

Oberverwaltungsgericht NRW, 11 A 566/13

Datum: 08.12.2017
Gericht: Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper: 11. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 A 566/13
ECLI: ECLI:DE:OVGNRW:2017:1208.11A566.13.00

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Düsseldorf, 16 K 6801/12

Tenor: Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Es wird festgestellt, dass der Bescheid der Beklagten vom 29. August 2012 rechtswidrig gewesen ist und die Beklagte insoweit verpflichtet war, den Antrag der Klägerin auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnisse für die Aufstellung von Altkleidercontainern an den sieben am 13. März 2012 beantragten Standorten unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte; die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

<u>Tatbestand:</u>	1
Die Klägerin ist ein Unternehmen, das sich mit dem Sammeln von Altkleidern in von ihr aufgestellten Sammelcontainern befasst.	2
Am 13. März 2012 beantragte sie die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen für die Aufstellung von Wertstoffboxen für Kleider an sieben unterschiedlichen Standorten im Gemeindegebiet der Beklagten. Unter dem im Vordruck jeweils vorgesehenen Abschnitt „3. Dauer der Nutzung“ kreuzte sie die Möglichkeit „jährlich bis auf Widerruf (von - bis)“ an und trug in der daneben stehenden Zeile den Zeitraum 1. Mai 2012 bis 30. April 2013 ein.	3

- Mit Schreiben vom 29. März 2012 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass in ihrem Gemeindegebiet die Aufstellung von Altkleidersammelcontainern auf öffentlichen Flächen im Rahmen von Sondernutzungen nicht genehmigt werde. 4
- Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 2. April 2012 bat die Klägerin unter Hinweis auf die bereits vorhandenen Sammelcontainer der Beigeladenen um erneute Prüfung. Soweit die Beklagte insoweit keine Sondernutzungserlaubnisse erteile, werde angefragt, in welcher Form die Aufstellung von Wertstoffboxen im Gemeindegebiet rechtlich bindend geregelt werden solle. Ferner werde um einen entsprechenden Bescheid gebeten. 5
- Unter dem 4. April 2012 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie am 29. März 2012 im Rahmen einer gebotenen Gleichbehandlung aller Mitbewerber die Aufstellung von Wertstoffboxen für Altkleider im Rahmen einer Sondernutzungserlaubnis abgelehnt habe. Aufgrund eines seitens der Beigeladenen vorgelegten Angebotes sei mit dieser ein Gestattungsvertrag für zunächst ein Jahr geschlossen worden, nachdem auch für die Beigeladene eine entsprechende Aufstellung von Sammelcontainern im Rahmen von Sondernutzungen abgelehnt worden sei. Der Klägerin sei es unbenommen, selbst ein Angebot auf Abschluss eines Gestattungsvertrags zu unterbreiten. Die Aufstellung von Wertstoffboxen für Altkleider im Rahmen von Sondernutzungen werde auch weiterhin nicht zugelassen. 6
- Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin wies mit Schreiben vom 3. Mai 2012 auf ein bereits im Jahr 2010 abgelehntes Angebot zur Aufstellung von Wertstoffboxen hin und bat um Mitteilung der Bedingungen des Gestattungsvertrags zwischen der Beklagten und der Beigeladenen. Ein entsprechendes Angebot werde noch seitens der Klägerin unterbreitet. Sollte dieses erneut - ohne nachvollziehbaren Grund - abgelehnt werden, würden die Schreiben vom 29. März 2012 und vom 3. April 2012 als ablehnende Bescheide angesehen und entsprechend Klage eingereicht. 7
- Daraufhin übersandte die Beklagte der Klägerin ein Muster des Gestattungsvertrags für aufzustellende Wertboxen für Altkleider und Altschuhe. Die Klägerin könne auf der Grundlage dieses Vertrages ebenfalls ein Angebot einreichen. Falls dieses nach Prüfung als annehmbar angesehen werde, könne auch mit der Klägerin im Rahmen der gebotenen Gleichbehandlung ein Gestattungsvertrag geschlossen werden. Die Klägerin bot ab dem Monat Juli 2012 für von der Beklagten zugewiesene Aufstellflächen auf Basis des von der Beklagten übersandten Gestattungsvertrages einen Preis von 400,00 Euro jährlich je Standort, worauf die Beklagte unter dem 20. Juli 2012 mitteilte, dass dieses Angebot hinsichtlich der Höhe nicht überzeugen könne. Die von der Klägerin bevorzugten Standorte seien zudem mit Altkleidercontainern eines Mitbewerbers bestückt, so dass dort die Aufstellung weiterer Container keinesfalls gestattet werde. Der Vertrag mit dem Aufsteller sei zunächst bis zum 31. Dezember 2012 befristet. Die Klägerin könne ein neues Angebot für die Zeit ab 2013 unterbreiten. 8
- Mit Schreiben vom 3. August 2012 erhob die Klägerin Widerspruch gegen den Bescheid vom 20. Juli 2012. Im Gemeindegebiet der Beklagten sei ausreichend Platz für die Container der Klägerin vorhanden. Die Klägerin sei als zertifiziertes Entsorgungsunternehmen im Gegensatz zu der Beigeladenen in besonderem Maße geeignet, die Entsorgung von Altkleidern und Altschuhen sicherzustellen. Es werde um Mitteilung des Preises, den die Beigeladene zahle, gebeten. Die Klägerin sei bereit, den gleichen ortsüblichen Preis zu zahlen. 9

