

**Titel:**

**Straßenverkehrsrechtliche Ausnahmegenehmigung und straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis für den Betrieb einer Wegebahn im Fußgängerbereich**

**Normenketten:**

GG Art. 12 Abs. 1

StVO § 46 Abs. 1 S. 1 Nr. 11

**Leitsatz:**

**Auch wenn der Erteilung einer straßenverkehrsrechtlichen Ausnahmegenehmigung nach § 46 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 StVO zum Betrieb einer Wegebahn im Fußgängerbereich- ebenso wie der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis- grundsätzlich keine Ausgleichs- und Verteilungsfunktion und damit auch keine Drittwirkung zukommt, gilt dies nicht, wenn ausdrücklich auf die bestehende Konkurrenzsituation hingewiesen und eine Auswahlentscheidung zugunsten des Konkurrenten getroffen wurde. (Rn. 27) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Beitrieb einer Wegebahn, Fußgängerbereich, Auswahlentscheidung, straßenverkehrsrechtliche Ausnahmegenehmigung, straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis, Diesellokomotive, E-Lok, Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen

**Rechtsmittelinstanz:**

VGH München, Beschluss vom 07.06.2022 – 11 ZB 21.2468

**Fundstelle:**

BeckRS 2021, 54563

**Tenor**

I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen hat der Kläger zu tragen.

III. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte oder die Beigeladene vorher Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

**Tatbestand**

**1**

Der Kläger wendet sich gegen die der Beigeladenen erteilte straßenverkehrsrechtliche Ausnahmegenehmigung und straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis für den Betrieb einer Wegebahn. Zudem soll die Beklagte verpflichtet werden, ihm die erforderlichen Ausnahmegenehmigungen zum Befahren des Fußgängerbereichs am B in A und zum Abstellen der Wegebahn im Fußgängerbereich des B in A zu erteilen.

**2**

Der Kläger betrieb in den Jahren 2014 bis 2019 von März bis Oktober das sogenannte \* auf der Insel A. Dabei handelte es sich um eine dieselbetriebene Wegebahn, die unter anderem den streitgegenständlichen, durch Vorschriftzeichen 239 der Anlage 2 zur StVO ausgewiesenen Bereich des B befuhr und dort hielt, um Fahrgäste aufzunehmen. Dem Kläger wurde seitens der Beklagten jährlich bis einschließlich 2019 eine Ausnahmegenehmigung zum Befahren dieses Bereichs erteilt. Bereits im Jahr 2017 hatte die Beklagte den Kläger darauf hingewiesen, dass für ein Befahren des Fußgängerbereichs künftig eine E-Lokomotive erforderlich sei. Mit E-Mail vom 13. Februar 2019 informierte sie den Kläger, dass sie künftig nur noch eine Ausnahmegenehmigung für eine E-Lokomotive erteilen werde. Mit E-Mail vom 21. Februar 2019 teilte sie

sodann verbindlich mit, dass für die Diesellokomotive aus umweltpolitischen Erwägungen bereits für die Saison 2020 keine Ausnahmegenehmigung mehr erteilt werden würde.

**3**

Am 21. November 2019 bat die Beklagte den Kläger um die Übersendung einer Bestellbestätigung für eine E-Lokomotive, da ansonsten „ggf.“ keine Erlaubnis erteilt werden könne. Am 6. Dezember 2019 teilte die Beklagte dem Kläger per E-Mail mit, dass zwischenzeitlich auch ein Mitbewerber interessiert sei.

**4**

Am 13. Dezember 2019 stellte die D einen Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für den Betrieb einer E-Lokomotive im streitgegenständlichen Bereich. Dies teilte die Beklagte dem Kläger bei dessen Vorsprache am 10. Januar 2020 mit, wobei der Kläger unter demselben Datum einen Antrag auf Betrieb seiner Wegebahn vom 1. März bis 31. Oktober 2020 stellte.

**5**

Am 23. Januar 2020 forderte die Beklagte den Kläger per E-Mail auf, ihr bis zum 31. Januar 2020 insbesondere eine Bestell- bzw. Auftragsbestätigung der E-Lokomotive mit Angabe des Liefertermins zukommen zu lassen. Dem kam der Kläger nach, indem er einen Kaufvertrag vom 20. Januar 2020 vorlegte.

**6**

Am 26. Januar 2020 bat der Kläger die Beklagte darum, ihm die Ausnahmegenehmigung zum Befahren der Haltestelle C ausschließlich mit Elektroantrieb im Zeitraum vom 1. März bis 31. Oktober 2020 zukommen zu lassen.

