

ROLF KEMPER
RECHTSANWALT

Rechtsanwalt
Rolf Kemper
Grolmanstraße 39
10623 Berlin
auch zugel. beim Kammergericht
FON 030 - 889 20 90
FAX 030 - 889 20 919

Rechtsgutachten

Ausschluss von Wildtierzirkussen von der Nutzung kommunaler öffentlicher Plätze
durch Teilentwidmung

im Auftrag des

Hessischen Ministeriums für Umwelt, ländlichen Raum und Verbraucherschutz
- Landestierschutzbeauftragte Dr. Madeleine Martin -

vorgelegt von

Rechtsanwalt Rolf Kemper, Berlin

im Juni 2010

Gliederung

Gliederung

Literatur

1. Ausgangslage und Gegenstand

2. Ausschluss von Wildtierzirkussen durch Teilentwidmung

2.1.1. Festplatz als kommunale öffentliche Einrichtung

2.1.2. Öffentlichkeit durch Widmung

2.1.3. Faktor „Zeit“

2.1.4. Kein Anspruch auf Schaffung kommunaler öffentlicher Plätze

2.1.5. Anspruch auf Aufrechterhaltung öffentlicher Festplätze

2.1.5. Teilweise Beschränkung der Platznutzung durch Teilentwidmung

2.2. Zwischenergebnis

2.3. Grundrechtsrelevanz der Teilentwidmung aufgrund mittelbaren Grundrechtseingriffs

2.3.1. Grundrechtsrelevanz

2.3.2. Grundrechtsbetroffenheit und -eingriff

2.3.2.1. Eigentumsrecht gemäß Art.14 GG

2.3.2.2. Berufsfreiheit gemäß Art.12 GG

2.4. Legitimation

2.4.1. Insbesondere: Gesetzesvorbehalt

3. Ergebnis

Literatur

- *Axer*, Die Widmung als Grundlage der Nutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen, in: NVwZ 1996, 114 ff.
- *Badura*, Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde und Verwaltungsprivatrecht, in: JuS 1966, 17 ff.
- *Bartels*, Ina, Die rechtliche Ordnung der Benutzung öffentlicher Einrichtungen, Diss. jur., Frankfurt a.M. 2000
- *Becker*, Ulrich / *Sichert*, Markus, Einführung in die kommunale Rechtsetzung am Beispiel gemeindlicher Benutzungssatzungen, in: JuS 2000, 144 ff. und 348 ff.
- *Bethge*, Herbert, Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigungen, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen, Handbuch der Grundrechte, Band III, Heidelberg 2009, §58
- *Bohlander*, Michael, Zur Beteiligung des Tierhalters an Strafverfahren nach dem Tierschutzgesetz, in: MDR 1992, 736 ff.
- *Brehm*, Robert, Benutzungsregelungen gemeindlicher öffentlicher Einrichtungen, Diss. jur., Frankfurt a.M. 1974
- *Burgi*, Martin, Kommunalrecht, 2. Auflage, München 2008 (zitiert: *Burgi*, KomR)
- *ders.*, Künftige Aufgaben der Kommunen im sozialen Bundesstaat, in: DVBl. 2007, 70 ff.
- *ders.*, Kommunale Alleingänge in der Umwelt- und Sozialpolitik, in: VerwArch 90 (1999), 70 ff. (auch zitiert: *Burgi*, Alleingänge)
- *ders.*, Art.8 GG und die Gewährleistung des Versammlungsorts, in: DÖV 1993, 633 ff.
- *Caspar*, Johannes / *Schröter*, Michael, Das Staatsziel Tierschutz in Art. 20a GG, Rechtsgutachten im Auftrag des Deutschen Tierschutzbundes e.V., Bonn 2003
- *Caspar*, Johannes / *Geissen*, Martin, Das neue Staatsziel „Tierschutz“ in Art.20a GG, in: NVwZ 2002, 913 ff.
- *v. Danwitz*, Thomas, Die Benutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen - Rechtsformen, Wahl und gerichtliche Kontrolle, in: JuS 1995, 1 ff.
- *Dietlein*, Johannes, Rechtsfragen des Zugangs zu öffentlichen Einrichtungen, in: JURA 2002, 445 ff.
- *Dreier*, Kommentierung zu Art.28, in: *ders.*, GG-Kommentar, Band 2 (Art.20-82), Tübingen 1998 (zitiert: *Dreier*, Art.28)
- *Ehlers*, Dirk, Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen, in: DÖV 1986, 897 ff.
- *Erichsen*, Hans-Uwe, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 1997
- *ders.*, Die kommunalen öffentlichen Einrichtungen, in: JURA 1986, 148 ff. und 196 ff.
- *Evertz*, Volker, Die Bedeutung der Grundrechte im Zusammenhang mit der Benutzung gemeindlicher öffentlicher Einrichtungen, Diss. jur., Frankfurt a.M. 1987
- *Geis*, Max-Immanuel, Kommunalrecht, München 2008 (zitiert: *Geis*, KomR)
- *Gern*, Alfons, Deutsches Kommunalrecht, 2.Auflage, Baden-Baden 1997 (zitiert: *Gern*, KomR)
- *Gornig*, Gilbert / *Jahn*, Ralf, Der praktische Fall – Öffentliches Recht: Der Parteitag in der Stadthalle, in: JuS 1992, 857 ff.
- *Gröpl*, Christoph, Privatisierung von Messen, Märkten und Volksfesten, in: GewArch 1995, S.367 ff.

