

Jun.-Prof. Dr. Roland Broemel, Maître en Droit, und Rechtsanwalt Professor Dr. Arne-Patrik Heinze, LL.M., Hamburg*

„Marktplatzvergabe bei knapper Kapazität“

THEMATIK	Gewerberecht, Marktzulassung, Befangenheit im Verwaltungsverfahren, einstweiliger Rechtsschutz
SCHWIERIGKEITSGRAD	Mittel
BEARBEITUNGSZEIT	5 Stunden
HILFSMITTEL	Sartorius; Kopp/Schenke, VwGO; Kopp/Ramsauer, VwVfG

* Der Verfasser *Broemel* ist Juniorprofessor für Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Hamburg. Der Verfasser *Heinze* ist Professor in Niedersachsen und Rechtsanwalt für Öffentliches Recht in Hamburg mit einem Schwerpunkt im Hochschul- und Prüfungsrecht. Sachverhalt und Lösungsvorschlag sind einer Entscheidung des VG Bremen (Beschl. v. 28.9.2011 – 5 V 655/11) nachgebildet.

■ **SACHVERHALT**

Hombach & Partner

Verwaltungsgericht Hamburg
 Haus der Gerichte
 Lübeckertordamm 4
 20099 Hamburg

Rechtsanwälte – Fachanwälte

Winterhuder Marktplatz 63
 22299 Hamburg
 Tel. 040 – 48 26 40 0
 Fax 040 – 48 26 40 7

1.11.2011

Eingangsstempel: 1.11.2011

In der Verwaltungsrechtssache

des Sebastian Berger, Große Elbstraße 28, 22767 Hamburg

– Antragsteller –

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Hombach & Partner, Winterhuder Marktplatz 63, 22299 Hamburg

gegen

die Freie und Hansestadt Hamburg, Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation, Sachgebiet Volksfeste und Sonderveranstaltungen, Alter Steinweg 1–3, 20459 Hamburg

– Antragsgegnerin –

zeigen wir an, dass uns der Antragsteller in nachbezeichneter Angelegenheit mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt hat und beantragen namens und kraft beiliegender Originalvollmacht des Antragstellers,

1. **die Antragsgegnerin unter Aufhebung ihres Ablehnungsbescheides vom 10.5.2011 im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, seine Bewerbung mit einem Kinderkarussell 12,5 m x 11 m auf Teilnahme am Hamburger Dom 2011 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden,**
2. **der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.**

Begründung:

Der Antragsteller betreibt seit mehreren Jahrzehnten einen Schaustellerbetrieb. Er nimmt regelmäßig an Märkten und Festen vorwiegend im norddeutschen Raum, aber auch bundesweit teil.

Am 19.11.2010 bewarb der Antragsteller sich mit seinem Karussell „Der Nußknacker“, einem Rundfahrgeschäft für Kleinkinder mit Babyflug, um einen Standplatz am Hamburger Winterdom 2011. Bei diesem Rundfahrgeschäft handelt es sich um eine Ausführung, bei der die teilnehmenden Kinder über einen Hebel die Fahrkabine bis zu einer Höhe von 1,7 Metern in die Luft abheben lassen können (deshalb Babyflug). Der Hamburger Winterdom 2011 findet in der Zeit vom 4.11.2011 bis zum 4.12.2011 statt.

Bereits in den letzten Jahren hatte der Antragsteller sich für die Teilnahme am Hamburger Dom beworben – ohne Erfolg. Es handelt sich bei dem Hamburger Dom offenbar um einen „closed shop“. Mit Deckung der Behörden teilen die etablierten Anbieter die knappen Standplätze jedes Jahr unter sich auf und erzielen damit stattliche Gewinne.

Mit Bescheid vom 10.5.2011, zur Post aufgegeben am 26.5.2011, lehnte die Antragsgegnerin den Antrag des Antragstellers auf Berücksichtigung beim Winterdom 2011 ab. Den Bescheid legen wir als

– Anlage AS 1 –

vor.

