

1 Tatbestand und Gutachtenfrage

Volksfeste haben in Deutschland eine lange Tradition und finden eine große Verbreitung. Sie werden häufig in Erinnerung an historische Ereignisse veranstaltet und sind vielfach Ausdruck örtlichen oder regionalen Selbstverständnisses. Die Ausstrahlung von Volksfesten reicht häufig über die Gemeindegrenzen hinaus und erreicht nicht selten ein regionales, bundesweites oder auch internationales Publikum. Volksfeste stellen deshalb einen nicht unbedeutenden Wirtschaftsfaktor für die veranstaltende Gemeinde – oder gar für eine ganze Region – dar.

Die zeitliche Begrenzung derartiger Volksfeste, die meist nur einige Tage dauern, setzt voraus, dass auswärtige Schausteller dort ihre Leistungen anbieten und Händler ihre Waren verkaufen. Da die Örtlichkeit derartiger Volksfeste naturgemäß begrenzt ist und nicht beliebig erweitert werden kann, übertrifft die Zahl der sich bewerbenden Schausteller regelmäßig die zur Verfügung stehenden Standplätze. Die Gemeinden stehen als Veranstalter der Volksfeste deshalb vor der Frage, welche Bewerber berücksichtigt werden können und welchen die Teilnahme an dem betreffenden Volksfest zu versagen ist. Den Bewerbern steht nach § 70 Abs. 1 GewO ein Anspruch auf Teilnahme an der Veranstaltung zu, sofern diese festgesetzt ist und sie zu dem Teilnehmerkreis gehören. Nach § 70 Abs. 3 GewO kann der Veranstalter jedoch aus sachlich gerechtfertigten Gründen, insbesondere, wenn der zur Verfügung stehende Platz nicht ausreicht, einzelne Aussteller, Anbieter oder Besucher von der Teilnahme ausschließen.

Für das Schaustellergewerbe ist die Bewerbung um einen Standplatz deshalb stets mit dem Risiko verbunden, nicht berücksichtigt zu werden. Da es aber zum Wesen des Schaustellergewerbes gehört, nur im Rahmen derartiger Veranstaltungen ausgeübt werden zu können, schränkt der Ausschluss gleichzeitig die Möglichkeit ihrer Berufsausübung ein. Dieses Risiko wiegt besonders schwer, weil für das Schaustellergewerbe auch die Entwicklung neuer Geräte, die hohe Investitionen erfordern, kennzeichnend ist.

Sofern Gemeinden Veranstalter von Volksfesten sind, haben sie in der Vergangenheit die Auswahl unter den Bewerbern nach unterschiedlichen Grundsätzen getroffen, die nicht selten ihren Niederschlag in Verwaltungsvorschriften („Richtlinien“) gefunden haben. Abgewiesene Bewerber haben in einer Vielzahl von Fällen mit wechselndem Erfolg die

Verwaltungsgerichte angerufen. Eine westdeutsche Großstadt erwägt zudem, für die Teilnahme an Veranstaltungen eine europaweite Ausschreibung und damit die Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften.

Vor diesem tatsächlichen und rechtlichen Hintergrund haben der Deutsche Schaustellerbund e.V. in Kooperation mit dem Bundesverband der Schausteller und Marktkaufleute e.V. den Unterzeichnenden gebeten, rechtsgutachtlich zu prüfen,

1. welche Gründe im Sinne des § 70 Abs. 3 GewO „sachlich gerechtfertigt“ sind, um einen Aussteller oder Anbieter von der Teilnahme an einem Volksfest auszuschließen,
2. in welchem Umfang eine solche Entscheidung des Veranstalters verwaltungsgerichtlicher Kontrolle unterliegt und
3. ob die Gemeinde als Veranstalter verpflichtet ist, die Vergabe von Standplätzen öffentlich auszuschreiben.

2 Gutachten

2.1 Ermessensausübung und Ermessensgrenzen bei der Auswahl von Bewerbern für Volksfeste

2.1.1 Begriff und gesetzliche Regelung des „Volksfestes“

Die Gewerbeordnung enthielt in ihrer ursprünglichen Fassung in Titel III Bestimmungen über das Reisegewerbe und in Titel IV solche über den Marktverkehr. Als Ausprägungen des Marktverkehrs waren Messen, Jahr- und Wochenmärkte genannt, deren Zahl, Zeit, Dauer und Platz von der zuständigen Behörde festgesetzt wurde (§ 65 Abs. 1 S. 1 GewO a.F.). Wer in eigener Person Schausstellungen, Musikaufführungen, unterhaltende Vorstellungen oder sonstige Lustbarkeiten darbot, bedurfte einer Reisegewerbekarte (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 GewO a.F.).

Mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Titels IV der Gewerbeordnung vom 11. Juli 1975

BT-Drucks. 7/3859.

wurden Definitionen der „Messe“ (§ 64), der „Ausstellung“ (§ 65), des „Großmarkts“ (§ 66), des „Wochenmarkts“ (§ 67) sowie des „Spezialmarkts“ und „Jahrmarkts“ (§ 68) in die Gewerbeordnung eingefügt. Diese Veranstaltungen waren von der zuständigen Behörde auf Antrag des Veranstalters festzusetzen (§ 69 Abs. 1 S. 1 GewO), was zur Folge hatte, dass die sog. „Marktprivilegien“ anwendbar waren. In der Begründung des Gesetzentwurfs heißt es:

„Die zuständigen Behörden können nach geltendem Recht Messen, Jahr-, Spezial- und Wochenmärkte festsetzen. Die Festsetzung hat zur Folge, daß die Veranstaltung unter einer Reihe von Privilegien durchgeführt werden kann. Sie wird von bestimmten Beschränkungen freigestellt, die für andere gewerbliche Tätigkeiten gelten. Messen und Märkte, die nicht behördlich festgesetzt worden sind, dürfen zwar außerhalb der Vorschriften des Titels IV GewO veranstaltet werden, sie erhalten jedoch keine Privilegien. Die wichtigsten Privilegien der festgesetzten Veranstaltungen sind:

Die Beschicker solcher Veranstaltungen unterliegen nicht den Bestimmungen des Titels III GewO über das Reisegewerbe; sie bedürfen für ihre Tätigkeit insbesondere keiner Reisegewerbekarte. Eine Erlaubnis nach dem Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel ist ebenfalls nicht erforderlich. Die Vorschriften des Titels II GewO über das stehende Gewerbe (z.B. Gewerbeanzeige, Gewerbeuntersagung) finden keine Anwendung. Es

gelten nach dem Ladenschlußgesetz privilegierende Regelungen. Das in der Arbeitszeitordnung geregelte Verbot der Beschäftigung von Frauen zur Nachtzeit oder über die Höchstarbeitsgrenze hinaus und das nach dem Jugendarbeitsschutzgesetz bestehende Verbot der Beschäftigung von Jugendlichen an Samstagnachmittagen sind grundsätzlich nicht anwendbar.

Die nach der gegenwärtigen Rechtslage mit der Festsetzung verbundenen Privilegien haben sich als zweckmäßig und teilweise sogar als notwendig erwiesen, um eine möglichst reibungslose Durchführung der Veranstaltung zu ermöglichen; sie sollen daher beibehalten werden.

Die Gewährung von Privilegien für Veranstaltungen nach Titel IV GewO ist mit dem Gleichheitsgrundsatz des Artikels 3 GG dann vereinbar, wenn sachliche Gründe die Privilegierung rechtfertigen. Die in dem vorliegenden Entwurf behandelten Veranstaltungsformen dienen in hohem Maße der Markttransparenz und einem wirksamen Wettbewerb. Sie sind somit volkswirtschaftlich von besonderer Bedeutung und daher förderungswürdig. Ihre Privilegierung steht deshalb im Einklang mit Artikel 3 GG.“

So BT-Drucks. 7/3859, S. 9.

In den Beratungen des Ausschusses für Wirtschaft wurde aufgrund einer Petition der Verbände des Schaustellergewerbes geprüft, inwieweit Volksfeste in die Neuregelung einbezogen werden könnten. Im Bericht des Abgeordneten *Dr. Schachtschabel* heißt es:

„Der Ausschuß hat diesen Wünschen nur insoweit folgen können, als durch die Einbeziehung der Volksfeste und Märkte in die Festsetzungsregelung gemäß §§ 69 ff. den Veranstaltern für die Dauer der Festsetzung eine Rechtssicherheit gegeben wird. Eine weitergehende Sicherung der Volksfeste in der Gewerbeordnung ist im Hinblick auf die Planungshoheit der Gemeinden verfassungsrechtlich nicht möglich.

Durch die Einbeziehung der Volksfeste in die Gewerbeordnung soll für die Veranstalter nicht nur das Festsetzungsverfahren gelten, sondern die Veranstalter von Volksfesten erhalten auch die Möglichkeit,

- an Spezial- und Jahrmärkten teilzunehmen (§ 68 Abs. 3) und das Recht,
- bei ihren Veranstaltungen alkoholfreie Getränke und zubereitete Speisen ohne besondere Erlaubnis abzugeben (§ 60 b Abs. 2, § 68 a).

Schließlich werden die Volksfeste auch in die Vergütungsregelung des § 71 einbezogen.

Die Definition des Begriffs ‚Volksfest‘ konnte allerdings nicht im Rahmen des Titels IV erfolgen. Sie mußte vielmehr in den Titel III durch Einfügung eines § 60 b vorgesehen werden, weil Volksfeste ihrem Veranstaltungscharakter nach dem Reisegewerbe zuzuordnen sind.

Der Ausschuß hofft, durch die vorgesehene Ergänzung des Titels IV einen Beitrag zur wirtschaftlichen Sicherung des ambulanten und Schaustellergewerbes zu leisten.“

So BT-Drucks. 7/4846, S. 3.

Durch das Gesetz zur Änderung des Titels IV und anderer Vorschriften der Gewerbeordnung vom 5. Juli 1976

BGBI. I, S. 1773.

wurde nach § 60 a ein neugefasster § 60 b mit folgendem Wortlaut in die Gewerbeordnung eingefügt:

„§ 60 b
Volksfest

(1) Ein Volksfest ist eine im allgemeinen regelmäßig wiederkehrende, zeitlich begrenzte Veranstaltung, auf der eine Vielzahl von Anbietern Schaustellungen, Musikaufführungen, unterhaltende Vorstellungen oder sonstige Lustbarkeiten im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 3 darbietet und Waren feilbietet, die üblicherweise auf Veranstaltungen dieser Art angeboten werden.

(2) § 68 a Satz 1 erster Halbsatz und Satz 2 sowie die §§ 69 bis 71 a finden entsprechende Anwendung; jedoch bleiben die §§ 55 bis 60 a und 60 c bis 63 unberührt.“

§ 68 Abs. 3 GewO erhielt folgenden Wortlaut:

„Auf einem Spezialmarkt oder Jahrmarkt können auch Tätigkeiten im Sinne des § 60 b Abs. 1 ausgeübt werden; die §§ 55 bis 60 a und 60 c bis 63 bleiben unberührt.“

§ 69 erhielt folgenden Wortlaut:

„§ 69
Festsetzung

(1) Die zuständige Behörde hat auf Antrag des Veranstalters eine Veranstaltung, die die Voraussetzungen der §§ 64, 65, 66, 67 oder 68 erfüllt, nach Gegenstand, Zeit, Öffnungszeiten und Platz für jeden Fall der Durchführung schriftlich festzusetzen. Auf Antrag können, sofern Gründe des öffentlichen Interesses nicht entgegenstehen, Volksfeste, Großmärkte, Wochenmärkte, Spezialmärkte und Jahrmärkte für einen längeren Zeitraum oder auf Dauer, Messen und Ausstellungen für die innerhalb von zwei Jahren vorgesehenen Veranstaltungen festgesetzt werden.

(2) Die Festsetzung eines Wochenmarktes, eines Jahrmarktes oder eines Spezialmarktes verpflichtet den Veranstalter zur Durchführung der Veranstaltung.

(3) Wird eine festgesetzte Messe oder Ausstellung oder ein festgesetzter Großmarkt nicht oder nicht mehr durchgeführt, so hat der Veranstalter dies der zuständigen Behörde unverzüglich schriftlich anzuzeigen.“

§ 70 der GewO erhielt durch die Novelle den folgenden Wortlaut:

„§ 70

Recht zur Teilnahme an einer Veranstaltung

(1) Jedermann, der dem Teilnehmerkreis der festgesetzten Veranstaltung angehört, ist nach Maßgabe der für alle Veranstaltungsteilnehmer geltenden Bestimmungen zur Teilnahme an der Veranstaltung berechtigt.

(2) Der Veranstalter kann, wenn es für die Erreichung des Veranstaltungszwecks erforderlich ist, die Veranstaltung auf bestimmte Ausstellerguppen, Anbietergruppen und Besuchergruppen beschränken, soweit dadurch gleichartige Unternehmen nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandelt werden.

(3) Der Veranstalter kann aus sachlich gerechtfertigten Gründen, insbesondere wenn der zur Verfügung stehende Platz nicht ausreicht, einzelne Aussteller, Anbieter oder Besucher von der Teilnahme ausschließen.“

Das Gesetz zur Änderung des Titels IV und anderer Vorschriften der Gewerbeordnung vom 5. Juli 1976

BGBI. I, S. 1773.

ist am 1. Mai 1977 in Kraft getreten.

Vgl. hierzu *L. Müller*, GewArch 1976, S. 353; *H. Vogel*, GewArch 1977, S. 362.

Der Titel III der Gewerbeordnung blieb zunächst unberührt, so dass Schausteller einer Reisegewerbekarte bedurften, sofern sie „Schaustellungen, Musikaufführungen, unterhaltende Vorstellungen oder sonstige Lustbarkeiten, ohne daß eine höheres Interesse der Kunst oder Wissenschaft dabei erkennbar“ war, darboten (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 GewO a.F.). Mit dem Gesetz zur Änderung des Titels III der Gewerbeordnung und anderer gewerberechtllicher Vorschriften vom 25. Juli 1984

BGBI. I, S. 1008.

– der sog. „Reisegewerbenovelle“ – wurde § 55 Abs. 1 Nr. 2 GewO dahingehend gefasst, dass als Reisegewerbe die *selbständig* unterhaltende Tätigkeit als Schausteller oder nach

Schaustellerart definiert wurde und deshalb nur der Prinzipal für seinen Betrieb einer Erlaubnis in Gestalt der Reisegewerbekarte bedarf.

Vgl. *U. Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung Bd. I (Losebl., Stand: August 2007), § 55 Rn. 86; *R. Stober/S. Korte*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur Gewerbeordnung (Losebl., Stand: November 2007), Vorbem. vor Titel III Rn. 22.

Gesetzgeberisches Ziel der Reisegewerbenovelle war es, das Misstrauen gegenüber dieser Gewerbeart abzubauen und es als seriöse und wirtschaftlich beachtliche Branche anzuerkennen.

So BR-Drucks. 440/83, S. 11.

Ein weiteres Mal beschäftigte sich der Deutsche Bundestag mit der Volksfestkultur und dem Schaustellergewerbe aufgrund eines Antrags der Fraktion der CDU/CSU vom 29. Juni 1999 „Sicherung der Volksfeste und des Schaustellergewerbes in der Bundesrepublik Deutschland“

BT-Drucks. 14/1312.

und eines interfraktionellen Antrags der Fraktionen der SPD, der Fraktion Bündnis90/Die Grünen, der Fraktion der FDP und der Fraktion der PDS „Sicherung der Volksfeste, des Markthandels und des Schaustellergewerbes“ vom 5. Juli 2000.

BT-Drucks. 14/3786.

Der interfraktionelle Antrag hatte folgenden Wortlaut:

„Der Bundestag wolle beschließen:

I. Der Deutsche Bundestag stellt fest:

Die deutsche Volksfestkultur ist mit einer Fülle von tief im volkstümlichen Brauchtum verwurzelten Jahrmärkten, Kirmessen, Wochen- und Weihnachtsmärkten in ihrer Art einzigartig auf der ganzen Welt. Die Volksfeste sind wesentliches Kulturgut und als solches von der Bundesregierung und der EU anerkannt und schützenswert. Sie sind in der Bundesrepublik Deutschland für alle sozialen Schichten ein wichtiger Bestandteil der Freizeitgestaltung, erfüllen eine wichtige soziale Ausgleichsfunktion für alle Altersklassen sowie eine Integrationsfunktion für ausländische Mitbürger, wahren regionaltypisches Brauchtum und Tradition und stärken das Heimatbewusstsein.

In der Freizeit- und Tourismuswirtschaft tragen die ca. 10 000 traditionellen Volks- und Schützenfeste auf besonders sympathische Art zur Vielfalt des gesamtulturellen Angebotes bei. Sie steigern nicht nur die allgemeine Lebensqualität der ortsansässigen Bevölkerung, sondern sind in vielen Städten und Gemeinden auch ein beachtlicher Anziehungspunkt für in- und ausländische Gäste. Mit 67 Prozent der Bevölkerung als Besuchern von Volksfesten und insgesamt über 200 Millionen Besuchern pro Jahr sind Volksfeste mit Abstand der größte Freizeitbereich in Deutschland. Volksfeste leisten einen wichtigen Beitrag zur Attraktivität des Tourismusstandorts Deutschland bzw. zum Wachstum des Städtetourismus als nachfragestärkstem Segment des Deutschlandtourismus. Von dieser umfangreichen Palette regionaltypischer Veranstaltungen des Schaustellergewerbes profitieren u.a. auch der örtliche Einzelhandel sowie das Hotel- und Gaststättengewerbe. 1998 wurden 1,3 Mrd. DM Umsatz erwirtschaftet. Im Reisegewerbe insgesamt – um neben dem Schaustellergewerbe auch noch den Markt- und Straßenhandel hinzuzunehmen – wurde ein Gesamtumsatz von 22 Mrd. DM erzielt. Im Schaustellergewerbe allein sind 34 000 Menschen tätig (einschließlich der mitarbeitenden Familienmitglieder), im Reisegewerbe inklusive Markt- und Straßenhandel insgesamt (unter Einbeziehung der Familienangehörigen) sind es 1,2 Millionen Menschen in über 320 000 Betrieben.

Im Gegensatz zu anderen Kulturbereichen, die teilweise sogar erhebliche Subventionen erhalten, fehlt es dem Kulturgut Volksfest aber oftmals an rechtlichem Schutz und Unterstützung angesichts eines harten Wettbewerbes. So wird etwa die Durchführung von Volksfesten immer häufiger privatrechtlich organisiert bzw. an Privatunternehmen übertragen. Der damit verbundene Übergang vom Kostendeckungsprinzip auf das Prinzip der Gewinnmaximierung führt für die Schausteller zu enormen Kostensteigerungen, die nur teilweise über Preiserhöhungen aufgefangen werden können. Außerdem belasten die Kommunen Volksfeste und das sie tragende mittelständisch geprägte Schaustellergewerbe zunehmend mit Gebührenerhöhungen, neuen Gebühren, Abgaben und Bagatellsteuern. Bei rückläufigem Umsatzvolumen erwirtschaften die Schaustellerunternehmen kaum noch die für die Zulassung zu den Festen erforderlichen Eigeninvestitionen in attraktive Geschäfte bzw. die notwendigen Sicherheiten für eine Fremdfinanzierung. Andere Finanzierungsformen ohne Anrecht auf späteren Eigentumserwerb, wie z.B. die Miete von Geschäften, führen bei gleichbleibender Standplatzkapazität und einer Vielzahl neuer Anbieter zu einer ruinösen Konkurrenzsituation. Die Existenz der Familienunternehmen ist durch die Anmietung von Geschäften bedroht bzw. die Gefahr der Scheinselbständigkeit gegeben.

Die mobilen Schaustellerunternehmen und Marktkaufleute werden auch immer stärker durch Betriebe des stationären Gewerbes aus dem Nahrungsmittelhandwerk, der Getränkewirtschaft sowie von Privatpersonen, Vereinen und Institutionen vom jeweiligen Volksfestplatz verdrängt. Dadurch entstehen erhebliche Wettbewerbsverzerrungen, da das mobile Schaustellergewerbe und der Markthandel in der Regel pro Jahr nur an 120 Tagen Umsatz erzielen kann, während das stationäre Gewerbe mehr als das Doppelte an Geschäftszeit zur Verfügung hat.

Weitere Belastungen sind Auflagen durch Gesetze und Verordnungen, vor allem im Lebensmittel- und Verkehrsbereich, sowie die Streichung von Strecken und Verladebahnhöfen sowie der Abriss von Auffahrampen für den Schienentransport von Großfahrzeugen durch die Deutsche Bahn AG. Im Rahmen der EU ist die Ausübung der grenzüberschreitenden Reisetätigkeit von Schaustellerunternehmen zu Volksfesten durch eine fehlende Harmonisierung der Bedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten kaum möglich. Im Rahmen der Euro-Einführung machen sich Preisunterschiede zu ausländischen Konkurrenten stark bemerkbar, die wegen niedrigerer Umsatzsteuersätze sowie niedrigerer oder fehlender Energiesteuern, geringerer Sozialversicherungsbeiträge, schärferem Arbeitsrecht und weiterer kostenträchtiger Auflagen für deutsche Schausteller diese im Wettbewerb deutlich benachteiligen.“

So BT-Drucks. 14/3786, S. 1 f.

Im Weiteren wird festgestellt, dass die Bundesregierung Maßnahmen zum Erhalt der Branche in Angriff genommen hat und die Bundesregierung aufgefordert, weitere – im Einzelnen aufgeführte – Maßnahmen zu ergreifen.

Vgl. BT-Drucks. 14/3786, S. 3 f.

Die Anträge der CDU/CSU-Fraktion und der interfraktionelle Antrag sind Gegenstand einer Beschlussempfehlung des Ausschusses für Tourismus (21. Ausschuss) gewesen, der empfahl, den interfraktionellen Antrag anzunehmen und den Antrag der CDU/CSU-Fraktion abzulehnen.

Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Tourismus (21. Ausschuss), BT-Drucks. 14/4836, S. 4.

Auf seiner 140. Sitzung am 7. Dezember 2000 fand eine Plenardebatte über die Anträge statt, bei der der Antrag der Fraktion der CDU/CSU gegen die Stimmen der CDU/CSU-Fraktion bei Enthaltung der FDP-Fraktion abgelehnt und der interfraktionelle Antrag bei Enthaltung der CDU/CSU-Fraktion angenommen worden ist.

Deutscher Bundestag, Plen.Prot. 14/140, S. 13773.

2.1.2 Die Zulassung zu Volksfesten im Spiegel der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung

2.1.2.1 Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in seiner Rechtsprechung zunächst auf die Prüfung des Gleichheitssatzes beschränkt und diesen nur dann als verletzt angesehen, wenn sich ein „vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für eine Differenzierung nicht ersichtlich“ sei.

So BVerwG, GewArch 1959/60, S. 30 (31).

Dieser Maßstab wird in einer späteren Entscheidung wiederholt und auf einen Jahrmarkt („Bremer Freimarkt“) angewandt:

„Wenn über die Gestaltung eines Jahrmarkts zu entscheiden ist, der die unterschiedlichsten Erwartungen der Marktbesucher erwecken und befriedigen soll, so sind notwendig die subjektiven Vorstellungen der mit der Auswahl betrauten Personen über die Anziehungskraft der einzelnen sich um einen Stand bewerbenden Unternehmen letztlich für die Entscheidung darüber maßgebend, welchen Bewerbern der Vorzug vor anderen zu geben ist. Die Standzuweisung an einen von mehreren Bewerbern mit im wesentlichen gleichwertigen Darbietungen ..., kann daher grundsätzlich nicht als willkürlich angesehen werden. Aus dem Gleichheitsgrundsatz läßt sich nicht das Recht auf abwechselnde Berücksichtigung als gleichwertig anzusehender Betriebe oder auf Auslosung der am Markt zuzulassenden Unternehmen herleiten. Es ist insbesondere auch nicht sachwidrig, wenn die Behörde Unternehmen, deren Eignung für den Marktverkehr in der Vergangenheit erprobt ist, anderen Bewerbern um einen Stand vorzieht.“

So BVerwG, GewArch 1965, S. 30 (31).

Im Urteil vom 18. Februar 1976 führte das Bundesverwaltungsgericht die am Maßstab des Gleichheitssatzes entwickelte Rechtsprechung weiter aus:

„Nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts, die seinen rechtlichen Erwägungen zugrunde liegen, läßt der Beklagte zu seiner Kirmes Unternehmen zu, die ihm bekannt sind, sich bewährt haben und die alteingesessen sind. Hier sind die Auswahlgesichtspunkte ‚bekannt und bewährt‘ maßgebend. Sie entsprechen Art. 3 Abs. 1 GG. Der Gleichheitsgrundsatz gebietet keine abwechselnde Zulassung oder gar eine Auslosung unter den Bewerbern. Erprobte Eignung ist ein sachgemäßer Auswahlgesichtspunkt. Er ist gerechtfertigt durch die Sicherheitserfordernisse, auf die auch das Oberverwaltungsgericht zu Recht hingewiesen hat. Daneben spielen Gesichtspunkte der Ordnung, etwa beim Aufbau und Abräumen der Gerätschaften zu Beginn und Ende der Veranstaltung eine Rolle. Sie sprechen dafür, bekannten und bewährten Unternehmen, deren Zuverlässigkeit erprobt ist, den Vorzug zu geben (...). Daher sind die von dem Beklagten verwendeten Auswahlgesichtspunkte ‚bekannt und bewährt‘ sachgemäß. Ihnen entsprechen die Kläger nicht, weil sie den Bekanntheits- und den Bewährungsgrad der anderen drei Unternehmen nicht erreichen, wenn auch gerade deshalb, weil sie nicht zugelassen werden. Deshalb ist Art. 3 Abs. 1 GG nicht verletzt. Es bleibt Sache der Kläger, sich in ihrem Gewerbe in gleicher Weise wie ihre Mitbewerber durchzusetzen.“

So BVerwG, GewArch 1976, S. 379 (381).

Im Beschluss vom 14. September 1981 sah das Bundesverwaltungsgericht keinen Anlass, von seiner bisherigen Rechtsprechung abzuweichen:

„Bereits im Beschluß vom 16.11.1964 – BVerwG 1 B 182.64 – (GewArch 1965, S. 30), der die Platzzuweisung für ein Karussell auf einem Jahrmarkt betrifft, ist ausgesprochen, aus dem Gleichheitsgrundsatz lasse sich nicht das Recht auf abwechselnde Berücksichtigung als gleichwertig anzusehender Betriebe oder auf Auslosung der am Markt zuzulassenden

Unternehmen herleiten; es sei nicht sachwidrig, wenn die Behörde Unternehmen, deren Eignung für den Marktverkehr in der Vergangenheit erprobt sei, anderen Bewerbern um einen Stand vorziehe. In Fortsetzung dieser Rechtsprechung ist im Urteil vom 18.2.1976 – BVerwG 8 C 14.75 – (GewArch 1976, S. 379), das die Platzzuweisung für Auto-Scooter auf einer Kirmes betrifft, ausgeführt, der Gleichheitsgrundsatz gebiete keine abwechselnde Zulassung oder gar eine Auslosung unter den Bewerbern; die Auswahlgesichtspunkte ‚bekannt und bewährt‘ seien sachgemäß. Davon abzuweichen bietet der vorliegende Fall keine Veranlassung. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, verlangt der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, daß für behördliche Regelungen jeweils ein vernünftiger, sachlich einleuchtender Grund gegeben sein muß. Nach den im Berufungsurteil unter Berücksichtigung der besonderen örtlichen Verhältnisse getroffenen Feststellungen ist die von der Bekl. vorgenommene Differenzierung nach dem spezifischen Bekanntheits- und Bewährungsgrad von Volksfestbesuchern zumal im gastronomischen Bereich sachlich gerechtfertigt. Als vernünftige Gründe für diese Lösung werden im Berufungsurteil insbesondere öffentliche Belange genannt, nämlich die Interessen des Veranstaltungszwecks, des kommunalen Veranstalters und der Veranstaltungsbesucher, daneben schutzwürdige Belange der einmal zugelassenen Volksfestbesucher ...“.

So BVerwG, GewArch 1982, S. 81 (81 f.).

In seinem Urteil vom 27. April 1984, in dem sich das Bundesverwaltungsgericht erstmalig mit dem Anspruch aus § 70 Abs. 1 GewO auseinandersetzt, heißt es:

„Dieser Anspruch wird allerdings durch § 70 Abs. 3 GewO unter anderem mit der Maßgabe eingeschränkt, daß die Bekl. unter den Voraussetzungen dieser Bestimmung die Kl. wegen Platzmangels durch Ermessensentscheidung von der Teilnahme ausschließen durfte. Das der Bekl. als Veranstalterin durch § 70 Abs. 3 GewO eingeräumte Ausschließungsermessen ist indes nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmung insoweit begrenzt, als eine Ausschließung nur bei Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes erlaubt ist. Erfolgt der Ausschluß wegen Platzmangels, so muß auch der zwischen den Bewerbern angelegte Verteilungsmaßstab sachlich gerechtfertigt sein. Für das Verständnis dieser Ermessensbegrenzung ist die Einsicht wichtig, daß nach dem Sinnzusammenhang der einzelnen Absätze des § 70 GewO der in Absatz 1 niedergelegte Grundsatz der Marktfreiheit durch die Ermessensregelung in Absatz 3 nur modifiziert, aber nicht aufgehoben werden sollte. Deshalb ergeben sich aus dem Grundsatz der Marktfreiheit für das Verteilungsermessen des Veranstalters zwingende Schranken. Die Ermessensentscheidung der Bekl. hat diese Schranken nicht beachtet.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war für den Ausschluß der Kl. der Umstand ursächlich, daß die Kl. nicht zu den Bewerbern gehörte, die seit langem als bekannte und bewährte Unternehmen auf den vorangegangenen Veranstaltungen vertreten waren. Das Berufungsgericht hat die Verwertbarkeit des Verteilungskriteriums ‚bekannt und bewährt‘ zwar nicht grundsätzlich in Frage gestellt, seine Anwendbarkeit aber an die Bedingung geknüpft, daß in der betreffenden Branche bei jeder Veranstaltung zumindest einige Plätze nach einem Schlüssel verteilt werden, der jedem Bewerber eine Zulassungschance eröffnet. Der Senat läßt dahinstehen, ob dem Berufungsgericht in der Meinung zu folgen ist, eine solche Zulassungschance müsse bei jeder einzelnen festgesetzten Veranstaltung bestehen. Die Richtigkeit dieser Ansicht erscheint dem Senat zumindest bei Märkten mit sehr geringer Platzkapazität nicht unzweifelhaft. Im vorliegenden Falle brauchte diese Frage aber deshalb nicht entschieden zu werden, weil die Auswahlentscheidung der Bekl. jedenfalls aus anderem Grunde die vom Grundsatz der Marktfreiheit gezogenen Ermessensgrenzen überschreitet. Die Bekl. hat sich nämlich bei ihrer Auswahlentscheidung nach ihrem eigenen im Berufungsurteil festgestellten 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 Auswahlsystem,

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 Abs. 3 GewO.

