

Wirtschaftsverwaltungsrecht

§ 2 Gewerberecht der Gewerbeordnung

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Insbesondere deutsches und europäisches
Verwaltungsrecht

§ 2 Gewerberecht der Gewerbeordnung

- A) Grundsatz der Gewerbefreiheit (§ 1 GewO)
- B) Gewerbebegriff
- C) Stehendes Gewerbe (§§ 14 ff. GewO)
 - I. (Nur) Anzeigepflichtige Gewerbe
 - II. Genehmigungsbedürftiges Gewerbe
 - III. Sonderfall: Überwachungsbedürftiges Gewerbe (§ 38 GewO)
 - IV. Öffentliche Bestellung von Sachverständigen (§ 36 GewO) und Versteigerern (§ 34b Abs. 5 GewO)
- D) Reisegewerbe (§§ 55 ff. GewO)
- E) Marktgewerbe (§ 60b, §§ 64 ff. GewO)
- F) Gewerberecht für EU-Ausländer
- G) **Verwaltungsverfahrenrechtliche Besonderheiten im Gewerberecht**

I. Besonderheiten des Marktgewerbes

- [§ 64](#) bis [§ 68](#) GewO: Legaldefinitionen der Veranstaltungstypen, die durch Festsetzung nach [§ 69](#) GewO privilegiert werden können
- Gemeinsamkeiten dieser Veranstaltungstypen:
 - Auftreten einer Vielzahl von Ausstellern und Anbietern, die überwiegend Gewerbetreibende sein müssen
 - An- und Verkauf von Waren (Märkte i.S.d. §§ 66 ff. GewO) oder Präsentation von Wirtschaftsangeboten (Messen und Ausstellungen i.S.d. [§ 64](#), [§ 65](#) GewO)
 - Sonderregelungen für schaustellerische Tätigkeiten: [§ 60b](#) GewO (Volksfest), [§ 68 Abs. 3 GewO](#) (Jahrmarkt)

I. Besonderheiten des Marktgewerbes

- Bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 64 ff. GewO



Anspruch auf Festsetzung des sog. Veranstalters nach [§ 69](#) GewO;
keine automatische Anwendbarkeit des IV. Titels der GewO

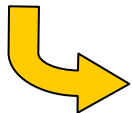
Dies gilt nach h. M. auch für [§ 68a](#) GewO (Gaststättenrecht)

- Bei Festsetzung der Veranstaltung nach [§ 69](#) GewO



Entstehen der sog. **Marktprivilegien**:
Vorschriften über das stehende Gewerbe und das Reisegewerbe nur
anwendbar, wenn ausdrücklich angeordnet ([§ 71b](#) GewO)

- Nicht festgesetzte Veranstaltungen i.S.d. §§ 64 ff. GewO



Privatmärkte:
Veranstaltung nicht verboten, aber unterliegt allgemeinen Vorschriften
für das stehende Gewerbe oder Reisegewerbe

II. Formen des Marktgewerbes

§ 64 GewO (Messe)

- Zeitlich begrenzte, regelmäßig wiederkehrende Veranstaltung
- Vielzahl von Ausstellern eines oder mehrerer Wirtschaftszweige
- Ausstellung und Vertrieb überwiegend nach Muster
- Publikum bestehend aus Gewerbetreibenden

§ 65 GewO (Ausstellung)

- Nicht notwendig Anlegung auf regelmäßige Wiederkehr
- Nicht notwendig Vertrieb von Waren oder Leistungen
- Ausreichend repräsentatives Angebot eines Wirtschaftsgebietes
- Keine Spezifizierung der Angebotsadressaten

§ 66 GewO (Großmarkt)

- „Im Wesentlichen“ Verkauf an gewerbliche Wiederverkäufer, gewerbliche Verbraucher oder Großabnehmer
- Unbeschränktes Warenangebot

II. Formen des Marktgewerbes

§ 67 GewO (Wochenmarkt)

- Gerichtet an Letztverbraucher
- Beschränkung des Warenangebotes auf Lebensmittel und „rohe Naturerzeugnisse“
- Mögliche Ausnahme: Waren des täglichen Bedarfs (§ 67 Abs. 2 GewO nach Maßgabe landesrechtlicher Verordnung)

