

Vermerk^{1 2}

A) Das Rechtsamt ist für die Entscheidung über den Widerspruch innerhalb des Bezirksamtes zuständig (Bearbeitervermerk Nr. 1, Nr. 2).³

Der Widerspruch ist zulässig.⁴ Der Widerruf der Sondernutzungserlaubnis ist ein belastender Verwaltungsakt, so dass der BUND e. V. widerspruchsbefugt ist, § 42 Abs. 2 VwGO entspr.. Die Widerspruchsfrist des § 70 Abs. 1 VwGO ist eingehalten (Bescheid vom 16.11.2017, Widerspruchseingang spätestens am 27.11.2017).

B) Der Widerspruch ist begründet, wenn der Widerrufsbescheid rechtswidrig und der Widerspruchsführer in seinen Rechten verletzt, bzw. unzumutbar und der Widerspruchsführer dadurch in seinen rechtlichen Interessen beeinträchtigt ist.

I. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Die nach § 28 Abs. 1 VwVfG für den Widerrufsbescheid als belastenden Verwaltungsakt erforderliche Anhörung ist hier unterblieben. Dies kann aber nach § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG hier im Widerspruchsverfahren geheilt werden.

2. Es fehlt auch an einer § 39 Abs. 1 S. 2 und 3 VwVfG genügenden Begründung des Bescheides. Die Formulierung „Aufgrund dieser Sachlage muss die Erlaubnis widerrufen werden“ lässt nicht erkennen, ob überhaupt und welche Ermessenserwägungen angestellt werden.⁵ Auch die Begründung kann noch im Widerspruchsbescheid nachgeholt werden, § 45 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 VwVfG.⁶

¹ Die Klausur ist im Original im Dezember 2006 im Examen verwendet worden.

² Nach Bearbeitervermerk können Teile des Vermerks für den Bescheidentwurf verwendet werden. Deshalb ist die Verwendung des sogenannten Urteilsstils sinnvoll.

³ Ausführungen entbehrlich.

⁴ Es ist hier vertretbar, zur Zulässigkeit nichts zu schreiben.

⁵ Eine a. A. (Behörde hat das für sie Wichtigste mitgeteilt) gut vertretbar.

⁶ Soweit der Widerspruch ansonsten keinen Erfolg hat, kann die Frage wegen **§ 80 Abs. 1 S. 2 VwVfG** nicht dahingestellt bleiben.

II. Materielle Rechtmäßigkeit

1. <Rechtsgrundlage eines Widerrufs ist § 49 Abs. 2 S.1 Nr. 2 VwVfG. Die Vorschrift ist hier spezieller als § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwVfG>.

Es kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben, ob die Sondernutzungserlaubniserteilung selbst rechtmäßig gewesen ist. Denn § 49 VwVfG ist auch auf rechtswidrige Bescheide anwendbar: Ein „Erst-recht-Schluss“ ist angesichts der strengeren Widerrufsvoraussetzungen möglich.⁷

2. <<Die Tatbestandsvoraussetzung der Nichterfüllung einer mit dem Verwaltungsakt verbundenen Auflage ist gegeben.

Die Nummer 1.6.2 der Sondernutzungserlaubnis ist sowohl nach dem Wortlaut als auch nach der Definition in § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG eine Auflage. Es wird ein Unterlassen vorgeschrieben, nämlich Verträge jeder Art abzuschließen oder vorzubereiten.>>

2.1 {Ein Verstoß gegen die Auflage liegt vor.⁸

Verträge im Sinne der Auflage sind zunächst auch die Mitgliedsbeitragsverträge des BUND.⁹ Denn die Auflage umfasst nach dem Wortlaut Verträge aller Art.