Erfolglos verteidigt die Revision die strittigen Bescheide mit dem Argument, die Offenheit des Marktes werde jedenfalls dadurch gewährleistet, daß die Bekl. vor jeder Platzverteilung den Bekanntheits- und Bewährungsgrad des antragstellenden Unternehmens prüfe und daß als Folge dieser Prüfung sowie auch unabhängig davon aus eigenem Entschluß ein Teil der bis dahin privilegierten Unternehmer aus dem Bewerberkreis ausscheide. Damit übersieht die Revision, daß die der Marktfreiheit immanente Zulassungschance zwingend durch das im Rahmen des § 70 Abs. 3 GewO angewandte Auswahlverfahren garantiert sein muß. 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.

Entgegen den Andeutungen der Revision steht das Urteil des Senats nicht im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des BVerwG. Die allenfalls einschlägigen drei früheren Entscheidungen vom 16.11.1964 – BVerwG 1 B 182.64 – (GewArch 1965, 30), vom 18.2.1976 – BVerwG 8 C 14.75 – (GewArch 1976, 379) und vom 14.9.1981 – BVerwG 7 B 217.80 – (GewArch 1982, 81) betreffen insgesamt nicht die Anwendung des § 70 Abs. 3 GewO. Soweit in ihnen das Kriterium ‚bekannt und bewährt‘ als sachgerechtes Differenzierungsmerkmal im Rahmen der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Marktplatzverteilung bezeichnet wird, widerstreitet diese Aussage nicht dem vorliegenden Erkenntnis des Senats. Die durch den vorliegenden Rechtsstreit aufgeworfene Frage, an welche äußersten Grenzen die Verwertbarkeit dieses Verteilungskriteriums bei gewerberechtlich festgesetzten Veranstaltungen – zumal im Lichte des durch § 70 Abs. 1 GewO bekräftigten Grundsatzes der Marktfreiheit – stößt, war nicht Beurteilungsgegenstand der vorerwähnten früheren Verfahren.“

So BVerwG, GewArch 1984, S. 265 (266).

Mit Urteil vom gleichen Tage führt das Bundesverwaltungsgericht aus:

„Dieser Anspruch (aus § 70 Abs. 1 GewO *d. Verf.*) wird allerdings durch § 70 Abs. 3 GewO unter anderem mit der Maßgabe eingeschränkt, daß die Bekl. unter den Voraussetzungen dieser Bestimmung die Kl. wegen Platzmangels durch Ermessensentscheidung von der Teilnahme ausschließen durfte. Das der Bekl. als Veranstalterin durch § 70 Abs. 3 GewO eingeräumte Ausschließungsermessen ist indes nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmung insoweit begrenzt, als eine Ausschließung nur bei Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes erlaubt ist. Erfolgt der Ausschluß wegen Platzmangels, so muß auch der zwischen den Bewerbern angelegte Verteilungsmaßstab sachlich gerechtfertigt sein.

Was sachlich gerechtfertigt ist, bestimmt sich nach dem allgemeinen Gleichheitssatz unter Berücksichtigung des Lebenssachverhaltes, in dessen Rahmen das Ermessen ausgeübt wird. Nicht zu beanstanden ist danach ein Auswahlverfahren, das jedem Bewerber die gleiche Zulassungschance einräumt. Wählt der Veranstalter nicht ein solches Verfahren und orientiert sich statt dessen an Merkmalen, die nicht bei jedem Bewerber vorliegen können, so muß sich die sachliche Vertretbarkeit dieser Differenzierung aus der Eigenart des Marktgeschehens ableiten lassen, wie dies z.B. bei der Bevorzugung bekannter und bewährter Unternehmer – bis zu der vom Prinzip der Marktfreiheit gezogenen Grenze – der Fall ist. Dies hat die Bekl.

bei der strittigen Ermessensentscheidung nicht beachtet, so daß die begehrte Rechtswidrigkeitsfeststellung begründet ist ...“.

So BVerwG, GewArch 1984, S. 266 (267).

In seinem Beschluss von 04.10.2005 hat das Bundesverwaltungsgericht seine Rechtsprechung noch einmal zusammengefasst und die im Zusammenhang mit der Marktteilnahme entstandenen Probleme als geklärt angesehen:

„Nach § 70 Abs. 1 GewO ist jedermann, der dem Teilnehmerkreis der festgesetzten Veranstaltung angehört, nach Maßgabe der für alle Teilnehmer geltenden Bestimmungen zur Teilnahme an der Veranstaltung berechtigt. Dieser Anspruch wird gemäß § 70 Abs. 3 GewO unter anderem dadurch eingeschränkt, dass der Veranstalter unter den Voraussetzungen dieser Bestimmung den Interessenten wegen Platzmangels durch Ermessensentscheidung (Auswahlentscheidung) von der Veranstaltung ausschließen darf. Das dem Veranstalter eingeräumte Ermessen ist danach insoweit begrenzt, als eine Ausschließung nur bei Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes erlaubt ist. Erfolgt der Ausschluss wegen Platzmangels, muss der zwischen den Bewerbern angelegte Verteilungsmaßstab sachlich gerechtfertigt sein. Was sachlich gerechtfertigt ist, bestimmt sich nach dem allgemeinen Gleichheitssatz unter Berücksichtigung des Lebenssachverhalts, in dessen Rahmen das Ermessen ausgeübt wird. Danach ist ein Auswahlverfahren nicht zu beanstanden, das jedem Bewerber die gleiche Zulassungschance einräumt (...). Diese Voraussetzung ist bei einem ordnungsgemäß durchgeführten Losverfahren gegeben.

Ein Rechtsgrundsatz, dass nur oder vorrangig nach den von der Kl'in bevorzugten Auswahlkriterien der Attraktivität, Neuartigkeit, Vielseitigkeit gleichartiger Fahrgeschäfte ausgewählt werden dürfe, besteht nicht, auch wenn derartige Kriterien ebenfalls Gesichtspunkte für eine sachgerechte Auswahlentscheidung darstellen können, wenn dies dem Veranstaltungszweck entspricht. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Bekl. für den ‚Bereich der Autoskooter‘, also für einen in Bezug auf das Geschäftsfeld homogenen Interessentenkreis, ein Losverfahren durchgeführt. Dass zwischen den Fahrgeschäften, die zur Auswahl gestanden haben, in Bezug auf die Erreichung des Veranstaltungszwecks gewichtige Unterschiede bestanden haben, die ein Losverfahren als nicht sachgerecht erscheinen lassen könnte, ist nicht festgestellt. Das OVG weist mit Recht darauf hin, dass sich die ‚Attraktivität‘ eines Fahrgeschäfts vor allem in der Publikumsresonanz niederschlägt. Es kann durchaus dem Veranstaltungszweck entsprechen, auch ältere oder weniger vielseitige Fahrgeschäfte zuzulassen. Zu berücksichtigen ist, dass materielle Kriterien zwar auf den ersten Blick als sachgerechter erscheinen könnten als das vom Zufall geleitete Losverfahren. Indessen kann die darin angelegte, vielfach von subjektiven Vorstellungen geprägte Bewertungsnotwendigkeit zu einer nur schwer zu bewältigenden Unsicherheit führen, die bei einem einfach zu handhabenden Losverfahren für gleichartige Geschäfte vermieden wird. Allerdings ist ebenfalls geklärt, dass es keinen Anspruch auf ein Auslosungsverfahren gibt (...).“

So BVerwG, GewArch 2006, S. 81.

2.1.2.2 Die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte

2.1.2.2.1 Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg

Im Urteil vom 19. Juli 1978 führte der Verwaltungsgerichtshof zu dem seinerzeit ein Jahr geltenden § 70 Abs. 3 GewO aus:

„Sachgerecht für den Ausschluß von Marktanbietern (bzw. umgekehrt: für die Zulassung solcher Anbieter) nach § 70 Abs. 3 GewO sind alle Gründe, die sich an der von Art. 12 GG und § 70 Abs. 1 GewO gewährleisteten Marktfreiheit und am Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 GG) ausrichten. Die Bindung des Veranstalters an die Marktfreiheit bedeutet, daß die zu einem bestimmten Markt zuzulassenden Anbieter nicht nach Merkmalen ausgewählt werden dürfen, welche den freien Wettbewerb schlechthin ausschließen und einen bestimmten Anbieter willkürlich diskriminieren. So ist es z.B. verboten, erstmals auftretende Händler grundsätzlich nicht zu berücksichtigen (...). Diesem Verbot trägt die Beklagte, wie sie stets vorgetragen und in der mündlichen Verhandlung näher erläutert hat, dadurch Rechnung, daß die Bewerber, die bisher noch nicht zum Zuge kamen, sogar bevorzugt (werden *d. Verf.*). Das darf allerdings in der Praxis nicht dazu führen, daß ‚alteingesessene‘ Anbieter immer gegenüber den jeweiligen ‚Neulingen‘ den kürzeren ziehen. Denn in diesem Fall wäre die Marktfreiheit wiederum in erheblicher Weise beeinträchtigt, diesmal zu Lasten der ‚Alteingesessenen‘, welche dann überhaupt nicht mehr zugelassen würden, so lange nur immer wieder ein ‚Neuling‘ auftritt (...).

Die Beklagte hat ferner beachtet, daß das Warenangebot des Klägers und seines Mitbewerbers nach Sortiment und Qualität etwa gleich war. Dabei steht ihr ein Beurteilungsspielraum zu. Ihre Entscheidung kann von einem Verwaltungsgericht also nur darauf überprüft werden, ob sie von richtigen Tatsachen ausgegangen ist, allgemein gültige Wertmaßstäbe beachtet und keine sachfremden Erwägungen angestellt hat. Anzeichen dafür, daß diese Gebote mißachtet wurden, liegen nicht vor. Der Kläger hätte auch nicht deshalb den Vorrang erhalten müssen, weil er schon 18 Jahre lang den Markt regelmäßig beschickt und sich dabei stets als zuverlässig erwiesen hat. Das Abstellen auf eine langdauernde Bewährung ist zweifellos ein sachgerechtes Auswahlmerkmal (...). Es ist aber ebensowenig das alleinige sachgerechte Merkmal wie etwa die Reihenfolge des Antragseingangs (...). Die Beklagte durfte also beide Gesichtspunkte zugunsten des von ihr als maßgeblich angesehenen Grundsatzes der wechselnden Berücksichtigung außer acht lassen. Zwischen Händlern und Schaustellern brauchte hierbei kein Unterschied gemacht zu werden. Denn die Marktbesucher wollen bei beiden Arten von Anbietern gleichermaßen eine gewisse Abwechslung haben. Bei der Bewährung der beiden Konkurrenten durfte die Beklagte auch berücksichtigen, daß sich der Mitbewerber des Klägers auf anderen Pf' er Märkten, z.B. dem Weihnachtsmarkt, bereits bewährt hat ...“.

So VGH Bad.-Württ., GewArch 1979, S. 335 (336 f.).

Im Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 17. März 1982 heißt es:

„Auswahlentscheidungen aufgrund von § 70 Abs. 3 GewO erfordern mehr als die Beachtung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Sie müssen positiv dahin tendieren, die Marktfreiheit (§ 70 Abs. 1 GewO) zu erhalten. Eine allgemeine und ständige Bevorzugung der als ‚bekannt und bewährt‘ qualifizierten Unternehmer, die grundsätzlich sachlich zu rechtfertigen ist, führt in der Praxis dazu, daß neue Bewerber erst dann zum Zuge kommen, wenn sich ein bevorzugter

Unternehmer nicht mehr bewirbt. Bewerben sich dagegen auf der folgenden Veranstaltung alle bevorzugten Unternehmer wieder, so müssen alle anderen von der Teilnahme ausgeschlossen werden. Bisher nicht berücksichtigte Unternehmer erhalten bei dieser Praxis oft erst nach unangemessen langer Wartezeit die Chance, sich zu bewähren. Damit kann der durch § 70 Abs. 1 GewO gewährleisteten Marktfreiheit, die für die Berufsausübung der Schausteller und sonstigen marktgewerbetreibenden existenzwichtig ist, nicht genügt werden. Die Marktfreiheit gilt für jede Veranstaltung. Sie kann deshalb nicht allein damit gewährleistet werden, daß der ausgeschlossene Bewerber eine mehr oder minder große Chance hat, bei späteren Veranstaltungen zum Zuge zu kommen. Das Gesetz kennt auch keine Anwartschaft, durch die dem ausgeschlossenen Bewerber bei späteren Wiederbewerbungen wenigstens die Länge der Wartezeit zugute käme. Deshalb kann, wenn wegen Platzmangels nicht alle Bewerber zum Zuge kommen können und bekannte und bewährte Unternehmer bevorzugt zugelassen werden, die Marktfreiheit nur dadurch erhalten werden, daß stets einige Plätze, die auf die einzelnen Branchen angemessen zu verteilen sind, an Unternehmer, die auf der vorangegangenen Veranstaltung nicht zum Zuge gekommen sind oder sich ganz neu bewerben, vergeben werden. Zu diesem Zweck muß die erforderliche Anzahl bekannter und bewährter Unternehmer von der Teilnahme ausgeschlossen werden, z.B. durch Losentscheid oder beginnend mit demjenigen, der schon am längsten auf dem Markt präsent ist. Die freie Vergabe dieser Plätze gewährleistet, daß alle Bewerber jedes Mal eine reale Zulassungschance haben. Eine wesentliche Beeinträchtigung der Ziele, welche mit der Bevorzugung bekannter und bewährter Unternehmer verfolgt werden, ist durch die freie Vergabe einiger Plätze nicht zu besorgen. Die Anhänglichkeit des Publikums an das Althergebrachte auf Märkten und Messen darf nicht überbewertet und zum Dogma erhoben werden. Die Kontinuität des Marktes wird auch dann noch hinreichend gewahrt, wenn die überwiegende Anzahl der Plätze an bekannte und bewährte Unternehmer vergeben wird. Eine gesetzlich besonders geschützte Position oder gar ein über § 70 Abs. 1 GewO hinausgehendes besonderes Zulassungsrecht hat der bekannte und bewährte Unternehmer nicht. Gleichwohl führt die ausnahmslose Bevorzugung dieser Gruppe zu einer dem Gesetz widersprechenden faktischen Privilegierung. Es erscheint deshalb als ein Gebot der Gerechtigkeit, allen zur Teilnahme Berechtigten durch die freie Vergabe einiger Plätze eine reale Zulassungschance zu sichern. Dies kann auch dazu beitragen, daß der nach Beobachtungen des Senats aus zahlreichen Verfahren immer härter werdende Verteilungskampf um Stellplätze auf Märkten entpersonalisiert wird und dem bei abgelehnten Bewerbern aufkommenden Verdacht entgegenwirken, daß sachfremde Erwägungen die Verteilung der Stellplätze beeinflussen.“

So VGH Bad.-Württ., GewArch 1983, S. 159 (160).

In seinem Urteil vom 27. Februar 2006 schließt sich der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts an, wonach die sachliche Vertretbarkeit einer Differenzierung sich für den Fall, dass sich der Veranstalter bei einer Auswahl an Merkmalen orientiere, die nicht bei jedem Bewerber vorliegen könnten, aus der Eigenart des Marktgeschehens ableiten lassen müsse und nicht an Gesichtspunkte anknüpfen dürfe, die mit dem durch die Veranstaltung gekennzeichneten Lebenssachverhalten in keinem sachlichen Zusammenhang stünden.

So VGH Bad.-Württ., ESVGH 56, 169 (170).

Wörtlich fährt der Gerichtshof fort:

„Je mehr sich – andererseits – die jeweilige Veranstaltung von dem entfernt, was typischerweise den freien Warenverkehr ausmacht, muss sich auch die Bindung der Auswahlentscheidung an § 70 Abs. 1 GewO lockern; insofern ist dem Differenzierungsversuch von *Friauf/Wagner*, a.a.O., zuzustimmen, wonach im Zusammenhang der Attraktivität ‚je nach Veranstaltungstyp‘ unterschiedlichen Aspekten das maßgebliche Gewicht verliehen werden könne (...) und das Gewicht des Kriteriums ‚bekannt und bewährt‘ umso geringer sein dürfe, als die jeweilige Veranstaltungsart gerade wegen der Förderung von Wettbewerb und Markttransparenz privilegiert werde (...). Insbesondere bei Veranstaltungen, die – wie im vorliegenden Falle – der Sache nach Volksfeste sind (...) und bei denen es in erster Linie um die Außendarstellung des Veranstalters, um Schaffung eines Anreizes für Besucher und somit letztlich um Attraktivität geht, bedarf keiner näheren Erörterung, dass sachgerechte Auswahl notwendigerweise einen weiten Gestaltungs- und/oder Ermessensspielraum bedingt; die veranstaltende Gemeinde muss, mit anderen Worten, dem Grunde nach in der Lage sein, ihr für das Volksfest entwickeltes Konzept auch tatsächlich umzusetzen. Auf dieser Grundlage wird man sogar sagen können, dass sich in derartigen Fällen die alleinige oder auch nur vorrangige Orientierung am ‚reinen‘ Wettbewerb typischerweise eher nicht als ‚an der Sache orientiert‘ erweisen wird, weil gerade dieses Kriterium ohne sachlichen Bezug zu der bei Volksfesten unabdingbaren Gestaltungsbefugnis des Veranstalters ist; insoweit erscheint es verfehlt, wenn *Friauf/Wagner* das Postulat, Auswahlentscheidungen müssten positiv zur Erhaltung der Marktfreiheit tendieren, auch im Zusammenhang des § 60 b GewO hervorheben (...). Insgesamt ist nach allem dem Veranstalter von Volksfesten ein weiter Gestaltungs- und/oder Ermessensspielraum zuzubilligen, der sich nicht nur oder auch nur vorrangig am Wettbewerb, sondern wesentlich auch an den Ausprägungen des jeweiligen Gestaltungswillens zu orientieren hat. Dahin deutet nicht zuletzt auch der – zutreffende – Hinweis bei *Friauf/Wagner* (...), dass die auf Volksfesten vorwiegend ausgeübten Tätigkeiten nach herkömmlichem Verständnis eben nicht dem Marktverkehr zugerechnet werden. Dies alles bedeutet, dass sich die gerichtliche Nachprüfung der jeweiligen Auswahlentscheidung darauf beschränken muss, ob der Veranstalter von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist und ob der Ausschluss aus ‚sachlichen Gründen‘ erfolgt ist, zu denen gerade auch die Orientierung am jeweiligen Gestaltungswillen zählt. Ist dies der Fall, ist es hingegen nicht Aufgabe der Gerichte, ihr Ermessen an die Stelle der Entscheidung des Veranstalters zu setzen und eigenständig zu unterscheiden, welcher von mehreren vertretbaren Lösungen denn nun der Vorzug zu geben sei.

...

Die Grundzüge für die Auswahlentscheidungen wegen Platzmangels werden in Nr. 4 der Richtlinien festgelegt, welche die ‚Vergabe bei Überangebot‘ betrifft. Das vorab zu prüfende Vergabekriterium ist in Nr. 4.1 niedergelegt, wonach – so wörtlich – Geschäfte, von denen angenommen wird, dass sie wegen ihrer Art, Ausstattung oder Betriebsweise eine besondere Anziehungskraft auf Besucher ausüben, bevorzugt Platz erhalten können. Hierbei handelt es sich bei verständiger Würdigung des Textes, untechnisch gesprochen, um das Kriterium der ‚Attraktivität‘. Das Verwaltungsgericht meint freilich, der Wortlaut der Nr. 4.1 der Richtlinie lege mit Rücksicht auf die verwendeten Begriffe ‚besondere‘ und ‚bevorzugt‘ ein Verständnis nahe, das vorab nur solche Bewerber berücksichtigt werden sollten, die aus dem Bewerberfeld ‚signifikant‘ herausragten. Indessen vermag der Senat dieser begrifflichen Aufspaltung des Gemeinten umso weniger zu folgen, als die Wendung ‚besondere Anziehungskraft auf die Besucher‘ ja eben das umschreibt, was nach allgemeinem Verständnis ‚Attraktivität‘ bedingt. Mit diesem Inhalt kann angesichts der oben näher umschriebenen Eigenart von Volksfesten der vorliegenden Art kein Zweifel bestehen, dass Nr. 4.1 der Richtlinie in besonderer Weise ‚an der Sache orientiert‘ ist (...).

...

Nr. 4.2. der Richtlinien enthält das Auswahlkriterium ‚bekannt und bewährt‘, wobei es sich nach dem eindeutigen Wortlaut (‚bei gleichen Voraussetzungen‘) um ein Hilfskriterium

handelt. Dieses ist in der Rechtsprechung im Grundsatz gleichfalls anerkannt (...), wobei die sachlichen Bezüge dieses Kriterium zum Merkmal der Attraktivität im Blick zu behalten sind: ‚Bewährung‘ hat nicht nur mit gewerberechtlicher Zuverlässigkeit (...), sondern auch damit zu tun, dass sich der Bewerber nach bisherigen Erfahrungen in besonderer Weise – positiv – in das Konzept der jeweiligen Veranstaltung eingefügt hat, so dass die Prognose gerechtfertigt erscheint, dies werde auch in Zukunft so bleiben. Allerdings kann die dem Merkmal ‚bekannt und bewährt‘ innewohnende Tendenz zum Bestandsschutz bei undifferenzierter Handhabung dazu führen, dass Neubewerbern unter Verletzung ihres grundsätzlich bestehenden Anspruchs auf Teilhabe auf Dauer jede realistische Zugangschance genommen wird. Dementsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht, dessen Rechtsprechung sich der Senat insoweit anschließt, im Urteil vom 27.04.1984 (...) entschieden, dass eine Auswahlentscheidung, der ein System zugrunde liegt, das Neubewerbern oder Wiederholungsbewerbern, die nicht kontinuierlich auf dem Markt vertreten waren, weder im Jahre der Antragstellung noch in einem erkennbaren zeitlichen Turnus eine Zulassungschance einräumt, in jedem Fall außerhalb der Ermessensgrenzen des § 70 Abs. 3 GewO liegt ...

Insgesamt ist mithin das Merkmal ‚bekannt und bewährt‘ so lange ein sachlich gerechtfertigter Ausschlussgrund, als für Neubewerber eine reale Chance bleibt, ihrerseits in absehbarer Zeit am Marktgeschehen teilzuhaben ...“.

So VGH Bad.-Württ., ESVGH 56, 169 (170 ff.).

2.1.2.2.2 Die Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat sich mehrfach mit der Frage beschäftigt, welche Erwägungen den Auswahlentscheidungen bei Volksfesten zugrunde zu legen sind. Im Urteil vom 3. März 1980 heißt es:

„Der Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 GG, Art. 118 BV) gebietet, wie keiner weiteren Erläuterung bedarf, nicht einen äußerlich-formalen Schematismus, sondern eine Orientierung an materiell-inhaltlicher Gerechtigkeit; er besagt, daß für behördliche Regelungen jeweils ein vernünftiger, sachlich einleuchtender Grund gegeben sein muß. Die von der Beklagten im vorliegenden Zusammenhang getroffene Regelung genügt diesem Erfordernis; die Differenzierung nach dem spezifischen Bekanntheits- und Bewährungsgrad von Volksfestbesuchern – zumal im gastronomischen Bereich – erscheint sachlich gerechtfertigt. Das ist in der oberstgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt (...). Die Gründe, aus denen diese Lösung vernünftig erscheint, sind im gegenwärtigen Verfahren erneut deutlich geworden: Die Praxis der Beklagten entspricht insbesondere öffentlichen Belangen; sie dient den Interessen des Veranstaltungszwecks, des kommunalen Veranstalters und der Veranstaltungsbesucher; für den Erfolg zumal der gastronomischen Abteilung eines überkommenen Volksfestes ist es wesentlich, nicht nur einen technisch störungsfreien und hygienisch einwandfreien Betriebsablauf sicherzustellen, sondern auch ein konstantes Qualitätsniveau des gastronomischen Angebots zu pflegen und den Besuchern mehr ein Bild des Traditionellen, Bekannten und Bewährten, als den Eindruck ständigen Wechsels zu vermitteln. Die Wahrung dieser Belange würde durch die generelle Einführung des rollierenden Systems oder die Orientierung an der zeitlichen Priorität der Antragstellung ernsthaft gefährdet; es versteht sich von selbst, daß die Einführung des rollierenden Systems nicht auf den A'er Plärren, den dortigen Kleinbierzeltbetrieb und die Personen des Klägers und des Beigeladenen beschränkt bleiben könnte.

...

Die Praxis der Beklagten verletzt schließlich auch keine berechtigten Belange von Nachwuchsbewerbern. Dabei ist zunächst der Hinweis der Beklagten hervorzuheben, daß,

verglichen mit Messen, Ausstellungen und Märkten, ein Volksfest in höherem Maße den Besuchern und nur in geringerem Maße den Anbietern zu dienen bestimmt ist; das Besucherinteresse, vertraute und beliebte Darbietungen aus früheren Veranstaltungen wiederzufinden, hat höheres Gewicht als das Interesse von Neubewerbern auch ihnen ohne weiteres die kommerziellen Vorteile einer Volksfestzulassung zu erschließen ...“.

So BayVGH, GewArch 1980, S. 299 (299 f.).

Im Beschluss vom 11. September 1981 wird ausgeführt:

„In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerwG (...) ist der beschließende Senat der Ansicht, daß der Grundsatz ‚bekannt und bewährt‘ bei der Auswahl der Schausteller eine Rolle spielen darf, ohne daß die Antragsgegnerin damit gegen das Gebot der sachlichen Differenzierung und das Willkürverbot verstößt (...). Es bedarf keiner Entscheidung darüber, ob auch die Bewerberauswahl nach einem rollierenden System oder dem Prioritätssystem möglich oder marktpolitisch erwünscht wäre. Denn für das Prinzip ‚bekannt und bewährt‘ lassen sich unter Berücksichtigung des Einrichtungszwecks sachliche Gesichtspunkte finden, die seine Anwendung rechtfertigen. Dabei kann dahinstehen, ob die von der Antragsgegnerin angeführte Rücksicht auf die von den Beschickern im Hinblick auf das Oktoberfest getätigten Investitionen allein einen derartigen sachlichen Differenzierungsgrund darstellt. Als tragfähig erweist sich jedenfalls die Überlegung, daß die erforderliche Sicherheit und ein technisch störungsfreier Betriebsablauf bei bekannten und gerade auf dem Oktoberfest bewährten Schaustellern eher gewährleistet sind als bei unbekanntem. Weiter sprechen für dieses Prinzip der gegenüber einem rollierenden System geringere Verwaltungsaufwand und insbesondere das Interesse der Besucher an einem traditionellen Bild des Festes, zu dem außer Neuheiten auch gehört, beliebte Attraktionen am gewohnten Ort wiederzufinden ...

Das Auswahlprinzip ‚bekannt und bewährt‘ darf allerdings nicht dazu führen, daß Neubewerber aus sachfremden Erwägungen, etwa gerade wegen ihrer Neubewerbereigenschaft, von der Zulassung ausgeschlossen werden (...). Neubewerber müssen im Rahmen des vorhandenen Platzangebots dann eine echte Aussicht haben, zugelassen zu werden, wenn ihr Angebot sich in das Gesamtbild des Oktoberfestes entsprechend einfügt. Inwieweit diese Aussicht real besteht, wird sich anhaltsweise in der Regel auch aus der Zahl der Neuzulassungen entnehmen lassen ...“.

So BayVGH, GewArch 1982, S. 98 (99).

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 10. Dezember 1981 bekräftigt und ausgeführt,

„daß die zu einem bestimmten Markt zuzulassenden Anbieter nicht nach Merkmalen ausgewählt werden dürfen, welche den freien Wettbewerb schlechthin ausschließen und einen bestimmten Anbieter sachwidrig (willkürlich) diskriminieren. Sachgerechte, willkürfreie Auswahlentscheidungen in diesem Sinne lassen sich auf unterschiedliche, einander prinzipiell gleichwertige Kriterien stützen; die Auswahl zwischen diesen Kriterien obliegt dabei dem Ermessen des Veranstalters. Anerkannt sind z.B. in diesem Zusammenhang sowohl das Kriterium ‚bekannt und bewährt‘ (...) als auch das Prioritätsprinzip, die Berücksichtigung von Zulassungsanträgen nach der Reihenfolge ihrer Einreichung (...).“

So BayVGH, GewArch 1982, S. 236.

Im Urteil vom 23. März 1988 hebt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hervor, dass die Gemeinden bei der Ausrichtung traditioneller oder traditionsbildender Volksfeste und

Jahrmärkte freie Selbstverwaltungsaufgaben und danach Daseinsvorsorge erfüllen. Die Auswahl habe nach allgemeinen Rechtskriterien, insbesondere nach sachlichen Gesichtspunkten unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes zu erfolgen. Der Gleichheitssatz gebiete dabei nicht, einen äußerlich formalen Schematismus, sondern eine Orientierung an materiell-inhaltlicher Gerechtigkeit; er besage, dass für behördliche Regelungen jeweils ein vernünftiger, sachlich einleuchtender Grund gegeben sein müsse.

So BayVGH, NVwZ-RR 1988, S. 71 (71 f.).

Im Beschluss vom 29. Januar 1991 befasst sich der Verwaltungsgerichtshof mit in Vergaberichtlinien niedergelegten unterschiedlichen Grundsätzen:

„Inwiefern diese Grundsätze (Attraktivität des Großgeschäfts, Auswahl nach dem Grundsatz ‚bekannt und bewährt‘, Zulassung eines bestimmten Anteils an ‚Newcomern‘) sachunangemessen oder unzureichend sein könnten, hat der Kl. nicht einmal andeutungsweise dargetan ...

Die Attraktivität eines Geschäfts kann bei der Zulassung zu einem Volksfest eine doppelte Rolle spielen, zum einen nämlich bei der Gestaltung des Volksfestes insgesamt, d.h. bei der Auswahl der verschiedenen Geschäfte und Attraktionen, zum anderen bei der Entscheidung darüber, welcher von konkurrierenden Bewerbern mit ähnlichem Angebot zum Zuge kommen soll ...“.

So BayVGH, NVwZ-RR 1988, S. 550 (550 f.).

