



## 6. Abschnitt: Die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde und das gemeindliche Satzungsrecht

Übersichten 13, 14

### Fall 3: Rummel um den Rummel

Der „Rummel“ (Dippemess) in Frankfurt ist ein von der kreisfreien Stadt Frankfurt am Main veranstaltetes Volksfest auf einem städtischen Grundstück. Das Volksfest dauert rund drei Wochen und findet jedes Jahr zwei Mal statt. Wegen der großen Anzahl der Bewerber werden Anträge auf Zulassung schon weit vor dem Veranstaltungstermin angenommen. Da jedes Mal mehr Bewerber als Standplätze vorhanden sind, werden nach einer Auswahl einzelne Bewerber zugelassen und anschließend die Plätze für das jeweilige Volksfest an die Zugelassenen privatrechtlich vermietet.

Die A-GmbH mit Sitz in Frankfurt am Main ist Neuling in diesem Geschäft und hat mit einem Kostenaufwand von 500.000 € ein Fahrgeschäft bauen lassen „fliegender Teppich“, welches den Benutzern mittels mechanischer und visueller Technik den Eindruck vermittelt, auf einem Teppich durch den Weltraum zu fliegen. Der Antrag der A-GmbH auf Zulassung zum Volksfest wird abgelehnt. Wie schon aus der Vergangenheit und so auch in der Zukunft würden nur die „bekannten und bewährten“ Schausteller von allen Bewerbern ausgewählt, sodass die A-GmbH mit ihrem Fahrgeschäft daher nicht berücksichtigt werden könne.

Da die Zusagen an die ausgewählten Bewerber noch nicht versandt worden sind, erhebt die A-GmbH zunächst Widerspruch gegen die Entscheidung. Als dieser zurückgewiesen wird, erhebt die A-GmbH fristgemäß Klage vor dem Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Stadt zu verurteilen, die A-GmbH zuzulassen. Auch zu diesem Zeitpunkt sind die übrigen Zulassungen der Mitbewerber noch nicht versandt worden.

Hat die Klage Erfolg?

**Bearbeitervermerk:** Eine gewerberechtliche Festsetzung des Volksfestes liegt nicht vor.

### Volksfestsatzung der Stadt Frankfurt am Main (Auszug)

- § 1 Die Stadt Frankfurt a.M. veranstaltet halbjährlich auf dem B-Platz ein Volksfest.
- § 2 Platz, Zeit und Öffnungszeit ...
- § 3 Standplätze
- (1) Standplätze werden nur an Schausteller jeglicher Art und Anbieter für das leibliche Wohl vergeben. Ausgeschlossen sind Anbieter, die lediglich Waren feilbieten.
- (2) Ein Anspruch auf Zuweisung eines Standplatzes besteht nicht. Die Zuweisung steht im Ermessen der Behörde.
- § 4 Verhaltensregeln ... (es folgt eine genaue Beschreibung)
- § 5 Verstöße gegen § 4 sind Ordnungswidrigkeiten und können mit einer Geldbuße bis zu 1.000 € geahndet werden.

#### Lernkontrolle und Vertiefung:

- ▶ *AS-Aufbauschemata Öffentliches Recht (2011), 209*
- ▶ OVG Lüneburg, Beschl. v. 07.03.2008 – 7 ME 24/08, NVwZ-RR 2008, 776 (Auswahl unter mehreren Bewerbern für die Festsetzung eines Wochenmarktes)
- ▶ OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.02.2007 – 10 ME 74/07, NdsVBl. 2007, 166 (Anspruch einer politischen Partei auf Nutzung eines öffentlichen Veranstaltungsraumes; Ortsverband nötig; reale bisherige Praxis)



## Zulassungs- oder Benutzungsanspruch bei öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde

**Öffentliche Einrichtung  
i.S.d. § 20 Abs. 1 HGO**

Beispiele:

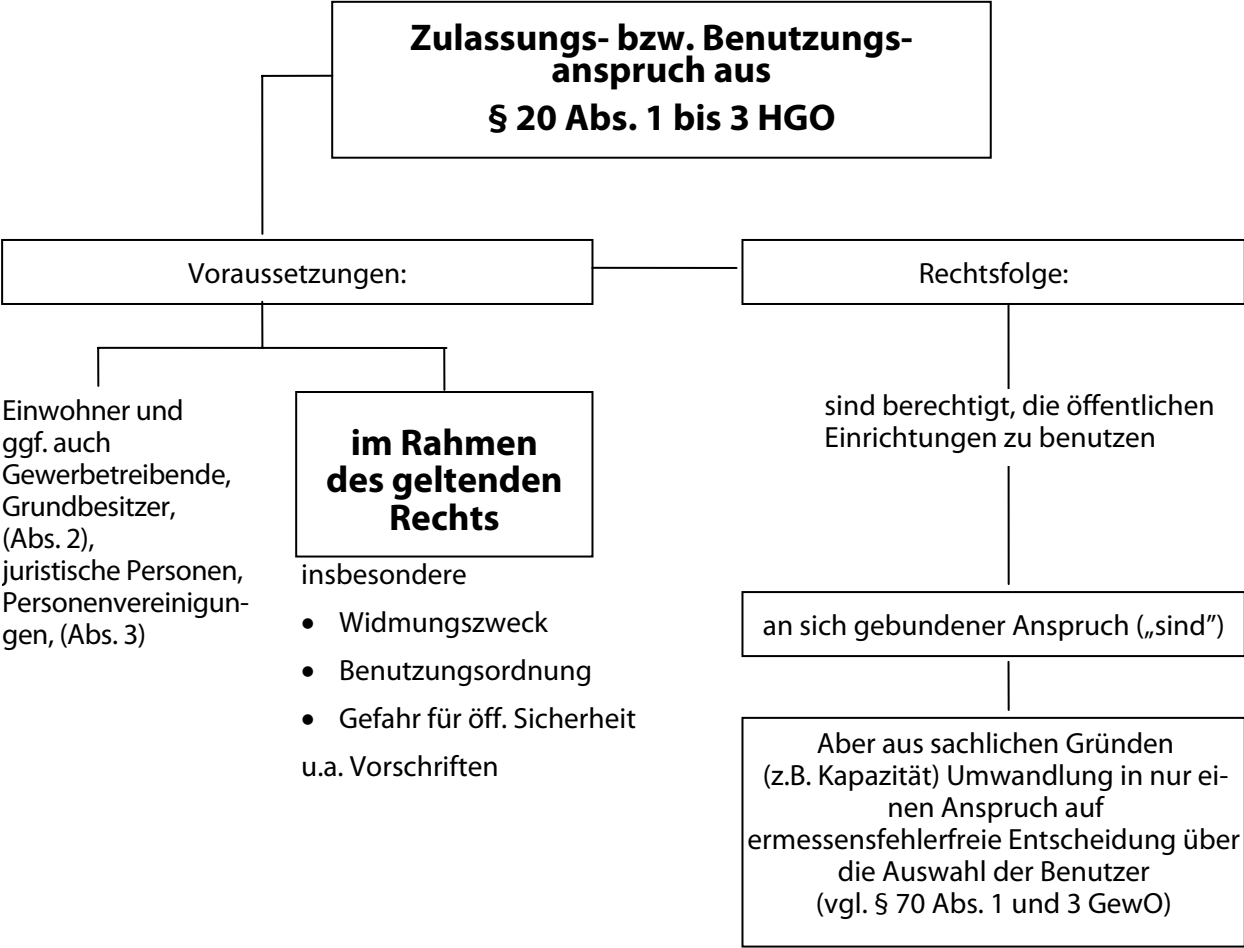
- Halle, Theater, Museum, Bibliothek
- Bad, Sportpark
- Volksfestplätze, Marktplätze
- Friedhof

Voraussetzungen:

- a) Einrichtung  
= jeder benutzbarer Gegenstand oder Sachgesamtheit
- b) der Gemeinde  
= Eigentum oder Sachherrschaft
- c) öffentlich  
= durch

**WIDMUNG**

- = sachbezogene Regelung der Benutzung einer Sache durch die Allgemeinheit (ggf. gegen Benutzungsgebühren) aufgrund
  - einer Satzung (seltener)
  - eines VA=AllgVfg. i.S.d. § 35 S. 2 HVwVfG
    - ausdrücklich (schriftl., mündl.)
    - oft nur konkludent durch Indienststellung oder Ingebrauchnahme der Sache





### Fall 3: Rummel um den Rummel

Die Klage hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit

##### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels eingreifender aufdrängender Sonderzuweisung beurteilt sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs vorliegend nach **§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO**.

##### 1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Dann müsste zunächst eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Streitgegenstand und damit streitentscheidend ist die Zulassung der A-GmbH bzw. ihres Fahrgeschäftes zum Volksfest in Frankfurt a.M.

##### a) Rechtscharakter des Volksfestplatzes

Rückschlüsse auf den Rechtscharakter der Streitigkeit könnten sich zunächst aus dem Rechtscharakter des Volksfestplatzes ergeben, auf dem das streitgegenständliche Volksfest abgehalten wird.

**aa)** Volksfeste u.Ä. können unter die **§§ 60 b, 64 ff. GewO** fallen. Ein Zulassungsanspruch könnte sich dann aus § 70 GewO ergeben. Voraussetzung ist dann aber, dass das Volksfest nach § 69 GewO durch die Gewerbeaufsichtsbehörde „festgesetzt“ worden ist, wobei die Stadt dann als „Veranstalter“ fungieren muss. Laut Sachverhalt liegt aber die erforderliche gewerberechtliche Festsetzung i.S.d. § 69 GewO nicht vor, sodass die Normen der GewO hier nicht streitentscheidend sind.

**bb)** Bei dem Grundstück, auf dem das Volksfest durchgeführt wird, handelt es sich um ein solches, das im Eigentum der Stadt Frankfurt a.M. steht. Aufgrund einer konkludenten Widmung durch die Indienststellung sowie die ständige Benutzungspraxis handelt es sich um eine **öffentliche Einrichtung i.S.d. § 20 Abs. 1 HGO**, die zeitweise der Öffentlichkeit als Volksfestplatz zur Verfügung gestellt wird.

##### b) Zulassung wegen des Rechtscharakters des Volksfestplatzes öffentlich-rechtlich?

Fraglich ist jedoch, ob die Zulassung zu dem Volksfest allein aufgrund des öffentlich-rechtlichen Rechtscharakters des Volksfestplatzes ebenfalls dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.

**aa)** Bedenken bestehen insoweit, als dass mit den einzelnen Schaustellern ein **privatrechtlicher Mietvertrag** bzgl. der jeweiligen Stellplätze abgeschlossen wird. Gleichsam ist zu berücksichtigen, dass vor der Vermietung eine Auswahl unter den Bewerbern, mithin eine – eher öffentlich-rechtlich einzuordnende – **Zulassung** zu dem Volksfest erfolgt.

**bb)** Die Rechtsnatur der Zulassungsstreitigkeit kann über den Rechtsgedanken der **Zwei-Stufen-Theorie** bestimmt werden. Diese setzt voraus, dass Leistungen durch Begründung von zwei Rechtsverhältnissen gewährt werden, deren Rechtsnatur unterschiedlich sein kann. Insoweit ist zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ der Leistung zu differenzieren:

- Wird zunächst eine isolierte Entscheidung über die Zulassung einer öffentlichen Einrichtung getroffen, handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Entscheidung, für die § 20 Abs. 1 HGO als dem öffentlichen Recht zuzuordnende potenzielle Anspruchsgrundlage eingreift. Streiten die Parteien bereits über die Zulassung als solche, liegt demzufolge eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.
- Bezüglich des Abwicklungsverhältnisses – des „Wie“ der Leistung – hat die Gemeinde ein Wahlrecht: es kann entweder privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet werden. Dreht sich der Streit um das Abwicklungsverhältnis, kommt es für den Rechtscharakter maßgeblich auf die Ausgestaltung im konkreten Einzelfall an.

