
THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 1. Senat -

1 ZKO 468/16

Verwaltungsgericht Gera

- 3. Kammer -

3 K 649/14 Ge

Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

1. der Frau _____ W_____,
T_____, _____ K_____

2. des Herrn _____ W_____,
A_____, _____ I_____

Kläger und Antragsteller

zu 1 und 2 bevollmächtigt:
Rechtsanwältin Sonja Sojka,
Zirkelschmiedsgasse 28, 90402 Nürnberg

gegen

den Freistaat Thüringen,
vertreten durch den Leiter des Thüringer Landesamtes für Bau und Verkehr,
Hallesche Straße 15, 99085 Erfurt

Beklagter und Antragsgegner

wegen

Straßen- und Wegerechts,
hier: Antrag auf Zulassung der Berufung

hat der 1. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Hüscher, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Hoffmann und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Jung

am 22. Mai 2017 **beschlossen** :

Der Antrag der Kläger auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Gera vom 3. Mai 2016 wird abgelehnt.

Die Kläger haben die Kosten des Zulassungsverfahrens als Gesamtschuldner zu tragen.

Der Streitwert wird auch für das Zulassungsverfahren auf 5.000 Euro festgesetzt.

G r ü n d e

Die Kläger wenden sich auch im Zulassungsverfahren gegen eine Verfügung des Thüringer Landesamts für Bau und Verkehr vom 23. Oktober 2013. Darin wird ihnen unter Androhung eines Zwangsgelds untersagt, Waren über den Zaun zwischen ihrem Grundstück und dem an der Bundesautobahn 9 - fortan BAB 9 - gelegenen Parkplatz zu verkaufen.

Der Antrag auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg. Die rechtzeitigen Darlegungen der Kläger, auf die die Prüfung des Oberverwaltungsgerichts beschränkt ist (§ 124a Abs. 4 S. 4 VwGO), rechtfertigen weder die Zulassung der Berufung wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 1 VwGO oder wegen tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO noch die Zulassung wegen eines Verfahrensmangels (§ 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO).

1. Zunächst geben die Ausführungen der Kläger weder Anlass zu ernstlichen Zweifeln an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils i. S. d. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO noch zu solchen Zweifeln, die sich im Rahmen des Zulassungsverfahrens nicht klären und den Ausgang des Berufungsverfahrens als offen erscheinen ließen, so dass

aus diesem Grunde die Berufung gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO wegen tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten zuzulassen wäre (vgl. zum Verständnis der Regelung: ThürOVG, Beschl. des 4. Senats v. 11. August 2000 - 4 ZKO 1145/97 - zit. n. juris).

Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung liegen vor, wenn ein einzelner die Entscheidung tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt wird. Erforderlich ist eine inhaltliche Auseinandersetzung des Rechtsmittelführers mit den Gründen der angefochtenen Entscheidung. Nicht ausreichend ist insoweit, dass der Rechtsmittelführer sich mit der angegriffenen Entscheidung in der Weise auseinandersetzt, dass er eine Gegenposition entwickelt. Der Antrag muss vielmehr diejenigen tatsächlichen Feststellungen des Gerichts oder Elemente der rechtlichen Ableitung konkret bezeichnen, die er beanstandet und zusätzlich aufzeigen, aus welchem Grund die konkrete Feststellung oder rechtliche Bewertung des Verwaltungsgerichts Zweifeln begegnet.

Daran gemessen ist die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung nicht zweifelhaft. Die Ausführungen der Kläger, die sich weitgehend nur gegen den angegriffenen Bescheid des Beklagten richten, lassen eine hinreichende Auseinandersetzung mit dem Urteil des Verwaltungsgerichts Gera vermissen.

Die Kläger wenden zunächst - genaugenommen insoweit nicht auf das erstinstanzliche Urteil bezogen - ein, dass die umstrittene Verkaufstätigkeit keiner Sondernutzungsgenehmigung bedürfe, weil das Landesamt für Bau und Verkehr im Frühjahr 2011 im Mitteldeutschen Rundfunk erklärt habe, dass der Verkauf über den Zaun geduldet werde. Dadurch, dass die Äußerung veröffentlicht und damit an eine breite Masse von Personen gerichtet gewesen sei, hätten die Kläger sie so verstehen dürfen, dass der Beklagte gegen den Verkauf nicht einschreiten wolle. Diese Äußerung sei ein Verwaltungsakt, der gemäß § 37 Abs. 2 S. 1 ThürVwVfG auch mündlich ergehen könne. Mit diesem Vorbringen ziehen die Kläger die tragende Feststellung des Verwaltungsgerichts, dass die schlichte Duldung einer ungenehmigten Sondernutzung nicht als konkludente Erlaubniserteilung angesehen werden könne, weil es an der in § 8 Abs. 2 S. 1 FStrG zwingend vorgeschriebenen Nebenbestimmung über eine Befristung oder einen Widerrufsvorbehalt fehle (UA, S. 9 oben; so auch

Grupp in: Marschall, FStrG, Kommentar, 6. Aufl. 2012, § 8, Rn. 23 a.E.), nicht ansatzweise in Zweifel.

