



Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene

– Kommunalrecht: Übungsfall 1 –

In der kreisfreien Stadt L in Sachsen findet seit einigen Jahren im Frühsommer an jedem ersten Juliwochenende ein traditioneller Mittelaltermarkt statt. Damit soll an die lange und bedeutsame Geschichte der Stadt L erinnert werden. Der Marktplatz in L wird dabei vollständig von den Ausstellern genutzt, lediglich ein kleiner Bereich am Eingang wird für Notfälle freigehalten. Eine Festsetzung gem. § 69 GewO ist nicht erfolgt, vielmehr nimmt die Stadt L jährlich eine Ausschreibung vor, die in der lokalen Presse veröffentlicht wird. Wie in jedem Jahr beauftragt die L mit dem Betrieb des Mittelaltermarktes 2020 die stadteneigene Veranstaltungs-GmbH (V-GmbH), eine zu 100% von der L gehaltene und beherrschte Gesellschaft.

Von der Ausschreibung erfährt auch die W, die ihren Lebensunterhalt mit einer eigenen kleinen Seifenmanufaktur verdient. Ihre handgefertigten Seifen, die zu 95% aus zertifizierten Zutaten aus kontrolliert biologischem Anbau bestehen, hat sie in den vergangenen Jahren bereits erfolgreich auf kleineren lokalen Volksfesten, Jahrmärkten und dem Weihnachtsmarkt angeboten. Dieses Jahr möchte sie erstmals auf dem Mittelaltermarkt einen Stand beziehen, um ihre Naturseifen anzubieten, und schmiedet bereits Pläne für eine Seifenkollektion zum Thema Mittelalter.

Zwar ist W nicht Einwohnerin der Stadt L, sie hat aber seit einigen Jahren ihr Gewerbe in L angemeldet. Auf die jährliche Ausschreibung hin beantragt W im März 2020 bei der Stadt L, die zum Abschluss eines Mietvertrages über einen Stellplatz auf dem Mittelaltermarkt im Juli 2020 erforderlichen Maßnahmen gegenüber der V-GmbH zu ergreifen.

Ein Antwortschreiben von der Stadt L trifft zunächst nicht ein. Bei einem geselligen Abend am 21. Juni mit dem mit ihr befreundeten Glaskugelhändler Gerhard Groß (G) eröffnet ihr dieser allerdings, dass er schon vor einigen Wochen den wohl versehentlich bei ihm eingeworfenen Bescheid für W im Briefkasten hatte; leider habe er immer wieder vergessen, diesen der W zu geben, jetzt habe er ihn aber dabei. Der an W gerichtete Brief vom 10. April 2020 enthält



eine Ablehnung ihres Antrags mit folgender Begründung: Aufgrund der Kapazität konnten nicht sämtliche (wie immer zahlreiche) Bewerber berücksichtigt werden, sondern es wurden für die Gewährleistung eines reibungslosen Ablaufs nur diejenigen attraktiven Aussteller ausgewählt, die der L bereits aus ihrer Teilnahme an den Mittelaltermärkten in den letzten Jahren bekannt waren und die sich auch bewährt haben. Diverse weitere Bewerber (wie z.B. auch G) haben mit derselben Begründung eine Ablehnung ihres Zulassungsantrags zum Mittelaltermarkt erhalten.

W kann nicht nachvollziehen, weswegen ihr zum Beispiel zahlreiche Bier- und Weinstände vorgezogen wurden, da sie als einzige Herstellerin von Naturseifen doch zur Attraktivität und Vielfalt des Marktes beitragen würde. Außerdem ist sie der Ansicht, sie wäre durch ihre Ausstellungserfahrungen der vorherigen Jahre, die sie in den Dörfern im Umland auf kleineren Volksfesten gemacht hat, mindestens genauso gut geeignet wie die zum Mittelaltermarkt zugelassenen Bewerber. Sie fühlt sich daher gegenüber den zugelassenen Schaustellern benachteiligt. Weiterhin sieht sie in der Ablehnung auch ihre berufliche Tätigkeit beeinträchtigt und versteht nicht, warum der Mittelaltermarkt nicht noch um ein paar Plätze erweitert werden kann, indem aus den bislang vorgesehenen großen Ständen zahlreichere kleinere Stände gemacht werden oder indem ein anderes, größeres Veranstaltungsgelände gewählt wird.

