



Verwaltungsgericht Hamburg

Urteil

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 7, aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. April 2024 durch

für Recht erkannt:

Der Bescheid der Beklagten vom 18. Oktober 2021 ... in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. Mai 2022 ... wird aufgehoben.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Beklagte.

Das Urteil ist wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Die Berufung wird zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung an das Hamburgische Oberverwaltungsgericht zu. Sie ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils bei dem Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen. Die Berufung muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Berufung ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt, bei dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzureichen. Die Begründungsfrist kann auf einen vor ihrem Ablauf gestellten Antrag von dem Vorsitzenden des Senats verlängert werden. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe).

Vor dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird.

Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer der in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ergänzend wird wegen der weiteren Einzelheiten auf § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 und Abs. 5 VwGO verwiesen.

Auf die Möglichkeit der Sprungrevision nach § 134 VwGO wird hingewiesen.

Tatbestand

Die Klägerin richtet sich gegen die Festsetzung einer Gebühr für eine von der Beklagten so bezeichnete Erlaubnis zur Sondernutzung eines öffentlichen Spielplatzes.

Die Klägerin ist eine Trägerin von Kindertageseinrichtungen. Sie ist insbesondere Eigentümerin eines mit einem viergeschossigen Gebäude bebauten Grundstücks in der A-straße x (.....). In dem Gebäude betrieb sie zunächst im Erdgeschoss eine Kindertagesstätte.

Mit Bescheid vom 14. Februar 2020 genehmigte die Beklagte im Baugenehmigungsverfahren mit Konzentrationswirkung die Umnutzung des ersten und des zweiten Obergeschosses zu Zwecken der Kinderbetreuung für 90 Elementar- und sechs Krippenkinder. Der – insoweit sodann von der Klägerin angefochtene – Baugenehmigungsbescheid enthält unter Nummer 3.1 die Bedingung, dass von der Genehmigung erst Gebrauch gemacht werden darf, wenn eine Baulasterklärung nach § 79 HBauO über die Sicherung einer Außenspielfläche für 90 Kinder im Elementarbereich in der näheren Umgebung oder eine Sondernutzungserlaubnis für den Nachweis einer derartigen Außenspielfläche auf einem in der Nähe liegenden öffentlichen Spielplatz vorliegt.

Am 25. Mai 2020 stellte die Klägerin „ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage“ einen Antrag auf Genehmigung einer Sondernutzung des Spielplatzes „B... und/oder C...“. Daraufhin führte die Beklagte mit der Klägerin Verhandlungen über den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Nutzungsvertrages für die Nutzung des Spielplatzes „C...“. Mit Schreiben vom 18. November 2020 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie nicht mehr den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages anstrebe; sie forderte die Beklagte zugleich auf, das Nutzungsverhältnis mit einem Bescheid zu regeln.

Mit Bescheid vom 21. Dezember 2020 erteilte die Beklagte der Klägerin eine so bezeichnete „Erlaubnis gemäß § 4 Abs. 2 des Gesetzes über Grün- und Erholungsanlagen“. Im Wortlaut heißt es hierzu weiter auszugswise:

„Sondernutzung der öffentlichen Grün- und Erholungsanlage „öffentlicher Spielplatz C...I, Teilfläche des Flurstücks ...

Größe der Nutzungsfläche: 540 m² (6m² je Elementarkind)

Art der Nutzung: Regelmäßige Mitnutzung des vorgenannten Spielplatzes mit bis zu 90 Elementarkindern als Surrogat für eine ausreichend große eigene Außenspielfläche zwecks Erfüllung des Nachweises einer Außenspielfläche im Sinne des SGB VIII für die Kindertagesstätte A-straße x

Nutzungszeitraum: 01.01.2021 bis 31.12.2050“

Der Bescheid bestimmt zudem u.a. unter der Überschrift „Auflagen:“ unter der Nummer 1.4 und 1.6:

1.4:

„Der öffentliche Spielplatz steht auch während der Mitnutzung durch die Nutzerin weiterhin der Öffentlichkeit zur Verfügung.“

1.6:

„Die Flächen sowie die Spielgeräte und sonstige Möblierungen dürfen nicht verändert werden. Eine Einzäunung der zur Mitnutzung überlassenen Flächen ist unzulässig.“

Die Klägerin erhob am 20. Januar 2021 Widerspruch gegen diverse Bestimmungen des Bescheids vom 21. Dezember 2020 sowie „eines etwaig mit dem Bescheid gemeinten Gebühren- und Auslagenbescheids“, den die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 22. Februar 2022 zurückwies und gegen den die Klägerin am 24. März 2022 gesondert Klage (Aktenzeichen 7 K 1413/22) erhob.

Mit Gebührenbescheid vom 18. Oktober 2021 setzte die Beklagte gegenüber der Klägerin für die mit Erlaubnisbescheid vom 21. Dezember 2020 genehmigte Nutzung einer Teilfläche des Spielplatzes „C...“ eine Gebühr in Höhe von 285.930,00 EUR für den Zeitraum von 353 Monaten vom 23. August 2021 bis 31. Dezember 2050 in monatlichen Raten in Höhe von 810,00 EUR fest. In der Anlage des Bescheides wird der Gebührensatz unter Bezugnahme auf den Auffangtatbestand der Nr. 33 der Anlage 2 zur Gebührenordnung für die Verwaltung

und Benutzung der öffentlichen Wege, Grün- und Erholungsanlagen mit monatlich 1,50 EUR/m² beziffert.