- *Haverkate*, Görg, Gesetzesgestaltung und Rechtsanwendung im Leistungsrecht, in: NVwZ 1988, 769
- *Heitsch*, Christian, Der gewerberechtliche Zulassungsanspruch zu Volksfesten, in: GewArch 2004, 225 ff.
- *Henneke*, Hans-Günther, Art.28 GG, in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopfau, Axel, GG-Kommentar, 11. Auflage, Köln 2008
- *Herdegen*, Michael, Die Zulässigkeit kommunaler Einrichtungen in privatrechtlich ausgestalteter Regie, in: DÖV 1986, 906 ff.
- *Hesse*, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. Auflage, Heidelberg 1982
- *Hilderscheid*, Heinrich, Messe- und Ausstellungsrecht, Stuttgart 2006
- *Hill*, Hermann, Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung, in: *Hoffmann-Riem*, Wolfgang / *Schmidt-Aßmann*, Eberhard / *Voßkuhle*, Andreas, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, München 2008, §34 (zitiert: *Hill*, Normsetzung)
- *Hirt*, Almuth/*Maisack*, Christoph/*Moritz*, Johanna, Tierschutzgesetz, 2. Auflage, München 2007 (zitiert: *Hirt/Maisack/Moritz*, TierSchG)
- *Hösch*, Ulrich, Rechtsschutz gegen die Nichtzulassung zu festgesetzten Märkten, in: GewArch 1996, 403 ff.
- *Hufen*, Friedhelm, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Auflage, Baden-Baden 2002 (zitiert: *Hufen*, Fehler)
- *Ipsen*, Jörn, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956
- *Jarass*, Hans-D. / *Pieroth*, Bodo, GG-Kommentar, 10. Auflage, München 2009
- *Katz*, Verantwortlichkeiten und Grenzen bei „Privatisierung“ kommunaler Aufgaben, in: NVwZ 2010, 405 ff.
- *Kemper*, Rolf, Die Garantenstellung der Amtstierärztinnen und Amtstierärzte im Tierschutz, in: NuR 2007, 790 ff.
- *Kerkemann*, Jochen, Der Anspruch auf Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen und Rechtsschutzfragen, in: VR 2004, 73 ff.
- *Kleerbaum*, Klaus-Viktor / *Palmen*, Manfred, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen – Kommentar für die Praxis, 1. Auflage, Recklinghausen 2008
- *Kluge*, Hans-Georg (Hrsg.), Tierschutzgesetz, 1. Auflage, Stuttgart 2002
- *Klute*, Hans-Heinrich, Die dogmatische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem*, Wolfgang / *Schmidt-Aßmann*, Eberhard / *Voßkuhle*, Andreas, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, München 2006, §6 (zitiert: *Klute*, Legitimation)
- *Knack*, Hans-Joachim, VwVfG - Kommentar, 7. Auflage, Köln 2000
- *Kopp*, Ferdinand O. / *Ramsauer*, Ulrich, VwVfG-Kommentar, 8. Aufl., München 2003
- *Kopp*, Ferdinand O. / *Schenke*, Wolf-Rüdiger, VwGO-Kommentar, 12. Aufl., München 2000
- *Kühlwetter*, Jürgen, Widmung und Entwidmung im öffentlichen Eisenbahnrecht -eine unbekannte Größe, in: Blümel-Festschrift, Berlin 1999, 309 ff. (zitiert: *Kühlwetter*)
- *Lerche*, Peter, Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen, Handbuch der Grundrechte, Band III, Heidelberg 2009, §62
- *Maurer*, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage, München 2009 (zitiert: *Maurer*, VerwR)
- *Mayer*, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Band II, 3. Auflage 1924, Neudruck 1969 (zitiert: *Mayer*, VerwR II)
- *Mohl*, Meike, Die kommunalen öffentlichen Einrichtungen - Begriff und Zulassungsanspruch, Diss. jur., Gießen 1988

- *Musil, Andreas/Kirchner, Sören*, Das Recht der Berliner Verwaltung, 2. Auflage, Berlin 2007 (zitiert: *Musil/Kirchner, BerlVerwR*)
- *Nierhaus, Michael*, Kommunalrecht für Brandenburg, 1. Auflage, Baden-Baden 2003, (zitiert: *Nierhaus, KomR Bbg*)
- *Ossenbühl, Fritz*, Rechtliche Probleme der Zulassung zu öffentlichen Stadthallen, in: DVBl 1973, 289 ff.
- *Papier, Hans-Jürgen*, Das Recht der öffentlichen Sachen, in: Erichsen, Hans-Jürgen / Ehlers, Dirk (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, Berlin 2006 (zitiert: *Papier, ÖffSachR*)
- *ders.*, Aktuelle grundrechtsdogmatische Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Schutzbereich – Eingriff – Gesetzesvorbehalt, in: *Mertens, Detlef / Papier, Hans-Jürgen*, Grundsatzfragen der Grundrechtsdogmatik, Heidelberg 2007 (zitiert: *Papier, Grundrechtsdogmatische Entwicklungen*)
- *Roth, Helmut*, Die kommunalen öffentlichen Einrichtungen, Diss. jur., Frankfurt a. M. 1998
- *Rüfner, Wolfgang*, Die Nutzung öffentlicher Anstalten, in: Verw 17 (1984), 19 ff.
- *Schmidt, Rolf*, Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Auflage, Grasberg 2006 (zitiert: *Schmidt, BesVerwR*)
- *Schmidt, Fritz W. / Kneip, Hans-Otto*, Hessische Gemeindeordnung (HGO), 2. Auflage, München 2008 (zitiert: *Schmidt/Kneip, HGO*)
- *Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Auflage, Berlin 2004 (zitiert: *Schmidt-Aßmann, Ordnungs idee*)
- *ders. / Röhl, Hans-Christian*, Kommunalrecht, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schoch, Friedrich (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Berlin 2008 (zitiert: *Schmidt-Aßmann/Röhl, KomR*)
- *Schmidt-Jortzig, Edzard*, Soll das kommunale Satzungsrecht gegenüber staatlicher und gerichtlicher Kontrolle gestärkt werden?, in: DVBl 1990, 920 ff.
- *Schoch, Friedrich*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: DVBl 1994, S.962 ff.
- *Seewald, Otfried*, Kommunalrecht, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Heidelberg 2003 (zitiert: *Seewald, KomR*)
- *Sellmann, Christian*, Privatisierung mit oder ohne gesetzliche Ermächtigung, in: NVwZ 2008, 817 ff.
- *Tettinger, Peter-J.*, Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Auflage, Heidelberg 1986 (zitiert: *Tettinger, KomR*)
- *ders.*, Kommentierung zu Art.28 GG, in: von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich, GG-Kommentar, Bd.2 (Art.20-78), 4. Auflage, München 2000 (zitiert: *Tettinger, Art.28 GG*)
- *Theophil, Daniela*, Haltungsbedingungen von Zirkustieren in 25 Zirkussen in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. med. vet., Hannover 2008 (zitiert: *Theophil*)
- *Wellkamp, Ludger*, Öffentliche Einrichtungen – wer darf sie nutzen? in: der städtetag 12/2000, 27 ff.
- *Wolff, Hans J. / Bachof, Otto / Stober, Rolf*, Verwaltungsrecht Band 1, 11. Auflage, München 1999
- *Zundel, Frank*, Die Zulassung politischer Parteien zu kommunalen öffentlichen Einrichtungen, in: JuS 1991, 472 ff.