Der Antragsteller war von der pauschalen Begründung der Behörde enttäuscht. Mit Schreiben vom 4.6.2011, bei der Antragsgegnerin am selben Tage eingegangen, legte er Widerspruch gegen die Entscheidung sowie gegen alle vier Zusagen, die Wettbewerber für Kinderfahr-geschäfte erhalten haben, ein,

– Anlagekonvolut AS 2 –.

Über den Widerspruch ist bislang nicht entschieden worden. Allerdings teilte die Antrags-gegnerin dem Antragsteller mit Schreiben vom 29.6.2011,

– Anlage AS 3 –,

ergänzende Gründe für die Auswahlentscheidung mit.

Offenbar zweifelt die Antragsgegnerin selbst an der Tragfähigkeit ihrer Auswahlentscheidung und deren Begründung. Denn mit weiterem Schreiben vom 16.9.2011, vorgelegt als

– Anlage AS 4 –,

ergänzte sie die Argumentation ihrer Auswahlentscheidung nochmals.

Durch den Aufwand, den die Antragsgegnerin im Nachhinein treibt, wird nichts daran geändert, dass der Antragsteller dieses Jahr einmal mehr ohne sachliche Rechtfertigung über-gangen worden ist. Die Auswahlentscheidung ist rechtswidrig und der Antragsteller wird durch sie in seinen Rechten verletzt.

Zunächst fällt schon auf, dass in der Begründung, die dem angegriffenen Bescheid beigefügt war, nicht ausgeführt worden ist, warum gerade der Antragsteller nicht zum Zug gekommen ist. Statt alle Bewerber mit Rundfahrsgeschäften miteinander zu vergleichen, beschränkt sich die Antragsgegnerin auf den Vergleich des Angebots des Antragstellers mit dem eines einzigen weiteren Anbieters. Die anderen Anbieter sind in den Augen der Antragsgegnerin offenbar von vorneherein gesetzt.

Auch die letzte Begründung der Auswahlentscheidung vom 16.9.2011 ist nach der Auffassung des Antragstellers rechtlich nicht hinreichend.

Zum einen kann die Antragsgegnerin nicht beliebig Argumente nachschieben, wenn sie merkt, dass ihre bisherige Argumentation zu kurz und unvollständig ist.

Zum anderen hat die Antragsgegnerin das vom Antragsteller angebotene Rundfahrsgeschäft unterschätzt. Bei dem Rundfahrsgeschäft des Antragstellers in der Ausführung „Nußknacker“ handelt es sich um ein ausgesprochen gepflegtes Karussell, das den Anforderungen an ein attraktives Geschäft vollumfänglich entspricht.

Der Antragsteller setzt dieses Fahrsgeschäft seit nunmehr über 30 Jahren ein. Es handelt sich um einen Klassiker mit der bekannten Musik aus Peter Iljitsch Tschaikowskis gleichnamigem Ballett. Schon aus diesen Gründen ist die Argumentation der Antragsgegnerin in einem wesentlichen Aspekt nicht haltbar: Die von der Antragsgegnerin favorisierte LED-Beleuch-tung und die neumodische Musik mögen eben nicht alle Eltern und Kinder. Viele empfinden die klassischen Rundfahrsgeschäfte mit zurückhaltender Beleuchtung und melodischer, klassi-scher Musik auch als angenehme Abwechslung zu dem hektischen Trend moderner Karus-selle.

Dass die Behörde an einer unvoreingenommenen Entscheidung kein Interesse hat, ergibt sich im Übrigen schon aus dem Verlauf des Auswahlverfahrens. Diesbezüglich ist maßgeblich, dass in der internen Verwaltungsrichtlinie der Antragsgegnerin vorgesehen ist, dass der Verband der Schausteller und Marktkaufleute Hamburg eV vor der Auswahlentscheidung der Behörde gehört wird.

Diese Anhörung, die in den letzten Jahren tatsächlich jeweils im Vorfeld der Entscheidung stattfand, hatte in diesem Jahr erst nach der Auswahlentscheidung stattgefunden. Eine Kopie der Stellungnahme des Verbandes fügen wir als

– Anlage AS 5 –

bei.

