
Lösung: Der Antikmarkt

Teil A. Auslegung des Mandantenbegehrens

I. Die Mandantin wendet sich zum einen gegen den Widerruf der Sondernutzungserlaubnis. Insofern geht es ihr darum, den von ihr veranstalteten Antikmarkt solange wie möglich, d.h. unter vollständiger Ausnutzung der Sondernutzungserlaubnis vom 24.02.2014 bis zu deren Ablauf, mithin bis zum 28. Februar 2015 zu betreiben. Da die Behörde die sofortige Vollziehung des Widerrufs angeordnet, bislang nicht auf den Widerspruch reagiert hat und der Termin, ab dem die Widerruf wirksam wird, herannaht, kommt insofern nur ein Vorgehen im vorläufigen Rechtsschutz in Betracht.

II. Daneben geht es der Mandantin auch um die Rückgängigmachung der Pressemitteilung. Da insofern schon erste Händler – und damit Kunden der Mandantin – für den August abgesprungen sind und auch zu befürchten steht, dass aufgrund der Pressemitteilung weitere abspringen und auch weniger Besucher kommen, ist auch dieses Begehren eilbedürftig, so dass auch insofern ein Vorgehen im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes zu prüfen ist.

III. Darüber hinaus steht der Mandantin möglicherweise ein Schadensersatzanspruch aufgrund des ihr durch die Absagen entgangenen Gewinns in Höhe von EUR 3.300,- zu. Auch dies ist im Rahmen des Gutachtens zu prüfen. Eine besondere Eilbedürftigkeit ist hinsichtlich der Durchsetzung eines solchen Anspruchs indes nicht erkennbar, da als möglicher Schuldner allein die – insofern verlässliche – Freie und Hansestadt Hamburg in Betracht kommt.

Teil B. Gutachten

1. Teil: Widerruf der Sondernutzungserlaubnis

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg müsste eröffnet sein. Eine aufdrängende Sonderzuweisung ist vorliegend nicht ersichtlich. Es kommt daher als rechtswegeröffnende Norm § 40 I 1 VwGO in Betracht. Dazu müsste es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art handeln und es dürfte keine abdrängende Sonderzuweisung greifen. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen oder Handlungsformen öffentlich-rechtlicher Natur sind. Dabei sind nach der sog. Sonderechtstheorie Normen dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigen oder verpflichten. Vorliegend sind die streitentscheidenden Normen solche des VwVfG. Diese Normen berechtigen und verpflichten, soweit sie hier in Betracht kommen, ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt und sind daher öffentlich-rechtlicher Natur. Mithin liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Die Streitigkeit ist auch nicht verfassungsrechtlicher Art, da vorliegend weder die Mandantin (L), noch die zuständige Behörde Verfassungsorgane sind, noch streiten Sie über formelles Verfassungsrecht.

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Damit liegen Voraussetzungen des § 40 I 1 VwGO vor, so dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

II. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich gemäß §§ 122, 88 VwGO nach dem Begehren des Antragstellers.

1. Eilrechtsschutz begehrt

Zunächst ist festzustellen, welche Verfahrensart, Eilrechtsschutz oder eine normale verwaltungsgerichtliche Klage, die Antragstellerin begehrt. Vorliegend begehrt L, dies ergibt sich im Wege der Auslegung ihres Begehrens (s.o.), einstweiligen Rechtsschutz.

2. Abgrenzung zwischen § 80 V VwGO und § 123 I VwGO

Hinsichtlich der Eilrechtsschutzverfahren ist zwischen § 80 V VwGO und § 123 I VwGO abzugrenzen. Nach der Abgrenzungsregel des § 123 V VwGO bestimmt sich die statthafte Antragsart danach, welche Klageart in der Hauptsache statthaft ist. Ist dies die Anfechtungsklage, so ist das Verfahren nach § 80 V VwGO statthaft, andernfalls ist § 123 I VwGO die statthafte Antragsart. Vorliegend wendet sich L

gegen den Widerruf ihrer Sondernutzungserlaubnis. Bei dem Widerruf handelt es sich um einen VA im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG, so dass in der Hauptsache die Anfechtungsklage die statthafte Klageart wäre. Damit ist hier § 80 V VwGO die statthafte Antragsart.

Festzustellen ist ferner, welcher Fall von § 80 V VwGO einschlägig ist. Nach dem Gesetzeswortlaut gibt es zwei Alternativen. Zum einen den 1. Fall, gerichtet auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung in den Fällen des § 80 II Nr. 1 bis 3 VwGO, und den 2. Fall, gerichtet auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung im Falle des § 80 II Nr. 4 VwGO.

Hier ist die aufschiebende Wirkung des von L eingelegten Widerspruchs wegen § 80 II Nr. 4 VwGO entfallen, da die Behörde die sofortige Vollziehung des Widerrufs angeordnet hat. Gegen die Nachträglichkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung bestehen, nach Sinn und Zweck dieses Instruments, keine Bedenken. Damit ist das Verfahren nach § 80 V 2. Fall VwGO, gerichtet auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs, statthaft.

III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Gemäß § 42 II VwGO analog müsste L antragsbefugt sein. Die Antragsbefugnis ist gegeben, wenn nach ihrem Sachvortrag die Möglichkeit besteht, dass sie durch das gerügte Verwaltungshandeln in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt ist. L trägt vorliegend vor, Adressat eines belastenden Verwaltungsakts, nämlich des Widerrufs, zu sein. Es besteht daher die Möglichkeit, dass sie durch das Ge- bzw. Verbot des Verwaltungsakts in ihren Grundrechten aus Art. 12 I, 2 I GG verletzt ist. L ist daher antragsbefugt.

IV. Antragsgegner, § 78 I VwGO analog

Der Antrag der L müsste sich gegen den richtigen Antragsgegner wenden. Gegen welchen Adressaten der Antrag zu richten ist, bestimmt sich nach § 78 I VwGO. In Hamburg gilt das Rechtsträgerprinzip des § 78 I Nr. 1 VwGO, so dass L ihren Antrag gegen den Rechtsträger, mithin die FHH, zu richten hat.

V. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Ferner müsste L für ihren Antrag ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis haben. Dies setzt im Fall des § 80 V VwGO grundsätzlich voraus, dass mindestens gleichzeitig mit der Antragstellung Widerspruch eingelegt wurde, dieser keine aufschiebende Wirkung hat, der Widerspruch nicht offensichtlich unzulässig ist und im Falle des § 80 II Nr. 1 VwGO, dass ein vorheriger Antrag nach § 80 IV VwGO bei der entsprechenden Behörde gestellt wurde.

1. Widerspruch eingelegt

Grundsätzlich ist zumindest gleichzeitig (oder vorher) mit dem Antrag nach § 80 V VwGO ein Widerspruch einzulegen. Hier hat L am 23.07.2014 Widerspruch eingelegt. Der Antrag nach § 80 V VwGO ist erst noch zu stellen, so dass die entsprechenden Erfordernisse gewahrt bzw. noch erfüllbar sind.

2. Keine aufschiebende Wirkung des Widerspruchs

Der Widerspruch dürfte im Falle des § 80 V VwGO keine aufschiebende Wirkung haben, da andernfalls, also wenn der Widerspruch schon aufschiebende Wirkung hätte, kein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis mehr für den Antrag nach § 80 V VwGO bestünde. Hier ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 VwGO erfolgt, so dass der Widerspruch der L gegen den Untersagungsbescheid keine aufschiebende Wirkung hat.

