

Straßenkunst (Kurzlösung)

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Georg Hellmich, Jannik Bach
Stand der Bearbeitung: Oktober 2016

A. Bestehen eines Schadensersatzanspruches des Landes Berlin gegenüber *Mütlich* auf Ersatz der an *Roberts* gezahlten 60,- Euro

- keine Anspuchsgrundlage in Art. 34 S. 2 GG; ermöglicht nur gesetzliche Regelung
- auch nicht § 839 BGB

- § 48 S. 1 BeamtStG, **Passivlegitimation**: *Mütlich* ist Landesbeamter;
Aktivlegitimation: Das Land Berlin ist Dienstherr (§ 2 Abs. 1, 2 LBG); Bezirksamt Mitte war für die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis auch zuständig (§ 26 Abs. 2 BerlStrG i.V.m. § 4 AZG i.V.m. § 2 ASOG, Nr. 15 Abs. 2 ZustKat Ord), womit *Mütlich* Aufgaben des Landes Berlin wahrgenommen hat
- Voraussetzungen des § 48 BeamtStG: Pflichtverletzung (I); Schaden beim Land Berlin i.H.v. 60,- € (II); Vorsatz/grobe Fahrlässigkeit (III)

I. Vorliegen einer Pflichtverletzung

- Pflicht zu rechtmäßigem Handeln nach § 36 Abs. 1 BeamtStG könnte verletzt sein, wenn Nichterteilung der Sondernutzungserlaubnis rechtswidrig war; Voraussetzung:
(1) Vorhaben *Roberts* war Sondernutzung nach § 11 Abs. 1 BerlStrG;
(2) Verweigerung Sondernutzungserlaubnis war rechtswidrig

1. Vorliegen einer Sondernutzung

- **Sondernutzung** ist nach § 11 Abs. 1 BerlStrG i.V.m. § 10 Abs. 2 S. 1 BerlStrG die Nutzung der Straßen über den Gemeingebrauch i.S.d. § 10 Abs. 1 S. 1 BerlStrG hinaus, welche den Gemeingebrauch anderer beeinträchtigt; **Gemeingebrauch** ist nach § 10 Abs. 2 S. 1 BerlStrG der Gebrauch der Straße im Rahmen der Widmung und der Straßenverkehrsvorschriften innerhalb der verkehrsüblichen Grenzen; nach § 2 Abs. 1 BerlStrG sind Straßen dem öffentlichen Verkehr gewidmet

a) Traditioneller Verkehrsbegriff

- Verkehr ist jede auf Ortsveränderung gerichtete Tätigkeit; Performance-Collagen wäre kein Verkehr, daher Sondernutzung

b) Verfassungskonforme Erweiterung des Verkehrsbegriffs?

- „kommunikativer Verkehr“; Nutzung, die den öffentlichen Straßenraum auch als Stätte kommunikativer Begegnung, der Pflege menschlicher Kontakte und des Informations- und Meinungsaustausches begreift (Basis: Art. 5 Abs. 1 GG);
- Übertragung auf Straßenkunst: Art. 5 Abs. 3 GG verlangt nicht weniger als Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; Sondernutzung liegt nur dann vor, wenn durch die Ausübung der Straßenkunst grundrechtlich geschützte Positionen Dritter im Einzelfall erheblich

beeinträchtigt würden; dann ist Erlaubnisverfahren nach § 11 BerlStrG gerechtfertigt

c) Auffassung des BVerwG

- Ausübung von Straßenkunst ist Sondernutzung: Maß der Beeinträchtigung anderer muss in einem Verfahren gerade geprüft werden; Verfahren dient auch der Rechtssicherheit der Künstler; Art. 5 Abs. 3 GG gebietet nicht, die Ausübung von Straßenkunst schlechthin erlaubnisfrei zu stellen

d) Bedeutung für die Falllösung und Ergebnis zu 1.

- Streitentscheidung kann dahinstehen; auch nach weitem Begriff wäre wg. großflächiger Performance-Collagen, die erhebliche Verkehrsflächen in Anspruch nehmen, Grundrechtsausübung Dritter erheblich eingeschränkt; damit nach allen Auffassungen Sondernutzung

2. Rechtswidrigkeit der Verweigerung der Sondernutzungserlaubnis

- Sondernutzungserlaubnis nach § 11 Abs. 1 BerlStrG ist VA i.S.d. § 35 VwVfG i.V.m. § 1 VwVfG Bln¹; Ablehnung war nach § 40 VwVfG rechtswidrig, wenn *Mütlich* bei Ermessensausübung fehlerhaft gehandelt hat

a) Keine Ermessensausübung (§ 40 Var. 1 VwVfG)

Ermessensentscheidung wurde als solche erkannt

b) Missachtung des Zwecks der Ermächtigung (§ 40 Var. 2 VwVfG)