Bereits wegen dieses Verfahrensverstößes ist die Auswahlentscheidung rechtswidrig. Doch damit nicht genug. Auch in der Sache stört sich die Behörde nicht daran, dass der Verband insoweit seine Aufgaben der unabhängigen Interessenvertretung nicht wahrnehmen kann. Ein Vorstandsmitglied des Verbandes ist zugleich Vater eines der zugelassenen Mitbewerber um ein Kinderfahrgeschäft zum Winterdom 2011. Da überrascht es ja wohl kaum, dass seitens des Verbandes die Auswahl dieses Mitbewerbers empfohlen wird. Aufgrund dieser manifesten Voreingenommenheit haben an dem Verwaltungsverfahren nach dem allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht ausgeschlossene Personen teilgenommen.

Da der Beginn des Doms (4.11.) unmittelbar bevorsteht, eilt die Angelegenheit. Der Rechtsschutz in der Hauptsache wird für den Antragsteller absehbar zu spät kommen. Durch die rechtswidrige Vergabep Praxis der Antragsgegnerin entgehen dem Antragsteller Einnahmen in erheblicher Höhe.

Nach alledem ist antragsgemäß zu entscheiden.

Beglaubigte Abschriften fügen wir bei.

Gez. *Hombach*
– Rechtsanwalt –

Hinweis: Das Anlagekonvolut AS 2 sowie die Anlage AS 5 sind nicht mit abgedruckt. Sie enthalten den angegebenen Inhalt.

Anlage AS 1

Freie und Hansestadt Hamburg
Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation
Sachgebiet Volksfeste und Sonderveranstaltungen

Sebastian Berger
Große Elbstraße 28
22767 Hamburg

Alter Steinweg 1–3
20459 Hamburg
Sachbearbeiterin: Inga Schnell
Tel. 040 – 42834 – 3014
Az. WD 2011/1645
Hamburg, d. 10.5.2011

gegen PZU

Bewerbung um Standplatz Winterdom 2011, Kinderfahrgeschäft

Sehr geehrter Herr Berger,

Ihren Antrag auf Zuweisung eines Standplatzes für ein Kinderkarussell 12,5 m x 11 m zur Teilnahme am Hamburger Winterdom 2011 lehne ich ab.

Leider konnte Ihre Bewerbung im Rahmen der Entscheidung nach § 70 III GewO nicht berücksichtigt werden. Bei dem Winterdom gehen erfahrungsgemäß stets deutlich mehr Bewerbungen ein, als Standplätze vorhanden sind. Vor diesem Hintergrund ist eine Auswahlentscheidung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu treffen, um die vorhandene Kapazität optimal auszunutzen. Nach der maßgeblichen Auswahlrichtlinie kommt es entscheidend darauf an, ein qualitativ ansprechendes, vielseitiges und ausgewogenes Markt bild zu gewährleisten. An diesem Ziel und diesen Kriterien hat sich auch die diesjährige Auswahlentscheidung orientiert.

Auf der Grundlage dieser Kriterien ist Ihr Angebot von mehreren anderen Angeboten übertroffen worden und deshalb nicht zum Zug gekommen. Wir bitten um Ihr Verständnis. Über eine Bewerbung zu einer der kommenden Domveranstaltungen freuen wir uns.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Schnell

Rechtsmittelbelehrung: [Vom Abdruck wurde abgesehen]

Anlage AS 3

Freie und Hansestadt Hamburg
Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation
Sachgebiet Volksfeste und Sonderveranstaltungen

Sebastian Berger
Große Elbstraße 28
22767 Hamburg

Alter Steinweg 1–3
20459 Hamburg
Sachbearbeiterin: Inga Schnell
Tel. 040 – 42834 – 3014
Az. WD 2011/1645
Hamburg, d. 29.6.2011

Bewerbung um Standplatz Winterdom 2011, Ergänzung

Sehr geehrter Herr Berger,

ergänzend zu unserem Schreiben vom 10.5.2011 führen wir zur Begründung der Auswahlentscheidung Folgendes aus:

Für den Winterdom 2011 haben sich insgesamt 1.086 Anbieter beworben. Von diesen Anbietern konnten insgesamt 335 berücksichtigt werden.

