

Lösung Fall 5

ÜBERSICHT

A. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I VwGO

⇒ öffentlich-rechtliche Streitigkeit?

Streitentscheidende Normen: §§ 535 ff. BGB ⇔ Art. 21 GO

⇒ Zwei Stufentheorie: Frage des "Ob" immer öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Hintergrund: keine Flucht ins Privatrecht

⇒ Volksfest öffentliche Einrichtung?

Voraussetzungen:

- öffentlicher Zweck,
- Widmung für diesen öffentlichen Zweck,
- faktische Indienststellung der Einrichtung und
- Verfügungsgewalt eines Trägers öffentlicher Gewalt

hier (+) ⇒ öffentlich-rechtliche Streitigkeit (+)

⇒ § 40 I S.1 VwGO (+)

B. Zulässigkeit der Klage

I. Klageart

Klagebegehren: Zuteilung eines Platzes

⇒ alleinige Anfechtung der Zuteilung an K (-)

⇒ alleinige Versagungsgegenklage?

Problem: einziger Platz bereits an K vergeben

e.A.: Behörde, die zur Neubescheidung verurteilt wird, hebt von sich aus Vergabe an K auf

h.M.: effektiver Rechtsschutz nur durch Kombination von Verpflichtungsklage und Anfechtungsklage ⇒ statthaft zunächst Anfechtungsklage

II. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Drittanfechtung ⇒ keine Berufung auf Adressatenstellung, aber mögliche Verletzung in Rechten aus Art. 21 GO

III. Vorverfahren, § 68 VwGO

Vorverfahren entbehrlich, § 68 I S.2 VwGO, Art. 15 II AGVwGO.

IV. Klagefrist

Problem: Klage nur gegen eigene Ablehnung erhoben, aber Auslegung des Klagebegehrens

C. Notwendige Beiladung des K gemäß § 65 II VwGO

D. Begründetheit der Klage

Passivlegitimation & § 113 I S.1 VwGO

I. Passivlegitimiert gemäß § 78 I Nr.1 VwGO Stadt Regensburg

II. Objektive Rechtmäßigkeit der Vergabe an K

1. Voraussetzungen des Art. 21 GO

a) K Gemeindeeinwohner i.S.d. Art. 15 I S.1 GO

b) Volksfest ist öffentliche Einrichtung der Gemeinde

c) Benutzung hält sich „i.R.d. allgemeinen Vorschriften“

d) aber: Benutzung öffentlicher Einrichtungen auf deren Kapazität begrenzt

⇒ bei mehreren Bewerbern kein gebundener Anspruch, sondern Auswahlermessen der Gemeinde

2. Ermessensfehler, § 114 S.1 VwGO

⇒ Gericht überprüft nur Rechtmäßigkeit niemals Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung

hier mglw. Ermessensfehlergebrauch

„bekannt und bewährt“ sowie „Attraktivität“ nicht zu beanstanden, aber Kriterium „Doppelverdiener“: Heranziehung verstößt gegen Art. 6 I GG ⇒ sachfremdes Kriterium

⇒ Entscheidung ermessensfehlerhaft

III. M in Recht aus Art. 21 GO auf ermessensfehlerfreie Entscheidung verletzt ⇒ Anfechtungsklage begründet

Zwischenergebnis: Vergabe an K beseitigt ⇒ Verpflichtungsklage auf Zuteilung möglich

A. Verwaltungsrechtsweg (+)

B. Zulässigkeit

I. Versagungsgegenklage statthaft

II. möglicher Anspruch aus Art. 21 GO ⇒ Klagebefugnis (+)

C. Begründetheit der Verpflichtungsklage

I. § 78 I Nr.1 VwGO ⇒ Stadt Regensburg

II. Ablehnung rechtswidrig ⇒ Klage begründet und M dadurch in seinen Rechten verletzt, § 113 V VwGO

III. Problem: Vornahme- oder Bescheidungsurteil?

Spruchreife? ⇒ Vornahmemeinurteil nur, wenn M Anspruch auf Vergabe hat

hier: Gemeinde hat Auswahlermessen bei mehreren Bewerbern ⇒ Anspruch des M nur bei Ermessensreduzierung auf Null

(-), ob M tatsächlich bewährter als K z.T. Zweckmäßigkeitsentscheidung der Gemeinde

⇒ Ermessensreduzierung auf Null (-) ⇒ Gericht erlässt nur Bescheidungsurteil

A. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I VwGO¹

- I. Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs könnte sich aus § 40 I VwGO ergeben. Dafür müsste eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit** gegeben sein. Dies richtet sich nach der wahren Rechtsnatur des behaupteten Anspruchs.

Metz macht geltend, dass die Platzvergabe an K und die eigene Ablehnung der Zulassung zu dem Volksfest der Stadt Regensburg rechtswidrig gewesen sei. Fraglich ist, ob die wahre Natur dieses damit behaupteten Anspruchs öffentlich-rechtlich ist.

1. Dies könnte hier deshalb problematisch sein, weil die Gemeinde bei der Zur-Verfügung-Stellung des Volksfestplatzes auf dem Gebiet der **Leistungsverwaltung** tätig wird und dabei ein Wahlrecht sowohl hinsichtlich der Organisations- als auch hinsichtlich der Kontrahierungsform hat². Soweit sie die Benutzung nach privatrechtlichen Grundsätzen geregelt hat, kommen als streitentscheidende Normen solche des Zivilrechts und damit der ordentliche Rechtsweg in Betracht. Laut Sachverhalt werden von der Stadt „Mietverträge“ abgeschlossen, was für eine privatrechtliche Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse zwischen Stadt und Benutzern spricht. Andererseits gibt **Art. 21 GO** einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf die Benutzung gemeindlicher Einrichtungen.