Am 29. August 2012 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin als unzulässig zurück. Eine nochmalige Prüfung führe zu keinem anderen Ergebnis. Die Aufstellung zusätzlicher Altkleidercontainer auf öffentlicher Fläche in ihrem Gemeindegebiet lehne sie auch weiterhin ab. Ein Bedarf werde zumindest für das Jahr 2012 nicht gesehen. 10

Dagegen hat die Klägerin am 1. Oktober 2012 Klage erhoben. Zur Begründung hat sie u. a. ausgeführt, dass die Beklagte ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt habe. Daher stehe ihr ein Neubescheidungsanspruch zu. Die Beklagte bevorzuge ein Konkurrenzunternehmen ohne sachlichen Grund. Es liege ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vor. Zudem bestünden sachfremde Erwägungen darin, dass das Angebot der Klägerin als zu niedrig angesehen worden sei, ohne Angaben zu einem angemessenen Angebot zu machen. Im Gemeindegebiet der Beklagten seien noch genügend Freiflächen zur Aufstellung von Altkleidercontainern vorhanden. 11

Die Klägerin hat beantragt, 12

den Bescheid der Beklagten vom 29. August 2012 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, den Antrag der Klägerin zur Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen oder Abschluss von Gestattungsverträgen zur Aufstellung von Altkleidersammelcontainern im Gemeindegebiet unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. 13

Die Beklagte hat beantragt, 14

die Klage abzuweisen. 15

Sie hat ausgeführt, dass die Beigeladene 17 Standorte mit Altkleidercontainern bestückt habe, die sich sämtlich auf öffentlichen Verkehrsflächen befänden. Die von der Klägerin begehrten Standorte seien bereits vollständig durch Container der Beigeladenen besetzt. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf eine Sondernutzungserlaubnis, welche im Ermessen der Beklagten stehe. Von diesem habe sie auch Gebrauch gemacht, indem sie grundsätzlich und generell keine Sondernutzungserlaubnis für die Aufstellung von Altkleidersammelcontainern erteile. Stattdessen habe sie sich entschieden, die Aufstellung von Altkleidersammelcontainern aufgrund eines Gestattungsvertrages zuzulassen. Damit wolle sie der ausufernden Aufstellung von Altkleidercontainern sowie von diesen ausgehende Beeinträchtigungen durch Verschmutzungen im Straßenraum begegnen. Zudem sei der öffentliche Straßenraum nicht für die Ausübung von Gewerbe vorgesehen, so dass auch aus diesem Grund keine Sondernutzungserlaubnisse für diese Zwecke erteilt würden. Bei Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen sei eine Flut weiterer Anträge zu befürchten mit der Folge eines hohen Verwaltungs- und Überwachungsaufwandes. Daher sei diese einheitliche und generelle Ermessensausübung nicht zu beanstanden. Die Klägerin könne zudem auf Privatgrundstücke ausweichen. Die Klägerin habe auch keinen Anspruch auf den Abschluss eines Gestattungsvertrages. Das von der Klägerin angebotene Konzessionsentgelt sei zu niedrig gewesen und bis zum Ende des Jahres 2012 bestünde kein Bedarf für weitere Altkleidersammelcontainer. Für den Abschluss eines Gestattungsvertrags nur mit einem Unternehmen spreche der Umstand, dass die Beklagte auf einen Ansprechpartner für Verschmutzungen zurückgreifen könne. Eine Ausschreibung sei insoweit nicht erforderlich, weil lediglich eine Dienstleistungskonzession und kein öffentlicher Auftrag vorliege. Die 16

Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis sei nicht erforderlich, wenn eine sonstige Benutzung der Straße den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt, § 23 StrWG NRW. Die von der Klägerin beantragten Standorte dienen nicht der Ausübung des widmungsgemäßen Verkehrs – es handele sich insoweit um Straßenbegleitgrün, teilweise unbefestigte Straßenrandstreifen und Containerstellfläche.

Die Beigeladene hat beantragt, 17

die Klage abzuweisen. 18

Das Verwaltungsgericht hat der Klage mit Urteil vom 29. Januar 2013 stattgegeben. 19
Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Jedenfalls im Schreiben vom 29. August 2012 liege ein Verwaltungsakt. Die Klägerin habe einen Anspruch auf Neubescheidung. Die Ablehnung von Sondernutzungserlaubnissen, sei es in Form des Verwaltungsaktes, sei es durch Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags, sei rechtswidrig. Eine privatrechtliche Sondernutzung nach § 23 StrWG NRW könne nur angenommen werden, wenn eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs von vornherein ausgeschlossen werden könne oder allenfalls vorübergehend in Rechnung gestellt werden müsse. Die Beklagte habe hinsichtlich der Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Im Verwaltungsverfahren habe die Beklagte nicht auf eine Ausschließlichkeitsvereinbarung mit der Beigeladenen abgestellt. Die Erzielbarkeit von Einnahmen in bestimmter Höhe zähle nicht zu den zulässigen straßenbezogenen Gesichtspunkten. Die im Klageverfahren nachgeschobenen Ausschließlichkeitserwägungen trügen die angefochtene Entscheidung ebenfalls nicht. Zudem sei das von der Beklagten gewählte Verfahren im Hinblick auf eine Dienstleistungskonzession nicht transparent gewesen, weil die Klägerin nicht habe erkennen können, unter welchen verfahrensrechtlichen Bedingungen und unter Beachtung welcher materieller Kriterien sie eine Bewerbung hätte abgeben müssen.

Zur Begründung der vom Senat zugelassenen Berufung wiederholt und vertieft die 20
Beklagte ihre bisherigen Ausführungen. Ergänzend trägt sie vor, dass eine Ablehnung der beantragten Sondernutzungserlaubnisse nie erfolgt sei. In dem Schreiben vom 29. August 2012 sei lediglich der beantragte Abschluss eines Gestattungsvertrages abgelehnt worden. Auch die Voraussetzungen für eine Untätigkeitsklage lägen nicht vor, weil die Klägerin auf Anfrage der Beklagten Ablehnungsbescheide nicht gewünscht habe. Ermessenserwägungen seien jedenfalls im Klageverfahren ausreichend und sachgerecht ergänzt worden. Der Vertrag mit der Beigeladenen binde die Beklagte. Die Klägerin habe in den Städten E., I. (T.), M. und H. unerlaubt Altkleidercontainer aufgestellt. Die Hauptsache habe sich mit Ablauf des 30. April 2013 im Hinblick auf die beantragte Sondernutzung im Zeitraum vom 1. Mai 2012 bis zum 30. April 2013 erledigt. Den Abschluss eines Gestattungsvertrages habe die Klägerin nicht beantragt. Im Schreiben vom 2. Juli 2012 liege lediglich ein Angebot zum Abschluss eines Vertrags und kein Antrag auf Erlass eines Verwaltungsaktes. Aufstellerin der im Gemeindegebiet auf öffentlichen Flächen aufgestellten Altkleidersammelcontainer sei allein die Beigeladene aufgrund eines Gestattungsvertrags vom 28. November 2011. Dieser Vertrag habe zum 1. Januar 2012 begonnen und verlängere sich automatisch um ein Jahr, wenn er nicht rechtzeitig gekündigt werde. Es seien 32 Container an 17 Standorten aufgestellt. Seit dem Jahr 2012 hätten zwei weitere Unternehmen Angebote zur Aufstellung von Altkleidercontainern abgegeben, die abschlägig beschieden worden seien. Der nach § 12 Nr. 1 der Hauptsatzung der Beklagten für Geschäfte der laufenden Verwaltung zuständige Bürgermeister habe