Nach der Zulassungsrichtlinie für die Volksfeste und Sonderveranstaltungen der Freien und Hansestadt Hamburg ist durch die Auswahl ein möglichst ansprechendes und hochwertiges Marktbild zu schaffen. Bei der erforderlichen Auswahl sollen deshalb Geschäfte aus allen üblichen, zu dem jeweiligen Marktkonzept passenden Branchen vertreten sein. Durch das Verhältnis der vertretenen Anbieter untereinander soll dabei dem Charakter der jeweiligen Veranstaltung entsprochen und es sollen dadurch insbesondere die Erwartungen der Besucher übertroffen werden.

Zu dem Konzept des Winterdoms 2011 gehören insbesondere auch Kinderfahrgeschäfte wie das von Ihnen angebotene. Insgesamt gingen für den Winterdom 2011 79 Bewerbungen mit Kinderfahrgeschäften ein, von denen (neben anderen Fahrgeschäften wie etwa Autoscootern) vier Rundfahrgeschäfte berücksichtigt werden konnten. Unter diesen vier Rundfahrgeschäften befindet sich eines mit der zusätzlichen Funktionalität „Babyflug“. Dieses ausgewählte Rundfahrgeschäft zeichnet sich gegenüber Ihrem Angebot durch eine besonders attraktive Gesamtgestaltung aus. Es verfügt über eine moderne LED-Beleuchtung, deren Strahlkraft herkömmliche Leuchten auch schon vor Einbruch der Dunkelheit bei weitem übersteigt. Es ist im Gegensatz zu dem von Ihnen angebotenen Modell durchgehend, das heißt, es ist auch bei den tragenden Teilen der Metallkonstruktion, bemalt. Schließlich werden durch die Fahrkabinen durchweg Motive und Figuren der beliebten „Schlumpfe“ wiedergegeben. Insgesamt handelt es sich bei diesem Angebot daher um ein ausgesprochen attraktives Geschäft, neben dem Ihr Angebot leider nicht zum Zug gekommen ist.

Über die von Ihnen eingelegten Widersprüche wird mit gesondertem Schreiben entschieden werden.

Mit freundlichen Grüßen

Gez. Schnell

Anlage AS 4

Freie und Hansestadt Hamburg
 Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation
 Sachgebiet Volksfeste und Sonderveranstaltungen

Sebastian Berger
 Große Elbstraße 28
 22767 Hamburg

Alter Steinweg 1–3
 20459 Hamburg
 Sachbearbeiterin: Inga Schnell
 Tel. 040 – 42834 – 3014
 Az. WD 2011/1645
 Hamburg, d. 16.9.2011

Bewerbung um Standplatz Winterdom 2011, Ergänzung

Sehr geehrter Herr Berger,

ergänzend zu unserem Schreiben vom 10.5.2011 führen wir zur Begründung der Auswahlentscheidung Folgendes aus:

Die zugelassenen Anbieter von Fahrgeschäften für Kinder stellen eine Mischung aus ganz unterschiedlichen Arten von Kinderfahrgeschäften dar, bestehend aus Karussellen, Autoscootern und einem Babyflug. Maßgeblich war, das gesamte Interessenspektrum der jüngeren Besucherinnen und Besucher umfassend und möglichst hochwertig abzudecken. Insoweit ist die Auswahlentscheidung an den Erfahrungen der letzten Jahre – insbesondere an der Nachfrage der Besucher nach Fahrgeschäften – orientiert.

Die dabei ausgewählten Rundfahrgeschäfte sind nach diesen Kriterien als höherwertig zu beurteilen.

Das ausgewählte Angebot „Kindersportkarussell“ besticht durch die besondere Kombination aus einer besonders attraktiven Gestaltung und einer auf die Vorlieben von Kindern abgestimmten Animation. Hervorzuheben ist bei diesem Angebot, dass durch die Bemalung der Dachkonstruktion und die Gestaltung der vielseitigen Fahrzeugpalette eine stimmige Einheit aus technischen Fahrzeugen moderner Art gebildet wird.

