



Gerichtliche Entscheidung/Prozess- und Kommunalrecht

Klagerecht einer Selbstverwaltungskörperschaft gegen den Widerspruchsbescheid der nächsthöheren Behörde in Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises; Umstellung vom Anfechtungsantrag auf Fortsetzungsfeststellungsantrag bei Erledigung; Widerspruchsbescheid als tauglicher Gegenstand der Fortsetzungsfeststellungsklage?

Kommunalrecht: Gestaltungsspielraum der Gemeinde bei der Belegung öffentlicher Einrichtungen; Einordnung als Ermessen oder Beurteilungsspielraum? Übergang des Gestaltungsspielraums auf die Widerspruchsbehörde im Rahmen der Widerspruchsentscheidung?

§§ 6, 42, 68, 73, 79, 113, 162 VwGO

Vorbereitendes Gutachten

A. Entscheidung durch die Einzelrichterin

Die vom Gericht – entsprechend der Besetzung in der mündlichen Verhandlung (s. § 112 VwGO) – beabsichtigte Entscheidung durch die Einzelrichterin ist nach Maßgabe des § 6 VwGO zulässig, da die Kammer einen entsprechenden Übertragungsbeschluss gefasst hat. Zwar könnte man – insbesondere hinsichtlich des Schwierigkeitsgrades des Falles – Bedenken haben, ob dieser Beschluss (materiell) im Einklang mit § 6 Abs. 1 VwGO steht. Dies ist jedoch nach erfolgter Übertragung nicht mehr entscheidend, zumal der Beschluss ohnehin unanfechtbar ist (§ 6 Abs. 4 S. 1 VwGO) und auch ein Rechtsmittel in der Hauptsache i.d.R. nicht darauf gestützt werden kann, von der Sache her sei eine andere Lösung geboten gewesen (BVerwG NVwZ-RR 2000, 257, 258; NVwZ-RR 2002, 150, 151; Geiger in Eyermann, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 6 Rdnr. 21). Dementsprechend kommt eine Rückübertragung auf die Kammer nach § 6 Abs. 3 VwGO nur in Betracht, wenn nachträglich, d.h. nach der Übertragung auf den Einzelrichter, eine Änderung des Schwierigkeitsgrades oder der grundsätzlichen Bedeutung eintritt, wofür hier nichts ersichtlich ist. Somit wird im vorliegenden Fall die Einzelrichterin entscheiden.

B. Zulässigkeit der Klage

I. Der **Verwaltungsrechtsweg** ist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet: Der von der Klägerin angegriffene Widerspruchsbescheid ist aufgrund der öffentlich-rechtlichen Vorschrift des § 73 VwGO erlassen worden. Nach deren Abs. 1 S. 2 ist der Erlass von Widerspruchsbescheiden ausschließlich Behörden, also Hoheitsträgern vorbehalten (Sonderrechtstheorie; s. Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. 2005, § 40 Rdnr. 11).

II. Als **Klageart** könnte – entsprechend der letztlich maßgebenden Antragsformulierung in der mündlichen Verhandlung (s. Kopp/Schenke § 82 Rdnr. 10 a.E.) – die **Fortsetzungsfeststellungsklage** gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO statthaft sein. Ist dies der Fall, so ist die diesbezügliche Umstellung vom Anfechtungsantrag zum Fortsetzungsfeststellungsantrag bereits kraft Gesetzes (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO bzw. § 173 VwGO i.V.m. § 264 ZPO) ohne weiteres zulässig, ohne den einschränkenden Vorschriften der Klageänderung (§ 91 VwGO) unterworfen zu sein (VGH Mannheim VBIBW 2004, 214, 215; Kopp/Schenke § 113 Rdnr. 121 m.w.N.).



1. Voraussetzung für die Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage ist zunächst – ebenso wie bei der Anfechtungsklage –, dass die angegriffene Maßnahme (hier also Widerspruchsbescheid) des Beklagten einen **Verwaltungsakt** darstellt. Von den Begriffsmerkmalen des § 35 VwVfG könnte hier die **Außenwirkung** problematisch sein. Nach einhelliger Meinung hat ein Widerspruchsbescheid der nächsthöheren Behörde, durch den der Ausgangsbescheid einer Gemeinde abgeändert wird, Außenwirkung auch gegenüber der Gemeinde, wenn **Selbstverwaltungsangelegenheiten** infrage stehen (Kopp/Schenke Anh. § 42 Rdnr. 80; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl. 2005, § 35 Rdnr. 99; Schmitt-Glaeser/Horn, VerwProzR, 15. Aufl. 2000, Rdnr. 214, S. 139). Es gilt hier Ähnliches wie bei aufsichtsbehördlichen Maßnahmen; diese werden, wenn sie den Selbstverwaltungsbereich der Gemeinde betreffen, als anfechtbare Verwaltungsakte angesehen (OVG Münster NWVBl. 1995, 300, 301; Pietzcker in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Bd. I, Stand April 2006, § 42 Abs. 1 Rdnr. 56; Kopp/Schenke Anh. § 42 Rdnr. 80; AS-Skript VerwR AT 1, 10. Aufl. 2005, S. 99). In diesen Fällen wird die Gemeinde als Trägerin eigener Rechte, nämlich ihres Selbstverwaltungsrechts (Art. 28 Abs. 2 GG), und nicht – wie grundsätzlich bei übertragenen Aufgaben – als bloßes Glied der Instanzenhierarchie angesprochen. Bei der Verwaltung der örtlichen Märkte (Wochenmarkt, Jahrmarkt, Weihnachtsmarkt) handelt es sich um eine typische Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft und damit um eine Selbstverwaltungsangelegenheit. Der Widerspruchsbescheid entfaltet daher gegenüber der Klägerin Außenwirkung und ist daher ein Verwaltungsakt.

*Anm.: Auf die Streitfrage, ob der Widerspruchsbescheid bereits deshalb als Verwaltungsakt angesehen werden kann, weil er unzweifelhaft gegenüber dem Beigeladenen Außenwirkung entfaltet, kam es daher nicht mehr an. Da die Außenwirkung gerade gegenüber der Klägerin relativ kurz abzuhandeln war, waren langwierige Ausführungen zu o.g. Streitfrage nicht ratsam. Der Vollständigkeit halber sei hier gleichwohl auf den Streitstand hingewiesen: Teilweise wird angenommen, der Rechtscharakter einer Maßnahme sei **unteilbar**, sodass es ausreichend sei, dass die Außenwirkung gegenüber irgendeiner Person besteht. Danach sind die Rechtswirkungen gerade gegenüber dem Kläger erst im Rahmen der Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) bzw. der Rechtsverletzung (§ 113 VwGO) von Bedeutung (Kopp/Schenke Anh. § 42 Rdnr. 78 a.E. und 84; Happ in Eyermann a.a.O., § 42 Rdnr. 9; Knack/Henneke, VwVfG, 8. Aufl. 2004, § 35 Rdnr. 74; Maurer, AllgVerwR, 16. Aufl. 2006, § 21 Rdnr. 69, S. 548 f., in diesem Sinne auch OVG Münster NVwZ-RR 2005, 58, 59). Demgegenüber geht die Rspr. überwiegend von der **Teilbarkeit** einer Maßnahme aus. Beschränke sich die Außenwirkung auf einen bestimmten Kreis von Betroffenen, so sei die Entscheidung auch nur diesen gegenüber ein VA (sog. relativer VA). Für den Prozess bedeutet das, dass die Außenwirkung gerade gegenüber dem Kläger gegeben sein muss (so BVerwG NVwZ 1994, 784; 1990, 260, 261; DVBl. 1986, 1004; VGH Mannheim NVwZ-RR 1996, 306; Schmitt-Glaeser/Horn a.a.O., Rdnr. 214, S. 139; AS-Skript VerwR AT 1, S. 101 f.).*

2. Damit ist noch nicht die Frage entschieden, ob auch ein **Widerspruchsbescheid** (alleiniger) **Gegenstand der Fortsetzungsfeststellungsklage** sein kann. Das Gesetz nimmt Widerspruchsbescheide nicht vom Anwendungsbereich der Fortsetzungsfeststellungsklage aus. Vielmehr kommt es darauf an, ob die Voraussetzungen einer isolierten Anfechtung gemäß § 79 VwGO gegeben sind. Ist dies hinsichtlich der Anfechtungsklage der Fall, so ist im Falle der Erledigung auch die Fortsetzungsfeststellungsklage hinsichtlich des Widerspruchsbescheides statthaft (BVerwG NVwZ 1988, 1120; Kopp/Schenke § 113 Rdnr. 99 sowie § 115 Rdnr. 1). Die Voraussetzungen einer isolierten Anfechtbarkeit sind hier nach Maßgabe des § 79 Abs. 1 Nr. 2 VwGO gegeben, da der Widerspruchsbescheid gegenüber der Klägerin erstmalig eine Beschwer enthält. Entgegen der Ansicht des Beklagten kann daher der Widerspruchsbescheid Gegenstand der Fortsetzungsfeststellungsklage sein.

3. Voraussetzung für die Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage ist schließlich, dass sich der angefochtene Verwaltungsakt **erledigt** hat (zur analogen Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO bei vorprozessual erledigtem VA befürwortend VGH Mannheim VBIBW



2004, 214, 215; Kopp/Schenke § 113 Rdnr. 99 m.w.N.; a.A. AS-Skript VwGO, 3. Aufl. 2006, S. 108 f.; offen gelassen von BVerwG NVwZ 2000, 63, 64; für eigenständige Klageart Fechner NVwZ 2000, 121 ff.). Eine Erledigung tritt ein, wenn die aus dem Verwaltungsakt sich ergebende **Beschwer wegfällt** und die Aufhebung damit sinnlos wird (Kopp/Schenke § 113 Rdnr. 102; Schmidt in Eyermann a.a.O., § 113 Rdnr. 76; Deckenbrock/Dötsch JuS 2004, 489). Allein der Umstand, dass die Klägerin am 11.10.2006 die ihr im Widerspruchsbescheid auferlegte Verpflichtung erfüllt hat, führt noch nicht zur Erledigung. Denn die Erfüllung einer auferlegten Verpflichtung stellt einen Unterfall des Vollzuges dar (Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl. 1998, Rdnr. 641, S. 284; Kopp/Schenke § 113 Rdnr. 104). Der Vollzug bedeutet grundsätzlich aber noch keine Erledigung, da der vollzogene Verwaltungsakt den Rechtsgrund des Vollzuges darstellt und einem auf Rückgängigmachung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruch entgegensteht (BVerwG NVwZ 2000, 63; Kopp/Schenke a.a.O.; AS-Skript VwGO, S. 108). Eine Erledigung durch Zeitablauf (s. dazu auch § 43 Abs. 2 VwVfG) ist jedoch mit der Beendigung des Weihnachtsmarktes 2006 eingetreten. Der Antrag des Beigeladenen vom 06.08.2006 bezog sich nur auf die Saison 2006. Mit der vollständigen Durchführung des Weihnachtsmarktes 2006 ist eine Rückabwicklung unmöglich geworden. Von diesem Augenblick an schlug der Vollzug in eine Erledigung um, da er damit unumkehrbar geworden und eine Folgenbeseitigung unmöglich geworden ist (Kopp/Schenke a.a.O.; AS-Skript VwGO a.a.O.). Sonstige Folgewirkungen, die eine fortdauernde Beschwer bedeuten könnten, sind nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere unter Kostengesichtspunkten (s. dazu Kopp/Schenke a.a.O.), da Widerspruchgebühren nicht angefallen sind (s. Tenor des Widerspruchsbescheides) und im Übrigen Kostenerstattungsansprüche gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 VwVfG mangels Vorliegens erstattungsfähiger Aufwendungen und zudem wegen des vorsorglich ausgesprochenen Verzichts nicht gegeben sind (s. Terminprotokoll).

