B 9414

NZV
Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht

Haftungs- und Versicherungsrecht, Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Verwaltungsrecht

In Zusammenarbeit mit der
Neuen Juristischen Wochenschrift

herausgegeben von
Dr. Thomas Almeroth
Dr. Peter Dauer
Prof. Dr. Matthias Graw
Prof. Dr. Reinhard Greger
Sebastian Gutt
Prof. Dr. Christian Huber
Katrin Hühnermann
Jürgen Jahnke
Dr. Oliver Klein
Dr. Benjamin Krenberger
Prof. Dr. Klaus Langwieder †
Dr. Matthias Quarch
Dr. Andreas Quentin
Urban Sandherr
Rupert Schubert
Dr. Philipp Schulz-Merkel
Karin Spillecke
Christian Weibrecht
Wolfgang Wellner
Prof. Dr. Dr. Martin Will

www.nzv.beck.de

C.H.BECK

3/2021

4. März 2021
34. Jahrgang S. 113–168

Aus dem Inhalt

F. de Biasi
Der Fahrzeugschaden in Zeiten von Corona 113

A. Deutscher
Die Entwicklung des straßenverkehrsrechtlichen Fahrverbotes im Jahr 2020 115

D. Müller
Die Berliner „Pop-up-Radwege" als verkehrsjuristisches Problem 119

A. Rebler/B. Huppertz
Das Verhüllungsverbot im Straßenverkehr (§ 23 IV StVO) – eine aktuelle Bewertung 127

M. Quarch
Goslar 2021 - Ganz anders, aber trotzdem gelungen 137

BGH
Unterschlagung eines Autos während Probefahrt durch vermeintlichen Kaufinteressenten (*T. Haupt*) 140

OLG Nürnberg
Nach wie vor kein Mitverschulden bei dem Nichttragen eines Helms durch einen erwachsenen Alltagsradfahrer (*S. Bachmor*) 157

KG
Fahrverbot und CoVid19 (*B. Krenberger*) 160

OLG Hamm
Paketscanner sind elektronische Geräte; StVO-2013 nicht nichtig (*M. Will*) 161

BVerwG
Tattagsprinzip versus Verwertungsverbot (*K. Hühnermann*) 165

0950202103

richters auf Null reduziert ist – etwa, weil der Grenzwert im Rahmen des § 24a StVG um ein Vielfaches überschritten wurde oder es sich um einen unbelehrbaren Wiederholungstäter handelt – erscheint es ausnahmsweise als vertretbar, wenn die Prüfung des Vorliegens eines Ausnahmefalles in den Urteilsgründen nicht zum Ausdruck kommt.[56]

2. Absehen vom Fahrverbot

Zu diesem Bereich hat es im Berichtszeitraum keine Entscheidungen gegeben[57].

XIII. Verfahrensrecht

1. Zustellung der Entscheidung an Bevollmächtigten

Auf eine auch für straßenverkehrsrechtliche Fahrverbot interessante Entscheidung des EuGH[58] ist hinzuweisen. Hiernach verstößt es nicht gegen Gemeinschaftsrecht, dass die **Frist von zwei Wochen** für die Einlegung eines Einspruchs gegen einen ein Fahrverbot gegen eine Person anordnenden Strafbefehl **mit dessen Zustellung an den Bevollmächtigten dieser Person zu laufen** beginnt. Allerdings steht es einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegen, nach der sich eine in einem anderen Mitgliedstaat wohnende Person, wenn sie einen Strafbefehl, mit dem ein Fahrverbot gegen sie angeordnet wird, nicht ab dem Zeitpunkt, zu dem dieser Strafbefehl rechtskräftig geworden ist, beachtet, einer **strafrechtlichen Sanktion aussetzt**, obwohl diese Person keine Kenntnis von der Existenz des Strafbefehls hatte, als sie gegen das mit ihm angeordnete Fahrverbot verstoßen hat.

2. Verständigung

Die Zusage des AG, im Falle einer Beschränkung des Einspruchs auf den Rechtsfolgenausspruch kein Fahrverbot zu verhängen, führt zur **Unwirksamkeit** der hierauf erklärten Beschränkung, wenn zu besorgen ist, dass durch das Gericht bei dem Betroffenen der unzutreffende Eindruck erweckt worden ist, die Rechtsfolgen seien mit der Anklagebehörde abgesprochen.[59]

XIV. Die Vollstreckung von Fahrverboten

Besitzt der Angeklagte **keine Fahrerlaubnis** und wird er eine solche auch zeitnah nicht erwerben, bedarf es für den Fall einer Fahrverbotsanordnung nach § 25 StVG keiner Entscheidung zu einem **Vollstreckungsaufschub** nach § 25 IIa StVG.[60] Die ohne Rechtsgrundlage erfolgte verwaltungsrechtliche Entziehung der Fahrerlaubnis aufgrund desselben Ereignisses, das Gegenstand des Bußgeldverfahrens ist, ist entsprechend § 25 VI StVG auf ein zu verhängendes Fahrverbot **anzurechnen.**[61] ■

56 *OLG Celle*. NZV 2020, 255 m. Anm. *Krenberger* = VRR 7/2020, 23 [*Deutscher*].
57 Zu den einschlägigen Fragen *Burhoff/Deutscher* (o. Fn. 18), Rdnr. 1435 ff.
58 NZV 2021, 95 m. Anm. *Bollacher* = NJW 2020, 1873 = JR 2020, 672 m. Anm. *Kulhanek*.
59 *KG*, NStZ 2020, 428 – bereits berichtet in NZV 2020, 57 (62).
60 *AG Dortmund*, BA 57, 53 = SVR 2020, 68 [*Steinert*].
61 *OLG Frankfurt a. M.*, BA 57, 367.

Prof. Dr. Dieter Müller*

Die Berliner „Pop-up-Radwege" als verkehrsjuristisches Problem

„Pop-up-Radwege" sind verkehrspolitisch en vogue und in der interessierten Öffentlichkeit in aller Munde. Insbesondere die Bundeshauptstadt Berlin hat in der Frühphase der Covid-19-Pandemie beschlossen, mit „Pop-up-Radwegen" temporäre Radwege zu installieren, um einem lautstark artikulierten aktuellen Verkehrsbedürfnis zahlreicher Bürger der Stadt nachzukommen. Die aktuell in der Bundeshauptstadt Berlin vorhandenen „Pop-up-Radwege" werden von der zuständigen Senatsverwaltung als beispielhafter Modellversuch in Berlin und darüber hinaus aktiv beworben und in anschaulich bebilderter Begründung im Internet ausführlich dargestellt.[1]

Inzwischen sind auch einige andere Städte in Deutschland dem Beispiel der Bundeshauptstadt gefolgt oder werden es in Zukunft noch tun.[2] Dieser Trend dürfte nach dem zwischenzeitlich erreichten juristischen Erfolg noch zunehmen. Die Gründe für diese Neuverteilung der öffentlichen Verkehrsflächen sind vielfältig. Zahlreiche Bürgerinnen und Bürger wollen aufgrund der Covid 19-Pandemie wenigstens zeitweise nicht mehr mit öffentlichen Verkehrsmitteln fahren und alternativ häufiger Individualverkehrsmittel nutzen. Dieser Trend dürfte sich in Zukunft noch verstärken.[3] Auch bei der Auswahl der Individualverkehrsmittel gibt es einen neuen politischen Trend. Da die Parkmöglichkeiten in Großstädten äußerst begrenzt und zudem vergleichsweise teuer sind, steigen Bürger zunehmend von ihren Pkw auf Fahrräder um, wenn die Entfernung zwischen Wohn- und Arbeitsort oder die zu bewältigende Transportaufgabe dies zulässt. Diese neue Entwicklung in der individuellen Mobilität nehmen einige Verwaltungsbehörden in Deutschland und anderswo in der Welt[4] auf, um ihre öffentlichen Verkehrsflächen neu zu ordnen und zu verteilen. In Berlin wird als gesetzliche Begründung für diese Aktivitäten das am 18.7.2018 in Kraft getretene Mobilitätsgesetz[5] mit seinem in § 40 geregelten Radverkehrsplan herangezogen.