§ 68 Abs. 1 GewO (Spezialmarkt)

- Bestimmte Waren eines Sortiments
- Verkauf auch an Letztverbraucher
- Regelmäßig in größeren Zeitabständen wiederkehrend (mindestens 1 Monat)

§ 68 Abs. 2 GewO (Jahrmarkt)

- Breiteres Warenangebot als Spezialmarkt
- Problem: Merkmal „größere Zeitabstände“ i.S.d. Abs. 2

III. Festsetzung (§ 69 GewO) und Marktprivilegien

1. Marktprivilegien der Veranstalter und Beschicker

- Befreiung von den Vorschriften des Titels II und des Titels III der GewO
- Günstigere Ladenschlusszeiten ([§ 19 LSchlG](#)) – (nicht mehr in allen Landesgesetzen vorgesehen)
- Günstigere Arbeitszeitregelung (vgl. [§ 10 Abs. 1 Nr. 9 ArbZG](#))
- Lockerung von Jugendarbeits- und Mutterschutzvorschriften ([§ 16 Abs. 2 JArbSchG](#), [§ 8 Abs. 4 MuschG](#))
- Sonderregel für Gaststättenrecht ([§ 68a GewO](#))

III. Festsetzung (§ 69 GewO) und Marktprivilegien

1. Marktprivilegien der Veranstalter und Beschicker

Keine Befreiung vom

- Feiertagsrecht ([VG Neustadt a.d.W. v. 10. 6. 2009 – 4 L 562/09](#) = GewArch 2010, 204 ff.)
- Erfordernis straßenrechtlicher Sondernutzung und straßenverkehrsrechtlicher Erlaubnisse ([§ 29 Abs. 2 StVO](#))

III. Festsetzung (§ 69 GewO) und Marktprivilegien

2. Marktprivilegien und Gaststättenrecht

- [§ 68a S. 1](#) GewO: Ursprünglich Befreiung vom Erfordernis einer Gaststättenerlaubnis für die Verabreichung alkoholfreier Getränke und Speisen. Heute bedarf man insoweit ohnehin keiner Gaststättenerlaubnis mehr, jedenfalls soweit Bundesrecht gilt.
- [§ 68a S. 2](#) GewO: Im Übrigen Verweis auf Gaststättenrecht und Recht der Reisegewerbe (GastG verdrängt seit 2007 nicht mehr Reisegewerberecht, seit § 13 GastG aufgehoben worden ist, aber: [§ 55a Abs. 1 Nr. 7](#) GewO).
- [§ 12](#) GastG: „Aus besonderem Anlass kann der Betrieb eines erlaubnisbedürftigen Gaststättengewerbes unter erleichterten Voraussetzungen vorübergehend auf Widerruf gestattet werden“
- [§ 56 Abs. 1 Nr. 3 b](#) GewO: Im Reisegewerbe verboten ist das Feilbieten von „alkoholischen Getränken; **zugelassen sind [...] alkoholische Getränke, die im Rahmen und für die Dauer einer Veranstaltung von einer ortsfesten Betriebsstätte zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden** (hierzu [BT-Drs. 16/11622, S. 7](#)).

III. Festsetzung (§ 69 GewO) und Marktprivilegien

3. Marktprivilegien der Beschicker und Teilnehmer

- Uneingeschränkte Geltung des klassischen Grundsatzes der „**Marktfreiheit**“
- Teilnahmerecht, sofern Angehöriger des entsprechenden Teilnehmerkreises ([§ 70 Abs. 1 GewO](#))
- Ausschluss von Teilnahme im Einzelfall nur aus sachlich gerechtfertigten Gründen ([§ 70 Abs. 2 und 3 GewO](#))
- Untersagung der Teilnahme von zuständiger Behörde ([§ 70a GewO](#))

III. Festsetzung (§ 69 GewO) und Marktprivilegien

4. Rechtsnatur der Festsetzung / Anspruch auf Festsetzung

Allg. hierzu *Wirth*, GewArch 1986, 46 ff.