Dabei ist die Mittelkonsole in besonders origineller Form gestaltet: Sie setzt sich aus Figuren zusammen, die dem Hamburger Wasserträger nachgebildet sind. Dadurch weist dieses Angebot einen besonderen Bezug zur Freien und Hansestadt Hamburg auf, der Charakter des Hamburger Doms als ein einzigartiges Freizeitangebot im norddeutschen Raum wird hervor gehoben und das Fahrgeschäft ist von den Standard-Fahrgeschäften, die auf jedem Jahrmarkt anzutreffen sind, abgesetzt. Schließlich ist bei diesem Karussell eine besonders aufwendige Beleuchtung angebracht, von der auch die Dachkonstruktion, das Kassenhäuschen und der Fahrbahnbereich erfasst sind. Die Beleuchtung erfolgt vollständig in moderner LED-Technik, wodurch auch bei erhöhter Grundhelligkeit eine deutlich wahrnehmbare Strahlkraft gewährleistet ist. Schließlich wird das Angebot durch eine hochwertige Beschilderung im Innenbereich abgerundet.

Von ähnlich hoher Attraktivität ist das ebenfalls ausgewählte „Kindertraumkarussell“. Die Besonderheit dieses Angebots besteht darin, dass sowohl die Fassade und der Kassenwagen als auch sämtliche Fahrzeuge im Stil der 1970er Jahre gestaltet sind. Das Fahrgeschäft weist dadurch einen besonderen, nostalgischen Charakter auf und stellt schon deshalb eine Besonderheit dar. Auch diesbezüglich ist die Bemalung hochwertig und detailgetreu. Das „Kindertraumkarussell“ ergibt eine stimmige Einheit, durch die bei den Besuchern Sehnsüchte geweckt werden.

Das dritte ausgewählte Rundfahrgeschäft für Kinder weist als Besonderheit einheitliche, farblich aufeinander abgestimmte Fahrzeuge auf, die in Phantasieformen gestaltet sind. Auch sind sämtliche Beleuchtungssegmente in unterschiedlichen Farben gehalten. Schon durch dieses geschlossene, bis ins Detail ausgearbeitete Erscheinungsbild werden Assoziationen an eine Märchenwelt geweckt, sodass es dadurch besonders geeignet ist, dem jüngeren Publikum zu gefallen. Dadurch wird auch bei diesem Angebot ein höheres Attraktivitätsniveau als bei Ihrem Angebot erreicht. Zudem weist dieses Angebot den Vorteil auf, dass ihm im Verhältnis zu sämtlichen anderen Angeboten eine deutlich geringere Grundfläche (6 x 7 m)

zugewiesen werden muss und dadurch selbst an einer Ecke mit spitzem Winkel einsetzbar ist, zumal durch das transparente Rundfahrgeschäft nicht der Blick auf andere Angebote verstellt wird.

Schließlich wird auch durch das Angebot des einzig ausgewählten Anbieters eines Rundfahrgeschäfts mit integriertem Babyflug das von Ihnen vorgelegte Angebot deutlich übertroffen. Auch bei diesem Karussell handelt es sich um ein Modell mit einer ausgesprochen detailgenauen Bemalung einer in sich geschlossenen Phantasiewelt („Die Schlümpfe“), das ebenfalls mit neuester LED-Technik ausgestattet ist. Als Besonderheit ist hervorzuheben, dass durch diese Beleuchtung insbesondere das bemalte, feste Vordach, die wechselhafte Dachkonstruktion sowie die Dachfiguren in farbig abgestimmtes Licht getaucht werden. Durch ein in die Dachkonstruktion integriertes Lauflicht wird der dynamische Charakter des Babyflugs bekräftigt. Sämtliche Fahrkabinen bzw. Fahrzeuge sind phantasievoll gestaltet und teilweise ebenfalls mit Lauflicht versehen. Bis in kleine Details wie beleuchtete Sterne, Pfeiler und Schilder wird durch dieses Angebot ein durchdachter und durchgestylter Eindruck erweckt. Schließlich ist jedes einzelne Fahrzeug mit einem beleuchteten Hinweisschild versehen.

