



\*\*\*\*\*

stv. Urkundsbeamtin

**Bayerisches Verwaltungsgericht Regensburg  
Im Namen des Volkes**

In der Verwaltungsstreitsache

**S\*\*\*\*\* GmbH**

vertreten durch den Geschäftsführer

\*\*\*\*\*

- Klägerin -

gegen

**Stadt 1\*\*\*\*\***

vertreten durch den Oberbürgermeister

vertreten durch das Rechtsamt \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* , \*\*\*\*\*

- Beklagte -

beteiligt:

**Regierung der Oberpfalz**

**als Vertreter des öffentlichen Interesses**

Emmeramsplatz 8, 93047 Regensburg

wegen

Sondernutzungserlaubnis

erlässt das Bayerische Verwaltungsgericht Regensburg, 2. Kammer, durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Seign als Einzelrichter aufgrund mündlicher Verhandlung vom 18. Mai 2016

folgendes

**Urteil:**

- I. Die Klage wird abgewiesen.
- II. Die Klägerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
- III. Das Urteil ist im Kostenpunkt vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

### Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die Ablehnung ihres Antrags auf Erteilung einer (geänderten) Sondernutzungserlaubnis durch die Beklagte und begehrt erneute Entscheidung hierüber.

Die Klägerin betreibt in der Stadt 1\*\*\*\*\* (B\*\*\*\*\*platz # ) eine Eisdielen. Die Beklagte erteilte ihr mit Bescheid vom 9. März 2012 für die Saison 2012 eine stets widerrufliche Erlaubnis zur Errichtung und zum Betrieb eines Freisitzes auf zwei Flächen (2,80 m x 1,10 m und 1,75 m x 1,10 m) mit 3 Stehtischen vor dem Anwesen B\*\*\*\*\*platz #/Front G\*\*\*\*\*straße in 1\*\*\*\*\*. Eine weitere beantragte Freisitzfläche auf dem B\*\*\*\*\*platz sowie die beantragte Aufstellung von Barhockern wurden abgelehnt. Auf Anfrage der Klägerin vom 15. März 2012 auf Änderung der Möblierung (Holzbänke anstelle der Stehtische) teilte die Beklagte mit, eine dahingehende Genehmigung könne nicht gewährt werden. Unter dem 11. Mai 2012 erteilte die Beklagte der Klägerin antragsgemäß eine geänderte Sondernutzungserlaubnis, bei der als Möblierung Stühle mit Aluminiumgestell, Sitz- und Rückenfläche aus Holz und Tische aus Aluminium mit Tischplatten aus Holz festgelegt wurden.

Mit Schreiben vom 28. Mai 2015 beantragte die Klägerin erneut eine Änderung der Möblierung dahingehend, dass auf der Sondernutzungsfläche Bistrotische und Barhocker aufgestellt werden dürften.

Unter dem 20. Juli 2015 teilte die Beklagte dem Vertreter der Klägerin mit, dass eine Genehmigung der Änderung des Freisitzmobiliars aus stadtgestalterischen Gründen nicht in Aussicht gestellt werden könne. In den für Gastronomiebetriebe geltenden Richtlinien für Freisitze der Stadt 1\*\*\*\*\* sei die Gestaltung von Freisitzen geregelt. Generell würden Tische und Sitzgelegenheiten zugelassen. Die Freisitze sollten vor denkmalgeschützten Gebäuden nicht zu massiv in Erscheinung treten. Die Möglichkeit zur Aufstellung von Bistrotischen ohne Sitzgelegenheit werde lediglich ausnahmsweise dann gewährt, wenn Metzgereien bzw. Bäckereien einen kleinen Imbiss angeschlossen hätten. Dies unterscheidet die Bistronutzung klar von der klassischen Gastronomienutzung. Mit E-Mail vom 12. Oktober 2015 ließ die Klägerin um einen rechtsmittelfähigen Bescheid ersuchen.

Mit **Bescheid vom 30. Oktober 2015** lehnte die Beklagte den Antrag der Klägerin vom 28. Mai 2015 auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis zur Aufstellung von Bistrotischen mit Barhockern auf der Freisitzfläche vor dem Anwesen B\*\*\*\*\*platz #/Front G\*\*\*\*\*straße

ab. Zur Begründung legte die Behörde im Wesentlichen dar, die Aufstellung von Bistrotischen mit Barhockern auf öffentlichem Straßengrund bedürfe der Erlaubnis. Hierauf bestehe grundsätzlich kein Rechtsanspruch, jedoch Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung. Dabei sei zwischen dem wirtschaftlichen Interesse der Klägerin einerseits und dem öffentlichen Interesse insbesondere stadtgestalterischer Art, andererseits abzuwägen. Seitens der Stadt 1\*\*\*\*\* werde aus stadtgestalterischen Gründen grundsätzlich keine Möblierung von Freisitzflächen mit Bistrotischen und Barhockern erlaubt. Die Gestaltung des erlaubten Freisitzes sei sowohl in den Richtlinien der Stadt 1\*\*\*\*\* als auch in den Nebenbestimmungen des Erlaubnisbescheides geregelt. Bistrotische würden ausnahmsweise nur dann gewährt, wenn Metzgereien oder Bäckereien einen kleinen Imbiss unterhielten. In der Vergangenheit seien auch Gastronomiebetrieben in atypischen Einzelfällen Stehtische ohne Sitzgelegenheit genehmigt worden, wenn zum Beispiel beengte Straßenverhältnisse ansonsten den Betrieb von Freisitzen unmöglich gemacht hätten. Eine solche Situation sei im Fall der Klägerin jedoch nicht gegeben. Durch die begehrte Genehmigung würde die bislang klare Linie der Beklagten durchbrochen und es würde ein Präzedenzfall geschaffen.

