

(Name, Vorname)

7.2.2019  
(Datum)

An die  
Personalstelle für Referendare.

**Betr.: B-Klausurenkurs**

In der Anlage gebe ich die im Klausurenkurs B ausgegebene Klausur mit der

Nr. 045 über

zur Korrektur. Mir ist bekannt, dass meine Klausur nur bei vollständiger  
– lesbarer – Ausfüllung und Unterschrift korrigiert wird.

Ich erkläre, dass ich

1. Referendar im Dienst der Freien und Hansestadt Hamburg bin,
2. an dem A-Klausurenkurs 02./18..... teilgenommen habe,
3. voraussichtlich im Monat 06./19.. die Examensklausuren  
schreiben werde.

! (Unterschrift) /

Wo fehlt die  
Auslegung des  
Mandatsan-  
gebens

## A. Gutachten

Eine Klage gegen die Stadt Saarbrücken hätte Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### I. Begründetheit

Eine Klage wäre begründet, wenn die Ablehnung der Stadt rechtswidrig gewesen und der Mandant hierdurch in seinen Rechten verletzt worden ist.

Die Ablehnung ist rechtswidrig gewesen, wenn der Mandant einen Anspruch auf Zulassung hatte (1), der Mandant einen Anspruch auf zurechnensfreie Entscheidung über seinen Antrag hatte (2) oder die erst im März erfolgte Absage Mitte März verspätet erfolgte (3).

besars, wenn in dem  
Fall andersheru.

Wenn die Ableh-  
nung Beweis für die  
A. rechtswidrig  
war

1. Ein Anspruch auf Zulassung könnte sich aus § 70 I GewO ergeben. Danach ist grundsätzlich jedermann, der dem Teilnehmerkreis der festgesetzten Veranstaltung angehört, zur Teilnahme an der Veranstaltung berechtigt. Ist jedoch - wie hier - der zur Verfügung stehende Platz nicht ausreichend, kann der Veranstalter gem. § 70 III GewO potentielle Teilnehmer ausschließen. Ob der Mandant zum Teilnehmerkreis gehört, kann damit an dieser Stelle

Stelle noch offen bleiben, weil er  
allerfalls einen Anspruch auf zurechnungs-  
fehlerfreie Bescheidung seines Antrags hat.

Bien (daher eher reaktiv)

2. Ein Anspruch auf zurechnungsfehlerfreie  
Bescheidung könnte vorliegend aus § 70 I  
iVm. § 70 III GewO folgen.

a.) Die formellen Voraussetzungen dieses  
Anspruchsgrundlage hat der Mandant  
vorliegend erfüllt, indem er an die  
zuständige Stadt Saarbrücken schriftlich  
einen Antrag auf Zulassung innerhalb der  
Bewerbungsfrist gerichtet hat.

b.) Fraglich ist, ob auch die materiellen  
Anspruchsvoraussetzungen gegeben waren. Dies  
setzt voraus, dass der Mandant zum  
Teilnehmerkreis der festgesetzten Veranstaltung  
gehörte.

Zunächst stellt sich daher die Frage,  
um welche Art von Veranstaltung es sich  
bei der „Saarbrücken Heringfest“ handelt.  
Denkbar ist, dass es sich hierbei  
um einen Jahrmarkt iSv. § 68 III GewO  
handelt. Danach ist ein Jahrmarkt eine  
in allgemeiner regelmäßig in größeren  
Abständen wiederkehrende, zeitlich begrenzte  
Veranstaltung, auf der eine Vielzahl von  
Anbietern Waren aller Art feilbietet. Dies  
ist vorliegend der Fall. Das „Saarbrücken

Heringsfest ist eine solche auf zehn Tage begrenzte, sich jährlich wiederholende Veranstaltung, bei der ausschließlich der Vergaberichtlinie unterschiedliche Anbieter ihre Ware feilbieten.