Nach alledem ist die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs 1 S. 4 VwGO statthaft (zur analogen Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO auf Verpflichtungsklagen s. VGH Mannheim VBIBW 2004, 214, 215; Kopp/Schenke § 113 Rdnr. 109; AS-Skript VwGO, S. 107).

III. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzung der Fortsetzungsfeststellungsklage ist gemäß § 113 Abs. 1 S. 4, letzter Halbs. VwGO, dass der Kläger – trotz Eintritts der Erledigung – ein berechtigtes Interesse an der Rechtswidrigkeitsfeststellung hat (**Feststellungsinteresse**). Ein solches kann sich insbesondere ergeben aus einer Wiederholungsgefahr (BVerwG NVwZ 2000, 63, 64; VGH München NVwZ-RR 2004, 599), einem Rehabilitationsbedürfnis bei diskriminierendem VA (BVerfG DVBl 2004, 822, 825; Bader JuS 2005, 126 f.) sowie bei Präjudizität für Amtshaftungsansprüche (OVG Münster NVwZ-RR 2003, 696, 697; Kopp/Schenke § 113 Rdnr. 136, 141 f.). Nach der Rspr. können darüber hinaus auch schwerwiegende Grundrechtseingriffe ein Feststellungsinteresse begründen (BVerfG a.a.O., S. 823; NJW 2002, 2456; NJW 1999, 273; BVerwG NVwZ 1999, 991; OVG Münster NWVBl 2004, 157; zurückhaltender AS-Skript VwGO, S. 119 f. m.w.N.). Im vorliegenden Fall kommt allein das Vorliegen einer **Wiederholungsgefahr** in Betracht. Dies erfordert die hinreichend konkrete Gefahr, dass es in einer vergleichbaren Situation zu einer vergleichbaren Maßnahme kommt. Dies ist hier ohne weiteres anzunehmen. Wie der Beigeladene in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, will für die Saison 2007 nicht nur er selbst, sondern auch sein Schwager einen Standplatz vor den umstrittenen Nischen beantragen. Die Klägerin muss im Falle einer erneuten Ablehnung befürchten, dass sie wiederum von der Widerspruchsbehörde zur Standzuweisung verpflichtet wird.

Gleichwohl könnte man das Feststellungsinteresse mit der Begründung in Zweifel ziehen, die Klägerin könne der Wiederholungsgefahr selbst dadurch begegnen, dass sie eine Satzung (Benutzungsordnung) erlässt, wonach der Platz vor den Nischen nicht mit Ständen belegt werden darf. Insofern ist aber schon anzumerken, dass die Klägerin zum Erlass einer solchen Benutzungsordnung gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 1 der Gemeindeordnung des Landes L (GO) nur berechtigt, nicht aber verpflichtet ist. Es lässt sich auch nicht feststellen, dass dieser Weg ein



einfacherer wäre. Die Benutzungsordnung könnte nämlich Gegenstand eines Normenkontrollverfahrens gemäß § 47 VwGO werden (s. Nr. 4 des Bearbeitungsvermerks). In diesem Verfahren könnten die Antragsteller geltend machen, die fragliche Einschränkung werde nicht vom Zweck der Einrichtung gedeckt. Damit käme es ebenfalls zu einem Rechtsstreit mit vergleichbarer Thematik. Das Feststellungsinteresse ist daher gegeben.

IV. Die Klägerin könnte ihr Klagerecht jedoch **verwirkt** haben, weil sie der ihr in dem Widerspruchsbescheid auferlegten Verpflichtung nachgekommen ist und die Zulassung des Beigeladenen ausgesprochen hat (zur Verwirkung allgemein s. Kopp/Schenke § 74 Rdnr. 18–20). Damit könnte sie zum Ausdruck gebracht haben, dass sie sich auf die Rechtswidrigkeit des Widerspruchsbescheides nicht mehr berufen will. Die Klägerin war nämlich – entgegen ihrer Ansicht – nicht gezwungen, die Zulassung auszusprechen. Durch ihre Klageerhebung wurde nämlich gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO die aufschiebende Wirkung ausgelöst und die im Widerspruchsbescheid auferlegte Verpflichtung suspendiert. Auf der anderen Seite hätte sie bei einer Weigerung aber ständig damit rechnen müssen, dass der Beklagte die sofortige Vollziehung gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO anordnet, was auch beim Widerspruchsbescheid möglich ist (VGH München NVwZ-RR 1996, 422, 423). Man kann der Klägerin daher nicht zum Vorwurf machen, dass sie zur Vermeidung einer Vollzugsanordnung die Zulassung aussprach. Vor allem aber ergibt sich aus § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO, dass die Befolgung einer Verpflichtung noch keine Verwirkung des Klagerechts bedeutet (VG Schleswig NVwZ 1987, 163; Kopp/Schenke § 74 Rdnr. 19). Wie bereits oben (II 3, S. 3) dargelegt, stellt nämlich auch die freiwillige Befolgung eines Verwaltungsaktes einen Unterfall der Vollziehung dar. Wenn § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO eine kumulative Geltendmachung von Folgenbeseitigungs- und Aufhebungsanspruch ermöglicht, so folgt daraus, dass allein die freiwillige Befolgung einer Verpflichtung das Klagerecht nicht ausschließt. Entgegen der Ansicht des Beklagten ist daher eine Verwirkung nicht eingetreten.

V. Da die Fortsetzungsfeststellungsklage nichts anderes als die Fortsetzung der ursprünglich möglichen Anfechtungsklage (bzw. Verpflichtungsklage) ist, gelten die diesbezüglichen **besonderen Sachurteilsvoraussetzungen der Anfechtungsklage** (Verpflichtungsklage) **analog** auch für die Fortsetzungsfeststellungsklage. Allein die Erledigung kann nämlich aus einer bis dahin unzulässigen Anfechtungsklage (Verpflichtungsklage) keine zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage machen (OVG Münster NWVBl. 1992, 261, 262; Kopp/Schenke § 113 Rdnr. 118 m.w.N. in FN 197; Gerhardt in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner a.a.O., Bd. II, Stand April 2006, § 113 Rdnr. 79; Rozek JuS 2002, 470, 472; Sauer JuS 2004, 1085, 1088).

1. Die gemäß § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche **Klagebefugnis** ist unproblematisch, da die Klägerin geltend machen kann, in ihrem verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsrecht (Art. 28 Abs. 2 GG) verletzt zu sein (s. dazu bereits oben II 1, S. 2).

2. Die (nochmalige) Durchführung eines **Vorverfahrens** war gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO nicht statthaft und damit (erst recht) nicht notwendig, da der Widerspruchsbescheid für die Klägerin erstmalig eine Beschwerde enthielt (zu der Streitfrage, ob ein Vorverfahren auch dann notwendig ist, wenn die Erledigung bereits vor Ablauf der Widerspruchsfrist eintritt, s. die Nachw. bei Kopp/Schenke § 113 Rdnr. 127).

3. Die **Klagefrist** des § 74 Abs. 1 VwGO von einem Monat seit Zustellung des Widerspruchsbescheides ist eingehalten. Auf die Streitfrage, ob die Einhaltung der Klagefrist auch dann erforderlich ist, wenn die Erledigung bereits vor deren Ablauf eintritt (s. dazu die Nachw. im AS-Skript VwGO, S. 113), kommt es daher hier nicht an.

4. Die Klage ist schließlich in Übereinstimmung mit § 78 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 VwGO (s. dazu Nr. 4 des Bearbeitungsvermerks) zu Recht gegen das Landratsamt als handelnde Behörde (und nicht gegen das Land L als deren Rechtsträger) gerichtet worden (zur analogen Anwendung des § 78 VwGO bei vorprozessualer Erledigung s. Ehlers Jura 2001, 415, 422).

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist daher zulässig.



C. Begründetheit der Klage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, wenn der angefochtene **Verwaltungsakt vor Eintritt der Erledigung rechtswidrig** gewesen ist und der Kläger (hier die Klägerin) dadurch in seinen (ihren) **Rechten verletzt** wurde (BVerwGE 77, 70, 73; Kopp/Schenke § 113 Rdnr. 147; Rozek JuS 2002, 470, 473; AS-Skript VwGO, S. 121). Der hier im Streit befindliche stattgebende Widerspruchsbescheid war nur rechtmäßig, wenn er als Entscheidungsform zulässig war und im Übrigen der Widerspruch zulässig und begründet war (vgl. Jahn JuS 2002, 173, 176 f.).

I. Widerspruchsbescheid als **zulässige Entscheidungsform**

Gegen den Erlass eines Widerspruchsbescheides als **zulässige Entscheidungsform** bestehen keine Bedenken. Dem vom Beigeladenen eingelegten Widerspruch war seitens der Klägerin als Ausgangsbehörde **nicht abgeholfen** worden (s. § 72 VwGO). Schließlich war der Beklagte auch **zuständige Widerspruchsbehörde**. Wengleich nach Maßgabe des § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, 1. Halbs. VwGO in Selbstverwaltungsangelegenheiten grundsätzlich die Ausgangsbehörde selbst den Widerspruchsbescheid erlässt, so sind nach § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, 2. Halbs. VwGO abweichende Regelungen möglich. Eine solche ist in § 119 Nr. 1 GO zugunsten des Landratsamtes als Rechtsaufsichtsbehörde (§ 110 GO) getroffen worden.

II. Zulässigkeit des Widerspruchs

1. Als Vorstufe zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren erfordert die Zulässigkeit des Widerspruchs zunächst das Vorliegen einer **verwaltungsrechtlichen Streitigkeit** i.S.v. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO bzw. Spezialzuweisung (Kopp/Schenke § 40 Rdnr. 2 a und Vor § 68 Rdnr. 12; AS-Skript VwGO S. 180). Der hier geltend gemachte Anspruch auf Platzzuweisung könnte sich aus der Vorschrift des § 21 Abs. 1 GO ergeben, welche öffentlich-rechtlicher Natur ist (vgl. Widtmann/Grasser, BayGO, Stand Jan 2002, Art. 21 Rdnr. 6; Kopp/Ram-sauer § 35 Rdnr. 42). Bedenken gegen das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit könnte man aber zunächst deshalb haben, weil die Klägerin mit den Marktbesckickern bürgerlich-rechtliche Mietverträge abschließt und das Benutzungsverhältnis somit nicht öffentlich-rechtlich, sondern privat-rechtlich ausgestaltet ist. Jedoch ging es hier nicht um die Abwicklung des Benutzungsverhältnisses (das „Wie“ der Benutzung = 2. Stufe i.S.d. 2-Stufen-Theorie), sondern um die vorgelagerte Frage der Zulassung selbst (das „Ob“ der Benutzung = 1. Stufe). Letzteres richtet sich bei öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde auch dann, wenn das Benutzungsverhältnis privat-rechtlich ausgestaltet ist, nach der öffentlich-rechtlichen Vorschrift des § 21 Abs. 1 GO bzw. den vergleichbaren anderen Landesvorschriften (VGH München NVwZ-RR 2002, 465; Gern, Deutsches Kommunalrecht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 536, S. 336; Dietlein Jura 2002, 445, 451 f.; AS-Skript KommunalR NRW, 8. Aufl. 2005, S. 57; zur 2-Stufen Theorie s. auch Kopp/Schenke § 40 Rdnr. 16 f.; AS-Skript VwGO S. 15 f.).

