

Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene

2. Klausur am 21.12.2006

G ist Konstrukteur eines mobilen Bratwurstgrills, der aus einem rucksackähnlichen Tragegestell, einem auf dem Rücken zu tragenden Gasbehälter und einem vor dem Bauch zu tragenden, mit einer Schutzvorrichtung versehenen Grill besteht. Das Gerät wiegt ohne Ware 15,5 kg und kann im Umhergehen betrieben werden. G vermietet derartige Grillgeräte an derzeit acht freie Mitarbeiter.

In Zukunft will G gelegentlich selbst als Verkäufer, sog. „Grillwalker“, einspringen. Da er sich nicht sicher ist, ob er zur Ausübung einer solchen Tätigkeit einer kostenpflichtigen straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis bedarf, hat er eine entsprechende Anfrage an die Straßenbaubehörde gerichtet. In ihrer Antwort führt die Straßenbaubehörde aus:

„Zu Ihrer Information teilen wir Ihnen mit, dass die in Rede stehende Verkaufstätigkeit als Sondernutzung einzustufen wäre, weil mit dem Einsatz eines Grillgerätes auf öffentlichem Straßenland keine vorwiegend verkehrliche Nutzung verfolgt wird; vielmehr liegt der Schwerpunkt auf dessen gewerblicher Inanspruchnahme.“

G ist nicht einverstanden. Er meint, nach seinem äußeren Erscheinungsbild, auf das straßenrechtlich abzustellen sei, unterscheide er sich bei Ausübung seiner Tätigkeit nicht wesentlich von einem Fußgänger. Er sehe es nicht ein, dass er Sondernutzungsgebühren zahlen solle, obwohl er den Straßenbelag nur mit seinen Füßen berühre. Darüber hinaus sei die Einordnung der Verkaufstätigkeit als Gemeingebrauch verfassungsrechtlich geboten. Der aus dem Erfordernis einer Sondernutzungserlaubnis folgende Eingriff in seine Berufsfreiheit sei nicht gerechtfertigt, weil der öffentliche Verkehr durch die Nutzung des Gerätes nicht behindert werde. Daneben verstoße die Baubehörde mit der Annahme einer Erlaubnispflicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz. Zum einen stelle sie „Grillwalker“ mit Inhabern von ortsfesten Grillbuden gleich. Zum anderen sei ihm bekannt, dass die Berliner Behörden bei Kontrollen häufig ein Auge zudrückten, vor allem bei brotlosen Künstlern. Diese Praxis müsse ihm doch zu Gute kommen.

G beantragt daher beim Verwaltungsgericht festzustellen, dass er für den Verkauf von Bratwürsten mittels eines tragbaren Gasgrills der Marke „Grillwalker“ auf den dem Fußgängerverkehr gewidmeten Flächen des öffentlichen Berliner Straßenlandes keiner Sondernutzungserlaubnis bedarf.

Prüfen Sie, ob die Klage des G Aussicht auf Erfolg hat. Gehen Sie auf alle im Sachverhalt angesprochenen Aspekte ein, ggf. im Rahmen eines Hilfsgutachtens.

Zusatzfrage

Hätte G einen Anspruch auf die Erteilung einer Erlaubnis nach § 11 BerlStrG, wenn er vorhätte, auf öffentlichen Plätzen zusammen mit A eine künstlerische Darbietung mit dem Titel „Berliner Boulette – in acht Minuten um die Welt“ aufzuführen und dabei zur Untermalung Bouletten vom „Grillwalker“ zu verkaufen?

Prüfen Sie, ggf. im Rahmen eines Hilfsgutachtens, ob ein Anspruch besteht.

Bitte Aufgabenblatt wenden!

Der der Bearbeitung zu Grunde zu legende Text des § 11 des BerlStrG lautet wie folgt:

§ 11 Sondernutzung

(1) Jeder Gebrauch der öffentlichen Straßen, der über den Gemeingebrauch hinausgeht, ist eine Sondernutzung und bedarf unbeschadet sonstiger Vorschriften der Erlaubnis der Straßenbaubehörde.

(2) Die Erlaubnis nach Absatz 1 soll in der Regel erteilt werden, wenn überwiegende öffentliche Interessen der Sondernutzung nicht entgegenstehen oder ihnen durch Nebenbestimmungen zur Erlaubnis entsprochen werden kann. Die Erlaubnis soll versagt werden, wenn behinderte Menschen durch die Sondernutzung in der Ausübung des Gemeingebrauchs erheblich beeinträchtigt würden. Über die Erlaubnis ist, außer in den Fällen des Absatzes 3, innerhalb eines Monats nach Eingang des vollständigen Antrags bei der zuständigen Behörde zu entscheiden. Kann die Prüfung des Antrags in dieser Zeit nicht abgeschlossen werden, ist die Frist durch Mitteilung an den Antragsteller um einen Monat zu verlängern. Die Erlaubnis gilt als widerrufen erteilt, wenn nicht innerhalb der Frist entschieden wird.

(3) Sondernutzungserlaubnisse für die Einrichtung von Baustellen dürfen nur erteilt werden, wenn eine wesentliche Beeinträchtigung des fließenden oder ruhenden Straßenverkehrs nicht zu erwarten ist, es sei denn, das Bauvorhaben kann ohne Inanspruchnahme des Straßenlandes nicht mit einem wirtschaftlich und technisch vertretbaren Aufwand durchgeführt werden. In diesem Fall ist die Inanspruchnahme des Straßenlandes auf das geringstmögliche Maß und den kürzesten Zeitraum zu beschränken. Die hierfür erforderlichen Nachweise hat der Bauherr zu erbringen. Die Erlaubnis von Sondernutzungen für Bauarbeiten, die sich auf den fließenden oder ruhenden Fahrzeugverkehr im übergeordneten Straßennetz auswirken, soll zwei Monate vor Baubeginn beantragt werden. Sondernutzungserlaubnisse nach Satz 4 dürfen nur im Einvernehmen mit der Verkehrslenkung Berlin erteilt werden. Äußert sich die Verkehrslenkung Berlin nicht innerhalb von sechs Wochen, so gilt das Einvernehmen gegenüber der für die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis zuständigen Behörde als erklärt. Bei verspäteter Antragstellung kann der Nachweis für die Notwendigkeit einer Inanspruchnahme öffentlichen Straßenlandes nicht auf Umstände gestützt werden, die bei rechtzeitiger Antragstellung nicht vorgelegen hätten.

