

## **Johannismarkt**

In M findet jährlich der Johannismarkt statt. Hierbei handelt es sich um ein Volksfest, das auf Straßen und Plätzen, die im Eigentum der Stadt stehen, stattfindet. Das Volksfest bietet unterschiedliche Attraktionen. Mit den dort tätigen Gewerbetreibenden und Schaustellern schließt die Stadt Mietverträge ab. Kowalski ist mit seinem Autoscooterbetrieb regelmäßig vertreten. In diesem Jahr beantragt Hopp - ebenfalls Autoscooterunternehmer - die Zulassung. Sein Antrag wird mit der Begründung zurückgewiesen, weder lasse die Begrenztheit des Festplatzes, noch Sinn und Zweck der Veranstaltung eine Vielzahl von Autoscooterbetrieben zu. Bei der Auswahl zwischen Kowalski und Hopp sei das Unternehmen Kowalski deshalb zu bevorzugen, weil die Stadt mit ihm bereits seit Jahren beanstandungsfrei zusammenarbeitet, wohingegen Hopp erstmals zugelassen werden wolle.

Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhebt Hopp Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht.

Bitte unterstellen Sie folgendes:

1. Eine Festsetzung des Volksfests nach der GewO ist nicht erfolgt.
2. Kowalski und Hopp sind Einwohner von M.
3. Unterstellen Sie bitte das in dem jeweiligen Kursort geltende Landesrecht.

**Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?**

## Musterlösung: Johannismarkt

Die erhobene Klage ist erfolgreich, wenn sie zulässig und begründet ist.

### A. Zulässigkeit

#### I. Verwaltungsrechtsweg

Eine Spezialzuweisung zu den Verwaltungsgerichten kommt nicht in Betracht. Nach § 40 I VwGO wäre die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte dann gegeben, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handeln würde. Zweifel könnten sich daraus ergeben, daß die Stadt mit den betreffenden Unternehmen privat-rechtliche Mietverträge abzuschließen gedenkt. Nach der Zwei-Stufen-Theorie ist in diesen Fällen zwischen einer öffentlich-rechtlichen Vergabeentscheidung, in der über das "Ob" der Zulassung entschieden wird und einer gegebenenfalls privatrechtlichen Ausgestaltung des Abwicklungsverhältnisses zu differenzieren. Nach dieser nicht ganz unumstrittenen Betrachtung wäre somit eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit deshalb gegeben, weil das Begehren des Hopp primär auf die Zulassung und somit auf eine für ihn positive Vergabeentscheidung gerichtet ist. Die Richtigkeit des gefundenen Ergebnisses erweist sich aus der modifizierten Subjekttheorie, wonach öffentlich-rechtliche Streitigkeiten dann vorliegen, wenn die streitentscheidenden Normen dem Öffentlichen Recht angehören. Als streitentscheidende Normen könnten hier solche der GewO bzw. der GemO in Betracht kommen. Ersteres wäre dann der Fall, wenn ein Zulassungsanspruch aus § 70 I GewO folgen würde; um gemeinderechtliche Normen würden die Beteiligten streiten, wenn der Zulassungsanspruch des Hopp aus der grundsätzlichen Berechtigung zur Inanspruchnahme von öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde, und somit aus § 20 I HGO, § 14 II GemO RLP bzw. § 10 II 2 BW GemO folgen würde. Zuordnungsobjekt ist in beiden Fällen ausschließlich ein Träger hoheitlicher Gewalt, weshalb es sich in beiden Fällen um öffentlich-rechtliche Normen handelt. Die Streitigkeit ist zudem nichtverfassungsrechtlicher Natur, denn doppelte Verfassungsunmittelbarkeit ist nicht gegeben. Auch abdrängende Verweisungen kommen nicht in Betracht, somit ist die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gegeben.

#### II. Rechtsschutzform

Gem. § 88 VwGO ist das maßgebliche Kriterium zur Bestimmung der geeigneten Rechtsschutzform das klägerische Begehren. Dies ist gerichtet auf die Zulassung. Bei dieser Zulassung handelt es sich um einen VA i.S.v. § 35 LVwVfG (in RLP § 1 I LVwVfG i.V.m. § 35 BVwVfG). Als geeignete Klageart könnte somit die Verpflichtungsklage in Betracht kommen.