3. Nicht offensichtlich unzulässig

Der Widerspruch des L ist auch nicht offensichtlich unzulässig.

4. Vorheriger Antrag nach § 80 IV VwGO

Eines vorherigen Antrags bedarf es, dies lässt sich aus einem Umkehrschluss aus § 80 VI VwGO folgern, nur in den Fällen des § 80 II Nr. 1 VwGO. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor, so dass kein vorheriger Antrag an die Behörde nach § 80 IV VwGO erforderlich ist.

Damit liegt das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis vor.

Der Antrag ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag nach § 80 V 2. Fall VwGO ist begründet, soweit das private Aussetzungsinteresse das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt. Maßgeblich hierfür sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache, für die wiederum entscheidend ist, ob der VA, hier der Widerruf, rechtmäßig ist oder nicht.

I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

Zunächst müsste die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtmäßig sein, d.h. die Anordnung müsste von der zuständigen Behörde verfahrens- und formgemäß erlassen worden sein.

1. Zuständigkeit

Zuständig für den Erlass der Anordnung der sofortigen Vollziehung sind nach § 80 II Nr. 4 VwGO entweder die Ausgangs- oder die Widerspruchsbehörde. Hier hat die Ausgangsbehörde die Anordnung erlassen. Diese war, sachverhaltlich vorgegeben, auch zuständig.

2. Verfahren

Fraglich und umstritten ist, ob es für die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Anhörung nach § 28 I VwVfG bedarf. Nach einer Ansicht bedarf es auch bei Anordnung der sofortigen Vollziehung einer diesbezüglichen Anhörung, da der Anordnung selbst VA-Qualität zukäme. Danach wäre hier eine Anhörung bzgl. der Anordnung der sofortigen Vollziehung erforderlich gewesen. Eine solche ist indes nicht erfolgt (L wurde nur bzgl. des geplanten Widerrufs angehört), so dass nach dieser Ansicht die Verfahrenserfordernisse nicht eingehalten wären.

Nach anderer Ansicht bedarf es bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung, mangels VA-Qualität, keiner Anhörung, so dass sie auch hier nicht erforderlich gewesen wäre. Da tatsächlich keine diesbezügliche Anhörung erfolgt ist, bedarf es einer Stellungnahme. Für die Ansicht, die eine Anhörung bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung für nicht erforderlich hält spricht, dass die Anordnung, anders als ein VA, nicht in Bestandskraft erwächst und auch nicht selbständig vollziehbar ist. Ferner spricht gegen die Annahme einer VA-Qualität, dass andernfalls gegen die Anordnung selbst Widerspruch eingelegt werden könnte, was den schnellen, mit der Anordnung gerade bezweckten Vollzug des VA, verhindern würde. Dies widerspräche aber Sinn und Zweck der Anordnung. Daher ist der zweiten Ansicht der Vorzug zu geben. Einer Anhörung bedurfte es damit nicht. Andere Verfahrenserfordernisse sind nicht ersichtlich.

3. Form

Ferner müsste die Anordnung der sofortigen Vollziehung die Form des § 80 III VwGO wahren. Danach ist in den Fällen des Absatzes 2 Nr. 4 das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts schriftlich zu begründen. Hier hat die Behörde als Begründung angegeben, dass die sofortige Vollziehung des Widerrufs gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO anzuordnen gewesen sei, da diese bzw. der Sofortvollzug des Widerrufs im öffentlichen Interesse liege. Der Um- und Ausbau des U-Bahnhofs werde am 14. August 2014 beginnen. Er liege im öffentlichen Interesse, da die Anbindung der Hafen-City für Hamburg von zentraler Bedeutung sei. Die Baumaßnahmen könnten aus planerischen, aber auch Kostengründen nicht verschoben werden. Im Übrigen habe man selbst erst im Mai 2014 von den geplanten Arbeiten erfahren. Vor diesem Hintergrund müsse das Interesse der L an der Nutzung der Sondernutzungserlaubnis zurücktreten.

Zu prüfen ist, ob diese Begründung den Anforderungen des § 80 III VwGO genügt. Erforderlich ist eine auf den konkreten Einzelfall abstellende Darlegung des besonderen öffentlichen Interesses daran, dass – anders als im Normalfall – ausnahmsweise die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs entfallen soll. Nicht ausreichend sind nicht auf den konkreten Einzelfall anstellende, formelhafte Begründungen. Nicht ausreichend ist es insofern auch, nur auf die Rechtmäßigkeit des VA zu verweisen, ohne das besondere Interesse an seinem Sofortvollzug zu begründen. Dies alles war vorliegend aber nicht der Fall. Die Behörde hat im Einzelnen näher dargelegt, aus welchen Erwägungen ein Sofortvollzug in diesem Fall erforderlich ist. Auf die Tragfähigkeit der Begründungen kommt es insoweit nicht an. Entscheidend ist nur, dass eine am Einzelfall orientierte Begründung vorliegt. Das ist hier der Fall. Damit ist die Form gewahrt und die Anordnung formell rechtmäßig.

II. Interessenabwägung / Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs hat Erfolg, wenn das private Aussetzungsinteresse des Antragstellers das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt. Dies ist der Fall, wenn nach summarischer Prüfung der zugrunde liegende Bescheid rechtswidrig ist, da an der sofortigen Vollziehung eines rechtswidrigen Bescheides kein öffentliches

Interesse besteht. Ist, wie hier, der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gerichtet, dann besteht ein Vollziehungsinteresse in der Regel schon dann nicht, wenn nur ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts bestehen, oder aber, wenn trotz der Rechtmäßigkeit des zugrunde liegenden Verwaltungsakts ein besonderes Vollziehungsinteresse nicht gegeben ist.

1. Ermächtigungsgrundlage

Der Widerruf stellt für L einen belastenden Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG dar und bedarf daher einer Ermächtigungsgrundlage. Da eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht ersichtlich ist, insbesondere die Voraussetzungen von § 19 IV HWeGeG nicht vorliegen, kommt allein § 49 II Nr. 1 VwVfG in Betracht.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a. Zuständigkeit

Bedenken gegen die Zuständigkeit bestehen hier nicht.

b. Verfahren

Nach § 28 I VwVfG bedarf es bei einem belastender VA grundsätzlich einer Anhörung. Eine solche ist hier mit dem Anhörungsschreiben vom 5. Juni 2014 erfolgt.

c. Form

Bedenken hinsichtlich der Form bestehen nicht. Der Widerruf ist damit formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Widerruf wäre materiell rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen des § 49 II Nr. 1 HmbSOG vorliegen und das Ermessen fehlerfrei ausgeübt wurde.

a. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Zunächst müssten die Tatbestandsvoraussetzungen von § 49 II Nr. 1 VwVfG vorliegen. Nach dieser Vorschrift darf ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft nur widerrufen werden, wenn der Widerruf durch Rechtsvorschrift zugelassen oder im Verwaltungsakt vorbehalten worden ist. Hier handelt es sich bei der Sondernutzungserlaubnis, die auf der Grundlage von § 19 I HWeGeG erteilt worden ist, um einen rechtmäßigen und für L auch begünstigenden Verwaltungsakt. Eine Rechtsvorschrift, die den Widerruf dieses Verwaltungsakts in der vorliegenden Situation zulassen würde, ist nicht ersichtlich. Die Behörde hat sich aber in der Sondernutzungserlaubnis vorbehalten, diese im Falle öffentlicher Interessen zu widerrufen. Solche öffentlichen Interessen liegen bei dem Um- und Ausbau des öffentlichen Verkehrsnetzes vor, so dass diese Anforderungen an den Widerruf erfüllt sind. Damit liegen zugleich die Tatbestandsvoraussetzungen von § 49 II Nr. 1 VwVfG vor.

b. Rechtsfolge: Ermessen

Rechtsfolge des § 49 II VwVfG ist Ermessen. Fraglich ist, ob die Behörde dieses Ermessen hier fehlerfrei ausgeübt hat. Es könnte ein Ermessensfehler, insbesondere in Form des Ermessensausfalls vorliegen. Ein Ermessensausfall liegt vor, wenn die Behörde von dem ihr eingeräumten Ermessen keinen Gebrauch macht oder gar nicht erkennt, dass ihr ein Ermessen zusteht. Vorliegend hat die Behörde zwar umfangreich ihren Widerrufsbescheid begründet. Jedoch hat sie sich dabei in keiner Weise mit den Interessen der L, insbesondere der Frage, welche Folgen der Widerruf der L im Hinblick auf ihre Gewerbeausübung (Art. 12 I GG) insbesondere in finanzieller Hinsicht hat, auseinandergesetzt. Dies wird etwa deutlich in dem Satz: „Da der Um- und Ausbau des U-Bahnhofs im öffentlichen Interesse liegen, wird von dem in der Sondernutzungserlaubnis vorbehaltenen Recht des jederzeitigen Widerrufs Gebrauch gemacht.“

Soweit es in der Anordnung der sofortigen Vollziehung vom 30.07.2014 heißt: „Vor diesem Hintergrund muss Ihr Interesse an der Nutzung der Sondernutzungserlaubnis zurücktreten“, so bezieht sich dieser Satz, das wird schon aus dem Umstand ersichtlich, dass er sich in der Begründung zum Widerruf nicht findet, allein auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung.

Im Übrigen könnte der Widerruf auch insofern einen Ermessensverstoß darstellen, als er nicht verhältnismäßig wäre (Ermessensüberschreitung). Verhältnismäßig wäre der Widerruf nur dann, wenn er einen legitimen Zweck verfolgt, geeignet, erforderlich und angemessen ist. Der Widerruf verfolgt den Zweck, die dem öffentlichen Interesse dienenden Bauarbeiten zu ermöglichen bzw. zu erleichtern. Hierfür ist es, das ist von Seiten der Mandantin bislang unwidersprochen geblieben,

auch förderlich, mithin geeignet, die Straße Rolonnaden von der Sondernutzung durch die Antragstellerin „zu befreien“. Die Maßnahme müsste zudem auch erforderlich sein. Dies wäre nicht der Fall, wenn es ein gleich geeignetes, milderes Mittel gäbe. Hier hat die Mandantin – von der Behörde bislang unbestritten – vorgetragen, dass die Zuwegung zum Bahnhof sogar von drei anderen Straßen schon gegeben ist, an die der Bahnhof grenzt. Dort liegen, ebenfalls unwidersprochen geblieben, auch ausreichend Taxi- und Busstände. Dies zugrunde gelegt, ist es so, dass die Straße Rolonnaden nicht zwingend benutzt werden muss, um die von der Behörde vorgetragene Maßnahmen durchzuführen. Vielmehr stehen sogar drei weitere Straßen zur Verfügung, über die dieses auch möglich ist. Davon seien – auch dies blieb ebenfalls unwidersprochen – mindestens zwei so groß, dass sie nicht für den Baustellenverkehr, zusätzlichen öffentlichen Nahverkehr und den Taxiverkehr gesperrt werden müssten. Märkte o.ä., die ausfallen würden, fänden dort auch nicht statt. Legt man dies zugrunde, dann wäre es ebenso möglich, den Baustellenverkehr und sonstigen Verkehr, der im Rahmen des Um- und Ausbaus zusätzlich in dieser Gegend anfällt, über die genannten drei Straßen zu lenken, ohne dass auf die Straße Rolonnaden überhaupt zurückgegriffen werden müsste. Vor diesem Hintergrund wäre es möglich, den Baustellenbetrieb und den Marktbetrieb ohne weiteres jeweils einmal die Woche am Samstag parallel zu betreiben. Damit gibt es zum gänzlichen Widerruf eine mildere Alternative, so dass die Maßnahme nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig ist. Damit liegt auch eine Ermessensüberschreitung vor. Insoweit wird man (zusätzlich) auch ein Sachverhaltsdefizit (vgl. § 24 VwVfG) erkennen können, da die Behörde, wie sie selbst angibt, sich auch gar nicht darum bemüht hat, das Vorhandensein von Alternativflächen zu überprüfen.

Liegen damit Ermessensfehler vor, so ist fraglich, ob diese nach § 114 S. 2 VwGO zu heilen war. Nach dieser Vorschrift kann die Verwaltungsbehörde ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes im verwaltungsgerichtlichen Verfahren „ergänzen“. Insoweit ist aber zu beachten, dass unter „ergänzen“ – wie der Wortlaut verdeutlicht – nur die Ergänzung der Ermessenserwägungen, nicht aber ein vollständiges Nachschieben bzw. Nachholen der Ermessenserwägungen oder gar eine Ersetzung der bisherigen Erwägungen fällt. Damit kommt ein Nachschieben der Erwägungen bei einem vorherigen Ausfall (s.o.) jedenfalls nicht in Betracht.

Damit ist der Widerruf bei summarischer Prüfung rechtswidrig.

Da an dem Vollzug eines rechtswidrigen VA kein öffentliches Interesse besteht (s.o.), ist der Antrag begründet.

III. Hilfgutachterlich: Besonderes Vollzugsinteresse

Unterstellt der Widerruf sei rechtmäßig (oder wird vom Gericht als rechtmäßig angesehen), ist zu prüfen, ob ein besonderes, über das Interesse an der Vollziehung eines rechtmäßigen Verwaltungsakts hinausgehendes, Vollzugsinteresse gegeben ist. Insoweit müsste eine besondere Dringlichkeit des Vollzugs gegeben sein, die die Abweichung vom Regelfall des § 80 I 1 VwGO (aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels) hier begründet. Insoweit ist zu fragen, welche Nachteile der Antragstellerin bei Ablehnung des Antrags entstehen, wenn sie später in der Hauptsache Recht bekommt und umgekehrt, welche Nachteile der Öffentlichkeit entstehen, wenn dem Antrag stattgegeben wird und der Widerruf im Nachgang der Hauptsache aufgehoben wird. Vorliegend könnte die Baumaßnahme auch ohne Einschränkung durchgeführt werden, wenn dem Antrag stattgegeben würde. Öffentliche Nachteile entstehen insoweit nicht. Dagegen entginge der Antragstellerin bei Ablehnung ein wöchentlicher Gewinn von EUR 4.000,-. Zudem stünde zu befürchten, dass der Markt nachhaltig Schaden nähme und im Falle eines Obsiegens in der Hauptsache irreparabel beschädigt wäre. Nach allem überwiegen damit die Nachteile bei Ablehnung des Antrags die entsprechenden Vorteile so erheblich, dass kein besonderes öffentliches Interesse am Sofortvollzug gegeben wäre.