Sämtliche ausgewählten Angebote – insbesondere das ausgewählte Kinderkarussell mit integriertem Babyflug – sind gegenüber Ihrem Angebot deutlich attraktiver. Die Überdachung des von Ihnen angebotenen Rundfahrgeschäfts wird aus einer schlichten und wenig ansprechenden Kunststoffplane zusammengesetzt. Die Überdachung ist nicht beleuchtet. Bei der Dachkonstruktion fehlt es an Aufbauten, Figuren oder anderen Elementen der Verzierung. Durch die Fahrzeuge werden teilweise Figuren aus dem Ballett „Nußknacker“ von Tschaikowski gebildet, teilweise aber auch andere Phantasie-Elemente und realitätsnahe Fahrzeuge wie ein Polizeiauto und ein Feuerwehrfahrzeug. Bezüglich Ihres Angebotes fehlt es dadurch schon an einer einheitlichen, geschlossenen Konzeption.

Bei dieser Sachlage konnte Ihr Angebot leider nicht zum Zuge kommen.

Über die von Ihnen eingelegten Widersprüche wird mit gesondertem Schreiben entschieden werden.

Mit freundlichen Grüßen

gez. *Schnell*

Freie und Hansestadt Hamburg
Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation
Sachgebiet Volksfeste und Sonderveranstaltungen

Verwaltungsgericht Hamburg
Haus der Gerichte
Lübeckertordamm 4
20099 Hamburg

Alter Steinweg 1–3
20459 Hamburg
Sachbearbeiterin: Inga Schnell
Tel. 040 – 42834 – 3014
Az. WD 2011/1645
Hamburg, d. 3.11.2011

Eingangsstempel: 3.11.2011

In der Verwaltungsrechtssache

Berger ./. FHH, Az. 2 V 967/11

beantragen wir,

den Antrag abzulehnen.

Begründung:

Der Antrag ist bereits unzulässig. Der Antragsteller handelt rechtsmissbräuchlich. Weil der Antragsteller das gerichtliche Hauptsacheverfahren scheut, möchte er durch eine Vorwegnahme der Hauptsache im einstweiligen Rechtsschutz zu seinem Ziel gelangen. Möge der Antrag-

zugewiesen werden muss und dadurch selbst an einer Ecke mit spitzem Winkel einsetzbar ist, zumal durch das transparente Rundfahrgeschäft nicht der Blick auf andere Angebote verstellt wird.

Schließlich wird auch durch das Angebot des einzig ausgewählten Anbieters eines Rundfahrgeschäfts mit integriertem Babyflug das von Ihnen vorgelegte Angebot deutlich übertroffen. Auch bei diesem Karussell handelt es sich um ein Modell mit einer ausgesprochen detailgenauen Bemalung einer in sich geschlossenen Phantasiewelt („Die Schlümpfe“), das ebenfalls mit neuester LED-Technik ausgestattet ist. Als Besonderheit ist hervorzuheben, dass durch diese Beleuchtung insbesondere das bemalte, feste Vordach, die wechselhafte Dachkonstruktion sowie die Dachfiguren in farbig abgestimmtes Licht getaucht werden. Durch ein in die Dachkonstruktion integriertes Lauflicht wird der dynamische Charakter des Babyflugs bekräftigt. Sämtliche Fahrkabinen bzw. Fahrzeuge sind phantasievoll gestaltet und teilweise ebenfalls mit Lauflicht versehen. Bis in kleine Details wie beleuchtete Sterne, Pfeiler und Schilder wird durch dieses Angebot ein durchdachter und durchgestylter Eindruck erweckt. Schließlich ist jedes einzelne Fahrzeug mit einem beleuchteten Hinweisschild versehen.

Sämtliche ausgewählten Angebote – insbesondere das ausgewählte Kinderkarussell mit integriertem Babyflug – sind gegenüber Ihrem Angebot deutlich attraktiver. Die Überdachung des von Ihnen angebotenen Rundfahrgeschäfts wird aus einer schlichten und wenig ansprechenden Kunststoffplane zusammengesetzt. Die Überdachung ist nicht beleuchtet. Bei der Dachkonstruktion fehlt es an Aufbauten, Figuren oder anderen Elementen der Verzierung. Durch die Fahrzeuge werden teilweise Figuren aus dem Ballett „Nußknacker“ von Tschaikowski gebildet, teilweise aber auch andere Phantasie-Elemente und realitätsnahe Fahrzeuge wie ein Polizeiauto und ein Feuerwehrfahrzeug. Bezüglich Ihres Angebotes fehlt es dadurch schon an einer einheitlichen, geschlossenen Konzeption.