im Jahr 2012 entschieden, nur noch einem Unternehmer die flächendeckende Aufstellung von Altkleidersammelcontainern im Gemeindegebiet zu gestatten. Ab dem 1. Januar 2018 sei das Einsammeln von Altkleidern und Alttextilien neu geregelt worden. Die Beklagte habe das Einsammeln von Alttextilien auf die Kreis Weseler Abfallgesellschaft mbH & Co. KG übertragen.

Die Beklagte beantragt,	21
das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen.	22
Die Klägerin beantragt,	23
unter Zurückweisung der Berufung festzustellen, dass die Ablehnung ihrer Anträge auf Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen zur Aufstellung von Altkleidersammelcontainern im Stadtgebiet der Beklagten vom 13. März 2012 mit Bescheid vom 29. August 2012 rechtswidrig und die Beklagte verpflichtet gewesen ist, sie unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.	24
Die Klägerin macht geltend, dass ihre Anträge vom 12. März 2012 jeweils mit dem Vermerk „jährlich bis auf Widerruf“ versehen gewesen seien, so dass sie zunächst keine Folgeanträge gestellt habe. Sie beabsichtige jedoch weiterhin, Altkleidersammelcontainer im Gemeindegebiet der Beklagten aufzustellen. Daher seien auch inzwischen Neuansträge unter dem 10. Februar 2017 bei der Beklagten gestellt worden. Die Ordnungsverfügung des Landrats des Kreises X. vom 6. November 2012, mit der ihr die Durchführung der gewerblichen Sammlung von Altkleidern im Kreis X. untersagt worden sei, sei inzwischen aufgehoben worden.	25
Die Beigeladene stellt im Berufungsverfahren keinen Antrag.	26
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakte und den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Beklagten Bezug genommen.	27
<u>Entscheidungsgründe:</u>	28
Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg.	29
Die Klägerin durfte ihren erstinstanzlichen Verpflichtungsantrag ohne die Erfordernisse an eine Anschlussberufung nach § 127 VwGO auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage umstellen. Die Umstellung des Klageantrags ist keine Klageänderung i. S. v. § 91 VwGO, sondern eine Einschränkung des Klageantrags gemäß § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 264 Nr. 2 ZPO, die auch in der Berufungs- und Revisionsinstanz regelmäßig zulässig ist. Daher kommt es auf die Frage, ob eine Klageänderung i. S. v. § 91 VwGO im Berufungsverfahren nach einem stattgebenden Urteil erster Instanz nur im Wege einer rechtzeitig eingelegten Anschlussberufung nach § 127 VwGO vorgenommen werden kann, nicht an.	30
Vgl. BVerwG, Urteil vom 4. Dezember 2014 - 4 C 33.13 -, BVerwGE 151, 36 (38) = juris, Rn. 11.	31
Die als Verpflichtungsklage erhobene und im Berufungsverfahren auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage umgestellte Klage ist zulässig und begründet.	32
	33

1. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO statthaft. Der ablehnende Bescheid vom 29. August 2012 ist ein Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG NRW. Denn es handelt sich im Hinblick auf die Formulierung, dass die Aufstellung zusätzlicher Altkleidercontainer auf öffentlichen Flächen in der Gemeinde B. auch weiterhin abgelehnt werde, um eine auf unmittelbare Außenwirkung gerichtete Regelung von Einzelfällen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts im Sinne des Verwaltungsaktsbegriffs. Die Beklagte hat mit dieser Entscheidung alle sieben Anträge der Klägerin auf Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen für die Aufstellung von Altkleidersammelcontainern an den jeweiligen Standorten abgelehnt. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der vorherigen Korrespondenz zwischen der Klägerin und der Beklagten zu der beantragten Sondernutzung. In diesem Schriftverkehr machte die Beklagte deutlich, dass sie eine Aufstellung von Altkleidersammelcontainern - unabhängig von der Frage der Rechtsform - durch die Klägerin ablehnt. Ob es sich bei dem Schreiben vom 29. August 2012 zusätzlich um einen Widerspruchsbescheid zu der Zurückweisung des Angebots der Klägerin auf Abschluss eines „Gestattungsvertrages“ handelt, wie es von der Beklagten geltend gemacht wird, kann daher offen bleiben. Soweit die Beklagte im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, dass die Klägerin auf eine Bescheidung ihrer Anträge auf Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen verzichtet habe, weil sie ein Angebot auf Abschluss eines Gestattungsvertrages vorgelegt habe, ergibt sich daraus nichts anderes. Eine förmliche Rücknahme der Anträge vom 13. März 2012 liegt überdies nicht vor und ist auch konkludent in dem Angebot auf Abschluss eines Gestattungsvertrages, auf den sie seitens der Beklagten verwiesen wurde, nicht zu erkennen.

