

Oberregierungsrat Andreas Kerst, LL.M., Berlin\*

## „Hamburger Nächte“

THEMATIK	Straßenrecht – Abgrenzung Gemeingebrauch/Sondernutzung
SCHWIERIGKEITSGRAD	Assessorklausur im öffentlichen Recht (Zweite Juristische Staatsprüfung); leicht
BEARBEITUNGSZEIT	5 Stunden
HILFSMITTEL	Sartorius; jeweiliges Landesrecht (Wege- bzw. Straßengesetz); Kopp/Schenke, VwGO; Kopp/Ramsauer, VwVfG

### ■ SACHVERHALT

Rechtsanwältin Dr. Sonja Küste

Rothenbaumchausee 195b  
20149 Hamburg  
Telefon 040/ 793 16 47  
Telefax 040/ 793 16 48

**Aktenauszug** RAin Dr. Sonja Küste Rothenbaumchausee 195 b 20149 Hamburg

An das  
Verwaltungsgericht Hamburg  
Lübeckertordamm 4  
20099 Hamburg

Mein Zeichen: 1800/StrG/302

\* Der *Autor* ist Referent im Bundesministerium der Finanzen und Prüfer im Zweiten Juristischen Staatsexamen.

Hamburg, den 30. September 2010

**Antrag**

des Herrn Stefan Lust, Rostocker Straße 5, 20095 Hamburg

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Dr. Sonja Küste, Rothenbaumchaussee 195 b, 20149 Hamburg

Antragsteller,

g e g e n

die Freie und Hansestadt Hamburg, vertreten durch das Bezirksamt Hamburg-Mitte, Klosterwall 8, 20095 Hamburg

Antragsgegnerin,

wegen straßenrechtlicher Verfügung.

Namens und kraft beiliegender Verfahrensvollmacht des Antragstellers ersuche ich um Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes und beantrage, wegen der Dringlichkeit der Sache ohne mündliche Verhandlung zu beschließen,

die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers vom 29.09.2010 gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom 24.09.2010 wiederherzustellen.

**Begründung:**

1) Die Antragsgegnerin hat dem Antragsteller unter Anordnung der sofortigen Vollziehung mit Bescheid vom 24. September 2010 untersagt, auf den öffentlichen Wegen im Bezirk Hamburg-Mitte Reisemobile zum Zwecke der Prostitution aufzustellen oder aufstellen zu lassen. Mit anwaltlichem Schreiben vom 29. September 2010 hat der Antragsteller beim Bezirksamt Hamburg-Mitte Widerspruch gegen die Untersagungsverfügung eingelegt.

Die angefochtene Verfügung ist aus mehreren Gründen rechtswidrig und darf daher nicht vollzogen werden.

Nach dem Geschäftskonzept des Antragstellers (seit Januar 2009) stellt dieser niveaulleren Damen Reisemobile in der Mauerstraße in Hamburg-Mitte entgeltlich zur Verfügung, damit diese frei und unabhängig dort ihrem Liebesgewerbe nachgehen können. Diese Fahrzeuge werden meist von Mitarbeitern des Antragstellers dort in vorgesehenen Parkbuchten abgestellt. Der Antragsteller ist lediglich Halter der Fahrzeuge. Die Fahrzeuge werden am Abend gegen 18.00 Uhr aufgestellt und am nächsten Morgen gegen 6:00 Uhr wieder weggefahren.

Die Nutzung öffentlicher Wege im Rahmen seines Widmungszweckes ist für jeden Bürger *ohne Erlaubnis möglich*. Die Mauerstraße in Hamburg-Mitte ist eine normale doppelspurige Straße mit vielen Parkbuchten. Das Abstellen eines Fahrzeuges ist ein ganz normaler Verkehrsvorgang, zumal die Fahrzeuge nur über Nacht in der Mauerstraße geparkt werden. Die Untersagungsverfügung verletzt den Antragsteller in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit. Das Parken in der Mauerstraße kann nicht untersagt werden oder von Genehmigungen abhängig gemacht werden.

