

4 MANEGE FREI FÜR DAS KOMMUNALRECHT (KOMMUNALRECHT)

Hinweis vom HLB-Team:

*"The show must go on!". Nach dieser Devise lebt auch jener Zirkusveranstalter, dem wir die aktuelle Entscheidung des Monats zu verdanken haben. Er beantragte bei der zuständigen Behörde die **Zulassung zu einem kommunalen Veranstaltungsplatz** in Bayern. Geplant war eine Show gespickt mit verschiedenen Zirkus-typischen Darbietungen. Neben Seiltänzern, Turnakrobaten und jonglierenden Clowns sollten auch verschiedene Zirkustiere Einzug in die Manege halten, darunter Riesen-Kängurus, Kamele und Zebras. Die erforderlichen tierschutzrechtlichen Erlaubnisse fügte er seinem Antrag bei.*

*Vom Kamel zur juristischen Kamelle: Das Vorhaben unseres Antragstellers entwickelte sich zur öffentlich-rechtlichen Odyssee, als die Antragsgegnerin den Antrag ablehnte. Sie verwies in ihrer Begründung auf einen **Gemeinderatsbeschluss**, welcher die städtischen Veranstaltungsplätze umwidmete und die Zurschaustellung und/oder Mitführung von wilden Tieren zwecks Tierschutz zukünftig zu untersagen gedachte. Schwarz-weiß wie die Streifen eines Zebra ist die Einzelfallgerechtigkeit freilich nicht: Der Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (VGH) entschied im Sommer mit Beschluss vom 25.05.2023 (4 CE 23/854, BeckRS 2023, 12083) zugunsten des Antragsstellers. In der folgenden Entscheidung zeigen wir auf, wie mit dem typischen Spannungsverhältnis zwischen Zulassungsanspruch und dem Recht auf Gleichbehandlung juristisch umzugehen ist. Im prozessualen Kleid des vorläufigen Rechtsschutzes – wohl einer der bedeutenderen Hauptdarsteller in der Examens-Manege – gehen wir den Erwägungen des Gerichts einleuchtend nach.*

*Viel Rummel um den Rummel… und Bammel: Jene, denen sich beim Stichwort „Gemeinde" bereits der Magen umdreht, seien beruhigt. Die Gemeindeordnung (GO NRW) **im Spotlight** – in diesem Monat widmen wir uns in aller Ausführlichkeit dem **Kommunalrecht**. Im **Dogmatischen Vertiefungsteil** erfahrt ihr alles, was es über den wohl wichtigsten **kommunalrechtlichen Zulassungsanspruch zu öffentlichen Einrichtungen** (**§ 8 Abs. 2 GO NRW**) zu wissen gilt. Der Vollständigkeit und dogmatischen Verknüpfung halber, besprechen wir sodann noch zwei weitere Zulassungsansprüche: Einen direkt aus der Verfassung **Art. 3 Abs. 1 GG** sowie einen aus **§ 5 PartG** (i.V.m. dem GG). Das Kommunalrecht ist ohne Frage beliebter Prüfungsstoff im*

Öffentlichen Recht. Unter Umständen erfordert es Jura-Akrobatik am Hochreck, namentlich dann wenn es mit weiteren Rechtsgebieten vermengt wird (POR, Verfassungsrecht, BauR) und damit zur strukturbedürftigen Klausur der Inzidenzen wird.

DIE HINTERGRÜNDE DER ENTSCHEIDUNG

Der Antragsteller bewarb sich als Inhaber eines Zirkusunternehmens bei der Antragsgegnerin – einer bayrischen Gemeinde – um die Zulassung zu einem kommunalen Veranstaltungsplatz. Beabsichtigt war die Durchführung mehrerer Zirkus-Darbietungen, an denen unter anderem Wildtiere (Riesenkängurus, Kamele und Zebras) beteiligt sein sollten. Der Antragsteller fügte der Bewerbung die diesbezüglich erteilten tierschutzrechtlichen Erlaubnisse[1] bei.

Die Antragsgegnerin lehnte den Antrag dennoch ab und verwies zur Begründung auf einen Stadtratsbeschluss der Gemeinde. In diesem wurde die Widmung der städtischen Veranstaltungsplätze dahingehend abgeändert, dass Darbietungen von Zirkussen, welche Wildtiere mitführen und/oder zur Schau stellen, aus Gründen des Tierschutzes künftig nicht mehr zugelassen werden sollen. Eine entsprechende Regelung wurde auch in die Tarifordnung der Antragsgegnerin, die für die privatrechtlichen Verträge über die Nutzung der Festplätze maßgebend ist, integriert.

Ein daraufhin angestrengtes **vorläufiges Rechtsschutzverfahren** des Antragsstellers vor dem Verwaltungsgericht München blieb ohne Erfolg.[2] Gegen den Beschluss legte der Antragssteller Beschwerde **(§§ 146 ff. VwGO)** beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (VGH)[3] ein, der nunmehr über die Sache zu entscheiden hatte.

DIE ENTSCHEIDUNG

Der Bayerische VGH hat der Beschwerde stattgegeben. Unter Abänderung des ablehnenden Beschlusses des Verwaltungsgerichts verpflichtete das Gericht die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung, dem Antragsteller nach ihrer Wahl einen von zwei städtischen Plätzen ohne Beschränkung der mitzuführenden bzw. zur Schau zu stellenden Tiere für zehn Tage im Zeitraum Mai/Juni 2023 zur Verfügung zu stellen.[4]

Der erforderliche Anordnungsanspruch ergebe sich aus dem **Recht des Anspruchstellers auf Gleichbehandlung** mit anderen Zirkusunternehmen (**Art. 3 Abs. 1 GG**) i.V.m. der **Widmung**. Zwar enthalte diese eine Beschränkung auf solche Zirkusunternehmen, die keine Wildtiere mitführen und/oder zur Schau stellen. Diese Beschränkung sei in der vorliegenden Form jedoch **unzulässig.**[5]

Diese Unzulässigkeit folge allerdings **nicht** – wie vom Antragssteller vorgetragen – aus dem Umstand, dass keine **örtliche Angelegenheit der Gemeinde** vorliege.[6] Wie das VG München richtig dargelegt habe, folge aus der Selbstverwaltungsgarantie (**Art. 28 Abs. 2 GG**) und dem damit korrespondierenden Recht auf eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung ein weites, gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbares Gestaltungsermessen bei der Festlegung des Zwecks und des Benutzerkreises

[1] Vgl. hierzu § 11 TierSchG.