Dass Volksfeste nach den §§ 64 ff. GewO organisiert werden, ist sehr selten.

⊙ **Problem:** Rechtscharakter von Streitigkeiten rund um die Zulassung zum Volksfest

Hier hat sich die Gemeinde zum Abschluss von Mietverträgen und damit zu einer privatrechtlichen Ausgestaltung entschlossen.



Im vorliegenden Fall ist die Frage um die Zulassung zu dem Volksfest streitgegenständlich, sodass § 20 Abs. 1 HGO streitentscheidend ist und damit eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt.

## 2. Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art

Die Streitigkeit ist zudem nichtverfassungsrechtlicher Art. Die Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO liegen folglich vor.

Da keine abdrängende Sonderzuweisung eingreift, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

## II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, § 88 VwGO. Hier begehrt die A-GmbH als Klägerin die Zulassung zum Volksfest in Frankfurt a.M.

### 1. Verpflichtungsklage, § 42 Abs. 1, 2. Alt. VwGO

Hierfür ist die **Verpflichtungsklage gemäß § 42 Abs. 1, 2. Alt. VwGO** einschlägig, weil die Zulassung eine Rechtsgewährung und damit eine Regelung i.S.d. § 35 S. 1 HVwVfG darstellt, die im Einzelfall eine außerhalb der Verwaltung stehende Person betrifft und von einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen wird. Bei der Zulassung handelt es sich demnach um einen VA, deren Erlass die A-GmbH nach der Ablehnung begehrt (sog. **Versagungsgegenklage**).

### 2. Zusätzliche Drittanfechtungsklage, § 42 Abs. 1, 1. Alt. VwGO?

Da anstelle der A-GmbH ein anderer bestimmter Konkurrent noch nicht zugelassen worden ist und offenbar noch Plätze vergeben werden können, ist eine zusätzliche Drittanfechtungsklage gegen die Zulassung eines Konkurrenten nicht erforderlich.

---

### Hinweis:

*Wenn schon alle Plätze vergeben worden wären, müsste A möglicherweise gleichzeitig eine Drittanfechtungsklagen gegen die Zulassung eines Konkurrenten erheben, damit erst ein Platz frei wird, auf dessen Zuteilung er dann mit der Verpflichtungsklage klagen würde (sog. Konkurrentenverdrängungsklage). Dies wird aber nur in den Fällen verlangt, in denen einem abgelehnten Bewerber ein konkret benannter Konkurrent bevorzugt wurde. Sind alle anderen Benutzer Konkurrenten in diesem Sinne, ist es unzumutbar, Drittanfechtungsklagen gegen alle zu erheben, da nur eine gewonnen werden könnte. In solchen Fällen reicht eine isolierte Verpflichtungsklage aus.*

---

## III. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO

Die A-GmbH ist gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt, wenn sie geltend machen kann, durch die Ablehnung der Zulassung möglicherweise in einem subjektiv öffentlichen Recht verletzt zu sein. In der Verpflichtungssituation ist dies der Fall, wenn der Kläger geltend machen kann, möglicherweise einen Anspruch zu haben. Ein Anspruch auf Zulassung zum Volksfest könnte sich für die A-GmbH aus § 20 Abs. 1 HGO ergeben, sodass ein möglicher Anspruch gegeben ist. Demnach ist die A-GmbH klagebefugt.

## IV. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

Da keine Ausnahme vom Erfordernis des Vorverfahrens nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. § 16 a Abs. 1 HessAGVwGO eingreift, war ein **Vorverfahren** gemäß § 68 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 VwGO erforderlich. Dies wurde vor Klageerhebung erfolglos durchgeführt.

