

## **Straßenfeste Lösungsvorschlag**

© Heike Krieger (Freie Universität Berlin) und Markus Heintzen (Freie Universität Berlin)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Hilde Neidhardt, Sebastian Schwarz, Jannik Bach  
Stand der Bearbeitung: Oktober 2016

### **Teil 1**

#### **Aufgabe 1: Rechtmäßigkeit des Senatsbeschlusses**

Der Senatsbeschluss war rechtmäßig, wenn er aufgrund einer Rechtsgrundlage, die dem Senat die Möglichkeit der Aufhebung von Beschlüssen des Bezirks gewährt, formell und materiell rechtmäßig erging.

#### **I. Rechtsgrundlage**

Eine Rechtsgrundlage für die Anordnung des Senats könnten die §§ 9, 11 AZG darstellen. Da die Norm durch den (landes-)parlamentarischen Gesetzgeber erlassen wurde, kann dahinstehen, ob es im konkreten Fall nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedurft hätte. Ob die konkrete Rechtsfolge auch von der Norm erfasst ist, ist eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit.

*Anmerkung:* Es erscheint jedoch ebenfalls vertretbar, diese Frage hier zu diskutieren und sie somit als ein Problem der Anwendbarkeit der Normen auf den vorliegenden Fall zu sehen. Vorzugswürdig ist aber nach hier vertretener Auffassung die Einordnung als Frage der korrekten Ermessensausübung (Einhaltung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens).

#### **II. Formelle Rechtmäßigkeit**

Der Sachverhalt gibt keinen Anlass zu Zweifeln an der formellen Rechtmäßigkeit des Senatsbeschlusses. Insbesondere musste der Senat gemäß § 11 S. 1 AZG als Kollegialorgan handeln, was er vorliegend getan hat.

*Anmerkung:* Grundsätzlich sind, wenn der Sachverhalt dazu Anlass gibt, an dieser Stelle zu prüfen:

1. Zuständigkeit
2. Verfahren
3. Form



### III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Maßnahme ist materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sind (Subsumtion unter die Norm) und bei der Anwendung nicht fehlerhaft gehandelt wurde.

*Anmerkung:* Die Prüfungsreihenfolge ist hier – wie zumeist – nicht fest vorgeschrieben, sondern richtet sich nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten. Einzig die Prüfung der Verhältnismäßigkeit sollte nicht vorab erfolgen, da für diese die zuvor gewonnenen Erkenntnisse benötigt werden. Zudem ist eine Maßnahme bereits dann unverhältnismäßig, und eine Prüfung erübrigt sich, wenn die materiellen Voraussetzungen der Norm, auf die sie sich stützt, nicht vorliegen.

#### 1. Tatbestandsvoraussetzungen

Voraussetzung für jedes Einschreiten des Senats, egal ob präventiv oder repressiv, ist jedoch nach § 11 S. 1 AZG, dass die beabsichtigte oder getroffene Entscheidung des Bezirks das bestehende Recht verletzt oder gegen Verwaltungsvorschriften verstößt.

In Betracht kommt vorliegend vor allem ein Verstoß des Bezirks gegen die Verwaltungsvorschrift zur „Erteilung von Sondernutzungsgenehmigungen für Veranstaltungen an ausgewählten Orten im zentralen Bereich von Berlin“ (VwV Sondernutzungen) durch die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis an Robert Robertsky. Dann wäre das Einschreiten des Senats rechtmäßig.

Eine materielle Rechtmäßigkeit wäre in dieser Hinsicht von vorneherein ausgeschlossen, wenn die VwV Sondernutzungen selbst rechtswidrig und damit unwirksam wäre. Zweifel an der Rechtmäßigkeit der VwV Sondernutzungen bestehen indes nicht. Die Verwaltungsvorschrift soll für das den Bezirken als Straßenbaubehörden nach § 11 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 bei der Entscheidung über die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis eingeräumte Ermessen lenken und vereinheitlichen. Die Zuständigkeit der Senatsverwaltung für den Erlass ergibt sich aus Art. 67 Abs. 2 S. 2 VvB i. V. m. § 27 Abs. 3 BerlStrG, § 6 Abs. 2 lit. a) AZG und von der gemäß § 6 Abs. 4 AZG erforderlichen Gewährleistung der Mitwirkung der Bezirke ist auszugehen.<sup>1</sup>

Fraglich ist demnach erstens, ob es sich bei der von *Robert Robertsky* geplanten Modenschau um eine Veranstaltung i. S. d. Nr. 1 VwV Sondernutzungen handelt und zweitens, ob die Veranstaltung nach den Ausschlusskriterien der Nr. 2 VwV Sondernutzungen nicht genehmigungsfähig ist.

#### a) Vorliegen einer Veranstaltung i. S. d. Nr. 1 VwV Sondernutzungen

Bei der Modenschau handelt es sich um eine Veranstaltung i. S. d. Nr. 1 VwV Sondernutzungen, wenn diese nach dem Berliner Straßengesetz oder der Straßenverkehrsordnung genehmigungsbedürftig ist, eine Mehrzahl von Angeboten und Aufbauten umfasst und einen größeren unbestimmten Personenkreis als Besucher anspricht.

<sup>1</sup> Vgl. zu diesen Problematiken *Musil/Kirchner*, 3. Aufl. 2012, Rn. 156 ff.

Die Veranstaltung ist gemäß § 11 Abs. 1 BerlStrG genehmigungsbedürftig, wenn es sich dabei um eine straßenrechtliche Sondernutzung handelt. Sondernutzung ist nach der Norm jeder Gebrauch der öffentlichen Straßen, der über den Gemeingebrauch hinausgeht. Gemeingebrauch ist gemäß § 10 Abs. 2 S. 1 BerlStrG der Gebrauch der Straßen im Rahmen der Widmung für den Verkehr, also zur Ortsveränderung. Die Veranstaltung einer Modenschau mit anschließendem Imbiss ist keine Teilnahme am Verkehr und stellt somit eine Sondernutzung dar.

Sie besteht aus einem Laufsteg und zwei Cateringzelten, also einer Mehrzahl von Angeboten und Aufbauten und spricht einige hundert Personen, mithin einen größeren Personenkreis i. S. d. Nr. 1 S. 2 VwV Sondernutzungen, an. Der Pariser Platz als Ort der Modenschau zählt zu den von der VwV Sondernutzungen erfassten zentralen Plätzen Berlins.