Da der Mittelaltermarkt unmittelbar bevorsteht, möchte W möglichst schnell erreichen, dass L ihre Zulassung zum Fest sicherstellt. Sie wendet sich daher am 22. Juni an das zuständige Verwaltungsgericht und beantragt einstweiligen Rechtsschutz.

Aufgabe: Prüfen Sie rechtsgutachtlich, ob der Antrag der W auf einstweiligen Rechtsschutz Aussicht auf Erfolg hat. Gehen sie in der Prüfung auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen (ggf. hilfsgutachtlich) ein.

Bearbeitervermerk: Es ist davon auszugehen, dass die V-GmbH noch nicht alle zur Verfügung stehenden Stellplätze verteilt hat.



Gliederung

A.	Zulässigkeit	1
I.	Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges (§ 40 I 1 VwGO)	1
1.	Aufdrängende Sonderzuweisung (-)	1
2.	Generalklausel des 40 I 1 VwGO	1
a)	Öffentlich-rechtliche Streitigkeit (+)	1
aa)	Sonderrechtstheorie.....	1
bb)	Zwei-Stufen-Theorie	1
b)	Nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit (+).....	1
c)	Keine (abdrängende) Sonderzuweisung (+)	1
3.	Zwischenergebnis	2
II.	Statthaftigkeit des Antrags.....	2
1.	Abgrenzung §§ 80 V, 80a VwGO – § 123 VwGO	2
a)	Statthaftigkeit einer Verpflichtungsklage in der Hauptsache	2
b)	Statthaftigkeit einer allgemeinen Leistungsklage in der Hauptsache....	2
2.	Abgrenzung Sicherungsanordnung (§ 123 I 1 VwGO) - Regelungsanordnung (§ 123 I 2 VwGO).....	2
III.	Antragsbefugnis (§ 42 II VwGO analog)	3
IV.	Antragsgegner (§ 78 I 1 VwGO analog)	3
V.	Beteiligten- und Prozessfähigkeit (§§ 61 f. VwGO)	3
VI.	Form und Frist	3
VII.	Rechtsschutzbedürfnis.....	3
VIII.	Sonstige Voraussetzungen.....	3
IX.	Zwischenergebnis	3
B.	Begründetheit.....	4
I.	Regelungsanspruch	4
1.	Anspruchsgrundlage für Zulassung	4
2.	Formelle Anspruchsvoraussetzungen	4
a)	Zuständigkeit	4
b)	Verfahren	4
c)	Form.....	4
3.	Materielle Anspruchsvoraussetzungen	4



a)	Öffentlich-rechtliche Einrichtung gem. § 10 II SächsGemO	4
b)	Anspruchsteller: Einwohner und gleichgestellte Personen	5
c)	Im Rahmen der bestehenden Vorschriften	5
d)	Rechtsfolge	5
aa)	Ermessensausfall (-)	5
bb)	Ermessens Fehlgebrauch	5
(1)	Attraktivität des Standortes	6
(2)	„Bekannt und bewährt“	6
cc)	Ermessensüberschreitung	6
dd)	Zwischenergebnis	6
4.	Anspruchsumfang (Spruchreife)	7
II.	Regelungsgrund (+)	7
III.	Gerichtliches Ermessen bei Erlass der Regelungsanordnung	7
IV.	Zwischenergebnis zu B.	7
C.	Ergebnis	7



Lösung

- Kommunalrecht Fall 1 -

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges (§ 40 I 1 VwGO)

1. Aufdrängende Sonderzuweisung (-)
2. Generalklausel des 40 I 1 VwGO
 - a) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit (+)
 - fraglich, da hier die privatrechtlich organisierte V-GmbH für den Betrieb des Frühlingsfestes zuständig ist und mit den Ausstellern privatrechtliche Verträge (zwingend!) über das Benutzungsverhältnis schließt
 - aa) Sonderrechtstheorie
 - streitentscheidende Norm ist öffentlich-rechtlich, wenn sie ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet
 - Hier:
 - ➔ Stadt L durch § 10 SächsGemO (ggf. auch § 70 GewO) verpflichtet, Einwohner und ihnen gleichgestellte Personen zu öffentlichen Einrichtungen zuzulassen
 - ➔ öffentlich-rechtliche Streitigkeit hiernach (+)
 - bb) Zwei-Stufen-Theorie