Die Klage ist auch als Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig. Danach kann das Gericht die Rechtswidrigkeit eines ablehnenden Verwaltungsaktes aussprechen, wenn sich der Verwaltungsakt nach Klageerhebung erledigt und der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. So liegt es hier. Das mit der Klage verfolgte Begehren der Klägerin auf Neubescheidung ihrer Anträge hat sich nach Klageerhebung durch Zeitablauf erledigt. Die Anträge der Klägerin zur Aufstellung von Altkleidersammelcontainern bezogen sich auf den inzwischen abgelaufenen Zeitraum vom 1. Mai 2012 bis zum 30. April 2013. Dem steht auch der Einwand der Klägerin nicht entgegen, dass sie die Möglichkeit „jährlich bis auf Widerruf (von - bis)“ angekreuzt hat. Denn sie hat zusätzlich einen konkreten Zeitraum angegeben, der wegen der Nennung der jeweiligen Jahreszahlen objektiv als abgeschlossen zu betrachten ist. Dies ist mit einer von der Klägerin beabsichtigten Verlängerung jeweils um ein Jahr - unabhängig von der Frage der straßenrechtlichen Zulässigkeit - nicht vereinbar. Der von der Klägerin genannte Zeitraum beschränkt sich aufgrund der Angabe konkreter Jahreszahlen vielmehr auf ein konkretes Jahr. Die Möglichkeit der im Vordruck vorgesehenen jährlichen Nutzung bezieht sich nach dem objektiven Empfängerhorizont auf die Fälle, in denen eine Sondernutzung für einen innerhalb eines Jahres abgeschlossenen Zeitraum begehrt wird, der jährlich wiederholt werden soll.

Die Klägerin hat unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr ein berechtigtes Feststellungsinteresse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der ablehnenden Entscheidungen der Beklagten. Sie hat bereits entsprechende Anträge für die Zeit vom 1. März 2017 bis zum 29. Februar 2018 gestellt. Die Klägerin muss auch in Zukunft damit rechnen, dass die Beklagte die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen mit gleichlautender Begründung ablehnt. Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse der Klägerin ist auch nicht dadurch entfallen,

34

35

dass die Beklagte ab dem 1. Januar 2018 das Einsammeln von Alttextilien auf die Kreis X1. Abfallgesellschaft mbH & Co. KG übertragen hat. Das entsprechende Feststellungsinteresse fehlt zwar, wenn sich die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse geändert haben und anzunehmen ist, dass die Behörde unter den geänderten Verhältnissen gleichartige Anträge nicht mit gleichartigen Erwägungen ablehnen wird.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 16. Oktober 1989 36

- 7 B 108.89 -, Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 211 = juris, Rn. 5; Bay. VGH, Beschluss vom 20. Juni 2014 - 5 ZB 12.2574 -, juris, Rn. 4. 37

Die Klägerin muss jedoch weiterhin damit rechnen, dass ihre Anträge auf Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen mit der bisherigen Begründung abgelehnt werden, weil die Beklagte ausweislich des übersandten Vertrags mit der Kreis X1. Abfallgesellschaft mbH & Co. KG vom 7. November 2017 weiterhin die Entsorgung von Altkleidern mit einem einzigen Vertragspartner - und zwar ohne die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen - durchführen will. Zudem hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 5. Dezember 2017 mitgeteilt, dass sie auch künftig keine Aufstellung von Altkleidersammelcontainern für gemeinnützige oder private Sammlungen auf öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen gestatten werde. 38

2. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist auch begründet. Die Ablehnung der Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen für die Aufstellung von Altkleidersammelcontainern mit Bescheid vom 29. August 2012 war rechtswidrig und hat die Klägerin in ihren Rechten verletzt (analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO); die Klägerin hatte im Zeitpunkt des Eintritts der Erledigung einen Anspruch auf Neubescheidung ihrer auf die Aufstellung von Altkleidersammelcontainern an sieben Standorten gerichteten Anträge auf Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen. 39

Rechtsgrundlage für die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen ist § 18 Abs. 1 Satz 2 StrWG NRW. Danach bedarf die Benutzung öffentlicher Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) der Erlaubnis der Straßenbaubehörde. 40

a. Die von der Klägerin beabsichtigte Aufstellung von Altkleidersammelcontainern stellt eine Sondernutzung dar. 41

Vgl. hierzu OVG NRW, Beschlüsse vom 30. Oktober 1996 - 23 B 2398/96 -, NVwZ-RR 1997, 384 f. = juris, Rn. 5 ff., und vom 15. Juli 1999 - 23 B 334/99-, NWVBl. 2000, 216 (217) = juris, Rn. 11. 42

Mit dem Aufstellen der Altkleidercontainer geht die Benutzung öffentlicher Straßenflächen über den Gemeingebrauch hinaus einher. Dies gilt in jedem Fall für die Container, die auf öffentlichem Straßengelände aufgestellt waren. Durch Aufstellung und bestimmungsgemäße Nutzung solcher Container kann der Gemeingebrauch anderer Verkehrsteilnehmer beeinträchtigt werden. 43

Vgl. etwa OVG NRW, Beschluss vom 15. Juli 1999 - 23 B 334/99 -, a. a. O.; Urteil vom 9. Juni 2016 - 11 A 2560/13 -, juris, Rn. 34, Beschluss vom 14. Dezember 2016 - 11 B 1346/16 -, juris, Rn. 5, Urteil vom 7. April 2017 - 11 A 2068/14 -, juris, Rn. 44. 44

Dies gilt auch soweit die Beklagte sich darauf beruft, dass die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis nicht erforderlich sei, weil es sich um eine sonstige Benutzung der Straße i. S. d. § 23 StrWG NRW handele, die den Gemeingebrauch 45

nicht beeinträchtigt. Unabhängig von dem Umstand, dass die Klägerin nach dem Vortrag der Beklagten die Aufstellung von Altkleidersammelcontainern auf öffentlichen und nicht auf privaten Flächen begehrt hat, liegt kein Fall vor, in dem der Gemeingebrauch überhaupt nicht beeinträchtigt wird. Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang darauf abstellt, dass die von der Klägerin beantragten Standorte nicht der Ausübung des widmungsgemäßen Verkehrs dienen, weil es sich insoweit um Straßenbegleitgrün, teilweise unbefestigte Straßenrandstreifen und Containerstellflächen handele, führt dieser Einwand zu keinem anderen Ergebnis. Denn selbst für Container, die zwar nicht auf öffentlichem Straßengrund, aber so auf dem angrenzenden Privatgelände aufgestellt sind, dass die Benutzer während des Befüllens auf der öffentlichen Verkehrsfläche verweilen müssen, wird nach der Rechtsprechung des Senats ungeachtet der Frage, ob dadurch eine Störung des Verkehrs auf der Verkehrsfläche verursacht wird, eine Sondernutzung angenommen. Denn Personen, die einen am Rand der öffentlichen Verkehrsfläche aufgestellten Container nutzen, handeln nicht mehr im Rahmen des zugelassenen Gemeingebrauchs. Die damit verbundenen Handlungen - Lektüre einer Gebrauchsanweisung, Öffnen einer Klappe, Einwerfen von Schuhen oder Kleidung - sind keine Vorgänge, die überwiegend dem Verkehr dienen, sondern der gewerblichen Betätigung des Aufstellers zuzurechnen.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 9. Juni 2016 - 11 A 2560/13 -, juris, Rn. 34. 46