[2] VG München, Beschl. v. 03.05.2023 – M 7 E 23/1847, BeckRS 2023, 10795.

[3] BayVGH, Beschl. v. 25.05.2023 – 4 CE 23/854, BeckRS 2023, 12083.

[4] BayVGH, Beschl. v. 25.05.2023 – 4 CE 23/854, BeckRS 2023, 12083.

[5] BayVGH, Beschl. v. 25.05.2023 – 4 CE 23/854, BeckRS 2023, 12083 Rn. 12.

[6] BayVGH, Beschl. v. 25.05.2023 – 4 CE 23/854, BeckRS 2023, 12083 Rn. 14.

ihrer freiwillig geschaffenen öffentlichen Einrichtungen (**Art. 57 Abs. 1 S. 1 BayGO**[7]). Die Gemeinde könne daher grundsätzlich festlegen, ob und unter welchen Voraussetzungen öffentliche Einrichtungen für Zirkusvorstellungen zur Verfügung gestellt werden. Dabei dürfen auch **überörtliche (Neben-)Ziele** (wie hier: der Tierschutz) verfolgt werden. Die Einrichtung werde nicht schon dadurch zu einer **überörtlichen Angelegenheit**, weil die an die Nutzung gestellten Anforderungen für sich genommen keinen spezifischen Ortsbezug aufweisen. Es sei völlig normal, dass Gemeinden einzelne Sparten des Kulturlebens als **besonders förderwürdig** ansehen und diesen im Rahmen der Widmung den Vorzug geben.[8]

Auch stünden die auf **Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG, Art. 72 Abs. 1 GG** beruhenden tierschutzrechtlichen Bestimmungen der streitigen Widmungsbeschränkung **nicht** entgegen.[9] Zwar könne dem Antragsteller, der eine tierschutzrechtliche Erlaubnis gem. **§ 11 TierSchG** besitzt, der Einsatz von Wildtieren nicht zum Vorwurf gemacht werden. **Daraus folge aber keineswegs ein Zulassungsanspruch** zu öffentlichen Einrichtungen. So wie z.B. der Besitz einer den Betrieb eines Fahrgeschäfts betreffende Reisegewerbekarte (**§ 55 Abs. 2 GewO**) kein Recht vermittle, auf einem gemeindlichen Volksfest allgemein zugelassen zu werden, könne auch der Zirkusunternehmer nicht auf die Zulassung beharren, nur weil die Wildtierhaltung im konkreten Fall erlaubt sei. Eine entspr. Zulassungspflicht wäre schon vor dem Hintergrund der kommunalen Selbstverwaltung (**Art. 28 Abs. 2 GG**) sowie dem Durchgriffsverbot (**Art. 84 Abs. 7 S. 1 GG**) höchst zweifelhaft.[10]

Die Widmung sei aber **aus grundrechtlicher Sicht zu beanstanden**. Der Ausschluss von Zirkussen, die Wildtiere mit sich führen und/oder zur Schau stellen, verstoße gegen **Art. 3 Abs. 1 GG**.[11]

Laut BayVGH bestehe mit der bezweckten Förderung des Tierwohls schon im Hinblick auf **Art. 20a GG** zwar ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung, diese sei aber **unverhältnismäßig** und damit **unangemessen**, da sie das Recht der freien Berufsausübung (**Art. 12 Abs. 1 GG**) unzulässig beschneidet. So unterfalle der „Zirkusunternehmer" unzweifelhaft dem Schutzbereich der Berufsfreiheit. Ein Eingriff liege ebenfalls offensichtlich vor; nach der Intention der Gemeinde ziele die Widmungsbeschränkung einzig und allein darauf ab, Zirkusveranstaltungen mit Wildtieren zu verhindern und weise daher jedenfalls eine **objektiv berufsregelnde Tendenz** auf.[12]

Ob der Eingriff in **Art. 12 Abs. 1 GG** verhältnismäßig ist, bedürfe hingegen keiner näheren Erörterung. Denn die Berufsfreiheit könne gem. **Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG** nur **durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes** eingeschränkt werden. Wenngleich der einfache Gesetzesvorbehalt nach Auffassung des VGH durch eine kommunale Satzung nach **Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 BayGO**[13] noch gewahrt werden könne, sei dies bei einem **schlichten Ratsbeschluss** unstreitig **nicht** der Fall. Dasselbe gelte für den Hinweis auf diese Beschränkung in der den zivilrechtlichen Nutzungsverträgen zugrundeliegenden **Tarifordnung**.

[7] Vgl. für NRW: § 8 Abs. 1 GO NRW.

[8] BayVGH, Beschl. v. 25.05.2023 – 4 CE 23/854, BeckRS 2023, 12083 Rn. 14 f.

[9] BayVGH, Beschl. v. 25.05.2023 – 4 CE 23/854, BeckRS 2023, 12083 Rn. 16.

[10] BayVGH, Beschl. v. 25.05.2023 – 4 CE 23/854, BeckRS 2023, 12083 Rn. 17.

[11] BayVGH, Beschl. v. 25.05.2023 – 4 CE 23/854, BeckRS 2023, 12083 Rn. 18.

[12] BayVGH, Beschl. v. 25.05.2023 – 4 CE 23/854, BeckRS 2023, 12083 Rn. 19.

[13] Vgl. für NRW: § 7 Abs. 1 GO NRW.

Die Widmungsbeschränkung verstoße somit gegen **Art. 3 Abs. 1 GG**, sodass der Antragsteller aus **Art. 3 Abs. 1 GG i.V. mit der Widmung** dieselben Rechte herleiten könne, wie ein Zirkusunternehmer, der keine Wildtiere hält. Mithin bestehe ein **Anordnungsanspruch**.