Mit Schreiben vom 17. November 2021 erhob die Klägerin Widerspruch gegen den Gebührenbescheid vom 18. Oktober 2021. Zur Begründung führte sie aus, dass es für einen Gebührenbescheid keinen Raum gebe, da sie, die Klägerin, bereits gegen den Erlaubnisbescheid vom 21. Dezember 2020 Widerspruch erhoben habe und da eine Sondernutzungserlaubnis überflüssig sei. Zudem erscheine eine monatliche Nutzungsgebühr in Höhe von 810,00 EUR für einen öffentlichen Spielplatz, der neben den von ihr betreuten Kindern auch von zahlreichen anderen Kindern aus anderen Kindertagesstätten und von sonstigen Kindern gebührenfrei genutzt werde, in der Höhe nicht ansatzweise angemessen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 4. Mai 2022 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Zur Begründung führte sie insbesondere aus, dass die genehmigte Mitnutzung des Spielplatzes „C...“ eine Sondernutzung darstelle, die über den Rahmen der Zweckbestimmung der Grünanlage hinausgehe. Die Höhe der Gebühr sei nicht zu beanstanden und deren Festsetzung sei unter Beachtung der Gebühregrundsätze erfolgt. Die Höhe der Gebühr ergebe sich anhand der Aufwendungen der Beklagten für öffentliche Spielplätze von 26,89 EUR/m² unter Berücksichtigung der Personal- und Sachkosten, Entgelte für Fremdleistungen für die Unterhaltung sowie Abschreibung der Herstellungskosten über 10 Jahre. Mit der Nutzung durch die zusätzlichen Kinder der Kindertagesstätte erhöhe sich die Zielgruppe von 414 auf 504 Kinder, woraus ein Mehraufwand von 5,85 EUR/m² im Jahr resultiere. Die ersparten notwendigen jährlichen Aufwendungen für eigene Außenspielflächen der Klägerin würden unter Berücksichtigung der Kosten für öffentliche Spielplätze und unter Berücksichtigung der Verzinsung des Bodens nach dem Bodenrichtwert auf 30,14 EUR/m² geschätzt. Da es sich hierbei lediglich um eine Schätzung handle, seien die Gebühren zugunsten der Klägerin niedriger angesetzt worden. Hierbei sei ein Mittelwert ihrer, der Beklagten, Mehraufwendungen und der geschätzten ersparten Aufwendungen der Klägerin von jährlich 18,00 EUR/m², d.h. monatlich 1,50 EUR/m² gewählt worden. Dieser Betrag liege im unteren Drittel des Gebührenrahmes der Gebührenordnung für die Verwaltung und Benutzung der öffentlichen Wege und Grün- und Erholungsanlagen (Nr. 33 der Anlage 2) von 0,30 EUR bis 4,80 EUR je m² genutzter Fläche. Eine weitergehende Reduzierung der Gebühr sei nicht vertretbar, weil die Klägerin nicht bessergestellt werden solle als andere Kindertagesstätten mit eigenunterhaltenen Außenspielflächen. Außerdem solle so u.a. der Anreiz für andere Träger von

Kindertagesstätten vermieden werden, für Außenspielflächen ebenfalls auf öffentlichen Grund auszuweichen.

Die Klägerin hat am 16. Mai 2022 Klage erhoben.

Zur Begründung führt die Klägerin aus, dass es eines gesonderten Gebührentatbestandes für die Spielplatznutzung durch Kindertagesstätten bedürfe; der Rückgriff auf eine Generalklausel genüge nicht. Es liege bereits keine für eine Gebührenerhebung erforderliche Sondernutzung vor. Der Gemeindegebrauch am Spielplatz werde durch die Mitbenutzung der Kinder ihrer Kindertagesstätte nicht eingeschränkt und die Zahl der Hamburger Kinder, die den Spielplatz nutzen dürften, werde nicht erhöht. Öffentliche Spielplätze seien nach ihrer Zweckbestimmung von Kindern grundsätzlich – unabhängig von der Frage, ob sie in einer Kindertagesstätte untergebracht seien oder nicht – gebührenfrei zu nutzen. Zudem sei die Berechnung der Gebührenhöhe fehlerhaft. Die Unterhaltskosten für Parks und Grünanlagen inklusive Spielplätze würden in der Freien und Hansestadt Hamburg lediglich 0,58 EUR pro m² jährlich betragen. Die Herstellungskosten des Spielplatzes seien nach deren Abschreibung für die Zukunft nicht mehr zu berücksichtigen. Die Anzahl der den Spielplatz nutzenden Kinder sei im Einzugsbereich des Spielplatzes (mit 5.385 möglichen Nutzern) viel höher als im Rahmen der Gebührenberechnung angenommen. Da zahlreiche der 90 in der Kindertagesstätte betreuten Kinder auch im Einzugsbereich des betreffenden Spielplatzes leben würden, seien diese fehlerhaft „doppelt“ gerechnet worden. Außerdem könne die Anzahl der den Spielplatz benutzenden Kinder nicht proportional auf die mit dem Spielplatz verbundenen Kosten bezogen werden, da beispielsweise Personalkosten unabhängig von der Anzahl der den Spielplatz nutzenden Kinder anfallen würden. Ihr, der Klägerin, werde mit der in Bezug genommenen Erlaubnis kein eigentumsähnliches Recht an dem öffentlichen Spielplatz eingeräumt, sondern lediglich eine zeitanteilige Nutzung, die mit einem Mietverhältnis vergleichbar sei. Die Berechnung einer etwaigen Nutzungsgebühr müsse sich nach Maßgabe der konkreten Nutzung des Spielplatzes richten, die jedoch nicht hinreichend berücksichtigt worden sei. Es handle sich vorliegend daher nicht um eine Nutzungsgebühr, sondern um eine „Spielplatzsonderabgabe“, deren Rechtsgrundlage nicht ersichtlich sei. Ohnehin sei sie, die Klägerin, als Mitglied im Paritätischen Wohlfahrtsverband Hamburg e.V. von der Zahlung von Verwaltungsgebühren befreit. Ihre Kindertagesstätte sei mangels Gewinnerzielungsabsicht kein Wirtschaftsbetrieb, sondern nehme der Beklagten eine öffentliche Aufgabe zur Erfüllung des Rechtsanspruchs auf Kinderbetreuung ab und diene der Daseinsvorsorge. Ein wirtschaftliches Interesse sei bei der Bemessung der

Gebührenhöhe daher vorliegend nicht einzustellen und auch der Gebührenzweck der Vorteilspartizipation scheide für gemeinnützige Unternehmen, zu denen auch ihr Unternehmen zähle, aus. Letztlich bestehe durch die vorliegende Gebührenerhebung eine Ungleichbehandlung mit anderen der Grundversorgung der Bewohner der Freien und Hansestadt Hamburg dienenden Institutionen, da beispielsweise für die Sportnutzung von Gewässern durch anerkannte gemeinnützige Wassersportvereine oder der Sondernutzung von Wasserflächen durch die Hamburg Port Authority keine Gebühr erhoben werde.