Ansatzmöglichkeiten für eine einschränkende Auslegung bestehen nicht. Da die Vertragsabschlüsse vom Widerspruchsführer nicht bestritten werden, ist von einer Missachtung der Auflage auszugehen.}

2.2 Die Frage, ob die den Widerruf begründende Auflage rechtmäßig sein muss, ist umstritten.

Nach Literaturauffassungen ist die Rechtmäßigkeit der Auflage Grundvoraussetzung für einen Widerruf nach § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwVfG.¹⁰

Demgegenüber spielt diese nach der herrschenden Ansicht im Rahmen der tatbestandlichen Voraussetzungen keine Rolle; es soll nur auf die Wirksamkeit des

⁷ hM, vgl. Kopp/ Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 18. Auflage 2017 (nachfolgend nur noch „K/R“), § 49, Rdnr. 12.

⁸ a. A. gut vertretbar.

⁹ Der Erwerb der Vereinsmitgliedschaft erfordert einen Aufnahmevertrag zwischen Bewerber und Verein; ausdrücklich geregelt ist im BGB nur der Austritt, § 39 BGB.

¹⁰ Vgl. die Nachweise bei K/R § 49 Rdnr. 38a.

mit der Auflage verknüpften Verwaltungsaktes ankommen.¹¹ Die Rechtswidrigkeit der Auflage kann jedoch im Rahmen der Ermessensausübung berücksichtigt werden. Ist die Auflage bestandskräftig geworden, besteht aber regelmäßig kein Anlass, die Rechtmäßigkeit zu prüfen.¹²

<Die hier der Auflage zugrunde liegende Sondernutzungserlaubnis vom 11. September 2017 ist bestandskräftig geworden. Ein Widerspruch wurde dagegen nicht erhoben und die Widerspruchsfrist ist aufgrund einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung gem. §§ 70, 58 VwGO abgelaufen.>

Die Rechtsfrage ist zu entscheiden, da die Auflage hier materiell rechtswidrig ist.¹³

<<Die Rechtmäßigkeit der Auflage hat ihrerseits die Voraussetzung, dass es sich bei der streitigen Tätigkeit des BUND um eine erlaubnispflichtige Sondernutzung im Sinne des § 19 HWegG und nicht um erlaubnisfreien (gesteigerten) Gemeingebrauch nach 16 HWegG handelt. Insbesondere in Fußgängerzonen ist von einem weiten Verkehrsbegriff auszugehen, wonach nicht nur der fließende und der ruhende Verkehr zum straßenrechtlichen Gemeingebrauch gehört. Denn die öffentlichen Wege sind auch Stätten des Informations- und Meinungsaustauschs sowie der Pflege menschlicher Kontakte (vgl. z. B. VG München, Urteil vom 18. Juni 2015 – M 10 K 14.3549 – juris-Rdnr. 25 mit Bezugnahme u. a. auf OVG Hamburg, Urt. v. 19.01.2012 – 4 Bf 269/10 – juris-Rdnr. 23 f.). Das bloße Ansprechen und Verteilen von Flugblättern ist deshalb noch vom Gemeingebrauch gedeckt.¹⁴ Die Benutzung von Hilfsvorrichtungen wie hier von Tischen oder Informationsständen geht darüber aber hinaus und ist erlaubnispflichtig, da dadurch der Gemeingebrauch durch Dritte möglicherweise beeinträchtigt wird.

Im Rahmen der für die Sondernutzungserlaubnis zu erteilenden Ermessensausübung sind die widerstreitenden rechtlich geschützten Interessen der

¹¹ Vgl. K/ R a. a. O..

¹² Vgl. BVerwG NVwZ-RR 1994, 580 und NJW 1991, 766, 767 jeweils für Widerrufsvorbehalt.

¹³ A. A. nur mit größerem Begründungsaufwand vertretbar.

Bzgl. des Aufbaus der Problematik „Verstoß gegen eine Auflage“ sind unterschiedliche Lösungen möglich. Die Rechtmäßigkeit der Auflage sollte spätestens im Rahmen der Ermessensausübung geprüft werden.

¹⁴ Vgl. OVG Lüneburg NVwZ-RR 1996, 247, 248.