**7**

Am 27. Februar 2020 wurden dem Stadtrat der Beklagten die Kriterien zur Genehmigung der Wegebahn in öffentlicher Sitzung vorgestellt, die u.a. auf Länge und Breite der Wegebahn, die Anzahl der Wagen sowie den Wendekreis abstellten.

**8**

Am 28. Februar 2020 erteilte die Beklagte der D eine Genehmigung zum Befahren des streitgegenständlichen Bereichs sowie eine Sondernutzungserlaubnis bis zum Jahr 2022.

**9**

Mit Bescheid gleichen Datums lehnte die Beklagte sodann den Antrag des Klägers ab. Entscheidende Kriterien hierfür seien die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, die Aufrechterhaltung eines störungsfreien Gemeingebrauchs des „knappen Gutes öffentliche Straße“ und die Vermeidung unzumutbarer Emissionen und Beeinträchtigungen des Fußgängerverkehrs gewesen. Für den beantragten Bereich könne maximal eine Wegebahn als verträglich angesehen und hingenommen werden. Zwei Wegebahnen würden zu etwa doppelt so langen und damit nahezu nahtlos aneinanderknüpfenden Beeinträchtigungen und Einschränkungen der Fußgänger führen, was dem Widmungszweck „Fußgänger“ zuwiderlaufen würde. Die beiden elektrisch betriebenen Wegebahnen des Klägers und der Beigeladenen unterschieden sich zum einen in ihrer Länge: Die Wegebahn des Klägers stelle mit 18 m eine deutlich stärkere Beeinträchtigung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs sowie des Gemeingebrauchs dar als die Wegebahn der Beigeladenen mit ca. 11 m. Das kürzere Gespann der Beigeladenen habe nur einen Anhänger, das Gespann des Klägers hingegen zwei. Folglich sei der Wendekreis größer. Dies führe zu einer größeren Unübersichtlichkeit in Bezug auf etwaig kreuzende Fußgänger. Zum anderen unterschieden sich die beantragten Wegebahnen hinsichtlich der Standzeiten: Die Wegebahn des Klägers habe eine Standzeit von 15 Minuten, die der Beigeladenen nur eine Standzeit von 12 Minuten. Der Fußgängerbereich werde daher in der Gesamtschau durch die Beigeladene weniger beeinträchtigt und die Auswirkungen auf den Gemeingebrauch der Straße seien geringer.

**10**

Am 10. März 2020 beantragte der Kläger daraufhin weitere Ausnahmegenehmigungen zum Befahren des streitgegenständlichen Bereichs am B für die Jahre 2021 bis 2024 jeweils für die Monate März bis Oktober.

**11**

Am 22. April 2020 erteilte die Beklagte eine Ausnahmegenehmigung und Sondernutzungserlaubnis bis zum Jahr 2022 an die Beigeladene. Dabei handelt es sich um eine gegenüber der D eigenständige \* mit identischem Firmensitz, die den Wegebahnbetrieb der D übernommen hat.

## 12

Am 18. März 2020 hat der Kläger gegen den an ihn gerichteten ablehnenden Bescheid der Beklagten vom 28. Februar 2020 Klage erhoben. Deren Ablehnungsgründe seien sachfremd, soweit sie sich auf eine verspätete Aufnahme des Bahnbetriebes und die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen bzw. eines Konkurrentenschutzes bezögen. Die Länge der Lok habe in der Vergangenheit zu keinen Problemen geführt. Das Ermessen der Beklagten sei angesichts des zuverlässigen und unbeanstandeten Betriebs des Klägers in den vergangenen sechs Jahren sowie der erheblichen Investitionen, die ausschließlich vor dem Hintergrund einer Genehmigungszusage der Beklagten getroffen worden seien, auf Null reduziert. Die Vorgabe der Beklagten in der E-Mail vom 23. Januar 2021, der Kläger möge den Kauf einer E-Lok nachweisen, sei - zumal angesichts der hohen Investitionskosten - mit einer Zusicherung vergleichbar und habe Bindungswirkung im Hinblick auf die Erteilung der Genehmigung entfaltet. Andernfalls hätte die Beklagte von der Abschaffung abraten oder zumindest auf das Risiko der fehlenden Genehmigungsgarantie hinweisen müssen. In der E-Mail vom 23. Januar 2020 sei zudem - anders als in der E-Mail vom 21. November 2019 - die Einschränkung, dass die Genehmigung ansonsten „ggf.“ nicht erteilt werden könne, nicht mehr enthalten. Die Mitteilung an den Kläger, dass dieser eine E-Lok zu erwerben habe, habe zudem schutzwürdiges Vertrauen begründet. Das Befahren der Fußgängerzone und die Haltestelle am Hafen seien für den Kläger existenziell. Im Vergleich mit der Beigeladenen habe der Kläger weitaus mehr Erfahrung und sei daher geeigneter. Durch die bisherige Verwaltungspraxis der Beklagten sei überdies eine Selbstbindung eingetreten.