* Der Verfasser lehrt Verkehrsrecht und Verkehrsstrafrecht an der Hochschule der Sächsischen Polizei (FH) in Rothenburg/Oberlausitz. Der Aufsatz geht auf ein Gutachten zurück, das der Verfasser für die Unfallforschung der Deutschen Versicherer (UDV) erstattet hat.

1 Siehe dazu die Darstellung des Berliner landeseigenen Unternehmens, der infraVelo GmbH, auf: https://www.infravelo.de/temporaere-radfahrstreifen/. Mit der populären und im Verkehrsrecht nicht gebräuchlichen Bezeichnung „Pop-up-Radweg" sind temporäre Radfahrstreifen gemeint.

2 Vgl. dazu die Beispiele aus Hamburg: https://www.hamburg.de/presse-archiv-fhh/14285590/2020-09-06-bvm-pop-up-bikelane/, München: https://www.muenchen.de/rathaus/Stadtverwaltung/Referat-fuer-Stadtplanung-und-Bauordnung/Verkehrsplanung/Radverkehr/Pop-up-Radwege.html und Stuttgart: https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/stuttgart/pop-up-radweg-stuttgart-pro-und-contra-100.html.

3 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Ausarbeitung WD 7 – 3000 – 074/20 „Straßenverkehrsrechtlicher Rahmen zur Anordnung temporärer und dauerhafter Radfahrstreifen", S. 4.

4 Z. B. in Budapest, siehe https://youtu.be/6_dOturpTU0, kritisch zu den britischen „pop-up cycle lanes" in London und Manchester siehe https://www. independent.co.uk/news/uk/home-news/cycle-lanes-pop-up-coronavirus-b1770421.html.

5 Siehe dazu den Wortlaut des Berliner Mobilitätsgesetzes auf der Website: http://gesetze.berlin.de/jportal/?quelle=jlink&query=MobG+BE&psml=bsbeprod.psml&max=true&aiz=true#jlr-MobGBEpP40.

Diese aktuellen Entwicklungen sollen mit dem Schwerpunkt auf der Rechtmäßigkeit von „Pop-up-Radwegen" verkehrsrechtlich beleuchtet und in das Gesamtsystem des Verkehrsrechts eingeordnet werden.[6]

I. Begriffsklärung „Pop-up-Radweg"

„Pop-up-Radwege" sind in einer negativen Abgrenzung keine baulich angelegten Radwege, sondern temporär eingerichtete Radfahrstreifen, die aufgrund eines zeitlich und inhaltlich stark verkürzten Verwaltungsverfahrens nach vorangegangener und oft verkehrspolitisch motivierter Entscheidung durch Anordnung der Straßenverkehrsbehörde eingerichtet werden.

II. Der aktuelle Verfahrensstand des Verwaltungsstreitverfahrens in Berlin

Das VG Berlin entschied am 4.9.2020 auf Eilantrag eines Abgeordneten des Berliner Abgeordnetenhauses, dass die „Pop-up-Radwege" rechtswidrig angeordnet worden seien und verpflichtete die Senatsverwaltung als Rechtsfolge der Entscheidung zum sofortigen Rückbau der Einrichtungen. Der Erlass einer verkehrsregelnden Anordnung setze, so die wesentliche Begründung des Beschlusses, eine konkrete Gefahr für die Sicherheit oder Ordnung des Straßenverkehrs voraus, die jedoch von der Senatsverwaltung im bisherigen Verfahren nicht nachgewiesen worden sei.[7]

Aus Sicht der Senatsverwaltung seien, so die Beschwerdebegründung zum OVG Berlin-Brandenburg, die „Pop-Up-Radwege" rechtmäßig angeordnet worden und hinreichend nach den Erfordernissen des § 45 StVO begründet. Sie dienen, so begründet die Senatsverwaltung in ihrer Beschwerde,[8] insbesondere der Sicherheit und Ordnung des Straßenverkehrs. Zudem sei, so die insoweit pauschale Begründung, generell kein anderer Verkehrsteilnehmender in seinen Grundrechten verletzt, wenn die Benutzungspflicht von Radwegen angeordnet wird.

Das OVG Berlin-Brandenburg folgte der Begründung der Senatsverwaltung, die ergänzend und im Verfahren erstmals die für die nach Auffassung des VG Berlin erforderliche Gefahrenprognose notwendigen Tatsachen durch Nachreichung von Verkehrszählungen, Unfallstatistiken vorlegte, und entschied am 6.10.2020, dass die „Pop-up-Radwege" vorerst bestehen bleiben dürfen und damit die Vollziehung der Entscheidung des VG Berlin auszusetzen sei.[9] Am 6.1.2021 hob das OVG die Entscheidung des VG auf.[10]

III. Verwaltungsverfahren zur Anordnung von „Pop-up-Radwegen"

1. Rechtsschutzmöglichkeiten betroffener Bürger

Wird ein Teilbereich einer Straße wie z. B. eine Fahrbahn oder ein Fahrstreifen aufgrund einer straßenverkehrsbehördlichen Anordnung in dessen Benutzung ausschließlich durch das Verkehrsmittel Fahrrad erlaubt, liegt für alle anderen Verkehrsteilnehmer, die nicht das Verkehrsmittel Fahrrad nutzen, eine Beschränkung vor. Eine solche Beschränkung wird straßenverkehrsrechtlich von einer Straßenverkehrsbehörde durch die Anordnung von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen umgesetzt. Die straßenverkehrsrechtliche Anordnung eines Radfahrstreifens stellt regelmäßig auch eine Beschränkung des Verkehrs im Sinne von § 45 I 1 StVO dar, da die Kehrseite der Anordnung jeweils die Einschränkung des Kraftfahrzeugverkehrs durch ein damit inhaltlich verbundenes besonderes Behinderungsverbot ist (vgl. Nummer 68 der Anlage 2 zu § 41 I StVO, Spalte 3 Ge- oder Verbot Nr. 3. b).[11]

Betroffen wird ein Verkehrsteilnehmer von einem Verwaltungsakt in der Form eines Verkehrszeichens erst zu dem Zeitpunkt, wenn er sich im öffentlichen Verkehrsraum (erstmalig) der Regelung des betreffenden Verkehrszeichens gegenübersieht, das sein beabsichtigtes Verkehrsverhalten durch den Regelungsinhalt beeinflusst. In diesem Zeitpunkt beginnt für ihn die einjährige Anfechtungsfrist zu laufen.[12]

Ein Verkehrsteilnehmer, insbesondere ein Fahrzeugführer, kann dann in einem Verwaltungsverfahren mittels eines Widerspruchs zwar geltend machen, die rechtssatzmäßigen Voraussetzungen für eine auch ihn treffende Verkehrsbeschränkung nach § 45 I StVO seien als eine Verletzung seiner Rechte nicht gegeben. Hinsichtlich der behördlichen Ermessensausübung kann er aber in dem betreffenden Verfahren gegenüber der zuständigen Behörde nur verlangen, dass seine eigenen Interessen ohne Rechtsfehler mit den Interessen der Allgemeinheit und anderer Betroffener abgewogen werden, die für die Einführung der Verkehrsbeschränkung sprechen.[13] Die Klagebefugnis eines Verkehrsteilnehmers gegen ein eine Verkehrsbeschränkung anordnendes Verkehrszeichen, mit dem er bereits konfrontiert worden ist, setzt dabei nicht voraus, dass er von dem Verkehrszeichen nach seinen persönlichen Lebensumständen in einer gewissen Regelmäßigkeit oder Nachhaltigkeit tatsächlich betroffen wird.[14]

Unter diesen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen ging auch der Berliner Abgeordnete gegen die Entscheidungen der Senatsverwaltung vor.

In diesem Zusammenhang müssen die Voraussetzungen für eine rechtmäßige Anordnung von „Pop-up-Radwegen" Schritt für Schritt auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsvorschriften geprüft werden.

2. Rechtsgrundlage für die Anordnung von „Pop-up-Radwegen"

a) Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Die Berliner Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz ist für die Anordnung von Radfahrstreifen nach § 44 I 1 StVO i. V. m. Nr. 11 III des Zuständigkeitskatalogs

6 Nicht behandelt werden hier die mittelbaren Auswirkungen der Anordnung von „Pop-up-Radwegen" wie z. B. der möglichen Beeinflussung des ÖPNV, der Erreichbarkeit von Parkplätzen, der Veränderungen von Verkehrsströmen, der Handlungsmöglichkeiten des Lieferverkehrs u. v. m.