Die Klägerin beantragt,

den Gebührenbescheid der Beklagten vom 18.10.2021 in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Beklagten vom 04.05.2022 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte führt im Wesentlichen aus, dass sich die Gebührenfestsetzung auf eine hinreichende Rechtsgrundlage gemäß § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1 Satz 1, § 4 Absatz 1 GebG und § 1 Absatz 1 i.V.m. Anlage 2 Nummer 33 der Gebührenordnung für die Verwaltung und Benutzung der öffentlichen Wege, Grün- und Erholungsanlagen stütze. Bei der gewählten Nummer 33 der Anlage 2 der Gebührenordnung handle es sich nicht um eine die Gebührenerhebung erst ermöglichende Generalklausel, sondern um einen gebührenrechtlichen Auffangtatbestand in Bezug auf die Ermittlung der konkreten Gebührenhöhe. Der Sachverhalt einer Sondernutzung eines Spielplatzes durch eine Kindertagesstätte, die hierdurch den Nachweis einer Außenspielfläche erbringen wolle, trete nicht in einer Häufigkeit auf, die einen speziellen Gebührentatbestand für die Festsetzung einer Gebühr erfordere. Die Mitnutzung eines öffentlichen Spielplatzes durch eine Kindertageseinrichtung als Surrogat fehlender eigener Außenspielflächen stelle eine für die Gebührenerhebung erforderliche Sondernutzung dar; der von der Gebührenordnung verwendete Begriff der gebührenpflichtigen Sondernutzung entspreche dem Sondernutzungsbegriff des Grünanlagengesetzes. Die Rechtsprechung des Hamburgischen Obergerichtes zum Außenspielflächennachweis sei nicht dahingehend zu verstehen, dass für die Qualifikation als Sondernutzung den Kindern einer Kindertageseinrichtung stets eine bestimmte Fläche des öffentlichen Spielplatzes zur alleinigen Nutzung vorbehalten sein müsse. Auch die bloße Mitbenutzung durch eine

Kindertagesstätte als Surrogat fehlender eigener Außenspielflächen überschreite die Grenzen der technischen Zweckbestimmung eines öffentlichen Spielplatzes. Diese Überschreitung sei geeignet, einen öffentlichen Spielplatz über den als Spielplatz bestimmten Widmungsrahmen hinaus abzunutzen, weil die Kinder der Kindertagesstätte den Spielplatz regelmäßig aufsuchen würden. Die Qualität als Sondernutzung sei auch von außen wahrnehmbar, insbesondere aufgrund regelmäßiger Inanspruchnahme als Gruppe. Beschränkungen der Sondernutzungszeiten über den Tag und den Wochenverlauf hinaus seien nicht zwingend erforderlich. Im Lichte der Praktikabilität und des Kindeswohls sei es weniger vorzugswürdig, bestimmte Teile des öffentlichen Spielplatzes zur alleinigen Nutzung zur Verfügung zu stellen. Denn Spielgeräte seien auf dem Spielplatz weiträumig verteilt und könnten bei einer zugewiesenen exklusiven Teilfläche nur teilweise durch die Kinder genutzt werden. Der Kontakt zu anderen – nicht zur Kindertagesstätte gehörenden – Kindern und das damit verbundene Lernen der sozialen Interaktion sei pädagogisch wertvoll. Die Gesamtgröße der auf dem Spielplatz zur Verfügung stehenden Fläche (4.xxx m²) lasse es als verzichtbar erscheinen, einen abgrenzbaren Teil für die Kinder der Kindertagesstätte vorzusehen. Ermessensfehler seien nicht festzustellen. Insbesondere habe sie, die Beklagte, im Widerspruchsbescheid nicht allein die Gebühr in ihrer festgesetzten Höhe gerechtfertigt, sondern darüber hinaus auch Erwägungen zu einer weitergehenden Reduzierung der Gebührenhöhe getroffen, wenngleich sie diese im Ergebnis verneint habe. Die festgesetzte Gebührenhöhe sei nicht zu beanstanden. Der Verweis auf die durchschnittlichen Unterhaltungskosten pro m² Grünfläche (inkl. Spielplätze) sei verfehlt, da ein Spielplatz in der Unterhaltung regelmäßig mehr Ressourcen als andere Grünflächen erfordere. Die Gebühr sei im unteren Bereich des Zulässigen festgesetzt, da sich – nach den zwischenzeitlich hamburgweit einheitlich am 15. Februar 2023 in Kraft getretenen Vorgaben zur Berechnung der Gebühren und Sondernutzungsentgelte in Gestalt der Fachanweisung für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis zur anteiligen Nutzung eines öffentlichen Spielplatzes (dort Nummer 7.1) – unter Berücksichtigung des aktuellen Bodenrichtwerts für Mehrfamilienhäuser des Grundstücks, auf dem die Kindertageseinrichtung der Klägerin belegen sei, für die Fläche von 540 m² eine höhere Gebührenhöhe im Monat, als im Gebührenbescheid festgesetzt, ergebe. Die Anzahl der den Spielplatz nutzenden Kinder im Einzugsbereich des Spielplatzes sei weiterhin zutreffend, da die Klägerin bei ihrer Berechnung fehlerhaft ganze Stadtteile außerhalb des Einzugsgebiets des Spielplatzes heranziehe und die Vielzahl weiterer Spielplätze außer Betracht lasse. Weiterhin verkenne die Klägerin in Bezug auf die 90 durch die Kindertagesstätte betreuten Kinder, dass die spielenden Kinder nicht der Ansatzpunkt der Sondernutzung seien, sondern die

