



Law Clinic Transformationsrecht: Commons Public Partnerships Abschlussbericht

Universität Würzburg

Juristische Fakultät
Professur für Öffentliches Recht
und Wirtschaftsvölkerrecht
Prof. Dr. Isabel Feichtner
Domerschulstr. 16
97070 Würzburg

Kontakt

tim.schilderoth@uni-wuerzburg.de

Stand

Juni 2022

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	3
B. Einführung: Commons Public Partnerships.....	4
C. Ergebnisse der Kleingruppenarbeiten im Rahmen der Law Clinic	7
I. Hansa Flohmarkt.....	7
1. Beschreibung des Projekts durch die Projektverantwortlichen	7
2. Argumentationspapier Verwaltungskooperation durch Common Public Partnerships: Hansa Flohmarkt	7
a) Der Hansa Flohmarkt als "Flohmarkt plus X"	8
b) Der Hansa Flohmarkt als Motor einer gemeinwohlorientierten Stadtentwicklung.....	8
c) Der Hansa Flohmarkt im Lichte des Gemeingebrauchs	9
d) Der Hansa Flohmarkt im Lichte des Kreislaufwirtschaftsgesetzes	9
e) Wertschätzen statt Wegwerfen – Konzepte und Ideen zur Abfallvermeidung	10
3. Literatur	11
II. Regenspeicher.....	12
1. Beschreibung des Projekts durch den Projektverantwortlichen	12
2. Kurzgutachten zu ausgewählten Rechtsfragen des Projekts „Wassertanke“.....	12
a) Genehmigung.....	12
aa) Straßenrecht und Bauordnungsrecht	12
(1) Straßenrecht	12
(2) Bauordnungsrecht	13
(a) Genehmigungserfordernis:.....	13
(b) Anforderungen des Bauordnungsrechts:	14
(3) Verhältnis Straßenrecht – Bauordnungsrecht	14
b) Anträge	15
aa) Antrag auf straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis	15
bb) Bauantrag	15
cc) Verhältnis.....	16
c) Ämter.....	16
3. „Legal Hacks“: Regentonnen als Straßenkunst? Kunstprojekte als Wissens- und Wasserspeicher	17

A. Einleitung

Gegenstand der Würzburger Law Clinic Transformationsrecht ist die Rolle des Rechts in der sozialökologischen Transformation. Dies unterscheidet sie von anderen Law Clinics, deren Fokus meist auf dem Schutz subjektiver Rechte und individueller Rechtsberatung liegt. In der Law Clinic Transformationsrecht arbeiten Lehrende, wissenschaftliche Mitarbeitende und Studierende an der Frage, wie Recht eingesetzt werden kann, um gesellschaftlichen Wandel zu befördern und zu gestalten. Dabei kooperiert die Law Clinic eng mit zivilgesellschaftlichen Initiativen. Die erste Law Clinic Transformationsrecht fand im Sommersemester 2021 statt und beschäftigte sich mit dem rechtlichen Design von Komplementär- und Klimawährungen.

Im Wintersemester 2021/2022 untersuchte die Law Clinic die Rolle des Rechts bei der Gestaltung von Commons Public Partnerships (CPP). Schwerpunkt waren CPP im Bereich der Urban Commons; das sind Projekte der kollektiven Selbstorganisation von Stadtmenschen zur Entprivatisierung und gemeinschaftlichen Bewirtschaftung städtischer Ressourcen. Solchen Projekten widmen sich die Initiativen Ernährungsrat Berlin, Transformation Haus und Feld und das Hansaforum-Münster, mit denen die Law Clinic kooperiert hat. Erste Fragestellungen für die Law Clinic entstanden während des von der Commons-Forscherin und Aktivistin Silke Helfrich initiierten CPP-Days im Haus der Statistik in Berlin am 26. August 2021.

Am 2. November 2021 startete die Law Clinic mit einer ersten Sitzung zu den theoretischen Grundlagen des Commoning und CPP mit einem Impuls von Johann Steudle vom Commons Institut. Auch im weiteren Verlauf begleitete das Commons-Institut – vertreten durch Katja Schubel und Johann Steudle – die Arbeit der Law Clinic. In der zweiten Sitzung am 9. November 2021 stellten die Kooperationspartner*innen in kurzen Impulsvorträgen ihre jeweiligen Perspektiven, Erwartungen und Wünsche an die Law Clinic vor. Daraufhin formierten sich am 16. November 2021 in der dritten Sitzung der Law Clinic Kleingruppen zur Bearbeitung ausgewählter Fragestellungen. Die Fragestellungen wurden von den Kleingruppen in einer längeren Arbeitsphase bearbeitet und es fanden regelmäßige Treffen im Plenum zur gemeinsamen Diskussion des Arbeitsstands der Kleingruppen statt. Die Ergebnisse wurden am 28./29. Januar 2022 während eines Abschlussworkshops auf Frauenchiemsee konsolidiert.

Die Kleingruppen bearbeiteten insbesondere Rechtsfragen, die sich im Rahmen von Urban Commoning-Projekten des Hansaforum stellen. Das Hansaforum-Münster ist eine Initiative zur Gestaltung des Hansaviertels in Münster und versteht sich als Plattform für bürgerschaftliches Engagement und gemeinwohlorientierte Quartiers- und Stadtentwicklung.¹ Wegen seiner Zielsetzungen der Herstellung von Urban Commons, der engen Kooperation mit der Stadt Münster und Förderung durch das Bundesministerium des Innern und für Heimat kann es als CPP verstanden werden.

Aus der Kleingruppenarbeit entstanden, neben allgemeinen Erkenntnissen zu CPP, rechtliche Kurzanalysen zu öffentlichen Wasserspeichern und einem nachhaltigen Flohmarkt im Hansaviertel.² Sie wurden von Studierenden unterschiedlicher Qualifikationsstufen erstellt, dienen als Orientierungshilfe und sind kein Äquivalent zur Beratung durch Anwält*innen. Nach einer kurzen Erläuterung zu CPP unter B. finden sich unter C. die genannten Kurzanalysen.

¹ Vgl.: <https://hansaforum-muenster.de>; <https://hansaforum-muenster.de/hansaforum-ueberuns>.

² Eine weitere Kleingruppe hat ein Argumentationspapier zu Waldkompensation und Klimabonus erstellt. Da hier CPP nicht im Fokus standen, ist das Papier nicht Teil dieses Berichts.

B. Einführung: Commons Public Partnerships

„Welche Unterstützung benötigen Kommunen und die Menschen, die in ihnen leben und arbeiten, um ihre Gestaltungs- und Veränderungskraft entfalten zu können – in großen wie in kleinen Städten, im Quartier oder in einer ganzen Stadtregion?“³

Den Fokus der Law Clinic bildeten Commons, Commoning und CPP.

Der Begriff *Commoning* „beschreibt die Vielheit und Vielfalt sozialer Prozesse, durch die Menschen sich auf Augenhöhe organisieren, um gemeinsam Ressourcen zu nutzen oder Wissen, Räume und anderes miteinander zu teilen. Sie tun dies, um konkrete Bedürfnisse zu befriedigen, ihre Autonomie und Freiheit zu schützen und bestenfalls auch, um einen nachhaltigen Umgang mit natürlichen Ressourcen zu pflegen.“⁴ Die am jeweiligen Projekt beteiligten Menschen bezeichnen sich selbst manchmal als Commoners oder Gemeinschaffende.

Aus den Praktiken des Commoning können *Commons*, also Gemeingüter, hervorgehen. Weit verstanden, kann der Begriff Commons damit ganz unterschiedliche Dinge umfassen; etwa digitale Infrastrukturen, solidarische Landwirtschaften, open source Saatgut oder auch städtischen Raum: sog. Urban Commons.

In der Neuen Leipzig Charter – die 2020 vom Rat der EU beschlossen wurde – wird bezogen auf öffentliche Beteiligung an Stadtentwicklungsprozessen betont, dass diese möglichst „alle städtischen Akteure einbeziehen“ solle, zur Stärkung der „lokalen Demokratie“.⁵

„[...] Es gilt, neue Formen der Beteiligung zu unterstützen und zu verbessern. Dazu zählen die Koproduktion sowie gemeinsame Gestaltungsprozesse in Zusammenarbeit mit den Einwohnerinnen und Einwohnern, zivilgesellschaftlichen Netzwerken, Organisationen und Privatunternehmen. Durch das Erproben von neuen Formen der Beteiligung können Städte besser mit gegensätzlichen Interessen umgehen, Verantwortung teilen, neue Lösungen erarbeiten.“⁶

Für die Implementierung dieser Postulate der Leipzig Charter könnte die staatliche Unterstützung der zivilgesellschaftlichen Organisation im Wege des Commoning zur Herstellung von Urban Commons dienen. Ein rechtliches Instrument zu deren Förderung sind Commons Public Partnerships, die von Kommunen und zivilgesellschaftlichen Initiativen in Stadtquartieren eingegangen werden.

Anders als in Private Public Partnerships, bei denen Privatunternehmen den Auftrag zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben vertraglich übertragen bekommen, steht bei CPP und den damit einhergehenden Gestaltungsprozessen durch die Gemeinschaffenden rund um eine städtische Ressource das Gemeinwohl und nicht Gewinnerorientierung im Vordergrund.

Der Begriff *Commons Public Partnership* bezeichnet somit genauer ein Kooperationsmodell, bei dem staatliche und zivilgesellschaftliche Akteur*innen auf Grundlage einer schriftlichen Vereinbarung langfristig als gleichrangige Partner*innen zusammenkommen, um für die lokale Ebene eine bedürfnisorientierte und nachhaltige Ausrichtung zu gewährleisten. Verfolgt wird damit der Zweck der kollektiven Bewältigung aller notwendigen Aufgaben rund um Erhalt und Bewirtschaftung der jeweiligen Ressourcen durch die Raumnutzer*innen selbst. In Anerkennung dieser Leistung für das Gemeinwohl, welches im Zentrum der Ausrichtung der Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen nach Art. 28 II GG steht, wird vonseiten einer unterstützenden Verwaltung der Aufbau und Erhalt dieser Selbstorganisationsarbeit bestärkt. Wie dies genau aussieht, dies bestimmt sich anhand der Physiognomie der jeweiligen Projekte, ihren Zielen und dem städtischen Bedingungsrahmen. Von diesen Faktoren abhängig ist

³ Neue Leipzig Charta – Transformative Kraft der Städte, Vorbemerkung, S. 3, Nationale Stadtentwicklungspolitik.

⁴ Helfrich, zitiert nach: Euler, „Wasser als Gemeinsames“, S. 62.

⁵ Neue Leipzig Charta, Prinzipien guter Stadtentwicklungspolitik, S. 23.

⁶ Neue Leipzig Charta, Prinzipien guter Stadtentwicklungspolitik, S. 23 f.

demnach auch die Ausgestaltung einer solchen Vereinbarung: Die zuständigen öffentlichen Stellen (bspw. einer Kommunalverwaltung) können etwa finanzielle Beteiligung leisten oder anfallende Kosten übernehmen und/oder es werden weitreichende Befugnisse bei der Nutzung öffentlicher Infrastruktur (bspw. des Bodens, von Gebäuden oder Maschinen) erteilt. Die Gesamtprojekte werden in gemeinsamem Ownership umgesetzt (Beispiel: Community Land Trusts), wobei den nicht-staatlichen Akteur*innen die Prozess- und Gestaltungshoheit für die Erfüllung übertragen wird.

Wenngleich die Kooperation zwischen dem Hansaforum mit der Stadt Münster gegenwärtig noch einer umfassenden Basisvereinbarung entbehrt, so zeichnen sich die vorhandenen (im Folgenden beschriebenen) Strukturen bereits durch partnerschaftliche Elemente aus: Es handelt sich um ein in Entstehung begriffenes CPP. Das Bundesförderprojekt der Nationalen Stadtentwicklungspolitik ermöglichte durch dreijährige Finanzierung das Erproben eines ortsbezogenen⁷ Modells für die Quartiersentwicklung: „Konzepte und Förderinstrumente [...] sollten auf Grundlage einer fundierten Analyse der spezifischen Situation vor Ort [...] entstehen“, um eine „städtische Entwicklung von innen heraus“ geschehen zu lassen, heißt es in der Charta und das fand mit dem Hansaforum lokale Umsetzung.

Mittlerweile existieren nun eine Reihe verschränkter formeller und informeller Instrumente⁸, die die direkt-demokratischen Prozesse auf Quartiersebene mit der politischen Ebene der gewählten, repräsentativ-demokratischen Stadtvertretung verbinden: Es ist ein „Experimentierfeld [...] für innovative Ansätze“⁹ mit Vorbildcharakter entstanden. Zum einen ist da der Hansa-Konvent, in welchem Quartiersleute zusammenkommen und einstimmig über die Gestaltung ihres Viertels entscheiden. Ihren Überlegungen für die Auswahl von zu fördernden Projekten für die Quartiersgestaltung liegt dabei der von ihnen erarbeitete Quartier-Gemeinwohl-Index (QGI)¹⁰ zu Grunde. Jener wiederum ist selbst Ergebnis eines Beteiligungsprozesses: Bemerkenswert ist dabei seine Flexibilität für tatsächliche Bedürfnisse, als ein „lebendiger“ Index. Die darin bezeichneten Leitlinien für das Viertel sind damit sich wandelnden Gegebenheiten und Wünschen der Gemeinschaft entsprechend einer steten Evaluation und Neuaushandlung zugänglich. Dies steht im Einklang mit der in der Charta formulierten Forderung, wonach es für „gesellschaftlichen Zusammenhalt“ und die Bewältigung komplexer sozioökonomischer Aufgaben „passgenaue[r] politische[r] Programme und Fördermittel“ bedarf.¹¹ Was als passend zur Förderung einzuordnen ist, definieren und erproben mithin insbesondere die Quartiersleute durch Formulierung des QGI. Ein weiteres wesentliches Organ des Forums ist das Hansa-Gremium¹², das alle zwei Monate in einer fünfzehnköpfigen Besetzung zusammenkommt.¹³ Die Mitglieder sind dabei jeweils acht Hansa-Viertelmenschen (die via Los für die Dauer von einem Jahr eingesetzt werden), fünf Politiker*innen aus den Ratsfraktionen (eine Person pro gewählter Partei), eine*r Verwaltungsmitarbeiter*in und eine verantwortliche Geschäftsführer*in der B-Side GmbH (Trägerin des Hansaforums). Wichtiges Charakteristikum des Zusammenwirkens in diesem Gremium ist dabei, dass die Mitglieder hier „auf Augenhöhe und im respektvollen Miteinander“ agieren.¹⁴ Somit finden die Stimmen der Beteiligten verschiedener Raumdimensionen (Quartiers-, Stadt- und Kommunalebene) in gleichrangigem Austausch Gehör. Je nach Beurteilung des Hansa-Gremiums wird schließlich der Antrag für ein großes Projekt (bei Vergabe von Fördermitteln in Höhe von zwischen 2.500 € und 25.000 €) zur Entscheidung in den

⁷ Entsprechend der Prinzipien für gute Standortentwicklungspolitik: „Ortsbezogener Ansatz“, Neue Leipzig Charta, S. 25 f.