Auch einen **Anordnungsgrund** habe der Antragsteller glaubhaft gemacht.[14] Ohne die Gewährung von Eilrechtsschutz wäre sein Anspruch auf Zugang zu dem städtischen Veranstaltungsplatz zu den gewünschten Vorstellungsterminen nicht durchsetzbar, da eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren in jedem Fall zu spät käme. Dass damit eine (endgültige) **Vorwegnahme der Hauptsache** verbunden ist, sei ebenfalls unschädlich. Im Interesse des effektiven Rechtsschutzes (**Art. 19 Abs. 4 GG**) sei eine Vorwegnahme der Hauptsache ausnahmsweise geboten, wenn eine Versagung vorläufigen Rechtsschutzes den Antragsteller **schwer und unzumutbar** oder **irreparabel belasten** würde. Der Antragsteller habe glaubhaft dargelegt, dass er trotz großer Anstrengungen keine alternative Ausweichspielstätte in einem anderen Ort habe finden können, sodass er den Zirkusbetrieb in diesem Zeitraum stilllegen müsste. Da ein Zirkusbetrieb mit hohen Fixkosten verbunden sei, könne schon der kurzfristige ersatzlose Ausfall einer einzelnen Darbietung zu einer wirtschaftlichen Existenzgefährdung führen. Zudem handle es sich bei der geplanten Vorstellung im Stadtgebiet der Antragsgegnerin um ein termingebundenes Ereignis, dass im Rahmen der Tourenplanung nicht ohne Weiteres nachgeholt werden könne, sodass sich auch daraus eine besondere Dringlichkeit der gerichtlichen Eilentscheidung ergebe.[15] Deswegen sei dem ursprünglich geäußerten Begehren des Antragstellers stattzugeben.

DOGMATISCHE VERTIEFUNG

Das **Kommunalrecht** dürfte sich bei vielen Studierenden in der Prioritätenliste irgendwo zwischen dem Staatshaftungs-, Bau- und Europarecht – mithin in der Kategorie „*Schaue ich mir später an!*“ – einreihen. Diese Einstellung ist im Hinblick darauf, dass Kommunalrecht von 2012 bis 2016 nur in ca. 10,2 % aller Examensklausuren aus dem öffentlichen Recht eine Rolle spielte[16], durchaus verständlich. Dennoch ist „auf Lücke“ Setzen – wie eigentlich immer – auch hier mit großen Risiken verbunden: So dürfte bspw. jeder und jedem Studierenden der „Rummel“-Fall[17] ein Begriff sein. Zudem sollte man im Blick behalten, dass Klausuren des öffentlichen Rechts nur in den seltensten Fällen auf ein Teilgebiet zu-

[14] BayVGH, Beschl. v. 25.05.2023 – 4 CE 23/854, BeckRS 2023, 12083 Rn. 23.

[15] BayVGH, Beschl. v. 25.05.2023 – 4 CE 23/854, BeckRS 2023, 12083 Rn. 24.

[16] Auswertung der Universität Köln: https://klausurenkurs.uni-koeln.de/sites/klausurenkurs/Downloads/Auswertung_Oeffentliches_Recht_2012-2016.pdf (letzter Zugriff am 12.10.2023).

[17] Stichwort: Zulassung zu einem Jahrmarkt/Weihnachtsmarkt.

geschnitten, sondern in aller Regel **rechtsgebietsübergreifend** sind.

Dies im Hinterkopf behaltend, ist das Kommunalrecht nicht zu unterschätzen. Aus den „Randgebieten" des besonderen Verwaltungsrechts spielt es, wenn es um Vielseitigkeit und Flexibilität möglicher Aufgabenstellungen geht, ganz vorne mit. Ob als Einstieg in eine Klausur oder als bloßer Einschub in Form einer „Zwischenfrage", die es zu lösen gilt: Das Kommunalrecht lässt sich problemlos mit dem allgemeinen Verwaltungs-, Polizei- und Ordnungs-, Bau- oder Verfassungsrecht kombinieren und sollte daher zumindest in Grundzügen beherrscht werden.

I. DER KOMMUNALRECHTLICHE ZULASSUNGSANSPRUCH ZU ÖFFENTLICHEN EINRICHTUNGEN

Vor diesem Hintergrund soll heute das Wissen um den **Zulassungsanspruch zu öffentlichen Einrichtungen** dogmatisch vertieft werden. Insbesondere wollen wir euch ins Bewusstsein rufen, dass in diesem Kontext mehr als nur **§ 8 Abs. 2 GO NRW** – der vielen Leserinnen und Lesern hier wohl als Erstes durch den Kopf schießen dürfte – als Anspruchsgrundlage in Betracht kommt.