Die Antragsgegnerin verstößt materiell weiterhin durch die Verfügung gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und berücksichtigt nicht, dass durch monatelange Duldung beim Antragsteller Vertrauen in den Fortbestand des bisherigen Zustands entstanden ist. Es ist darauf hinzuweisen, dass in der Mauerstraße in der Weise auch dem ältesten Gewerbe nachgegangen wird, dass sich Frauen in oder vor ihren abgestellten Fahrzeugen anbieten und anschließend der sexuelle Verkehr in nahe gelegenen Gebäuden ausgeübt wird. Gegen diese Verhaltensweisen wird nicht vorgegangen. Weiterhin geht die Antragsgegnerin im Allgemeinen auch nicht gegen das Abstellen von „Schrottautos“ (abgemeldeten Autos) im Stadtteil vor. Hierfür ist eigentlich die Ermächtigungsgrundlage in § 61 HWG geschaffen.

Ferner ist der Antragsteller nicht der richtige Adressat der Ordnungsverfügung, da er für die konkrete Tätigkeit vor Ort nicht verantwortlich ist.

2) Weiterhin genügt die Begründung der Vollziehungsanordnung in formeller Hinsicht nicht den Anforderungen des § 80 Absatz 3 Satz 1 VwGO, da die Begründung nur Allgemeinplätze

enthält. Ferner ist der Antragsteller vor Erlass der Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht angehört worden. Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Untersagungsverfügung vom 24.09.2010 offensichtlich rechtswidrig ist und damit kein überwiegendes Vollziehungsinteresse der Antragsgegnerin besteht. Durch die Verfügung wird der Antragsteller tauglich in seinen Freiheiten beschränkt.

3) Da der Antragsteller weiter zum Bestreiten seines Lebensunterhaltes seinem Geschäftsmodell nachgehen muss, war der Antrag auf Herstellung der aufschiebenden Wirkung geboten.

Einfache Abschriften und Vollmacht im Original anbei.

*Küste*  
Rechtsanwältin

**Behördenverfügung** – Anlage (Verfügung des Bezirksamtes Hamburg-Mitte) –

Auszug aus der Anlage:

**Hinweis:** Auf den kompletten Abdruck wurde hier verzichtet. Die Untersagungsverfügung hat im Übrigen den vorgetragenen Inhalt wie im Schriftsatz des Antragstellers vom 30.09.2010 dargelegt.

Freie und Hansestadt Hamburg

**Bezirksamt Hamburg-Mitte**  
Fachamt Management des öffentlichen Raumes  
Allgemeine Verwaltungsabteilung  
Klosterwall 8  
20095 Hamburg

Hamburg, 24.09.2010

Mit Postzustellungsurkunde

Stefan Lust  
Rostocker Straße 5  
20095 Hamburg

**Vollzug des Hamburger Wegegesetzes (§ 61 Satz 1 HWG)**  
Untersagung des Abstellens von Reisemobilen zur gewerblichen Nutzung in der Mauerstraße

Sehr geehrter Herr Lust,

hiermit ergeht gegen Sie folgender Bescheid:

1) [...]

**Begründung:**

[...]

Ferner war die sofortige Vollziehung der Untersagung anzuordnen.

Die öffentlichen Wege werden durch Sie ohne die erforderliche Genehmigung genutzt, sodass im Sinne des öffentlichen Interesses zur Vermeidung weiterer Verstöße gegen das Hamburger Wegegesetz auch die sofortige Vollziehung der Untersagung auszusprechen war. Mit der weiteren unerlaubten Benutzung würden Sie ihren verfolgten gewerblichen Zweck voll erreichen ohne die notwendige Straßenerlaubnis zu besitzen und die hier notwendige Untersagungsverfügung bliebe ohne praktische Bedeutung, wenn durch die bloße Erhebung eines Widerspruchs der Suspensiveffekt eintrete. Der Zweck des § 61 Satz 1 HWG, eine unerlaubte Sondernutzung zu unterbinden, würde in typischen Sondernutzungsfällen wie dem der gewerblichen Straßennutzung unterlaufen, wenn es aufgrund der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen im Ergebnis dazu käme, dass der jeweilige Sondernutzer letztlich ohne Erlaubnis das fortführen könnte, was er nur aufgrund einer ihm erteilten Erlaubnis soll ausführen dürfen. Zugleich könnte für Dritte der Eindruck entstehen, es lohne sich, mit einer Nutzung

ohne die erforderliche Sondernutzungserlaubnis zu beginnen, da man sich auf diese Weise Vorteile verschaffen könne, auf die ein gesetzestreuer Bürger verzichten muss.

