

**Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht**  
**Besprechungsfall am 30.11.2006**

Herr A möchte in der Sredzkistraße, einer relativ schmalen Wohnstraße, direkt auf dem Bürgersteig vor dem Eingang zu dem Gebäudekomplex der Kulturbrauerei einen Imbissstand errichten, an dem ein Angestellter Imbissgerichte und Getränke an Passanten verkauft. Der Imbissstand soll mit vier Stehtischen ausgestattet sein, an denen die Kunden das Gekaufte sogleich verzehren können. Bei der Kulturbrauerei handelt es sich um den größten Kultur- und Freizeitkomplex der Gegend mit Kino, Veranstaltungssälen, mehreren Gaststätten und einer Diskothek. Aufgrund der relativ engen räumlichen Gegebenheiten in der Sredzkistraße kommt als Standort nur eine Stelle in Betracht, die direkt der Café-Kneipe des Anliegers B vorgelagert ist. Die Gaststätte besitzt eine zum Gehweg hin offene, aber nicht zur öffentlichen Straße gehörende Terrasse, auf der kleine Speisen sowie Getränke verzehrt werden können, und ist dem Gelände der Kulturbrauerei eingegliedert. Durch die Imbissbude würde die Sicht auf einen Teil der Terrasse von der Straße aus verdeckt; der Abstand zu den nächstgelegenen Tischen betrüge etwa 10 m.

Herr A beantragt beim Bezirksamt eine Sondernutzungserlaubnis für die Imbissbude. Alle anderen erforderlichen Genehmigungen besitzt er bereits. Die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis wird jedoch abgelehnt. Insbesondere müsse mit Rücksicht auf den Betrieb des B eine Sondernutzung an dieser Stelle unterbleiben. Dies ergebe sich aus der Anwendung von § 4 A. 1 (2) e) der Ausführungsvorschriften zu den §§ 10 und 11 des Berliner Straßengesetzes (AV Sondernutzungen). Die Vorschrift sei Ausdruck der berechtigten grundrechtlichen Interessen von B, denen in der vorliegenden Konstellation der Vorrang zukomme. Der empörte A legt hiergegen Widerspruch ein. Die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung gibt dem Widerspruch statt und erteilt die Erlaubnis. Zur Begründung wird ausgeführt, man sei im konkreten Fall nicht an die Ausführungsvorschriften – bloße Verwaltungsvorschriften - gebunden, da aufgrund des sehr regen Publikumsverkehrs im Umfeld der Kulturbrauerei ein weiteres Speisen- und Getränkeangebot durchaus sinnvoll sei.

Nunmehr ist Herr B außer sich. Sofort, nachdem er von der Entscheidung der Senatsverwaltung aus der Zeitung erfahren hat, reicht er beim Verwaltungsgericht Berlin Klage ein, mit der er die Aufhebung des Widerspruchsbescheids begehrt. Er schließt sich der Begründung des Ausgangsbescheides an. Im Übrigen sei die Senatsverwaltung nicht für den Widerspruchsbescheid zuständig gewesen, was sich aus § 27 AZG ergebe. Diese erwidert, ihre Zuständigkeit ergebe sich aus § 24 Abs. 2 BerlStrG, da die Kulturbrauerei aufgrund ihrer überbezirklichen Ausstrahlungswirkung und der touristischen Funktion ein Gebiet von außergewöhnlicher stadtpolitischer Bedeutung darstelle. Im Übrigen könne sich B nicht auf die Zuständigkeitsvorschriften berufen. Dieser antwortet, die Feststellung einer außergewöhnlichen stadtpolitischen Bedeutung setze nach §§ 8, 9 AGBauGB einen Senatsbeschluss voraus.

1. Ist der Widerspruchsbescheid rechtmäßig?

2. Wie wird das Gericht entscheiden?

Gehen Sie davon aus, dass im Land Berlin bisher noch nie von den AV abgewichen wurde.

