

Leitsätze:

1. Verpflichtet ein Gericht einen Träger öffentlicher Gewalt unanfechtbar, über das Begehren des Rechtsschutzsuchenden unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden, so erstreckt sich die Rechtskraft eines solchen gerichtlichen Ausspruchs auch auf die tragenden Erwägungen, aus denen sich die der Neuverbescheidung zugrunde zu legende Rechtsauffassung des Gerichts ergibt. Das gilt jedoch nur insoweit, als das Gericht tatsächlich Rechtsauffassungen geäußert hat, die bei der Neuverbescheidung zu beachten sind. Soweit sich das Gericht zu einem Gesichtspunkt nicht geäußert hat, fehlt es an einer verbindlich zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassung.
2. Zu dem von Art. 20 Abs. 1 BayVwVfG erfassten Personenkreis gehören nicht nur Amtsträger, sondern alle Personen, denen von der Behörde eine aktive Rolle in einem Verwaltungsverfahren zugewiesen wurde, die sich nicht in gänzlich untergeordneten, nicht einmal die abstrakte Möglichkeit der Einflussnahme auf den Verfahrensverlauf und den Verfahrensausgang eröffnenden Verrichtungen erschöpft. Die Frage, ob sich die Tätigkeit einer Art. 20 Abs. 1 BayVwVfG grundsätzlich unterfallenden Person auf die behördliche Entscheidung (potenziell) ausgewirkt hat, bedarf zusätzlicher Prüfung.

Allgemeine Hinweise:

Die Entscheidung stellt Grenzen einer Verfahrensprivatisierung bei der Bewerberauswahl für ein Volksfest heraus, die sich daraus ergeben, dass der als Verfahrenshelfer der veranstaltenden Kommune herangezogene Private ein besonderes Eigeninteresse an der – auf Basis seiner Zuarbeit zu treffenden – (hoheitlichen) Auswahlentscheidung hat.

Hiernach kann sich ein Bewerber, der nicht zu einem Volksfest zugelassen wurde, im Rahmen einer Konkurrentenverdrängungsklage erfolgreich auf eine Verletzung des Art. 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG i.V. mit Art. 46 BayVwVfG berufen,

- wenn die Gemeinde für die Organisation der Veranstaltung einen Generalpächter („Projektmanager“) vertraglich engagiert hat, der die bei der Gemeinde eingehenden Bewerbungen für den Festplatz vorbewertet und der der Gemeinde Zulassungsvorschläge unterbreitet, und

- wenn dieser Generalpächter sich selbst mit seinem Gewerbe bewirbt und gegenüber dem (später klagenden) Konkurrenten desselben Schaustellergewerbes (hier: Autoscooter) den Vorzug erhält.

Der Bayer. Verwaltungsgerichtshof stellt zudem klar, dass es unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgebots (Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 118 Abs. 1 BV) sowie des im Rechtsstaatsgebots (Art. 20 Abs. 3 GG) wurzelnden Gebots der fairen Verfahrensgestaltung verfahrenfehlerhaft ist, wenn die zulassende Gemeinde nur einem von mehreren Bewerbern um die Zuteilung ein und desselben Stellplatzes für ein bestimmtes Schaustellerangebot die Möglichkeit eingeräumt hat, sich gegenüber dem zur Entscheidung berufenen kommunalen Gremium persönlich zu den Vorzügen seines Angebots zu äußern und einen Vergleich mit der Beschaffenheit des Fahrgeschäfts des Mitwettbewerbers anzustellen.

Im Übrigen sind der Gerichtsentscheidung fallübergreifende Erwägungen zur Reichweite der materiellen Rechtskraft eines (vorher ergangenen) Bescheidungsurteils zu entnehmen.

22 B 11.2587
W 6 K 10.706

*Großes Staats-
wappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

***** ** *

- Kläger -

bevollmächtigt:

Rechtsanwalt ***

gegen

Stadt Marktheidenfeld,

vertreten durch die erste Bürgermeisterin,
Luitpoldstr. 17, 97828 Marktheidenfeld,

- Beklagte -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte ***** ***** *** *****

***** *** *****

beteiligt:

Landesanwaltschaft Bayern

als Vertreter des öffentlichen Interesses,
Ludwigstraße 23,
80539 München,

wegen

Zulassung zu einem Volksfest;

hier: Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts
Würzburg vom 8. Juni 2011,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 22. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Schenk,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Dietz,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Ertl,

ohne weitere mündliche Verhandlung am **25. Februar 2013**

folgendes

Urteil:

I. Die Berufung wird zurückgewiesen.

- II. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
- III. Das Urteil ist im Kostenpunkt vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor Vollstreckungsbeginn Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

- 1 1. Die Beklagte veranstaltet nach § 2 ihrer Satzung über das Abhalten von Märkten vom 1. Dezember 2006 in der Fassung der Änderungssatzungen vom 6. März 2009 und vom 8. Mai 2009 (nachfolgend „Marktsatzung a.F.“ genannt) alljährlich im August das Volksfest mit Gewerbeschau „L*****-Messe“ als öffentliche Einrichtung. Diese Veranstaltung wurde durch das Landratsamt M***** mit Bescheid vom 3. Oktober 1978 gemäß § 69 GewO festgesetzt.
- 2 Nach § 6 Abs. 5 Satz 1 der Marktsatzung a.F. erfolgte die Zuteilung im Rahmen der vorhandenen Fläche des Marktplatzes. Hierbei waren der Marktzweck, der Bekanntheits- und Bewährungsgrad des Antragstellers sowie hilfsweise die zeitliche Reihenfolge der Antragstellung zu berücksichtigen (§ 6 Abs. 5 Satz 2 der Marktsatzung a.F.). Überstieg die Zahl der danach in Betracht kommenden Bewerber die der vorhandenen Standplätze, entschied gemäß § 6 Abs. 5 Satz 3 der Marktsatzung a.F. der Grundsatz "bekannt und bewährt" und - falls erforderlich - das Los. § 6 Abs. 5 Satz 5 der Marktsatzung a.F. übertrug die Entscheidungsbefugnis über die Zulassung eines Marktbewerbers oder Schaustellers als Angelegenheit der laufenden Verwaltung auf den ersten Bürgermeister.
- 3 Zu Beginn des Jahres 2009 schloss die Beklagte mit H**** und N***** F***** als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts einen Vertrag, in dem letztere sich verpflichteten, in den Jahren 2010 bis 2012 jeweils zur L*****-Messe auf dem Festplatz einen Vergnügungspark zu betreiben. Dieser Vertrag, in dem H**** und N***** F***** als "Generalpächter" bezeichnet wurden, sieht vor, dass die F***** GbR die Beklagte über alle ihr vorliegenden Bewerbungen für den Festplatz informiert und ihr einen Zu-

lassungsvorschlag übergibt. Die Entscheidung über die Zulassung der Geschäfte auf dem Festplatz sollte dann die Beklagte treffen.

- 4 2. Mit Schreiben vom 5. November 2009 bewarb sich der Kläger um die Zulassung seines Autoscooters auf der vom 6. bis zum 15. August 2010 stattfindenden L*****-Messe. Am 12. November 2009 ging der Beklagten eine Bewerbung der F***** GbR zu, die die Zulassung eines Autoscooters dieses Unternehmens auf der L*****-Messe 2010 zum Gegenstand hatte.
- 5 Am 24. November 2009 beriet der Messe- und Marktausschuss des Stadtrats der Beklagten über das Thema "Gestaltung Vergnügungspark - Zulassung von Fahrgeschäften - Auswahl der für die Zulassung zum Festplatz der L*****-Messe vorgesehenen Geschäfte". Ausweislich der über diese Sitzung erstellten Niederschrift übergab Herr F***** den Ausschussmitgliedern einen Gestaltungsplan, den er ebenso erläuterte wie seinen Vorschlag für die Liste der zuzulassenden Schaustellerbetriebe. Der Niederschrift zufolge führte Herr F***** dabei u. a. aus, dass er, wie vom Stadtrat gefordert, neue, attraktive Fahrgeschäfte vorgeschlagen habe. In der Beratung wurde der Niederschrift zufolge angesprochen, dass im Segment "Autoscooter" nur zwei Bewerbungen vorlägen, da unter den Schaustellern bekannt sei, dass die F***** GbR selbst Autoscooter betreibe. Es sei deutlich geworden, dass der dem Kläger gehörende Autoscooter, der während der letzten sechs Jahre auf der L*****-Messe aufgebaut gewesen sei, modern und vom Baujahr her neuer sei. Der Autoscooter der F***** GbR verfüge demgegenüber über eine größere Fahrbahnfläche und biete deshalb "mehr Fahrspaß". Auf den Vorschlag von Ausschussmitgliedern hin sei die Beratung nach den Erläuterungen des Festplatzorganizers unterbrochen worden. Während sich der Ausschuss mit anderen Tagesordnungspunkten befasst habe, hätten Herr F***** und der Marktmeister im Nebenraum des Sitzungssaals alle Angebote zur Durchsicht und Information aufgelegt. Die Ausschussmitglieder hätten sich alsdann in den Nebenraum begeben und die Angebote in Augenschein genommen; Herr F***** habe auf Verlangen jeweils Erläuterungen und Zusatzinformationen zu den einzelnen Bewerbungen gegeben. Im Anschluss daran habe der Ausschuss einstimmig beschlossen, dass die F***** GbR "unter dem Vorzeichen des vom Stadtrat gewünschten Wechsels bei den Hauptfahrgeschäften des Festplatzes, aber auch wegen der größeren Fahrbahnfläche" den Zuschlag erhalte.
- 6 Mit Schreiben vom 25. November 2009 teilte die Beklagte dem Kläger unter Bezugnahme auf die am 24. November 2009 getroffene Entscheidung des Messe- und

Marktausschusses mit, dass ihm keine Zulassung für die L*****-Messe 2010 erteilt werde.

- 7 3. Mit der am 8. Januar 2010 zum Verwaltungsgericht Würzburg erhobenen Klage (Az. W 2 K 10.17) beantragte der Kläger zuletzt, die Beklagte unter Aufhebung der Bescheide vom 25. November 2009, 5. Februar 2010, 10. Februar 2010 und 12. Februar 2012 (durch die drei letztgenannten Bescheide hatte die Beklagte die einen Autoscooter betreffende Bewerbung des Klägers nach Klageerhebung erneut abgelehnt) zu verpflichten, ihn mit dem Autoscooter "Z-Power" zur L*****-Messe 2010 zuzulassen, hilfsweise, sie dazu zu verpflichten, über seinen Antrag, mit dem Autoscooter "Z-Power" zur L*****-Messe 2010 zugelassen zu werden, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts erneut zu entscheiden.
- 8 Am 29. Januar 2010 erließ die Beklagte eine Änderungssatzung zur Marktsatzung, die rückwirkend zum 15. November 2009 in Kraft gesetzt und durch die im Anschluss an § 6 Abs. 5 Satz 3 folgender Satz eingefügt wurde: "Eine Abweichung hiervon ist im Rahmen einer Neukonzeptionierung des einzelnen Marktes zulässig."

