das BVerwG folgt dem Berufungsgericht in der Einordnung des Scherenschnitts als Kunst im Sinne von Art. 5 III GG. Diese Einordnung beruhe auf einem materialen Kunstbegriff. Wegen der unauflöselichen Verknüpfung zwischen künstlerischer Betätigung

und Öffentlichkeit unterfalle auch der Betätigungsort dem Schutz des Grundrechts. Daran ändere die Entgeltlichkeit der Tätigkeit nichts.

Das BVerwG lehnt aber die Konsequenzen ab, die das Berufungsgericht aus dieser Einordnung für das Straßenrecht zieht. Das behördliche Kontrollverfahren für Straßenkunst ist zwar ein Eingriff in die Kunstfreiheit. Dieser Eingriff ist aber durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt. Dies sind die grundrechtlich geschützten Belange der anderen Straßenbenutzer. Die Sondernutzungserlaubnis hat insoweit Ausgleichs- und Verteilungsfunktion. Dieser Gedanke macht eine Präventivsteuerung straßenkünstlerischer Betätigungen durch ein Erlaubnisverfahren, in dem im Einzelfall widerstreitende Nutzungen ausgeglichen werden können, verfassungsrechtlich unbedenklich. Ausnahmen für sogenannte Spontankunst (im vorliegenden Fall geht es allerdings um eine langfristig geplante Tätigkeit) lässt das BVerwG offen (in einem anderen Zusammenhang hält es das versammlungsrechtliche Anmeldungserfordernis für analogiefähig [etwas apokryph]). Die Formen der Straßenkunst und vor allem die örtlichen und zeitlichen Bedingungen ihrer Ausübung seien dermaßen vielgestaltig, dass eine eindeutige Bestimmung konfliktarmer straßenkünstlerischer Betätigungen auf der Ebene des förmlichen Gesetzes nicht möglich erscheint.

Dem besonderen Grundrechtsschutz für Straßenkunst trägt das BVerwG wie folgt Rechnung: durch den Hinweis auf die Möglichkeit erlaubnisfreier Sondernutzungen nach Maßgabe ortsrechtlicher Bestimmungen und durch eine Reduzierung des Ermessens bei der Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen.

Der mit dem Zwang zur Einholung einer Erlaubnis verbundene Verlust an Spontaneität wiege im Übrigen auch deshalb nicht unverhältnismäßig schwer, weil er - gerade auch für die Straßenkünstler - durch einen Gewinn an Rechtssicherheit ausgeglichen wird.

## VII. Der Anliegergebrauch

Während "Gemeingebrauch" und "Sondernutzung" einfachgesetzliche Begriffe sind, trifft dies auf den "Anliegergebrauch" nicht zu. Hinter diesem richterrechtlichen Institut steht der Gedanke, dass Art. 14 I GG dem Grundstückseigentümer in bezug auf die Straßen und Wege, die sein Grundstück erschließen, eine besondere Stellung einräumt. Dies wird in drei Zusammenhängen wichtig:

(1) Der Anliegergebrauch vermittelt ein Recht auf einen Kontakt nach außen, der über den Gemeingebrauch hinausgeht, ohne erlaubnispflichtige Sondernutzung zu sein. Ein solcher Anliegergebrauch besteht etwa in Werbeschildern eines Geschäfts, die in den Straßenraum hineinragen. Er ist zulässig, soweit er zur Nutzung des anliegenden Grundstücks erforderlich ist, den Gemeingebrauch nicht dauernd ausschließt und nicht in den Straßenkörper eingreift. Sondernutzung, nicht Anliegergebrauch, wäre dagegen z.B. die Aufstellung von Tischen und Stühlen einer Eisdiele auf dem Bürgersteig.

(2) Der Anliegergebrauch kann Entschädigungsansprüche vermitteln, wenn der Kontakt nach außen vorübergehend unterbrochen wird, etwa der Zugang zu Geschäften "Unter den Linden" durch den Bau der U-Bahnlinie 5. Dies führt auf das staatshaftungsrechtliche Institut des enteignenden Eingriffs, der hier nicht behandelt werden kann.

(3) Der Anliegergebrauch spielt schließlich eine Rolle, wenn ein Gemeingebrauch aufgehoben oder eingeschränkt wird, wenn z.B. ein Photogeschäft, das bisher von Hochzeitsgesellschaften mit Pkws angefahren worden ist, sich in einer Fußgängerzone wiederfindet und Umsatzeinbußen erleidet. Hier ist wichtig, dass auf die Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs kein Rechtsanspruch besteht (§ 10 II 2 BerlStrG) und dass es im Rahmen des

Gemeingebrauchs keinen Anspruch auf die Erreichbarkeit eines Grundstücks durch Pkw gibt.

Zu Fragen des Anliegergebrauchs Papier in *Erichsen* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1998, § 43 Rn. 19 - 25 und 71 - 77.