### **Abwandlung**

Herr A hat die Widerspruchsfrist versäumt. Dennoch möchte der Senator für Stadtentwicklung seine Currywurst nach dem Kinobesuch nicht missen. Er möchte von seinem Eingriffsrecht nach § 13a AZG Gebrauch machen, weil er durch die Versagung der Erlaubnis dringende Gesamtinteressen Berlins für bedroht hält. Nach gescheitertem Einigungsversuch und erfolgter Information der Senatsverwaltung für Inneres weist er deshalb das Bezirksamt an, die Sondernutzungserlaubnis zu erteilen. Als dieses der Weisung nicht nachkommt, erteilt er selbst die Erlaubnis. War der Senator hierfür zuständig?

§ 4 A. 1 (2) e) AV Sondernutzungen lautet:

Erlaubnisse dürfen nicht erteilt werden für Sondernutzungen, die vor Anliegergrundstücken ausgeübt werden sollen, wenn dadurch die Sicht auf das Grundstück oder vom Grundstück aus erheblich verdeckt wird oder sich ein zur Straße hin orientierter Handels- oder Gewerbebetrieb mit gleichem Warenangebot auf dem Grundstück bzw. in 50 m Abstand befindet ....

## **Lösungsskizze**

### **Ausgangsfall**

#### **Frage 1**

### **I. Rechtsgrundlage**

Als Rechtsgrundlage der Sondernutzungserlaubnis kommt § 11 Abs. 1 BerlStrG in Betracht.

### **II. Formelle Rechtmäßigkeit**

#### **1. Zuständigkeit**

Fraglich ist, ob die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung zum Erlass des Widerspruchsbescheids, durch den die Sondernutzungserlaubnis erteilt wurde, zuständig war.

Nach § 27 Abs. 1 b) AZG<sup>1</sup> erlässt den Widerspruchsbescheid gegen den Verwaltungsakt einer Bezirksverwaltung das Bezirksamt. Wäre diese Regelung maßgeblich, so wäre die Senatsverwaltung vorliegend unzuständig gewesen. Denkbar ist aber, dass die Senatsverwaltung nach der insoweit spezielleren Vorschrift des § 24 Abs. 2 BerlStrG zuständig war. Diese Vorschrift enthält einige Ausnahmetatbestände, die eine Widerspruchszuständigkeit der Senatsverwaltung begründen.

§ 24 Abs. 2 Nr. 1 BerlStrG ist nicht einschlägig, da die Kulturbrauerei außerhalb des zentralen Bereichs gelegen ist. Denkbar ist aber, dass die Kulturbrauerei ein Gebiet von außergewöhnlicher stadtpolitischer Bedeutung darstellt. Es handelt sich bei diesem Terminus um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Insoweit könnte man überlegen, ob der Senatsverwaltung bei der Auslegung ein Beurteilungsspielraum zusteht. Mit Blick auf § 9 Abs. 1 Nr. 1 AGBauGB hat das OVG Berlin einen solchen Beurteilungsspielraum anerkannt<sup>2</sup>. Jedoch könnte diese Frage vorliegend offen bleiben, wenn, wie Herr B einwendet, für die Feststellung der außergewöhnlichen stadtpolitischen Bedeutung allein der Senat als Kollegialorgan zuständig wäre.

---

<sup>1</sup> Vorliegend ist § 27 AZG und nicht § 67 ASOG anzuwenden, da es sich bei der Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen um eine allgemeine Verwaltungsaufgabe im Sinne des AZG und nicht um eine Ordnungsaufgabe nach ASOG handelt. Siehe hierzu Nr. 10 Abs. 10 ZustKatOrd einerseits und Nr. 15 Abs. 2 ZustKatOrd andererseits sowie § 24 BerlStrG, wonach zwischen Straßenaufsicht und der Tätigkeit der Straßenbaubehörde zu differenzieren ist.