1. DIE STANDARD-ANSPRUCHS-GRUNDLAGE: § 8 ABS. 2 GO NRW

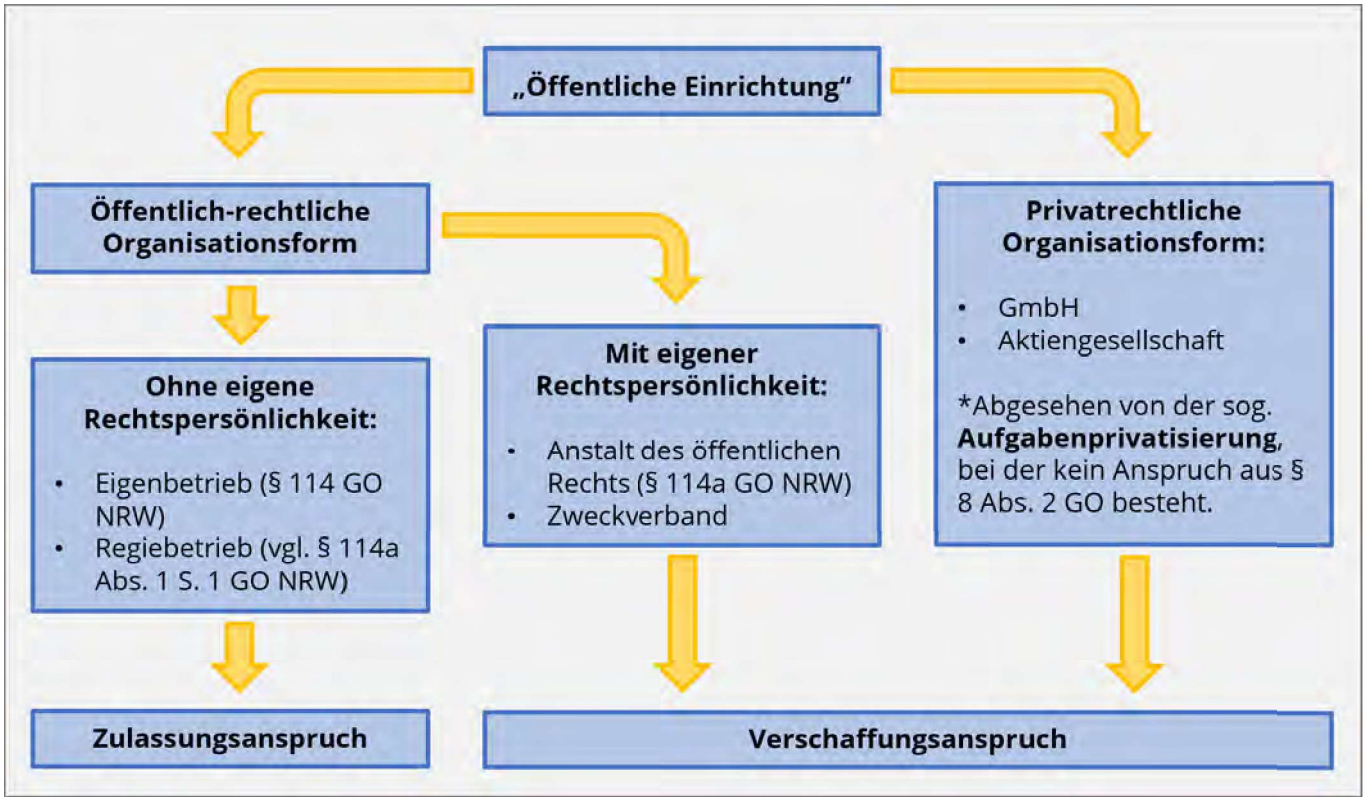
Die wohl relevanteste und zugleich bekannteste Anspruchsgrundlage dürfte der Zulassungs- und Benutzungsanspruch aus **§ 8 Abs. 2 GO NRW** sein. Man sollte sich in der Klausur jedoch nicht blindlings auf diese Anspruchsgrundlage stürzen, denn schon hier kann die erste **„Falle"** lauern: Häufig wird übersehen, dass es noch weitere Benutzungsansprüche gibt, die **spezieller** sind und den allgemeinen Zulassungs- und Benutzungsanspruch aus **§ 8 Abs. 2 GO NRW** in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich **verdrängen.**[18] Zu nennen ist hier insbesondere **§ 70 Abs. 1 GewO** bei festgesetzten Veranstaltungen (vgl. **§ 69 GewO**), der gerade in den bekannten „Rummel"-Fällen eine Rolle spielen kann. Auch **§ 22 PBefG** als spezielle Anspruchsgrundlage für die Beförderung mit Nahverkehrsmitteln oder **§ 36 I 1 EnWG** für die Versorgung mit Energie sind hier zu verorten. Nur wenn keine speziellere Anspruchsgrundlage ersichtlich ist, solltet Ihr mit **§ 8 Abs. 2 GO NRW** beginnen.

A) TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN VON § 8 ABS. 2 GO NRW

In **§ 8 Abs. 2 GO NRW** heißt es: *„Alle Einwohner einer Gemeinde sind im Rahmen des geltenden Rechts berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen…"*. Wenngleich die Norm – etwas missverständlich – von *„benutzen"* spricht, zielt das subjektiv-öffentliche Recht nicht unmittelbar auf die Benutzung selbst, sondern auf die **Zulassung zur Benutzung.**[19] Anspruchsberechtigt sind zunächst alle **Gemeindeeinwohner** (vgl. zum Begriff **§ 21 Abs. 1 GO NRW**). Allerdings erstreckt **§ 8 Abs. 3 u. 4 GO NRW** den Zulassungsanspruch auch auf Personen, die in der Gemeinde über Grundbesitz verfügen oder dort Gewerbetreibende sind (**Abs. 3**), sowie auf juristische Personen und Personenvereinigungen, die in der Gemeinde ansässig sind, d.h. ihren Sitz haben, oder dort Eigentümer von Grundstücken oder Gewerbetreibenden sind (**Abs. 4**).

[18] Vgl. *Dietlein*, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 2 Rn. 267; *Ehlers*, JURA 2012, 849 (850).

[19] *Dietlein*, JURA 2002, 445 (446 f.); *Peters* in: BeckOK-Kommunalrecht NRW, 24. Ed. Stand: 01.06.2023, § 8 GO Rn. 21.



Anspruchsgegner ist grundsätzlich die **Gemeinde.** Schließlich ist Inhalt des Anspruchs auch die Zulassung zur Benutzung einer *„öffentlichen Einrichtung der Gemeinde"*. Allerdings ist dies – und auch das ist eine beliebte **„Falle"** in Klausuren, die gerne übersehen wird – keineswegs zwingend, sondern hängt maßgeblich von der **Organisationsform** ab, in der die öffentliche Einrichtung betrieben wird.[20]

Keine Probleme ergeben sich, wenn die öffentliche Einrichtung **ohne eigene Rechtspersönlichkeit** von der Gemeinde getragen wird, z.B. im Wege eines Eigen- oder Regiebetriebs (vgl. **§ 114 Abs. 1 GO NRW**); hier ist Anspruchsgegner die Gemeinde.[21] Anders liegt der Fall jedoch, wenn die öffentliche Einrichtung in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsform[22] **mit eigener Rechtspersönlichkeit** betrieben wird[23]. Aufgrund der eigenen Rechtspersönlichkeit ist eigentlicher Anspruchsgegner in diesen Fällen der **Einrichtungsträger selbst** und nicht die Gemeinde. Hier wandelt sich der Zulassungs- in einen **Verschaffungsanspruch** gegen die Gemeinde um, d.h. die Gemeinde hat gegenüber dem verselbstständigten Träger die Durchsetzung des Zulassungsanspruchs sicherzustellen und auf diesen einzuwirken.[24]

[20] *Peters* in: BeckOK-Kommunalrecht NRW, 24. Ed. Stand: 01.06.2023, § 8 GO Rn. 35; *Dietlein*, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 2 Rn. 254 ff.