⁸ Neue Leipzig Charta, S. 25.

⁹ Neue Leipzig Charta, S. 12.

¹⁰ QGI auf der Website: <https://hansaforum-muenster.de/quartier-gemeinwohl-index/>.

¹¹ Neue Leipzig Charta, S. 12.

¹² Mehr zum Hansaforum: <https://hansaforum-muenster.de/hansa-gremium/>.

¹³ Mehr Informationen zu Zusammensetzung und Arbeit des Hansa-Gremiums unter: <https://hansaforum-muenster.de/hansa-gremium/>.

¹⁴ Siehe Website, s.o.

nächsten Hansa-Konvent übergeleitet. Damit richtet sich die endgültige Entscheidung der Förderung nach dem Willen der Quartiersleute, sie behalten das letzte Wort.

In Übereinstimmung mit den fünf Schlüsselprinzipien guter Stadtentwicklungspolitik nach der Neuen Leipzig Charta - welche Gemeinwohlorientierung, Koproduktion, Ortsbezogenheit und Beteiligung in einem integrierenden Verfahren, unter Einbeziehung eben auch der zivilgesellschaftlichen Gemeinschaft (der Quartiersebene) fordert- ist für die Gestaltung des Hansaviertels eine fortschreitende Verzahnung von „Bottom-Up“ und „Top-Down“-Prozessen zu beobachten¹⁵.

¹⁵Neue Leipzig Charta, Prinzipien guter Stadtentwicklungspolitik, S. 20- 25.

C. Ergebnisse der Kleingruppenarbeiten im Rahmen der Law Clinic

Zu Beginn der Law Clinic konstituierten sich drei Kleingruppen, die ausgewählte Fragestellungen verschiedener Hansaforum-Projekte bearbeiteten. Eine Gruppe arbeitete zum Projekt Hansa Flohmarkt, eine zweite zum Projekt „Regenspeicher“ und eine dritte zum Projekt „Kleinheim“. Bei der Bearbeitung der Fragestellungen der einzelnen Projekte arbeiteten die Kleingruppen auf Grundlage der Informationen, die uns Sascha Kullak vom Hansaforum zur Verfügung gestellt hat. Diese werden wir in diesem Abschnitt nochmal in Auszügen wiedergeben. Teilweise erfolgte zudem ein weiterer Austausch der Kleingruppen mit den jeweiligen Projektverantwortlichen. Für das Projekt „Kleinheim“ gelang es den Studierenden der Law Clinic nicht, den Kontakt herzustellen. Mangels ausreichender Faktenbasis stellten sie die Arbeit zu diesem Projekt ein.

I. Hansa Flohmarkt

1. Beschreibung des Projekts durch die Projektverantwortlichen

Beim *Hansa Flohmarkt* soll es sich nicht nur um einen nicht-gewerblichen Flohmarkt handeln, sondern wir wollen vielmehr ganzjährig einen regelmäßigen Treffpunkt von und für die Bewohner*innen und Freund*innen des Hansaviertels schaffen. Wir wollen damit aktiv etwas gegen die Wegwerfkultur in unserer Gesellschaft unternehmen und einen Beitrag für ein umweltbewussteres Miteinander leisten. Darüber hinaus soll der Markt dem Viertel vor allem ein lebendiges Begegnungs-, Austausch- und Nachbarschaftsforum sein. Dabei soll der Begriff Flohmarkt bewusst erweitert werden durch eine kleine Kulturbühne und Raum für (lokale) politische Initiativen, ihren Projekten eine Fläche zu bieten, um so in Austausch darüber zu kommen. Wir möchten eine Begegnungsstätte für die Bewohner*innen und Freund*innen dieses Viertels und einen kulturellen Wohlfühlort im Viertel schaffen, der Jung und Alt zusammenbringt und Kunstschaffenden eine Plattform bietet. Der Flohmarkt soll so dem verwaisten Hansaplatz endlich neues Leben einhauchen und ihn zumindest einmal im Monat zum kulturellen Zentrum des Viertels erheben und ihn als nutzbare Grünfläche im Bewusstsein der Viertelbewohner*innen zu etablieren.

Auf unsere offizielle Anfrage zur Nutzung des Hansaplatzes als Standort für den *Hansa Flohmarkt* e.V. an die Stadt Münster haben wir folgende Antwort erhalten:

“[...] Ihre Anfrage auf Nutzung des Hansaplatzes für die Durchführung eines Flohmarktes wurde in der Antragskonferenz [...] diskutiert und entschieden. Der Durchführung von privaten Flohmärkten wurde bisher nur im Rahmen von Straßenfesten als Kinderflohmarkt zugestimmt. Eine Zustimmung zu diesem Flohmarkt würde zur Folge haben, dass auch andere städtische Flächen in Zukunft für nicht-gewerbliche Flohmärkte zur Verfügung gestellt werden müssten. Aus diesen Gründen wird der Nutzung nicht zugestimmt.”

2. Argumentationspapier Verwaltungskooperation durch Common Public Partnerships: Hansa Flohmarkt

Max Ehrmann, Ralf Ramin

Im Austausch mit dem Team des Hansa Flohmarktes erhielten wir einen kurzen Einblick über die Idee des Projekts und die angedachte Umsetzung. Die Grundlage unseres Argumentationspapiers stellt allein die oben aufgeführte Projektbeschreibung dar. Eine vertiefte Besprechung insbesondere hinsichtlich rechtlicher Fragestellungen fand nicht statt.

Mit unserem Argumentationspapier wollen wir das Projekt Hansa Flohmarkt auszugsweise in seiner rechtlichen Dimension beleuchten und so den Handelnden vor Ort weitere Argumente zur Kooperation mit der Stadt an die Hand geben.

a) Der Hansa Flohmarkt als "Flohmarkt plus X"

Beim Hansa Flohmarkt handelt es sich nicht nur um einen nicht-gewerblichen Flohmarkt, sondern vielmehr um einen ganzjährigen, regelmäßigen Treffpunkt von und für die Bewohner*innen und Freund*innen des Hansaviertels. Der Flohmarkt ist als aktiver Beitrag gegen die Wegwerfkultur in unserer Gesellschaft zu verstehen und soll einen Beitrag für ein umweltbewussteres Miteinander leisten. Darüber hinaus soll der Markt dem Viertel vor allem ein lebendiges Begegnungs-, Austausch- und Nachbarschaftsforum sein. Dabei soll der Begriff „Flohmarkt“ bewusst erweitert werden durch eine kleine Kulturbühne und einen Raum für (lokale) politische und sonstige Initiativen.

Der Hansa Flohmarkt, organisiert im Verein Hansa Flohmarkt e.V., getragen von der B-Side GmbH des B-Side Kultur e.V., möchte eine Begegnungsstätte für die Bewohner*innen und Freund*innen dieses Viertels und einen kulturellen Wohlfühlort im Viertel schaffen, der Jung und Alt zusammenbringt und Kunstschaffenden eine Plattform bietet. Der Flohmarkt soll so dem verwaisten Hansaplatz neues Leben einhauchen und ihn zumindest einmal im Monat zum kulturellen Zentrum des Viertels erheben und ihn als nutzbare Grünfläche im Bewusstsein der Viertelbewohner*innen etablieren.¹⁶

b) Der Hansa Flohmarkt als Motor einer gemeinwohlorientierten Stadtentwicklung

„Aus Stadtbewohnerinnen und Stadtbewohnern werden Stadtmacher“¹⁷

Allererste Aufgabe der modernen Stadtentwicklung ist es, im Lichte des Gemeinwohls lebenswerten Wohnraum für Jung und Alt zu gestalten. Das hierfür bestimmende Gestaltungsmittel ist das Mitspracherecht der Menschen vor Ort, um den gemeinsamen Lebensraum praktisch und mittels kollektiver Eigentumsmodelle langfristig umwidmen zu können.¹⁸

In der Daseinsvorsorge sind es der Staat und die kommunalen Gebietskörperschaften, die die Pflicht zu Gunsten ihrer Bürger*innen trifft, im Rahmen einer Leistungsverwaltung für alle die lebenswichtigen und zum Leben wichtigen Güter und Dienstleistungen, von der Abfall- und Abwasserbeseitigung, über Parks und Sportstätten bis hin zu Schulen, sozialen Einrichtungen und von Infrastruktur zu sorgen und selbst oder durch Hilfe Privater vorzuhalten.

Dabei sind innerhalb der Daseinsvorsorge

1. öffentlich-rechtliche Organisationsstrukturen mit öffentlich-rechtlichen Handlungsformen im Verhältnis zu Bürger*innen
2. öffentlich-rechtliche Organisationsstrukturen unter Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen nach außen und
3. rein privatrechtliche Organisationsstrukturen mit privatrechtlichen Handlungsformen

zu unterscheiden.¹⁹

Die Schaffung von Räumen der Begegnung gehört dabei zum originären Teil der Daseinsvorsorge und ist somit auch Aufgabe der Verwaltung.²⁰

Ein Erfolgsfaktor für die verschiedenen Formen des kollektiven Miteinanders ist vor allem die Kooperation mit der Kommunalverwaltung.²¹ Die Verwaltung kann hierbei den Rahmen für einen transparenten Informationsfluss und eine transparente Entscheidungsfindung bieten.

¹⁶ Projektschilderung des Hansaforums in leicht abgeänderter Form.

¹⁷ BBSR, Stadtentwicklung, S. 7.

¹⁸ Ebd., S. 6, 106.

¹⁹ Siehe hierzu ausführlich Pielow, JuS 2006, S. 692 f.

²⁰ Burgi, Kommunalrecht, S. 260 f.; vgl. BBSR, Stadtentwicklung, S. 47.

²¹ BBSR, Stadtentwicklung, S. 24 f.

Kooperation erfolgt insoweit durch eine Aufgabe von Kontrolle auf beiden Seiten, wodurch ein Feld gemeinschaftlichen Arbeitens ent- und - in der Folge dann auch - besteht.

c) Der Hansa Flohmarkt im Lichte des Gemeingebrauchs

Gemeingebrauch umschreibt das Recht aller, öffentliche Flächen genehmigungs- und gebührenfrei zu nutzen.²² Dieser Grundsatz erwächst aus dem Verständnis, dass öffentlicher Raum im Interesse des Allgemeinwohls genutzt werden soll und niemand (rechtsgrundlos) ausgeschlossen werden darf.

Was im Rahmen des Gemeingebrauchs erlaubt ist, ist der Widmung zu entnehmen. Durch die Widmung werden der Grund und die Grenzen für die Zulassung des Bürgers zu öffentlichen Einrichtungen des Staates und der juristischen Personen des Öffentlichen Rechts, insbesondere der kommunalen Gebietskörperschaften, statuiert. Zentral für die inhaltliche Ausgestaltung der Widmung ist dabei oft die Teilhabe auch ortsfremder Personen hinsichtlich des Zulassungs- und Nutzungsanspruchs über den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. den Widmungsbestimmungen über die öffentliche Einrichtung oder sonstige öffentliche Sache, wonach ein Ausschluss dieser nur über das Gebot sachgerechter Differenzierung möglich ist.²³ Eine solche Ausgrenzung scheint ausweislich der Projektidee für den Hansa Flohmarkt weder angedacht noch erwünscht: Alle, die sich für das Projekt interessieren oder sich darin betätigen wollen, scheinen eingeladen sich daran zu beteiligen, sodass eine widmungsrechtliche Ausgrenzungsmöglichkeit nicht in der Intention des Vorhabens steht.

Zur angedachten Durchführung des Hansa Flohmarkts auf dem Hansaplatz bedarf es lediglich eines entsprechenden Widmungsaktes. Einer Widmung also, die eine Nutzung des öffentlichen Platzes vorsieht, die die Durchführung und die Ziele des Flohmarktes (zu denen auch die Förderung und Animation politischer – insbesondere klima- und umweltpolitischer – Kommunikation gehört) einschließt.

Der Widmungsakt des Hansaplatzes liegt uns für die Bearbeitung des Argumentationspapiers nicht vor. Insoweit erscheint es erforderlich, dass sich das Team des Hansa Flohmarktes hierüber Einsicht verschafft und klärt, inwieweit der Hansaplatz prinzipiell sowie für ihre besonderen Zwecke genutzt werden kann.

Die Stadt Münster erlässt als verantwortliche Gemeinde den Widmungsakt und hat dabei eine weitreichende Gestaltungskompetenz. Sie kann den Widmungszweck des Hansaplatzes, sollte dieser nicht die Zwecke des Hansa Flohmarktes inkludieren, so fassen, dass hiervon die spezifische Durchführung des Hansa Flohmarktes oder ähnlicher Aktivitäten einen herausgehobenen Nutzungszweck dieses öffentlichen Raums darstellt. Eine Übertragung des Widmungsrechts auf andere oder aber auf private Dritte ist nicht möglich.²⁴

d) Der Hansa Flohmarkt im Lichte des Kreislaufwirtschaftsgesetzes

„Nirgends besteht der sich direkt auf die Umwelt auswirkende Einfluss des Menschen so stark wie im Bereich des Abfalls. Das heißt aber auch nirgends wäre durch ein Handeln so effektiv eine Wende zum Umwelt- und Ressourcenschutz so schnell und erfolgsversprechend möglich, wie in diesem Bereich.“²⁵

Bereits 2015 betonte die Europäische Kommission in ihrem Aktionsplan *Den Kreislauf schließen* die Notwendigkeit einer stärker „kreislauforientierten Wirtschaft, bei der es darum geht, den

²² Burgi, Kommunalrecht, S. 230; vgl. BBRS, Stadtentwicklung, S. 65.