## 13

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

## 14

den der Beigeladenen erteilten Genehmigungsbescheid vom 22. April 2020 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger die erforderlichen Ausnahmegenehmigungen zum Befahren des Fußgängerbereichs am B in A und zum Abstellen der Wegebahn im Fußgängerbereich des B in A für die Zeiträume vom 10. August 2021 bis 31. Oktober 2021 und vom 1. März 2022 bis 31. Oktober 2022 zu erteilen.

## 15

Die Beklagte hat beantragt,

## 16

die Klage abzuweisen.

## 17

Soweit der Kläger vortrage, über mehr Erfahrung als die Beigeladene zu verfügen, sei für die Sicherheit nicht maßgebend, wie lange jemand bereits die Inselbahn auf dieser Strecke betreibe, sondern die Frage, wie der Fahrer auf unvorhergesehene plötzliche Ereignisse reagiere. Eine diesbezügliche Fähigkeit sei sicherlich individuell verschieden ausgeprägt, wobei aber die technische Ausführung der Inselbahn (Größe des Fahrzeugs, Größe des Wendekreises etc.) hierauf einen großen Einfluss habe. Letztlich würde ohnehin schlicht die entsprechende behördliche Fahrerlaubnis als ausreichender Nachweis für die Fahreignung angesehen werden müssen. Dem Kläger sei auch nicht zugesagt worden, dass er eine Ausnahmegenehmigung erhalte, wenn er auf eine E-Lok umstelle. Vielmehr sei ihm mitgeteilt worden, dass die Beklagte ihre Verwaltungspraxis ab 2020 dahingehend ändern werde, dass Ausnahmegenehmigungen für den Fußgängerbereich nur noch für emissionsfrei betriebene Fahrzeuge erteilt würden. Der Kläger sei nicht zum Kauf einer Elektrobahn ermutigt worden, vielmehr sei ihm bereits bei seiner Vorsprache am 10. Januar 2020 transparent mitgeteilt worden, dass er bei nunmehr zwei Bewerbern mit einer E-Bahn nicht zwingend zum Zuge komme.

## 18

Die Beigeladene hat beantragt,

## 19

die Klage abzuweisen.

**20**

Der Antrag des Klägers vom 1. März 2021, ihm durch einstweilige Verfügung die Wiederaufnahme seines Wegebahnbetriebes zu ermöglichen, wurde mit Beschluss des Gerichts vom 26. April 2021 (Az. Au 3 E 21.590) abgelehnt.

**21**

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge verwiesen. Weiter wird Bezug genommen auf das Protokoll über die mündliche Verhandlung am 10. August 2021.

## **Entscheidungsgründe**

**22**

Die zulässige Klage bleibt in der Sache ohne Erfolg.

**23**

I. Die Klage ist mit den zuletzt gestellten Anträgen als kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage statthaft. Die darin liegende objektive Klagehäufung ist gem. § 44 VwGO zulässig.