- 9 Durch Gerichtsbescheid vom 23. März 2010, gegen den kein Rechtsmittel eingelegt wurde, verpflichtete das Verwaltungsgericht die Beklagte, über den Antrag des Klägers, mit seinem Autoscooter-Betrieb zur L*****-Messe vom 6. bis zum 15. August 2010 zugelassen zu werden, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden; im Übrigen wies es die Klage ab. Der Umstand, dass die Beklagte die F***** GbR als Generalpächterin eingesetzt habe, ändere nichts daran, dass es sich bei der L*****-Messe um eine öffentliche Einrichtung im Sinn von Art. 21 Abs. 1 GO handele. Ein Anspruch des Klägers auf Zulassung ergebe sich nicht aus § 70 GewO, da es an der nach § 69 GewO erforderlichen Festsetzung fehle. Einem Zulassungsanspruch nach Art. 21 Abs. 1 GO stehe entgegen, dass der Kläger weder Gemeindeangehöriger der Beklagten sei, noch er in ihrem Gebiet über Grundbesitz oder eine gewerbliche Niederlassung verfüge. Ein aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz herzuleitender Zulassungsanspruch scheide aus, weil sich dieser Anspruch dann, wenn - wie hier der Fall - die Kapazität der öffentlichen Einrichtung erschöpft sei, zu einem Recht auf sachgerechte und fehlerfreie Ausübung des Auswahlermessens abschwäche. Dieses Auswahlermessen könne nur dann fehlerfrei ausgeübt werden, wenn hierfür ordnungsgemäße Grundlagen vorhanden seien. Die Willensbildung über die Zulassung von Schaustellern und Anbietern zu einem Volksfest falle nur dann in die Zuständigkeit des ersten Bürgermeisters nach Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO, wenn der Gemeinderat oder ein beschließender Ausschuss zumindest Vorgaben in Gestalt von Auswahlkriterien beschlossen hätten. An derartigen Vorgaben fehle es hier. Das in der Marktsatzung der Beklagten zum Ausdruck gelangende Konzept für die L*****-Messe sei zumindest insoweit fehlerhaft, als es bei der Auswahl der Bewerber hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Stammbeschickern und Neubewerbern gegen Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 118 Abs. 1 der Verfassung des Freistaates Bayern (BV) verstoße. Das Auswahlprinzip "bekannt und bewährt" dürfe nämlich nicht dazu führen, dass Neubewerber aus sachfremden Erwägungen - z. B. gerade wegen ihrer Eigenschaft als Neubewerber - von einer Zulassung ausgeschlossen würden. Der durch die Satzung vom 29. Januar 2010 neu eingefügte § 6 Abs. 5 Satz 4 beseitige diesen Mangel nicht, da die Zulassungschance von Neubewerbern danach ausschließlich vom Willen des Stadtrates hinsichtlich des Veranstaltungstyps abhängige. Die Marktsatzung sei deshalb insoweit unanwendbar; der Sachverhalt müsse so behandelt werden, als bestünde keine vom Stadtrat oder einem beschließenden Ausschuss erlassene Richtlinie. Die allein maßgebliche Ablehnungsentscheidung vom 12. Februar 2010 sei mithin nicht durch Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO gedeckt gewesen. Der Beschluss des Messe- und Marktausschusses vom 24. November 2009 ändere hieran nichts, da dieser Beschluss nicht die

Grundlage für den am 12. Februar 2010 allein durch die erste Bürgermeisterin erlassenen Verwaltungsakt gebildet habe.

10 4. Durch Änderungssatzung vom 30. April 2010 verlieh die Beklagte den Sätzen 1 bis 3 des § 6 Abs. 5 der Marktsatzung folgende Fassung:

11 "Die Zuteilung eines Standplatzes erfolgt im Rahmen der vorhandenen Fläche und unter Beachtung der Belange des Marktzwecks. Die weiteren in dieser Satzung nicht näher geregelten Voraussetzungen für die Zulassung zur L*****-Messe und den L*****-Markt werden durch den Stadtrat in einer Richtlinie für die Vergabe von Standplätzen geregelt.

12 Die Entscheidungsbefugnis für die jährlich einmalige Zulassung der Schausteller für die L*****-Messe liegt beim Ausschuss für Messe und Märkte.

... ."

13 Außerdem beschloss der Stadtrat der Beklagten "Richtlinien für die Zuteilung von Standplätzen auf der L*****-Messe und auf dem L*****-Markt". Wegen ihres Wortlauts wird auf Blatt 382 bis 385 der Gerichtsakte des vorliegenden Berufungsverfahrens Bezug genommen.

14 Am 15. Juni 2010 beschloss der Messe- und Marktausschuss der Beklagten erneut, dem Autoscooter der F***** GbR den Zuschlag für die L*****-Messe 2010 zu erteilen. Wegen der von diesem Gremium angestellten Erwägungen wird auf die über diese Sitzung erstellte Niederschrift in den Fassungen vom 26. Juli 2010 und vom 4. August 2010 verwiesen.

15 Durch Bescheid vom 18. Juni 2010 lehnte die Beklagte die Zulassung des Autoscooters "Z-Power" des Klägers zur L*****-Messe 2010 ab. Auch dieser Bescheid ging davon aus, dass die L*****-Messe nicht nach § 69 GewO festgesetzt sei. Da der neue Festplatz mehr Besucher als der alte anziehe, sei es das Ziel der Beklagten, die Kapazität der einzelnen Fahrgeschäfte zu erhöhen. Der Autoscooter der F***** GbR biete 52 m² mehr Fahrfläche als derjenige des Klägers. Zudem weise die Fahrbahnabgrenzung "mit der umlaufenden Plattform" des Fahrgeschäfts der F***** GbR eine deutlich niedrigere Bauweise auf, als das beim Autoscooter des Klägers der Fall sei. Die höhere Attraktivität des erstgenannten Angebots ergebe sich ferner aus dem neuen, mit vielen Lichteffekten ausgestatteten Plafond und der seitlichen LED-Fahrbahnbeleuchtung des Autoscooters der F***** GbR, der außerdem über eine

vollständige, mit zahlreichen Lichtquellen versehene Frontverkleidung verfüge, in dessen Innerem sich 40.000-Watt-Strahler befänden, von dem Blitz- und Nebel effekte erzeugt würden und dessen Fahrzeuge sich auf dem neuesten Stand befänden. Aufgrund der gänzlich anderen Gestaltung und Farbgebung des Fahrgeschäfts der F***** GbR könnten Besucher zudem sofort erkennen, dass sich ihnen ein bisher noch nicht bekanntes Fahrgeschäft präsentiere. Den Umstand, dass beim Autoscooter des Klägers die Besucher mittels Handy eine Liedauswahl vornehmen könnten, sehe die Beklagte nicht als attraktivitätserhöhend an, da eine solche Wahlmöglichkeit mit erhöhten Kosten für die Messebesucher verbunden sei.

16 5. Mit der am 7. Juli 2010 ebenfalls zum Verwaltungsgericht Würzburg erhobenen
Klage (Az. W 6 K 10.706) beantragte der Kläger im ersten Rechtszug:

17 1. Der Bescheid der Beklagten vom 18. Juni 2010 wird aufgehoben.

18 2. Es wird festgestellt, dass die Nichtzulassung des Klägers mit dem Au-
toscooter "Z-Power" zur L*****-Messe vom 6. bis 15. August 2010
rechtswidrig war.

19 Im Laufe dieses Rechtsstreits teilte die Beklagte mit, sie sei bisher der Auffassung
gewesen, die L*****-Messe sei nicht nach § 69 GewO festgesetzt worden. Nach-
dem die Zuständigkeit zum Vollzug dieser Vorschrift auf sie übergegangen sei und
das Landratsamt Ende Juli 2010 die einschlägigen Akten übersandt habe, sei dieser
Irrtum aufgedeckt worden. Bei der Handhabung des durch § 70 Abs. 3 GewO einge-
räumten Ausschließungsermessens seien jedoch die gleichen Grundsätze maßgeb-
lich wie bei einer Entscheidung nach Art. 21 GO.

20 Durch Urteil vom 8. Juni 2011 stellte das Verwaltungsgericht fest, dass der Bescheid
der Beklagten vom 18. Juni 2010 rechtswidrig war. Entgegen Art. 20 Abs. 1 Satz 1
Nr. 1 oder Nr. 2 BayVwVfG sei im Verwaltungsverfahren eine Person tätig geworden,
die nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BayVwVfG selbst Beteiligte gewesen sei. Da
die F***** GbR die Sitzung des Messe- und Marktausschusses am 24. November
2009 vorbereitet und sie an ihr aktiv mitgewirkt habe, sei offenkundig, dass sie zu ih-
ren Gunsten auf die Entscheidung der Beklagten Einfluss genommen habe. Diese
Einflussnahme habe sich auch auf die streitgegenständliche Entscheidung ausge-
wirkt, da die an die F***** GbR zu richtenden, nur in geringer Zahl eingegangenen
Bewerbungen weiterhin die Grundlage für die am 15. Juni 2010 zu treffende Auswahl
dargestellt hätten. Die Gestaltung des Vergnügungsparks der L*****-Messe und die

Auswahl zwischen den beiden Autoscootern hätten ebenfalls auf einem Vorschlag der F***** GbR beruht. Die Auswahlentscheidung sei auch materiell rechtswidrig, da die Beklagte von dem ihr nach § 70 Abs. 3 i.V.m. § 60b GewO eingeräumten Ermessen in einer nicht dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht habe. Habe nämlich eine ausgeschlossene Person maßgeblichen Einfluss auf die Bewerbung, das Auswahlverfahren, die grundlegende Konzeption und die Auswahlentscheidung genommen und "sich letztlich zu Lasten des Klägers selbst begünstigt", habe keine ermessensfehlerfreie Entscheidung ergehen können.

21 6. Mit ihrer gegen diese Entscheidung gerichteten, vom Verwaltungsgerichtshof zugelassenen Berufung beantragt die Beklagte,

22 unter Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts vom 8. Juni 2011 die Klage abzuweisen,

23 hilfsweise,

24 unter Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts vom 8. Juni 2011 die Sache an das Verwaltungsgericht zurückzuverweisen.