(4) Die Erlaubnis soll entweder unbefristet auf Widerruf oder befristet, auch mehrjährig, mit oder ohne Widerrufsvorbehalt erteilt werden. Bedingungen, Auflagen und Auflagenvorbehalte sind zulässig. Die Erteilung der Erlaubnis kann erforderlichenfalls von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden. Die Erlaubnis darf nur mit Zustimmung der Straßenbaubehörde übertragen werden.

(5) Für den Widerruf der Erlaubnis gilt Absatz 2 entsprechend. Unbeschadet der Vorschriften über den Widerruf von Verwaltungsakten kann die Erlaubnis widerrufen werden, wenn die für die Sondernutzung zu entrichtenden Gebühren trotz Fälligkeit und Mahnung nicht oder nicht vollständig entrichtet werden. Im Falle des Widerrufs sowie bei der Beeinträchtigung der Sondernutzung durch Sperrung oder Änderung der Straße, durch Straßenschäden oder Straßenbaumaßnahmen oder bei Einziehung der Straße hat der Erlaubnisnehmer keinen Anspruch auf Entschädigung.

(6) Nach Beendigung der Sondernutzung oder Erlöschen der Erlaubnis hat der Erlaubnisnehmer unverzüglich etwa vorhandene Anlagen zu beseitigen. Der ordnungsgemäße Zustand der Straße wird durch den Träger der Straßenbaulast wiederhergestellt. Die Aufwendungen dafür sind von dem Erlaubnisnehmer zu erstatten. Der Erstattungsbetrag ist durch schriftlichen Verwaltungsakt festzusetzen.

(7) Der Sondernutzer hat dem Träger der Straßenbaulast die Kosten zu erstatten, die diesem durch die Sondernutzung zusätzlich erwachsen.

(8) In Fällen unerlaubter Sondernutzung für Veranstaltungswerbung gilt auch der Veranstalter als Sondernutzer.

(9) Für Sondernutzungen können Sondernutzungsgebühren erhoben werden. Bei ihrer Bemessung sind Art, Umfang, Dauer und der wirtschaftliche Vorteil der Sondernutzung zu berücksichtigen. ...

Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene

2. Klausur am 21.12.2006

1. Teil: Ausgangsfall¹

A. Zulässigkeit der Klage

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I 1 VwGO

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO.

Es kommt darauf an, ob es sich um eine öffentlichrechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt. G geht es um die Feststellung, dass die Tätigkeit eines „Grillwalkers“ noch zum Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen zählt, Streitgegenstand ist damit die Abgrenzung des Gemeingebrauchs von der erlaubnispflichtigen Sondernutzung. Streitentscheidend sind daher Normen des Berliner Straßensrechts - konkret geht es um die Legaldefinitionen der §§ 10 II 1 und 3, 11 I 1 BerlStrG.

(Hinweis für die Korrekturassistenten: Es genügt, wenn die Bearbeiter an dieser Stelle lediglich das BerlStrG als streitentscheidend erkennen und auf die §§ 10, 11 BerlStrG erst in der Begründetheitsprüfung eingehen.)

Nach der Sonderrechtstheorie ist die streitentscheidende Norm immer dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet; nur in diesem Fall liegt Sonderrecht eines Hoheitsträgers vor. Aus dem Anwendungsbereich des BerlStrG ergibt sich, dass das Gesetz für alle öffentlichen Straßen bzw. für Privatstraßen des öffentlichen Verkehrs gilt (§ 1 I und II), es regelt die Widmung und Benennung von Straßen, enthält Regelungen über die Straßenbaulast, deren Träger in der Regel Berlin ist (§ 7 I), zur Straßenaufsicht als Ordnungs- und Verwaltungsaufgabe (§§ 15, 16) und regelt damit ausschließlich Rechte und Pflichten der öffentlichen Hand. Insbesondere § 11 BerlStrG berechtigt ausschließlich Träger öffentlicher Gewalt, Sondernutzungserlaubnisse zu erteilen.

¹ Dem Ausgangsfall liegt das Urteil des OVG Berlin vom 17. September 2003 – OVG 1 B 15.03 – zu Grunde, veröffentlicht im Internet unter http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/ovg/1b15_03.html.

Die streitentscheidenden Normen sind damit Sonderrecht des Staates, die Streitigkeit ist mithin öffentlich-rechtlicher Art.

Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, da weder zwei Verfassungsorgane an der Streitigkeit beteiligt sind, noch im Kern um Verfassungsrecht gestritten wird. Schließlich ist keine abdrängende Sonderzuweisung ersichtlich, so dass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

II. Statthafte Klageart

1. Begehren des Klägers, § 88 VwGO

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers. G begehrt eine für die Straßenbaubehörde verbindliche Feststellung, dass er für den Verkauf von Bratwürsten als „Grillwalker“ auf den dem Fußgängerverkehr gewidmeten Flächen des öffentlichen Berliner Straßenlandes keiner Sondernutzungserlaubnis bedarf, und hat einen entsprechenden Antrag an das Verwaltungsgericht gestellt. Hierfür käme die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO in Betracht.

2. Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis

Zunächst muss ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis vorliegen. Unter einem Rechtsverhältnis im Sinne von § 43 I VwGO sind „die aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer Rechtsnorm des öffentlichen Rechts sich ergebenden rechtlichen Beziehungen einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache“² zu verstehen. Mit diesem Erfordernis wird sichergestellt, dass die Gerichte nicht mit der Klärung abstrakter Rechtsfragen befasst werden³.

Fraglich ist, ob dem Antrag des G ein hinreichend konkreter Sachverhalt zu Grunde liegt, da die Tätigkeit des G nur geplant ist. An dieses Erfordernis sind aber keine zu strengen Anforderungen zu stellen; so genügt z.B. für eine Klage auf Feststellung der Berechtigung zur Ausübung eines bestimmten Gewerbes ohne besondere behördliche Gestattung die ernsthafte Absicht, dieses Gewerbe zu beginnen, jedenfalls dann, wenn die Realisierung für eine nicht ferne Zukunft geplant und nicht von unbestimmten weiteren Voraussetzungen abhängig ist⁴.