²³ Schoch, NVwZ 2016, S. 257(262); Helbich, JuS 2017, S. 507.; zur st.Rspr. siehe nur VGH München NVwZ-RR 2003, S. 771(772).

²⁴ So aus VGH München NVwZ 1999, 1122 ff.

²⁵ Ramin, Kreislaufwirtschaftsrecht, S. 74.

Wert von [...] Ressourcen [...] so lange wie möglich zu erhalten und möglichst wenig Abfall zu erzeugen“.²⁶

Eben dieser Nachhaltigkeitsgedanke bildet den Grundpfeiler des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG).²⁷ Dort heißt es in § 1 Abs. 1 KrWG: „Zweck des Gesetzes ist es, die Kreislaufwirtschaft zur Schonung der natürlichen Ressourcen zu fördern und den Schutz von Mensch und Umwelt bei der Erzeugung und Bewirtschaftung von Abfällen sicherzustellen.“

Dabei ist das Kreislaufwirtschaftsgesetz hinsichtlich seiner Verwertungsmaßnahmen hierarchisch nach der sog. Abfallhierarchie des § 6 KrWG strukturiert:

Nr. 1 Vermeidung,

Nr. 2 Vorbereitung zur Wiederverwendung,

Nr. 3 Recycling,

Nr. 4 sonstige Verwertung, insbes. energetische Verwertung und Verfüllung,

Nr. 5 Beseitigung

Anzustreben ist demnach stets eine den Schutz von Mensch und Umwelt am besten gewährleistende, hochwertige Verwertungsmaßnahme (vgl. § 8 Abs. 1 KrWG).²⁸ Um einen solchen Systemwandel über die Art und Weise unseres Produzierens und Konsumierens herbeiführen zu können, stellt die Europäische Kommission ausdrücklich auf innovative Formen und ein umfassendes Engagement auf allen Verwaltungsebenen ab²⁹, welches auch der deutschen Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes zugrunde liegt. Hierbei erwähnenswert ist die Anlage 5 zu § 6 Abs. 3 KrWG, die der öffentlichen Hand, über § 45 Abs. 1 KrWG ausdrücklich empfiehlt, Instrumente zur Schaffung von Anreizen für die Abfallvermeidung zu entwickeln und anzuwenden.

Grundsätzlich erstreckt sich der Geltungsbereich des Kreislaufwirtschaftsgesetzes u. a. auf Abfallerzeuger*innen und -besitzer*innen, Erstinverkehrbringende, Hersteller*innen und Entsorgende.³⁰ Nach § 2 Abs. 1 KrWG erstreckt sich dieser aber nicht nur auf (Nr. 2) die Verwertung von Abfällen, sondern greift bereits eine Stufe früher bei der (Nr. 1) Vermeidung von Abfällen ein. Vermeidung meint hierbei sowohl die Verhinderung der Abfallentstehung als auch die Verminderung der Abfallmenge und deren Schädlichkeit (vgl. § 3 Abs. 20 KrWG). Insbesondere führt § 3 Abs. 20 S. 2 KrWG die Wiederverwendung von Erzeugnissen oder die Verlängerung ihrer Lebensdauer und das Konsumverhalten beispielhaft auf.

Genau hier wird das Konzept des Hansa Flohmarktes relevant, der als aktiver Beitrag gegen die Wegwerfkultur in unserer Gesellschaft und als Beitrag für ein umweltbewusstes Miteinander verstanden werden will. Im Lichte des § 33 Abs. 3 Nr. 2 lit. a KrWG sollen auch „die Förderung und Unterstützung nachhaltiger Produktions- und Konsummodelle“ im Mittelpunkt stehen.

e) Wertschätzen statt Wegwerfen – Konzepte und Ideen zur Abfallvermeidung

Unter dem Titel „Wertschätzen statt Wegwerfen – Konzepte und Ideen zur Abfallvermeidung“ veröffentlichte 2019 das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU) ein umfassendes Abfallvermeidungsprogramm.

Basierend auf Berichten des Statistischen Bundesamtes – wonach allein in Deutschland etwa 358,9 Millionen Tonnen Abfall pro Jahr entstehen (Stand 2017)³¹ – wird das Überdenken

²⁶ Europäische Kommission, COM(2015)614 final, S. 2.

²⁷ Vgl. ebenso BT-Drs. 17/6052, S. 1.

²⁸ Vgl. ebenso Richtlinie (EU) 2018/851, Erwägungsgrund Nr. 1.

²⁹ Europäische Kommission, COM(2015)614 final, S. 8, S. 21 f., S. 25.

³⁰ Nachvollziehbare Auflistung durch *IHK Karlsruhe*, KrWG: Novellierung des dt. Abfallrechts, vor A.

³¹ Vgl. *BMU*, Abfallwirtschaft in Deutschland, S. 7.

festgefahrener Strukturen und das Beschreiten neuer Wege gefordert. Abfallvermeidung soll als gesamtgesellschaftlicher Prozess verstanden werden, der sowohl Bürger*innen als auch die Verwaltung in die Pflicht nimmt.³² Doch hierfür bedarf es neben dem Willen zur Veränderung auch geeigneter Rahmenbedingungen.

Eines der Schlüsselkonzepte ist das Wiederverwenden anstelle des Wegwerfens von Produkten und hierdurch die Förderung der Langlebigkeit von Produkten.

Als Paradebeispiel kann hier der Flohmarkt angeführt werden. Dort wird nicht nur Abfall vermieden, „sondern auch soziale[r] Nutzen [gestiftet]“³³. Produkte, die aufgrund ihres Preises nicht allen zugänglich sind, finden gebraucht und somit bezahlbar dankbare Eigentümer*innen. Der Flohmarkt stiftet als gemeinschaftliches Austauschforum gesellschaftliche Kohäsion sowie ein gemeinsames Verantwortungsgefühl und macht die Abfallvermeidung als gesamtgesellschaftlichen Prozess greifbar. Und er steht im Dienst des Nudging: Es wird „sanft [der] Weg für alternative Handlungsweisen [geebnet], indem mit positiven Impulsen statt mit Vorschriften und Verboten [gearbeitet wird].“³⁴

Explizit wird im Programm darauf hingewiesen, dass Kernaufgabe der Kommunen im Rahmen ihres Nachhaltigkeitsauftrags auch die Durchführung, Unterstützung und Entwicklung von kommunalen Abfallvermeidungskonzepten ist.³⁵

3. Literatur

- Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR), Glossar zur gemeinwohlorientierten Stadtentwicklung, Berlin 2020.
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU), Abfallwirtschaft in Deutschland 2020 – Fakten, Daten, Grafiken, Berlin 2020.
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU), Wertschätzen statt Wegwerfen – Konzepte und Ideen zur Abfallvermeidung, Berlin 2019.
- *Burgi, Martin*, Kommunalrecht, München 2019.
- *Helbig, Julius*, Rechtsfragen der Widmung öffentlicher Einrichtungen, JuS 2017, Seite 507 - 512.
- *Industrie- und Handelskammer Karlsruhe*, KrWG: Novellierung des deutschen Abfallrechts, Stellungnahme Nr. 4502430, Karlsruhe 2019, <https://www.karlsruhe.ihk.de/innovation/umwelt/Abfall/neueskreislaufwirtschaftsgesetz/bmu--referentenentwurf-zur-umsetzung-der-neuen-eu/4502430>; Abruf: 05.02.2022.
- *Pielow, Johann-Christian*, Öffentliche Daseinsvorsorge zwischen „Markt“ und „Staat“, JuS 2006, Seite 692 - 694.
- *Ramin, Ralf*, Zu erwartende Neuerungen im deutschen Kreislaufwirtschaftsrecht. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Kreislaufwirtschaftsgesetz (Stand: 20. Mai 2020), Rechtswissenschaftliche Arbeitspapiere der Technischen Universität Braunschweig (Nr. 1/2020), Berlin 2020.
- *Schoch, Friedrich*, Rechtsprechungsentwicklung – Zugang zu kommunalen öffentlichen Einrichtungen, NVwZ 2016, Seite 257 - 265.

³² Vgl. *BMU*, Wertschätzen statt Wegwerfen, S. 4.

³³ *BMU*, Wertschätzen statt Wegwerfen, S. 8.

³⁴ *BMU*, Wertschätzen statt Wegwerfen, S. 12.

³⁵ Vgl. *BMU*, Wertschätzen statt Wegwerfen, S. 19, 27.

II. Regenspeicher

1. Beschreibung des Projekts durch den Projektverantwortlichen

Mit meinem Projekt habe ich versucht Regenspeicher im öffentlichen Raum zu etablieren. Die Regenspeicher werden an die Fallrohre der Gebäude angeschlossen und sammeln das Regenwasser, das auf die Dachflächen fällt. Die Idee dahinter ist es eine neue Wasserquelle für die Anwohner*innen zu schaffen, die es den Menschen erleichtert sich um die Bewässerung der Bäume in immer trockener werdenden Sommern zu kümmern, die die neu bepflanzte Baumscheibe pflegen wollen oder im urbanen Gemeinschaftsgarten Gemüse anbauen. Ich möchte den Menschen die Arbeit erleichtern, die einerseits an der Gestaltung der Vegetation im öffentlichen Raum, andererseits auch an der Pflege der Vegetation interessiert sind. Diese Wasserquelle befindet sich direkt dort, wo das Wasser benötigt wird. Auf dem Gehweg, nicht weit entfernt von der Haustür und dem Stadtgrün und für alle Menschen zugänglich. Denn wer trägt schon gern Tag für Tag eine Gießkanne nach der anderen aus dem dritten, vierten oder fünften Stock bis auf die Straße?

2. Kurzgutachten zu ausgewählten Rechtsfragen des Projekts

„Wassertanke“

Benjamin Hautmann, Evelyn Scheu

Der nachfolgende Text beschäftigt sich mit rechtlichen Fragen, die sich rund um das Projekt „Regenspeicher/Wassertanke“ von Henning Kraken ergeben.

Im Rahmen dieses Projekts werden Auffangbehältnisse für Regenwasser an Regenabflussrinnen montiert. Diese „Wassertanken“ sollen nicht nur auf Privatgrundstücken, sondern auch auf Gehwegen, also öffentlichem Grund, stehen. Das zieht Genehmigungsfragen nach sich, auf deren Bearbeitung unser Fokus liegt.

a) Genehmigung

Rechtlich gibt es einen Unterschied, ob man diese Wasserspeicher im öffentlichen Raum oder auf Privatgrundstücken aufstellt. Auf Grundstücken in Privateigentum haben die betreffende Eigentümer*innen grundsätzlich mehr individuellen Gestaltungsspielraum als es eine Privatperson auf Gehwegen, die in öffentlichem Eigentum stehen, hat. Für das Aufstellen der Wasserspeicher auf diesen Gehwegen müssen Genehmigungen bei der Stadt (hier also Münster) eingeholt werden.

Relevante Rechtsgebiete sind dabei das Straßenrecht und das Bauordnungsrecht.

aa) Straßenrecht und Bauordnungsrecht

(1) Straßenrecht

Beim Aufstellen von den Wasserspeichern auf Gehwegen, die öffentliche Straßen im Sinne des Straßen- und Wegegesetzes von NRW (StrWG NRW) sind, handelt es sich letztlich um eine bestimmte Nutzung von öffentlichen Straßen, was ggf. eine Genehmigung nach diesem Gesetz erforderlich macht.

Grundsätzlich dient die Nutzung von öffentlichen Straßen Verkehrszwecken (das bestimmt die sog. Widmung), also im Wesentlichen der Fortbewegung von A nach B. Das nennt man „Gemeingebrauch“, § 14 StrWG NRW und dafür bräuchte man keine Genehmigung. Beim Aufstellen von Wasserspeichern hingegen geht es nicht um Fortbewegung, also auch nicht um Gemeingebrauch, sondern um eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Nutzung, eine sog. Sondernutzung, § 18 Abs. 1 StrWG NRW. Für diese braucht man eigentlich eine Erlaubnis, es sei

denn man bewegt sich z.B. im Bereich des Straßenanliegergebrauchs, § 14a StrWG NRW.³⁶ Diese Ausnahme greift hier aber leider nicht.³⁷

Es bleibt also dabei: Man braucht grundsätzlich eine Sondernutzungserlaubnis. So ist es z.B. auch, wenn Restaurant-Betreibende im Sommer draußen, auf öffentlichen Plätzen Tische aufstellen wollen.

So eine Sondernutzungserlaubnis wird nur auf Zeit oder Widerruf erteilt, § 18 Abs. 2 StrWG NRW. Die Behörde kann außerdem mit der Erteilung der Erlaubnis auch bestimmte Verpflichtungen oder/und Gebühren für den Antragsteller verknüpfen.

Konkrete Regelungen, etwa zur Erlaubnisfreiheit bestimmter Sondernutzungen, und weitere Differenzierungen – zwischen Sondernutzung und sonstiger Nutzung (die kein Gemeingebrauch ist) finden sich in einer Satzung der Stadt Münster (Satzung der Stadt Münster über Sondernutzungen an öffentlichen Straßen 66.05):

Danach gibt es einerseits die Sondernutzung (§ 2), andererseits die sog. sonstige Benutzung (§ 4). **Sondernutzung** ist dabei die Nutzung des Straßenraums **auf** der Verkehrsfläche, **sonstige Nutzung** die Nutzung des Straßenraums **unterhalb** der Verkehrsfläche (Versorgungsleitungen etc.). Beim Aufbauen von Wasserspeichern kommt weder eine erlaubnisfreie Sondernutzung in Betracht noch eine zustimmungsfreie sonstige Benutzung. Das bedeutet, es muss entweder eine **Erlaubnis bei der Stadt** eingeholt werden – für den Fall einer Sondernutzung; oder ein **Vertrag** mit dem **Straßeneigentümer** geschlossen werden – im Fall einer sonstigen Benutzung.