[21] *Dietlein*, JURA 2002, 445 (446); *Peters* in: BeckOK-Kommunalrecht NRW, 24. Ed. Stand: 01.06.2023, § 8 Rn. 35.

[22] **Beachte:** Allein der Umstand, dass die Gemeinde eine öffentliche Einrichtung in privatrechtlicher Organisationsform betreibt, stellt die Einordnung der Einrichtung als „öffentlich" i.S. von § 8 Abs. 1 GO NRW nicht in Frage (s. dazu näher *Peters* in: BeckOK-Kommunalrecht NRW, 24 Ed. Stand: 01.06.2023, § 8 GO Rn. 15.1 ff.).

[23] Öffentlich-rechtlich z.B.: Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 114a GO NRW); privatrechtlich z.B.: GmbH, AktG.

[24] *Peters* in: BeckOK-Kommunalrecht NRW, 24. Ed. Stand: 01.06.2023, § 8 GO Rn. 35; *Dietlein*, JURA 2002, 445 (446 f.).

Was so manchem vielleicht als „Feinheit“ im Rahmen des **§ 8 Abs. 2 GO NRW** erscheinen mag, hat mithin erhebliche Auswirkungen auf die Klausurbearbeitung: Der Zulassungsanspruch wird nämlich mittels **Verpflichtungsklage** (**§ 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO**) durchgesetzt, während der Verschaffungsanspruch – da er auf Vornahme eines Realaktes gerichtet ist („Einwirken“) – mittels **allgemeiner Leistungsklage (§ 43 Abs. 1 S. 1 VwGO**) geltend gemacht werden muss.[25] Wer hier oberflächlich arbeitet oder schludert, läuft also Gefahr, seine Prüfung mit einer unstatthaften Klage einzuleiten.

Als nächstes muss eine „**öffentliche Einrichtung**“ i.S. der Norm vorliegen. Darunter versteht man jede dauerhafte Zusammenfassung von personellen und sachlichen Mitteln, die von der Gemeinde unterhalten und durch Widmung der bestimmungsgemäßen Nutzung durch Einwohner oder bestimmten Vereinigungen zugänglich gemacht wird.[26] Da gemeindliche Einrichtungen ihren „öffentlichen Charakter“ durch **Widmung**[27] erhalten, sind die Erscheinungsformen öffentlicher Einrichtungen faktisch grenzenlos.[28] Ausgenommen sind allerdings Sachen im **Gemeingebrauch**[29] wie Straßen und Brücken oder **privatrechtliche Einrichtungen**[30] (= Einrichtungen, die eindeutig nur zur Inanspruchnahme nach bürgerlich-rechtlichen Vorschriften bereitgestellt sind) wie die gemeindliche Mietwohnung oder die städtische Brauerei.

Zuletzt besteht ein Benutzungs- und Zulassungsanspruch nach **§ 8 Abs. 2 GO NRW** nur „*im Rahmen des geltenden Rechts*“. Das umfasst die **gesamte Rechtsordnung** sowie die von der Gemeinde erlassenen **Nutzungsregelungen und -einschränkungen**, die sich aus der Widmung, Benutzungssatzungen oder Verwaltungsakten ergeben können.[31] Darunter fällt bspw. auch das **Polizei- und Ordnungsrecht.** Liegen also konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass die Anspruchsteller mit Sicherheit zu erwartende Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begehen wollen, kann die Zulassung versagt werden.[32]

Deutlich klausurrelevanter sind in diesem Zusammenhang allerdings die zuletzt benannten Nutzungsregelungen und -einschränkungen der Gemeinde. Nicht selten bildet dieser Teil den Schwerpunkt der Klausur. Hier muss man

---

[25] *Dietlein*, JURA 2002, 445 (452); *Dietlein*, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 2 Rn. 279.

[26] OVG NRW, Urt. v. 27.01.2015 – 16 A 1494/14, BeckRS 2015, 42643 (Rn. 129); *Dietlein*, JURA 2002, 445 (446).

[27] **Beachte:** Die Widmung einer öffentlichen Einrichtung ist – anders als etwa die Widmung einer Straße – an keine bestimmte Rechtsform gebunden; sie kann auch konkludent erfolgen, solange der Wille zur öffentlichen Indienststellung hinreichend erkennbar ist, vgl. *Wansleben* in: PdK NW, Bd. I, Lsbl., Stand: Juli 2015, § 8 GO Erl. 2.1.

[28] Bspw. kann auch eine über die städtische Internetseite laufenden **Internet-Domain** „öffentliche Einrichtung“ i.S. von § 8 Abs. 1 GO NRW sein, vgl. OVG NRW, Beschl. v. 19.05.2015 – 15 A 86/14, MMR 2015, 775.

[29] *Wansleben* in: PdK NW, Bd. I, Lsbl., Stand: Juli 2015, § 8 GO Erl. 2.1., Erl. 2.2.; *Dietlein*, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 2 Rn. 252.

[30] VG Arnsberg, Urt. v. 20.08.2007 – 14 K 274/07, BeckRS 2007, 26221.

[31] *Peters* in: BeckOK-Kommunalrecht NRW, 24. Ed. Stand: 01.06.2023, § 8 GO Rn. 16 ff., 26 ff.; *Dietlein*, JURA 2002, 445 (450).