² Kopp/Schenke, VwGO, 13. Auflage (2003), § 43 Rn. 11.

³ Kopp/Schenke, VwGO, § 43 Rn. 17.

⁴ Kopp/Schenke, VwGO, § 43 Rn. 17.

G geht es um eine für die Zukunft geplante Nutzung öffentlichen Straßenlandes als sog. „Grillwalker“. Auch wenn die Nutzung damit erst noch bevorsteht, ist dieser Sachverhalt bereits jetzt hinreichend konkret umrissen, um ihn unter die streitentscheidenden Normen des BerlStrG subsumieren zu können. Der Sachverhalt ist damit bestimmt, bereits überschaubar und nicht nur gedacht oder als abstrakt möglich vorgestellt.

Die Frage, ob G für die Ausübung einer solchen Tätigkeit eine Sondernutzungserlaubnis beantragen muss, zielt auf die Klärung seiner Rechte und Pflichten auf der Grundlage des Straßenrechts und betrifft damit seine Beziehung zur Straßenbaubehörde bzw. zum öffentlichen Straßenraum als öffentliche Sache⁵.

Nach allem geht es im Antrag des G um ein im Sinne des § 43 VwVfG konkretes Rechtsverhältnis⁶.

3. Subsidiarität der Feststellungsklage, § 43 II 1 VwGO

Gemäß § 88 VwGO ist das Gericht nicht an die Fassung des Antrags gebunden, so dass schon deshalb zu fragen ist, ob nicht eine rechtsschutzintensivere Klageart statthaft wäre. Diesen Rechtsgedanken enthält auch die Subsidiaritätsklausel des § 43 II 1 VwGO, wonach die Feststellung nicht begehrt werden kann, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Sie soll verhindern, dass die Gerichte doppelt in Anspruch genommen werden und auch dass die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen der Anfechtungs- und der Verpflichtungsklage umgangen werden⁷.

a) Anfechtungsklage vorrangig?

Die Feststellungsklage wäre ausgeschlossen, wenn G seine Rechte auch durch eine Anfechtungsklage geltend machen könnte. Der Klage des G ist eine Anfrage an die Straßenbaubehörde vorausgegangen, die G mitgeteilt hat, seine Tätigkeit sei Sondernutzung und daher erlaubnispflichtig. G wäre auf ein Vorgehen hiergegen nur

⁵ Als Rechtsverhältnis im Sinne von § 43 I VwVfG wurden z.B. angesehen: die Berechtigung, ein bestimmtes Gewerbe ohne besondere behördliche Genehmigung zu betreiben (BVerwGE 39, 248; 94, 271); die Feststellung, dass ein Vorhaben genehmigungsfrei ist (OVG München, BayVBl. 1987, 499; OVG München, GewArch 2001, 65).

⁶ So auch das OVG Berlin in dem diesem Fall zugrunde liegendem Urteil vom 17. September 2003 – OVG 1 B 15.03 –, http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/ovg/1b15_03.html.

⁷ Vgl. hierzu *Hubertus Gersdorf*, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. (2003), Rn. 146.

dann zu verweisen, wenn die Mitteilung einen Verwaltungsakt im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 VwVfG Bln. darstellte, § 42 I 1. Alt. VwGO.

Fraglich ist aber der Regelungscharakter der behördlichen Antwort. Unter einer Regelung ist eine rechtsverbindliche Anordnung, eine Willenserklärung zu verstehen, die auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet ist; die Rechtsfolge besteht darin, dass Rechte und Pflichten begründet, geändert, aufgehoben oder verbindlich festgestellt werden⁸. Dass die Behörde über einen bloßen Hinweis, eine bloße Information des G hinaus eine in diesem Sinne rechtsverbindliche Feststellung treffen wollte, ist jedoch nicht ersichtlich. Zwar ist anerkannt, dass Behörden die Befugnis zusteht, das Bestehen oder das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses durch feststellenden Verwaltungsakt zu regeln. Bei der Erklärung zur Rechtslage handelt es sich aber vielmehr um eine rein tatsächliche Verwaltungshandlung, der mangels Regelungscharakters keine Verwaltungsaktsqualität zukommt.

Da die Mitteilung keinerlei Rechtswirkungen entfaltet und damit auch keinen Verwaltungsakt im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 VwVfG Bln darstellt, muss und kann G sie nicht durch Klage angreifen. Eine Verweisung auf die Anfechtungsklage kommt nicht in Betracht.

b) Verpflichtungsklage vorrangig?

Fraglich ist jedoch, ob G auf die Erhebung einer Verpflichtungsklage gemäß § 42 I 2. Alt. VwGO zu verweisen ist.

G erstrebt keine behördliche Erlaubnis, er ist gerade der Ansicht, er benötige keine, weil seine Tätigkeit zum erlaubnisfreien Gemeingebrauch zähle. Eine Verpflichtungsklage auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis hätte nicht die von G begehrte Wirkung und schließt die Feststellungsklage vorliegend nicht aus.

Allerdings steht der Verwaltung die Befugnis zu, feststellende Verwaltungsakte zu erlassen. Statt Feststellungsklage zu erheben könnte G daher zunächst bei der Behörde die rechtsverbindliche Feststellung beantragen, er benötige keine Sondernutzungserlaubnis, und diese ggf. mittels einer Verpflichtungsklage vor Gericht erstreiten. An dieser Stelle stellt sich daher die Frage nach dem Verhältnis der Feststel-

⁸ Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage (2002), § 9 Rn. 6.

lungsklage zu der Verpflichtungsklage auf Erlass eines feststellenden Verwaltungsaktes.

