

Maßstäbe einer Sonderbenutzungserlaubnis für Außengastronomie
Von Dr. Caspar David Hermanns, Osnabrück¹

A. Ausgangslage

Vornehmlich in den Sommermonaten zeigt sich das Interesse der Gastronomie, die Bereiche vor und um der jeweiligen gastronomischen Lokalität zu nutzen, um dort Tische und Stühle aufzustellen, die der Bewirtung der sich dort aufhaltenden Gäste dienen. Dass dies im Sinne der Kundschaft ist, die sich gerade zu dieser Zeit gern im Freien aufhält, versteht sich von selbst.

Weil bei der Gastronomie im Freien regelmäßig „freie Flächen“ vor den Gebäuden genutzt werden und ebenso regelmäßig diese Nutzung nicht in den Gemeingebrauch fällt, ist dafür eine Sonderbenutzungserlaubnis zu beantragen. Dass sich dabei bei Einschränkungen oder Versagungen zum Teil erhebliche Nachteile gegenüber Mitkonkurrenten ergeben und diese umso erheblicher ausfallen, je geringer die Distanz zwischen den Mitstreitern ist, liegt auf der Hand. Ziel des Beitrages ist es deshalb, die Maßstäbe bei der Erteilung einer Erlaubnis zur Sondernutzung von freien Flächen im Außenbereich zu skizzieren. Zunächst werden daher die rechtlichen Grundlagen der Nutzung einer sich vor einem Gastronomiebetrieb befindenden Fläche behandelt, im Anschluss daran werden dann die Kriterien einer solchen Nutzungsversagung oder deren Gestattung dargestellt.

B. Nutzung für jedermann

Zu unterscheiden ist eine etwaige Nutzung der Gastronomie von Straßen von einer solchen, die jedermann im Rahmen des Gemeingebrauches zusteht. Spitzer formuliert ist eine wie auch immer geartete Sondernutzungserlaubnis oder eine Ausnahmegenehmigung der Gastronomie immer dann nicht erforderlich, solange und soweit die Nutzung durch eine solche des Gemeingebrauches gedeckt ist. Denn der Gemeingebrauch vermittelt gerade das subjektiv öffentliche Recht, eine öffentliche Straße im Rahmen der Widmung ohne besondere Zulassung zu Zwecken des Verkehrs zu nutzen². Geregelt wird dies in den einschlägigen Gesetzen der Länder, die häufig ähnliche Formulierungen und Regelungstatbestände aufweisen³. Unter dem Gemeingebrauch versteht man die nach dem Straßenrecht jedermann gestattete Straßennutzung zwecks Ortsveränderung und im Rahmen des ruhenden Verkehrs gemäß formeller Widmung und der baulich- technischen Zweckbestimmungen, die sich, soweit nicht offensichtlich, aus Verkehrszwecken ergeben muss⁴. Auch ist anerkannt, dass

1 Der Autor, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, ist Partner der Osnabrücker Sozietät Dr. Hermanns & Partner, Rechtsanwälte.

2 Sauthoff, Straße und Anlieger, München 2003, § 13, Rn. 545.

3 § 8 I ff. FStrG; §13 StrG BW; § 14 BayStrWG; § 10 Berl StrG; § 14 Bbg StrG; §15 Brem StrG; § 16 Hamb WG; § 14 Hess StrG; 21 StrWG MV; §14 NStrG; § 14 StrWG NRW; § 34 StrG RP; § 14 Saarl StrG; § 14 Sächs StrG; § 14 StrG LSA; § 20 StrWG SH; 3 14 Thür StrG.

4 König, in: Hentschel/Floegel/König, Einleitung, 39, Aufl., 2007, Rn. 50.

unter den Gemeingebrauch nur solche Verhaltensweisen fallen, die verkehrsüblich sind⁵. Neben dem Hauptanwendungsfall der Ortsveränderung, also einem Lokalitätenwechsel⁶, sind noch weitere, hier allerdings nicht im Einzelnen relevante Fälle, unter den Begriff des Gemeingebrauchs zu fassen⁷. Die gastronomische Nutzung von Gemeinbedarfsflächen hingegen erfolgt ganz primär aus wirtschaftlichen Gründen des Gastronomen, es handelt sich dabei damit nicht um Gemeingebrauch.