25 Das Verwaltungsgericht habe die sich aus § 121 VwGO ergebende Bindungswirkung des Gerichtsbescheids vom 23. März 2010 missachtet, in dem die Frage, ob die Beklagte gegen Art. 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayVwVfG verstoßen habe, anders als im Urteil vom 8. Juni 2011 beantwortet worden sei. Im Urteil vom 8. Juni 2011 habe das Verwaltungsgericht festgestellt, dass die Beklagte alle im Gerichtsbescheid enthaltenen Direktiven befolgt habe; für begründet erachtet worden sei die Klage aufgrund von Umständen, die bereits während des unter dem Aktenzeichen W 2 K 10.17 anhängig gewesenen Verfahrens vorgelegen hätten und die seinerzeit auch geltend gemacht worden seien.

- 26 Unberücksichtigt gelassen habe das Verwaltungsgericht zudem, dass der Kläger mit dem sich aus Art. 20 BayVwVfG ergebenden Einwand im gerichtlichen Verfahren ausgeschlossen gewesen sei. Gründe, aus denen sich eine Besorgnis der Befangenheit ergebe, müssten die Beteiligten unverzüglich geltend machen, damit die Behörde den drohenden Fehler vermeiden bzw. ihn korrigieren könne. Dem Kläger sei bekannt gewesen, dass die F***** GbR den Zuschlag für die Festplatzorganisation erhalten habe und sie sich mit einem Autoscooter bewerben werde. Sein sich hierauf beziehendes Vorbringen verstoße zudem gegen Treu und Glauben, da er seinerseits für andere Gemeinden als Festplatzorganisator tätig sei und er sich dort mit seinen Fahrgeschäften bewerbe bzw. an diesen Veranstaltungen als Schausteller teilnehme.
- 27 Unabhängig von alledem liege ein Verstoß gegen Art. 20 Abs. 1 BayVwVfG nicht vor, da die Tätigkeit der F***** GbR für die von der Beklagten am 15. Juni 2010 getroffene Entscheidung nicht ursächlich gewesen sei. Sollte von einer Missachtung dieser Bestimmung auszugehen sein, wäre ein solcher Verfahrensfehler im Sinn von Art. 46 BayVwVfG unbeachtlich, da die Beklagte auf die Größe der Fahrbahnfläche des Autoscooters der F***** GbR - und damit auf ein objektives Kriterium - abgestellt habe.
- 28 Der Kläger beantragt,
- 29 die Berufung zurückzuweisen.
- 30 Der Vertreter des öffentlichen Interesses stellt keinen Antrag, erachtet es jedoch für geboten, die Bindungswirkung des Gerichtsbescheids vom 23. März 2010 zu berücksichtigen. Wegen der von ihm im Einzelnen vertretenen Rechtsstandpunkte wird auf seinen Schriftsatz vom 5. Oktober 2012 Bezug genommen.
- 31 Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung beschloss der Stadtrat der Beklagten am 22. November 2012, die Beklagte werde im Jahr 2013 und später hinsichtlich der L*****-Messe keine Berater- oder Generalpächterverträge abschließen, falls sich die Berater bzw. Generalpächter oder deren Angehörige im Sinn von Art. 20 Abs. 5 BayVwVfG gleichzeitig um einen Stellplatz oder einen Messestand auf der L*****-Messe beworben hätten oder sie eine solche Bewerbung beabsichtigten.

- 32 Die Beklagte vertritt die Auffassung, im Hinblick auf diesen Beschluss bestehe kein Fortsetzungsfeststellungsinteresse des Klägers mehr. Zugleich bekräftigt sie ihren Standpunkt, einem Schadensersatzanspruch des Klägers wegen Amtspflichtverletzung stehe offensichtlich entgegen, dass er es schuldhaft unterlassen habe, einen (etwaigen) Schaden durch Einlegung eines Rechtsmittels abzuwenden; hierzu gehöre auch die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes. Da er allenfalls einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung besitze, fehle es zudem an der Kausalität einer etwaigen Pflichtverletzung für den behaupteten Schaden, dessen Entstehen der Kläger im Übrigen nicht substantiiert dargelegt habe. Sollte sich der Ablehnungsbescheid vom 18. Juni 2010 erst nach der Klageerhebung erledigt haben, sei das Fortsetzungsfeststellungsbegehren deshalb unzulässig, weil der Kläger weder - wie das von Rechts wegen geboten gewesen wäre - Verpflichtungsklage auf Zulassung zur L*****-Messe erhoben noch er die Zulassung des Konkurrenten angefochten habe. Sollte sich der Bescheid vom 18. Juni 2010 bei der Einleitung des Verfahrens W 6 K 10.706 demgegenüber bereits erledigt haben, obläge die Beurteilung der Rechtmäßigkeit dieses Verwaltungsakts allein den Zivilgerichten.
- 33 Wegen des Verfahrensgangs und des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge einschließlich der Akten des Verfahrens W 2 K 10.17 sowie auf die in diesen Streitsachen vorgelegten Vorgänge der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

- 34 Die zulässige Berufung, über die gemäß § 101 Abs. 2 VwGO ohne weitere mündliche Verhandlung entschieden werden konnte, erweist sich im Haupt- und im Hilfsantrag als nicht begründet.
- 35 1. Die Klage ist in dem Umfang, in dem sie derzeit noch anhängig ist, zulässig.
- 36 Der Kläger hat ursprünglich eine isolierte Anfechtungsklage (Klageantrag 1) erhoben, die mit einem Feststellungsbegehren (Klageantrag 2) kombiniert war. Über den erstgenannten Antrag hat das Verwaltungsgericht zu Recht nicht entschieden, da bei sachgerechter Auslegung des Rechtsschutzziels des Klägers (§ 88 VwGO) davon auszugehen war, dass er bei Erlass des angefochtenen Urteils die Aufhebung des Bescheids vom 18. Juni 2010 nicht mehr erstrebte. Da sich der Regelungsgehalt die-

ses Bescheids darin erschöpfte, die Zulassung des Klägers als Schausteller zur L*****-Messe 2010 abzulehnen, hatte er sich mit dem Ende jener Veranstaltung am 15. August 2010 erledigt. Hätte der Kläger den Anfechtungsantrag gleichwohl aufrecht erhalten, hätte er wegen nachträglich eingetretener Unzulässigkeit abgewiesen werden müssen. In der Berufungsverhandlung hat der Kläger überdies klargestellt, dass der Klageantrag 1 seit dem Ablauf der L*****-Messe 2010 nicht mehr als gestellt anzusehen ist.

- 37 Die nach Klageerhebung eingetretene Erledigung des angefochtenen Bescheids hatte ferner zur Folge, dass der Klageantrag 2 seither als Fortsetzungsfeststellungsklage anzusehen ist. Dieses Klagebegehren ist jedenfalls seit dem 16. August 2010 zulässig, da die ursprünglich erhobene Anfechtungsklage ihrerseits zulässig war (1.1), und der Kläger das nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO erforderliche Feststellungsinteresse besitzt (1.2).
- 38 1.1 Der Zulässigkeit des Antrags 1 aus der Klageschrift vom 5. Juli 2010 steht es nicht entgegen, dass der Kläger die Zulassung der F***** GbR bis zum erledigenden Ereignis nicht ebenfalls mit einem Anfechtungsantrag angegriffen hatte (1.1.1). In der hier bestehenden prozessualen Situation durfte er sich ferner darauf beschränken, durch eine isolierte Anfechtungsklage den ihm gegenüber ergangenen Ablehnungsbescheid anzugreifen, ohne darüber hinaus seine eigene Zulassung zur L*****-Messe 2010 mit einem Verpflichtungs- oder Verbescheidungsbegehren gerichtlich verfolgen zu müssen (1.1.2).
- 39 1.1.1 Die ursprünglich erhobene Anfechtungsklage wäre selbst dann zulässig gewesen, wenn der Kläger, um die eigene Zulassungschance zu wahren, die zugunsten der F***** GbR ergangene Auswahlentscheidung der Beklagten grundsätzlich ebenfalls mit einem zulässigen Rechtsbehelf hätte angreifen müssen. Denn der Verwaltungsakt, durch den dieses Unternehmen mit einem Autoscooter zur L*****-Messe 2010 zugelassen wurde, war gegenüber dem Kläger bis zum 15. August 2010 - an diesem Tag erledigte sich auch die Zulassung der F***** GbR zur L*****-Messe 2010 - nicht bestandskräftig geworden, so dass er eine ggf. erforderliche Drittanfechtungsklage noch in zulässiger Weise hätte erheben können.

- 40 Es kann dahinstehen, ob der an den Kläger gerichtete Bescheid vom 18. Juni 2010 zugleich als ihm gegenüber erfolgte "Bekanntgabe" der Zulassung der F***** GbR verstanden werden kann (vgl. in diesem Sinne das Schreiben der Bevollmächtigten der Beklagten vom 23.10.2012, Bl. 566 der Akte des Berufungsverfahrens). Sollte dieser Sichtweise zu folgen sein, hätte die Beklagte dem Kläger jedenfalls keine Rechtsbehelfsbelehrung erteilt, aus der er mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnehmen konnte, dass er auch den gegenüber seinem Mitbewerber erlassenen Verwaltungsakt innerhalb der Monatsfrist des § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO anfechten muss, um zu verhindern, dass dieser Verwaltungsakt ihm selbst gegenüber bestandskräftig wird. Auf der Grundlage des maßgeblichen Empfängerhorizonts können die Eingangsworte der dem Bescheid vom 18. Juni 2010 beigefügten Rechtsbehelfsbelehrung, wonach gegen "diesen Bescheid" unmittelbar Klage erhoben werden könne, nur so verstanden werden, dass damit der Regelungsausspruch gemeint ist, der sich im Tenor des Bescheids vom 18. Juni 2010 findet. Der Tenor dieses Bescheids aber befasst sich ausschließlich mit der Nichtzulassung des Fahrgeschäfts des Klägers. Sollte der Auffassung zu folgen sein, dass dem Kläger in den Gründen des Bescheids vom 18. Juni 2010 die zugunsten der F***** GbR getroffene Auswahlentscheidung im Sinn von Art. 43 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG bekannt gegeben wurde, so hätte er nach alledem hiergegen gemäß § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO innerhalb eines Jahres ab dem Zugang dieses Bescheids Klage erheben können. Der Verwaltungsakt, den die Beklagte am 15. Juni 2010 nach eigenem Bekunden mündlich gegenüber der F***** GbR erlassen hat (durch ihn wurde Herrn F***** die Zulassung seines Fahrgeschäfts zur L*****-Messe 2010 bekannt gegeben), war nicht mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen, die auch dem Kläger bekannt gegeben wurde, so dass auch insofern die Einmonatsfrist des § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO nicht in Gang gesetzt werden konnte.
- 41 Sollte der Bescheid vom 18. Juni 2010 nicht zugleich die Bekanntgabe der Zulassung der F***** GbR an den Kläger beinhalten, und sollte in einer Konstellation der hier inmitten stehenden Art auch die Möglichkeit einer analogen Anwendung der Jahresfrist des § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO, die mit dem Zeitpunkt der "sicheren Kenntnis" des Drittbetroffenen von dem einen anderen begünstigenden Verwaltungsakt beginnt, zu verneinen sein (vgl. grundlegend BVerwG, U.v. 25.1.1974 - IV C 2.72 - BVerwGE 44, 294/299 ff.), hätte der Kläger den am 15. Juni 2010 mündlich erlassenen Verwaltungsakt der Beklagten bis zum Eintritt der Verwirkung der Anfechtungsbefugnis in zulässiger Weise zum Gegenstand einer Klage machen können; ein sol-

cher Rechtsverlust scheidet hier schon angesichts der Kürze der bis zum 15. August 2010 verstrichenen Zeitspanne aus.