Es liegt also eine Veranstaltung i. S. d. Nr. 1 VwV Sondernutzungen vor.

### **b) Vorliegen der Ausschlusskriterien i. S. d. Nr. 2 VwV Sondernutzungen**

Nach Nr. 2.1 VwV Sondernutzungen sind Veranstaltungen für einen geschlossenen Personenkreis grundsätzlich nicht genehmigungsfähig, wobei ein geschlossener Personenkreis vorliegt, wenn die Teilnehmer vom Veranstalter nach eigenen Kriterien festgelegt werden. Da die Gäste der Modenschau ausschließlich von *Robert Robertsky* selbst ausgewählt werden sollen, liegt ein geschlossener Personenkreis vor.

Nach Nr. 2.2 VwV Sondernutzungen sind Veranstaltungen, die überwiegend der Werbung einer Firma oder eines Produkts dienen, ebenfalls grundsätzlich nicht genehmigungsfähig. Die Modenschau dient in erster Linie der Werbung für das Modelabel des *Robert Robertsky* und seiner Kollektion, also einem Unternehmen und dessen Produkt, sodass auch dieses Ausschlusskriterium vorliegt.

### **c) Rechtsfolge (Korrekte Ermessensausübung)**

Nach beiden Regelungen ist die Veranstaltung somit grundsätzlich nicht genehmigungsfähig. Aus der Formulierung „grundsätzlich“ ergibt sich aber, dass eine Erlaubnis bei Vorliegen besonderer Gründe dennoch erteilt werden kann. Insoweit steht der Behörde auf Rechtsfolgenseite ein Ermessen zu. Im Übrigen würde dieses Ermessen, da vorliegend eine Tätigkeit im Bereich der Gefahrenabwehr vorliegt, auch aus § 12 Abs. 1 ASOG entspringen.

Fraglich ist daher, ob die Erteilung einer Sondernutzung eine ordnungsgemäße Ausübung des behördlichen Ermessens darstellen würde.

Das Ermessen hat der Bezirk entsprechend § 40 VwVfG i. V. m. § 1 Abs. 1 VwVfG<sup>2</sup> auszuüben. Dabei musste der Bezirk zunächst beachten, dass er ein Ermessen auszuüben hatte, da sonst ein Ermessensausfall vorliegt. Weiterhin musste das Ermessen korrekt angewendet worden sein (kein Ermessensfehlgebrauch) und die gewählte

---

<sup>2</sup> Auf den Verweis des Berliner Landesrechts in das Bundesverwaltungsverfahrensgesetz wird im Folgenden verzichtet.

Rechtsfolge darf nicht über die gesetzlichen Grenzen hinausgehen (keine Ermessensüberschreitung).

*Anmerkung:* Die an die Ausübung des Ermessens zu stellenden Voraussetzungen ergeben sich allesamt bereits aus dem Wortlaut des § 40 VwVfG:

„Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, **hat** [(Ermessensausfall / -nichtgebrauch)] sie ihr Ermessen **entsprechend dem Zweck der Ermächtigung** [(Ermessens Fehlgebrauch)] auszuüben und die **gesetzlichen Grenzen des Ermessens** [(Ermessensüberschreitung)] einzuhalten.“

Zunächst ist bereits problematisch, dass die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für den Bezirk „selbstverständlich“ sei. Darin könnte ein Ermessensausfall zu sehen sein. Aus den Überlegungen des Bezirks wird aber hinreichend deutlich, dass dieser sich nicht verpflichtet sieht, die Erlaubnis zu erteilen, sondern vielmehr die Gründe für äußerst gewichtig hält. Gerade in dieser Überlegung ist aber die Ausübung von Ermessen zu sehen. Es läge kein Ermessensausfall vor.

Der Bezirk hat aber lediglich darauf verwiesen, dass man für *Robert Robertsky* aufgrund dessen weltweiter Popularität eine Ausnahme machen müsse. Selbst wenn, wovon auszugehen ist, *Robertsky* tatsächlich auch weltweite Popularität genießt, könnte dies einen Ermessens Fehlgebrauch darstellen. Denn aus Nr. 2 VwV Sondernutzungen ist ersichtlich, dass nicht für die Allgemeinheit zugängliche, gewerbliche Veranstaltungen grundsätzlich verboten sein sollen. Selbst wenn diese in Ausnahmefällen erlaubt werden können, so soll dieses Ermessen andere Veranstaltungen als die von *Robertsky* geplante, schützen, etwa traditionsreiche Veranstaltungen oder solche die der Gesamtstadt Berlin im Ansehen zuträglich sind und für die demnach ein öffentliches Interesse streitet. Hier geht es aber ersichtlich nur um das kommerzielle Einzelinteresse des *Robertsky*. Dieses zu schützen ist gerade nicht Zweck der VwV Sondernutzungen. Die durch den Bezirk angestellten Erwägungen decken demnach nicht die geplante Entscheidung. Es läge ein Ermessens Fehlgebrauch vor.

*Anmerkung:* Eine andere Auffassung oder auch eine andere Begründung für die gleiche Entscheidung sind an dieser Stelle selbstverständlich vertretbar. Entscheidend ist die Argumentation. Sollte man nicht zu einer Ermessens Fehlerhaftigkeit gelangen, wäre aber gegebenenfalls hilfsgutachtlich weiter zu prüfen, je nachdem, an welcher Stelle man die Frage diskutiert hat, ob §§ 9, 11 AZG auch eine vorherige Anweisung ermöglichen. Diese sollte jedenfalls nicht abgeschnitten werden.

Es ist darüber hinaus nicht ersichtlich, dass aus anderen, durch den Bezirk nicht erwogenen Gründen, das Ermessen desselben auf Null reduziert und *Robertsky* bereits aus diesen Gründen eine Sondernutzungserlaubnis zu erteilen gewesen wäre.

#### d) Zwischenergebnis

Die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis gegenüber *Robert Robertsky*, gestützt auf die durch die durch den Bezirk vorgebrachten Gründe, würde somit gegen die VwV Sondernutzungen verstoßen.

Somit sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 11 S. 1 AZG erfüllt.