Entscheidend für die Frage der Rechtswegeröffnung ist, dass Metz hier einen eigenen Zulassungsanspruch geltend macht, er also wissen will, ob er überhaupt einen Anspruch auf Zulassung hat. Nach der sog. **Zwei-Stufen-Theorie** ist zwischen dem „ob“ und dem „wie“ der Benutzung zu differenzieren. Hintergrund dieser Zwei-Stufen-Theorie ist, dass der im öffentlichen Recht begründete Zulassungsanspruch aus Art. 21 GO nicht dadurch entwertet werden darf, dass der Bürger ihn vor den Zivilgerichten geltend machen muss. Um eine solche Entwertung würde es sich aber handeln, wenn der Bürger seinen Zulassungsanspruch vor den Zivilgerichten erstreiten müsste, da dort ein Kontrahierungszwang anders als im öffentlichen Recht grundsätzlich nicht anerkannt ist. Zudem gilt in der ZPO anders als in der VwGO, vgl. § 86 VwGO, nicht der Amtsermittlungsgrundsatz, sondern die sog. Parteimaxime. Die Zwei-Stufen-Theorie will eine solche „Flucht ins Privatrecht“ verhindern.

Soweit über den Zulassungsanspruch gestritten wird („ob“ der Benutzung), könnte sich der Streit nach Art. 21 GO richten und somit öffentlich-rechtlicher Art sein, wenn es sich bei dem Volksfest tatsächlich um eine öffentliche Einrichtung handelt.

Dagegen können Streitigkeiten über das „wie“ der Nutzung sowohl dem öffentlichen als auch dem privaten Recht zugeordnet sein.

Soll sich der Anspruch aus Art. 21 GO ergeben, so muss eine gemeindliche, d.h. **öffentliche Einrichtung** vorliegen. Selbst wenn man unter Ablehnung der Zwei-Stufen-Theorie von einem einheitlichen Benutzungsverhältnis ausgeht³, ergibt sich das gleiche Ergebnis. Die für den Rechtsweg entscheidende Norm ist auch nach dieser Ansicht Art. 21 GO, mithin eine Norm, die ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt verpflichtet.

Anmerkung: An dieser Stelle werden oft weitere Ausführungen zu Art. 21 GO unterlassen, um mit einem pauschalen Verweis auf die Zwei-Stufen-Theorie oder gar die modifizierte Subjektstheorie das Vorliegen der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit zu bejahen. Begründen lässt sich dies etwa damit, dass der Verwaltungsrechtsweg immer dann gegeben ist, wenn ein Anspruch aus Art. 21 GO behauptet wird. Ob dieser Anspruch auch tatsächlich besteht, ist letztlich eine Frage der Begründetheit.

Überzeugender ist es allerdings bereits i.R.d. § 40 VwGO abschließend zu klären, ob eine öffentliche Einrichtung vorliegt. Dies wird deutlich, wenn man sich den Satz „Wahre Natur des behaupteten Anspruchs“ in Erinnerung ruft. Behauptet wird ein Zulassungsanspruch. Dessen wahre Natur aber, ob dieser also öffentlich oder privatrechtlich zu beurteilen ist, kann der Kläger nicht durch seine Behauptung, es handle sich um eine öffentliche Einrichtung, bestimmen, sondern ist vom Richter (bzw. Klausurbearbeiter) bei der Frage des Verwaltungsrechtswegs abschließend festzustellen⁴.

2. Zu prüfen ist damit, ob es sich bei dem Volksfest der Stadt Regensburg um eine öffentliche Einrichtung handelt. Voraussetzungen für das Vorliegen einer öffentlichen Einrichtung sind⁵.

a) ein öffentlicher Zweck,
b) eine Widmung für diesen öffentlichen Zweck,
c) die faktische Indienststellung und
d) die Verfügungsgewalt eines Trägers öffentlicher Gewalt.

- a) Nachdem an das Merkmal des öffentlichen Zwecks keine sehr hohen Anforderungen gestellt werden, ist als öffentlicher Zweck auch die Volksbelustigung als Bestandteil der örtlichen Kulturpflege (vgl. Art. 7 I, 57 I GO und Art. 83 I BV) anzuerkennen.

¹ Vgl. zu diesem Fall die Aufgabe 7 der Ersten Juristischen Staatsprüfung 1996/1 (= BayVBl. 1998, 159 u. 88).

² Vgl. BayVerfGH, NJW 1999, 134; BayVBl. 2005, 443.

³ Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, §17 Rn. 20 ff.

⁴ Vgl. auch BayVGH, BayVBl. 1989, 148.

⁵ Vgl. auch BayVGH, NVwZ-RR 1999, 574 = Life&Law 2000, 58.

- b) Eine Widmung ist grds. eine **Allgemeinverfügung**, durch die eine Sache der Benutzung im Rahmen ihres öffentlichen Zwecks übergeben wird. Dieser Verwaltungsakt i.S.d. Art. 35 S.2 2. Var. BayVwVfG bedarf keiner Form und kann auch konkludent erfolgen, vgl. Art. 37 II BayVwVfG.
- c) Häufig fällt der VA mit dem Merkmal der faktischen Indienststellung der Sache, zusammen. Dient eine Sache einem öffentlichen Zweck und wurde sie auch zu diesem Zweck der Benutzung übergeben, so spricht eine Vermutung dafür, dass sie als öffentliche Einrichtung organisiert ist⁶. Das Volksfest der Stadt Regensburg findet alljährlich statt, sodass von Indienststellung und damit konkludenter Widmung ausgegangen werden kann.
- d) Die Stadt ist auch Eigentümerin des Volksfestplatzes und organisiert dessen Ablauf, sodass ihre Verfügungsbefugnis vorliegt.

