



Anhang zu HRN 2014, 17:

Roland Broemel/Moritz Koch

Der Originalexamensfall im Öffentlichen Recht: Zugang zu Volksfesten

Lösungsskizze

(ohne Anspruch auf Vollständigkeit)

I. Zulässigkeit

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO

- hier Besonderheit: § 70 GewO kann auch privatrechtlich organisierte Veranstaltungen erfassen => Berücksichtigung des Zusammenhangs, auch Differenzierung zwischen „ob“ und „wie“

2. Statthafte Antragsart

- Auslegung des Begehrens des Antragstellers nach §§ 122, 88 VwGO
- Antragsteller hat nach dem Sachverhalt keinen Widerspruch gegen Zulassung anderer Veranstalter eingelegt, begehrt also nicht die Suspendierung von deren Zulassung nach §§ 80, 80a VwGO, sondern nur die eigene Zulassung => § 123 I VwGO
- Hier Regelungsanordnung, da Erweiterung des Rechtskreises begehrt, § 123 I 2 VwGO

3. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen

a. Antragsbefugnis

- Analog § 42 II VwGO: Möglichkeit Anordnungsanspruch (aus § 70 GewO) und Anordnungsgrund (Eilbedürftigkeit)

b. Zulässiger Antragsgegner

- FHH als Rechtsträger der Behörde (entbehrlich)

4. Rechtsschutzbedürfnis

- Antrag weder offensichtlich aussichtslos noch Ziel einfacher zu erreichen; insb. kann Behörde erforderliche Kapazität entweder zusätzlich schaffen oder Zulassung eines anderen zurücknehmen oder widerrufen.
- Zudem ist Antrag auf Zulassung bei Behörde gestellt.

II. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, soweit N einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft machen kann, vgl. § 123 III VwGO i.V.m. § 920 II, 294 ZPO, und das grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache nicht entgegensteht.

1. Vorwegnahme der Hauptsache

- Da Hauptsacheentscheidung erst nach Durchführung des Doms erfolgen wird, nimmt eine Zulassung des N im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die Hauptsache vorweg.
- Eine solche Vorwegnahme der Hauptsache geht grundsätzlich über das Ziel des einstweiligen Rechtsschutzes hinaus, kann im Einzelfall aber zur Wahrung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG geboten sein. Die Rechtsprechung berücksichtigt dabei auch die Erfolgsaussichten in der Hauptsache, fordert also dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Teilnahmeanspruch besteht.

„Eine im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes ausgesprochene Vorwegnahme der Hauptsache kommt aber nur dann in Betracht, wenn der Erfolg in der Hauptsache in hohem Maße wahrscheinlich ist“ VG Hamburg, Beschl. v. 14.7.2010, 11 E 1778/10

- Hinweis: gut vertretbar (und nicht unüblich) wäre auch, die Vorwegnahme der Hauptsache erst am Ende der Begründetheit zu prüfen.

2. Anordnungsanspruch

Fraglich ist, ob dem N ein solcher Anordnungsanspruch zusteht. Dies setzt voraus, dass ihm bei summarischer Prüfung ein Anspruch auf Teilnahme an dem Frühlingsdom 2012 zusteht. Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 70 I GewO ergeben.

a. Anwendbarkeit des § 70 GewO

- Frühlingsdom = Volksfest i.S.d. § 60b I GewO, also im allgemeinen regelmäßig wiederkehrende, zeitlich begrenzte Veranstaltung, auf der eine Vielzahl von Anbietern unterhaltende Tätigkeiten im Sinne des § 55 I Nr. 2 GewO ausüben und Waren feilbieten, die üblicherweise auf Veranstaltungen dieser Art angeboten werden.
- §§ 69 I, II, 70 GewO also nach § 60b II GewO anwendbar

b. Grundsätzliches Teilnahmerecht des N nach § 70 I, II GewO

- N gehört zum Teilnehmerkreis des Frühlingsdoms, also grundsätzlich Teilnahmeanspruch nach § 70 I GewO
- Kein Ausschluss nach § 70 II GewO ersichtlich

c. Beschränkungen des Teilnahmerechts aus § 70 III GewO aufgrund von Platzmangel

aa. Anspruch wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen?