- 42 1.1.2 In der vorliegenden Fallgestaltung durfte sich der Kläger ferner darauf beschränken, mit einer "isolierten Anfechtungsklage" allein die Aufhebung des Ablehnungsbescheids vom 18. Juni 2010 zu beantragen. Bereits im Zeitpunkt der Einleitung des Rechtsstreits war nämlich absehbar, dass über die Klage keinesfalls mehr bis zur Erledigung der Hauptsache am 15. August 2010 würde entschieden werden können. Vor diesem Hintergrund erschöpfte sich der praktische Nutzen, den der Kläger aus der Beschreitung des Rechtswegs ziehen konnte, darin, den Eintritt der Bestandskraft des Ablehnungsbescheids bis zu dessen Erledigung zu verhindern. Um dieses Anliegen zu erreichen, bedurfte es keines über einen Anfechtungsantrag hinausgehenden Verpflichtungs- oder Verbescheidungsbegehrens (vgl. zur Zulässigkeit einer isolierten Anfechtungsklage in Fällen, in denen der Kläger kein Interesse mehr daran besitzt, den gegenüber der Behörde zunächst erstrebten begünstigenden Verwaltungsakt gerichtlich zu erstreiten, Pietzcker in Schoch/Schmidt-Aßmann/Bier, VwGO, Stand Oktober 2008, § 42 Abs. 1 Rn. 112; Happ in Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 42 Rn. 19; Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl. 2012, § 42 Rn. 30).
- 43 1.2 Das für eine Fortsetzungsfeststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse kann der Kläger seit dem Beschluss des Stadtrats der Beklagten vom 22. November 2012 nicht mehr daraus herleiten, dass mit einer Wiederholung des Geschehensablaufs zu rechnen sei, wie er im Vorfeld der Bescheide vom 25. November 2009 und vom 18. Juni 2010 zu verzeichnen war. Denn die Beklagte hat sich durch diesen Beschluss eine rechtliche Bindung auferlegt, die eine Konstellation, wie sie im Vorfeld der L*****-Messe 2010 bestand (nämlich dass die Person, der außer der Organisation dieses Volksfests auch die Erarbeitung von Empfehlungen hinsichtlich der zuzulassenden Schausteller obliegt, sich selbst um eine Zulassung als Schausteller bewirbt), für die Zukunft ausschließt. Das gilt umso mehr, als sich die Beklagte in der Nummer 3 des Beschlusses vom 22. November 2012 ausdrücklich auch gegenüber dem Kläger verpflichtet hat, von derartigen Verträgen künftig Abstand zu nehmen. Dieser Wille, eine rechtliche Bindung einzugehen, unterscheidet den vorliegenden Fall von Konstellationen, in denen der Beklagte zwar derzeit von den strittigen Handlungen Abstand nimmt, sich aber gleichwohl alle Optionen offen halten will (BayVGh, U.v. 27.3.2012 - 22 BV 11.2145 - juris Rn. 44). Damit hat sich der entscheidungserhebliche Sachverhalt wesentlich geändert. Zwar stellt die Mitwirkung einer nach Art.

20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder Satz 2 BayVwVfG ausgeschlossenen Person nur einen der Mängel dar, an denen das dem Bescheid vom 18. Juni 2010 vorausgegangene Verwaltungsverfahren litt, aber doch einen grundlegenden, der die weiteren Mängel nach sich zog. Nur dann aber, wenn hinreichend gewichtige Gründe darauf hindeuten, dass künftig unter im Wesentlichen unveränderten Umständen eine gleichartige behördliche Entscheidung wie der Verwaltungsakt ergehen wird, der Gegenstand des Fortsetzungsfeststellungsbegehrens ist, lässt sich eine Wiederholungsgefahr bejahen (BVerwG, B.v. 16.10.1989 - 7 B 108/89 - NVwZ 1990, 360).

- 44 Das erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse des Klägers ergibt sich jedoch daraus, dass er glaubhaft und hinreichend substantiiert angekündigt hat, wegen der Nichtzulassung zur L*****-Messe 2010 Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte geltend machen zu wollen. Einen solchen Anspruch kann er, da die Beklagte die Auswahl der Schausteller für diese Veranstaltung in Ausübung hoheitlicher Gewalt getroffen hat, jedenfalls auch auf § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG stützen.
- 45 Da Zivilgerichte im Amtshaftungsprozess an die Beurteilung eines Verwaltungsakts durch die Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit als rechtmäßig oder rechtswidrig gebunden sind (vgl. z.B. BGH, U.v. 23.10.2003 - III ZR 9/03 - NJW 2003, 3693/3696), ist ein sich hierauf beziehender verwaltungsgerichtlicher Ausspruch geeignet, die Rechtsposition des Klägers in einem solchen künftigen Verfahren zu verbessern.
- 46 Dass die Entscheidung der Beklagten vom 15. bzw. 18. Juni 2010 für den Kläger einen Vermögensnachteil nach sich gezogen hat, hätte er selbst dann in substantiiertes Weise vorgetragen, wenn zu diesem Zweck "eine jedenfalls annähernde Angabe zur Schadenshöhe" (so OVG NW, B.v. 23.1.2003 - 13 A 4859/00 - NVwZ-RR 2003, 696/697) erforderlich sein sollte. Er hat nach eigenem ausdrücklichem Bekunden für die Zeit der L*****-Messe 2010 keine Zulassung zu einem anderen Volksfest erhalten (so bereits Seite 17 oben der Klageschrift vom 5.7.2010; vgl. ferner die inhaltsgleiche, auf Seite 2 unten der Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof festgehaltene Angabe seines Bevollmächtigten). Dieses Vorbringen ist ungeachtet der Tatsache, dass es der Kläger nicht durch Beweismittel erhärtet hat, glaubhaft. U. a. aus den Anlagen 12 bis 14 zur Berufungsbegründungsschrift geht hervor, dass die Beklagte (möglicherweise aufgrund von Informationen, die ihr seitens anderer Schausteller zugegangen sind), über Betätigungen des Klägers in Zusammenhang mit Volksfesten - auch in entfernter liegenden Kommunen -

informiert ist. Aus der Anlage 12 zur Berufungsbegründungsschrift ergibt sich ferner, dass es Seiten im Internet gibt, die eine dahingehende Unterrichtung ermöglichen. Deshalb und weil davon ausgegangen werden muss, dass in Schaustellerkreisen weithin bekannt ist, wer für welche Zeit eine Zulassung zu welchem Volksfest erhalten hat, muss der Kläger damit rechnen, dass es alsbald bekannt würde, entsprechen die vorerwähnten Angaben in der Klageschrift und in der mündlichen Verhandlung über die fehlende anderweitige Nutzbarkeit seines Autoscooters während der L*****-Messe 2010 nicht der Wahrheit. Es kann nicht unterstellt werden, dass er sich allein zu dem Zweck, das erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse nachzuweisen, der Gefahr aussetzt, ggf. wegen Prozessbetrugs belangt zu werden.

- 47 Die Annahme einer mit der Nichtzulassung zur L*****-Messe 2010 einhergehenden finanziellen Einbuße rechtfertigt sich vor diesem Hintergrund bereits daraus, dass die mit der Vorhaltung eines Fahrgeschäfts einhergehenden Gemeinkosten in der Zeit vom 6. bis zum 15. August 2010 weiterhin angefallen sind, ohne dass der Kläger mit diesem Wirtschaftsgut damals Einnahmen erzielen konnte. Die Prüfung, wie hoch der ihm entstandene Schaden ist, obliegt ebenso der alleinigen Beurteilung des zuständigen Zivilgerichts wie die Entscheidung, wie es sich unter dem Blickwinkel der Kausalität des Verhaltens der Beklagten für den eingetretenen Schaden auswirkt, dass dem Kläger kein strikter Anspruch auf Zulassung zur L*****-Messe 2010 zustand, sondern er nur nicht auf der Grundlage der Ergebnisse des von der Beklagten durchgeführten Verwaltungsverfahrens und mit der gegebenen Begründung abgewiesen werden durfte. Gleiches gilt für die Beantwortung der Frage, ob es dem Kläger (z.B. unter dem Blickwinkel des § 254 Abs. 2 BGB) zum Nachteil gereichen würde, sollte er es in vorwerfbarer Weise unterlassen haben, sich vorsorglich um eine Zulassung zu anderen während der gleichen Zeit stattfindenden Volksfesten zu bemühen.
- 48 Ein gegen die Beklagte angestrebter Amtshaftungsprozess des Klägers wäre auch nicht offensichtlich aussichtslos. Dieser einem Fortsetzungsfeststellungsinteresse entgegenstehende Gesichtspunkt darf, da die Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit den nach Art. 34 Satz 3 GG insoweit zur Entscheidung zuständigen ordentlichen Gerichten nicht vorgreifen dürfen, nur dann bejaht werden, wenn ohne eine ins Einzelne gehende Prüfung erkennbar ist, dass der behauptete Anspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt besteht (BVerwG, U.v. 29.4.1992 - 4 C 29/90 - NVwZ 1992, 1092). Entgegen der Auffassung der Beklagten kann dem Kläger nicht entgegengehalten werden, er habe es unter Verstoß gegen § 839 Abs. 3 BGB schuldhaft

unterlassen, den Eintritt des Schadens dadurch abzuwenden, dass er seine Zulassung zur L*****-Messe 2010 im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu erreichen versucht hat. Ebenso wie ein grundsätzlich in Betracht kommender Rechtsbehelf dann nicht eingelegt werden muss, wenn er allenfalls geringe Erfolgsaussichten besitzt (vgl. z.B. BGH, U.v. 6.12.1984 - III ZR 141/83 - MDR 1985, 1000; U.v. 20.2.2003 - III ZR 224/01 - NJW 2003, 1308/1313), darf ein solcher Schritt dann frei von Verschulden unterbleiben, wenn die Einlegung eines Rechtsbehelfs aus sonstigen Gründen nicht geeignet ist, den durch eine Amtshandlung hervorgerufenen Schaden abzuwenden (vgl. Sprau in Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 839 Rn. 69).