### 2. Anwendung von §§ 9, 11 AZG

§ 11 S. 1 AZG räumt dem Senat nach seinem Wortlaut Ermessen bei der Ausübung seines Aufhebungsrechts ein („kann aufheben“). Dies muss entsprechend auch für die vorherige Untersagung gelten. Der Senat hat eingehend geprüft, welche Handlungsmöglichkeiten ihm zur Verfügung stehen. Ein Ermessensausfall liegt somit jedenfalls nicht vor. Ob dem Senat bei der Beseitigung rechtswidrigen Verwaltungshandelns überhaupt ein Ermessen zukommt, oder ob er nicht vielmehr zum Handeln verpflichtet ist, kann vorliegend demnach dahinstehen.

Bei der vorherigen Untersagungsanweisung an den Bezirk könnte der Senat aber die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten haben (Ermessensüberschreitung).

Gemäß § 11 S. 1 AZG kann der Senat Beschlüsse des Bezirks aufheben, die das geltende Recht verletzen oder gegen Verwaltungsvorschriften verstoßen. Im vorliegenden Fall hat der Senat jedoch keinen bestehenden bezirklichen Beschluss aufgehoben, sondern den Bezirk im Vorfeld angewiesen, einen solchen Beschluss nicht zu fassen.

Fraglich ist, ob auch ein derartiges vorheriges Tätigwerden des Senats, noch bevor der Bezirk überhaupt einen Beschluss gefasst hat, von § 11 S. 1 AZG erfasst ist.

Dagegen könnte man einwenden, dass der Wortlaut des § 11 S. 1 AZG eindeutig ist und vorherige Maßnahmen nicht umfasst. Aufgrund der grundsätzlichen Kompetenzaufteilung zwischen Bezirk und Senat sowie aufgrund der zunehmenden Verselbständigung der Berliner Bezirke könnte man eine grundsätzlich restriktive Auslegung der Regeln über die Rechtsaufsicht bevorzugen. Andererseits ist die Zielsetzung der Regeln über die Rechtsaufsicht zu berücksichtigen. Diese dienen dazu, die Rechtmäßigkeit der Ausübung von Hoheitsrechten durch die Bezirke sicherzustellen.<sup>3</sup> Im Grunde liegt darin auch eine Sicherungsfunktion gegenüber dem betroffenen Bürger. Die Bezirksaufsicht ist, wie auch § 12 AZG zeigt, der dem Senat die Möglichkeit eröffnet, gewünschte Beschlüsse selbst herbeizuführen, umfassender Natur.

Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerecht, auch ein präventives Tätigwerden des Senats gegen rechtsverletzende Entscheidungen der Bezirke auf § 11 S. 1 AZG zu stützen. Ist bereits vor einer bezirklichen Entscheidung deutlich, dass diese rechtswidrig und daher zu korrigieren sein wird, sollte der Senat nicht gehindert sein, dies bereits im Vorfeld festzustellen. Demnach besteht die grundsätzliche Möglichkeit für den Senat, bereits vor der bezirklichen Entscheidung den Bezirk entsprechend anzuweisen, wenn im Vorfeld erkennbar ist, welche Entscheidung der Bezirk zu treffen beabsichtigt.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Vgl. *Musil/Kirchner*, 3. Aufl. 2012, Rn. 210.

<sup>4</sup> Ebenso *Musil/Kirchner*, 3. Aufl. 2012, Rn. 213.

Die Entscheidung, von seinem Aufhebungsrecht Gebrauch zu machen, war mithin nicht ermessensfehlerhaft.

Weiterhin war sie verhältnismäßig.

### 3. Ergebnis zu III.

Die Anweisung des Bezirks durch den Senat, *Robert Robertsky* die Sondernutzungserlaubnis zu verweigern, ist somit gemäß § 11 S. 1 AZG materiell rechtmäßig.

### IV. Ergebnis

Der Senatsbeschluss ist mithin rechtmäßig.

## Aufgabe 2: Zulässigkeit eines verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfs

### I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet. Vorliegend wird über die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme des Senats gegenüber dem Bezirk gestritten.

#### 1. Grundsätzliche Eröffnung eines Rechtswegs

Fraglich ist, ob für einen solchen Streit überhaupt ein Rechtsweg gegeben ist. Nach früherer Lehre (sog. „Impermeabilitätstheorie“) sollten im verwaltungsinternen Bereich überhaupt keine Rechtsstreitigkeiten möglich sein, weil die Organisation der öffentlichen Verwaltung keinen rechtlichen Regeln folge, sondern Ausfluss der rechtlich ungebundenen Organisationshoheit sei. Rechtsbeziehungen waren demnach nur zwischen Verwaltung und Bürger denkbar; verwaltungsinterne Rechtsstreite waren nach dieser Ausgangsposition nicht möglich.

Dort, wo innerhalb der Verwaltung unterschiedliche Organe mit je eigenen Kompetenzen und Organrechten ausgestattet sind, bestehen jedoch sehr wohl verwaltungsinterne Rechtsbeziehungen, so dass sich dieses Verständnis des Verwaltungsprozesses als zu eng erweist. Unter dem Rechtsstaatsgebot ist daher ein völliger Ausschluss des gerichtlichen Rechtsschutzes jedenfalls in solchen Bereichen nicht haltbar, in denen sich mit eigenen Rechten ausgestattete Verwaltungsorgane gegenüberstehen und Streit über das Bestehen bzw. über das Ausmaß dieser Rechtspositionen herrscht.<sup>5</sup>

#### a) Selbstverwaltungsrecht des Bezirks aus Art. 28 Abs. 2 GG

Eine gerichtlich überprüfbare Rechtsbeziehung liegt daher jedenfalls dann vor, wenn der Bezirk Mitte in seinem Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 GG verletzt sein

<sup>5</sup> Vgl. *Pietzcker*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Vor § 42 Abs. 1 Rn. 17; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 226 ff.

könnte. Fraglich ist jedoch, ob die Bezirke Berlins von der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG überhaupt erfasst sind.

Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG spricht von Gemeinden, Satz 2 bezieht sich auf Gemeindeverbände. Um Gemeinden handelt es sich bei den Berliner Bezirken aber gerade nicht. Vielmehr ist Berlin als Ganzes gleichzeitig Gemeinde und Bundesland (vgl. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2 VvB). Demnach ist die Gesamtstadt Berlin Trägerin der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, nicht ihre Untergliederungen. Die Bezirke sind hingegen Bestandteile der staatsunmittelbaren Verwaltungsuntergliederung und keine unterstaatlichen Gebietskörperschaften.<sup>6</sup> Der Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 GG spricht somit eine Anwendbarkeit der kommunalen Selbstverwaltung auf die Berliner Bezirke.