<sup>2</sup> OVG Berlin, LKV 2000, S. 453 ff.

Für die Erforderlichkeit eines solchen Beschlusses spricht zunächst die Regelung in § 9 Abs. 1 Nr. 1 AGBauGB. Dort macht das Gesetz den Übergang der Planungskompetenz auf die Senatsverwaltung von einem förmlichen Senatsbeschluss abhängig. Allerdings ist zu beachten, dass es sich bei dem AGBauGB um ein bereichsspezifisches Gesetz handelt. Man könnte deshalb der Auffassung sein, die Bedeutung in § 9 Abs. 1 Nr. 1 AGBauGB reiche nicht über den Zusammenhang mit der Bauleitplanung hinaus. Jedoch ist zu beachten, dass auch § 24 Abs. 2 BerlStrG an örtliche Gegebenheiten anknüpft und damit durchaus ein Rückgriff auf das AGBauGB denkbar erscheint. Außerdem handelt es sich bei § 9 Abs. 1 Nr. 1 AGBauGB um die einzige Regelung, die Verfahrensfragen im Zusammenhang mit der Feststellung einer außergewöhnlichen stadtpolitischen Bedeutung regelt. Hinzu kommen schließlich auch übergeordnete Überlegungen. Könnte ein einzelner Senator von Fall zu Fall festlegen, dass ein Gebiet außergewöhnliche stadtpolitische Bedeutung besitzt, so käme es zu nicht unerheblichen Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Widerspruchszuständigkeit. Diese Zuständigkeit stünde nicht von vornherein fest, so dass beispielsweise ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrungen nicht erteilt werden könnten.

Mithin ist im Ergebnis davon auszugehen, dass es zur Feststellung einer außergewöhnlichen stadtpolitischen Bedeutung eines vorherigen Senatsbeschlusses nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 AGBauGB bedarf. Die Senatsverwaltung war im vorliegenden Fall nicht für den Erlass des Widerspruchsbescheides zuständig. Dieser Fehler ist weder nach § 45 VwVfG heilbar noch nach § 46 VwVfG unbeachtlich, so dass er zur Rechtswidrigkeit des Bescheides führt<sup>3</sup>.

## **2. Verfahren, Form**

Hinsichtlich der Ordnungsgemäßheit von Verfahren und Form bestehen keine Bedenken.

## **III. Materielle Rechtmäßigkeit**

In materieller Hinsicht ist gem. § 11 Abs. 1 BerlStrG erforderlich, dass es sich bei dem Betrieb der Imbissbude um eine Sondernutzung handelt. Sondernutzung ist jeder Gebrauch der öffentlichen Straßen, der über den Gemeingebrauch hinausgeht. Gemeingebrauch ist gem. § 10 Abs. 2 S. 1 BerlStrG der Gebrauch der Straßen im

---

<sup>3</sup> Es bedarf im Anschluss an dieses Ergebnis keines Hilfgutachtens, da die Rechtmäßigkeit in einem Gutachten umfassend zu erörtern ist.

Rahmen der Widmung für den Verkehr. Der Betrieb einer Imbissbude ist keine Teilnahme am Verkehr und stellt somit eine Sondernutzung dar.

Gem. § 11 Abs. 2 BerlStrG darf die Erlaubnis nicht erteilt werden, wenn öffentliche Interessen der Sondernutzung entgegenstehen. Allerdings enthält der Sachverhalt keine Angaben, aus denen sich ein öffentliches Interesse im Sinne von § 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 – 4 BerlStrG ableiten ließe. Insbesondere wird ausdrücklich erwähnt, dass der Imbissstand aufgrund der Enge der Straße nur an dem einen von Herrn A beantragten Standort aufgestellt werden kann. Dies spricht gegen das Vorliegen der Nr. 1. Über schädliche Umwelteinwirkungen oder städtebauliche Störungen sagt der Sachverhalt nichts. Damit liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung vor.