7 VG Berlin, Beschluss vom 4.9.2020 – 11 L 205/20, Rn. 34, DAR 2020, 651.

8 Vgl. dazu die Presseerklärung der Senatsverwaltung zur Begründung der Beschwerde auf: https://www.berlin.de/sen/uvk/presse/pressemitteilungen/2020/pressemitteilung.988076.php.

9 Vgl. dazu OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 6.10.2020 – OVG 1 S 116/20, NZV 2021, 166 [Will], in diesem Heft.

10 Beschluss vom 6.1.2021 – OVG 1 S 115/20. siehe Pressemitteilung des OVG vom 6.1.2021 auf https://www.berlin.de/gerichte/oberverwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2021/pressemitteilung.1037085.php.

11 Vgl. für die Anordnung einer Fahrradstraße VG Hannover, Urteil vom 17.7.2019 – 7 A 7457/17, Rn. 61, BeckRS 2019, 17830.

12 BVerwG, Urteil vom 13.12.1979 – 7 C 46/78, BVerwGE 59, 221-231, Rn. 19.

13 BVerwG, Urteil vom 27.12.1993 – 11 C 35/92, BVerwGE 92, 32-41.

14 BVerwG, Urteil vom 21.8.2003 – 3 C 15/03, NZV 2004, 52.

Ordnungsaufgaben zum Allgemeinen Sicherheits- und Ordnungsgesetz (ZustKatOrd) auf den Straßen in Berlin direkt örtlich und sachlich zuständig, weil es sich um Aufgaben der Straßenverkehrsbehörde im übergeordneten Straßennetz handelt.[15] Auch in anderen deutschen Städten folgt die sachliche Zuständigkeit der Straßenverkehrsbehörden für die Anordnung von Radwegen aus § 44 I 1 StVO.[16]

b) Materielle Rechtsgrundlagen

Für die Anordnung von „Pop-up-Radwegen" gelten die Regelungen des § 45 StVO. Gemäß § 45 I 1 StVO können die zuständigen Straßenverkehrsbehörden „die Benutzung bestimmter Straßen oder Straßenstrecken aus Gründen der Sicherheit oder Ordnung des Verkehrs beschränken".[17] Zur Annahme einer derartigen Gefahrenlage bedarf es nach einer Grundsatzentscheidung des BVerwG nicht des Nachweises, dass jederzeit mit einem Schadenseintritt zu rechnen ist.[18] Es genüge vielmehr die Feststellung, die konkrete Situation an einer bestimmten Stelle oder auf einer bestimmten Strecke einer Straße lege die Befürchtung nahe, es könnten – möglicherweise durch Zusammentreffen mehrerer gefahrenträchtiger Umstände – irgendwann in überschaubarer Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Schadensfälle eintreten.

Es muss daher eine insoweit konkretisierte Gefahr vorliegen, als dass die Gefährlichkeit des betreffenden Streckenabschnitts für die Verkehrsteilnehmer über eine bloße abstrakte Gefahr, d. h. die theoretische Möglichkeit eines Schadenseintritts aufgrund bekannter Kausalabläufe, hinausgeht.[19] Es müssen also konkret zu benennende gefahrensteigernde Faktoren vorliegen, die sich z. B. aus der an Hand von Verkehrsanalysen bekannt gewordenen Art und dem Umfang der Verkehrsteilnahme, der bekannten Verkehrsverstöße, der verhängten Sanktionen oder der Analyse polizeilich aufgenommener Verkehrsunfälle ergeben.[20] Die Annahme einer die Anordnung nach § 45 I 1 StVO rechtfertigenden konkreten Gefahr ist nicht einmal dann ausgeschlossen, wenn zu bestimmten Zeiten der Eintritt eines Schadens unwahrscheinlich sein mag.[21]

Obgleich die Bejahung einer derartigen konkreten Gefahrenlage vor allem eine sorgfältige Prüfung der Verkehrssituation voraussetzt, bedarf es nicht der Ermittlung eines Unfallhäufigkeits-Prozentsatzes, ebenso wenig wie einer vertieften Ermittlung zur Frage, wie hoch konkret der Anteil an feststellbaren bzw. zu erwartenden Unfällen ist.[22]

Gemäß § 45 IX 1 StVO sind Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen jedoch nur dort anzuordnen, wo dies aufgrund der besonderen Umstände zwingend geboten ist.[23] Damit steht diese Anordnung unter der Bedingung des Nachweises eines zwingenden Gebotenseins, was inhaltlich ein Ausdruck der verfassungsrechtlich verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist. Sachlich unnötige neue Verkehrsregelungen sollen den Verkehrsteilnehmern dadurch erspart bleiben.

Die Vorschrift des § 45 IX 2 StVO, die spezielle Bestimmungen für Beschränkungen des fließenden Verkehrs trifft, modifiziert und konkretisiert zwar die allgemeine Ermächtigungsgrundlage des § 45 I 1 StVO, ersetzt diese aber nicht. Daher stehen die Maßnahmen im Regelungsbereich des § 45 IX 2 StVO – bei Vorliegen der dort aufgeführten tatbestandlichen Voraussetzungen – prinzipiell im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörde.[24]

Ein Radfahrstreifen ist gem. VwV-StVO zu § 2 StVO zu Absatz 4 Satz 2 unter I. 3. Rn. 10 definiert als „ein mit Zeichen 237 gekennzeichneter und durch Zeichen 295 von der Fahrbahn abgetrennter Sonderweg", der zu seiner besseren Erkennbarkeit „in seinem Verlauf (durch) das Zeichen 237 in regelmäßigen Abständen markiert werden" kann. Durch die Anordnung des Zeichens 237 entsteht gem. Anlage 2 zu § 41 I StVO Nr. 16 Spalte 3 Ge- oder Verbot Nr. 1 eine Radwegbenutzungspflicht und durch deren Nr. 2 ein Benutzungsverbot für anderen Verkehr. Radfahrstreifen müssen auch nicht außerhalb von Fahrbahnen angeordnet und angebracht werden, sondern dürfen gem. Anlage 2 zu § 41 I StVO Zeichen 295 Spalte 3 Erläuterung Nr. 2 auch einen Sonderweg abgrenzen. Werden Radfahrstreifen allerdings an Straßen mit starkem Kraftfahrzeugverkehr angelegt, ist gem. VwV-StVO zu § 2 StVO zu Absatz 4 Satz 2 unter I. 3. Rn. 10 „ein breiter Radfahrstreifen oder ein zusätzlicher Sicherheitsraum zum fließenden Verkehr erforderlich".

Die Anbringung eines Radfahrstreifens auf einer zuvor durch den Autoverkehr genutzten Fahrbahn ist grundsätzlich zulässig.[25] Mit dieser Ansicht stützt das VG Berlin grundsätzlich auch die Anordnung von „Pop-up-Radwegen". Streitig war in der ersten Instanz allerdings die Rechtsfrage, ob für die Anordnung und Anbringung eines temporären Radfahrstreifens die Ausnahmeregelung des § 45 IX 4 Nr. 3 StVO gilt, wonach keine konkrete Gefahrenlage nachgewiesen werden muss – so die Rechtsauffassung der Senatsverwaltung – oder ob eine solche, der Auffassung des Antragstellers im einstweiligen Rechtsschutz folgend, nachgewiesen werden muss. Tatsächlich trug die Senatsverwaltung in Erwiderung der Anfechtungsklage auch keine Begründung für eine jeweils auf jedem der eingerichteten „Pop-up-Radwege" vorhandene konkrete Gefahrenlage vor. Das VG Berlin folgte aus diesem Grund der fehlenden Tatsachengrundlage der Auffassung des Antragstellers und erklärte mit dieser tragenden Begründung die „Pop-up-Radwege" in Berlin für rechtswidrig.