Anmerkung: Das Merkmal der „Verfügungsbefugnis“ ist problematisch in Fällen, in denen die Einrichtung durch einen Träger privater Rechte betrieben wird⁷. Hier kann sich bspw. die Gemeinde auch der Einrichtung entledigt und sie damit „entwidmet“ haben, indem sie diese **völlig** auf den Träger privater Rechte übertragen hat. Sie kann aber auch weiterhin Mitspracherechte haben etwa aufgrund eines vertraglichen Vorbehalts oder wegen gesellschaftsrechtlicher Befugnisse. Hier scheidet zwar ein Zulassungsanspruch aus. In Betracht kommt jedoch ein öffentlich-rechtlicher **Verschaffungsanspruch** gegen die Gemeinde⁸. Fraglich ist in einem solchen Fall aber die Klageart. Vertretbar ist eine allgemeine Leistungsklage, da das von der Gemeinde begehrte Handeln - Einwirken auf den Träger der Einrichtung - reines Realhandeln darstellt.

Möglich erscheint auch eine Lösung über die Verpflichtungsklage. Begründen lässt sich dies damit, dass die Entscheidung der Gemeinde über das Bestehen des Verschaffungsanspruchs gegenüber dem Bürger einen Verwaltungsakt darstellt⁹.

Eine öffentliche Einrichtung liegt nach alledem vor, Art. 21 GO ist somit die streitregierende Norm. Folglich ist der Zulassungsanspruch als Streitigkeit der „1. Stufe“ und damit als öffentlich-rechtlich zu beurteilen.

II. Da die Streitigkeit auch **nichtverfassungsrechtlicher Art** ist und eine **abdrängende Sonderzuweisung** nicht besteht, ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 I S.1 VwGO eröffnet.

B. Zulässigkeit der Klage

I. Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren. M möchte seine eigene Zulassung zu dem Volksfest erreichen. Diese Zulassung ist ein Verwaltungsakt im Sinne von Art. 35 S.1 BayVwVfG, dessen Erlass grds. mit der Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage nach § 42 I, 2. Alt. VwGO zu erstreiten wäre. Fraglich ist jedoch, ob M allein mit der Erhebung einer Verpflichtungsklage sein Ziel erreichen kann. M will zwar primär nur die eigene Zulassung erstreiten. Da auf dem Festplatz jedoch nur ein einziger Platz für einen Auto-Scooter zur Verfügung steht und dieser bereits an K vergeben ist, kann M die eigene Zulassung nur erhalten, wenn auch die Zulassung des K beseitigt wird. Der mögliche Anspruch aus Art. 21 GO ist von vornherein auf die vorhandenen Kapazitäten beschränkt. Diese Kapazität besteht in diesem Jahr aus genau einem Auto-Scooter-Platz. Aus Art. 21 GO lässt sich kein Anspruch auf die Erweiterung der Kapazität oder Beibehaltung der Kapazität früherer Jahre ableiten.

Es handelt sich damit hier um die Konstellation der **positiven Konkurrentenklage** in der Form der **Mitbewerberklage**.

Anmerkung: Unter dem Begriff der Konkurrentenklage¹⁰ werden mehrere Fallkonstellationen zusammengefasst:

- Wehrt sich ein Konkurrent lediglich gegen die einem anderen gewährte Begünstigung, ohne aber die eigene Begünstigung zu fordern, spricht man von einer **defensiven oder negativen Konkurrentenklage**. Es handelt sich um eine normale Anfechtungsklage. Oft sind hierbei die Klagebefugnis und das Rechtschutzinteresse problematisch.
- Begehrt der Kläger selbst eine Begünstigung, handelt es sich um eine **positive oder offensive Konkurrentenklage**.

1. Welche Klageart hier die richtige ist, ist umstritten. Mit der alleinigen Anfechtung der Drittbegünstigung ist dem Metz nicht gedient, da diese nur dazu führen kann, dass ein Stellplatz frei wird. Er erreicht somit jedoch nicht seine eigene Zulassung. Aber auch die alleinige Versagungsgegenklage hilft M nicht weiter, da sich diese nur gegen die eigene Versagung und nicht auch gegen die Erteilung des Platzes an K richtet.

⁶ Vgl. BayVGH, BayVBl. 1989, 148 (149).

⁷ Vgl. zu diesem Problem Fall 6 im Kommunalrecht.

⁸ Vgl. zum Ganzen ausführlich Püttner, DVBl. 1975, 353; Maurer, Verwaltungsrecht AT, § 3 Rn. 26 a.E.

⁹ Vgl. auch BayVGH, NVwZ 1999, 1122 = BayVBl. 1999, 656, wonach die Zulassungsentscheidung nicht auf Private übertragen werden darf.

¹⁰ Hemmer/Wüst/Christensen, VerwaltungsR II, Rn. 29.

Diese Verpflichtungsklage kann aber solange keinen Erfolg haben, wie kein Stellplatz frei ist. Der Verpflichtungsklage könnte sogar die Erledigung drohen, wenn die Erteilung an den Mitbewerber bestandkräftig wird.

Es wird daher vertreten, dass zusätzlich zur Verpflichtungsklage eine Anfechtungsklage erhoben werden muss¹¹.