2. Teil: Rückgängigmachung der Pressemitteilung

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Fraglich ist, ob es sich bei der begehrten Rückgängigmachung der Pressemitteilung um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 VwGO handelt. Streitentscheidende Normen liegen insoweit nicht vor. Es handelt sich um eine schlicht-hoheitliche Tätigkeit der Behörde. Insoweit kommt es für die Einordnung darauf an, in welchem Sachzusammenhang die Mitteilung erfolgt ist. Erfolgte die Mitteilung von der Behörde im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (nicht nur bei Gelegenheit) und gestützt auf

eine vorhandene oder vermeintliche entsprechende öffentlich-rechtliche Ermächtigung, so handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Die Erklärung erfolgte vorliegend im Zusammenhang mit der von der Behörde wahrgenommenen hoheitlichen Aufgabe der Straßenaufsicht (nicht nur bei Gelegenheit). Damit ist der erforderliche Zusammenhang mit der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgabe gegeben. Weitere Bedenken hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen des § 40 VwGO liegen nicht vor.

II. Statthafte Antragsart

Zu prüfen ist ferner, welche Antragsart statthaft ist. Dies richtet sich nach dem Klägerbegehren, §§ 122, 88 VwGO. Hier begehrt L die Rückgängigmachung der Pressemitteilung. Es könnte sich zum einen um einen Antrag nach § 80 V 3 VwGO, gerichtet auf Rückgängigmachung der Vollziehung des VA handeln. Dann müsste es sich bei der Pressemitteilung um eine Vollziehung des Widerrufs vom 23.07.2014 handeln. Insoweit ist zu fragen, inwieweit der Anwendungsbereich des § 80 V 3 VwGO geht, d.h. was alles unter den Begriff „Vollziehung“ fällt. Unstreitig fallen darunter die unmittelbare Vollziehungshandlungen, so dass diese über § 80 V 3 VwGO rückgängig gemacht werden können (Bsp. Rückgabe eingezogener Gegenstände). Unstreitig nicht darunter fallen Vollstreckungsakte, gegen die selbständig vorzugehen ist. Streitig ist dagegen, ob auch mittelbare Folgen, die nicht selbst Folge des Verwaltungsaktes sind, sondern im Umfeld ergehen, um letzten Endes den Verwaltungsakt effektiv durchzusetzen, vom Anwendungsbereich des § 80 V 3 VwGO erfasst sind. Dies ist umstritten. Nach einer Ansicht unterfallen solch mittelbare Folgen, wie hier die Pressemitteilung auch dem Anwendungsbereich des § 80 V 3 VwGO. Danach wäre die Pressemitteilung quasi eine Art Vollziehung des Widerrufs und die Rückgängigmachung erfolgte über § 80 V 3 VwGO.

Nach anderer Ansicht unterfallen bloß mittelbare Folgen, wie die Pressemitteilung, nicht mehr dem Begriff der Vollziehung des zugrunde liegenden VA und sind daher über § 123 I VwGO rückgängig zu machen. Danach unterfiele hier die Rückgängigmachung der Pressemitteilung als bloß mittelbare Folge des Widerrufs nicht mehr dem § 80 V 3 VwGO. Statthafter Antrag für die Rückgängigmachung der Pressemitteilung wäre danach der Antrag nach § 123 I VwGO.

Der zweiten Ansicht ist der Vorzug zu geben. Der Anspruch nach § 80 V 3 VwGO ist auf die Beseitigung der unmittelbaren Vollzugsfolgen gerichtet und auch hierauf zu beschränken. Das Hinzunehmen auch mittelbarer Folgen verwischte den im § 123 V VwGO angelegten systemischen Unterschied zwischen §§ 113 I 2, 80 V 3 VwGO einerseits und § 123 I VwGO andererseits, so, dass eine Abgrenzung unmöglich wäre. Dieser bedarf es aber, da im Rahmen des § 123 I VwGO es dem Antragsteller selbst obliegt, seinen Anspruch und die Eilbedürftigkeit glaubhaft zu machen. Entsprechend ist hier, da die Pressemitteilung nur eine mittelbare und keineswegs zwingende Folge des Widerrufs ist, systemkonform § 123 I VwGO die statthafte Antragsart.

III. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Hinsichtlich des Vorliegens der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen, insbesondere bzgl. der Antragsbefugnis, des richtigen Antragsgegners und des Rechtsschutzbedürfnisses, liegen keine Bedenken vor.

Der Antrag ist damit zulässig.

B. Begründetheit des Antrags

Der Antrag nach § 123 I VwGO ist begründet, soweit der Antragsteller Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund glaubhaft gemacht hat.

I. Anordnungsanspruch

Der Antragstellerin müsste ein Anordnungsanspruch zustehen. Dieser könnte sich vorliegend aus einem Folgenbeseitigungsanspruch ergeben. Voraussetzung dafür ist, dass ein hoheitliches Handeln zu einem Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht führt, die Folgen nach andauern und die Maßnahme rechtswidrig ist und damit keine Duldungspflicht besteht. Die Pressemitteilung wurde hier von der Behörde im Rahmen der behördlichen Tätigkeit, mithin hoheitlich, herausgegeben. Diese Maßnahme führt zu einem finalen Eingriff in die Rechte der Antragstellerin aus Art. 12 I GG (moderner Eingriffsbegriff). Folge des Eingriffs ist hier, dass die Pressemitteilung „in der Welt“ ist, was zum Abspringen der Händler und damit zu einem finanziellen Verlust der L führt. Diese Folge dauert auch noch an, da die Pressemitteilung gegenwärtig noch „in der Welt“ ist und sogar zu befürchten steht, dass noch weitere Händler abspringen. Die Pressemitteilung war auch rechtswidrig, denn die L war zum Zeitpunkt der Pressemitteilung noch im Besitz der Sondernutzungserlaubnis und damit einer geschützten Rechtsposition. Diese Sondernutzungserlaubnis war durch den Widerruf erst zum 15. August 2014 allerdings noch wirksam, als die Pressemitteilung (25.07.2014) erfolgte. Entscheidend ist jedoch, dass L

Widerspruch gegen die Widerruf eingelegt hatte und dieser bis zur Anordnung der sofortigen Vollziehung am 30./31.07.2014 aufschiebende Wirkung entfaltete, so dass der Widerruf suspendiert und daher nicht vollziehbar war (Vollziehbarkeitstheorie). Daher war auch ein mittelbares Vollziehen in Form einer Presserklärung (s.o.), nicht zulässig und damit rechtswidrig.

Damit liegen die Voraussetzungen des Folgenbeseitigungsanspruchs vor. Rechtsfolge ist die Herstellung des status quo ante, was hier am besten durch eine Richtigstellung in Form einer gegenläufigen/klarstellenden Pressemitteilung erfolgt. Der Anspruch ist auch nicht ausgeschlossen, da die „Wiederherstellung“ durch eine Pressemitteilung möglich und zumutbar ist und ein Mitverschulden der L nicht erkennbar ist.