Bei dieser Sachlage konnte Ihr Angebot leider nicht zum Zuge kommen.

Über die von Ihnen eingelegten Widersprüche wird mit gesondertem Schreiben entschieden werden.

Mit freundlichen Grüßen

gez. *Schnell*

Freie und Hansestadt Hamburg
Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation
Sachgebiet Volksfeste und Sonderveranstaltungen

Verwaltungsgericht Hamburg
Haus der Gerichte
Lübeckertordamm 4
20099 Hamburg

Alter Steinweg 1–3
20459 Hamburg
Sachbearbeiterin: Inga Schnell
Tel. 040 – 42834 – 3014
Az. WD 2011/1645
Hamburg, d. 3.11.2011

Eingangsstempel: 3.11.2011

In der Verwaltungsrechtssache

Berger ./. FHH, Az. 2 V 967/11

beantragen wir,

den Antrag abzulehnen.

Begründung:

Der Antrag ist bereits unzulässig. Der Antragsteller handelt rechtsmissbräuchlich. Weil der Antragsteller das gerichtliche Hauptsacheverfahren scheut, möchte er durch eine Vorwegnahme der Hauptsache im einstweiligen Rechtsschutz zu seinem Ziel gelangen. Möge der Antrag-

steller die Bescheidung seiner Widersprüche abwarten und ggf. das Hauptsacheverfahren anstrengen.

In der Sache erweist sich die angegriffene Auswahlentscheidung aber auch als rechtmäßig.

Zwar trifft es zu, dass in der Zulassungsrichtlinie für die Volksfeste und Sonderveranstaltungen der Freien und Hansestadt Hamburg eine Stellungnahme des Verbandes der Schausteller und Marktkaufleute Hamburg eV im Vorfeld der Auswahlentscheidung vorgesehen ist. Auch ist es zutreffend, dass diese Stellungnahme in den letzten Jahren stets im Vorfeld der Auswahlentscheidung eingeholt und bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt worden ist.

Jedoch hat der Senator für Wirtschaft, Verkehr und Innovation mit Verfügung vom 1.11.2011 eine Änderung der Zulassungsrichtlinie verfügt. Nach dieser Änderung soll die Stellungnahme erst im Anschluss an die Auswahlentscheidung erfolgen.

Als

– Anlage AG 1 –

fügen wir die neugefasste Zulassungsrichtlinie in der nunmehr geltenden Fassung bei.

Der Hintergrund ist, dass sich aus der Erfahrung in der Vergangenheit ergibt, dass die Stellungnahmen des Verbandes oftmals nicht frei von Interessenkonflikten waren. Dem Verband soll deshalb zukünftig nunmehr die Möglichkeit gegeben werden, eine bereits erfolgte Auswahlentscheidung zu kommentieren, aber nicht mehr ein laufendes Verfahren zu beeinflussen. Die Praxis der Antragsgegnerin im Vorfeld der Auswahlentscheidung zum Winterdom 2011 wich von der bisherigen Verwaltungspraxis (und der Zulassungsrichtlinie in der damaligen Fassung) ab, jedoch wurde dabei bewusst die bereits im Entwurf bestehende neue Richtlinie vorweggenommen.

Auch aufgrund der vom Antragsteller monierten Beteiligung der vermeintlich befangenen Verbandsmitglieder ist die Auswahlentscheidung nicht rechtswidrig. Bei dem Verband handelt es sich schon um keine Behörde, sodass die Vorschriften des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts über ausgeschlossene Personen von vorneherein unanwendbar sind. Zudem hat der Antragsteller die Befangenheit des betroffenen Verbandsmitglieds nur behauptet, aber einen inadäquaten Einfluss schon nicht dargelegt.