#### **IV. Ermessen**

§ 11 Abs. 1 BerlStrG eröffnet Ermessen. § 11 Abs. 2 BerlStrG und die darin enthaltene Entscheidungsbindung betrifft nur die Fälle, in denen eine Erlaubnis zwingend zu versagen ist. Liegt kein Versagungsgrund vor, so besteht nicht etwa ein Anspruch auf die Erlaubnis, da es sich nicht um grundrechtlich unterfütterten Gemeingebrauch, sondern um straßenrechtlich grundsätzlich nicht erwünschte Sondernutzung handelt<sup>4</sup>.

Fraglich ist, ob das Ermessen von der Senatsverwaltung ordnungsgemäß ausgeübt wurde. In Betracht kommt eine Ermessensüberschreitung, weil die AV Sondernutzungen im vorliegenden Fall im Unterschied zu allen bisher zu entscheidenden Fällen nicht angewandt wurden.

Bei den AV Sondernutzungen handelt es sich um bloße Verwaltungsvorschriften. Diese besitzen zunächst nur Verbindlichkeit innerhalb der Verwaltung. Deshalb könnte es im Verhältnis zum Bürger unerheblich sein, wenn die einschlägige Vorschrift der AV Sondernutzungen hier außer Betracht gelassen wurde. Jedoch besteht mittlerweile Einigkeit, dass Verwaltungsvorschriften, die wie hier Richtlinien für das behördliche Ermessen aufstellen, eine gewisse Außenwirkung besitzen. Wie weit diese reicht, ist indes umstritten.

---

<sup>4</sup> An dieser Stelle werden viele Bearbeiter Probleme haben, da Abs. 2 zur Annahme einer gebundenen Entscheidung verleitet.

Teilweise wird davon ausgegangen, es handele sich bei Ermessensrichtlinien um Vorschriften, die von der Behörde auch im Außenverhältnis zu beachten seien<sup>5</sup>. Die herrschende Meinung geht indes nicht so weit, sondern weist Ermessensrichtlinien nur eine mittelbare Außenwirkung über Art. 3 Abs. 1 GG zu<sup>6</sup>. Der Gleichbehandlungsgrundsatz bewirke eine Selbstbindung der Verwaltung mit der Folge, dass sie ohne sachlichen Grund nicht von der in den Richtlinien niedergelegten Verwaltungspraxis abweichen dürfe. Letztere Ansicht erscheint vorzugswürdig, da der Charakter von Verwaltungsvorschriften als bloßes Innenrecht unberücksichtigt bliebe, hielte man sie für direkt anwendbar.

Der Streit bedarf keiner Entscheidung, wenn das Vorgehen der Senatsverwaltung in jedem Falle als fehlerhaft zu gelten hat. Nach der ersten Auffassung reicht bereits die Feststellung aus, dass von den Richtlinien abgewichen wurde, um einen Fehler zu begründen. Folgt man der herrschenden Meinung, so ist eine Abweichung bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässig. Hier hat die Senatsverwaltung lediglich darauf verwiesen, dass im Umkreis der Imbissbude ein zusätzliches Speisen- und Getränkeangebot sinnvoll sei. Diese lapidare Behauptung lässt nicht erkennen, auf welchen tatsächlichen Grundlagen sie fußt. Es lässt sich nicht nachprüfen, wie die Senatsverwaltung zu ihrer Einschätzung gelangt ist. Denkbar scheint es demgegenüber ebenso, dass das gastronomische Angebot in dem betroffenen Bereich bereits ausreichend ist. Mithin ist das Vorbringen der Senatsverwaltung nicht geeignet, einen sachlichen Grund für die Abweichung von den Ausführungsvorschriften zu tragen. Im Ergebnis ist die Abweichung nach beiden Auffassungen fehlerhaft und begründet eine Ermessensüberschreitung<sup>7</sup>.