Fraglich ist, ob das Mandat mit seinem Rndfahrgeschäft auch zum Teilnehmerkreis des Jahrmakts gehört. Gew. / 68 III Hs. 1 GewO können auf einen Jahrmakt auch Tätigkeiten iSd / 606 I GewO ausgeübt werden. Hierzu zählen insbesondere unterhalten Tätigkeit iSv. / 55 I Nr. 2 GewO sowie Waren, die üblicherweise auf Volksfeste angeboten werden. Rndfahrgeschäfte, wie sie das Mandat betreibt, sind typischerweise Bestandteil von Volksfesten. Mithin gehört das Mandat auch zum Teilnehmerkreis.

Die materielle Voraussetzung eines Anspruchs liegt somit vor.

c) Fraglich ist, ob die Stadt Saarbrücken ermessenbefrei den Antrag beschieden hat. Insoweit stellt sich zunächst die Frage, ob die Stadt ihre Entscheidung überhaupt auf die Vergaberichtlinie stützen durfte (aa) und sodann, ob die Stadt die Vergabe-

richtlinie im konkreten Fall auch  
richtig angewendet hat (bb.).

aa.) Fraglich ist, ob mit der durch  
§ 70 III GewO eingeräumten Ermächtigung  
der Behörde, durch Ermessen zu ent-  
scheiden, überhaupt vereinbar ist, dass  
sich die Behörde in Form der  
"Vergaberichtlinie über die Zulassung von  
Geschäften auf den Heringsfest in  
Saarbrücken" (Vergaberichtlinie) einmensch-  
lenkende Verwaltungsvorschriften gegeben hat.  
Gegen die Zulässigkeit ließe sich  
einwenden, dass eine solche Richt-  
linie die Behörde der Verpflichtung ent-  
heben könnte, eine eigenverantwortliche  
Ermessensentscheidung unter Abwägung aller  
einschlägigen Gesichtspunkte des konkreten  
Falles zu treffen. Allerdings ist bundesver-  
waltungsgerichtlich entschieden, dass eine  
solche Richtlinie nur Anhaltspunkt für  
die gegebenen den Bürger zu treffende  
Entscheidung gibt, die Behörde aber nicht  
von der unpassenden Pflicht zur Prüfung des  
Einzelfalles entbindet. Insbesondere im Interesse  
einer gleichmäßigen Ermessensausübung sowie der  
Stetigkeit sind einmenschlenkende Verwaltungsvor-  
schriften wie die Vergaberichtlinie grundsätzlich zulässig.

Fraglich ist jedoch, ob die Vergabe-  
richtlinie an sich rechtmäßig sind.

In formeller Hinsicht sind die Vergaberichtlinien von den zuständigen Marktabschluss ordnungsgemäß erlassen worden.

Fraglich ist jedoch, ob die Vergaberichtlinien auch materiell ordnungsgemäß erlassen worden sind, insbesondere im Rahmen der Auswahlentscheidung nach Nr. 3 und 5<sup>ter</sup> „sachlich gerechtfertigte Gründe“ i.Sv. | 70<sup>III</sup> GewO beachtet worden sind.

Bedenken bestehen zunächst gegen das Kriterium „bekannt und bewirbt“ in Nr. 5 lit. c) der Vergaberichtlinie. Zwar kann grundsätzlich ein legitimes Interesse des Veranstalters daran bestehen, Teilnehmer, die bereits eine traditionelle Zugehörigkeit zum Veranstaltung aufweisen und mit denen die Kooperation in der Vergangenheit einwandfrei funktioniert hat, einen gewissen Vorzug im Rahmen der Auswahlentscheidung zu gewähren. Mit Blick auf den Grundsatz der Marktfreiheit Nebenbewerber jedoch eine realistische Zugangschance gewährt werden. In den die Vergaberichtlinie hierzu ausdrücklich hinweist, erfüllt sie jedoch diese Anforderungen.