Damit § 21 Abs. 1 GO einschlägig ist, muss es sich bei dem Weihnachtsmarkt der Klägerin um eine öffentliche Einrichtung i.S. dieser Vorschrift handeln, was bereits im Rahmen des Rechtsweges zu erörtern ist (VGH München NVwZ-RR 1988, 71). Dies ist hier der Fall, da der Markt von der Gemeinde durch einen gemeindlichen Widmungsakt – wozu auch konkludentes Handeln, z.B. tatsächliche Indienststellung ausreicht – der Benutzung durch die Allgemeinheit zugänglich gemacht worden ist und von der Gemeinde im öffentlichen Interesse unterhalten wird (zum Begriff der gemeindlichen Einrichtung s. Stober, Kommunalrecht in der BRD, 3. Aufl. 1996, § 16 I 1, S. 232 f.; Sauer JuS 2004, 1085, 1090; Dietlein Jura 2002, 445, 446; AS-Skript KommunalR NRW a.a.O.).

Das Eingreifen des § 21 Abs. 1 GO setzt weiter voraus, dass die vom Beigeladenen erstrittene Standzuweisung auf **Benutzung** der Einrichtung gerichtet ist. Benutzer ist derjenige, der von der Einrichtung i.S.d. Widmung Gebrauch macht (Bauer/Böhle/Masson/Samper, Bayer. Kommunalgesetze, Stand Sept. 2004, Art. 21 GO Rdnr. 20). Unter diese weite Definition fallen ohne weiteres auch Marktbesckicker (so ausdrücklich VGH München BayVBl 1999, 657; Widtmann/Grasser Art. 21 Rdnr. 3; Sauer a.a.O.; im Erg. ebenso VGH München



NVwZ 1982, 120, 121; NVwZ-RR 1988, 71; NVwZ-RR 1999, 574; NVwZ-RR 2000, 779). Gleichwohl wird die Ansicht vertreten, Benutzer eines Marktes seien grundsätzlich nur die Besucher. Der Marktbesucher sei dagegen wegen seiner engen Verflechtung zum Markt quasi der „verlängerte Arm des Veranstalters“ und damit bloßer „Nutznießer“, dem lediglich ein Anspruch auf Gleichbehandlung zustehe (Bauer/Böhle/Masson/Samper a.a.O. Art. 21 GO Rdnr. 21). Diese Ansicht ist aber entsprechend der obigen Rspr. abzulehnen, da auf deren Grundlage § 21 Abs. 1 GO bei Märkten praktisch leerliefe. Sie widerspricht nicht nur dem Wortlaut des Gesetzes, sondern auch der Interessenlage. In der Praxis sind es nämlich nicht die Besucher, sondern die Gewebetreibenden, denen ein Zugangsrecht streitig gemacht wird. Gerade sie haben daher ein elementares und legitimes Interesse daran, dass sich das Zugangsrecht nach verlässlichen, vorrausschaubaren Regeln richtet und dass ihnen dabei ein grundsätzlicher Zulassungsanspruch und nicht nur ein Anspruch auf Gleichbehandlung zusteht. Das Begehren des Beigeladenen war daher auf Benutzung des Weihnachtsmarktes gerichtet, sodass sich der Anspruch des Beigeladenen nach der öffentlich-rechtlichen Vorschrift des § 21 Abs. 1 GO richtet.

2. Der Widerspruch war als **Verpflichtungswiderspruch statthaft** (§ 68 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 VwGO), da die Zuweisung eines Marktstandes durch Verwaltungsakt erfolgt. Durch die Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung oder Anstalt wird mit konstitutiver Wirkung das Recht zur Nutzung eingeräumt (Kopp/Schenke Anh. § 42 Rdnr. 75; Dietlein Jura 2002, 445, 452). Die Widerspruchsbefugnis war in Anlehnung an § 42 Abs. 2 VwGO unproblematisch, da der Beigeladene geltend machen konnte, durch die (ursprüngliche) Ablehnung in seinem Zulassungsanspruch verletzt zu sein.

3. Auch im Übrigen war die Zulässigkeit des Widerspruchs bedenkenfrei. Insbesondere wurden Form und Frist des § 70 VwGO gewahrt.

III. Begründetheit des Widerspruchs

Der Widerspruch war begründet, wenn die ablehnende Entscheidung der Klägerin rechtswidrig war und Rechte des Beigeladenen verletzte (s. Pietzner/Ronellenfisch, Das Assessor-examen im Öffentlichen Recht, 11. Aufl. 2005, § 38 Rdnr. 1, S. 415). Dies ist dann der Fall, wenn der Beigeladene nach Maßgabe des § 21 Abs. 1 GO einen **Anspruch auf Standzuweisung** hatte.

1. Bei dem Weihnachtsmarkt der Klägerin handelt es sich um eine öffentliche Einrichtung i.S.d. § 21 Abs. 1 GO (s.o.). Der Beigeladene gehörte als Einwohner der Gemeinde auch zum berechtigten Personenkreis.

2. Der gemeinderechtliche Zulassungsanspruch besteht jedoch nicht uneingeschränkt, sondern nur im Rahmen „der bestehenden allgemeinen Vorschriften“. Einschränkungen ergeben sich danach aus der Widmung, einer evtl. (hier aber nicht gegebenen) Benutzungsordnung sowie der Kapazität der Einrichtung (VGH Mannheim NVwZ 1995, 813, 814; VGH München NVwZ 1999, 1122, 1123; Stober a.a.O., § 16 III 3 b, S. 240 f.; Dietlein Jura 2002, 445, 450 f.).

a) Der Zulassungsanspruch des Beigeladenen bestand danach nur, wenn er sich **im Rahmen der Widmung** hielt. In sachlicher Hinsicht ist dies bedenkenfrei, da der Platz als „Weihnachtsmarkt“ gewidmet war und ein Glühweinstand typischer Bestandteil eines solchen ist. Die Klägerin hat auch nicht durch ihre bisherige Übung eine (konkludente) Widmungsbeschränkung im Sinne eines Ausschlusses von Glühweinständen erkennen lassen. Die beiden Streifen vor den begrünten Nischen könnten jedoch in **räumlicher Hinsicht** von der Widmung ausgeschlossen sein. Eine ausdrückliche Herausnahme dieser Flächen ist mangels Erlasses einer Benutzungsordnung sowie eines Belegungsplanes nicht erfolgt. Die Flächen könnten jedoch konkludent, nämlich durch die bisherige tatsächliche Übung, von der Widmung ausgenommen sein. Dagegen spricht jedoch bereits, dass sich in nur zwei Jahren (2004 und 2005) noch keine gefestigte Übung i.S.e. Widmungsbeschränkung herausgebildet haben kann. Vor allem aber ist darauf hinzuweisen, dass zu beiden Seiten der hier fraglichen Flä-



chen ebenfalls Weihnachtsmarktstände vorhanden waren, sodass schwer auszumachen wäre, wo genau die Grenzen des gewidmeten Platzes zum nicht gewidmeten Platz verlaufen. Außerdem waren die streitigen Flächen auf jeden Fall insoweit dem Weihnachtsmarkt gewidmet, als sich die Besucher dort aufhalten und dabei z.B. auch gekaufte Speisen und Getränke verzehren durften. Ob der Platz vor den Nischen speziell für das Aufstellen von Buden bestimmt war, ist eine Frage der individuellen Einzelbelegung und nicht eine Frage der grundsätzlichen Widmung.

b) Der Zulassungsanspruch wäre danach nur noch zu verneinen, wenn im Zeitpunkt der Antragstellung die **Kapazitäten** des Veranstaltungsortes bereits **erschöpft** waren (zum möglichen Anspruch auf fehlerfreie Neubescheidung bei fehlender Kapazität s. Nachwort). Dies wiederum hängt davon ab, ob man den Raum vor den begrünten Gebäudenischen als belegungsfähige Fläche ansieht oder nicht.

aa) In diesem Zusammenhang kommt es zunächst darauf an, ob der Klägerin bei der somit entscheidenden Frage der **Belegungsdichte** ein **Gestaltungsspielraum** zustand und – wenn ja – ob sie die Grenzen dieses Spielraumes eingehalten hat. Allein der Umstand, dass es sich bei der Entscheidung nach § 21 Abs. 1 GO um eine gebundene Entscheidung handelt, spricht entgegen der Ansicht des Beklagten noch nicht gegen einen solchen Spielraum. Denn dieser Umstand besagt nur, dass bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen die Zulassung ausgesprochen werden muss. Eine ganz andere Frage ist es, wie und durch wen über die Anspruchsvoraussetzungen zu befinden ist. Gegen einen Spielraum könnte jedoch sprechen, dass die hier streitige Fläche tatsächlich belegt werden konnte, wie die Nutzung durch den Beigeladenen gezeigt hat. In diesem Sinne könnte man – wiederum entsprechend der Ansicht des Beklagten – davon ausgehen, die Kapazität einer Einrichtung sei so lange nicht erschöpft, als noch irgendein freier Raum zur Verfügung steht. Bei einer solchen Interpretation des Begriffs der Kapazität im Sinne eines feststehenden Begriffs würde man aber völlig einseitig die Interessen der Zugangswilligen bevorzugen. Die Interessen der vorhandenen Nutzer (vor übermäßiger Belegung, nicht vor Konkurrenz), der Allgemeinheit, der Bediensteten des Rathauses sowie schließlich der Nachbarn blieben unberücksichtigt. Wegen der somit notwendigen Interessenabwägung handelt es sich daher um einen unbestimmten Rechtsbegriff, was indes noch nicht notwendig einen Spielraum der Behörde eröffnet. Denn grundsätzlich sind auch unbestimmte Rechtsbegriffe unbeschränkt überprüfbar, was sowohl dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes als auch der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG entspricht. Ein Beurteilungsspielraum der Behörde im Rahmen unbestimmter Rechtsbegriffe ist nur dort anzuerkennen, wo sich aus den einschlägigen Rechtsvorschriften eine entsprechende Legitimation ergibt, was gegebenenfalls durch Auslegung zu ermitteln ist (AS-Skript VerwR AT 1 S. 206; Kopp/Schenke § 114 Rdnr. 24 und 24 b). Eine derartige Legitimation könnte sich hier aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG ergeben. Danach steht es der Gemeinde frei, ob sie überhaupt öffentliche Einrichtungen schaffen will oder nicht. Ein Anspruch auf Schaffung oder Erweiterung einer öffentlichen Einrichtung besteht nicht (VGH München NVwZ-RR 1998, 193; OVG Schleswig NVwZ-RR 2000, 377; Dietlein Jura 2002, 445, 451). Kann die Gemeinde somit die Schaffung einer Einrichtung gänzlich verweigern, dann muss man ihr hinsichtlich der Ausgestaltung einer vorhandenen Einrichtung auch einen weitgehenden Gestaltungsspielraum einräumen (VGH München GewArch 1988, 245, 246; NVwZ 1999, 1122, 1123; Gern a.a.O., Rdnr. 539, S. 339). Dieser umfasst nicht nur die Bestimmung von Zeit und Ort der Veranstaltungen sowie den Charakter der Darbietungen und Angebote, sondern auch die Festlegung der Belegungsdichte. Bedenken könnte man allerdings haben, ob der Gemeinde dieser Gestaltungsspielraum auch noch bei der konkreten, individuellen Platzvergabe zusteht. Insofern könnte die Gemeinde nämlich gehalten sein, bereits im Vorfeld der Platzvergabe eine Benutzungsordnung und als deren Bestandteil einen Belegungsplan aufzustellen und auf diese Weise ihren Gestaltungsspielraum vorab auszuüben. Zwar ist ein solches Vorgehen im Interesse der Vorausschaubarkeit wünschenswert; eine Verpflichtung dazu besteht jedoch nicht (s. § 24 Abs. 1 Nr. 1 GO). Legt die Gemeinde – wie hier – die Belegung nicht im Voraus fest, so besteht auch für diesen Fall ein unabweisbares Bedürfnis für die Zubilligung eines Gestaltungsspiel-



raums. Auch hier muss es der Gemeinde wegen ihres Selbstverwaltungsrechtes möglich sein, über die Ausgestaltung der Veranstaltung eigenverantwortlich und nicht nach starren Regeln zu bestimmen.