Andererseits erfüllen die Bezirke ihre Aufgaben gemäß Art. 66 Abs. 2 S. 1 VvB nach den Grundsätzen der Selbstverwaltung. Nach Art. 72 VvB ist die Bezirksverordnetenversammlung zudem ein Organ der bezirklichen Selbstverwaltung. Die Berliner Verfassung ordnet den Bezirken also den Begriff der „Selbstverwaltung“ zu. Die Bedeutung dieser Zuordnung ist in Anbetracht des fehlenden Körperschaftsstatus der Bezirke umstritten.

Nach dem *Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin* ist ein verfassungskräftiges Recht auf bezirkliche Selbstverwaltung zu verneinen.<sup>7</sup> Der Grundsatz der Einheitsgemeinde, der zu den tragenden Wesensmerkmalen der Verfassung von Berlin gehöre, schließe dies aus. Die Verfassung stelle mit der Bezugnahme auf die Grundsätze der Selbstverwaltung lediglich ein für den Gesetzgeber verbindliches Organisationsprinzip der Berliner Verwaltung auf.

In der *Literatur* wird dagegen überwiegend ein verfassungskräftiges Recht der Bezirke auf Selbstverwaltung bejaht.<sup>8</sup> Vor allem seit den Verfassungs- und Verwaltungsreformen von 1994 und 1998 stünden den Bezirken weitgehende Selbstverwaltungsrechte zu. Teilweise wird davon gesprochen, die bezirkliche Selbstverwaltung erreiche zuweilen annähernd den Umfang der kommunalen Selbstverwaltung im Sinne von Art. 28 Abs. 2 GG.

Dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin ist zuzustimmen. Aufgrund der mangelnden Rechtsfähigkeit der Bezirke und der Einheitsgemeinde sind die Bezirke Berlins nicht von der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG umfasst. Auch im Übrigen kennt die Verfassung von Berlin kein umfassendes Recht auf bezirkliche Selbstverwaltung, das gegen beschränkende Maßnahmen des Senats oder des Gesetzgebers umfassend Rechtsschutz bieten könnte.<sup>9</sup>

## b) Der Bezirk als „Kontrastorgan“ im Falle eines Eingriffs

Gleichwohl schließt dies nicht aus, dass dem Bezirk in einzelnen Teilbereichen durch die ihm von der Verfassung organisationsrechtlich zugewiesenen Aufgaben und Zuständigkeiten subjektive Rechtspositionen verliehen werden und er sich so gegen

<sup>6</sup> Vgl. *Musil/Kirchner*, 3. Aufl. 2012, Rn. 31 ff.

<sup>7</sup> *BerlVerfGH*, LVerfGE 1, 33, 37; *BerlVerfGH*, LVerfGE 6, 32, 41; *BerlVerfGH* VerfGH 47/99 v. 15.6.2000, n.v., S. 5.

<sup>8</sup> *Haaß*, LKV 1996, S. 84; *Deutlmoser*, LKV 1999, S. 350 f.; *Neumann* in *Pfennig/Neumann*, VvB, 3. Aufl. 2000, Art. 66, 67, Rn. 8 ff., insbes. Rn. 17, der jedoch nur von einer „bezirklichen“ in expliziter Abgrenzung zur „kommunalen“ Selbstverwaltung spricht.

<sup>9</sup> Vgl. *Musil/Kirchner*, 3. Aufl. 2012, Rn. 35.

Übergriffe anderer Organe zur Wehr setzen kann. Als Voraussetzung hierfür ist zu fordern, dass die jeweilige Rechtsposition des Bezirks der innerkörperschaftlichen Machtbalance dient und dem Bezirk daher die Stellung eines sog. Kontrastorgans zuweist.<sup>10</sup> Da die Kompetenzen der eingreifenden Senatsverwaltung in den §§ 9 ff. AZG ausdrücklich formellen und materiellen Vorgaben unterliegen, ist im Verhältnis zum Senat eine solche Stellung der Bezirke als Kontrastorgane gegeben. Die Senatsverwaltung ist somit gesetzlich gehindert, jedwede bezirkliche Entscheidung zu revidieren. Dies dient zum einen der Aufgabenteilung zwischen beiden Ebenen, aber auch der Schaffung und Erhaltung der Entscheidungsfreiheit der ebenfalls durch Wahl der Bezirksverordnetenversammlungen legitimierten Bezirksverwaltungen.

Eine justitiable Rechtsstreitigkeit i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO liegt somit vor.

## 2. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Die streitentscheidenden Normen der §§ 9 ff. AZG betreffen als Sonderrecht die Struktur öffentlicher Entscheidungsträger, wie sie im Privatrecht gerade nicht vorkommen. Vorliegend handelt es sich um einen sog. bezirksverfassungsrechtlichen Streit; mit Bezirk und Senat streiten zwei Landesorgane um ihre Rechte und Pflichten. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor.

## 3. Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art

Es streiten hier nicht Verfassungsorgane, sondern Organe eines Verwaltungsträgers um verwaltungsorganisationsrechtliche Positionen; es fehlt demzufolge die sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit. Obwohl eine solche Streitigkeit um kommunales bzw. bezirkliches Organisationsrecht häufig als „Kommunalverfassungsverstreit“ bezeichnet wird, handelt es sich um eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art<sup>11</sup>.

Da der Bezirk sich gegen eine Einzelweisung des Senats und nicht etwa gegen eine grundsätzliche gesetzliche Kompetenzverteilung zur Wehr setzen will, liegt auch keine Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofs nach Art. 84 Abs. 2 Nr. 3 VvB vor.

## 4. Ergebnis zu I.

Der Verwaltungsrechtsweg ist somit gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

## II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich nach verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO). Der Bezirk möchte gerichtlich feststellen lassen, dass der Beschluss des Senats, wonach der Bezirk die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis gegenüber *Robert Robertsky* zu verweigern habe, rechtswidrig ist.

<sup>10</sup> Musil/Kirchner, 3. Aufl. 2012, Rn. 382 m.w.N.

<sup>11</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 124.



## 1. Klageart sui generis

Teilweise wird vertreten, dass die in der VwGO aufgezählten Klagearten für „verwaltungsinterne“ Streitigkeiten nicht passend seien und von daher eine Klage sui generis anzunehmen sei.<sup>12</sup> Wegen des Grundsatzes der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit (Art. 19 Abs. 4 GG) ist aber auf die in der VwGO vorgesehenen Klagearten zurückzugreifen, soweit das konkrete Klagebegehren mit diesen verfolgt werden kann.