Erst in der Beschwerdeinstanz legte die Senatsverwaltung eine sachliche Begründung vor, die den Ansprüchen des § 45 IX 3 StVO nach Auffassung des OVG Berlin-Brandenburg genügte.[26] Vor diesem Hintergrund war die erstinstanzliche Entscheidung folgerichtig und zwar auch nach Auffassung

15 VG Berlin, Beschluss vom 4.9.2020 – 11 L 205/20, Rn. 29, DAR 2020, 651.
16 Vgl. dazu näher Rebler, in: Bachmeier/Müller/Rebler (Hrsg.), Straßenverkehrsordnung Kommentar, § 44 StVO Rn. 1, 4 ff.
17 BVerwG, Urteil vom 5.4.2001 – 3 C 23/00, Rn. 20, NJW 2001, 3139.
18 BVerwG, Beschluss vom 12.9.1995 – 11 B 23/95, Rn. 5, NZV 1996, 86, auch zum Folgenden.
19 Ähnlich Rebler, DAR 2010, 377 ff. (378).
20 Vgl. dazu auch die beispielhafte Darstellung von Rebler, in: Lütkes/Bachmeier/Müller/Rebler (Hrsg.), Straßenverkehr – Großkommentar zum Straßenverkehrsrecht, § 45 StVO Rn. 7 ff.
21 BVerwG, Urteil vom 13.12.1979 – 7 C 46/78, BVerwGE 59, 221-231, Rn. 18.
22 BVerwG, Urteil vom 5.4.2001 – 3 C 23/00, NJW 2001, 3139, entschieden für den Fall einer Geschwindigkeitsbegrenzung auf einer Autobahn, wobei die gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde durch das BVerfG mit Beschluss vom 7.3.2002 – 1 BvR 1240/01 – nicht zur Entscheidung angenommen wurde.
23 BVerwG, Urteil vom 23.9.2010 – 3 C 37/09, BVerwGE 138, 21-35, Rn. 23.
24 BVerwG, Urteil vom 5.4.2001 – 3 C 23/00, Rn. 21, NJW 2001, 3139.
25 VG Berlin, Beschluss vom 4.9.2020 – 11 L 205/20, Rn. 32, DAR 2020, 651
26 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 6.10.2020 – OVG 1 S 116/20, NZV 2021, 166 [Will], in diesem Heft..

des OVG, das den Nachweis einer konkreten Gefahrenlage ebenfalls forderte.

Fraglich bleibt jedoch, ob das VG Berlin und das OVG Berlin-Brandenburg mit ihren übereinstimmenden Forderungen der Begründung einer konkreten Gefahrenlage sowie der geforderten Begründungstiefe die Rechtslage korrekt interpretieren.

c) Die Rechtsanwendung von § 45 IX 3 und 4 StVO

Gemäß § 45 IX 3 StVO i. V. m. § 45 IX 4 Nr. 3 StVO dürften Radfahrstreifen innerhalb geschlossener Ortschaften (Zeichen 237 in Verbindung mit Zeichen 295) unabhängig von den in Satz 3 genannten Voraussetzungen bei wörtlicher Auslegung der betreffenden Vorschriften auch dann verfügt werden, wenn keine konkrete Gefahrenlage für den Radverkehr vorliegt. Beschränkungen und Verbote des fließenden Verkehrs dürften jedoch sonst nur dann angeordnet werden, wenn auf Grund der besonderen örtlichen Verhältnisse eine Gefahrenlage besteht, die das allgemeine Risiko einer Beeinträchtigung der in den vorstehenden Absätzen genannten Rechtsgüter – also etwa der Sicherheit und Ordnung des Verkehrs – erheblich übersteigt.[27]

Beschränkungen und Verbote des fließenden Verkehrs dürfen bei isolierter Betrachtung der Voraussetzungen gem. § 45 IX 3 StVO nur in den Fällen angeordnet werden, wenn auf Grund der besonderen örtlichen Verhältnisse eine Gefahrenlage besteht, die das allgemeine Risiko einer Beeinträchtigung der in den vorstehenden Absätzen genannten Rechtsgüter erheblich übersteigt. Würde diese Voraussetzung auch für die im Rahmen der Anordnung von „Pop-up-Radwegen" notwendigen Beschränkungen und Verbote des fließenden Verkehrs gelten, müsste von der Straßenverkehrsbehörde eine besondere örtliche Gefahrenlage nachgewiesen werden.[28] Von diesem erhöhten Begründungserfordernis dispensiert allerdings die Vorschrift des § 45 IX StVO für eine Reihe möglicher Anwendungsfälle, insbesondere aber nach deren Nr. 3 für Radfahrstreifen innerhalb geschlossener Ortschaften, die mittels Zeichen 237 in Verbindung mit Zeichen 295 gekennzeichnet sind.

Diese Dispensierung lässt allerdings die allgemeinen, durch § 45 IX 1 StVO aufgestellten Anforderungen, unberührt.[29]

Diese Bewertung des Verhältnisses zwischen Satz 3 und Satz 4 ergibt sich unter ergänzender Betrachtung der Entstehungsgeschichte des § 45 IX 4 StVO auch daraus, dass mit Neufassung des 45 IX StVO durch Art. 1 Nr. 4 lit. a der Ersten Verordnung zur Änderung der Straßenverkehrs-Ordnung vom 30.11.2016[30] ebenfalls nicht von der konkreten Gefahrenlage abgesehen wurde. Demnach sollte auch bei den in § 45 IX 4 Nr. 6 StVO benannten sensiblen Einrichtungen kein Automatismus für die Einführung einer Geschwindigkeitsbeschränkung gelten, sondern lediglich die hohe Hürde für den Anwendungsfall der Dispensierung einer streckenbezogenen Anordnung von Tempo 30 km/h abgesenkt werden, ohne dass es eines Nachweises eines erheblich übersteigenden Gefahrbereichs bedarf.

Die allgemeine Hürde einer allgemeinen konkreten Gefahrenlage aus § 45 IX 1 StVO, also „aus Gründen der Sicherheit oder Ordnung des Verkehrs", bleibt nach Auffassung des Verordnungsgebers von allen in Satz 4 aufgeführten Dispensierungen ausdrücklich unberührt.[31] Diese Formulierung ist nach den Vorstellungen des Verordnungsgebers so zu verstehen, dass die vorgesehene Regelung einer der in IX 4 aufgeführten Ausnahmefälle „deshalb zwingend erforderlich ist, weil die allgemeinen und besonderen Verhaltensregeln der Verordnung für einen sicheren und geordneten Verkehrsablauf nicht ausreichen"[32].

Nach einer für die Beziehung zwischen IX Satz 1, Satz 3 und Satz 4 einschlägigen Entscheidung des BVerwG zur Einrichtung von Tempo 30-Zonen können diese gemäß § 45 IX 4 Nr. 4 StVO auch weiterhin angeordnet werden, ohne dass die sonst erforderliche besondere Gefahrenlage des § 45 IX 3 StVO vorliegt.[33]

Mangels Erforderlichkeit im Sinne von § 45 IX 1 StVO scheidet eine Anordnung von „Pop-up-Radwegen", wenn man die Rechtsprechung des BVerwG übertragen will, nur dort aus, wo die mit der Anordnung bezweckten Wirkungen aufgrund der allgemeinen und besonderen Verhaltensregeln der Verordnung ohnehin erreicht werden.[34] Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass bei der Anordnung von „Pop-up-Radwegen" von der Straßenverkehrsbehörde zumindest nachgewiesen werden muss, dass die allgemeinen und besonderen Verhaltensregeln der Verordnung nicht ausreichen, um die mit der Anordnung bezweckten Wirkungen zu erreichen.[35] Dieses Begründungserfordernis ist im Vergleich mit den gesteigerten Anforderungen des IX 3 nicht sonderlich hoch.

Streitig ist nun, ob die Anordnung von „Pop-up-Radwegen" mit den geringeren Anforderungen des IX 1 i. V. m. Satz 4, also „aus Gründen der Sicherheit oder Ordnung des Verkehrs" erfolgen darf oder ob die gesteigerten Anforderungen des IX 3 gelten, also „auf Grund der besonderen örtlichen Verhältnisse eine Gefahrenlage besteht, die „das allgemeine Risiko einer Beeinträchtigung der in den vorstehenden Absätzen genannten Rechtsgüter erheblich übersteigt".