Ullrich

Fraglich ist weiter, ob das Kriterium „Attraktivität“ nicht zu unbestimmt ist. Dafür könnte sprechen, dass das Merkmal

eine hohe subjektive Komponente hat,  
sodass dessen Erfüllung magels objektiv,  
das Merkmal konkretisierende Auswahlpunkte,  
nur schwer überprüfbar ist. Allerdings  
ist es gerade die Aufgabe der Verwaltung,  
bei der Ermessensausübung die konkreten  
Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.  
Insoweit ist es legitim, wenn  
die Auswahlkriterien bewusst offen  
formuliert werden, weil nur auf diese  
Weise die unterschiedlichen Umstände  
des Einzelfalles auch tatsächlich un-  
fassend Recht getragen werden kann.  
~~In umgekehrte Fall wäre es eines~~

Schließlich ist fraglich, ob die  
Vergaberichtlinien nicht bereits aus dem  
Grund ungeeignet sind, weil sie  
keine Gewichtung der einzelnen Kriterien  
vornimmt. Hierfür spricht zwar, dass  
für den Einzelnen hierdurch unklar  
bleibt, auf welche Gesichtspunkte  
die Stadt <sup>ihre Entscheidung</sup> in welchem Umfang stützt.

Letztlich entspricht aber auch eine  
fehlende Gewichtung und damit eine  
<sup>fehlende</sup> Festlegung im Vorfeld der Grundsätze  
eine ordnungsgemäße Ermessensausübung.  
Denn durch die Angabe, welche  
Kriterien die Stadt an sich berücksichtigt,  
<sup>\*</sup> ~~wird die Stadt gerade den Inkern~~  
~~der Planbarkeit der einzelnen Bewer-  
gung gerecht. Indem sie aber nicht vorher~~  
<sup>\*</sup> ermöglicht sie den einzelnen Bewerbern, seine  
Bewerbung auf die konkreten Auswahlkriterien  
anzupassen.

eine konkrete Gewichtung festlegt, ermöglicht sie weiterhin eine Entscheidung unter Abwägung aller Besonderheiten des Einzelfalles, zu der sie ohnehin auch weiter verpflichtet ist.

Da sich die Kriterien im Übrigen an den Zweck der Ermächtigung orientieren, eine auf sachlich gerechtfertigten Gründen basierende Auswahlentscheidung zu treffen, besteht gegen die materielle Rechtmäßigkeit der Vergaberichtlinie keine Bedenken.

bb.) Fraglich ist, ob die Stadt in konkretem Fall <sup>der Vergaberichtlinie</sup> auch Ermessensfehlerhaft ~~haft~~ agiert hat.

Insofern stellt sich zunächst die Frage, ob ein Gericht die Entscheidung überhaupt rechtlich überprüfen dürfte oder der Stadt ein Beurteilungsspielraum zukommt.

Grundsätzlich ist jede behördliche Entscheidung gerichtlich voll nachprüfbar. Eine Ausnahme besteht nur in Fällen, in denen die Behörde etwa eine besondere Sachkunde besitzt oder etwa eine Unwiederholbarkeit der entscheidungserheblichen Situation besteht.

Ob vorliegend jedoch eine Ermessensfehlerfreie Auswahl getroffen wurde ist, kann



aufgrund der in der Vergaberichtlinie  
enthaltene Kriterien sowie der Bewer-  
kategorie der konkurrierenden Bewerber  
auch in Rahmen eines gerichtlichen  
Verfahrens voll überprüft werden.