## V. Klagefrist, § 74 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 VwGO

Die Klagefrist von einem Monat ab Zustellung des Widerspruchsbescheids wurde gewahrt.

## VI. Beklagter, § 78 VwGO

Richtiger Beklagter ist die Stadt Frankfurt a.M. gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.



Die Klage ist zulässig.

## B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit die Ablehnung der Zulassung der A-GmbH zum Volksfest durch die Stadt Frankfurt a.M. rechtswidrig war, die A-GmbH dadurch in ihren Rechten verletzt wird und die Sache spruchreif ist, § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO.

### I. Vornahmeentscheidung

Dies ist wiederum der Fall, wenn die A-GmbH einen Anspruch auf Zulassung zum Volksfest mit ihrem Fahrgeschäft hat.

#### 1. Anspruchsgrundlage

Anspruchsgrundlage ist § 20 Abs. 1 HGO.

#### 2. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

##### a) Zuständigkeit

Zuständig ist die Stadt Frankfurt a.M. als Veranstalter des Volksfestes.

##### b) Vorheriger Antrag auf Zulassung

Einen Antrag auf Zulassung zum Volksfest hat die A-GmbH – wenngleich erfolglos – vor der Klage gestellt.

Demzufolge liegen die formellen Anspruchsvoraussetzungen vor.

#### 3. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

##### a) Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage

Zunächst müssten die Tatbestandsvoraussetzungen des § 20 Abs. 1 HGO erfüllt sein. Dies ist der Fall, wenn es sich bei dem Volksfestplatz um eine öffentliche Einrichtung handelt, die A-GmbH als Anspruchstellerin Einwohnerin der Gemeinde ist und eine Benutzung im Rahmen der bestehenden Vorschriften beabsichtigt ist.

**aa)** Voraussetzung ist zunächst, dass eine **gemeindliche öffentliche Einrichtung** vorliegt. Das ist der Fall, wenn eine zweckorientierte Sachgesamtheit (u.U. auch mit personalem Bestand) vorhanden ist, die in der Sachherrschaft der Gemeinde steht und die der Öffentlichkeit durch ausdrücklichen Widmungsakt oder durch konkludentes Verhalten zur Verfügung gestellt ist.<sup>1</sup> Die Stadt Frankfurt a.M. ist Eigentümerin des entsprechenden Grundstücks und hat dies durch konkludentes Verhalten in den vergangenen Jahren der Nutzung durch das Volksfest gewidmet. Der Platz stellt damit eine gemeindliche öffentliche Einrichtung dar.

**bb)** Als juristische Person kann die A-GmbH keine Einwohnerin der Gemeinde i.S.d. § 20 Abs. 1 HGO sein, da hierfür nur natürliche Personen in Betracht kommen. Den Einwohnern sind nach § 20 Abs. 3 HGO **Personenvereinigungen** gleichgestellt, wenn sie in der Gemeinde ihren Sitz, eine Niederlassung oder Ähnliches haben.<sup>2</sup> Die A-GmbH hat ihren Sitz in Frankfurt a.M., steht also nach § 20 Abs. 3 HGO einem Einwohner gleich.

**cc)** Fraglich ist jedoch, ob die A-GmbH den Volksfestplatz „**im Rahmen der geltenden Vorschriften**“ nutzen will. Mit diesen „Vorschriften“ sind zunächst der Widmungszweck und der festgelegte Nutzerkreis gemeint. Darüber hinaus können Vorschriften des Strafrechts oder der öffentlichen Sicherheit (unsicheres Fahrgeschäft) entgegenstehen. Schließlich kann es eine entgegenstehende Satzung geben (vgl. Abwandlung).

Hier ist nicht erkennbar, gegen welche Vorschriften die A-GmbH mit ihrem Fahrgeschäft verstoßen solle. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 20 Abs. 1 HGO liegen folglich vor.

