

Rechtsanwälte Schwemer, Titz & Tötter
Gertrudenstr. 3 · 20095 Hamburg

Rechtsanwälte
Wirtschaftsprüfer
Steuerberater

Verwaltungsgericht Hamburg
Lübeckertordamm 4

20095 Hamburg

Aktenzeichen: Rechtsanwalt: Sekretariat: Telefon: Telefax: Datum:
1730 O 11 Prof. Dr. Schwemer Frau Fürchau 30 30 12 62 30 30 11 11 29.09.2011

Vorab als Fax 428437219 – Eilt sehr – Bitte sofort vorlegen!

Antrag

des Kreisverbandes der GAL, Hamburg-Mitte, Burchardstraße 21, 20095 Hamburg,
Antragstellerin,

gegen

Freie und Hansestadt Hamburg, Bezirksamt Hamburg-Mitte (Fachamt Management
des öffentlichen Raumes, Sondernutzungen, MR1), Klosterwall 8, 20095 Hamburg,
Antragsgegnerin,

auf Erlass einer **einstweiligen Anordnung** und einer **Zwischenverfügung**.

Wir vertreten den Kreisverband der GAL und beantragen wie folgt zu erkennen:

1. Im Wege der einstweiligen Anordnung wird festgestellt, dass eine Sondernutzungs-
genehmigung entsprechend den Anträgen des Bürgerschaftsabgeordneten Farid Mül-
ler für die periodische Veranstaltung "Rathaus Kaffeetreff", insbes. für den 01.10.2011
im Café La Familia und am 08.10.2011 im Café Oriental, zu erteilen ist.

Hilfsweise: Es wird im Wege der einstweiligen Anordnung festgestellt, dass die Ableh-
nung der Sondernutzungen mit E-Mail vom 22.09.2011 rechtswidrig ist, und die An-
tragsgegnerin verpflichtet ist, das Sondernutzungsermessen unter Berücksichtigung
der Rechtsauffassung des Gerichts erneut auszuüben.

2. Das Gericht wird gebeten, im Wege eines "Hängebeschlusses" darauf hinzuwirken,
dass Stellschilder für die Veranstaltungen am 1. Oktober und am 08. Oktober 2011
noch aufgestellt werden können.

RECHTSANWÄLTE

PROF. DR. H. SCHWEMER
FA Verwaltungsrecht

REINHARD TITZ

RONALD TITZ
FA Steuerrecht

KARSTEN TÖTTER
FA Arbeitsrecht
FA Insolvenzrecht

MICHAEL W. KULEISA

SANDRA BERNERT
DR. GERT FREYDAG
THORSTEN APPEL

JÜRGEN ZENK

MONIKA SEKARA
FA in IT-Recht

RAPHAEL TIRANNO

CLAUDIA MENZEL

DR. ARMIN HERDT

DR. WOLFRAM KONERTZ

Gertrudenstraße 3
20095 Hamburg
Tel. (040) 30 30 10
Fax (040) 30 30 11 11
Gerichtsfach 533

Einemstraße 24
10785 Berlin
Tel. (030) 516 5106-0
Fax (030) 516 510626

Willy-Brandt-Allee 31 c
23554 Lübeck
Telefon (0451) 709882-0
Telefax (0451) 709882-22

WIRTSCHAFTSPRÜFER

REINHARD SCHACHT
Steuerberater
Michaelisstraße 22
20459 Hamburg

www.stt-hh.de
mail@stt-hh.de

Partnerschaftsgesellschaft
PR AG Hamburg Nr. 539

Begründung:**I. Sachverhalt**

Die Antragstellerin ist ein eingetragener Verein und gehört zu der Partei Bündnis 90/Die Grünen. Die Partei ist als Fraktion in der Bürgerschaft vertreten. Farid Müller ist Bürgerschaftsabgeordneter und damit Vertreter der Partei bzw der Fraktion auf Landesebene.

Um die Rückkopplung zum Wähler herzustellen, hat Farid Müller das Konzept der "Rathaus Kaffeetreffs" entwickelt. Es handelt sich um periodisch wiederkehrende Veranstaltungen, die teilweise im Wochenrhythmus an verschiedenen Standorten durchgeführt werden und dazu dienen, den Wählern die in ihrem Auftrag vertretene Politik deutlich zu machen, aber auch dazu, entsprechend dem Wählerwillen kurzfristig Initiativen zu entwickeln. In diesem Herbst sind ca. 9 Veranstaltungen geplant.

