

## **Examensklausurenkurs im Öffentlichen Recht**

### **1. Klausur**

**07.11.2009**

#### **„Vom Zauber des seitlich dran Vorbeigehens“**

Seit Jahrzehnten findet in der niedersächsischen kreisfreien Stadt D. ein nicht nur in der Region gut angenommener Weihnachtsmarkt statt. Dieser wurde lange Zeit in alleiniger kommunaler Verantwortung betrieben. Dabei findet in jedem Jahr u.a. ein Rahmenprogramm auf dem Weihnachtsmarktgelände statt. So treten an den verschiedenen Tagen ein Nikolaus, eine Puppenbühne mit Puppentheaterstücken, ein Posaunenchor, ein Musikverein und andere Musikanten sowie ein Zauberer und ein Gaukler auf.

Im Jahr 2006 beschloss der Rat der Stadt D., den Oberbürgermeister zu beauftragen, die Vergabe des Weihnachtsmarktes ab 2007 an einen Dritten vorzubereiten. Die abschließende Auswahl sollte durch den Rat erfolgen unter der Maßgabe, dass der Einfluss des Rates auf die Gestaltung des Weihnachtsmarktes sicherzustellen sei.

Nach Durchführung verschiedener Bewerbungsgespräche und entsprechendem Ratsbeschluss übertrug der Oberbürgermeister dem V. e.V., einem Verein mit ca. 100, schwerpunktmäßig aus dem Kreise des örtlichen Einzelhandels stammenden Mitgliedern, durch Vertrag die Ausrichtung des Weihnachtsmarktes. V. schloss seinerseits mit der Z. GmbH, einer örtlichen Event-Agentur, einen weiteren Vertrag, der vorsah, dass Z. den Weihnachtsmarkt zu den im mit der Stadt geschlossenen Vertrag enthaltenen Bedingungen organisieren und durchführen müsse. V. zahlte an Z. pro Weihnachtsmarkt einen Betrag von 5.000 € In der Folgezeit verpflichtete Z. die ausgewählten Marktbeschicker u.a. dazu, bestimmte Waren in den Ständen zu vermarkten.

Nach dem Vertrag zwischen D. und V. soll der private Betreiber in eigener Verantwortung, für eigene Rechnung und unabhängig von Einzelfallweisungen der Stadt tätig sein. Der Betreiber übernimmt in eigener Verantwortung die Auswahl der Marktbeschicker auf der Grundlage eines öffentlichen Bewerbungsverfahrens nach privatrechtlichen Grundsätzen, die Marktordnung und die Werbung sowie Marktdurchführung. Die Auswahl der Marktbeschicker wird an bestimmte Vorgaben geknüpft: So sollten bestimmte Anbietergruppen nach Anzahl und Verhältnis zu der Gesamtzahl der Anbieter berücksichtigt werden, etwa eine bestimmte Anzahl von Ausschank-, Verköstigungs- und Süßwarenverkaufsbetrieben sowie Kunsthandwerksanbieter und Weihnachtsschmuckanbieter sowie mindestens ein Kinder- und/oder Nostalgiefahrgeschäft „ohne Jahrmarktscharakter“. Weiterhin ist eine automatische Verlängerung des Vertrages um jeweils ein weiteres Jahr vorgesehen, sofern nicht eine Kündigung mit einer 12-monatigen Frist zum jeweiligen Vertragsende erfolgt.

Mit einem weiteren Vertrag über die Sondernutzung von Flächen des städtischen Marktplatzes und einer Fußgängerzone zur Durchführung eines Weihnachtsmarktes wurde dem V. die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis für Flächen in der Fußgängerzone zur Durchführung eines Weihnachtsmarktes zugesichert. Im Einzelnen werden in diesem Vertrag außerdem die Veranstaltungsfläche und der Beginn des Weihnachtsmarktes näher festgelegt. Zugleich sollte V. „zur Sicherung der innenstadtverträglichen Gestaltung des Weihnachtsmarktes und zur Qualitätssicherung und -steigerung“ die Einhaltung des von ihr vorgelegten Veranstaltungskonzepts sichern. In der Vereinbarung ist auch eine Sonderregelung für außergewöhnliche Beschickerstände vorgesehen sowie die

Zusicherung seitens der Stadt zur Erteilung aller weiteren, für die Durchführung des Weihnachtsmarktes erforderlichen Genehmigungen.

A., der seinen Wohnsitz in D. hat, ist Inhaber eines Glühweinstandes. 2008 erstreitet er vor dem zuständigen Landgericht im einstweiligen Verfügungsverfahren seine Zulassung zum Weihnachtsmarkt, auf dem er mehr als fünfzig Prozent seines Jahresumsatzes erzielte. Außerdem erhebt er Klage zum Verwaltungsgericht. Er ist der Ansicht, dass D. nicht berechtigt ist, verbindliche Entscheidungen über Zulassungsanträge von Bewerbern hinsichtlich der Vergabe von Standplätzen auf dem Weihnachtsmarkt durch V. und/oder Z. treffen zu lassen. Es gehe auch nicht an, über die Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen, die für bestimmte Zwecke gewidmet seien, nunmehr Privatrechtssubjekte entscheiden zu lassen. Die Stadt sei vielmehr gehalten, diese Entscheidungen selbst zu treffen. Bei den Geschäftsführern der Z. GmbH handele es sich im Übrigen um befangene Konkurrenten, weshalb die Übertragung der Zulassungsentscheidung von vornherein ermessensfehlerhaft sei. Der Weihnachtsmarkt sei nach wie vor eine öffentliche Einrichtung, da er jahrzehntelang als traditionelles bzw. traditionsbildendes Volksfest durch D. ausgerichtet worden sei und immer auf gemeindlichen Grundstücken stattgefunden habe, welche die Stadt selbst hergerichtet habe. Mit der Bereitstellung der notwendigen Versorgungs- und Erschließungseinrichtungen durch D. werde ein wesentlicher Beitrag zur Veranstaltung des Marktes erbracht. Mit der Durchführung des Marktes erfülle D. schließlich Selbstverwaltungsaufgaben und betreibe Daseinsvorsorge. Eine Privatisierung sei hier unzulässig.

Die Stadt D. verweist u.a. darauf, dass die Selbstverwaltung ein Recht und keine Pflicht sei, jedenfalls soweit die Gemeinden nicht gesetzlich zur Erfüllung bestimmter Aufgaben angehalten werden. Außerdem entspreche es dem Subsidiaritätsgrundsatz, dass und wenn wirtschaftliche Betätigungen und Brauchtumpflege von privaten Dritten getragen werden. Schließlich sei die private Durchführung des Weihnachtsmarkts sparsamer und wirtschaftlicher.

Wie wird das Verwaltungsgericht entscheiden?

Bearbeitervermerk: Gehen Sie davon aus, dass der Weihnachtsmarkt nicht nach der Gewerbeordnung (s. § 69 GewO) festgesetzt ist, die GewO für die Zulassung der Marktbesicker also keine Anwendung findet.

Im Falle der Unzulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Klage ist zu deren Begründetheit hilfsgründerlich Stellung zu nehmen.

Rückgabe und Besprechung:

19.11.2009, 18.00 Uhr c.t., Raum 01/E01-E02