49 Das war hier der Fall. Mit einem Antrag nach § 123 VwGO, mit dem der Kläger die Verpflichtung der Beklagten hätte erreichen wollen, ihn zur L*****-Messe 2010 zuzulassen, hätte er schon deshalb nicht durchdringen können, weil ihm kein diesbezüglicher Anordnungsanspruch zugestanden hätte. Das wäre nach den Richtlinien der Beklagten für die Zuteilung von Standplätzen auf der L*****-Messe und dem L*****-Markt nur dann der Fall gewesen, wenn sein Autoscooter entweder eindeutig eine höhere Attraktivität als derjenige der F***** GbR aufgewiesen hätte, oder wenn - falls sich auf der Grundlage dieses von der Beklagten als vorrangiges Entscheidungskriterium ausgestalteten Merkmals Unterschiede hinsichtlich der Attraktivität der Fahrgeschäfte beider Bewerber nicht hätten feststellen lassen - zu seinen Gunsten ein zweifelsfreies Übergewicht bei den Hilfskriterien ergeben hätte, wie sie im letzten Absatz der Nummer 5 der Richtlinien aufgeführt sind. Selbst nach Durchführung des vorliegenden Berufungsverfahrens kann jedoch nicht davon gesprochen werden, dem Autoscooter des Klägers gebühre nach den Auswahlrichtlinien der Beklagten und den sonst einschlägigen Vorgaben der Rechtsordnung derart eindeutig der Vorzug, dass die Zulassungsentscheidung zweifelsfrei nur zu seinen Gunsten hätte ausfallen können. In einem Verfahren nach § 123 VwGO hätte der Kläger deshalb allenfalls den Erlass einer einstweiligen Anordnung erreichen können, durch die die Beklagte verpflichtet worden wäre, unter Vermeidung der ihr unterlaufenen Verfahrensfehler über die Bewerbung des Klägers erneut zu befinden. Ob dies innerhalb der verfügbaren kurzen Zeitspanne zum Erfolg hätte führen können, darf bezweifelt werden.

50 2. Das Verwaltungsgericht hat zutreffend festgestellt, dass der Bescheid vom 18. Juni 2010 rechtswidrig war. Denn das Verwaltungsverfahren, das diesem Verwaltungsakt vorausging, verstieß in mehrfacher Hinsicht gegen zwingende gesetzliche Vorgaben, ohne dass diese Mängel im Sinn von Art. 46 BayVwVfG unerheblich waren.

- 51 2.1 Verfahrensfehlerhaft waren der Beschluss des Messe- und Marktausschusses der Beklagten vom 15. Juni 2010 und der ihn nach außen hin umsetzende Bescheid vom 18. Juni 2010 zum Einen deshalb, weil im Vorfeld dieser Entscheidung eine nach Art. 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder Satz 2 BayVwVfG ausgeschlossene Person am Verwaltungsverfahren mitgewirkt hat.
- 52 Auf Herrn F***** ist grundsätzlich Art. 20 BayVwVfG, nicht aber der nur für Gemeinderatsmitglieder geltende Art. 49 GO anwendbar. Da eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts trotz ihrer (partiellen) Rechtsfähigkeit (vgl. grundlegend BGH, U.v. 29.1.2001 - II ZR 331/00 - BGHZ 146, 341) nicht selbst Gewerbetreibende ist, diese Eigenschaft vielmehr den (geschäftsführenden) Gesellschaftern zukommt (vgl. VG Neustadt a. d. Weinstraße, B.v. 2.11.2012 - 4 L 862/12.NW - GewArch 2013, 83), und mit dem Antrag auf Zulassung zu einem nach § 69 GewO festgesetzten Volksfest ein in § 70 GewO geregelter Anspruch geltend gemacht wird, sprechen gewichtige Gründe dafür, Herrn F***** selbst als "Beteiligten" im Sinn von Art. 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 BayVwVfG anzusehen. Sollte davon auszugehen sein, dass - auch oder nur - die F***** GbR Antragstellerin im Sinn von Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 BayVwVfG war, wäre der Ausschlussstatbestand des Art. 20 Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG erfüllt, da Herrn F***** im Hinblick auf seine Stellung als Gesellschafter der F***** GbR aus der am 15. Juni 2010 zu treffenden Entscheidung der Beklagten ein unmittelbarer, vermögenswirksamer Vor- oder Nachteil erwachsen konnte.
- 53 Die Ausschlussgründe des Art. 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und des Art. 20 Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG erfassen auch Personen, die - wie bei Herrn F***** der Fall - nach Art eines "Projektmanagers" für eine Behörde tätig werden. Dass sich der Anwendungsbereich des Art. 20 BayVwVfG nicht auf Amtsträger (z.B. im Sinn von § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB oder von § 7 AO) beschränkt, legt bereits der Umstand nahe, dass diese Vorschrift auch die bei einem Beteiligten gegen Entgelt Beschäftigten (Art. 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Halbs. 1 BayVwVfG) erfasst. Da Art. 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Halbs. 2 BayVwVfG Beamte und Arbeitnehmer dann nicht für ausgeschlossen erklärt, wenn ihre Anstellungskörperschaft an einem Verwaltungsverfahren beteiligt ist, ließe der Anwendungsbereich des Art. 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Halbs. 1 BayVwVfG praktisch leer, könnten nicht auch Personen, die nach Maßgabe eines anderen Rechtsverhältnisses (z.B. aufgrund eines Werkvertrags) "für eine Behörde" tätig werden, nach dieser Bestimmung ausgeschlossen sein. Zu dem von Art. 20 Abs. 1 BayVwVfG erfassten Personenkreis gehören zutreffender Ansicht zufolge deshalb alle Personen, de-

nen von der Behörde eine aktive Rolle in einem Verwaltungsverfahren zugewiesen wurde, die sich nicht in gänzlich untergeordneten, nicht einmal die abstrakte Möglichkeit der Einflussnahme auf den Verfahrensverlauf und den Verfahrensausgang eröffnenden Verrichtungen erschöpft, wobei die Frage, ob sich die Tätigkeit einer Art. 20 Abs. 1 BayVwVfG grundsätzlich unterfallenden Person auf die behördliche Entscheidung (potenziell) ausgewirkt hat, zusätzlicher Prüfung bedarf (vgl. zu letzterem bereits BayVGh vom 18.12.1981 - 8 B 81 A.1128 - NVwZ 1982, 508/510). Das Erfordernis, dass die das Verwaltungsverfahren durchführende Behörde dem Betroffenen "eine aktive Rolle" in diesem Verfahren zugewiesen haben muss, gewährleistet, dass solche Personen nicht von Art. 20 BayVwVfG erfasst werden, die z.B. als "Lobbyisten" - Einfluss auf Entscheidungsträger nehmen (oder zu nehmen versuchen), ohne in die Abläufe der öffentlichen Verwaltung eingebunden zu sein.

- 54 Soweit in Rechtsprechung und Schrifttum die Auffassung vertreten wird, die Problematik der Mitwirkung von Sachverständigen, in deren Person Ausschlussstatbestände im Sinn von Art. 20 Abs. 1 Satz 1 oder 2 BayVwVfG vorliegen, an einem Verwaltungsverfahren müsse dadurch gelöst werden, dass deren Heranziehung durch die Behörde als nicht pflichtgemäße Ausübung des durch Art. 24 Abs. 1 Satz 2 und Art. 26 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG eingeräumten Ermessens angesehen oder den Beteiligten ein Ablehnungsrecht entsprechend Art. 65 Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG i.V.m. §§ 406, 41 f. ZPO eingeräumt wird (vgl. zum Meinungsstand NdsOVG, U.v. 2.12.1994 - 7 K 5895/92 - NVwZ 1996, 606/609 m.w.N.; Ritgen in Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl. 2010, § 20 Rn. 13 f., sowie eingehend Seidel, Privater Sachverständiger und staatliche Garantstellung im Verwaltungsrecht, Diss. jur. München 2000, S. 135 - 144 und S. 351), kann diesem Ansatz jedenfalls bei Projektmanagern nicht gefolgt werden.
- 55 Auch dann nämlich, wenn die Behörde derartige Personen wegen ihrer besonderen Sachkunde ausgewählt hat, besteht ihre Tätigkeit nicht - jedenfalls aber nicht überwiegend - darin, nach der Art eines Sachverständigen ein Gutachten abzugeben oder der Behörde sonst Informationen zur Verfügung zu stellen, die der Vorbereitung der Sachentscheidung dienen. Für ihre Funktion prägend ist vielmehr der Umstand, dass sie eine Aufgabe ganz oder teilweise (z.B. vorbehaltlich eines Letztentscheidungsrechts der zuständigen Behörde) anstelle eines Trägers öffentlicher Gewalt wahrnehmen. Ein Rückgriff auf eine Ablehnungsmöglichkeit nach Art. 65 Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG würde zum Einen eine doppelte Analogie (nämlich die Erstreckung des Anwendungsbereichs einer Vorschrift, die nach dem Willen des Gesetzgebers nur in

förmlichen Verwaltungsverfahren zum Tragen kommen soll, auch auf sonstige Verwaltungsverfahren sowie die Gleichstellung eines Projektmanagers mit dem Beweismittel "Sachverständiger") erfordern; dies erscheint mit dem Gebot der Rechtssicherheit schwer vereinbar. Zum anderen - und vor allem - würde hierdurch die Verantwortung dafür, dass Verwaltungsverfahren in rechtsstaatlich korrekter Weise durchgeführt werden, dass insbesondere bereits der Anschein vermieden wird, auf die zu treffende Entscheidung könnten Personen Einfluss nehmen, die ein persönliches Interesse an einem bestimmten Verfahrensausgang besitzen, auf den durch eine solche Interessenverflechtung (potenziell) benachteiligten Beteiligten verlagert. Dies entspricht nicht der Wertung des Gesetzgebers, wie sie in Art. 20 BayVwVfG zum Ausdruck kommt. Die Integrität der öffentlichen Verwaltung stellt kein Rechtsgut dar, dessen Wahrung der Privatinitiative Betroffener überantwortet werden darf. Vielmehr steht ein elementares Erfordernis einer geordneten, rechtsstaatlichen Verwaltung inmitten, auf dessen Einhaltung die öffentliche Gewalt von Amts wegen Bedacht zu nehmen hat.