Anlage Ast 1

Zu diesem Zweck ist es erforderlich, Uhrzeit und Ort öffentlich bekanntzugeben. Dazu müssen Stellschilder aufgestellt werden, die auf das Ereignis hinweisen

Anlage Ast 2

und in den Abmessungen dem üblichen Aufsteller an Masten entsprechen. Insoweit verweise ich auf ein vergleichbares Stellschild in

Anlage Ast 3.

Die Antragsgegnerin verfährt nach einer Verfahrensanweisung vom 30.06.1997, wonach derartige Stellschilder als genehmigungspflichtige Sondernutzungen beurteilt werden, für die eine Genehmigung unter den in der Richtlinie genannten Voraussetzungen erteilt wird.

Anlage Ast 4

Die Antragstellerin erfüllt mit den angestrebten Veranstaltungen die Vorgaben, die die Richtlinie nennt, scheiterte aber mit ihrem Genehmigungsbegehren daran, dass es unter 3.2.3 in der Verfahrensanweisung vom 30.06.1997 wörtlich heißt: "Werbung für regelmäßig wiederkehrende Sprechstunden und Straßendiskussionen ist unzulässig." Zugleich musste die Antragstellerin feststellen, dass die für eine derartige Genehmigung zuständigen Bezirksamter in Hamburg die Richtlinie uneinheitlich anwenden. So hat etwa der SPD-Abgeordnete Hansjörg Schmidt für eine Veranstaltung am 27. August dieses Jahres, die sich "Bürgersprechstunde" nennt, eine vergleichbare Genehmigung vom Bezirksamt Hamburg-Nord erhalten

Anlage Ast 5,

ebenso wie die SPD für ihr "Sommerfest" am 28.08.2011 auf dem Spielplatz "Beim Alten Schützenhof" im Stadtteil Barmbek-Uhlenhorst-Hohenfelde (vgl. Anlage Ast 3).

Nach mündlicher Rücksprache mit dem zuständigen Sachbearbeiter des Bezirksamts Hamburg-Mitte wurde Farid Müller als Vertreter der Antragstellerin darauf verwiesen, er habe seine Anträge "zeitnah" zu stellen, es sei ihm nicht gestattet, "für die geplanten 9 Veranstaltungen" die Anträge schon jetzt zu stellen, vielmehr habe dies monatsweise zu geschehen. Insoweit verweise ich auf die Zusammenfassung des Verfahrensablaufs durch Farid Müller in

Anlage Ast 6.

Entsprechend diesen Vorgaben konnten erst am 20.09.2011 die Anträge für die beiden ersten Veranstaltungen gestellt werden, die am 1. und am 8. Oktober dieses Jahres stattfinden werden.

Anlage Ast 7

Am 22.09.2011 teilte die Antragsgegnerin "schriftlich", das heißt per E-Mail, die Ablehnung der Erteilung der beantragten Sondernutzungen mit. Sie begründete dies damit, die geplante allgemeine Diskussion stelle "keine Veranstaltung im Sinne der Verfahrensanweisung" dar. Aus dem Inhalt der Plakatierung müsse hervorgehen, dass es sich um ein "konkretes Thema oder um eine inhaltliche Schwerpunktsetzung" handele.

Anlage Ast 8

Da dies nicht der Fall sei, seien die Anträge abzulehnen.

II. Materiellrechtliche Würdigung

Die Verwaltungspraxis verstößt gegen das Demokratieprinzip des Art. 3 Abs. 2 HV, Art. 28 Abs. 1 GG. Sie trägt der Funktion des Abgeordneten als Mittler zwischen den von ihm vertretenen Bürgern und den staatlichen Organen nicht Rechnung. Damit stellt sie zugleich einen rechtswidrigen Eingriff in die nach Art. 21 GG geschützte Funktionsfähigkeit der Antragstellerin dar. Schließlich liegt ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vor.

1. Unabhängig davon, ob das in Hamburg heute praktizierte Wahlrecht zur Bürgerschaft mit einer sehr viel stärker ausgeprägten Verantwortlichkeit des einzelnen Abgeordneten gegenüber dem Wahlvolk verbunden ist, als dies früher beim schlichten Verhältniswahlrecht in dieser Stadt der Fall war, beeinflussen Parteienprivileg und Demokratieprinzip als höherrangiges Recht die Ermessensbetätigung bei Erteilung einer Sondernutzungsgenehmigung nach dem HWG. Dabei ist festzuhalten, dass die Rückkopplung zwischen dem Volk und seinen Repräsentanten sich nicht nur auf den Wahlvorgang beschränkt, sondern während der ganzen Legislaturperiode von zentraler Bedeutung ist.