Betroffenen im Rahmen des sondernutzungsrechtlichen Erlaubnisverfahrens in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

Grundsätzlich kann eine Sondernutzungserlaubnis gem. § 19 HWegG als Ermessensentscheidung mit einer Auflage gem. § 36 Abs. 2 VwVfG verbunden sein. Hier allerdings stellt sich das Verbot, (auch) Mitgliedsbeitrittsverträge anzubahnen als ermessensfehlerhaft dar:

Die Behörde hat bei ihrer Entscheidung von dem ihr eingeräumten Ermessen in einer dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch zu machen (§ 40 VwVfG). Durch das Erlaubnisverfahren gemäß § 19 HWegG soll sichergestellt werden, dass die für die Ordnung der Benutzung der Straßen zuständigen Behörden nicht nur Kenntnis von Ort, Zeitdauer und Umfang der Veranstaltung erhalten, sondern auch von vornherein erkennbare Störungen verhindern oder in zumutbaren Grenzen halten und bei Kollisionen von Rechtsgütern verschiedener Rechtsträger einen Interessenausgleich schaffen können.¹⁵ Dabei ist eine Abwägung der gegenseitigen Belange geboten. In diese Abwägung ist einerseits das Interesse des Sondernutzers an der Durchführung seines Vorhabens einzustellen. Dem gegenüber stehen in erster Linie die Wahrung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs sowie der Erhalt des Straßenzustandes. Darüber hinaus sind alle Gründe von Bedeutung, die einen sachlichen Bezug zur Straße, ihrem Umfeld, ihrer Funktion oder ihrem Widmungszweck haben. Schutzzweck der Erlaubnis für die Sondernutzung ist auch das öffentlich-rechtliche Bedürfnis, zeitlich und örtlich gegenläufige Interessen verschiedener Straßenbenutzer auszugleichen (Ausgleichs- und Verteilungsfunktion). Ferner können städteplanerische und baupflegerische Belange in die Ermessenserwägung einbezogen werden¹⁶.

Hier kann sich der BUND auf das Recht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 19 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 5 Abs. 1 GG berufen. Das Straßengesetz ist zwar ein allgemeines Gesetz. Als solches ist es aber nach der Wechselwirkungslehre seinerseits im Lichte der Bedeutung der ungehinderten Meinungsfreiheit auszulegen

¹⁵ Vgl. BVerwGE 56, 63, 67f.

¹⁶ Vgl. OVG Lüneburg NVwZ-RR 1996, 244, 245.

Nach OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 3. 11. 2011 – OVG 1 B 65/10 - NVwZ-RR 2012, 217- können der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis gemäß § 11 Abs.2 des Berliner Straßengesetzes noch weitergehend auch straßenferne öffentliche Interessen wie der Klimaschutz entgegengehalten werden.

und in seiner das Grundrecht einschränkenden Wirkung zu begrenzen¹⁷. Der Eingriff in die freie Meinungsverbreitung ist nur dann und insoweit gerechtfertigt, wie er zum Schutze mindestens gleichwertiger Rechtsgüter geboten ist.

Auch ist gerade hinsichtlich der hier umstrittenen Werbung von neuen Mitgliedern auch die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) einschlägig. Die Vereinigungsfreiheit umfasst das Recht auf die Errichtung einer Vereinigung und ihr Bestehen einschließlich der autonomen Führung der Vereinsgeschäfte.¹⁸ Das Fortbestehen einer Vereinigung hängt auch mit der Möglichkeit zusammen, neue Mitglieder zu gewinnen.

Bei der Gewichtung der grundrechtlich geschützten Interessen des BUND ist weiter zu beachten, dass dieser gemeinnützig und zudem ein gem. § 63 BNatSchG i. V. m. § 3 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz anerkannter Naturschutzverband ist. An den von ihm verfolgten Zielen des Umweltschutzes besteht auch ein öffentliches Interesse. Nach Art. 20a GG schützt der Staat die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere. Also steht auch der mit der Sondernutzung beabsichtigte Zweck, Bürger zu einer Unterstützung der inhaltlichen Ziele des Vereins zu gewinnen, die Information über den Verein und die Gewinnung von Mitgliedern zur Stärkung dessen gemeinnütziger Tätigkeit im Gemeininteresse. Es ist demgegenüber mangels anderweitiger Anhaltspunkte nicht davon auszugehen, dass mit der vorgenommenen Mitgliederwerbung gleichzeitig ein gewerbliches Handeln vorliegt. Die gemeinnützigen Ziele sind weder vorgeschoben¹⁹, noch ist mit der Standbetreuung ein gewerbliches Unternehmen beauftragt.²⁰