Hierbei wird folgendermaßen differenziert:

- Soweit ein Rechtsanspruch auf Erlass des feststellenden Verwaltungsaktes besteht, wird eine entsprechende Verpflichtungsklage für vorrangig angesehen⁹.
- Im Übrigen wird der Vorrang einer Verpflichtungsklage abgelehnt mit der Begründung, dass die Feststellungsklage praktisch nie statthaft wäre, wenn man eine grundsätzliche Befugnis der Verwaltung annähme, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses in Über- und Unterordnungsverhältnissen durch Erlass feststellender Verwaltungsakte bindend festzustellen. Nur soweit die Behörde einen feststellenden Verwaltungsakt erlassen hat, könne durch § 43 II 1 VwGO die allgemeine Feststellungsklage ausgeschlossen sein¹⁰.

Da das BerlStrG keinen Anspruch auf Erlass eines feststellenden Verwaltungsaktes gewährt und sich ein solcher auch nicht anderweitig herleiten lässt und da in der Information der Behörde kein feststellender Verwaltungsakt zu sehen ist (s.o.), ist die Verpflichtungsklage vorliegend nicht vorrangig.

Daneben ist auch zu beachten, dass eine verwaltungsgerichtliche Feststellung rechtsschutzintensiver ist als es eine Feststellung durch Verwaltungsakt wäre. Gemäß §§ 48, 49 VwVfG bleibt es der Behörde auch nach Eintritt der Bestandskraft des Verwaltungsaktes möglich, diesen zurückzunehmen oder zu widerrufen, die Rechtskraft eines Urteils gewährt eine weitaus sicherere Position. Da feststellende Verwaltungsakte außer in Fällen, in denen sie gesetzlich vorgeschrieben sind, höchst selten vorkommen, wäre es sachfremd, den Kläger bei Erhebung einer Feststellungsklage auf deren Subsidiarität gegenüber einer Verpflichtung zum Erlass eines feststellenden Verwaltungsaktes zu verweisen.

(Hinweis für die Korrekturassistenten: Es soll nicht erwartet werden, dass die Bearbeiter diesen Aspekt in aller Ausführlichkeit darstellen. Wer schon die Möglichkeit

⁹ Kopp/Schenke, VwGO, § 43, Rn. 2.

¹⁰ Kopp/Schenke, VwGO, § 43, Rn. 2 m. w. N.

einer Verpflichtungsklage, gerichtet auf den Erlass eines feststellenden Verwaltungsaktes überhaupt erkennt, sollte einen Bonuspunkt erhalten.)

III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog?

Zwischen Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob auch für die allgemeine Feststellungsklage i.S.d. § 43 VwGO in Analogie zu § 42 II VwGO zu fordern ist, dass der Kläger geltend machen muss, in seinen Rechten verletzt zu sein.

Nach neuerer Rechtsprechung gilt im Interesse des Ausschlusses einer Popularklage das Erfordernis des § 42 II VwGO analog auch für die allgemeine Feststellungsklage¹¹. Demgegenüber lehnt die nahezu einhellige Lehrmeinung eine analoge Anwendung des § 42 II VwGO auf die allgemeine Feststellungsklage ab, weil sonst eine Umgehung der Regelung zum allgemeinen Feststellungsinteresse drohe, wonach neben rechtlichen Interessen auch jedes ideelle oder wirtschaftliche Interesse genügt¹².

Eine Streitentscheidung kann dahinstehen, da sich G auch auf subjektive Rechte berufen kann. Zum einen leitet sich aus der Widmung von Straßen und Plätzen zu öffentlichen Straßen (einer Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 VwVfG) das Recht ab, diese im Rahmen des Widmungszwecks zu nutzen. Dies folgt für Berlin aus § 10 BerlStrG, der jedem das Recht verbürgt, öffentliche Straßen im Rahmen der Widmung für den Verkehr zu gebrauchen. Zum anderen dient die Nutzung des Straßenlandes einer Erwerbstätigkeit, die er zumindest gelegentlich selbst ausüben will. Insofern kann sich G auf die Berufsfreiheit im Sinne von Art. 12 I GG stützen.

IV. Allgemeines Feststellungsinteresse nach § 43 I VwGO

Die allgemeine Feststellungsklage i.S.d. § 43 VwGO ist nur zulässig, wenn G ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Hierfür reichen schutzwürdige Interessen rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art aus. G will in Zukunft gelegentlich selbst als Verkäufer, als sog. „Grillwalker“, einspringen. Damit hat er an dieser Feststellung ein schutzwertes wirtschaftliches Interesse. Sein rechtliches Interesse kann er sowohl aus Art. 12 GG als auch aus der straßenrechtlichen Widmung der einzelnen Straßen und Plätze zu öffentlichen Straßen ableiten

¹¹ Vgl. dazu BVerwGE 114, 356, m. w. N.

¹² Hubertus Gersdorf, a.a.O., Rn. 147.

V. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit, Passivlegitimation

1. Kläger

Der Kläger G ist als natürliche Person gemäß §§ 63 Nr. 1, 61 Nr. 1 VwGO beteiligungsfähig und als nach dem BGB Geschäftsfähiger auch nach § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig.

2. Beklagter

Da das Berliner Landesrecht nicht bestimmt, dass Behörden beteiligungsfähig sind (vgl. zu diesem Erfordernis § 61 Nr. 3 VwVfG), ist die Klage nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip gegen das Land zu richten. Das Land Berlin ist als juristische Person gemäß §§ 63 Nr. 2, 61 Nr. 1 VwGO beteiligungsfähig und ebenfalls nach § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig.

VI. Frist

Die allgemeine Feststellungsklage i.S.d. § 43 VwGO ist nicht an Fristen gebunden, sie kann jederzeit eingereicht werden.

VII. Ergebnis zu A.

Die Klage des G ist als allgemeine Feststellungsklage i.S.d. § 43 VwGO zulässig.

B. Begründetheit der Klage

Die allgemeine Feststellungsklage ist begründet, wenn G für die Tätigkeit als sog. „Grillwalker“ keiner Sondernutzungserlaubnis nach dem Berliner Straßenrecht bedarf. Gemäß § 11 I BerlStrG bedarf jeder Gebrauch der öffentlichen Straßen, der über den Gemeingebrauch hinausgeht, als sog. Sondernutzung der Erlaubnis der Straßenbaubehörde. Der sog. Gemeingebrauch, d.h. der Gebrauch von öffentlichen Straßen im Rahmen der Widmung für den Verkehr, ist dagegen gemäß § 10 I 1 BerlStrG jedem ohne weiteres gestattet. Die Klage des G ist daher nur dann begründet, wenn die der Verkauf von Bratwürsten mittels des mobilen Gasgrills noch zum Gemeingebrauch zählt.