In Rahmen der Ermessensüberprüfung  
steht sich zunächst die Frage,  
ob die Stadt bei ihrer Ent-  
scheidung die richtigen Kriterien ange-  
wendet hat. Konkret geht es darum,  
ob die Stadt das in Nr. 3  
genannte Kriterium ~~bei~~ der traditionellen  
Optik berücksichtigte durfte oder  
ob in der Situation konkurrierender  
Bewerber nicht ausschließlich die in  
Nr. 5 genannten Kriterien zu berück-  
sichtigen gewesen wäre. Für letztere  
Auffassung spricht der eindeutige  
Wortlaut der jeweiligen Nummer.  
Danach regelt Nr. 3 die Auswahl  
unter Bewerbern an sich, während das  
Nr. 5 im konkreten Fall der kon-  
kurrierenden Bewerber mit ähnlichen  
Angebot geht. Dementsprechend ist davon  
auszugehen, dass Nr. 5 lex specialis  
im Verhältnis zu Nr. 3 ist, und damit  
im vorliegenden Fall alleinige Rechts-  
grundlage für die Auswahlentscheidung  
der Stadt ist. ~~Da Nr. 5 aber  
nicht auf das Kriterium der  
traditionellen Einschätzung der Betriebe~~

hoffen

Da die Stadt ihre ablehnende Entscheidung gegenüber dem Mandat ausdrücklich auf die Wortlaut des Nr. 3 stützt und sich an das dort genannte Kriterium der äußeren Optik gebunden fühlt, liegt bereits ein Ermessensfehlergebrauch vor.

Fraglich ist weiter, ob die Stadt das grundsätzlich zulässige Kriterium „bekannt und bewährt“ auch richtig angewendet hat. Die Argumentation der Stadt ist dahingehend zu verstehen, dass die in Nr. 5 lit c) genannte Einschränkung, dass Neubewerber eine reale Zulassungschance verbleiben muss, nur dann gilt, wenn das Geschäft den Bewerbers attraktiver ist, als den den als bekannt und bewährt geltenden Mitbewerber. Durch diese Auslegung schränkt die Stadt die Zulassungschance von Neubewerbern jedoch faktisch so ein, dass keine reelle Zugangschance besteht und die Marktfreiheit verletzt ist. Insoweit hat sich die Stadt daher von fehlerhaften Erwägungen leiten lassen, sodass auch hier ein Ermessensfehler zu sehen ist.

Fraglich ist schließlich, ob die Stadt das Kriterium der Attraktivität Ermessensfehlerfrei in ihrer Entscheidung

berücksichtigt hat. Soweit die Stadt darauf abstellt, dass das Fahrgeschäft des Kochersee eine Rarität am Markt ist und insoweit im Vergleich zum Fahrgeschäft der Mandach wegen des Reizes der besonders attraktiver ist, bestehen hingegen keine Bedenken. Soweit sie das Fahrgeschäft hingegen wegen seiner Größe für attraktiver hält, bestehen hingegen Bedenken, weil die Größe bereits ein eigenes Kriterium darstellt (vgl. Nr. 5 lit d)). Würde die Größe daher auch in Rahmen der Attraktivität berücksichtigt, käme ihr doppelter Bedeutung zu. Mittels ist es zweckmäßiger, auch in Rahmen der Attraktivität hierauf abzustellen.

Zusammenfassend hat die Stadt ihr Ermessen nicht fehlerfrei ausgeübt.

d.) Da Mandach hatte gegen die Stadt einen Anspruch auf zweckmäßige Entscheidung gem. § 70 I iV § 70 III GewO. Indem die Stadt den Antrag zweckmäßig abgelehnt hat, hat sie diesen Anspruch verletzt. Mittels weil die Abkehr rechtmäßig und da Mandach hierdurch in seinen Rechten verletzt.

3. Fraglich ist, ob die Ablegung auch als dem Grund rechtswidrig war, weil sie erst am 13.3.2017 erfolgte. Zwar besteht grundsätzlich ein Interesse der Mandatare, zeitnah eine Antwort auf seine Bewerbung zu erhalten, um für das Jahr planen und so seine Verdienste sichern zu können. Allerdings folgt daraus noch kein Anspruch auf zeitnahe Entscheidung. Auch hat die Stadt keine feste Entscheidungsfrist angegeben, sodass ein solcher Anspruch als die Selbstbindung der Verwaltung folgen könnte.