C. Verzichtbarkeit einer Sondernutzungserlaubnis

Deshalb ist es grundsätzlich nötig, eine Sondernutzungserlaubnis für das Aufstellen von Tischen und Stühlen im Außenbereich zu beantragen. Allerdings ist anerkannt, dass eine Sondernutzungserlaubnis unter Umständen entbehrlich sein kann. So bedarf es einer Sondernutzungserlaubnis trotz der Inanspruchnahme von Verkehrsflächen immer dann nicht, wenn die öffentliche Sicherheit und Ordnung auch im Hinblick auf straßenrechtliche Belange Gegenstand eines in sich geschlossenen und abschließenden Regelwerkes ist⁸.

Deutlich interessanter ist die Frage, ob es sich hier um einen solchen Fall handelt, der durch eine Ausnahmegenehmigungspflicht im Straßenverkehrsrecht gekennzeichnet ist. Denn es ist anerkannt, dass hierfür nach den meisten landesgesetzlichen Regelungen⁹ eine Sondernutzungserlaubnis obsolet ist¹⁰. Eine solche Verzichtbarkeit könnte hier in § 46 Abs. 1 StVO und § 9 StVO zu sehen sein.

Dafür, dass eine Ausnahmegenehmigung hier in beiden Fällen erforderlich ist, spricht zunächst zwar, dass auf die Straße so eingewirkt wird, dass dieses nicht mehr als verkehrsüblich angesehen werden kann¹¹. Allerdings lässt sich aus § 1 StVO auch erkennen, dass es sich dabei um ein Verhalten handeln müsste, das von einem Verkehrsteilnehmer ausgeht. Genau diese Verkehrsteilnehmereigenschaft ist es aber auch, die im Rahmen der Ausnahmegenehmigung von § 46 Abs. 1 StVO von Nöten ist. Denn andernfalls wäre es sinnfrei, dass gemäß § 46 III 3 StVO das Beisichführen voraussetzt wird¹². Das gastronomische Betreiben ist allerdings nicht nur nicht verkehrsüblich, es ist vor allem auch verkehrsfremd, weil es in keinem zwingenden Zusammenhang mit der Teilnahme am Straßenverkehr steht¹³. Daraus muss auch folgen, dass Maßnahmen eines Gastwirts zur straßen- und wegerechtlich erlaubnispflichtigen Nutzung der Straße – unabhängig welcher Art – nicht auf die Anforderungen der Straßenverkehrsordnung passen.

5 OLG Köln, Beschl. v. 19.08.1991 – Ss 356/90 (B) – 184 (B) – NVwZ 1992, 100.

6 OVG Saarlouis, Beschl. v. 05.08.1998 – 2 V 14.98 – NVwZ-RR, 1999, 218.

7 Hierzu dazu: Sauthoff, Straße und Anlieger, München 2003, § 14, Rn. 555 ff..

8 Sauthoff, Straße und Anlieger, München 2003, § 18, Rn. 683.

9 § 8 VI 1 FStrG; Art. 21 BayStrWG; 19 Bbg StrG; 22 VII StrWG MV; § 19 NStrG; § 21 NRW StrWG; § 41 VII StrG RP; § 21 VI StrWG SM; § 19 Sächs StrG; § 19 Thür StrG; beim Beachten von Sonderheiten auch: § 18 I StrG BW.

10 Sauthoff, Straße und Anlieger, München 2003, § 18, Rn. 684.

11 BVerwG, Urt. v. 20.10.1993 – 11 C 44.92 – BVerwGE 94, 234; Urt. v. 21.04.1989 – 7 C 50.88 – BVerwGE 82, 34.

12 VGH Mannheim, Urt. v. 26.09.1991 – 5 S 1944/90 – NJW 1992, 3187.

13 VGH München, Urt. v. 15.07.1999 – 8 B 98, 2161 –.

Hieraus wird mithin deutlich, dass gastwirtschaftliche Maßnahmen regelmäßig nicht im Rahmen des Gemeingebrauches liegen und auch eine Sondernutzungserlaubnis nicht verzichtbar ist.

D. Sondernutzungserlaubnis

Nach den einschlägigen landesgesetzlichen Regelungen ist eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung der Straße eine Sondernutzung und bedarf der Erlaubnis der Straßenbaubehörde¹⁴. Ohne diese wäre ein Konflikt zwischen denen die Straße Benutzenden aufgrund des „knappen Guts der öffentlichen Straße“ unausweichlich¹⁵.