I. Abgrenzung von Gemeingebrauch und Sondernutzung nach dem Wortlaut der §§ 10 II 1 und 3, 11 I BerlStrG

Ausgangspunkt der rechtlichen Betrachtung sind die Legaldefinitionen der §§ 10 II 1 und 11 I BerlStrG. Danach ist der Gebrauch der öffentlichen Straßen jedem im Rah-

men der Widmung für den Verkehr (Gemeingebrauch) gestattet. Kein Gemeingebrauch liegt vor, wenn jemand die Straße nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken nutzt. Jeder Gebrauch der öffentlichen Straßen, der über den Gemeingebrauch hinausgeht, ist eine Sondernutzung und bedarf unbeschadet sonstiger Vorschriften der Erlaubnis der Straßenbaubehörde. Entscheidend für die Abgrenzung des Gemeingebrauchs von der erlaubnispflichtigen Sondernutzung ist demnach der **Zweck der Straßenbenutzung** zum Verkehr. Verfolgt der Straßenbenutzer mit seinem Tun verschiedene Zwecke, so entscheidet der überwiegende Zweck darüber, ob noch Gemeingebrauch vorliegt oder eine Sondernutzung gegeben ist¹³.

Unter **Verkehr** im **klassischen Sinne** wird die Benutzung der Straße zum Zwecke der Ortsveränderung bzw. der Fortbewegung von Menschen und Sachen – unter Einschluss des ruhenden Verkehrs – verstanden. Darüber hinaus entspricht es dem modernen Funktionsbild von Fußgängerbereichen, dass hier auch andere Verhaltensweisen üblich sind, wie etwa das Betrachten von Schaufenstern oder sehenswerten Gebäuden und vor allem die kommunikative Pflege menschlicher Kontakte und des Informations- und Meinungs austausches, sog. **kommunikativer Gemeingebrauch**¹⁴. Der auf diese Weise erweiterte Verkehrsbegriff umfasst kommunikative Aktivitäten allerdings nicht als vom Verkehrsinteresse isolierten Hauptzweck, sondern allenfalls als Nebenzweck der Straßennutzung. Denn auch Fußgängerbereiche werden primär als Verkehrseinrichtungen für den ungehinderten Fußgängerverkehr und nicht als eine Art Kommunikationsmedium geschaffen¹⁵

In Bezug auf den sog. „Grillwalker“ stellt das OVG Berlin fest: „Maßgebender - und schon nach dem äußeren Erscheinungsbild eines Grillwalkers ohne weiteres ersichtlicher - Zweck der hier in Rede stehenden Inanspruchnahme öffentlichen Straßenlandes ist nicht die Teilnahme am Straßenverkehr, sondern der Verkauf von Bratwürsten. Der Kläger nutzt das Straßenland in erster Linie nicht zur - gegebenenfalls

¹³ OVG Berlin, Urteil vom 17. September 2003 – OVG 1 B 15.03 –, a.a.O.

¹⁴ Vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 13. November 1995 - 12 L 1856/93 -, NVwZ-RR 1996, 297; VGH Mannheim, Beschluss vom 12. Juli 1996 - 5 S 472/96 - NVwZ 1998, 91; vgl. auch *Sauthoff*, Straße und Anlieger (2003), Rd.-Ziff. 567 f.

¹⁵ VGH Mannheim, Urteil vom 2.1.2002 – 5 S 3057/99 –, NVwZ-RR 2003, 238 (240); vgl. hierzu auch OVG Lüneburg, Urteil vom 13. November 1995 - 12 L 1856/93 -, NVwZ-RR 1996, 297; VGH Mannheim, Beschluss vom 12. Juli 1996 - 5 S 472/96 - NVwZ 1998, 91; vgl. auch *Sauthoff*, Straße und Anlieger (2003), Rd.-Ziff. 567 f.

gewerblich motivierten - Fortbewegung, sondern als Verkaufsareal. Soweit er mit seinem mobilen Grillgerät umhergeht, tut er dies, um sich unter seine potenzielle Kundschaft zu begeben und das als Verkehrsfläche gewidmete Straßenland für seine Zwecke als Verkaufsfläche umzufunktionieren. Die Abwicklung gewerblicher Warenverkaufsgeschäfte gehört aber grundsätzlich nicht zu den Betätigungen, für die öffentliches Straßenland gewidmet ist“¹⁶.

Nach Ansicht des OVG Berlin zählt die Tätigkeit eines Grillwalkers auch nicht zum kommunikativen Gemeingebrauch im Sinne des erweiterten Verkehrsbegriffs. „Der Kläger nimmt die Straße in erster Linie nicht als Forum der Kommunikation und des Informationsaustauschs, nicht als Stätte der kommunikativen Begegnung, der Pflege menschlicher Kontakte und des Informations- und Meinungsaustauschs, sondern vielmehr als Verkaufsstätte in Anspruch“¹⁷.

Zwischenergebnis: Auf der Grundlage des Wortlauts des BerlStrG ist die planvolle und regelmäßige Nutzung des Berliner Straßenraumes als sog. Grillwalker kein Gemeingebrauch.

II. Verfassungskonforme Auslegung

Fraglich ist, ob es nicht verfassungsrechtlich geboten ist, die Tätigkeit eines Grillwalkers zum Gemeingebrauch im Sinne des Berliner Straßengesetzes zu zählen.

1. Art. 12 I GG – Berufsfreiheit des G

Die Herleitung einer Erlaubnisfreiheit aus Art. 12 I GG hat das OVG Berlin zu Recht verneint. Hierzu führt es aus: „Selbst wenn von einem eigenständigen Berufsbild des Grillwalkers auszugehen wäre, würde die straßenrechtliche Erlaubnispflichtigkeit lediglich in die Freiheit der Berufsausübung eingreifen. Insoweit bilden die Vorschriften über die Sondernutzungserlaubnis jedoch eine zulässige gesetzliche Schranke (vgl. BVerwG, Beschluss vom 19. Dezember 1986 - 7 B 144/86 -, NJW 1997, 1836, 1837; Urteil vom 26. Juni 1970 - 7 C 77.86 -, E 35, 326, 332). Denn bei dem Betrieb der mobilen Grillapparaturen ist schon wegen deren Abmessungen eine Beeinträchtigung des Fußgängerverkehrs nicht von vornherein ausgeschlossen. Das macht eine Präventivkontrolle durch ein Erlaubnisverfahren unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerwG, Urteil vom 9.