[32] BayVGH, Beschl. v. 21.02.2008 – 4 ZB 07/3489, BeckRS 2008, 27582 (Rn. 9); wenn die Gefahr von **Dritten** (z.B. **Gegendemonstranten**) ausgeht, sind die Maßnahmen jedoch primär gegen den Verhaltensstörer zu richten, vgl. OVG NRW, Beschl. v. 28.06.2018 – 15 B 875/18, BeckRS 2018, 15395 (Rn. 17); *Dietlein*, JURA 2002, 445 (450).

beachten, dass Nutzungsregelungen und -einschränkungen aller Art nicht gegen **verfassungsrechtliche Vorgaben** verstoßen dürfen; insb. unterliegt die Gemeinde der allgemeinen Grundrechtsbindung nach **Art. 1 Abs. 3 GG.**[33] Relevant wird hier regelmäßig der **Gleichheitsgrundsatz** (**Art. 3 Abs. 1 GG**). Ungleichbehandlungen müssen sich an **sachlichen Gründen** und dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** orientieren.[34] Letztlich kann man hier aber jedes erdenkliche Grundrecht in den Fall integrieren. Beliebt sind bspw. die Meinungsfreiheit (**Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG**) oder die Berufsfreiheit (**Art. 12 Abs. 1 GG**). Je nach Lage des Falls muss also geprüft werden, ob die einschränkende Regelung gegen die in Betracht kommenden Grundrechte verstößt.

B) DIE RECHTSFOLGE DES § 8 ABS. 2 GO NRW

Aus **§ 8 Abs. 2 GO NRW** folgt grundsätzlich ein **gebundener Anspruch** auf Zulassung zu der öffentlichen Einrichtung.[35] Davon gibt es jedoch eine besondere Ausnahme, die ebenfalls einen Klausurklassiker darstellt: **§ 8 Abs. 2 GO NRW** begründet lediglich einen Zulassungsanspruch **innerhalb der Kapazität** (vgl. **§ 70 Abs. 3 GewO**). Aus der Norm lässt sich gerade kein Recht auf **Erweiterung** oder gar **Schaffung** einer öffentlichen Einrichtung ableiten.[36] Ist die öffentliche Einrichtung schon „ausgelastet", hat der Bürger lediglich einen Anspruch auf **ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung über die Verteilung der verfügbaren Kapazitäten.**[37] Denn aus der bereits erwähnten Grundrechtsbindung der Gemeinde (**Art. 1 Abs. 3 GG**) folgt, dass die Vergabe insbesondere unter **Achtung des Gleichheitssatzes** (**Art. 3 Abs. 1 GG**), d.h. nach **sachlichen Kriterien** zu treffen ist. Bei den Vergabekriterien ist die Gemeinde wiederum recht frei. Als **zulässig** erachtet wurden bspw. ein Rotationsprinzip, der Losentscheid, das Prioritätsprinzip oder eine Entscheidung nach der „Attraktivität der Bewerber".[38] Auch das Kriterium „**bekannt und bewährt**" ist grundsätzlich zulässig, sofern sichergestellt ist, dass neue Bewerber nicht auf unabsehbare Zeit von der Teilnahme ausgeschlossen sind.[39]

---

[33] *Peters* in: BeckOK-Kommunalrecht NRW, 24. Ed. Stand: 01.06.2023, § 8 GO Rn. 18.

[34] OVG NRW, Beschl. v. 19.05.2015 – 15 A 86/14, MMR 2015, 775 (775 f.); BayVGH, Urt. v. 13.02.1985 – 4 N 84/545, NJW 1985, 1663 (1663); *Wansleben* in: PdK NW, Bd. I, Lsbl., Stand: September 2013, § 8 GO Erl. 3.1.

[35] *Peters* in: BeckOK-Kommunalrecht NRW, 25. Ed. Stand: 01.09.2023, § 8 GO Rn. 31; *Dietlein* in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 2 Rn. 272.

[36] OVG NRW, Beschl. v. 18.12.1992 – 15 B 4474/92, NVwZ-RR 1993, 318 (318 f.); OVG NRW, Beschl. v. 30.04.2004 – 15 A 1130/04, BeckRS 2004, 22274 (Rn. 3); *Peters* in: BeckOK-Kommunalrecht NRW, 25. Ed. Stand: 01.09.2023, § 8 GO Rn. 32.

[37] OVG NRW, Beschl. v. 18.12.1992 – 15 B 4474/92, NVwZ-RR 1993, 318 (318 f.); *Dietlein*, JURA 2002, 445 (451).

[38] Zum Losentscheid und „Attraktivität": OVG NRW, Beschl. v. 15.05.2017 – 4 A 1504/15, NVwZ-RR 2017, 690 (692); Beschl. v. 02.07.2010 – 4 B 643/10, BeckRS 2010, 50545 Rn. 5. Zum Prioritätsprinzip: VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 16.10.2014 – 1 S 1855/14, BeckRS 2014, 57510 Rn. 15.

[39] BVerwG, Beschl. v. 24.06.2011 – 8 B 31/11, BeckRS 2011, 52577 Rn. 5 ff.; *Peters* in: BeckOK-Kommunalrecht NRW, 25. Ed. Stand: 01.09.2023, § 8 GO Rn. 34; *Dietlein*, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 2 Rn. 273.

2. ZULASSUNGSANSPRUCH AUS ART. 3 ABS. 1 GG

Ein weiterer relevanter Zulassungsanspruch folgt direkt aus **Art. 3 Abs. 1 GG**. Hier ist zunächst zu beachten, dass **Art. 3 Abs. 1 GG keinen originären Leistungsanspruch** normiert und die einfachgesetzlichen Anspruchsgrundlagen daher **spezieller** sind.[40] In der Klausur sollten daher zunächst die oben genannten Anspruchsgrundlagen (wenigstens gedanklich) durchgeprüft werden. Gehört der Anspruchsteller aber nicht zum anspruchsberechtigten Personenkreis oder widerspricht die konkret begehrte Nutzung der Widmung bzw. den gemeindlich festgelegten Nutzungsbedingungen, bleibt regelmäßig nur der Weg über den Gleichheitssatz.