Hinzu kommt, dass die Senatsverwaltung nicht erkennen lässt, wie sie den Interessen des B angesichts der räumlichen Enge Rechnung tragen will oder warum sie diese Interessen für nicht maßgeblich hält. Insoweit liegt zusätzlich eine Ermessensunterschreitung vor.

## **V. Ergebnis**

Die Sondernutzungserlaubnis ist sowohl formell als auch materiell rechtswidrig.

---

<sup>5</sup> *Erbguth*, DVBl. 1989, S. 473 ff., 480 ff.; *Beckmann*, DVBl. 1987, S. 611, 616; *Ossenbühl*, AöR 92, S. 16 ff.

<sup>6</sup> BVerwGE 71, 342, 351; BVerwG NVwZ-RR 1996, S. 47, 48; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24, Rz. 21.

<sup>7</sup> An dieser Stelle kann auch geprüft werden, ob Grundrechte des Anliegers B verletzt wurden. Wegen des besseren Zusammenhangs werden diese Fragen erst bei der zweiten Frage behandelt.

## **Frage 2**

Das Gericht wird der eingereichten Klage stattgeben, wenn sie zulässig und begründet ist.

### **I. Zulässigkeit**

#### **1. Verwaltungsrechtsweg**

Mangels abdrängender oder aufdrängender Sonderzuweisung ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 VwGO für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art eröffnet. Die vorliegend streitentscheidenden Normen des BerlStrG sind öffentlich-rechtlicher Natur, so dass auch die Streitigkeit öffentlich-rechtlich ist. Auch fehlt es an der Verfassungsunmittelbarkeit. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

#### **2. Statthafte Klageart**

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers. Dieses ist hier auf Aufhebung des Widerspruchsbescheides gerichtet. Da es sich bei diesem um einen Verwaltungsakt iSv § 35 S. 1 VwVfG handelt, ist die Anfechtungsklage die richtige Klageart.

Vorliegend besteht jedoch die Besonderheit, dass Herr B nur den Widerspruchsbescheid, nicht auch den Ausgangsbescheid anfechtet. Dies ist nach § 79 Abs. 1 Nr. 2 VwGO möglich, wenn der Widerspruchsbescheid erstmalig eine Beschwerde enthält. Mit Blick auf Herrn B ist das zu bejahen, da der Ausgangsbescheid die Genehmigung noch versagt hatte.

#### **3. Klagebefugnis**

Herr B ist nicht Adressat des Widerspruchsbescheides, sondern lediglich Dritter. Es muss nach § 42 Abs. 2 VwGO möglich erscheinen, dass durch die Sondernutzung eine Herr B als Dritten schützende Norm verletzt wird.

Zunächst ist nach drittschützenden Normen des einfachen Rechts zu fragen. § 11 BerlStrG ist kein solcher Drittschutz entnehmen. Allerdings regelt § 10 Abs. 3 BerlStrG den sogenannten Anliegergebrauch. Hieraus könnte geschlossen werden, ein Abwehranspruch des Anliegers – also hier auch von Herrn B - gegen Beeinträchtigungen seines Anliegerrechtes könne auf diese Norm gestützt werden. Dagegen spricht jedoch, dass § 10 Abs. 3 den Gemeingebrauch zugunsten der Anlieger erwei-

tern, nicht aber deren Abwehrrechte gegenüber Beeinträchtigungen regeln will. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass nur die sogenannte Kerngewährleistung des Anliegerrechtes subjektiv-rechtliche Qualität aufweist. Von dieser Kerngewährleistung handelt § 10 Abs. 3 BerlStrG ersichtlich nicht. Die Reichweite des Anliegerrechts als Abwehrrecht folgt vielmehr unmittelbar aus Art. 14 Abs. 1 GG<sup>8</sup>. Die AV Sondernutzungen können als Innenrecht keinen Drittschutz entfalten<sup>9</sup>.