- Rechtsnatur der Festsetzung umstritten, da Bekanntgabe nur an Veranstalter, aber begünstigende Rechtsfolgen auch für Beschicker
- **Voraussetzungen der Festsetzung:**
 - **Antrag** des Veranstalters (= natürliche oder juristische Person, die nach den für die betreffende Veranstaltung geltenden Teilnahmebestimmungen gegenüber Ausstellern, Anbietern und Besuchern Rechte erwirbt und Verpflichtungen eingeht; vgl. [§ 71 GewO](#))
 - **Veranstaltung i.S.d. § 64 bis § 68 GewO** ([§ 69a Abs. 1 Nr. 1 GewO](#))
 - **Zuverlässigkeit** von Veranstalter und Veranstaltungsleiter ([§ 69a Abs. 1 Nr. 2 GewO](#))
 - **Keine Veranstaltung von Jahr- und Spezialmärkten in Ladengeschäften** ([§ 69a Abs. 1 Nr. 4 GewO](#))
 - **Keine Verletzung öffentlicher Interessen** ([§ 69a Abs. 1 Nr. 3 GewO](#))

III. Festsetzung (§ 69 GewO) und Marktprivilegien

Entgegenstehendes öffentliches Interesse i. S. d. [§ 69a Abs. 1 Nr. 3 GewO](#)

- Schutz der Teilnehmer vor Gefahren für Leben oder Gesundheit
- Erhebliche Störungen der öffentlichen Sicherheit
 - baurechtliche Vorgaben
 - Immissionsschutz ([VG Köln, 1 K 1485/08 v. 5. 3. 2009](#) = NWVBI 2009, 233 ff.)
 - Sonn- und Feiertagsrecht ([VG Neustadt a.d.W. v. 10. 6. 2009 – 4 L 562/09](#) = GewArch 2010, 204 ff.)
- Verstoß gegen die öffentliche Ordnung
 - Erotikmessen: VG Stuttgart, GewArch 1998, 115
- Sonstige öffentliche Interessen
 - Z. B. Vermeidung eines Verkehrschaos
 - Unzulässig dagegen Ablehnung aus messe- oder handelspolitischen Gesichtspunkten, da Konkurrentenschutz keine staatliche Aufgabe ([BVerwG v. 2.1.2006 – 6 B 55.05](#) – GewArch 2006, 164 ff.)

III. Festsetzung (§ 69 GewO) und Marktprivilegien

Bei **Vorliegen der Voraussetzungen der Festsetzung:**

- Festsetzungsanspruch; gebundene Entscheidung ([§ 69 Abs.1 GewO](#))
- Erstreckung der Festsetzung auf Gegenstand, Zeit, Öffnungszeiten und Ort entsprechend Antrag des Veranstalters (sonst „modifizierende Auflage“)

Problem: Ausschreibungspflicht für Marktfestsetzungen kraft EU-Rechts?

([OVG Berlin-Brandenburg v. 30. 11. 2010 – 1 S 107/10](#) = NVwZ-RR 2011, 293 ff.; [VG Köln v. 16. 10. 2008 – 1 K 4507/08](#) = NVwZ-RR 2009, 327 ff.; *Donhauser* NVwZ 2010, 931,935 ff.)?

III. Festsetzung (§ 69 GewO) und Marktprivilegien

5. Rechtsfolgen der Festsetzung und Rechtsschutz

- **Für Veranstalter**

- Durchführungs**recht** mit Marktprivilegien unter Beachtung der [§ 70](#) und [§ 71](#) GewO
- Durchführungs**verpflichtung** bei Wochen-, Spezial- und Jahrmärkten ([§ 69 Abs. 2](#) GewO), sonst Anzeigepflicht bei Nichtdurchführung ([§ 69 Abs. 3](#) GewO)
- Sonderregelung für Rücknahme und Widerruf ([§ 69b](#) GewO)

- **Für Beschicker**

- Anspruch gegen Veranstalter auf Zulassung ([§ 70 Abs. 1](#) GewO; sog. Marktfreiheit)
- Nach Zulassung → Marktprivilegien (u. U. Recht auf entgeltfreien Besuch)

- **Für Nachbar**

- (nur eingeschränkte) immissionschutzrechtliche Duldungspflichten

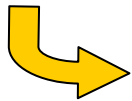
III. Festsetzung (§ 69 GewO) und Marktprivilegien