¹⁶ OVG Berlin, Urteil vom 17. September 2003 – OVG 1 B 15.03 –, a.a.O., m. w. N.

¹⁷ OVG Berlin, Urteil vom 17. September 2003 – OVG 1 B 15.03 –, a.a.O.

November 1989, E 84, 71, 76). Inwieweit eine Beeinträchtigung des Fußgängerverkehrs letztlich tatsächlich zu erwarten ist, wäre gegebenenfalls im Rahmen der Erlaubnisvoraussetzungen des § 11 Abs. 2 Nr. 1 BerlStrG zu prüfen.“

2. Art. 3 I GG – Vergleich mit Inhabern von ortsfesten Grillbuden und Passanten

Fraglich ist weiterhin, ob das gefundene Ergebnis nicht zu einer verfassungswidrigen Gleichbehandlung des mobilen „Grillwalkers“ mit Inhabern ortsfester Grillbuden führt. Zwar unterscheidet sich ein mobiler „Grillwalker“ von einem Inhaber einer ortsfesten Grillbude durch seine **Mobilität**, mit der Folge, dass der Grillwalker eher einem Passanten mit Gepäck gleicht. Jedoch ist dieses Unterscheidungsmerkmal für die Einordnung als straßenrechtliche Sondernutzung aus den oben dargelegten Gründen nicht wesentlich. Für die Frage des Gemeingebrauchs kommt es nicht auf das äußere Erscheinungsbild des G an, und damit auch nicht auf die fehlende Vergleichbarkeit mit ortsfesten Grillständen oder auf die mögliche Vergleichbarkeit mit Passanten mit Gepäck. Vielmehr ist entscheidend, welche **Nutzungsabsicht** verfolgt wird. Insofern unterscheidet sich ein Grillwalker nicht vom Grillbudeninhaber, da beide den öffentlichen Verkehrsraum zu Verkaufszwecken nutzen wollen. Der Passant verfolgt einen anderen Nutzungszweck, er nutzt das Straßenland hauptsächlich zum Zwecke der Fortbewegung.

Eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem liegt damit nicht vor, so dass Artikel 3 Abs. 1 GG auch unter diesem Aspekt nicht fordert, den Begriff des Gemeingebrauchs auf die Tätigkeit eines „Grillwalkers“ auszudehnen.

3. Art. 3 I GG – Vergleich mit Personen, vor allem brotlosen Künstlern, „bei denen die Berliner Behörden bei Kontrollen häufig ein Auge zudrücken“

Es ist schließlich fraglich, inwieweit sich G auf diese Verwaltungspraxis berufen kann. Zum einen bindet eine bestimmte, u.U. rechtswidrige Verwaltungspraxis, nämlich nicht die Gerichte; sie sind bei der Ausübung ihrer Aufgaben im Rahmen der Rechtsprechung grundsätzlich frei (Grundsatz der Gewaltenteilung). Daher kommt es für die Auslegung des Begriffs des Gemeingebrauchs im Rahmen der Feststellungsklage nicht darauf an, wie die Behörden diese Norm auslegen oder anwenden. Insbesondere wird das Gericht auch nicht durch die Verwaltungspraxis, etwaige Verstöße gegen die Erlaubnispflicht nicht entsprechend § 26 BerlStrG als Ordnungswidrigkeiten zu ahnden, gebunden.

Zum anderen kann sich G nicht darauf berufen, dass andere entgegen § 11 I BerlStrG öffentliche Straßen ohne die erforderliche Erlaubnis zur Sondernutzung gebrauchen, weil Art. 3 I GG grundsätzlich „keine Gleichheit im Unrecht“ gewährleistet.

III. Ergebnis zu B.

Nach allem ist der Verkauf von Bratwürsten mittels des bezeichneten mobilen Gasgrills nach Berliner Straßenrecht kein Gemeingebrauch, sondern erlaubnispflichtige Sondernutzung. Die Klage des G ist nicht begründet.

2. Teil: Zusatzfrage

Hinweis für die Korrekturassistenten:

Das Berliner Straßengesetz, insbesondere § 11 Abs. 2 BerlStrG, wurde am 11.7.2006 geändert, GVBl. S. 819. Für die Beantwortung der Zusatzfrage kommt es im Rahmen der Rechtsfolge auf den Wortlaut des § 11 Abs. 2 BerlStrG an. Aus diesem Grund wurde der aktuelle, der Bearbeitung zu Grunde zu legende Text des § 11 BerlStrG (ohne seine Absätze 10-13) hinter der Aufgabenstellung abgedruckt.

Für den (hoffentlich seltenen) Fall, dass Bearbeiter dennoch mit der alten Textfassung arbeiten, werden im Folgenden zwei Lösungen skizziert, eine nach der alten, eine nach der neuen Gesetzesfassung des BerlStrG.

Ein Arbeiten mit der alten Fassung ist als stark nachteilig zu bewerten!

G hätte einen Anspruch auf die Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis nach § 11 I BerlStrG, wenn die erwogene Tätigkeit die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage erfüllt und diese als Rechtsfolge eine gebundene Entscheidung vorsieht.

A. Anspruchsgrundlage

Als zu prüfende Anspruchsgrundlage ist im Sachverhalt § 11 I BerlStrG vorgegeben.