56 Bedenken gleicher Art sprechen auch gegen den Versuch, die Problematik der Einschaltung von Verwaltungshelfern, deren Funktion sich nicht auf "Ermittlungen" im Sinn von Art. 24 Abs. 1 Satz 2 und Art. 26 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG beschränkt, durch einen Rekurs auf diese Vorschriften lösen zu wollen. Angesichts der bereits ihrem Wortlaut nach ohne Weiteres einschlägigen Bestimmung des Art. 20 BayVwVfG ist schon keine Notwendigkeit für eine analoge Anwendung des Art. 24 Abs. 1 Satz 2 und des Art. 26 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG ersichtlich. Im Übrigen darf nach der in Art. 20 BayVwVfG zum Ausdruck gekommenen Wertung des Gesetzgebers die Entscheidung der Frage, ob eine Person zur Mitwirkung in einem Verwaltungsverfahren herangezogen werden soll, die zum Gegenstand dieses Verfahrens in einem Näheverhältnis steht, angesichts dessen die Neutralität und Integrität der öffentlichen Verwaltung beeinträchtigt werden kann, nicht dem "Ermessen" (d.h. einer auch an Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten orientierten, gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfaren Entscheidungsbefugnis) der Behörden überantwortet werden.

57 Die Tätigkeit, die Herr F***** in dem Verwaltungsverfahren entfaltet hat, das sich an den Gerichtsbescheid vom 23. März 2010 anschloss, erfüllt die Kriterien für ein Tätigwerden für eine Behörde im Sinn von Art. 20 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG. Dies wird aus den im Laufe des Verfahrens bekannt gewordenen Umständen hinreichend deutlich, obwohl der Umfang der Tätigkeit von Herrn F***** nicht in allen Einzelheiten erkennbar ist. Die Beklagte hat selbst eingeräumt (vgl. Abschnitt II.7 des Schriftsatzes

ihrer Bevollmächtigten vom 16.10.2012), dass Herr F***** in der Sitzung des Marktausschusses der Beklagten am 15. Juni 2010 auf Fragen von Mitgliedern dieses Gremiums hin einen Vergleich zwischen der Fahrbahnwanne seines Autoscooters und derjenigen des Klägers angestellt und behauptet hat, sein Fahrgeschäft komme mit einer Stufe weniger aus und sei deshalb bei entsprechendem Untergrund für die Fahrgäste bequemer erreichbar. Diese Erklärung wurde von der Beklagten für so wesentlich erachtet, dass sie nicht nur Eingang in beide Fassungen der Niederschrift über die Ausschusssitzung am 15. Juni 2010, sondern auch in die Begründung des Bescheids vom 18. Juni 2010 gefunden hat. Hat die Beklagte ihre zugunsten der F***** GbR getroffene Auswahlentscheidung u. a. aber mit Vorzügen begründet, die sich aus der niedrigeren Bauweise des Autoscooters dieses Unternehmens ergäben, so hat sie jedenfalls insoweit auf einen Gesichtspunkt abgestellt, hinsichtlich dessen Herr F***** am 15. Juni 2010 konkret Einfluss auf die Willensbildung der Ausschussmitglieder genommen hat. Sollte das Erfordernis einer "konkreten" Einflussnahme nicht nur im Rahmen des Art. 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BayVwVfG und/oder für den Fall der Befassung eines Amtsträgers der Aufsichtsbehörde mit einem Verwaltungsverfahren bestehen (vgl. dazu BVerwG, U.v. 30.5.1984 - 4 C 58.81 - BVerwGE 69, 256/268), sondern auch darüber hinaus Geltung beanspruchen, so wäre dieses Erfordernis hier mithin erfüllt. Damit wird den Mitgliedern des Messe- und Marktausschusses der Beklagten nicht unterstellt, sie hätten Herrn F***** bewusst unsachlich bevorzugen wollen.

58 Darüber hinaus läge seitens des Herrn F***** auch eine "beabsichtigte" Einflussnahme im Sinn der letztgenannten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (U.v. 30.5.1984 a.a.O. S. 268) vor. Denn wenn der Bewerber um die Zulassung zu einem Volksfest "nachdrücklich" bestätigt (vgl. dazu die Niederschrift über die Sitzung des Messe- und Marktausschusses am 15.6.2010 in ihren beiden Fassungen), sein Fahrgeschäft weise eine bestimmte bautechnische Beschaffenheit auf, die sich (wegen der erleichterten Zugänglichkeit insbesondere für gehbehinderte Personen) attraktivitätserhöhend auswirken kann, so kommt als Beweggrund hierfür nur der Wunsch des Handelnden in Betracht, die Chance zu erhöhen, dass das eigene Unternehmen den Zuschlag erhält. Das gilt zumal dann, wenn eine solche Erklärung in Reaktion auf eine aus der Mitte des zur Entscheidung berufenen Gremiums heraus gestellte Frage abgegeben wird. Denn bei einem solchen Ablauf drängt sich für den Befragten der Eindruck auf, dass die bautechnische Gegebenheit, auf die sich die Auskunftsbitte bezieht, für die Willensbildung der Entscheidungsträger von Bedeutung sein kann.

59 Die Mitglieder des Messe- und Marktausschusses haben sich auch nicht unabhängig von den in der Ausschusssitzung gefallenen Äußerungen durch die Betrachtung von Lichtbildern beider Objekte eine selbständige tatsächliche Entscheidungsgrundlage geschaffen. Aus den Lichtbildern, die nach Darstellung der Beklagten den Ausschussmitgliedern am 15. Juni 2010 vorlagen (Bl. 540 - 544 der Akte des Berufungsverfahrens), lässt sich nämlich keinesfalls mit der erforderlichen Sicherheit feststellen, dass der Autoscooter der F***** GbR über einen niedrigeren Zugang verfügt als derjenige des Klägers. Aus ihnen ergibt sich vielmehr, dass sich am äußeren Rand beider Fahrgeschäfte eine breite, aus aluminiumfarbigem Metall bestehende, rampenähnliche Stufe befindet, die teilweise nahezu bündig mit dem Untergrund abschließt, die dann aber, wenn die Aufstellfläche geneigt ist, hierzu einen deutlichen Abstand aufweist; er kann zur Folge haben, dass die unter dieser Rampe befindlichen Aufständerungen sichtbar werden. Dieser äußeren, rampenähnlichen Stufe schließt sich ausweislich der vorerwähnten Lichtbilder bei beiden Fahrgeschäften eine weitere Stufe an, die in gleicher Optik ausgeführt ist und die bereits die Begrenzung der Fahrbahnfläche darstellt.

60 Die Aufnahmen, die dem Verwaltungsgericht in den beiden dort anhängig gewesenen Streitsachen zur Verfügung gestellt wurden (Bl. 13, 112, 131, 135 unten, 136 und 137 oben der Akte des Verfahrens W 2 K 10.17; Bl. 28, 29 unten und 30 der Akte des Verfahrens W 6 K 10.706), bestätigen diesen Befund. Weder die dem Ausschuss vorgelegten noch die in den erstinstanzlichen Gerichtsverfahren eingereichten Lichtbilder ermöglichen es, irgendeinen Unterschied hinsichtlich der Zahl oder der Höhe der Stufen zu erkennen, die überwunden werden müssen, um die Fahrbahnfläche der beiden Autoscooter zu betreten.

61 Da die sich aus Art. 20 BayVwVfG ergebende Rechtsfolge, sofern ihr Eintritt feststeht, von Amts wegen zu berücksichtigen ist, erweist es sich als unerheblich, ob die Behauptung der Beklagten zutrifft, der Kläger habe im Zusammenhang mit anderen Volksfesten Funktionen wahrgenommen, die denen vergleichbar seien, die die F***** GbR anlässlich der L*****-Messe 2010 bekleidet habe. Die Rechtmäßigkeit des dortigen Verfahrens ist unerheblich für den hiesigen Rechtsstreit.

62 Nicht entscheidungserheblich ist auch die von der Beklagten aufgeworfene Frage, ob ein Beteiligter gehalten ist, die Tatsachen, aus denen sich nach dieser Bestimmung ein Ausschlussgrund ergibt, der das administrative Verfahren durchführende Behörde

unverzüglich mitzuteilen (bejahend Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Aufl. 2012, § 20 Rn. 57; verneinend Ritgen in Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl. 2010, § 20 Rn. 4; differenzierend hinsichtlich der bei unterbleibender "Rüge" eintretenden Rechtsfolgen danach, ob der Ausschlussgrund der Behörde bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 20 Rn. 3a). Eine Vertiefung dieser Problematik erübrigt sich im vorliegenden Fall deshalb, weil der Kläger bereits im Schreiben seines Bevollmächtigten an die Beklagte vom 16. November 2009 geltend gemacht hat, er dürfte nicht deshalb benachteiligt werden, "weil jetzt ein neuer Betreiber die L*****-Messe organisiert, der zufällig auch einen Autoscooter betreibt und ein großes Interesse an seiner eigenen Zulassung hat". Er hat damit im Kern die tatsächlichen Gegebenheiten angesprochen, aufgrund derer Herr F***** von der Mitwirkung am Verwaltungsverfahren ausgeschlossen war, das die Entscheidung zwischen den Bewerbern um die Zulassung eines Autoscooters zum Gegenstand hatte. Weitergehende Darlegungen - insbesondere ein ausdrücklicher Hinweis auf die Vorschrift des Art. 20 BayVwVfG und eine Subsumtion unter dieser Bestimmung - sind von einem Beteiligten jedenfalls dann nicht zu verlangen, wenn die das Verwaltungsverfahren durchführende Behörde - wie hier der Fall - die Tatsachen kennt, aufgrund derer die Voraussetzungen der letztgenannten Bestimmung erfüllt sind.

- 63 2.2 Ein weiterer Verfahrensfehler ergibt sich daraus, dass die Beklagte unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 118 Abs. 1 BV nur einem der beiden Bewerber um die Zuteilung eines Standplatzes für einen Autoscooter die Möglichkeit eingeräumt hat, sich gegenüber dem zur Entscheidung berufenen Gremium persönlich zu den Vorzügen seines Angebots zu äußern und einen Vergleich mit der Beschaffenheit des Fahrgeschäfts des Mitwettbewerbers anzustellen. Lässt sich das für die Zulassungsentscheidung zuständige Gremium nur von dem Bewerber, der von ihr als Organisator des Volksfestes eingesetzt wurde, die - behaupteten - Vorzüge des eigenen Fahrgeschäfts und die - angeblichen - Nachteile des konkurrierenden Angebots darlegen, so verstößt eine solche Vorgehensweise zugleich gegen das im Rechtsstaatsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) wurzelnde Gebot der fairen Verfahrensgestaltung (vgl. allgemein zu diesem Gebot z.B. BVerwG, U.v. 28.4.1978 - 7 C 50.75 - BVerwGE 55, 355/360; U.v. 20.9.1984 - 7 C 57.83 - BVerwGE 70, 143/151; U.v. 5.12.1986 - 4 C 13.85 - BVerwGE 75, 214/230; zur Einschlägigkeit dieses Postulats in einem Verwaltungsverfahren, das die Zulassung von Schaustellern zu einem Volksfest zum Gegenstand hat, BayVGH, B.v. 20.7.2011 - 22 ZB 10.1135 - BayVBI 2012, 118/119). Dieses Gebot erfordert es u. a., dass Behörden die ihnen übertragenen Aufgaben in unparteiischer Weise wahrnehmen; den Vorschriften der Art. 20 f. BayVwVfG liegt in-

sofern ein verallgemeinerungsfähiger Gedanke des Verwaltungsverfahrensrechts zugrunde (so ausdrücklich BVerwG, U.v. 5.12.1986 - 4 C 13.85 - BVerwGE 75, 214/230).