Inanspruchnahme öffentlicher statt privater Flächen für ihre betrieblichen Zwecke, um die fehlende eigene Außenspielfläche für 90 Kinder zu kompensieren. Im Rahmen des Gemeingebrauchs stehe es den Kindern nach der Abholung aus der Kindertagesstätte frei, auf dem Spielplatz zu spielen. Es sei daher schlüssig, die Anzahl der von der Klägerin betreuten Kinder aus dem Einzugsgebiet auch auf der Seite des Gemeingebrauchs zu berücksichtigen. Etwaige über die Kostendeckung hinausgehende Gebühren seien durch das Äquivalenzprinzip, jedenfalls aber im Lichte der Vorteilspartizipation gerechtfertigt. Denn durch die genehmigte Nutzung der öffentlichen Kinderspielplätze entfalle die nach ihrer Ansicht bestehende Erforderlichkeit der Bereitstellung von Außenspielflächen aus eigenen Ressourcen bzw. deren Erwerb, sodass die Klägerin hierdurch wirtschaftliche Vorteile gegenüber Kindertagesstätten mit eigenen Außenspielflächen erhalte. Eine Gebührenfreiheit scheidet aus, da die Erfüllung gesetzlicher Voraussetzungen für den positiven Abschluss eines Baugenehmigungsverfahrens in keinem Zusammenhang zu der – für die Gebührenfreiheit erforderlichen – Erfüllung fürsorglicher Aufgaben stehe. Zudem komme eine etwaige Gebührenfreiheit nur für Verwaltungsgebühren in Betracht und nicht für die vorliegend festgesetzte Benutzungsgebühr. Ein wirtschaftliches Interesse der Klägerin werde bereits durch die Organisationsform als – wenn auch nach der Abgabenordnung gemeinnützige – GmbH impliziert und ergebe sich aus der Bilanz der Klägerin für das Jahr 2021. Es bestehe letztlich auch keine Ungleichbehandlung der Klägerin mit anderen Institutionen, da Kindertagesstätten, Wassersportvereine und die Hamburg Port Authority keine gemeinsame Vergleichsgruppe bildeten und nicht vergleichbar seien.

Auf die durch den anfänglichen schriftsätzlichen Vortrag der Klägerin, der Spielplatz C... sei geschlossen und werde saniert, veranlasste Nachfrage des Gerichts, für welchen Zeitraum die Klägerin einen Entfall der Gebührenpflicht wegen Unmöglichkeit der Nutzung geltend machen wolle, hat die Klägerin ergänzend vorgetragen, dass sie dazu keine Angaben machen könne, weil der Spielplatz von ihr „kaum genutzt worden“ sei. Mit den Kindern seien vor allem andere öffentliche Spielplätze aufgesucht worden, was problemlos möglich gewesen sei. Gegenwärtig fänden nach einer Veröffentlichung der Beklagten im Internet auf dem Spielplatz C... zahlreiche, mit Teilsperren verbundene Arbeiten statt. Daran, dass die Beklagte dies nicht zum Anlass genommen habe, ihr, der Klägerin, für diesen Zeitraum Ersatzflächen anzubieten, erweise sich, dass es auch der Beklagten auf eine tatsächliche Nutzung bzw. Nutzbarkeit einer bestimmten öffentlichen Außenspielfläche nicht ankomme.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und die zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Sachakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I.

Die zulässige Klage ist begründet.

Der Gebührenbescheid vom 18. Oktober 2021 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. Mai 2022 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Die einzig näher in Betracht zu ziehende, im Ergebnis indes nicht tragfähige Rechtsgrundlage für die Erhebung von Gebühren für Sondernutzungen ergibt sich für den vorliegenden Sachverhalt aus § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1 Satz 1, § 4 Abs. 1, § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 GebG i.V.m. § 1 Abs. 1 der Gebührenordnung für die Verwaltung und Benutzung der öffentlichen Wege, Grün- und Erholungsanlagen vom 6. Dezember 1994 (HbgWegGrünAnlGebO) i.V.m. Nr. 33 ihrer Anlage 2 in der zum Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis am 21. Dezember 2020 maßgeblichen Fassung. Nach § 4 Abs. 1 GebG werden Benutzungsgebühren als Gegenleistung für die tatsächliche Inanspruchnahme (Benutzung) öffentlicher Anstalten, Einrichtungen oder Anlagen erhoben. § 2 Abs. 1 Satz 1 GebG ermächtigt den Senat, die gebührenpflichtigen Tatbestände und die Gebührensätze durch Rechtsverordnung festzulegen. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 der hiernach erlassenen Gebührenordnung werden für die Sondernutzung von öffentlichen Wegen sowie der öffentlichen Grün- und Erholungsanlagen im Sinne des Gesetzes über Grün- und Erholungsanlagen vom 18. Oktober 1957, zuletzt geändert am 11. Juli 1989 in der jeweils geltenden Fassung, die in der Anlage 2 festgelegten Benutzungsgebühren erhoben. Nr. 33 der Anlage 2 der Gebührenordnung sieht für alle übrigen, nicht durch voranstehend aufgeführte Tatbestände erfasste Sondernutzungen, soweit sie nicht nach § 2 Absatz 1 HbgWegGrünAnlGebO von der Gebührenpflicht befreit sind, je m² genutzter Fläche eine Gebühr von monatlich 0,30 EUR bis 4,80 EUR vor.

Der streitgegenständliche Gebührenbescheid vom 18. Oktober 2021 ist bereits deshalb rechtswidrig, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen der Rechtsgrundlage nicht erfüllt sind. Insbesondere enthält die Erlaubnis vom 21. Dezember 2020, auf die bezogen der

Bescheid vom 18. Oktober 2021 eine Gebühr in Höhe von 285.930,00 EUR festsetzt, keine – für die flächenbezogene Gebührenerhebung für Sondernutzungen i.S.d. HbgWegGrünAnlGebO indes erforderliche – konkrete Flächenzuweisung (hierzu 1). Auch im Übrigen stellt die mit Erlaubnis vom 21. Dezember 2020 genehmigte Nutzung keine für die Gebührenerhebung erforderliche Sondernutzung i.S.d. Gesetzes über Grün- und Erholungsanlagen (GrAnlG) dar (hierzu 2.).

Da die tatbestandlichen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage nicht erfüllt sind, kann für das vorliegende Verfahren offen bleiben, ob die Beklagte das ihr eingeräumte Ermessen bei der Bestimmung der Gebührenhöhe, insbesondere soweit sie auf den Abgleich mit dem Wert des Grundstücks der Klägerin, auf dem sich die Kindertageseinrichtung befindet, abstellt, ermessensfehlerfrei nach §§ 114 VwGO, 40 HmbVwVfG ausgeübt hat – woran die Kammer indes mit Blick auf die damit verbundene Abweichung von dem System der Gebührenordnung, nach dem sich die Bewertung des Nutzungsvorteils nicht auf einen Vergleich mit eigenen Flächen des Nutzers bezieht, sondern auf eine Einstufung der jeweiligen in Anspruch genommenen öffentlichen Flächen, bei Grünanlagen unter Bezugnahme auf die Wertstufen der umliegenden Straßen (vgl. Anlage 1 und 2 der HbgWegGrünAnlGebO), erhebliche Zweifel hat.

