

Hamburg, 16.06.2020

## Gutachten

### **A) Sachbericht**

Der Mandant wendet sich gegen die behördliche Ablehnung der Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis für das Betreiben eines Infostandes in der Hamburger Innenstadt.

Der Mandant, der Umweltschutz Hamburg JETZT e.V., gesetzlich vertreten durch den alleinigen Vorsitzenden Herrn Rüdiger Bröckerhoff, ist ein als gemeinnützig anerkannter Verein, der in dem beim AG Hamburg geführten Vereinsregister eingetragen ist. Er verfolgt entsprechend seiner Satzung als Vereinszweck die Förderung des Umwelt- und Naturschutzes in Hamburg und Umgebung. Der Verein umfasst etwa 200 Mitglieder, von denen aber nur ein geringer Teil aktiv am Vereinsleben teilnimmt. Der Großteil der Mitglieder unterstützt den Verein im Sinne einer Art Fördermitgliedschaft durch die Zahlung eines jährlichen Mitgliedsbeitrags. Zudem finanziert sich der Verein durch einmalige und wiederkehrende Spendenzahlungen.

Der Verein beabsichtigt im August 2019, aber auch in zukünftigen Sommermonaten, einen Infostand in der Hamburger Innenstadt zu betreiben. An diesem sollte gegenüber interessierten Passanten die Öffentlichkeitsarbeit des Vereins durch verschiedene Stelltafeln sowie auf Tischen zur Verfügung gestelltes Informationsmaterial über die Tätigkeit des Vereins und damit zusammenhängende Umweltschutzthemen erfolgen. Im Rahmen dieser Informationstätigkeit war zudem beabsichtigt, weitere Mitglieder oder Spender zur Unterstützung der gemeinnützigen Tätigkeit des Vereins zu gewinnen.

Der Infostand sollte von Donnerstag, dem 22.8.2019, bis einschließlich Samstag, dem 24.8.2019, jeweils von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr auf der Spitalerstraße/Ecke Glockengießerwall auf einer Fläche von 4 qm unter der Aufsicht des Vereins durch einen externen Dienstleister, die Agentur Paterok & Partner GmbH, betrieben werden. Die Agentur wollte hierzu jeweils gleichzeitig drei bis vier studentische Mitarbeiter einsetzen. Der Vereinsvorsitzende des Mandanten sollte während der gesamten Zeit für Rückfragen der Mitarbeiter als Ansprechpartner per Mobiltelefon zur Verfügung stehen und in regelmäßigen zeitlichen Abständen vor Ort nach dem Rechten sehen.

Einen entsprechenden **Antrag** für die Erteilung einer Genehmigung zur straßenrechtlichen Sondernutzung, in dem die oben genannten Modalitäten erläutert wurden, hat der Vereinsvorsitzende im

Namen des Vereins mit Schreiben vom 17.12.2018 beim Bezirksamt Hamburg-Mitte der Freien und Hansestadt Hamburg gestellt.

Nach einem Zeitraum von über drei Monaten lehnte das Bezirksamt Hamburg-Mitte mit **Bescheid** vom 22.3.2019 (Anlage 5), am selben Tag zur Post aufgegeben und dem Mandanten tatsächlich zugegangen am 26.3.2019, die Erteilung der beantragten Sondernutzungserlaubnis ab. Zur Begründung führte es aus, dass es sich um eine genehmigungsbedürftige Sondernutzung handle, da auch der Bereich des kommunikativen Gemeingebrauchs überschritten werde. Eine Sondernutzungserlaubnis sei aber zu versagen, da die professionalisierte Standbetreuung durch einen gewinnorientierten externen Dienstleister gewerblichen Charakter habe. Der eigentliche Sinn und Zweck eines Informationsstandes, über das Anliegen und die Arbeit eines gemeinnützigen Vereins zu informieren, gerate hierdurch in den Hintergrund. Für eine Gewerbeausübung werde nach ständiger Verwaltungspraxis keine Sondernutzungserlaubnis erteilt.

Gegen den ablehnenden Bescheid erhob der Mandant durch seinen Vorsitzenden mit Schreiben vom 26.4.2019, beim Bezirksamt Hamburg-Mitte eingegangen am 29.4.2019, **Widerspruch**, den er damit begründete, dass er als kleiner Naturschutzverein auf externe Hilfe angewiesen sei.

Mit **Widerspruchsbescheid** vom 6.5.2019 (Anlage 4), dem Mandanten ordnungsgemäß zugestellt am 8.5.2019, wies das Bezirksamt Hamburg-Mitte den Widerspruch als unbegründet zurück. Zur Begründung führte es ergänzend aus, dass die Behörde über die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis gem. § 19 I 4 HWG unter pflichtgemäßer Ermessensausübung entscheide. Im Rahmen dieser Ermessensausübung sei die Behörde nicht auf die Berücksichtigung ausschließlich wegerechtlicher Belange beschränkt. Dies folge bereits aus § 19 I 4 Nr. 3 HWG und ergebe sich zudem aus der Gesetzesbegründung (HmbBü-Drs. 19/1751 S. 2). Es seien die Interessen aller am Gemeingebrauch gegen die privaten Interessen des Einzelnen an der Sondernutzung abzuwägen. Unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls werde das Ermessen – „wie schon im ablehnenden Bescheid vom 22.3.2019“ – dahingehend ausgeübt, dass die Erlaubnis für die beantragte Sondernutzung verweigert werde. Hierbei werde berücksichtigt, dass die öffentlichen Wege auch Flächen des Informationsaustausches und insoweit Orte der freiheitlich-demokratischen Meinungsbildung seien, die dem Widerspruchsführer durch das Aufstellen von Informationsständen als Kontakt- und Informationsort dienen, von welchem aus er mit der breiten Öffentlichkeit in gegenseitigen Dialog treten, diese über seine gemeinnützigen Ziele und Zwecke informieren und um Mitwirkung an deren Verwirklichung werben könne. Das Aufstellen der Infostände diene damit auch der Wahrung des Grundrechts des

Widerspruchsführers (und mittelbar seiner Mitglieder) auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 GG.

Kann Kugger darf -  
stellt werden.

Diese grundsätzlich wegerechtlich privilegierten gemeinnützigen Ziele und Zwecke würden jedoch im vorliegenden Einzelfall durch die beantragte konkrete Ausgestaltung des Informationsstandes in den Hintergrund treten. Der Informationsstand solle nicht von Vereinsmitgliedern, sondern von Mitarbeitern eines externen Dienstleisters betrieben werden. Sowohl dem externen Dienstleister als auch den von ihm eingesetzten Mitarbeitern gehe es nicht um einen Informationsaustausch mit Passanten bzw. um eine Meinungsäußerung und -bildung, sondern allein um die erfolgreiche Vermittlung möglichst vieler Spender oder Mitglieder. Der Dienstleister habe hieran ein Interesse, um auch in Zukunft gegen Entgelt engagiert und anderen Vereinen empfohlen zu werden, die am Stand eingesetzten Mitarbeiter aufgrund des in der Branche üblichen Provisionsmodells.

Im Vordergrund stehe damit bei der beantragten Sondernutzung eine gewerbliche Tätigkeit. Für gewerbliche Tätigkeiten erteilten die Bezirksamter der Freien und Hansestadt Hamburg jedoch nach ständiger Verwaltungspraxis keine Sondernutzungserlaubnis, da andernfalls mit einer Vielzahl entsprechender Anträge zu rechnen wäre, denen unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dann ebenfalls grundsätzlich stattzugeben wäre, womit sich die öffentlichen Wegeflächen zu einem Platz der Produktvermarktung wandeln würden.

Die ablehnende Entscheidung sei auch verhältnismäßig. Der Mandant habe die Möglichkeit, eine Sondernutzungserlaubnis für einen Infostand zu beantragen, der unmittelbar von Vereinsmitgliedern betrieben werde, oder einen Infostand in der beantragten Art und Weise auf privaten Flächen (z.B. Einkaufszentren) aufzustellen.