II. Anordnungsgrund

Die Antragstellerin müsste auch einen Anordnungsgrund geltend machen können. Hier liegt Anordnungsgrund nach § 123 I 2 VwGO (Regelungsanordnung) vor. Danach sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis u.a. dann zulässig, wenn diese Regelung, um wesentliche Nachteile abzuwenden nötig erscheint. Hier sind der Antragstellerin schon wesentliche Nachteile durch die Pressemitteilung entstanden und es drohen dadurch auch weitere Händler abzuspringen, wodurch weitere Nachteile entstünden. Damit liegen die Voraussetzungen des § 123 I 2 VwGO vor, so dass ein Anordnungsgrund gegeben ist.

III. Glaubhaftmachung

Die Antragstellerin kann die anspruchsbegründenden Tatsachen auch glaubhaft im Sinne des §§ 920 II, 294 ZPO machen, indem sie eine entsprechende Eidesstattliche Versicherung abgibt.

IV. Gerichtliche Entscheidung

Hinsichtlich der gerichtlichen Entscheidung steht diesem Ermessen zu, dass durch den Antrag, aber insbesondere auch durch den Grundsatz des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache begrenzt ist. Hier stellt die gegenläufige Pressemitteilung eine Vorwegnahme der Hauptsache dar, da die L in der Hauptsache ebenfalls nur eine gegenläufige Pressemitteilung erreichen könnte. Diese Vorwegnahme könnte ausnahmsweise zulässig sein. Dies wird aufgrund des umfassenden Rechtsschutzgebots des Art. 19 IV GG dann angenommen, wenn dem Antragsteller bei Abwarten der Hauptsache unzumutbare Nachteile entstünden. Hier sind schon Händler abgesprungen und es drohen weitere abzuspringen. Eine solche Entwicklung führte bis zur Hauptsacheentscheidung zum „Aussterben“ des Marktes von Händler- und ebenso von Besucherseite. Damit ist der L ein Abwarten hier nicht zuzumuten und die Vorwegnahme der Hauptsache ausnahmsweise zuzulassen.

Der Antrag auf Rückgängigmachung der Pressemitteilung ist daher begründet.

3. Teil: Schadensersatzanspruch der L in Höhe von EUR 3.300,-

Als mögliche Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch der L kommt allein der Amtshaftungsanspruch nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB in Betracht.

A. Anspruchsvoraussetzungen

Dazu müssten die Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs vorliegen.

I. Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes

Zunächst müsste ein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes vorliegen. Dazu müsste ein Beamter im staatsrechtlichen Sinne gehandelt haben und es müsste sich um eine dienstliche Aufgabenwahrnehmung handeln, das Handeln dürfte also nicht nur „bei Gelegenheit“ erfolgt sein. Hier erfolgte die Pressemitteilung im Rahmen der dienstlichen Aufgabenwahrnehmung in Form der Information der Öffentlichkeit über Entwicklungen im Behördenbezirk, mithin in Ausübung eines öffentlichen Amtes.

II. Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht

Ferner müsste eine Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht vorliegen. Amtspflichten sind alle Pflichten, die aus dem Dienstverhältnis ggü. dem Dienstherrn folgen. Im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs können dabei nur solche Verletzungen anspruchsbegründend sein, die die Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht zum Gegenstand haben. Eine solche drittbezogene Amtspflicht ist insbesondere die Pflicht des Beamten, rechtmäßig zu handeln. Hier war das Abgeben der Pressemitteilung trotz dessen, dass der Widerspruch aufschiebende Wirkung hatte, rechtswidrig (s.o.) Damit liegt eine drittbezogene Amtspflichtverletzung vor.

III. Verschulden, § 276 BGB

Die Amtspflichtverletzung müsste auch schuldhaft im Sinne des § 276 BGB, d.h. entweder vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt sein. Hier beruhte die Abgabe der Pressemitteilung mindestens auf Fahrlässigkeit, so dass ein Verschulden im Sinne des § 276 BGB vorliegt.

Damit liegen die Anspruchsvoraussetzungen vor.

B. Rechtsfolge: Schadensersatz, §§ 249 ff. BGB

Rechtsfolge des Amtshaftungsanspruchs ist Schadensersatz, §§ 249 ff. BGB. Dies umfasst nach § 252 S. 1 BGB auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt nach § 252 S. 2 BGB der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Hier arbeiten die Händler seit Jahren mit der L zusammen und hatten den Platz offenbar auch schon gebucht und sind dann aufgrund der Pressemitteilung abgesprungen. Ohne die Pressemitteilung wäre damit zu erwarten gewesen, dass ein solches Abspringen und damit der Gewinnentgang nicht entstanden wären.

C. Kein Ausschluss

Der Anspruch der L dürfte auch nicht ausgeschlossen sein. Ein Ausschlussgrund kann sich zum einen aus Spezialgesetzen ergeben, ferner aus dem sog. Verweisungsprivileg des § 839 I 2 BGB oder dem Richterprivileg aus § 839 II BGB folgen. Für ein Eingreifen dieser Ausschlussgründe ist vorliegend nichts ersichtlich. Darüber hinaus tritt die Ersatzpflicht nach § 839 III BGB nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Hier ist L mit dem Widerspruch nur gegen den Widerruf vorgegangen. Ein Rechtsmittel gegen die Pressemitteilung gibt es aber nicht, so dass L insoweit auch nicht vorgehen konnte. Damit liegt auch der Ausschlussgrund des § 839 III BGB nicht vor.

Damit hat L einen Anspruch aus Amtshaftung, der sich hier auf EUR 3.300,- beläuft. Dieser Anspruch ist gemäß Art. 34 S. 3 GG und § 40 II VwGO vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. In sachlicher Hinsicht ist das Landgericht zuständig, § 71 Nr. 2 GVG.

Teil C. Zweckmäßigkeitserwägungen

I. Antrag an das VG Hamburg

Gemäß den Ergebnissen des Gutachtens zu den Teilen 1. und 2. ist ein auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zu stellen. Nachfolgend ausformuliert unter Teil D. Für den Mandanten günstigere Rechtsauffassungen, die im Gutachten angesprochen wurden, werden dabei, soweit im konkreten Fall als vorteilhaft erachtet, zugrunde gelegt.

II. Mandantenschreiben (erlassen, daher nicht gefertigt)

Der Mandantin ist unter Übersendung des Schriftsatzes an das Verwaltungsgericht mitzuteilen, dass um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht worden ist, und dass eine Klage auf Schadensersatz wegen des entgangenen Gewinns Erfolg verspricht. Insoweit ist das weitere Vorgehen noch abzustimmen.

Teil D.

Dr. Schneider & Kollegen

An das
Verwaltungsgericht Hamburg
Lübeckertordamm 4
20099 Hamburg

Rechtsanwälte
Fachanwälte für Verwaltungsrecht
Jungfernstieg 22
20004 Hamburg
Tel.: 040/3434340-0
Fax: 040/3434340-9

Hamburg, 31.07.2014

EILT SEHR! Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes

In dem verwaltungsrechtlichen Verfahren

der

Tina Landt, Kartuschenpresse 2, 20000 Hamburg-Pöseldorf,

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Schneider und Kollegen,
Jungfernstieg 22, 20004 Hamburg

gegen

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

- Antragsgegnerin -

beantrage ich namens und in Vollmacht meiner Mandantin zu erkennen:

1. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 23. Juli 2014 gegen den
Widerrufsbescheid der Antragsgegnerin vom 23. Juli 2014 wiederherzustellen;
2. Im Wege der einstweiligen Anordnung der Antragsgegnerin aufzugeben, die
Pressemitteilung vom 25. Juli 2014 vermittels einer gegenläufigen
Pressemitteilung richtigzustellen;
3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Begründung:

I.