1.

Die Erlaubnis vom 21. Dezember 2020 enthält die – für die streitgegenständliche flächenbezogene Gebührenerhebung für Sondernutzungen i.S.d. HbgWegGrünAnlGebO erforderliche – konkrete Flächenzuweisung nicht.

Im Einzelnen:

Gemäß § 4 Satz 1 HbgWegGrünAnlGebO ist die in der Erlaubnis *zugewiesene* Fläche maßgebend, wenn die Gebühr – wie vorliegend durch die Heranziehung des Flächenmaßes von 540 m² verdeutlicht – nach der Fläche bemessen wird. Schon hieraus folgt, dass die HbgWegGrünAnlGebO nach ihrem Wortlaut eine flächenbezogene Gebührenerhebung nur in Bezug auf eine solche Sondernutzung vorsieht, die mit einer Inanspruchnahme einer konkret zugewiesenen Fläche verbunden ist, d.h. eine tatsächliche, flächenbezogene Nutzbarkeit voraussetzt. Dem entspricht der konkrete Gebührentatbestand, auf den die Beklagte ihre Festsetzung gestützt hat und der auch einzig näher in Betracht käme: Nach Nr. 33 der Anlage 2 zu der Gebührenordnung wird der Flächenbezug dahin konkretisiert, dass auf die „genutzte“ Fläche abzustellen ist. Nur ein solches Verständnis des

Gebührentatbestandes ist auch mit dem maßgeblichen höherrangigen Recht vereinbar: § 4 Abs. 1 GebG sieht Benutzungsgebühren nur als Gegenleistung für die tatsächliche Inanspruchnahme (Benutzung) öffentlicher Anstalten, Einrichtungen oder Anlagen vor. Insoweit kann vorliegend noch dahinstehen, in welcher Weise vorliegend dem gesetzlichen Gebot Rechnung zu tragen gewesen wäre, dass eine bloße Nutzungsmöglichkeit für die Erhebung einer Benutzungsgebühr nicht ausreicht, sondern es auf die Inanspruchnahme ankommt (vgl. näher OVG Hamburg, Urt. v. 27.10.2020, 1 Bf 437/19, juris, Rn 30 ff.); jedenfalls müsste die von der Beklagten zur Rechtfertigung ihrer Gebührenfestsetzung in Bezug genommene Sondernutzungserlaubnis eine tatsächliche Inanspruchnahme einer Spielplatzfläche ermöglichen.

Hieran fehlt es. Zwar enthält der als solcher bezeichnete Erlaubnisbescheid vom 21. Dezember 2020 die Maßgabe, dass die Größe der Nutzungsfläche auf dem öffentlichen Spielplatz C... 540 m² beträgt. Insoweit bleibt es jedoch bei einer rein abstrakten Rechengröße; eine entsprechende Fläche wird weder „zugewiesen“, noch wird durch den Bescheid geregelt, dass eine solche Fläche tatsächlich „genutzt“ werden könnte. Der Bescheid legt weder fest, welche bestimmte, 540 m² umfassende Teilfläche des öffentlichen Spielplatzes C... der – vermeintlichen – Sondernutzung durch die Klägerin zugeordnet wird, noch wird in ihm in irgendeiner Weise geregelt, dass die Nutzbarkeit einer solchen, gegebenenfalls wechselnden Teilfläche des Spielplatzes für die Klägerin gesichert, d.h. im etwaigen Konflikt von einer Nutzung durch Dritte freigehalten wäre. Der Erlaubnisbescheid trifft vielmehr – im unmittelbaren Gegensatz zu einer positiven Flächenzuweisung zur Sondernutzung – mit der Einschränkung auf eine „Mitnutzung“ und mit den Einzelbestimmungen unter Nummern 1.4 und 1.6 ausdrückliche Vorkehrungen gegen eine alleinige Flächennutzung durch die Klägerin bzw. deren Kindergruppen.

Entgegen der Ansicht der Beklagten handelt es sich bei der Festsetzung der Größe der Nutzungsfläche auf 540 m² in dem Erlaubnisbescheid auch nicht in ihrer bauordnungsrechtlichen Verwertung als „Surrogat“ für eine ausreichend große eigene Außenspielfläche im Sinne des SGB VIII um eine Flächenzuweisung i.S.d. § 4 Satz 1 HbgWegGrünAnlGebO. Denn die Berechnung der Fläche auf der Grundlage der Anzahl der in der Kindertagesstätte betreuten Kinder und des von der Beklagten (zutreffend, vgl. Urteil der Kammer vom 26.4.2024, 7 K 1927/23) zugrunde gelegten Flächenerfordernisses von 6 m² je Kind sowie der Umstand, dass die Beklagte (im Baugenehmigungsverfahren) befunden hat, die erteilte Erlaubnis vom 21. Dezember 2020 als Nachweis einer gleichwertigen Außenspielfläche zur Gewährleistung der räumlichen

Voraussetzungen i.S.d. § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII werten zu können, bleiben abstrakte Größen und haben als solche keine Bedeutung für die zur Bestimmung der Gebührenpflichtigkeit maßgebliche tatsächliche Nutzbarkeit einer konkreten, abgrenzbaren Fläche des öffentlichen Spielplatzes C....