Auf Art. 3 Abs. 1 GG kann sich Herr B nicht berufen, da er keine Gleichstellung mit Herrn A, sondern eine Gleichstellung von diesem mit anderen Imbissbudenbetreibern erstrebt. Die Abweichung von den Ermessensrichtlinien begründet mithin nur einen Verstoß gegen den objektiv-rechtlichen Gehalt von Art. 3 Abs. 1 GG, nicht den subjektiv-rechtlichen.

Bei Herrn B handelt es sich um einen Anlieger der Sredzkistraße. Als solcher kann er aus Art. 14 Abs. 1 GG möglicherweise ein Abwehrrecht gegen ihn beschränkende Sondernutzungen geltend machen<sup>10</sup>. Auch erscheint es denkbar, dass er sich als Konkurrent von A aufgrund der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG dagegen wehren kann, dass dieser in unmittelbarer Nähe zu seiner Gaststätte seine Waren verkauft. Im Ergebnis ist die Klagebefugnis zu bejahen.

#### **4. Vorverfahren**

Ein Vorverfahren wurde von Herrn B nicht durchgeführt. Allerdings ist ein solches vorliegend gem. § 68 Abs. 1 Nr. 2 VwGO entbehrlich.

#### **5. Klagefrist**

Zwar gilt nicht die Monatsfrist aus § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO, da der Bescheid Herrn B nicht bekannt gegeben wurde. Da Herr B von der Genehmigung allerdings aus der Zeitung erfahren hat, muss er sich so behandeln lassen, als wäre sie ihm bekannt gegeben worden. Im Ergebnis geht die Rechtsprechung in Fällen wie dem vorliegenden von einer einjährigen Frist aus. Diese Klagefrist wurde eingehalten, da Herr B umgehend nach der Zeitungsmeldung geklagt hat.

---

<sup>8</sup> Eine andere Auffassung ist bei guter Begründung vertretbar.

<sup>9</sup> Siehe *Kopp/Schenke*, VwGO, § 42, Rz. 94.

<sup>10</sup> BVerwGE 54, 1.

## **6. Sonstige Voraussetzungen, Ergebnis**

Da hinsichtlich der allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzungen keine Bedenken bestehen, ist die Klage zulässig.

### **II. Begründetheit**

Die Klage ist begründet, wenn der Widerspruch rechtswidrig ist und Herr B dadurch in seinen Rechten verletzt wird.

#### **1. Prüfungsumfang**

In Frage 1 wurde bereits festgestellt, dass der Bescheid rechtswidrig ist. Jedoch ist der Prüfungsumfang im Rahmen von Drittrechtsbehelfen grundsätzlich eingeschränkt. Eine Überprüfung findet nur insoweit statt, als subjektive Rechte des Klägers verletzt sein können. Deshalb ist in solchen Fällen zunächst zu ermitteln, ob die subjektiven Rechte des Klägers vor den monierten Beeinträchtigungen schützen.

#### **2. Verletzung des Anliegergebrauchs**

##### **a) Eingriff in den Schutzbereich**

Fraglich ist, ob eine Verletzung des Anliegergebrauchs vorliegt. Als Anlieger steht Herr B aus Art. 14 Abs. 1 GG das sogenannte Anliegerrecht zu. Dessen Reichweite ist jeweils einzelfallbezogen zu bestimmen. Der Umfang des Anliegergebrauchs reicht jeweils nur so weit, wie die angemessene Nutzung des Grundeigentums eine Benutzung der Straße erfordert. Das Bundesverwaltungsgericht hat daraus den Schluss gezogen, dass das Anliegerrecht unter dem Aspekt des Zugangs zur Straße durch eine konkurrierende Sondernutzung nur dann verletzt werde, wenn der Zugang gänzlich in Frage gestellt sei<sup>11</sup>. Dies wäre vorliegend nicht der Fall, da die Terrasse von der Straße aus noch benutzbar ist. Ein weiterer Aspekt ist aber gerade bei Gewerbebetrieben auch der Kontakt nach außen in Form von Werbung und Ähnlichem. Unter diesem Aspekt lässt sich vorliegend sagen, dass ein Teil der Terrasse von dem Imbissstand verdeckt würde. Es gehört aber zu den besonderen Nutzungsvoraussetzungen eines Gastgartens der vorliegenden Art, dass sowohl vorbeilaufende Passanten als auch die Gäste ein möglichst ungestörtes Blickfeld haben. Unter diesem Aspekt lässt sich eine Beeinträchtigung des Anliegerrechts bejahen<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> BVerwGE 54, 1, 4.