Bereits unter bloßer Würdigung der Bedeutung der Vereinigungsfreiheit und der mit ihr verbundenen Freiheit vor staatlichen Beschränkungen und Kontrollen sowie der Meinungsfreiheit dürfen Mitgliedschaft, Mitgliedschaftserwerb und die persönliche Mitgliederwerbung als solche nicht durch einen Erlaubnisvorbehalt behindert werden. Zwar gehört die Mitgliederwerbung nicht zwangsläufig zu dem Kern des Schutzbereiches des Art. 9 Abs. 1 GG, so dass dieses Recht durchaus durch gleich- oder stärker gewichtige Interessen des Staates oder Dritter ohne Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränkt werden könnte. Jedoch sind solche Interessen hier nicht ersichtlich. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass es hier nicht

¹⁷ Vgl. BVerfGE 7, 198, 208ff.

¹⁸ BVerwGE 88, 9, 11.

¹⁹ Vgl. zur Scientology Church OVG Hamburg DVBl. 1994, 413, 414f; OVG Lüneburg, a. a. O. S. 246.

²⁰ Vgl. VG Freiburg NVwZ-RR 2008, 649, 650f.

um die Beeinträchtigungen gehen kann, die durch das Aufstellen der Informationstische hervorgerufen werden. Denn nicht die durch das Aufstellen dieser Tische, sondern die durch den Abschluss von Verträgen entstehenden Behinderungen der Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs bzw. der rechtlichen Interessen Dritter sind Gegenstand der hier streitigen Auflage 1.6.2. Eine Beeinträchtigung der genannten zu berücksichtigenden Interessen ist nicht erkennbar. Insbesondere ist unbestritten, dass die Mitarbeiter des BUND nicht in irgendeiner Form aggressiv werbend auf die Passanten einwirken. Bei einer solchen Vorgehensweise könnte man von einer besonderen Beeinträchtigung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs sowie der Rechte der angesprochenen Passanten ausgehen, da diese dadurch in einer das verkehrsübliche Maß der Straßennutzung deutlich überschreitenden Art und Weise ohne ihren Willen einer intensiven persönlichen Einwirkung ausgesetzt und in die Zwangslage versetzt werden, sich unvorbereitet mit einem bestimmten Angebot befassen zu müssen.²¹ Bei dem von dem Widerspruchsführer gewählten Vorgehen, welches vorrangig auf die Information der Bürger abstellt und nur ergänzend bei Interesse auch den Abschluss einer Mitgliedschaft in dem Verein ermöglicht, ist eine Beeinträchtigung der von der Behörde zu berücksichtigenden Interessen, die über das Maß hinausgeht, welches sich aus der genehmigten Informationstätigkeit ergibt, nicht ersichtlich. Hinzukommt –wie ausgeführt- das öffentliche Interesse an der Tätigkeit des BUND. Das so gewonnene Ergebnis steht auch im Einklang mit der aus der genannten Verwaltungsvorschrift resultierenden (antizipierten) Ermessenslenkung²², die lediglich den Abschluss – hier nicht vorliegender – gewerblicher Verträge unterbinden will. >>

2.3 Dies führt aber hier nicht zur Unbeachtlichkeit der Auflage. Sie ist ungeachtet dessen hier unerfüllt im Sinne des § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG.

Damit ist die oben aufgeworfene Frage, ob die Bestandskraft des der Auflage zugrunde liegenden Verwaltungsaktes für die Erfüllung des Tatbestandes des § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwVfG ausreichend ist oder die Auflage auch bei Bestandskraft rechtmäßig sein muss, zu entscheiden:

²¹ Vgl. zu diesem Aspekt: OVG Lüneburg NVwZ-RR 1996, 247, 248.