Mit Schriftsatz vom 7.6.2019, bei Gericht eingegangen am 11.6.2019, hat der Mandant **Klage** zum Verwaltungsgericht Hamburg erhoben, mit der er sich gegen den ablehnenden Bescheid vom 22.3.2019 sowie den Widerspruchsbescheid vom 6.5.2019 wendet. Eine weitere Klagebegründung ist für die Zukunft in Aussicht gestellt worden, bislang aber nicht erfolgt.

Die Erhebung der Klage für den Mandanten ist ursprünglich durch ein Mitglied des Vereins, Herrn Sven Wagner, als Prozessbevollmächtigten unter Beifügung einer formell ordnungsgemäßen Prozessvollmacht erfolgt. Herr Wagner besitzt die Befähigung zum Richteramt, er ist zum 3.8.2018 in der Hamburger Justiz zum Richter am Landgericht ernannt worden. Für das Jahr 2019 ist er an das Verwaltungsgericht Hamburg abgeordnet worden und dort laut Geschäftsverteilungsplan der Kammer 14 zugeordnet gewesen. Er hat die Prozessvertretung des Vereins unentgeltlich übernommen.

Für die Klage ist nach dem Geschäftsverteilungsplan des Verwaltungsgerichts Hamburg die Kammer 7 zuständig; innerhalb dieser entfällt das Verfahren auf den RiVG Dr. Schnuck als zuständigen Berichtersteller.

Mit **Beschluss vom 4.7.2019** (Anlage 6) hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 7, Herrn Sven Wagner als Prozessbevollmächtigten des Klägers zurückgewiesen.

Mit gerichtlichem Schreiben vom 5.8.2019, dem Kläger zugegangen am 6.8.2019, ist dieser an eine umgehende Abgabe einer Klagebegründung erinnert und um Klarstellung hinsichtlich der Prozessvertretung des Vereins gebeten worden.

Der Vereinsvorsitzende des Mandanten hat daraufhin mit **Schreiben vom 12.8.2019** dem Gericht mitgeteilt, dass der Verein im gerichtlichen Verfahren nun durch ihn als Vorsitzenden vertreten werde und eine Klagebegründung in Kürze erfolgen werde.

Die Freie und Hansestadt Hamburg als Beklagte hat in ihrer **Klageerwiderung vom 27.8.2019** (Anlage 3) ausgeführt, warum die Klage ihrer Auffassung nach, keine Aussicht auf Erfolg habe.

Die Beklagte meint, die Klage sei bereits unzulässig, da sie nicht wirksam erhoben worden sei. Aufgrund des zwischenzeitlich ergangenen Zurückweisungsbeschlusses vom 4.7.2019 sei Herr Sven Wagner nicht zur Prozessvertretung des Klägers vor dem Verwaltungsgericht Hamburg befugt gewesen und habe damit auch nicht wirksam Prozesshandlungen wie die Klageerhebung vornehmen können. Soweit der Vorsitzende des Klägers nunmehr in dem Schriftsatz vom 12.8.2019 die Vertretung vor Gericht übernommen habe, könne dies zu keiner Heilung der unwirksamen Klageerhebung führen, da die Klagefrist abgelaufen sei.

Die Beklagte ist zudem der Auffassung, die Klage sei auch unbegründet. Die beantragte Erlaubnis sei dem Kläger zu Recht verwehrt worden. Ermessensfehler lägen nicht vor. Insofern verweist die Beklagte auf ihre Ausführungen im Widerspruchsbescheid und führt ergänzend aus, dass den Gefahren für den ungestörten Gemeingebrauch öffentlicher Wegeflächen durch Passanten ihrer Auffassung nach auch nicht durch etwaige mit einer Sondernutzungserlaubnis verbundene Auflagen begegnet werden könne. Aufgrund des von der Agentur Paterok & Partner GmbH mit ihren vornehmlich studentischen Mitarbeitern vereinbarten Vergütungsmodells mit Provisionskomponente – die Beklagte behauptet insofern, der Dienstleister werbe auf verschiedenen Jobportalen damit, die „höchsten Provisionen der Branche“ zu zahlen – bestehe nach allgemeiner Lebenserfahrung die dringende Gefahr, dass die eingesetzten Mitarbeiter sich auch bei entsprechenden behördlichen Vorgaben nicht darauf beschränken würden, interessierte Passanten unmittelbar am Infostand zu



informieren, sondern aktiv in bedrängender und teils belästigender Weise auf Passanten zugehen. Die Beklagte meint, dass es hierbei unerheblich sei, ob dem Kläger bzw. der Agentur konkrete Verstöße bei vergangenen Tätigkeiten nachgewiesen werden könnten. Sie brauche bei einer Gefährdungslage den Eintritt einer Störung nicht abzuwarten.

In dem gerichtlichen Schreiben vom 7.10.2019, das der Kläger am 9.10.2019 erhalten hat, ist von Seiten des Gerichts erneut an das umgehende Einreichen einer Klagebegründung erinnert worden. Zudem hat das Gericht den Mandanten aufgefordert, binnen vier Wochen darzulegen, ob und ggf. in welcher Form das Klagebegehren trotz des Zeitablaufs – das Betreiben des Infostandes war für die Zeit vom 22.8.2019 bis 24.8.2019 geplant – weiterverfolgt werden soll sowie konkret darzulegen, ob der Verein auch in Zukunft das Betreiben von Infoständen mittels eines externen Dienstleisters auf öffentlicher Fläche in Hamburg beabsichtige. Der Mandant als Kläger hat hierauf nicht reagiert.

Mit **gerichtlichem Schreiben vom 2.3.2020**, (Anlage 7), dem Kläger ordnungsgemäß zugestellt am 5.3.2020, hat die **Justizangestellte** Dörner auf richterliche Anordnung um Mitteilung gebeten, ob – angesichts des Umstands, dass die in der Klageschrift angekündigte Klagebegründung auch auf Aufforderung des Gerichts in der Verfügung vom 21.6.2019, dem ursprünglich als Prozessbevollmächtigten benannten Herrn Wagner zugestellt am 24.6.2019, sowie der diesbezüglichen Erinnerungen gegenüber dem Kläger selbst vom 5.8.2019 und 7.10.2019 immer noch nicht eingereicht worden sei und der im gerichtlichen Schreiben vom 7.10.2019 erbetene Vortrag nicht erfolgt sei – von Seiten des Klägers noch Interesse an der Fortsetzung des Verfahrens bestehe oder ob es Gründe gebe, die eine streitige Entscheidung als nicht mehr nötig erscheinen ließen. Es ergehe daher die **Aufforderung, das Verfahren zu betreiben**. In diesem Zusammenhang ist darauf **hingewiesen** worden, dass die Klage gem. § 92 II VwGO als zurückgenommen gilt, wenn das Verfahren länger als zwei Monate nicht betrieben wird und dass in einem solchen Fall die Klägerseite nach § 155 II VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen hat.

Daraufhin hat der Vereinsvorsitzende namens des Klägers dem Gericht mit Schreiben vom 6.4.2020, dort eingegangen am 7.4.2020, mitgeteilt, dass der Verein weiterhin ein starkes Interesse an der Fortführung des Verfahrens habe.

Mit **Beschluss vom 20.5.2020** (Anlage 1), beim Kläger eingegangen am 26.5.2020, hat das Verwaltungsgericht Hamburg, ~~Kammer 7, durch den Richter am Verwaltungsgericht Dr. Schuck als~~ ~~Berichterstatter~~ beschlossen, dass die Klage als zurückgenommen gilt und das Verfahren eingestellt wird, wobei es dem Kläger die Kosten des Verfahrens auferlegt hat.