[...]

Rechtsbehelfsbelehrung: [...]

[...]

Antragserwiderung

Freie und Hansestadt Hamburg

**Bezirksamt Hamburg-Mitte**

Fachamt Management des öffentlichen Raumes

Allgemeine Verwaltungsabteilung

Klosterwall 8

20095 Hamburg

Bearbeiterin: Frau Schulze

Tel.: (040) 8381506

Fax: (040) 8381505

An das  
Verwaltungsgericht Hamburg  
Lübeckertordamm 4  
20099 Hamburg

Hamburg, den 4. Oktober 2010

In dem Eilverfahren  
Stefan Lust ./ Freie und Hansestadt Hamburg  
- Az. 8 E 138/10 -

wird beantragt,

den Antrag abzulehnen.

**BEGRÜNDUNG:**

Zunächst ist bezüglich des Sachverhaltes klarzustellen, dass der Antragsteller die Reisemobile in der Mauerstraße auch mit abstellt – nicht nur seine Mitarbeiter.

Die Untersagungsverfügung findet ihre Rechtsgrundlage in § 61 S. 1 des Hamburgischen Wegegesetzes (HWG). Danach kann das Bezirksamt Hamburg-Mitte als zuständige Wegeaufsichtsbehörde die zur Durchführung des Gesetzes erforderlichen Verfügungen gegen den Pflichten erlassen. Hierzu gehören auch solche Verwaltungsakte, die – wie im vorliegenden Fall – auf die vorbeugende Verhinderung von Gesetzesverletzungen gerichtet sind.

Das dem Antragsteller untersagte Aufstellen von Reisemobilen, in denen die Prostitution ausgeübt wird, auf öffentlichen Wegeflächen verstößt gegen das Hamburgische Wegegesetz. Die Benutzung eines Weges zum Zwecke derartiger Gewerbeausübung gehört nicht zum Gemeingebrauch i.S.d. § 16 I HWG, sondern bedarf als eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Sondernutzung nach § 19 I HWG einer Erlaubnis, die der Antragsteller bislang nicht erhalten hat.

Die Untersagung erfolgte auch ermessensfehlerfrei, sodass das Vollzugsinteresse das Aussetzungsinteresse des Antragstellers überwiegt. Ein Anspruch des Antragstellers auf die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis besteht offensichtlich nicht. Auch erweist sich die Untersagungsverfügung als nicht ausnahmsweise aus sonstigen schwerwiegenden Gründen unverhältnismäßig. Derartige Umstände sind vorliegend aber nicht ersichtlich. Gegen eine Reduzierung des der Antragsgegnerin bei der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis in § 19 I HWG eingeräumten Ermessens auf Null spricht bereits die Gefahr der Schaffung möglicher Präzedenzfälle für andere Betreiber dieses Gewerbes. Abschließend sei angemerkt, dass die Antragsgegnerin regelmäßig gegen abgestellte, abgemeldete Fahrzeuge vorgeht.

Im Auftrag  
Dipl.-Jur. *Schulze*

**Gerichtsakte** VG Hamburg  
Az.: 8 E 138/10

*Auszug aus Gerichtsakte:*

Aus der Gerichtsakte geht hervor, dass auch der Antragsteller selbst Reisemobile aufstellen lässt – nicht nur durch Mitarbeiter. Ferner ergibt sich aus den Akten, dass die Antragsgegnerin aufgrund von Bewohnerprotesten gegen ein neues Großbordell in der Mauerstraße insgesamt aufgrund der Konzentration der Prostitution gegen Rechtsverstöße vorgeht.

Die 8. Kammer besteht gemäß Geschäftsverteilungsplan aus der Vorsitzenden Richterin am VG Risch, der Richterin am VG Picht sowie Richter Dr. Jäckel.

**Bearbeitervermerk**

**Bearbeitungshinweis**

1. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Hamburg ist zu entwerfen. Die Rechtsmittelbelehrung ist erlassen. Die Entscheidung ergeht am 08.10.2010.