²² Vgl. hierzu K/R § 40, Rdnr. 45.

Die Bestandskraft reicht aus:²³ Es ist ein Grundprinzip, dass ein Verwaltungsakt seine Wirksamkeit unabhängig davon entfaltet, ob die getroffene Regelung mit dem materiellen Recht übereinstimmt. Dies gilt auch für eine Nebenbestimmung. Bei einer rechtswidrigen Auflage hat der hiervon Betroffene gegen diese vorzugehen. Wird sie bestandskräftig, so würde es ein Unterlaufen des Rechtsschutzsystems bedeuten, wenn er die Möglichkeit hätte, nunmehr im Rahmen des Widerrufs die Rechtswidrigkeit geltend machen zu können. Inwieweit es bei der Ermessensausübung im Rahmen des § 49 VwVfG möglich ist, die Rechtswidrigkeit der Auflage zu berücksichtigen, wird sogleich zu erörtern sein.

3. Der Widerruf gem. § 49 VwVfG steht im Ermessen der Behörde wobei sich die Anforderungen an die Begründung der Ermessensentscheidung aus § 39 Abs. 1 S. 3 VwVfG ergibt. Sie muss die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist.

3.1 Hier ist bereits von einem Ermessensausfall auszugehen. Die Formulierung „Aufgrund dieser Sachlage muss die Erlaubnis widerrufen werden“ lässt erkennen, dass sich die Ausgangsbehörde ihres Ermessensspielraumes gar nicht bewusst gewesen ist. Dieser Ermessensfehler ist hier jedoch zu heilen, denn die Widerspruchsbehörde kann bzw. muss Ermessen im vollen Umfang selbst ausüben.²⁴

3.2 <Im Rahmen der Ermessensentscheidung ist hier von einem Widerruf abzusehen²⁵.

Ist eine Auflage bestandskräftig, kann sich die Behörde bei der Ausübung des Ermessens grundsätzlich auf die Bestandskraft der rechtswidrigen Auflage im Hinblick auf die Rechtssicherheit. Anderes muss allerdings gelten, wenn die Auflage offensichtlich rechtswidrig ist, da dann ein öffentliches Interesse am Widerruf fehlt.²⁶. Dass bei jeder Rechtswidrigkeit der Auflage ein Widerruf ermessensfehlerhaft sein

²³ a. A. vertretbar.

²⁴ Devolutiveffekts des Widerspruchs, vgl. Kopp/ Schenke, VwGO, 17. A. 2017 § 68, Rdnr. 9. Die Ermessensentscheidung ist deshalb notwendig zu begründen.

²⁵ a. A. vertretbar.

²⁶ Vgl. K/ R, § 49, Rdnr. 38a.

müsse, blendete ohne Not aus, dass es Gründe geben kann, auf die Bestandskraft abzustellen.

Hier allerdings wäre die Folge eines Widerrufs, dass ein neuer Antrag auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis, die zumindest den Abschluss nichtgewerblicher Verträge zulässt, Erfolg haben müsste. In einem solchen Fall erscheint es aus Behördensicht verfahrensunökonomisch und aus Sicht des Widerspruchsführers unverhältnismäßig, den Widerruf vorzunehmen²⁷.>

Es könnte zwar noch erwogen werden,²⁸ den Widerruf teilweise, nämlich speziell bezogen auf die Auflage 1.6.2, zu erhalten, da bei seiner Aufhebung die ursprünglichen Genehmigung einschließlich der nach dem Wortlaut eindeutigen Auflage wiederauflebt, keinerlei Verträge abzuschließen.²⁹

²⁷ Wer –vertretbar- grundsätzlich auf die Bestandskraft der Auflage auch im Rahmen des Ermessens abstellt, hat die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu prüfen. Denkbar wäre es, zur Vermeidung des Widerrufs als schärfstem Mittel zunächst eine Abmahnung zu erwägen oder Verwaltungszwangmaßnahmen anzudrohen, vgl. K/R § 49, Rdnr. 39.