Im Beschluss vom 10. September 1998 setzt sich der Verwaltungsgerichtshof nochmals mit den Bewertungskriterien im Einzelnen auseinander:

„Da in allen Jahren aber immer wesentlich mehr Bewerbungen von Schaustellern vorlagen als Plätze auf dem Oktoberfest zur Verfügung standen, wendet die Ag. seit vielen Jahren ein Bewertungssystem an, bei dem die einzelnen Bewerber bzw. ihre Geschäfte hinsichtlich Vertragserfüllung, Volksfesterfahrung, Sachkenntnis, Durchführung (jeweils mit Faktor 2), Ausstattung, technischer Standard, Anziehungskraft, Beitrag zur Tradition, Platzbedarf (jeweils mit Faktor 4) und Ortsansässigkeit, steuerlicher Wohnort, Alleineigentum und ökologische Verträglichkeit (jeweils mit Faktor 2) zwischen 0 und 11 Punkten erhalten. Außerdem teilt die Ag. die Geschäfte der Bewerber in folgende Geschäftsarten ein: Autobahnen, Eis- und Süßwaren, Fischbratereien, Fotografen, Geisterbahnen, Achterbahnen, Kasperltheater, Kettenflieger, Kindergeschäfte, Obst, Reitbahnen, Riesenräder, Rundfahrgeschäfte, Schau- und Belustigungsgeschäfte, Schaukeln, Scherzartikel/Andenken/Festkarten, Schießbuden, sonstige Fahrgeschäfte, Stehhausschank/Backwaren, Süßwaren, Tabakwaren, Wildwasserbahnen, Wurf- und Spielbuden, Wurstbratereien und Feinkost und legt fest, wieviele Geschäfte jeder Geschäftsart zugelassen werden ...“.

So BayVGH, NVwZ-RR 1999, S. 574.

In weiteren Entscheidungen hat sich der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit der Frage der Fristversäumnis,

So BayVGH, NVwZ-RR 2000, S. 779.

der räumlichen Kapazität

So BayVGH, NVwZ-RR 2003, S. 837.

und den Maßstäben für eine besondere Anziehungskraft „eines Betriebes“

So BayVGH, GewArch 2004, S. 248.

befasst.

2.1.2.2.3 Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen

Auch das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen schließt sich im Wesentlichen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts an und führt aus, gegen die vorgenommene Bevorzugung eines bekannten und bewährten Schaustellers sei nichts zu erinnern; insbesondere verbiete der in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Gleichheitssatz nicht, die wegen Platzmangels erforderliche Auswahl unter den sich um die Zulassung zu einem Volksfest bewerbenden Schaustellern nach dem Bekanntheits- und Bewährungsgrad der Bewerber vorzunehmen.

So OVG NW, GewArch 1991, S. 113.

Sei die Veranstaltung jedoch als Volksfest festgesetzt, setze der in § 70 Abs. 1 GewO niedergelegte Grundsatz der Marktfreiheit für das Auswahlermessen des Veranstalters zwingende Schranken, die insbesondere auch bei der nach § 70 Abs. 3 GewO zu treffenden Entscheidung zu berücksichtigen seien. Der Grundsatz der Marktfreiheit gebiete, dass Neubewerber nicht auf unabsehbare Zeit von der Veranstaltung ausgeschlossen werden

dürften. Vielmehr müsse ihnen in einem erkennbaren zeitlichen Turnus eine Zulassungschance eingeräumt werden.

So OVG NW, GewArch 1991, S. 113 (113 f.).

Eine Richtlinie, nach der ein Neubewerber aber nur berücksichtigt werden könne, wenn er ein attraktiveres Angebot als Altbeschicker bereithalte, ist nach Auffassung des Gerichts mit der Marktfreiheit nicht vereinbar. Wörtlich wird ausgeführt:

„Dadurch erhält das Zulassungskriterium ‚bekannt und bewährt‘ einen Stellenwert, der ihm im Hinblick auf die in § 70 Abs. 1 GewO garantierte Marktfreiheit nicht zukommt. Die langjährige Teilnahme an früheren Veranstaltungen wird nämlich im Vergleich zwischen mehreren ansonsten völlig vergleichbaren und – was ihre Attraktivität angeht – gleichwertigen Geschäften zum allein ausschlaggebenden Merkmal für die Zulassungsentscheidung. Die Tatsache, daß der Neubewerber über die Merkmale ‚Neuheit‘ oder gesteigerte ‚Attraktivität‘ eine Zulassungschance hat, ist insoweit ohne Belang, weil diese Kriterien nach den Vergaberichtlinien des Bekl. ... ohnehin den Vorrang von bekannten und bewährten Schaustellern ausschließen. Die maßgebliche Vergleichsgruppe bilden deshalb nicht die unterschiedlichen Beschicker, bei denen eine sachgerechte Auswahlentscheidung nach den Maßstäben ‚Neuheit‘ oder ‚Attraktivität‘ getroffen werden kann, sondern diejenigen Geschäfte, die derartige Unterscheidungsmerkmale nicht aufweisen.“

So OVG NW, GewArch 1991, S. 113 (114).

In einem weiteren Urteil vom gleichen Tag bestätigt das Gericht ein erstinstanzliches Urteil, mit dem die Klage eines nicht berücksichtigten Bewerbers zurückgewiesen worden war:

„Der in § 70 Abs. 1 GewO niedergelegte Grundsatz der Marktfreiheit setzt der Ausübung des Verteilungs- und Ausschließungsermessens des Veranstalters allerdings zwingende Grenzen. Der Grundsatz der Marktfreiheit gebietet insofern, daß Neubewerber nicht auf unabsehbare Zeit von der Veranstaltung ausgeschlossen werden dürfen. Vielmehr muß ihnen in einem erkennbaren zeitlichen Turnus eine Zulassungschance eingeräumt werden ...

Diese Grundsätze hat der Bekl. beachtet. Er hat nach seinem – insoweit unbestrittenen – Vorbringen die Zahl der Geschäfte der hier in Rede stehenden Art auf drei begrenzt, zwei Standplätze an bekannte und bewährte Ausrichter vergeben und einen weiteren jeweils für einen Neuinteressenten freigehalten. Dieses Verfahren wird dem in § 70 Abs. 1 GewO verankerten Prinzip der Marktfreiheit gerecht. Es stellt eine zulässige Anwendung des Prinzips des Vorrangs der bekannten und bewährten Beschicker dar, weil es gewährleistet, daß auch Neubewerber eine reale Zulassungschance erhalten ...“.

So OVG NW, GewArch 1991, S. 229 (229 f.).

In einem weiteren Beschluss betont das Oberverwaltungsgericht, dass neben der Gesamtkonzeption auch die Platzkonzeption für ein Volksfest im Ermessen des Veranstalters

stehe. Sofern ein Geschäft nicht in die Platzkonzeption des Veranstalters passe, dürfe dieser einem Konkurrenten unabhängig von Attraktivitätsgesichtspunkten den Vorzug geben. Wörtlich heißt es:

„Diese Konzeption bedarf aber – zumindest für Großgeschäfte der hier vorliegenden Art – der Ergänzung in bezug auf ihre räumliche Ausdehnung. In gleicher Weise, wie es in das pflichtgemäße Ermessen des Veranstalters gestellt ist, über die Art der zuzulassenden Betriebe zu befinden und jedem erfolgreichen Bewerber einen bestimmten Standplatz zuzuweisen (...), muß es ihm vorbehalten bleiben, die Ausmaße der für die jeweilige Betriebsart zur Verfügung zu stellenden Standflächen zu bestimmen, soweit dies auf sachgerechten Erwägungen beruht. Andernfalls könnten einzelne Bewerber durch einen mit der Gesamtkonzeption der Kirmes nicht mehr im Einklang stehenden Raumanspruch den ... Veranstaltungszweck, ein ausgewogenes Angebot der verschiedenen Betriebsarten zu schaffen, gefährden.“

So OVG NW, GewArch 1991, S. 435.

Im Urteil vom 27. Mai 1993 befasste sich das Oberverwaltungsgericht mit Maßstäben für die Attraktivität eines Schaugeschäfts, das dem Veranstalter aus dem Vorjahr bekannt war.

OVG NW, GewArch 1994, S. 25.

2.1.2.2.4 Rechtsprechung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts

In seinem Urteil vom 26. August 1981 fasst das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht seine Auffassung dahingehend zusammen

„daß zwar die Gesichtspunkte der Bevorzugung bewährter Stammbeschicker, der Attraktivität und der Ausgewogenheit des Marktbildes sachgerechte Auswahlgesichtspunkte sind, daß aber auch andere Kriterien sachgerecht sein können, wie die Reihenfolge der Anmeldungen (...), das Losverfahren, die abwechselnde Berücksichtigung von Betrieben, soziale Gesichtspunkte oder auch die vorzugsweise Vergabe von Standplätzen an neue Anbieter (...). Nach der bisherigen Rechtsprechung erscheint lediglich ein regelmäßiger Ausschluß von neuen oder umgekehrt von altbewährten Anbietern ebenso als sachwidrig wie der Ausschluß von Ortsfremden, weil das dem Grundsatz der Marktfreiheit widersprechen würde (...).“

So Nds. OVG, GewArch 1982, S. 305.

In seinem Urteil vom 15. Januar 1998 betont das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht das Ermessen des Veranstalters eines Volksfestes, das gewünschte Gesamtbild der Veranstaltung konzeptionell festzulegen:

„Sachlich gerechtfertigt ist es, einen Anbieter – unabhängig davon, ob ‚Platzmangel‘ herrscht – bereits dann auszuschließen, wenn sein Geschäft nicht in die Gesamt- oder Platzkonzeption des Fests paßt. Dies ergibt sich für die ‚Betriebsart‘ eines Geschäfts bereits aus § 60 b Abs. 1 letzter HS. (...). Dem Veranstalter kommt darüber hinaus ein – in der Natur der Sache liegendes – Ermessen zu, das gewünschte Gesamtbild der Veranstaltung festzulegen (...). Dieses Ermessen konkretisiert sich unter anderem darin, die Ausmaße, d.h. die maximalen Abmessungen (Breite, Tiefe und Höhe) der für die jeweilige Betriebsart zur Verfügung zu stellenden Standflächen zu bestimmen und so – nach sachgerechten Erwägungen – den Kreis der am Volksfest teilnahmeberechtigten Geschäfte festzulegen. Bewerber, deren Verkaufsgeschäfte die hiernach festgelegten Kriterien nicht erfüllen, dürfen daher von vornherein – unabhängig von ‚Attraktivität‘ ihres Angebotes – aus dem Kreis der zuzulassenden Anbieter ausgeschieden werden. Denn andernfalls könnten Anbieter durch einen mit der Gesamtkonzeption des Volksfestes nicht in Einklang stehenden Raumanspruch die Zielsetzungen des Veranstalters des Volksfestes gefährden.“

So Nds. OVG, Urt. v. 15.01.1998 – 7 L 3983/96 –, S. 4 f. (Juris).

In seinem Urteil vom 18. Juli 2002 betont das Oberverwaltungsgericht, dass Neubewerber aufgrund der Marktfreiheit eine Zulassungschance haben müssten. Im Einzelnen heißt es:

„Das Verlangen, der Neubewerber müsse das gegenüber dem des Altbewerbers neuere und/oder attraktivere Geschäft haben (...), um eine Zulassung zu erreichen, bevorzugt grundsätzlich den Altbesucher, von dem dies eben nicht verlangt wird (...). Weiterhin hat die Bekl. nie dargelegt, welche konkreten Gesichtspunkte sie unter dem Stichwort ‚Neuheit‘ oder ‚Attraktivität‘ zum Gegenstand ihrer ein Autoskooter-Fahrgeschäft betreffenden Zulassungsentscheidung gemacht hat ...

Über diesen Ermessensfehlergebrauch kann auch nicht deshalb hinweggesehen werden, weil es sich bei dem Jahrmarkt der Bekl. um ein kleines Volksfest handelt ...“

So Nds. OVG, GewArch 2002, S. 428 (429 f.).

Im Urteil vom 16. Juni 2005 befasst sich das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht mit dem Losverfahren zur Vergabe von Standplätzen:

„Es liegt auf der Hand, dass das Losverfahren unter den zuverlässigen Bewerbern das (vom Verfahren ‚bekannt und bewährt‘ abgesehen) für die Verwaltung am schnellsten und leichtesten zu handhabende Verfahren ist, zumal es den Ermittlungsaufwand vollständig entfallen lässt und den Begründungsaufwand für die Nichtzulassungsbescheide stark reduziert ...

Auf die Nachteile des Losverfahrens (vor allem das mögliche Zum-Zuge-Kommen vermeintlich oder tatsächlich unattraktiver Fahrgeschäfte) hat die Kl. zutreffend verwiesen. Doch selbst dann, wenn auf diese Weise anderenorts kaum noch konkurrenzfähige Fahrgeschäfte den Zuschlag erhalten können, hielte sich die Bekl. immer noch im Rahmen des ihr von § 70 III GewO eingeräumten sehr weiten Ermessens, weil sie das Urteil über die Attraktivität der Fahrgeschäfte und des ganzen Marktes den Besuchern der Veranstaltung überlässt, die es möglicherweise nach ganz anderen Kriterien als denen der Größe, der Fahrfläche, des Alters des Fahrgeschäfts oder Art und Maß der Dekoration fällen. Ein in den Augen der Besucher unattraktives Geschäft wird weniger Umsatz machen, ein unattraktiver

Markt weniger Besucher anziehen, bei unzureichendem Umsatz werden Beschicker es nicht mehr lohnend finden, sich um einen Stand auf einem für Besucher unattraktiven Markt zu bewerben. Die Kl. kann die Veranstalterin eines Marktes so wenig wie dessen Besucher zwingen, ihre Investitionsanstrengungen zu honorieren oder ungeachtet des Verwaltungsaufwands alle Optimierungsmöglichkeiten im Hinblick auf eine wie auch immer zu bestimmende Attraktivität des Angebots innerhalb der von der Bekl. vorgegebenen Angebotskategorien auszuschöpfen. Soweit die Kl. ihre Ansicht mit kommunalpolitischen Erwägungen begründet (Volksfest als Werbe- und Wirtschaftsfaktor), sind dies Ermessenserwägungen, die allein die Bekl. anstellen könnte, gerichtlich verpflichtet werden kann sie dazu nicht.

In der Literatur wird u.a. das Losverfahren als weniger sachgerecht als eine Auswahlentscheidung nach Attraktivität kritisiert (...). Dabei vernachlässigt diese Ansicht, dass auch der mit einer Zulassungsentscheidung verbundene Verwaltungsaufwand ein zulässiger Ermessens Gesichtspunkt bei der Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes Vergabeverfahren sein muss. Die Entscheidung, ob eine Gemeinde ihre Verwaltungskraft für einen im Hinblick auf seine Attraktivität optimierten Jahrmarkt oder eher für andere Aufgaben ihres Wirkungskreises einsetzen will, ist unter dem Gesichtspunkt der Marktfreiheit jedenfalls nicht eingeschränkt.“

So Nds. OVG, NVwZ-RR 2006, S. 177 (178 f.).

2.1.2.2.5 Rechtsprechung anderer Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichte

Andere Oberverwaltungsgerichte der Bundesländer haben sich ebenfalls in Einzelfällen mit dem Zugang zu Märkten beschäftigt. So hat das Oberverwaltungsgericht Bremen mit Beschluss vom 7. Oktober 1985 ausgeführt:

„Das Kriterium ‚bekannt und bewährt‘ ist im übrigen, wenn es unter Beachtung gewisser Eingrenzungen gehandhabt wird, so daß Neubewerbern eine angemessene Zulassungschance bleibt, als sachgerecht angesehen worden; nur für den Fall, daß es vor Neubewerbern eine unüberwindbare Schranke aufrichtet, führt das zur Negierung des Grundsatzes der Marktfreiheit und zur Rechtswidrigkeit der darauf beruhenden Ablehnungsentscheidung (...). Eine lediglich ‚untergeordnete Bedeutung‘ des Kriteriums ‚bekannt und bewährt‘ würde die Auswahlentscheidung danach rechtlich noch nicht in Frage stellen.“

So OVG Bremen, GewArch 1985, S. 386 (387).

An dieser Rechtsprechung hat das OVG Bremen im Urteil vom 27. April 1993 festgehalten und ausgeführt:

„Bei Platzmangel muß die Behörde ihre Auswahlentscheidung ... an einem schlüssigen Marktconcept ausrichten. Sie darf dabei dem Kriterium der Vielseitigkeit und Attraktivität des Marktgeschehens maßgebliche Bedeutung beimessen (...). Zugleich verbietet der Grundsatz der Marktfreiheit der Behörde, den Konflikt zwischen Stammbeschickern und Neubewerbern einseitig zugunsten der Stammbeschicker zu lösen. Das Kriterium ‚bekannt und bewährt‘, das

in einem gewissen Rahmen durchaus sachgerecht sein kann, darf nicht dazu führen, daß Neubewerbern die Zulassungschance genommen wird (...).“

So OVG Bremen, Urt. v. 27.04.1993 – 1 BA 49/92 –, S. 5 (Juris).

Das Oberverwaltungsgericht Hamburg führt in seinem Urteil vom 4. November 1986 aus:

„Ist nicht für alle Bewerber ausreichend Platz auf dem jeweiligen Wochenmarkt vorhanden, so wandelt sich der Zulassungsanspruch jedes einzelnen Bewerbers in einen Anspruch auf angemessene Beteiligung an einem ermessensfehlerfreien Auswahlverfahren. In § 70 Abs. 3 GewO ist zwar lediglich vorgesehen, daß ein einzelner Bewerber aus sachlich gerechtfertigten Gründen, insbesondere infolge Platzmangels, ausgeschlossen werden kann. In dieser Bestimmung ist aber eine vorangegangene Auswahl unter den Bewerbern nach sachgerechten Kriterien stillschweigend vorausgesetzt (...).“

...

Mit der Vergabe von Dauerstandplätzen für einen Teil der Wochenmarktfläche macht die Bekl. von dem ihr als Veranstalterin des Wochenmarktes zustehenden Organisationsermessen im Grundsatz einen fehlerfreien Gebrauch. Die Einrichtung von Dauerstandplätzen auf Wochenmärkten ist sachgerecht. Sie liegt im Interesse der Verbraucher, die sich auf ein bestimmtes Warenangebot auf dem Wochenmarkt einrichten können von ihnen bevorzugte Marktstände nicht länger suchen müssen und ein Vertrauensverhältnis zu bestimmten Marktbeschickern aufbauen können. Sie liegt im Interesse des Veranstalters, weil sie die Kontinuität des Marktes im Hinblick auf Warenangebot und Nachfrage von seiten der Verbraucher sichert, dem Markt einen bestimmten Anteil an der Versorgung der Bevölkerung erhält und den Verwaltungsaufwand bei der Verteilung der Marktflächen wesentlich verringert. Sie liegt schließlich auch im Interesse der Marktbeschicker, die sich auf die jeweilige Situation einstellen können ...“

So OVG Hamburg, GewArch 1987, S. 303 (304 f.).

Schließlich hat sich der Hessische Verwaltungsgerichtshof mit der Frage des Marktzugangs beschäftigt und ausgeführt:

„Ebenso wie es grundsätzlich Aufgabe und Recht der Ag'in ist, Anzahl, Ausmaß und Art der einzelnen Stände festzulegen, ist es Aufgabe und Recht der Ag'in, den einzelnen Marktbeschickern ihre Standplätze zuzuweisen. Dabei kann der Veranstalter einzelne Aussteller von der Teilnahme ausschließen, wenn dies aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist (§ 70 Abs. 3 GewO), dies ist insbesondere der Fall, wenn die Platzkapazität erschöpft ist. Zu Recht weist allerdings der Ast. in seiner Beschwerdebegründung darauf hin, daß die Zulassung zu einer Veranstaltung nicht allein mit der Begründung abgelehnt werden kann, sämtliche Standplätze seien vertraglich vergeben. Ist die Vergabe zu Unrecht erfolgt und hat der Ast. seinerseits einen Anspruch auf Zulassung, so ist es Sache des Veranstalters, für die Durchsetzung dieses Rechts – gegebenenfalls auch unter Hinnahme von Schadenersatzansprüchen – Sorge zu tragen.“

Kann der Veranstalter jedoch in zulässiger Weise Bewerber von der Standvergabe aus Platzgründen völlig ausschließen oder Bewerber, die in seine Platzkonzeption – anders als ein Konkurrent – nicht passen, ausschließen (...), so steht ihm bei der Auswahl der Standorte und Zuweisung der konkreten Plätze an die Berechtigten ein sehr weiter Ermessensspielraum zu. Nur eine absolut sachwidrige und ruinöse Standplatzzuweisung, die offensichtlich allein zum Schaden des Ausstellers getroffen wurde, könnte hier einer gerichtlichen Überprüfung nicht

standhalten und die Ag'in verpflichten, über die Zuweisung eines Standplatzes an den Ast. neu zu entscheiden.“

So Hess.VGH, GewArch 1993, S. 248.

In einer weiteren Entscheidung hat sich der Hessische Verwaltungsgerichtshof zum Auswahlkriterium der Attraktivität geäußert und es als nicht sachwidrig bezeichnet.

So Hess.VGH, Beschl. v. 14.03.2006 – 8 TG 715/06 –, S. 9 (Juris).

Das OVG Saarland hat in seinem Beschluss vom 26. September 1991 betont, die Gemeinde sei bei einem Volksfest zu „optimaler Mängelverwaltung“ verpflichtet. Der zur Verfügung stehende Raum müsse so verteilt werden, dass im Rahmen sachgerechter Planung möglichst viele Bewerber zum Zuge kommen; das Zurückhalten von Platzreserven sei unzulässig.

So OVG Saarland, GewArch 1992, S. 236.

Überdies haben eine Vielzahl von Verwaltungsgerichten Entscheidungen über die Zulassung von Schaustellern zu Volksfesten getroffen, die veröffentlicht worden sind. Als Beispiele sind zu nennen das Verwaltungsgericht Ansbach (GewArch 1996, 159), das Verwaltungsgericht Augsburg (NVwZ-RR 2001, 468), das Verwaltungsgericht Chemnitz (GewArch 1996, 158), das Verwaltungsgericht Freiburg (NVwZ-RR 2002, 139), das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen (NVwZ-RR 1988, 73), das Verwaltungsgericht Karlsruhe (GewArch 2004, 417), das Verwaltungsgericht Mainz (GewArch 2004, 418), das Verwaltungsgericht Neustadt (GewArch 2003, 339), das Verwaltungsgericht Schleswig (NVwZ-RR 1999, 308), das Verwaltungsgericht Stuttgart (GewArch 2001, 122 und 2002, 330) sowie das Verwaltungsgericht Würzburg (GewArch 2003, 336).

Diesen erstinstanzlichen Entscheidungen folgten überwiegend Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte als Beschwerde- oder Berufungsinstanz.

2.1.3 Stellungnahmen im Schrifttum

Schönleiter hält den Ausschluss einzelner Teilnehmer nach § 70 Abs. 3 GewO für eine Ermessensentscheidung, die der Begründung bedürfe und erkennen lassen müsse, welche

Ermessenserwägungen angestellt worden sind. Dem Veranstalter stehe ein an der geplanten Veranstaltung ausgerichteter Gestaltungsspielraum zu, innerhalb dessen die Ausgewogenheit des gesamten Veranstaltungsangebots berücksichtigt werden dürfe. Nicht sachlich gerechtfertigt sei der willkürliche Ausschluss von Bewerbern, die an der Veranstaltung erstmalig teilnehmen wollten. Bei Platzmangel habe der Veranstalter ein Auswahlermessen und könne verschiedene Auswahlkriterien berücksichtigen. Das Kriterium der Attraktivität sei zwar als sachgerecht anerkannt, werfe aber bei der rechtlichen Überprüfung Schwierigkeiten auf, weil nicht klar sei, was im Einzelfall attraktiv sei. Dem Veranstalter komme hierbei ein Beurteilungsspielraum zu. Als am Veranstaltungserfolg orientierte Gesichtspunkte sei die Ausgewogenheit, Vielseitigkeit, Neuartigkeit und Sicherung eines konstanten Qualitätsniveaus anerkannt. Das Kriterium „bekannt und bewährt“ werde in der Praxis bei der Auswahl qualitativ gleichwertiger Bewerber vielfach angewandt und sei von der Rechtsprechung im Grundsatz bestätigt worden. Allerdings müsste Neubewerbern in einem erkennbaren zeitlichen Turnus eine Zulassungschance eingeräumt werden. Als zutreffend wird die Rechtsprechung des OVG Münster bezeichnet, dass das Merkmal bekannt und bewährt bei gleichwertigen Bewerbern nicht das alleinige Auswahlkriterium sein dürfe, da damit Neubewerbern niemals eine Beteiligungschance eingeräumt wird. Als sachgerecht wird überdies das Prioritätssystem, das Losverfahren und ein rotierendes System angesehen. Angesichts der verschiedenen Auswahlkriterien hält *Schönleiter* es für am ehesten sachgerecht, wenn zunächst auf anlage- und personenbezogene Kriterien abgestellt wird. Erst wenn damit keine hinreichende Reduzierung der Bewerberzahl erreicht werden könne, solle auf sach- und wertneutrale Kriterien zurückgegriffen werden.

So *U. Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 70 Rn. 10 ff.

Tettinger geht ebenfalls von einem Gestaltungsermessen des Veranstalters aus. Dieses beziehe sich in einem ersten Schritt auf die Festlegung, welche Arten von Angeboten er in welcher Zahl wolle. In einem zweiten Schritte müsse er für jede Angebotssparte eine Auswahl zwischen den Bewerbern treffen und habe hier ein Auswahlermessen. Erforderlich seien Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Auswahl, wobei ein bestimmter Auswahlmodus normativ nicht vorgegeben sei. Das Kriterium „bekannt und bewährt“ könne bei der Auswahl herangezogen werden. Eine strikte und kontinuierliche Abstützung hierauf dürfe aber nicht dazu führen, dass der Kreis der Marktbesucher zementiert werde und Neubewerber praktische keine Teilnahmechance hätten. Den Neubewerbern müsse vielmehr eine reale

Zulassungschance eröffnet werden. Die Attraktivität des Angebotes habe zwar den Anschein der Sachgerechtigkeit für sich; bei näherem Hinsehen sei jedoch fraglich, nach welchen Merkmalen sich die Attraktivität bestimmen solle. Hinzu komme, dass die Attraktivität nicht isoliert für jeden Stand, sondern auch mit Blick auf die Gesamtkonzeption der Veranstaltung zu bewerten sei. Der Veranstalter dürfe auf ein ausgewogenes Waren- und Leistungsangebot achten. Dies könne dazu führen, dass ein – bei isolierter Betrachtung – weniger attraktives Geschäft den Vorzug erhält, weil es sich seiner Art nach eher in das Veranstaltungskonzept einfüge. Dem Veranstalter werde ein weiter Beurteilungsspielraum zugebilligt, weil es sich jedenfalls partiell um subjektive Vorstellungen und damit ein Werturteil handele. Zweifel werden hinsichtlich des Prioritätssystems, des Losverfahrens und rollierender Systeme angemeldet, weil diese in keiner Beziehung zur Attraktivität der Veranstaltung stünden.

Vgl. *P. J. Tettinger*, in: *Tettinger/Wank, Gewerbeordnung Kommentar*, 7. Aufl. 2004, § 70 Rn. 39 ff.

Nach *Wagner* habe der Veranstalter eine umfassende Ausgestaltungsbefugnis, das Gesamtbild eines Volksfestes festzulegen wie auch fortzuentwickeln und dementsprechend die Art der darzustellenden Attraktionen zu bestimmen. Die Auswahlentscheidung nach § 70 Abs. 3 dürfe nicht allein nach dem Kriterium „bekannt und bewährt“ erfolgen, um damit Neubewerbern nicht auf unabsehbare Zeit die Teilnahme an einer bestimmten Veranstaltung zu verschließen und damit den in Abs. 1 verankerten Grundsatz der Marktfreiheit auszuhebeln. In einem erkennbaren zeitlichen Turnus (bei einer jährlichen stattfindenden Veranstaltung: zwei bis fünf Jahre) müsse Neu- und Wiederholungsbewerbern eine reale Zulassungschance eingeräumt werden. Zumindest ergänzend sei daher auf andere Kriterien, wie z.B. das rollierende System, das Prioritätsprinzip oder das Losverfahren zurückzugreifen. Gerade bei Volksfesten, wo die Vielseitigkeit des Angebots im Vordergrund stehe, werde die Attraktivität als Auswahlkriterium anerkannt.

So *J. Wagner*, in: *Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO*, § 60 b Rn. 16.

In der Neubearbeitung der Kommentierung zu § 60 b GewO relativiert *Wagner* die bislang vertretene Auffassung, auch Auswahlentscheidungen auf Volksfesten müssten „positiv zur Erhaltung der Marktfreiheit tendieren“. Wörtlich heißt es:

„Der *VGH Baden-Württemberg*, der weitestgehend der oben zitierten Auslegung des § 70 folgt, ist zu der bedenkenswerten Auffassung gelangt, dass die auf Volksfesten vorwiegend ausgeübten Tätigkeiten ‚nach herkömmlichem Verständnis nicht dem Marktverkehr‘ zugerechnet werden könnten (...). Zwar ist diese Feststellung in Anbetracht der zahlreichen tatbestandlichen Verknüpfungen zwischen § 60 b (vgl. dort Abs. 2 1. Hs.) und dem Titel IV (vgl. dort insbesondere § 68 Abs. 3, aber auch § 69 Abs. 1 S. 2, § 69 b Abs. 3 S. 2, § 71 S. 1 und 2) differenziert zu bewerten. Jedoch ist zutreffend, dass für die Privilegierung von Volksfesten weniger die marktwirtschaftliche Ordnung als vielmehr der Bestandsschutz dieser Veranstaltungsform und ihrer Beschicker maßgebend war (...). Deshalb ist der Veranstalter eines Volksfestes nicht im gleichen Ausmaß an wettbewerbs- und marktorientierte Auswahlkriterien gebunden wie etwa ein Messeveranstalter. Dennoch muss auch bei Volksfesten im Lichte des § 70 die Chance jedes Bewerbers im Wettbewerb mit gleichen Betrieben um einen Stellplatz diskriminierungsfrei gewahrt bleiben. **Für jede einzelne Angebotsgruppe** muss der Veranstalter **vorab Kriterien aufstellen**, anhand derer er dann nachvollziehbar die einzelnen Beschicker auswählt (...). Das Ergebnis des Bewertungs- und Auswahlverfahrens muss den unterlegenen Bewerbern ausführlich begründet mitgeteilt werden, um ihnen eine reale Chance zur Wahrung ihrer Rechte zu gewähren (...).

So *J. Wagner*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO (Losebl. Stand: November 2007), § 60 b Rn. 16.