2. Dagegen wird jedoch eingewandt, dass eine solche Lösung nicht praktikabel sei, wenn es sich nicht um einen einzigen, sondern um eine Vielzahl vergebener Plätze handelt. Dann müsse der Kläger, um seine maximalen Chancen zu wahren, jeden einzelnen Zulassungsbescheid anfechten. Dies wäre nicht mit Art. 19 IV GG zu vereinbaren, zumal der Kläger oft gar nicht die anderen Begünstigten kennt¹². Deshalb erkennt das BVerwG für diese Fälle eine auf erneute **Verbescheidung** gerichtete Verpflichtungsklage an¹³. Hat diese Klage Erfolg, so ist nach Ansicht des BVerwG die Behörde aus Rechtsstaatsgesichtspunkten verpflichtet, auch darüber zu entscheiden, ob sie die dem K erteilte Genehmigung nach Art. 48, 49 BayVwVfG aufhebt¹⁴.

Im Fall ist jedoch von vornherein nur ein Platz vergeben worden. Die Anfechtung dieses einen Zulassungsbescheides, der dem M auch mitgeteilt wurde, behindert diesen in seinem Rechtsschutz nicht unverhältnismäßig. Die Argumentation des BVerwG vermag deshalb **in diesem Fall** nicht zu überzeugen¹⁵. Vor allem aber spricht gegen das BVerwG, dass es den für den M **sichersten und effektivsten Weg** darstellt, wenn die dem K erteilte Genehmigung unmittelbar durch das Gericht beseitigt wird und der M insoweit nicht auf die Entscheidung der Behörde angewiesen ist¹⁶.

Anmerkung: Auch das BVerwG hat diese Kombination von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in einer späteren Entscheidung, in der es ebenfalls um die Erteilung einer einzigen Erlaubnis ging, zugelassen¹⁷.

M muss daher zunächst eine **Anfechtungsklage gegen den Zulassungsbescheid des K** erheben.

Sollte er damit erfolgreich sein, muss M noch eine **Verpflichtungsklage** gerichtet auf die eigene Zulassung zum Volksfest erheben. Richtige Klageart ist nach alledem zunächst die Anfechtungsklage gemäß § 42 I 1. Alt. VwGO.

Anmerkung: Vertretbar ist es hier natürlich auch, mit dem BVerwG sofort und ausschließlich eine Verpflichtungsklage zu erheben.

II. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

M ist nicht Adressat der an K erteilten Genehmigung. Es handelt sich also um eine Drittanfechtung. M wäre demnach dann klagebefugt, wenn er geltend machen kann, durch die Zulassung des K möglicherweise in eigenen subjektiven Rechten verletzt zu sein. Dies könnte dann der Fall sein, wenn M einen möglichen Anspruch auf Zulassung zu dem Volksfest geltend machen könnte, der durch die Zulassung des K beeinträchtigt wäre. Ein solcher Anspruch könnte sich möglicherweise aus Art. 21 I GO ergeben. Da nur eine Zulassung möglich ist, verletzt eine rechtswidrige Zulassung des K den M in seinem möglichen Zulassungsanspruch¹⁸.

Eine Klagebefugnis könnte sich aber auch zumindest möglicherweise aus den Grundrechten der Art. 12 I, Art. 6 I und Art. 3 I i.V.m. II GG ergeben. Der Zulassungsverwaltungsakt gegenüber K und die Ablehnung gegenüber M beruhen auf derselben Auswahlentscheidung, sodass M durch beide VAE gleichermaßen in seinen Rechten verletzt sein kann.

III. Vorverfahren, § 68 VwGO

Gemäß § 68 I VwGO ist vor Erhebung einer Anfechtungsklage grundsätzlich ein Vorverfahren durchzuführen. Hier greift allerdings § 68 I S.2 VwGO, Art. 15 II AGVwGO, so dass das Vorverfahren entfällt.

IV. Klagefrist

Problematisch ist allerdings die Wahrung der Klagefrist, die nach § 74 I S.2 VwGO einen Monat seit Bekanntgabe des angefochtenen Verwaltungsakts beträgt.

Die Zulassung des K wurde dem M zugleich mit der Ablehnung seines Antrags bekannt gegeben. Dieser Bescheid wurde am 02.07.07 mit Einwurfeinschreiben zur Post gegeben.

Ein Einwurfeinschreiben ist nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 4 I BayVwZG keine Zustellung i.S.d. Art. 41 V BayVwVfG.¹⁹

¹¹ Pietzner/Ronellenfisch, § 16 Rn. 2.

¹² Kopp/Schenke, § 42 VwGO, Rn. 48.

¹³ BVerwGE 80,270 für den Bereich des GüKG.

¹⁴ Zumindest liegt eine Verletzung von Art. 19 IV GG vor, wenn über die Verbescheidungsklage mit der Begründung nicht entschieden wird, die Plätze seien bereits vergeben, BVerfG NJW 2002, 3691 = DVBl. 2003, 257 = BayVBl. 2003, 303.

¹⁵ Kopp/Schenke, § 42 VwGO, Rn. 48.

¹⁶ OVG Magdeburg, NVwZ 1996, 815.

¹⁷ BVerwG, JuS 1995, 883.

¹⁸ Vgl. auch BVerwG, DVBl. 2000, 1614 = Life&Law 2001, 274.

¹⁹ Vgl. auch BVerwG, DVBl. 2001, 477.

Hier wird die Übergabe des Schriftstücks an den Empfänger nicht durch dessen Unterschrift dokumentiert, sondern das Einschreiben lediglich wie ein gewöhnlicher Brief in den Briefkasten eingeschmissen. Dieses Einwurfeinschreiben ist als einfacher Brief i.S.d. Art. 41 II BayVwVfG zu qualifizieren.²⁰

Dieser gilt somit am 05.07.2007 als bekannt gegeben, Art. 41 II BayVwVfG. Dass M den Brief tatsächlich bereits am 03.07.2007 erhalten hat, ist irrelevant. Die Monatsfrist begann somit gemäß §§ 57 II VwGO, 222 ZPO, § 187 I BGB am 06.07.2007 und endete gemäß § 188 II BGB am 05.08.2007. Da dies ein Sonntag ist, verschiebt sich das Fristende nach § 193 BGB auf Montag, den 06.08.2007.