Es ist auch weder ersichtlich noch wird dies durch die Beklagte (trotz des gerichtlichen Hinweises vom 8. April 2024) näher dargelegt, warum die Größe der auf dem Spielplatz nach Angabe der Beklagten insgesamt, für alle Altersklassen zur Verfügung stehenden Fläche von 4.xxx m² es nach der vorliegend maßgeblichen gebührenrechtlichen Systematik als ausnahmsweise verzichtbar erscheinen lassen sollte, eine abgrenzbare – zugewiesene – Teilfläche für die Kinder der Kindertagesstätte vorzusehen. Soweit mit dem Hinweis auf das Flächenmaß die Vermutung begründet werden sollte, für die Kleinkindergruppen der Klägerin stünden geeignete Teilflächen zweifelsfrei jederzeit zur Verfügung, so dass eine bestimmte Zuweisung bloße Förmerei wäre, wäre dem bereits deshalb nicht zu folgen, weil die genannte Gesamtfläche u.a. mit Grünbereichen und einer sogenannten Bolzplatzanlage für Kindertagesstättengruppen ungeeignete Elemente einschließt, d.h. als Gesamtflächenwert ohne Aussagekraft bleibt, während die Beklagte davon abgesehen hat, den spezifisch für Kleinkinder aufbereiteten Bereich mit seiner (deutlich beschränkten) Teilfläche näher zu benennen.

Der weitere Vortrag beider Beteiligten, eine Sicherung einer abtrennbaren Teilfläche für die Kleinkindergruppen zur jederzeitigen Nutzbarkeit sei ohnehin nicht gewünscht, mag darauf hindeuten, dass das genannte „Surrogat“ als Abstraktum für beide Seiten den tatsächlich verfolgten Interessen genügt, d.h. dass es beiderseits nicht auf die Eignung der Erlaubnis zur Sicherung der Flächennutzung zugunsten der betreuten Kinder, sondern um den Einsatz der Erlaubnis zum Nachweis der Flächensicherung zugunsten der Einrichtung geht; dies eröffnet indes trotz faktischer Vorteilhaftigkeit für die Klägerin – wiederum mangels Bezugs zu einer tatsächlichen Flächennutzung – ebenfalls nicht die Anwendbarkeit der Gebührenordnung.

2.

Die mit Erlaubnis vom 21. Dezember 2020 genehmigte Nutzung stellt überdies bereits keine für die Gebührenerhebung gemäß § 1 Abs. 1 HbgWegGrünAnlGebO auch unabhängig von der Frage des konkreten Flächenbezugs erforderliche Sondernutzung dar.

Eine Sondernutzung im Sinne der Gebührenordnung wie auch des Grünanlagengesetzes liegt vor, wenn die Nutzung über den Gemeingebrauch hinausgeht. Hierzu konkretisiert § 4 Abs. 2 GrAnIG, dass (nur) die über den Rahmen der Zweckbestimmung hinausgehende Benutzung der öffentlichen Grün- und Erholungsanlagen, zu denen gemäß § 1 Abs. 1 GrAnIG u.a. auch von der Freien und Hansestadt Hamburg unterhaltene und vom Senat als öffentliche Grün- und Erholungsanlagen im Amtlichen Anzeiger bekannt gemachte Spielplätze gehören, einer (Sondernutzungs-)Erlaubnis der zuständigen Behörde bedarf. Die Zweckbestimmung ergibt sich gemäß § 4 Abs. 1 GrAnIG aus der Natur der Anlage oder aus den nach § 3 GrAnIG erlassenen Vorschriften, d.h. den nach § 3 Abs. 1 GrAnIG erlassenen Rechtsverordnungen des Senats oder den soweit getroffenen Anordnungen der zuständigen Behörde gemäß § 3 Abs. 2 GrAnIG. Dabei sieht § 1 Abs. 1 der aufgrund der Verordnungsermächtigung gemäß § 3 Abs. 1 GrAnIG erlassenen Verordnung zum Schutz der öffentlichen Grün- und Erholungsanlagen (GrAnIVO) in Übereinstimmung mit § 4 Abs. 1 GrAnIG vor, dass öffentliche Grün- und Erholungsanlagen nur so benutzt werden dürfen, wie es sich aus der Natur der einzelnen Anlage und ihrer Zweckbestimmung ergibt. Darüber hinaus unternimmt es die GrAnIVO nicht, die Zweckbestimmung der öffentlichen Grün- und Erholungsanlagen (abgesehen von einer Negativabgrenzung durch die Verbotstatbestände in § 1 Abs. 3 GrAnIVO) näher zu konkretisieren. In Ermangelung einer – weder nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 GrAnIG zu berücksichtigenden noch sonst ersichtlichen – die Zweckbestimmung einengenden Widmung bleibt die Zweckbestimmung maßgeblich, wie sie sich aus der Natur der Anlage ergibt. Nach ihrer sich aus der Natur der Anlage ergebenden Zweckbestimmung bieten öffentliche Spielplätze für Kinder einen Platz zum Spielen nach Maßgabe der konkreten Einrichtungen bzw. den vorhandenen freien Kapazitäten und zum Aufenthalt der die Kinder betreuenden Aufsichtspersonen.

Hieran gemessen überschreitet die mit Bescheid vom 21. Dezember 2020 genehmigte „regelmäßige Mitnutzung des öffentlichen Spielplatzes C... mit bis zu 90 Elementarkindern“ nicht die Grenzen des Gemeingebrauchs. Denn dieser Zuschnitt der Genehmigung räumt den in der Kindertagesstätte der Klägerin betreuten Kindern keine Nutzungsmöglichkeit des Spielplatzes ein, die sich von den allgemein innerhalb der Zweckbestimmung des Spielplatzes bestehenden Nutzungsmöglichkeiten unterscheidet, die anderen – nicht in der Kindertagesstätte betreuten – Kindern eröffnet sind. Insbesondere gewährt der Bescheid vom 21. Dezember 2020 keinerlei Sonderrechte für die Nutzung des Spielplatzes, sondern sieht unter Nummer 1.4 und 1.6 (vgl. o.) ausdrücklich vor, dass der öffentliche Spielplatz auch während der – überdies unter dem Vorbehalt aktueller Kapazität bei Zugang zu der Fläche stehenden – Mitnutzung durch die Klägerin weiterhin der Öffentlichkeit zur