An anderer Stelle betont *Wagner* die Pflicht zur optimalen Mängelverwaltung. Im Ergebnis dürfe dem Kriterium „bekannt und bewährt“ wegen fehlenden Bezuges zu Leistungsstärke und Wettbewerb keine entscheidende Bedeutung im Rahmen des Auswahlverfahrens beigemessen werden. Je mehr eine Veranstaltungsart gerade wegen Förderung von Wettbewerb und Markttransparenz privilegiert werde, umso geringer dürfe auch nur das Gewicht dieses Kriteriums für die Bewerberauswahl ausfallen. Auch die Grundsätze „alt vor neu“ oder „neu vor alt“ werden kritisch beleuchtet. Hinsichtlich der Attraktivität wird zwar eine theoretisch hohe Sachbezogenheit festgestellt, die aber maßgeblich von subjektiven Vorstellungen des Veranstalters abhängig und zu einer schwer zu bewältigenden Unsicherheit führe. Dem Veranstalter würde damit ein kaum zu kontrollierender Beurteilungsspielraum eingeräumt. Wegen der sehr eingeschränkten Justitiabilität sollte dies Auswahlkriterium deshalb keine Verwendung finden. Letztlich wird auf die Akzeptanz eines transparenten Konzeptes und nachvollziehbarer Auswahlkriterien abgestellt.

So *J. Wagner*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO, § 70 Rn. 52 ff.

Schmidt-Preuß wendet sich entschieden gegen den Grundsatz „bekannt und bewährt“, weil dieser den Neubewerbern nicht die ihnen zukommende Chance einräume, selbst den erforderlichen Grad an Bekanntheit und Bewährung zu erreichen. Auch die in der Rechtsprechung gebilligte Praxis, eine gewisse Zahl von Standplätzen an bekannte Anbieter

zu vergeben, andere dagegen an Neubewerber, wird im Hinblick auf den Leistungswettbewerb abgelehnt.

So *M. Schmidt-Preuß*, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 2005, S. 408 f.

Auch in zahllosen Zeitschriftenbeiträgen werden die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze kommentiert und variiert.

Vgl. nur *U. Fastenrath*, Die Zulassung ortsfremder (einschließlich EG-ausländischer) Schausteller und Anbieter zu Volksfesten und Märkten, *NWVBl.* 1992, S. 51; *C. Heitsch*, Der gewerberechtliche Zulassungsanspruch zu Volksfesten, *GewArch* 2004, S. 225; *G. Hitzler*, Die Vergabe von Standplätzen auf Märkten und Volksfesten durch Gemeinden – Eine Frage des Verwaltungsrechts oder des Kartellrechts?, *GewArch* 1981, S. 360; *C. L. Lässig*, Die Vergabe von Standplätzen auf kommunalen Volksfesten, *NVwZ* 1983, S. 18; *R. Pitschas*, Die Zulassung von Schaustellern zu Volksfesten nach Gewerbe- und bayerischem Gemeinderecht, *BayVBl.* 1982, S. 641; *H.-A. Roth*, Rechtliche Probleme der Zulassung von Schaustellern zu Volksfesten, Spezialmärkten und Jahrmärkten, *WiVerw* 1985, S. 46; *T. Schalt*, Der Zulassungsanspruch des Schaustellers zu Volksfesten und Märkten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, *GewArch* 1981, S. 150; *ders.*, Der Zulassungsanspruch des Schaustellers zu Volksfestveranstaltungen – Neuere Entwicklungen der Rechtsprechung, *GewArch* 2002, S. 137; *W. Spannowsky*, Vergabe von Standplätzen auf Volksfesten, Messen und Märkten an EU-ausländische Anbieter, *GewArch* 1995, S. 265; *B. Widera*, Zur Bewerberauswahl der Gemeinden bei der Veranstaltung von Märkten und Volksfesten, *VR* 1986, S. 17.

2.1.4 Die Veranstaltung von Volksfesten als Regelungsgegenstand des öffentlichen und des privaten Rechts

Die Vielzahl der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen und die zahlreichen Stellungnahmen im juristischen Schrifttum könnten den Eindruck erwecken, als handele es sich bei dem Rechtsverhältnis zwischen dem Veranstalter und dem Anbieter stets um ein solches des öffentlichen Rechts, in dem Ersterer Verwaltungsakte erlässt und Letzterer sich gegen solche auf dem Verwaltungsrechtsweg zur Wehr setzt. In diese Richtung zielt auch die im Schrifttum gebräuchliche Terminologie, nach der der Gemeinde ein „Auswahlermessen“

Vgl. *U. Hösch*, *GewArch* 1996, S. 402 (403); *C.L. Lässig*, *NVwZ* 1983, S. 18 (20); *S.E. Meßmer*, *GewArch* 2002, S. 409 (409 f.); *W. Spannowsky*, *GewArch* 1995, S. 265 (267); *B. Widera*, *VR* 1986, S. 17 (21).

oder gar ein „Beurteilungsspielraum“

Vgl. *C. Heitsch*, GewArch 2004, S. 225 (227); *P.J. Tettinger*, in: Tettinger/Wank, GewO, § 70 Rn. 48; und insb. die Rspr., etwa VGH Bad.-Württ., ESVGH 56 (2006), 169 (172); BayVGH, GewArch 1991, S. 230 (231); Nds. VGH, GewArch 1982, S. 304 (305); VG Lüneburg, NVwZ-RR 2004, S. 256.

zustehe und damit originäre Begriffe des öffentlichen Rechts verwandt werden.

Vgl. hierzu *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2007, Rn. 478 ff.

Die Annahme, die Veranstaltung von Volksfesten unterfielen stets dem Regime des öffentlichen Rechts, ist jedoch unzutreffend. Die Gewerbeordnung definiert in § 60 b Abs. 1 das Volksfest als

„eine im allgemeinen regelmäßig wiederkehrende, zeitlich begrenzte Veranstaltung, auf der eine Vielzahl von Anbietern unterhaltende Tätigkeiten im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 ausübt und Waren feilbietet, die üblicherweise auf Veranstaltungen dieser Art angeboten werden.“

Durch die Bestimmung des § 60 b Abs. 2 GewO, dass § 68 a S. 1 erster Halbsatz und S. 2, § 69 Abs. 1 und 2 sowie die §§ 69 a bis 71 a entsprechende Anwendung finden, werden Volksfeste den Vorschriften des Titels IV „Messen, Ausstellungen, Märkte“ unterstellt, soweit diese nicht Sonderregelungen enthalten. Die Verweisung auf § 69 GewO hat zur Folge, dass die zuständige Behörde auf Antrag des Veranstalters ein Volksfest nach Gegenstand, Zeit, Öffnungszeiten und Platz festzusetzen hat (§ 69 Abs. 1 S. 1 GewO). Auf Antrag können, sofern Gründe des öffentlichen Interesses nicht entgegenstehen, Volksfeste für einen längeren Zeitraum oder auf Dauer festgesetzt werden (§ 69 Abs. 1 S. 2 GewO).

Die Festsetzung ist ein gegenüber dem Veranstalter ergehender Verwaltungsakt, der den Veranstalter zur Durchführung der Veranstaltung verpflichtet (§ 69 Abs. 2 GewO) und ihm den Genuss der sog. „Marktprivilegien“ einräumt.

Vgl. hierzu etwa *W. Frotscher/U. Kramer*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 4. Aufl. 2004, Rn. 320; *R. Pitschas*, BayVBl. 1982, S. 641 (643); *U. Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 69 Rn. 22; *J. Wagner*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO, § 69 Rn. 35; *K.-L. Wirth*, GewArch 1986, S. 46 (47).

Sofern eine Veranstaltung festgesetzt ist, ist jedermann, der dem Teilnehmerkreis der festgesetzten Veranstaltung angehört, nach Maßgabe der für alle Veranstaltungsteilnehmer geltenden Bestimmungen zur Teilnahme an der Veranstaltung berechtigt (§ 70 Abs. 1 GewO). Der Veranstalter kann, wenn es für die Erreichung des Veranstaltungszwecks erforderlich ist, die Veranstaltung auf bestimmte Ausstellergruppen, Anbietergruppen und Besuchergruppen beschränken, soweit dadurch gleichartige Unternehmen nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandelt werden (§ 70 Abs. 2 GewO). Der Veranstalter kann aus sachlich gerechtfertigten Gründen, insbesondere wenn der zur Verfügung stehende Platz nicht ausreicht, einzelne Aussteller, Anbieter oder Besucher von der Teilnahme ausschließen (§ 70 Abs. 3 GewO).

Während die *Festsetzung* durch die zuständige Behörde eindeutig ein Verwaltungsakt ist und zwischen dem Veranstalter und der Behörde ein Verwaltungsrechtsverhältnis begründet, ist das Rechtsverhältnis zwischen dem *Veranstalter* und den *Teilnehmern* keineswegs stets dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Veranstalter eines Volksfestes oder der im Titel IV aufgeführten Messen, Ausstellungen und Märkten kann jedermann sein. Insofern gilt die Gewerbefreiheit (§ 1 Abs. 1 GewO) auch für die Veranstaltung von Volksfesten. Sofern der Veranstalter eine natürliche Person oder eine juristische Person des Privatrechts (GmbH, e.V.) ist, entsteht aufgrund des § 70 Abs. 1 GewO für diejenigen, die dem Teilnehmerkreis angehören, ein *Teilnahmeanspruch*; dieser richtet sich jedoch gegen den *Veranstalter* und wird deshalb dem bürgerlichen Recht zugeordnet.

Vgl. *J. Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, Rn. 248; *U. Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 70 Rn. 2a, 27; *J. Wagner*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO, § 70 Rn. 61; *J. Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2007, Rn. 89 f., 92.

Durch die Festsetzung nach § 69 Abs. 1 GewO erlangt die Veranstaltung als solche eine Privilegierung, so dass auch die Teilnehmer der Veranstaltung der Privilegierung teilhaftig werden. Gleichwohl sind sie nicht Adressaten der Festsetzung, und stehen deshalb in keinem Rechtsverhältnis zur festsetzenden Behörde. Sie kommen in den Genuss der Marktprivilegien vielmehr dadurch, dass sie durch den Veranstalter zu der betreffenden Veranstaltung zugelassen werden.

Der Veranstalter wird, sofern es sich um eine natürliche Person oder eine juristische Person des Privatrechts handelt, durch die Festsetzung auch nicht mit Hoheitsgewalt belie-

aufgrund derer er die Privilegierung an die Veranstaltungsteilnehmer weiterreichen könnte. Die Marktprivilegien kommen vielmehr der Veranstaltung als solcher – als Inbegriff sämtlicher Teilnehmer – zu, so dass allein der Veranstalter Adressat der Festsetzung ist.

Vgl. *U. Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 69 Rn. 22, 28; *J. Wagner*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO, § 69 Rn. 36, 42 f.

Der Anspruch nach § 70 Abs. 1 GewO richtet sich, sofern der Veranstalter eine natürliche Person oder eine juristische Person des Privatrechts ist, auf Abschluss eines entsprechenden Vertrages und begründet insoweit einen *Kontrahierungszwang*. Dieser allerdings ist eingeschränkt durch § 70 Abs. 2 und 3 GewO. Sofern sachliche Gründe vorliegen, kann der Veranstalter den Vertragsschluss, zu dem er nach § 70 Abs. 1 grundsätzlich verpflichtet ist, ablehnen.

Vgl. *H. Hilderscheid*, Die Zulassung zu Messen und Ausstellungen, 1999, S. 39 f.; *ders.*, GewArch 2007, S. 129 (133); *I. Ludwig*, Der Anspruch auf Benutzung gemeindlicher öffentlicher Einrichtungen, 2000, S. 91 f.; *G. Püttner/S. Lingemann*, JA 1984, S. 121 (126); *K.-L. Wirth*, Marktverkehr, Marktfestsetzung, Marktfreiheit: Rechtsprobleme der Veranstaltung, Festsetzung und Beschickung von Messen, Ausstellungen, Märkten und Volksfesten in privater und kommunaler Trägerschaft, 1985, S. 172 f.

Die eben skizzierten Grundsätze gelten auch, wenn Veranstalter eine juristische Person ist, deren Anteile von einer kommunalen Gebietskörperschaft gehalten werden oder die von dieser in anderer Weise beherrscht wird. Gründet also eine Gemeinde eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, um ein Volksfest auszurichten, so ist diese Gesellschaft Veranstalter des Volksfestes im Sinne des § 69 Abs. 1 GewO mit der Folge, dass sich der Anspruch auf Teilnahme gem. § 70 Abs. 1 GewO ebenfalls gegen sie richtet und sie dem Kontrahierungszwang ebenso unterliegt wie jeder andere private Veranstalter, den Vertragsabschluss aber ebenfalls aus sachlich gerechtfertigten Gründen ablehnen kann. Wenn im Schrifttum gelegentlich erwogen worden ist, ob eine kommunale Eigengesellschaft unter diesen Umständen „beliehen“ sei,

Vgl. *L. Fröhler/S. Kormann*, Kommentar zur Gewerbeordnung, 1978, § 70 Rn. 4; *C. Gröpl*, GewArch 1995, S. 367 (370 f.); *U. Hösch*, GewArch 1996, S. 402 (405).

so liegt hierin eine Verkennung des Instituts der Beleihung. Beleihung bedeutet, dass *hoheitliche* Aufgaben von Privaten erfüllt werden und diese hierzu aufgrund besonderer

gesetzlicher Vorschrift ermächtigt – eben „beliehen“ – worden sind. Wenn eine Gemeinde ihre *öffentlichen* Aufgaben gerade nicht in öffentlich-rechtlicher Rechtsform, sondern durch eigens hierfür gegründete privatrechtliche Organisationsformen erfüllen will, so liegt hierin – unbeschadet möglicher Einwände gegen eine „Flucht ins Privatrecht“ – gerade keine Übertragung hoheitlicher Befugnisse.

Sofern die Gemeinde selbst Veranstalter eines Volksfestes ist, richtet sich der Zulassungsanspruch nach § 70 Abs. 1 GewO gegen *sie*. Da der Anspruch sich gegen jeden Veranstalter richtet, der ein Volksfest veranstaltet und nach § 69 GewO festsetzen lässt, handelt es sich um ein *subjektives*, nicht aber um ein *subjektiv-öffentliches* Recht. Die Vielzahl der verwaltungsgerichtlichen Judikate ist geeignet, über den Umstand hinwegzutäuschen, dass eine Gemeinde als Veranstalter eines Volksfestes im Hinblick auf die gewerberechtlichen Regelungen ohne weiteres durch einen *privaten* Veranstalter ersetzt werden könnte. Die öffentlich-rechtliche Eigenart eines Rechtsverhältnisses ergibt sich aber aus dem Umstand, dass einer der Beteiligten notwendig dem Staat oder seinen Untergliederungen zuzuordnen ist.

Vgl. *D. Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 3 Rn. 18; *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 29 ff.; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 3 Rn. 17 f.

Sofern aber die Gemeinde als Veranstalter eines Volksfestes durch eine natürliche Person oder eine juristische Person des Privatrechts ersetzt werden kann, handelt es sich bei dem Teilnahmeanspruch folgerichtig nicht um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch und damit nicht um ein subjektiv-öffentliches Recht des Teilnehmers.

Vgl. *H. Hilderscheid*, Die Zulassung zu Messen und Ausstellungen, S. 13 f.; *U. Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 70 Rn. 27; *P.J. Tettinger*, in: Tettinger/Wank, GewO, § 70 Rn. 57; *J. Wagner*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO, § 70 Rn. 61; *K.-L. Wirth*, Marktverkehr, Marktfestsetzung, Marktfreiheit, S. 212 f.

Sofern eine Gemeinde als Veranstalter eines Volksfestes dieses festsetzen lässt, bleibt der Anspruch aus § 70 Abs. 1 GewO privatrechtlicher Natur und unterscheidet sich nicht von Ansprüchen, die Teilnehmern gegenüber privaten Veranstaltern zustehen. Es ist deshalb denkbar, dass eine Gemeinde als Veranstalterin eines Volksfestes ausschließlich privatrechtlich handelt. Dies würde bedeuten, dass mit den Teilnehmern privatrechtliche

Verträge über die Nutzung von Standflächen geschlossen werden und das Entgelt hierfür privatrechtlicher Natur ist. Als Konsequenz aus der privatrechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses wäre nicht der Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 VwGO), sondern der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten (§ 13 GVG) eröffnet.

Vgl. *F.O. Kopp/W.-R. Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 15. Aufl. 2007, § 40 Rn. 6 ff.; *Redeker/von Oertzen*, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 14. Aufl. 2004, § 40 Rn. 6; *K. Rennert*, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 12. Aufl. 2006, § 40 Rn. 31 ff.

Anders liegen die Dinge, wenn die Gemeinde ein Volksfest als *öffentliche Einrichtung* veranstaltet. In diesem Fall kann sie als Veranstalterin nicht beliebig durch einen privaten Veranstalter ersetzt werden; die Veranstaltung erfährt vielmehr durch ihren *kommunalen* Veranstalter ihr besonderes Gepräge.

Öffentliche Einrichtungen sollen den Einwohnern der Gemeinde nützen, stellen also im weiteren Sinne Leistungen der Daseinsvorsorge dar. In den Gemeindeordnungen der Bundesländer heißt es übereinstimmend, die Gemeinden stellen in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für ihre Einwohnerinnen und Einwohner erforderlichen sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen öffentlichen Einrichtungen bereit.

So § 2 Abs. 1 S. 2 NGO; entsprechende Vorschriften finden sich in § 10 Abs. 2 S. 1 BaWüGO; Art. 57 Abs. 1 S. 1 BayGO; § 3 Abs. 2 BranGO; § 16 Abs. 1 S. 1 VerfBRHV; § 19 Abs. 1 HGO; § 2 Abs. 2 KomV MV; § 8 Abs. 1 NWGO; § 2 Abs. 1 RhPFGO; § 5 Abs. 2 SaarlKSVG; § 2 Abs. 1 SächsGO; § 2 Abs. 1 S. 2 GO LSA; § 17 Abs. 1 SHGO; § 2 Abs. 2 ThürKO.

Der öffentlichen Einrichtung korrespondiert ein Zulassungsanspruch der Gemeindegewohner, dessen Wortlaut auf § 17 Abs. 1 DGO zurückgeht und sich mit geringen Abweichungen in allen Gemeindegordnungen findet:

„Die Einwohnerinnen und Einwohner der Gemeinde sind im Rahmen der bestehenden Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen, und verpflichtet, die Gemeindegelasten zu tragen.“

So § 22 Abs. 1 NGO; entsprechende Vorschriften finden sich in § 10 Abs. 2 S. 2 BaWüGO; Art. 21 Abs. 1 S. 1 BayGO; § 14 Abs. 1 BranGO; § 15 Abs. 1 VerfBRHV; § 20 Abs. 1 HGO; § 14 Abs. 1 KomV MV; § 8 Abs. 2 NWGO; § 14 Abs. 2 RhPFGO; § 19 Abs. 1 SaarlKSVG; § 10 Abs. 2 SächsGO; § 22 Abs. 1 GOLSA; § 18 Abs. 1 S. 1 SHGO; § 14 Abs. 1 ThürKO.

Grundbesitzende und Gewerbetreibende, die ihren Wohnsitz nicht in der Gemeinde haben, sind in gleicher Weise berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen zu benutzen, die in der Gemeinde für Grundbesitzende und Gewerbetreibende bestehen, und verpflichtet, für ihren Grundbesitz oder Gewerbebetrieb im Gemeindegebiet zu den Gemeindelasten beizutragen. Diese in § 17 Abs. 2 DGO enthaltene Vorschrift findet sich ebenfalls ausnahmslos in den Gemeindeordnungen der Bundesländer.

So § 22 Abs. 2 NGO; entsprechende Vorschriften finden sich in § 10 Abs. 3 BaWüGO; Art. 21 Abs. 3 BayGO; § 14 Abs. 2 BranGO; § 15 Abs. 2 VerfBRHV; § 20 Abs. 2 HGO; § 14 Abs. 3 KomV MV; § 8 Abs. 3 NWGO; § 14 Abs. 3 RhPFGO; § 19 Abs. 2 SaarlKSVG; § 10 Abs. 3 SächsGO; § 22 Abs. 1 GO LSA; § 18 Abs. 2 SHGO; § 14 Abs. 2 ThürKO.

Entsprechende Vorschriften über öffentliche Einrichtungen der Landkreise und Zulassungsansprüche der Kreiseinwohner und der Gewerbetreibenden enthalten die Kreisordnungen der Bundesländer.

So § 16 Abs. 1, 2 BaWüKrO; Art. 51 Abs. 1, 15 Abs. 1, 3 BayLKrO; §§ 2 Abs. 1, 13 Abs. 1, 2 BranKrO; §§ 16, 17 Abs. 1, 2 HKO; §§ 89 Abs. 2, 99 Abs. 2, 3 KomV MV; § 6 Abs. 1, 2, 3 § 17 Abs. 1, 2, 3 NLO; NWKrO; §§ 2 Abs. 1, 10 Abs. 2, 3 RhPflKrO; §§ 5 Abs. 2, 152 SaarlKSVG; §§ 2 Abs. 1 S. 2, 9 Abs. 2, 3 SächsLKrO; §§ 2 Abs. 2, 16 Abs. 1, 2 LKrO LSA; §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SHKrO; §§ 87 Abs. 2 S. 1, 96 Abs. 1, 2 ThürKO.

Die Rechtsqualität der öffentlichen Einrichtung präjudiziert nicht die rechtliche Eigenart des Benutzungsverhältnisses. Die Gemeinde kann das Benutzungsverhältnis öffentlicher Einrichtungen vielmehr öffentlich-rechtlich *oder* privatrechtlich ausgestalten. Das von der Gemeinde gewählte Rechtsregime für die Benutzung der Einrichtung ist nicht stets eindeutig zu qualifizieren. Wird die Benutzung durch Satzung geregelt und werden für die Benutzung Gebühren erhoben, so spricht alles für ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis, bei dem die Zulassung durch Verwaltungsakt erfolgt. „Allgemeine Benutzungsbedingungen“ und als „Eintritt“ bezeichnete Entgelte sprechen für ein privatrechtlich ausgestaltetes Benutzungsverhältnis.

Vgl. *M. Burgi*, Kommunalrecht, 2006, § 16 Rn. 53 ff.; *A. Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 535; *T. Mann*, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1: Grundlagen und Kommunalverfassung, 3. Aufl. 2007, § 17 Rn. 30.

Der *Zulassungsanspruch* ist allerdings stets öffentlich-rechtlicher Natur, weil er den Gemeindeeinwohnern und Gewerbetreibenden gegen die Gemeinde eingeräumt ist, also ein originäres *subjektiv-öffentliches Recht* darstellt, mithin die Gemeinde gedanklich nicht durch ein anderes Rechtssubjekt ersetzt werden kann.

Vgl. H.-U. Erichsen, Jura 1982, S. 537 (542); J. Ipsen, Niedersächsisches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2006, Rn. 672; M. Mohl, Die kommunalen öffentlichen Einrichtungen – Begriff und Zulassungsanspruch –, 1988, S. 134 ff.; O. Seewald, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2006, Kap. I Rn. 162; E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, Kap. 1 Rn. 109.

Sofern die Gemeinde die öffentliche Einrichtung durch eine eigens hierzu gegründete juristische Person betreibt, bleibt sie Adressat des Zulassungsanspruchs und muss ggf. durch Einwirkung auf die Organe der entsprechenden juristischen Person bewirken, dass das subjektiv-öffentliche Recht durchgesetzt werden kann. Der gegen die Gemeinde gerichtete *Zulassungsanspruch* mutiert in diesen Fällen zu einem *Verschaffungsanspruch*.

Vgl. H. Hilderscheid, Die Zulassung zu Messen und Ausstellungen, S. 143 f.; M. Herdegen, DÖV 1986, S. 906 (908); V. Evertz, Die Bedeutung der Grundrechte im Zusammenhang mit der Benutzung gemeindlicher kommunaler Einrichtungen, 1987, S. 93 ff.; W. Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober (Hrsg.), Verwaltungsrecht III, 5. Aufl. 2004, § 95 Rn. 200; T. Mann, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, § 17 Rn. 30; P. J. Tettinger/W. Erbguth/T. Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2007, Rn. 256.

Aus den eben skizzierten Zusammenhängen ergeben sich für die Zulassung zu Volksfesten weittragende Konsequenzen. Der Teilnehmeranspruch soll den Grundsatz der Marktfreiheit durchsetzen. Er ist insofern wettbewerbsrechtlicher und damit *privatrechtlicher* Natur, weil er sich gegen jeden Veranstalter richtet. Ist der Veranstalter eine kommunale Gebietskörperschaft *und* betreibt diese das Volksfest als kommunale Einrichtung, so ergibt sich ein Anspruch der *Gewerbetreibenden* aus den Kommunalgesetzen. Dieser Anspruch ist öffentlich-rechtlicher Natur, weil er sich allein gegen Gemeinden und Kreise – ggf. in Gestalt eines „Verschaffungsanspruchs“ – richten kann.

2.1.5 Veranstaltung von Volksfesten als Phasen-Modell

Die Veranstaltung von Volksfesten lässt sich in vier unterschiedliche Phasen gliedern, nämlich die *Planungsphase*, die *Festsetzungsphase*, die *Auswahlphase* und die *Durchführungsphase*. In jeder dieser vier Phasen bestehen unterschiedliche rechtliche Bindungen, die sich wiederum nach dem Veranstaltungstyp und dem gewählten Rechtsregime richten.

2.1.5.1 Die Planungsphase

Naturgemäß muss einem Volksfest eine *Planung* des Veranstalters vorangehen. Veranstalter kann jedermann sein, so dass in dieser Hinsicht uneingeschränkt die Gewerbefreiheit (§ 1 Abs. 1 GewO) gilt. Die Planung kann sich in eine Reihe bereits durchgeführter Volksfeste einfügen und sich somit auf kleinere Korrekturen eines bereits bewährten Konzeptes beschränken; in einer Zeit, die wie keine andere vor ihr durch „Events“ geprägt ist, werden auch ständig neue Volksfeste mit ganz unterschiedlichem Profil geplant. Gewerbliche Veranstalter machen bei solcher Planung nicht nur von der ihnen eingeräumten Gewerbefreiheit (§ 1 Abs. 1 GewO) Gebrauch; sie können sich insoweit auch auf das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) berufen.

Sofern *Gemeinden* Veranstalter von Volksfesten sind, handelt es sich um eine Aufgabe, die sie im eigenen Wirkungskreis erfüllen und die den *freiwilligen* Selbstverwaltungsaufgaben zuzurechnen ist. Anders als Gewerbetreibende kann sich die Gemeinde zwar nicht auf ein *Grundrecht* berufen, ihre Planung vollzieht sich jedoch im Rahmen der ihr durch das Grundgesetz (Art. 28 Abs. 2 GG) und die Landesverfassungen

Vgl. *I. Bartels*, Die rechtliche Ordnung der Benutzung öffentlicher Einrichtungen, 2000, S. 40 ff.; *M. Burgi*, Kommunalrecht, § 16 Rn. 31; *A. Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 528; *C. Gröpl*, GewArch 1995, S. 367 (368 f.); *E. Schmidt-Aßmann/H. C. Röhl*, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 104; *P.J. Tettinger*, in: Tettinger/Wank, GewO, § 69 Rn. 48; *K.-L. Wirth*, Marktverkehr, Marktfestsetzung, Marktfreiheit, S. 64 ff.

eingeräumten Selbstverwaltungsgarantie. Da nämlich den Gemeinden das Recht gewährleistet sein muss, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG) gehören hierzu naturgemäß auch

– örtliche – *Volksfeste*. Die Gemeinde hat in der Planungsphase folglich eine einem gewerblichen Veranstalter vergleichbare Rechtsstellung und kann sich hierbei – ähnlich wie Gewerbetreibende auf Art. 12 GG – auf die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG) berufen.

Die Planung eines Volksfestes umfasst die Festlegung der besonderen Eigenart, die häufig historisch bedingt sein wird. Unter den nach Tausenden zu zählenden Volksfesten in Deutschland haben sich unterschiedliche Volksfesttypen herausgebildet, die entweder an Jahreszeiten anknüpfen oder aus einem besonderen Anlass bzw. in Erinnerung an historische Ereignisse veranstaltet werden.

Die Vielfalt der Veranstaltungen und ihre Gestaltungsmöglichkeiten sind so unübersehbar, dass ihr hinsichtlich des Veranstalters nur der Begriff der *Gestaltungsfreiheit* entsprechen kann. Es handelt sich in der Planungsphase also nicht um ein „Planungsermessen“, dass stets die Wahl zwischen im Vorhinein bestimmten Möglichkeiten voraussetzt. Gleichgültig, ob der Veranstalter das Volksfest gewerblich oder eine Gemeinde es als öffentliche Einrichtung betreibt, kann der Eine wie die Andere die Ziele, Zielgruppen, Zusammensetzung der Attraktionen, Schwerpunkte und ggf. auch die Themen im Rahmen der planerischen Gestaltungsfreiheit festlegen. So ist es bereits eine Frage der Planung, wie das Verhältnis von Schaustellern im engeren Sinne und Warenanbietern ausgestaltet werden soll bzw. ob und welche Attraktionen dem Volksfest sein Gepräge geben sollen.

Gewerbliche Veranstalter und Gemeinde müssen in der Planungsphase gleichermaßen *frei*, d.h. unabhängig von rechtlichen Vorgaben sein, weil sie das wirtschaftliche Risiko der Veranstaltung tragen. Unbeschadet der von den Teilnehmern zu erhebenden Entgelte erfordert ein Volksfest von Seiten der Veranstalter einen beträchtlichen organisatorischen Aufwand, der nur durch die späteren Einnahmen gedeckt werden kann. Diese aber sind nicht zuletzt von dem Zuspruch für das Volksfest und den Umsätzen der Schausteller abhängig.

Zusammenfassend kann deshalb festgestellt werden, dass Veranstalter eines Volksfestes in der *Planungsphase* keinen gewerbrechtlichen oder kommunalrechtlichen Bindungen unterliegen, Ziel und Maßstab der Planung vielmehr der nur zu prognostizierende *Erfolg* des Volksfestes ist.

2.1.5.2 Die Festsetzungsphase

Die *Festsetzungsphase* beginnt mit dem Antrag des Veranstalters bei der zuständigen Behörde, das Volksfest *festzusetzen* und endet mit der Festsetzung gemäß § 69 GewO. Es handelt sich folglich um ein Verwaltungsverfahren, an dessen Beginn der Antrag und an dessen Ende der Erlass eines Verwaltungsakts steht. *Adressat* des Verwaltungsakts ist der *Veranstalter*, nicht die späteren Teilnehmer (Schausteller, Warenanbieter) des Volksfestes. Da der Veranstalterbegriff im IV. Titel der Gewerbeordnung *rechtsform-neutral* ist, können Antragsteller und entsprechend Adressaten der Festsetzungsbescheide gewerbliche Veranstalter *und* Gemeinden sein.