Allerdings könnte hiergegen sprechen, daß nach dem Sachverhalt davon auszugehen ist, daß nur ein Autoscooterunternehmen zugelassen werden soll.

Wenn Kowalski zugelassen werden würde, käme eine Zulassung von Hopp nicht mehr in Betracht. Da jedoch eine Zulassung von Kowalski noch nicht erfolgt ist, ist die Verpflichtungsklage statthaft.

*Sofern eine Zulassung bereits erfolgt sein sollte, ist wie folgt zu differenzieren:*

- *Kann die Begünstigung des Konkurrenten nicht mehr rückgängig gemacht werden (z.B. beamtenrechtliche Ernennung), so fehlt der Verpflichtungsklage das Rechtsschutzbedürfnis (allg. Auffassung, vgl. BVerwG NJW 1990, 501).*
- *Kann die Begünstigung noch rückgängig gemacht werden ist streitig, ob eine Anfechtungsklage gegen die Begünstigung des Konkurrenten erhoben werden muß, oder ob im Rahmen der Verpflichtungsklage über die Aufhebung der Begünstigung an den Konkurrenten mitentschieden wird. Der ersten Auffassung ist hierbei der Vorzug zu geben, da die beiden Anträge der jeweiligen Konkurrenten in keinem Zusammenhang stehen. Deshalb wäre dann eine objektive Klagehäufung anzunehmen; mit der Anfechtungsklage wird die Aufhebung der Zulassung des Konkurrenten und mit der gleichzeitig erhobenen Verpflichtungsklage die Zuweisung an sich selbst begehrt.*

### III. Klagebefugnis

Gem. § 42 II VwGO wäre die Klage nur zulässig, wenn Hopp geltend machen könnte, durch die Ablehnung seines Zulassungsgesuchs in eigenen, d.h. subjektiv-öffentlichen, Rechten verletzt zu sein. Hiervon könnte ausgegangen werden, wenn ein subjektiv-rechtlicher Zulassungsanspruch in Betracht käme. Ein solcher Anspruch könnte folgen aus § 20 I HGO, § 14 II GemO RLP bzw. § 10 II 2 BW GemO. Abgesehen davon erscheint auch eine Beeinträchtigung von Grundrechten durch die Ablehnung keinesfalls als ausgeschlossen. In Betracht kommen könnte insbesondere Art. 12 GG.

*Sofern i.S.d. Konkurrentenklage gleichzeitig auch die Anfechtung der dem Konkurrenten erteilten Zulassung erfolgt, ist bezüglich der Klagebefugnis besondere Sorgfalt angebracht. Es handelt sich um einen Fall der Drittanfechtung, weshalb die Klage nur zulässig ist, wenn der Kläger vortragen kann, durch die Zulassung möglicherweise in eigenen Rechten verletzt zu sein. Die bloße Beeinträchtigung wirtschaftlicher Chancen, Standortvorteile etc. reichen hierfür nicht aus. Die berufliche Existenzgrundlage sowie die Wettbewerbsfähigkeit des Klägers können jedoch durch die Zulassung des Konkurrenten beeinträchtigt sein. Als einschlägige subjektiv öffentlich-rechtliche Normen kommen deshalb eventuell Art. 12 oder 14 sowie der Schutz der Wettbewerbsfreiheit durch Art. 2 I, ggfls. sogar aus Art. 3 I GG, in Betracht.*

### IV. Das Vorverfahren

Das gem. § 68 II VwGO durchzuführende Vorverfahren ist erfolglos durchgeführt worden.

## V. Fristen

Der Sachverhalt enthält keinerlei Anhaltspunkte, die für eine Fristversäumnis des Klägers sprechen.

## VI. Beteiligtenfähigkeit

Die Beteiligtenfähigkeit des Hopp als Kläger folgt aus §§ 63, 61 Ziff. 1 VwGO.