Die Erforderlichkeit entfällt hier insoweit allerdings nicht. Beides wäre nicht gleich effektiv. Denn der BUND hat deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass er sich weiterhin über die Auflage hinwegsetzen wird. Auch ist die Durchsetzung des mit der Auflage gebotenen Unterlassens des Abschlusses von Verträgen im Wege des Verwaltungszwangs schwer möglich. Bei der Frage der Zumutbarkeit spricht allerdings mehr für die Annahme einer Unverhältnismäßigkeit im engeren Sinne, da ein geringes öffentliches Interesse am Widerruf besteht. Die in der Auflage getroffene Regelung ist für die Sondernutzungserlaubnis auch nur von untergeordneter Bedeutung.

²⁸ **Diese und die folgenden Erwägungen sind keinesfalls zwingend zu erwarten.**

²⁹ Zur Begründung dieser gut vertretbaren Lösung kann man darauf abstellen, dass bei einer nach Sinn und Zweck ausgerichteten Ermessensausübung die Entscheidung darauf ausgerichtet sein sollte, die Rechtswidrigkeit der Auflage zu beseitigen. Dies wäre möglich, indem man den Widerrufsbescheid in soweit bestehen lässt, als er den Teil der Erlaubnis vom 11. September 2017 aufhebt, der den Abschluss von nichtgewerblichen (Mitglieds)Verträgen untersagt. Auf diese Art und Weise würde man die ansonsten mögliche, soeben dargestellte Teilaufhebung nach § 48 VwVfG antizipieren und die Lage herbeiführen, die sich auch ergeben würde, wenn man den Widerrufsbescheid ganz aufhebt und der Widerspruchsführer sogleich eine Erlaubnis beantragt, mit der ihm auch der Abschluss von Mitgliedsverträgen gestattet wird.

Allerdings soll der Widerspruch nur den Widerruf beseitigen, aber nicht die erteilte Sondernutzungserlaubnis erweitern. Dies ist einem gesonderten Verwaltungsverfahren vorbehalten, das auf die teilweise Aufhebung nach § 48 VwVfG (Teilrücknahme³⁰) gerichtet ist.³¹

4. <Als belastender Verwaltungsakt wird der BUND durch die Rechtswidrigkeit und Unzweckmäßigkeit des Widerrufsbescheides in eigenen Rechten bzw. geschützten Interessen verletzt.>

C. Antrag auf Aussetzung der Vollziehung

<<Der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung nach § 80 Abs. 4 VwGO -als solcher ist der Antrag des Widersprechenden auszulegen- hat sich >> nach der hier vertretenen Rechtsauffassung {erledigt.³² Denn mit der Aufhebung gibt es keinen vollziehbaren Verwaltungsakt mehr.³³

Allerdings genügt die im Widerrufsbescheid angegebene Begründung den Voraussetzungen des § 80 Abs. 3 VwGO:³⁴ Mit dem Hinweis auf das Leerlaufen ohne Sofortvollzug und die sofort erforderliche präventive Wirkung (Vorbildfunktion) wird eine auf den Einzelfall zugeschnittene Begründung geliefert.}

³⁰ Vgl. zur Teilrücknahme K/R § 48, Rdnr. 31.

³¹ Man kann sich insoweit auf den Standpunkt stellen, dass der BUND sein Ziel, Mitgliederverträge abschließen zu dürfen, nicht durch seinen Widerspruch gegen den Widerrufsbescheid erreichen kann. Denn die Unzulässigkeit des Abschlusses solcher Verträge resultiert nicht aus dem Widerruf, sondern ist der Bestandskraft des Erlaubnisbescheids vom 11. September 2017 geschuldet. Um die gewünschten Verträge abschließen zu dürfen, bedürfte es daher einer Erweiterung der durch den Bescheid vom 11. September 2017 erteilten Erlaubnis in Form einer Abänderung der Auflage 1.6.2.. Evtl. könnte das Rechtsamt dem Bauamt eine Weisung erteilen, außerhalb des Widerspruchsverfahrens einen entsprechenden Teilrücknahmebescheid zu erlassen.