Da das Verwaltungsgericht festgestellt hat, dass (jedenfalls) das gegenüber den Klägern ausgesprochene Verkaufsverbot den gesetzlichen Anforderungen des § 8 Abs. 7a S. 1 FStrG entsprach und sich insbesondere im Rahmen des der Behörde eingeräumten Ermessenspielraums hielt, musste es sich mit der von den Klägern diskutierten Frage, ob die dem Beklagten gegenüber ergangene Weisung des Bundesministeriums für Bau und Verkehr vom 22. Mai 2012 auf sachfremden Erwägungen beruhte, nicht befassen. Nach seiner Rechtsauffassung, mit der sich die Kläger nur unzureichend auseinandersetzen, kam es nicht darauf an, ob die Weisung rechtmäßig ergangen ist, sondern allein darauf, ob die daraufhin ergangene (streitgegenständliche) Verfügung rechtmäßig ist.

Die tragende Feststellung des Verwaltungsgerichts, dass allein die fehlende Sondernutzungserlaubnis (formelle Illegalität) den Beklagten berechtige, das umstrittene Verkaufsverbot auszusprechen, wenn nicht ausnahmsweise offensichtlich ein Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis bestehe, greift die Zulassungsbegründung nicht an. Sie meint vielmehr, die Rechtswidrigkeit der angegriffenen Untersagungsverfügung daraus ableiten zu können, dass der Beklagte es pflichtwidrig unterlassen habe, die Kläger zur Einholung einer Sondernutzungsgenehmigung aufzufordern. Diese Auffassung übersieht aber, dass nach § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG die im Streit stehende, den Gemeingebrauch (möglicherweise) beeinträchtigende Straßennutzung erst ausgeübt werden darf, wenn eine Erlaubnis erteilt ist (sog. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Insoweit steht den Klägern, wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, zwar grundsätzlich ein subjektiv-öffentliches Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens zu, ob eine solche Genehmigung erteilt werden kann. Es ist von den Klägern aber nicht ansatzweise dargetan, dass dieses Ermessen im vorliegenden Fall in einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis umgeschlagen wäre, etwa weil hier ausnahmsweise das Ermessen vollständig reduziert und allein eine stattgebende Entscheidung rechtmäßig gewesen wäre. Die Kläger verkennen den rechtlichen Ansatz des Verwaltungsgerichts, wenn sie meinen, daraus, dass der Beklagte die Belange des Straßenverkehrs und des Straßenbaus, des Gemeingebrauchs sowie anderer Nutzungen und die Interessen der Betroffenen nicht

gegeneinander abgewogen habe (Zulassungsbegründung, S. 10, 2. Abs.) nun ihrerseits einen Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis ableiten könnten.

Im Übrigen wurde die von den Klägern nachträglich beantragte Sondernutzungserlaubnis zwischenzeitlich mit Bescheid vom 9. November 2016 abgelehnt.

Soweit die Kläger vortragen, dass „der Inhalt der Weisung keinen tauglichen Grund für die Untersagung“ darstelle, verkennen sie wiederum, dass eine Sondernutzung nach § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG nur zulässig ist, wenn sie im Einzelfall erlaubt ist (Grupp in: Marschall, a. a. O., Rn. 6). Eine Erlaubnis liegt aber unstreitig nicht vor. Das klägerische Vorhaben ist nicht vom Erfordernis vorheriger Erlaubnis befreit (vgl. dazu etwa § 8 Abs. 1 S. 4 FStrG) und es ist auch weder dargetan noch ersichtlich, dass die Sondernutzung der Kläger unmittelbar von Verfassungs wegen gestattet wäre.