- Teilnahmeanspruch schon wegen der Vergabe der Plätze an andere Schausteller ausgeschlossen, da Vergabe an N nunmehr unmöglich?

- o Nein, Behörde bleibt durch Rücknahme/Widerruf oder bei privatrechtlicher Ausgestaltung durch Kündigung in der Lage, Kapazität bereitzustellen

„Auch die Erschöpfung der Platzkapazität rechtfertigt nicht die Versagung effektiven einstweiligen Rechtsschutzes. Ergibt die Überprüfung der versagenden Vergabeentscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, dass ein Standplatz zu Unrecht vorenthalten wurde, hat das Fachgericht eine entsprechende Verpflichtung des Marktanbieters auszusprechen. Es ist dann die im Einzelnen vom Gericht nicht zu regelnde Sache des Marktanbieters, diese Verpflichtung umzusetzen. Sowohl das öffentliche Recht wie das Privatrecht halten mit Widerruf und Rücknahme oder der Möglichkeit der (außerordentlichen) Kündigung, gegebenenfalls gegen Schadensersatz für den rechtswidrig bevorzugten Marktbesucher, Vorkehrungen für den Fall bereit, dass die öffentliche Hand eine zunächst gewährte Rechtsposition entziehen muss.“ BVerfG, a.a.O.

- o Verfassungsrechtlich setzt Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG die Möglichkeit einer Überprüfung voraus

„Die von den Verwaltungsgerichten vertretene Rechtsauffassung unterläuft einen effektiven Primärrechtsschutz für abgelehnte Marktstandbewerber. Sie führt dazu, dass die veranstaltende Gemeinde eine inhaltliche Kontrolle ihrer Entscheidung nur im Verfahren einer Fortsetzungsfeststellungsklage oder im Rahmen eines Schadensersatzprozesses wegen eines Amtshaftungsanspruchs zu gewärtigen hätte. Das von Art. 12 I GG geschützte Recht des Bf. auf Ausübung seines Berufes als Marktbesucher oder Teilnahme an einer korrekten Bewerberauswahl zu diesem Jahrmarkt ist aber bereits mit der verzögerten oder verweigerten Sachentscheidung im einstweiligen Rechtsschutz unwiederbringlich verloren, ohne dass eine von Art. 19 IV GG geforderte inhaltliche Überprüfung der Vergabeentscheidung durch ein Gericht stattgefunden hätte.“ BVerfG, Beschl. v. 15.8.2002, NJW 2002, 3691, 3692.

bb. Ermessensfehler?

- Zulassungsanspruch nach § 70 I GewO wird bei begrenzter Platzkapazität nach § 70 III GewO Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung über die Zulassung zu dem Volksfest.
- Prüfung, ob sachlich gerechtfertigter Grund für Auswahlentscheidung vorliegt
- Falls Auswahl ermessensfehlerhaft, Prüfung, ob nur eine Auswahlentscheidung zu Gunsten des Antragstellers rechtmäßig wäre, also das behördliche Auswahlermessen auf null reduziert ist

„Da sich der nach § 70 I GewO grundsätzlich bestehende Zulassungsanspruch bei begrenzter Kapazität gemäß § 70 III GewO auf einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung über die Zulassung zu dem Volksfest (Auswahlentscheidung) umwandelt, kann das Beschwerdegericht die Antragsgegnerin nur dann zur Zulassung der Antragstellerin verpflichten, wenn dieses Ermessen auf Null reduziert ist.“ OVG Hamburg, Beschl. v. 19.7.2010, 4 Bs 157/10, S.4.

- Gewerbeordnung gibt in § 70 GewO keine Kriterien zur Auswahl vor; nach dem Grundsatz der Marktfreiheit aus § 70 I GewO entscheidet grundsätzlich der Veranstalter über Kriterien
- Aber: Bindung durch allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 I GG iVm bisheriger Praxis und den „Richtlinien für die Vorbereitung von Volksfesten auf dem Heiligengeistfeld“, und Willkürverbot

(a) Zulassung eines dritten Selbstfahrgeschäfts „Autoscooter“?