Diese Erwägungen gelten auch hier. Die von der Klägerin beantragten Standorte befinden sich ausweislich der mit dem Antrag auf Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen übersandten Lichtbilder in Zusammenschau mit den im Internet zugänglichen Luftbildern auf einem Gehweg (C.-----straße), auf Parkplatzflächen (U.-----weg /Ecke E1. 11. und E2.-----weg /Ecke Im E3.) und auf Grünflächen, die an eine Verkehrsfläche angrenzen (G. C1. Straße, Von E4.-----straße , C2.-----straße /Ecke N.-----weg und Am N1.). Die Standorte auf den Grünstreifen befinden sich zwar nicht auf einer öffentlichen Verkehrsfläche, wären aber nur von der öffentlichen Verkehrsfläche aus zu befüllen. Auch im Hinblick auf den Standort C2.-----straße /Ecke N.-----weg ist nicht ersichtlich, dass der Altkleidercontainer so an dem im Antrag markierten Standort aufgestellt werden könnte, dass ein Befüllen ausschließlich von der Grünfläche aus - ohne Betreten der angrenzenden Verkehrsfläche - möglich wäre. 47

b. Die Ablehnung der beantragten Sondernutzungserlaubnisse im Bescheid vom 29. August 2012 war ermessensfehlerhaft. 48

Die Sondernutzungserlaubnis wird auf Grund einer Ermessensentscheidung erteilt (vgl. § 18 Abs. 2 StrWG NRW). Das der Behörde eingeräumte Ermessen ist entsprechend dem Zweck der Vorschrift unter Einhaltung der gesetzlichen Grenzen, insbesondere des Gebots der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG), auszuüben (§ 40 VwVfG NRW). Die gerichtliche Kontrolle der Ermessensentscheidung beschränkt sich auf die Einhaltung dieses rechtlichen Rahmens (§ 114 Satz 1 VwGO). Dabei sind im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zulässig nachgeschobene Ermessenserwägungen im Sinne von § 114 Satz 2 VwGO vom Gericht zu berücksichtigen. 49

Eine ordnungsgemäße Ermessensausübung setzt zunächst voraus, dass der der Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt und alle wesentlichen Umstände berücksichtigt werden. 50

- Vgl. hierzu Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 18. Auflage 2017, § 40 Rn. 80. 51
- aa. Die streitbefangene Ablehnung der Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen ist bereits deshalb ermessensfehlerhaft, weil Ermessenserwägungen der Beklagten vollständig fehlen. Die Beklagte hat nicht erkannt, dass sie nach § 18 StrWG NRW eine Ermessensentscheidung hätte treffen müssen. Stattdessen hat sie die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen pauschal abgelehnt bzw. die Klägerin auf den Abschluss eines privatrechtlichen Gestattungsvertrages, wie sie ihn mit der Beigeladenen geschlossen hat, verwiesen. Die Beklagte ging davon aus, dass sie die Aufstellung der Altkleidercontainer ohne die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen regeln könne. Zwar mag die Einräumung des Rechts zur Sondernutzung auch durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag (§ 54 VwVfG NRW) erfolgen können. 52
- Vgl. dazu: Hengst/Majcherek, StrWG NRW, Kommentar, Stand: Januar 2016, § 18 Ziff. 1.2. 53
- Dies würde aber voraussetzen, dass auch die Sondernutzungserlaubnis selbst vertraglich geregelt wird. Dies ist hier aber nicht der Fall. Die Beklagte hat bereits das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Sondernutzung von vornherein nicht in Betracht gezogen und daher den Gestattungsvertrag als privatrechtliches Instrument zur Überlassung des Rechts auf Sondernutzung betrachtet. Dies wird daran deutlich, dass sie die Aufstellung gegen „Konzessionsentgelt“ gestattet hat und - wie der damalige Schriftwechsel mit der Klägerin zeigt - die zur Verfügung gestellten Plätze an denjenigen Aufsteller vergeben wollte, der das höchste Angebot macht. Die Aufstellung der hier beantragten Altkleidersammelcontainer betrifft aber ausschließlich öffentlich-rechtliche Sondernutzungen (§ 18 StrWG NRW), die stets öffentlich-rechtlich zu regeln sind. Etwas anderes kann nur für die privatrechtliche sonstige Benutzung (vgl. § 23 StrWG NRW) gelten, welche ohne Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs ausgeübt werden kann, 54
- vgl. dazu: Hengst/Majcherek, StrWG NRW, Kommentar, Stand: Januar 2016, § 23 Ziff. 1, 55
- und hier, wie unter 2. a. festgestellt, ersichtlich nicht vorliegt. 56
- Unabhängig davon würde auch der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages anstelle der Erteilung der beantragten Sondernutzungserlaubnisse einer ermessensfehlerfreien Entscheidung bedürfen, die hier, wie festgestellt, nicht vorliegt. 57
- Soweit die Beklagte vor dem Erlass des streitbefangenen Bescheides auf eine Bestückung der jeweiligen Standorte durch einen Mitbewerber und im Bescheid vom 29. August 2012 selbst auf den fehlenden Bedarf für Altkleidercontainer im Jahr 2012 abgestellt hat, ist auch darin keine Ermessensausübung zu sehen. Denn die Beklagte ist weiterhin nicht von der Notwendigkeit der Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen durch die Aufstellung der beantragten Container ausgegangen. 58
- bb. Schließlich führen auch die erstmals im gerichtlichen Verfahren substantiierten Ausführungen der Beklagten zu dem Abschluss eines Gestattungsvertrages mit der Beigeladenen, zur Regelung der Aufstellung von Altkleidersammelcontainern durch Gestattungsverträge anstelle von Sondernutzungserlaubnissen und zur Zuverlässigkeit der Klägerin nicht zu einer ermessensfehlerfreien Entscheidung. 59