Der Einwand der Kläger, dass im Rahmen des § 8 Abs. 7a FStrG nur solche Gründe herangezogen werden dürften, die einen sachlichen Bezug zur Straße, ihrem Umfeld und ihrer Funktion haben und ggf. den Widmungszweck berühren und darüber hinausgehende Gründe, wie z.B. solche des Konkurrentenschutzes, dem § 8 FStrG fremd seien, begründet keine Zweifel an der angegriffenen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung. Das Verwaltungsgericht hat - ebenso wie die Kläger - in dem Hinweis des Beklagten auf die bestehenden Nebenbetriebe an der A 9 keinen ausreichenden Versagungsgrund gesehen (UA, S. 11, 3. Abs.). Auf die tragenden Erwägungen des Verwaltungsgerichts, dass die Behörde gleichwohl nicht gehindert sei, Gesichtspunkte des Widmungszwecks, aber auch sonstige planerische Erwägungen in die Ermessensabwägung einzustellen und deshalb ohne Verstoß gegen Rechtsgrundsätze berücksichtigen dürfe, dass Imbissstände an der Autobahn nicht mehr in gleicher Weise notwendig seien wie unmittelbar nach der Grenzöffnung, gehen die Kläger nicht ein. Zudem lässt ihr Vortrag auch jegliche substantiierte Auseinandersetzung mit der Feststellung des Verwaltungsgerichts vermischen, dass die Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs in die Ermessensentscheidung einfließen durften, ohne dass es dafür des Nachweises einer konkreten Gefährdung bedurft hätte (UA, S. 12, 3. Abs.).

Es fehlt ebenso an einer hinreichenden Auseinandersetzung mit den Feststellungen des Verwaltungsgerichts, dass durch die bisherige ungenehmigte Nutzung der Gesichtspunkt der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs berührt werde. Den rechtli-

chen Ausführungen des Gerichts zum planerischen Gesamtkonzept für die ehemalige Rastanlage R_____ und den dadurch gegen die Verkaufsaktivitäten der Kläger zum Ausdruck gebrachten Sicherheitsbedenken halten die Kläger lediglich eine tatsächliche Schilderung ihres bisherigen Verkaufsbetriebes und die Behauptung entgegen, ihr Verkauf stehe in „keinem großen Widerspruch zum Gemeingebrauch“.

Soweit die Kläger dem Verwaltungsgericht vorwerfen, es habe keinerlei Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit der Unterlassungsanordnung gemacht, ist ihr Vortrag bereits deshalb unzulänglich, weil er in keiner Weise auf die Argumentation des Verwaltungsgerichts eingeht, wonach die zum Erlass der angefochtenen Ordnungsverfügung führende Ermessensentscheidung des Beklagten allein schon mit dem Hinweis auf die formelle Illegalität der Tätigkeit der Kläger ohne die dafür erforderliche - bis dahin nicht einmal beantragte - Sondernutzungserlaubnis rechtmäßig ist, weil die Kläger jedenfalls keinen offensichtlichen Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis haben, der die Berufung des Beklagten auf das Fehlen dieser Erlaubnis ausschließen könnte. Der Vortrag der Kläger beschränkt sich letztendlich darauf, unter Berufung auf allgemeine Verhältnismäßigkeitserwägungen zu begründen, warum sie, die Kläger, ein schützenswertes Interesse an der weiteren faktischen Duldung ihrer nicht erlaubten Sondernutzung haben.

Die von den Klägern gegen die in dem angefochtenen Bescheid enthaltene Zwangsmittellandrohung geltend gemachten Einwände sind ebenfalls nicht geeignet, ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung aufzuzeigen. Mit dem Einwand, ihr wirtschaftliches Interesse umfasse lediglich einige Hundert Euro pro Monat für den Verkauf von Waren aus dem Imbissstand, wird jedenfalls nicht die Unverhältnismäßigkeit des angedrohten Zwangsgelds dargelegt.

2. Die Berufung ist auch nicht wegen eines erheblichen Verfahrensmangels, auf dem die Entscheidung beruhen kann (§ 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO), zuzulassen. Ein Verfahrensmangel ist nur dann bezeichnet, wenn er sowohl in den ihn (vermeintlich) begründenden Tatsachen als auch in seiner rechtlichen Würdigung substantiiert dargelegt wird (vgl. zur Revisionszulassung: nur BVerwG, Beschl. v. 20. Juli 2016 - 8 B 1.15 - zit. n. juris m. w. N.)

a. Die Kläger meinen, das Verwaltungsgericht habe den Grundsatz der Öffentlichkeit (§ 55 VwGO i. V. m. § 169 GVG) dadurch verletzt, dass es die mündliche Ver-

handlung vor Ort auf dem klägerischen Grundstück, etwa 25,4 km vom Gerichtssitz entfernt, durchgeführt habe. Wegen der Entfernung vom Verwaltungsgericht sei es der Öffentlichkeit physisch nicht möglich gewesen, an der Verhandlung teilzunehmen, insbesondere, weil die ehemalige Raststätte nicht mit öffentlichen Verkehrsmitteln erreichbar gewesen sei.