Die Anfechtungsklage könnte somit im Zeitpunkt des Beratungsgesprächs am 14.08.2007 nicht mehr fristgerecht erhoben werden. Anhaltspunkte für eine unverschuldete Fristversäumung und damit für eine Wiedereinsetzung nach § 60 I VwGO sind nicht ersichtlich.

Allerdings kann die von M selbst erhobene Klage, die sich dem Wortlaut nach nur gegen seine Ablehnung richtet, auch unmittelbar als Anfechtung der Zulassung des K ausgelegt werden, § 88 VwGO. Das Gericht ist an die Fassung des Wortlauts gerade nicht gebunden. Das Begehren des M ist darauf gerichtet, den an K vergebenen Platz noch zu erhalten. Wenn hierfür auch eine Anfechtungsklage notwendig ist, muss die Klage des M vom Gericht entsprechend interpretiert werden, Art. 19 IV GG.

Die Klage ist damit fristgerecht erhoben.

Anmerkung: Diese Problematik hätten Sie auch unmittelbar i.R.d. Statthaftigkeit erörtern können.

V. Metz ist **beteiligungs- und prozessfähig**, § 61 Nr.1 und § 62 I Nr.1 VwGO. Die Stadt Regensburg ist gemäß § 61 Ziff. 1 VwGO beteiligungsfähig und wird gemäß § 62 III VwGO, Art. 38 I GO durch ihren ersten Bürgermeister vertreten.

Das angerufene VG Regensburg ist nach §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO zuständig.

Ergebnis: Die Anfechtungsklage des Metz ist somit zulässig.

C. Beiladung

K ist gemäß § 65 II VwGO dem Verfahren notwendig beizuladen.

D. Begründetheit der Klage

I. Die Klage des Metz ist gemäß § 78 I Nr.1 VwGO gegen die Stadt Regensburg zu richten.

II. Im Übrigen ist die Klage begründet, wenn die Zulassung des K rechtswidrig war und M dadurch in seinen Rechten verletzt ist, § 113 I 1 VwGO.

Die Zulassung des K wäre rechtswidrig, wenn die Voraussetzungen für eine Zulassung nicht gegeben gewesen wären oder die Behörde ein ihr eventuell zustehendes Ermessen falsch ausgeübt hätte.

Anmerkung: Zur formellen Rechtmäßigkeit finden sich keine Sachverhaltsangaben, so dass diese hier nicht weiter erörtert wurde. Problematisch könnte bspw. die Organkompetenz, also die Frage sein, ob für die Zulassung der Bürgermeister oder der Gemeinderat zuständig ist. Nach h.M. handelt es sich bei der Zulassung nur bei größeren Gemeinden um eine laufende Angelegenheit i.S.d. Art. 37 I Nr. 1 GO, so dass nach Art. 29 GO der Gemeinderat zuständig ist²¹.

Die Zuständigkeitsregelungen des Art. 29, 37 GO sind zwingend und wirken sich auch auf die Rechtmäßigkeit der Maßnahme aus²²!

1. Voraussetzungen des Art. 21 GO

Gemäß Art. 21 GO sind alle Angehörigen einer Gemeinde berechtigt, deren öffentliche Einrichtungen i.R.d. bestehenden allgemeinen Vorschriften zu benutzen.

- a) K ist als Einwohner der Stadt Regensburg Gemeindeangehöriger, vgl. Art. 15 I S.1 GO.
 - b) Das Volksfest ist, wie oben festgestellt, eine öffentliche Einrichtung der Gemeinde.
 - c) Die Benutzung müsste sich „i.R.d. **allgemeinen Vorschriften**“ halten.²³
- (1) Das bedeutet zunächst eine Zulassung nur i.R.d. Widmungszweckes. Eine solche wird hier begehrt.
 - (2) Weiterhin dürfte aus der Benutzung keine **Gefährdung** der Einrichtung selbst resultieren. Dies spielt häufiger bei Benutzung von Stadthallen eine Rolle, ist hier aber irrelevant.
 - (3) Schließlich dürfte die Benutzung auch sonst nicht rechtswidrig sein, d.h. nicht gegen sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften, v.a. sicherheitsrechtlicher Art, verstoßen.

All diese Bedenken stehen der Zulassung des K zum Volksfest hier nicht entgegen. Danach könnte er einen Anspruch auf Zulassung gehabt haben.

²¹ BayVGH BayVBl. 2003, 501; 2004, 494.

²² BayVGH BayVBl. 2004, 494, insbesondere eine Unbeachtlichkeit nach Art. 46 GO scheidet aus.

²³ Es erscheint vertretbar nur die Besucher, nicht aber auch die Schausteller als Benutzer i.S.d. Art. 21 GO anzusehen, wie hier aber der BayVGH, m.w.N. BayVBl. 2003, 501.

²⁰ Vgl. zu den Begriffen Zustellung und Bekanntgabe auch Life&Law 2007, Heft 1.

Insbesondere ist Art. 21 I S.1 GO zunächst keine Ermessensnorm! Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen gibt er vielmehr eine Berechtigung zur Benutzung.

- d) Allerdings ist die Benutzung öffentlicher Einrichtungen denknotwendig auf deren Kapazität begrenzt. Art. 21 I S.1 GO gibt auch keinen Anspruch auf räumliche Erweiterung öffentlicher Einrichtungen²⁴. Falls also mehr Bewerber vorhanden sind als Kapazitäten, besteht ein Ermessen des Trägers der Einrichtung hinsichtlich der dann notwendig werdenden Auswahlentscheidung unter den Bewerbern.