- Ermessensfehler dadurch, dass Behörde N nicht als dritten Anbieter von Autoscooter-Fahrgeschäften zugelassen hat?
 - Richtlinie, die als bisherige Praxis über Art. 3 I GG zur Selbstbindung führen, sieht ein buntes, abwechslungsreiches Bild durch eine Vielzahl von Anbietenden vor. Behörde steht bei der Umsetzung insoweit ein Spielraum zu.

„Hieraus folgt zwar die Verpflichtung der Antragsgegnerin, Bewerber aus vielen unterschiedlichen Sparten für das Volksfest zuzulassen. Welche und wie viele Betriebsarten zugelassen werden und wie viele Bewerber aus derselben Sparte teilnehmen dürfen, hat die Antragsgegnerin aber im Rahmen des ihr nach der Richtlinie zustehenden weiten Ermessensspielraums zu bestimmen. Dass die Entscheidung der Antragsgegnerin, für den Sommerdom 2010 nur zwei Selbstfahrgeschäfte zuzulassen auf unsachgemäßen Erwägungen beruht, wie die Antragstellerin meint, ist nicht glaubhaft gemacht.“ VG Hamburg, Beschl. v. 14.7.2010, 11 E 1778/10, S.7

- Sachwidrige Ungleichbehandlung gegenüber der Zulassungspraxis auf dem Winterdom? (-), da wetterbedingt unterschiedliche Schwerpunktsetzung einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung darstellt.

Dazu das VG Hamburg, Beschl. v. 14.7.2010, 11 E 1778/10, S.7: „Auch der Umstand, dass regelmäßig im Winterdom drei Skooter teilnehmen durften und dass darüber hinaus auch im letzten Sommerdom 2009 und im Frühlingsdom 2010 drei Autoskooter-Fahrgeschäfte – darunter das der Antragstellerin – zugelassen wurden, spricht noch nicht für eine unsachgemäße Entscheidung der Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin hat vielmehr in nicht zu beanstandender Weise erwogen, den Sommerdom 2010 insoweit anders auszugestalten als im letzten Jahr und nur zwei Skooter zuzulassen, u.a. weil sie den Schwerpunkt auf größere und spektakuläre Fahrgeschäfte setzen wollte.“

(b) „Bekannt und Bewährt“, Richtlinie IV Nr. 7

- Kriterium „bekannt und bewährt“ berücksichtigt zum einen die bisher gezeigte Eignung und zum anderen die Akzeptanz beim Publikum, stellt also grundsätzlich ein sachgerechtes Kriterium dar.
- Das Kriterium kann den Zugang zum Markt für neue Anbieter jedoch dauerhaft verschließen und gegen das Gebot der Chancengleichheit verstoßen.

Die Bekl. hat sich bei ihrer Auswahlentscheidung nach ihrem eigenen Bekenntnis von der Erwägung leiten lassen, nicht nur im Jahre 1981, sondern auf unbegrenzte Zeit das Merkmal »bekannt und bewährt« bei der Platzverteilung ausschlaggebend sein zu lassen. Damit basiert ihre Entscheidung auf einem Auswahlverfahren, das Bewerbern, die dem Kreis der bekannten und bewährten Unternehmen nicht angehören, auf unabsehbare Zeit die Teilnahme am Frühjahrsmarkt verschließt.

Eine Auswahlentscheidung, der ein System zugrunde liegt, das Neubewerbern oder Wiederholungsbewerbern von der Art der Kl., die nicht kontinuierlich auf dem Markt vertreten waren, weder im Jahre der Antragstellung noch in einem erkennbaren zeitlichen Turnus eine Zulassungschance einräumt, liegt in jedem Falle außerhalb der Ermessensgrenzen des § 70 III GewO. [...] Die der Marktfreiheit immanente Zulassungschance muss zwingend durch das im Rahmen des § 70 III GewO angewandte Auswahlverfahren garantiert sein. Dies ist aber gerade bei der von der Bekl. gegenüber der Kl. praktizierten Verfahrensweise nicht der Fall, bei der die Zulassungschance der Kl. ausschließlich von dem Teilnahmewillen der privilegierten Unternehmen und deren Fähigkeit abhängt, durch entsprechende Leistungen den erworbenen Bekanntheits- und Bewährungsgrad zu behaupten.“ BVerwG, Urt. v. 27.4.1984, DVBl 1984, 1071, 1072.