Die Antragstellerin veranstaltet beruflich Märkte im gesamten Bundesgebiet, u.a. auch in Hamburg. Unter den Märkten sind Automärkte, Märkte des freizügigeren Gewerbes, Trödel-, Gaudi- sowie Antikmärkte. Einen dieser Märkte, einen Antikmarkt, veranstaltet die Antragsstellerin seit März 2013 ganzjährig in der bekannten Hamburger Einkaufsstraße Rolonnaden, immer samstags von 9.00 bis 15.00 Uhr. Die Straße Rolonnaden grenzt an einer Stelle an den Rohbau der im Bau befindlichen U-Bahnlinie U5 an. Gegenstand des Geschäfts der Antragstellerin ist die Vermietung von Marktstandplätzen und ggf. auch ganzen Marktständen an Händler. Im Falle des Rolonnadenmarktes sind es regelmäßig 40 Standplätze und 50 ganze Stände, die vermietet werden.

Die Antragsgegnerin erteilte der Antragstellerin für den Zeitraum 1. März 2013 bis Ende Februar 2014 eine Sondernutzungserlaubnis zur Durchführung des Marktes. Ebenso erhielt die Antragstellerin am 24. Februar 2014 für den Zeitraum 1. März 2014 bis Ende Februar 2015 eine Sondernutzungserlaubnis.

Mit Schreiben vom 5. Juni 2014 übermittelte die Antragsgegnerin der Antragstellerin ein Anhörungsschreiben. Darin teilte man der Antragstellerin mit, dass der Antikmarkt in den Rolonnaden langfristig nicht aufrecht erhalten werden könne, da der Ausbau der unmittelbar angrenzenden U-Bahn U5, insbesondere des Bahnhofsbereichs nunmehr unmittelbar bevorstehe. Im Zuge der entsprechenden Bauarbeiten, die am Freitag, dem 14. August 2014 beginnen sollten, müsse die Straße Rolonnaden, in dem Bereich in dem der Markt stattfindet, für etwa ein Jahr als Zuwegung für Baufahrzeuge, aber auch für Fahrzeuge des öffentlichen Personennahverkehrs genutzt werden. Dabei sei es zudem auch erforderlich, die Bushaltestellen und einen Taxistand in den Bereich zu verlegen, in dem der Markt stattfindet. Daher werde beabsichtigt, die Sondernutzungserlaubnis zum 15. August 2014 zu widerrufen. Die Antragstellerin teilte daraufhin mit, dass sie mit einem Widerruf nicht einverstanden sei und legte dar, dass ihr durch einen solchen Widerruf je ausfallendem Markttag ca. EUR 4000,- netto (Gewinn) verloren gingen. Im Übrigen könne die Zuwegung zum Bahnhof auch unkompliziert von einer anderen Straße aus vorgenommen werden, da das fragliche Gebäude an drei weitere Straßen grenze, an denen auch schon ausreichend Bus- und Taxihaltestellen seien. Davon seien mindestens zwei so groß, dass sie nicht für den Baustellenverkehr, zusätzlichen öffentlichen Nahverkehr und Taxiverkehr gesperrt werden müssten. Märkte o.ä., die ausfallen würden, fänden dort auch nicht statt. Im übrigen habe sie, die Antragstellerin, auf die Sondernutzungserlaubnis vertraut.

Unter dem 23. Juli 2014 wurde der Antragstellerin dann ein Bescheid zugestellt, nach dem die Sondernutzungserlaubnis zum 15. August 2014 widerrufen wird. Zur Begründung wiederholte die Antragsgegnerin ihre bereits im Anhörungsschreiben dargelegte Position und trug ergänzend vor, dass von dem in der Sondernutzungserlaubnis vorbehaltenen Recht des jederzeitigen Widerrufs

Gebrauch gemacht werde, da der Um- und Ausbau des U-Bahnhofs und die Anbindung der Hafencity im öffentlichen Interesse liege. Der Widerruf sei zum 15. August 2014 auszusprechen gewesen, da die Bauarbeiten am 14. August begännen.

Beweis: Kopie des Widerrufsbescheides vom 23.07.2014 als Anlage Ast. 1

Die Antragstellerin legte noch am selben Tage Widerspruch gegen den Widerruf ein.

Beweis: Kopie des Widerspruchs vom 23.07.2014 als Anlage Ast. 2

Der Unterzeichner begründete sodann nach seiner Bevollmächtigung den Widerspruch fristgerecht. Eine Entscheidung über den Widerspruch steht bis heute aus.

Am 25. Juli 2014 gab die Antragsgegnerin dann eine Pressemitteilung heraus, in der sie die lokale Presse und lokale Rundfunksender darüber informierte, dass der Antikmarkt der Antragstellerin zum letzten Mal am 8. August 2014 stattfinden solle. Diese Meldung wurde von den lokalen Medien in der mitgeteilten Form verbreitet.

Beweis im Bestreitensfalle: Vorlage entsprechender Zeitungsberichte

Mit Schreiben vom 30. Juli 2014, der Antragstellerin zugestellt am 31. Juli 2014, ordnete die Antragsgegnerin die sofortige Vollziehung des Widerrufs an. Als Begründung gab sie an, der Widerruf sei nunmehr für sofort vollziehbar zu erklären. Die sofortige Vollziehung des Widerrufs sei gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO anzuordnen gewesen, da diese bzw. der Sofortvollzug des Widerrufs im öffentlichen Interesse liege. Der Um- und Ausbau des U-Bahnhofs werde am 14. August 2014 beginnen. Er liege im öffentlichen Interesse, da die Anbindung der Hafencity für Hamburg von zentraler Bedeutung sei. Die Baumaßnahmen könnten aus planerischen, aber auch Kostengründen nicht verschoben werden. Im Übrigen habe die Antragsgegnerin selbst erst im Mai 2014 von den geplanten Arbeiten erfahren. Vor diesem Hintergrund müsse das Interesse der Antragstellerin an der Nutzung der Sondernutzungserlaubnis zurücktreten.

Beweis: Kopie des Schreibens vom 30.07.2014 als Anlage Ast. 3

II.