Der Mandant hat weiterhin ein Interesse an einer gerichtlichen Entscheidung. Für den **Spätsommer 2020** – ggf. auch später – hat er wiederum vor, einen **Infostand mit nahezu identischen Modalitäten** wie in dem Antrag vom 17.12.2018 zu betreiben, insbesondere durch Beauftragung eines externen Dienstleisters. Dies soll auch in den **Folgejahren** fortgesetzt werden. Der Agentur Paterok & Partner GmbH ist für den Spätsommer 2020 vom Verein schon ein entsprechender Auftrag – vorbehaltlich einer behördlichen Genehmigung – erteilt und seitens der Agentur auch angenommen worden. Im Vorfeld einer diesbezüglichen Antragstellung hat das Bezirksamt Hamburg-Mitte dem Mandanten mitgeteilt, dass es einen Antrag aufgrund der bereits im vorherigen Verfahren vorgetragenen Argumente ablehnen würde.

Der Mandant ist der Auffassung, die Beklagte habe die Interessen des Vereins in ihrer Abwägungsentscheidung falsch berücksichtigt. Bei den Infoständen stünden die Öffentlichkeitsarbeit des Vereins sowie eine Anwerbung von neuen überzeugten Mitgliedern im Vordergrund, nicht hingegen gewerbliche Interessen. Der Rückgriff auf einen externen Dienstleister ändere hieran nichts. Aufgrund der Berufstätigkeit vieler Mitglieder, könnten diese nicht aktiv am Infostand mitwirken und der Verein sei zum Betrieb des Standes auf den externen Dienstleister zwingend angewiesen.

Der Mandant bestreitet die Behauptung der Beklagten, dass mit einem aufdringlichen oder bedrängenden Verhalten der Angestellten des externen Dienstleisters zu rechnen sei. Es handle sich dabei um bloße Mutmaßungen der Beklagten, die nicht auf konkreten Anhaltspunkten beruhten, bspw. entsprechenden Vorfällen bei den zahlreichen Einsätzen des Dienstleiters in der Vergangenheit. Der Mandant führt dazu aus, dass die Mitarbeiter vor Ort natürlich auch Passanten ansprechen und fragen sollen, ob Interesse an dem Erhalt von Informationen bestehe, jedoch nicht in „aufdringlicher“ oder „bedrängender“ Weise. Sobald ein Passant signalisiere, kein Interesse zu haben, solle dies unmittelbar akzeptiert und der Passant „in Ruhe gelassen“ werden.

Sehr ausführliche,  
flüchtige Darstellung

## **B) Mandantenbegehren**

Der Mandant bittet um rechtliche Begutachtung der Erfolgsaussichten eines weiteren gerichtlichen Vorgehens und die Ergreifung zweckmäßiger Schritte.

Zum einen ist zu prüfen, ob das bereits angestrengte gerichtliche Verfahren (Az. 7 K 5430/19) vor dem Verwaltungsgericht Hamburg trotz des gerichtlichen Einstellungsbeschlusses vom 20.5.2020 noch fortgesetzt werden kann und ob dies zweckmäßig ist, was insbesondere von den Erfolgsaussichten der Klage abhängt. Ggf. wäre ein Schriftsatz an das Gericht mit den notwendigen Anträgen

zu fertigen. In diesem Zusammenhang müsste auch die noch fehlende Konkretisierung hinsichtlich des Klagebegehrens (insbesondere zur Klärung der statthaften Klageart) erfolgen und die Klage sollte näher begründet werden.

Falls ein Wiederaufgreifen des ursprünglichen Verfahrens nicht möglich oder nicht erfolgversprechend sein sollte, würde sich die Frage stellen, ob ein neues Hauptsacheverfahren eingeleitet und mit Erfolg durchgeführt werden könnte und sollte.

Zum anderen ist zu klären ob – ggf. neben einem Hauptsacheverfahren – auch ein Eilverfahren vor dem Verwaltungsgericht angestrengt werden sollte, da der Mandant für den nahenden Spätsommer 2020 plant, wiederum einen Infostand mit nahezu identischen Modalitäten zu betreiben, das Bezirksamt Hamburg-Mitte jedoch bereits im Vorfeld die Ablehnung eines etwaigen Antrags angekündigt hat und bis zum Abschluss eines Hauptsacheverfahrens möglicherweise auch insofern bereits Zeitablauf eintreten würde.

### **C) Erfolgsaussichten der Klage**

#### **1) Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens**

Fraglich ist zunächst, ob das Ausgangsverfahren vor dem Verwaltungsgericht Hamburg trotz Feststellung der fingierten Klagerücknahme und Einstellung des Verfahrens bei Statuierung einer Kostentragungspflicht des Klägers im gerichtlichen Beschluss vom 20.5.2020 noch fortgesetzt werden und welcher Rechtsbehelf insofern für den Mandanten eingelegt werden kann.

Als Rechtsbehelf kommt nur ein Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens unter Aufhebung des gerichtlichen Beschlusses vom 20.5.2020 in Betracht.

Dieser ist statthaft, wenn Streit über die Wirksamkeit einer Klagerücknahme oder über das Vorliegen der Voraussetzungen der gesetzlichen Rücknahmefiktion gem. § 92 I, II VwGO entsteht. Insbesondere das Vorliegen Letzterer könnte hier zweifelhaft sein. Auf Antrag eines Beteiligten hat das Gericht das Verfahren fortzusetzen und über die Frage der Beendigung des Verfahrens aufgrund mündlicher Verhandlung durch (Zwischen-)Urteil zu entscheiden. Ein vorher gem. §§ 92 II 4, III, 155 II VwGO ergangener Beschluss steht dem nicht entgegen. Eine mögliche wirksame Klagerücknahme beendet ein Verfahren unmittelbar. Hinsichtlich der Einstellung des Verfahrens ist der gerichtliche Beschluss daher rein deklaratorisch. Er entfaltet jedoch konstitutive Wirkung bzgl. der Kostenfolge des § 155 II VwGO. Aus diesem Grund und zur Schaffung klarer rechtlicher Verhältnisse (Rechtssicherheit) sollte neben der Fortsetzung des Verfahrens ggf. auch die Aufhebung des

Gerichtsbeschlusses vom 20.5.2020 beantragt werden. Dass die Beteiligten der Entscheidung durch den Berichterstatter nicht gem. § 87a II, III VwGO zugestimmt haben, steht der Wirksamkeit des Beschlusses gem. § 87a I Nr. 2, III VwGO, wonach eine Entscheidung des Berichterstatters im vorbereitenden Verfahren insbesondere auch bei Zurücknahme der Klage ergehen kann, nicht entgegen.

Der genannte Antrag ist an das ursprünglich mit dem Verfahren befasste Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 7, zu richten.

Um eine Verwirkung des Antragsrechts zu vermeiden, sollte der Antrag innerhalb eines Jahres ab Beschlussfassung bzw. ab Zustellung des Beschlusses eingereicht werden. Hier sollte der Antrag auf Verfahrensfortsetzung also spätestens bis zum 20.5. bzw. 26.5.2021 gestellt werden.

Fraglich ist, ob vorliegend mit Erfolg eingewandt werden kann, dass keine wirksame Klagerücknahme erfolgt ist oder dass die Voraussetzungen der gesetzlichen Rücknahmefiktion nicht vorlagen.

Nach § 92 I 1 VwGO kann der Kläger seine Klage bis zur Rechtskraft des Urteils zurücknehmen, gem. S. 2 nach Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung aber nur noch mit Einwilligung der Beklagten. Da hier bei Beschlussfassung am 20.5.2020 jedoch noch keine mündliche Verhandlung und Antragsstellung erfolgt war, schadet die fehlende Einwilligung der Beklagten nicht.

Wie eindeutig nicht der Fall.