Sofern die Gemeinde – wie bei kreisangehörigen Gemeinden regelmäßig – nicht gleichzeitig Festsetzungsbehörde ist, ergibt sich kein Unterschied zwischen einem gewerblichen und einem kommunalen Veranstalter. Sofern die Gemeinde – als kreisfreie Stadt – zugleich *Festsetzungsbehörde* ist, wird in der Literatur der Verwaltungsaktscharakter gelegentlich mangels Außenwirkung (§ 35 S. 1 VwVfG) verneint.

So *U. Hösch*, GewArch 1996, S. 402 (404); *R. Pitschas*, BayVBl. 1982, S. 641 (643); *H.-A. Roth*, WiVerw. 1985, S. 46 (47); *B. Widera*, VR 1986, S. 17 (18).

Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen, weil die Gemeinde als *Veranstalter* eine andere Aufgabe erfüllt, als wenn sie als Genehmigungsbehörde handelt. Als Veranstalter eines Volksfestes bewegt sie sich im eigenen Wirkungskreis und erfüllt eine freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe. Als Genehmigungsbehörde bewegt sie sich im übertragenen Wirkungskreis und erfüllt eine staatliche Aufgabe bzw. eine Pflichtaufgabe nach Weisung. Der Umstand, dass in beiden Fällen die Gemeinde als Rechtssubjekt handelt, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich um unterschiedliche Aufgabentypen und entsprechend um unterschiedliche Entscheidungszuständigkeiten innerhalb der Gemeinde handelt. Dadurch, dass die Gemeinde gewissermaßen in eigener Sache handelt, wird die Außenwirkung nicht ausgeschlossen.

Vgl. insb. Hess.VGH, GewArch 2003, S. 426; ferner *W. Frotscher/U. Kramer*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 320; *U. Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 69 Rn. 26; *C. Steinweg*, GewArch 2004, S. 101 (102 ff.); *J. Wagner*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO, § 69 Rn. 36.

Zutreffend ist folglich, dass die Gemeinde als Veranstalter eines Volksfestes, dessen Festsetzung sie beantragt, stets auch *Adressat* des Verwaltungsaktes ist.

Auf die Festsetzung des Volksfestes hat der Veranstalter einen *Rechtsanspruch*. Die Festsetzungsbehörde hat also lediglich zu prüfen, ob die Voraussetzungen der §§ 64, 65, 66, 67, 68 oder 60 b erfüllt sind und ist, sofern dies der Fall ist, verpflichtet, die Veranstaltung festzusetzen.

Vgl. *U. Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 69 Rn. 9; *J. Wagner*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO, § 69 Rn. 18, 39.

Die Rechtsfolgen der Festsetzung bestehen in der Befreiung des Veranstalters von bestimmten gewerberechtlichen Vorschriften, insbesondere der des Ladenschlussgesetzes und des Gaststättengesetzes.

Vgl. hierzu umfassend *U. Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 69 Rn. 32 ff.; *P.J. Tettinger*, in: Tettinger/Wank, GewO, Vor §§ 64 ff. Rn. 4; *J. Wagner*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO, vor Titel IV Rn. 27 ff.

Die Festsetzung ist überdies Voraussetzung dafür, dass der Zulassungsanspruch der dem Teilnehmerkreis angehörigen Gewerbetreibenden nach § 70 Abs. 1 GewO entsteht.

2.1.5.3 Die Auswahlphase

Hat die zuständige Behörde die Veranstaltung nach Gegenstand, Zeit, Öffnungszeiten und Platz festgesetzt (§ 69 Abs. 1 S. 1 GewO), so beginnt die *Auswahlphase*. Der gegen den Veranstalter gerichtete Zulassungsanspruch (§ 70 Abs. 1 GewO) lässt die Zulassung zwar als Regelfall und die Nichtberücksichtigung als Ausnahme erscheinen. Insofern ist es systematisch folgerichtig, wenn dem Veranstalter durch § 70 Abs. 3 GewO das Recht eingeräumt wird, einzelne Aussteller oder Anbieter von der Teilnahme *auszuschließen*. Der hierfür gebräuchliche Begriff des „Ausschlussermessens“

Vgl. etwa *U. Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 70 Rn. 10; *P.J. Tettinger*, in: Tettinger/Wank, GewO, § 70 Rn. 40; *J. Wagner*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO, § 70 Rn. 42.

trifft diese Veranstaltungsphase jedoch weder in rechtlicher noch tatsächlicher Hinsicht.

Das „Ermessen“ – oder auch häufiger: „Verwaltungsermessen“ – ist ein Begriff des allgemeinen Verwaltungsrechts, der eine bestimmte Kategorie behördlichen Handelns kennzeichnet. Während gesetzliche Ermächtigungen Behörden in der Regel *verpflichten*, bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale einen Verwaltungsakt zu erlassen, enthalten Ermessensvorschriften lediglich eine entsprechende *Berechtigung* der Behörde. Je nachdem, ob die Behörde zu einem *bestimmten* Handeln ermächtigt wird oder unter unterschiedlichen Maßnahmen auswählen kann, spricht man von *Entschließungs-* oder *Auswahlermessen*.

Vgl. *H. P. Bull/V. Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 7. Aufl. 2005, Rn. 586; *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 530; *M. Jestaedt*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 57; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 7.

Der Ermessensbegriff beschränkt sich im Verwaltungsrecht insofern auf die Rechtsfolgesseite, während sich im Tatbestand gesetzlicher Ermächtigungen zwar unbestimmte Rechtsbegriffe finden mögen, die auslegungsbedürftig sind, ein *Tatbestandsermessen* von der Rechtsprechung hingegen nicht anerkannt wird.

Grundlegend BVerwGE 72, 38 (53); vgl. ferner *U. Battis*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2002, S. 138; *W. Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2006, § 10 Rn. 71; *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 527; *R. Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth (Hrsg.), Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 31 Rn. 36.

Ist der Behörde für ihr Handeln ein Ermessen eingeräumt, hat dies verwaltungsprozessuale Konsequenzen. Nach § 114 Satz 1 VwGO ist das Verwaltungsgericht bei Ermessensakten auf die Prüfung beschränkt, ob der Verwaltungsakt rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind, oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist.

Vgl. *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 114 Rn. 4; *K. Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 114 Rn. 1, 16 ff.; *H. A. Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 2. Aufl. 2006, § 114 Rn. 59 ff.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann unter besonderen Voraussetzungen das Ermessen der Behörde in der Weise reduziert sein, dass nur *eine* Handlungsoption als ermessensfehlerfrei erscheint. Fälle der „Ermessensreduktion“ hat es

vorwiegend im Recht der Gefahrenabwehr gegeben, wo es sich regelmäßig um die Frage handelte, ob die Behörde ein Nichteinschreiten ermessensfehlerfrei begründen konnte.

Vgl. etwa BVerwGE 11, 95 (97); 76, 243 (246); 80, 249 (257 f.); siehe auch *M. Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar* (Losebl., Stand: Februar 2007), § 114 Rn. 27.

Hintergrund dieser Rechtsprechung ist die Erkenntnis, dass Verwaltungsbehörden bei ihrem Handeln stets an Recht und Gesetz gebunden sind (Art. 20 Abs. 3 GG) und eine Behörde sich auch nicht ohne sachlichen Grund zum *Nichthandeln* entschließen darf.

Vgl. hierzu ausführlich *U. Di Fabio*, *VerwArch* 86 (1995), S. 214 (223 ff.); *K.-E. Hain/V. Schlette/T. Schmitz*, *AöR* 122 (1997), S. 32 (42 ff.).

Das behördliche Ermessen ist nach heute herrschender Meinung also kein der Behörde eingeräumter *Freiheitsraum*, sondern bedeutet nur eine Lockerung der Gesetzesbindung, die nur in Grenzen verwaltungsgerichtlicher Überprüfung unterliegt.

Vgl. *J. Ipsen*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Rn. 522 ff.; *M. Jestaedt*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 10 Rn. 10; *H. Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 7 Rn. 6; *F. Schoch*, *Jura* 2004, S. 462 (463).

Der Ermessensbegriff findet sich gelegentlich auch in der Alltagssprache und kennzeichnet dort eine Entscheidungssituation, die nicht vorgegeben ist und in der der Entscheidende Gründe gegeneinander abwägt. Indes ist diese Art des „Ermessens“ mit dem *Rechtsbegriff* des „Verwaltungsermessens“ nicht zu verwechseln, weil das Verwaltungsermessen sich stets in einem rechtlichen Rahmen vollzieht, der für das Verwaltungshandeln schlechthin kennzeichnend ist. Private Rechtssubjekte handeln demgegenüber nicht aufgrund gesetzlicher Ermächtigungen, sondern in Ausübung einer ursprünglichen Freiheit, die durch Grundrechte gegen staatlichen Einfluss geschützt wird.

Vgl. *D. Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 3 Rn. 10; *J. Ipsen*, *Staatsrecht II, Grundrechte*, 10. Aufl. 2007, Rn. 42 ff.; *J. Masing*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, § 7 Rn. 37 ff.

Unter diesen Voraussetzungen ist es verfehlt, die Entscheidung eines Veranstalters von Volksfesten, Bewerber nicht zu berücksichtigen, mit dem Begriff des

„Ausschließungsermessens“ zu bezeichnen. Da Veranstalter eines Volksfestes „Jedermann“ sein kann (§ 1 Abs. 1 GewO), und der gegen den Veranstalter gerichtete Teilnahmeanspruch *privatrechtlicher* Natur ist,

Vgl. oben S. 34.

handelt ein Veranstalter, wenn er eine Auswahl unter den Bewerbern zur Teilnahme an einem Volksfest trifft, ebenfalls *privatrechtlich*. Der Veranstalter trifft mit der Auswahlentscheidung insofern keine *Ermessensentscheidung* im Sinne des § 114 S. 1 VwGO, sondern eine *Auswahlentscheidung*, wie sie auch sonst im Geschäftsleben unter unterschiedlichen Anbietern und Angeboten zu treffen ist.

Allerdings würde, wie die Rechtsprechung zutreffend erkannt hat, der mit § 70 Abs. 1 GewO eingeräumte *Anspruch* gegenstandslos, wenn der Veranstalter in seiner Auswahlentscheidung vollständig frei wäre. Der Veranstalter kann deshalb Bewerber nur aus „sachlich gerechtfertigten Gründen“ von der Teilnahme an der Veranstaltung ausschließen (§ 70 Abs. 3 GewO).

Vgl. oben S. 32.

Oben wurde bereits dargestellt, dass die Verpflichtung des Veranstalters auf „sachlich gerechtfertigte Gründe“ das Korrelat zur Einräumung der Marktprivilegien ist. Wird nämlich eine Veranstaltung durch ihre Festsetzung insoweit privilegiert, als sie von bestimmten gewerberechtlichen Vorschriften freigestellt wird, so soll im Interesse einer ungeteilten „Marktfreiheit“ möglichst jeder teilnahmewillige Anbieter Zugang zu ihr erhalten.

Vgl. *U. Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 69 Rn. 24; *P. J. Tettinger*, in: Tettinger/Wank, GewO, § 69 Rn. 22; *J. Wagner*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO, § 69 Rn. 36.

Die Verpflichtung auf „sachlich gerechtfertigte Gründe“ ändert freilich nichts daran, dass der Veranstalter bei seiner Auswahlentscheidung ein Privatrechtssubjekt bleibt und die Auswahlphase insgesamt dem Privatrecht unterfällt. Dies hat zur Folge, dass der Rechtsweg (allein) zu den ordentlichen Gerichten eröffnet ist.

Vgl. oben S. 35.

In der Sache handelt es sich bei § 70 GewO also um eine wettbewerbsrechtliche Vorschrift, die den bei knappen Gütern typischen Konflikt zwischen dem Anbieter – dem Veranstalter – und den Nachfragern – den teilnahmewilligen Bewerbern – zu regeln versucht.

Sofern der Veranstalter ein Privatrechtssubjekt und damit Grundrechtsträger ist, wird durch § 70 Abs. 3 GewO seine Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) eingeschränkt, denn er kann seine Marktstellung nicht mehr beliebig ausnutzen, wie dies im Wettbewerb im Übrigen möglich ist. Allerdings beruht diese Einschränkung der Berufsfreiheit auf sachlichen Gründen, weil dem Veranstalter durch die Festsetzung besondere Privilegien eingeräumt worden sind und der Zulassungsanspruch von Anbietern erst mit *dieser* Rechtsstellung entsteht.

Sofern die Gemeinde Veranstalter eines Volksfestes ist, tritt aus gewerberechtlicher Sicht keine Änderung der Rechtslage ein. Wie oben dargestellt,

Vgl. oben S. 34.

ändert § 70 Abs. 1 GewO seine Zuordnung zum Privatrecht auch dann nicht, wenn sich der Anspruch gegen die Gemeinde richtet. Es kann nicht angenommen werden, dass ein im Gewerberecht gründender Anspruch, der gegenüber jedem Veranstalter entsteht, seine Rechtsnatur verändert, wenn – gewissermaßen: zufällig – eine Gemeinde Veranstalter des Volksfestes ist.

Vgl. oben S. 33 f.

Hierfür kann auch nicht geltend gemacht werden, im Gegensatz zu privaten Rechtssubjekten sei die Gemeinde stets an die Grundrechte gebunden, selbst wenn sie in privatrechtlicher Rechtsform oder nach den Normen des Privatrechts handele. Dieser Ausgangspunkt ist zwar zutreffend, weil sich der Staat und seine Untergliederungen der Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG) in keinem Falle entziehen können. Indes ist das in Betracht kommende Grundrecht allein Art. 3 Abs. 1 GG, der eine Ungleichbehandlung ebenfalls aus sachlichen Gründen zulässt.

Vgl. BVerfGE 90, 145 (196); 94, 241 (260); 103, 242 (258); siehe auch *W. Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 25; *J. Ipsen*, Staatsrecht II, Rn. 759 ff.; *H.D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 9. Aufl. 2007, Art. 3 Rn. 14 f.; *P. Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 124 Rn. 215 ff.

Der in § 70 Abs. 1 GewO begründete Zulassungsanspruch vermittelt den Bewerbern also eine im Vergleich zu Art. 3 Abs. 1 GG speziellere Rechtsstellung, so dass die Bindung der Gemeinde an den Gleichheitssatz jedenfalls nicht weiter reicht, als die Bindung der Gemeinde an § 70 GewO.

Allerdings handelt die Gemeinde nicht in Ausübung einer ursprünglichen *Freiheit* – wie dies ein privater Veranstalter im Hinblick auf die Berufsfreiheit täte –; sie erfüllt jedoch eine Selbstverwaltungsaufgabe des eigenen Wirkungskreises, die ebenfalls unter verfassungsrechtlichem Schutz steht.

Vgl. oben S. 38 f.

Folgt man diesem Gedankengang, handelt es sich bei der Entscheidung der Gemeinde nach § 70 GewO ebenfalls nicht um eine *Ermessensentscheidung* im Rechtssinne, sondern um eine in ihrer Eigenschaft als *Veranstalter* begründete Auswahlentscheidung unter unterschiedlichen Anbietern.

Das Gleiche gilt, wenn die Gemeinde nicht selbst Veranstalter ist, sondern eine Gesellschaft oder eine andere juristische Person des privaten Rechts das Volksfest veranstaltet. In diesem Fall ergibt sich die privatrechtliche Natur – wie oben nachgewiesen worden ist –

Vgl. oben S. 32 f.

gewissermaßen von selbst, weil privatrechtliche Rechtssubjekte überhaupt nicht in der Lage sind, öffentlich-rechtlich zu handeln, ohne hierzu besonders ermächtigt worden zu sein. Insofern bleibt der Befund unabweisbar, dass der Anspruch nach § 70 Abs. 1 GewO ohne Ansehens der Rechtsnatur des Veranstalters privatrechtlicher Natur ist und die vom Veranstalter zu treffende Auswahlentscheidung ebenfalls dem Privatrecht zuzuordnen ist. Als

Konsequenz hieraus ist für die Durchsetzung des Anspruchs aus § 70 Abs. 1 GewO grundsätzlich der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet (§ 13 GVG).

Vgl. *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 40 Rn. 6 ff.; *Redeker/von Oertzen*, VwGO, § 40 Rn. 6; *K. Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rn. 31 ff.

Der Umstand, dass der Anspruch aus § 70 Abs. 1 GewO dem Privatrecht zuzuordnen ist und folgerichtig die Nichtberücksichtigung von Bewerbern ebenfalls privatrechtlicher Natur ist, hat für die Entscheidung des Veranstalters und ihre gerichtliche Nachprüfung weitreichende Konsequenzen. Zwar stellt sich unausweichlich die Frage, welche Ausschlussgründe im Sinne des § 70 Abs. 3 GewO als „sachlich gerechtfertigt“ zu bewerten sind; indes sind die von der Verwaltungsgerichtsbarkeit entwickelten Maßstäbe zur Nachprüfung *behördlicher* Ermessensentscheidungen nicht anwendbar. Insofern kann es keine äußeren und inneren *Ermessensfehler* geben, wie sie von § 114 S. 1 VwGO vorausgesetzt werden, noch ist eine *Ermessensreduktion* denkbar, weil diese untrennbar mit dem *Verwaltungsermessen* verknüpft ist.

Zu fragen ist vielmehr – zunächst ohne Rücksicht darauf, ob Veranstalter eine Gemeinde oder ein Privater ist –, welche Gründe einen Ausschluss als „sachlich gerechtfertigt“ erscheinen lassen.

Bewusst werden an dieser Stelle die in Rechtsprechung und Schrifttum diskutierten Auswahlkriterien, nämlich

- „bekannt und bewährt“
- „alt vor neu“
- „neu vor alt“
- „Prioritätsprinzip (,Windhundprinzip‘)“
- Rotationssystem und
- Losverfahren

außer Betracht gelassen, weil diese Auswahlkriterien stets unter der Prämisse diskutiert werden, dass es sich um eine *behördliche* Ermessensentscheidung handelt, die gerichtlich überprüft wird. Da es sich bei § 70 GewO jedoch um eine dem Privatrecht zuzuordnende *Auswahlentscheidung* unter mehreren Bewerbern handelt, muss zunächst die Perspektive des

Veranstalters eingenommen und gefragt werden, welche Gründe aus *seiner* Sicht als sachgerecht erscheinen.

Der Veranstalter eines Volksfestes strebt naturgemäß einen möglichst großen *Erfolg* an, der sich in erster Linie an der Besucherzahl und in zweiter Linie am Umsatz der beteiligten Aussteller und Warenanbieter messen lässt. Es mag kleinere Volksfeste geben, die örtlich begrenzt sind und geradezu einen intimen Charakter haben; in der Regel strahlen Volksfeste zumindest in die Region aus, wenn sie nicht – wie das „Oktoberfest“ in München – als nationale „Events“ anzusprechen sind. Regelmäßig werden die Besucherzahlen solcher Volksfeste über die Medien verbreitet, so dass die Besucherzahl als wesentlicher Indikator des Erfolgs dienen kann. Auf eine knappe Formel gebracht, muss ein *Volksfest* möglichst viel *Volk* anziehen.

Da die Besucher eines Volksfestes keine homogene Masse sind, sondern das Volksfest aus ganz unterschiedlichen Motiven besuchen, ergibt sich für den Veranstalter die Notwendigkeit eines vielseitigen Angebots.

Goethe, Theaterdirektor in Weimar und Intendant vieler Festlichkeiten am Fürstenhof, lässt seinen Theaterdirektor in „Faust I“ sagen:

„Die Masse könnt Ihr nur durch Masse zwingen.
Ein Jeder sucht sich endlich selbst was aus.
Wer Vieles bringt, wird Manchem etwas bringen;
Und jeder geht zufrieden aus dem Haus.“

J. W. Goethe, Faust I, Zeile 95.

Es liegt deshalb im wohlverstandenen Interesse des Veranstalters, die Planung des Volksfestes auf möglichst unterschiedliche Bevölkerungsgruppen hin anzulegen, weil ganz unterschiedliche Erwartungen bedient werden müssen. Insofern ergibt sich eine untrennbare Verbindung zwischen der *Planungs-* und der *Auswahlphase*. Denn die Auswahl kann nur unter solchen Anbietern getroffen werden, die die Planungskriterien erfüllen. Bei der Planung sind die Veranstalter indes von rechtlichen Bindungen freigestellt, so dass eine sachgerechte Begründung für die Nichtberücksichtigung eines Bewerbers zweifelsfrei die ist, dass er sich mit seinem Angebot nicht in das *Planungskonzept* einfüge.

Vgl. OLG München, GewArch 1989, S. 330 (332).

Der Grundsatz, dass die Auswahl der Bewerber stets im Hinblick auf den Erfolg des Volksfestes ausgerichtet ist, schließt die Diversität von Volksfesten ein. Viele Volksfeste haben ein unverwechselbares Profil, das bei den Besuchern eine entsprechende Erwartung erzeugt, die nicht enttäuscht werden darf, soll nicht der Erfolg des Volksfestes – ggf. in den Folgejahren – gefährdet sein. Dies bedeutet, dass es *ein* generelles und dazu abstraktes Auswahlkriterium nicht geben kann. Der Planung eines Volksfestes als einem Inbegriff sehr unterschiedlicher Angebote entspricht es, dass zunächst die Angebotssegmente bedient werden müssen und die Auswahlentscheidung insofern nicht auf ein einzelnes Kriterium gestützt werden kann.

Können somit solche Bewerber aus „sachlich gerechtfertigten Gründen“ ausgeschlossen werden, die überhaupt nicht in das Planungskonzept passen, ist auf der nächsten Stufe eine Auswahlentscheidung in einem einzelnen *Angebotssegment* zu treffen. In der Regel bauen Volksfeste auf dem Erfolg des Vorjahres auf und versuchen diesen noch zu übertreffen. Insofern ist die Anziehungskraft einzelner Anbieter innerhalb eines Marktsegments aus der Sicht des Veranstalters ein sachgerechtes Auswahlkriterium und umgekehrt fehlender Zuspruch ein sachgerechter Ausschlussgrund. Zwar lässt sich der Erfolg eines Volksfestes schwer prognostizieren, weil er von ganz unterschiedlichen Bedingungen – von der Wirtschafts- bis zur Wetterlage – abhängig ist. Diese Prognoseentscheidung bezieht sich deshalb auch auf den Beitrag eines einzelnen Schaustellers oder Warenanbieters zum Erfolg des gesamten Volksfestes und kann allein vom Veranstalter geleistet werden. Dabei ist für die Erwartung des Publikums nicht unerheblich, dass ein Schausteller wiederholt auf dem Volksfest auftritt oder ein Anbieter seine Waren mehrfach feil bietet. Die psychologische Situation eines Volksfestbesuchers ist dadurch gekennzeichnet, dass er durch die Fülle der optischen und akustischen Eindrücke zunächst verwirrt ist und durch die Begegnung mit Vertrautem wieder an Verhaltenssicherheit gewinnt. Dies gilt insbesondere für Kinder, die ihr Lieblingskarussell oder einen ihnen lieb gewordenen Autoscooter suchen, trifft aber ohne Weiteres auch auf Erwachsene zu, die auf dem Oktoberfest dem legendären „Armbrustschützenzelt“ entgegenstreben.

Jeder erfolgsorientierte Veranstalter wird deshalb auf die Erwartung des Publikums Rücksicht nehmen und innerhalb der einzelnen Marktsegmente solche Schausteller und Warenanbieter

berücksichtigen, die bereits ihr Publikum gefunden haben und versprechen, es auch in Zukunft an sich zu binden. Dies aber sind die „bekannt“ – will heißen: dem *Publikum* bekannt – Schausteller oder Anbieter von Waren, die von ihren Kunden auch in Zukunft *erwartet* werden und insofern zu dessen Verhaltensstabilität beitragen. Ein solcher Erfolg muss nicht jedem „bekannt“ Schausteller beschieden sein, weil der Bekanntheitsgrad keine Gewähr für einen dauerhaften Erfolg bietet. Insofern ist es folgerichtig, wenn zur „Bekanntheit“ auch eine „Bewährung“ gefordert wird.

Die Bewährung ist nicht in erster Linie als eine Art unter Beweis gestellter gewerberechtlicher Zuverlässigkeit misszuverstehen, die für Inhaber einer Reisegewerbekarte ohnehin Voraussetzung ist. Sie bedeutet vielmehr, dass nach den Erfahrungen, die mit dem betreffenden Schausteller in der Vergangenheit gemacht worden sind, eine begründete Aussicht besteht, dass er weiterhin zum Erfolg des Volksfestes beiträgt. Der Grundsatz „bekannt und bewährt“ lässt sich insofern nicht in Gegensatz zu einem vorgeblich „objektiven“ Kriterium der „Attraktivität“ stellen. Was „attraktiv“ ist – nämlich für das Publikum eine Anziehungskraft entfaltet –, vermag nur das Publikum selbst zu entscheiden. Dieses aber setzt sich – wie erwähnt – aus den unterschiedlichsten Altersgruppen und Bevölkerungsschichten zusammen. Während für Kinder das traditionelle Karussell „attraktiv“ ist, mag dies bei Jugendlichen der „Fallturm“ oder die „Achterbahn“ sein. Insofern kann es keinen Maßstab der „Attraktivität“ schlechthin geben, der ggf. an der Zahl der für die Beleuchtung aufgewandten Glühbirnen zu messen wäre.

Vgl. OVG NW, GewArch 1994, S. 25 (25 f.); BayVGH, GewArch 2004, S. 248 (251); VGH Bad.-Württ., ESVGH 56, 169 (173); VG Oldenburg, GewArch 2004, S. 419 (421).

Es gilt vielmehr der Satz, dass „attraktiv“ ist, was „gefällt“ und insofern die Auswahl eine originäre Planungsentscheidung des Veranstalters darstellt. Es kann deshalb keine Rede davon sein, dass der Grundsatz „bekannt und bewährt“ von der Rechtsprechung als obsolet angesehen werde.

Vgl. etwa BVerwG, GewArch 1976, S. 379 (380 f.); BayVGH, GewArch 1982, S. 98 (99); OVG Hamburg, GewArch 1987, 303 (304 f.); VGH Bad.-Württ., GewArch 1991, S. 344 (346); OVG NW, GewArch 1991, S. 229 (230); OVG Nds., GewArch 2002, S. 428 (429 f.).

Aus der Perspektive des Veranstalters ist er vielmehr *sachgerecht*, weil seine Anwendung (mit) dazu beiträgt, den Erfolg eines Volksfestes zu sichern und damit das wirtschaftliche Risiko, das der Veranstalter trägt, zu verringern.

Allerdings ist zukünftiger Erfolg nicht notwendig durch immer wiederkehrende Berücksichtigung sog. „Stammbeschicker“ gewährleistet. Da der Geschmack des Publikums sich ändern kann, liegt es im wohlverstandenen Interesse des Veranstalters, auch Innovationen zu berücksichtigen. Dies allerdings ist bereits eine Frage der *Planung* des Volksfestes, bei der der Veranstalter naturgemäß frei von rechtlichen Bindungen ist. Aus diesem Grund ist es ein Gebot wirtschaftlicher Vernunft, auch Innovationen zu berücksichtigen, die auf eine bestimmte Klientel ausgerichtet sind. Innovationen können indes auch von Schaustellern angeboten werden, die „bekannt und bewährt“ sind, denn auch das Schaustellergewerbe entwickelt sich ständig fort. Insofern kann eine Attraktion gleichzeitig innovativ sein und von einem „bekanntem und bewährtem“ Unternehmer angeboten werden. Umgekehrt kann ein nach diesem Maßstab „bekanntere“ Anbieter sich mangels attraktiver Angebote nicht – mehr – „bewähren“, weil er keinen hinreichenden Beitrag zum Erfolg des Volksfestes verspricht. Insofern bedeutet der Grundsatz „bekannt und bewährt“ keineswegs die Stagnation zulasten eines Volksfestes, sondern schließt von vornherein eine gewisse Fluktuation innerhalb der zu berücksichtigenden Teilnehmer an Volksfesten ein.

Allerdings ist nicht zu übersehen, dass der in § 70 Abs. 1 GewO begründete Zulassungsanspruch gegenstandslos würde, wenn sich sämtliche Teilnehmer in diesem Sinne „bewähren“ würden und insofern kein Anlass bestünde, sie von der weiteren Teilnahme auszuschließen. Zu berücksichtigen ist freilich, dass der Zulassungsanspruch „Jedermann“ zukommt, der dem Teilnehmerkreis der festgesetzten Veranstaltung angehört, also auch denjenigen, die bereits an dem betreffenden Volksfest teilgenommen haben. In der rechtlichen Qualität unterscheiden sich also die gegen den Veranstalter gerichteten Ansprüche von „Stammbeschickern“ und „Newcomern“ nicht. Zutreffend ist indes, dass ein ständiger Ausschluss von Neubewerbern *deren* Anspruch aus § 70 Abs. 1 GewO als gegenstandslos erscheinen ließe. Das Bundesverwaltungsgericht hat deshalb zutreffend darauf abgestellt, dass den Neubewerbern eine „reale Chance“ zur Teilnahme eingeräumt werden muss.

So BVerwG, GewArch 1984, S. 265 (266).

Der Veranstalter muss bei seiner Auswahlentscheidung folglich berücksichtigen, dass Neubewerber die „reale Chance“ haben, berücksichtigt zu werden. Die Chance beschränkt sich freilich auf das jeweilige Marktsegment und hängt deshalb von der Konzeption des Volksfestes ab. Über den Anspruch aus § 70 Abs. 1 GewO ist nicht erreichbar, dass der Veranstalter seine Planung ändern und eine größere Zahl von Ausstellern oder Anbietern zulässt, weil in dem betreffenden Marktsegment die eingegangenen Bewerbungen die Zahl der zur Verfügung stehenden Standplätze übertreffen. Von der Konzeption des Veranstalters hängt auch ab, welcher Stellenwert der Fluktuation zukommt. Handelt es sich um ein traditionelles Volksfest, das die Besucher mit bestimmten Erwartungen hinsichtlich der Aussteller und Anbieter verbindet, so kann sich die „reale Chance“ von Neubewerbern auf einen längeren Zeitraum beziehen, als dies bei einem Volksfest ohne nennenswerte Tradition der Fall ist.

Im Ergebnis ist unabweisbar, dass die Auswahlentscheidung eines Veranstalters von unterschiedlichen, stets aber auf den wirtschaftlichen Erfolg abzielenden Erwägungen bestimmt werden und angesichts des wirtschaftlichen Risikos auch werden *müssen*. „Sachlich gerechtfertigt“ im Sinne des § 70 Abs. 3 GewO sind deshalb alle Gründe, die den Erfolg eines Volksfestes fördern und zugleich den Zulassungsanspruch nicht gegenstandslos werden lassen. Hieraus folgt, dass die Verabsolutierung von Zulassungsprinzipien – wie sie sich vereinzelt in der Literatur findet – der *Komplexität* der Auswahlentscheidung des Veranstalters unangemessen ist.