Verfügung stehen muss und eine Einzäunung der zur Mitnutzung überlassenen Fläche unzulässig ist. Die allgemeine Zweckbestimmung des Kinderspielplatzes wird auch nicht dadurch überschritten, dass die von der Klägerin betreuten Kinder in einer (großen) Gruppe auf dem Spielplatz spielen oder die diese begleitenden Betreuungspersonen im Rahmen eines entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses für eine private Trägerin von Kindertageseinrichtungen zur Erfüllung des sich aus § 24 SGB VIII ergebenden Rechtsanspruchs auf Kinderbetreuung tätig werden. Denn die besuchsweise Nutzung eines öffentlichen Kinderspielplatzes durch Gruppen von in Kindertagesstätten betreuten Kindern in Begleitung der jeweiligen Betreuungspersonen stellt neben der Inanspruchnahme des Spielplatzes durch die Kinder aus den umliegenden Haushalten vielmehr die typische (der Zweckbestimmung gerade entsprechende) Nutzung eines öffentlichen Spielplatzes dar. Der durch die Beklagte u.a. in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Einwand, dass die Kinder der Kindertagesstätte den als Surrogat einer eigenen Außenspielfläche herangezogenen Spielplatz regelmäßig nutzen würden und durch die damit verbundene erhöhte Nutzungsfrequenz eine stärkere Abnutzung des öffentlichen Spielplatzes verbunden sei, ändert hieran nichts. Dies gilt bereits deshalb, weil die Nutzungsfrequenz nicht zu den unmittelbar, punktuell wahrnehmbaren Umständen der Nutzung gehört. Überdies ist eine bestimmte Nutzungsfrequenz in der Erlaubnis vom 21. Dezember 2020 nicht angelegt. Im Übrigen ist weder erkennbar, dass eine (im vorliegenden Fall auch durch andere Nutzer in hoher Frequenz erfolgende) regelmäßige Nutzung eines öffentlichen Spielplatzes dessen Zweckbestimmung entgegensteht, noch warum eine – über das gewöhnliche Maß hinausgehende und durch die Beklagte auch nicht näher substantiierte – Abnutzung des Spielplatzes durch Krippen- und Elementarkinder der Kindertagesstätte der Klägerin, die, anders als etwa ältere Kinder, die Einrichtungen unter Aufsicht und Anleitung nutzen, zu befürchten sein sollte.

Entgegen der Ansicht der Beklagten führt auch im vorliegenden Zusammenhang, d.h. bezogen auf die Abgrenzung von Gemeingebrauch und Sondernutzung, der Umstand, dass die Mitnutzung des öffentlichen Spielplatzes C... durch die Kinder der Kindertagesstätte der Klägerin nach dem Wortlaut des Bescheids vom 21. Dezember 2020 „als Surrogat für eine ausreichend große eigene Außenspielfläche zwecks Erfüllung des Nachweises einer Außenspielfläche im Sinne des SGB VIII“ erfolgt, ohne dafür eigene Grundstücksflächen in Anspruch zu nehmen, für sich genommen, d.h. allein aus der Zweckbestimmung heraus, nicht zu der Annahme einer Sondernutzung i.S.d. Grünanlagengesetzes. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der sich die Kammer aus eigener Überzeugung anschließt, wird das Nutzungsverhalten im Abgleich mit der Widmung nicht

danach betrachtet und bewertet, welche Motive zu der Nutzung geführt haben; maßgeblich bleibt vielmehr die tatsächlich aus der Sicht eines objektiven Beobachters erkennbare Nutzung in ihrer Relation zu der Zweckbestimmung der Anlage und der Nutzungsmöglichkeiten Dritter (vgl. in Bezug auf die (Sonder-)Nutzung des öffentlichen Straßenraums: BVerwG, Beschl. v. 28.8.2012, 3 B 8/12, juris, Rn. 13 m.w.N.). Die Nutzung eines öffentlichen Spielplatzes mit dem spezifischen Zweck „als Surrogat für eine ausreichend große eigene Außenspielfläche zwecks Erfüllung des Nachweises einer Außenspielfläche im Sinne des SGB VIII“ durch die Kinder der Kindertagesstätte ist aus der Sicht eines objektiven Beobachters als solche nicht erkennbar. Ein objektiver Beobachter nimmt bei einer – ohne jegliche nach außen hin erkennbare Sonderrechte, d.h. ohne deren Ausdruck z.B. in Form einer Einzäunung o.ä., ausgestalteten – Mitnutzung des öffentlichen Spielplatzes C... durch die Kinder der Kindertagesstätte der Klägerin lediglich eine (größere) Gruppe spielender Kinder und deren Betreuungspersonen, mithin eine der Zweckbestimmung gerade entsprechende Nutzung (s.o.), wahr.

Im Übrigen kann der vorliegend mit der Erlaubnis ausdrücklich verfolgte Zweck, d.h. die Nutzung des öffentlichen Spielplatzes als Surrogat für eine ausreichend große eigene Außenspielfläche, – selbst wenn entgegen der Ansicht der Kammer ein solches in den konkreten Umständen der Nutzung nicht hervortretendes Motiv bei der Abgrenzung von Gemeingebrauch und Sondernutzung zu berücksichtigen wäre – durch die mit Bescheid vom 21. Dezember 2020 genehmigte Nutzung ohnehin nicht erreicht werden. Denn der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit fehlt es jedenfalls an der tatsächlichen Eignung, eine hinreichende Außenspielfläche i.S.d. § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII zu sichern, da der Bescheid den in der Kindertagesstätte der Klägerin betreuten Kindern keinerlei Sonderrechte in Bezug auf die Nutzung des öffentlichen Spielplatzes C... gewährt (vgl. zu diesem Erfordernis: VG Hamburg, Urt. v. 26.4.2024, 7 K 1927/23, Seite 21 und 22). In Bezug auf das Erfordernis einer mit Sonderrechten ausgestalteten Sondernutzungserlaubnis führt die Kammer hierin aus:

„Zwar kann eine nach § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII erforderliche Außenspielfläche grundsätzlich auf einem anderen geeigneten Grundstück nachgewiesen werden, wenn eine hinreichende Außenspielfläche auf dem Vorhabengrundstück der Kindertagesstätte nicht realisiert werden kann (ähnlich bei Wohnbauvorhaben bzw. für Stellplätze gemäß §§ 10 Abs. 2, 48 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 HBauO). Erforderlich ist hierbei jedoch eine Gleichwertigkeit zu einer eigenen, unmittelbar an dem Gebäude der Kindertagesstätte gelegenen Außenspielfläche. Dies setzt voraus, dass die in der angemessenen Nähe der Kindertagesstätte auf einem anderen Grundstück befindliche Spielfläche ohne erheblichen

Zeitaufwand, zudem planbar und verlässlich innerhalb der für die Nutzung von Außenspielflächen üblichen Zeitfenster für die Kinder der Kindertagesstätte zugänglich ist.