Am 2. Dezember 2015 erhob die Klägerin zum Verwaltungsgericht Regensburg Klage. Durch eine geänderte Möblierung könne die genutzte Freisitzfläche verkleinert werden. Dies sei für den Straßenverkehr vorteilhaft. Die höher sitzenden Gäste seien nicht mehr unmittelbar auf der Höhe der Auspuffabgase. In ca. 150 m Entfernung befindet sich im Anwesen G\*\*\*\*\*straße ## ebenfalls ein Café, dessen Freisitzfläche mit Stehtischen und Barhockern möbliert sei. Die vorgeschlagene Möblierung trete auch nicht massiv in Erscheinung, sondern sie sei eine gestalterisch sehr viel gelungenere Lösung als die mehr Raum beanspruchende Möblierung mit Tischen und Stühlen. Der Vorschlag entspreche auch den Gestaltungsrichtlinien. Die Richtlinien enthielten keine Vorgabe zur Höhe und zur Art von Tischen und Stühlen. Im Übrigen liege ein atypischer Sonderfall vor. Die Eisdielen befinde sich in beengten Straßenverhältnissen. Dies sei von der Behörde nicht gewürdigt worden. Gegen eine klare Linie der Beklagten spreche, dass in der Altstadt zumindest 2 gastronomische Betriebe vorhanden seien, denen eine entsprechende Möblierung gestattet worden sei. Neben dem bereits angesprochenen Betrieb in der G\*\*\*\*\*straße ## mit Sitzbänken, Bistrotischen und Barhockern betreffe dies auch ein Café in der P\*\*\*\*\*gasse. Die öffentlichen städteplanerischen Belange seien mit den privaten Interessen der Klägerin abzuwägen. Dies sei nicht ausreichend geschehen.

Die Klägerin beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 30. Oktober 2015 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, über den Antrag der Klägerin vom 28. Mai 2015 auf Er-

teilung einer Sondernutzungserlaubnis zur Aufstellung von Bistrotischen mit Barhockern auf der Freisitzfläche der Eisdielen „S1\*\*\*\*\*“ vor dem Anwesen B\*\*\*\*\*platz #/Front G\*\*\*\*\*straße unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte beruft sich auf den angegriffenen Bescheid und hebt ergänzend hervor, die Erteilung der Erlaubnis stehe in ihrem pflichtgemäßen Ermessen. Dabei habe sich die Behörde regelmäßig nur an Gründen zu orientieren, die einen sachlichen Bezug zur Straße aufwiesen. Neben Belangen der Straßenbaulast und der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs könnten aber auch baugestalterische oder städtebauliche Belange, wie etwa der Schutz eines bestimmten Straßen- oder Ortsbildes, berücksichtigt werden, sofern sie einen sachlichen Bezug zur Straße aufwiesen. Die Beklagte habe ihre Ermessensausübung durch die verwaltungsinternen „Richtlinien für die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen zur Außenbewirtschaftung von Gaststätten in der Altstadt“ vom 25. Mai 1993 allgemein geregelt. Dort sei unter anderem der Vorrang der öffentlichen Nutzung und Stadtbildes festgelegt. Gemäß Ziffer 6.1 der Richtlinie werde hinsichtlich der Möblierung nur von Tischen und Stühlen gesprochen. Ein Barhocker falle nicht unter den Begriff der Stühle. Im Gegensatz zu normalen Tischen, vor die Stühle gestellt werden könnten, würden Bistrotische im Stehen genutzt.

Die streitgegenständliche Freisitzfläche liege im Bereich des denkmalgeschützten und in die Liste des Weltkulturerbes eingetragenen Ensembles „Altstadt 1\*\*\*\*\* mit 2\*\*\*\*\*“ und vor dem denkmalgeschützten Anwesen B\*\*\*\*\*platz #. Bistrotische mit Barhockern hätten aufgrund ihrer höheren Bauweise ein völlig anderes Erscheinungsbild und eine wesentlich andere, massivere bzw. verdeckendere Wirkung unter anderem vor der Gebäudefassade als die Möblierung mit normalen Tischen und Stühlen. Bei Barhockern handle es sich um typische Innenraummöblierung, die herkömmlich nicht auf Freisitzen verwendet würden. In der Stadt 1\*\*\*\*\* sei auf Freisitzflächen traditionelle Möblierung mit Tischen und Stühlen zum Einsatz gekommen. Bei dieser Linie wolle die Stadt bleiben.

Die Klägerin könne sich auch nicht auf die von ihr genannten Bezugsfälle berufen, denn die zugrunde liegenden Sachverhalte seien nicht vergleichbar. Bei dem Betrieb in der G\*\*\*\*\*straße ## handle es sich um einen Erlaubnisbescheid aus einer Zeit, als Freisitzge-

nehmigungen noch unbefristet und ohne verbindliche Vorgaben für das Freisitzmobiliar erteilt worden seien. Im Übrigen enthalte der betreffende Erlaubnisbescheid vom 18. August 2003 aber die Auflage, dass während der allgemeinen Geschäftszeiten und der Busverkehrszeiten nur das Aufstellen von vier Stehtischen entlang des Lokals erlaubt sei. Außerhalb der genannten Zeiten seien 4 Tische mit Sitzgelegenheiten gestattet. Barhocker seien auch beim Freisitz dieses Betriebs nicht erlaubt. Die höher gebauten Sitzmöbel in den Arkadenbögen des Cafés befänden sich auf Privatgrund und nicht auf öffentlichem Straßengrund. Beim Café in der P\*\*\*\*gasse seien zwar tatsächlich Bistrotische und Sitzbänke vor der Fassade vorhanden. Gestattet sei aber lediglich das Aufstellen von 4 Stehtischen. Dies sei der dortigen beengten Situation geschuldet. Eine Sitzbank auf öffentlichem Straßengrund sei nicht genehmigt. Die vorhandene Sitzgelegenheit befinde sich auf dem Fensterbrett und somit auf Privatgrund.