1. Der auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs vom 23. Juli 2014 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom selben Tage gerichtete Antrag zu 1) hat Erfolg. Er ist zulässig (a.) und begründet (b.).

a. Der Antrag ist zulässig. Statthafte Antragsart ist der Antrag nach § 80 V 2. Fall VwGO, da in der Hauptsache die Anfechtungsklage die statthafte Klageart gegen den Widerruf ist und eine Anordnung der sofortigen Vollziehung des Widerrufs gemäß § 80 II Nr. 4 VwGO vorliegt. Das Rechtsschutzbedürfnis ist gegeben, da die Antragstellerin vor Antragstellung einen nicht offensichtlich unzulässigen Widerspruch erhoben hat und diesem aufgrund der Anordnung der sofortigen Vollziehung keine aufschiebende Wirkung zukommt. Eines vorherigen Antrags nach § 80 IV VwGO bei der Antragsgegnerin hätte es nur im Falle des § 80 II Nr. 1 VwGO bedurft; ein solcher liegt hier aber nicht vor (s.o.).

b. Der Antrag ist auch begründet. Der Antrag nach § 80 V VwGO ist begründet, wenn das private Aussetzungsinteresse das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt. Maßgeblich dafür sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache. Entscheidend dafür ist wiederum, ob der Widerruf rechtmäßig ist, oder nicht.

aa. Bedenken bestehen schon gegen die formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung, da insoweit keine Anhörung stattgefunden hat, denn die Antragstellerin wurde nur bzgl. des geplanten Widerrufs angehört, so dass die Verfahrenserfordernisse nicht eingehalten sind.

bb. Hier überwiegt zudem das private Aussetzungsinteresse der Antragstellerin, da der Widerruf nach summarischer Prüfung rechtswidrig ist.

Ermächtigungsgrundlage bzgl. der Widerrufsentscheidung ist § 49 II Nr. 1 VwVfG. Danach darf ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft nur widerrufen werden, wenn der Widerruf durch Rechtsvorschrift zugelassen oder im Verwaltungsakt vorbehalten ist. Diese Voraussetzungen sind hier zwar in tatbestandlicher Hinsicht gegeben, da die Sondernutzungserlaubnis ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt war und die Frist des § 48 IV VwVfG noch nicht abgelaufen war. Indes ist der Widerruf aber der Rechtsfolge nach rechtswidrig. Er leidet an verschiedenen Ermessensfehlern, § 114 S. 1 VwGO.

Zunächst leidet der Widerruf an einem Ermessensausfall. Ein solcher liegt vor, wenn die Behörde, hier die Antragstellerin, das ihr zustehende Ermessen nicht erkannt hat oder dieses von vornherein nicht ausgeübt hat. Dies hier der Fall, denn die Antragsgegnerin hat sich, ausweislich der Begründung des Widerrufs, in keiner Weise mit den der Antragstellerin entstehenden Nachteilen auseinandergesetzt. Die Antragsgegnerin hat mithin von dem ihr eingeräumten Ermessen keinen Gebrauch gemacht. Soweit es in der Anordnung der sofortigen Vollziehung vom 30.07.2014 heißt: „Vor diesem Hintergrund muss Ihr Interesse an der Nutzung der Sondernutzungserlaubnis zurücktreten“, so bezieht sich dieser Satz, das wird schon aus dem Umstand ersichtlich, dass er sich in der Begründung zum Widerruf nicht findet, allein auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung.

Im Übrigen stellt der Widerruf auch insofern einen Ermessensverstoß dar, als er nicht verhältnismäßig ist (Ermessensüberschreitung). Verhältnismäßig wäre der Widerruf nur dann, wenn er einen legitimen Zweck verfolgte, geeignet, erforderlich

und angemessen wäre. Dies ist hier nicht der Fall. Zwar verfolgt der Widerruf den legitimen Zweck, die dem öffentlichen Interesse dienenden Bauarbeiten zu ermöglichen bzw. zu erleichtern. Fraglich ist aber schon, ob es überhaupt förderlich, mithin geeignet ist, die Straße Rolonnaden von der Sondernutzung durch die Antragstellerin „zu befreien“, da es offensichtlich genug andere Straßen gibt, über die die Baustelle auch erreichbar ist. Selbst wenn man in der Nutzung der Straße Rolonnaden insoweit noch einen Vorteil sieht, so ist sie jedenfalls nicht erforderlich. Erforderlich ist eine Maßnahme dann, wenn es kein gleich geeignetes, milderes Mittel gäbe. Hier ist es aber so, dass die Zuwegung zum Bahnhof sogar von drei anderen Straßen schon gegeben ist, an die der Bahnhof grenzt. Dort liegen auch ausreichend Taxi- und Busstände. Daher muss die Straße Rolonnaden nicht zwingend benutzt werden, um die von der Behörde vorgetragene Maßnahmen über diese Straße zu leiten. Vielmehr stehen sogar drei weitere Straßen zur Verfügung, über die dieses auch möglich ist. Davon sind mindestens zwei so groß, dass sie nicht für den Baustellen-, zusätzlichen öffentlichen Nahverkehr und den Taxiverkehr gesperrt werden müssen. Märkte o.ä., die ausfallen würden, finden dort auch nicht statt. Damit wäre es, anstatt die Straße Rolonnaden zu sperren, ebenso möglich, den Baustellen und sonstigen Verkehr, der im Rahmen des Um- und Ausbaus zusätzlich in dieser Gegend anfällt, über die genannten drei Straßen zu lenken, ohne dass auf die Straße Rolonnaden überhaupt zurückgegriffen werden müsste. Vor diesem Hintergrund wäre es damit auch möglich, den Baustellenbetrieb und den Marktbetrieb ohne weiteres jeweils einmal die Woche am Samstag parallel zum Um- und Ausbau des Bahnhofs zu betreiben. Damit gibt es zum gänzlichen Widerruf eine mildere Alternative, so dass die Maßnahme nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig ist.

Zusätzlich liegt auch ein Sachverhaltsdefizit im Sinne des § 24 VwVfG vor, da die Antragsgegnerin, wie sie selbst einräumt, sich auch gar nicht darum bemüht hat, das Vorhandensein von Alternativflächen zu überprüfen.

Eine Heilung des Ermessensausfalls nach § 114 S. 2 VwGO kommt hier nicht in Betracht. Nach § 114 S. 2 VwGO kann die Verwaltungsbehörde ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes zwar im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen. Hierunter fallen nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut aber nur Ergänzungen der Ermessenserwägungen, nicht aber eine vollständige Nachholung oder Ersetzung.

Für den Fall, dass das Gericht – wider Erwarten – von der Rechtmäßigkeit des Widerrufs ausgehen sollte, fehlt es jedenfalls an einem besonderen Interesse am Sofortvollzug, da die der Antragstellerin entstehenden Nachteile bei Antragsablehnung ungleich größer sind, als die Vorteile des Sofortvollzugs. Letzte sind aufgrund des Umstands, dass die Baustellen- und sonstige Versorgung ohne weiteres auch über die anderen drei Straßen sichergestellt werden kann, im Übrigen gar nicht gegeben. Damit hätte der Antrag der Antragstellerin mindestens aus diesem Grund Erfolg.