- Der Grundsatz „alt vor neu“ kann schon deshalb nicht im Interesse des Veranstalters liegen, weil er zur Erstarrung eines Volksfestes führen und damit das Innovationspotenzial vernachlässigen würde.
- Umgekehrt ist der Grundsatz „neu vor alt“ unbrauchbar, weil das „Neue“ sich nicht notwendig *bewähren* muss und ggf. die Erwartungshaltung des Publikums enttäuscht.
- Die Kriterien der „Attraktivität“ und „Innovation“ zu berücksichtigen, liegt im ureigensten Interesse eines Veranstalters, der den wirtschaftlichen Erfolg eines Volksfestes anstrebt. Da sich die Anziehungskraft aber stets auf bestimmte Besuchergruppen beschränkt und dies auch für Innovationen gilt, können diese Grundsätze ebenfalls nicht verabsolutiert werden.
- Die *Rotation* – oder das „rollierende System“ – steht in keinem Gegensatz zum Prinzip „bekannt und bewährt“, weil die Zulassungschance auf Dauer eine Rotation bewirkt.

- Das *Losverfahren* ist keine sachliche Begründung, sondern ersetzt diese. Es kann nur in Betracht kommen, wenn materielle Entscheidungskriterien versagen, also zwei Bewerber hinsichtlich ihrer fachlichen Ausrichtung und Eignung als vollständig gleich zu beurteilen sind.

Die gleichen Grundsätze gelten, wenn eine Gemeinde zur Veranstaltung eines Volksfestes eine Eigengesellschaft errichtet. In diesem Fall ist die Gesellschaft Veranstalter im Sinne des § 69 Abs. 1 S. 1 GewO und damit Adressat der Festsetzung. Der Zulassungsanspruch nach § 70 Abs. 1 GewO ist ebenfalls – allein – gegen die veranstaltende Gesellschaft zu richten. Wie bereits dargelegt,

Vgl. oben S. 33 f.

ändert sich die Zuordnung des Anspruchs auf § 70 Abs. 1 GewO nicht dadurch, dass eine juristische Person Veranstalter ist, die von einer Gemeinde errichtet worden ist und von ihr dominiert wird. Sofern der Anspruch im Klagewege durchgesetzt werden soll, ist hierfür der Zivilrechtsweg eröffnet (§ 13 GVG).

Von dem gegen den Veranstalter bestehenden Anspruch aus § 70 Abs. 1 GewO ist der Zulassungsanspruch zu öffentlichen Einrichtungen nach den Kommunalgesetzen zu unterscheiden.

Vgl. oben S. 35 ff.

Dieser ist öffentlich-rechtlicher Natur und kann sich folgerichtig nur gegen die *Gemeinde* bzw. den Landkreis richten. Sofern es sich bei dem Volksfest um eine öffentliche Einrichtung handelt, die in privatrechtlicher Rechtsform betrieben wird, wandelt sich der *Zulassungsanspruch* in einen gegen die Gemeinde gerichteten *Verschaffungsanspruch*, für den grundsätzlich der Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 VwGO) eröffnet ist.

Vgl. *M. Herdegen*, DÖV 1986, S. 906 (907 ff.); *H. Hilderscheid*, Die Zulassung zu Messen und Ausstellungen, S. 143 f.; *J. Kerkmann*, VR 2004, S. 73 (78); *W. Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober (Hrsg.), Verwaltungsrecht III, § 95 Rn. 200; *T. Mann*, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, § 17 Rn. 30; *P.J. Tettinger/W. Erbguth/T. Mann*, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 256.

Ist die Gemeinde selbst Veranstalter eines Volksfestes und ist dies als öffentliche Einrichtung zu qualifizieren, ergeben sich subjektiv-öffentliche Rechte auf Zulassung aus den Gemeindeordnungen, die wiederum mit § 70 Abs. 1 GewO – als wettbewerbsrechtlichem Zulassungsanspruch – konkurrieren. In diesem Fall stehen ein öffentlich-rechtlicher und ein privatrechtlicher Zulassungsanspruch nebeneinander, die sich gleichermaßen gegen die Gemeinde richten. Hierbei kommt es entscheidend auf das Rechtsregime an, das die Gemeinde für die Veranstaltung des Volksfestes gewählt hat. Sollen die Rechtsbeziehungen zu den Teilnehmern dem Privatrecht unterliegen, so wird der kommunalrechtliche Zulassungsanspruch auf den Abschluss eines entsprechenden *Vertrages* gerichtet sein, so dass die Gemeindeordnungen insofern einen Kontrahierungszwang begründen.

Vgl. oben S. 33.

Zwar wird in der Literatur noch immer die sog. „Zwei-Stufen-Theorie“ vertreten, nach der die Zulassung als solche dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, während die Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses privatrechtlich geregelt werden kann.

Vgl. nur *U. Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 70 Rn. 27; *P.J. Tettinger*, in: Tettinger/Wank, GewO, § 70 Rn. 61 ff.; *J. Wagner*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO, § 70 Rn. 62.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die „Zwei-Stufen-Theorie“ angesichts der Entwicklung des öffentlichen Vertragsrechts einerseits und der Regelungen über die Entscheidungskompetenzen der Gerichte andererseits überhaupt noch eine Berechtigung hat. Kommunalen Gebietskörperschaften nämlich steht es frei, statt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abzuschließen (§ 54 VwVfG) und sich somit die Flexibilität des Vertragsrechts zunutze zu machen. Auf der anderen Seite entscheidet das Gericht eines zulässigen Rechtsweg den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten (§ 17 Abs. 2 S. 1 GVG), so dass ein zulässigerweise angerufenes Zivilgericht befugt ist, auch öffentlich-rechtliche Streitfragen zu entscheiden, während umgekehrt ein Verwaltungsgericht ggf. auch über zivilrechtliche Fragen befinden kann.

Vgl. *P. Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 66. Aufl. 2008, § 17 GVG Rn. 5; *O.R. Kissel/H. Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 4. Aufl. 2005, § 17 Rn. 48 ff.

Wählt eine Gemeinde zur Regelung des Benutzungsverhältnisses das Privatrecht, so sind für Streitigkeiten aus diesem Rechtsverhältnis die ordentlichen Gerichte zuständig (§ 13 GVG). Dies gilt auch für den Zulassungsanspruch aus § 70 Abs. 1 GVG, der – wie nachgewiesen –

Vgl. oben S. 34 f.

dem Privatrecht zuzuordnen ist. Wird von einem nicht berücksichtigten Bewerber das Zivilgericht angerufen, so ist dieses nicht auf die Prüfung beschränkt, ob der Ausschluss sachlich gerechtfertigt war (§ 70 Abs. 3 GewO), sondern prüft gleichzeitig, ob ein Zulassungsanspruch nach der einschlägigen Gemeinde- oder Kreisordnung vorliegt.

Vgl. oben S. 35 ff.

Umgekehrt kann ein Verwaltungsgericht, das zur Durchsetzung des kommunalrechtlichen Zulassungsanspruchs angerufen worden und wegen der öffentlich-rechtlichen Rechtsnatur der Streitigkeit zuständig ist (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO) *auch* prüfen, ob der Anspruch aus § 70 Abs. 1 GewO vorliegt.

Unterstellt die Gemeinde dagegen die Teilnahme an dem Volksfest dem *öffentlichen* Recht und erlässt über die Zulassung *Verwaltungsakte*, so steht der kommunalrechtliche Zulassungsanspruch im Vordergrund, der sich dann auf den Erlass eines entsprechenden Verwaltungsaktes richten würde.

An dieser Stelle sollen die möglichen Probleme, die mit der Konkurrenz zweier Ansprüche verbunden sind, die unterschiedlichen Rechtsgebieten zugehören, dahingestellt bleiben. Vordringlich ist die Frage, ob die Entscheidung der Gemeinde über den *kommunalrechtlichen* Zulassungsanspruch eine andere rechtliche Struktur hat als die Auswahl nach § 70 Abs. 3 GewO.

Oben wurde bereits dargestellt, dass beim behördlichen Ermessen zwischen *Entschlieβungs-* und *Auswahlermessen* unterschieden wird.

Vgl. S. 42.

Da auch bei öffentlichen Einrichtungen, deren Kapazität begrenzt ist, eine *Auswahl* unter den Bewerbern getroffen werden muss, ist der Begriff des „Ermessens“ bei einem öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnis angemessen. Während eine Gemeinde als *Veranstalter* eines Volksfestes gemäß § 70 Abs. 3 GewO eine Entscheidung trifft wie jeder andere Veranstalter auch, übt sie bei der Zulassung zu einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung *Verwaltungsermessen* mit seinen besonderen Bindungen aus. Zwar wird in der Rechtsprechung gewöhnlich zwischen dem – untechnischen – *Veranstalterermessen* und dem *Verwaltungsermessen* nicht unterschieden; unabweisbar handelt es sich indes um Entscheidungen über Ansprüche aus prinzipiell unterschiedlichen Rechtsgebieten mit jeweils anderem Regelungshintergrund.

Die möglichen Konkurrenzprobleme der beiden Zulassungsansprüche würden indes entschärft, wenn im Rahmen des *Verwaltungsermessens* die gleichen Erwägungen zu berücksichtigen wären wie beim *Veranstalterermessen*. Da die Verwaltungsgerichte die zivilrechtliche Natur des Anspruchs aus § 70 Abs. 1 und entsprechend der Auswahlentscheidung nach Abs. 3 GewO nicht stets berücksichtigt haben, ist die Rechtsprechung zur Klärung dieser Frage nicht unbedingt hilfreich. Ausgangspunkt muss § 114 S. 1 VwGO sein, der die Überprüfung von Ermessensentscheidungen der Verwaltung einschränkt:

„Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist.“

Eine *Ermessensüberschreitung* dürfte bei Entscheidungen über Volksfeste kaum in Betracht kommen, weil die Entscheidung auf ein „*Entweder/Oder*“ beschränkt ist, die Zulassung wie die Nichtzulassung also innerhalb der gesetzlichen Grenzen verbleiben.

Ausgeschlossen werden kann, dass die unmittelbare Bindung der Gemeinde an Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) das Auswahlermessen weiter eingrenzt. Zwar ist das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) einschlägig; auf dieses Grundrecht können sich jedoch alle Bewerber berufen, wie sich überhaupt „Jedermann“ auf die Gewerbefreiheit berufen kann (§ 1 Abs. 1 GewO). § 70 Abs. 1 GewO ist zwar eine *Berufsausübungsregelung*, schränkt allerdings – in Zusammenhang mit Abs. 3 – zunächst die Berufsausübung des *Veranstalters* ein.

Vgl. oben S. 45.

Gegenüber der Gemeinde als Veranstalter eines Volksfestes, die ihrerseits *nicht* Grundrechtsträger ist, können sich Bewerber zwar auf die Berufsfreiheit berufen. Diese ist indes ambivalent, weil sowohl der abgewiesene als auch der zugelassene Bewerber Träger dieses Grundrechts sind. Mit anderen Worten vermittelt die Berufsfreiheit keinen Maßstab dafür, wie zu entscheiden ist, wenn aufgrund von Platzmangel einzelne Bewerber zugelassen werden können, andere aber nicht.

Wie oben dargelegt,

Vgl. oben S. 45 f.

hilft auch der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht weiter, weil ein *Zulassungsanspruch* – wie ihn die Kommunalgesetze vorsehen – ohnehin spezieller ist als der Gleichheitssatz und bei Vorliegen sachlicher Gründe eine unterschiedliche Behandlung von Bewerbern gerechtfertigt wäre. Die Grundrechtsbindung der Gemeinde führt folglich zu keinen engeren Ermessensgrenzen, als sie auch für private Veranstalter vorgesehen sind.

Ein Unterschied zwischen einem privaten und einem kommunalen Veranstalter könnte darin liegen, dass Ersterer erwerbswirtschaftliche Ziele verfolgt, während Gemeinden öffentliche Aufgaben erfüllen. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die Gemeinde schließt indes nicht aus, dass sie bei wirtschaftlicher Betätigung einen Gewinn anstrebt. Dies dürfte in besonderem Maße für Volksfeste gelten, weil die Gemeinde mit ihnen eine freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe erfüllt. Wären Volksfeste jenseits des normalen Veranstaltungsrisikos auf die Dauer defizitär, so würde sich schon aus haushaltsrechtlichen Gründen die Frage nach ihrer Sinnhaftigkeit stellen. Insofern kann auch hinsichtlich der Zielrichtung des Veranstalters nicht danach unterschieden werden, ob dieser das Volksfest gewerblich oder als öffentliche Einrichtung betreibt. Für die Kommune als Veranstalter eines Volksfestes ist mithin ebenso wie für den Privaten der Erfolg – und damit der Zuspruch der Bevölkerung – das maßgebliche Ziel. Wenn aber Volksfeste hinsichtlich ihrer Zielsetzung ununterscheidbar sind, spricht vieles dafür, dass die für private Veranstalter als „sachlich

gerechtfertigt“ anzuerkennenden Gründe ebenfalls für *kommunale* Veranstalter gelten, mithin im Sinne des § 114 S. 1 VwGO *ermessensfehlerfrei* sind.

Auch für kommunale Veranstalter ist der Zusammenhang zwischen der *Planungsphase* und der *Auswahlphase* maßgebend, weil die Auswahl der Bewerber sich in erster Linie nach dem planerischen Konzept richtet. Insofern kann festgehalten werden, dass eine Gemeinde hinsichtlich des *Konzepts* kein eigentliches *Ermessen* – auch kein *Planungsermessen* – ausübt, sondern eine Gestaltungsaufgabe im eigenen Wirkungskreis erfüllt, die durch die Selbstverwaltungsgarantie gewährleistet ist.

Vgl. oben S. 38 f.

Die Gestaltungsfreiheit umschließt – wie bei privaten Veranstaltern – die gesamte Ausrichtung des Volksfestes, die Zusammenstellung der Aussteller und Anbieter sowie die Gewichtung von Schwerpunkten. Wie erwähnt, kann bei „Traditionsfesten“ der Akzent stärker auf dem Brauchtum liegen, während bei historisch nicht beeinflussten Volksfesten Innovationen in den Vordergrund treten können. Die Schwerpunktbildung und –verschiebung fällt gleichermaßen unter die planerische Gestaltungsfreiheit und wird gegenüber staatlicher – auch gerichtlicher – Einflussnahme prinzipiell durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG geschützt.

Vgl. oben S. 39.

Ermessen im Sinne des § 114 S. 1 VwGO wird also nur ausgeübt, wenn sich Bewerber in das Veranstaltungskonzept einfügen, zahlenmäßig aber die zur Verfügung stehenden Standplätze übersteigen.

Die Gemeinde steht hierbei vor der gleichen Entscheidungssituation wie jeder private Veranstalter. Sie sieht sich einerseits einem in den Gemeindeordnungen festgelegten Anspruch ausgesetzt, kann diesen Anspruch aber nicht für alle Bewerber erfüllen. Die von ihr anzuwendenden Auswahlkriterien müssen sachgerecht sein, wobei die „Sache“, der sie „gerecht“ werden muss, die Verwirklichung des Konzeptes und damit der Erfolg des Volksfestes ist. Es gibt deshalb nichts dagegen zu erinnern, dass die Gemeinde innerhalb der einzelnen Marktsegmente in erster Linie solche Bewerber berücksichtigt, die bereits in

früheren Jahren zum Erfolg des betreffenden Volksfestes beigetragen haben und insofern „bekannt und bewährt“ sind. Oben ist bereits dargelegt worden,

Vgl. oben S. 51.

dass der Grundsatz „bekannt und bewährt“ im Gegensatz zu „alt vor neu“ eine gewisse Fluktuation unter den Ausstellern und Anbietern ermöglicht, weil die „Bewährung“ nicht stets erhalten bleibt. Ebenso wie im Falle einer privaten Veranstaltung würde die vage Aussicht darauf, dass einzelne Teilnehmer wegen mangelnder Bewährung ausscheiden, allerdings dem *Zulassungsanspruch* aus den Kommunalgesetzen nicht genügen. Die Gemeinde muss deshalb Bewerbern eine „reale Chance“ der Berücksichtigung eröffnen.

Vgl. oben S. 51 f.

Bei dieser *komplexen* Entscheidung muss die Gemeinde – ebenso wie jeder private Veranstalter – vermeiden, dass einzelne Auswahlkriterien verabsolutiert werden. So wäre der Grundsatz „alt vor neu“ – wie dargelegt – schon deshalb *nicht* sachgerecht, weil er in der Tendenz Neubewerber ausschließt. Ebenso wenig sachgerecht wäre der Grundsatz „neu vor alt“, weil hiernach die *Altbewerber* ausgeschlossen würden, denen ebenfalls ein Zulassungsanspruch zukommt. Ein solcher Anspruch wird nicht durch die einmalige oder mehrmalige Teilnahme an einem Volksfest *verbraucht*, sondern besteht für sämtliche Gewerbetreibenden fort. Das *Prioritätsprinzip* („Windhundprinzip“) setzt eine formale Handhabung und damit die Bestimmung einer Bewerbungsfrist voraus. In Zeiten des Internets ist die Einhaltung derartiger Fristen in einer Weise erleichtert, die die Eignung dieses Prinzips in Frage stellt. Haben sich nämlich alle Teilnehmer rechtzeitig beworben, so versagt das Prioritätsprinzip naturgemäß als Auswahlkriterium.

Das *Rotationsprinzip* ist, sofern es formal gehandhabt wird, geeignet, die planerische Gestaltungsfreiheit der Gemeinde zu beeinträchtigen, in deren Rahmen die Eigenart und die Schwerpunkte des Volksfestes festgelegt werden.

Vgl. oben S. 38 f.

Allerdings ist ein gewisser periodischer Wechsel unter den Bewerbern Voraussetzung dafür, dass die von der Rechtsprechung geforderte „reale Chance“ zur Teilnahme besteht. Letztlich vermag auch das *Losverfahren* nur einen Ausweg zu bieten, wenn materielle Kriterien erschöpft sind und unter Bewerbern exakt gleicher Eignung ausgewählt werden muss.

Die in der Literatur diskutierten Auswahlkriterien der „Attraktivität“ und „Innovation“ sind in erster Linie in die *Planungsphase* zu verweisen, weil es Sache des gemeindlichen Konzepts ist, ein für die unterschiedlichen Besuchergruppen „attraktives“ Angebot zusammenzustellen. Innerhalb der einzelnen Marktsegmente und damit Bewerbergruppen können beide Kriterien eine Rolle spielen, sind also „sachgerecht“, wobei sich weder die Attraktivität noch die Innovation vollends objektivieren lässt.

Die vorstehenden Überlegungen lassen das Ergebnis als unabweisbar erscheinen, dass die Gemeinde bei der Zulassung von Bewerbern die gleichen Auswahlkriterien anlegt wie ein privater Veranstalter bei seiner Auswahlentscheidung. Es handelt sich jeweils um die Verteilung knapper Ressourcen nach Maßgabe sachlich nachvollziehbarer Gründe und damit nicht nur um eine Frage der *Sachgerechtigkeit*, sondern der *Gerechtigkeit* schlechthin.

Vgl. W. Berg, Der Staat 1976, S. 1.

2.1.5.4 Die Durchführungsphase

Nach Zulassung der Aussteller und Anbieter zu einem Volksfest sind die Möglichkeiten des Veranstalters zum Ausschluss einzelner Teilnehmer wesentlich eingeschränkt. Handelt es sich um einen privaten Veranstalter, besteht nur die Möglichkeit der Kündigung des entsprechenden Vertrages aus wichtigem Grund.

Vgl. etwa H. Hilderscheid, GewArch 2007, S. 129 (130); H. Roth, Die kommunalen öffentlichen Einrichtungen, 1998, S. 130; allgemein hierzu W. Weidenkaff, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl. 2008, Vorb. zu § 620 Rn. 28 ff.

Dies gilt auch, wenn eine von der Gemeinde beherrschte juristische Person (Eigengesellschaft) Veranstalter ist oder die Gemeinde als Veranstalter das Benutzungsverhältnis privatrechtlich regelt. Auch in diesen Fällen kann die Gemeinde sich

der Bindung an vorher eingegangene vertragliche Verpflichtungen nur entziehen, wenn die Voraussetzungen einer Kündigung vorliegen.

Betreibt die Gemeinde das Volksfest als öffentliche Einrichtung *und* wählt sie als Rechtsregime das öffentliche Recht, so kommt es darauf an, in welcher *Rechtsform* die Zulassung erfolgt ist. Hat die Gemeinde Verwaltungsakte erlassen, so kann sie sich von diesen nur durch Rücknahme oder Widerruf (§§ 48, 49 VwVfG) lösen. Die Rücknahme setzt voraus, dass die Zulassung rechtswidrig war (§ 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG). Der Widerruf ist bei *rechtmäßigen* Verwaltungsakten statthaft (§ 49 Abs. 1 VwVfG), setzt allerdings einen Widerrufsgrund voraus. Dieser kann etwa darin liegen, dass mit der Zulassung eine Auflage verbunden war und der Teilnehmer diese nicht erfüllt hat (§ 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwVfG).

Unabhängig von den Handlungsmöglichkeiten des *Veranstalters* hat die zuständige *Behörde* die Befugnis, einem Aussteller oder Anbieter die Teilnahme an einer bestimmten Veranstaltung zu untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass er die hierfür erforderliche Zulässigkeit nicht besitzt (§ 70 a Abs. 1 GewO). Hierbei handelt es sich um eine gewerbeaufsichtliche Maßnahme, die sich – im Unterschied zu der Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO – auf eine bestimmte Veranstaltung beschränkt. Wird die Teilnahme durch Verfügung untersagt, bedarf es auf Seiten des Veranstalters keiner weiteren Maßnahmen. Einem mit dem Teilnehmer geschlossenen Vertrag fehlt die Geschäftsgrundlage, weil der Betreffende nicht mehr teilnehmen *darf*. Dasselbe gilt für einen von der Gemeinde geschlossenen *öffentlich-rechtlichen* Vertrag. Hat die Gemeinde den Teilnehmer durch Verwaltungsakt zugelassen, hat sich dieser mit der Untersagungsverfügung nach § 70 a Abs. 1 GewO *erledigt*.

Vgl. U. Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 70 a Rn. 7 ff.; J. Wagner, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO, § 70 a Rn. 4 ff.

Unberührt bleibt von diesen Handlungsmöglichkeiten das Hausrecht des Veranstalters, das er gegenüber Besuchern ausüben kann. Sofern es sich um einen privaten Veranstalter handelt, stehen dem Veranstalter besitzrechtliche Ansprüche zu Gebote (§ 1004 BGB). Die Gemeinde als Veranstalter kann sich auf ihr *öffentliches* Hausrecht berufen, wenn sie das Volksfest als öffentliche Einrichtung betreibt. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob das Rechtsverhältnis zu den Teilnehmern privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist.

Vgl. hierzu ausführlich *F.-L. Knemeyer*, DÖV 1970, S. 596 (597 ff.); ferner *E. Gurlit*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 34 Rn. 36; *H. Roth*, Die kommunalen öffentlichen Einrichtungen, S. 216 f.

2.1.5.5 Zusammenfassung

Veranstalter von Volksfesten unterliegen in den unterschiedlichen Phasen der Veranstaltung rechtlichen Bindungen mit steigender Intensität. In der Planungsphase sind Veranstalter weitgehend frei hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ des Volksfestes. Handelt es sich um gewerbliche Veranstalter, so ist diese Freiheit grundrechtlich gewährleistet (Art. 12 Abs. 1 GG). Kommunale Veranstalter genießen eine vergleichbare Gestaltungsfreiheit durch die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG).

Sobald die Veranstaltung *festgesetzt* ist (§ 69 Abs. 1 GewO), greifen rechtliche Bindungen des Veranstalters ein. Teilnehmer haben grundsätzlich einen Zulassungsanspruch (§ 70 Abs. 1 GewO) und können nur aus sachlich gerechtfertigten Gründen ausgeschlossen werden (§ 70 Abs. 3 GewO). Eine vergleichbare Bindung aufgrund des kommunalgesetzlichen Zulassungsanspruchs tritt ein, wenn die Gemeinde das Volksfest als öffentliche Einrichtung betreibt. Ist eine Eigengesellschaft als Veranstalter zwischengeschaltet, kann der gewerberechtliche Anspruch nur gegen *diese* geltend gemacht werden. Ist die Gemeinde hingegen selbst Veranstalter, so tritt neben den (privatrechtlichen) Anspruch aus § 70 Abs. 1 GewO der Zulassungsanspruch nach Maßgabe der Kommunalgesetze, der öffentlich-rechtlicher Natur ist. Erlässt die Gemeinde bei Zulassung der Teilnehmer *Bescheide* und erhebt für die Teilnahme *Gebühren*, so liegt, ohne dass weitere Widmungsakte geprüft werden müssten, stets eine öffentliche Einrichtung vor. Bei Zulassung der Teilnehmer durch *Vertrag* muss im Einzelnen geprüft werden, ob ein privatrechtlicher oder ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vorliegt.

2.2 Gerichtlicher Rechtsschutz gegen Zulassungsentscheidungen zu Volksfesten

2.2.1 Rechtswegfragen

Sofern ein nichtberücksichtigter Bewerber seinen Anspruch auf Zulassung zu einem Volksfest gerichtlich durchsetzen will, ist der zulässige Rechtsweg davon abhängig, ob es sich um eine

bürgerliche Rechtsstreitigkeit oder eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt. Im ersten Fall sind die ordentlichen Gerichte zuständig (§ 13 GVG), im letzteren Fall ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO). Wird das Volksfest von einem *privaten* Unternehmer veranstaltet, so sind die zwischen dem Veranstalter und den Teilnehmern bestehenden Rechtsverhältnisse ausschließlich dem bürgerlichen Recht zuzuordnen, so dass für mögliche Klagen nur die Zivilgerichte zuständig sind.

Vgl. *H.-A. Roth*, WiVerw. 1985, S. 46 (58); *U. Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 70 Rn. 27; *P.J. Tettinger*, Tettinger/Wank, GewO, § 70 Rn. 58; *J. Wagner*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO, § 70 Rn. 61.

Ist Veranstalter eine juristische Person des Privatrechts, deren Anteile ganz oder überwiegend von der Gemeinde gehalten werden (Eigengesellschaft), ist das Rechtsverhältnis zwischen dem Veranstalter und den Bewerbern ebenfalls bürgerlich-rechtlicher Natur mit der Folge, dass der Zulassungsanspruch nach § 70 Abs. 1 GewO nur auf dem Zivilrechtsweg geltend gemacht werden kann. Zwar konkurriert mit dem Anspruch nach § 70 Abs. 1 GewO unter Umständen der dem öffentlichen Recht zuzuordnende Zulassungsanspruch nach der einschlägigen Gemeindeordnung. Dies setzt allerdings voraus, dass es sich trotz der privatrechtlichen Form um eine *öffentliche* Einrichtung handelt und ein entsprechender Widmungsakt vorausgegangen ist.

Vgl. *P. Axer*, NVwZ 1996, S. 114 (115 f.); *I. Bartels*, Die rechtliche Ordnung der Benutzung öffentlicher Einrichtungen, S. 190; *H.-U. Erichsen*, Jura 1986, S. 148 (149 f.); *M.W. Fügemann*, SächsVBl. 2005, S. 57 (58 f.); *T. Mann*, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, § 17 Rn. 20.

Unter diesen Voraussetzungen kann ein Bewerber gegen die Gemeinde allerdings keinen *Zulassungsanspruch*, sondern nur einen *Verschaffungsanspruch* geltend machen, weil die Gemeinde selbst nicht Veranstalter des Volksfestes ist. Für diesen Verschaffungsanspruch wäre zwar der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, weil es sich in diesem Fall um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art handelt (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO). Im Unterschied zu den in der Rechtsprechung behandelten Fälle kommunaler Einrichtungen – etwa von Stadthallen – gibt es bei Volksfesten jedoch einen gegen jeden Veranstalter – also auch die kommunale Eigengesellschaft – gerichteten *Zulassungsanspruch*.

Vgl. oben S. 35.

Für die Anrufung eines Verwaltungsgerichts zur Durchsetzung des Verschaffungsanspruchs würde es deshalb regelmäßig am Rechtsschutzbedürfnis fehlen, weil der betreffende Bewerber seinen *Zulassungsanspruch* gegen den Veranstalter unmittelbar – vor den ordentlichen Gerichten – geltend machen kann und somit sein Rechtsschutzziel auf eine einfachere Weise erreichen könnte.

Vgl. *F. Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 23 Rn. 10 ff.; *J. Hüttenbrink*, in: Kuhla/Hüttenbrink, Der Verwaltungsprozess, 3. Aufl. 2002, Kap. D Rn. 19 ff.; *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, Vorb. zu § 40 Rn. 48 ff.; *M. Ronellenfitsch*, VerwArch 82 (1991), S. 121 (126); *H. Sodan*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, § 42 Rn. 335, 349.

Ist dagegen die Gemeinde selbst Veranstalter und unterstellt sie das Benutzungsverhältnis dem öffentlichen Recht, so folgt der Zulassungsanspruch aus den Gemeindeordnungen mit der Folge, dass Klagen auf Zulassung als öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO zu qualifizieren sind. Allerdings muss, um die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zu begründen, aus der Klageschrift hervorgehen, dass der Kläger seinen *kommunalrechtlichen* Zulassungsanspruch durchsetzen will. Denn nur durch die Geltendmachung *subjektiv-öffentlicher* Rechte erfährt ein Rechtsverhältnis seine öffentlich-rechtliche Prägung und begründet damit eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte. Sofern ein Bewerber sein Klagebegehren auf den gewerberechtlichen Zulassungsanspruch (§ 70 Abs. 1 GewO) stützt, liegt – auch wenn die Gemeinde selbst Klagegegner ist – keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, sondern eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vor mit der Folge, dass die Klage vor dem zuständigen Zivilgericht erhoben werden müsste.

Vgl. nur *D. Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 40 Rn. 203 ff.; *F. Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 2 Rn. 14 ff.; *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 999 ff.; *K. Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rn. 31 ff.; *H. Sodan*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 97, 265 ff.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts können nur solche Streitigkeiten als öffentlich-rechtlich angesehen werden, an denen notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist. Kann dieser hypothetisch durch einen Privaten ersetzt werden, ohne dass sich an dem Rechtsverhältnis etwas ändert, liegt keine öffentlich-rechtliche, sondern eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vor.

Vgl. BVerwGE 38, 281 (283 f.); 69, 192 (194); 89, 281 (282 f.); st. Rspr.

Sofern ein abgewiesener Bewerber seinen Zulassungsanspruch aus § 70 Abs. 1 GewO im Klagewege durchsetzen will, könnte eine Gemeinde als potenzieller Klagegegner ohne Weiteres durch einen *Privaten* ersetzt werden, weil § 70 Abs. 1 GewO gegenüber *jedem* Veranstalter gilt.