Anm.: Dogmatisch handelt es sich dabei um einen Beurteilungsspielraum im Rahmen des unbestimmten Rechtsbegriffs „Erschöpfung der Kapazität“ als Bestandteil der „bestehenden allgemeinen Vorschriften“ i.S.d. § 21 Abs. 1 GO. Der Spielraum bezieht sich nämlich nicht – wie beim Ermessen – auf die Rechtsfolgensseite, sondern auf die Anspruchsvoraussetzungen und damit auf die Tatbestandsseite (s. dazu AS-Skript VerwR AT 1, S. 202 und 204). Anders wäre es, wenn die Belegung durch Benutzungsordnung nebst Belegungsplan geregelt wäre. Zwar betrifft auch eine Benutzungsordnung als Bestandteil der „bestehenden allgemeinen Vorschriften“ i.S.v. § 21 Abs. 1 GO die Anspruchsvoraussetzungen. Hier käme jedoch ein der Einzelfallentscheidung vorgelagertes Ermessen, nämlich das Normgebungsermessen, zum Zuge.

Entscheidend ist daher, ob die Einschätzung der Klägerin, die hier streitigen Flächen seien nicht belegungsfähig, Beurteilungsfehler aufweist (s. die Übersicht über die Beurteilungsfehler im AS-Skript VerwR AT 1, S. 212 sowie Kopp/Schenke § 114 Rdnr. 30; Kopp/Ramsauer § 40 Rdnr. 86). Insoweit ist zunächst nicht ersichtlich, dass die Klägerin sich von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen oder den Gleichheitssatz verletzt hat, indem sie verschiedene Bewerber bei der Frage der Belegbarkeit der hier streitigen Flächen unterschiedlich behandelt hat. Für einen Verstoß gegen Verfahrensvorschriften oder für eine unzutreffende Tatsachenermittlung ist ebenfalls nichts ersichtlich. Auch ist die Entscheidung nachvollziehbar begründet worden. Hinsichtlich der vorgenommenen Abwägung könnte aber eine **sachlich fehlerhafte Bewertung** vorliegen. Hierfür reicht es – ebenso wie beim Ermessen – nicht aus, dass der gegenteilige Standpunkt fehlerfrei ist. Denn dann bestünde letztendlich kein Spielraum mehr. Erforderlich ist vielmehr, dass bei objektiver Gewichtung der Belange die vorgenommene Einschätzung nicht mehr **vertretbar**, also geradezu unhaltbar ist (Kopp/Ramsauer § 40 Rdnr. 86 a.E. m.w.N.; Kopp/Schenke § 114 Rdnr. 30 m.w.N.; zu den Besonderheiten im Prüfungsrecht s. AS-Skript VerwR AT 1 a.a.O., S. 215). Insoweit spricht für eine Belegung der hier streitigen Flächen, dass in der Vorweihnachtszeit der Rathausinnenhof weit überwiegend vom Weihnachtsmarkt geprägt wird. Dies gilt vor allem abends, weil dann nur noch das „Lichtermeer“, nicht aber etwaige Grünzonen wahrgenommen werden. Anders sieht es jedoch bei Tage aus. Dann dienen die Grünzonen nicht nur den Naturliebhabern; vielmehr tragen sie dann auch zu einer Auflockerung des Weihnachtsmarktes bei. Dabei kann es selbstverständlich nicht darauf ankommen, ob die betreffenden Pflanzen gerade blühen, zumal die Blütezeit ohnehin nur wenige Wochen des Jahres einnimmt. Auch ist unerheblich, ob sich auf dem Rathausinnenhof noch andere Grünzonen befinden, da jede Grünzone ihren eigenständigen Wert hat. Bei objektiver Gewichtung der gegenläufigen Belange kann die Einschätzung der Klägerin jedenfalls nicht als unvertretbar (unhaltbar) angesehen werden. Beurteilungsfehler sind nach alledem nicht ersichtlich. Die Klägerin ist somit ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die Flächen vor den Gebäudenischen nicht als belegungsfähig anzusehen sind und daher die Kapazitäten des Veranstaltungsplatzes im Zeitpunkt der Antragstellung bereits erschöpft waren. Die ablehnende Entscheidung war daher rechtmäßig.

*Anm.: Zum gleichen Ergebnis würde man kommen, wenn man die Grundsätze über Planungsentscheidungen, insbesondere die der **Abwägungsdisproportionalität** anwenden würde (s. dazu Kopp/Schenke § 114 Rdnr. 36). Dieser Grundsatz ist (erst) verletzt, wenn der Ausgleich der von der Planung berührten Belange in einer Weise vorgenommen wurde, der zu der objektiven Gewichtung einzelner Belange außer Verhältnis steht. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ist aber deshalb problematisch, weil es bei den Planungsentscheidungen um Ausübung des Ermessens (Planungsermessen) und nicht um die Ausfüllung eines Beurteilungsspielraumes geht. Unbedenklich wäre die Anwendung der Planungsgrundsätze dagegen, wenn es um die Überprüfung einer (Weihnachtsmarkt-) Benutzungsordnung ginge, weil hier (Normgebungs-) Ermessen infrage stünde.*



bb) Die Rechtmäßigkeit des Ausgangsbescheides bedeutet aber noch nicht zwingend, dass die gegenteilige Entscheidung der Widerspruchsbehörde rechtswidrig ist. Dem Beklagten als **Widerspruchsbehörde** könnte nämlich ebenfalls ein **Beurteilungsspielraum** zustehen und ihm für den Fall, dass die gegenteilige Entscheidung ebenfalls „vertretbar“ ist, das „letzte Wort“ in der Sache zukommen. Grundsätzlich gilt, dass aufgrund der durch den Devolutiveffekt des Widerspruchs begründeten Sachherrschaft der Widerspruchsbehörde eine umfassende Entscheidungskompetenz zuwächst (Pietzner/Ronellenfitsch § 39 Rdnr. 1, S. 429; Kopp/Schenke § 68 Rdnr. 9; AS-Skript VwGO, S. 168). Insoweit tritt die Widerspruchsbehörde also voll an die Stelle der Ausgangsbehörde. Ausgehend von diesem Grundsatz kann sie daher – auch bei Rechtmäßigkeit der Ausgangsentscheidung – aufgrund eigener Betätigung des Ermessens oder einer Beurteilungsermächtigung zu einer abweichenden Entscheidung kommen. Die für das Verwaltungsgericht geltende Einschränkung des § 114 S. 1 VwGO gilt für die Widerspruchsbehörde nicht. Von diesem Grundsatz umfassender Kontrollkompetenz der Widerspruchsbehörde gibt es aber Ausnahmen. Wenn nämlich der Gesetzgeber nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO das Widerspruchsverfahren ganz ausschließen kann, so muss es – als Minus – auch möglich sein, die Kontrollbefugnis der Widerspruchsbehörde zu beschneiden (Rennert in Eyermann a.a.O., § 68 Rdnr. 15; Pietzner/Ronellenfitsch § 39 Rdnr. 5, S. 431 f. m.w.N. in FN 13). Die diesbezügliche Einschränkung des § 119 Nr. 1 GO, wonach in Selbstverwaltungsangelegenheiten die Rechtsaufsichtsbehörde auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit beschränkt ist, greift hier nicht ein, da es sich bei der Entscheidung nach § 21 Abs. 1 GO um eine Rechtsentscheidung und nicht um eine Ermessensentscheidung handelt (s.o.). Jedoch kann auch bei Beurteilungsermächtigungen eine Einschränkung der Kontrollkompetenz der Widerspruchsbehörde infrage kommen. Die dafür notwendige gesetzliche Grundlage (s. § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO) braucht nicht unbedingt *expressis verbis* zu bestehen, sondern kann sich im Wege der Auslegung auch aus dem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelung ergeben (Rennert in Eyermann a.a.O.; Pietzner/Ronellenfitsch a.a.O.). Wie bereits oben ausgeführt, ist die Befugnis zur eigenverantwortlichen Festlegung der Belegungsdichte letztlich Ausübung der verfassungsrechtlich garantierten Autonomie (Art. 28 Abs. 2 GG). Dieser Autonomie entspricht es, dass in Selbstverwaltungsangelegenheiten ein etwaiger Ermessensspielraum der Gemeinde verbleibt und nicht auf die übergeordnete Widerspruchsbehörde übergeht (Rennert a.a.O. sowie § 73 Rdnr. 6). Gleiches muss dann aber auch bei einem verfassungsrechtlich garantierten Beurteilungsspielraum gelten. Anders als z.B. bei Leistungsbewertungen dient hier der Beurteilungsspielraum nicht nur der sachgerechten Durchführung des betreffenden Aufgabengebietes (bloßes Mittel zum Zweck); der Beurteilungsspielraum stellt hier vielmehr ein subjektives Recht des Hoheitsträgers dar. Dieses subjektive Recht wäre wertlos, könnte der Beurteilungsspielraum in der nächsthöheren Instanz wieder „gekippt“ werden. Nach alledem wäre der Beklagte als Widerspruchsbehörde gehalten gewesen, die Einschätzung der Klägerin über die Belegbarkeit zu respektieren und von der Erschöpfung der Kapazität auszugehen. Er hätte daher, da auch für eine Zweckmäßigkeitüberprüfung kein Raum war (s.o.), den Widerspruch zurückweisen müssen.

Da die Klägerin durch den rechtswidrigen Widerspruchsbescheid in ihrem Selbstverwaltungsrecht verletzt wurde, ist die Fortsetzungsfeststellungsklage begründet.