Soweit die Klägerin von einer Verkleinerung der Freisitzfläche spreche, werde die maßgebliche Tiefe des Freisitzes lediglich um 10 cm verringert. Die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für das Jahr 2016 sei auf Antrag möglich, allerdings mit einer Möblierung mit Tischen und Stühlen.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Einnahme eines Augenscheins durch den Berichterstatter am 26 April 2016. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Niederschrift und die gefertigten Lichtbilder verwiesen.

Mit Beschluss vom 27. April 2016 wurde der Rechtsstreit dem Berichterstatter als Einzelrichter übertragen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Behörden- und Gerichtsakten sowie die Niederschrift über die mündliche Verhandlung Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Klage ist unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf neue Verbescheidung ihres Antrags, denn der Bescheid der Beklagten vom 30. Oktober 2015 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 5 Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO). Dem allein streitgegenständlichen Anspruch der Klägerin auf ermessensfehlerfreie Entscheidung ist mit der Entscheidung der Beklagten vom 30. Oktober 2015 bereits Genüge getan.

Nach Art. 18 Abs. 1 Satz 1 Bayerisches Straßen- und Wegegesetz (BayStrWG) bedarf die Benutzung der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) der Erlaubnis der Straßenbaubehörde – hier der Beklagten -, wenn durch die Benutzung der Gemeingebrauch beeinträchtigt werden kann. Das ist insbesondere der Fall, wenn die tatsächliche Benutzung des öffentlichen Straßenraums durch andere ausgeschlossen ist. Die von der Klägerin angestrebte Benutzung von öffentlichem Straßengrund für gastronomische Zwecke stellt unstreitig eine erlaubnispflichtige Sondernutzung im Sinne von Art. 18 Abs. 1 Satz 1 BayStrWG dar, unabhängig davon, ob man ihr Begehren lediglich als eine inhaltliche Änderung (Verkleinerung der Fläche und Änderung der Möblierung) einer auch für die Saison 2016 erteilten Sondernutzungserlaubnis oder als einen Antrag auf Erteilung einer eigenständigen (abgewandelten) Sondernutzungserlaubnis betrachtet.

Liegt somit eine straßenrechtliche Sondernutzung vor, steht die Erteilung der Erlaubnis grundsätzlich im pflichtgemäßem Ermessen der Behörde. Die Ermessensausübung hat dem Normenzweck des Art. 18 ff. BayStrWG entsprechend sachbezogen nach den Umständen des konkreten Einzelfalls zu erfolgen. Die Straßenbaubehörde kann die Sondernutzungserlaubnis in stets widerruflicher Weise ganz oder teilweise zulassen (vgl. Art. 18 Abs. 2 Satz 1 BayStrWG) oder auch mit Nebenbestimmungen im Sinne von Art. 36 Abs. 2 Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz (BayVwVfG) versehen; sie kann sie nach pflichtgemäßem Ermessen auch versagen. Bei der Ausübung des Ermessens muss sich die Behörde gemäß Art. 40 BayVwVfG am Zweck der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage orientieren. Daher darf sie sich bei der Entscheidung über die Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis oder bei der Anordnung von Auflagen regelmäßig nur an Gründen orientieren, die einen sachlichen Bezug zur Straße haben. Zu diesen Gründen zählen vorrangig die in Art. 18 Abs. 2 Satz 2 BayStrWG ausdrücklich genannten Belange der Straßenbaulast und der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs. Neben den straßen- und wegrechtlichen Aspekten im engeren Sinn können aber auch Belange des Umfelds der Straße in städtebaulichen, bau- oder denkmalpflegerischen Vorschriften mit einer Rolle spielen, soweit sie einen eindeutigen Bezug zur Straße aufweisen (vgl. BayVGH, B.v. 17.04.2012 – 8 ZB 11.2785 - juris; Wiget in Zeitler, BayStrWG, Art. 18 Rn. 26). So durfte die Beklagte in die Entscheidung insbesondere auch die Vorschriften des Denkmalschutzrechts über den Ensembleschutz einbeziehen, weil Art. 1 Abs. 3 Denkmalschutzgesetz (DSchG) auf die „Erhaltenswürdigkeit des Orts-, Platz- oder Straßenbilds“ in seiner Gesamtheit abstellt und damit einen straßenrechtlichen Bezug aufweist.

Da im vorliegenden Fall keine Umstände vorliegen, die ausnahmsweise eine Ermessensreduzierung auf Null annehmen ließen, kann die Klägerin nur einen Anspruch auf ermessens-

fehlerfreie Entscheidung geltend machen. Folgerichtig beantragt die Klägerin auch lediglich eine Verpflichtung der Beklagten zur erneuten Verbescheidung gemäß § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO.

Ermessensentscheidungen der Behörden können durch das Gericht nur eingeschränkt überprüft werden. Die Prüfung ist im Wesentlichen darauf zu beschränken, ob überhaupt eine Ermessensentscheidung getroffen wurde, ob bei dieser Ermessensentscheidung einerseits alle maßgeblichen und andererseits keine unzulässigen Aspekte berücksichtigt wurden und ob einzelne Belange entgegen ihrer objektiven Wertigkeit in die Abwägung eingestellt worden sind. Dabei sind die im Ablehnungsbescheid enthaltenen Erwägungen sowie die im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens im Wege des § 114 Satz 2 VwGO vorgenommenen Ergänzungen zu berücksichtigen. Gemessen daran hält die Entscheidung der Beklagten, die von der Klägerin beantragte Sondernutzung der öffentlichen Verkehrsfläche in der antragsgemäßen Form nicht zuzulassen, der gerichtlichen Prüfung stand. Die Behörde hat erkannt, dass die Entscheidung über die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis in ihrem Ermessen steht. Sie hat dieses Ermessen ausgeübt und dabei die rechtlichen Grenzen nicht überschritten. Sie hat sich weder von sachfremden Erwägungen leiten lassen, noch sind ihr bei der Berücksichtigung und Gewichtung der einzustellenden Belange beachtliche Rechtsfehler unterlaufen.