Eine ausdrückliche oder konkludente Erklärung einer Klagerücknahme durch den Kläger ist vorliegend nicht erfolgt. Jedoch gilt die Klage gem. § 92 II 1 VwGO als zurückgenommen, wenn der Kläger das Verfahren trotz Aufforderung des Gerichts länger als zwei Monate nicht betreibt. In der Aufforderung ist der Kläger gem. § 92 II 3 VwGO auf die sich aus S. 1 und § 155 II VwGO ergebenden Rechtsfolgen, d.h. auf die Rücknahmefiktion und Kostentragungspflicht, hinzuweisen.

Eine Betreibensaufforderung kommt hier im Zusammenhang mit der Verletzung prozessualer Mitwirkungspflichten durch den Kläger in Betracht, namentlich aufgrund des Nichteinreichens einer Klagebegründung und der bis zuletzt fehlenden Angaben dazu, in welcher Form das Klagebegehren trotz des Zeitablaufs (Erledigung) infolge Verstreichens des geplanten Termins für den Infostand weiter verfolgt werden soll und ob der Verein auch in Zukunft das Betreiben von Infoständen mittels eines externen Dienstleisters auf öffentlicher Fläche in Hamburg beabsichtigt (Feststellungsinteresse). Dabei ist zu beachten, dass solche prozessualen Mitwirkungspflichten nach § 82 I 2 und 3 VwGO überhaupt erst mit einer gerichtlichen Aufforderung entstehen und nicht von sich aus vorzunehmen sind. Eine Verletzung von Pflichten und eine Betreibensaufforderung kommen daher erst nach gerichtlicher –

Ist Klagebegründung  
grds. erforderlich  
für Fortf. der Klage?

ggf. mit Fristsetzung verbundener – Aufforderung zur Vornahme solcher Handlungen in Betracht. Das Gericht hat den Kläger mehrfach zur Einreichung einer Klagebegründung aufgefordert. Zunächst unter Setzung einer vierwöchigen Frist im gerichtlichen Schreiben vom 21.6.2019, das noch dem ursprünglich als Prozessbevollmächtigten benannten Herrn Wagner am 24.6.2019 zugestellt wurde. Es folgten zwei weitere gerichtliche Schreiben vom 5.8.2019 und 7.10.2019 an den Kläger selbst, in dem dieser zum umgehenden Einreichen der Klagebegründung ermahnt wurde. Das Wort „umgehend“ enthält ebenfalls eine zeitliche Komponente im Sinne einer Fristsetzung, die deutlich macht, dass der Zeitpunkt der Einreichung nun nicht mehr im Belieben des Klägers steht, sondern in Kürze erfolgen muss. Auch im Hinblick auf die Angaben zum Feststellungsinteresse hat das Gericht den Kläger mit Schreiben vom 7.10.2019 zur Darlegung binnen vier Wochen aufgefordert. Diese Fristen waren jedenfalls zum Zeitpunkt der Abfassung des folgenden gerichtlichen Schreibens vom 2.3.2020, das die maßgebliche Betreibensaufforderung darstellen könnte, erfolglos abgelaufen, da der Kläger nicht reagierte.

Die Betreibensaufforderung vom 2.3.2020 ist auch hinreichend bestimmt und bezieht sich auf konkrete verfahrensfördernde Handlungen. Zwar hat das Gericht im Zusammenhang mit der konkret ausgesprochenen Aufforderung, das Verfahren zu betreiben, vor allem um Mitteilung gebeten, ob von Seiten des Klägers noch Interesse an der Fortsetzung des Verfahrens bestehe oder ob es Gründe gebe, die eine streitige Entscheidung als nicht mehr nötig erscheinen ließen, durch den Bezug auf die zahlreichen vorhergehenden gerichtlichen Aufforderungen ergab sich aber jedenfalls durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB, dass ein weiteres Betreiben des Verfahren jedenfalls auch erfordert hätte, nunmehr eine Klagebegründung und die Angaben zum Feststellungsinteresse einzureichen.

Der Vereinsvorsitzende hat namens des Klägers mit Schreiben vom 6.4.2020, bei Gericht eingegangen am 7.4.2020, jedoch lediglich mitgeteilt, dass der Verein weiterhin ein starkes Interesse an der Fortführung des Verfahrens habe. Eine solche verbale Beteuerung, ein Rechtsschutzinteresse zu haben, genügt jedoch jedenfalls dann nicht, wenn der Kläger nicht weiter darlegt, warum aus seiner Sicht nichts weiter vorzutragen ist oder warum er die Klagebegründung bislang nicht vorgelegt hat.

Eine mit Zustellung der Betreibensaufforderung vom 2.3.2020 an den Kläger am 5.3.2020 beginnende Zweimonatsfrist wäre daher am 5.5.2020 erfolglos abgelaufen.

Die Aufforderung vom 2.3.2020 enthielt auch die gem. § 92 II 3 VwGO notwendigen Hinweise auf die Rücknahmefiktion und die Kostenfolge für den Kläger.

Wesentlich

Jedoch kann für den Kläger eingewandt werden, dass es sich bei der Betreibensaufforderung nicht um eine solche „des Gerichts“ gehandelt hat, wie die Vorschrift des § 92 II VwGO die Begrifflichkeiten versteht. Zwar braucht die Aufforderung nicht in Form eines Beschlusses des Gerichts zu ergehen, eine Verfügung des Vorsitzenden oder Berichterstatters hätte genügt. Eine Unterzeichnung, die wie hier „auf richterliche Anordnung“ durch Justizangestellte erfolgt, reicht jedoch nicht aus.

Die Voraussetzungen der Klagerücknahmefiktion lagen daher nicht in Gänze vor, so dass ein Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens unter Aufhebung des Beschlusses vom 20.5.2020 voraussichtlich Erfolg haben würde.

## **II) Zulässigkeit der Klage**

Die bereits erhobene Klage vor dem Verwaltungsgericht Hamburg müsste zulässig sein.

### **1) Statthafte Klageart**

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren (§ 88 VwGO).

Ursprünglich geäußertes Begehren des Klägers war die Erteilung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis nach § 19 HWG, also die Verpflichtung der Beklagten zum Erlass eines solchen begünstigenden Verwaltungsaktes unter Aufhebung des ablehnenden Ausgangs- und Widerspruchsbescheids, wofür eine Verpflichtungsklage nach § 42 I Alt. 2 VwGO statthaft gewesen wäre. Allerdings hat sich das ursprüngliche Begehren zwischenzeitlich durch Zeitablauf erledigt (§ 43 II VwVfG), da der beantragte Zeitraum für das Betreiben des Infostandes vom 22.8.2019 bis 24.8.2019 nach Klageerhebung am verstrichen ist, so dass für eine Verpflichtungsklage das Rechtsschutzinteresse entfallen ist.

In Betracht kommt aber eine nach § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 264 Nr. 2 ZPO in solchen Konstellationen stets zulässige Klageänderung hin zu einer Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO, hier gerichtet auf die Feststellung, dass die ursprüngliche Ablehnung der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis durch Ausgangs- und Widerspruchsbescheid rechtswidrig war. Gesetzlich geregelt ist zwar nur der Fall der Erledigung einer Anfechtungsklage nach Klageerhebung, aufgrund der vergleichbaren Interessenlage ist die analoge Anwendung der Vorschrift bei Erledigung einer Verpflichtungsklage nach Klageerhebung aber allgemein anerkannt.

Vertritt man – wie vom Kläger angedacht – die Auffassung, es handele sich bei dem Betrieb des Infostandes überhaupt nicht um eine erlaubnispflichtige Sondernutzung, sondern im Hinblick auf

Art. 5 GG noch um einen Fall des erlaubnisfreien kommunikativen Gemeingebrauchs i.S.d. § 16 HWG, dann wäre in Bezug auf diese vorgelagerte Fragestellung die allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 I VwGO statthaft. Denn es ginge um die positive Feststellung des Bestehens eines konkreten Rechtsverhältnisses, das sich aus der Anwendung des § 16 HWG auf den konkreten Fall ergeben würde. Sinnvollerweise müsste dann als Hauptantrag die allgemeine Feststellungsklage erhoben werden und hilfsweise für den Fall, dass das Gericht von einer Sondernutzung ausgeht, der oben beschriebene Fortsetzungsfeststellungsantrag gestellt werden.

bei FFK kann die  
Inzident geprüft  
werden.