In Übertragung der zitierten Rechtsprechung des BVerwG zu Tempo 30-Zonen ist die Auffassung gut zu vertreten, dass die geringeren Anforderungen des IX 1 i. V. m. IX 4 ausreichen, während das VG Berlin, insoweit widerspruchslos bestätigt durch das OVG Berlin-Brandenburg, die Auffassung vertritt, auf der Grundlage der ERA 2010[36] eine konkrete Gefahrenlage für Radfahrer zu fordern, „die sich nach diesen Empfehlungen in erster Linie aus der Kraftfahrzeugbelastung sowie der Unfallträchtigkeit eines bestimmten Straßenabschnitts aufgrund besonderer baulicher oder verkehrlicher Gegebenheiten der Straße und eventuell bestehender Schwerverkehrsbelastung ergibt".[37]

27 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.2.2018 – OVG 1 B 25.15, Rn. 21, juris.
28 Vgl. dazu näher Rebler, in: Bachmeier/Müller/Rebler, StVO Kommentar, Stand: August 2020, § 45 StVO Rn. 110 ff.
29 Ebenso ganz aktuell das VG München, Urteil vom 28.10.2020 – M 23 K 20.2826, Rn. 15, juris, für die für Tempo 30-Zonen gem. § 45 IX 4 Nr. 4 StVO geltende Dispensierung.
30 BGBl. 2016 I, S. 2848.
31 BR-Drs. 332/16, S. 13 f.
32 BR-Drs. 374/97, S. 8.
33 BVerwG, Beschluss vom 1.9.2017 – 3 B 50/16, Rn. 7, NVwZ-RR 2018, 12.
34 BVerwG, a. a. O., ebd.
35 Ebenso in einer Besprechung des Beschlusses des BVerwG: Liebler, jurisPR-BVerwG 23/2017 Anm. 4.
36 Empfehlungen für Radverkehrsanlagen, erstellt von der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen e. V., www.fgsv.de.
37 VG Berlin, Beschluss vom 4.9.2020 – 11 L 205/20, Rn. 34, DAR 2020, 651.

Dadurch, dass sich das VG Berlin direkt auf die Grundsätze der ERA 2010 bezieht und diesen quasi den Wert einer Vorschrift der StVO beimisst, wird deren juristische Bedeutung gegenüber der StVO ohne einen sachlichen Grund überhöht. Zudem trifft die vom VG Berlin zitierte Stelle in den ERA 2010 auf deren Seite 18 keine Aussage über eine für die Anordnung von „Pop-up-Radwegen" etwa erforderliche konkrete Gefahrenlage. Das VG und ihm nachfolgend das OVG haben dadurch in Verkennung der Rechtsprechung des BVerwG rechtswidrig zusätzliche Hürden für die Anordnung von „Pop-up-Radwegen" aufgestellt, die sich weder aus der StVO, noch aus den ERA 2010 begründen lassen. Denn die ERA 2010 sind nach richtiger Auffassung des OVG Berlin-Brandenburg in dem Sinne seiner Entscheidung aus dem Jahr 2018 lediglich ein „fachlich anerkanntes Regelwerk".[38] Dabei hatte das OVG Berlin-Brandenburg in dieser früheren Entscheidung festgestellt, dass Schutzstreifen für den Radverkehr [Zeichen 340] sowie Radfahrstreifen innerhalb geschlossener Ortschaften [Zeichen 237 in Verbindung mit Zeichen 295] als Ausnahmen von den strengeren Anforderungen aus IX 3 unabhängig von den in Satz 3 genannten Voraussetzungen angeordnet werden dürfen, wenn wenigstens Gründe der Sicherheit oder Ordnung des Verkehrs vorliegen würden.[39]

Insoweit steht die aktuelle Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg im Widerspruch zu der eben zitierten älteren Entscheidung.

Laut Aussage der Berliner Senatsverwaltung im Rahmen einer Antwort auf eine Kleine Anfrage zum Thema „Anhörungen und Beteiligte bei der Einrichtung der Pop-up-Radwege" stellen die ERA 2010 „bei der Einrichtung von temporären Radverkehrsanlagen eine wesentliche Planungsgrundlage dar".[40] Durch diese Auslegung greift die Senatsverwaltung den Hinweis der VwV-StVO zu § 2 StVO zu Absatz 4 Satz 2 unter I. 5. Rn. 13 auf und wendet die ERA 2010 praktisch an. Die ERA 2010 werden durch diese allgemeine inhaltliche Akzeptanz jedoch nicht zu „gesetzesauslegenden bzw. ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften"[41] wie das VG Berlin fälschlich meint, sondern behalten ihren Status als ein für eine Vielzahl von Fällen erstattetes Sachverständigengutachten. Verwaltungsvorschriften werden demgegenüber ausschließlich und in vollem inhaltlichem Umfang von einer Verwaltungsbehörde für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich erlassen. Die StVO wird darüber hinaus gemeinsam vom BMVI und den 16 Bundesländern erlassen bzw. verändert und – um es noch einmal deutlich herauszustellen – die ERA 2010 besitzen keinen direkten Einfluss auf den Radverkehr betreffenden Änderungen der Vorschriften der StVO. Die ERA 2010 erreichen keineswegs den verkehrsrechtlichen Status von StVO und behördlichen Verwaltungsvorschriften, weil keine vergleichbare demokratische Legitimation durch eine Staatsgewalt gegeben ist.

Insoweit im Ergebnis richtiger ist die Aussage des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes des Berliner Abgeordnetenhauses, die Errichtung von Radfahrstreifen sei „nicht an die besonderen Voraussetzungen des § 45 IX 3 StVO gebunden",[42] was u. a. die direkte Anwendung der ERA 2010 ausschließen würde.

d) Formelle Rechtsgrundlage des Anhörungsverfahrens

Das pflichtgemäße Ermessen der Straßenverkehrsbehörden wird im Rahmen der Anordnung von Radverkehrsanlagen generell durch die aufgrund Art. 84 II GG erlassene Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur StVO (VwV-StVO) gelenkt und gebunden. Dabei handelt es sich bei der VwV-StVO nicht um eine Rechtsnorm, sondern um für die Straßenverkehrsbehörden innerdienstlich geltende Richtlinien, die keine unmittelbaren Rechte und Pflichten für die Bürger begründen. Die Regelungen der VwV-StVO entfalten im Verhältnis zum Bürger nur deshalb Wirkungen, weil die Verwaltung zur Wahrung des Gleichheitssatzes nach Art. 3 I GG dazu verpflichtet ist und sich demgemäß durch die pflichtgemäße Anwendung der Verwaltungsvorschriften selbst bindet.[43]

Nach Nr. I der VwV-StVO zu § 45 IX 1 bis 1 e StVO (Rn. 1) muss die Straßenbaubehörde und die Polizei vor jeder Entscheidung der Straßenverkehrsbehörde zur Anordnung einer beabsichtigten Maßnahme bereits in deren Vorfeld zwingend angehört werden. Dies gilt auch vor der beabsichtigten Anordnung eines „Pop-up-Radweges" und wird explizit verstärkt durch Nr. III der VwV-StVO zu § 2 IV 2 StVO (Rn. 28).

Die Aussagekraft eines Anhörungsverfahrens ist generell davon abhängig, wie viele Informationen und in welcher fachlichen Qualität von der anhörenden Behörde für die anzuhörenden Verfahrensbeteiligten zur Verfügung gestellt werden. Hielte die anhörende Behörde z. B. relevante Informationen zurück, würde die fachliche Qualität der Anhörung leiden, weil u. U. wichtige Informationen nicht eingeholt und zur Bewertung herangezogen werden könnten. Den Beteiligten ist eine Äußerung zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen nämlich nur dann möglich ist, wenn ihnen diese Tatsachen bekannt sind. Daher ergibt sich aus dem Recht auf Anhörung mittelbar auch die Verpflichtung der Behörde, den Betroffenen diese Tatsachen, soweit dies zur Wahrung des rechtlichen Gehörs erforderlich ist, mitzuteilen oder ihnen jedenfalls die Möglichkeit zu geben, sie in Erfahrung zu bringen.[44] Das Anhörungsrecht korrespondiert daher mit dem Recht auf Akteneinsicht. Danach hat die Behörde den Beteiligten Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten zu gestatten, soweit deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist. Nur durch das Zurverfügungstellen der für die Entscheidung erheblichen Akten im Rahmen des Anhörungsverfahrens wird einem Betroffenen in ausreichendem Maß rechtliches Gehör gewährt.