Anmerkung:
*Die Prüfung der Zwei-Stufen-Theorie sei hier lediglich als Alternative angezeigt.
Sie kann schon nach dem positiven Ergebnis der Sonderrechtstheorie beendet werden.*

 - hier „Ob“ des Zugangs zu öffentlichen Einrichtungen, zu denen auch vollständig von der Gemeinde beherrschte privatrechtliche Einrichtungen wie hier die V-GmbH gehören, öffentlich-rechtlicher Natur → öffentlich-rechtliche Streitigkeit (+)
- b) Nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit (+)
- c) Keine (abdrängende) Sonderzuweisung (+)



3. Zwischenergebnis

- Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

II. Statthaftigkeit des Antrags

1. Abgrenzung §§ 80 V, 80a VwGO – § 123 VwGO

a) Statthaftigkeit einer Verpflichtungsklage in der Hauptsache

- maßgeblich ist Begehren des Klägers (vgl. § 88 VwGO)
- Hier: W begehrt ein Einwirken der L auf die V-GmbH auf Zulassung zum Mittelaltermarkt; Verpflichtungsklage müsste auf Abschluss eines Vertrages gerichtete Einwirkung erzielen → VA-Voraussetzungen des § 1 I SächsVwVfZG iVm § 35 I 1 VwVfG erfüllt?
 - Außenwirkung gegeben bei Rechtsfolge bei außerhalb des Verwaltungsträgers stehenden juristischen oder natürlichen Personen eintritt; entfällt bei hierarchischem Über-/Unterordnungsverhältnis
 - Hier: V-GmbH und Stadt L weisen Über-/Unterordnungsverhältnis auf; Einwirken ist kein VA
- Zwischenergebnis: Verpflichtungsklage nicht statthaft, (-)

b) Statthaftigkeit einer allgemeinen Leistungsklage in der Hauptsache

- Begehren der W richtet sich auf schlicht-hoheitliches Handeln, daher allgemeine Leistungsklage statthaft → vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 I VwGO

2. Abgrenzung Sicherungsanordnung (§ 123 I 1 VwGO) – Regelungsanordnung (§ 123 I 2 VwGO)

- Sicherungsanordnung:
 - Statthaft, wenn Antragsteller bereits bestehendes subjektiv-öffentliches Recht („status quo“) gegen eine Veränderung durch Hoheitsträger oder Private sichern will.
- Regelungsanordnung:
 - Dient einstweiliger Regelung eines Rechtsverhältnisses, dessen Bestehen oder Nichtbestehen vom Anspruchsgegner bestritten wird oder um eine öffentlich-rechtliche Rechtsposition bzw. Leistung, die dem Antragsteller vom Antragsgegner verweigert wurde.



- Hier:
 - ➔ W begehrt Zulassung zum Mittelaltermarkt ➔ Erweiterung des Rechtskreises ➔ Regelungsanordnung (+)

III. Antragsbefugnis (§ 42 II VwGO analog)

- § 42 II VwGO analog bzgl. Leistungsklage in Hauptsache sowie einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 I VwGO (Popularklagenschutz); Möglichkeitstheorie
 - ➔ Anspruch der W auf schlicht-hoheitliches Handeln aus § 10 SächsGemO möglich, daher (+)

IV. Antragsgegner (§ 78 I 1 VwGO analog)

- auch hier Anwendung des Rechtsträgerprinzips (nicht § 78 VwGO oder § 78 VwGO analog) ➔ Antragsgegner ist Stadt D

Anmerkung:

Dieser Punkt kann auch zu Beginn der Begründetheit geprüft werden.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit (§§ 61 f. VwGO)

- Antragstellerin W: Beteiligtenfähigkeit gem. § 61 Nr. 1, 1. Alt., 63 Nr. 1 VwGO analog; Prozessfähigkeit gem. § 62 I Nr. 1 VwGO
- Kreisfreie Stadt L: Beteiligtenfähigkeit analog §§ 61 Nr. 1, 63 Nr. 2 VwGO; Prozessfähigkeit gem. § 62 III VwGO analog i.V.m. § 51 I 2 SächsGemO