Die Beklagte stützt ihre Entscheidung, die von der Klägerin gewünschte Ausstattung der Sondernutzungsfläche mit Bistrotischen und Barhockern nicht zuzulassen, zunächst im Wesentlichen auf die „Richtlinien für die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen zur Außenbewirtschaftung von Gaststätten in der Altstadt“ vom 25. Mai 1993, geändert durch Beschlüsse vom 6 März 2007 und 17. Februar 2009 (Richtlinien) sowie ihre darauf fußende ständige Verwaltungspraxis. Voranzustellen ist, dass die Klägerin aus den ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften ohnehin keine unmittelbaren Rechte ableiten kann, denn sie begründen nicht wie Gesetze und Rechtsverordnungen schon durch ihr Vorhandensein Rechte des Bürgers (vgl. BVerwG, U.v. 17.01.1996 - 11 C 5/95 – juris Rn. 21). Sie sind aber aufgrund und im Umfang der Selbstbindung der Verwaltung im Hinblick auf den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (GG) im Rahmen der Ermessensausübung zu beachten.

Aus den Richtlinien der Beklagten und deren Umsetzung in der Verwaltungspraxis ergibt sich ein Gestaltungskonzept, mit dem die Beklagte insbesondere den Schutz des Straßenbildes der Altstadt und des in die Liste des Weltkulturerbes eingetragenen denkmalgeschützten Ensembles „Altstadt 1\*\*\*\*\* mit 2\*\*\*\*\*“ einschließlich der Einzeldenkmale bezweckt. Bei der

Entwicklung eines Gestaltungskonzepts steht der zuständigen Körperschaft weitgehende Gestaltungsfreiheit zu, die ihre Grenze in rechtlichen Vorgaben und dem Willkürverbot findet. Die vorliegenden Richtlinien sind geeignet, ein Gestaltungskonzept zu beschreiben, das bei der Ermessensentscheidung über eine beantragte Sondernutzungserlaubnis zu beachten ist. Allerdings ist der Klägerseite zuzugestehen, dass die angestrebte Möblierung der Sondernutzungsfläche mit Bistrotischen und Barhockern in den Richtlinien nicht explizit angesprochen wird. Den Richtlinien lässt sich auch nicht ausdrücklich entnehmen, dass lediglich herkömmliche Tische und Stühle verwendet werden dürften. Zwar gibt es unter Ziffer 6.1 der Richtlinien Vorgaben für die Ausführung von Tischen und Stühlen. Diese enthalten jedoch weder Angaben zu zulässigen Tisch- oder Sitzhöhen, noch Hinweise darauf, dass etwa Hocker oder Stühle, die die üblichen Sitzhöhen überschreiten, generell nicht zugelassen werden könnten. Auch weist die Klägerin zu Recht darauf hin, dass in den Richtlinien zwar das Aufstellen von Bänken, typischer Biergartenbestuhlung, Terrassen- oder Wintergarten- und Polstermöbeln für nicht gestattungsfähig erklärt worden ist, aber auch in dieser Aufzählung Bistrotische und Barhocker nicht genannt sind. Ein ausdrückliches Verbot der von der Klägerin gewünschten Möblierung der Sondernutzungsfläche kann den Richtlinien daher nicht entnommen werden. Andererseits findet sich aber auch kein greifbarer Hinweis darauf, dass eine derartige Möblierung sich im Rahmen des Gestaltungskonzepts bewegen würde und zuzulassen wäre. Auch wenn eine diesbezügliche Ergänzung und Präzisierung mehr Klarheit bringen und streitvermeidend wirken könnten, sind die Richtlinien dennoch hinreichend bestimmt, um die Basis eines Gestaltungskonzepts zu bilden. Es liegt auf der Hand, dass im Hinblick auf die vielfältigen denkbaren Möglichkeiten, Konfliktlagen und Problemstellungen an die Konkretisierung eines Gestaltungskonzepts keine unverhältnismäßig hohen Anforderungen zu stellen sind. So würde es den Rahmen und die Anforderungen an ein derartiges Konzept sprengen, wenn man für alle möglichen (und vielleicht erst im Laufe der Zeit entstehenden) Nutzungsvarianten ausdrückliche und präzise Vorgaben forderte. Auch können die vielfältigen örtlichen Gegebenheiten in einem allgemeinen Gestaltungskonzept nicht einzeln und detailliert Niederschlag finden. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass das Regelwerk seiner Lenkungsfunktion gerecht werden kann. Dies ist dann gewährleistet, wenn ihm die konzeptionelle Vorstellung und Zielrichtung so konkret zu entnehmen ist, dass die zur Umsetzung berufenen Stellen ihre Entscheidungen daran ausrichten können. Unschädlich ist hierbei, dass die Richtlinien bei der Anwendung auf einen bestimmten Fall ggf. ausgelegt werden müssen. Sie unterliegen allerdings keiner eigenständigen richterlichen Auslegung wie Rechtsnormen. Entscheidend ist vielmehr, wie die zuständigen Behörden die Verwaltungsvorschrift im maßgeblichen Zeitpunkt in ständiger Praxis gehandhabt haben und in welchem Umfang sie infolgedessen durch den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gebunden sind. Das gilt besonders für Fälle, in denen der Wortlaut einer Verwaltungsvorschrift unklar und darum auslegungsbedürftig ist (vgl. u.a. BVerwG, U.v. 17.01.1996 - 11 C 5/95 – juris Rn. 21;