## VII. Klagegegner

Gem. § 78 I Ziff. 1 VwGO ist die Klage gegen die Stadt M zu richten.

(Anmerkung: Sollten Sie den Klagegegner in der Begründetheit ansprechen wollen, wäre es erforderlich, unter der Rubrik der Beteiligtenfähigkeit auch die der Beklagten, d.h. der Stadt M, darzustellen. Einschlägig wäre ebenfalls § 61 Ziff. 1 VwGO.)

## B. Begründetheit

Die zulässige Verpflichtungsklage ist gem. § 113 V 1 VwGO begründet, wenn die Ablehnung des Antrags rechtswidrig ist und Hopp in seinen Rechten verletzt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Hopp einen Anspruch auf die Zulassung vortragen kann.

Ein Zulassungsanspruch könnte folgen aus § 70 GewO.

Zwar handelt es sich bei dem Johannismarkt um ein Volksfest i.S.d. Legaldefinition des § 60b GewO. Voraussetzung für einen Zulassungsanspruch aus § 70 GewO wäre jedoch, daß die Veranstaltung i.S.d. § 69 GewO festgesetzt ist.

### *Erläuterung:*

*Die Festsetzung von Veranstaltungen ist ein gewerberechtliches Institut und nach § 69 I GewO auf Antrag des Veranstalters vorzunehmen. Insoweit ist sie nicht nur VA gegenüber dem Veranstalter, sondern auch Organisationsakt im Verhältnis zur Allgemeinheit. Folge der Festsetzung ist nicht nur der aus § 70 I GewO folgende Zulassungsanspruch, sondern auch die Zuweisung von bestimmten Vergünstigungen der Teilnehmer. Mit der Festsetzung erhält das Fest einen gewissen Bestandsschutz.*

Die Festsetzung der Veranstaltung ist nicht erfolgt, ein Rechtsanspruch aus § 70 GewO besteht somit nicht.

Allerdings könnte ein Zulassungsanspruch aus § 20 I HGO, §14 II GemO RLP, § 10 II 2 BW GemO in Betracht kommen. Voraussetzung hierfür wäre, daß es sich bei dem Johannismarkt um eine öffentliche Einrichtung der Gemeinde handelt. Hierunter werden allgemein solche Sach- und Dienstleistungen verstanden, die von der Gemeinde im Rahmen ihrer daseinsfürsorglichen Tätigkeit zum Zwecke der Benutzung durch die Gemeindeangehörigen von der Gemeinde errichtet und gewidmet worden sind. Unerheblich ist, in welcher Rechtsform die Einrichtung betrieben wird. Um eine öffentliche Einrichtung würde es sich bei dem Johannismarkt aber nur dann handeln, wenn die Straßen und Plätze u.a. diesem Zweck

gewidmet sind; denn erst die Widmung vermittelt die Zweckbestimmung der Einrichtung und begründet damit ihren öffentlichen Status. Bei der Widmung handelt es sich in aller Regel um eine Allgemeinverfügung, welche die Funktion hat, die öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung der Einrichtung zu umschreiben. Soweit man auf die Straße und Plätze abstellt, auf denen der Johannismarkt stattfindet, kommt eine förmliche Widmung nach dem jeweiligen Landesstraßenrecht in Betracht. Außerhalb der Bereiche des Landesstraßenrechts sind an die Widmung von öffentlichen Einrichtungen im Gemeinderecht keine förmlichen Voraussetzungen zu stellen. Zwar handelt es sich auch hierbei um einen VA, allerdings statuiert die GemO keine formellen Voraussetzungen, weshalb die Widmung in diesem Fall formfrei nach § 37 II LVwVfG erlassen werden kann.

Zweifel an der Annahme einer Widmung bzw. einer öffentlichen Einrichtung bestehen somit nicht.

Hopp wohnt und ist nach dem Sachverhalt auch geschäftsansässig in M, somit Einwohner i.S.d. Norm.