## 2. Anfechtungsklage

Da nur der Innenbereich des Landes Berlin betroffen ist, fehlt es hierfür bereits an der für einen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG erforderlichen Außenwirkung,<sup>13</sup> so dass eine Anfechtungsklage ausscheidet.

## 3. Allgemeine Leistungsklage

Die allgemeine Leistungsklage wird in der VwGO zwar nicht eigenständig geregelt, aber etwa in § 43 Abs. 2, 111 VwGO als bestehend vorausgesetzt und ist allgemein anerkannt. Sie ist dann statthaft, wenn das beklagte Organ zur Herstellung des rechtmäßigen Zustands zu einem tatsächlichen Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet werden müsste.<sup>14</sup> In Betracht käme hier nur die Verpflichtung des Senats, die dem Bezirk erteilte Weisung zu widerrufen bzw. zurückzunehmen. Dies entspricht zum einen nicht dem Klageantrag des Bezirks, der auf ein Feststellungsbegehren abzielt. Das alleine steht der Annahme einer allgemeinen Leistungsklage indessen nicht entgegen, da Klageanträge auslegungsfähig sind. Hinzu kommt aber, dass die erteilte Weisung als Realakt (mangels Geltung des § 44 VwVfG) im Falle ihrer Rechtswidrigkeit keine Rechtswirkung entfaltet und es einer Aufhebung daher nicht bedarf.

Aus diesem Grund ist auch eine Leistungsklage „mit kassatorischem Gehalt“ abzulehnen. Einer Aufhebung bzw. eines Kassierens des als rechtswidrig beanstandeten Organisationsakts bedarf es nicht, da dieser im Falle seiner Rechtswidrigkeit ohnehin von Anfang an unwirksam ist.

## 4. Feststellungsklage

In Betracht kommt somit letztlich die Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO als geeignete Klageart. Dazu müsste es sich bei dem den Bezirk anweisenden Senatsbeschluss um ein Rechtsverhältnis i. S. d. § 43 VwGO handeln. Unter einem Rechtsverhältnis versteht man eine rechtliche Beziehung, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Regelung für das Verhältnis mehrerer Rechtssubjekte zueinander ergibt.<sup>15</sup> Daran könnte man hier zweifeln, weil sich nur Organe ohne eigene Rechtspersönlichkeit gegenüberstehen.

Aber auch im Rahmen der Feststellungsklage ist den Besonderheiten der ausnahmsweise zulässigen Insichprozesse Rechnung zu tragen und damit ein „Rechtsverhältnis“

<sup>12</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 21, Rn. 11, 13, 16.

<sup>13</sup> So etwa Musil/Kirchner, 3. Aufl. 2012, Rn. 367; a.A.: Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 228.

<sup>14</sup> Vgl. Ehlers, NVwZ 1990, 105, 106 f.; Schoch, JuS 1987, 783, 788.

<sup>15</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 378.

zu bejahen, da den Bezirken im Rahmen der §§ 9 ff. AZG eigene Organrechte gegenüber dem Senat zustehen.<sup>16</sup> Zudem erlaubt nur eine solche Lösung, dass auch bereits erledigte Maßnahmen noch einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen werden können.

Mit dem Antrag wird mithin die Feststellung eines hinreichend konkreten Rechtsverhältnisses begehrt. Die Feststellungsklage ist somit statthaft.

*Anmerkung:* Soweit das Vorliegen eines für die Feststellungsklage erforderlichen Rechtsverhältnisses mit Hinweis auf die fehlende Rechtssubjektivität abgelehnt wird, wäre eine Leistungsklage anzunehmen. Diese ist etwa mit dem Hinweis darauf, dass auch ein unwirksamer Senatsbeschluss wegen des ihm zukommenden Rechts Scheins der Wirksamkeit der Aufhebung zugänglich sein muss, gut vertretbar.

### III. Subsidiarität, § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO

Nach der Subsidiaritätsklausel des § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO kann die Feststellungsklage nicht erhoben werden, wenn Gestaltungs- oder Leistungsklage rechtsschutzintensiver sind. Eine Anfechtungsklage kommt mangels Außenwirkung des Senatsbeschlusses und somit fehlender Verwaltungsaktsqualität der Maßnahme nicht in Betracht. Auch eine allgemeine Leistungsklage scheidet aus den genannten Gründen aus. Sie wäre zudem nicht rechtsschutzintensiver, da von dem Senat als Hoheitsträger zu erwarten ist, dass er sich an ein Feststellungsurteil hält<sup>17</sup>. Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Aufsichtsmaßnahme lässt sich abschließend mit der Feststellungsklage klären.

### IV. Feststellungsinteresse und Klagebefugnis

Voraussetzung für die Erhebung einer Feststellungsklage ist gemäß § 43 Abs. 1 VwGO, dass der Bezirk ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung der Rechtswidrigkeit des Beschlusses hat. Ein berechtigtes Interesse ist jedes nach der Sachlage anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art.<sup>18</sup> Der Bezirk hat hier ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, ob er als Organ angewiesen werden durfte, die Sondernutzungserlaubnis nicht zu erlassen. Ein Feststellungsinteresse liegt also vor.

Vom BVerwG wird über das berechtigte Interesse hinaus gefordert, dem Kläger müsse auch im Rahmen der Feststellungsklage die Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO zustehen.<sup>19</sup> Nur wehrfähige Rechte können die Klagebefugnis begründen.

*Anmerkung:* Der im Rahmen der Klagebefugnis übliche Begriff des subjektiv-öffentlichen Rechtes passt auf den Inanspruchprozess zwischen Senat und Bezirk nicht, da

<sup>16</sup> Vgl. *Musil/Kirchner*, 3. Aufl. 2012, Rn. 369; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 391.

<sup>17</sup> BVerwGE 36, 179, 181; 77, 207, 211; a.A.: *Kopp/Schenke*, § 43 Rn. 28 m.w.N. zum Meinungsstand.

<sup>18</sup> *Kopp/Schenke*, § 43 Rn. 23.

<sup>19</sup> BVerwG, NVwZ 1991, 470, 471; a.A.: *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 410 m.w.N. zum Meinungsstand.

innerhalb der Verwaltung keine dem Staat-Bürger-Verhältnis vergleichbaren Rechtsbeziehungen bestehen, so dass hier auf den Begriff des wehrfähigen Organrechts zurückgegriffen werden sollte.