**24**

Dabei kann dahinstehen, ob dem Kläger hinsichtlich der Anfechtungsklage infolge Verwirkung bereits das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Die Verwirkung prozessualer Befugnisse setzt voraus, dass jemand - insbesondere in dreipoligen Rechtsverhältnissen wie hier - die Geltendmachung seiner prozessualen Rechte in einer gegen Treu und Glauben verstößenden und das öffentliche Interesse am Rechtsfrieden missachtenden Weise verzögert. Das ist der Fall, wenn ein Kläger, obwohl er vom Vorliegen einer Genehmigung an einen Beigeladenen bereits längere Zeit sichere Kenntnis hatte oder hätte erlangen können, diesen Antrag erst zu einem Zeitpunkt erhebt, in dem der Beigeladene nach den besonderen Umständen des Falles nicht mehr mit einer Anfechtung seiner Genehmigung rechnen musste bzw. darauf vertrauen durfte, dass ein Rechtsschutzantrag auch zukünftig nicht mehr gestellt wird (vgl. VG Ansbach, U.v. 2.3.2016 - AN 9 K 14.02026 und AN 9 K 15.01258 - juris Rn. 80 m.w.N.). Anknüpfungspunkt der maßgeblichen Kenntnis des Klägers bzw. seines Kennenmüssens ist hier allerdings nicht schon der Bescheid der Beklagten an die D vom 28. Februar 2020. Zwar hatte der Kläger hiervon - trotz fehlender förmlicher Bekanntgabe - durch den Verweis in dem an ihn gerichteten Bescheid Kenntnis erlangt; diese Ausnahmegenehmigung hat sich indes durch den Bescheid an die Beigeladene vom 22. April 2020 erledigt. Auch dieser Bescheid wurde dem Kläger nicht förmlich bekanntgegeben. Es kann dahinstehen, ob er davon - wie durch den \* der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung vorgetragen - spätestens Mitte Mai 2020 Kenntnis erlangt hat, weil die Klage jedenfalls unbegründet ist.

**25**

II. Die Klage ist sowohl im Anfechtungs- als auch im Verpflichtungsbegehren unbegründet.

**26**

1. Die der Beigeladenen erteilte Ausnahmegenehmigung vom 22. April 2020 ist rechtmäßig und verletzt daher den Kläger nicht in seinen Rechten (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

**27**

Die Erteilung einer straßenverkehrsrechtlichen Ausnahmegenehmigung nach § 46 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 StVO liegt im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Straßenverkehrsbehörde. Auch wenn der Erteilung einer solchen Ausnahmegenehmigung - ebenso wie der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis (vgl. BayVGh, U.v. 23.7.2009 - 8 B 08.3282 - juris Rn. 36) - grundsätzlich keine Ausgleichs- und Verteilungsfunktion und damit auch keine Drittwirkung zukommt, gilt dies im vorliegenden Fall nicht. Die Beklagte hat den Kläger ausdrücklich auf die bestehende Konkurrenzsituation hingewiesen und dementsprechend am 22. April 2020 eine Auswahlentscheidung zugunsten der Beigeladenen getroffen. Nach der Konzeption der Beklagten, nur eine Wegebahn im Fußgängerbereich des B zu genehmigen, bedeutete diese Auswahlentscheidung einen Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit des Klägers, der seine berufliche Tätigkeit nicht mehr wie in den Jahren 2014 bis 2019 ausüben kann.

**28**

Die getroffene Auswahlentscheidung ist nicht zu beanstanden. Insbesondere hat die Beklagte das in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG fallende berufliche Interesse des Klägers am Betrieb einer Wegebahn bei ihrer Entscheidung ausreichend berücksichtigt.

## **29**

Diese Ermessensentscheidung ist im gerichtlichen Verfahren nur eingeschränkt überprüfbar. Die gerichtliche Prüfungsdichte bemisst sich nach § 114 Satz 1 VwGO, was im Wesentlichen zur Folge hat, dass die Entscheidung lediglich daraufhin zu prüfen ist, ob überhaupt eine Ermessensentscheidung getroffen wurde, ob in diese alle maßgeblichen und keine unzulässigen Erwägungen Eingang gefunden haben und ob einzelne Belange entgegen ihrer objektiven Wertigkeit in die Abwägung eingestellt worden sind. Die Beklagte hat bei ihrer Auswahlentscheidung in Übereinstimmung mit dem Entscheidungsprogramm der Ermächtigungsgrundlage des § 46 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 StVO maßgeblich Aspekte der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zugrunde gelegt. Sie ist in einem ersten Schritt zu der Einschätzung gelangt, dass angesichts der räumlichen Beschränktheit eine Ausnahmegenehmigung nur für eine Wegebahn in Betracht kommt. In einem zweiten Schritt hat sie deshalb die Wegebahn des Klägers der seiner Mitbewerberin unter dem Gesichtspunkt der geringeren Beeinträchtigung des Fußgängerverkehrs gegenübergestellt. Bei diesem Vergleich hat sich die Beklagte von sachgerechten Kriterien wie der Länge der Fahrzeuge, der Größe des Wendekreises und den Standzeiten leiten lassen. Dabei ist sie zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass die Wegebahn des Klägers aufgrund ihrer Länge, des größeren Wendekreises sowie der längeren Standzeiten eine stärkere Beeinträchtigung des Fußgängerverkehrs darstellt als die Wegebahn der Mitbewerberin.