Sodann ist die Frage zu stellen, welche Anforderungen an eine Sondernutzungserlaubnis gestellt werden können und müssen und nach welchen Kriterien die Ermessensausübung erfolgen kann. Insofern sei nur am Rande bemerkt, dass der Terminus „Sondergebrauch“ zutreffender wäre, weil es sich geradewegs um einen Gebrauch über den Gemeingebrauch hinaus handelt¹⁶. Weil sich dieser aber nicht durchgesetzt hat, soll zur Vereinfachung und zur Schaffung einheitlicher Sprachmodalitäten von der Sondernutzung und deren Erlaubnis gesprochen werden.

I. Kriterien zur Versagung der Sondernutzungserlaubnis

Zunächst ist zu fragen, welche Kriterien herangezogen werden können, die für eine Versagung einer beantragten Sondernutzungserlaubnis sprechen könnten.

1. Straßenbezogene Kriterien

In der Rechtsprechung geklärt und unbestritten ist die Tatsache, dass Gesichtspunkte dann die Ablehnung einer Sondernutzungserlaubnis rechtfertigen können, wenn es sich dabei um straßenbezogene handelt¹⁷. Diese werden regelmäßig auch als Grenze der Kriterien herangezogen, wie noch aufzuzeigen sein wird.

a. Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs

Unbestritten ist es weiter, dass die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs als ein solcher Fall der straßenbezogenen Kriterien handelt¹⁸. Im Rahmen der gastronomischen Nutzung ist diesbezüglich lediglich zu konstatieren, dass eine Berücksichtigung zwar unabdingbar sein wird, eine Versagung allerdings nur schwerlich möglich sein dürfte. Denn die Sicherheit des

14 § 18 NStrG; § 16 StrG; Art. 18 BayStrWG; § 11 BerlStrG; § 18 BbgStrG; § 18 BremLStrG; § 19 HWG; § 16 Hess StrG; § 22 StrWG MV; § 18 StrWG NRW; § 41 LStrG; § 18 SächsStrG; § 18 StrG LSA; § 21 StrWG SH; § 18 StrG Thür.

15 BVerwG, Beschl. v. 04.07.1996 – 11 B 24.96 – NJW 1997, 408.

16 Kodal/Krämer, Straßenrecht, 6. Auflage, München 1999, Kapitel 26, Rn. 1.

17 VGH Mannheim, Urt. v. 09.12.1999 – 5 S 2051/98 – NVwZ-RR 2000, 837.

18 Hierzu OVG Saarlouis, Beschl. v. 05.08.1998 – 2 V 14/98 – NVwZ-RR 1999, 218; VGH Mannheim, Urt. v. 09.12.1999 – 5 S 2051/98 – NVwZ-RR 2000, 837; Beschl. v. 16.11.1993 – 1 S 1957/93 – DÖV 1994, 568; OVG Lüneburg, Urt. v. 14.03.1994 – 12 L 2354/92 –.

Straßenverkehrs wird regelmäßig nicht von der Benutzung freier Flächen im Rahmen des Aufstellens von Tischen und Stühlen tangiert werden, genausowenig wie die Leichtigkeit. Das gilt umso mehr, je mehr man mit ins Blickfeld nimmt, dass die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis an Bedingungen geknüpft werden kann und die Einhaltung dieser Nebenbestimmung zwingende Voraussetzung für das Erteilen der Sondernutzungserlaubnis ist¹⁹. Überdies ist anerkannt, dass bei schwerwiegenden Verstößen gegen solche Nebenbestimmungen die Sondernutzungserlaubnis nach § 49 Abs. 2 Nr.2 VwVfG widerrufen werden kann²⁰.

Es steht deshalb fest, dass die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs selbstredend auch bei der Sondernutzung des Außenbereiches der Gastronomie Anwendung findet; allein deshalb versagt werden kann die Erlaubnis regelmäßig allerdings schon deshalb nicht, weil z. B. Bedingungen dergestalt aufgestellt werden können, die Flächen nur zu bestimmten Zeiten zu nutzen oder aber nur Tische oder Stühle nicht einem bestimmten Bereich zu platzieren. Bedenken könnten sich allenfalls dann ergeben, wenn der eine Errichtung einer Gaststätte an einer besonders unübersichtlichen Stelle an einer stark befahrenen Straße im Raume steht und dort die Gestattung einer Außenbereichsnutzung zu einer Bedrohung für den Straßenverkehr werden könnte²¹. Allerdings wird ein solches Gedankenkonstrukt häufig bereits durch die Regeln der Ökonomie in ihre Schranken verwiesen, weil ein gemütliches Verweilen an einer solchen Straße kaum von der Kundschaft erstrebt werden wird und damit auch selten für den Betreiber in Betracht kommt.