1. Ausgangslage und Gegenstand

1.1.

Viele hessische Kommunen wollen wie viele bundesweit ihre öffentlichen Plätze nicht mehr für Zirkusgastspiele zur Verfügung stellen, in deren Rahmen Zirkusse Groß- und Wildtiere zur Schau stellen oder mit sich führen. Erste Kommunen haben daher beschlossen, solchen Zirkussen – ab hier kurz: Wildtierzirkussen – ihre Plätze nicht mehr zu überlassen.

Die Motive auf Erfahrungen mit früheren Zirkusgastspielen und reichen von Sicherheitserwägungen über Furcht vor Folgekosten bis zu tierschutzbezogenen Grundhaltungen. So entkommen regelmäßig Wildtiere aus Zirkussen und gefährden Zirkusgäste, Artisten, Passanten und sich selbst. Auch mussten immer wieder gastgebende Kommunen Unterbringungskosten für Tiere in Geldnot geratener Zirkusse aufbringen. Die Kommunen wollen außerdem nicht als Unterstützer von Veranstaltungen gelten, denen nach verbreiteter Meinung das Odium der Tierquälerei anhaftet und die aufgrund vieler Zwischenfälle die Bevölkerung ängstigen.

1.2.

Veterinäre, Zoologen, Ethologen und Tierschutzjuristen bestätigen zunehmende die Kritik von Tierschützern, die seit langem „zum Teil widernatürliche Vorführnummern“ und „tödliche Langeweile auf engstem Raum“¹ anprangern und einschätzen, kein Groß- und kein Wildtier könne im Zirkus artgerecht gehalten werden. Die grobe Unverträglichkeit der Bedingungen in Zirkussen mit den Lebens- und Haltungsansprüchen von Groß- und Wildtieren, die maßgeblich durch den Wanderbetrieb der Zirkusse diktiert sei, schliesse bedürfnisgerechte Wild- und Großtierhaltung in Zirkussen aus. So forderte jüngst die Bundestierärztekammer ein generelles Verbot von Wildtieren in Zirkussen auf Reisen². Typisch – so die Kritik – seien

- beengte Unterbringung,
- fehlende artgerechte Bewegungs- und Interaktionsmöglichkeiten,
- mangelnde Beschäftigung (smöglichkeit)³ (nicht nur) der Groß- und Wildtiere und
- den Bedürfnissen der Tiere zuwiderlaufende permanente Reisen.

Sogar Hunde würden außerhalb der Vorstellungen i. d. R. in Käfige gesperrt, weil Haus oder Wohnung, wo sich das Haustier Hund typischerweise bewegen kann, fehlen.

1.3.

Auch die Öffentlichkeit sieht Zirkusvorführungen von Groß- und Wild wegen der mit Wildtierzirkussen „gastierenden“ latenten Gefahr für Mensch und Tier durch Unfälle und Angriffe kritisch und fühlt sich durch entlaufende Wildtiere gefährdet. Presseberichten der letzten gut 20 Jahre sind u. a. folgende Vorfälle zu entnehmen, die diese Angst begründen:

1987: ein Elefant des Zirkus Giovanni Althoff trampelt in Goslar eine Tierschau-Besucherin zu Tode

1991: bei einer Vorstellung stößt ein Elefant des Zirkus Busch-Berolina einen anderen Elefanten aus der Pyramide und dieser stürzt in die vorderen Sitzreihen. Mehrere Zirkusbesucher werden verletzt

1990: das Zwergflusspferd des Zirkus Fliegenpilz bricht aus

1993: das Zwergflusspferd des Zirkus Fliegenpilz bricht erneut aus

1992: im Zirkus Arena tötet ein Elefant einen Pfleger

1995: ein Elefant des Zirkus Althoff verletzt ein Baby, als er ein Stück Holz in den Kinderwagen schleudert

¹ So z.B. die Tierschutzstiftung VIER PFOTEN schon 2005.

² Presseinformation v. 22.4.2010.

³ *Zimprich*, Tierrechte Nr.32/2.05, S.4 ff.; *Theophil*, Haltungsbedingungen von Zirkustieren in 25 Zirkussen in der Bundesrepublik Deutschland, (Diss. med. vet.), Hannover 2008.

1997: während einer Vorstellung des Zirkus Don Carlos in Kaiserslautern gebärden sich die Elefanten bei einer Vorstellung so unkontrolliert, dass die Zuschauer ängstlich flüchteten

1997: im Juli bricht beim Zirkus Don Carlos während einer Vorstellung ein Elefant durch das Zelt aus

1997 reißt ein Elefant des Zirkus Don Carlos die Trägerstange des Stallzelts ein

1997: in Marbach gerät im Juni ein Elefant in der Fußgängerzone außer Kontrolle; die Polizei versucht, ihn aus der Fußgängerzone zu treiben, um eine Gefährdung der Bevölkerung zu verhindern

1997: im November brechen in Fürstfeldbruck zwei Elefanten des Zirkus Don Carlos aus dem Gehege aus

1999: in Duisburg verschwindet die Python des Zirkus Atlantik spurlos; Polizei und Feuerwehr finden sie nicht; erst ein Jahr später finden spielende Kindern sie

2000: in Karlsruhe bricht ein Affe aus dem Zirkus Carl Busch aus

2000: beim gleichen Gastspiel des Zirkus Carl Busch in Karlsruhe bricht auch ein Elefant aus

2000: im August wird eine 32-jährige Passantin von der Elefantenkuh des Zirkus Luna mit dem Rüssel niedergeschlagen; das Kind der Frau erleidet einen Schock

2000: im September brechen beim Gastspiel des Zirkus Don Carlos in Wasserburg drei Elefanten aus, knicken einen Baum und werfen eine Mülltonne um

2000: ebenfalls im September bricht der Pavian des Zirkus Sarasani aus; Kinder werden gewarnt, dem Tier nicht zu nahe zu kommen, da es stark beißen kann

2000: im Oktober greift ein Tiger im Zirkus Carl Busch ein Kind an und verletzt es schwer; die nötigen Sicherheitsvorkehrungen waren vom Zirkuspersonal nicht eingehalten worden;

2000: im Dezember bricht in Wiesbaden ein Tiger aus dem Zirkus Sarasani aus; eine Autobahn muss in beide Richtungen gesperrt werden; erst nach Stunden wird das Tier mit einem Betäubungsgewehr außer Gefecht gesetzt