Damit der Bürger sein Wahlrecht verantwortlich ausfüllen kann, ist er auf Informationen durch den Abgeordneten angewiesen. Umgekehrt bedarf es der Rückkopplung auch für den Abgeordneten, damit er in die Lage versetzt ist, als verlängerter Arm des Bürgers dessen politische Willensbildung im Parlament umzusetzen. Dem wird die **Richtlinie** aus dem Jahre 1997 nicht gerecht.

Dabei ist die Rückkopplung nicht auf bestimmte Themen beschränkt, der Abgeordnete muss vielmehr als Vertreter des ganzen Volkes alle politischen Fragen in sich aufnehmen bzw zu jeder öffentlichen Diskussion gegenüber dem von ihm repräsentierten Bürger Stellung nehmen können. Deswegen ist Werbung für regelmäßig wiederkehrende Sprechstunden nicht anders zu behandeln als Werbung unter einem bestimmten Themenbezug, auf dem offenbar die Antragsgegnerin besteht. Demokratie verträgt keine Themenauswahl, Demokratie bedeutet Diskussion und Willensbildung in allen öffentlichen Angelegenheiten. Besteht die Verwaltung auf der Vorgabe von Themen, so widerspricht dies der Willensbildung "von unten nach oben", die kennzeichnend für den demokratischen Willensbildungsprozess ist. So ist es der Verwaltung vor allem verwehrt, den demokratischen Willensbildungsprozess zu reglementieren.

Die auf die Richtlinie aus dem Jahr 1997 ausgerichtete Genehmigungspraxis ist somit mit höherrangigem Recht nicht vereinbar und muss unterbleiben.

2. Aber auch die von dem zuständigen Amtswalter im übrigen angewandte **Praxis** ist zu beanstanden. Selbstverständlich kann der Abgeordnete auch für einen Zeitraum, der einen Monat überschreitet, gleichsam "auf Vorrat" seine Genehmigungsanträge stellen, wenn er die Daten in zeitlicher und örtlicher Hinsicht endgültig geplant hat. Die Antragsgegnerin erschwert dies, wie sich dies aus den Vorgaben, die das Bezirksamt für den Genehmigungsantrag gemacht hat, erschließt.

Als Mittler zwischen Volk und Staat nehmen Abgeordnete und Parteien in der Demokratie öffentliche Aufgaben wahr. Das demokratische Gemeinwesen kann sich nur entwickeln und funktionieren, wenn sich Parteien und Abgeordnete in allen öffentlichen Angelegenheiten engagieren. Auf dieser – öffentlich-rechtlichen – Funktionen der Parteien und Abgeordneten beruhen Vorschriften wie etwa Art. 46-48, 21 GG, aber auch der Gedanke der Parteienfinanzierung und der sonstigen Unterstützung der Parteien und Abgeordneten bei ihrer Tätigkeit. Gerade weil ihr Einsatz in der Demokratie für alle von zentraler Bedeutung ist, sind sie durch staatliche Stellen zu unterstützen und nicht in ihrer Tätigkeit zu hemmen. Parteien und Abgeordnete nehmen eine Doppelstellung ein. Sie sind nicht nur Vertreter des Volkes, sondern sie sind zugleich Funktionsträger in einer demokratischen Verfassung. Ein Abgeordneter, der in einem „Feiertagsparlament“ wie der Hamburger Bürgerschaft engagiert ist, bedarf deshalb der Unterstützung der Allgemeinheit, wenn er Bürgertreffs veranstaltet. Dass dabei der zeitliche Horizont über ein Monat hinausgeht, liegt auf der Hand.

Gerade aus dem Demokratieprinzip und der damit zusammenhängenden Pflicht des Staates, im Interesse aller den demokratischen Willensbildungsprozess zu unterstützen, folgt somit, dass es allein dem Direktionsrecht des Abgeordneten und seiner Partei unterliegt, ob, wann und mit welchen öffentlichen Inhalten die Rückkopplung mit den von Ihnen repräsentierten Staatsbürgern erfolgt.