- 64 2.3 Gegen die sich aus Art. 28 Abs. 1 und 2 BayVwVfG ergebende Pflicht von Behörden, entscheidungserhebliches Vorbringen eines Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und es ernsthaft in Erwägung zu ziehen (vgl. zu dieser Komponente der Anhörungspflicht BVerwG, U.v. 17.8.1982 - 1 C 22.81 - BVerwGE 66, 111/114; Bonk/Kallerhoff in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 28 Rn. 40 m.w.N.), hat die Beklagte insoweit verstoßen, als sie sowohl im Beschluss vom 15. Juni 2010 als auch im Bescheid vom 18. Juni 2010 die aus ihrer Sicht bestehende höhere Attraktivität des Autoscooters der F***** GbR u. a. daraus herleitete, dass dieses Fahrgeschäft über eine seitliche LED-Fahrbahnbeleuchtung verfüge und die Fahrbahn mit modernen Licht- und Nebel-effekten versehen sei. Der Bevollmächtigte des Klägers hat jedoch bereits in dem im Verfahren W 2 K 10.17 eingereichten Schriftsatz vom 1. März 2010 (vgl. dort S. 8) eingehend dargelegt, dass auch der Autoscooter des Klägers über eine aufwändige, im Einzelnen beschriebene Beleuchtungsanlage verfügt. Weitergehende Detailinformationen hierzu ermöglichte das Datenblatt, das dem Schriftsatz vom 1. März 2010 als Anlage beigefügt war (Bl. 130 der Akte des Verfahrens W 2 K 10.17). Aus ihm geht zudem hervor, dass auch das Fahrgeschäft des Klägers mit einer Einrichtung zur Erzeugung von Nebelschwaden ausgestattet ist. Obwohl diese Unterlagen und die dem Schriftsatz vom 1. März 2010 beigefügten Fotografien, die zum Teil ebenfalls einen Eindruck von der Lichtausstattung des Fahrgeschäfts des Klägers ermöglichen, den Bevollmächtigten der Beklagten nachweislich zugeleitet wurden (vgl. Bl. 139 der Akte des Verfahrens W 2 K 10.17) und sie damit auch der Beklagten selbst als zugegangen gelten, lässt die Begründung des Bescheids vom 18. Juni 2010 (ebenso wie die Niederschrift über die Ausschusssitzung am 15.6.2010) nicht erkennen, dass die Beklagte dieses Vorbringen des Klägers überhaupt zur Kenntnis genommen hat; erst recht fehlt jede inhaltliche Auseinandersetzung damit. Die einschlägigen Ausführungen im verfahrensgegenständlichen Bescheid beschränken sich vielmehr darauf, die elektrotechnische Ausstattung des Fahrgeschäfts der F***** GbR unter weithin wörtlicher Übernahme der diesbezüglichen Angaben aus einem nicht adressierten Schreiben dieses Unternehmens vom 18. Januar 2010 zu referieren; eine vergleichende Gegenüberstellung der diesbezüglichen Merkmale der beiden konkurrierenden Angebote findet sich im Bescheid vom 18. Juni 2010 - ebenso wie in den Niederschriften über die Sitzung des Messe- und Marktausschusses am 15. Juni 2010 - nicht einmal ansatzweise.

- 65 Gerade dann aber, wenn ein Beteiligter zu einem Gesichtspunkt, auf den die Behörde eine Auswahlentscheidung stützt, umfangreich vorgetragen und sein Vorbringen durch der Behörde zur Verfügung gestellte Erkenntnismittel untermauert hat, gebietet es eine pflichtgemäße Ausübung des durch Art. 39 Abs. 1 Satz 3 BayVwVfG eröffneten Ermessens, in den Gründen des das Auswahlverfahren abschließenden Bescheids darzulegen, warum die Entscheidung der Behörde gleichwohl zugunsten eines anderen Bewerbers ausgefallen ist, der insofern - wie im Schreiben der F***** GbR vom 18. Januar 2010 geschehen - nur knappe Angaben gemacht hat. Denn je weiter der materiellrechtliche Ermessensspielraum der Behörde reicht und je geringer dementsprechend die Möglichkeit der Gerichte ist, Rechtsschutz zu gewähren, desto größere Bedeutung kommt einer nachvollziehbaren Begründung der getroffenen Auswahl zu (Ruffert in Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl. 2010, § 39 Rn. 30; vgl. zum Gebot der Begründung von Auswahlentscheidungen, bei denen der Behörde ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zusteht, ferner Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Aufl. 2012, § 39 Rn. 27). Nur unter dieser Voraussetzung ist der unterlegene Bewerber im Übrigen auch in der Lage, sich ein Urteil darüber zu bilden, ob er mit Aussicht auf Erfolg den Rechtsweg beschreiten kann.
- 66 2.4 Die vorbezeichneten Verfahrensfehler sind nicht nach Art. 46 BayVwVfG unbeachtlich. Angesichts des Auswahlermessens, das der Beklagten bei der Vergabe von Standplätzen für eine Veranstaltung im Sinn der §§ 64 ff. GewO zusteht, und der Tatsache, dass sich die beiden konkurrierenden Angebote nach eigenem Bekunden der Beklagten hinsichtlich der äußeren Gestaltung der Fahrzeuge, des Fahrverhaltens und der optischen Präsentation - einschließlich der Lichteffekte - ähneln (vgl. dazu sowohl beide Fassungen der Niederschrift über die Sitzung des Messe- und Marktausschusses am 15.6.2010 als auch die Gründe des Bescheids vom 18.6.2010), erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte bei rechtskonformer Verfahrensgestaltung - insbesondere bei vollständiger Ermittlung und erschöpfender Würdigung aller einschlägigen Gesichtspunkte und bei Beachtung des Verbots einer Mitwirkung von Gesellschaftern der F***** GbR am Auswahlverfahren - zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre.
- 67 Das gilt namentlich im Hinblick darauf, dass der Messe- und Marktausschuss der Beklagten ausweislich beider Fassungen der Niederschrift über die Sitzung dieses Gremiums am 15. Juni 2010 nicht zum Ausdruck gebracht hat, einer der Gesichtspunkte, auf die die Zulassung des Fahrgeschäfts der F***** GbR gestützt wurde,

trage diese Entscheidung selbständig. Auch die (vom Kläger bestrittene) größere Fahrbahnfläche des Autoscooters dieses Unternehmens stellte danach nur einen "erheblich ins Gewicht" fallenden Umstand dar. Der Bescheid vom 18. Juni 2010 bringt auf Seite 5 ebenfalls zum Ausdruck, dass die getroffene Entscheidung "nach Abwägung sämtlicher Gesichtspunkte" und "unter Berücksichtigung all dieser [d.h. der in den Bescheidgründen zuvor aufgeführten] Punkte" ergangen sei; auch dies steht der Annahme entgegen, die Beklagte habe ihre Auswahl letztlich nur auf ein einziges Merkmal gestützt, im Vergleich zu dem die übrigen vom Messe- und Marktausschuss sowie im Bescheid erörterten Aspekte nur als nicht tragende Zusatzerwägungen anzusehen seien. Wenn auf Seite 4 unten der Bescheidgründe ausgeführt wurde, die (behauptetermaßen) größere Fahrbahnfläche des Autoscooters der F***** GbR sei "als ausschlaggebendes Kriterium" für die Ablehnung der Bewerbung des Klägers "maßgebend" gewesen, so findet diese Darstellung nicht nur in der Niederschrift über die Sitzung des Messe- und Marktausschusses am 15. Juni 2010 keine Stütze; auch der Bescheid selbst relativiert diese Einlassung, wenn er - ebenfalls auf Seite 4 - ausführt, der Größenvergleich der beiden Fahrgeschäfte sei (nur) "einer der ausschlaggebenden Aspekte" für die Entscheidungsfindung der Beklagten gewesen. Es ist mithin nicht ausgeschlossen, dass die übrigen Gegebenheiten, die nach der Nummer 5 der vom Stadtrat der Beklagten beschlossenen "Richtlinien für die Zuteilung von Standplätzen" im Rahmen des anzustellenden Attraktivitätsvergleichs zu berücksichtigen waren, bei rechtskonformer Verfahrensgestaltung in einer Weise bewertet worden wären, die u. U. ein anderes Ergebnis gezeitigt hätte.

- 68 3. Die Rechtskraft des Gerichtsbescheids vom 23. März 2010 steht der Berücksichtigung der vorstehend aufgezeigten Verfahrensmängel zu Lasten der Beklagten nicht entgegen.
- 69 Verpflichtet ein Gericht einen Träger öffentlicher Gewalt unanfechtbar, über das Begehren des Rechtsschutzsuchenden unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden, so erstreckt sich die Rechtskraft eines solchen gerichtlichen Ausspruchs auch auf die tragenden Erwägungen, aus denen sich die der Neuverbescheidung zugrunde zu legende Rechtsauffassung des Gerichts ergibt (BVerwG, U.v. 19.6.1968 - V C 85.67 - DVBl 1970, 281; B.v. 24.10.2006 - 6 B 47/06 - NVwZ 2007, 104/106). Das gilt jedoch nur insoweit, als das Gericht tatsächlich Rechtsauffassungen geäußert hat, die bei der Neuverbescheidung zu beachten sind.