Dies ist bei einem bloßen Hinweis auf die Erreichbarkeit und die beabsichtigte Mitnutzung eines in der Nähe befindlichen öffentlichen Spielplatzes durch die Kinder der Kindertagesstätte (...) nicht der Fall. Denn wenn der Spielplatz bereits durch andere Kinder besetzt oder zu Stoßzeiten bzw. bei besonderen Witterungsbedingungen überfüllt ist, konkurrieren die Kinder der Kindertagesstätte bei einer bloßen Mitbenutzung um die Spielfläche und die Spielgeräte auf dem öffentlichen Spielplatz mit allen anderen Kindern. Es besteht bei einer derartigen Benutzung eines öffentlichen Spielplatzes ohne jedwede Sonderrechte keinerlei Gewähr dafür, dass die Kinder der Kindertagesstätte die Spielplatzflächen tatsächlich nutzen können oder eine ausreichende Betreuungsqualität ermöglicht wird. Vielmehr bleibt die tatsächliche Nutzungsmöglichkeit des öffentlichen Spielplatzes abhängig von der konkreten Auslastung des Spielplatzes. (...)

Soweit die Klägerin und die Beklagte ausführen, dass etwaige Sonderrechte für in der Kindertagesstätte betreute Kinder, bspw. durch eine den Kindern der Kindertagesstätte exklusiv zur Verfügung stehende (Teil-)Fläche des öffentlichen Spielplatzes, aus pädagogischer und praktischer Sicht verfehlt seien, da gerade der Kontakt zu anderen Kindern und das damit verbundene Lernen der sozialen Interaktion wertvoll sei und die Spielgeräte auf öffentlichen Spielplätzen oftmals weit über den gesamten Platz verteilt seien, überzeugt dies schon im Ansatz nicht, da damit ein wesentlicher Aspekt des Flächenerfordernisses, nämlich die Gewährleistung einer Schutzsphäre für die Kinder, nicht berücksichtigt würde. Eine derartige Betrachtung verkennt, dass die hier fragliche Nutzung des öffentlichen Spielplatzes insoweit als Kompensation der fehlenden eigenen und gemäß § 45 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 Nr. 2 SGB VIII erforderlichen Außenspielflächen erfolgt und diese als Maßstab für die Gleichwertigkeit der Außenspielfläche auf eigener Fläche heranzuziehen ist. Auch auf den eigenen Außenspielflächen einer Kindertageseinrichtung findet ausschließlich Kontakt zu Kindern derselben Kindertageseinrichtung statt. Sozialer Kontakt zu anderen Kindern, die nicht in derselben Kindertagesstätte betreut werden, wird damit keineswegs ausgeschlossen, jedoch auf gesonderte Aktivitäten wie Ausflüge außerhalb der Kindertagesstätte verwiesen. Darüber hinaus würde eine auf einem öffentlichen Spielplatz exklusiv den Kindern der Kindertagesstätte zugewiesene Teilfläche keineswegs die Nutzung der restlichen Teilflächen des Spielplatzes durch diese ausschließen. Eine exklusive Fläche würde jedoch gewährleisten, dass den Kindern jederzeit innerhalb der üblichen Zeitfenster – d.h. auch bei maximaler Auslastung oder Überlastung des Kinderspielplatzes – eine hinreichende Außenspielfläche zur Gewährleistung der Anforderungen gemäß § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII zur Verfügung stünde.

[Es kann] offenbleiben, ob die Benutzung eines öffentlichen Kinderspielplatzes durch eine Kindertageseinrichtung, die dadurch den Nachweis einer kindgerechten Außenspielfläche von zweckentsprechender Größe erbringen möchte, um die räumlichen Voraussetzungen des § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII zu erfüllen, zwingend erfordert, dass der Kindertageseinrichtung während der gesamten Betriebszeiten eine bestimmte Fläche des Kinderspielplatzes zur alleinigen, exklusiven Sondernutzung vorbehalten sein muss (so möglicherweise: OVG Hamburg, Beschl. v. 5.11.2020, 2 Bs 156/20, juris, Rn. 12) oder auch durch sonstige der Kindertagesstätte eingeräumte, auf bestimmte Zeiten eingeschränkte Sonderrechte an (Teil-)Flächen des öffentlichen Spielplatzes, ein gleichwertiger Ersatz einer Außenspielfläche auf eigener Fläche gewährleistet werden kann. Denn die Klägerin verfügt jedenfalls über keine in diesem Fall erforderliche Sondernutzungserlaubnis für die Nutzung des öffentlichen Spielplatzes in der D-Straße, die ihr andere Nutzungsinteressenten ausschließende Sonderrechte – gleich welchen Inhalts – zur Gewährleistung eines gleichwertigen Ersatzes der fehlenden Außenspielfläche einräumt.“

Der Umstand, dass die erteilte Erlaubnis vom 21. Dezember 2020 von der Beklagten (auf der Grundlage einer abweichenden Einschätzung der Rechtslage) gleichwohl als Nachweis einer gleichwertigen Außenspielfläche zur Gewährleistung der räumlichen Voraussetzungen i.S.d. § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII gewertet worden ist, eröffnet keine anderweitige Bewertung der gebührenrechtlich erheblichen Bedeutung des Bescheids. Der Einsatz des Bescheids zum Nachweis einer hinreichenden Außenspielfläche i.S.d. § 45 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB VIII berührt die tatsächlichen Nutzungsverhältnisse auf dem Spielplatz nicht (vgl. o.).

II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i.V.m. §§ 709 Satz 1 und 2 ZPO.

Die Berufung wird gemäß §§ 124a Abs. 1 Satz 1, 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zugelassen. Die Frage, welche konkreten Anforderungen an die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Sondernutzung i.S.d. Gebührenordnung für die Verwaltung und Benutzung der öffentlichen Wege, Grün- und Erholungsanlagen und des Gesetzes über Grün- und Erholungsanlagen zu stellen sind, hat grundsätzliche Bedeutung.