## 2) Klagebefugnis

Die Zulässigkeit einer Fortsetzungsfeststellungsklage bei Erledigung nach Klageerhebung setzt voraus, dass die Voraussetzungen der Ausgangsklage erfüllt sind, weil aus einer unzulässigen Verpflichtungsklage allein durch das Moment der Erledigung durch Zeitablauf keine zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage werden kann. Aber auch bei der allgemeinen Feststellungsklage müsste der Kläger jedenfalls analog § 42 II VwGO klagebefugt sein. Aus seinem Vortrag muss sich zumindest die Möglichkeit ergeben, dass er in eigenen subjektiven öffentlichen Rechten verletzt ist.

Möglichkeit der Verletzung zu prüfen!

In Bezug auf die Feststellungsklage ist das eher abzulehnen, weil nach dem Klägervortrag die Annahme eines Gemeingebrauchs fernliegend ist. Unabhängig von der Frage, wie sich hier nach Art. 5 GG zu berücksichtigende kommunikative Aspekte der beabsichtigten Nutzung der öffentlichen Wege auf die Einordnung als Gemeingebrauch oder Sondernutzung auswirken, liegt jedenfalls schon wegen des geplanten Aufstellens von Tischen und Stelltafel über einen Raum von 4 qm kein Gemeingebrauch mehr vor, sondern vielmehr klar eine Sondernutzung.

zu best!

Als möglicher Inhaber eines Anspruchs auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis nach § 19 I HWG i.V.m. Art. 5 GG und Adressat der belastenden Ablehnungsbescheide ist der Kläger in Bezug auf die Fortsetzungsfeststellungsklage hingegen klagebefugt. Zwar sollte der Betrieb des Informationsstandes durch einen externen Dienstleister und dessen Mitarbeiter durchgeführt werden, die Leitung sollte jedoch unmittelbar dem Vereinsvorsitzenden obliegen, der während der gesamten Zeit für Rückfragen per Mobiltelefon zur Verfügung stehen und in regelmäßigen zeitlichen Abständen nach dem Rechten sehen sollte, so dass von einer Zurechnung der Tätigkeit zum klägerischen Verein ausgegangen werden könnte. Es scheint daher nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Kläger durch die Versagung der Sondernutzungserlaubnis in eigenen subjektiven Rechten aus § 19 HWG i.V.m. Art. 5 GG verletzt worden ist. Insofern ist er mithin klagebefugt.



### 3) Vorverfahren

Der Kläger müsste vor Klageerhebung analog § 68 II i.V.m. I VwGO ein Widerspruchsverfahren ordnungsgemäß, aber erfolglos durchgeführt haben. Problematisch ist insofern die Einhaltung der Widerspruchsfrist des § 70 I VwGO. Danach ist der Widerspruch grundsätzlich innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes bei der Ausgangsbehörde zu erheben. Nach § 41 II 1 VwVfG gilt ein schriftlicher Verwaltungsakt, der im Inland durch die Post übermittelt wird, am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, es sei denn, dass der Verwaltungsakt gem. S. 3 nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist, wobei im Zweifel die Behörde den Zugang und ihren Zeitpunkt zu beweisen hat. Hier hat die Behörde den ablehnenden Ausgangsbescheid am 22.3.2019 zur Post gegeben, so dass er grundsätzlich am 25.3.2019 als zugegangen gilt. Aufgrund des späteren tatsächlichen Zugangs am 26.3.2019 ist jedoch allein ✓ dieser Zeitpunkt für die Bekanntgabe maßgeblich. Aufgrund der einfachen Übermittlung per Post wird die Behörde auch nichts anderes beweisen können. Die Monatsfrist des § 70 I VwGO lief daher gem. § 57 II VwGO i.V.m. § 222 I ZPO i.V.m. §§ 187 I, 188 II BGB bzw. § 79 VwVfG i.V.m. § 31 I VwVfG i.V.m. §§ 187 I, 188 II BGB am 26.4.2019 ab. Der Widerspruch des Klägers vom 26.4.2019, der ✓ erst am 29.4.2019 beim Bezirksamt Hamburg-Mitte eingegangen ist, erfolgte daher eigentlich zu spät.

Der Mangel der Frist könnte jedoch durch Entscheidung der Widerspruchsbehörde in der Sache geheilt worden sein. Diese hat den Widerspruch nämlich nicht als unzulässig, sondern als unbegründet zurückgewiesen. Die Widerspruchsbehörde ist die Herrin des Vorverfahrens, die über eine Heilung der Frist nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden kann. Das Vorverfahren dient unter anderem der Selbstkontrolle der Verwaltung und soll für den Bürger eine weitere Überprüfungsmöglichkeit schaffen, dies spricht für eine Verfahrensdurchführung trotz Verfristung, so dass ✓ mit der h.M. von einer Heilungsmöglichkeit auszugehen ist.

für festsetzen!

### 4) Klagefrist

Es müsste auch die Klagefrist des § 74 II i.V.m. I 1 VwGO analog von einem Monat ab Zustellung des Widerspruchsbescheids eingehalten worden sein. Die Zustellung des Widerspruchsbescheids an den Kläger gem. § 73 III VwGO i.V.m. dem VwZG mit ordnungsgemäßer Belehrung gem. § 58 I VwGO erfolgte am 8.5.2019. Die Klagefrist lief daher gem. § 57 II VwGO i.V.m. § 222 I ZPO i.V.m. §§ 187 I, 188 II BGB grundsätzlich am 8.6.2019 ab. Hierbei handelte es sich jedoch um einen Samstag und der folgende Montag, der 10.6.2019, war ebenfalls ein Feiertag (Pfingstmontag), so dass der Frist gem. § 222 II ZPO erst am 11.6.2019 als dem nächsten Werktag abliefe. Die Erhebung der Klage

✓ durch die Klageschrift vom 7.6.2019, bei Gericht eingegangen am 11.6.2019, wäre daher prinzipiell noch rechtzeitig erfolgt.

Fraglich ist jedoch, ob es sich dabei um eine ordnungsgemäße und wirksame Klageerhebung i.S.d. §§ 81, 82 VwGO gehandelt hat. Dagegen könnte sprechen, dass die Einreichung der Klageschrift durch Herrn Sven Wagner als Prozessbevollmächtigten erfolgte, der möglicherweise nicht zur Prozessvertretung des Klägers vor dem Verwaltungsgericht Hamburg befugt war und damit auch keine wirksamen Prozesshandlungen vornehmen konnte. Gem. § 67 II 1 Nr. 2 Var. 2 VwGO sind als Bevollmächtigte vor dem Verwaltungsgericht zwar nicht nur Rechtsanwälte, sondern auch sonstige Personen mit Befähigung zum Richteramt vertretungsbefugt, wenn die Vertretung nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit steht und Herr Wagner besaß diese Befähigung zum Richteramt und übernahm die Prozessvertretung als Vereinsmitglied kostenlos. Allerdings dürfen gem. § 67 V 1 VwGO speziell Richter nicht als Bevollmächtigte vor dem Gericht auftreten, dem sie angehören. Ausgeschlossen sind dabei nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift solche Personen, die dem zuständigen Gericht als Richter gemäß dem Geschäftsverteilungsplan für die Rechtsprechung gegenwärtig angehören. Zwar ist Herr Wagner zum 3.8.2018 in der Hamburger Justiz zum Richter am Landgericht ernannt worden, für das Jahr 2019 ist es jedoch an das Verwaltungsgericht Hamburg abgeordnet worden und dort laut Geschäftsverteilungsplan der Kammer 14 zugeordnet gewesen. Auch wenn er nicht in der entscheidenden Kammer 7 tätig war, so aber doch in rechtsprechender Funktion am selben Gericht, so dass er von der Prozessvertretung gem. § 67 V VwGO zum Zeitpunkt der Einreichung der Klageschrift ausgeschlossen war.