BVerwG, B.v. 11.11.2008 - 7 B 38/08 – juris Rn. 9). Vorliegend haben die mit der Umsetzung betrauten Stellen der Beklagten die Richtlinien stets dahingehend verstanden und angewandt, dass für Freisitze in der Altstadt von 1\*\*\*\* grundsätzlich nur eine traditionelle Möblierung mit herkömmlichen Stühlen und Tischen in der beschriebenen Machart richtlinienkonform ist. Lediglich in begründeten Ausnahmefällen (beengte Straßenverhältnisse, Imbisse) wurden vereinzelt Stehtische zugelassen. Aber auch in diesen Fällen wurden keine erhöhten Sitzgelegenheiten, wie sie die Klägerin verwenden will, erlaubt. Das Begehren der Klägerin steht daher nicht in Einklang mit dem langjährig verfolgten Gestaltungskonzept der Beklagten.

Das Gestaltungskonzept der Beklagten stellt sich auch nicht als sachwidrig oder willkürlich dar. Nach Ziffer 2 der Richtlinien dürfen Sondernutzungserlaubnisse für Freisitze nur erteilt werden, wenn damit Beeinträchtigungen des Straßen- und Ortsbildes nicht verbunden sind. Hierzu legen die Richtlinien näher dar, dass eine derartige Beeinträchtigung insbesondere anzunehmen ist, wenn Belange des Denkmalschutzes, der Stadtbildpflege, des Umweltschutzes oder der guten Sitten entgegenstehen. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob sämtliche genannten Belange einen sachlichen Bezug zur Straße sowie zum Straßen- und Ortsbild aufweisen, denn jedenfalls bei den hier einschlägigen Belangen des Denkmalschutzes ist dies der Fall (vgl. Art. 1 Abs. 3 DSchG). Ausdrücklich ist nach Ziffer 2 Satz 3 der Richtlinien auf eine qualitätsvolle Ausführung der Freisitzmöblierung zu achten, wobei die Möblierung optisch nicht im Vordergrund stehen darf. Nähere Vorgaben für die Gestaltung des Mobiliars sind unter Ziffern 6 aufgenommen. Die Gestaltung des Mobiliars hat danach mit Rücksicht auf das historische Stadtbild und das denkmalgeschützte Altstadtensemble zu erfolgen. Ziffer 6.1 der Richtlinien enthält nähere Angaben für die Ausführung des Mobiliars. Die Beklagte verfolgt mit diesen Vorschriften ersichtlich das Ziel, das historische Stadtbild und insbesondere das Erscheinungsbild sowie die Erlebbarkeit des geschützten Ensembles „Altstadt 1\*\*\*\* mit 2\*\*\*\*\*“ entsprechend ihren stadtgestalterischen Vorstellungen vor negativen Einflüssen zu bewahren. Nachvollziehbar haben die Vertreter der Beklagten in der mündlichen Verhandlung hierzu ergänzend dargelegt, dass und weshalb eine von der traditionellen Möblierung abweichende Ausstattung der Freisitzflächen nicht mit dem beschlossenen Gestaltungskonzept in Einklang steht. Unabhängig von der angeführten Problematik, die in der stärkeren Verdeckung von Fassaden und der auffälligeren Wahrnehmbarkeit von erhöht sitzenden Freisitznutzern gesehen wird, wurde insbesondere ins Feld geführt, dass es sich bei den von der Klägerseite gewünschten Barhockern um typische Innenraummöbel handle, die einem Freisitz auf einer öffentlichen Verkehrsfläche ein anderes Gepräge verleihen, als die traditionelle Ausstattung mit herkömmlichen Stühlen und Tischen. Dass zum Gestaltungskonzept für die Freisitzflächen die Vermeidung einer Möblierung gehört, die der Wohn-, Garten- oder Innenraumnutzung zuzuordnen ist, lässt sich auch aus Ziffer 6.1 der

Richtlinien schließen, in der unter anderem das Aufstellen von Terrassen-, Wintergarten- oder Polstermöbeln für nicht gestattungsfähig erklärt wird. Die Entstehung dieses gestalterischen Konzepts wird durch die Schilderungen der Beklagten in der mündlichen Verhandlung zur Entwicklung der Freisitze im Bereich der Stadt 1\*\*\*\* nachvollziehbar erklärt. Hierbei wurde dargelegt, dass sich die Freisitze in der Stadt erst seit den sechziger Jahren nach und nach entwickelt hätten und dabei von jeher traditionelle Möblierung mit Tischen und Stühlen zum Einsatz gekommen sei. Die teilweise zum Einsatz gekommenen Bänke habe die Stadt aus verschiedenen Gründen abgelehnt. Aus dieser Entwicklung heraus sei bei den bisher genehmigten Freisitzen, bei denen Sitzgelegenheiten vorgesehen und möglich wären, ausschließlich die Verwendung von traditionellen Sitzmöbeln (Stühlen) erlaubt worden. Eine atypische Möblierung mit erhöhten Sitzgelegenheiten oder auch typischen Innenraummöbeln habe die Stadt bisher nicht zugelassen und sie wolle bei diesem Konzept auch bleiben. Die Richtlinien seien auch Ergebnis eines Diskussionsprozesses mit den Altstadtgastronomen im Jahre 2008. Dass speziell Barhocker in den Richtlinien nicht erwähnt sind, führt die Beklagte schlüssig darauf zurück, dass auch von Seiten der Gastronomen damals Barhocker nicht thematisiert worden sind. Auch die Befassung der Werbekommission der Beklagten (bestehend aus dem Bauordnungsamt, Mitarbeitern der Denkmalpflege und des Stadtplanungsamts sowie dem Altstadtkümmerer) mit dem streitgegenständlichen Antrag der Klägerin habe zu dem Ergebnis geführt, dass Barhocker auf Freisitzen aus denkmalpflegerischen und stadtgestalterischen Gründen nicht zugelassen werden könnten. Damit wurde erneut die bisherige Linie und Verwaltungspraxis der Beklagten bestätigt. Die dargelegten Hintergründe, Ziele und Zwecke lassen das Gestaltungskonzept nachvollziehbar erscheinen und zeigen auch, dass die darauf gestützte Ablehnung des klägerischen Antrags nicht willkürlich erfolgte. Die Überlegungen der Beklagten und ihre Umsetzung in den Richtlinien bewegen sich innerhalb des Gestaltungsspielraums, der der Beklagten eingeräumt ist. Unerheblich ist für die gerichtliche Entscheidung, ob auch andere konzeptionelle Vorstellungen zulässig oder möglich wären, denn bei Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen liegt es ausschließlich in der Entscheidungskompetenz der Beklagten, ob sie an ihrem bisherigen Gestaltungskonzept festhalten, es abändern oder fortentwickeln will.