Nach einer Aussage der Berliner Senatsverwaltung im Rahmen einer Antwort auf eine Kleine Anfrage zum Thema „Anhörungen und Beteiligte bei der Einrichtung der Pop-up-Radwege" sind sowohl die Straßenbaubehörde als auch die Polizei angehört worden, während Träger öffentlicher Belan-

38 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.2.2018 – OVG 1 B 25.15, Rn. 22, juris.
39 OVG Berlin-Brandenburg, a. a. O., Rn. 21, juris.
40 Abgeordnetenhaus Berlin, Drucksache 18/25534, S. 2.
41 VG Berlin, Beschluss vom 4.9.2020 – 11 L 205/20, DAR 2020, 651
42 Abgeordnetenhaus von Berlin – Wissenschaftlicher Parlamentsdienst, „Gutachten zu einer Reihe von Rechtsfragen hinsichtlich der Einrichtung von sogenannten Pop-up-Radwegen", Berlin, 7.8.2020, S. 6; der Widerspruch wird zwar im Folgeabsatz weitestgehend aufgeklärt, jedoch ist die zuerst aufgestellte Behauptung der allgemeinen Verständlichkeit der Gesamtbewertung der notwendigen Gefährdungsabschätzung nicht nützlich.
43 OVG Münster, Beschluss vom 21.12.2018 – 8 A 2763/17, Rn. 4, juris.
44 VG Gelsenkirchen, Urteil vom 30.11.2020 – 19 K 5423/19, Rn. 21, juris, die Entscheidung erging zwar zum Anhörungsrecht von Verfahrensbeteiligten, beinhaltet aber auch allgemeine Grundsätze zur Qualität von Anhörungsverfahren überhaupt, auch zum Folgenden.

ge deswegen nicht angehört wurden, „weil dazu weder eine Verpflichtung noch Anlass bestand", so die Aussage der Senatsverwaltung.[45]

Anlass zu Zweifeln über die fachliche Qualität und inhaltliche Ausführlichkeit der formell erforderlichen Anhörungen und damit über die Einbeziehung der etwa vorgebrachten sachlichen Argumente in den Entscheidungsprozess bieten indessen die weiteren Aussagen der Senatsverwaltung zur konkreten Ausgestaltung bzw. dem Ablauf des Anhörungsverfahrens.

Die Senatsverwaltung spricht von einer „schriftlich (per E-Mail) und mündlich" erfolgten Anhörung „oder im Rahmen gemeinsamer Erörterungen". Dieses Vorgehen ist jedenfalls nicht als eine planvolle Durchführung des Anhörungsverfahrens anzusehen. Zudem gibt die Senatsverwaltung keine Zeiträume für die erfolgte Anhörung der beiden zu beteiligenden Behörden an und trifft keine Aussage darüber, welche planerischen Informationen den beiden zu beteiligenden Behörden zur Verfügung gestellt wurden.

Zur inhaltlichen Ausgestaltung der Berücksichtigung möglicherweise vorgetragener Sachargumente bleibt die Senatsverwaltung eine inhaltliche Antwort ebenfalls schuldig, wenn sie schreibt:

„Der dynamische Austausch einer Vielzahl von Argumenten lässt sich rückblickend nicht vollständig mit vertretbarem Aufwand rekonstruieren."[46]

Allerdings wäre eine Rekonstruktion der „dynamisch in einer Vielzahl ausgetauschten" Sachargumente nicht nur hilfreich, sondern ist im Sinne einer formellen Rechtmäßigkeit des Planungsprozesses sogar verbindlich einzufordern, einmal ganz abgesehen von der offen dargestellten und gegenüber den zu beteiligenden Behörden vorbehaltene Definitionshoheit hinsichtlich des „vertretbaren Aufwands", der de facto ein Transparenzdefizit offenbart. Offensichtlich wurden jedoch die in den Anhörungen womöglich vorgetragenen Sachargumente jedenfalls nicht schriftlich dokumentiert. Dadurch leidet der Anordnungsprozess der „Pop-up-Radwege" an einem schwerwiegenden formellen Mangel, der auch nachträglich nicht zu heilen ist, weil die beiden anzuhörenden Behörden sich des Mangels hätten bewusst sein müssen, um ihn im noch laufenden Verfahren geltend machen zu können. Ob die Straßenbaubehörde und die Polizei mit diesem Ablauf einer Anhörung inhaltlich zufrieden waren, was daran zu erkennen sein könnte, dass keine Verzögerungen im Planungsverfahren eintraten, bleibt einstweilen dahingestellt. Eine solche Durchführung eines Anhörungsverfahrens entbehrt allerdings jeder Fachlichkeit, wenn nicht einmal die in „einer Vielzahl" vorgetragenen Sachargumente dokumentiert werden, weil dadurch eine spätere verwaltungsrechtliche und verwaltungsgerichtliche Überprüfung des Anhörungsverfahrens nicht nur erschwert, sondern sogar komplett verhindert wird.

Dabei ist es eine Aufgabe der Straßenbaubehörde und der Polizei, im Anhörungsverfahren in Form einer internen Gewaltenteilung innerhalb der Exekutive, insbesondere ihre fachlichen Bedenken zu Gehör zu bringen, um der Sache der Verkehrssicherheit insgesamt zu dienen. Insofern bestehen im Anhörungsverfahren Amtspflichten eines fachlichen Austauschs auf Augenhöhe. Kommen die drei beteiligten Behörden ihren Aufgaben nicht nach, verletzten sie ihre Amtspflichten und handeln rechtswidrig. Dies wird besonders bedeutsam vor dem Hintergrund, dass betroffene Bürger in einem jederzeit möglichen und grundsätzlich statthaften Verwaltungsstreitverfahren nur dann auf die fachlichen Erkenntnisse aus einem Anhörungsverfahren zurückgreifen können, wenn dieses nach rechtsstaatlichen Maßstäben durchgeführt worden ist. Bei der fehlenden schriftlichen Dokumentation im Anhörungsverfahren hinsichtlich der Berliner „Pop-up-Radwege" kann nicht von einem transparenten Verfahren gesprochen werden und betroffenen Bürgern stünden demnach notwendige fachliche Erkenntnisse nicht zur Verfügung.

Die Rechtswidrigkeit einer Verwaltungsentscheidung kann bereits aus Gründen formeller Fehler folgen, namentlich dem Fehlen der Anhörung.[47] Ein Anhörungsverfahren ohne jegliche schriftliche Dokumentation kann als eine fehlende Anhörung angesehen werden.

Die Anordnung der „Pop-up-Radwege" könnte vor diesem Hintergrund allein aufgrund des Anhörungsmangels als rechtswidrig anzusehen sein.