Rechtsschutz in Zusammenhang mit Festsetzung

- **Ablehnung des Antrags**
 - Veranstalter: Verpflichtungsklage unter Voraussetzungen des [§ 69a GewO](#), ggf. gesondertes Vorgehen gegen Nebenbestimmungen
 - Keine Rechte für Beschicker
- **Stattgabe des Antrags**
 - **Konkurrentenschutz:** Keine Anfechtungsklage mangels Klagebefugnis; Ausnahme für Fall des [§ 69a Abs. 1 Nr. 4 GewO](#)
 - **Nachbarschutz:** Anfechtungsklage gegen Festsetzung oder Verpflichtungsklage auf Erlass von Auflagen unter bestimmten Voraussetzungen ([VG Köln, 1 K 1485/08 v. 5. 3. 2009](#) = NWVBI 2009, 233 ff.); zivilrechtliche Klagen (z.B. zur Abwehr von Lärmbelästigungen, [§ 1004 Abs. 1](#), [§ 906 Abs. 1 BGB](#); hierzu BGH, NJW 1990, 2465 ff.)

IV. Teilnahmeanspruch (§ 70 GewO)

Grundsatz: Marktfreiheit (§ 70 Abs. 1 GewO)



Eingrenzung entsprechend Festsetzung (für bestimmte Warengruppen)

1. Eingrenzung des Teilnahmeanspruchs nach § 70 Abs. 2 GewO (Gruppenausschluss)

- Ausschluss aufgrund „Teilnahmebestimmungen“
- Problem: Verhältnis des § 70 **Abs. 2** GewO zu § 70 **Abs. 1** GewO
- Voraussetzungen:
 - Kein Widerspruch zur Festsetzung
 - Beschränkung auf bestimmte Aussteller-, Anbieter- und Besuchergruppen
 - Erforderlich für Erreichung des Veranstaltungszwecks
 - Keine Diskriminierung gleichartiger Unternehmen

IV. Teilnahmeanspruch (§ 70 GewO)

2. Ausschluss einzelner Teilnehmer (§ 70 Abs. 3 GewO)

Voraussetzung: sachlich gerechtfertigte Ausschlussgründe

(Herleitung der Sachgerechtigkeit anhand nachprüfbarer Kriterien entsprechend dem Sinn und Zweck der Veranstaltung)

a) Ausschluss wegen Verhalten eines Teilnehmers

Sachliche Gründe in Person des Anspruchinhabers

(z. B. mangelnde Zuverlässigkeit, so dass auch Behörde nach § 70a GewO zur Untersagung der Teilnahme berechtigt ist)

b) Ausschluss wegen Platzmangel

IV. Teilnahmeanspruch (§ 70 GewO)

b) Ausschluss wegen Platzmangel

- Voraussetzung: Erschöpfung des vorhandenen Platzes
- Kein Anspruch auf Erweiterung bestehender oder Schaffung neuer Kapazitäten
- Auswahl unter vorhandenen Bewerbern durch Veranstalter anhand Veranstaltungskonzept:
 - 1. Schritt:** Festlegung der Art und Anzahl der Angebote (gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Gestaltungsraum VG Neustadt a.d.W. GewArch 2010, 39, 41)
 - 2. Schritt:** Auswahl für jede Angebotssparte (Auswahlermessen in gewissen Grenzen); Problem: Sachgerechtigkeit der Kriterien (vgl. hierzu *Heitsch*, GewArch 2004, 225, 227 ff.)
 - bekannt und bewährt
 - Attraktivität ([VG Gießen, 8 K 4528/08.Gi v. 30.9.2009](#) = GewArch 2010, 161 ff.)
 - Windhundprinzip, Losverfahren, rollierendes System

IV. Teilnahmeanspruch (§ 70 GewO)

3. Rechtsschutz des Bewerbers

- Bei privatem Veranstalter
 - Anspruch aus [§ 70 Abs. 1 GewO](#) = (privatrechtlicher) Kontrahierungszwang
 - Durchsetzbar vor Zivilgerichten
 - Klage gerichtet auf Vertragsschluss mit Veranstalter auf Zulassung zur Veranstaltung
- Problem, wenn Veranstalter = Gemeinde

V. Teilnahmeuntersagung (§ 70a GewO)

- Untersagungsadressaten: einzelne Aussteller oder Anbieter, **nicht** Veranstalter oder Besucher
- Untersagungsgrund: Unzuverlässigkeit
- Ermessen der Behörde
- Daneben: Möglichkeit des Ausschlusses durch Veranstalter gemäß § 70 Abs. 3 GewO

VI. Besonderheiten bei Volksfesten (§ 60b GewO)

Allg. hierzu *Heitsch*, GewArch 2004, 225, 227 ff.