Nachdem ein rechtlich nicht zu beanstandendes Gestaltungskonzept vorliegt, das zu einer einheitlichen Verwaltungspraxis geführt hat und das die Ermessenserwägungen der Beklagten im Rahmen der streitgegenständlichen Ablehnungsentscheidung trägt, hat die Klägerin keinen Anspruch auf erneute Entscheidung über ihren Antrag. Hieran vermögen auch ihre Einwendungen nichts zu ändern. Dem Vorbringen, ihre individuelle Situation sei nicht hinreichend berücksichtigt worden, ist zunächst entgegenzuhalten, dass die Beklagte die wirtschaftlichen Interessen der Klägerin durchaus in den Blick genommen hat. Darüber hinaus ist aber festzustellen, dass bei der Orientierung an einem bestimmten Gestaltungskonzept

zunächst zu prüfen ist, ob die konkret beantragte Sondernutzung mit diesem Konzept in Einklang steht. Ist dies nicht der Fall, droht die Schaffung eines Bezugsfalles, der die künftige Durchsetzung des Konzept zumindest erschweren, wenn nicht sogar unmöglich machen wird. Da ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften aber nicht am konkreten, sondern am typischen Einzelfall orientiert sind, ist die Behörde nicht gehindert und kann nach Art. 3 Abs. 1 GG sogar verpflichtet sein, ihr Ermessen in begründeten Fällen abweichend auszuüben. In besonders gelagerten atypischen Sonderfällen, die nicht in genereller Weise durch die Verwaltungsvorschriften vorentschieden sind, hat die Behörde eine Einzelfallwürdigung vorzunehmen (vgl. BayVGh, B.v. 03.11.2011 - 8 ZB 10.2931 – juris). Daher kann eine Entscheidung zugunsten einer nicht konzeptkonformen Sondernutzung – wie der vorliegenden – dann veranlasst sein, wenn es sich um einen atypischen Ausnahmefall handelt, der von dem Konzept nicht erfasst ist oder der aus anderen Gründen die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis auch außerhalb des Gestaltungskonzepts rechtfertigt und erfordert, etwa weil die Beachtung des Konzepts im Einzelfall zu unverhältnismäßigen Folgen oder nicht vertretbaren Härten führen würde. Ein solcher atypischer Ausnahmefall liegt jedoch nicht vor, so dass eine vertiefte Einzelfallprüfung nicht veranlasst ist. Soweit die Klägerin geltend macht, die G\*\*\*\*\*straße weise vor ihrer Eisdielen beengte Verhältnisse auf, handelt es sich um keine Situation, die in der Altstadt von 1\*\*\*\*\* als atypisch zu bezeichnen wäre. Die Fahrbahn ist im Vergleich zu anderen Straßen und Gassen in der 1\*\*\*\*\*er Altstadt nicht als atypisch eng zu bezeichnen. Sie ist an Ort und Stelle nach den Feststellungen anlässlich des Beweisterrains zwischen den Gebäuden rund 7 m breit. Im Übrigen führen beengte Verkehrsverhältnisse jedenfalls in der Verwaltungspraxis der Beklagten (wenn schon nicht zu einer Versagung einer Sondernutzungserlaubnis aus straßen- und wegerechtlichen Gründen) allenfalls zu einer Genehmigung von Stehtischen ohne Sitzgelegenheiten, so wie dies in der erstmaligen Sondernutzungserlaubnis für den Betrieb der Klägerin vom 9. März 2012 auch der Fall war. Die Klägerin will hingegen Bistrotische nicht ohne, sondern mit Sitzgelegenheiten in Form von Barhockern verwenden.

Auch der in diesem Zusammenhang erhobene Einwand, durch die Änderung des Mobiliars verringere sich der Platzbedarf, zwingt die Behörde nicht, von ihrem Gestaltungskonzept abzuweichen. Zum einen hat die Beklagte durch die wiederholt getroffene Entscheidung, abweichend von der Sondernutzungserlaubnis vom 9. März 2012 einen Freisitz mit traditionellen Sitzmöbeln und Tischen vor der Eisdielen der Klägerin zuzulassen, zu erkennen gegeben, dass sie auch bei dieser Ausgestaltung nicht mit unzutraglichen Verkehrssituationen rechnet. Eine Reduzierung der Sondernutzungsfläche mag aus verkehrlicher Sicht Vorteile bringen, zwingend veranlasst erscheint sie jedoch nicht. Zum anderen weist die Beklagte zurecht darauf hin, dass jedenfalls nach dem Möblierungsvorschlag im Antrag vom 28. Mai 2015 allenfalls eine geringfügige Reduzierung der Tiefe der Sondernutzungsfläche um 10 cm zu erwarten wäre. Selbst wenn man die in der mündlichen Verhandlung durch den Ge-