<sup>12</sup> Die Gegenauffassung ist hier gleichermaßen vertretbar.

## **b) Rechtfertigung**

Diese Beeinträchtigung kann nur gerechtfertigt sein, wenn sie Ausdruck einer Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums ist. Dazu müsste die Genehmigung insgesamt rechtmäßig gewesen sein. Während im Falle der Berufung auf einfaches Gesetzesrecht nur eine eingeschränkte Prüfung stattfindet, ist bei einem Eingriff in Grundrechte Drittbeteiligter die Genehmigung vollständig auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen, da sie andernfalls nicht Ausdruck der Grundrechtsschranken sein kann<sup>13</sup>. Insoweit ist festzustellen, dass sich Herr B sowohl auf die mangelnde Zuständigkeit als auch die bereits festgestellten Ermessensfehler berufen kann. Es liegt eine Verletzung des Anliegerrechts vor.

## **3. Verletzung der Berufsfreiheit**

Schließlich kommt noch eine Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht. Grundsätzlich schützt Art. 12 Abs. 1 GG nicht vor Konkurrenz durch andere Gewerbetreibende. Insbesondere liegt in der Genehmigungserteilung an andere Gewerbetreibende grundsätzlich kein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG<sup>14</sup>. Vorliegend liegt der Fall aber insofern anders, als sich die Beeinträchtigung von Herrn B nicht als bloßer Reflex der Begünstigung von Herrn A darstellt. Vielmehr wird seine Wettbewerbsposition aufgrund der beengten räumlichen Verhältnisse in der Sredzkistraße durch die Sondernutzungserlaubnis unmittelbar nachteilig beeinflusst. Herr A wird ihm gewissermaßen vor die Nase gesetzt. Hiergegen muss ein Abwehrrecht bestehen. Dieses Abwehrrecht wurde durch die zuständigkeitswidrige und ermessensfehlerhafte Genehmigungserteilung auch verletzt<sup>15</sup>.

## **III. Ergebnis**

Das Verwaltungsgericht wird der Klage stattgeben, da sie zulässig und begründet ist.

---

<sup>13</sup> Unter diesem Aspekt erscheint es auch denkbar, dass bei einer Berufung auf Grundrechte eines Drittbeteiligten auch der klassische Aufbau (Rechtswidrigkeit – Rechtsverletzung) gewählt wird. Andererseits führt es unter Umständen zu einer Arbeitersparnis, wenn zuerst der Schutzbereich geprüft wird, da im Falle der Verneinung keine Rechtmäßigkeitsüberprüfung mehr erforderlich ist. Deshalb sollte generell zunächst das subjektive Recht geprüft werden.

<sup>14</sup> *Kopp/Schenke*, a.a.O., Rz. 146.

<sup>15</sup> Hier ist die Gegenauffassung ebenfalls vertretbar.

## **Abwandlung**

Der Senator war für die Erteilung der Genehmigung zuständig, wenn sich eine solche Zuständigkeit aus dem Gesetz ergibt. Da der Senator weder originär zuständig noch ein Widerspruchsverfahren anhängig ist, kann sich seine Zuständigkeit nur im Rahmen eines Eingriffsrechts nach § 13a AZG ergeben. Dessen Voraussetzungen müssten vorliegen.