3. Rechtmäßigkeit einer befristeten Anordnung von Radfahrstreifen

Verkehrsbezogene Ge- und Verbote in Form von Verkehrszeichen sind zwar regelmäßig den Dauerverwaltungsakten zuzurechnen[48], aber zeitliche Befristungen sind gem. § 36 VwVfG ausdrücklich erlaubt. Auf der Grundlage von § 36 II Nr. 1 VwVfG, der auch im Verkehrsverwaltungsrecht und damit für die Anordnung von „Pop-up-Radwegen" gilt, darf ein Verwaltungsakt grundsätzlich nach pflichtgemäßem Ermessen mit einer Nebenbestimmung versehen werden, „nach der eine Vergünstigung oder Belastung zu einem bestimmten Zeitpunkt beginnt, endet oder für einen bestimmten Zeitraum gilt (Befristung)". Bei einer Befristung handelt es sich nach Auslegung des BVerwG um eine Nebenbestimmung, nach welcher eine Begünstigung (oder Belastung) zu einem bestimmten Zeitpunkt enden (oder/und beginnen) soll. Dieser Zeitpunkt kann kalendermäßig oder durch den Eintritt eines konkret bezeichneten Ereignisses bestimmt sein.[49]

Aus der Kombination von Anfangs- und Endtermin der angeordneten Maßnahme ergibt sich ein zum Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes in der Zukunft liegender Zeitraum und damit ein „Zeitfenster", innerhalb dessen die Regelung zur Anwendung kommen soll.[50] Soll ein „Pop-up-Radweg" während oder nach Ablauf der Befristung als dauerhafter Radweg behördlich angeordnet werden, muss dasselbe Verwaltungsverfahren nochmals durchlaufen werden, das für die Anordnung des temporären Radwegs praktiziert wurde.[51]

45 Kleine Anfrage des Angeordneten Oliver Friederici (CDU), Abgeordnetenhaus Berlin, Drucksache 18/25534, S. 1 f., auch zum Folgenden.
46 Abgeordnetenhaus Berlin, Drucksache 18/25534, S. 2.
47 VG Kassel, Urteil vom 31.8.2020 – 7 K 1230/19.KS, Rn. 19, juris.
48 BVerwG, Urteil vom 18.11.2010 – 3 C 42/09, BVerwGE 138, 159-166, Rn. 14. Dem grundsätzlichen Anspruch einer vorerst befristeten Lösung wird die Tatsache gerecht, dass temporäre Radwege gem. § 39 V 3 StVO als vorübergehend gültige Markierungen in gelber Farbe ausgeführt werden. Gelbe Markierungen heben gem. § 39 V 3 zweiter Halbsatz StVO die vorhandenen weißen Markierungen verkehrsrechtlich auf und ersetzen diese durch die neuen Regelungen.
49 BVerwG, Urteil vom 10.7.1980 – 3 C 136.79, BeckRS 1980, 30439284.
50 BeckOK VwVfG/Tiedemann, 49. Ed. 1.10.2020, VwVfG § 36 Rn. 33.
51 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Ausarbeitung WD 7 – 3000 – 074/20 „Straßenverkehrsrechtlicher Rahmen zur Anordnung temporärer und dauerhafter Radfahrstreifen", S. 13.

Es stellt sich die Frage, ob auf dieser allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundlage eine Straßenverkehrsbehörde auch einen „Pop-up-Radweg" befristet anordnen darf. Dies wäre in dem Fall rechtmäßig, wenn die Befristung auch dem Zweck einer solchen Anordnung nicht zuwiderliefe, da eine veränderte Verkehrssituation – wie z. B. eine spürbar vermehrte Nutzung der öffentlichen Verkehrswege durch Radfahrende – eine Verkehrsregelung für einen begrenzten Zeitraum erforderlich machen kann.

Die Nebenbestimmung der Befristung steht im pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltungsbehörde. Bei einer Befristung handelt es sich um eine Regelung mit unmittelbarer Rechtswirkung für alle potenziellen Nutzer von „Pop-up-Radwegen" sowie auch für alle anderen Verkehrsteilnehmer, die wegen der Exklusivität der Nutzung von diesen Verkehrswegen ausgeschlossen sind. Als eine solche Regelung hätte die Befristung in die Begründung der Entscheidung aufgenommen werden können.[52]

Eine Verwaltungsbehörde kann somit die Dauer einer Befristung dann beschränken, wenn sie sich dabei nicht von sachfremden Erwägungen leiten lässt.[53] Die Beifügung einer Nebenbestimmung darf in jedem Fall nur nach pflichtgemäßem Ermessen unter zusätzlicher Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen.[54]

Aufgrund der bereits zitierten Entscheidung des BVerwG darf eine auf der Grundlage veränderter tatsächlicher Verhältnisse in der Zukunft zu treffende Ermessensentscheidung grundsätzlich nicht im Wege einer Befristung oder auflösenden Bedingung vorweggenommen werden.[55] Diese Grundsatzentscheidung ist zwar nicht für das Straßenverkehrsrecht getroffen worden, weckt jedoch durch die Übertragbarkeit der Auslegung zur Verhältnismäßigkeit einer Befristung gewisse Zweifel daran, ob die Anordnung von „Pop-up-Radwegen" überhaupt hätte befristet werden dürfen. Schließlich wird in Berlin eine Entscheidung für die Zukunft präjudiziert, obwohl unklar ist, ob zum Zeitpunkt des Auslaufens der Befristung im gesamten Mobilitätsverhalten der Berliner Bürger noch dieselbe Tatsachenlage vorherrscht wie sie zum Zeitpunkt des Anordnens der Befristung geherrscht hatte. Zwar spricht eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Verkehrsgewohnheiten hin zu einem weiteren Zuwachs an Radverkehr auch nach überstandener Pandemie, deren Zeitpunkt höchst ungewiss ist, bestehen bleiben werden. Sicher ist dies jedoch nicht und der Sachverhalt bedarf daher einer weiteren begleitenden Beobachtung durch die Senatsverwaltung.

Die Nebenbestimmung der Befristung wurde in beiden Instanzen der Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht problematisiert, sondern vom VG Berlin ohne inhaltliche Prüfung im Ergebnis ausdrücklich als rechtmäßig angesehen.[56]

Als Begründung für die getroffene Befristung gab die Senatsverwaltung im Rahmen ihrer Antwort auf eine Kleine Anfrage im Berliner Abgeordnetenhaus an:[57]

„Die temporären Radverkehrsanlagen wurden mit dem Ziel einer schnellen Umsetzung mit Mitteln zur vorübergehenden Beschilderung und Markierung gekennzeichnet, die nach der Befristung entfernt und bei fortbestehendem Bedarf durch dauerhafte Beschilderungen und Markierungen ersetzt werden können."

„Der Befristungszeitraum wurde so gewählt, dass eine Überführung in eine dauerhafte Lösung als grundsätzlich möglich erschien."

Beide Einlassungen beantworteten nicht die gestellte Frage, mit welchen Sachgründen die Dauer der Befristungen begründet wurde, sondern stellten jeweils die Motivlage für die Anordnung der „Pop-up-Radwege" dar, die befristeten Radwege in eine *„dauerhafte Lösung"* überführen zu wollen. Zudem wird der gewählte Befristungszeitraum nicht sachlich begründet oder gar mit den Möglichkeiten einer kürzeren oder längeren als der tatsächlich gewählten Befristung abgewogen. Es erscheint so, als sei das pflichtgemäße Ermessen der Senatsverwaltung hinsichtlich der anzusetzenden Dauer der Befristung nicht geprüft worden ist, sondern der Befristungszeitraum als von vornherein feststehend begriffen und willkürlich definiert wurde. Damit läge ein Ermessensfehlgebrauch vor, der die Befristung als rechtsmissbräuchlich und im Ergebnis rechtswidrig erscheinen lassen würde.

Es besteht daher ein begründeter Anlass für die Annahme, dass die Senatsverwaltung von Beginn an gar nicht den Plan hatte, die erteilten Befristungen als solche ernst zu nehmen und die betreffenden Verwaltungsakte vor dem Ablauf der Befristungen sachlich ernsthaft zu überprüfen. Vielmehr spricht die ausweichende Antwort der Senatsverwaltung auf die berechtigte Frage des Grundes für die Befristung und die insoweit klare Stellungnahme für die grundsätzliche Überführung der vorläufigen Regelungen in eine dauerhafte Lösung dafür, dass diese von Beginn an von der Senatsverwaltung beabsichtigt war. Falls diese Annahme zuträfe, läge ein rechtswidriger Missbrauch des Instruments einer Befristung vor.

Einer Befristung hätte es bei dieser Begründung der Senatsverwaltung schlicht nicht bedurft.