Der Zulassungsanspruch kann sich zunächst **unmittelbar aus der Widmung** ergeben, wenn diese die Nutzung der öffentlichen Einrichtung über den von **§ 8 Abs. 2 GO NRW** geforderten Rahmen hinaus auch (originär) nicht anspruchsberechtigten Personen eröffnet (sog. **erweiternder Widmungsrahmen**).[41] Einfach liegt der Fall hier, wenn die Widmung „förmlich" in bspw. einem Verwaltungsakt oder einer Satzung ausgesprochen wurde. Erforderlich ist dies mithin nicht: Der erweiterte Widmungsrahmen kann sich auch **konkludent** aus einer bestimmten **Vergabepraxis** ergeben.[42]

In diesen Fallkonstellationen folgt der Zulassungsanspruch eigentlich unmittelbar aus der Widmung selbst; Art. 3 Abs. 1 GG bedarf es hier streng genommen überhaupt nicht.[43] Ebenso, wenn die Widmung **anspruchsbegrenzende Wirkung** hat (also bestimmte originär anspruchsberechtigte Personengruppen ausnimmt), diese Regelung aber gegen **Art. 3 Abs. 1 GG** oder sonstige Grundrechte verstößt. In diesem Fall ist die Beschränkung unwirksam, was aber – wie oben aufgezeigt – im Rahmen von **§ 8 Abs. 2 GO NRW** zu prüfen wäre, aus dem dann auch der Zulassungsanspruch folgt.

Ein Anspruch aus **Art. 3 Abs. 1 GG** wird immer dann relevant, wenn der Anspruchsteller nach dem Gesetz oder der (rechtmäßigen) **ausdrücklichen** Widmung keinen Zulassungsanspruch hätte, die **tatsächliche Vergabepraxis** davon jedoch abweicht.

Dazu ein Beispiel:

In der Nutzungssatzung einer gemeindlichen Turnhalle heißt es, dass die Halle dem Sport vorbehalten bleibt. Tatsächlich wird sie in gewohnter Regelmäßigkeit auch für politische Veranstaltungen zur Verfügung gestellt.

Die Vergabepraxis begründet in solchen Fällen eine **Selbstbindung der Verwaltung**, von der nicht ohne sachlichen Grund abgewichen werden darf. Anderenfalls verstößt dies – sofern kein atypischer Fall vorliegt – gegen **Art. 3 Abs. 1 GG**, sodass ein Zulassungsanspruch direkt aus **Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der Selbstbindung der Verwaltung** folgt.[44] Im obigen Beispiel könnte man einem Gemeindeeinwohner,

[40] *Ehlers*, JURA 2012, 849 (850).

[41] *Dietlein*, JURA 2002, 445 (448); *Peters* in: BeckOK-Kommunalrecht NRW, 25. Ed. Stand: 01.09.2023, § 8 GO Rn. 38; *Dietlein*, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 2 Rn. 282.

[42] *Ehlers*, JURA 2012, 849 (851); *Burgi*, Kommunalrecht, 6. Aufl. 2019, § 16 Rn. 7; *Dietlein*, JURA 2002, 445 (451).

[43] *Ehlers*, JURA 2012, 849 (850); *Burgi*, Kommunalrecht, 6. Aufl. 2019, § 16 Rn. 46; **Hinweis:** Wir empfehlen dennoch, in diesen Fällen Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. der Widmung zu zitieren (vgl. schon die hier besprochene Entscheidung). Hinweh

[44] *Kluckert*, JuS 2019, 536 (540); *Ehlers*, JURA 2012, 849 (851); *Burgi*, Kommunalrecht, 6. Aufl. 2019, § 16 Rn. 46.

der die Turnhalle für eine politische Veranstaltung nutzen möchte, die Zulassung nicht mit Verweis auf die Satzung versagen. Zwar folgt der Zulassungsanspruch **nicht** aus **§ 8 Abs. 2 GO NRW** selbst, da die Satzungsregelung an sich wohl nicht zu beanstanden wäre, ein Anspruch folgt aber aus **Art. 3 Abs. 1 GG** i.V.m. der Selbstbindung der Verwaltung, sofern die Gemeinde nicht sachliche Gründe für die Ablehnung vorweisen kann.

3. ZULASSUNGSANSPRUCH AUS § 5 PARTG I.V.M. ART. 3 ABS. 1 GG

Zuletzt sollten man noch **§ 5 PartG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG** im Blick haben, aus dem sich ein Zulassungsanspruch speziell für **Parteien** ergeben kann. Aber **Vorsicht**: Auch hier neigen Studierende – insbesondere, wenn ihnen § 5 PartG bekannt ist – in der Euphorie, die vermeintliche Anspruchsgrundlage gefunden zu haben, zu einer überstürzten, undurchdachten Prüfung! Oft wird übersehen, dass sich Parteien ebenfalls auf die **einfachgesetzlichen Anspruchsgrundlagen** berufen können. Diese sind **lex specialis** und daher vor **§ 5 PartG** i.V.m. **Art. 3 Abs. 1 GG** zu prüfen.[45]

Hat die Partei bspw. einen Ortsverband in der betreffenden Gemeinde, ergibt sich der Anspruch problemlos aus **§ 8 Abs. 2 GO NRW**, da der Ortsverband als Anspruchsträger fungieren kann.[46] Erst wenn **kein Ortsverband** vorhanden ist, gehört die Partei nicht mehr zum originär anspruchsberechtigten Personenkreis i.S. von **§ 8 Abs. 2-4 GO NRW**[47], sodass diese Norm als Anspruchsgrundlage ausscheidet und hilfsweise **§ 5 PartG** i.V.m. **Art. 3 Abs. 1 GG** herangezogen werden muss.