### **I. Formelle Voraussetzungen**

In formeller Hinsicht müsste zunächst der zuständige Senator gehandelt haben. Der Senator für Stadtentwicklung ist unter anderem für das Straßenwesen zuständig.

Es erfolgte weiterhin der in § 13a Abs. 1 AZG vorgesehene Einigungsversuch; auch die Senatsverwaltung für Inneres wurde informiert.

Das weitere Verfahren ist § 8 Abs. 3 AZG zu entnehmen. Danach muss der Selbstvornahme im Wege des Eintrittsrechts eine nicht befolgte Einzelweisung vorausgehen (vgl. § 8 Abs. 3 c) AZG). Dies war vorliegend der Fall.

### **II. Materielle Voraussetzungen**

#### **1. Rechtmäßigkeit der bezirklichen Maßnahme**

Materiell dürfen zunächst nicht die Voraussetzungen für Bezirksaufsichtsmaßnahmen nach § 9 Abs. 3 AZG vorliegen. Dies bedeutet, dass der Ausgangsbescheid rechtmäßig gewesen sein muss, da andernfalls die Bezirksaufsicht griffe. Wie oben gesehen, lässt sich die Ablehnung der Erlaubnis auf § 11 Abs. 1 BerlStrG iVm den AV Sondernutzungen stützen. Anhaltspunkte für Ermessensfehler bestehen insoweit nicht. Die Ablehnung war somit rechtmäßig.

#### **2. Beeinträchtigung dringender Gesamtinteressen Berlins**

Durch die Ablehnung müssten dringende Gesamtinteressen Berlins beeinträchtigt sein. Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Fraglich ist, ob dem Senator bei der Auslegung ein Beurteilungsspielraum zukommt. Ein solcher Beurteilungsspielraum wird von der Rechtsprechung nur in besonderen Ausnahmekonstellationen anerkannt, unter anderem dann, wenn die Ausfüllung des Begriffs komplizierte politische und prognostische Wertungsprozesse erforderlich macht, die ein Gericht nicht leisten könnte<sup>16</sup>. Dies ist bei dem Begriff der dringenden Gesamtinteressen

---

<sup>16</sup> BVerfGE 84, 34, 50.

nicht der Fall. Es handelt sich um gut subsumierbare Komponenten, die der gerichtlichen Auslegung voll zugänglich sind. Ein Beurteilungsspielraum ist abzulehnen<sup>17</sup>.

Der Terminus „dringend“ ist nicht temporal, sondern im Sinne einer besonderen Qualität zu verstehen. Dies ergibt sich aus der Zusammenschau von § 13a Abs. 1 mit Abs. 3 AZG, wo ein Eilfall gesondert geregelt ist, woraus im Umkehrschluss folgt, dass ein Eingriff keine Dringlichkeit erfordert<sup>18</sup>.

Gesamtinteressen Berlins liegen vor, wenn eine Angelegenheit über den Bereich eines Bezirks hinauswirkt. Dies wird man bei einer Imbissbude im Umfeld der Kulturbrauerei nicht sagen können. Wirtschaftlich kommt der Frage eine marginale Bedeutung zu. Auch an der überbezirklichen Bedeutung der Kulturbrauerei hat die Frage des Vorhandenseins einer einzelnen Imbissbude keinen Anteil. Schließlich ist die Sredzkistraße auch nicht so bedeutsam für Kultur und Tourismus, dass hier überbezirkliche Interessen tangiert wären<sup>19</sup>.

Im Ergebnis sind keine dringenden Gesamtinteressen Berlins beeinträchtigt.

### **III. Ergebnis**

Der Senator für Stadtentwicklung war nicht für die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis zuständig.

---

<sup>17</sup> Ausführlich *Musil/Kirchner*, Das Recht der Berliner Verwaltung, Rz. 229 ff.

<sup>18</sup> *Musil/Kirchner*, a.a.O., Rz. 226.

<sup>19</sup> A.A. mit guter Begründung vertretbar.