2000: im Dezember greift ein Elefantenbulle während der „Stars in der Manege“-Aufzeichnung den Schauspieler Harald Krassnitzer an und drückt den „Tatort“-Kommissar mit dem Stoßzahn so zu Boden, dass dieser kurzzeitig keine Luft mehr bekommt; durch Eingreifen der Dompteurin kam er mit blauen Flecken davon

2001: im Februar greift ein sieben Monate alter Bengaltiger des Zirkus Busch-Roland während einer Live-Sendung den SAT 1-Moderator an, beisst ihn in die Schulter und fährt ihm mit den Krallen über den Rücken; der Notarzt muss den Moderator ins Krankenhaus überstellen

2001: im April bricht ein Elefant in Braunlage aus einem Zirkus aus; ein Förster entdeckt ihn, als er auf dem Friedhof Blumen frisst und mehrere Gräber verwüstet

2001: im April reißt der Braunbär des Zirkus Probst zum zweiten Mal innerhalb kürzester Zeit auf dem Weg in die Manege aus und streunt durch die Chemnitzer Innenstadt; wenige Tage zuvor war er mitten durch Hohenstein-Ernstthal spaziert

2001: im Mai bricht in Nürnberg ein Elefant aus dem Zirkus Barelli aus

2001: im August bricht bei einem Gastspiel des Zirkus Don Carlos in Karlsruhe derselbe Elefant gleich zweimal aus

2001: im Oktober bricht beim Berlin-Gastspiel des Zirkus Barelli erneut ein Elefant aus

2001: im November bricht ein Elefant des Zirkus Luna aus und läuft durch Aschersleben und reißt eine Hecke aus

2002: im Juli brechen in Zingst drei Elefanten aus dem Zirkus Berolina aus; Personen werden nicht verletzt, aber der Sachschaden ist beträchtlich, als die Tiere erst nach einer Stunde wieder eingefangen werden können

2002: im August spießt ein Elefant des Zirkus Don Carlos ein Auto mit seinem Stoßzahn durchs Fenster auf und schüttelte es samt Insassen; die Familie kommt mit dem Schrecken davon

2002: im August wird der Auftritt der Elefanten beim Zirkus Barelli vorzeitig abgebrochen, da die Tiere „durchdrehen“⁴

2004: im März 2004 verbeißt sich bei Zirkus Herkules ein Tiger während einer Probe in den Arm des Trainers Heiko Olf

2004: am 22. März müssen Polizisten ein in Erfurt entlaufenes Känguru einfangen

2004: 4 Elefanten von Africas Big Circus laufen durch Wohngebiet in Elberfeld (wird als Werbegag verkauft)

2004: Elefanten des Zirkus Mustang trampeln in Schweden einen Privatgarten nieder

2005: im Juni verliert ein Zirkuswagen zwischen Elsflth und Brake seinen Anhänger mit 4 ausgewachsenen Würgeschlängen; ein Autofahrer, der an der Unfallstelle vorbeikommt, reagiert geistesgegenwärtig und schließt die Tür des Anhängers

2005: in Stuttgart beißt Tiger „Macho“ von Universal Renz bei einem Fototermin mit 2 Models einer Frau ins Bein; der Pfleger muss das Tier wegreißen, die Frau muss ins Krankenhaus

2005: im Oktober irren 7 Kamele des Zirkus Busch auf einer Strasse in Norderstedt umher und müssen von der Polizei eingefangen werden

2006: im Juni brechen 2 Tiger beim Zirkus Barelli aus; einer verletzt 2 Ponys

2006: im Juli reißen Kamele des Zirkus Constanze Busch in Kirchberg aus

2006: Elefant entkommt während einer Verkehrskontrolle in Duisburg bzw. beim Umladen auf einen anderen Anhänger; mehrere Straßen müssen gesperrt werden

2006: im Dezember beißt Krokodil King Zirkusdirektor Daniel Renz während einer Vorstellung im französischen Le Mans den Daumen ab

2007: im März verletzt ein Bulle in der Elefantenanlage Platschow wird den Sohn von Eigentümer Sonni Frankello schwer

2007: bei Universal Renz greift Bär 13-jährigen Dompteur an

2007: im Juli bricht Elefant „Ghandi“ vom „Afrika Big Circus“ (ehemals Don Carlo bzw. Monte Carlo) aus und hält sich auf einem Supermarkt-Parkplatz auf

2007: im September entkommt bissiger Rhesusaffe aus dem Zirkus Tonelli und ein Aufgebot von Polizisten, Vertretern des Kreisveterinärämtes und Zirkusangehörigen fangen ihn ein

2008: im Januar bricht das Zirkuslama des österreichischen Zirkus Knie aus und wird tödlich von einem Zug erfasst

⁴ Quelle bis hierher: Animal Public, Dokumentation „Wildtiere im Zirkus“

2008: im Februar greift ein Elefant bei Universal Renz einen Pfleger an, der schwer verletzt ins Krankenhaus kommt; im Chaos danach laufen die drei Elefanten des Zirkusses ohne Aufsicht zu den Wohnwagen; dann werden sie ins Zelt getrieben; von dort hörten Augenzeugen anschließend Schläge, Peitschenschläge und Elefantenschreie; beide afrikanischen Kühe gelten in Zirkuskreisen als gefährlich und sollen abgegeben werden

2008: am 8. März beißt ein handaufgezogener Tiger bei einer Vorstellung des Zirkus Paul Busch in Brandenburg dem Krokodilompteur und Manegensprecher eine große Wunde ins Bein

2008: am 27. März wird ein Lkw des Russischen Staatszirkus mit sieben Tigern an Bord wegen gravierender Mängel an der Bremsanlage gestoppt

2008: am 28. März reißt Tigerin Zira aus Zirkus William aus und rennt an Kleingärten vorbei

2008: am 29. März entkommt Elefant Maja aus dem Zirkus Universal Renz und erschreckt Spaziergänger in der Nähe der Weseler Rheinpromenade

2008: am 12. April kommt es zur Beinahe-Katastrophe im Zirkus Krone: ein asiatischer Elefant ist außer Kontrolle und stürmt durch den Besuchereingang; ein Teil der Plane wird zerrissen, durch ein Wunder kommt niemand zu Schaden; nur durch Einsatz des Elefantenhakens kann das Tier gestoppt werden