(2) Bauordnungsrecht

Laut § 18 Abs. 7 StrWG NRW bleiben andere (nicht straßenrechtliche) öffentlich-rechtliche Genehmigungstatbestände „unberührt“. Das bedeutet, dass sich auch aus anderen Gebieten des öffentlichen Rechts das Erfordernis einer Genehmigung ergeben kann – zum Beispiel aus dem Bauordnungsrecht.

Relevant wird die Bauordnung (BauO NRW) aber erst dann, wenn sie überhaupt anwendbar ist. Das wiederum ist der Fall, wenn es um sog. **bauliche Anlagen** geht. Kennzeichnend für eine solche ist eine Verbindung mit dem Erdboden und eine Herstellung aus Bauprodukten, § 2 Abs. 1 BauO NRW. Die Wasserspeicher lasten zumindest mit eigener Schwere auf der Erde, was für die geforderte Verbindung mit dem Grund reicht, d.h. sie können „bauliche Anlagen“ im Sinne des Bauordnungsrechts darstellen.

(a) Genehmigungserfordernis:

Man braucht für die Neuerrichtung von baulichen Anlagen grundsätzlich eine Baugenehmigung der zuständigen Behörde (dazu s.u.), § 60 Abs. 1 BauO NRW. Es gibt aber auch Ausnahmen von diesem Grundsatz. Unabhängig davon, ob eine Genehmigung erforderlich ist oder nicht, muss die betreffende Anlage jedenfalls die in der Bauordnung aufgeführten Anforderungen erfüllen (§ 60 Abs. 2 BauO NRW).

Im Fall der Wasserspeicher könnten wir es mit einem sogenannten verfahrensfreien Bauvorhaben nach § 62 Abs. 1 Nr. 4 a/b BauO NRW zu tun haben, d.h. mit einem Bauvorhaben, bei dem keine Genehmigung nötig ist, da die Funktion der Wasserspeicher ggf. im Bereich der „öffentlichen Wasserversorgung“ anzusiedeln ist. Bevor man an diesem Punkt entsprechende Argumente sucht, muss man aber überlegen, ob eine Verfahrensfreiheit überhaupt

³⁶ Straßenanliegergebrauch liegt vor, wenn die Benutzung des Gehweges für die Nutzung des angrenzenden Grundstücks erforderlich ist und den Gemeingebrauch nicht dauernd ausschließt oder erheblich beeinträchtigt.

³⁷ Es ist fragwürdig, ob das Aufstellen der Wasserspeicher überhaupt der Nutzung des Grundstücks dient und dann zu dieser Nutzung auch noch erforderlich ist – denn: Die Wasserspeicher sollen die Bewässerung städtischer Grünflächen ermöglichen, nicht nur des eigenen Gartens, den man im Gegensatz zu den Grünflächen anderweitig einfacher bewässern kann.

erstrebenswert ist. Eine Baugenehmigung kann nämlich auch Vorteile, z.B. Rechtssicherheit, mit sich bringen. Hier ist es sinnvoll, weiteren Rechtsrat einzuholen.

(b) Anforderungen des Bauordnungsrechts:

Egal, ob diese Ausnahme nun greift oder nicht – folgende Anforderungen **müssen** die Wasserspeicher **erfüllen**: Im Bauordnungsrecht geht es im Wesentlichen um Gefahrenabwehr. Daher müssen die baulichen Anlagen im Allgemeinen immer so gestaltet sein, dass sie weder die öffentliche Sicherheit/Ordnung gefährden noch die **natürlichen Lebensgrundlagen (§ 3 BauO NRW – wichtiges Argument: Wassertanken stellen nicht nur keine Gefahr dar, sondern im Gegenteil sogar einen Gewinn)**.

Im Speziellen gibt es dann noch diverse Anforderungen, was z.B. Brandschutz, Ästhetik, Standsicherheit betrifft. Dazu hier eine Aufzählung samt Fundstellen im Gesetz:

Außerdem existiert ein sog. „**Verunstaltungsverbot**“, § 9 BauO NRW. Das heißt, dass erstens die Wasserspeicher selbst so gestaltet sein müssen, dass sie nicht verunstaltend wirken. Hier gibt es einen gewissen Spielraum bis zu dem Punkt, in dem der Anblick von der Mehrzahl der im Stadtviertel lebenden Menschen wirklich gar nicht mehr zu ertragen ist. Hier ist man großzügig, weil ästhetisches Empfinden und Schönheit eben im Auge der Betrachter*innen liegen. Außerdem enthält das Verunstaltungsverbot eine umgebungsbezogene Komponente, soll heißen: Die Anlage muss sich einigermaßen in die Umgebung einfügen. Auch hier ist man eher tolerant. Die Wassertonnen sollten keinen ästhetisch unerträglichen, überhaupt nicht zur Umgebung passenden Fremdkörper darstellen – müssen aber auch nicht mit anmutigsten Skulpturen konkurrieren können. Kurzum: Eine den jeweiligen Häuserzeilen angepasste Farbwahl wäre sinnvoll.

Zuletzt gibt es noch einige Anforderungen an die Beschaffenheit der Wasserspeicher selbst. Wichtig ist dabei insbesondere die Standsicherheit, die Sicherung gegen schädliche Umwelteinflüsse, der Brandschutz und die sogenannte „Verkehrssicherheit“, §§ 12 ff. BauO NRW. Im Wesentlichen ist die Person, die Bauherr*in ist bzw. die Entwürfe verfasst, für die Einhaltung dieser Regeln verantwortlich. Falls Sachkunde fehlt, müssen Expert*innen von außen hinzugezogen werden, §§ 53, 54 BauO NRW, was unbedingt ratsam ist. Im Bereich der Standsicherheit muss dies eingetragene Architekt*innen oder Bauingenieur*innen sein, im Bereich des Brandschutzes anerkannte staatliche **Sachverständige**.

(3) Verhältnis Straßenrecht – Bauordnungsrecht

Nachdem wir nun die wesentlichen straßenrechtlichen und baurechtlichen Punkte dargestellt haben, ist aber vielleicht noch unklar, wie das Verhältnis der beiden Rechtsgebiete zueinander ist, ob also die straßenrechtlichen **und** baurechtlichen Anforderungen erfüllt sein müssen oder nur die straßenrechtlichen bzw. baurechtlichen.

Bei der Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis bleiben Genehmigungserfordernisse, die sich aus anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben, „unberührt“, § 18 Abs. 7 StrWG NRW. D.h. sie werden nicht durch eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis „geschluckt“, sondern müssen zusätzlich erfüllt werden.

Auf der anderen Seite spricht das Bauordnungsrecht davon, dass andere Gestattungsverfahren in bestimmten Bereichen Vorrang haben, § 61 BauO NRW. Hier könnte es beispielsweise um öffentliche Wasserversorgung gehen, was ggf. ein solches besonderes Gestattungsverfahren nach sich zieht.

Grundsätzlich kann man aber sagen, dass weder eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis eine Baugenehmigung obsolet macht noch eine Baugenehmigung eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis. Natürlich gibt es hier wieder Ausnahmen (§§ 21, 25 StrWG NRW). Diese Ausnahmen werden dann relevant, wenn Wasserspeicher in Zufahrten von Privatgrundstücken aufgebaut werden, für die bereits eine Baugenehmigung existiert. Da sagt dann der Gesetzgeber, dass man keine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis braucht,

wenn man auf einem Grundstück baut, für dessen Bebauung man schon eine Baugenehmigung braucht und hat. Bei Wasserspeichern jedoch, die auf den Gehwegen aufgebaut werden sollen, werden diese Ausnahmen nicht relevant.

b) Anträge

Die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis bzw. einer Baugenehmigung stellt einen behördlichen Verwaltungsakt dar, d.h. eine von Seiten der Behörde der Bürger*in gegenüber ergehende Einzelfallentscheidung. Bei sog. gebundenen Ansprüchen muss die Behörde, sofern die Antragsteller*in bestimmte Anforderungen erfüllt, zwingend diese Genehmigung erteilen. Bei ungebundenen Ansprüchen hat die Behörde einen Entscheidungsspielraum, sog. Ermessen. D.h. die Antragsteller*in hat nur einen Anspruch darauf, dass die Behörde ihr Ermessen ordnungsgemäß ausübt und dabei ihre Belange ausreichend berücksichtigt.

aa) Antrag auf straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis

Die Erteilung der straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis basiert nicht auf einer gebundenen Norm. Die Behörde hat bei ihrer Entscheidung also Ermessen (s.o.). Bei Ausübung dieses Ermessens muss **die Behörde** in ihren Erwägungen immer auf einen sachlichen Bezug ihrer Argumente zur Straße achten. Dies wäre z.B. der Fall bei Erwägungen zum Straßenbild. Die Straße soll z.B. nicht mit zu vielen Anlagen vollgestopft sein.

Hier könntet **aber auch Ihr** als Antragsteller*innen Eure Argumente, die für das Aufstellen eines Wasserspeichers streiten, einbringen, um so die Entscheidung der Behörde zu Euren Gunsten zu beeinflussen!

- Beim Stellen des Antrags sind jedenfalls die in **§ 7 der Satzung (s.o.)** genannten **Formalien** zu beachten.
- Schriftlich
- Mind. 4 Wochen vor geplantem Beginn der Sondernutzung
- Zeichnung und textliche Beschreibung (Sinn: Beurteilung von Art/Dauer der Sondernutzung und Ausmaß der Beanspruchung des Verkehrsraums)
- Angaben, „in welcher Weise den Erfordernissen der Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs sowie des Schutzes der Straße Rechnung getragen wird“, wenn eine dahingehende Beeinträchtigung zu erwarten ist

Ansonsten müsst Ihr die übliche Handhabung der Stadt Münster, was diverse Formulare anbelangt, beachten. Zusätzlich können bei der Sondernutzung auch Gebühren nach Tarif erhoben (§ 8 Abs. 2 der Satzung und Anlage 1), Sicherheiten verlangt und Bearbeitungsgebühren fällig werden.

bb) Bauantrag

Die Erteilung einer Baugenehmigung erfolgt gemäß den Vorschriften zum Genehmigungsverfahren, §§ 64 ff. BauO NRW. Es ist dabei umstritten, ob die maßgebliche Norm (§ 74 BauO NRW) einen gebundenen Anspruch vermittelt oder nicht. Nach dem Wortlaut muss die Genehmigung erteilt werden, wenn keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen; umgekehrt darf der Antrag abgelehnt werden, wenn solche Vorschriften entgegenstehen. Man kann hier von einer gebundenen Norm ausgehen, wobei also die wesentliche Anforderung, die die Antragsteller*in erfüllen muss, darin liegt, einen Bauantrag vorzulegen, dem keine solchen Vorschriften entgegenstehen.

Was die formalen Anforderungen bei der Stellung eines Bauantrags anbelangt, verweisen wir auf die sehr ausführliche Internetseite des Bauordnungsamts Münster, die wiederum auf Formularvordrucke verweist.

cc) Verhältnis

Auch wenn man schon einen Antrag auf Sondernutzungserlaubnis gestellt hat, muss man ggf. dennoch auch einen Bauantrag stellen, § 7 V der zitierten Satzung.

c) Ämter

Die Zuständigkeitsverteilung folgt aus § 7 der Satzung (zu Sondernutzungen an öffentlichen Straßen in Münster) bzw. dem Internetauftritt der einzelnen Ämter selbst.

Tiefbauamt (Amt für Mobilität und Tiefbau)

- Übernimmt Kontrolle von Sondernutzungen nach StrWG NRW
- Übernimmt grds. die Aufgaben des Straßenbaulastträgers
- Vergibt Sondernutzungserlaubnis für private Baumaßnahmen an öffentlichen Straßen mit Eingriff in den Straßenkörper
 - grds. Antrag auf Genehmigung (temporär/auf Widerruf) erforderlich (4 Wochen im Voraus schriftlich einzureichen)
 - jedoch bei dauerhafter Nutzung vertragliche Regelung notwendig! (hierzu reicht ein formloser Antrag mit detailliertem Lageplan und Schnitt)

Kundenzentrum Planen & Bauen

- gehört zum Stadtplanungsamt und Bauordnungsamt
- Entgegennahme von Bauanträgen: Genehmigungen für Erweiterungs/Umbau/Nutzungs(-änderung) von baulichen Anlagen
- Beratung und Unterstützung (vor Ort, telefonisch, online)
- Einsichtnahme in Bauleitpläne, Karten
- Weitere planungsrechtliche Auskunft

Ordnungsamt

- Das Ordnungsamt ist subsidiär zuständig für Sondernutzungen an öffentlichen Straßen, die nicht in den Zuständigkeitsbereich von Tiefbauamt oder Bauordnungsamt fallen (Bsp.: das Aufstellen von Tischen und Stühlen vor Restaurants)
 - Zuordnung wahrscheinlich abhängig von Art der Verankerung des Wasserspeichers an Haus bzw. Straße

Für weitere praktische Informationen empfehlen wir einen Blick auf den jeweiligen Internetauftritt der einzelnen genannten Ämter.

Wir wünschen Euch viel Erfolg bei Eurem Projekt und hoffen, dass wir Euch mit unserem kleinen Beitrag etwas weiterhelfen konnten.