Je de facto aber wäre ein solcher Anspruch auch nicht verletzt. Mit Blick auf die Komplexität der Planung eines solchen Jahrmarkts und die Vielzahl unterschiedlicher Bewerber, deren Bewerbungen ohne sorgfältig geprüft werden müssen, erscheint es nicht unverhältnismäßig, sich für die Entscheidung zweieinhalb Monate zu nehmen. Zudem erfolgt die Entscheidung noch immer vierhalb Monate vor dem Startfest des Jahrmarkts, sodass noch genügend Zeit besteht, sich eine Alternative zu organisieren. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht

✓ zweckmäßig, eine Klage an diesen Gerichtspunkt zu stellen.

4. Zusammenfassend war die Ablehnung jedoch zwecklos und damit rechtswidrig. Eine Klage wäre dabei begründet.

## II. Zulässigkeit

Es stellt sich die Frage, bei welchem Gericht welche Klage zweckmäßigerweise zu erheben ist.

1. Da Verwaltungsweg ist gen. § 40 I 1 VwGO eröffnet, weil jedenfalls die Frage des „ob“ einer Zulassung immer öffentlich-rechtliche Natur ist.

2. Zuständiges Gericht ist gen. § 45 VwGO iVm. § 1 II AGVwGO ~~und~~ gen. sachlich und gen. § 52 Nr. 5 VwGO das Verwaltungsgericht der Saarland.

3. Die gen. § 81 I VwGO zu erhebende Klage ist gen. § 78 I Nr. 2 VwGO iVm. § 19 II AGVwGO ist gegen die Stadt Saarbrücken selbst als Behörde,

Mer, Jo. den  
04

die der Abschluss der Begeleitungsverwaltungsakt, während die Zulassung abgelehnt hat, zu richten.

4. Statthafte Klageart ist vorliegend die Fortsetzungsklage, weil der Mandant vor Beginn der Erlasse einen Verwaltungsakt begehrt hat, sich sein Anspruchs auf den Erlasse abgelehnt hat,

weil der Jahreszeit bereits stattgefunden hat. In einem solchen Fall findet § 113 I 4 VwGO

~~Doppel~~ analog Anwendung.

5. Fraglich ist, ob auch ein widersprüchliches Verfahren gem. § 68 ff. VwGO ordnungsgemäß durchgeführt worden ist. Dies ist grundsätzlich auch bei einer Fortsetzungsklage erforderlich, weil die Klage durch das zuletzte Ereignis nicht beseitigt werden darf. Hier ist unklar, ob der Widerspruch verfristet erhoben worden ist. Mangels ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbekämpfung gilt hier jedoch nicht die Monatsfrist des

§ 70 I VwGO, sondern gem. § 70 II iV. § 58 II VwGO die Ausschlussfrist von einem Jahr. Die Erhebung des Widerspruchs am 6.5.2012 erfolgte

innerhalb der am 14.3.2012  
begonnen Jahresfrist.

6. Auch die am 28.7.2012  
mit Zugang der Widerspruchs  
begonnene einmonatige Klagefrist  
gem. § 74 II, I VwGO a.d.M.  
kann noch gewahrt werden.

7. Schließlich ist auch das fi  
die Fortsetzungsfeststellungsklage erforderlich  
bzw. das qualitativ Rechtsschutzbedürfnis  
gegeben, weil sich der Markt  
auch in nächster Zeit für  
das Heizgerät bewirbt will und  
insoweit Wiederholungsgefahr besteht.