Fraglich ist demnach, ob der Bezirk die mögliche Verletzung eines wehrfähigen Organrechts geltend machen kann. Dies ist dann der Fall, wenn ihm die Kompetenz zur Entscheidung über die Sondernutzungserlaubnis nicht bloß im Interesse der Arbeitsteilung, sondern als Kontrastorgan zur Schaffung einer verwaltungsinternen Machtbalance verliehen wurde.<sup>20</sup>

Gegen eine eigenständige Entscheidungskompetenz der Bezirke in diesem Bereich spricht die Tatsache, dass der Senat durch die Verabschiedung der VwV Sondernutzungen einheitliche Leitlinien für die Bezirke bestimmt hat und ihnen damit in einem weiten Bereich ihre Ermessensentscheidungen beschränkt hat.

Auf der anderen Seite dient die Zuordnung des Straßenrechts zur Kompetenz der einzelnen Bezirke gerade dem Interesse an einer sachkundigeren, ortsnahen Entscheidung über die Nutzung der Straßen und Plätze. Zudem bestehen zwischen dem Straßenrecht und der bezirklichen Wirtschaft erhebliche Wechselwirkungen, die besser an Ort und Stelle entschieden werden können. Daraus folgt auch, dass die Bezirke gerade durch ihre straßenrechtlichen Entscheidungen eigenständig ihr Außenbild und den Charakter des Straßenlebens in ihrem Bezirk bestimmen können.

Mithin ist das Straßenrecht nicht nur aus Gründen der Arbeitsteilung, sondern auch zur Schaffung einer verwaltungsinternen Machtbalance den Bezirken übertragen worden. Den Bezirken steht somit eine wehrfähige Rechtsposition zu, die ihnen grundsätzlich eine Klagebefugnis vermittelt.

## V. Richtiger Klagegegner

§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist bei der Feststellungsklage nicht anzuwenden.<sup>21</sup> Weil aber im Intraorganstreit die streitenden Parteien demselben Rechtsträger zuzuordnen sind (hier: Land Berlin), greift auch das Rechtsträgerprinzip nicht.<sup>22</sup> Die passive Prozessführungsbefugnis richtet sich vielmehr nach der innerorganisatorischen Kompetenz- und Pflichtenzuordnung. Die Klage ist demnach direkt gegen denjenigen zu richten, dem gegenüber das streitige Rechtsverhältnis besteht. Vorliegend streitet der klagende Bezirk um die Handlungsmöglichkeiten des Senats in der bezirklichen Aufsicht. Passivlegitimiert ist demnach der Senat selbst.

## VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Beteiligtenfähigkeit ist problematisch, da weder der Bezirk noch der Senat Rechtsfähigkeit besitzen und sich die Streitigkeiten dieser beiden Organe innerhalb der juristischen Person Land Berlin abspielt. Die Regelung in § 61 VwGO ist hierauf nicht zugeschnitten, denn diese geht von Außenrechtsbeziehungen aus. Es besteht aber im

<sup>20</sup> Musil/Kirchner, Rn. 371, 3. Aufl. 2012, mwN.

<sup>21</sup> Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth u.a., VwGO, 6. Aufl. 2014, § 78 Rn. 2.

<sup>22</sup> Meisner, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 32. EL 2016, § 78 Rn. 50.

Ergebnis Einigkeit, dass die Beteiligtenfähigkeit bestehen muss, um die nach den Grundsätzen des zulässigen Inanspruchnehmens wehrfähigen Innenrechte in den gerichtlichen Rechtsschutz einzubeziehen.<sup>23</sup>

Da es sich vorliegend bei dem Bezirk und dem Senat nicht um Einzelpersonen, sondern um Organe handelt, ist § 61 Nr. 2 VwGO analog anzuwenden. Sowohl der Bezirk als auch der Senat sind daher nach § 61 Nr. 2 VwGO analog fähig, am vorliegenden Verfahren beteiligt zu sein.

Die Prozessfähigkeit ergibt sich aus dem gleichen Grundgedanken aus § 62 Abs. 3 VwGO analog.

## VII. Ergebnis

Die Feststellungsklage ist zulässig.

*Anmerkung:* Zur Zulässigkeit der allg. Feststellungsklage bedarf es grundsätzlich keiner Fristwahrung. Auch die vorherige Durchführung eines Vorverfahrens ist entbehrlich. Dies gilt wiederum grundsätzlich nicht für Klagen aus dem Beamtenverhältnis (vgl. § 54 BeamtStG und § 126 BBG).

### Teil 2, Aufgabe 3:

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

#### I. Zulässigkeit

*Anmerkung:* Es kann weitgehend auf die Zulässigkeitsprüfung oben verwiesen werden.

#### 1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Siehe oben.

#### 2. Statthafte Klageart

Die Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers. Zu beachten ist, dass sich vorliegend ein Bezirk gegen eine Aufsichtsmaßnahme eines Senatsmitglieds zur Wehr setzen will. Sowohl das Bezirksamt als auch die Senatorin sind Organe der juristischen Person Land Berlin. Die Maßnahme hat somit *gegenüber dem Bezirk* keine Außenwirkung und stellt keinen Verwaltungsakt im Sinne von § 35 VwVfG dar, es handelt sich

<sup>23</sup> Kopp/Schenke, § 61 Rn. 11; Musil/Kirchner, 3. Aufl. 2012, Rn. 375 mwN.

vielmehr um einen sog. Insichprozess, so dass Anfechtungs- und Verpflichtungsklage von vornherein ausscheiden.

Weiterhin hat die Senatorin die Sondernutzungserlaubnis bereits aufgehoben, so dass ein etwaiger Eingriff in die bezirkliche Zuständigkeit infolge Zeitablaufs nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Er hat sich damit erledigt.

Auch eine allgemeine Leistungsklage in Form der vorbeugenden Unterlassungsklage scheidet aus, da die Abwendung eines wiederholten Eingriffs nicht erstrebt wird.

In Betracht kommt daher wiederum nur die Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO. Bei der streitgegenständlichen Frage, ob die Senatorin gegenüber dem Bezirk berechtigt war, die erteilte Sondernutzungserlaubnis aufzuheben, handelt es sich um ein hinreichend konkretes feststellungsfähiges Rechtsverhältnis. Die Feststellungsklage ist daher statthaft.