Liebe Grüße,

Benny und Evelyn

3. „Legal Hacks“³⁸: Regentonnen als Straßenkunst? Kunstprojekte als Wissens- und Wasserspeicher

Katja Schubel

Eines ist klar: Die Regenspeicher brauchen Platz in der Stadt. Und ebenso evident ist: Die Stadt hat Platz. Öffentlich genutzte Räume sind in fast jeder Häuserschlucht zu finden: Bürger*innensteige zum Beispiel - und daneben gibt es Marktplätze oder andere Gelände, die der Öffentlichkeit Fläche und Nutzungspotenzial bieten. Aber - mal mehr, mal weniger - sichtbar sind all diese Orte rechtlich dimensioniert. Für Gehwege etwa verlangen gesetzliche Regelungen mitunter nach Genehmigungen für bestimmte Vorhaben, sollte es sich dabei nicht um gestattungsfreien „Gemeingebrauch“ handeln. Was demnach für das Aufstellen von Regentonnen gilt, ob dafür also die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis vonseiten der zuständigen Behörde notwendig wird:

Dies ist nicht zuletzt als ein rechtspolitischer Aushandlungsprozess zu begreifen. Als Ausgangspunkt desselben bedarf es zunächst einer Bestandaufnahme der bestehenden Rechtsordnung im kommunalen Kontext. Denn jeder Kampf um Stadt und Umwelt beginnt zwingend in vorherrschenden Verhältnissen. Im vorliegenden Fall liegt der Anfang der Analyse damit direkt vor der eigenen Haustür. Für das greifbare Stadtgebiet des Hansaforums heißt das auch, dass dem Quartiers-Gemeinwohl-Index³⁹ eine Schlüsselrolle zuzumessen ist. Denn dieser setzt Klimapositivität, Nachhaltigkeit, Nachbar*innenschaft, Kunst und Kultur, Grünfläche, Gerechtigkeit und Begegnungen als Zielvorgaben fest. Diese Wünsche haben durch ihre Manifestierung im Quartiersstatut nun eine nicht zu unterschätzende Bedeutung erlangt. Auch für das Aufstellen der Regentonnen: aber der Reihe nach.

Wäre es nicht schön, die Behörden würden uns unsere Stadt nutzen lassen, wie wir wollen? Keine Anträge stellen, keine langen Behördenbesuche, die im Ergebnis womöglich nur wenig Erfolg bringen: Mit dem Verweis zur nächsten Tür geschickt zu werden und dem Gefühl, noch weniger zu wissen als vorher, verlassen Antragstellende mit großen Ideen dann als kleine Silhouetten das Gebäude - und betreten gescheitert, so scheint es, den Asphalt. Über diesen bewegen sie sich mit hängenden Schultern zurück nach Hause - oder erst zum nächsten Verwaltungszimmer. Auf dem Heimweg dann machen sie Gebrauch von öffentlichen Straßen. Und zwar sogenannten Gemeingebrauch: Wir müssen grundsätzlich niemanden fragen, ob wir den öffentlichen Gehsteig betreten oder an der Ampel warten dürfen. Es braucht dafür keine Genehmigung. „Ja, das wäre ja auch noch schöner.“, mögen Sie denken liebe*r Leser*in. Richtig, selbst nach dem engsten rechtlichen Verständnis von „Verkehr“ fällt darunter zumindest jede Tätigkeit, die auf Ortsveränderung gerichtet ist.⁴⁰ Wie wir uns auf der Straße verhalten dürfen, das regelt zunächst einmal das Straßen- und Wegegesetz. In Nordrhein-Westfalen (legal-)⁴¹ definiert der § 14 Absatz 1 S.1 StrWG NRW den gerade erwähnten „Gemeingebrauch“.

Nach dieser vom Landesgesetzgeber erlassenen Norm⁴², ist es jedermann gestattet Gebrauch von Straßen zu machen, wenn diese öffentlich sind und sich die Nutzung im Rahmen der Widmung und der Verkehrsvorschriften hält.⁴³ Das heißt zunächst, dass in erster Linie der einer Straße zuerkannte Widmungszweck richtungsweisend für den Umfang dessen ist, was örtlich als Gemeingebrauch qualifiziert wird. Eine Widmung ist eine Allgemeinverfügung, durch die Straße,

³⁸ Begriff nach David Bollier.

³⁹ <https://hansaforum-muenster.de/quartier-gemeinwohl-index/>.

⁴⁰ Dietz, AöR 133 (2008), S. 556, 560 ff; Saarheim Fälle „Straßenkunst“, online abrufbar unter <https://www.saarheim.de/Faelle/strassenkunst-loesung.htm> (Stand 2022).

⁴¹ Legaldefinition ist ein rechtlicher Term. Er bedeutet, dass ein Gesetz einen Begriff selbst definiert.

⁴² Es handelt sich hierbei um ein formelles Gesetz.

⁴³ Sauthoff, in: Johlen/Oerder, Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 44.

Wege und Plätze die Eigenschaft als öffentliche Orte erhalten.⁴⁴ Sie wird von einer örtlichen Behörde erlassen und ist von dieser öffentlich bekannt zu machen.

Für Münster etwa finden sich die geltenden Widmungen online abrufbar auf der Website der Stadt.⁴⁵ In ihnen wird für ein bestimmtes Ortsgebiet festgelegt, welche Arten des Gebrauchs der Straßen als zulässiger Verkehr gelten. Sie konkretisieren damit den Term „Gemeingebrauch“ im Sinne des Straßen- und Wegegesetzes. In einem Informationsblatt der Stadt Münster heißt es dazu, dass über Fortbewegung hinaus „je nach örtlicher Situation“ auch bestimmte Kommunikationsformen (künstlerisch-kultureller, politischer und anderer Art) genehmigungsfrei sein können.

Diese Aussage deckt sich mit einem in der Rechtsprechung verbreiteten Begriff von „Gemeingebrauch“, für den unter den Term „Verkehr“ wiederum nicht nur Tätigkeiten zum Zwecke des Ortswechsels zählen: Stattdessen wird auch der „kommunikative Verkehr“ als umfasst angesehen.⁴⁶ Hierunter ist die Nutzung des öffentlichen Straßenraums als ein Forum kommunikativer Begegnung, Stätte der Pflege menschlichen Kontaktes und des Informations- und Meinungsaustausches zu verstehen.⁴⁷ Auch solche Formen des Gebrauchs können danach genehmigungsfrei zulässig sein. Vor allem für Straßen in Fußgängerzonen, die durch ihre „Aufenthalts- und Erschließungsfunktion“ gekennzeichnet seien, solle dies gelten. Dieses weite Verkehrsverständnis entwickelte sich im Zusammenhang mit dem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, der Meinungsfreiheit des*der Einzelnen*.⁴⁸ Dessen Ausübung (gerade) auf der Straße wurde als für eine funktionierende Demokratie richtungsweisend eingeordnet, vor allem Prozesse der Kommunikation sollten besonders von finanziellen Hürden unabhängig ermöglicht werden.⁴⁹

Mittlerweile ist zudem in der Rechtsprechung anerkannt, dass auch die in Art. 5 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich normierte und vom Staat zu schützende Kunstfreiheit verlange, dass das Straßenrecht ihrem Rang Rechnung trage: Auch Straßenkunst bedürfe nur dann einer Sondernutzungserlaubnis (und sei kein gestattungsfrei möglicher „Gemeingebrauch“⁵⁰), wenn durch sie Grundrechtspositionen Dritter – etwa die Rechte der Anlieger*innen [=Anwohnenden] aus Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentumsfreiheit), die Handlungsfreiheit der Passant*innen aus Art. 2 Abs. 1 GG, die Berufsfreiheit von Gewerbetreibenden aus Art. 12 Abs. 1 GG oder die Kunstfreiheit anderer Straßenkünstler*innen aus Art. 5 Abs. 3 GG – erheblich beeinträchtigt werden.⁵¹ Neben einer Widmung gibt weiter auch das geltende Straßenverkehrsrecht Aufschluss darüber, inwieweit ein Verkehrsvorgang gemeinverträglich oder verkehrsförmlich ist.⁵² Denn diesem (und unserer Verfassung) geht es darum, möglichst Anarchie auf Gehwegen zu verhindern, indem Interessen der Nutzer*innen durch Verhaltensvorschriften in Einklang gebracht und so bestenfalls vor Kollision bewahrt werden.

⁴⁴ Näher dazu auf dem Informationsblatt der Stadt Münster: Widmungen nach dem Straßen- und Wegegesetz, https://www.stadt-muenster.de/fileadmin/user_upload/stadt-muenster/62_katasteramt/pdf/widmungen.pdf (abgerufen am 13.02.2022).

⁴⁵ Abrufbar unter: <https://www.stadt-muenster.de/katasteramt/strasse-und-hausnummer/widmung-von-strassen.html> (abgerufen am 12.02.2022).

⁴⁶ *Hufen*, DÖV 1983, 353; ders., JuS 1988, 308; *Würkner*, NJW 1989, 1266 (66); so auch: Vgl. VGH Mannheim, NJW 1989, 1299 = NVwZ 1989, 574 (129).

⁴⁷ *Grupp*, in: Marschall, Bundesfernstraßengesetz [FStrG], 6. Aufl. 2012, § 7 Rn. 11.

⁴⁸ *Frenz*, VR 2011, 401 (402).

⁴⁹ *Grupp*, in: Marschall, Bundesfernstraßengesetz [FStrG], 6. Aufl. 2012, § 7 Rn. 12.

⁵⁰ Beispielsweise im Sinne des § 14 StrWG NRW.

⁵¹ VGH Mannheim NJW 1989, 1299, 1300 ff.; *Hufen*, DÖV 1983, 353, 255 ff.; *Würkner*, NJW 1987, 1793, 1798 f, für das FStrG: *Grupp*, in: Marschall, Bundesfernstraßengesetz [FStrG], 6. Aufl. 2012, § 8 Rn. 14, aus: https://www.jura.fu-berlin.de/studium/lehrplan/projekte/hauptstadtfaelle/faelle/recht_der_berliner_verwaltung/stra__enkunst/stra__enkunst_loesungsvorschlag/Strassenkunst_Loesungsvorschlag.pdf (Stand 2016) ; so auch: <https://www.saarheim.de/Faelle/strassenkunst-loesung.htm> (Stand 2022).

⁵² BVerwGE 34, 320; 44, 193.

Vorsicht, Rücksicht, Zuversicht: Austarieren statt Negieren

Insofern ist das Aufstellen der Regenspeicher im Interesse des Umweltschutzes keine Frage des rein rechtlichen „Obs“, polemisch formuliert, sondern des rechtspolitischen „Wie“: Ein Ansatz könnte sein, sie überzeugend als genehmigungsfreien Gemeingebrauch darzustellen. Das Schwierigkeitslevel für ein Gelingen dieser Argumentation ist momentan jedoch hoch, vielmehr müsste dem erst Arbeit vorangehen, ein solches Rechtsbewusstsein⁵³ auf der lokalen Ebene geschaffen werden. Daher kann dies eher als langfristiges Ziel ausgemacht, denn als sofortige Handlungsoption empfohlen werden. Das spannende am Gemeingebrauch ist übrigens seine außergewöhnliche rechtliche Natur: Es handelt sich um ein **Kollektivrecht**⁵⁴ mit der Folge, dass ein*e Berechtigte*r keinen anderen von der Nutzung ausschließen kann. Vielmehr üben viele Berechtigte ihre Nutzungsrechte, subjektiv-öffentliche Rechte, einfach aus – und dies ganz ohne vorherige Erlaubnis. Werden Wasserspeicher (noch) nicht als Gemeingebrauch verstanden, dann ist der empfehlenswertere Ansatz das Beantragen der Sondernutzungserlaubnis vor dem Aufstellen. Der Vorteil dessen läge darin, dass sich so für den Antragstellenden das Risiko von missgünstigem Behördenkontakt im Nachhinein – also nachdem die Tonne einfach aufgestellt wurde – sich vermeiden ließe. Denn das brächte mitunter eine Untersagungsverfügung seitens der Sicherheitsbehörden (Polizei- und Ordnungsamt) und so mitunter die Notwendigkeit mit sich, gerichtlich klären zu lassen, ob das Aufstellen der Tonnen einer Erlaubnis bedurft hätte. Der Mehrwert und Sinn einer behördlichen Befassung im Vorhinein ergibt sich daraus, dass – wie so oft in einer Gesellschaft voll mit Individuen pluraler Interessen – das Recht die sich gegenüberstehenden Positionen austarieren soll. Verfassungsrechtlicher Terminus ist hier der Begriff der praktischen Konkordanz, wonach ein schonender Ausgleich zwischen sich zuwiderlaufender Ausübung von Grundrechten herzustellen ist.

Als Rechtfertigung⁵⁵ einer vorherigen behördlichen Kontrolle wird daher der Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, einer Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips Art. 20 Abs. 3 GG, angebracht⁵⁶: Vorliegend sind das Bedürfnis nach Aufstellen der Tonnen einerseits, andererseits der Bedarf an Gehwegnutzung im herkömmlichen Sinne in ein angemessenes Verhältnis zu bringen; dem Verfahren kommt damit eine „Ausgleichs- und Verteilungsfunktion“⁵⁷ in Sachen Straßennutzung zu.⁵⁸ Unter der Bedingung, dass alle Schutzvorkehrungen in der Konzeption und bei Auswahl des Standortes der Tonnen zur Genüge bedacht und im Antrag dargelegt sind, sollte eine Erlaubnis nun grundsätzlich zu erhalten sein. Was sich aber nicht ausschließen lässt – dieser Text dient jedoch dazu Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen – ist eine Negativbescheidung.

⁵³ Dahingehend, dass Umweltschutz generiert und die Tonnen daher notwendig für die Allgemeinheit sind.

⁵⁴ Janson, Verwaltungsgerichtliche Praxis – Veranstaltungsreihe des Verwaltungsgerichts, Freiburg 7. „Straßenkunst ohne Stadtesgunst, Besprechungsfall 25.03.2019, S. 7, <https://www.km-bw.de/pb/site/jum2/get/documents/jum1/JuM/Verwaltungsgericht%20Freiburg/Janson2019.pdf>.

⁵⁵ Gegenüber der Bürger*innen, die die Pflicht des Antragsstellens trifft (Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG).