Schließlich müßte die Zulassung zu der gemeindlichen Einrichtung im Rahmen des geltenden Rechts erfolgen. Hierunter ist zunächst eine Beschränkung auf die Benutzungsordnung bzw. den Widmungszweck zu verstehen. Diese Voraussetzung erfüllt Hopp.

Problematisch erscheint, daß der Zulassung hier bereits Kapazitätsbeschränkungen entgegenstehen. Entgegen dem Wortlaut der Norm ist die Gemeinde in einem solchen Fall zu einer Ermessensentscheidung bezüglich der Auswahl der zuzulassenen Personen berechtigt.

*Zu beachten ist, daß diese Ermessensentscheidung nicht bereits in der Norm angelegt ist. Mit der Formulierung "die Einwohner der Gemeinde sind ... berechtigt" mutet die Norm im Sinne einer gebundenen Entscheidung an. Gleichwohl wurde durch Rechtsprechung und Literatur eine Ermessensentscheidung in den Fällen entwickelt, in denen Kapazitätsbeschränkungen eine Auswahl unter den Bewerbern erfordern oder die Benutzung von Ortsfremden und/oder eine Nutzung über den von der Benutzungsordnung gezogenen Rahmen hinaus begehrt wird. In diesen Fällen wird von einer Sonderbenutzung gesprochen. (Einen Zulassungsanspruch bejaht VGH Mannheim in VBl. BW 1996, 101, für einen ortsfremden Zirkus).*

Bezüglich der von der Gemeinde zu treffenden Ermessensentscheidung ist die richterliche Kontrolldichte gem. § 114 VwGO insoweit beschränkt, als Zweckmäßigkeitserwägungen grundsätzlich einer Nachprüfung nicht unterliegen. Somit ist zu prüfen, ob die Ablehnungsentscheidung auf einer rechtsfehlerhaften Betätigung des Ermessens beruht. Dies wäre dann der Fall, wenn die Ablehnungsentscheidung nicht das Produkt einer umfassenden, sachgerechten und insbesondere grundrechtskonformen Abwägung der widerstreitenden Interessen wäre.

Nach dem Sachverhalt hat die Stadt den Zulassungsantrag nach der Devise - bekannt, bewährt - behandelt und entschieden. Hierbei handelt es sich allerdings nicht um eine rechtsfehlerhafte Ermessensentscheidung, sondern um einen sachlichen Auswahlgrundsatz. Insbesondere auch vor dem Hintergrund der in der Vergangenheit gemachten - zufriedenstellenden Erfahrungen - braucht sich die Gemeinde einen Wechsel von Bewerbern bzw. auf einen zeitlichen Vorrang des Antragseingangs nicht einzulassen. Anhaltspunkte für eine

rechtsfehlerhafte Ablehnung sind auch unter Berücksichtigung von Art. 12 GG nicht gegeben. Sie lassen sich auch nicht vor dem Hintergrund einer grundsätzlich zu fordernden Wettbewerbsneutralität herleiten. Die Verpflichtung von Hoheitsträgern, sich wettbewerbsrechtlich neutral zu verhalten, ist nicht dadurch tangiert, daß die Gemeinde sich bezüglich der Auswahl von Bewerbern von den in der Vergangenheit gemachten guten Erfahrungen leiten läßt.

Die Ablehnung des Zulassungsantrags ist somit rechtmäßig. Die Verpflichtungsklage ist deshalb als unbegründet abzuweisen.

*Wenn die Ablehnung als rechtsfehlerhaft hätte bezeichnet werden können, wäre nunmehr zu prüfen gewesen, ob Spruchreife hergestellt werden könnte. Davon ist auszugehen, wenn eine Ermessensreduktion auf Null eingetreten wäre, d.h. daß bestimmte tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte derart auf die Sachentscheidung der Behörde einwirken, so daß nur noch eine einzige Entscheidung, und zwar die, dem Antrag stattzugeben, als rechtmäßig angesehen werden kann. Sofern dies bejaht wird, wäre die Verpflichtungsklage begründet, im anderen Fall hätte ein Bescheidungsurteil ergeben müssen.*