Vgl. oben S. 34.

Die spezifisch öffentlich-rechtliche Prägung erhält die Streitigkeit um eine Zulassung zum Volksfest also erst dadurch, dass es sich hierbei um eine öffentliche Einrichtung handelt und der Kläger seinen kommunalrechtlichen Zulassungsanspruch geltend machen will.

Zwar sind die Verwaltungsgerichte nicht gehindert, zur Entscheidung des Rechtsstreits auch den gewerberechtlichen Zulassungsanspruch hinzuzuziehen, denn das Gericht entscheidet den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten (§ 17 Abs. 2 S. 1 GVG). Indes muss es sich um ein Gericht des *zulässigen* Rechtswegs handeln, wenn die Klage ausschließlich oder doch in erster Linie mit einem dem bürgerlichen Recht zuzuordnenden Anspruch begründet wird. Stützt sich ein nicht berücksichtigter Bewerber ausschließlich oder doch in erster Linie auf seinen Anspruch auf § 70 Abs. 1 GewO, ist der Verwaltungsrechtsweg hierfür nicht eröffnet und die Klage an das zuständige Zivilgericht zu verweisen.

Vgl. oben S. 34 f.

Nur wenn mit der Klage der Zulassungsanspruch aus der betreffenden Gemeindeordnung verfolgt wird, ist Beteiligter notwendig eine *Gemeinde* (oder ein Kreis) und kann nicht durch einen beliebigen *Privaten* ersetzt werden. Nur unter dieser Voraussetzung ist ein angerufenes Verwaltungsgericht auch *zuständig*.

Die vorliegende Judikatur der Verwaltungsgerichte erweckt den Eindruck, als sei die bürgerlich-rechtliche Eigenart des Zulassungsanspruchs aus § 70 Abs. 1 GewO verkannt worden. Zwar wird in der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs stets auch der *kommunalrechtliche* Zulassungsanspruch hervorgehoben und den Entscheidungen zugrunde gelegt.

Vgl. BayVGH, GewArch 1980, S. 299; GewArch 1981, S. 98; NVwZ-RR 1908, S. 71; NVwZ-RR 1999, S. 574; NVwZ-RR 2000, S. 779.

In anderen Entscheidungen allerdings wird der kommunalrechtliche Zulassungsanspruch nicht erwähnt und allein auf § 70 Abs. 1 GewO abgestellt.

Vgl. OVG Hamburg, GewArch 1987, S. 303; OVG Nds., GewArch 1982, S. 304; GewArch 2002, S. 428; OVG Nds., Urt. v. 15.01.1998 – 7 L 39 83/96 (Juris); VGH Bad.-Württ., GewArch 1983, S. 189 VGH Bad.-Württ., NVwZ-RR 1992, S. 132; VGH Bad.-Württ., GewArch 2001, S. 420.

Dies ist insofern nicht unproblematisch, als der in den Kommunalgesetzen enthaltene Zulassungsanspruch zwar *einerseits* einer Streitigkeit die öffentlich-rechtliche Prägung verleiht, *andererseits* es sich aber um landesrechtliche Bestimmungen handelt, die nicht revisibel sind. Nach § 137 Abs. 1 VwGO kann eine Revision nur darauf gestützt werden, dass das angefochtene Urteil auf der Verletzung von Bundesrecht oder einer Vorschrift des Verwaltungsverfahrensgesetzes eines Landes, die ihrem Wortlaut nach mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes übereinstimmt, beruht. Die Einschränkungen des Revisionsrechts können folglich zu dem paradoxen Ergebnis führen, dass der auf eine Gemeindeordnung gestützte Zulassungsanspruch zwar den Verwaltungsrechtsweg eröffnet, dieser jedoch – mangels möglicher Verletzung von Bundesrecht – beim Oberverwaltungsgericht endet. Ein auf § 70 Abs. 1 GewO gestützter Anspruch würde zwar aus Bundesrecht – nämlich der Gewerbeordnung – folgen, allerdings dem bürgerlichen Recht zuzuordnen sein, so dass als Revisionsinstanz allenfalls der Bundesgerichtshof in Betracht käme.

Das hier skizzierte Rechtsweg- und damit Rechtsschutzdilemma kann nicht dadurch ausgeräumt werden, dass § 70 GewO in eine *öffentlich-rechtliche* Vorschrift umgedeutet wird. Entschließt sich der Gesetzgeber auf dem Gebiet des Gewerberechts zu einer für *alle* Veranstalter geltenden Zulassungsvorschrift, so richtet sich deren Rechtsnatur nicht nach dem jeweiligen Antragsgegner, sondern danach, ob *jedermann* Antragsgegner sein kann. Trifft diese Voraussetzung zu – was bei § 70 Abs. 1 GewO unbestritten ist –, so bleibt die Zuordnung zum Zivilrecht auch dann erhalten, wenn Anspruchsgegner eine Gemeinde ist.

Das Rechtsverhältnis zwischen einer Gemeinde, die ein Volksfest veranstaltet und den Bewerbern ist allerdings *stets* dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn die Gemeinde die Handlungsform des Verwaltungsakts zur Zulassung bzw. zur Ausschließung von Bewerbern wählt. Wie oben ausgeführt, ist ein von der Gemeinde erteilter „Bescheid“ und die von ihr erhobene „Gebühr“ ein sicherer Indikator für die öffentlich-rechtliche Natur der Streitigkeit. Allerdings kann ein Verwaltungsakt nicht auf § 70 Abs. 3 GewO gestützt werden, weil es sich hierbei um eine *zivilrechtliche* Vorschrift handelt. Insofern ist eine Konstellation denkbar, bei der die Gemeinde unzweifelhaft in der Form des Verwaltungsakts handelt, diesen aber auf eine unzutreffende Rechtsgrundlage stützt, weil eine privatrechtliche Vorschrift – wie § 70 Abs. 3 GewO – keine Ermächtigung zum Erlass eines Verwaltungsakts bietet. Auf vergleichbare Fälle aus der Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts sei hingewiesen.

Vgl. BVerwGE 16, 116 (127); 18, 1 (4); 41, 305 (306) st.Rspr.

Sofern eine Gemeinde bei der Auswahl der Bewerber Verwaltungsakte erlassen hat und deswegen der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, hat das angerufene Gericht gleichwohl zu prüfen, ob der Bescheid auf eine öffentlich-rechtliche Ermächtigung in Gestalt der Kommunalgesetze hat gestützt werden können; ansonsten müsste er als rechtswidrig aufgehoben werden, weil § 70 Abs. 3 GewO keine Rechtsgrundlage für Verwaltungsakte darstellt.

2.2.2 Phasenspezifischer Rechtsschutz und gerichtliche Kontrollrechte

Oben ist dargelegt worden, dass bei der Veranstaltung von Volksfesten die *Planungsphase*, die *Festsetzungsphase*, die *Auswahlphase* und die *Durchführungsphase* zu unterscheiden sind und der Veranstalter hierbei unterschiedlichen rechtlichen Bindungen unterliegt.

Vgl. oben S. 38 ff.

In der *Planungsphase* entwickelt der Veranstalter ein Konzept für das betreffende Volksfest, das regelmäßig eine möglichst große Anziehungskraft entfalten und somit zu einem wirtschaftlichen Erfolg führen soll. In dieser Phase macht es keinen Unterschied, ob es sich um einen *gewerblichen* oder um einen *kommunalen* Veranstalter handelt, weil beide gleichermaßen den Erfolg des Volksfestes anstreben. Gemeinden als Veranstalter mögen

größeren Wert auf lokales oder regionales Brauchtum legen und sich damit stärker als Sachwalter des Gemeinwohls präsentieren als dies bei gewerblichen Veranstaltern üblich ist. Insoweit können auch Beschlüsse der kommunalen Vertretungsorgane zu berücksichtigen sein, die für die ausführenden Organe Eckpunkte der Planung vorgeben können. Dies alles ändert indes nichts daran, dass der Veranstalter hinsichtlich der Entscheidung, ob überhaupt ein Volksfest stattfinden soll, und seiner Ausgestaltung im Einzelnen *frei* ist.

Vgl. oben S. 39.

Da es für den Veranstalter an rechtlichen Vorgaben – und damit Bindungen – fehlt, findet eine gerichtliche Kontrolle der Planungen nicht statt. Dies gilt sowohl für den Fall, dass der Zulassungsanspruch nach § 70 Abs. 1 GewO auf dem Zivilrechtsweg geltend gemacht wird als auch für die Anrufung des Verwaltungsgerichts, um die Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung durchzusetzen. In beiden Konstellationen nämlich ist ein Anspruch potenzieller Teilnehmer noch nicht entstanden. Der Anspruch aus § 70 Abs. 1 GewO setzt voraus, dass das Volksfest festgesetzt worden ist (§ 69 Abs. 1 GewO), betrifft also eine spätere Phase der Veranstaltung von Volksfesten. Auch die Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen setzt voraus, dass diese bereits bestehen und nicht erst in der Planung begriffen sind. Insofern entstehen die Zulassungsansprüche nach den Gemeindeordnungen ebenfalls frühestens mit der Festsetzung des betreffenden Volksfestes.

Gerichtlicher Rechtsschutz ist indes nicht nur während der Planungsphase ausgeschlossen; auch die Ergebnisse der Planung entziehen sich gerichtlicher Nachprüfung. Da sich das Konzept eines Volksfestes bei gewerblichen Veranstaltern als Ausübung der Berufsfreiheit darstellt und die Gemeinden hierdurch eine freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe erfüllen, fehlt es an rechtlichen Maßstäben, an denen die entsprechenden Planungen gemessen werden könnten. Zwar hat die Rechtsprechung auch für die *Planung* von Verwaltungsbehörden Kontrollmaßstäbe entwickelt;

Vgl. BVerwGE 34, 301; 52, 237; 72, 282; 84, 123; 98, 339; 100, 370; 104, 144.

diese Maßstäbe setzen jedoch stets voraus, dass die Planungsbehörde zwischen *öffentlichen* und *privaten* Interessen *abwägen* muss. Das Bundesverwaltungsgericht hat frühzeitig die Auffassung vertreten, dass sich das Gebot, die von einer Planung berührten öffentlichen und

privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen, unabhängig von einer gesetzlichen Positivierung aus dem Wesen einer rechtsstaatlichen Planung ergibt und dementsprechend allgemein gilt.

So BVerwGE 48, 56 (63).

Dies ist die typische Situation der Fachplanung, deren Gegenstand raumbedeutsame Vorhaben mit dem Ziel einer späteren Planfeststellung oder Genehmigung sind.

Vgl. hierzu umfassend *B. Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 3. Aufl. 2005, Rn. 2946 ff. Siehe ferner auch *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 16 Rn. 5.

Eine vergleichbare Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Belangen findet bei der Planung eines Volksfestes nicht statt. Zwar muss im Rahmen des Konzepts auch Rücksicht auf die Anlieger genommen werden, die ggf. durch Geräuschemissionen oder auf andere Weise gestört werden. Mögliche Belästigungen Dritter sind indes nicht Gegenstand der hier zu behandelnden Frage, ob während der Planungsphase rechtliche Bindungen bestehen, die ggf. gerichtlicher Kontrolle unterliegen. Gemeinsam ist nämlich sämtlichen Bewerbern das Interesse, dass das Volksfest stattfindet und sie bei dessen Durchführung berücksichtigt werden. Es geht in diesem Zusammenhang also nicht um den Rechtsschutz *gegen* eine Veranstaltung – wie dies bei raumbedeutsamen Vorhaben regelmäßig der Fall ist –, sondern um einen *Zulassungsanspruch*. Auf eine solche Veranstaltung lassen sich aber die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Abwägungsgebot nicht übertragen. Bei einem Volksfest stehen sich nicht öffentliche Interessen – etwa des kommunalen Veranstalters – und private Interessen – nämlich der Aussteller und potenzieller Besucher – gegenüber und müssten erst durch einen Abwägungsvorgang ermittelt werden. Das Ziel eines Volksfestes ist vielmehr, einer möglichst großen Zahl von Besuchern – nämlich dem „Volk“ – ein möglichst hohes Maß an Zufriedenheit – nämlich ein „Fest“ – zu bereiten. Das mag im Einzelfall gelingen oder misslingen, wie derartige Planungen ohnehin stets ein Moment der Unsicherheit aufweisen. Es wäre aber gänzlich abwegig und würde dem Charakter einer solchen Veranstaltung widersprechen, würden die Veranstalter durch Gerichte gezwungen, bereits in der Planungsphase bestimmte Aussteller- oder Anbietergruppen zu berücksichtigen und eine Abwägung von *deren* Interessen mit den Veranstalterinteressen zu verlangen. Ein Volksfest ist insofern nicht dem Bau einer Bundesautobahn, eines Flughafens oder eines sonstigen

raumbedeutsamen Vorhabens vergleichbar, das sich naturgemäß in andere Raumnutzungen und entsprechende Interessen einfügen muss. Ein Volksfest ist eine rasch vorübergehende Veranstaltung und gerade seine Flüchtigkeit macht seine Anziehungskraft aus.

Zwar wird ein Veranstalter seine Planung stets am voraussichtlichen Erfolg ausrichten und damit – mittelbar – auch den Interessen bestimmter Aussteller- und Anbietergruppen entgegen kommen. Deren Zahl ist indes so groß und deren Angebot so vielfältig, dass eine Bindung des Veranstalters an einen Planungsgrundsatz des „ausgewogenen Angebots“ nicht postuliert werden könnte. Auf diese Weise würde kein von einem gewerblichen oder kommunalen Veranstalter konzipiertes, sondern ein judiziell verordnetes Volksfest entstehen.

Wie oben dargelegt,

Vgl. oben S. 49.

haben Volksfeste vielfach ein besonderes „Profil“. Bei manchen Volksfesten liegt die Erwartung des Publikums und damit der Schwerpunkt der Veranstaltung stärker auf der Geselligkeit, während andere auf Innovationen und riskante Attraktionen abheben. Es gehört unausweichlich zur konzeptuellen Vorarbeit des Veranstalters, hier die richtigen Schwerpunkte zu setzen, für deren Erfolg er schließlich das wirtschaftliche Risiko trägt.

Das planerische Konzept eines Veranstalters kann schriftlich niedergelegt werden, was bei Volksfesten als öffentlichen Einrichtungen vielfach durch besondere „Richtlinien“ geschieht. Derartige Planungen geben Auskunft über die Vorstellungen des Veranstalters und sind der *Auswahl* der Bewerber zugrunde zu legen.

Vgl. unten, S. 74.

2.2.3 Rechtsschutz in der Festsetzungsphase

Die Festsetzung eines Volksfestes gem. § 69 GewO ist ein Verwaltungsakt, dessen Adressat der Veranstalter ist. Es handelt sich um einen gebundenen Verwaltungsakt, so dass ein Volksfest auf Antrag festzusetzen *ist*, sofern die rechtlichen Voraussetzungen vorliegen.

Vgl. *H. Hilderscheid*, Die Zulassung zu Messen und Ausstellungen, S. 41 f.; *W. Frotscher/U. Kramer*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht,

Rn. 320; *U. Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 69 Rn. 22; *J. Wagner*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO, § 69 Rn. 35; *K.-L. Wirth*, Marktverkehr, Marktfestsetzung, Marktfreiheit, S. 110 ff.

Rechtsschutzfragen entstehen folglich erst dann, wenn die Festsetzung eines Volksfestes von der zuständigen Behörde *abgelehnt* wird. Da der Veranstalter einen Rechtsanspruch auf Festsetzung hat, kann er diesen im Wege der Verpflichtungsklage verfolgen.

Potenzielle Bewerber sind *nicht* Adressaten der Festsetzung, sondern werden – zu einem späteren Zeitpunkt – durch die Festsetzung nur reflexartig begünstigt, weil sie als Teilnehmer der Gesamtveranstaltung die Marktprivilegien genießen. Da der Anspruch aus § 70 Abs. 1 GewO erst aufgrund der Festsetzung entsteht, sind die potenziellen Teilnehmer einer Veranstaltung durch eine eventuelle Ablehnung der Festsetzung nicht in ihren *Rechten*, sondern nur in ihren wirtschaftlichen *Interessen* betroffen und somit nicht klagebefugt (§ 42 Abs. 2 VwGO).

2.2.4 Gerichtliche Kontrolle der Auswahlentscheidungen des Veranstalters

Wie oben dargelegt,

Vgl. oben S. 42 ff.

übt der Veranstalter nach § 70 Abs. 3 GewO kein Ermessen im Rechtssinne aus und trifft folgerichtig keine *Ermessensentscheidung*, die der gerichtlichen Nachprüfung gem. § 114 VwGO unterfiele. Der Veranstalter trifft vielmehr eine *Auswahlentscheidung* unter mehreren Bewerbern, bei der zunächst das Konzept der Veranstaltung maßgeblich ist. Bewerber, deren Angebot sich nicht in das Konzept einfügt, können unter Hinweis auf die Planung der Veranstaltung von der Teilnahme ausgeschlossen werden.

Vgl. oben S. 48.

Das von einem Bewerber angerufene Gericht ist insoweit an die planerischen Vorgaben des Veranstalters gebunden, weil die Planung selbst – wie dargelegt – keiner gerichtlichen Nachprüfung unterliegt.

Vgl. oben S. 39.

Wenn aber die Planung keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt, so kann sie hinsichtlich ihrer Vorgaben auch nicht über die Kontrolle der Auswahlentscheidungen korrigiert werden. Würde nämlich einem Bewerber durch gerichtliche Entscheidung die Teilnahme an einer Veranstaltung ermöglicht, obwohl er nicht in das planerische Konzept passt, würde damit gleichzeitig das Konzept selbst in Frage gestellt bzw. korrigiert werden. Soweit dies Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen gewesen ist, ist eine *Konzeptunverträglichkeit* stets als Ausschlussgrund anerkannt worden.

Vgl. BayVGH, GewArch 1983, S. 205 (206 f.); OVG Saarland, GewArch 1988, S. 203 (204); BayVGH, GewArch 1988, S. 245 (246); OVG NW, GewArch 1991, S. 435

Dies gilt sowohl für ein angerufenes Zivilgericht als auch für ein Verwaltungsgericht, das im Streitfall entscheidet.

Fügt sich ein Bewerber in das Planungskonzept ein und gibt ein Angebot ab, das grundsätzlich berücksichtigt werden könnte, hat der Veranstalter im eigentlichen Sinne eine Auswahlentscheidung – unter mehreren konzeptverträglichen Bewerbern – zu treffen. Bei privaten Veranstaltern – auch kommunalen Eigengesellschaften – handelt es sich nicht im eigentlichen Sinne um *Ermessen* – nämlich *Verwaltungsermessen* –, sondern nur im weiteren Sinne um eine Ermessens- – nämlich Auswahl- – entscheidung.

Oben ist dargelegt worden, welche Gründe für die Nichtberücksichtigung eines Bewerbers als „sachlich gerechtfertigt“ anzusehen sind.

Vgl. oben S. 47 ff.

Hierbei kann kein Zweifel daran bestehen, dass ein Veranstalter bei der Auswahl längere Geschäftsbeziehungen berücksichtigen kann und der Grundsatz „bekannt und bewährt“ deshalb ein zulässiges Auswahlkriterium darstellt. Da es sich bei der Auswahlentscheidung um eine *komplexe* Entscheidung handelt, ist es verfehlt, einzelne Auswahlkriterien zu verabsolutieren und untereinander in Gegensatz zu setzen.

Vgl. oben S. 52.

Insofern darf auch der anerkannte und anerkennenswerte Grundsatz „bekannt und bewährt“ nicht dazu führen, dass nach dem Konzept einschlägige Bewerber auf Dauer ausgeschlossen werden. Das Bundesverwaltungsgericht hat deshalb zu Recht gefordert, dass den Neubewerbern eine „reale Chance“ der Berücksichtigung verbleiben müsse.

So BVerwG, GewArch 1984, S. 265 (266).

Dies bedeutet allerdings nicht, dass alle Teilnehmer eines Volksfestes stets einem Rotationsverfahren – oder „rollierenden System“ – unterworfen wären, mit der Folge, dass jeder Teilnehmer im Laufe der Jahre einmal „aussetzen“ müsste. Zur planerischen Gestaltungsfreiheit gewerblicher und kommunaler Veranstalter gehört es, das Profil eines Volksfestes durch sog. „Stammeschicker“ zu schärfen, was die Folge hat, dass diese ständig berücksichtigt werden können.

Tritt eine *Gemeinde* als Veranstalter auf und unterwirft sie das Benutzungsverhältnis dem öffentlichen Recht, so liegt auch im Rechtssinne eine *Ermessensentscheidung* vor, deren gerichtliche Überprüfung nur in den Grenzen des § 114 S. 1 VwGO möglich ist. Wie oben dargelegt,

Vgl. oben S. 46.

handelt es sich allerdings nicht um das für Verwaltungsentscheidungen typische Entschließungsermessen oder Auswahlermessen zwischen verschiedenen Maßnahmen, sondern um eine Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen Bewerbern. Deshalb sind von Verwaltungsgerichten die gleichen Maßstäbe bei der Überprüfung von Auswahlentscheidungen anzulegen wie sie von Zivilgerichten angewandt werden. Mit anderen Worten unterscheidet sich das *Verwaltungsermessen* in diesen Fällen nicht vom *Veranstalterermessen*.

Vgl. oben S. 55, 60.

Auch bei einer Kommune als Veranstalter und der Qualifikation eines Volksfestes als öffentliche Einrichtung ist die Bekanntheit und Bewährung eines Bewerbers ein sachgerechter Grund für seine Berücksichtigung, wenn Neubewerbern die „reale Chance“ einer späteren Teilnahme verbleibt.

Vgl. oben S. 51, 59.

Das Verwaltungsgericht hat allerdings zu prüfen, ob die Gemeinde sich an die von ihr selbst entwickelten Ermessensgrundsätze – etwa in Gestalt von „Richtlinien“ – gehalten hat. Liegen derartige Verwaltungsvorschriften vor, so kann die Gemeinde hiervon nur abweichen, wenn ein Sonderfall gegeben ist („Sonderfallvorbehalt“). Im Übrigen sind derartige Richtlinien ermessensleitend und anzuwenden, sofern sie nicht ihrerseits auf fehlerhaften Erwägungen beruhen.

Sind Ermessensrichtlinien zutreffend angewandt worden und lässt die behördliche Entscheidung auch sonst keine Ermessensfehler erkennen, ist eine entsprechende Klage abzuweisen.

Angesichts der komplexen Natur von Auswahlentscheidungen und der Vielfalt der zu berücksichtigenden Gesichtspunkte kommt eine *Ermessensreduktion* nicht in Betracht. Sie ist als dogmatische Figur entwickelt worden, um Behörden in besonderen Gefahrenlagen zum Einschreiten zu veranlassen

Vgl. N. Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, § 18 Rn. 60; U. di Fabio, VerwArch 86 (1995), S. 214 (220 ff.); M. Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 114 Rn. 27; J. Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 542 ff.; M. Jestaedt, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 64 ff.

und sind deshalb für komplexe Auswahlentscheidungen nicht bestimmt. Eine Ermessensreduktion wäre nur in dem hypothetischen Fall denkbar, dass sich in einem bestimmten Marktsegment zwei Aussteller bewerben, aber nur einer berücksichtigt werden kann, die Berücksichtigung des Einen in jedem Fall aber *ermessensfehlerhaft* wäre. Bei jeder anderen Konstellation stehen der Behörde mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zu Gebote, so dass eine Ermessensreduktion nicht in Betracht kommt und eine Verpflichtungsklage nur in Gestalt der Bescheidungsklage zulässig wäre.

Vgl. *N. Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 18 Rn. 61; *M. Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 114 Rn. 2; *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 114 Rn. 5; *Redeker/von Oertzen*, VwGO, § 114 Rn. 10.

Sofern Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben worden ist, kann die Gemeinde als Beklagte ihre bei der Auswahl getroffenen Ermessenserwägungen ergänzen (§ 114 S. 2 VwGO). Das insoweit zulässige „Nachschieben von Gründen“

Vgl. *F. Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 24 Rn. 20 ff.; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 40; *K. Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 114 Rn. 84 ff.; *H.A. Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, § 114 Rn. 84 ff.

schließt ein, dass die Gemeinde die Konzeptunverträglichkeit eines Bewerbers oder andere Erwägungen darlegt, die sie bei ihrer Entscheidung geleitet haben, auch wenn sich diese in der Begründung des Verwaltungsakts noch nicht gefunden haben. Bewerber gehen mit auf Zulassung gerichteten Klagen also stets das Risiko ein, dass die Gemeinde im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ihre Ermessenserwägungen noch ergänzt.

2.2.5 Fragen des vorläufigen Rechtsschutzes

Zum Wesen von Volksfesten als nur wenige Tage dauernden Veranstaltungen gehört es, dass ein möglicher Zulassungsanspruch von Bewerbern wertlos wird, sobald die Veranstaltung durchgeführt worden ist. Zwar könnten nicht berücksichtigte Bewerber Schadenersatzansprüche gegen den Veranstalter geltend machen, wenn sie der Auffassung sind, zu Unrecht abgewiesen worden zu sein. Die Möglichkeit des Sekundärrechtsschutzes ändert freilich nichts daran, dass ein möglicher Zulassungsanspruch nicht mehr durchgesetzt werden kann. Die Teilnahme an Volksfesten ist deshalb vielfach Gegenstand des vorläufigen Rechtsschutzes. Hierbei ist wiederum danach zu unterscheiden, um welche Art von Veranstaltung es sich handelt.

Handelt es sich um einen gewerblichen Veranstalter oder um eine kommunale Eigengesellschaft, so liegt eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vor, mit der Folge, dass der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet ist (§ 13 GVG).

Vgl. oben S. 34 f.

Vorläufiger Rechtsschutz kann gegen den Veranstalter in diesen Fällen nur über § 935 ZPO in Gestalt einer einstweiligen Verfügung erlangt werden.

Vgl. *P. Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 935 Rn. 1 ff.; *K. Reichold*, in: Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften, Kommentar, 28. Aufl. 2007, § 935 Rn. 1 ff.

Ist die Gemeinde selbst Veranstalter *und* handelt es sich bei dem Volksfest um eine öffentliche Einrichtung, so liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art vor, für die der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO).

Vgl. oben S. 37.

Vorläufiger Rechtsschutz kann in diesem Fall nur über § 123 VwGO in Gestalt einer einstweiligen *Anordnung* erlangt werden.

Vgl. *M. Happ*, in: Eyermann, VwGO, § 123 Rn. 26 ff.; *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 1224 ff.; *Redeker/von Oertzen*, VwGO, § 123 Rn. 15 ff.

Sowohl der Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO als auch der einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO setzen voraus, dass ein *Anordnungsgrund* und ein *Anordnungsanspruch* gegeben ist.

Vgl. zu § 935 ZPO etwa *P. Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 935 Rn. 4 ff., 16 ff.; *K. Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, § 935 Rn. 5 f.; siehe zu § 123 VwGO etwa *F. Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 33 Rn. 15; *F. Schoch*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 123 Rn. 83; *F. O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, § 123 Rn. 23; *A. Puttler*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, § 123 Rn. 95.

Als *Anordnungsanspruch* werden sich Antragsteller regelmäßig auf § 70 Abs. 1 GewO oder – bei einem Volksfest als öffentliche Einrichtung in öffentlich-rechtlicher Rechtsform – auf den kommunalrechtlichen Zulassungsanspruch berufen. Als *Anordnungsgrund* liegt auf der Hand, dass sich der Zulassungsanspruch nach Durchführung der Veranstaltung zu *diesem* Volksfest erledigt hat und überdies ein wirtschaftlicher Schaden eintreten würde.

Das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes weist bei der Zulassung zu Volksfesten indes zwei Besonderheiten auf, die zu berücksichtigen sind. Der materiell-rechtliche Anspruch, der dem Anordnungsanspruch zugrunde liegt, greift nur in dem Falle durch, in dem die Bewerberzahl nicht größer ist als die Zahl der Standplätze. Sofern die Bewerberzahl die Zahl der Standplätze übersteigt, richtet sich der Anspruch in der Sache auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung, möge es sich um *Verwaltungsermessen* im Rechtssinne oder um das *Veranstalterermessen* im Sinne des § 70 Abs. 3 GewO handeln. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren würde dies bedeuten, dass der Kläger im Hauptsacheverfahren in der Regel kein Verpflichtungsurteil, sondern nur ein *Bescheidungs*urteil erlangen könnte. Sofern einer Auswahlentscheidung fehlerhafte Ermessenserwägungen zugrunde liegen sollten, würde dies aber doch nur unter den Voraussetzungen der Ermessensreduktion zu einem Verpflichtungsurteil führen können.

Vgl. oben S. 42, 74.

Hinzu kommt eine weitere Besonderheit des vorläufigen Rechtsschutzes bei der Zulassung zu Volksfesten, die in der begrenzten Raumkapazität begründet ist. Würde nämlich ein von der Teilnahme ausgeschlossener Bewerber im Wege der einstweiligen Verfügung oder Anordnung seine Zulassung erwirken, müsste – die vollständige Auslastung des betreffenden Platzes vorausgesetzt – ein anderer – bereits zugelassener – Teilnehmer weichen. Hierdurch würde ein rechtliches Dilemma besonderer Art entstehen; denn *jeder* Teilnehmer kann sich auf den gewerberechtlichen oder kommunalrechtlichen Zulassungsanspruch berufen. Wird ein Bewerber ermessensfehlerhaft *nicht* berücksichtigt, so bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass – gewissermaßen spiegelbildlich – die Berücksichtigung eines anderen Bewerbers fehlerhaft war. Selbst wenn man annehmen sollte, dass die fehlerhafte Nichtberücksichtigung eines Bewerbers die Entscheidungen zugunsten der berücksichtigten Teilnehmer als rechtsfehlerhaft induzieren würde, so bliebe stets die Frage, welcher Teilnehmer im konkreten Fall zurückstehen müsste.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit einem vergleichbaren Fall in einer Kammerentscheidung befasst und Entscheidungen von Verwaltungsgerichten aufgehoben, die den Antrag auf eine einstweilige Anordnung ablehnten.

BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschl. vom 15.08.2002 – 1 BvR 1790/00 – NJW 2002, S. 3691.

Die Kammer verweist auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der

„in Eilverfahren ... sich die Fachgerichte dem Bedürfnis nach wirksamer Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht dadurch entziehen (dürfen), dass sie überspannte Anforderungen an die Voraussetzungen der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes stellen. Das Erfordernis effektiven Rechtsschutzes gebietet, dass gerichtlicher Rechtsschutz namentlich in Eilverfahren so weit wie möglich der Schaffung solcher vollendeter Tatsachen zuvorzukommen hat, die dann, wenn sich die Maßnahme bei endgültiger rechtlicher Prüfung als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können (...). Daher ist einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, wenn anders dem Ast. eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders wichtige Gründe entgegenstehen (...).“

So BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), NJW 2002, S. 3691 (3692).