B. Voraussetzungen

Erste, hier einzig zu prüfende Voraussetzung¹⁸ ist, dass eine Sondernutzung geplant ist. Sondernutzung ist in § 11 I BerlStrG legaldefiniert als Gebrauch der öffentlichen Straßen über den Gemeingebrauch hinaus. G will zusammen mit A öffentliche Plätze in Anspruch nehmen und damit öffentliche Straßen im Sinne von § 2 I BerlStrG gebrauchen. Da die geplante Nutzung nicht vordergründig Verkehrszwecken dient, A und G den Verkehrsraum vielmehr ausschließlich zu künstlerischen und Verkaufszwecken nutzen wollen, liegt im Sinne der oben gefundenen Definition kein Gemeingebrauch vor. Auch der erweiterte Verkehrsbegriff deckt die geplante Nutzung nicht, da ihr kommunikativer Teil – das Kabarett-Programm – allenfalls Nebenzweck der Verkaufstätigkeit ist und nicht, wie unter Zugrundelegung des erweiterten Verkehrsbegriffs gefordert, Nebenzweck der Fortbewegung.

An dieser Stelle ist fraglich, ob nicht Art. 5 III GG mit seiner schrankenlosen Gewährleistung der Kunstfreiheit zu der Auslegung zwingt, die erwogene Tätigkeit von G und A sei genehmigungsfreier Gemeingebrauch. In dem Verbot, öffentliche Verkehrsflächen ohne vorherige Erlaubnis zu nutzen, liegt kein echter Eingriff, da es hier genau genommen um Teilhabe geht. Allerdings gewährt insoweit die objektive Seite der Kunstfreiheit einen Mindestschutz, der u.a. bewirkt, dass einschlägige Vorschriften „kunstfreundlich“ auszulegen sind¹⁹.

Zum Teil wird daraus gefolgert, dass beispielsweise musikalische Darbietungen weniger Straßenmusikanten ohne elektrische Verstärkung als Gemeingebrauch einzustufen sind²⁰.

Zum Teil wird ein solches Ergebnis mit dem Hinweis abgelehnt, die Anwendung des Genehmigungsvorbehalts diene dazu, das Teilhaberecht der anderen Passanten an der Straße, eine verfassungsrechtlich gesicherte Rechtsposition aus Art. 2 I i.V.m. Art. 3 I GG, zu schützen. Der Genehmigungsvorbehalt sei ein notwendiges präventives Mittel angesehen, um gegenläufige Interessen frühzeitig zu steuern, das im Übrigen einen nur geringen Eingriff und damit keine unverhältnismäßige Belastung darstelle²¹. Die straßenrechtlichen Vorschriften für sich können die Kunstfreiheit – hier

¹⁸ Laut Sachverhalt sind die Erlaubnisvoraussetzungen gemäß § 11 II und III BerlStrG nicht zu prüfen.

¹⁹ Jarass/Pieroth, GG, 6. Auflage (2002), Art. 5 Rn. 88 a mit Hinweis auf BVerwG, BayVBl. 1981, 508.

²⁰ Vgl. etwa OLG Hamm, NJW 1980, 702; a.A. BVerwG, NJW 1987, 1837.

²¹ Urteil vom 2.1.2002 – 5 S 3057/99 –, NVwZ-RR 2003, 238 (242f.) in Bezug auf Glaubensfreiheit.

als Wirk-Freiheit begriffen – zwar nicht einschränken, da das Grundrecht der Kunstfreiheit einen Gesetzesvorbehalt nicht kennt. Die Rechtsprechung entnimmt jedoch die Schranken unmittelbar aus der Verfassung, indem sie den störungsfreien Gemein- und Anliegergebrauch in seinem Kern durch Art. 2 I, 3 I, 14 I GG als geschützt ansieht. Gesetzliche Regelungen, die diesen Schutz entfalten, wie. z. B. Bestimmungen über die Sondernutzung, werden als „eine kunstneutrale Grundlage für den Ausgleich der praktischen Nutzungskonflikte“ angesehen²². Das BVerwG trägt der objektiven Bedeutung des Grundrechtsschutzes stattdessen dadurch Rechnung, dass es einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis ohne Gebühr bejaht²³.

Gegen die zweite Ansicht spricht, dass sie die spontane Ausübung künstlerischer Darbietung unmöglich machen kann. Da es hier aber um eine planvolle und auf eine längere Dauer angelegte Darbietung eines Kabarett-Programms geht und da diese Tätigkeit um den Verkauf von Berliner Bouletten ergänzt wird, streiten die besseren Argumente dafür, die geplante Tätigkeit trotz des objektiven Gehalts von Art. 5 III GG als Sondernutzung zu betrachten.

Hinweis für die Korrekturassistenten: Eine andere Ansicht ist bei guter Begründung ebenfalls vertretbar und nicht als falsch zu werten. In diesem Falle soll entsprechend dem Bearbeitervermerk ein Hilfsgutachten erwartet werden zu der Frage, ob G einen Anspruch auf die Erteilung einer Erlaubnis nach § 11 I 1 BerlStrG hat.

C. Rechtsfolge

Da die Norm in Bezug auf die Rechtsfolge nicht klar regelt, ob die Erlaubnis erteilt werden muss (im Sinne einer gebundenen Entscheidung) oder ob sie erteilt werden kann (Ermessen der Behörde), bedarf es der Auslegung. § 11 II BerlStrG regelt Fälle, in denen die Erlaubnis zu versagen ist. § 11 III BerlStrG regelt Mindestvoraussetzungen, unter denen die Sondernutzungserlaubnisse erteilt werden dürfen. Aus der Zusammenschau dieser Normen folgt, dass die Behörde einen Ermessenspielraum für die Erteilung der Erlaubnis hat, welcher durch die Aussagen der Absätze 2 und 3, gesetzliche Ermessensleitlinien, begrenzt wird. Die Wortlautauslegung ergibt damit, dass grundsätzlich kein Anspruch auf die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis

²² Vgl. Steiner, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Auflage 1999, S. 727.

²³ BVerwGE 84, 71 (78).

besteht. Demnach hätte G lediglich einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung.

Es ist jedoch anerkannt, dass die Kunstfreiheit zu einer Ermessensreduzierung auf Null führen kann, wenn im Einzelfall Grundrechte anderer nicht ernsthaft beeinträchtigt werden: Wie bereits erwähnt, trägt das BVerwG der objektiven Bedeutung des Grundrechtsschutzes dadurch Rechnung, dass es einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis ohne Gebühr bejaht²⁴.