b. Störungsfreier Gemeingebrauch

Ebenso unbestritten sind unter den straßenspezifischen Gesichtspunkten auch solche zu fassen, die die Aufrechterhaltung des störungsfreien Gemeingebrauchs gewährleisten sollen²². Das folgt schon auf Grund der Systematik der gesetzlichen Regelungen der Länder von selbst, indem Sonderbenutzung eben Benutzung über den Gemeingebrauch hinaus ist. Letzterer aber steht jedem unabhängig irgendwelcher Ausnahmegenehmigungen oder Sondernutzungserlaubnisse zu, solange und soweit sich hierbei im Rahmen des Gemeingebrauches bewegt wird. Nur wenn man aus diesem Gemeingebrauch ausbricht, soll eine Sondererlaubnis einzuholen sein. Daraus resultiert aber, dass eine Tätigkeit, die der Sondererlaubnis bedarf, zwar denknotwendig den Gemeingebrauch tangiert, weil andernfalls überhaupt keine Sondernutzungserlaubnis von Nöten wäre. Allerdings kann deshalb nicht der Gemeingebrauch schlechthin versagt werden. Deshalb ist hier erstmals der Konflikt zwischen Gemeingebrauch und Gebrauch im Sinne der Sondernutzungserlaubnis beschrieben und zugleich die Bedeutung der Sondernutzungserlaubnis illustriert. Denn ein reines Berühren oder Anschneiden des Kreises des Gemeingebrauches führt nicht zwingend zu einer völligen Versagung einer Erlaubnis. Deshalb ist es Sinn und Zweck der Erlaubnispflicht, dass der

19 VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 697.

20 VGH München, Beschl. v. 28.08.1998.

21 Zur Frage einer Gaststättenerlaubnis, bei der auch die Sicherheit des Straßenverkehrs Berücksichtigung findet: BayVGH, GewArch 1957, 17; BVerGE 10, 91 (94).

22 OVG Schleswig, NVwZ 1994, 553; VGH Kassel, NVwZ 1987, 902.

Gemeingebrauch nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird. Insofern ist auch hier der Raum des Ermessens erkannt und sinnvoll.

Auch hier muss in Bezug auf die Sondernutzungserlaubnis im Bereich der Gastronomie festgestellt werden, dass hier mit dem Instrumentarium der Bedingungen dahingehend Abhilfe geschaffen werden kann, dass der Gemeingebrauch zwar tangiert wird, die Interessen derjenigen, die die Straße im Rahmen des Gemeingebrauches nutzen aber mit denen der Gastronomiebetreiber in Einklang stehen. So bleibt auch diesbezüglich festzuhalten, dass dieses Kriterium im Rahmen der Ermessensausübung Berücksichtigung finden muss, eine gänzliche Versagung einer Sondernutzungserlaubnis allerdings unter Beachtung der zur Verfügung stehenden Instrumentarien nicht vorstellbar erscheint.

c. Nicht zu beanstandender Straßenzustand

Es sei an dieser Stelle überdies darauf hingewiesen, dass auch im Rahmen des Ermessens zu berücksichtigen ist, inwieweit die Straße durch die Sonderbenutzung in Mitleidenschaft gezogen wird, es folglich auf einen einwandfreien Straßenzustand abgestellt werden kann. Dabei wird grundsätzlich auf den Zustand der Straße abzustellen sein. Im Rahmen der Außengastronomie dürfte dies ebenfalls nur eine sehr untergeordnete Rolle spielen, weil die Auswirkungen namentlich eines Imbissstandes oder von Tischen und Stühlen stets wirkungslos in Bezug auf die Straßensubstanz bleiben²³.

2. Weitere straßenbezogene Wertungen

Darüber hinaus können in der Ermessensentscheidung weitere Gründe mit einbezogen werden, soweit es sich dabei um solche handelt, die einen sachlichen Bezug zur Straße haben²⁴. Darunter sind auch grundsätzlich solche Bezüge zu verstehen, die Bezug zum Straßenumfeld aufweisen und ihrer Funktion im Rahmen des Widmungszwecks²⁵, worunter etwa das Vermeiden von Straßenverschmutzungen fallen soll²⁶. Insbesondere dürfte dieser vor allem dort eine Rolle spielen, wo Imbissware im Rahmen des sogenannten „Take-Away“ bezogen werden kann. Allerdings ist auch insofern davon auszugehen, dass dieses Kriterium zwar Berücksichtigung finden dürfte, im Rahmen der Ermessensausübung allerdings keine entscheidende Rolle spielen darf, weil solchen Unannehmlichkeiten durch Auflagen und Bedingungen begegnet werden kann. Obwohl die Vermeidung von Immissionen und der Schutz der Nachbarn von der Literatur vornehmlich als sonstiges sachgerechtes Kriterium herangezogen wird²⁷, können solche nach den obigen Ausführungen auch als „straßenbezogen“ gewertet werden. Denn nach zutreffender Ansicht werden dabei