2008: am 17.4. verursacht ein in Westerrönfeld (Kr.Rendsburg-Eckernförde) gastierender Zirkus entlaufenes Lama auf einer Bundesstraße in Schleswig-Holstein einen Auffahrunfall mit Blechschaden, als mehrere Streifenwagen es verfolgen

2008: am 24. Mai entkommt in Ehingen ein Zebra des Circus Probst, ramponiert ein Gartenhaus und verletzt sich dabei

2008: am 10. Juni entlaufen zwei Lamas, mehrere Kamele und Yaks im österreichischen Kirchdorf aus dem Zirkus Knie

2008: am 22. Juni brechen zwei Elefantenkühe aus ihrem provisorischen Gehege in Hannover-Bothfeld aus und blockieren kurzzeitig eine Straßenbahn

2008: in der Nacht zum 4. Juni überrascht Seelöwe Paul des Zirkus Fliegenpilz in Eisleben eine Frau, indem er auf Ihrem Auto liegt; später wird er bei einer Gartenanlage eingefangen

2008: während der Vorstellung am 26. August in Hagen beißt das Löwenmännchen Kasanga dem Dompteur Martin Lacey Jr. ins Gesicht; er muss im Krankenhaus behandelt werden

2008: im September attackiert ein freilaufender (Mantel-) Pavian eine Schülerin

2008: im September steckt Elefantin Delhi des Circus Probst im Schlamm des Kochelsee fest und die Feuerwehr muss sie heraushieven

2008: Känguru Max entlaufen

2008: am 22. September bringen mehrere Lamas und Zebras den Verkehr auf der B54 in Dortmund zum Erliegen (vermutlich Barelli)

2008: am 27. Oktober gerät auf der Bundesstrasse B73 nahe Haddorf (Kreis Stade) der Tigertransporter von Universal Renz in Brand, nur sechs von insgesamt 13 Tieren können gerettet werden; vor Ort waren 40 Einsatzkräfte

2008: am 10. Dezember muss in Kassel aufgrund zwei entlaufener Kamele und vier Dromedare die A 83 komplett gesperrt werden (Zirkus Lieberum)

2009: am 9. Februar brechen vier Zebras des Zirkus Barelli in Augsburg aus und die Polizei muss eine mehrstündige Jagd auf sie machen; ein Zebra beschädigt zwei Streifenwagen

2009: am 18. April entfliehen zwei Bären dem Zirkus Universal Renz; einer fällt einen Polizisten an, der den Bären erschießt

2009: am 26. April hält der Zirkus Holiday drei Elefanten ohne Umzäunung in Berlin Marienfelde; Kindern füttern sie und dann laufen die Elefanten auf die Strasse

2009: am 5. September entkommt in Lörrach Elefant Benjamin entkommt aus dem Africa Big Circus und beschädigt mehrere Spielgeräte auf einem Spielplatz

2009: am 25. Juni reißt Lama Hansi vom Zirkus Monti aus; ein Großaufgebot Polizei und Feuerwehr fängt es wieder ein

2009: am 29. Juni überquert eine Elefantenkuh des Africas Big Circus eine Bundesstraße in Tuttlingen; Branchenkenner vermuten Masche hinter ständigen „Ausbrüchen“

2009: im Juli beschädigt ein Elefant des Africas Big Circus in Rottweil ein Auto.

1.4.

Veterinärbehörden machen seit langem die Erfahrung, dass sich Zirkusse nach Feststellung von Verstößen gegen Tierschutzrecht behördlichem Einschreiten entziehen, indem sie – oft ohne Ankündigung über Nacht – aus deren Zuständigkeitsbereich entweichen⁵. Die Debatte über Möglichkeiten der prophylaktischen Bannung von Wildtierzirkussen ist vor diesem Hintergrund auch Folge einer unzureichenden Konzeption und Ausgestaltung des Tierschutz-

⁵ Vgl. z.B. VG Arnsberg, B. v. 2.7.2007 - 14 L 518/07 -, S.11: „Das Gericht ist im Übrigen der Überzeugung, dass es schon seit längerem an der Bereitschaft (...) fehlt, die (...) festgestellten Missstände effektiv zu beseitigen. Denn die (...) haben sich dem Vollzug der verschiedenen Ordnungsverfügungen häufig dadurch entzogen, dass sie in den Zuständigkeitsbereich einer anderen Behörde weitergezogen sind, ohne die bisher zuständige Behörde zu informieren.“; ähnlich OVG Münster, B. v. 16.8.2007 - 20 B 1132/07 -, S.7 (Zurückweisung der Beschwerde des Zirkusses gegen den vorgenannten B. des VG Arnsberg): „(...) Abtransport der Elefanten mit unbekanntem Ziel (...), einem Vorgang durch den die Antragstellerin in der Vergangenheit behördliche Bemühungen um Verbesserungen der Haltungsbedingungen unterlaufen hat.“

rechts auf der einen und dessen Handhabung durch viele Strafverfolgungsbehörden⁶ auf der andern Seite. Veterinärbehörden kritisieren, auch deshalb nicht gegen unzureichende Hal- tungsbedingungen in Zirkussen einschreiten zu können, weil die Zirkusse sich auf bestands- kräftige Erlaubnisse gemäß §11 TierSchG berufen. Dabei erweist sich diese Norm v. a. des- halb als problematisch, weil sie nicht berücksichtigt, dass Zirkusse ortsungebunden auftreten und typischer Weise Wanderzirkusse sind. Dies unterscheidet die typische Verfahrenssituati- on des §11 TierSchG von den meisten Genehmigungsszenarien. Denn es liegt in der Natur des Zirkusgewerbes, dass Zirkusse ihr Gewerbe fast ausschließlich außerhalb des Zuständig- keitsbereichs der Genehmigungsbehörde ausüben. Dasselbe gilt dementsprechend für Über- tretungen der Genehmigung: Tierschutzrechtsverstöße durch Zirkusse geschehen i. d. R. „auswärts“! Während der für eine etwaige Aufhebung der §11-Gestattung oder den Erlass von Nebenbestimmungen zuständigen („Heimat“-) Behörde akute Tatsachenkenntnis fehlt, fehlen der für die Überwachung am Gastspielort zuständigen Behörde entscheidungserhebliche Kenntnisse aus der Vergangenheit des Zirkus und die Ermächtigung zur Änderung des §11- Bescheids. Die Vorgeschichte ist z. B. bedeutsam für die Bestimmung des mildesten Mittels, mit dem eine Veterinärbehörde einschreitet⁷. Bis beide Behörden – selbst bei optimaler Ko- operation – den erforderlichen Informationsaustausch bewältigt haben, ist der Zirkus oft be- reits in den Zuständigkeitsbereich der nächsten ausgewichen⁸.