Im Übrigen ist zu betonen, dass der Auswahlentscheidung von vorneherein alle im Laufe des Verfahrens dargelegten Erwägungen zugrunde lagen. Die Antragsgegnerin hatte zunächst nur von einer ausführlicheren, schriftlichen Darlegung sämtlicher Erwägungen aus Gründen der Verfahrensvereinfachung (angesichts der zahlreichen Anträge) abgesehen. Das ist aus der Sicht der Behörde auch sachgerecht, da den professionellen Antragstellern die in der Zulassungsrichtlinie enthaltenen Kriterien sowie die Eigenschaften der Wettbewerber-Angebote in der Regel ohnehin bekannt sind. Die nicht berücksichtigten Bewerber wissen in aller Regel schließlich selbst, welches die besten Angebote am Markt sind und aus welchen Gründen sie ausgewählt worden sind.

Nach alledem ist der Antrag abzulehnen.

Gez. Schnell

Hinweis: Vom Abdruck der Anlage AG 1 wurde abgesehen. Sie enthält den angegebenen Inhalt.

Bearbeitungsvermerk:

1. Die Entscheidung des Gerichts ist zu entwerfen. Sie ergeht am 4.11.2011 durch die VRiVG Otte als Vorsitzende sowie die Richterinnen am Verwaltungsgericht Schwarz und Schmidt als beisitzende Richterinnen.
2. Beschränkt sich der Entscheidungsentwurf allein auf die Erörterung von Verfahrensfragen, sind hilfsweise Entscheidungsgründe zu entwerfen, in denen eine Erörterung der Rechtslage im Übrigen enthalten ist.

3. Eine Streitwertfestsetzung ist nicht erforderlich. Für eine Rechtsmittelbelehrung genügt die Bezeichnung des zulässigen Rechtsmittels und seiner gesetzlichen Grundlage. Von Bearbeiterinnen und Bearbeitern in Berlin ist die Rechtsmittelbelehrung nicht zu erörtern.
4. Die Formalien (Zustellungen, Vollmachten, Unterschriften usw.) sind in Ordnung, soweit sich aus der Akte nicht etwas anderes ergibt. Die behördlichen und gerichtlichen Zuständigkeiten sind gewahrt.
5. Die in den Schriftsätzen mitgeteilten Tatsachen wurden von den Beteiligten wahrheitsgemäß wiedergegeben. Es ist davon auszugehen, dass die fälligen Gerichtsgebühren seitens des Antragstellers bereits entrichtet worden sind.
6. Werden in einzelnen Punkten gerichtliche Auflagen, Hinweise oder Beweisaufnahmen für erforderlich gehalten, so ist dies zu erörtern, sodann jedoch zu unterstellen, dass entsprechende Maßnahmen ohne Erfolg durchgeführt worden sind.
7. Wird die getroffene Entscheidung auf einen rechtlichen Gesichtspunkt gestützt, den ein Beteiligter erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, so ist zu unterstellen, dass ihm Gelegenheit zur Äußerung gegeben worden ist, er hiervon jedoch keinen Gebrauch gemacht hat.
8. Soweit es auf verwaltungsverfahrenrechtliche Vorschriften ankommt, ist das VwVfG des Bundes anzuwenden.

Zulassungsrichtlinie für die Volksfeste und Sonderveranstaltungen der Freien und Hansestadt Hamburg [Auszug]

3. Auswahlkriterien

3.1 Mindestanforderungen

Es dürfen nur solche Geschäfte zugelassen werden, die für die Veranstaltung eines attraktiven und vielseitigen Volksfestes geeignet sind und die dem Stand der Technik, insbesondere den aktuellen Sicherheitsbestimmungen entsprechen. Die Qualität des Geschäftes ist bei der Frage der Zulassung vorrangig, um ein möglichst ansprechendes und hochwertiges Marktbild zu schaffen. Die Qualität eines Geschäftes ergibt sich insbesondere aus seiner Gestaltung nebst Beleuchtung, dem Warenangebot, der Fahrweise und Konstruktion des Geschäftes, sowie seiner Betriebsführung.