8. Eine Klage wäre auch zu  
Beurteilungszeitpunkt noch zulässig.

B. Praktische Teil

Wilhelm Auffmann  
Rechtsanwalt  
Hauptstr. 86  
66111 Saarbrücken

An das  
Verwaltungsgericht des Saarlandes  
[ Adresse ]

In der Verwaltungsache

des Herrn Hans Marie, Wiestr. 81, 66111  
Saarbrücken

- Kläger -

gegen

den ~~Landeshauptstadt Saarbrücken~~ <sup>als Landeshauptstadt Saarbrücken</sup> ~~vertritt~~  
durch ihren Oberbürgermeister, Rathausplatz 1,  
66111 Saarbrücken

Dha!

- Beigelager -

erhebe ich Namen und in Vollmacht  
meiner Mandatarin

K L A G E .

In Zusammenhang mit der mündlichen Verhandlung  
werde ich beantragen



Nein:  
Dop A. v. ...  
und der ...  
in ...

festzustellen, dass die Ablehnung des  
Verwaltungsakt rechtswirksam und der  
Kläger dadurch in seinen Rechte  
verletzt war.

## I.

Dem liegt folgende Sachverhalt zugrunde:

Der Klage betreibt hauptsächlich ein  
Reifabgeschicht, der sog. "Bayern"-Breake.  
Der Beklagte richtet jährlich das "Saar  
brücken Heiligstut" aus.

Der Klage hatte sich bereits in den  
Jahren 2007 - 2010 erfolglos für eine  
Zulassung mit seinem Fabgeschicht für  
das Heiligstut beworben.

Am 21. 10. 2011 bewarb sich der Klage  
auch für das 2012 stattfindende Fest.  
Der Zulassungsauftrag wird als

### Anlage K1

der Klage beigefügt. Mit Bescheid  
vom 13. 3. 2012, beigefügt als

### Anlage K2,

lehnte der Beklagte den Antrag ab.  
Hiergegen erhob der Klage am 6. 5. 2015

Widerspruch (Anlage K3). Am 28.7.2012  
ging ein abgelehnter Widerspruchsbescheid  
(Anlage K4).

Von dem Hintergrund, dass die Klage be-  
absichtigt auch im nächsten Jahr die Zulassung  
zu Heringsfest zu beantragen, ist daher  
Klage geboten.

II

### Rechtliche Würdigung

Die Klage ist als Fortschrittsfestsetzungs-  
klage gem. § 113 I 4 VwGO anlag. zulässig. Insbesondere  
ist das hierfi. erforderlich qualifiziert  
Rechtsschutzbedürfnis gegeben, weil die Gefahr be-  
steht, dass die Beklagte die Antrag. der Kläger  
auch im nächsten Jahr rechtswidrig ablehnt (s.o.).

Der Kläger hat einen Anspruch auf er-  
messensfehlerfreie Bearbeitung seiner Anträge  
gem. § 70 I iV. § 70 III GewO. Insbesondere  
gehört er zum Teilnehmerkreis des Herings-  
festes (s.o.).

Die Beklagte hat einen Anspruch der  
Kläger verletzt, in dem er die Antrag.  
ermessensfehlerhaft abgelehnt hat. Insbesondere  
ist ermessensfehlerhaft in Rahmen der An-  
wahlentscheidung berücksichtigt wurde, dass  
optische Erscheinungsbild der Beteiligten der

Klägers sowie bei der Bewertung  
der Attraktivität der jeweiligen Folge-  
schäfte die Größe der konkurrieren-  
den Fahrgeschäfte. Schließlich ist zumeist  
faktisch ~~berücksichtigt~~<sup>angewendet</sup> worden, dass  
Grundsatz „bewährt und bekannt“ und  
hierdurch der Grundsatz der freien Märkte  
verletzt (s.o.)

Die Ablehnung erfolgt dabei in rechtswidrige  
Weise und der Kläger ist hierdurch in  
seinem Recht verletzt worden.

Nach alledem bitte ich um antragsgemäße  
Entscheidung.

Unterschrift  
Rechtsanwalt

Die insgesamt gelungene Bewertung  
mit nur geringen Abzügen ist  
die (sehr) bemerkenswert.

12.11.

12.11.19