1.5.

Bloßes Bestehen einer §11-Genehmigung – auf die Zirkusse sich berufen – belegt so wenig, dass ein Zirkus seine Tiere unter dem §2 TierSchG genügenden Bedingungen hält, wie ein Führerschein belegt, dass sein Inhaber immer das Straßenverkehrsrecht einhält! Auch Ver- kehrsrechtsverletzungen mit KfZ werden überwiegend von „Konzessionären“ begangen. Maßgeblich ist allein, ob der Inhaber die gesetzlichen Anforderungen permanent einhält⁹.

Doch ist kaum eine Veterinärbehörde materiell und personell ausreichend ausgestattet, um sich den von Zirkussen angestregten Prozessen auszusetzen. Geschieht dies trotzdem, sind die Prozessresultate mitunter ernüchternd. Besonders eklatant belegt dies das Urteil, mit dem das Amtsgericht Darmstadt diverse ihm von der Veterinärbehörde vorgeworfene Tierrechts- verstöße des nach eigener Darstellung größten europäischen Zirkus` KRONE für unerheblich befand¹⁰. Das Urteil belegt den seit langem kritisierten Mangel an Bereitschaft zur Ahnung bzw. Strafverfolgung. So stufte es das AG Darmstadt mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft als geringfügig ein, dass der Zirkus drei Schweinsaffen nicht auf vorgeschriebenen 25 qm, sondern nur vier qm Außengehege hielt, was nicht einmal rechnerisch stimmt, denn das Ver- hältnis von 4 zu 25 entspricht der Relation von weniger als 1/6 zu mehr als 4/6. Schon gar nicht ist rechtlich vertretbar, diesen Verstoß ohne jedes Wort der Begründung zu akzeptieren.

1.6.

Der Chemnitzer Stadtrat beschloss im Oktober 2007, kommunale öffentliche Festplätze nur noch Zirkussen zu überlassen, die bestimmte Wildtierarten *nicht* zur Schau stellen. Auf An- trag eines Wildtierzirkusses verpflichtete das VG Chemnitz die Stadt jedoch, ihn trotz Wild-

⁶ So ausdrücklich schon *Bohlander*, MDR 1992, 736 ff.

⁷ OVG Münster, aaO. (Fn.5).

⁸ Nochmals OVG Münster und VG Arnberg, beide soeben Fn.5

⁹ *Kemper*, NuR 2008, 790 ff.

¹⁰ AG Darmstadt, Urt. v. 10.2.2009 - 233 OWi 1489 Js 22971/07 -.

tierhaltung in das Platzvergabeverfahren aufzunehmen. Das VG begründete dies vor allem mit einem Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit des Zirkusbetriebs durch Ausschluss von der Platzvergabe, zu dem die Stadt nicht ermächtigt sei¹¹.

1.7.

Weitere Städte haben beschlossen, Wildtierzirkussen die Nutzung ihrer öffentlichen Plätze zu versagen. Ihre Platznutzungsverträge enthalten seither Klauseln, durch die sich Zirkusse verpflichten, benannte Wildtierarten nicht auf öffentlichen Plätzen zu halten oder vorzuführen.

Zu den ausgeschlossenen Arten gehören Elefanten (Elephantidae), Beutegreifer (Carnivora) wie Jaguar (*Panthera onca*), Leopard (*Panthera pardus*), Tiger (*Neofelis tigris*), Bär (Ursidae), ferner Robbe (Pinnipedia) und Walartige sowie Delphin (Delphinidae), ferner Paarhufer wie Giraffe (Giraffidae) und Flusspferd (Hippotamidae), Unpaarhufer (Perissodactyla) wie Nashorn (Rhinocerotidae), außerdem Große Menschenaffen (Pongidae) wie Orang-Utan (*Pongo pygmaeus*), Gorilla (*Gorilla gorilla*), Schimpanse (*Pan troglodytes*), Zwergschimpanse (*Pan paniscus*) sowie andere Affen (Simiae) und Känguruhs (Macropodidae) und Reptilien (Reptilia).

1.8.

Der Magistrat der Stadt Kassel entschied 2009, die Belange der Tiere bei Überlassung städtischer Zirkusstandplätze künftig besonders zu berücksichtigen und beschloss hierzu, künftig keine städtischen Flächen an Wildtierzirkusse oder vergleichbare Unternehmen für Gastspiele zu überlassen, die bestimmte Wildtiere im Beschluss benannter Arten mitführen, halten oder auftreten lassen.

Das Kasseler „Festgelände Schwanenwiese“ ist einer mehrerer städtischer Plätze in Kassel, der sich ob seiner Größe als Zirkusstandort eignet und den Kassel früher auch Zirkussen zur Verfügung gestellt hat. Eine schriftliche Festlegung der Nutzungsarten und Nutzungszwecke der städtischen Plätze einschließlich „Schwanenwiese“ besteht nicht. In der Vergangenheit hat Kassel die „Schwanenwiese“ aber jährlich nur maximal zweimal für Zirkusgastspiele überlassen. Die Bewirtschaftung obliegt dem Ordnungsamt. Es wählt mehr als ein Jahr im Voraus Bewerber aus, denen Kassel die „Schwanenwiese“ für ein Gastspiel überlässt, und vereinbart mit ausgewählten Nutzern einen Nutzungsvertrag.

¹¹ VG Chemnitz, B. v. 30.7.2008 - 1 L 206/08 -.

2. Ausschluss von Wildtierzirkussen durch Teilentwidmung

In vielen, wohl fast jeder Kommune befindet sich ein Veranstaltungs- und Festplatz, den die Kommune Interessierten für unterschiedliche Zwecke zur Verfügung stellt. In der Regel gehört der einzige oder jedenfalls der wegen Lage, Größe und/oder infrastruktureller wie medialer Anbindung begehrteste Platz im Ort der Kommune. Bewirtschaftung und Vergabe haben viele Kommunen auf kommunale Ämter oder andere öffentliche Träger, oft aber auch gemischtwirtschaftliche oder rein private Betreiber delegiert. Die Nutzung erfolgt üblicherweise auf miet- oder pachtvertraglicher Basis. Nutzer sind dem breiten Nutzungszweck entsprechend auch Zirkusse und darunter vor allem die nach Zahl noch dominierenden Wildtierzirkusse.