³² Soweit der Widerspruch zurückgewiesen wird, muss über den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung entschieden werden. Konsequenterweise sollte dieser abgelehnt werden.

³³ **Der Lösungsvorschlag des GJPA ging davon aus, dass die Erledigung des Antrags aus Klarstellungsgründen tenoriert werden sollte. Dies halte ich für nicht geboten.**

³⁴ Nach dem Bearbeitervermerk sollte auf alle angeschnittenen Rechtsfragen eingegangen werden.

D. Entwurf



Freie und Hansestadt Hamburg

Bezirksamt Hamburg-Mitte

Rechtsamt – Widerspruchsstelle

Bezirksamt Hamburg-Mitte, Klosterwall 8, 20095 Hamburg

Mit Empfangsbekanntnis

Herrn Rechtsanwalt

Dr. Paul Gellert

Elbchaussee 154

22605 Hamburg

Klosterwall 8

20095 Hamburg

Telefon 42854 – 9999

Telefax 42891 – 1234

Az:

Datum: 05.12.2017

Betr.: Ihr Mandant BUND Hamburg,

Widerruf der Erlaubnis auf Sondernutzung öffentlicher Wegeflächen-

BA 112/06/3035

Ihr Az. 262/06

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt Dr. Gellert,

auf Ihren Widerspruch namens des BUND Hamburg e. V. (BUND) ergeht folgender

Widerspruchsbescheid:

1. Der Widerrufsbescheid vom 16.11.2017 wird aufgehoben.
2. Die Freie und Hansestadt Hamburg hat die Ihrem Mandanten entstandenen Kosten des Widerspruchsverfahrens zu erstatten.
3. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war erforderlich.

Begründung:

I.

Das hiesige Bauamt erteilte dem BUND am 11. September 2017 eine Sondernutzungserlaubnis für einen Informationsstand auf öffentliche Wegeflächen in der Spitaler Straße/Lange Mühren (15.09.2017 bis 05.01.2018) sowie in der Mönckebergstraße/Barkhof (31.01.2018 bis 30.07.2018). Bestandteil der Erlaubnis ist u. a. die Auflage 1.6.3, wonach es unzulässig sei, auf öffentlichen Wegen Verträge jeder Art abzuschließen oder vorzubereiten.

Der BUND ist eine gemeinnützige Organisation und ein nach § 63 BNatSchG i. V. m. § 3 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz anerkannter Naturschutzverband, der sich für die Interessen des Natur- und Umweltschutzes einsetzt. Er führt in Hamburg an den Informationstischen Informationsgespräche mit Passanten, wobei kein Passant belästigt wird. Für diejenigen, die im Laufe eines Informationsgespräches entsprechendes Interesse bekunden, halten die Mitarbeiter an den Informationstischen auch Mitgliederanträge bereit, die von Passanten dann ausgefüllt werden.

Mit Bescheid vom 16. November 2017 widerrief das Bauamt die Sondernutzungserlaubnis. Zur Begründung wurde ausgeführt, ein Mitarbeiter habe am 14. November 2017, um 12.37 festgestellt, dass Passanten zwecks Mitgliederwerbung angesprochen worden seien und vorgelegte Aufnahmeanträge unterschrieben hätten. Dies sei nach der Auflage 1.6.2 unzulässig. Deshalb habe die Erlaubnis widerrufen werden müssen.

Auch wurde die sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 Verwaltungsgerichtsordnung angeordnet, weil ein öffentliches Interesse an der Unterbindung des Abschlusses von Verträgen besteht. Die Verfügung würde anderenfalls leerlaufen. Auch die Vorbildfunktion gebiete dies, um durch Nachahmungen dieses Verhaltens drohende weitergehende Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs zu verhindern.