schäftsführer der Klägerin modifizierte (allerdings nicht im streitgegenständlichen Antrag enthaltene) Vorstellung zu Grunde legt, wonach je Tisch lediglich 2 Hocker unmittelbar an der Hauswand aufgestellt werden sollen, erscheint die hierdurch zu erwartende Verbesserung nicht derart durchschlagend und sicher, dass die Beklagte zu einer Abweichung von ihrem Gestaltungskonzept gezwungen wäre. Zudem erschließt sich nicht, dass eine platzsparende Möblierung nur durch Barhocker und Bistrotische mit erhöhten Sitz- und Abstellflächen zu erreichen wäre. Jedenfalls aber ist es nicht ermessensfehlerhaft, wenn die Beklagte in der gegebenen Situation der Einhaltung ihres Gestaltungskonzepts Vorrang einräumt und der Reduzierung der Sondernutzungsfläche weniger Gewicht beimisst, als der Verhinderung eines Bezugsfalls, der Grundzüge ihres bisherigen Gestaltungskonzepts gefährden kann.

Das Vorbringen der Klägerin, die Freisitzbenutzer sollten vor Abgasen geschützt werden, verhilft der Klage ebenfalls nicht zum Erfolg. Auch insoweit liegt keine atypische, sondern vielmehr eine nicht selten anzutreffende Situation vor, zumal die Beklagte durchgehend nur herkömmliche Stühle zur Möblierung von Freisitzen gestattet. Da die Sondernutzung regelmäßig mit dem (vorrangigen) Gemeingebrauch einer öffentlichen Verkehrsfläche aufeinandertrifft, liegt es in der Natur der Sache, dass gegenseitige Beeinträchtigungen nicht gänzlich auszuschließen sind. Da es wiederum an einer atypischen Situation fehlt, ist die Beklagte auch insoweit nicht gehindert, sich auf das Gestaltungskonzept und dessen Einhaltung zu berufen. Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass unbeschadet der Frage, ob eine um rund 30 cm erhöhte Sitzposition eine spürbare Verbesserung hinsichtlich der Abgasbetroffenheit ergeben würde, es nicht zuletzt auch der Entscheidung der Klägerin obliegt, ob sie einen Freisitz in der vorgegebenen Situation betreiben will und der Entscheidung ihrer Kunden, ob sie diesen in Anspruch nehmen wollen. Die Klägerin kann insbesondere nicht verlangen, dass die Beklagte ihr stadtgestalterisches Konzept zurückstellt, um die für die Klägerin wirtschaftlich günstigste Ausgestaltung des Freisitzes zu ermöglichen. Das Sondernutzungsrecht ist im Grundsatz wirtschafts- und wettbewerbsneutral. Daher kann ein Gewerbetreibender nicht verlangen, dass sein Interesse an einer Gewinnmaximierung als besonders und vorrangig zu beachtender Belang bei der Interessenabwägung im Rahmen der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis Berücksichtigung findet (vgl. OVG NW, B.v. 01.07.2014 - 11 A 1081/12 – juris).

Schließlich kann sich die Klägerin im Ergebnis nicht erfolgreich auf die von ihr genannten Bezugsfälle berufen. Vorab ist nochmals hervorzuheben, dass das Sondernutzungsrecht im Grundsatz wettbewerbsneutral ist, die Beklagte also nicht verpflichtet ist, über die Erteilung oder Versagung oder den Widerruf von Sondernutzungserlaubnissen Wettbewerbsvorteile oder –nachteile zu verhindern oder auszugleichen. Hierum geht es aber der Klägerin ohne-

hin nicht. Vielmehr macht sie einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG geltend mit der Begründung, ihr gegenüber poche die Beklagte auf die Einhaltung des Gestaltungskonzepts und der bisherigen Entscheidungspraxis, während sie in vergleichbaren Fällen Abweichungen hiervon zugelassen habe oder jedenfalls dulde. Insoweit beruft sich die Klägerin darauf, dass vor gastronomischen Betrieben in der G\*\*\*\*straße und der P\*\*\*\*gasse Freisitze mit erhöhten Tischen und Sitzgelegenheiten betrieben werden. Dies räumt die Beklagte auch ein und konnte auch anlässlich des gerichtlichen Beweistermins festgestellt werden (vgl. Lichtbilder Bl. 58 – 60 der Gerichtsakte). Zuzugestehen ist der Klägerin, dass es für die tatsächlichen Auswirkungen auf das Straßenbild, die ihr von Seiten der Denkmalpflege entgegen gehalten werden, letztlich nicht darauf ankommen wird, ob sich die erhöhten Sitzplätze (noch) auf Privatgrund oder (schon) auf einer öffentlichen Verkehrsfläche befinden. Zudem werden Holzbänke verwendet, die nach den Richtlinien jedenfalls auf Sondernutzungsflächen ausdrücklich nicht gestattet werden könnten. Auch spricht vieles dafür, dass die erhöhten Sitzgelegenheiten (nur) zu dem Zweck geschaffen wurden, die von der Beklagten im Rahmen von Sondernutzungserlaubnissen zugelassenen Bistrotische auf der öffentlichen Verkehrsfläche zu nutzen, also ein kausaler Zusammenhang besteht. Die Sitzbänke erwecken zusammen mit den Tischen auch den Eindruck eines einheitlichen (genehmigten) Freisitzes, wobei durch die enge Verknüpfung mit den Gebäuden und die übergreifende Nutzung durch die Gäste die Abgrenzung zwischen Privatgrund und öffentlicher Verkehrsfläche nicht mehr deutlich in Erscheinung tritt. Andererseits kommt es für die Frage, ob Gleichheit der Fälle i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG vorliegt, nicht nur auf die tatsächlichen Umstände, sondern auch auf die rechtlichen Gegebenheiten an. Die Beklagte hält dem Vorbringen insoweit entgegen, auch bei den genannten Fällen seien keine Barhocker genehmigt worden und die erhöhten Sitzbänke befänden sich auf Privatgrund. Letztendlich können die damit zusammenhängenden Fragen im vorliegenden Verfahren jedoch offen bleiben. Zum einen verweist die Beklagte zurecht darauf, dass sich die vorhandenen Sitzbänke nicht auf öffentlichem Grund befinden und damit nicht von Sondernutzungserlaubnissen gedeckt sind, mithin eine Abweichung von der Entscheidungspraxis gerade nicht erfolgte. Auch die gelegentlich festzustellenden Barhocker auf öffentlichem Grund seien nicht erlaubt worden. Die genannten Situationen könnten ihr somit allenfalls dann im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz als beachtliche Bezugsfälle entgegengehalten werden, wenn die Beklagte zum einen rechtlich über Eingriffsmöglichkeiten verfügt (z.B. über Widerrufsmöglichkeiten, Nebenbestimmungen in den Sondernutzungserlaubnissen oder anderweitige Eingriffsbefugnisse). Zum anderen wäre ihr vorhaltbar, wenn sie vorhandene Befugnisse ohne sachliche Rechtfertigung nicht nutzen, sondern die Gegebenheiten willkürlich hinnehmen würde, während sie der Klägerin Vergleichbares versagt. Allenfalls dann könnte davon gesprochen werden, dass sie ihr Gestaltungskonzept bei der Klägerin strikt durchsetzt, während sie in anderen Fällen Abweichungen von ihrem Gestaltungskonzept sehenden Auges