Solche Plätze sind kommunale öffentliche Einrichtungen im Sinne des Kommunalrechts¹². Alle deutschen Gemeindeordnungen (GO) – z. B. die hessische durch §§19 und 20 HGO und die nordrhein-westfälische durch §8 GO NW¹³ – sehen auf der einen Seite die Schaffung und Unterhaltung kommunaler öffentlicher Einrichtungen vor und regeln auf der anderen deren Nutzung. Weder Einrichtungsermächtigung noch Nutzungsanspruch bestehen allerdings unbeschränkt, sondern einerseits nur – so §§19 Abs.1 HGO und 8 Abs.1 GO NW – „in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit“ und andererseits lediglich – so §§20 Abs.1 HGO und wiederum §8 Abs.1 GO NW – „im Rahmen der bestehenden Vorschriften“.¹⁴

Dass viele Kommunen ihre Plätze nicht mehr an Wildtierzirkusse vergeben wollen wirft die Frage auf, ob die kommunalgesetzlichen Regelungen Grundlage ortsrechtlicher Bestimmungen sein können, mittels derer Kommunen die Nutzung ihrer Plätze durch Wildtierzirkusse einschränken oder ausschließen können. Zur Beantwortung dieser Frage ist sinnvoll, sich

- zunächst vor Augen zu führen, was eine kommunale öffentliche Einrichtung ist,
- wie eine kommunale Einrichtung zu einer öffentlichen wird und
- warum sie zu welchen Zwecken genutzt werden darf oder eben nicht, und
- sodann zu betrachten, ob und gegebenenfalls wie eine Kommune das Nutzungsspektrum eines kommunalen öffentlichen Platzes eventuell wieder verengen kann.

Danach ist genauer anzusehen, ob solchen Einschränkungen – wie das VG Chemnitz vertrat¹⁵ – Grundrechte entgegenzuhalten sein können.

¹² Speziell für Festplätze: VG Stuttgart, GewArch 2002, 200 und 330; VGH Mannheim, GewArch 2003, 486.

¹³ §19 Abs.1 HGO lautet: „(1) Die Gemeinde hat die Aufgabe, in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für ihre Einwohner erforderlichen wirtschaftlichen, sozialen, sportlichen und kulturellen öffentlichen Einrichtungen bereitzustellen.“

§20 HGO lautet: (1) Die Einwohner der Gemeinden sind im Rahmen der bestehenden Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen, und verpflichtet, die Gemeindelasten zu tragen. (2) Grundbesitzer und Gewerbetreibende, die nicht in der Gemeinde wohnen, sind in gleicher Weise berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen zu benutzen, die in der Gemeinde für Grundbesitzer und Gewerbetreibende bestehen, und verpflichtet, für ihren Grundbesitz oder Gewerbebetrieb im Gemeindegebiet zu den Gemeindelasten beizutragen. (3) Diese Vorschriften gelten entsprechend für juristische Personen und für Personenvereinigungen.“

§8 GO NW lautet: „(1) Die Gemeinden schaffen innerhalb der Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen. (2) Alle Einwohner einer Gemeinde sind im Rahmen des geltenden Rechts berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen und verpflichtet, die Lasten zu tragen, die sich aus ihrer Zugehörigkeit zu der Gemeinde ergeben. (3) Grundbesitzer und Gewerbetreibende, die nicht in der Gemeinde wohnen, sind in gleicher Weise berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen zu benutzen, die in der Gemeinde für Grundbesitzer und Gewerbetreibende bestehen, und verpflichtet, für ihren Grundbesitz oder Gewerbebetrieb im Gemeindegebiet zu den Gemeindelasten beizutragen.

(4) Diese Vorschriften gelten entsprechend für juristische Personen und für Personenvereinigungen.“

¹⁴ So schon BVerwG, Urt. v. 19.7.1969 - VII C 56.68 -.

¹⁵ Fn.12.

2.1.1. Festplatz als kommunale öffentliche Einrichtung

Das gemeindliche Recht zur Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ist zentraler und prägender Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art.28 Abs.2 GG¹⁶. Solche Angelegenheiten sind alle Bedürfnisse, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder spezifischen Bezug zu ihr haben, die Gemeindegürgern also gerade als solchen gemeinsam sind, weil sie das Zusammenleben in der Gemeinde betreffen¹⁷. Örtliche Angelegenheit ist daher auch die Förderung des wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Wohls der Einwohner durch Schaffung und Unterhaltung kommunaler Einrichtungen. Beides zählt zu den Grundaufgaben gemeindlicher Selbstverwaltung und genießt den Schutz des Art.28 Abs.2 GG¹⁸. Kommunale öffentliche Einrichtungen schaffen die örtlichen Voraussetzungen der Daseinsfür- und -vorsorge¹⁹ und daher betreibt auch jede Kommune solche Einrichtungen.

Zwar besteht keine gesetzliche Definition des Rechtsbegriffs „kommunale öffentliche Einrichtung“, doch werden im Wesentlichen bei unterschiedlichem Detaillierungsgrad „kommunale öffentliche Einrichtungen“ im Ergebnis weit übereinstimmend verstanden als alles, was eine Kommune im öffentlichen Interesse unterhält und per Widmung allgemeiner Benutzung durch Einwohner zugänglich macht²⁰. Praktisch umgreift der Begriff viele heterogene Erscheinungen²¹ wie Theater, Museen, Friedhöfe, Sportplätze²², Schwimmbäder²³, Stadt-, Kongress- und andere Veranstaltungshallen²⁴, Märkte, Volksfeste²⁵ sowie schließlich Fest²⁶- und Mess(e)plätze²⁷.

2.1.2. Öffentlichkeit durch Widmung

Kommunale werden nach einhelliger Auffassung in Judikatur und Literatur allein durch Widmung zu öffentlichen Einrichtungen²⁸. Widmung ist daher Charakteristikum auch kommunaler öffentlicher Plätze und bedeutet auch öffentliche Zweckbestimmung²⁹. Sie ist eine

¹⁶ Dreier, in: ders., Art.28 Rz.103; Tettinger, Art.28, Rz.168.

¹⁷ So die den Sprachgebrauch prägende Entscheidung BVerfGE 79, 127 (152 f.) - Rastede -.