3. Das Straßenrecht ist darauf ausgerichtet, die gleiche Teilhabe aller am Gemeingebrauch zu gewährleisten. Auch dieses Anliegen ist verfassungsrechtlich geschützt (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG). Dieser Zweck lässt sich verwirklichen, wenn das Aufstellen von Stellschildern nicht unkontrolliert erfolgt, sondern einem Genehmigungsregime unterworfen bleibt. Mit

dem Demokratieprinzip nicht vereinbar ist es aber, wenn das straßenrechtlich eröffnete **Sondernutzungsermessen** Funktionen dient, die keinen Verfassungsrang haben. Deshalb ist für die angestrebten Genehmigungen das Ermessen dahin reduziert, dass die Genehmigungen selbst zu erteilen sind, zumal der Schutzzweck des Straßenrechts noch nicht einmal berührt wird.

4. Ermessensreduzierend wirkt aber auch der **Gleichheitssatz** des Art. 3 Abs. 1 GG. Ein Sommerfest der SPD (Anl. Ast 3) ist nicht themenbezogen, auch dann nicht, wenn der Sommer mit "Sommer. Sonne. Energie" umschrieben wird. Ebenso ist es, wenn unter der Behauptung "Versprochen – Gehalten, Hamburg sechs Monate nach der Wahl" (Anlage Ast 5) ein Mitglied der SPD unter dem Stichwort „Bürgersprechstunde“ zu einer Diskussion einlädt. Daran ändert sich nichts, wenn der 1. Bürgermeister an der Diskussion teilnimmt. Die genannten Oberbegriffe sind ebenso wenig themenbezogen wie die von der Antragstellerin angestrebten Rathaustraffs.

Entscheidend für die Anwendung des Gleichheitssatzes ist die Verwaltungspraxis, nicht etwa eine Richtlinie. Deshalb kommt es auf den Inhalt der Verfahrensanweisung vom 30.06.1997 insoweit überhaupt nicht an, zumal sich offenbar eine abweichende Praxis entwickelt hat.

5. Zumindest ist aber die getroffene Ablehnung ermessensfehlerhaft, so dass die Antragstellerin einen Anspruch auf **Neubescheidung** hat. Im Ablehnungsbescheid wird deutlich, dass eine Ermessensausübung unterblieben ist. Der zuständige Beamte hat offenbar die interne Richtlinie wortgetreu angewandt und dabei übersehen, dass eine Richtlinie – anders als etwa ein Gesetz oder eine Verordnung – keinerlei normative Kraft hat. Letztere kommt allenfalls über Art. 3 Abs. 1 GG der Verwaltungspraxis zu, ihr aber auch nur dann, wenn sie sich in der Vergangenheit rechtmäßig entwickelt hat. Unabhängig vom damit geltend gemachten Ermessensausfall ist die Entscheidung aber auch von sachwidrigen Erwägungen getragen und auch deshalb nach § 40 HVwVfG zu beanstanden.

III. Prozessuale Erwägungen

1. Mit Blick auf die geplanten weiteren Veranstaltungen vergleichbarer Art ist es der Antragstellerin nicht zumutbar, ihr Ansinnen im Wege eines Leistungsbegehrens durchzusetzen. Dem **Feststellungsantrag** ist nicht das Rechtsschutzbedürfnis abzusprechen, zumal dieses Begehren in der Sache weitergeht als ein entsprechendes Leistungsverfahren, das nur auf die Genehmigung der beiden nächsten Veranstaltungen gerichtet sein könnte – denn mehr Anträge nimmt die Antragseinerin offenbar nicht entgegen.

2. Eine punktuelle **Vorwegnahme der Hauptsache** steht dem Eilverfahren nicht entgegen: Demokratie ist auf eine ständige Rückkopplung zum Volk angelegt. Wenn nicht sofort entschieden wird, kommt es somit zu irreparablen Einbußen des Demokratieprinzips, die nicht hingenommen werden können. Wird die Antragstellerin ausschließlich auf das Hauptsacheverfahren verwiesen, geht ihr Anspruch zumindest für einen großen Teil der laufenden Legislaturperiode verloren.

3. Deshalb wird das Gericht auch gebeten, eine einstweilige Entscheidung im Wege der **Zwischenverfügung** zu treffen. Dies gilt umso mehr, als das Vorverhalten des zuständigen Amts-

walters offensichtlich so unkooperativ war, dass erst unmittelbar vor den ersten Bürgersprechstunden Rechtsschutz in Anspruch genommen werden konnte.

(Prof. Dr. Schwemer)