*Anmerkung:* Wenn Bearbeiter bereits bei Teil 1 und dann auch hier das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses verneinen, stellt sich das Problem, dass sich die Maßnahme bereits erledigt hat. Eine allgemeine Leistungsklage wäre demnach nicht mehr zulässig. Diese Bearbeiter müssten dann im Hilfsgutachten weiter prüfen.

### 3. Subsidiarität, § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO

Die Subsidiarität der Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 2 VwGO steht nicht entgegen, da keine andere Klageart zur Verfügung steht.

### 4. Feststellungsinteresse und Klagebefugnis

Fraglich ist aber, ob der Bezirk ein Feststellungsinteresse bzw. noch weitergehend eine Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen kann.

Da der Weihnachtsbasar jährlich stattfindet und die *Freiwillige Feuerwehr Pankow e. V.* alljährlich daran teilnimmt, ist eine konkrete Wiederholungsgefahr gegeben. Das Feststellungsinteresse liegt daher trotz Erledigung der Maßnahme vor.

Da den Bezirken kein Recht auf Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG oder der VvB zusteht (s. o.), kommt es für die Klagebefugnis darauf an, ob sie sich als Kontrastorgan auf die mögliche Verletzung wehrfähiger Rechte berufen können. Der Bezirk Pankow möchte sich dagegen wehren, dass die Senatorin die bereits erteilte Sondernutzungserlaubnis zurückgenommen hat. Die Bezirke haben ein verfassungsmäßiges Recht darauf, dass die gesetzlich vorgesehene Zuständigkeitsabgrenzung beachtet wird (vgl. Art. 84 Abs. 2 Nr. 3 VvB).

Die Aufhebung der erteilten Sondernutzungserlaubnis durch die Senatorin ist daher nur rechtmäßig, wenn vorliegend ein besonderes Eingriffsrecht der Senatorin bestand. Ein solches könnte sich aus § 13a AZG (i. V. m. Art. 67 Abs. 1 S. 2 und 3 VvB) ergeben. Dann müssten aber dessen einschränkende Voraussetzungen erfüllt sein. Diese einschränkenden Voraussetzungen dienen gerade dazu, die Bezirke vor einer zu weitreichenden Beeinflussung durch die Hauptverwaltung zu schützen. Es soll sicherge-



stellt werden, dass die den Bezirken zukommenden Kompetenzen, wie hier die Kompetenz zur Erteilung der straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis, nicht willkürlich von der Hauptverwaltung an sich gezogen werden. Wie bereits gezeigt, besteht die Kompetenz der Bezirke zur Erteilung der Sondernutzungserlaubnis nicht bloß im Interesse der Arbeitsteilung, sondern zur Schaffung einer verwaltungsinternen Machtbalance. Es besteht zumindest die Möglichkeit, dass die Eingriffsvoraussetzungen nach § 13a AZG nicht vorliegen und der Bezirk daher in seiner Rechtsposition als Kontrastorgan verletzt ist. Der Bezirk ist daher analog § 42 Abs. 2 VwGO, soweit man eine Klagebefugnis fordert, jedenfalls klagebefugt.<sup>24</sup>

## 5. Klagegegner

Da § 78 Abs. 1 S. 1 VwGO nicht anwendbar ist und auch das Rechtsträgerprinzip ausnahmsweise nicht greift (s. o.), ist die Klage direkt gegen die Senatorin für Stadtentwicklung zu richten.

## 6. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Der Bezirk ist analog § 61 Nr. 2 VwGO als Kläger beteiligtenfähig. Da die Senatorin für Stadtentwicklung nicht als Person, sondern als Organ handelte, ergibt sich ihre Beteiligtenfähigkeit ebenfalls aus § 61 Nr. 2 VwGO analog. Die Prozessfähigkeit des Bezirks und der Senatorin ergibt sich jeweils aus § 62 Abs. 3 VwGO analog.

*Anmerkung:* Für die Senatorin kann gleichermaßen auf § 61 Nr. 1 VwGO analog und auf § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog abgestellt werden.

## 7. Ergebnis

Die Klage des Bezirks ist zulässig.

## II. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn die Senatorin gegenüber dem Bezirk nicht berechtigt war, die erteilte Sondernutzungserlaubnis aufzuheben, und das festzustellende Rechtsverhältnis somit nicht besteht.

<sup>24</sup> Vgl. *Musil/Kirchner*, 3. Aufl. 2012, Rn. 395 f., die ein Klagerecht der Bezirke hinsichtlich der Voraussetzungen des Eingriffsrechts gem. § 13a AZG stets schon deshalb bejahen, weil andernfalls der durch die tatbestandliche Begrenzung des Eingriffsrechts bewirkte Schutzmechanismus wirkungslos bliebe und somit eine weitgehende Einflussnahme des Senats auf Angelegenheiten des Bezirks drohen würde, was dem Leitbild von § 13a AZG sowie Art. 67 Abs. 1 S. 3 VvB widerspräche.

## 1. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Aufhebung der Sondernutzungserlaubnis durch die Senatorin ist § 13a Abs. 1 AZG.<sup>25</sup>

## 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Gemäß § 13a Abs. 1 S. 1 AZG muss das zuständige Senatsmitglied gehandelt haben. Die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung ist laut Sachverhalt für das Straßenrecht zuständig. Die Senatsverwaltung für Inneres wurde informiert und ein Einigungsversuch mit dem Bezirksamt ist gescheitert. Damit lagen die Verfahrensvoraussetzungen des § 13a Abs. 1 AZG vor.

Im Laufe des weiteren Verfahrens hat die Senatorin zunächst eine Einzelweisung gemäß § 8 Abs. 3 lit. b AZG erteilt und war nach deren Nichtbefolgung gemäß § 8 Abs. 3 lit. c AZG berechtigt, die Genehmigung im Wege des Eintrittsrechts selbst zu erteilen. Im Ergebnis bestehen damit keine Bedenken gegen die formelle Rechtmäßigkeit des Eingriffs.

## 3. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht ist gemäß § 13a Abs. 1 AZG erforderlich, dass die Erlaubniserteilung durch das Bezirksamt Pankow nicht gegen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften verstieß, jedoch dringende Gesamtinteressen Berlins beeinträchtigte.

### a) Rechtmäßigkeit der bezirklichen Erlaubniserteilung

Zunächst dürfte die bezirkliche Erlaubniserteilung nicht gegen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften verstoßen haben.