Es sind alle Rechtsfragen, auf die es für die Entscheidung ankommt, eingehend zu behandeln. Soweit bei der Begründung der Entscheidung nicht alle im Aktenauszug angesprochenen Fragen erörtert werden, sind diese ergänzend in einem Hilfgutachten zu behandeln.

Wird die getroffene Entscheidung auf einen rechtlichen Gesichtspunkt gestützt, den ein Beteiligter erkennbar übersehen hat, so ist zu unterstellen, dass ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden ist, er hiervon jedoch keinen Gebrauch gemacht hat.

2. Die Formalien (Vertretungsverhältnisse, Vollmachten, Unterschriften, Bekanntgaben, Zustellungen, Rechtsbehelfsbelehrungen u.ä.) sind in Ordnung.

3. Werden vorab prozessuale Maßnahmen des Gerichts für erforderlich gehalten, so ist dies zu erörtern und zu unterstellen, dass den Beteiligten rechtliches Gehör gewährt wurde. Werden Auflagen oder Beweiserhebungen für erforderlich gehalten, so ist dies zu erörtern, alsdann jedoch zu unterstellen, dass ihre Anordnung erfolglos geblieben ist.

4. *Auszug aus dem Hamburger Wegegesetz (HWG):*

**§ 16 HWG:** (1)<sup>1</sup> Die öffentlichen Wege dienen dem Gemeingebrauch.<sup>2</sup> Sie dürfen ohne besondere Erlaubnis im Rahmen der Widmung und der Vorschriften über den Straßenverkehr zum Verkehr benutzt werden, soweit andere dadurch nicht in ihrem Gemeingebrauch unzumutbar beeinträchtigt werden und Sondernutzungen nicht entgegenstehen.<sup>3</sup> Im Rahmen des Gemeingebrauchs hat der fließende Verkehr den Vorrang vor dem ruhenden Verkehr.

(2)<sup>1</sup> Zum Gemeingebrauch gehört nicht die Benutzung eines Weges zu anderen Zwecken, insbesondere zur Gewerbeausübung.<sup>2</sup> Das Nähere bestimmt der Senat durch Rechtsverordnung.

**§ 19 HWG:** (1)<sup>1</sup> Jede Benutzung der öffentlichen Wege, die ihren Gebrauch durch andere dauernd ausschließt oder in den Wegekörper eingreift oder über die Teilnahme am allgemeinen öffentlichen Verkehr (Gemeingebrauch) oder den Anliegergebrauch hinausgeht, ist Sondernutzung.<sup>2</sup> Sie bedarf der Erlaubnis der Wegeaufsichtsbehörde.<sup>3</sup> Ein Anspruch auf die Erlaubnis oder auf eine erneute Erteilung der Erlaubnis besteht nicht.<sup>4</sup> Sie kann erteilt werden, wenn

1. die Sicherheit des Verkehrs nicht eingeschränkt und die Leichtigkeit des Verkehrs nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt wird,
2. der Gemeingebrauch entweder nicht unverhältnismäßig eingeschränkt oder nicht für unverhältnismäßige Dauer ausgeschlossen wird und
3. 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. (...)

**§ 60 HWG:** (1) Eine Person, die eine nach diesem Gesetz unzulässige Handlung vorgenommen hat, ist verpflichtet, die Folgen dieser Handlung zu beseitigen und den ordnungsmäßigen Zustand wieder herzustellen.<sup>2</sup> An ihrer Stelle und auf ihre Kosten handelt die Wegeaufsichtsbehörde, wenn dazu in den öffentlichen Weg eingegriffen oder dieser instand gesetzt werden muss. (...)

**§ 61 HWG:**<sup>1</sup> Die Wegeaufsichtsbehörde kann die zur Durchführung dieses Gesetzes, insbesondere der Beseitigungspflicht nach § 60 erforderlichen Verfügungen gegen den Pflichtigen erlassen.<sup>2</sup> Wer verpflichtet ist, bestimmt sich nach allgemeinem Polizeirecht, soweit dies Gesetz keine Regelung trifft.<sup>3</sup> Die Vollzugsbeamtinnen und -beamten der Behörde können solche Verfügungen auch mündlich an Ort und Stelle treffen.