23 OVG Lüneburg, Urt. v. 14.01.1994 – 12 L 2354/92 –.

24 BVerwG, Beschl. v. 12.08.1980 – 7 B 155/79 – DÖV 1981, 226; Urt. v. 13.12.1974 – VII C 42.72 – BVerwGE 47, 280; VGH Mannheim, Urt. v. 20.01.1994 – 5 S 695/93 – NZV 1994, 455; Schmidt, NVwZ 1985, 167, 168.

25 OVG Lüneburg, Urt. v. 14.01.1994 – 12 L 2354/92 –.

26 OVG Saarlouis, Beschl. v. 05.08.1998 – 2V 14/98 – NVwZ-RR 1999, 218; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 697.

27 Sauthoff, Straße und Anlieger, München 2003, § 16, Rn. 654.

solche Bezüge impliziert, die vornehmlich das Straßenumfeld betreffen. Es ist kaum vorstellbar welches Umfeld der Straße gemeint sein soll, wenn nicht unmittelbare Anlieger darunter fallen sollen. Letztlich handelt es sich dabei aber nur um eine Frage der systematischen Einordnung, weil diese Erwägungen jedenfalls zu berücksichtigen sind.²⁸ Aspekte des Denkmal-, Natur- und Umweltschutzes dürften zwar gerade im Hinblick auf Vorkehrungen gegen Schädigungen durch Abgase, Erschütterungen und Lärm zu berücksichtigen sein²⁹, er wird aber nur selten bei der Gastronomie eine Rolle spielen können.

3. Bauplanerische und baupflegerische Kriterien

Als gefestigt dürfte ebenfalls gelten, dass mittlerweile wohl auch bauplanerische und baupflegerische Argumente als Kriterien bei der Ermessensentscheidung herangezogen werden können³⁰. Das gilt gleichermaßen für städtebauliche wie spezifisch baugestalterische Belange. Grund der Hinzunahme dieser Kriterien im Rahmen des Ermessens ist nicht der Zweck, dass gemeindespezifische Bereiche – namentlich derer der Fußgängerzone – ein wesentliches und nicht zu unterschätzendes Instrument der Innenstadtgestaltung sind³¹. Dazu wird auch grundsätzlich das Ziel einer Gemeinde verstanden, im Rahmen der Ausstrahlungswirkung der Zone ein besonderes (im Neudeutschen) „Flair“ zu verleihen³². Allerdings darf der Schutz des Ortsbildes nur dann Berücksichtigung finden, wenn dieser seinerseits aus einem städtebaulichen Konzept der Gemeinde beruht³³.

In Anwendung dessen auf die Gastronomie ist festgestellt worden, dass die Erteilungen einer Sondernutzungserlaubnis unter Umständen in Bereichen mit besonderer städtebaulicher, kultureller und historischer Bedeutung abgelehnt werden darf³⁴. Wird versucht, die Vorstellung vom kurstädtischen Gepräge einer Fußgängerzone umzusetzen, darf zwischen Bewerbern dergestalt differenziert werden, dass zwar Straßencafés und Wirtschaften zugelassen werden, Imbissstände allerdings generell nicht zugelassen werden können³⁵. Etwas anderes kann hier selbstredend auch nicht für Einrichtungen gelten, die mit einem Imbissstand vergleichbar sind und sich wohl auch alle durch die „Take-Away“-Praxis auszeichnen.

4. Unzulässige Erwägungen

Nach den obigen Ausführungen steht fest, dass alle zu berücksichtigenden Kriterien solche sind, die straßenbezogen sind. Allenfalls die bauplanerischen Kriterien können als ein

28 VGH München, Beschl. v. 28.08.1998 – 8 ZB 981131 –.

29 Marschall/Schroeter/Kastner, Bundesfernstraßengesetz, Kommentar, 5. Auflage, Köln 1997, § 8, Rn. 17.

30 BVerwG, Urt. v. 28.11.1974 – VIII C 90.73 – BVerwGE 47, 239; OVG Münster, Beschl. v. 15.05.1987 – 23 B 878/87 – NVwZ 1988, 269.