#### aa) Verstoß gegen die VwV Sondernutzungen

Laut Sachverhalt zählt der Pankower Marktplatz, auf dem der Adventsbasar der *Freiwilligen Feuerwehr Pankow e.V.* stattfinden soll, nicht zu den in der VwV Sondernutzung erfassten zentralen Bereichen Berlins. Ein Verstoß gegen diese Verwaltungsvorschrift scheidet daher bereits mangels deren örtlicher Anwendbarkeit aus.

#### bb) Verstoß gegen § 11 Abs. 2 BerlStrG

Die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis könnte aber gegen die Rechtsvorschrift des § 11 Abs. 2 BerlStrG verstoßen. Dazu müsste es sich bei dem geplanten Adventsbasar zunächst um eine Sondernutzung i. S. d. § 11 Abs. 1 BerlStrG handeln (zur Definition: s. o.). Die Veranstaltung eines Adventsbasars mit Verkaufs- und einem Glühweinstand ist keine Teilnahme am Verkehr und stellt somit eine Sondernutzung dar.

Nach § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG soll die Erlaubnis in der Regel erteilt werden, wenn überwiegende öffentliche Interessen nicht entgegenstehen. Der Sachverhalt enthält keine Angaben, aus denen sich ein entgegenstehendes öffentliches Interesse ableiten

<sup>25</sup> Ausführliche Darstellung des Eingriffsrechts bei *Musil/Kirchner*, 3. Aufl. 2012, Rn. 217 ff.

ließe. Über schädliche Umwelteinwirkungen oder städtebauliche Störungen sagt der Sachverhalt nichts, vielmehr ist bei einem kleineren Weihnachtsbasar grundsätzlich nicht von solchen Störungen auszugehen. Damit liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG vor. Ein Versagensgrund i. S. d. § 11 Abs. 2 S. 2 BerlStrG besteht nicht.

Aus der Formulierung, die Erlaubnis „soll(e) in der Regel erteilt werden“, ergibt sich, dass § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG auf der Rechtsfolgenseite Ermessen eröffnet. Liegt kein überwiegendes öffentliches Interesse vor, besteht nicht etwa ein Anspruch auf die Erlaubniserteilung, da es sich nicht um grundrechtlich geschützten Gemeingebrauch, sondern um straßenrechtlich grundsätzlich nicht erwünschte Sondernutzung handelt.

Fraglich ist, ob der Bezirk sein Ermessen i. S. d. § 114 VwGO ordnungsgemäß ausgeübt hat. Ein Ermessensnichtgebrauch liegt nicht vor, da der Bezirk der *Freiwilligen Feuerwehr Pankow e.V.* die Sondernutzungserlaubnis nach Abwägung der straßenrechtlichen Belange erteilt hat und erkennbar auch nicht annahm, dazu verpflichtet gewesen zu sein. Auch deutet nichts darauf hin, dass hierbei sachfremde Erwägungen eine Rolle gespielt hätten, so dass auch ein Ermessensfehlgebrauch ausscheidet. Auch eine Ermessensüberschreitung aufgrund entgegenstehender sonstiger Vorschriften liegt nicht vor. Insbesondere kann die Frage, ob und inwieweit die VwV Sondernutzungen das behördliche Ermessen einzuschränken vermag, offen bleiben, da ein Verstoß gegen diese Verwaltungsvorschrift schon mangels deren örtlicher Anwendbarkeit entfällt. Es liegt also auch kein Ermessensfehler vor.

Die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis verstößt somit nicht gegen § 11 Abs. 2 BerlStrG.

### cc) Zwischenergebnis

Die Entscheidung des Bezirks war rechtmäßig.

### b) Entgegenstehen dringender Gesamtinteressen Berlins

Nach § 13a Abs. 1 AZG ist weiterhin erforderlich, dass diese rechtmäßige Entscheidung des Bezirks dringende Gesamtinteressen Berlins beeinträchtigt. Da die in § 13a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 3 AZG genannten Sonderfälle nicht einschlägig sind, müsste ein Fall der Beeinträchtigung sonstiger dringender Gesamtinteressen vorliegen. Die Entscheidung des Senatsmitglieds ist insoweit gerichtlich voll überprüfbar, ein Beurteilungsspielraum besteht nicht.<sup>26</sup> Eine Beeinträchtigung *dringender Gesamtinteressen* Berlins liegt vor, wenn durch die Maßnahme die Interessen der Gesamtstadt im Verhältnis zum Bezirksinteresse in besonderem Maße betroffen sind.<sup>27</sup>

Vorliegend geht es um den Pankower Marktplatz. Diesem Platz kommt aufgrund seiner Lage in einem Außenbezirk und aufgrund der Tatsache, dass er keine herausragende touristische und wirtschaftliche Bedeutung aufweist, keine besondere Relevanz für die Belange der Gesamtstadt zu. Anders als auf den innerstädtischen Plätzen besteht hier keine Gefahr, dass die Entscheidungen des Bezirks den Eindruck der Gesamtstadt Berlin in ungewünschter Weise prägen. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass der

<sup>26</sup> Zum Beurteilungsspielraum vgl. Ausführungen bei *Musil/Kirchner*, 3. Aufl. 2012, Rn. 229 ff.

<sup>27</sup> Näher dazu *Musil/Kirchner*, 3. Aufl. 2012, Rn. 225 ff.



Pankower Marktplatz eben nicht in den Anwendungsbereich der VwV Sondernutzungen aufgenommen wurde. Hinzu kommt, dass der vorliegend umstrittene Adventsbasar aufgrund seiner geringen Ausmaße sowie der keineswegs provokativen und neuartigen Gestaltung eine Bejahung der Beeinträchtigung dringender Gesamtinteressen Berlins nicht zulässt. Der Begriff „dringend“ ist nicht in zeitlicher, sondern in qualitativer Hinsicht zu verstehen. Ein derart qualitativ gesteigertes Gesamtinteresse Berlins ist wegen der genannten Aspekte nicht anzunehmen. Im Ergebnis liegt keine Beeinträchtigung dringender Gesamtinteressen Berlins vor.

### **c) Zwischenergebnis**

Die Aufhebung der Sondernutzungserlaubnis durch die Senatorin ist daher gemäß § 13a Abs. 1 AZG materiell rechtswidrig.

### **III. Ergebnis**

Die Klage des Bezirks ist zulässig und begründet. Das Verwaltungsgericht wird der Klage stattgeben.

**Fragen und Anregungen zur Lösung? [info@hauptstadtfaelle.de](mailto:info@hauptstadtfaelle.de)**