Dies hat auch das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 7, mit Zurückweisungsbeschluss vom 4.7.2019 festgestellt.

Würde man deshalb für die Erhebung der Klage allein auf das Schreiben des Vereinsvorsitzenden des Klägers vom 12.8.2019 abstellen, in dem dieser dem Gericht mitgeteilt hat, dass der Kläger im gerichtlichen Verfahren nunmehr durch ihn selbst als gesetzlichen Vertreter vertreten werde, wäre hierdurch die Klagefrist nicht mehr gewahrt.

✓ Allerdings sind nach § 67 V 3 i.V.m. III 2 VwGO die Prozesshandlungen eines nicht vertretungsbefugten Bevollmächtigten (ebenso wie Zustellungen oder Mitteilungen an ihn) bis zu seiner Zurückweisung durch Beschluss wirksam. Vor der Zurückweisung getätigte Prozesshandlungen – wie die hier erfolgte Klageerhebung durch den Prozessbevollmächtigten – werden daher aus Gründen der Rechtssicherheit nicht unwirksam. Mithin ist die Klagfrist vorliegend gewahrt.

## 5) Richtiger Klagegegner

✓ Richtiger Klagegegner ist analog § 78 I Nr. 1 VwGO die Freie und Hansestadt Hamburg als Rechtsträger des Bezirksamts Hamburg-Mitte.

## 6) Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Der Kläger müsste zudem ein berechtigtes Interesse an der Feststellung haben, dass die behördliche Ablehnung der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis rechtswidrig gewesen ist. Hier kommt die Fallgruppe der Wiederholungsgefahr in Betracht. Eine Wiederholungsgefahr ist anzunehmen, wenn die Möglichkeit besteht, dass die Behörde bei im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen einen vergleichbaren Ablehnungsbescheid erneut erlassen wird. Der Kläger möchte im Spätsommer 2020 und auch in den Folgejahren einen Infostand mit nahezu identischen Modalitäten wie im Antrag vom 17.12.2018 betreiben, insbesondere durch Beauftragung eines externen Dienstleisters. Das Bezirksamt Hamburg-Mitte hat dem Kläger bereits im Vorfeld einer diesbezüglichen Antragstellung mitgeteilt, dass es einen solchen mit denselben Argumenten wie im laufenden Verfahren ablehnen würde. Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse aufgrund einer konkreten Wiederholungsgefahr besteht daher.

## 7) Partei- und Prozessfähigkeit

Der Kläger ist als gemeinnütziger und damit nicht wirtschaftlicher Verein aufgrund seiner Eintragung im Vereinsregister gem. § 21 BGB rechtsfähig und damit ebenso wie die Beklagte gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig.

Der Kläger und die Beklagte werden gem. § 62 III VwGO durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten, der Kläger gem. § 26 I BGB durch Herrn Rüdiger Bröckerhoff als alleinigen Vorsitzenden (Vorstand), die Beklagte durch das Bezirksamt Hamburg-Mitte.

## 8) Zuständigkeit des Gerichts

Sachlich und örtlich zuständig ist das Verwaltungsgericht Hamburg, §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO, da es bei der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für einen Platz auf der Spitaler Straße in der Hamburger Innenstadt um ein ortsgebundenes Recht geht und dieser Ort im Bezirk des Verwaltungsgerichts Hamburg liegt.

## 9) Zwischenergebnis zur Zulässigkeit

✓ Die Klage ist als Fortsetzungsfeststellungsklage mithin zulässig.

### III) Begründetheit der Klage

Die zulässige Klage ist gem. § 113 I 4 i.V.m. V VwGO begründet, soweit die Ablehnung der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für das Betreiben eines Infostandes mit den beantragten Modalitäten rechtswidrig war und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wurde. Dies ist der Fall, wenn der Kläger im Zeitpunkt der Erledigung einen Anspruch auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis oder zumindest einen Anspruch auf

ermessensfehlerfreie Neubescheidung hatte.

Genehmigungspflichtig

#### 1) Genehmigungsbedürftigkeit

Genehmigungsbedürftig ist nach § 19 I 1 HWG nur die Sondernutzung, die insbesondere vom erlaubnisfreien Gemeingebrauch abzugrenzen ist. Unter einer Sondernutzung versteht man jede Benutzung der öffentlichen Wege, die den Gebrauch durch andere dauernd ausschließt oder in den Wegekörper eingreift oder über die Teilnahme am allgemeinen öffentlichen Verkehr (Gemeingebrauch) oder den Anliegergebrauch hinausgeht. Gemeingebrauch ist gem. § 16 I HWG die Nutzung öffentlicher Wege im Rahmen der Widmung zum Verkehr. Darunter fällt nach § 16 I 3 HWG auch der ruhende Verkehr, solange noch ein Sachzusammenhang zur Fortbewegung besteht. Nach § 16 II HWG ist vom Gemeingebrauch hingegen nicht erfasst die Benutzung eines Weges zu anderen Zwecken, insbesondere zur Gewerbeausübung. Zwar ist im Hinblick auf Art. 5 GG auch ein kommunikativer Aspekt des verfassungskonform auszulegenden Begriffs des Gemeingebrauchs anerkannt (sog. kommunikativer Verkehr), solange beim Verteilen von Informationsmaterial die durch Art. 5 GG geschützte Meinungsbildungs- und -äußerungsfreiheit und nicht gewerbliche Motive im Vordergrund stehen. Unabhängig von der insofern zwischen den Beteiligten streitigen Abgrenzung im konkreten Fall ist die Grenze zur erlaubnispflichtigen Sondernutzung aber jedenfalls dann erreicht, wenn zu kommunikativen Zwecken stationäre Tische und Stelltafeln – hier über eine Fläche von 4 qm – aufgestellt werden. Diese feststehenden Hindernisse sind jedenfalls abstrakt geeignet die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zu beeinträchtigen. Sie können mit dem fließenden Verkehr in Konflikt geraten. Der belegte Raum ist für die Zeit des Standbetriebes nicht zur Fortbewegung durch andere nutzbar. Der Betrieb des Informationsstandes stellt daher eine erlaubnispflichtige Sondernutzung dar.

Wie prüfen, nicht bei § 16 II HWG!

#### 2) Genehmigungsfähigkeit und Ermessensausübung

Nach § 19 I 2 HWG bedarf die Sondernutzung der Erlaubnis der Weegaufsichtsbehörde. Ein gebundener Anspruch auf die Erteilung der Erlaubnis besteht gem. S. 3 regelmäßig nicht. Die Entscheidung obliegt der Behörde unter pflichtgemäßer Ermessensausübung. Die Sondernutzungserlaubnis kann gem. S. 4 erteilt werden, wenn die

Weitere IS-Voraussetz.

0 11 Verkehrssicherheit nicht eingeschränkt und die Leichtigkeit des Verkehrs nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt wird, der Gemeingebrauch entweder nicht unverhältnismäßig eingeschränkt oder nicht für unverhältnismäßige Dauer ausgeschlossen wird und insbesondere Wegebestandteile, Maßnahmen der Wegebaulast, die Umgebung oder die Umwelt, städtebauliche oder sonstige öffentliche Belange einschließlich der Erzielung von öffentlichen Einnahmen auf Grund der Wegenutzung und die öffentlichen oder **privaten Rechte Dritter nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt** werden. Nach der Gesetzesbegründung (HmbBü-Drs. 19/1751 S. 2) sind bei der Ermessensentscheidung über Sondernutzungserlaubnisse die Interessen aller am Gemeingebrauch gegen die privaten Interessen des Einzelnen an der Sondernutzung abzuwägen. Im Rahmen dieser Abwägung sind sämtliche der in S. 4 genannten Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Zudem sind auch die Grundrechte, insbesondere Art. 5 GG, im Wege einer verfassungskonformen Auslegung zu beachten.