- Legaldefinition: [§ 60b Abs. 1](#) GewO

Ein Volksfest ist 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.

- Warenangebot im Annex zu unterhaltenden Tätigkeiten
- Konsequenz der Einstufung als Volksfest: Entsprechende Anwendbarkeit der §§ 69 ff. GewO
- Aber: Gleichzeitig Geltung der Vorschriften über Reisegewerbe, auch im Fall des [§ 68 Abs. 3](#) GewO

VII. Gemeinden als Veranstalter von Märkten und Volksfesten

Möglichkeit einer Festsetzung eines von einer Gemeinde veranstalteten Marktes/Volksfestes

- Veranstalter muss nicht selbst Gewerbetreibender sein
- Festsetzung hat Bedeutung für Marktprivilegien

Problem des „**In-Sich-VA**“: Kann der Bürgermeister als Gemeindebehörde gegenüber der Gemeinde selbst (ihrem eigenen Rechtsträger) einen VA erlassen?

VII. Gemeinden als Veranstalter von Märkten und Volksfesten

Problem des „**In-Sich-VA**“: Kann der Bürgermeister als Gemeindebehörde gegenüber der Gemeinde selbst (ihrem eigenen Rechtsträger) einen VA erlassen?

- Festsetzung nach [§ 69 GewO](#) kein VA mangels Außenwirkung, sondern bloß intern wirkender Organisationsakt mit denselben Rechtsfolgen wie „normale“ Festsetzung (z. B. *Hösch*, GewArch 1996, 402 f.; *Spannowsky*, GewArch 1995, 265, 268)
- A. A: [VGH Kassel, v. 3.12.2002 – 8 TG 2177/02 –](#) NVwZ-RR 2003, 345 f.; *Wirth*, GewArch 1986, 186, 188
- Allgemein zum „In-Sich-VA“: *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 190.

VII. Gemeinden als Veranstalter von Märkten und Volksfesten

Zugangsanspruch der Beschicker zu gemeindlichen Märkten/Veranstaltungen

- Nur nach [§ 70](#) GewO?
- (Auch) Nach allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts (kommunalrechtlicher Zugangsanspruch zu öffentlichen Einrichtungen/Grundsätze der Selbstbindung der Verwaltung i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG)?
- Besonderheiten bei der Anspruchsdurchsetzung (Verwaltungsverfahren/Zweistufentheorie/Rechtsweg)?

VII. Gemeinden als Veranstalter von Märkten und Volksfesten

Zugangsanspruch der Beschicker zu gemeindlichen Märkten/Veranstaltungen

Frage: Ist [§ 70](#) GewO auch zu Lasten einer Gemeinde anwendbar?

§ 70 GewO normiert unstr. **privatrechtlichen Kontrahierungszwang** zu Lasten des privaten Veranstalters.

Aber: Bund war nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG berechtigt, einen solchen Anspruch auch gegenüber Gemeinde zu normieren, selbst soweit das „Beschickungsverhältnis“ öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist (Marktsatzung)

Problem: § 70 GewO = Öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Bestimmung, wenn Gemeinde Veranstalter ist (vgl. *Hilderscheid*, GewArch 2008, 54, 57 ff.)?