D. Nebenentscheidungen

I. Gemäß § 154 Abs. 1 VwGO hat der Beklagte als unterlegener Teil die **Kosten des Verfahrens** zu tragen. Dem Beigeladenen dagegen können nach Maßgabe des § 154 Abs. 3 VwGO keine Kosten auferlegt werden, da er keine eigenen Anträge gestellt hat (s. Terminprotokoll). Allein der Umstand, dass er sich den Ausführungen des Beklagten angeschlossen hat, macht ihn noch nicht zum Antragsteller (Kopp/Schenke § 154 Rdnr. 8). Auf der anderen Seite kommt aber auch eine **Kostenerstattung zugunsten des Beigeladenen** gemäß § 162 Abs. 3 VwGO nicht in Betracht. Eine solche setzt nämlich, wie sich aus einer Gegenüberstellung mit § 154 Abs. 3 VwGO (s.o.) ergibt, in jedem Fall voraus, dass der Beigeladene interessensmäßig als obsiegend anzusehen ist, er also „im Lager des Gewinners“ stand (VGH München



BayVBl 2003, 58). Vorliegend stand der Beigeladene jedoch interessenmäßig auf Seiten des Beklagten, also des Verlierers. Auf die Frage, ob Billigkeitsgründe i.S.v. § 162 Abs. 3 VwGO vorliegen (erfolgreiche eigene Antragstellung; sonstige wesentliche Verfahrensförderung; Berührung primärer eigener Belange; s. dazu Kopp/Schenke § 162 Rdnr. 23), kommt es daher hier nicht an.

II. Gemäß § 167 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 11 ZPO ist das Urteil für **vorläufig vollstreckbar** zu erklären, und zwar analog § 167 Abs. 2 VwGO nur wegen der Kosten (Mann NWVBl. 1994, 115, 118; im Erg. ebenso Pietzner/Ronellenfitsch § 20 Rdnr. 52, S. 277 oben). Dabei braucht eine Sicherheitsleistung nicht angeordnet zu werden, da die von der Klägerin zu vollstreckenden Kosten nicht mehr als 1.500 € betragen (s. § 708 Nr. 11 letzter Halbs. ZPO i.V.m. Nr. 2 des Bearbeitungsvermerks).

Gemäß § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 711 ZPO ist dem Beklagten **Vollsteckungsnachlass** zu gewähren. Dabei braucht nach § 711 S. 2 i.V.m. § 709 S. 2 ZPO ein genauer Sicherheitsbetrag bei Geldforderungen nicht angegeben zu werden; es genügt die Bezugnahme auf den zu vollstreckenden Betrag, hier also auf die noch festzusetzenden Kosten. Da es sich bei der Klägerin lediglich um geringfügige Aufwendungen (insbesondere Porto- und Reisekosten) handeln kann, erscheint ein (prozentualer) Sicherheitszuschlag zur Abdeckung weitergehender Schäden (als Folge des Vollstreckungsaufschubs) nicht erforderlich (in diesem Sinne Schmidt JA 2002, 804, 805 ff; König JuS 2004, 119, 121; Erhöhung auf 110% der Vollstreckungskosten jedoch in jedem Fall vertretbar, so Krüger in MünchKomm zur ZPO, Ergänzungsband ZPO-Reform 2002, § 711 Rdnr. 2 i.V.m. § 709 Rdnr. 3; Anders/Gehle, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 7. Aufl. 2002, Rdnr. 191, S. 116 i.V.m. Rdnr. 186, S. 113).



Daraus ergibt sich der nachstehende

Urteilsentwurf

Az: 2 A 823/06

Verwaltungsgericht Saalburg

Im Namen des Volkes!

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

der Stadt Sternbach, vertreten durch den Bürgermeister, Rathausplatz 1, Sternbach,
Klägerin,

gegen

das Landratsamt Sternbach, Pferdegasse 11, Sternbach,

Beklagten,

Beigeladen: Gastwirt Rudolf Reblaus, Saalburger Straße 15, Sternbach,

wegen Zulassung zum Weihnachtsmarkt,

hat das Verwaltungsgericht Saalburg aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 06.02.2007 durch die Richterin am Verwaltungsgericht Reinhard als Einzelrichterin der 2. Kammer

für Recht erkannt:

Es wird festgestellt, dass der Widerspruchsbescheid des Beklagten vom 01.10.2006 rechtswidrig gewesen ist.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens, jedoch mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe der noch festzusetzenden und der Klägerin zu erstattenden Kosten abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

Die Klägerin betreibt seit dem Jahre 2004 auf dem Innenhof ihres Rathauses einen Weihnachtsmarkt. Zu diesem Zweck vergibt sie an diverse Gewerbetreibende Standflächen in einer Größe von jeweils 3 x 1 m, wo dann die Weihnachtsmarktstände aufgestellt werden können. Anschließend schließt die Klägerin mit diesen Gewerbetreibenden entsprechende Mietverträge ab. In den Jahren 2004 und 2005 wurden jeweils insgesamt 25 Stände vergeben, von denen sich die meisten an den vier Wänden des Innenhofes befanden. Die (Innen-) Wände haben eine Länge von jeweils 18 m, wobei auf zwei gegenüberliegenden Wänden jeweils 4 m für Durchgänge und weitere 2 m für Nebeneingänge abgehen. Die beiden anderen – sich ebenfalls gegenüberliegenden – Wände weisen in ihrer Mitte jeweils eine Gebäudenische auf, die 4 m breit und 3 m tief ist. Diese Gebäudenischen sind mit Rhododendronsträuchern bepflanzt, die bekanntlich auch im Winter grüne Blätter tragen.

Am 30.07.2006 erkundigte sich der Beigeladene im Marktamt der Klägerin mündlich nach einem freien Standplatz zwecks Aufstellung eines Glühweinstandes. Ihm wurde eröffnet, dass für die Weihnachtszeit 2006 bereits sämtliche 25 Standplätze vergeben seien und die Flächen im Bereich der Durchgangspassagen, der Nebeneingänge sowie der begrünten Gebäudenischen nicht für eine Belegung zur Verfügung stünden. Mit Schreiben vom 06.08.2006 stellte der Beigeladene sodann einen schriftlichen Antrag, mit welchem er darum ersuchte, ihm einen der beiden Streifen vor den begrünten Gebäudenischen zuzuweisen. Diesen An-



trag lehnte die Klägerin mit Bescheid vom 23.08.2006 vor allem mit der Begründung ab, durch eine Belegung dieses Streifens werde die Sicht auf die Grünfläche versperrt.

Gegen diesen Bescheid legte der Beigeladene mit Schreiben vom 26.08.2006, bei der Klägerin am darauf folgenden Tag eingegangen, Widerspruch ein. Die Klägerin half dem Widerspruch nicht ab und legte die Sache dem Beklagten zur Entscheidung vor. Mit Bescheid vom 01.10.2006 gab der Beklagte dem Widerspruch statt und verpflichtete die Klägerin, dem Beigeladenen einen Stand zuzuweisen. In der Begründung hieß es, die Kapazitäten seien derzeit noch nicht ausgeschöpft, da sich die beiden Streifen vor den Nischen durchaus für eine Belegung mit Weihnachtsmarktständen eigneten. Diese zusätzlichen Stände würden nur eine Lücke ausfüllen und trügen somit zu einem einheitlichen Bild des Marktes bei. Eine Freihaltung der Flächen wegen des Ausblicks auf die Grünzonen sei in der Vorweihnachtszeit nicht erforderlich, da die Pflanzen zu dieser Zeit ohnehin nicht blühen und daher dann auch weniger Beachtung finden würden. Vielmehr sei das Augenmerk der Besucher eindeutig auf den Weihnachtsmarkt gelenkt, der den Platz während dieser Zeit auch entscheidend präge. Zu berücksichtigen sei auch, dass sich in der Mitte des Rathausinnenhofes noch eine 3 m x 3 m große Grünfläche mit Sträuchern befinde, die nicht von Weihnachtsmarktständen verdeckt sei. Schon dadurch kämen Naturliebhaber hinreichend auf ihre Kosten. Jedenfalls überwiege das Interesse der zugangswilligen Gewerbetreibenden gegenüber dem etwaigen Interesse von Naturliebhabern an der Freihaltung auch der zwei Nischen. Die Klägerin, wenngleich von dieser Begründung nicht überzeugt, wies mit Bescheid vom 11.10.2006 dem Beigeladenen in Erfüllung der ihr auferlegten Verpflichtung einen Standplatz vor der Gebäudenische an der Westseite des Innenhofes zu und schloss mit ihm einen entsprechenden Mietvertrag ab.

Mit der vorliegenden, am 26.10.2006 bei Gericht eingegangenen Klage wendet sich die Klägerin gegen den Widerspruchsbescheid des Beklagten und macht dessen Rechtswidrigkeit geltend. Ihr ursprünglicher Antrag gemäß Klageschrift lautete zunächst auf „Aufhebung“ des Widerspruchsbescheides; nach Beendigung des Weihnachtsmarktes hat sie ihren Antrag – wie unten ersichtlich – auf einen entsprechenden Fortsetzungsfeststellungsantrag umgestellt. Die Klägerin ist nach wie vor der Meinung, der freie Ausblick auf die beiden Grünflächen sei notwendig. Die Grünflächen seien nämlich gerade angelegt worden, um das gesamte Rathausgelände aufzulockern und dem Eindruck einer Betonlandschaft entgegenzuwirken. Dabei sei unerheblich, dass sich noch in der Mitte des Innenhofes eine weitere Grünfläche befinde. Jedenfalls habe der Beklagte verkannt, dass der Klägerin hinsichtlich der Belegung des Platzes ein weitgehender Gestaltungsspielraum zustände. Diesen hätte der Beklagte bei seiner Widerspruchsentscheidung respektieren müssen. Wegen des ihr zustehenden Selbstverwaltungsrechts sei es auch ausgeschlossen, dass dieser Gestaltungsspielraum auf die Widerspruchsbehörde übergehe. Die Zulassung des Beigeladenen habe sie, die Klägerin, nur unter dem Druck der stattgebenden Entscheidung des Beklagten ausgesprochen, sodass es nicht widersprüchlich sei, wenn sie sich nunmehr gegen den Widerspruchsbescheid wende. Auch nach Beendigung des Weihnachtsmarktes habe sie – die Klägerin – ein Interesse daran, dass die Rechtswidrigkeit des Widerspruchsbescheides festgestellt werde. Sie müsse nämlich damit rechnen, dass der Beigeladene wie auch andere Zugangswillige für den Weihnachtsmarkt 2005 eine Standzuweisung auf den umstrittenen Flächen beantragen werde und sich dabei auf den Widerspruchsbescheid berufe.

Die Klägerin beantragt,

festzustellen, dass der Widerspruchsbescheid des Beklagten vom 01.10.2006 rechtswidrig gewesen ist.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hält die Klage bereits für unzulässig, da eine Ausgangsbehörde nicht das Recht habe, einen ihr missliebigen Widerspruchsbescheid anzufechten. Zudem verhalte sich die Klägerin auch widersprüchlich, wenn sie einen Widerspruchsbescheid anfechte, obwohl sie die ihr



dort auferlegte Verpflichtung zuvor erfüllt habe. Schließlich könne ein Widerspruchsbescheid nicht Gegenstand einer Fortsetzungsfeststellungsklage sein. In der Sache beruft sich der Beklagte auf seine Ausführungen im Widerspruchsbescheid. Im Übrigen widerspricht er der Auffassung der Klägerin, diese habe bei ihrer Entscheidung einen von der Widerspruchsbehörde zu respektierenden Gestaltungsspielraum gehabt. Die Platzzuweisung sei nämlich nach Maßgabe des § 21 der Gemeindeordnung des Landes L (GO) eine reine Rechtsentscheidung und keine Ermessensentscheidung. Die Gemeinde habe zwar dann ein Ermessen, wenn sie die Belegung im Voraus durch Benutzungsordnung und als deren Bestandteil durch Belegungsplan regelt. Dieses Ermessen beschränke sich jedoch auf eine derartige vorweggenommene allgemeine Regelung, an der es hier fehle. Ein Ermessen bei der Platzvergabe im Einzelfall sehe das Gesetz dagegen nicht vor. Zwar möge der Gemeinde dann noch ein gewisser Spielraum bei der Beurteilung der Frage, ob die Kapazitäten der Einrichtung erschöpft sind, zustehen. Ein solcher Beurteilungsspielraum sei aber jedenfalls mit der Vorlage des Widerspruchs in vollem Umfang auf die Widerspruchsbehörde übergegangen. Die einengende Vorschrift des § 119 Nr. 1 GO greife insoweit nicht ein, da auch die Betätigung eines Beurteilungsspielraums eine Rechtsentscheidung und keine Ermessensentscheidung sei.