Angesichts des Umstands, dass G und A sich nicht nur künstlerisch betätigen wollen, sondern auch einen Gewinn aus dem Verkauf der Bouletten erwirtschaften wollen, ist aber fraglich, ob dieses Ergebnis hier zwingend erforderlich ist.

Zum einen könnte davon auszugehen sein, dass die Behörde den Antrag teilen und durch zwei Entscheidungen bescheiden kann: eine in Bezug auf die künstlerische Betätigung und eine in Bezug auf den Verkauf der Bouletten. So könnte Sie der Rechtsprechung des BVerwG am einfachsten gerecht werden und das künstlerische Programm im Rahmen einer gebundenen Entscheidung kostenlos zulassen, in Bezug auf die wirtschaftliche Betätigung bliebe ihr der Ermessensspielraum und damit auch die Möglichkeit, eine kostenpflichtige Sondernutzungserlaubnis zu erteilen. Gegen eine solche Konstruktion spricht jedoch, dass das Interesse von G und A gerade darin besteht, die eine mit der anderen Betätigung zu kombinieren. G ist nicht daran gelegen, wenigstens eine dieser Tätigkeiten auszuüben. Daher scheidet eine Bescheidung durch zwei Verwaltungsakte mit unterschiedlichen Entscheidungsspielräumen aus.

Die Behörde kann daher nur eine einheitliche Entscheidung fällen, in der sie den Grundrechten von G und A und dem durch Art. 2 I, 3 I und 14 I GG geschützten Gemein- und Anliegergebrauch ausreichend Rechnung trägt. Dabei muss es auf das Gewicht der künstlerischen (Teil-)Betätigung ankommen. Ist die nur als „Deckmantel“ gedacht, um die (ggf. kostenfreie) Genehmigung zu „erzwingen“ oder ist ihr Anteil an der beantragten Nutzung des öffentlichen Straßenraumes so groß, dass die Annahme einer gebundenen Entscheidung gerechtfertigt ist? Steht die Kunst im Vordergrund, ist ein Rechtsanspruch zu bejahen. Ist sie nur untergeordnetes Beiwerk, ist ein Rechtsanspruch eher zu verneinen. Im Sachverhalt heißt es, dass G und A die

²⁴ BVerwGE 84, 71 (78).

Bouletten „zur Untermauerung“ verkaufen wollen. Dies deutet darauf hin, dass die Ausübung der Kunstfreiheit jedenfalls nicht in den Hintergrund rückt. Ein Rechtsanspruch des G auf die begehrte Genehmigung ist daher mit guten Gründen zu bejahen.

Dass der Anspruch auf eine gebührenfreie Genehmigung gerichtet ist, ist hingegen zweifelhaft. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerwG ist stattdessen davon auszugehen, dass die Genehmigung zu einem ermäßigten Gebührensatz erteilt werden müsste.

Hinweis für die Korrekturassistenten: Es soll nicht erwartet werden, dass die Gebührenfrage erörtert wird. Enthält eine Bearbeitung auch diesen Gedanken, soll dies positiv gewertet werden.

Ergebnis zum 2. Teil

Geht man davon aus, dass die beabsichtigte Straßennutzung nicht mehr zum Gemeingebrauch zählt, sondern als Sondernutzung zu werten ist, hätte G einen Anspruch auf die Erteilung einer Erlaubnis nach § 11 I 1 BerlStrG.

Lösung unter Berücksichtigung der aktuellen, zu Grunde zu legenden Fassung des § 11 BerlStrG:

§ 11 Abs. 2 BerlStrG (neu) lautet wie folgt:

(2) Die Erlaubnis nach Absatz 1 soll in der Regel erteilt werden, wenn überwiegende öffentliche Interessen der Sondernutzung nicht entgegenstehen oder ihnen durch Nebenbestimmungen zur Erlaubnis entsprochen werden kann. Die Erlaubnis soll versagt werden, wenn behinderte Menschen durch die Sondernutzung in der Ausübung des Gemeingebrauchs erheblich beeinträchtigt würden. ...

Der geänderte Wortlaut der Vorschrift macht deutlich, dass der Behörde ein Ermessensspielraum eingeräumt wurde, der aber durch den gesetzgeberischen Willen zu einer regelmäßigen Erlaubniserteilung begrenzt ist (gebundene Ermessenentscheidung).

Dadurch entfällt die (nach der alten Gesetzesfassung noch geführte) Diskussion, ob der Behörde bei der Entscheidung über die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis überhaupt Ermessen hat oder ob es sich um eine gebundene Entscheidung handelt.

In der Folge muss geprüft werden, ob der Sondernutzung des G überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Bei der Frage, ob solche Interessen überwiegen, müssen die betroffenen Grundrechte des G, insbesondere die Kunstfreiheit, in die Abwägung eingestellt werden.

Das öffentliche Interesse an der Flüssigkeit und Leichtigkeit des Verkehrs wird laut Sachverhaltsangaben durch den „Grillwalker“ nicht wesentlich beeinträchtigt, somit kann nicht von einem überwiegenden entgegenstehenden Interesse ausgegangen werden. Auch der regelmäßige Versagungsgrund des § 11 Abs. 1 Satz 2 BerlStrG, die Beeinträchtigung behinderter Menschen in der Ausübung des Gemeingebrauchs, ist durch die Tätigkeit des „Grillwalkers“ nicht ersichtlich, da er durch seine Mobilität und den geringen Platzbedarf für andere (behinderte) Menschen kein erhebliche Hindernis in der Nutzung der öffentlichen Straßen darstellt. Insbesondere im Hinblick auf die zumindest auch künstlerische Betätigung des G beim Boulettenverkauf und die damit betroffene Kunstfreiheit kommt man zu dem Ergebnis, dass der Sondernutzung durch G keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.

Die Behörde hat nun im Rahmen der gebundenen Ermessenentscheidung zu überprüfen, ob außerordentliche Gründe der gesetzlich vorgesehenen regelmäßigen Erlaubniserteilung entgegenstehen. Da diesbezüglich nichts ersichtlich ist, ist das Ermessen der Behörde in der Hinsicht gebunden, eine Sondernutzungserlaubnis an G zu erteilen.

Im Übrigen kann auf die oben gemachten Ausführungen im Wesentlichen verwiesen werden.