An dieser Stelle ist deshalb festzuhalten, dass ein Anspruch des K auf Zulassung zu dem Volksfest nicht bestand, da nicht ersichtlich ist, weshalb das Ermessen der Stadt hinsichtlich seiner Zulassung auf Null reduziert gewesen sein sollte. Neben K gab es insbesondere noch weitere Bewerber, die dasselbe Fahrgeschäft anbieten wollten, nämlich den M.²⁵

2. Ermessensfehler

Daher ist nun weiter zu prüfen, ob die Stadt ermessensfehlerhaft gehandelt hat, insbesondere ihrer Entscheidung fehlerhafte Auswahlkriterien zugrunde gelegt hat und deshalb die Zulassung des K rechtswidrig war.

Dabei sind die Grenzen des § 114 S.1 VwGO zu berücksichtigen, sodass nur **Ermessensfehler** zu einer Beurteilung als rechtswidrig führen können²⁶. Dabei ist gemäß §114 S.1 VwGO zu überprüfen, ob die **rechtlichen Grenzen** des Ermessens **überschritten** sind (§114 S.1, 1.Alt. VwGO) oder vom Ermessen **in einer nicht den Zweck der Ermächtigung entsprechender Weise Gebrauch gemacht wurde** (§114 S.1, 2.Alt. VwGO). Fraglich ist damit, ob entweder eine **Ermessensüberschreitung** vorliegt oder das Verfahren der Ermessensbetätigung, der **Ermessensgebrauch**, fehlerhaft war. Letzteres ist dann der Fall, wenn ein **Ermessensausfall**, ein **Ermessensfehlgebrauch** oder ein **Ermessensdefizit** vorliegt.

- a) Hier hat die Stadt Gründe für ihre Entscheidung angegeben, sodass **Ermessensnichtgebrauch** ausscheidet. Auch lag die getroffene Entscheidung innerhalb des der Stadt auf der Rechtsfolgenreise zur Verfügung stehenden Entscheidungsspielraums, sodass insoweit keine **Ermessensüberschreitung** vorliegt.

- b) **Ermessensfehlgebrauch** läge demgegenüber vor, wenn sachwidrige oder Grundrechtspositionen verkennende Kriterien zu der Entscheidung geführt hätten, sog. Heranziehungsüberhang.

Anmerkung: Während die Ermessensüberschreitung bereits dem Tenor des VAs zu entnehmen ist, benötigt man für die Feststellung des Ermessensfehlgebrauchs die Mitteilung der Gründe der Verwaltung. Sind die Entscheidungsgründe im Sachverhalt mitgeteilt, ist dies meist ein Indiz für einen Ermessensfehlgebrauch.

Der von der Stadt herangezogene „Katalog“ stellt dafür Ermessensrichtlinien auf, die für sich gesehen nach außen nicht bindend sind, sondern nur Verwaltungsvorschriften darstellen. Eine Bindungswirkung nach außen kann hier nur über die Grundsätze der Selbstbindung der Verwaltung, Art. 3 I GG, eintreten²⁷.

Hier hat die Stadt als Kriterien für die Ablehnung genannt, dass ein anderes Fahrgeschäft attraktiver sei, und er im Verhältnis zu den restlichen Bewerbern zurückstehen müsse, da seine Ehefrau Frieda ebenfalls zugelassen wurde. Fraglich ist, ob dies sachgerechte Zulassungskriterien sind.

Anmerkung: Ausdrücklich hat die Stadt mit diesen Argumenten nach den Sachverhaltsangaben zwar nur die Ablehnung gegenüber M begründet. Da diese Ablehnung und die Zulassung des K aber auf einer einheitlichen Ermessensentscheidung beruhen, können diese Gründe auch i.R.d. Anfechtungsklage herangezogen werden.

- (1) Das Kriterium „**bekannt und bewährt**“ ist i.R.d. Zulassung zu einem Volksfest ein grundsätzlich taugliches und zulässiges Auswahlkriterium²⁸.

Anmerkung: Problematisch ist dieses Kriterium nur, wenn sich auch Neubewerber um einen Stellplatz bemühen. Dann würde dieses Kriterium als alleiniges zu einem faktischen Berufsverbot und somit zu einem Verstoß gegen Art. 12 GG führen, da ein Neubewerber nie die Möglichkeit hätte einen Stellplatz zugeeilt zu bekommen. Das Kriterium „bekannt und bewährt“ ist dann nur in Kombination mit anderen Kriterien zulässig.

²⁴ BVerwG, DÖV 1982, 82; BayVGh, NVwZ 1982, 121

²⁵ Vgl. hierzu BVerwG, NVwZ 2008, 1024 = Life&Law 2008, 753.

²⁶ Vgl. zur gerichtlichen Kontrolle von Ermessensfehlern Life&Law 1998, 739.

²⁷ Vgl. VGh Mannheim, NVwZ 1999, 547 = Life&Law 1999, 463 zu einem Ermessensfehlgebrauch bei Verkennen der Selbstbindung; vgl. auch BayVGh, NVwZ-RR 1999, 574 = Life&Law 2000, 58, wonach eine Änderung solcher Richtlinien grds. auch nach Antragstellung möglich ist; die Richtlinie führt im Innenverhältnis zu einer Bindung, muss aber im Außenverhältnis nicht zu einem Ermessensausfall führen, BayVGh BayVBl. 2005, 50 = Life&Law 2005, 340.

²⁸ Vgl. m.w.N. BayVGh, NVwZ-RR 1999, 574 ff. = Life&Law 2000, 58.