Der Beigeladene hat keine eigenen Anträge gestellt, sondern sich dem Vorbringen des Beklagten angeschlossen. In der mündlichen Verhandlung erklärte er, irgendwelche Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Widerspruchsverfahren habe er nicht gehabt; vorsorglich verzichte er aber auch noch auf etwaige Aufwendungsersatzansprüche für das Widerspruchsverfahren. Im Übrigen erklärte der Beigeladene, er wolle für den Weihnachtsmarkt 2005 wiederum eine Standzuweisung beantragen, und zwar für die gleiche Stelle, da er dort bei seinen Kunden bereits bekannt sei. Sein Schwager, ein Metzgermeister aus Sternbach, interessiere sich sehr für den Platz vor der gegenüberliegenden Nische, um dort einen Bratwurststand aufzubauen.

Die Kammer hat – nach vorheriger Anhörung der Beteiligten – durch Beschluss vom 21.12.2006 den Rechtsstreit der Berichterstatterin als Einzelrichterin zur Entscheidung übertragen.

Entscheidungsgründe

Die Klage, über die im Hinblick auf den entsprechenden Kammerbeschluss vom 21.12.2006 gemäß § 6 VwGO durch die Einzelrichterin entschieden werden konnte, hatte Erfolg. Sie ist zulässig und begründet.

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet, da der im Streit befindliche Widerspruchsbescheid seinem Wesen nach hoheitlicher Natur ist. Gemäß § 73 Abs. 1 S. 2 VwGO ist der Erlass von Widerspruchsbescheiden ausschließlich Behörden, also Hoheitsträgern vorbehalten. Die Klage ist als sog. Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO statthaft, da sich die Klägerin gegen einen inzwischen erledigten, ursprünglich mit der Anfechtungsklage angreifbaren Verwaltungsakt wendet. Der diesbezügliche Übergang vom Anfechtungsantrag zum Fortsetzungsfeststellungsantrag ist vom Gesetz selbst zugelassen und unterliegt daher nicht der einschränkenden Vorschrift des § 91 VwGO über die Klageänderung. Entgegen der Ansicht des Beklagten stellt der Widerspruchsbescheid vom 01.10.2006 einen anfechtbaren Verwaltungsakt dar, und zwar auch gegenüber der Klägerin. Nach einhelliger Meinung hat nämlich ein Widerspruchsbescheid der nächsthöheren Behörde, durch den der Ausgangsbescheid einer Gemeinde abgeändert wird, Außenwirkung auch gegenüber der Gemeinde, wenn Selbstverwaltungsangelegenheiten infrage stehen. In diesen Fällen wird die Gemeinde als Trägerin eigener Rechte, nämlich ihres Selbstverwaltungsrechts (Art. 28 Abs. 2 GG) und nicht – wie grundsätzlich bei übertragenen Aufgaben – als bloßes Glied der Instanzenhierarchie angesprochen. Bei der Verwaltung der örtlichen Märkte (Wochenmarkt, Jahrmarkt, Weihnachtsmarkt) handelt es sich um eine typische Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft und damit um eine Selbstverwaltungsangelegenheit. Der Widerspruchsbescheid entfaltet damit gegenüber der Klägerin Außenwirkung und ist daher ein Verwaltungsakt.



Entgegen der Ansicht des Beklagten kann auch ein Widerspruchsbescheid Gegenstand der Fortsetzungsfeststellungsklage sein. Das Gesetz nimmt nämlich Widerspruchsbescheide nicht vom Anwendungsbereich der Fortsetzungsfeststellungsklage aus. Entscheidend ist insoweit allein, ob die Voraussetzungen einer isolierten Anfechtung des Widerspruchsbescheides gemäß § 79 VwGO gegeben sind. Ist dies hinsichtlich der Anfechtungsklage der Fall, so ist im Falle der Erledigung auch die Fortsetzungsfeststellungsklage hinsichtlich des Widerspruchsbescheides statthaft. Die Voraussetzungen einer isolierten Anfechtbarkeit sind hier nach Maßgabe des § 79 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ohne weiteres gegeben, da der Widerspruchsbescheid gegenüber der Klägerin erstmalig eine Beschwer enthält.

Kann somit der Widerspruchsbescheid des Beklagten Gegenstand einer isolierten Klage sein, so hat er sich – wie von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO vorausgesetzt – inzwischen auch erledigt. Die aus dem Widerspruchsbescheid sich ergebende Beschwer ist zwischenzeitlich weggefallen und seine Aufhebung damit sinnlos geworden. Zwar führt allein der Umstand, dass die Klägerin am 11.10.2006 die ihr im Widerspruchsbescheid auferlegte Verpflichtung erfüllt hat, noch nicht zur Erledigung. Denn die Erfüllung einer auferlegten Verpflichtung stellt einen Unterfall des Vollzuges dar. Der Vollzug allein bedeutet grundsätzlich aber noch keine Erledigung, da der vollzogene Verwaltungsakt den Rechtsgrund des Vollzuges darstellt und einem auf Rückgängigmachung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruch entgegensteht. Eine Erledigung durch Zeitablauf ist jedoch mit der Beendigung des Weihnachtsmarktes 2006 eingetreten. Der Antrag des Beigeladenen vom 06.08.2006 bezog sich nur auf die Saison 2006. Mit der vollständigen Durchführung des Weihnachtsmarktes 2004 ist eine Rückabwicklung unmöglich geworden. Von diesem Augenblick an schlug der Vollzug in eine Erledigung um, da er damit unumkehrbar geworden ist. Sonstige Folgewirkungen, die eine fortdauernde Beschwer bedeuten könnten, sind nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere unter Kostengesichtspunkten, da Widerspruchsgebühren nicht angefallen sind und im Übrigen Kostenerstattungsansprüche gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 VwVfG mangels Vorliegens erstattungsfähiger Aufwendungen und zudem wegen des vorsorglich ausgesprochenen Verzichts seitens des Beigeladenen nicht gegeben sind.

Ist nach alledem als Klageart die Fortsetzungsfeststellungsklage statthaft, so ist weiterhin auch das von § 113 Abs. 1 S. 4 letzter Halbs. VwGO geforderte Feststellungsinteresse gegeben. Die Klägerin hat ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass der Widerspruchsbescheid des Beklagten rechtswidrig gewesen ist. Die Klägerin hat sich insoweit zu Recht auf die Wiederholungsgefahr berufen, welche anerkanntermaßen ein Feststellungsinteresse indiziert. Insofern reicht die hinreichend konkrete Gefahr, dass es in einer vergleichbaren Situation zu einer vergleichbaren Maßnahme kommt. Eine solche Gefahr ist hier nicht von der Hand zu weisen. Wie der Beigeladene in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, will für die Saison 2005 nicht nur er selbst, sondern auch sein Schwager einen Standplatz vor den umstrittenen Nischen beantragen. Die Klägerin muss im Falle einer erneuten Ablehnung befürchten, dass sie wiederum von dem Beklagten zur Standzuweisung verpflichtet wird. Das damit durch die Wiederholungsgefahr indizierte Feststellungsinteresse kann auch nicht mit der Begründung in Zweifel gezogen werden, die Klägerin könne der Wiederholungsgefahr selbst dadurch begegnen, dass sie eine Satzung (Benutzungsordnung) erlässt, wonach der Platz vor den Nischen nicht mit Ständen belegt werden darf. Insofern ist nämlich schon anzumerken, dass die Klägerin zum Erlass einer solchen Benutzungsordnung gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 1 der Gemeindeordnung des Landes L nur berechtigt, nicht aber verpflichtet ist. Es lässt sich ferner auch nicht feststellen, dass dieser Weg ein einfacherer wäre. Die Benutzungsordnung könnte nämlich Gegenstand eines Normenkontrollverfahrens gemäß § 47 VwGO werden. In diesem Verfahren könnten die Antragsteller geltend machen, die fragliche Einschränkung werde nicht vom Zweck der Einrichtung gedeckt, womit die hier anstehenden Fragen ebenfalls zum Gegenstand eines Rechtsstreits würden.

Entgegen der Ansicht des Beklagten hat die Klägerin ihr Klagerecht auch nicht dadurch verwirkt, dass sie der im Widerspruchsbescheid auferlegten Verpflichtung nachgekommen und am 11.10.2006 die Zulassung des Beigeladenen ausgesprochen hat. Dieses Verhalten der Klä-



gerin bedeutet keinerlei Festlegung dahingehend, dass sie sich auf die Rechtswidrigkeit des Widerspruchsbescheides nicht mehr berufen will. Zwar kann insoweit auch der diesbezüglichen Ansicht der Klägerin nicht zugestimmt werden, sie sei durch den hoheitlichen Spruch des Beklagten gezwungen gewesen, die Zulassung des Beigeladenen auszusprechen. Dies ist insofern falsch, als durch ihre Klageerhebung gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO die aufschiebende Wirkung ausgelöst und die im Widerspruchsbescheid auferlegte Verpflichtung suspendiert wurde. Auf der anderen Seite hätte sie bei einer Weigerung aber ständig damit rechnen müssen, dass der Beklagte die sofortige Vollziehung gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO anordnet, was auch beim Widerspruchsbescheid möglich ist. Man kann der Klägerin daher nicht zum Vorwurf machen, dass sie zur Vermeidung einer solchen Vollzugsanordnung die Zulassung aussprach. Vor allem aber ergibt sich aus § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO, dass die Befolgung einer Verpflichtung noch keine Verwirkung des Klagerechts bedeutet. Wie bereits im Rahmen der Erledigung dargelegt, stellt nämlich auch die freiwillige Befolgung eines Verwaltungsakts einen Unterfall der Vollziehung dar. Wenn § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO eine kumulative Geltendmachung von Folgenbeseitigungs- und Aufhebungsanspruch ermöglicht, so folgt daraus, dass allein die freiwillige Befolgung einer Verpflichtung das Klagerecht nicht ausschließt.

Hat die Klägerin ihr Klagerecht damit nicht verwirkt, so liegen schließlich auch die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen der Anfechtungsklage vor. Diese müssen vorliegen, da die Fortsetzungsfeststellungsklage nichts anderes ist als die Fortsetzung der ursprünglich möglichen Anfechtungsklage und allein die Erledigung aus einer bis dahin unzulässigen Anfechtungsklage keine zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage machen kann. Insoweit ist zunächst die gemäß § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche Klagebefugnis gegeben, da die Klägerin geltend machen kann, in ihrem verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsrecht (Art. 28 Abs. 2 GG) verletzt zu sein. Die (nochmalige) Durchführung eines Vorverfahrens war gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO unstatthaft und damit auch nicht notwendig, da der Widerspruchsbescheid für die Klägerin erstmalig eine Beschwer enthielt. Die Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO von einem Monat seit Zustellung des Widerspruchsbescheides ist eingehalten. Schließlich ist die Klage in Übereinstimmung mit § 78 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 VwGO sowie der landesrechtlichen Durchführungsvorschrift zu Recht gegen das Landratsamt als diejenige Behörde, die den im Streit befindlichen Widerspruchsbescheid erlassen hat, gerichtet worden.