- Soweit Markt „erwerbswirtschaftlich“ betrieben wird (kaum vorstellbar), ist Gemeinde nicht anders als Private zu behandeln
- Soweit Markt als Verwaltungsaufgabe durchgeführt wird, ist § 70 GewO nach h. M. als öffentlich-rechtliche Vorschrift zu verstehen und „Zweistufentheorie“ im „Beschickungsverhältnis“ anwendbar: Veranstaltung sei „öffentliche Einrichtung“ (vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 1994, 650, 651; *Braun*, NVwZ 2009, 747, 748)

VII. Gemeinden als Veranstalter von Märkten und Volksfesten

Zugangsanspruch gegen Gemeinde

Festgesetzte Veranstaltung

- Teilnahmeanspruch nach [§ 70 GewO](#)
- [§ 70 GewO](#) verdrängt als bundesrechtliche Norm parallele kommunalrechtliche Vorgaben
- Grundsätzlich keine bevorzugte Zulassung von ortsansässigen Beschickern
- Standplatzvergabe durch VA; aber jetzt auch: [VG Neustadt a.d.W v. 17. 6. 2008 – 4 L 614/08](#) = GewArch 2008, 361 ff.; [OLG Zweibrücken v. 10. 8. 2008 – 4 W 66/08](#) = GewArch 2009, 362 ff.: Zivilrechtsweg, wenn Markt privatrechtlich ausgestaltet ist,

Nicht festgesetzte Veranstaltung

- Grundsatz: Kein Zugangsanspruch; Privatautonomie des Veranstalters
- Anders: Veranstaltung eines Marktes etc. durch Gemeinde:
- Teilnahmeanspruch aus kommunalrechtlichem Zugangsanspruch für **ortsansässiger Beschicker**
- Teilnahmeanspruch gemäß [Art. 3 Abs. 1 GG](#) i.V.m. Grundsätze über Selbstbindung der Verwaltung für **nichtortsansässige Beschicker**
- Standplatzvergabe durch VA

VII. Gemeinden als Veranstalter von Märkten und Volksfesten

Zum Dauerthema „Zweistufentheorie“ im Allgemeinen und aktuellen Entwicklungen in diesem Zusammenhang:

- *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 106 ff.
- *Weißberger*, GewArch 2009, 417 ff. und 465 ff.

VII. Gemeinden als Veranstalter von Märkten und Volksfesten

Bewältigung des Bewerberüberhangs:

Anspruch auf Zugang → Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung

Entscheidungsträger für Beschickung und Festsetzung der Auswahlkriterien: grundsätzlich Gemeinderat bzw. entsprechender Ausschuss, da **kein Geschäft der laufenden Verwaltung** (vgl. VGH München, NVwZ-RR 2003, 771 ff.; OVG Saarlouis NVwZ-RR 2010, 972 ff.)

- 1. Schritt:** Festlegung der Art und Anzahl der Angebote (gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Gestaltungsraum)
- 2. Schritt:** Auswahl für jede Angebotssparte (Auswahlermessen in gewissen Grenzen)

Sachgerechte Kriterien (Bekannt und bewährt / Attraktivität / Windhundprinzip / Losverfahren / rollierende Systeme)

Hierzu: *Braun*, NVwZ 2009, 7467, 750 ff.; *Heitsch*, GewArch 2004, 225, 227 ff.

VII. Gemeinden als Veranstalter von Märkten und Volksfesten

Konkurrentenstreit - Primärrechtsschutz bei Erschöpfung der Platzkapazität?

- Ursprünglich: Kein Primärrechtsschutz, da Platzkapazität erschöpft und Anspruch untergegangen
- Aber: [BVerfG, v. 15.8.2002 – 1 BvR 1790/00 –](#) NJW 2002, 3691, 3692

„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 Markt-anbieters, diese Verpflichtung umzusetzen. Sowohl das öffentliche Recht wie das Privatrecht halten mit Widerruf und Rücknahme oder der Möglichkeit der (außerordentlichen) Kündigung, gegebenenfalls gegen Schadensersatz für den rechtswidrig bevorzugten Marktbesucher, Vorkehrungen für den Fall bereit, dass die öffentliche Hand eine zunächst gewährte Rechtsposition entziehen muss.**“

VII. Gemeinden als Veranstalter von Märkten und Volksfesten

Konkurrentenstreit - Primärrechtsschutz bei Erschöpfung der Platzkapazität?

[OVG Lüneburg v. 7. 11. 2009 - 7 ME 116/09](#) = GewArch 2010, 245 ff.