tatenlos hinnimmt. Dies ist aber – jedenfalls nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung – nicht der Fall. Dort hat die Beklagte glaubhaft versichert, dass sie die Einhaltung der Sondernutzungserlaubnisse und die Möglichkeiten zur Durchsetzung des Gestaltungskonzept in den angesprochenen Fällen prüft. Die Frage, ob und inwieweit letztendlich in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vergleichbare Konstellationen vorliegen und ob Maßnahmen der Beklagten zulässig und veranlasst sind, ist zunächst dieser Prüfung vorbehalten. Da die Beklagte diese zugesagt hat, steht aber jedenfalls nicht zu befürchten, dass sie der Klägerin in gleichheitswidriger Weise ihr Gestaltungskonzept entgegenhält, während sie in anderen Fällen ihr Konzept nicht im Rahmen ihrer rechtlichen Möglichkeiten verfolgt.

Nachdem die Beklagte aufgrund ihres Gestaltungskonzepts die von der Klägerin gewünschte Möblierung des Freisitzes mit Bistrotischen und Barhockern ermessensfehlerfrei ablehnen konnte, ist der Einwand unbehelflich, dass das Design der vorgesehenen Möbel im Übrigen den Vorgaben der Ziffer 6.1 der Richtlinien entspricht. Dies wäre erst dann von Belang, wenn Bistrotische und Barhocker ihrer Art nach grundsätzlich zuzulassen wären.

Da der Ablehnungsbescheid vom 30. Oktober 2015 auch im Übrigen keine Rechtsfehler aufweist, die zu seiner Aufhebung und zur Verpflichtung der Beklagten zur neuen Verbescheidung führen könnten, war die Klage mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO abzuweisen. Danach hat die Klägerin als unterliegende Partei die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung zu, wenn sie von dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zugelassen wird. Der **Antrag auf Zulassung der Berufung** ist innerhalb **eines Monats** nach Zustellung des Urteils **beim Bayerischen Verwaltungsgericht Regensburg** zu stellen (Hausanschrift: Haidplatz 1, 93047 Regensburg; Postfachanschrift: Postfach 110165, 93014 Regensburg).

Der Antrag muss das angefochtene Urteil bezeichnen. **Innerhalb von zwei Monaten** nach Zustellung des vollständigen Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist; die **Begründung** ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, **beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof** einzureichen (Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 340148, 80098 München).

Die Berufung ist nur zuzulassen, wenn 1. ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen, 2. die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist, 3. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, 4. das Urteil von einer Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder 5. wenn ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Allen Schriftsätzen sollen jeweils 4 Abschriften beigelegt werden.

**Hinweis auf Vertretungszwang:** Vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof müssen sich alle Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Dies gilt bereits für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird, die aber noch beim Verwaltungsgericht vorgenommen werden. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder die anderen in § 67 Absatz 2 Satz 1 und Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO sowie in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen und Organisationen zugelassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich auch durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen; Einzelheiten ergeben sich aus § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO.

Seign  
Vors. Richter am VG

### **Beschluss:**

Der Streitwert wird auf 2.500,00 € festgesetzt.

### **Gründe:**

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 1 GKG.

### **Rechtsmittelbelehrung**

**Rechtsmittel:** Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten die **Beschwerde** an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,- EUR übersteigt, oder wenn die Beschwerde zugelassen wurde.

Die Beschwerde ist innerhalb von **sechs Monaten**, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, **beim Bayerischen Verwaltungsgericht Regensburg** (Haidplatz 1, 93047 Regensburg oder Postfach 110165, 93014 Regensburg) einzulegen. Anträge und Erklärungen können ohne Mitwirkung eines Bevollmächtigten schriftlich eingereicht oder zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle abgegeben werden.

Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde auch noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Der Beschwerdeschrift sollen 4 Abschriften beigelegt werden.

Seign  
Vors. Richter am VG