- Hier sorgt Behörde für hinreichende Chancen neuer Bewerber, vgl. die Zulassung des N zum Frühlingsdom 2011.
- Auch musste Bekanntheit und Bewährung des N auf dem Winterdom, also einer anderen Veranstaltung, im Hinblick auf die unterschiedliche Ausrichtung nicht zwangsläufig berücksichtigt werden (aA mit entsprechender Argumentation gut vertretbar).

(c) Attraktivität der Geschäfte

- Auswahlkriterium der „größeren Attraktivität“ ist im Hinblick auf Chancengleichheit und den Beitrag zum Gelingen des Marktes grundsätzlich sachgerecht, vgl. OVG Münster, Urt. v. 02.07.2010, 4 B 643/10).
- Beurteilung der Attraktivität von einer höchstpersönlichen Wertung abhängig => Ermessensspielraum des Veranstalters

„Die Beurteilung der Attraktivität der einzelnen Betriebe enthält subjektive Elemente und ist letztlich das Ergebnis höchstpersönlicher Wertungen. Das Gericht könnte nur seine eigenen - nicht notwendig richtigeren - Einschätzungen an die Stelle derjenigen des Veranstalters setzen. Dem Veranstalter steht deshalb insoweit ein Freiraum zu, der gerichtlich nur darauf überprüft werden kann, ob die Beurteilung aufgrund zutreffender Tatsachen erfolgt ist, ob nicht gegen Denkgesetze oder allgemein gültige Wertmaßstäbe verstoßen worden ist, ob keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind und ob keine Verfahrensfehler gemacht wurden. Die dem Veranstalter eröffnete Einschätzungsprärogative schließt - innerhalb der erwähnten Grenzen - auch die Befugnis ein, zwischen mehreren für die Attraktivität bedeutsamen Merkmalen - mögen die Unterschiede auch geringfügig sein - zu gewichten.“ OVG Münster, Beschl. v. 2.7.2010, 4 B 643/10, Rn. 5.

- Veranstalter muss Kriterien für Attraktivität festlegen und bekannt geben, hier nach Richtlinie IV Nr.8 „Eignung des Geschäftes“: Angebot und äußerer Eindruck
- Eignung für Menschen, die auf Rollstuhl angewiesen sind, hinreichend berücksichtigt?
 - Relevanz der Barrierefreiheit plausibel und zudem durch eidesstaatliche Versicherung glaubhaft gemacht, § 123 III VwGO i.V.m. §§ 929 II, 294 I ZPO
 - Behörde verneinte hingegen im Widerspruchsbescheid etwaige Qualitätsunterschiede zwischen den Autoscootern der Mitbewerber und N; spätestens nach Vorlage der eidesstattlichen Versicherung hätte Behörde diese Prämisse überdenken müssen.

„Das im gerichtlichen Verfahren vertiefte und konkretisierte Vorbringen der Antragstellerin hätte jedoch dazu führen müssen, die Auswahlentscheidung, die auf der Grundlage des bislang allein bekannten, jedoch - wie sich gezeigt hat - nicht vollständigen Sachverhalts getroffen worden war, zu überprüfen. Denn bei einem Verfügungsbegehren wie dem vorliegenden kommt es hinsichtlich der Sach- und Rechtslage einschließlich der Ermessensausübung auf den Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Tatsachenentscheidung an. Die Behörden sind deshalb verpflichtet, die Rechtmäßigkeit ihrer Verfügung verfahrensbegleitend zu überprüfen und die Ermessensentscheidung ggf. anzupassen.“ OVG Hamburg, Beschl. v. 19.7.2010, 4 Bs 157/10, S.6.
 - Sachverhalt insoweit unzutreffend ermittelt; Ermessensentscheidung folglich fehlerhaft

cc. Ermessensreduzierung auf Null?