- Durch positiven Zulassungsbescheid wird Platzkapazität erschöpft
- Neben Neubescheidungsantrag ist Anfechtungsklage gegen bereits erfolgte Zulassung erforderlich
- Neubescheidungsantrag nur ausreichend, wenn der Bewerber darauf vertrauen will, dass Behörde von sich aus bereits erteilte Zulassungen überprüft und ggf. nach §§ 48 f. VwVfG aufhebt

Ähnlich: VGH München, BayVBl. 2011, 23, 24,

VII. Gemeinden als Veranstalter von Märkten und Volksfesten

Ist kommunalrechtlicher Zugangsanspruch wirklich sinnvolles Leitbild?

- Herleitung der Rechtsprechung zu Zulassungsansprüchen aufgrund Annahme des Bestehens eines kommunalrechtlichen Zugangsanspruchs für Beschicker:
 - Anwendung der Zweistufentheorie
 - Notwendigkeit der Festsetzung der Auswahlkriterien durch Gemeinderat
 - Prägung der materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Ausgestaltung des [§ 70](#) GewO
- Aber: Kommunalrechtlicher Zugangsanspruch nicht anwendbar, wenn Beschicker nicht Benutzer der öffentlichen Einrichtung, sondern als Dienstleistungserbringer Teil der öffentlichen Einrichtung (so *Fastenrath*, NWVBl. 1992, 51, 54)

VII. Gemeinden als Veranstalter von Märkten und Volksfesten

Rechtsfolgen der „Marktprivatisierung“ (Schalt, GewArch 2002, 137 ff.)

VGH Kassel, NVwZ-RR 1994, 650, 651 f.; VGH Mannheim, GewArch 2001, 420; VGH München, NVwZ 1999, 1122 f.; VG Augsburg NVwZ-RR 2001, 468; VG Stuttgart, NVwZ 2007, 614 ff. und GewArch 2008, 302 f.



Gemeinde kann „wahrer“ Veranstalter, Veranstaltung „öffentliche Einrichtung“ sein

- Anspruch aus [§ 70](#) GewO/kommunalrechtlicher Zugangsanspruch gegen Gemeinde
- Anwendung der Zweistufentheorie (Entscheidung über Zulassung der Beschicker durch Gemeinde selbst/ Handlungsform: VA)

VII. Gemeinden als Veranstalter von Märkten und Volksfesten

Rechtsfolgen der „Marktprivatisierung“ (*Schalt*, GewArch 2002, 137 ff.)

Bisher weitgehend unstr.:

AG Hannover, GewArch 2007, 342; OVG Lüneburg GewArch 2005, 258 f.; VGH Kassel, LKRZ 2008, 262 ff. (hierzu *Waldhoff*, JuS 2008, 925 f.); VG Freiburg NVwZ-RR 2002, 139 f.



Möglichkeit „echter“ Privatisierung, wenn Gemeinde sämtliche Einflussmöglichkeiten aufgibt: Entscheidung trifft der „neue“ Veranstalter auf Grundlage des § 70 GewO/Zivilrechtsweg.

VII. Gemeinden als Veranstalter von Märkten und Volksfesten

Rechtsfolgen der „Marktprivatisierung“ (*Schalt*, GewArch 2002, 137 ff.)

Aber jetzt

[BVerwG, 8 C 10/08 v. 27. 5. 2009](#) = NVwZ 2009, 1305 ff.:



Gemeindliche Pflicht zur Durchführung „traditioneller“ Weihnachtsmärkte in eigener Verantwortung (Abs. 27 ff.) ; bei unzulässiger Privatisierung soll (offenbar) das Vorliegen einer „öffentlichen Einrichtung“ fingiert werden (Abs. 24).

Folgeentscheidung: [VGH Kassel, 8 A 2613/09 v. 4. 3. 2010](#)

Sehr kritisch: *Ehlers*, DVBl. 2009, 1456 ff.; *Kahl*, LKRZ 2009, 425 ff.; *Schoch* DVBl. 2009, 1533 ff.; *Winkler*, JZ 2009, 1169 ff.; ferner *Katz* NVwZ 2010, 405 ff.; *Stein* DVBl 2010, 563 ff.