⁵⁶ BVerwG, Urt. v. 07.06.1978 – 7 C 5.78 –; Beschl. v. 19.12.1986 – 7 B 144.86 –, jeweils juris; Janson, Verwaltungsgerichtliche Praxis – Veranstaltungsreihe des Verwaltungsgerichts, Freiburg 7. „Straßenkunst ohne Stadtesgunst, Besprechungsfall 25.03.2019, S. 7.

⁵⁷ Heinz, NVwZ 1991, 139(140).

⁵⁸ Dazu der Leitsatz eines Urteils des Oberverwaltungsgerichtes NRW, AZ 11 A 1081/12 – „Die behördliche Ermessensausübung bei der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis hat sich nach der ständigen Rechtsprechung des Senats an Gründen zu orientieren, die einen sachlichen Bezug zur Straße haben. Zu diesen Gründen können insbesondere zählen ein einwandfreier Straßenzustand (Schutz des Straßengrundes und des Zuhörs), die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, der Ausgleich zeitlich und örtlich gegenläufiger Interessen verschiedener Straßenbenutzer und Straßenanlieger (etwa Schutz vor Abgasen, Lärm oder sonstigen Störungen) oder Belange des Straßen- und Stadtbildes, d. h. baugestalterische oder städtebauliche Vorstellungen mit Bezug zur Straße und auf Grund eines konkreten Gestaltungskonzeptes (Vermeidung einer „Übermöblierung“ des öffentlichen Straßenraumes, Schutz eines bestimmten Straßen- oder Platzbildes und Ähnliches).“

Denn die Behörde hat einen Entscheidungsspielraum.⁵⁹ Sie trifft genauer eine sogenannte Ermessensentscheidung⁶⁰. Das heißt, dass bei Vorliegen aller Voraussetzungen wie sie der Gesetzeswortlaut festschreibt dennoch kein Rechtsanspruch auf Erlaubniserteilung erwächst: Anders als bei gebundenen Entscheidungen, zum Beispiel auf Baugenehmigung, können die Gerichte eine solches behördliches Ermessenbetätigung dann auch nur begrenzt beurteilen. Sie können sie nämlich nur auf Rechtmäßigkeit untersuchen – nicht aber hinsichtlich ihrer Zweckmäßigkeit, § 114 VwGO. Das bedeutet, dass sie grundsätzlich nicht inhaltlich überprüfen dürfen, inwieweit eine andere Entscheidung den gegenüberstehenden Interessen im Einzelfall mitunter gerechter geworden wäre. Die Richter*innen können den behördlichen Akt nur auf Fehler bei der Ermessensausübung überprüfen, genauer: ob dieser sich im gesetzlichen Rahmen hält, oder die Grenzen des dort vorgegebenen Entscheidungsspielraums überschritten wurden. Ist dies der Fall, dann ist eine Aufhebung des Verwaltungsaktes durch das Gericht nicht möglich.⁶¹ Zu beurteilen, ob die Behörde wirklich „die bestmögliche Entscheidung“ vorgenommen hat, steht ihnen nicht zu.

In diesem Kontext ist zudem auf den sogenannten Anlieger*innengebrauch zu verweisen, der für das Aufstellen der Regentonnen deshalb besondere Bedeutung erlangt, da diese im Konnex zu Gebäuden errichtet und mit deren Regenrinnen verbunden werden sollen. Für den Gebrauch des Gehwegs an einem Haus durch die Eigentümer*innen und Besitzer*innen der Grundstücke die an einer öffentlichen Straße angrenzen (das Gesetz bezeichnet sie als „Straßenanlieger“) gilt, dass diese sogar über den Gemeingebrauch hinaus „auch für Zwecke der Grundstücke [...] [genutzt werden dürfen], soweit diese Benutzung zur Nutzung des Grundstücks erforderlich ist, den Gemeingebrauch nicht dauernd ausschließt oder erheblich beeinträchtigt oder in den Straßenkörper eingreift.“, § 14a Abs. 1 S.1 StrWG NRW. Die Norm inkorporiert insofern die besonderen Bedürfnisse derjenigen, deren Grundstücke an öffentlichen Straßen liegen. Für sie dürfte es daher einfacher sein, die Tonnen genehmigungsfrei an ihrem Haus anzubringen, gleichwohl es sich – je nach Interpretation – nicht um Gemeingebrauch denn Sondernutzungen handelt.⁶² Dies haben die Behörden, die an Recht und Gesetz gebunden sind⁶³, natürlich zu beachten.

Zusammenfassend sei bis hierher festgehalten: Wenn die Regentonnen als Form des Gemeingebrauchs verstanden würden, bräuchte es gar keiner straßenrechtlichen Genehmigung. Andernfalls muss eine Sondernutzungserlaubnis vorliegen. Gegenwärtig ist insgesamt allen, die Wasserspeicher errichten wollen – auch Straßenanlieger*innen – zu raten, vorab einen Antrag auf ebendiese zu stellen. Auch wenn das Gesetz⁶⁴ sich so auslegen ließe, dass dies gerade nicht notwendig ist. Dieser Rat erwächst der Überlegung, dass die Erteilung einer Erlaubnis eine gewisse Rechtssicherheit mit sich bringt. Einen gänzlich stabileren rechtlichen Boden könnte nun künstlerische Einkleidung schaffen – neben dem Erwirken örtlicher Aufmerksamkeit und mitunter ästhetischer Liebe zum Projekt. Antragstellenden – egal ob bei Straßen- oder Baubehörden, die für Regentonnen als baurechtlich relevante Einheiten auch noch „ein Wörtchen mitzureden“ haben – soll daher nun die Kunstfreiheit als rechtspolitisches Werkzeug vorgestellt werden. Das Gewicht dieses Grundrechts könnte dazu dienen „die Behördenentscheidung zu lenken“. Für die nächsten Abschnitte soll daher folgende Frage leiten: Wie kann Kunst Brücken (und Rechtsansprüche) zur nachhaltig bewässerten Stadt bauen?

⁵⁹ Auch wenn diese dann wie erwähnt natürlich Rechtsschutzmöglichkeiten offen stünden, dazu an späterer Stelle.

⁶⁰ § 40 BVwVfG.

⁶¹ Es sei denn, es gibt andere schwerwiegende Rechtsfehler.

⁶² Dazu detaillierter im Leitfaden für die Wassertanken von Evelyn und Benjamin.

⁶³ Dies ergibt sich aus dem sog. Vorrang des Gesetzes, der Art. 20 Abs. 3 GG entnommen wird, es handelt sich um eine Ausprägung des Staatsstrukturprinzips der Rechtstaatlichkeit.

⁶⁴ Im Zusammenhang mit vorhandenen Widmungen oder unter Argumentation, dass es sich als Gemeingebrauch handele.

Kreative Wege zu Erlaubnis oder Gemeingebrauch: Wenn kommunikative Tonnen verkehren

Um die rechtliche Bedeutung zu erkennen, welche das Einbetten der Tonnen etwa in ein stadtweites Kunstprojekt⁶⁵ oder jedenfalls ihre punktuelle Präsentation als Kunst im öffentlichen Raum hätte, lohnt ein Blick in die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes. Dieses hatte sich 1989 zum Grundrecht der Kunstfreiheit und der straßenrechtlichen Behandlung von Straßenkunst (BVerwG, Urteil vom 09.11.1989 – Az.: 7 C 81.88) geäußert. Der Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, dass die Klägerin in der Fußgängerzone Scherenschneiden anbieten wollte.⁶⁶ In Streit stand dann also, ob es sich bei dieser Tätigkeit tatsächlich um eine Form des Gemeingebrauchs handelt – oder die Klägerin eine Sondernutzungserlaubnis hätte einholen müssen, was sie nicht getan hatte. Die Leitsätze der Entscheidung, das heißt also ihre tragenden Pfeiler, sind folgende:

1. Ob Straßenkunst (hier: Silhouettenschneiden) als „kommunikativer Verkehr“ zum landesstraßenrechtlichen Gemeingebrauch gehört, ist nach den Maßstäben des Landesrechts zu beurteilen, gegebenenfalls unter Heranziehung örtlicher Verkehrsanschauungen. (amtlicher Leitsatz)
2. Bundesrecht, insbesondere die Gewährleistung der Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, zwingt zur Qualifizierung von Straßenkunst als Gemeingebrauch auch dann nicht, wenn die Kunstausübung grundrechtlich geschützte Positionen Dritter nicht konkret beeinträchtigt. In einem solchen Fall besteht aber regelmäßig ein Rechtsanspruch auf die Sondernutzungserlaubnis. (amtlicher Leitsatz)

Bei Gestaltung und Deklaration der Regenspeichern als Kunstobjekte würde dieses Urteil gewisse Wirkungen zeitigen. Zwar wurde hier (für das Scherenschneiden) festgestellt, dass diese Form der Straßenkunst per se keinen Gemeingebrauch darstelle, jedoch auch, dass das Gewicht der Kunstfreiheit „regelmäßig“ einen rechtlichen Anspruch auf Erlaubniserteilung mit sich bringen könnte. Um das zu verstehen sei zunächst vorangestellt: Der vom Staat bei der Gesetzesauslegung zu achtende Schutz des Grundrechts könnte Positivbescheidung ermöglichen – wo sonst Versagung droht. Denn die Behörden sind bei der Gesetzesanwendung an die Grundrechte gebunden, Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG (Rechtsstaatsprinzip): Die Verfassung, die Grundrechte, bilden in der Normenpyramide⁶⁷ die Spitze. Diese in Rechtskreisen gängige Metapher soll klarstellen, dass Normen zueinander in einer gewissen Hierarchie stehen. Alle nationalen Regeln, die sich unterhalb der Verfassung befinden, sind – auch und gerade von der Behörde (Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG) in ihrem Lichte zu lesen: das ist die sog. verfassungskonforme Auslegung eines Rechtssatzes. Wird dem bei behördlichen Ermessensentscheidungen über das Verhältnis der gegenüberstehenden Interessen (wie sie oben beschrieben wurden) – etwa zur Sondernutzung – keine Rechnung getragen, könnte dies Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandelns bedeuten⁶⁸. Anders könnte auch formuliert werden: Wer Wasserspeicher wirklich will, der*die darf ihr Potential als Kunstobjekte nicht übersehen.

⁶⁵ Dann im Übrigen womöglich auch Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit eröffnet, Art. 5 Abs. 2 GG.

⁶⁶ Das heißt, sie wollte zwar Raum einnehmen – aber nur für diese Tätigkeit. Hier liegt natürlich ein auffälliger Unterschied zum Aufstellen der Tonnen. Das soll aber nicht stören, denn das Urteil beschäftigt sich schonmal mit Straßenkunst. Im Folgenden wird weitere Rechtsprechung, die näher am längerfristigen Etablieren der Tonnen im Stadtbild liegt, erörtert werden.

⁶⁷ „Bezeichnet das Rangverhältnis von Gesetzen. Innerstaatlich steht das GG an der Spitze der Normenhierarchie, alle unter dem GG stehenden Normen dürfen nicht gegen dessen Bestimmungen verstoßen. So lässt sich auch das Verhältnis anderer Normen zueinander bestimmen. Die Rechtsverordnung steht z. B. unter dem Gesetz und darf diesem nicht widersprechen. Streit gibt es um die Rangfolge zwischen europäischem Recht und deutschem Verfassungsrecht.“, <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/recht-az/323780/normenhierarchie/>.

⁶⁸ Aufgrund sogenannter Ermessensreduktion auf Null – und dem Prinzip der praktischen Konkordanz, dazu sogleich.

Wissensnetze spannen und taktvolle Lobbyarbeit: Einen stadtweiten Rhythmus schaffen

Zu unterscheiden sind von Bürger*innenseite also zwei mögliche strategische Spielwiesen: Die Regentonnen könnten als Straßenkunst unter den Begriff des „Gemeingebrauchs“ zu fassen sein⁶⁹, mithin bräuchte es keiner Erlaubnis. Das dürfte derzeit aber eher im Ausnahmefall problemlos, meint ohne nachträglichen Behördenkontakt, gelingen: Wer sich auf Grundlage dieser Rechtsauffassung in Sicherheit wiegt, und die Tonnen einfach aufstellt, der*dem könnte eine Untersagung drohen. Der Gewinn läge dann höchstens in öffentlicher Aufmerksamkeit, dies aber nicht unbedingt positiver Art -und auch die Gerichtskosten wären mitunter negativ auf dem Konto der „Spieler*innen“ zu verbuchen.

Angebracht sei an dieser Stelle das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Mannheim vom 17.08.1988⁷⁰, „[welcher] sich [darin] zur Gretchenfrage des Straßenrechts (‘‘Wozu sind die Straßen da?’’) äußern mußte bzw. dies erkennbar auch wollte“, wie es Würkner beschreibt⁷¹. Dieses entschied, dass für den konkreten Fall die Straßenkunst als Gemeingebrauch und damit als erlaubnisfrei anzuerkennen sei. Dies gebiete die Kunstfreiheit und eine verfassungskonforme Auslegung. Es betonte aber auch: „Bei einer verfassungskonformen Abgrenzung des Gemeingebrauchs (von der Sondernutzung) muss jeweils *im konkreten Einzelfall* geprüft werden, ob durch die Kunstausübung auf der Straße die Grenze der Gemeinverträglichkeit deshalb überschritten ist, weil grundrechtlich geschützte Positionen Dritter in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigt werden (Prinzip der praktischen Konkordanz).“ Das Bundesverwaltungsgericht, als oberstes nationales Verwaltungsgericht, lehnte in seiner Entscheidung zudem die pauschale Einordnung der Straßenkunst als Form des Gemeingebrauchs wie gesehen (tendenziell) ab - sodass das Nichteinholen einer behördlichen Erlaubnis zumindest riskant bliebe. Und auch auf behördlicher Ebene⁷² dürfte diese Interpretation von „Gemeingebrauch“ daher noch eher selten sein.