Die nach alledem zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage ist auch begründet. Der Widerspruchsbescheid des Beklagten war vor Eintritt der Erledigung rechtswidrig und verletzte die Klägerin in ihren Rechten. Zwar bestehen zunächst insoweit keine Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des Widerspruchsbescheides, als der Beklagte nach Maßgabe des § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, 2. Halbs. VwGO i.V.m. § 119 Nr. 1 GO zum Erlass des Widerspruchsbescheides zuständig war. Auch war der Widerspruch des Beigeladenen zulässig, sodass unter diesem Gesichtspunkt ebenfalls keine Bedenken gegen einen stattgebenden Widerspruchsbescheid bestehen. Insbesondere hätte, wie von § 68 VwGO vorausgesetzt, der sachliche Verfahrensgegenstand der Überprüfung im Verwaltungsrechtswege (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO) unterlegen. Der vom Beigeladenen geltend gemachte Anspruch auf Zuweisung eines Marktstandes richtete sich nämlich nach der öffentlich-rechtlichen Vorschrift des § 21 Abs. 1 GO. Dies gilt unbeschadet des Umstandes, dass die Klägerin mit den Marktbeschickern bürgerlich-rechtliche Mietverträge abschließt und das Benutzungsverhältnis somit nicht öffentlich-rechtlich, sondern privat-rechtlich ausgestaltet ist. Es ging hier nämlich nicht um die Abwicklung des Benutzungsverhältnisses (das „Wie“ der Benutzung), sondern um die vorgelagerte Frage der Zulassung selbst (das „Ob“ der Benutzung). Letzteres richtet sich bei öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde auch dann, wenn das Benutzungsverhältnis privat-rechtlich ausgestaltet ist, nach der öffentlich-rechtlichen Vorschrift des § 21 Abs. 1 GO. Bei dem Weihnachtsmarkt der Klägerin handelt es sich auch um eine öffentliche Einrichtung i.S.v. § 21 Abs. 1 GO, da er von der Gemeinde durch einen gemeindlichen Widmungsakt – wobei auch konkludentes Handeln, z.B. tatsächliche Indienststellung ausreicht – der Benutzung durch die Allgemeinheit zugänglich gemacht worden ist und von der Gemeinde im öffentlichen Interesse



unterhalten wird. Der vom Beigeladenen geltend gemachte Anspruch war weiterhin auch auf „Benutzung“ dieser Einrichtung gerichtet. Benutzer ist nämlich jeder, der von der Einrichtung i.S.d. Widmung Gebrauch macht. Dies trifft entsprechend der h.M., insbesondere der Rspr., nicht nur auf die Marktbesucher, sondern auch auf die Marktbesicker zu. Die gegenteilige Ansicht, die den Marktbesicker wegen seiner engen Verflechtung zum Markt quasi als „verlängerten Arm des Veranstalters“ und damit als bloßen „Nutznießer“ ansieht, ist abzulehnen, da auf deren Grundlage § 21 Abs. 1 GO bei Märkten praktisch leerliefe. Sie widerspricht nicht nur dem Wortlaut des Gesetzes, sondern auch der Interessenlage. In der Praxis sind es nämlich nicht die Besucher, sondern die Gewebetreibenden, denen ein Zugangsrecht streitig gemacht wird. Gerade sie haben daher ein elementares und legitimes Interesse daran, dass sich das Zugangsrecht nach verlässlichen, vorausschaubaren Regeln richtet und dass ihnen dabei ein grundsätzlicher Zulassungsanspruch und nicht nur – wie von der Gegenmeinung vorgeschlagen – ein Anspruch auf Gleichbehandlung zusteht.

Beurteilte sich der Anspruch des Beigeladenen daher nach § 21 Abs. 1 GO und lag somit eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit i.S.v. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vor, so war der Widerspruch als Verpflichtungswiderspruch (§ 68 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 VwGO) statthaft, da die Zuweisung eines Marktstandes durch Verwaltungsakt erfolgt. Durch die Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung wird mit konstitutiver Wirkung das Recht zur Nutzung eingeräumt. Auch im Übrigen bestanden keine Bedenken gegen die Zulässigkeit des Widerspruchs, insbesondere hinsichtlich der Form und Frist des § 70 Abs. 1 VwGO.

Der mithin zulässige Widerspruch war jedoch unbegründet, sodass ihm nicht hätte stattgegeben werden dürfen. Der Beklagte ist zu Unrecht davon ausgegangen, der Beigeladene hätte einen Anspruch auf Zuweisung des Marktstandes. Die Anspruchsvoraussetzungen des hier einschlägigen § 21 Abs. 1 GO liegen nämlich entgegen der Ansicht des Beklagten nicht vor. Nach dieser Vorschrift sind alle Gemeindeangehörigen nach den bestehenden allgemeinen Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen. Zwar gehört der Beigeladene als Einwohner der Stadt Sternbach zum berechtigten Personenkreis. Der geltend gemachte Zulassungsanspruch scheidet jedoch an den Schranken der „bestehenden allgemeinen Vorschriften“. Diese Schranken ergeben sich insbesondere aus der Widmung, einer evtl. (hier aber nicht vorhandenen) Benutzungsordnung sowie aus der Kapazität der Einrichtung. Die hier vom Beigeladenen in Anspruch genommene Standfläche war zwar von ihrer (räumlichen) Widmung her Bestandteil des Weihnachtsmarktes. Eine ausdrückliche Herausnahme dieser Flächen ist mangels Erlasses einer Benutzungsordnung sowie eines Belegungsplanes nicht erfolgt. Die Flächen sind auch nicht konkludent, nämlich durch die bisherige tatsächliche Übung, von der Widmung ausgenommen worden. Dagegen spricht bereits, dass sich in nur zwei Jahren (2004 und 2005) noch keine gefestigte Übung im Sinne einer Widmungsbeschränkung herausgebildet haben kann. Vor allem aber ist darauf hinzuweisen, dass zu beiden Seiten der hier fraglichen Flächen ebenfalls Weihnachtsmarktstände vorhanden waren, sodass schwer auszumachen wäre, wo genau die Grenzen des gewidmeten Platzes zum nicht gewidmeten Platz verlaufen. Außerdem waren die streitigen Flächen auf jeden Fall insoweit dem Weihnachtsmarkt gewidmet, als sich die Besucher dort aufhalten und dabei z.B. auch gekaufte Speisen und Getränke verzehren durften. Ob der Platz vor den Nischen speziell für das Aufstellen von Buden bestimmt war, ist eine Frage der individuellen Einzelbelegung und nicht eine Frage der grundsätzlichen Widmung.

Der Anspruch des Beigeladenen scheiterte jedoch daran, dass die Kapazitäten des Veranstaltungsplatzes im Zeitpunkt der Antragstellung durch den Beigeladenen bereits erschöpft waren. Beklagter und Beigeladener können sich in diesem Zusammenhang zunächst nicht darauf berufen, dass es tatsächlich möglich gewesen ist, die umstrittene Fläche in der Vorweihnachtszeit 2006 mit dem Stand des Beigeladenen zu belegen. Denn bei dem Begriff der „Kapazität“ handelt es sich nicht um einen feststehenden Begriff in dem Sinne, dass die Kapazität einer Einrichtung so lange nicht erschöpft ist, als noch irgendein freier Raum zur Verfügung steht. Bei einer solchen Interpretation des Begriffs der „Kapazität“ im Sinne eines feststehenden Begriffs würde man völlig einseitig die Interessen der Zugangswilligen bevorzugen.



Die Interessen der vorhandenen Nutzer (vor übermäßiger Belegung, nicht vor Konkurrenz), der Allgemeinheit, der Bediensteten des Rathauses sowie schließlich der Nachbarn blieben unberücksichtigt. Wegen der notwendigen Interessenabwägung handelt es sich vielmehr um einen unbestimmten Rechtsbegriff.

Bei der Interpretation dieses Begriffs stand der Klägerin ein weitreichender Gestaltungsspielraum zu, dessen Grenzen sie eingehalten hat und der von dem Beklagten hätte respektiert werden müssen. Wenngleich nicht jeder unbestimmte Rechtsbegriff einen Gestaltungsspielraum der Behörde auslöst, so ergibt sich vorliegend etwas anderes aus dem verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden (Art. 28 Abs. 2 GG). Aus diesem folgt u.a., dass es der Gemeinde freisteht, ob sie überhaupt öffentliche Einrichtungen schaffen will oder nicht. Ein Anspruch auf Schaffung oder Erweiterung einer öffentlichen Einrichtung besteht nicht. Kann somit die Gemeinde die Schaffung von Einrichtungen gänzlich verweigern, dann ist ihr auch ein weitgehender Gestaltungsspielraum bei der Ausgestaltung einer vorhandenen Einrichtung zuzubilligen. Dieser erfasst dann nicht nur die Bestimmung über Ort und Zeit der Veranstaltung sowie den Charakter der Darbietungen und Angebote, sondern auch die Festlegung der Belegungsdichte. Ein solcher Gestaltungsspielraum kann auch nicht – wie der Beklagte meint – auf die Fälle beschränkt sein, in denen die Gemeinde im Vorfeld der Platzvergabe eine Benutzungsordnung und als deren Bestandteil einen Belegungsplan aufstellt. Zwar ist ein solches Vorgehen wünschenswert; eine Verpflichtung dazu besteht aber nicht (s. § 24 Abs. 1 Nr. 1 GO). Legt die Gemeinde – wie hier – die Belegung nicht im Voraus fest, so besteht auch für diesen Fall ein unabweisbares Bedürfnis für die Zubilligung eines Gestaltungsspielraums. Auch hier muss es der Gemeinde wegen ihres Selbstverwaltungsrechtes möglich sein, über die Ausgestaltung der Veranstaltung eigenverantwortlich und ohne starre Regeln zu befinden. Ein solcher Gestaltungsspielraum wird entgegen der Ansicht des Beklagten auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Entscheidung nach § 21 Abs. 1 GO eine gebundene und keine Ermessensentscheidung ist. Denn dieser Umstand besagt nur, dass bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen die Zulassung ausgesprochen werden muss. Eine ganz andere Frage ist es, wie und durch wen über die Anspruchsvoraussetzungen zu befinden ist. Es handelt sich insoweit um einen Beurteilungsspielraum im Rahmen des unbestimmten Rechtsbegriffs „Erschöpfung der Kapazität“ als Bestandteil der „bestehenden allgemeinen Vorschriften“ i.S.d. § 21 Abs. 1 GO.