Unzulässig ist dieses Kriterium, wenn es um die Benutzung einer städtischen Schwimmhalle durch einen Sportverein geht, da durch diese Benutzung, anders als bei einer Teilnahme an einem Volksfest, keine Gefahren für die Allgemeinheit verursacht werden²⁹.

- (2) Auch eine Auswahl nach der **Attraktivität des Fahrgeschäftes** ist nicht ermessensfehlerhaft. Dabei ist erneut zu berücksichtigen, dass wegen § 114 S.1 VwGO nicht darüber zu entscheiden ist, welches Fahrgeschäft tatsächlich attraktiver ist, sondern nur darüber, ob dieses Kriterium sachfremd ist. Insoweit ist aber zu berücksichtigen, dass ein derartiges Volksfest gerade durch die Anzahl seiner Besucher zum Anziehungspunkt in einer Stadt wird und sich diese gerade von neuen oder lange nicht mehr vertretenen Schaustellerbetrieben beeindruckten lassen³⁰.

- (3) Die Fehlerhaftigkeit der Auswahl könnte aber darin begründet sein, dass K gegenüber seinem Mitbewerber M, der ein ähnliches Fahrgeschäft angeboten hatte, bevorzugt wurde.

Grundsätzlich legt die Stadt Wert auf das Kriterium „bekannt und bewährt“. Da sie die Organisationshoheit für ihre öffentlichen Einrichtungen hat und auch für deren Funktionieren die Verantwortung trägt, muss es ihr auch offen stehen, bereits bekannten und bewährten Zulassungsbewerbern grds. den Vortritt zuzubilligen. Hier hat sie einem Bewerber, der wegen der Vorfälle aus dem Vorjahr nicht gleich bewährt erscheint wie M, den Vorzug gegeben. Ob dies als Ermessensfehler bewertet werden kann, erscheint allerdings fraglich, da die Einschätzung als bewährt letztlich auch auf Zweckmäßigkeitserwägungen der Gemeinde beruhen kann. Das Gericht ist jedoch nach § 114 S.1 VwGO allein auf die Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt.

- (4) Ein Ermessensfehler könnte aber in der Begründung liegen, dass M bei gleichzeitiger Zulassung seiner Ehefrau als „Doppelverdiener“ zurückstehen müsse. Das Kriterium „Doppelverdiener“ könnte gegen den grundgesetzlichen Schutz von Ehe und Familie verstoßen, Art. 6 I GG. Die in Art. 6 I GG enthaltene Verpflichtung zum Schutz der Ehe durch die staatliche Ordnung umfasst positiv die Aufgabe, Ehe und Familie vor Beeinträchtigungen zu bewahren und zu fördern, sowie negativ das Verbot sie zu schädigen oder sonst zu beeinträchtigen³¹. In letzterer Hinsicht enthält Art. 6 I GG auch ein spezielles Diskriminierungsverbot.³²

Hieraus resultiert, dass Eheleute nicht allein deshalb, weil sie verheiratet sind, von der Staatsgewalt benachteiligt werden dürfen. Die eheliche Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft kann zwar zum Anknüpfungstatbestand für wirtschaftliche Rechtsfolgen genommen werden. Jedoch müssen sich für eine Differenzierung zu Lasten Verheirateter aus der Natur des geregelten Lebensverhältnisses einleuchtende Sachgründe ergeben.

Die Berücksichtigung der durch die eheliche Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft gekennzeichneten besonderen Lage der Ehegatten darf bei der konkreten Maßnahme den Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft nicht widersprechen, d.h. nicht als Diskriminierung der Ehe anzusehen sein³³. Die Eheleute betreiben hier getrennte Schaustellergeschäfte. Es wäre nicht gerechtfertigt, die Eheleute hier als einheitliches Unternehmen anzusehen und sie daher nur einmal in Bezug auf die Tätigkeit der Ehefrau zuzulassen. Die Stadt hat dies auch nicht getan, sondern ihre Entscheidung damit begründet, dass „Doppelverdiener“ zurückstehen müssten.

Diese Argumentation widerspricht jedoch den Gerechtigkeitsvorstellungen, da sie die Eheleute diskriminiert. Zwar wirtschaften die Eheleute letzten Endes „in einen Topf“, jedoch wäre dies nur dann ein sachlicher Anknüpfungspunkt und mit Art. 6 I GG vereinbar, wenn die Eheleute für ihren jeweiligen Gewerbebetrieb typischerweise Ausgaben ersparen oder ihr geschäftliches Risiko mindern würden, was hier nicht der Fall ist. Die Eheleute ersparen hier praktisch keine Ausgaben, da sie unabhängig voneinander auftreten und z.B. keine gemeinsamen Arbeitnehmer beschäftigen. Jeder von ihnen trägt sein jeweiliges geschäftliches Risiko.

Die Stadt Regensburg hat demnach mit ihrer Entscheidung gegen Art. 6 I GG verstoßen, sodass die darauf beruhende Zulassung des K rechtswidrig war.

- III. M wurde dadurch auch in seinen Rechten verletzt. Da der Stadt - wie dargelegt - Ermessen eingeräumt war, ist ein positiver Zulassungsanspruch des M zweifelhaft. Die Anspruchsnorm des Art. 21 I S.1 GO gewährt aber in diesen Fällen wenigstens ein Recht des einzelnen auf ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung, gegen welches hier verstoßen wurde.

Ergebnis: Die Anfechtungsklage des Metz ist nach alledem begründet.

²⁹ BayVGH, BayVBl. 1997, 694.

³⁰ BayVGH, BayVBl. 1991, 370.

³¹ BVerfGE 55, 126 f.

³² BVerfG FamRZ 2005, 2047 = Life&Law 2006, 55.

³³ BVerfGE 32, 268; BVerfG, NJW 1999, 557.