Das muss aber nichts heißen und sollte auch nicht das Richtmaß sein, gerade in einer Demokratie (Art. 20 Abs. 2 GG) und auf kommunaler Ebene (Art. 28 Abs. 1, Abs. 2 GG) gilt: Die im Ort geltenden Regeln vorherrschende Anschauung in der Bevölkerung erlangt besondere Relevanz. Zudem betonte dies auch das Bundesverwaltungsgericht, wie oben gesehen, wenn es für die Bestimmung dessen, was als „kommunikativer Verkehr“ zu werten sei, auf die Bedeutung der örtlichen Verkehrsanschauung verweist. Das heißt übersetzt: *Local thinking matters - auch für das Recht.*

Wer Platz für Tonnen will, muss zunächst ihren Platz für Denken der Ortsansässigen erkämpfen. Überlegenswert scheint daher etwa, wie oben schon angerissen wurde, das Design der Regentonnen Schulklassen im Rahmen eines Bildungsprojektes in Kooperation mit den örtlichen Schulen gestalten zu lassen. Dies böte neben rein rechtlichen auch den tatsächlichen Vorteil - wobei auf kommunaler Ebene eben beides nicht enger beieinander liegen könnte -, dass die

⁶⁹ BVerwG, NJW 1990, 2011 = NVwZ 1990, 864; Heinz, NVwZ 1991, 139(140).

⁷⁰ Künstlerische Betätigung auf der Straße -VGH Mannheim, Urteil vom 17.08.1988 - Az.: 14 S 689/87 - Leitsätze:

1. Künstlerische Betätigung fällt nicht unter den Begriff des Gewerbes im Sinne der Gewerbeordnung und damit auch nicht unter die Regelungen des Ladenschlussgesetzes.(amtlicher Leitsatz)
2. Die Herstellung von Profilschattenbildern ist Kunst im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GG.(amtlicher Leitsatz)
3. Auch die Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG gebietet eine verfassungskonforme Auslegung der (landes-) straßenrechtlichen Begriffe "Verkehr" und "Gemeingebrauch".(amtlicher Leitsatz)
4. Bei einer verfassungskonformen Abgrenzung des Gemeingebrauchs (von der Sondernutzung) muss jeweils im konkreten Einzelfall geprüft werden, ob durch die Kunstausübung auf der Straße die Grenze der Gemeinverträglichkeit deshalb überschritten ist, weil grundrechtlich geschützte Positionen Dritter in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigt werden (Prinzip der praktischen Konkordanz).(amtlicher Leitsatz).

⁷¹ Würkner, NJW 1989, 1266(1266).

⁷² - die es als Bürger*in ja zunächst einmal zu überzeugen gelten würde, um sich die Auseinandersetzung vor Gericht zu ersparen!

Sichtbarkeit erhöht würde. Kinder erzählen zu Hause davon und involvieren so die Eltern. Das Bewusstsein um die Bedeutung der Tonnen für eine nachhaltige Stadtgemeinschaft würde erhöht. Wissen zur Notwendigkeit von Umweltschutz, der übrigens in Art. 20a GG auch als Staatsziel festgeschrieben ist, könnte im Rahmen des Bildungsprojektes forciert vermittelt und in der Praxis greifbar werden. Hierin liegt ein wichtiger Schritt dahin, dass auch die Behörden dies so sehen. Wenn Bürger*innen das Projekt als Beitrag für nachhaltiges Leben begreifen, könnte diese Verkehrsauffassung auch Bedeutung für die Rechtsprechung oder den Normerlass durch etwa die Gemeindeverwaltung erlangen, wenn entschieden werden muss, ob es sich um Gemeingebrauch handelt.

An dieser Stelle kommt der Quartiers-Gemeinwohl-Index ins Spiel. Hier haben sich Bürger*innen bereits direkt demokratisch geäußert. Die Wassertonne als Kulturgut bedient gleich mehrere Ziele, die eingangs schon aufgezählt wurden. Der Index könnte für Behörden als Auslegungshilfe herangezogen werden, schließlich könnte der Wille der Betroffenen des Ortsabschnitts nicht deutlicher formuliert sein. Der Quartierskodex ist daher insgesamt als ein *Rechtsdokument sui generis* (= eigener Art) zu verstehen. Daneben ist rechtlich relevant, wenn sich Mehrheiten in Gemeindevertretungen in Satzungen und Beschlüssen klar pro-Tonne positionieren und sich ihre Sympathien für das Projekt in Dokumenten kristallisieren, welche die Behörden ausdrücklich rechtlich binden.⁷³ So schreibt Heinz in seinem Aufsatz „Kunst auf der Straße im Labyrinth von Kunstfreiheit, straßenrechtlichem Gemeingebrauch und Sondernutzung“, dass „[d]as jeweilige Landesrecht [neben individuellen Beantragungen] Möglichkeiten übergreifender Art“ eröffnet. Einerseits, worauf oben schon verwiesen wurde, könne die zuständige Behörde auch in einer Widmung den „kommunikativen Verkehr“ als Hauptzweck bestimmen „und damit bestimmte Arten von Straßenkunst dem Gemeingebrauch zuzurechnen [sein]“. Das Bundesverwaltungsgericht habe das „ausdrücklich unter Hinweis [...] auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG [Kunstfreiheit]“⁷⁴ beschieden. Weiter schreibt Heinz: „[...] Im Übrigen sei den Gemeinden die Befugnis eingeräumt, gewisse Sondernutzungen an Gemeindestraßen von der Erlaubnispflicht freizustellen (\"erlaubnisfreie Sondernutzung\"). Dies ist im Rahmen von Satzungsbestimmungen möglich, die auch ein bloßes Anmeldeverfahren vorsehen können.“⁷⁵

Für den Erlass solcher Satzungen wiederum bedürfte es vorab guter Öffentlichkeitsarbeit sowie gelungener Vernetzung in die Hinterzimmer der repräsentativ-demokratischen Entscheidungsgremien. Denn Abstimmungsmehrheiten könnten nur durch eine gemeinwohlorientierte Lobbyarbeit und bürger*innennahe Kampagnen generiert werden. Besonders mittels der hier skizzierten Weise – dem Etablieren von Projektarbeit, die involviert – könnte kommunalrechtliche Zukunftsmusik komponiert werden, in der ein neues Verständnis von Gemeingebrauch den kollektiven Takt vorgibt.⁷⁶

⁷³ Dazu auch das Dokument von Benjamin und Evelyn.

Daneben:

⁷⁴ vgl. BVerwG, NJW 1990, 2011 = NVwZ 1990, 864; Heinz, NVwZ 1991, 139 (140).

⁷⁵ Heinz, NVwZ 1991, 139 (140).

⁷⁶ Dazu weitergedacht auch: „Musikalische und tänzerische Darbietungen sowie Straßentheater, die dem verbindenden Zweck dienen, in einer öffentlichen Angelegenheit Stellung zu beziehen, werden somit vom Grundrechtsschutz des Art. 8 Abs. 1 GG [Versammlungsfreiheit] erfasst und bedürfen keiner straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis.“, Haus, Rz. 104 https://www.haufe.de/recht/deutsches-anwalt-office-premium/53-gemeingebrauch-und-strassenrechtliche-sondernutzung-v-strassenrechtliche-sondernutzungserlaubnis-und-versammlungsrecht_idesk_PI17574_HI10868523.html (abgerufen am 12.02.2022).

Unter freiem Himmel: Straßenkunst braucht den öffentlichen Asphalt

Doch noch befinden wir uns im Hier und Jetzt. Und gegenwärtig dürfte es zuvorderst darum gehen, möglichst ohne großes Bangen die Sondernutzungserlaubnis zu erhalten. Eine kunstvolle Gestaltung könnte, wie an den oben zitierten Urteilen gesehen, hilfreich sein. Zu verweisen ist dabei auch auf ein etwas neueres Urteil vom OVG NRW.⁷⁷

In der Königsallee in Düsseldorf hatte ein Künstler seine Kunstwerke – Kunstdrucke und Bilder – ausgestellt. Die zuständige Behörde erließ im Juni 2017 eine Verfügung mit dem Inhalt, dass dem Künstler dies untersagt werde. Sie hielt seine Tätigkeit für erlaubnispflichtig, da es sich um eine Sondernutzung und nicht um Gemeingebrauch der öffentlichen Straße handele. Der Künstler erhob gegen diesen Verwaltungsakt Klage. Dies begründete er damit, dass seine Kunstaktion dem Schutz der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG unterfalle und deren Bedeutung verkannt worden sei. Er nehme am kommunikativen Verkehr teil. Sowohl das Verwaltungsgericht Düsseldorf als auch das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen entschieden, dass das Vorgehen der Behörde rechtmäßig gewesen sei.

Nun stellt sich die Frage, welchen Wert dieses Urteil für die hier aufgezeigte Handlungsoption hat, aus den Tonnen Kunst zu machen. Bisher ist dieser Begriff einfach verwendet und nicht weiter auf eine weichenstellende Frage, die sich der*die aufmerksame Leser*in sicher bereits gestellt haben mag, eingegangen worden: *Was umfasst die Kunstfreiheit eigentlich?* Der Gehalt⁷⁸ dieses Grundrechts ist davon abhängig, wie das Wort „Kunst“ zu lesen ist. Was meint Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG damit? Sich in die Weiten der zugehörigen Rechtsprechung und Literatur zu bewegen, dies barg vor allem früher die Gefahr im widrigen Sturm von Definitionsversuchen verloren zu gehen. Deutlich wird nur eines: umfassendes Unvermögen.

Im Einklang mit dieser Erkenntnis stellte das Bundesverfassungsgericht bereits fest, dass *Begriff der Kunst nicht generell definiert* werden kann.⁷⁹ Mehr noch: Dem Staat müsse es verwehrt sein, Kunst zu definieren – alles andere würde ein Aufschwingen zum „staatlichen Kunstrichter“ bedeuten.⁸⁰ Allein sich euphorisch auf die Suche zu begeben, um wenige Sätze zu finden, die seiner Komplexität gerecht werden könnten, allein sich die Frage zu stellen und eine einheitliche Antwort haben zu wollen, dafür, was denn Kunst ist – ja ist das nicht schon juristische Kunst? Eine Grotteske aber, den für eine Demokratie notwendigen Wert des Künstlerischen ins Korsett konkret fassbarer Maßstäbe pressen zu wollen. Denn damit würde ihre einzige Konstante – das Charakteristikum des zauberhaft Ungewissen – rechtlich ausradiert. So müh(t)en sich für Präzision einige an Formalien ab, frag(t)en, ob das Objekt einem anerkannten Werktyp zuzuordnen ist (formaler, sehr enger Kunstbegriff). Dann würden etwa Bildhauerei, Malerei oder ähnliches erfasst. Weitere Ansätze seien an dieser Stelle ausgespart, um sogleich zur wohl stimmigsten Anstrengung zu gelangen, die (künstlerische) Freiheit um der Freiheit (anderer) willen terminologisch einzufangen: „Kunst zeichnet sich durch die Mannigfaltigkeit ihrer Aussage aus, die ständig neue, weiterreichende Interpretationen zulässt.“⁸¹

Diesen offenen Kunstbegriff hat das Bundesverfassungsgericht geprägt und verdeutlicht damit die beschriebene Diskrepanz: Wer diesen Begriff in einen Rahmen stecken will, der Praktikabilität für Rechtsanwender*innen wegen, der*die balanciert gefährlich nah am kulturellen Abgrund. Beinahe Zensur wäre es, die Exaktheit einer Kurzdefinition zur Einsortierung zu nutzen. Die demokratische Kunst ist doch, dass sich die Kunst stets neu erfinden und entwickeln kann.⁸² So ist auch anerkannt, dass keiner der rechtlichen Definitionsansätze

⁷⁷ OVG NRW, Beschluss vom 24.08.2017 – 11 B 938/17 – https://mobil.kostenlose-urteile.de/OVG-Nordrhein-Westfalen_11-B-93817_Kunstaussstellung-auf-oeffentlicher-Strasse-bedarf-Sondernutzungserlaubnis.news26422.htm (abgerufen am 13.02.2022).

⁷⁸ Rechtsterm: sachlicher Schutzbereich.

⁷⁹ Vgl. auch BVerfGE 67, 213.

⁸⁰ BVerfGE 75, 369.

⁸¹ BVerfGE 67, 213.

⁸² Das zeigt auch ihr enger Zusammenhang zur Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs.1 GG, und dem Selbstbestimmungsrecht der Künstler*in, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. 1 Abs. 1 GG. Dazu zudem: BVerfGE 67, 213

abschließend sein kann, sich diese vielmehr ergänzen müssen. Ziel des Grundrechts ist es, „die auf der Eigengesetzlichkeit der Kunst beruhenden, von ästhetischen Rücksichten bestimmten Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen von jeglicher Ingerenz öffentlicher Gewalt freizuhalten. Die Art und Weise, in der der Künstler der Wirklichkeit begegnet und die Vorgänge gestaltet, die er in dieser Begegnung erfährt, darf ihm nicht vorgeschrieben werden, wenn der künstlerische Schaffensprozeß sich frei soll entwickeln können. Über die "Richtigkeit" seiner Haltung gegenüber der Wirklichkeit kann nur der Künstler selbst entscheiden.“⁸³

Feststeht somit, dass verzierte Regentonnen fraglos Kunst im Sinne des offenen Kunstbegriffes darstellen – wenn wir es so wollen. Irgendwie interpretieren ließe sich schließlich auch eine fabrikgefertigte Gabel ohne weitere nennenswerte Ecken und Kanten: Sie würde damit zum Kunstobjekt, wenn ihre vier Zinken nur richtig in Szene gesetzt wären. Diesen Vergleich aufzutun, erscheint nun wohl zunächst absurd. Um ihm ein Stück weit mehr Logik einzuhauchen sei ein Urteil des Bundesverfassungsgerichtes von 1971 zitiert: „Die Kunstfreiheitsgarantie umfasst in gleicher Weise den "Werkbereich" und den "Wirkbereich" des künstlerischen Schaffens. Beide Bereiche bilden eine unlösbare Einheit. Nicht nur die künstlerische Betätigung (Werkbereich), sondern darüber hinaus auch die Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks sind sachnotwendig für die Begegnung mit dem Werk als eines ebenfalls kunstspezifischen Vorganges; dieser "Wirkbereich", in dem der Öffentlichkeit Zugang zu dem Kunstwerk verschafft wird, ist der Boden, auf dem die Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG vor allem erwachsen ist.“⁸⁴

Übersetzt ist dem die Aussage zu entnehmen, dass auch der Ort und Art und Weise der Darstellung den Schutzzumfang der Kunstfreiheit mitzeichnet. Und da der Kunstbegriff in der Rechtsprechung sehr weit verstanden wird, spielen diese Faktoren für die Gewichtung der sich gegenüberstehenden Rechtspositionen, für die Rechtmäßigkeit des Eingriffs in die Kunstfreiheit im konkreten Fall, besondere Bedeutung. Und die hier in Frage stehenden Wasserspeicher sollen nicht irgendwo stehen – genau das ist schließlich vorliegend die Kernproblematik. Daher, mit diesen verfassungsgerichtlichen Ausführungen im Kopf, gilt es sich wieder dem Düsseldorfer Urteil hinzuwenden.