Hierzu muss man wissen, dass **§ 5 PartG** selbst **keine Anspruchsgrundlage** darstellt. Er regelt nicht die Verpflichtung der Gemeinde, Parteien Räume zur Verfügung zu stellen, sondern nur die Anwendung des Gleichheitssatzes speziell auf Parteien.[48] Es bleibt also im Wesentlichen bei dem oben zu **Art. 3 Abs. 1 GG** gesagten, d.h. die Partei darf ohne hinreichenden sachlichen Grund nicht schlechter gestellt werden als ihre politischen Mitbewerber. Maßgeblich ist also eine **Ungleichbehandlung**. Das setzt freilich voraus, dass die Einrichtung überhaupt der Nutzung durch Parteien zugänglich gemacht wurde. Wird eine öffentliche Einrichtung generell und ausnahmslos ohnehin nicht für politische Zwecke bereitgestellt, liegt in der Ablehnung einer Partei logischerweise auch keine Ungleichbehandlung. Daran ändert **§ 5 PartG** nichts.[49]

Auch wenn eine Ungleichbehandlung vorliegt, kann diese trotz **§ 5 PartG** zudem noch gerechtfertigt sein. Anerkannt ist dies bspw., wenn die durch Tatsachen begründete dringende Gefahr besteht, dass Parteiorgane oder -mitglieder im Rahmen dieser Veranstaltung zu Rechtsverstößen aufrufen bzw. solche begehen werden.[50] Unzulässig ist mit Blick auf

---

[45] *Ehlers*, JURA 2012, 849 (850, 853); *Burgi*, Kommunalrecht, 6. Aufl. 2019, § 16 Rn. 47; *Wansleben* in: PdK NW, Bd. I, Lsbl., Stand: September 2013, § 8 GO Erl. 3.5.

[46] *Wansleben* in: PdK NW, Bd. I, Lsbl., Stand: September 2013, § 8 GO Erl. 3.5; *Ehlers*, JURA 2012, 849 (853); *Dietlein*, JURA 2002, 445 (449).

[47] **Hinweis:** Sofern der Kreis der Anspruchsberechtigten nicht durch die Widmung o.ä. erweitert wurde.

[48] *Wansleben* in: PdK NW, Bd. I, Lsbl., Stand: September 2013, § 8 GO Erl. 3.2; BVerwG, Urt. v. 18.07.1969 – VII C 56/68, BeckRS 1969, 30439797.

[49] *Ehlers*, JURA 2012, 849 (853); *Dietlein*, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022, § 2 Rn. 285.

[50] VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 20.05.1987 – 1 S 1278/87, NJW 1987, 2698 (Leitsatz); BayVGH, Beschl. v. 21.02.2008 – 4 ZB 07/3489, BeckRS 2008, 27582 Rn. 9; VGH Hessen, Beschl. v. 12.12.1985 – 2 TG 2397/85, NJW 1986, 2660 (3. Leitsatz).

Art. 21 Abs. 4 GG (sog. **Parteienprivileg**) hingegen, die Zulassung aufgrund der vermeintlich **verfassungsfeindlichen Ziele** einer Partei – ebenfalls ein Klausurklassiker – abzulehnen, solange das BVerfG nicht ihre Verfassungswidrigkeit konstitutiv festgestellt hat.[51] Ähnliche Grundsätze gelten im Zusammenhang mit **Vereinen**; auch hier ist ein Ausschluss erst dort gerechtfertigt, wo ein Vereinsverbot nach **§ 3 VereinsG** (i.V.m. **Art. 9 Abs. 2 GG**) ausgesprochen worden ist.[52]

II. ZUSAMMENFASSUNG

Grundsätzlich solltet ihr in der Klausur damit beginnen, die speziellen Anspruchsgrundlagen durchzugehen (bspw. **§ 70 GewO**). Sind diese – wie in den wohl meisten Fällen – nicht einschlägig, empfiehlt es sich, mit **§ 8 Abs. 2 GO** zu beginnen, da der Korrektor zu dieser Norm regelmäßig etwas hören will. Achtet hier darauf, dass der Widmungsrahmen auch auf nicht originär anspruchsberechtigte Personen ausgedehnt werden kann und der „Kreis der Anspruchsberechtigten" unter Umständen über den in **§ 8 Abs. 2-4 GO** bezeichneten Personenkreis hinausgeht. Scheitert **§ 8 Abs. 2 GO**, solltet ihr final noch einen Zulassungsanspruch über **[§ 5 PartG i.V.m.] Art. 3 Abs. 1 GG** in Betracht ziehen.

III. ANHANG: PRÜFSCHEMA ZU § 8 ABS. 2 GO NRW

I. Anspruchsgrundlage:

1. Spezielle Anspruchsgrundlagen, z.B. § 70 Abs. 1 GewO, § 22 PBefG, § 36 Abs. 1 EnWG

2. Im Übrigen: § 8 Abs. 2 GO NRW

II. Anspruchsvoraussetzungen des § 8 II GO

1. Anspruchsberechtigter Anspruchsteller (§ 8 Abs. 2 bis 4 GO NRW)

2. Anspruchsgegner: Grds. die Gemeinde (Beachte: Ggf. nur **Verschaffungsanspruch**)

3. „Öffentliche Einrichtung" der Gemeinde

4. Zulassung nur „im Rahmen des geltenden Rechts"

   a) Gesamte Rechtsordnung (insb. Polizei- und Ordnungsrecht)

   b) Ortsrecht der Gemeinde (Widmung, (Nutzungs-)Satzungen; Beachte: Darf nicht gegen **verfassungsrechtliche Vorgaben** verstoßen)

III. Rechtsfolge

1. Grds. **gebundener** Anspruch (vgl. § 8 Abs. 2 GO NRW)

2. Ausnahme: Bei **Kapazitätserschöpfung** nur Anspruch auf ermessensfehlerfreie Auswahlent-scheidung (vgl. § 70 Abs. 3 GewO) nach zulässigen Auswahlkriterien

[51] OVG NRW, Urt. v. 27.07.1990 – 15 A 2410/88, NVwZ-RR 1991, 508 (509); VGH Hessen, Beschl. v. 12.12.1985 – 2 TG 2397/85, NJW 1986, 2660 (2661); *Peters* in: BeckOK-Kommunalrecht NRW, 25. Ed. Stand: 01.09.2023, § 8 GO Rn. 29; *Dietlein*, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 2022,§ 2 Rn. 274.

[52] VGH Hessen, Beschl. v. 23.02.2018 – 8 B 23/18, BeckRS 2018, 1847 Rn. 2; *Peters* in: BeckOK-Kommunalrecht NRW, 25. Ed. Stand: 01.09.2023, § 8 GO Rn. 29.

[53] Verfasser: Paul Müller, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Hallermann

Supervision: Christian Lederer, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Hallermann, Dr. Lennart Brüggemann, Rechtsanwalt bei HLB Schumacher Hallermann.