Das Verwaltungsgericht trifft jedoch selbst keine eigene Ermessensentscheidung, sondern prüft gem. § 114 S. 1 VwGO nur die behördliche Entscheidung auf das Vorliegen von Ermessensfehlern, also eines Ermessensnichtgebrauchs, einer Ermessensüberschreitung oder eines Ermessensfehlgebrauchs. Dabei ist gem. § 114 S. 2 VwGO zu beachten, dass die Behörde ihre Ermessenserwägungen auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen kann. Daher liegt jedenfalls kein Ermessensnichtgebrauch vor, da die Behörde die wenigen Ausführungen zum Ermessen im Ausgangsbescheid noch im Widerspruchsbescheid und in der Klageerwiderung vom 27.8.2019 zulässigerweise ergänzt hat. Möglicherweise hat die Beklagte von ihrem Ermessen aber nicht in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht und in der Abwägungsentscheidung die Interessen des Vereins und seiner Mitglieder, insbesondere im Hinblick auf Art. 5 GG, nicht ausreichend berücksichtigt. Die Behörde hat das Grundrecht der Meinungsbildungs- und Äußerungsfreiheit des Vereins und seiner Mitglieder und die grundsätzliche wegerechtliche Privilegierung der verfolgten gemeinnützigen Ziele und Zwecke zwar erkannt, ist aber im Ergebnis der Auffassung, dass diese aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Informationsstandes derart in den Hintergrund treten würden, dass die Betätigung von Seiten der Behörde wie eine rein gewerbliche behandelt wird, für welche die sie unter Bezugnahme auf eine ständige Verwaltungspraxis die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis kategorisch ablehnt, zunächst ohne jede Berücksichtigung von Besonderheiten des Einzelfalls. Dann unter ergänzender Bezugnahme auf eine dringende Gefahr, dass Passanten durch die Standmitarbeiter ungewollt aktiv bedrängt und belästigt würden, was die Beklagte allein auf die Ausgestaltung des Vergütungsmodells des externen Dienstleisters stützt.

Für den Mandanten ließe sich anführen, dass sein Grundrecht aus Art. 5 GG derart untergewichtet wurde, dass es im Ergebnis einer Nichtberücksichtigung gleichkommt. Der Kläger kann sich als eingetragener gemeinnütziger und damit rechtsfähiger inländischer Verein auch auf die Meinungsfreiheit berufen. Art. 5 GG ist gem. Art. 19 III GG seinem Wesen nach auf den Kläger anwendbar. Die Bildung des Vereins und seine Betätigung durch die Öffentlichkeitsarbeit sind Ausdruck der freien Entfaltung und insbesondere Meinungsäußerung der dahinterstehenden natürlichen Personen, die Mitglieder des Vereins sind. Nach der organisatorischen Struktur des klägerischen Vereins ist dieser aber gerade so aufgebaut und konzipiert, dass eben nur ein kleiner Teil der Mitglieder aktiv an Veranstaltungen mitwirken. Der Großteil der Mitglieder unterstützt den Verein – auch aufgrund der eigenen Berufstätigkeit, die eine aktive Teilnahme erschwert – nur im Sinne einer Fördermitgliedschaft durch Zahlung von Mitgliedsbeiträgen und lässt die vom Verein im Hinblick auf den Umweltschutz vertretenen Standpunkte, die offensichtlich der eigenen Meinung entsprechen und die sie unterstützen möchten, durch den Verein für sich verbreiten. Dadurch üben sie mittelbar ebenfalls ihre Meinungsäußerungsfreiheit aus. Diese Vereinsstruktur ist sinnvoll und auch im Hinblick auf Art. 9 GG gewollt, der die Vereinigungsfreiheit auch zum Zwecke der organisierten Meinungsbildung- und -äußerung schützt.

Als juristische Person muss sich klägerischer Verein für seine Betätigung seiner Organe, insbesondere des Vorsitzenden als gesetzlichem Vertreter, sowie weiterer Hilfskräfte bedienen, da er für sich nicht handlungsfähig ist. Gerade als kleiner Verein mit der dargestellten Mitgliederstruktur ist er dabei auf die Einschaltung eines externen Dienstleisters für die Öffentlichkeitsarbeit am Informationsstand zwingend angewiesen. Als kleiner Verein würde er zusätzlich und gegenüber großen Vereinen ungerechtfertigt benachteiligt, wenn er aus diesem Grund eine private Fläche in einem Einkaufszentrum anmieten müsste, um seine Meinung zu verbreiten.

Die Beklagte hat zudem nicht beachtet, dass der Antrag auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis nicht vom externen Dienstleister, sondern durch den Kläger selbst gestellt wurde. Die Leitung des Standbetriebes sollte nicht beim externen Dienstleister und seinen Mitarbeitern, sondern beim Vorsitzenden des klägerischen Vereins liegen. Dieser sollte während der gesamten Zeit für Rückfragen der Mitarbeiter als Ansprechpartner per Telefon zur Verfügung stehen und auch in regelmäßigen zeitlichen Abständen vor Ort nach dem Rechten sehen. Dadurch wird abgesichert, dass der Informationsaustausch mit den Passanten im Sinne des Vereins und seiner Mitglieder stattfindet und die

Mitarbeiter tatsächlich als Werkzeuge des Vereins zur öffentlichen Meinungsäußerung und -bildung fungieren.

Dass die Standardarbeit für den externen Dienstleister und die dort beschäftigten Mitarbeiter selbst auch eine gewerbliche Tätigkeit ist, ist primär dem Charakter des Vereins als juristische Person mit der dargestellten Mitgliederstruktur geschuldet, der sich für die Öffentlichkeitsarbeit externen Mitglieder bedienen muss, um zu funktionieren und überhaupt im größeren Maße nach außen auftreten zu können. Die gewerbliche Komponente betrifft aber das Innenverhältnis von Verein und externem Dienstleister bzw. das Verhältnis von diesem zu seinen Mitarbeitern. Im Außenverhältnis zu den Passanten, ist das Handeln der Mitarbeiter dem Verein in der Weise zuzurechnen, dass es vornehmlich um die Meinungsäußerung und –bildung mit Hilfe Dritter geht.

Jedenfalls überwiegt eine gewerbliche Komponente nicht derart, dass der Art. 5 GG gänzlich unberücksichtigt bleiben und ohne weitere Berücksichtigung des Einzelfalls eine Gleichstellung mit rein gewerblichen Betätigungen erfolgen dürfte.

Es ist zudem fraglich, ob die Beklagte die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen generell so kategorisch ablehnen darf, nur weil ein Antragsteller eine gewerbliche Tätigkeit ausüben möchte. Nach § 16 II HWG gehört die Benutzung eines Weges zur Gewerbeausübung nicht zum Gemeingebrauch, sondern ist Sondernutzung i.S.d. § 19 HWG, auch insofern kann nach dem Wortlaut des Gesetzes aber nach Abs. 1 S. 4 eine Sondernutzungserlaubnis grundsätzlich erteilt werden, was eine Ermessensausübung erfordert. Allein durch den Hinweis, dass aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 3 I GG dann einer Vielzahl von gewerblichen Anbietern eine Erlaubnis erteilt werden müsste und die öffentlichen Wegeflächen sich zu einem Platz der Produktvermarktung wandeln würden, ist nicht hinreichend klargelegt, an welches etwaig zulässige Abwägungskriterium des § 19 I 4 HWG, insb. der Nr. 3, hiermit angeknüpft werden soll. Außerdem ist eine solche kategorische Ablehnung der Zulassung gewerblicher Anbieter unverhältnismäßig, da als milderer Mittel ein geeignetes Auswahlverfahren etabliert werden könnte, z.B. durch Schaffung eines rollierenden Systems.