VI. Form und Frist

- Antrag nach § 123 VwGO grundsätzlich nicht befristet
- Form richtet sich grds. nach § 81 I 1 VwGO = schriftlich oder zur Niederschrift eingereicht; mangels entgegenstehender Angaben (+)

VII. Rechtsschutzbedürfnis

- Keine Bedenken; Hauptsacheverfahren ist nicht unzulässig (+)

VIII. Sonstige Voraussetzungen

- (+)

IX. Zwischenergebnis

- Der Antrag der W ist zulässig.



B. Begründetheit

Der Antrag auf eine einstweilige Anordnung ist begründet, wenn W einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht hat (§ 123 I, III VwGO, § 920 II ZPO, § 294 I ZPO).

I. Regelungsanspruch

1. Anspruchsgrundlage für Zulassung

- § 70 GewO als AGL? → Stadt hat keine Festsetzung gem. § 69 GewO getroffen, also § 70 GewO nicht anwendbar
→ Daher: § 10 II, III SächsGemO

2. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

a) Zuständigkeit

- Örtliche und sachliche Zuständigkeit der kreisfreien Stadt L aus Art. 84 I SächsVerf, 28 II 1 GG

Anmerkung:

An dieser Stelle kann auch auf die Zuständigkeitsvermutung des § 2 I SächsGemO abgestellt werden.

b) Verfahren

- W gem. § 1 I SächsVwVfZG i.V.m. § 13 VwVfG Beteiligte; hat im Wege der Ausschreibung Antrag bei der Stadt L auf Zulassung gem. § 10 SächsGemO gestellt
- Keine entgegenstehenden Angaben, (+)

c) Form

- keine besonderen Anforderungen

3. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

a) Öffentlich-rechtliche Einrichtung gem. § 10 II SächsGemO

- Öffentliche Einrichtung = jede Zusammenfassung von Sachmitteln und Personal, die den Einwohnern einer Gemeinde zur Benutzung gestellt werden
- Hier:
→ Regelmäßiger Veranstaltungsort des Mittelaltermarkts = Widmung zur öffentlichen Einrichtung durch konkludentes Handeln, (+)



- b) Anspruchssteller: Einwohner und gleichgestellte Personen
- Zulassung von Einwohnern gem. § 10 II, I SächsGemO → W als Einwohnerin?
 - $W \neq$ Einwohnerin, daher keine Zulassung gem. § 10 II, I SächsGemO; stattdessen § 10 III SächsGemO aufgrund angemeldetem örtlichem Gewerbe, (+)
- c) Im Rahmen der bestehenden Vorschriften
- konkreter Widmungszweck: Widmung = sachliche Allgemeinverfügung im Sinne des § 1 I SächsVwVfZG i.V.m. § 35 S. 2, 2. Alt. VwVfG; Widmung muss nicht explizit erfolgen, auch konkludent durch die Inbetriebnahme möglich
 - Hier:
 - Regelmäßiges Stattfinden des Mittelaltermarktes am gleichen Ort → konkludente Widmung (+)
 - Begehren der W (Verkaufsstand) im Rahmen des Widmungszwecks, (+)
- d) Rechtsfolge
- Kein Ermessen in der Rechtsfolge des § 10 II, III SächsGemO; Zulassungsanspruch aber nur im Rahmen des Möglichen zu gewähren (Kapazität)
 - Keine Verpflichtung zur Anspruchserfüllung aller Bewerbenden → bei mangelnder Kapazität besteht Auswahlermessen (teleologische Reduktion auf Rechtsfolgenseite)
 - Hier:
 - Übermaß an Bewerber*innen und damit nicht genügend Fläche; Stadt L steht Auswahlermessen zu → W hat lediglich Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung aus Art. 20 III GG iVm § 10 SächsGemO
 - Ermessen fehlerfrei ausgeübt?

Anmerkung:

Dies kann auch unter dem Punkt „im Rahmen der bestehenden Vorschriften“ geprüft werden, indem der Frage nachgegangen wird, ob sich die geplante Nutzung der W im Rahmen des von der Stadt L zulässig ausgeübten Ermessens bewegt.