- nach § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG ist i.d.R. die Erlaubnis zu erteilen; Versagung nur rechtmäßig, wenn überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen
 - öffentliche Interessen sind primär wegerechtliche Belange (Erhaltung der Straßensubstanz, des Ausmaßes der Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs; Erfordernisse der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs) und kollidierende Interessen der Anlieger und anderer Sondernutzungsberechtigter
 - Zweck der Ermächtigung nicht entsprochen, weil Ablehnung nicht auf Grund überwiegender öffentlicher Interessen, sondern aus ästhetischen Gründen

c) Missachtung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens (§ 40 Var. 3 VwVfG)

- gesetzliche Ermessensgrenzen sind u.a. Grundrechte des Antragstellers

aa) Missachtung des Gleichheitssatzes

- durch Verwaltungspraxis Bindung der Verwaltung und daher Recht des *Robertskey* auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG
 - Ungleichbehandlung wäre durch Vergabep Praxis/Kapazitätsgrenze, die anstößige Natur der Darstellung (z.B. Pornographie) oder in der Person des *Robertskey* liegende Gründe (störender Umgang mit Passanten) zu rechtfertigen; hier keine Rechtfertigung aus diesen Gründen denkbar
 => Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG

bb) Missachtung der Kunstfreiheit

- wenn öffentliche Hand sich zur Kunstförderung entschließt, muss sie hierbei die

¹ Auf den Verweis ins Berliner Landesrecht bzgl. Des VwVfG wird nachfolgend verzichtet.

nach Art. 5 Abs. 3 GG erforderliche Staatsferne der Kunst berücksichtigen; indem *Mütlich* die Ablehnung mit seinen ästhetischen Ansichten begründete, verstieß er geg. dieses Prinzip

- Performance-Collagen sind entweder Kunst nach dem formalen Kunstbegriff (Werktyp: Collage, Schauspiel) oder nach dem offenen Kunstbegriff (mehrdeutiger Aussagegehalt, fortlaufender Interpretation zugänglich)
=> Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG

d) Ergebnis zu 2.

- Ablehnung Sondernutzungserlaubnis war ermessensfehlerhaft

3. Ergebnis zu I.

- Nichterteilung war rechtswidrig, Erlass rechtswidriger Entscheidungen verstößt gegen § 36 Abs. 1 BeamStG

II. Schädigung des Landes Berlin

- wg. Freiwilligkeit der Leistung liegt Schaden nur vor, wenn der Dienstherr dem Dritten nach materiellem Recht tatsächlich zum Schadensersatz verpflichtet war
- Anspruch des *Robertsky* gg. das Land Berlin aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG; unproblematisch: *Mütlich* als Beamter im staatsrechtlichen Sinne auch Beamter im haftungsrechtlichen Sinne („jemand“ i.S.d. Art. 34 S. 1 GG); stand im Dienst der Körperschaft des Landes Berlin i.S.d. Art. 34 S. 1 GG ist; Pflichtverletzung s.o.

1. Drittschützende Wirkung der verletzten Pflicht

- Pflicht, eine ermessensfehlerfreie Entscheidung zu treffen, ist dann drittschützend, wenn die das Ermessen eröffnende Vorschrift den Betroffenen begünstigen soll; § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG soll nur den Antragsteller begünstigen, daher drittschützend

2. Verschulden

- Vorsatz (-), *Mütlich* war überzeugt, rechtmäßig zu handeln
- Fahrlässigkeit i.S.d. § 276 Abs. 2 BGB (+), bei Rechtsanwendungsfehlern immer dann, wenn der zur ordnungsgemäßen Rechtsanwendung Verpflichtete, den aktuellen Rechtsstand (inkl. Rspr.) nicht kennt

3. Schadenskausalität der Pflichtverletzung

- entgangener Gewinn nach § 252 S. 1 BGB, Berechnung nach § 252 S. 2 BGB lt. Sachverhalt zutreffend; wg. Bindung der Verwaltung durch Verwaltungspraxis Ermessensreduzierung auf Null; damit Anspruch auf Sondererlaubnis bereits am Montag, Nichterteilung verhindert 60,- Euro Gewinnerzielung

4. Anspruchsausschlüsse

- § 839 Abs. 1 S. 2 BGB (-), andere Ersatzmöglichkeiten nicht erkennbar
- § 839 Abs. 3 BGB (-), wg. Kürze kein anderer Rechtsbehelf als formlose Beschwerde zum Bezirksbürgermeister als Dienstvorgesetztem *Mütlichs* (§ 4 Abs. 3 LBG) mgl.
- Minderung nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB (-), keine Angaben für anderen Platz für Performance und immer Gefahr des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BerlStrG

5. Ergebnis zu II.

- wg. Dienstpflichtverletzung *Mütlich*s wäre das Land Berlin zum Schadenersatz nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG verpflichtet gewesen; daher Schaden i.S.d. § 48 S. 1 BeamtStG

III. Vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten

- grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt wird; wenn dasjenige nicht beachtet wird, was im gegebenen Falle wirklich jedem einleuchten musste
- nach Rspr. indizieren Rechtsanwendungsfehler grds. nicht gleich grobe Fahrlässigkeit; maßgeblich ist Klarheit der Rechtslage und zu erwartender Wissensumfang des Rechtsanwenders
- grobe Fahrlässigkeit (+): Kriterien der Ermessensentscheidung, bes. die Beachtung der Grundrechte und die Selbstbindung der Verwaltung sind Standardwissen

IV. Ergebnis zu A.

- Land Berlin hat gegen *Mütlich* einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 60,- Euro aus § 48 S. 1 BeamtStG

B. Möglichkeiten der Anspruchsdurchsetzung

- aus der Pflicht, Ansprüche im Regelfall einzuziehen – § 34 Abs. 1, § 59 Abs. 1 LHO und Wortlaut des § 48 1 S. 1 BeamtStG („haben [...] zu ersetzen“) – ergibt sich, dass der Dienstherr verpflichtet ist, bestehende Schadensersatzansprüche auch durchzusetzen
- *Mütlich* muss vor der beabsichtigten Durchsetzung des Anspruchs (noch einmal) förmlich unterrichtet werden, damit er insoweit die Einschaltung des Personalrats nach § 86 Abs. 1 Nr. 3 des Berliner Personalvertretungsgesetzes beantragen kann
- zuständig für die Anspruchsdurchsetzung nach § 48 S. 1 BeamtStG ist das Bezirksamt Mitte als Dienstvorgesetzter der Landesbeamten in der Bezirksverwaltung nach § 4 Abs. 3, § 5 Abs. 1 Nr. 5 LBG

I. Anspruchsdurchsetzung durch Leistungsklage

- obwohl der Anspruch aus § 48 S. 1 BeamtStG ein „Anspruch aus dem Beamtenverhältnis“ i.S.d. § 54 Abs. 1 BeamtStG ist, sind wg. der abdrängenden Sonderzuweisung des Art. 34 S. 3 GG die ordentlichen Gerichte zuständig
- sachlich zuständig: § 1 ZPO i.V.m. § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG Landgericht; örtliche Zuständigkeit: § 12, § 13 ZPO Wohnsitz des *Mütlich* (Berlin), LG Berlin
- zu beachten: § 78 Abs. 1 ZPO Anwaltpflicht

II. Festsetzung durch Verwaltungsakt

- ebenfalls Vollstreckungstitel nach § 3 Abs. 2 lit. a VwVG i.V.m. § 5a S. 1 VwVfG Bln
- wg. Auferlegung der Anfechtungslast ist nach h.M. jedoch eine Ermächtigungsgrundlage („Verwaltungsaktbefugnis“) erforderlich
- Rspr.: wg. subordinationsrechtlicher Struktur des Beamtenverhältnisses folgt die Verwaltungsaktbefugnis implizit aus § 48 S. 1 BeamtStG
- Lit.: auch hier ausdrückliche Ermächtigung erforderlich
- hier egal: nach allgemeiner Ansicht ist wg. Art. 34 S. 3 GG Festsetzung des

Regressanspruches durch Leistungsbescheid ausgeschlossen

III. Durchsetzung durch Aufrechnung

- aus § 11 Abs. 2 S. 1 BBesG i.V.m. § 75 Abs. 2 LBG; ist trotz „Erklärung“ gegenüber dem Aufrechnungsgegner entsprechend § 382 S. 1 BGB kein VA i.S.d. § 35 VwVfG, da die Aufrechnungserklärung keine „Regelung“ enthält; ist pure Wahrnehmung eines Gestaltungsrechts

- Problem: *Mütlich* erkennt den Schadensersatzanspruch und damit die Aufrechnung nicht an; wird auf Zahlung der aufrechnungshalber nicht gezahlten Bezüge klagen; Anspruch auf Zahlung der Dienstbezüge wäre nach § 54 Abs. 1 BeamtStG vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen; soweit der Dienstherr einredeweise die erklärte Aufrechnung geltend macht, dürfte jedoch das Verwaltungsgericht wegen Art. 34 S. 3 GG i.V.m. § 173 VwGO, § 17 Abs. 2 S. 2 GVG über die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung nicht entscheiden

- BVerwG: Gericht muss das Verfahren analog § 94 VwGO aussetzen, bis über das Bestehen der rechtswegfremden Forderung im richtigen Rechtsweg entschieden worden ist

- i. E. wird der Dienstherr nicht darum herumkommen, den Anspruch selbst klageweise vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen

IV. Ergebnis zu B.

- Aufrechnung wenig sinnvoll; sogleich Leistungsklage vor den Zivilgerichten