Hiergegen wendet sich Ihr Widerspruch. Sie tragen vor, der angegriffene Widerrufsbescheid sei rechtswidrig und verletze den BUND in seinen Rechten. Dieser verstoße nicht gegen die betreffende Auflage, die nur vor dem Hintergrund der fachlichen Weisung T 2/92 richtig ausgelegt werden könne. Denn die fachliche

Weisung richte sich ausschließlich gegen „gewerbsmäßige“ Tätigkeiten, die in Gewinnerzielungsabsicht erfolgten.

Dem Widerspruchsführer gehe es im Einklang mit seiner gemeinnützigen Zielsetzung um eine Unterstützung für die inhaltlichen Ziele des Vereins, aktive Mitglieder zu gewinnen, die sich für die Ziele des Vereins engagieren und sich der interessierten Öffentlichkeit zur Kenntnis zu bringen.

Der Widerruf verletze den Verein in Art. 5 Abs. 1 GG, denn auch das Ziel, neue Mitglieder zu werben stehe unter dem Schutz der Meinungsfreiheit. Darüber hinaus schütze auch Art. 9 Abs. 1 GG die Werbung um neue Mitglieder.

Der Schutz der Sicherheit und der Leichtigkeit des Verkehrs werde durch die beanstandete Mitgliederwerbung in keiner Weise beeinträchtigt.

Dieser Schutzzweck sei zudem ungeeignet, einen Erlaubnisvorbehalt zu rechtfertigen. Es sei nicht ersichtlich, inwieweit durch die Mitgliederwerbung eine weitergehende Beeinträchtigung der im Rahmen des § 19 HWegG geschützten Interessen resultiere.

Überdies könnte auch ein angenommener Verstoß gegen die Auflage einen Widerruf nicht rechtfertigen, da die Auflage rechtswidrig sei.

Zumindest sei ein solcher Widerruf ermessensfehlerhaft. Der Widerrufsbescheid lasse bereits keinerlei Ermessenserwägungen erkennen. Zudem werde gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen angesichts des allenfalls geringen öffentlichen Interesse. Dem stehe auch noch ein erheblicher finanziellen Aufwand für die Informationskampagne gegenüber, der ins Leere lief, wenn die sofortige Vollziehung der angegriffenen Verfügung aufrechterhalten bliebe. Hierdurch entsteht meiner Mandantschaft auch ein erheblicher Schaden.

Deshalb überwiege das Aussetzungsinteresse das Vollzugsinteresse des Widerrufsbescheides. Auch sei § 80 Abs. 3 VwGO missachtet.

II.

Der zulässige Widerspruch ist begründet.

Der BUND hat zwar gegen die Auflage verstoßen, die bestandskräftig und damit bindend ist. Allerdings hätte die Auflage nicht erteilt werden dürfen. Es entspricht deshalb nicht der gebotenen Ermessensausübung, die Sondernutzungserlaubnis zu widerrufen. Im Einzelnen:

<S. 2>

<<S. 2>>

{S. 2}

Allerdings hätte die Auflage hier nicht erfolgen dürfen.

Die Rechtmäßigkeit der Auflage spielt zwar im Rahmen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwVfG keine Rolle. Es kommt nur auf die Wirksamkeit des mit der Auflage verknüpften Verwaltungsaktes an. Die Rechtswidrigkeit der Auflage kann jedoch im Rahmen der Ermessensausübung berücksichtigt werden.

<S. 3>. Sie ist damit wirksam.

Die Auflage 1.6.2 der Sondernutzungserlaubnis vom 11.09.2017 ist jedoch rechtswidrig:

<<S. 3-S.6>>

<S. 7-S. 8>

<S. 9>

<<S.9>> {S. 9}

Die Kostengrundscheidung folgt aus § 80 Abs. 1 S. 1 VwVfG.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten war erforderlich. Denn die Rechtslage ist nicht einfach. Ein nicht rechtskundiger Beteiligter durfte die Hinzuziehung eines solchen für erforderlich halten.³⁵

Rechtsmittel: Klage beim Verwaltungsgericht (§ 74 VwGO).

(Unterschrift)

³⁵ Vgl. zum Maßstab der Notwendigkeit der Hinzuziehung: K/R § 80 Rdnr. 39.