4. Experimentelle Einrichtung von „Pop-up-Radwegen"

Die Freie und Hansestadt Hamburg bezieht sich bei der Anordnung und Einrichtung des als „Pop-up-Bike-Lane" bezeichneten temporären Radwegs in einer Antwort des Senats auf eine Kleine Anfrage in der Hamburger Bürgerschaft ausdrücklich auf die Vorschrift des § 45 I 2 Nr. 6 zweiter Halbsatz in Verbindung mit § 45 IX StVO.[58] Damit beschritt Hamburg einen von Berlin abweichenden, verkehrsrechtlich zulässigen Sonderweg. Die Stadt befristete ihren Modellversuch zudem auf den Zeitraum von 12 Monaten und will nach Ablauf dieser Frist auf der Grundlage einer Evaluation darüber entscheiden, ob der Versuch entfristet und als dauerhafte Verkehrsregelung beibehalten wird. Eine Beteiligung von Bürgern und Verbänden hielt der Senat „angesichts des geringen Gestaltungsspielraums im Rahmen eines Verkehrsversuchs" für nicht erforderlich.

52 BVerwG, Urteil vom 10.7.1980 – 3 C 136.79, BeckRS 1980, 30439284 = VerwRspr 1981, 409.
53 BVerwG, Urteil vom 30.11.1954 – I C 148/53, NJW 1955, 845.
54 OVG Koblenz, Beschluss vom 2.4.2014 – 8 A 10021/14.OVG, BeckRS 2014, 49920.
55 BVerwG, Urteil vom 10.7.1980 – 3 C 136.79, BeckRS 1980, 30439284, beck-online.
56 Ebenso VG Berlin, Beschluss vom 4.9.2020 – 11 L 205/20, Rn. 33, DAR 2020, 651.
57 Abgeordnetenhaus Berlin, Drucksache 18/25534, S. 4.
58 Vgl. dazu das parlamentarische Dokument der Drucksache 22/1312 der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg auf der Website des Parlaments im Download unter: https://www.buergerschaft-hh.de/parldok/dokument/72470/verkehrsteilnehmer_als_versuchskaninchen_auf_welcher_datenbasis_wird_der_corona_radweg_in_der_strasse_beim_schlump_eingerichtet.pdf, S. 1, auch zum Folgenden.

5. Kein Anwendungsbereich des Straßen- und Wegerechts

Die Anordnung und Anbringung von temporären Radfahrstreifen benötigen keine Einziehung oder Teileinziehung bestimmter Bereiche des öffentlichen Verkehrsraums nach den Regelungen des Straßen- und Wegerechts. Die Widmung der jeweiligen Straße bleibt demnach unberührt.[59] Regelungen, insbesondere der Rechtsverhältnisse der Verkehrswege selbst, sind gemäß Art. 30, 70 I GG ausschließlich Sache des Landes,[60] jedoch liegen diese Voraussetzungen bei temporären Radwegen nicht vor. Bei der Anordnung und Anbringung von „Pop-up-Radwegen" handelt es sich lediglich um die Ausübung des straßen- und wegerechtlichen Gemeingebrauchs und damit handelt es sich um eine Regelungsmaterie des Straßenverkehrsrechts.

Jedenfalls liegt nach Auffassung des BVerwG „ein Übergriff in straßen(wege)rechtliche Kompetenzen nicht im Falle solcher verkehrsrechtlich begründeter Straßenbenutzungsregelungen vor, die nur einen Teil des Kraftfahrzeugverkehrs absperren"[61], wie dies bei temporären Radwegen der Fall ist, die dem Verkehr mit mehrspurigen Kraftfahrzeugen lediglich einen von mehreren Fahrstreifen temporär entziehen.

IV. Praktische Umsetzung von Pop-up-Radwegen

Die praktische Umsetzung der Anordnung einer Einrichtung von „Pop-up-Radwegen" erfolgte nach Maßgabe der von der Senatsverwaltung herausgegebenen Regelpläne durch die betreffenden Berliner Bezirke als zuständige Straßenbaulastträger, die gem. § 45 V StVO für die Anbringung, Unterhaltung und Entfernung von Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen zuständig sind.

Die von der Senatsverwaltung eigens für „Pop-up-Radwege" erstellten Regelpläne besitzen insoweit für das Verkehrsrecht in Deutschland ein Alleinstellungsmerkmal, als dass bislang in keiner anderen deutschen Stadt derartige ermessensleitende Vorschriften für die praktische Errichtung von „Pop-up-Radwegen" existieren.

Die Berliner Senatsverwaltung stellt die Regelpläne allen interessierten Institutionen und Personen als PDF-Dokument unter dem Titel „Regelpläne zur temporären Einrichtung und Erweiterung von Radverkehrsanlagen" im Internet als kostenfreien Download zur freien Verfügung.[62] Diese durch den zuständigen Abteilungsleiter *Haegele* am 2.4.2020 genehmigten Regelpläne sind bildlich ähnlich gestaltet wie die Regelpläne in den von der FGSV herausgegebenen Richtlinien für die Sicherung von Arbeitsstellen an Straßen (RSA) und schildern sieben Anwendungsfälle.

V. Fazit und Ausblick

Die verkehrsrechtliche Beurteilung der durch die Senatsverwaltung Berlin zu verantwortenden „Pop-up-Radwege" sowie deren juristische Bewertung durch die Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit ist in vielerlei Hinsicht noch nicht abschließend geklärt.

- Abweichend von der Auffassung von VG und OVG Berlin-Brandenburg bedarf es keiner besonderen Gefahrenlage nach § 45 IX 3 StVO, sondern lediglich eines Nachweises, dass die erstrebten Wirkungen nicht auch ohne diese Maßnahme erreicht werden könnte.
- Kritisch zu sehen ist in diesem Zusammenhang auch die Rechtsanwendung des VG Berlin und des OVG Berlin-Brandenburg hinsichtlich ihrer Rechtsauffassung, in direkter Anwendung der ERA 2010 eine konkrete Gefahrenlage für Radfahrer zu fordern, „die sich nach diesen Empfehlungen in erster Linie aus der Kraftfahrzeugbelastung sowie der Unfallträchtigkeit eines bestimmten Straßenabschnitts aufgrund besonderer baulicher oder verkehrlicher Gegebenheiten der Straße und eventuell bestehender Schwerverkehrsbelastung ergibt." Nach derzeitigem Kenntnisstand ist von einer rechtswidrigen Überhöhung der verkehrsjuristischen Bedeutung der ERA 2010 durch die Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit auszugehen.
- Hinsichtlich der konkreten Durchführung und schriftlichen Dokumentation des nach Nr. I der VwV-StVO zu § 45 Absatz 1 bis 1e StVO (Rn. 1) erforderlichen Anhörungsverfahrens hinsichtlich der einzubeziehenden Sachargumente von Straßenbaubehörde und Polizei ist nach derzeitigem Kenntnisstand von einem in rechtswidriger Weise praktizierten, quasi nicht durchgeführten Anhörungsverfahren auszugehen. Eine den rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Übergabe der fachlichen Basisinformationen an die beiden anzuhörenden Behörden ist ebenso wenig sichtbar wie die schriftliche Dokumentation des gesamten Anhörungsverfahrens.
- Die fachliche Begründung der vorgenommenen Befristung hinsichtlich der angeordneten „Pop-up-Radwege" ist ebenfalls zweifelhaft. Nach derzeitigem Kenntnisstand ist von einer unzureichenden sachlichen Begründung für die befristete Anordnung von „Pop-up-Radwegen" auszugehen.

Die sichtbar gewordenen formalen Mängel im Verfahren der Anordnung von „Pop-up-Radwegen" durch die Berliner Senatsverwaltung lassen deren Anordnung als insgesamt rechtswidrig erscheinen. Dieser grundsätzliche Mangel an Transparenz und Fachlichkeit kann erst im Rahmen der geplanten Überführung der „Pop-up-Radwege" in dauerhafte Lösungen geheilt werden. ■

59 Rebler, Pop-up-Radwege aus straßen(verkehrs)rechtlicher Sicht, Verkehrsdienst 2020, 283 ff. (286).
60 BVerfG, Beschluss vom 9.10.1984 – 2 BvL 10/82, BVerfGE 67, 299-329, Rn. 49.
61 BVerwG, Urteil vom 25.4.1980 – 7 C 19/78, Rn. 19, NJW 1981, 184.
62 Eine vorbildlich transparente Vorgehensweise der Senatsverwaltung, siehe dazu die Website: https://www.berlin.de/sen/uvk/verkehr/verkehrsplanung/radverkehr/weitere-radinfrastruktur/temporaere-radfahrstreifen/.