## **30**

2. Dem Kläger steht auch kein Anspruch auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung neben der Beigeladenen zu.

## **31**

Hinsichtlich des Fehlens einer Zusicherung der Beklagten wird zunächst Bezug genommen auf die Ausführungen der Kammer im Beschluss vom 26. April 2021 in dem Verfahren Au 3 K 21.590 (Rn. 30) und ergänzend ausgeführt: Aus dem bloßen Wegfall der Abkürzung „ggf.“ in der weiteren Korrespondenz der Beklagten gegenüber ihrer E-Mail vom 21. November 2019 kann bei objektiver Betrachtung nicht geschlossen werden, dass hiermit bereits die Zusage einer Genehmigung verbunden sein sollte. Eine solche positive Aussage hat die Beklagte gerade nicht getätigt. Das bloße Weglassen dieser Einschränkung war unter Zugrundelegung eines objektiven Empfängerhorizontes auch nicht geeignet, einen entsprechenden Erklärungswillen der Beklagten zum Ausdruck zu bringen. Vielmehr hatte die Beklagte bereits in ihrer E-Mail vom 6. Dezember 2019 deutlich gemacht, dass es einen Mitbewerber gab. Daraus musste ein objektiver Dritter in der Situation des Klägers schließen, dass die Erteilung der Genehmigung offen war und er sich in einer Konkurrenzsituation befand, die auch zu seinen Lasten ausgehen konnte. Ein qualifiziertes Verhalten der Beklagten, aus dem der Kläger bei objektiver Betrachtung hätte schließen dürfen, dass er neben der Mitbewerberin auch eine Genehmigung erhalten würde, ist nicht ersichtlich.

## **32**

Im Übrigen wird vollumfänglich Bezug genommen auf die Ausführungen der Kammer im Beschluss vom 26. April 2021 in dem Verfahren Au 3 K 21.590 (Rn. 33 ff.). Im Hinblick auf eine Ermessensreduzierung aus Gründen des Vertrauensschutzes (Beschluss der Kammer a.a.O., Rn. 42 ff.) ist ergänzend zu bemerken: Anders als vom Kläger dargestellt, war die Aufforderung der Beklagten vom 23. Januar 2020, ihr bis zum 31. Januar 2020 eine Bestell- bzw. Auftragsbestätigung der E-Lokomotive mit Angabe des Liefertermins zukommen zu lassen, nicht kaufentscheidend. Der vorgelegte Kaufvertrag datiert bereits vom 20. Januar 2020. Aus dieser zeitlichen Reihenfolge ergibt sich, dass der Kläger die Investitionsentscheidung aus eigenem Entschluss und überdies - da ihm die Beklagte bereits am 6. Dezember 2019 das Interesse eines Mitbewerbers mitgeteilt hatte - in Kenntnis des Risikos getroffen hatte, dass sich die damit erhoffte Chance einer Genehmigung nicht realisieren würde. Die dadurch fehlgeschlagenen Aufwendungen des Klägers sind seinem unternehmerischen Risiko, nicht aber dem Verhalten der Beklagten zuzurechnen, nachdem diese bereits vor dem Kauf transparent auf die Konkurrenzsituation hingewiesen und durch ihr objektives Verhalten auch nicht den Eindruck erweckt hatte, sie werde den Kläger seiner Mitbewerberin vorziehen.

## **33**

3. Soweit im Eilverfahren noch die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis infrage kam, ist diese im Hinblick darauf, dass das Parken der Wegebahn zum Zweck der Fahrgastaufnahme als Teil des ruhenden Verkehrs nach dem Konzentrationsgrundsatz aus Art. 21 Satz 1 BayStrWG keiner gesonderten Sondernutzungserlaubnis bedarf, nicht mehr Gegenstand des Hauptsacheverfahrens.

#### **34**

III. Der Kläger hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, weil er unterlegen ist (§ 154 Abs. 1 VwGO). Dies schließt die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen ein, da diese einen Antrag gestellt und sich insoweit selbst einem Kostenrisiko ausgesetzt hat, vgl. § 154 Abs. 3 VwGO. Insoweit entspricht es der Billigkeit, dass deren außergerichtliche Kosten nach § 162 Abs. 3 VwGO vom unterlegenen Beteiligten zu tragen sind (Schübel-Pfister in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 162 Rn. 41). Die Kostenentscheidung war gemäß § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO für vorläufig vollstreckbar zu