Anmerkung: Weitere Bsp. für anerkannte Auswahlkriterien oder -verfahren: Prioritätsprinzip („Wer zuerst kommt...“)³⁴, Losentscheid, Rotation, Dauer der Gemeindegliederung, Tradition. Hauptsache: Keine bloße Willkür und keine rechtswidrigen Erwägungen³⁵!

Da die Anfechtungsklage des M erfolgreich war, wird er nun eine Verpflichtungsklage gerichtet auf die eigene Zulassung zum Volksfest erheben. Die Klageerhebung kann bereits gleichzeitig mit Erhebung der Anfechtungsklage erfolgen, wobei der Verpflichtungsantrag als **Eventualklage** in Form der **Stufenklage** erhoben wird, d.h. er wird nur unter der Bedingung erhoben, dass der Anfechtungsantrag erfolgreich ist³⁶.

Anmerkung: Solange diese Bedingung nicht eingetreten ist, kann das Gericht über diesen Antrag nicht entscheiden. In der Klausur bedeutet dies, dass sowohl die Zulässigkeit, als auch die Begründetheit dieses Antrags erst nach der vollständigen Prüfung der Anfechtungsklage geprüft werden darf. Falsch wäre es also zunächst die Zulässigkeit beider Anträge und dann erst deren Begründetheit zu prüfen.

- A. Der **Verwaltungsrechtsweg** ist eröffnet.
- B. Die **Verpflichtungsklage ist als Versagungsgegenklage zulässig**, da M nach Art. 21 GO klagebefugt ist, und die Klage fristgerecht beim zuständigen Gericht eingelegt wurde.
- C. **Begründetheit der Verpflichtungsklage**
- I. Richtiger Beklagter ist gemäß § 78 I Nr.1 VwGO die Stadt Regensburg.
- II. Im Übrigen ist die Klage begründet, wenn die Ablehnung des M rechtswidrig war, und dieser dadurch in seinen Rechten verletzt wurde, § 113 V VwGO.

Die Rechtswidrigkeit der Ablehnung ergibt sich aus den bei i.R.d. Anfechtungsklage dargelegten Gründen, da es sich bei der Versagung gegenüber M und der Vergabe an seinen Konkurrenten um eine einheitliche Entscheidung handelt.

Eine Verurteilung der Behörde zur Zulassung des M (**Vornahmeurteil**) ist jedoch nur möglich, wenn Metz einen Anspruch auf Erlass des begehrten VAs hatte, d.h. eine Ermessensreduzierung auf Null gegeben wäre. Ansonsten könnte das Gericht lediglich ein Verbescheidungsurteil erlassen.

Eine Ermessensreduzierung könnte hier deshalb gegeben sein, weil M laut der Begründung der Behörde lediglich aufgrund der Zulassung seiner Ehefrau zurücktreten musste. Seine Bewährtheit wurde nicht angezweifelt, wohingegen es mit K in den letzten Jahren mehrmals Schwierigkeiten gegeben hatte. Trotzdem kann man hier wohl keine Ermessensreduzierung annehmen. Es muss der Behörde vorbehalten bleiben zu entscheiden, wie schwerwiegend die Probleme mit K waren, und ob M tatsächlich bewährter ist als K. Dieser Entscheidungsspielraum darf der Behörde nicht durch das Gericht genommen werden. Ansonsten droht eine Überprüfung der Zweckmäßigkeit durch das Gericht, das nach § 114 VwGO aber ausdrücklich auf die Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt ist.

M hat daher keinen positiven Zulassungsanspruch, sondern lediglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Da die Entscheidung der Behörde jedoch fehlerhaft war, wird das Gericht ein **Verbescheidungsurteil** aussprechen und die Behörde anweisen eine neue Ermessensentscheidung zu treffen. Dabei muss sie die Ehefrau des M außer Acht lassen und unter Berücksichtigung der eventuell fraglichen Bewährtheit des K die Frage der Zulassung neu entscheiden.

Anmerkung: In der Praxis wird ein Rechtsanwalt in einem solchen Fall von vornherein nur einen Antrag auf ein Verbescheidungsurteil stellen.

Andernfalls läuft er Gefahr, dass seine Klage teilweise abgewiesen wird, was nach § 155 I VwGO eine teilweise Kostentragungspflicht zur Konsequenz hätte³⁷.

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

Lesen Sie zur Vertiefung und Ergänzung Hemmer/Wüst/Christensen, Verwaltungsrecht I, Rn. 80-85 und Verwaltungsrecht II, Rn. 5-11, 36-42, 55-59, 72-86. Beantworten Sie im Anschluss daran die folgenden Fragen.

1. Der Widerspruch ist ein förmlicher, außergerichtlicher Rechtsbehelf. Welche formlosen, außergerichtlichen Rechtsbehelfe kennen Sie, worauf basieren sie und wodurch unterscheiden sie sich?
2. Was bedeuten die Begriffe „Devolutiveffekt“ und „Suspensiveffekt“?
3. Welche rechtlichen Möglichkeiten hat die Gemeinde bei der Ausgestaltung ihrer öffentlichen Einrichtungen?

³⁴ BayVGh BayBl. 2001, 666.

³⁵ Zum Anspruch auf Benutzung einer kommunalen Einrichtung vgl. i.Ü.: BVerwG, NVwZ 1992, 430.

³⁶ Schmitt/Glaeser/Horn VerwaltungsprozessR, Rn. 398; Kopp/Schenke, VwGO, § 44, Rn. 1.

³⁷ Kopp/Schenke, § 155 VwGO, Rn. 2; Hemmer/Wüst/Christensen, Verwaltungsrecht II, Rn. 77 ff.