- Andere Ermessensentscheidung als Auswahl des N im Hinblick auf die normative Bedeutung der besonderen Berücksichtigung behinderter Menschen ermessensfehlerhaft; folglich Ermessensreduktion auf null (aA mit entsprechender Argumentation vertretbar; dann Folgeproblem: Verpflichtung zur „einstweiligen Ausübung des Ermessens im einstweiligen Rechtsschutz möglich?); zur Ermessensreduktion das OVG-Hamburg:

„Die Antragsgegnerin ist wie alle hamburgischen Behörden in besonderem Maße verpflichtet, Belange behinderter Menschen zu berücksichtigen. Diese Verpflichtung folgt aus § 6 S. 1 des Hamburgischen Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen vom 21. März 2005 (HmbGVBl. S. 75; im Folgenden: HmbGGbM). Danach sollen u.a. die Behörden der Freien und Hansestadt Hamburg im Rahmen ihres Aufgabenbereiches die in § 1 dieses Gesetzes genannten Ziele fördern und bei der Planung von Maßnahmen beachten. Ziel des Gesetzes ist es nach § 1 S. 1 HmbGGbM, die Benachteiligung behinderter Menschen zu beseitigen und zu verhindern sowie die gleichberechtigte Teilhabe behinderter Menschen am Leben in der Gesellschaft zu gewährleisten und ihnen eine selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen. Die Verbindung zwischen diesen Zielen und der ausdrücklich für alle Träger öffentlicher Gewalt begründeten Verpflichtung, im Rahmen ihrer jeweiligen Aufgaben diese Ziele zu fördern und bei ihren Planungen und Maßnahmen zu beachten, zeigt die besondere Bedeutung, die das Gesetz dieser Verpflichtung beimisst. Die Belange behinderter Menschen sollen nicht nur in solchen Bereichen gewahrt werden, in denen es speziell

um die Gewährung von Leistungen und Hilfen für behinderte Menschen geht, sondern deren Belange sollen auch in allen anderen Lebensbereichen umfassend beachtet und im Ergebnis gefördert werden. Das bedeutet, dass die Antragsgegnerin dann, wenn sie die konkrete Zusammensetzung der Geschäfte auf einem Volksfest plant oder zwischen verschiedenen Bewerbern auswählen muss, die Belange behinderter Menschen zu berücksichtigen hat und dabei die Ziele des Gesetzes fördern soll. Auch bei der Gestaltung eines Volksfestes soll also die Benachteiligung behinderter Menschen verhindert und es ihnen ermöglicht werden, am Leben in der Gesellschaft gleichberechtigt teilzuhaben. Eine Maßnahme, diese Ziele zu erreichen, ist es, Fahrgeschäfte zuzulassen, die – anders als herkömmliche Fahrgeschäfte – von behinderten Menschen selbständig genutzt werden können. Dies bietet nach dem glaubhaft gemachten und von der Antragsgegnerin nicht in Zweifel gezogenen Vorbringen der Antragstellerin gerade ihr Fahrgeschäft. Gründe, die es ausnahmsweise rechtfertigen könnten, trotz dieser gesetzlichen „Soll-Regelung“ den Belangen der Rollstuhlfahrer bei der Gestaltung des Frühlingssoms oder der Auswahl zwischen den Bewerbern ausnahmsweise nicht Rechnung zu tragen, sind weder von der Antragsgegnerin vorgetragen worden noch sonst ersichtlich.“ OVG Hamburg, Beschl. v. 19.7.2010, 4 Bs 157/10, S. 7.

3. Anordnungsgrund

- einstweilige Anordnung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig? Ja, denn Abwarten bis zur Hauptsacheentscheidung würde Teilnahmeanspruch vereiteln.

III. Ergebnis

Der Antrag des N ist zulässig und begründet und hätte damit Aussicht auf Erfolg.