- 70 Die Auffassung, mit der Rechtskraft eines Verbescheidungsurteils stehe darüber hinaus auch fest, dass in Bezug auf den Streitgegenstand des Vorprozesses keine weiteren rechtserheblichen Mängel vorlagen als die, deren Vermeidung das Gericht demjenigen Träger öffentlicher Gewalt aufgegeben hat, dem gegenüber das unanfechtbar gewordene Verbescheidungsurteil ergangen ist, lässt außer Betracht, dass das Bundesverwaltungsgericht bereits im Urteil vom 21. Dezember 1967 (VIII C 2.67 - BVerwGE 29, 1/2 f.) klargestellt hat: "Die in dem Bescheidungsurteil verbindlich zum Ausdruck gebrachte Rechtsauffassung bestimmt die Rechtskraftwirkung aber nur insoweit, als sie die Gründe betrifft, aus denen das Gericht die Ablehnung für rechtswidrig und den Kläger für dadurch in seinen Rechten verletzt erklärt hatte. Die in einem solchen Fall das Urteil tragenden Entscheidungsgründe - die für das Bescheidungsurteil maßgeblich gewesene 'Rechtsauffassung' - grenzen die Rechtskraftwirkung im Sinne des § 121 VwGO ab ...". Eine Bindung nach § 121 VwGO kann demgegenüber nicht eintreten, wenn ein früheres Urteil zu einer bestimmten Frage keine Ausführungen enthält (so ausdrücklich BVerwG, B.v. 22.4.1987 - 7 B 76.87 - Buchholz 310 § 121 VwGO Nr. 54). Selbst dann, wenn ein Beteiligter bestimmte Gesichtspunkte in dem Verfahren, das der rechtskräftig gewordenen Entscheidung vorausgegangen ist, ausdrücklich angesprochen hat, kann hinsichtlich dieser Gesichtspunkte dann keine Rechtskraft eintreten, wenn das Gericht diese Teile des Vorbringens nicht verbeschieden hat (BVerwG, U.v. 3.6.2010 - 9 C 4.09 - BVerwGE 137, 105/112, Rn. 19). Die letztgenannte Entscheidung erging zwar zu § 113 Abs. 2 Satz 2 VwGO; für ein auf diese Vorschrift gestütztes "Bestimmungsurteil" gelten jedoch die gleichen Grundsätze wie für ein Bescheidungsurteil nach § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO (BVerwG, U.v. 3.6.2010 - 9 C 4.09 - BVerwGE 137, 105/111, Rn. 16). Enthält ein rechtskräftiges Bescheidungsurteil zu einer Rechtsvoraussetzung oder zu einer im ablehnenden Bescheid angeführten oder auch nur in Betracht kommenden Ermessenserwägung keine verbindlichen Ausführungen, besteht diesbezüglich deshalb keine Rechtskraftwirkung (VGH BW, U.v. 25.10.2000 - 11 S 43/00 - juris Rn. 39).
- 71 Auch das Schrifttum geht, soweit diese Frage dort thematisiert wird, davon aus, dass nicht nur neue (d.h. erst nach der Rechtskraft der im Vorprozess ergangenen Entscheidung eingetretene) tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten, sondern auch zu jenem Zeitpunkt bereits vorliegende, vom Gericht in der rechtskräftigen Entscheidung jedoch "nicht geprüfte" (richtiger wohl: nicht erörterte) Umstände an der Rechtskraft eines Bescheidungsurteils nicht teilhaben (Redeker/von Oertzen, VwGO, 15. Aufl. 2010, § 121, Rn. 11a; Schröder in Festschrift für Menger, 1985, S. 499). Es

geht hier auch darum, dass der rechtsuchende Bürger klar erkennen können muss, worin ihm das Gericht nicht recht gegeben hat, wo ihn ggf. eine Anfechtungslast treffen könnte (Art. 19 Abs. 4 GG).

72 Wenn das Bundesverwaltungsgericht davon ausgeht, ein Beteiligter könne gegen ein Bescheidungsurteil auch dann, wenn darin seinem Klageantrag in vollem Umfang entsprochen wurde, mit der Begründung Rechtsmittel einlegen, dass "sich die vom Gericht als verbindlich erklärte Rechtsauffassung nicht mit seiner eigenen deckt und für ihn ungünstiger ist, so dass bei der erneuten Bescheidung auf ihrer Grundlage mit einem ungünstigeren Ergebnis zu rechnen ist als bei Anwendung der vom Kläger für richtig gehaltenen Rechtsansicht" (BVerwG, U.v. 27.1.1995 - 8 C 8.93 - BayVBl 1995, 605/606; ähnlich bereits BVerwG, U.v. 3.12.1981 - 7 C 30.80 und 7 C 31.80 - Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 157 S. 52), so steht das zu dem Vorgesagten nicht in Widerspruch. Denn diese Aussage betrifft die Frage, wann sich aus einem Bescheidungsurteil eine Beschwer ergibt, wie sie Voraussetzung für die zulässige Einlegung eines Rechtsmittels ist. Hiervon zu unterscheiden ist die Reichweite der Bindungswirkung eines Bescheidungsurteils nach dem Eintritt seiner Rechtskraft. Wenn das Bundesverwaltungsgericht in den vorerwähnten Entscheidungen einem Beteiligten das Recht zuerkannt hat, ein Bescheidungsurteil mit der Begründung im Rechtsmittelweg anzugreifen, die darin mitgeteilte, der öffentlichen Verwaltung bei der Neuverbescheidung zur Berücksichtigung aufgegebene Rechtsauffassung bleibe hinter den rechtlichen Erfordernissen zurück, von denen sich die vollziehende Gewalt nach Auffassung des Rechtsschutzsuchenden leiten lassen müsse (vgl. z.B. BVerwG, U.v. 27.1.1995 - 8 C 8.93 - BayVBl 1995, 605/606), so folgt daraus nicht zwingend, dass ein Schweigen des Gerichts zu einem Gesichtspunkt als "Billigung" oder "Nichtbeanstandung" dieses Umstands zu werten ist. Das Fehlen diesbezüglicher Ausführungen in den Entscheidungsgründen ist vieldeutig. Es kann u. a. darauf beruhen, dass das ehemals mit der Sache befasste Gericht von diesem Verstoß keine Kenntnis erlangt hat, es dem fraglichen Umstand - generell oder gegenüber den einen Aufhebungsausspruch tragenden schweren anderen Rechtsmängeln - keine (zusätzlich) entscheidungserhebliche Bedeutung beigemessen oder es ihn als rechtmäßig eingestuft hat; auch kann die Verbescheidung dieses Gesichtspunkts versehentlich unterblieben sein.

73 Nur ergänzend ist deshalb darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht auch in den Urteilen vom 3. Dezember 1981 (7 C 30.80 und 7 C 31.80 - Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 157 S. 52) und vom 27. Januar 1995 (8 C 8.93 - BayVBl

1995, 605/606) angemerkt hat, es sei die in einem Bescheidungsurteil "für verbindlich erklärte" bzw. "verbindlich zum Ausdruck gebrachte", für dieses Urteil maßgebliche Rechtsauffassung, die dessen Rechtskraftwirkung im Sinn von § 121 VwGO bestimme. Soweit sich ein Gericht zu einem Gesichtspunkt nicht geäußert hat, fehlt es demgegenüber an einer "verbindlich zum Ausdruck gebrachten" Rechtsauffassung (auch wenn ein Beteiligter durch ein solches Schweigen des Gerichts beschwert sein kann, da es gerade keine Bindungswirkung gegenüber der zu einer erneuten Befassung mit seinem Anliegen verpflichteten Behörde entfaltet).

- 74 4. Dem Hilfsantrag kann nicht entsprochen werden, da die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung der Streitsache an das Verwaltungsgericht nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 VwGO nicht vorliegen; § 130 Abs. 1 Nr. 2 VwGO scheidet, da im ersten Rechtszug eine Sachentscheidung ergangen ist, von vornherein aus. Dahinstehen kann, ob ein wesentlicher Mangel des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht im Sinn von § 130 Abs. 1 Nr. 1 VwGO darin liegt, dass die Vorschrift des Art. 20 BayVwVfG während dieses Rechtsstreits seitens keines der Beteiligten thematisiert wurde, und dass das Gericht auch keinen sich hierauf beziehenden Hinweis (vgl. § 138 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 173 VwGO) erteilt hatte. Sollte im Hinblick hierauf - wie von der Beklagten behauptet - von einem Überraschungsurteil auszugehen sein, so wäre der damit einhergehende Verstoß gegen das Grundrecht auf rechtliches Gehör dadurch geheilt worden, dass die Beteiligten in der Berufungsinstanz Gelegenheit besaßen, zur Einschlägigkeit dieser Vorschrift und den aus ihr herzuleitenden Folgen Stellung zu nehmen. Anders als das von § 130 Abs. 1 Nr. 1 VwGO vorausgesetzt wird, erfordert der im ersten Rechtszug ggf. unterlaufene Verfahrensfehler auch keine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme. Vielmehr stehen alle Tatsachen, auf die sich der Verwaltungsgerichtshof bei der vorliegenden Entscheidung tragend gestützt hat, entweder aufgrund des eigenen Vorbringens der Beteiligten oder aufgrund des nicht bestrittenen Akteninhalts fest.
- 75 5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 167 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen, da Zulassungsgründe im Sinn von § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.

Rechtsmittelbelehrung

- 76 Nach § 133 VwGO kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht in Leipzig angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. In der Beschwerdebegründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.
- 77 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen)
- 78 sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

79 Dr. Schenk Dr. Dietz Ertl

80 **Beschluss:**

81 Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren und - insoweit unter Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts vom 8. Juni 2011 - auch für das Verfahren W 6 K 10.706 auf jeweils 15.000 Euro festgesetzt.

82

Gründe:

83 Die Entscheidung beruht auf § 52 Abs. 1 GKG in Verbindung mit der Empfehlung in Abschnitt 54.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (NVwZ 2004, 1327). Danach bestimmt sich der Streitwert in Verfahren, die die Zulassung zu einem Markt betreffen, nach dem vom Rechtsschutzsuchenden erwarteten Gewinn. Sein wirtschaftliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits hat der Kläger in dem das Verfahren W 2 K 10.17 einleitenden Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 4. Januar 2010 mit 15.000 €, am Ende der Klageschrift vom 5. Juli 2010 mit 5.000 € angegeben. In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof hat er behauptet, er könne auf der L*****-Messe einen Gewinn (vor Steuern) in Höhe von ca. 20.000 Euro erzielen. Vor diesem Hintergrund entspricht es - auch mit Blickrichtung auf die Streitwertbemessungspraxis des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs in anderen Verfahren, die die Zulassung eines Schaustellers zu einem Jahrmarkt oder ähnlichen Veranstaltung betreffen (vgl. jüngst BayVGH, B.v. 20.2.2013 - 22 ZB 13.195) - pflichtgemäßer Ausübung des durch § 52 Abs. 1 GKG eröffneten Ermessens, das mit der Fortsetzungsfeststellungsklage verfolgte wirtschaftliche Interesse des Klägers mit 15.000 € zu veranschlagen.

84 Die Befugnis des Verwaltungsgerichtshofs, die Streitwertfestsetzung der Vorinstanz von Amts wegen abzuändern, ergibt sich aus § 63 Abs. 3 GKG.

85 Dr. Schenk

Dr. Dietz

Ertl