### Übersicht 13

**Definition:**  
gemeindliche öffentliche Einrichtung

Beansprucht eine Partei die Nutzung einer öffentlichen Einrichtung, kommt es darauf an, dass die Partei zumindest einen Ortsverband in der jeweiligen Gemeinde hat (vgl. Fall 4)

<sup>1</sup> BVerwG NJW 1990, 134; OVG NRW NJW 1976, 820, 821; Erichsen Jura 1986, 148 ff.

<sup>2</sup> Schmidt/Kneip, HGO, § 20 Rdnr. 31.



Vgl. insoweit den ähnlichen Fall des § 70 Abs. 1, Abs. 3 GewO.

### b) Rechtsfolge

**aa)** Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen sind die Bürger bzw. ihnen gleich gestellte juristische Personen berechtigt, die öffentliche Einrichtung zu benutzen. Es liegt also an sich ein **gebundener Anspruch** vor.

**bb)** Ausnahmsweise wandelt sich dieser gebundene Anspruch – entgegen dem Wortlaut des § 20 Abs. 1 HGO – in einem **Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung** über die Zulassung bzw. die Auswahl von Bewerbern um, wenn ein sachlicher Grund, insbesondere **Platzmangel (Kapazität)** besteht. Würden alle Bewerber einen gebundenen Anspruch haben, müssten die veranstaltenden Gemeinden große Plätze schaffen, um alle Bewerber unterzubringen. Da auch die Entscheidung, ob eine Gemeinde überhaupt ein Volksfest veranstaltet, eine Ermessensentscheidung ist, steht bei Platzmangel auch die Auswahlentscheidung im Ermessen.

Damit kann die A-GmbH lediglich die ermessensfehlerfreie Bescheidung ihres Zulassungsanspruchs begehren. Eine Ermessensreduzierung auf Null, die ausnahmsweise doch zu einem Zulassungsanspruch führen würde, ist vorliegend nicht ersichtlich. Es fehlt folglich an der Spruchreife, sodass ein Vornahmeurteil nach § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO nicht ergehen kann.

### II. Bescheidungsurteil

Die Klage der A-GmbH wäre gleichwohl begründet, wenn sie einen Anspruch auf Neubescheidung ihres Anspruchs hat, § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO.

Die A-GmbH hat – wie oben festgestellt – aus § 20 Abs. 1, Abs. 3 HGO einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Auswahl der Bewerber. Fraglich ist, ob dieser Anspruch der A-GmbH noch besteht und einem Bescheidungsurteil zugrunde gelegt werden kann.

Der Anspruch könnte hier indes durch die Vornahme einer in der Ablehnung enthaltenen ermessensfehlerfreien Entscheidung über die Zulassung untergegangen (erfüllt) worden sein. Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn ein **Ermessensfehler** vorliegt. Hier könnte ein **Ermessensfehlergebrauch durch sachwidrige Auswahlkriterien** begangen worden sein.

Anerkannte Auswahlkriterien bei einer Entscheidung über die Zulassung von Bewerbern sind:

- Attraktivität des Gewerbes
- Bekanntheit und Bewährtheit des Bewerbers
- Losverfahren
- Rollierendes System
- Prioritätsprinzip

Hier wurden die Bewerber zwar nach dem Merkmal „bekannt und bewährt“ ausgewählt, was grundsätzlich zulässig ist. Aber die Tatsache, dass dies sowohl in der Vergangenheit erfolgt ist und auch in Zukunft erfolgen wird, führt dazu, dass Neulingen der Zugang zum Volksfest vereitelt und damit deren Anspruch auf ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung dauerhaft und damit endgültig verletzt wird.<sup>3</sup>

Folglich ist die Ablehnung der A-GmbH bislang ermessensfehlerhaft erfolgt, der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung mithin noch nicht erfüllt. Demnach hat die A-GmbH Anspruch auf Neubescheidung ihres Antrags. Die Klage ist damit als Bescheidungsurteil begründet, § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO.

**Ergebnis:** Die Klage hat nur teilweise Erfolg.

<sup>3</sup> VG Karlsruhe GewArch 2004, 417; BVerwG DVBl. 1984, 1071 zu § 70 GewO.