Denn das Gericht entschied, dass es sich bei der abgehaltenen Kunstaussstellung zwar um Kunst und diese damit in den sachlichen Schutzbereich im Sinne des Art. 5 Abs. 3 handle – nicht aber um genehmigungsfreien Gemeingebrauch. Damit hielt es sich in der vorgezeichneten Linie mit der oben bereits zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes von 1989. Begründet wurde dies damit, dass der Künstler schlicht nicht deutlich gemacht habe, weshalb nun die öffentliche Straße als ein Wirkbereich für Begegnungen mit dem Werk des Künstlers „sachnotwendig“ wäre. Zudem monierte das Gericht, der Künstler habe auch nicht genug verdeutlicht, weshalb seine Werke nun auf der Straße hergestellt oder die Darbietung seiner Werke auf der Straße bzw. seine Werke selbst „unauflöslich mit der Straße verknüpft“ seien. Der Künstler habe lediglich seine Kunst auf der Straße ausgestellt. Damit sei sie vielleicht an sich schützenswerte Straßenkunst, dass allein aber mache sie nicht weniger erlaubnispflichtig.

Interessant ist dieses jüngere Urteil für die Frage, wie es um die Regenspeicher steht, deswegen, weil die Ausstellung anders als die Performancekunst des Scherenschneidens eine gewisse Dauerhaftigkeit hat. Es geht auch hier, wie bei den Wänden der Wasserspeicher, die als „Leinwand“ dienen und zu Kunst werden könnten, darum, dass bereits fertige Werke an einem

(225), mit folgender Erläuterung: „Daß in der Kunsttheorie jeglicher Konsens über objektive Maßstäbe fehlt, hängt allerdings auch mit einem besonderen Merkmal des Kunstlebens zusammen: die "Avantgarde" zielt gerade darauf ab, die Grenzen der Kunst zu erweitern. Dies und ein weitverbreitetes Mißtrauen von Künstlern und Kunsttheoretikern gegen starre Formen und strenge Konventionen sind Eigenheiten des Lebensbereichs Kunst, welche zu respektieren sind und bereits darauf hindeuten, daß nur ein weiter Kunstbegriff zu angemessenen Lösungen führen kann.“

⁸³ BVerfGE 30, 173 (190).

⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.02.1971, BVerfGE 30, 173, 188 f., Janson, Verwaltungsgerichtliche Praxis – Veranstaltungsreihe des Verwaltungsgerichts, Freiburg 7. „Straßenkunst ohne Stadtesgunst, Besprechungsfall 25.03.2019, S.10.

besonderen Ort wirken sollen. Die im Urteil angedeutete *Sachnotwendigkeit der Darbietungsweise direkt auf der Straße* ist noch dazu für die Regentonnen zu begründen ein Leichtes. Denn wo sonst sollten sie stehen, wenn nicht unter freiem Himmel auf der Straße: Um Regenwasser aufzufangen? Und wo, wenn nicht dort, könnte das städtische Publikum sie als Teil einer Strategie für ein nachhaltiges Leben wahrnehmen? Sie sind Wasserspeicher, aber strahlen nach außen auch das Wissen aus, dass es nicht anders geht.

Wir müssen Städte neu denken, wenn sie in Zukunft bestehen sollen, wenn Lebensgrundlage erhalten und dem Klimanotstand etwas entgegengesetzt werden soll. Der künstlerische Auftrag könnte darin bestehen, etwa im Sinne Hundertwassers die Verbundenheit von Mensch und Natur abzubilden.⁸⁵ Hundertwasser hat schon sehr früh gefordert, die Kunst müsse in den Alltag der Menschen eindringen, wenn sie die Welt verändern will. Dafür hatte er auch Verhaltensregeln in der menschlichen Beziehung zur Natur unter dem Titel „Friedensvertrag“ formuliert. Dieses Anliegen könnte dringender und zeitgemäßer nicht sein. Die geschilderten Überlegungen sollten daher auch in Anträgen Eingang finden. Denn selbst wenn (laut Rechtsprechung) die Gewährleistung der Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG jedenfalls nicht zwingt, Straßenkunst als Gemeingebrauch zu identifizieren und damit von für Genehmigungen frei einfach aufzustellen – auch dann nicht, wenn die Kunstausbübung grundrechtlich geschützte Positionen Dritter nicht beeinträchtigt (siehe oben, zitiertes Urteil):

Das Bundesverwaltungsgericht entschied im selben Urteil, dass in einem solchen Fall regelmäßig ein *Rechtsanspruch auf die Sondernutzungserlaubnis* besteht! Die Erlaubnispflicht für Sondernutzung sei eine formale Schranke, die noch nichts über die Zulässigkeit der beabsichtigten Straßennutzung aussage. Wenn die *Prüfung des Einzelfalls, dass die straßenkünstlerische Darbietung weder Rechte der Verkehrsteilnehmer*innen noch das Recht auf Anlieger*innengebrauch noch andere Grundrechte – z. B. durch Geräuschemissionen – ernstlich beeinträchtigt, sei das Ermessen der Behörde im Regelfall reduziert und ein Anspruch auf Erlaubniserteilung gegeben.*

Mit Gestaltung der Wasserspeicher lassen sich also Räume der Stadt zurückerobern, indem ursprünglich vorhandene Entscheidungsspielräume der Behörde auf ein Minimum verkürzt werden (rechtstechnisch als sog. Ermessensreduktion auf Null bezeichnet)⁸⁶. einem potenziellen Antrag anzuführen wäre also, dass die Tonnen auf die öffentlichen Straßen gehören, ja, sie dort stehen müssen, (nicht nur) damit ihre künstlerische Dimension alle Wirkung entfalten kann.⁸⁷ Sie müssen Blicke auffangen wie Regentropfen, nur dauerhaft befestigt können sie etwas bewegen. Wenn der Schutz dieser Kunst als Bestandteil des kommunikativen Verkehrs herausgearbeitet wird⁸⁸ und am jeweiligen Platz durch das Aufstellen keine fremden Rechtsgüter übermäßig gefährdet würden, ist der künstlerische Mantel das perfekte Mittel auf dem Weg zum (Teil-)Erfolg: Negativbescheidungen für Straßenkunst mit Wasserbauch zu verhindern. Der Rang der Kunstfreiheit würde die Gleichung nun lösen: Die Behörde würde rechtlich gezwungen, eine Erlaubnis zu erteilen, würde ein*e verbeamtete Person dem zuwider kalkulieren verstieße sie gegen Art. 20 Abs. 3 GG.⁸⁹ Denn wo kein Ermessen (mehr), da keine andere Entscheidung. Und die Nichterteilung einer Erlaubnis würde eine Dienstpflichtverletzung bedeuten: Sie wäre rechtswidrig.

Da neben straßenrechtlichen auch baurechtlichen Aspekten zu beachten sind, würde hier dann weiter zu fragen sein, inwieweit die einschlägigen Normen des Baurechts sich ebenso

⁸⁵ Näher auf: https://hundertwasser.com/texte/speech_on_ecology .

⁸⁶ *Hufen*, ZJS 5/2010, 603 (606).

⁸⁷ In diesem Sinne auch *Würkner*, NJW 1987, 1793 (1795).

⁸⁸ den der öffentliche Straßenraum in einer Demokratie auch gewährleisten soll.

⁸⁹ „Von jedem Beamten zu beachtender Dienstpflicht ist insoweit wegen der Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG auch die Einhaltung der einschlägigen Gesetze, was vor allem § 36 Abs. 1 BeamStG verdeutlicht, nach dem der Beamte für die Rechtmäßigkeit seiner Handlungen verantwortlich ist.“ – aus: Saarheim Fälle „Straßenkunst“ <https://www.saarheim.de/Faelle/strassenkunst-loesung.htm> .

„wassertankenfreundlich“ auslegen lassen.⁹⁰ Die Notwendigkeit einer Genehmigung aus baurechtlicher Perspektive ergibt sich aus § 60 Abs. 1 Bauordnung NRW, wonach für die Neuerrichtung baulicher Anlagen⁹¹ im Grundsatz die zuständige Behörde eine solche zu erteilen hat. Eine Genehmigungsfreiheit könnte sich aus § 62 Abs. 1 Nr. 4 a/b ergeben, wonach ein Bauvorhaben, das der „Öffentlichen Wasserversorgung“ dient, genehmigungsfrei zulässig ist. Neben einer Genehmigung müssen aber jedenfalls gemäß § 60 Abs. 2 die in der Bauordnung aufgeführten Anforderungen erfüllt werden. Dies deswegen, weil die Einhaltung dieser Anforderungen dem Bedürfnis öffentlicher Sicherheit und Ordnung Rechnung tragen soll.

Insgesamt ist festzuhalten, dass einfachgesetzlichen Normen im Lichte der Kunstfreiheit zu lesen sind, sodass natürlich auch für das Baurecht unbestimmte und zur Auslegung einladende Rechtsbegriffe in den einschlägigen Normen Einfallstore für die Verpflichtung der Behörde zur Positivbescheidung eröffnen. Längerfristig wäre natürlich wünschenswert, dass etwa Satzungen in der Stadt genaue Regelungen für die Wassertanks treffen oder zumindest Verwaltungsinnenrecht⁹² erlassen würde, welche den Beamt*innen gewisse Entscheidungen zugunsten der Wassertanks vorgeben – und so den Antragstellenden die Last ausgeklügelter Begründungen oder anderer Kämpfe von den Schultern genommen würden. Die Erfüllung solcher Wünsche gelingt umso leichter, je mehr Bewohner*innen an die Notwendigkeit und Schönheit der Tanks glauben. Politische Stimmungen wirken dann auch auf die Gemeindevertretung, die wiederum für Beschlüsse zuständig ist. Gute Öffentlichkeitsarbeit, etwa die Integration in das größere Projekt „Hansaforum“ und die oben vorgeschlagene Kooperation mit Bildungseinrichtungen könnten dann dazu führen, dass das Antragstellen ein Akt des Gestrigen sein wird. Und in einer besser bewässerten Stadt von morgen wachsen neue Träume für ein funktionierendes Miteinander und Gemeingebrauch, solche kleiner und großer Leute – im Schatten der Bäume, die durch einst so seltsame Regenspeicher am Leben erhalten wurden.

⁹⁰ Im Übrigen gilt: „Dem Baugenehmigungsverfahren nach der BauO NRW kommt *keine* Konzentrationswirkung zu, eine Baugenehmigung würde eine Sondernutzungserlaubnis mithin weder einschließen noch ersetzen.“ – so das OVG Münster, 11 A 114/20 v. 12.3.2021, Abs. 30 = NVwZ-RR 2021, 817 Rn.19, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2021/11_A_114_20_Urteil_20210312.html.

⁹¹ § 2 Begriffe BauO NRW.

„(1) Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Eine Verbindung mit dem Boden besteht auch dann, wenn die Anlage durch eigene Schwere auf dem Boden ruht oder auf ortsfesten Bahnen begrenzt beweglich ist oder wenn die Anlage nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt ist, überwiegend ortsfest benutzt zu werden. [...]“ – hierunter könnten Wassertanks fallen. Dazu, dass auch anders argumentiert werden und eine Baugenehmigung damit nicht notwendig wäre näher im Leitfaden von Benjamin und Evelyn.

⁹² Rechtsnormen, die nicht direkt im Verhältnis zwischen Bürger*in und Verwaltung wirken, sondern nur intern Verwaltungsangestellte in ihren Entscheidungen leiten.

Aufsätze zur Vertiefung:

- *Heinz*, Kunst auf der Straße im Labyrinth von Kunstfreiheit, straßenrechtlichem Gemeingebrauch und Sondernutzung; NVwZ 1991, 139.
- *Hufen*,
 - Zur rechtl. Regelung der Straßenkunst – kommunikativer Gemeingebrauch oder Verbot mit Erlaubnisvorbehalt; DÖV 1983, 353.
 - Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, ZJS 5/2010, 603-607.
- *Janson*, „Straßenkunst ohne Stadtesgunst“; VBIBW-Sonderbeilage 2019, 41.
- *Würkner*,
 - Straßenrecht contra Kunstfreiheit? * - Vom „Charme des Ursprünglichen und Spontanen“ zur Erlaubnispflichtigkeit für Straßenkunst; NJW 1987, 1793.
 - Straßenkunst als (kommunikativer) Gemeingebrauch; NJW 1989, 1266:
- *Frenz*, Ansprüche auf Benutzung öffentlicher Sachen; VR 2011, 401.

Wichtige erwähnte straßenrechtliche Urteile⁹³:

- BVerwGE 84, 71 ff.,
- VGH Mannheim, 14 S 689/87 v. 17.8.1988 = NJW 1989, 1299 ff.,
- VGH Mannheim, 5 S 2592/18 v. 22.5.2019 = NJW 2019, 2876 ff.,
- OVG Münster, 11 B 938/17 v. 24.8.2017 = NJW 2018, 803 f.

Wichtige Urteile zur Kunstfreiheit:

- BVerfGE 30, 173
- BVerfGE 67, 213

⁹³ Siehe auch die Übersicht auf - <https://www.saarheim.de/Faelle/strassenkunst-loesung.htm>.