31 Sauthoff, Straße und Anlieger, München 2003, § 16, Rn. 651.

32 VGH Mannheim VGHBW, RspDienst 1996, Beilage 12, B 10.

33 VGH Mannheim, Beschl. v. 13.01.1987 – 5 S 33/87 – VBIBW 1987, 310.

34 VG Berlin, Beschl. v. 27.02.1991 – 1 A 21.91 – LKV 1991, 311.

35 VGH Mannheim VGHBW, RspDienst 1996, Beilage 12, B 10.

Sonderfall diesbezüglich gesehen werden, wenngleich der Straßenbezug nicht gänzlich abgestritten werden kann.

Es wird vertreten, dass die Sondernutzungserlaubnis sowohl zum Schutze des Gemeingebrauches versagt werden könnte, als auch zur Abwehr anderer Gefahren als auch wegen öffentlicher Interessen. Diese – wohl inzwischen überholte – Ansicht wurde durch eine Entscheidung des OVG Berlin gestützt³⁶, in der angenommen wird, die Sondernutzungserlaubnis könne aus jedem sachlichen Grund abgelehnt werden. Dem kann nicht gefolgt werden. Insbesondere fiskalische Erwägungen müssen völlig außer Acht bleiben³⁷, denn jede Behörde hat nämlich nur den ihr zugewiesenen Bereich zu verwalten³⁸. Die Geltendmachung jeglicher sachgerechter Erwägungen führte dann allerdings ohne Weiteres zu einer Durchbrechung der Kompetenzverteilungen und wäre unter dem Aspekt nicht zu rechtfertigen, dass jede Behörde die Entscheidungszuständigkeit einer andere Behörde zu respektieren hat³⁹.

Daraus ergibt sich auch, dass etwaige Verstöße gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften kein Maßstab der Ermessensentscheidung sein können, weil es der Ordnungsbehörde höchst selbst obliegt, ob hiergegen eingeschritten werden soll oder nicht.

III. Zu berücksichtigende Kriterien der Gastronomiebetreiber

In Anbetracht des stetigen Wettbewerbs mit Konkurrenten, dürfte es ein Anliegen der Gastronomiebetreiber sein, den hier dargestellten Kriterien zu einer Versagung einer Sondernutzungserlaubnis möglichst weitreichende und auch zahlreiche Argumente entgegenhalten zu können.

1. Gleichbehandlungsgrundsatz

Weil es im Rahmen der Nutzung von öffentlichen Wegeflächen regelmäßig zu einem Konflikt zwischen sich wiederstrebenden Interessen der Beteiligten führt, sind diese im Rahmen eines pflichtgemäßen Ermessens durch die Herstellung praktischer Konkordanz aneinander anzugleichen⁴⁰. Diesbezüglich findet im Rahmen des Wettbewerbes vor allem der Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG besondere Bedeutung. Nach diesem wird ein Willkürverbot ausgesprochen und es wird eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung zweier wesentlich gleicher Sachverhalte verboten.

a. Größe des Betriebes

Bei der Zuteilung der zur Verfügung stehenden Flächen ist deshalb auch von der Größe eines Betriebes auszugehen. Denn der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet es, wesentlich gleiche

36 OVG Berlin, GewArch 1988, 130.

37 Löhr, NVwZ 1983, 21.

38 BVerwG, Urt. v. 17.09.1970 – II C 2.69 – DÖV 1971, 64.

39 Schmidt, NVwZ 1985, 167, 169.

40 Sauthoff, Straße und Anlieger, München 2003, § 16, Rn. 666.

Sachverhalte nicht ungleich zu behandeln. Im Rahmen zweier konkurrierender Betriebe wird sich allerdings nicht der Betrieb auf eine Einräumung der gleichen Größe von Außenbewirtschaftungsflächen berufen können, der einen kleineren Betrieb besitzt. Denn in einem solchen Fall kann gerade nicht von zwei vergleichbaren Sachverhalten ausgegangen werden, denn mit der Größe des Betriebes geht regelmäßig auch die Anzahl der Beschäftigten einher. Es ist somit davon auszugehen, dass der größere Betrieb in der Regel höheren regelmäßigen Belastungen ausgesetzt ist. Insofern können solche konkurrierenden Betriebe nicht miteinander verglichen werden, weil die Notwendigkeit zur Einnahmenerzielung ein andere ist als der eines kleineren Betriebes. Der Gleichheitsgrundsatz gebietet es insofern vielmehr, die Größe des Betriebes in die Bemessung der Außenbewirtschaftungsflächen mit einzubeziehen. Das gilt umso mehr, je eher feststeht, dass der Mitkonkurrent zur Bewirtschaftung der ihm zur Verfügung stehenden Flächen organisatorisch nicht in der Lage ist. Denn einerseits könnten diese Flächen gerade für den größeren Betrieb genutzt werden. Andererseits muss auch Berücksichtigung finden, dass es der Kundschaft nur schwer klarzumachen sein wird, dass eine Bewirtschaftung an Tischen des Nachbarbetriebes nicht möglich sein wird, obwohl deren Angestellte Ressourcen dafür zu Verfügung stellen können.