Dieser Ermessensfehler wurde auch nicht dadurch geheilt, dass die Beklagte ihre Entscheidung im gerichtlichen Verfahren ergänzend darauf gestützt hat, dass allein aufgrund des Vergütungsmodells des externen Dienstleisters, das Provisionszahlungen an seine Mitarbeiter vorsieht, nach allgemeiner Lebenserfahrung eine dringende Gefahr bestehe, dass Passanten durch die Standmitarbeiter ungewollt aktiv bedrängt und belästigt würden. Einen solchen Erfahrungssatz gibt es so stark verallgemeinert nicht.



Die Beklagte meint, sie brauche den Eintritt einer Störung nicht abzuwarten, sondern könne auch bei Vorliegen einer solcher – wie sie meint – von ihr erkannten dringenden Gefahr bereits einschreiten. Dabei verkennt sie jedoch, dass auch hier konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen einer Gefährdungslage erforderlich sind, insbesondere da den geschützten Belangen keine unumkehrbaren und sonderlich schweren Nachteile drohen. Die Beklagte legt aber selbst offen, dass sie es im Rahmen ihrer Ermessensausübung für unerheblich gehalten hat, ob dem Kläger bzw. der Agentur bei vergangenen Tätigkeiten konkrete Verstöße nachgewiesen werden konnten. Ihr liegen insofern also gar keine negativen Anhaltspunkte vor. Es handelt sich also um bloße Mutmaßungen. Die Agentur Paterok & Partner GmbH ist jedoch schon mehrere Jahre am Markt tätig, wurde aufgrund positiver Erfahrungsberichte anderer in Hamburg tätiger Naturschutzvereine ausgewählt, ist bei zahlreichen Einsätzen in der Vergangenheit offensichtlich noch nicht negativ aufgefallen und zudem sollte noch zur Absicherung eine Leitung und Beaufsichtigung durch den Vereinsvorsitzenden des Klägers erfolgen. All diese Aspekte des Einzelfalls hat die Beklagte bei ihrer Ermessensausübung nicht berücksichtigt und damit willkürlich bzw. jedenfalls ermessensfehlerhaft gehandelt.

### 3) Zwischenergebnis zur Begründetheit

Die Ablehnung der Erteilung der Sondernutzungserlaubnis war daher rechtswidrig und hat den Kläger in seinen Rechten aus § 19 HWG i.V.m. Art. 5 GG verletzt. Auch wenn ein gebundener Anspruch mangels einer Ermessensreduzierung auf Null ausscheidet, hatte der Kläger zum Zeitpunkt der Erledigung doch zumindest einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Neubescheidung. Die Klage ist daher auch begründet.

### II) Zwischenergebnis zu den Erfolgsaussichten der Klage

Die ursprüngliche Klage hat daher nach Stellung des Antrags auf Fortsetzung des Verfahrens Aussicht auf Erfolg.

### D) Erfolgsaussichten eines Eilverfahrens

Neben dem Hauptsacheverfahren verspricht zudem auch ein Eilverfahren vor dem Verwaltungsgericht Aussicht auf Erfolg und zwar in Form eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung.

### I) Zulässigkeit

Ein solcher Antrag ist gem. § 123 I VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Zwar setzt das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis

Wird vorgebracht,  
da vorliegend  
und Ergebnis  
AFK besteht, sind

grundsätzlich voraus, dass der Antragsteller zunächst erfolglos einen Antrag bei der zuständigen Behörde stellt, was der Mandant im Hinblick auf den im nahenden Spätsommer 2020 geplanten Infostand noch nicht getan hat. Eine Ausnahme nimmt die Rspr. aber für den Fall an, dass die Behörde – wie hier das Bezirksamt Hamburg-Mitte – bereits im Vorfeld die sichere Ablehnung eines etwaigen Antrags mit den bereits im vorhergehenden Verfahren angeführten Argumenten angekündigt hat. Ein Antrag bei der Behörde wäre in einer solchen Situation bloße Förmerei und bei Abwarten würde der Termin für den Betrieb des Standes unumkehrbar verstreichen und die Durchführung der Aktion unmöglich.

## **II) Begründetheit**

Der Antrag nach § 123 VwGO ist auch begründet.

Der Antragsteller muss gem. § 123 II VwGO i.V.m. § 920 ZPO Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund glaubhaft machen.

Der Anordnungsanspruch ergibt sich bereits aus den oben dargestellten Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens.

Der Anordnungsgrund für eine Regelungsanordnung i.S.d. § 123 I 2 VwGO kann ebenfalls glaubhaft gemacht werden. Die Dringlichkeit ergibt sich daraus, dass bei Abwarten des Abschlusses eines Hauptsacheverfahrens aufgrund der Länge verwaltungsgerichtlicher Verfahren voraussichtlich auch bzgl. des für den unmittelbar bevorstehenden Spätsommer geplanten Informationsstand vor Verfahrensabschluss Erledigung durch Zeitablauf eintreten würde und die Durchführung der Veranstaltung damit unmöglich würde.

## **E) Zweckmäßigkeitserwägungen**

Dem Mandanten ist anzuraten, hinsichtlich des ursprünglichen Gerichtsverfahrens einen Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens unter Aufhebung des Beschlusses vom 20.5.2020 zu stellen. Die Klage von einer Verpflichtungs- auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage umzustellen, eine weitere Klagebegründungsschrift einzureichen und dabei insbesondere auch zu den oben diskutierten Punkten vorzutragen.

Weiter ist dem Mandanten zu raten, im Hinblick auf den für den Spätsommer 2020 geplanten Informationsstand im Wege eines Eilverfahrens einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO beim Verwaltungsgericht Hamburg zu stellen.

## Entwurf eines Schriftsatzes an das Gericht

Rechtsanwalt Dr. Peter Lagemann  
Große Bleichen 8  
20354 Hamburg

### **Per beA**

Verwaltungsgericht Hamburg  
Lübeckertordamm 4  
20099 Hamburg

16.06.2020  
Gz.: M/RA 1-640/18

In der Verwaltungsrechtssache

7 K 5430/19

Umweltschutz Hamburg JETZT e.V. ./ . Freie und Hansestadt Hamburg

zeige ich an, dass ich die Vertretung des Klägers übernommen habe und beantrage namens und in Vollmacht meines Mandanten zunächst,

**unter Aufhebung des Beschlusses des Gerichts vom 20.5.2020 das Verfahren (Az. 7 K 5430/19) fortzusetzen.** ✓

Weiter beantrage ich für den Kläger nunmehr,

**festzustellen, dass die Ablehnung der mit Schreiben des Klägers vom 17.12.2018 beantragten Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis zu den dort genannten Modalitäten durch den Ausgangsbescheid der Beklagten vom 22.3.2019 und den Widerspruchsbescheid vom 6.5.2019 rechtswidrig gewesen ist.** ✓

Zudem beantrage ich namens und in Vollmacht des Antragstellers,

**der Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 I 2 VwGO aufzugeben, bei der Bescheidung des zeitgleich mit diesem Schriftsatz durch den Antragsteller beim Bezirksamt Hamburg-Mitte der Antragsgegnerin eingereichten Antrag vom ... auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für die Zeit vom ... bis ... (Spätsommer 2020), ...**

? ... Was für Sondernutzung?

### **Begründung:**

Siehe Gutachten

Zu laupp

[Signatur]

Dr. Peter Lagemann  
Rechtsanwalt

I Straftaten

... sind (fast) alle Taten der Tat.  
und Togr. aus dFK und dFoA-  
führung des Verfalls und § 211 UStG  
der und kommt auf gut vertretbarem  
Trennung zu verbotener, Ergebnisse.  
§ 211 UStG wird nicht mehr geltend, aber  
vertretbar.

Org. straffen, da teilw. zu aus-  
geführt - und es müßte ein  
"Tatproblem" aufstehen...!?

II Aufträge i.o.

Trennung sollt mit Oberbitten  
kaupp erfolgen.

— Gut (14 P.)

Wuer 27.1.24