Die Klägerin hat vorliegend die Grenzen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums eingehalten. Ihre Einschätzung, die hier streitigen Flächen vor den Nischen seien nicht belegungsfähig, weist nämlich keine Beurteilungsfehler auf. Insoweit ist zunächst nicht ersichtlich, dass die Klägerin sich von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen oder den Gleichheitssatz verletzt hat, indem sie verschiedene Bewerber bei der Frage der Belegbarkeit der hier streitigen Flächen unterschiedlich behandelt hat. Für einen Verstoß gegen Verfahrensvorschriften oder für eine unzutreffende Tatsachenermittlung ist ebenfalls nichts ersichtlich. Auch ist die Entscheidung nachvollziehbar begründet worden. Entgegen der Ansicht des Beklagten lag hinsichtlich der vorgenommenen Abwägung auch keine sachlich fehlerhafte Bewertung vor. Hierfür reicht es – ebenso wie beim Ermessen – nicht aus, dass der gegenteilige Standpunkt, hier also der Standpunkt des Beklagten, fehlerfrei ist. Denn dann bestünde letztendlich kein Spielraum mehr. Erforderlich ist vielmehr, dass bei objektiver Gewichtung der Belange die vorgenommene Einschätzung nicht mehr vertretbar, also geradezu „unhaltbar“ ist. Davon kann vorliegend keine Rede sein. Für eine Belegung der hier streitigen Flächen spricht zwar, dass in der Vorweihnachtszeit der Rathausinnenhof weit überwiegend vom Weihnachtsmarkt geprägt wird. Dies gilt vor allem abends, weil dann nur noch das „Lichtermeer“, nicht aber etwaige Grünzonen wahrgenommen werden. Anders sieht es jedoch bei Tage aus. Dann dienen die Grünzonen nicht nur den Naturliebhabern; vielmehr tragen sie dann auch zu einer Auflockerung des Weihnachtsmarktes bei. Dabei kann es selbstverständlich nicht darauf ankommen, ob die betreffenden Pflanzen gerade blühen, zumal die Blütezeit ohnehin nur wenige Wochen des Jahres einnimmt. Auch ist unerheblich, ob sich auf dem Rathausinnenhof noch andere Grünzonen befinden, da jede Grünzone ihren eigenständigen Wert hat. Bei objektiver Gewichtung der gegenläufigen Belange kann die Einschätzung der Klägerin je-



denfalls nicht als unvertretbar (unhaltbar) angesehen werden. Beurteilungsfehler sind nach alledem nicht ersichtlich. Die Klägerin ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die Flächen vor den Gebäudenischen nicht als belegungsfähig anzusehen sind und daher die Kapazitäten des Veranstaltungsplatzes im Zeitpunkt der Antragstellung bereits erschöpft waren.

War die ablehnende Entscheidung der Klägerin damit rechtmäßig, so kann die anderslautende Entscheidung der Widerspruchsbehörde auch nicht mit der Erwägung gerechtfertigt und aufrecht erhalten werden, der gegenteilige Standpunkt sei genauso gut „vertretbar“. Denn eine solche Argumentation würde voraussetzen, dass der Beklagten als Widerspruchsbehörde ebenfalls ein Beurteilungsspielraum zustand. Dies ist indes nicht der Fall. Zwar gilt der Grundsatz, dass der Widerspruchsbehörde aufgrund der durch den Devolutiveffekt des Widerspruchs begründeten Sachherrschaft eine umfassende Entscheidungskompetenz wächst. Insoweit tritt die Widerspruchsbehörde also voll an die Stelle der Ausgangsbehörde. Ausgehend von diesem Grundsatz kann sie daher – auch bei Rechtmäßigkeit der Ausgangsentscheidung – aufgrund eigener Betätigung des Ermessens oder einer Beurteilungsermächtigung zu einer abweichenden Entscheidung kommen. Die für das Verwaltungsgericht geltende Einschränkung des § 114 S. 1 VwGO gilt für die Widerspruchsbehörde nicht. Von diesem Grundsatz umfassender Kontrollkompetenz der Widerspruchsbehörde gibt es aber Ausnahmen, die auch hier durchgreifen. Wenn nämlich der Gesetzgeber nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO das Widerspruchsverfahren ganz ausschließen kann, so muss es – als Minus – auch möglich sein, die Kontrollbefugnis der Widerspruchsbehörde zu beschneiden.

Die diesbezügliche Einschränkung des § 119 Nr. 1 GO, wonach in Selbstverwaltungsangelegenheiten die Rechtsaufsichtsbehörde auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit beschränkt ist, greift hier zwar nicht ein, da es sich bei der Entscheidung nach § 21 Abs. 1 GO um eine Rechtsentscheidung und nicht um eine Ermessensentscheidung handelt (s.o.). Jedoch kann auch bei Beurteilungsermächtigungen eine Einschränkung der Kontrollkompetenz der Widerspruchsbehörde infrage kommen. Die dafür notwendige gesetzliche Grundlage (s. § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO) braucht nicht unbedingt *expressis verbis* zu erfolgen, sondern kann sich im Wege der Auslegung auch aus dem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelung ergeben. Wie bereits oben ausgeführt, ist die Befugnis zur eigenverantwortlichen Festlegung der Belegungsdichte letztlich Ausübung der verfassungsrechtlich garantierten Autonomie (Art. 28 Abs. 2 GG). Dieser Autonomie entspricht es, dass in Selbstverwaltungsangelegenheiten ein etwaiger Ermessensspielraum der Gemeinde verbleibt und nicht auf die übergeordnete Widerspruchsbehörde übergeht. Gleiches muss dann aber auch bei einem verfassungsrechtlich garantierten Beurteilungsspielraum gelten. Anders als z.B. bei Leistungsbewertungen dient hier der Beurteilungsspielraum nicht nur der sachgerechten Durchführung des betreffenden Aufgabengebietes (bloßes Mittel zum Zweck); der Beurteilungsspielraum stellt hier vielmehr ein subjektives Recht des Hoheitsträgers dar. Dieses subjektive Recht wäre wertlos, könnte der Beurteilungsspielraum in der nächsthöheren Instanz wieder „gekippt“ werden. Nach alledem wäre der Beklagte als Widerspruchsbehörde gehalten gewesen, die Einschätzung der Klägerin über die Belegbarkeit zu respektieren und von der Erschöpfung der Kapazität auszugehen. Er hätte daher, da auch für eine Zweckmäßigkeitüberprüfung kein Raum war (s.o.), den Widerspruch zurückweisen müssen.

Da die Klägerin durch den rechtswidrigen Widerspruchsbescheid in ihrem Selbstverwaltungsrecht verletzt wurde, war dem Fortsetzungsfeststellungsantrag der Klägerin stattzugeben.

Als danach unterlegener Teil hat der Beklagte gemäß § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen. Eine Mithaftung des Beigeladenen für die Verfahrenskosten konnte nach Maßgabe des § 154 Abs. 3 VwGO nicht ausgesprochen werden, da er keine eigenen Anträge gestellt hat. Auf der anderen Seite kam jedoch auch eine Kostenerstattung zugunsten des Beigeladenen gemäß § 162 Abs. 3 VwGO nicht in Betracht. Eine solche setzt nämlich, wie sich aus einer Gegenüberstellung mit § 154 Abs. 3 VwGO ergibt, in jedem Fall voraus, dass der Beigeladene interessenmäßig als obsiegend anzusehen ist, er also „im Lager des Ge-



winner“ stand. Vorliegend stand der Beigeladene jedoch interessenmäßig auf Seiten des Beklagten, also des Verlierers.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 11 ZPO. Die Gewährung des Vollstreckungsnachlasses beruht auf § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 711 ZPO.

Rechtsmittelbelehrung: Antrag auf Zulassung der Berufung (§ 124 a Abs. 4 f. VwGO)

gez Reinhard

Sehr geehrte Kursteilnehmerin, sehr geehrter Kursteilnehmer,

der Klausur lag ein einfacher und anschaulicher Sachverhalt zugrunde. Dahinter steckte jedoch eine Fülle von rechtlichen Problemen, die keineswegs alltäglich waren. Auch der „Aufhänger“ des Falles, nämlich der „Widerspruchsbescheid als Gegenstand einer Fortsetzungsfeststellungsklage“, war ungewöhnlich und wird den meisten von Ihnen zum ersten Mal begegnet sein. Gerade hier zeigte sich aber, dass die Ungewöhnlichkeit eines Falles noch nicht unbedingt auf übermäßige Schwierigkeit schließen lässt. Auch die übrigen Probleme waren mit Grundkenntnissen zum Verwaltungsprozess-, Verwaltungsverfahrens- und zum Kommunalrecht sowie den Regeln der Logik ohne weiteres lösbar. Besonderer analytischer Scharfsinn war allerdings bei der Problematik der „Kontrolldichte“ gefragt, wo auch der eindeutige Schwerpunkt bei der Begründetheit lag. Hier kam es darauf an, nicht nur Ermessen und Beurteilungsspielraum scharf auseinander zu halten, sondern auch die weitere Frage, welcher von beiden Behörden dieser Spielraum letztlich zusteht, wer also „das letzte Wort“ in der Sache hat. Da das Ergebnis mehr oder weniger auf der Hand lag, kam es entscheidend auf einen sauberen Lösungsweg an. Insgesamt kann die Klausur als „mittelschwer“ (oberer Bereich) eingestuft werden.

Nicht einzugehen brauchten Sie auf die Frage, ob bei ausgeschöpfter Kapazität der Einrichtung der Antragsteller möglicherweise einen Anspruch auf fehlerfreie Neubescheidung hat und das Vergabeverfahren neu aufgerollt werden muss (s. dazu BVerfG DVBl 2003, 257, 258 f.; AS-Skript Kommunalrecht NRW S. 34 sowie AS-Skript VwGO S. 66 f.). Abgesehen davon, dass auch dann keine uneingeschränkte Verpflichtung zur Standzuweisung hätte ergehen dürfen, betrifft der Neubescheidungsanspruch ausschließlich die Fälle, in denen die Erschöpfung der Kapazität gerade die Folge der Bevorzugung anderer Bewerber, also der Auswahlentscheidung ist. Im vorliegenden Fall ging es nicht um eine derartige Konkurrentensituation. Vielmehr ging es allein um die Frage, ob neben den im Zeitpunkt der Antragstellung bereits vollständig vergebenen (regulären) Plätzen noch zusätzliche Plätze zur Verfügung stehen. Dem Beigeladenen ging es allein um einen dieser zusätzlichen Plätze und nicht um die Verdrängung anderer Gewerbetreibender.

In aufbaumäßiger Hinsicht mussten Sie erkennen, dass die Zulässigkeit des Widerspruchs nicht zur Zulässigkeit, sondern zur Begründetheit der Klage gehört. Die Unzulässigkeit des Widerspruchs – etwa wegen fehlender öffentlich-rechtlicher Streitigkeit – hätte nämlich ebenfalls zur Rechtswidrigkeit des Widerspruchsbescheides geführt. Letzteres ist eine Frage der Begründetheit der Klage (aufbaumäßig ebenso Jahn JuS 2002, 173, 177).

Im Rahmen des Aufbaus des Tatbestandes war es durchaus vertretbar, die Einlassung der Kägerin auf das Beklagtenvorbringen (Schriftsatz vom 10.01.2005) als „Replik“ erst im Anschluss an das Beklagtenvorbringen wiederzugeben. Da diese Ausführungen der Klägerin jedoch auch ohne Kenntnis des Beklagtenvorbringens verständlich sind, war es zweckmäßiger, die klägerischen Ausführungen zusammenzulassen. Anderenfalls wäre der Tatbestand zudem recht unübersichtlich geworden, da am Schluss auch noch die Erklärungen des Beigeladenen wiedergegeben werden mussten.

Martin Mönnig