b. Betriebszeiten

Überdies müssen die Betriebszeiten bei der Verteilung und Zuteilung freier Flächen Berücksichtigung finden können. Auch hier kann sich ein Betrieb auch dann nicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz berufen, wenn er zwar gleich oder ähnlich groß ist, allerdings seiner Kundschaft aufgrund kürzerer Betriebszeiten seltener zur Verfügung steht. Denn gerade auch unter Betrachtung der Tatsache, dass bauplanerische Belange im Rahmen der Ermessenserscheinung zu beachten sind, kann es kaum erstrebenswert sein, größere Teile einer Freifläche über längere Zeit „brachliegen“ zu lassen. Es handelt sich in einen solchen Fall jedenfalls nicht um ein Vergleichspaar, sodass dessen unterschiedliche Behandlung keineswegs eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG darstellte, sondern umgekehrt gerade die Gleichbehandlung eine solche Verletzung zur Folge hätte.

c. Art des Betriebes

Hinsichtlich der Art des Betriebes dürfte es überdies noch Berücksichtigung finden, wie die Lokalitäten im Inneren ausgestattet sind und welche Nachfrage die Küche imstande sein wird zu bedienen. Denn in solchen Betrieben, die hauptsächlich ihren Umsatz in den Sommermonaten machen, wird es dringendes Anliegen sein, eine möglichst große Fläche im Außenbereich zur Verfügung zu haben. Dazu muss allerdings in Bezug gesetzt und notfalls relativiert werden, ob er diese Flächen bedienen kann. Bei Betrieben mit Speisenangebot wird es ständig eine Rolle spielen müssen, wie groß die Küche ist und welche Art von Speisen angeboten werden können. Für den Fall zweier konkurrierender Betriebe dürfte auch dies im Rahmen der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis eine Rolle spielen.

d. Schaffung von Klarheiten

Durch die Bestuhlung eines jeden Betriebes wird in aller Regel auf den dazugehörigen Betrieb geschlossen werden können. In Einzelfällen wird man allerdings ein Interesse daran haben,

besondere schattige Plätze, oder welche mit einer besonderen Aussicht im Rahmen seiner zur Verfügung stehenden Flächen nutzen zu können⁴¹. Dabei gebührt es dem Gleichbehandlungsgrundsatz auch, dafür Sorge zu tragen, dass nicht gleiche Vergleichspaare dahingehend ungleich behandelt werden, dass Kunden denken, den Betrieb des einen Betreibers aufzusuchen, in Wahrheit aber dem anderen Betreiber als Kundschaft dienen. Das kann immer dann der Fall sein, wenn freie Flächen nicht optisch-klar verteilt werden, sondern manche Flächen in den optischen Verteilungsplan hineinragen. Häufig wird dies so sein, wenn es sich dabei um einen besonders begehrten Platz handelt, oder aber aus Platzgründen lediglich einem Betrieb weitere Plätze (Tische und Stühle) zugeteilt werden. Es mag dann zwar mit unterschiedlichen Bestuhlungen gearbeitet werden. Für die Kundschaft wird das dennoch häufig undurchsichtig sein. Deshalb gebietet es der Gleichbehandlungsgrundsatz auch, dafür zu sorgen, dass Betreiber grundsätzlich gleiche Chancen haben. Zumindest müssen solche Kriterien berücksichtigungsfähig sein und solche Zustände vermieden werden.

2. Vertrauensschutz

Fraglich ist, wie es sich beurteilt, wenn ein Betrieb durch bereits ergangene Erlaubnisse auch ein Vertrauen dahingehend aufbaut, die Erlaubnis dafür weiterhin zu erhalten. Das Problem gewinnt dann zunehmend an Bedeutung, wenn die Ablehnung der wiederholten Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis mit einer konzeptionellen Umstellung oder Investitionen im Vertrauen auf die Sondernutzungserlaubnis wirtschaftlich kollidiert. Dies umso mehr, als dass grundsätzlich gelten soll, dass selbst die wiederholte Erteilung einer Erlaubnis kein schützwürdiges Vertrauen hervorrufen könnte⁴², weil eine jede Sondernutzungserlaubnis auf Zeit erteilt wird und widerruflich ist. Unter Zugrundelegung dieser Wertung könnte überhaupt kein schützwürdiges Vertrauen entstehen.