Nach Auffassung der Kammer verletzt die angegriffenen Entscheidungen die Rechte des Beschwerdeführers aus Art. 19 Abs. 4 GG:

„Die im Ausgangsverfahren angerufenen Verwaltungsgerichte haben bei der Auslegung von § 70 GewO und § 123 VwGO die Anforderungen wirksamen Rechtsschutzes i. S. des Art. 19 IV GG nicht hinreichend beachtet, indem sie die inhaltliche Überprüfung des vom Bf. geltend gemachten Anspruchs auf Teilnahme am Jahrmarkt ablehnten und zur Begründung ohne materielle Prüfung der Vergabeentscheidung allein auf die Erschöpfung der Platzkapazität abstellten. Auf diesen tatsächlichen Umstand hätte das VG seine Entscheidung schon deshalb nicht stützen dürfen, weil zum Zeitpunkt des Eingangs des Eilantrags noch nicht alle Plätze vergeben waren. Auch nach den Kriterien des VG wäre effektiver Rechtsschutz also noch möglich gewesen. Selbst wenn aber zu diesem Zeitpunkt bereits alle Standplätze vergeben gewesen wären, hätte die Ablehnung einstweiligen Rechtsschutzes nicht alleine auf diesen Umstand gestützt werden dürfen. Vielmehr war die angegriffene Vergabeentscheidung jedenfalls einer summarischen inhaltlichen Prüfung zu unterziehen.

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 Berufs als Marktbesicker 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.“

So BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), NJW 2002, S. 3691 (3692).

Die Kammer vermag auch besondere Gründe, welche die endgültige Vereitelung dieses Rechts des Beschwerdeführers rechtfertigten, nicht zu erkennen:

„Eine eventuelle Vorwegnahme der Hauptsache rechtfertigt es nicht, die Erfordernisse eines effektiven Rechtsschutzes hintanzustellen. Die von der Rechtsprechung im Hinblick auf Art. 19 IV GG entwickelten Grundsätze zu Ausnahmen vom Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache stellen zu Recht regelmäßig auf den irreparablen Rechtsverlust als solchen oder das Zeitmoment ab, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache mit hoher Wahrscheinlichkeit zu spät käme (...).

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 Schadenersatz für den rechtswidrig bevorzugten Marktbesucher, Vorkehrungen für den Fall bereit, dass die öffentliche Hand eine zunächst gewährte Rechtsposition entziehen muss. Die Bescheidung von (vorerst) erfolgreichen Mitbewerbern oder der Abschluss von Mietverträgen mit ihnen ist demnach weder ein rechtliches noch ein faktisches Hindernis, das die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes für einen zu Unrecht übergangenen Ast. unmöglich machte. Die Marktanbieter haben es in der Hand, durch die Regelung entsprechender Widerrufsvorbehalte oder die Vereinbarung entsprechender Kündigungsklauseln für diese Fälle vorzuzorgen.“

So BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), NJW 2002, S. 3691 (3692).

Mit seiner Kammerentscheidung wendet sich das Bundesverfassungsgericht mithin gegen die vom angerufenen Verwaltungsgericht gegebene Begründung, der Antrag auf einstweilige Anordnung sei schon deshalb abzulehnen, weil sämtliche Standplätze besetzt seien. Das Verwaltungsgericht – und das ihm in der Ablehnung der Beschwerde Zulassung folgende Oberverwaltungsgericht – hatte nach Auffassung der Kammer keine inhaltliche Prüfung vorgenommen, mit anderen Worten die Frage, ob ein *Anordnungsanspruch* bestehe, dahingestellt gelassen und stattdessen den Anordnungsgrund mit Hinweis auf die erschöpfte Platzkapazität verneint.

Vgl. BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), NJW 2002, S. 3692.

Die Kammer sieht bei einer solchen Konstellation zu Recht die Gefahr, dass der einstweilige Rechtsschutz nicht wirksam werden *kann*, weil in vergleichbaren Fällen regelmäßig die

Standplatzkapazität erschöpft sein wird und die Frage, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist – nämlich einen Zulassungsanspruch besitzt –, ausschließlich im Hauptsacheverfahren zu prüfen wäre, das aber für die Durchsetzung dieses Rechts regelmäßig zu spät kommt.

Die Kammer sieht das Problem der Vorwegnahme der Hauptsache im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, hält aber unter diesen Voraussetzungen eine Durchbrechung des Verbots für statthaft. Auf der anderen Seite soll es nicht Aufgabe des Gerichts sein, dem Antragsteller einen bestimmten Standplatz zuzuweisen; vielmehr sei es Sache des Veranstalters, einer vom Gericht ausgesprochenen Verpflichtung – ggf. durch Maßnahmen gegenüber einem zugelassenen Bewerber – Folge zu leisten.

Die Kammer hat damit die umstrittene Frage, ob eine einstweilige Anordnung die Hauptsache vorwegnehmen darf, auf denkbar einfache Weise gelöst: Aus Gründen der Effektivität des Rechtsschutzes soll eine Ausnahme von diesem Verbot statthaft sein. Die Kammer folgt damit in der Sache einer in der Literatur seit langem vertretenen Auffassung, nach der eine einstweilige Anordnung unausweichlich die Hauptsache – jedenfalls teilweise – vorwegnimmt.

Vgl. grundlegend *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 1231 ff.; *F. Schoch*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, § 123 Rn. 147 ff.; *ders.*, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988, S. 1042 ff., 1670 ff. Siehe ferner auch *H. Huba*, JuS 1990, 983 (986); *S. Vogg*, Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufige Vollstreckbarkeit, 1991, S. 125 ff.

Die bei Volksfesten und Märkten sich ergebende Situation macht dies deutlicher als jede andere Fallkonstellation: Lehnt das Gericht eine einstweilige Anordnung ab, so kann der Antragsteller endgültig nicht an der betreffenden Veranstaltung teilnehmen. Insofern wird die Hauptsache vorweggenommen, ohne dass es hierbei auf Sekundäransprüche (Schadenersatz) ankäme, weil diese nicht Gegenstand *dieser* Hauptsache, sondern einer späteren Schadenersatzklage wären. Wird der Veranstalter im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragsteller zuzulassen, so wird auch hierdurch die Hauptsache endgültig vorweggenommen, weil der Antragsteller als Kläger in der Hauptsache auch nicht mehr begehren könnte als die Zulassung zu der Veranstaltung. Würde zugunsten des Klägers ein anderer – bereits zugelassener – Teilnehmer weichen müssen, so wäre auch für diesen – von den gegen eine solche Maßnahme zulässigen Rechtsbehelfen einmal abgesehen – die

Hauptsache *endgültig* vorweggenommen, weil ihm die Teilnahme an *dieser* Veranstaltung nicht mehr möglich wäre.

Die unausgesprochene Prämisse der Kammer ist indes, dass der Antragsteller im einstweiligen Rechtsschutzverfahren einen Anspruch auf *Zulassung* geltend machen und durchsetzen kann, mit der Folge, dass ein anderer – bereits zugelassener – Teilnehmer seinen Standplatz räumen muss.

Oben ist indes dargelegt worden,

Vgl. oben S. 59 f.

dass es einen Anspruch auf Zulassung bei einer Mehrzahl von Bewerbern regelmäßig nicht geben kann, sondern der gewerberechtliche wie kommunalrechtliche Anspruch sich darin erschöpfen, dass der Veranstalter sein Ermessen fehlerfrei ausüben – mit anderen Worten: sachgerechte Gründe anführen – muss. Projiziert man diese Anspruchsqualität in das Hauptsacheverfahren, so könnte – wie bereits dargelegt – ein Kläger nur ein Bescheidungsurteil erreichen, weil die Sache regelmäßig nicht spruchreif sein dürfte (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO).

Würde ein Antragsteller im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erreichen können, dass ihm – ggf. zulasten eines anderen Ausstellers – ein Standplatz zugewiesen wird, würde er im Anordnungsverfahren *mehr* erreichen können als im Hauptsacheverfahren. In einem solchen Fall würde also nicht nur *die* Hauptsache vorweggenommen, sondern eine *andere* Hauptsache vorweggenommen, weil unausgesprochene Prämisse eines strikten Anspruchs auf Zulassung die Ermessensreduktion ist. Eine solche dürfte aber – wie dargelegt – nur ausnahmsweise vorkommen.

Es kann schwerlich angenommen werden, dass die Kammer mit ihrer Entscheidung wichtige Grundsätze des Verwaltungsprozessrechts hat revidieren wollen, bzw. – mangels Bindungswirkung der Entscheidungsgründe – hat revidieren *können*. Ziel der Kammerentscheidung dürfte es vielmehr gewesen sein, die Effektivität des vorläufigen Rechtsschutzes zu betonen und Tendenzen entgegenzutreten, diesen auf eine Art formaler Prüfung faktischer Gegebenheiten zu reduzieren.

Die Kammerentscheidung ist deshalb dahingehend zu verstehen, dass Verwaltungsgerichte, bei denen eine einstweilige Anordnung beantragt wird, sich *inhaltlich* mit dem Begehren – Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund – auseinanderzusetzen haben und den Antrag nicht allein deshalb ablehnen dürfen, weil sämtliche Standplätze vergeben sind. Da die Vorwegnahme der Hauptsache sowohl bei ablehnender wie stattgebender Entscheidung unvermeidlich ist, muss eine eingehende rechtliche Prüfung der geltend gemachten Ansprüche erfolgen. Da ein Hauptsacheverfahren regelmäßig nicht mehr stattfindet, muss sich das Gericht bewusst sein, dass faktisch das einstweilige Anordnungsverfahren an die Stelle des Hauptsacheverfahrens tritt. Das Verfahren des *vorläufigen* Rechtsschutzes ist damit faktisch ein Verfahren des *endgültigen* Rechtsschutzes.

Vgl. *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 1231 f.

Die unter dieser Prämisse notwendige eingehende – nicht nur summarische – Prüfung der Rechtslage muss die in diesem Gutachten erzielten Ergebnisse zur Auslegung des § 70 GewO und der kommunalrechtlichen Zulassungsansprüche zugrunde legen.

Bei der Kammerentscheidung handelte es sich um einen von einer Gemeinde veranstalteten und festgesetzten Jahrmarkt, zu dem der Antragsteller die Zulassung begehrte.

BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), NJW 2002, S. 3691.

Da die Gemeinde den Zugang zu der Veranstaltung dem öffentlichen Recht unterstellt hatte, war die öffentlich-rechtliche Natur der Streitigkeit nicht zweifelhaft. Allerdings zieht die Kammer in diesem Zusammenhang § 70 GewO als Anspruchsgrundlage heran, der – wie in diesem Gutachten nachgewiesen wurde – gerade *kein* Anspruch des öffentlichen Rechts ist. Unbeschadet dieser unzutreffenden Einordnung der Anspruchsgrundlage ist auch der Hinweis auf Art. 12 Abs. 1 GG verfehlt, weil das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit nicht nur dem *abgewiesenen*, sondern auch jedem *zugelassenen* Bewerber zur Seite steht. Wenn aber die Gemeinde ggf. verpflichtet sein soll, die Zulassung eines Marktteilnehmers ggf. zurückzunehmen oder zu widerrufen, um einem anderen einen Standplatz zu verschaffen, so kann sich auch *Ersterer* auf sein Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit berufen.

Dem insoweit unausweichlichen Dilemma, es stets mit grundrechtlich fundierten Rechtspositionen zu tun zu haben – zu denen bei einem gewerblichen Veranstalter auch dessen Berufsfreiheit tritt –, entkommt man nur durch eine eingehende Prüfung der der Entscheidung zugrunde liegenden Ermessenserwägungen. Der Hinweis auf die grundrechtliche Fundierung eines Anspruchs ist – wie stets bei zwei- oder mehrpoligen Rechtsverhältnissen – nicht weiterführend.

Vgl. J. Ipsen, Staatsrecht II, Rn. 58; H.D. Jarass, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band II, 2006, § 38 Rn. 63; H. Maurer, Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 5. Aufl. 2007, § 9 Rn. 38 ff.

Die Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts weist unausweichlich in die materiell-rechtliche Prüfung und damit auf die in Rede stehenden Anspruchsgrundlagen zurück. Auch ein *effektiver*, – mit anderen Worten: wirksamer – vorläufiger Rechtsschutz, wie ihn Art. 19 Abs. 4 GG fordert, ist nicht notwendig ein für den Antragsteller *erfolgreicher* Rechtsschutz, wenn der Durchsetzung eines Anspruchs andere Anspruchspositionen entgegenstehen. Insofern verbleibt es auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes – gleichgültig, ob dieses vor Zivilgerichten oder Verwaltungsgerichten stattfindet – die Frage zu klären und zu entscheiden, welche Gründe „sachgerecht“ und damit ermessensfehlerfrei sind, um einen Bewerber von der Teilnahme an einem Volksfest auszuschließen. Der durch die Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts erzielte Fortschritt besteht darin, dass die Verwaltungsgerichte einer inhaltlichen Prüfung nicht dadurch enthoben sind, dass die Standplätze bereits vergeben sind. Für die materiell-rechtliche Prüfung selbst enthält die Entscheidung dagegen *keine* Vorgaben. Dem Veranstalter kommt vielmehr bei seiner Auswahlentscheidung ein *Ermessen* zu, das sich bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung der Veranstaltung als Verwaltungsermessen im Sinne des § 114 VwGO darstellt. Die von der Kammer ersichtlich vorausgesetzte Konstellation, dass ein Bewerber ermessensfehlerhaft *ausgeschlossen* und ein anderer rechtswidrigerweise *zugelassen* worden ist, dürfte nach den Grundsätzen der Ermessensreduktion einen seltenen Ausnahmefall bilden. Stets ist zu berücksichtigen, dass auch die *zugelassenen* Bewerber einen Anspruch auf Teilnahme an der Veranstaltung haben, der ebenfalls sein Fundament im Grundrecht der Berufsfreiheit hat. Insofern führt eine grundrechtliche Argumentation im Streitfall nicht weiter.

Die Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts wäre missverstanden, wollte man ihr bestimmte Pflichten des Veranstalters hinsichtlich der Ausgestaltung des

Rechtsverhältnisses entnehmen. Der Hinweis auf eine mögliche Rücknahme bzw. einen Widerruf der (öffentlich-rechtlichen) Zulassung oder der Kündigung eines (zivilrechtlichen) Vertrags

Vgl. BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), NJW 2002, S. 3691 (3692).

diente der Bekräftigung der von der Kammer vertretenen Auffassung, vorläufiger Rechtsschutz könne auch bei der dem Streitfall zugrunde liegenden Sachverhaltskonstellation effektiv sein. Da die Rechtsordnung stets die Möglichkeit bietet, Rechtsakte, die sich als rechtswidrig erweisen, aufzuheben bzw. Rechtsverhältnisse – wie den Vertrag – aufzulösen, kann vorläufiger Rechtsschutz nicht unter Hinweis auf die Bestandskraft der zugrunde liegenden Verwaltungsakte oder Rechtsverhältnisse abgelehnt werden. Der Kammer war es insofern um den Nachweis zu tun, dass die Behörde sich von den von ihr eingegangenen rechtlichen Verpflichtungen lösen *kann*. Eine völlig andere – von der Kammer nicht behandelte – Frage ist, unter welchen Voraussetzungen sie sich von diesen Verpflichtungen lösen *muss*. Eine solche Verpflichtung ist nur in dem Fall denkbar, dass ein nichtberücksichtigter Bewerber einen Rechtsanspruch auf Zulassung hat, mit anderen Worten jede andere Entscheidung als die der Zulassung notwendig ermessensfehlerhaft wäre. Entsprechend müsste auch die Entscheidung zulasten des Bewerbers, der seinen Standplatz zugunsten des erfolgreichen Antragstellers aufgeben müsste, ihrerseits ermessensfehlerfrei sein. Dies würde aber voraussetzen, dass gerade die Zulassung *dieses* Bewerbers rechtswidrig – weil ermessensfehlerhaft – gewesen sein müsste, weil anderenfalls die Voraussetzungen für die Rücknahme eines Verwaltungsakts (§ 48 VwVfG) nicht vorliegen.

Würde die Gemeinde als Veranstalter eines Volksfestes die Zulassung eines Teilnehmers zurücknehmen, so läge es auf der Hand, dass dieser ebenfalls den Verwaltungsrechtsweg beschreiten und um vorläufigen Rechtsschutz nachsuchen würde. Da in diesem Fall in der Hauptsache eine Anfechtungsklage statthaft wäre (§ 42 Abs. 1 VwGO), würde sich der vorläufige Rechtsschutz nach § 80 VwGO richten (§ 123 Abs. 5 VwGO). Auch *diese* Form des vorläufigen Rechtsschutzes muss effektiv sein, mit anderen Worten wäre eine Gemeinde nicht in der Lage, zugunsten eines nichtberücksichtigten Bewerbers einen bereits zugelassenen Bewerber auszuschließen, weil dieser ebenfalls ein Recht auf effektiven Rechtsschutz geltend machen könnte. Das oben bereits angesprochene *Grundrechtsdilemma* – alle Beteiligten können sich auf das Grundrecht der Berufsfreiheit berufen – wird durch ein

Rechtsschutzdilemma – alle Beteiligten können vorläufigen Rechtsschutz begehren – verschärft. Das angerufene Verwaltungsgericht kann diesen Dilemmata nur dadurch entgehen, dass eine eingehende Prüfung der der Entscheidung zugrunde liegenden Ermessenserwägungen stattfindet, sofern sich nicht sämtliche Gründe – auch diejenigen, die im Verfahren nachgeschoben werden können (§ 114 S. 2 VwGO) – als ermessensfehlerhaft darstellen, besteht kein Zulassungsanspruch und muss ein Antrag auf einstweilige Anordnung mit dem Ziel der Zulassung notwendig erfolglos bleiben.

Im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes müssen die Gerichte – Zivilgerichte wie Verwaltungsgerichte – deshalb prüfen, ob der Veranstalter seiner Auswahlentscheidung sachgerechte Erwägungen zugrunde gelegt hat. Insoweit ist auf die in diesem Gutachten erzielten Ergebnisse zu verweisen. Gründe, die in der mangelnden konzeptionellen Verträglichkeit eines Anbieters liegen, sind stets sachgerecht, weil es Sache des Veranstalters und nicht der Gerichte ist, die Konzeption eines Volksfestes zu entwickeln. Der Grundsatz „bekannt und bewährt“ ist nach wie vor sachgerecht und damit ermessensfehlerfrei, sofern Neubewerber eine „reale Chance“ der Teilnahme enthalten. Auch hier spielt die Konzeption eines Volksfestes eine Rolle, weil bei Traditionsfesten auf bekannte und bewährte Schausteller oder Anbieter größeres Gewicht gelegt werden kann, als bei Volksfesten, die keine solche Tradition aufweisen. *Formale* Prinzipien – wie „alt vor neu“, „neu vor alt“, Berücksichtigung nach Eingang oder Rotationsprinzip – sind im Allgemeinen nicht sachgerecht, weil sie eine inhaltliche Auseinandersetzung vermissen lassen. Allerdings ist auch dem Prinzip „bekannt und bewährt“ in seiner Ausformung durch das Bundesverwaltungsgericht eine Tendenz zur Rotation eigen. Das Losverfahren kann nur bei im Übrigen gleicher Eignung als sachgerecht angesehen werden.

Vgl. oben S. 47 ff.

2.2.6 Zusammenfassung

Für nichtberücksichtigte Bewerber für die Teilnahme an Volksfesten steht der Rechtsweg offen. Sofern es sich um einen gewerblichen Veranstalter handelt, besteht eine Zuständigkeit der Zivilgerichte (§ 13 GVG). Dasselbe gilt, wenn eine Eigengesellschaft das Volksfest veranstaltet. Eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte besteht nur, wenn eine Gemeinde

das Volksfest als öffentliche Einrichtung betreibt und das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO).

Angerufene – Zivil- und Verwaltungs- – Gerichte haben zu prüfen, ob der Ausschluss des Bewerbers von der Teilnahme auf sachgerechten Gründen beruht. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Konzeption eines Volksfestes allein Sache des Veranstalters ist und gerichtlicher Kontrolle – mangels rechtlicher Maßstäbe – nicht unterliegt. Die konzeptionelle Unverträglichkeit eines Bewerbers ist deshalb in jedem Fall ein Ausschlussgrund. Die Prüfung der Auswahlentscheidung kann nur in Ausnahmefällen zu einer Zulassungsentscheidung führen, weil bei einer Vielzahl von Bewerbern der Zulassungsanspruch sich in einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung verwandelt. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren kann die Gemeinde Ermessenserwägungen nachschieben (§ 114 S. 2 VwGO).

Das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes richtet sich je nach der rechtlichen Eigenart der Streitigkeit. Sofern in der Hauptsache die Zivilgerichte zuständig sind, ist ein Antrag auf einstweilige Verfügung (§ 935 ZPO) statthaft, sofern der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, wird vorläufiger Rechtsschutz für abgewiesene Bewerber nach § 123 VwGO gewährt. Es liegt in der Eigenart der Volksfeste, dass beim vorläufigen Rechtsschutz über die Teilnahme die Hauptsache notwendig (und endgültig) vorweggenommen wird. Dies bedeutet, dass die angerufenen Gerichte Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund in vollem Umfang zu prüfen haben. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts können sich die Gerichte einer inhaltlichen Prüfung nicht unter Hinweis auf anderweitige rechtliche Bindungen des Veranstalters entziehen. Allerdings ist auch hier zu beachten, dass bei einer Mehrzahl von Bewerbern ein Antragsteller regelmäßig nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, nicht dagegen auf Zulassung zu der Veranstaltung hat.

2.3 Verpflichtung zu öffentlicher Ausschreibung von Standplätzen?

2.3.1 Grundzüge des öffentlichen Vergaberechts

Gemäß § 97 Abs. 1 GWB beschaffen öffentliche Auftraggeber Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren. Auftraggeber im Sinne des Vierten Teils des GWB sind

Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen und andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, sofern weitere Voraussetzungen vorliegen (§ 98 GWB). Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmern, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen (§ 99 Abs. 1 GWB). Lieferaufträge sind Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Miet- oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen (§ 99 Abs. 2 S. 1 GWB). Bauaufträge sind Verträge entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder eine Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen (§ 99 Abs. 3 GWB). Als Dienstleistungsaufträge gelten die Verträge über Leistungen, die nicht unter Abs. 2 oder 3 fallen und keine Auslobungsverfahren sind (§ 99 Abs. 4 GWB).

2.3.2 Vergabe von Standplätzen als Aufträge?

Zwar sind Gemeinden und Eigengesellschaften öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 S. 1 GWB. Die Vergabe von Standplätzen ist jedoch – abgesehen von den regelmäßig nicht erreichten Schwellenwerten (§ 100 Abs. 1 GWB) – kein „öffentlicher Auftrag“ im Sinne des § 99 GWB. Öffentliche Aufträge sind dadurch gekennzeichnet, dass der Staat oder seine Untergliederungen als *Nachfrager* von Waren, Bau- oder Dienstleistungen auftritt und sich einer unbestimmten Zahl von Anbietern gegenüber sieht, die gleichermaßen Interesse an der Vergabe des betreffenden Auftrags haben.

Vgl. K. Hailbronner, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. 2005, § 99 GWB Rn. 438 f.; S. Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe: Systematik, Verfahren, Rechtsschutz, 3. Aufl. 2005, Rn. 29 ff.; G. Wurzel/A. Schraml/R. Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2005, S. 332 ff.

Zweck des Vergaberechts ist es, den Wettbewerb um die Vergabe von Aufträgen und eine möglichst große Transparenz bei der Vergabe zu gewährleisten (§ 97 Abs. 1 GWB). Sofern die Schwellenwerte überschritten werden, muss die Ausschreibung europaweit erfolgen.

Bei der Vergabe von Standplätzen – sieht man wiederum von den Schwellenwerten ab – sind die Rollen zwischen der Gemeinde und den privaten Rechtssubjekten vertauscht. Die Gemeinde ist in diesen Fällen *Anbieter* von Standplätzen, während die Schausteller oder Händler *Nachfrager* eben dieser Standplätze sind. Während das Vergaberecht dadurch gekennzeichnet ist, dass Unternehmer Leistungen im weiteren Sinne erbringen und die öffentliche Hand hierfür Entgelte aus öffentlichen Haushalten entrichtet, ist dies bei der Vergabe von Standplätzen genau umgekehrt: Die Gemeinden erbringen Leistungen, für die Gebühren oder privatrechtliche Entgelte entrichtet werden. Die Vergabe von Standplätzen für Volksfeste stellt somit keinen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 GWB dar und unterfällt deshalb nicht dem öffentlichen Vergaberecht.

Dies gilt auch für die Landesvergabe Gesetze, die auch unterhalb der Schwellenwerte Anwendung finden, ebenfalls aber öffentliche Aufträge voraussetzen.

2.3.3 Ausschreibung als Mittel der Kommunikation

Nicht ausgeschlossen ist freilich, dass eine Gemeinde sich eines Ausschreibungsverfahrens bedient, um einen unbestimmten Kreis von Schaustellern und Anbietern von Waren anzusprechen. Bei dieser Ausschreibung handelt es sich aber nicht um eine Ausschreibung im Sinne des Vergaberechts, sondern um eine öffentliche Bekanntmachung. Eine rechtliche Verpflichtung zur Ausschreibung – ggf. im europäischen Rahmen – besteht nicht. Die insoweit einschlägigen Vorschriften der Gewerbeordnung (§ 70 Abs. 1) und der Kommunalgesetze setzen voraus, dass die Bewerber durch eigene Initiative Kenntnis von den betreffenden Volksfesten erlangen, verpflichten die Veranstalter aber nicht zu einer Ausschreibung.

2.3.4 Zusammenfassung

Die Veranstaltung von Volksfesten unterliegt nicht dem öffentlichen Vergaberecht. Es besteht für Gemeinden als Veranstalter deshalb keine gesetzliche Verpflichtung, geplante Volksfeste hinsichtlich des Teilnehmerkreises öffentlich auszuschreiben.

3 Zusammenfassung

1. Veranstalter von Volksfesten unterliegen in den unterschiedlichen Phasen der Veranstaltung rechtlichen Bindungen mit steigender Intensität. In der Planungsphase sind Veranstalter weitgehend frei hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ des Volksfestes. Handelt es sich um gewerbliche Veranstalter, so ist diese Freiheit grundrechtlich gewährleistet (Art. 12 Abs. 1 GG). Kommunale Veranstalter genießen eine vergleichbare Gestaltungsfreiheit durch die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG).
2. Sobald die Veranstaltung festgesetzt *ist* (§ 69 Abs. 1 GewO), greifen rechtliche Bindungen des Veranstalters ein. Teilnehmer haben grundsätzlich einen Zulassungsanspruch (§ 70 Abs. 1 GewO) und können nur aus sachlich gerechtfertigten Gründen ausgeschlossen werden (§ 70 Abs. 3 GewO). Eine vergleichbare Bindung aufgrund des kommunalgesetzlichen Zulassungsanspruchs tritt ein, wenn die Gemeinde das Volksfest als öffentliche Einrichtung betreibt.
3. Ist eine Eigengesellschaft als Veranstalter zwischengeschaltet, kann der gewerberechtliche Anspruch nur gegen *diese* geltend gemacht werden. Ist die Gemeinde hingegen selbst Veranstalter, so tritt neben den (privatrechtlichen) Anspruch aus § 70 Abs. 1 GewO der Zulassungsanspruch nach Maßgabe der Kommunalgesetze, der öffentlich-rechtlicher Natur ist.
4. Erlässt die Gemeinde bei Zulassung der Teilnehmer *Bescheide* und erhebt für die Teilnahme *Gebühren*, so liegt, ohne dass weitere Widmungsakte geprüft werden müssten, stets eine öffentliche Einrichtung vor. Bei Zulassung der Teilnehmer durch *Vertrag* muss im Einzelnen geprüft werden, ob ein privatrechtlicher oder ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vorliegt.
5. Für nichtberücksichtigte Bewerber für die Teilnahme an Volksfesten steht der Rechtsweg offen. Sofern es sich um einen gewerblichen Veranstalter handelt, besteht eine Zuständigkeit der Zivilgerichte (§ 13 GVG). Dasselbe gilt, wenn eine

Eigengesellschaft das Volksfest veranstaltet. Eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte besteht nur, wenn eine Gemeinde das Volksfest als öffentliche Einrichtung betreibt und das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO).

6. Angerufene – Zivil- und Verwaltungs- – Gerichte haben zu prüfen, ob der Ausschluss des Bewerbers von der Teilnahme auf sachgerechten Gründen beruhte. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Konzeption eines Volksfestes allein Sache des Veranstalters ist und gerichtlicher Kontrolle – mangels rechtlicher Maßstäbe – nicht unterliegt. Die konzeptionelle Unverträglichkeit eines Bewerbers ist deshalb in jedem Fall ein Ausschlussgrund.
7. Die gerichtliche Prüfung der Auswahlentscheidung kann nur in Ausnahmefällen zu einer Zulassungsentscheidung führen, weil bei einer Vielzahl von Bewerbern der Zulassungsanspruch sich in einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung verwandelt. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren kann die Gemeinde Ermessenserwägungen nachschieben (§ 114 S. 2 VwGO).
8. Das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes richtet sich nach der rechtlichen Eigenart der Streitigkeit. Sofern in der Hauptsache die Zivilgerichte zuständig sind, ist ein Antrag auf einstweilige Verfügung (§ 935 ZPO) statthaft, sofern der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, wird vorläufiger Rechtsschutz für abgewiesene Bewerber nach § 123 VwGO gewährt. Es liegt in der Eigenart der Volksfeste, dass beim vorläufigen Rechtsschutz über die Teilnahme die Hauptsache notwendig (und endgültig) vorweggenommen wird. Dies bedeutet, dass die angerufenen Gerichte Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund in vollem Umfang zu prüfen haben.
9. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts können sich die Gerichte einer inhaltlichen Prüfung nicht unter Hinweis auf anderweitige rechtliche Bindungen des Veranstalters entziehen. Allerdings ist zu beachten, dass bei einer Mehrzahl von Bewerbern ein Antragsteller regelmäßig nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, nicht dagegen auf Zulassung zu der Veranstaltung hat.

10. Die Veranstaltung von Volksfesten unterliegt nicht dem öffentlichen Vergaberecht. Es besteht für Gemeinden als Veranstalter deshalb keine gesetzliche Verpflichtung, geplante Volksfeste hinsichtlich des Teilnehmerkreises öffentlich auszuschreiben.

Osnabrück, im Januar 2008

(Professor Dr. Jörn Ipsen)
Direktor des Instituts für Kommunalrecht
der Universität Osnabrück