- aa) Ermessensausfall (-)
- Behörde hat die tatsächliche Auswahl von Bewerber*innen nach Kriterium „bekannt und bewährt“ ausgeübt.
- bb) Ermessens Fehlgebrauch
- Auswahlkriterium der Attraktivität und Prinzip „bekannt und bewährt“ zulässig?



(1) Attraktivität des Standortes

- Bier- und Weinstände attraktiver als der Naturseifen-Stand der W? → rein subjektive Ansichten der W für Ermessensentscheidung unbeachtlich, daher auswahlermessen nicht fehlerhaft ausgeübt, (-)

Anmerkung:

Andere Ansicht mit entsprechender Argumentation vertretbar.

(2) „Bekannt und bewährt“

- Kriterium¹ ist sachlich begründetes Auswahlkriterium; daher nicht prinzipiell rechtsfehlerhaft
- Aber: Ermessensfehler gegeben, wenn Anwendung für neue Bewerbungen zum Mittelaltermarkt zu einer Zugangssperre führt → Verstoß gegen Gebot der wettbewerblichen Chancengleichheit (arg. e. Art. 3 I GG und Art. 12 I GG) nur durch Möglichkeit einer Zulassung für Neubewerber*innen vermeidbar
→ Hier: L vergibt Standplätze an attraktive Anbieter ausschließlich Kriterium „bekannt“ ohne ein Neubewerber*innen-Kontingent o.ä.; Ermessensfehler (+)

cc) Ermessensüberschreitung

Anmerkung:

Eine Verletzung des Art. 3 I GG und des Art. 12 I GG ist letztlich schon in dem zuvor geprüften Merkmal „bekannt und bewährt“ impliziert, sodass es – nach vorzugswürdiger Lösung – hier nicht gesondert zu prüfen ist. Sofern es gesondert geprüft wird, dürfen dabei keine Wertungswidersprüche zu oben auftreten. Die Ermessenausübung der Stadt L bildet auch eine Ermessensüberschreitung in Gestalt der Verletzung der Art. 12 I und 3 I GG.

- Verletzung von Art. 14 I GG durch Verluste der W?
- Art. 14 I GG schützt nur vermögenswerte Positionen bzw. Rechte („Erworbenes“), nicht jedoch künftige Rechtspositionen; daher Umsatz- und Gewinnchancen nicht von Art. 14 I GG umfasst, (-)

dd) Zwischenergebnis

- Ermessensfehlergebrauch und Ermessensüberschreitung (+)
→ W bleibt Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung

¹ Grundlegend zu diesem Kriterium BVerwG, NVwZ 1983, 585 f.



4. Anspruchsumfang (Spruchreife)

- Ermessensfehlerfreie Entscheidung der Stadt L ggü. W könnte zur Zulassung weiterer Bewerber*innen führen → § 113 V 2 VwGO analog führt nur zu Bescheidungsurteil und zu Anspruch der W auf Neubescheidung

II. Regelungsgrund (+)

- Da Mittelaltermarkt unmittelbar bevorsteht und W erhebliche Nachteile entstünden, wenn Anspruch auf Neubescheidung durch Stadt L nicht durchsetzen

III. Gerichtliches Ermessen bei Erlass der Regelungsanordnung

- VG hat Ermessen bzgl. der inhaltlichen Gestaltung der Regelungsanordnung (§ 123 III VwGO, § 938 I ZPO)
- Ermessensgrenze ist Verbot, die Hauptsache vorwegzunehmen → Verstoß gegen Grundsatz der Vorwegnahme durch Verpflichtung von Stadt L zur vorläufigen Zulassung?
- Hier:
 - Gewährung des effektiven Rechtsschutzes (vgl. Art. 19 IV GG) nur durch Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung möglich ist und durch Verweigerung der begehrten Leistung für den Antragsteller unzumutbare Nachteile entstünden
 - Ausnahme (+) und Vorwegnahme zulässig

IV. Zwischenergebnis zu B.

Der Antrag der W ist zulässig.

C. Ergebnis

Der Antrag der W ist zulässig und hinsichtlich eines Bescheidungsbeschlusses (§ 113 V 2 VwGO analog) auch begründet.