Etwas anderes könnte sich allerdings dann ergeben, wenn die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis nicht nur im konkreten Fall vorlag, gewissermaßen inter partes, sondern auch dahingehend Außenwirkung entfaltet, dass durch eine Verwaltungsvorschrift eine gewisse Ermessenspraxis festgelegt wurde. In einem derartigen Fall kann eine solche Ermessenspraxis allerdings dann nicht den Vertrauensschutz begründen, in denen die Ermessenspraxis aus sachlichen und willkürfreien Gründen geändert wurde⁴³. Voraussetzung dafür ist lediglich, dass die Änderung der Verwaltungsvorschrift in der Form zu erfolgen hat, in der auch die abzuändernde Verwaltungsvorschrift um ihrer Wirksamkeit willen ergehen musste⁴⁴. So kann ein Vertrauen vor allem dann nicht begründet werden, wenn bei früherer Antragsstellung klargestellt wurde, dass in Zukunft nicht mehr mit einer Erlaubnis gerechnet werden könnte⁴⁵. Das dürfte sich von selbst verstehen, weil es sich danach im Grunde nach um überhaupt kein Vertrauen mehr handeln kann.

41 VG Göttingen, Urt. v. 27.06.2005 – 1 A 92/05 –.

42 Sauthoff, Straße und Anlieger, München 2003, § 16, Rn. 656.

43 Sauthoff, Straße und Anlieger, München 2003, § 16, Rn. 676.

44 BVerwG, Beschl. v. 08.04.1997 – 3 C 6.95 – NVwZ 1998, 273.

45 OVG Lüneburg, Beschl. v. 18.02.1992 – 12 M 919/92 – UPR 1992, 199.

3. Bestandsschutz

Soweit in Ausprägung des Gleichheitsgrundsatzes darauf abgestellt wird, dass eine unterschiedliche Behandlung dann nicht willkürlich ist, wenn in einem anderen Fall Sondernutzungserlaubnisse seit langem und fortlaufend erteilt werden und sich deren Inhaber deshalb auf einen gewissen Bestandsschutz berufen kann⁴⁶, begegnet dies erheblichen Bedenken. Denn zum einen gründet der Bestandsschutz letztlich auf einen Vertrauensschutz, der nur in andere Richtung wirkt. Während der Vertrauensschutz auf sich selbst bezogen ist, wirkt der Bestandsschutz zwar gewissermaßen wie ein Schutzschirm nach Außen, ist allerdings in diesem Schirm auf einen Vertrauensschutz im Inneren begründet. Dieses Vertrauen soll jedoch gerade nicht schützenswert sein. Zum Anderen kann hier auch nichts anderes für den Bestandsschutz gelten als für den Vertrauensschutz. Denn auch insofern ist eine jede Sondernutzung auf Zeit erteilt und widerruflich.

So wird es im Rahmen der Gleichbehandlung konkurrierender Gastronomiebetriebe entweder geboten sein, keinem der beiden die begehrte Sondernutzungserlaubnis zu erteilen, was angesichts der obigen Ausführungen nur schwerlich vorstellbar erscheint. Oder aber beiden ist die Sonderbenutzungserlaubnis unter Beachtung der oben dargestellten Kriterien zu erteilen.

E. Fazit

Es ist damit festzuhalten, dass die Kriterien, die auf der Seite einer etwaigen Versagung der Sondernutzungserlaubnis heranzuziehen sind, abschließend genannt sind und einen straßenspezifischen Bezug aufweisen müssen. Es kann gewissermaßen von einem numerus clausus der Kriterien gesprochen werden, der damit auch in der Quantität überschaubar ist. Die Gastronomiebetreiber haben gerade im Sommer ein großes wirtschaftliches Interesse an der Bewirtschaftung der Außenflächen. Das gilt umso mehr, je eher Konkurrenten im Spiel sind. Im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes müssen vor allem die Größe des Betriebes, die Betriebszeiten und die Art des Betriebes besondere Berücksichtigung finden. Andernfalls wird Gefahr gelaufen, dass die Entscheidung als ermessensfehlerhaft angesehen werden muss und damit rechtswidrig ist.

46 VGH Mannheim, VGHBW RspDienst 1996, Beilage 12, B 10.