Damit ist ein Verfahrensmangel schon nicht bezeichnet. Eine Verhandlung ist in dem von § 55 VwGO i. V. m. § 169 Satz 1 GVG geforderten Sinne schon dann "öffentlich", wenn sie in Räumen stattfindet, die während der Dauer der Verhandlung grundsätzlich jedermann zugänglich sind (vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. März 2012 - 4 B 11.12 - BauR 2012, 1097). Nicht erforderlich ist dagegen eine an jedermann gerichtete Bekanntgabe, wann und wo eine Gerichtsverhandlung stattfindet (vgl. BVerwG, Beschl. v. 12. Juni 1986 - 5 CB 140.83 - Buchholz 424.01 § 64 FlurbG Nr. 5 S. 7 f.). Das gilt sowohl für die erstmalige Anberaumung eines Termins als auch für die (ggf. kurzfristige) Verlegung des Termins für eine mündliche Verhandlung. Eine Verpflichtung zur (rechtzeitigen) Ladung der Öffentlichkeit enthält das von den Verwaltungsgerichten zu beachtende Prozessrecht nämlich nicht (BVerwG, Beschl. v. 20. Juli 2016, a. a. O., dort Rn. 12).

Selbst wenn die Vermutung der Kläger zuträfe, dass sich am Tag der mündlichen Verhandlung kein Terminsaushang für das Verfahren am Gerichtssaal des Verwaltungsgerichts befunden hätte, wäre damit kein Verfahrensmangel dargetan. Denn aus den Vorschriften über die Wahrung der Öffentlichkeit bei mündlichen Verhandlungen folgt nicht die Verpflichtung, mündliche Verhandlungen durch Aushang bekannt zu machen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 25. Juli 1972 - 4 CB 60.70 - JR 1972, 521 und Beschl. v. 20. Juli 2016, a. a. O., dort Rn. 13).

b. Einen Verfahrensmangel können die Kläger auch nicht daraus ableiten, dass das Verwaltungsgericht den eine Woche vor der mündlichen Verhandlung gestellten Terminsverlegungsantrag ihres damaligen Prozessbevollmächtigten abgelehnt hat. Die für die Vertagung angebrachten Gründe sind, wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, bereits grundsätzlich nicht erheblich im Sinne des nach § 173 Abs. 1 VwGO auch im Verwaltungsprozess anzuwendenden § 227 Abs. 1 ZPO (vgl. insbesondere § 227 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ZPO). Abgesehen davon haben die Kläger, nachdem das Verfahren schon zwei Jahre anhängig und frühzeitig zum Termin geladen war (§ 102 Abs. 1 S. 1 VwGO bestimmt die Ladungsfrist auf mindestens

zwei Wochen), mehr als ausreichend Gelegenheit gehabt, einen sachkundigen Prozessbevollmächtigten schon deutlich vor dem Termin zu bestellen. Hierauf geht der Zulassungsantrag nicht ein. Angesichts der am 23. März 2016 bzw. am 7. April 2016 erfolgten Ladungen hätten die Kläger bereits früher einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragen können. Dass sich der Anwalt erst mit Schriftsatz vom 26. April 2015 bestellt hat, begründet jedenfalls keinen Fehler der gerichtlichen Verfahrensgestaltung.

c. Die Kläger machen schließlich geltend, das Verwaltungsgericht habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör dadurch verletzt, dass sie und ihr Prozessbevollmächtigter nur unmittelbar nach der Inaugenscheinnahme Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten hätten und sich dem Protokoll entnehmen lasse, dass zur Begründung auf ihren bisherigen schriftsätzlichen Vortrag verwiesen worden sei, obwohl ihr Prozessbevollmächtigter zuvor gar keine schriftliche Stellungnahme habe abgeben können. Ausweislich der nicht angegriffenen Niederschrift über die mündliche Verhandlung hat das Verwaltungsgericht den Klägern Gelegenheit gegeben, sowohl zum Ergebnis der Inaugenscheinnahme als auch zur Zeugenvernehmung und zur Begründung ihres Klageantrags Stellung zu nehmen. Dabei haben sie auf ihren bisherigen schriftsätzlichen und den Vortrag in der mündlichen Verhandlung verwiesen. Dass das Gericht ihren Vortrag nicht zur Kenntnis genommen hätte, ist nicht erkennbar.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 2, 159 S. 2 VwGO.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 63 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3, § 47 Abs. 1 und 3 und § 52 Abs. 2 Gerichtskostengesetz - GKG -.

Hinweis:

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 S. 5, 66 Abs. 3 S. 3 GKG).

Dr. Hüscher

Hoffmann

Dr. Jung