- Ein Nachschieben von Ermessenserwägungen nach § 114 Satz 2 VwGO kommt nicht in Betracht. Nach dieser Vorschrift kann die Verwaltungsbehörde ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen. § 114 Satz 2 VwGO schafft die prozessualen Voraussetzungen aber lediglich dafür, dass die Behörde defizitäre Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen kann, nicht hingegen dafür, dass sie ihr Ermessen nachträglich erstmals ausübt. 60
- Vgl. BVerwG, Urteil vom 5. September 2006 - 1 C 20.05 -, Buchholz 316 § 48 VwVfG Nr. 115, S. 7 f. = juris, Rn. 22, m. w. N. 61
- Dies ist hier aber der Fall. Nachdem die Beklagte angenommen hatte, dass keine öffentlich-rechtliche Sondernutzung vorliege und sie vor diesem Hintergrund allein auf privatrechtliche Regelungen abstellen könne, handelt es sich um einen Ermessensausfall, bei dem ein Nachschieben von Ermessenserwägungen nicht möglich ist. 62
- Vor diesem Hintergrund kommt es - soweit die Beklagte auf eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Braunschweigs (Urteil vom 10. Februar 2009 - 6 A 240/07 -) hinweist, nach der die Kommunen rechtlich nicht dazu verpflichtet seien, Sondernutzungserlaubnisse für Alttextilcontainer in jedem Fall auf mehrere Unternehmen zu verteilen - auf die Rechtsprechung des Senats zu Werbenutzungsverträgen nicht mehr an. 63
- Vgl. hierzu: OVG NRW, Urteil vom 6. Juni 1990 - 23 A 2104/87 -, EStT NW 1991, 353 f., und Beschluss vom 14. Februar 2000 - 11 A 3887/96 -, juris, wonach die Gemeinde das ihr durch § 18 StrWG NRW eingeräumte Ermessen bei der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis zum Aufstellen von Plakaten durch einen Werbenutzungsvertrag dahingehend binden darf, dass sie ausschließlich ihrem Vertragspartner Sondernutzungserlaubnisse für Werbemaßnahmen erteilt; die Unzulässigkeit von derartigen Werbenutzungsverträgen nehmen an: Bay. VGH, Urteil vom 29. Oktober 2008 - 8 B 05.1468, 8 B 05.1471 -, BayVBl. 2009, 661 = juris; Hess. VGH, Urteil vom 21. September 2005 - 2 UE 2140/02 -, juris, Rn. 22. 64
- Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Klarstellend wird darauf hingewiesen, dass die Beigeladene keine Kosten trägt, weil sie im Berufungsverfahren keinen Antrag gestellt hat (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO). Es entspricht aber auch nicht der Billigkeit im Sinne des § 162 Abs. 3 VwGO, die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen für erstattungsfähig zu erklären. 65
- Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung folgt aus den §§ 167 VwGO, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 66
- Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen. 67