2. Der auf Rückgängigmachung der Pressemitteilung gerichtete Antrag ist ebenfalls zulässig (a.) und begründet (b.).

a. Der Antrag ist zulässig. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, da es sich bei der begehrten Rückgängigmachung der Pressemitteilung um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 VwGO handelt. Insoweit kommt es hier für die Einordnung darauf an, in welchem Sachzusammenhang die Mitteilung erfolgt ist. Erfolgte die Mitteilung von der Behörde im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (nicht nur bei Gelegenheit) und gestützt auf eine vorhandene oder vermeintliche entsprechende öffentlich-rechtliche Ermächtigung, so handelte es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Dies ist hier der Fall, denn die Erklärung erfolgte vorliegend im Zusammenhang mit der von der Behörde wahrgenommenen hoheitlichen Aufgabe der Straßenaufsicht (nicht nur bei Gelegenheit). Weitere Bedenken hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen des § 40 VwGO liegen nicht vor. Statthafte Antragsart ist hier § 123 I VwGO und nicht der Antrag nach § 80 V 3 VwGO. Letzterer ist gerichtet auf Rückgängigmachung der Vollziehung eines VA, so dass es sich bei der Pressemitteilung um eine Vollziehung des Widerrufs vom 23.07.2013 handeln müsste. Dies ist aber nicht der Fall, da die Pressemitteilung nicht mehr dem Begriff der „Vollziehung“ unterfällt. Zwar ist streitig, ob auch mittelbare Folgen, die nicht selbst Folge des Verwaltungsaktes sind, sondern im Umfeld ergehen, um letzten Endes den Verwaltungsakt effektiv durchzusetzen, vom Anwendungsbereich des § 80 V 3 VwGO erfasst sind. Nach einer Ansicht unterfallen solch mittelbare Folgen, wie hier die Pressemitteilung, noch dem Anwendungsbereich des § 80 V 3 VwGO. Danach wäre die Pressemitteilung quasi eine Art Vollziehung des Widerrufs und die Rückgängigmachung erfolgte über § 80 V 3 VwGO. Diese Ansicht ist indes abzulehnen. Bloß mittelbare Folgen, wie die Pressemitteilung, unterfallen nicht mehr dem Begriff der Vollziehung des zugrunde liegenden VAs und sind daher über § 123 I VwGO rückgängig zu machen. Der Anspruch nach § 80 V 3 VwGO ist auf die Beseitigung der unmittelbaren Vollzugsfolgen gerichtet und auch hierauf zu beschränken. Das Hinzunehmen auch mittelbarer Folgen verwischte den im § 123 V VwGO angelegten systemischen Unterschied zwischen §§ 113 I 2, 80 V 3 VwGO einerseits und § 123 I VwGO andererseits, so, dass eine Abgrenzung unmöglich wäre. Dieser bedarf es aber, da im Rahmen des § 123 I VwGO es dem Antragsteller selbst obliegt, seinen Anspruch und die Eilbedürftigkeit glaubhaft zu machen. Entsprechend ist hier, da die Pressemitteilung nur eine mittelbare und keineswegs zwingende Folge des Widerrufs ist, systemkonform § 123 I VwGO die statthafte Antragsart.

Anmerkung:

Aus anwaltstaktischer Sicht ist der Antrag nach § 80 V 3 VwGO an sich günstiger, da es dem Antragsteller bei § 123 I VwGO obliegt, seinen Anspruch glaubhaft zu machen. Hier bestehen jedoch dogmatisch erhebliche Bedenken gegen die Anwendung von § 80 V 3 VwGO und es ist zugleich ohne weiteres möglich, die

Anspruchsvoraussetzungen glaubhaft zu machen, so dass der Vorteil des § 80 V 3-Verfahrens hier nicht gegeben ist.

Hinsichtlich des Vorliegens der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen, liegen keine Bedenken vor.

b. Der Antrag ist auch begründet. Die Antragstellerin macht Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund glaubhaft.

aa. Der Antragstellerin steht ein Anordnungsanspruch zu. Dieser ergibt sich vorliegend aus einem Folgenbeseitigungsanspruch. Voraussetzung des Vorliegens eines Folgenbeseitigungsanspruchs ist, dass ein hoheitliches Handeln zu einem Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht führt, die Folgen nach andauern und die Maßnahme rechtswidrig ist und damit keine Duldungspflicht besteht. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Pressemitteilung wurde hier von der Behörde im Rahmen der behördlichen Tätigkeit, mithin hoheitlich, herausgegeben. Diese Maßnahme führt zu einem finalen Eingriff in die Rechte der Antragstellerin aus Art. 12 I GG (moderner Eingriffsbegriff). Folge des Eingriffs ist hier, dass die Pressemitteilung „in der Welt“ ist, was zum Abspringen der Händler und damit zu einem finanziellen Verlust der die Antragstellerin führt. Diese Folge dauert auch noch an, da die Pressemitteilung gegenwärtig noch „in der Welt“ ist und sogar zu befürchten steht, dass noch weitere Händler abspringen. Die Pressemitteilung war auch rechtswidrig, denn die Antragstellerin war zum Zeitpunkt der Pressemitteilung noch im Besitz der Sondernutzungserlaubnis und damit einer geschützten Rechtsposition. Diese Sondernutzungserlaubnis war durch den Widerruf erst zum 15. August 2014 allerdings noch wirksam, als die Pressemitteilung (25.07.2014) erfolgte. Entscheidend ist jedoch, dass die Antragstellerin Widerspruch gegen die Widerruf eingelegt hatte und dieser bis zur Anordnung der sofortigen Vollziehung am 30./31.07.2014 aufschiebende Wirkung entfaltete, so dass der Widerruf suspendiert und daher nicht vollziehbar war (Vollziehbarkeitstheorie). Daher war auch ein mittelbares Vollziehen – hier in Form einer Presserklärung – nicht zulässig und damit rechtswidrig. Rechtsfolge des Folgenbeseitigungsanspruchs ist die Herstellung des status quo ante, was hier am besten durch eine Richtigstellung in Form einer gegenläufigen/klarstellenden Pressemitteilung erfolgt. Der Anspruch ist auch nicht ausgeschlossen, da die „Wiederherstellung“ durch eine Pressemitteilung möglich und zumutbar ist und ein Mitverschulden der Antragstellerin nicht erkennbar ist.

bb. Die Antragstellerin hat auch einen Anordnungsgrund, der hier aus § 123 I S. 2 VwGO folgt. Danach sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis u.a. dann zulässig, wenn diese Regelung, um wesentliche Nachteile abzuwenden nötig erscheint. Dies ist hier der Fall, denn hier sind der Antragstellerin schon wesentliche finanzielle Nachteile durch die Pressemitteilung entstanden und es drohen dadurch auch weitere Händler abzuspringen, wodurch weitere Nachteile entstünden.

cc. Die Antragstellerin kann die anspruchsbegründenden Tatsachen auch glaubhaft im Sinne des §§ 920 II, 294 ZPO machen, indem sie eine entsprechende Eidesstattliche Versicherung abgibt.

dd. In der beantragten Entscheidung liegt auch keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache. Hier stellte zwar die gegenläufige Pressemitteilung eine Vorwegnahme der Hauptsache dar, da die Antragstellerin in der Hauptsache ebenfalls nur eine gegenläufige Pressemitteilung (Richtigstellung) erreichen könnte. Diese Vorwegnahme ist aber ausnahmsweise zulässig. Eine solche Ausnahme ist aufgrund des umfassenden Rechtsschutzgebots des Art. 19 IV GG dann zuzulassen, wenn dem Antragsteller bei Abwarten der Hauptsache unzumutbare Nachteile entstünden. Dies ist hier der Fall, denn es sind schon Händler abgesprungen und es drohen weitere abzuspringen. Eine solche Entwicklung führte bis zur Hauptsacheentscheidung zum „Aussterben“ des Marktes von Händler- und ebenso von Besucherseite. Damit ist der Antragstellerin ein Abwarten hier nicht zuzumuten und die Vorwegnahme der Hauptsache ausnahmsweise zuzulassen.

Nach allem ist damit dem Antrag insgesamt stattzugeben.

Dr. Schneider
Rechtsanwalt