¹⁸ Schmidt-Aßmann/Röhl, KomR

¹⁹ Badura, JuS 1966, S.17 (18); Ossenbühl, DVBl 1973, S.289 (289).

²⁰ OVG Münster, OVG 24, 175 (179) - Stadttheater -, VGH München, VGHE 22, 20 (22) - Mehrzweckhalle -.

²¹ Seewald, KomR, Rz.140.

²² VGH München, NVwZ 1991, 906 (907).

²³ VGH Mannheim, ESVGH 25, 203.

²⁴ BVerwG, NVwZ 1991, 59 - Deutschlandhalle -; VGH München, VGHE 22, 20 (22) - Mehrzweckhalle -.

²⁵ VGH Kassel; GewArch 1994, 287 - Weihnachtsmarkt -, VG Ansbach, GewArch 1996, 159 - Traditionsvolksfest -; VGH München, NVwZ 1999, 1122 (1123) - Nürnberger Volksfeste -; VG Augsburg, GewArch 2000, 200; Gröpl, GewArch 1995, 367 (372).

²⁶ VG Stuttgart, GewArch 2002, 200 und 330.; VGH Mannheim, GewArch 2003, 486.

²⁷ VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 500; GewArch 2003, 486.

²⁸ Einhellig vertretene Auffassung; vgl. schon Mayer, VerwR II, 58 und für die Judikatur nur OVG Münster, OVG 24, 175 (179); i. E. ebenso Axer, NVwZ 1996, 114 ff.; Burgi, KomR, §16 Rz.6; Erichsen, JURA 1986, 148 (149); ders., KomR NRW, §10 B); Gern, KomR, Rz.529; Hilderscheid, Rz.11 ff.; Musil/Kirchner, BerlVerwR, Rz.490; Nierhaus, KomR Bbg, Rz.547; Papier, ÖffSachR, §39 Rz.1; Schmidt-Aßmann/Röhl, KomR Rz.108; i. E. auch Ossenbühl, DVBl 1973, 289 (289 f.: „Öffentlichkeit“ erlangt eine kommunale Einrichtung ... einzig und allein durch „Widmung (...)“; Schmidt, BesVerwR, Rz.837; Seewald, KomR, Rz.142; Wellkamp, der Städtetag 12/2000, 27. Anzuführen ist, dass die literarischen Darstellung weitgehend auf dieselben Gerichtsentscheidungen verweisen, denen die kommunalrechtlichen Monografien teils Entscheidungen der jeweiligen Bundesländer hinzufügen.

²⁹ Schmidt, BesVerwR, Rz.837.

öffentlich-rechtliche Willenserklärung, mit der die Kommune den Zweck eines Platzes sowie die Freigabe zur Nutzung festlegt und einem öffentlich-rechtlichen Nutzungsregime unterwirft³⁰. Fehlt sie, dann ist eine kommunale Einrichtung nicht öffentlich und besteht kein allgemeiner Nutzungsanspruch³¹. Ein nach praktischen Kriterien wie Lage, Größe und Beschaffenheit auch als Zirkusstandplatz nutzbarer kommunaler Platz ist also nur dann „öffentliche Einrichtung“, wenn die Kommune ihn entsprechend widmet. Ohne Widmung besteht kein Nutzungsanspruch. Widmungen können

- ausdrücklich, etwa per Ratsbeschluss, Ratsatzung oder Verwaltungsakt bzw. Allgemeinverfügung³² oder
- konkludent,³³ insbesondere durch tatsächliche Übung bzw. Nutzung³⁴

erfolgen. Oft fehlt nur eine *ausdrückliche* Widmung. Dann können bestimmte äußere Umstände auf konkludente Widmung schließen lassen. Die typische und praktisch wichtigste konkludente Widmung ist die faktische Ingebrauchnahme³⁵ und Nutzung eines Festplatzes.

So kann vor allem mehrjährige tatsächliche Nutzung eines kommunalen Platzes für Volksfeste dessen konkludente Widmung zur öffentlichen Einrichtung bedeuten. Allerdings ist ein Zirkus kein Volksfest, sodass Widmung für Volksfeste o. ä. nicht Widmung als Zirkusstandplatz bedeutet. Auch wo Volksfeste stattfinden, müssen Zirkusse daher keinen Überlassungs- oder Gleichbehandlungsanspruch besitzen.

Wird eine Einrichtung über den ursprünglichen Zweck hinaus genutzt, so erweitert dies konkludent die Widmung³⁶. Allgemeiner formuliert kann konkludente Widmung einer Einrichtung auf Vergabepraxis beruhen und diese Umfang und genau(er)en Widmungsinhalt bestimmen³⁷.

So legt seltene Vermietung an Zirkusse fest, dass Zirkusse einen Platz nur selten nutzen dürfen³⁸.

Im Zweifel entscheidet, ob der Wille, eine Einrichtung einem bestimmten öffentlichen Zweck zur Verfügung zu stellen, erkennbar war³⁹. Öffentlichkeit der Zweckbestimmung indizierende und offenbarende Umstände und Anhaltspunkte sind z. B.

- Benutzungsordnung bzw. -satzung⁴⁰,
- allgemeine Vertrags- bzw. Nutzungsbedingungen,
- Gebührensatzung bzw. tatsächliche Erhebung von Gebühren⁴¹,
- erhebliche Subventionierung einer Einrichtung durch Kommune⁴² oder
- konkrete Vergabepraxis⁴³, die nicht nur Indiz pro Widmung, sondern auch deren Konkretisierung ist⁴⁴.

³⁰ Erichsen, JURA 1986, 147 (149); Papier.

³¹ So im Fall VG Würzburg, B. v. 24.7.2000 - W 2 E 00.816 -, Rz.15 (juris).

³² So in NRW.

³³ Statt aller: OVG Münster, OVGE 24, 175 (179) und VG Gera, LKV 2002, 39.

³⁴ Siehe das besonders prägnante Beispiel bei Burgi, aaO.: „Sprung des Bürgermeisters in das somit bereitgestellte Freischwimmbekken.“

³⁵ Nochmals das Beispiel bei Burgi, KomR, §16 Rz.6.

³⁶ VGH Kassel, NJW 1987, 145.

³⁷ Burgi, KomR, §16 Rz.6: „Fehlt es an einer rechtsförmlichen Widmung, muss mit Indizien gearbeitet werden. Das wichtigste Indiz ist die ständige Vergabepraxis (...).“; ebenso Hilderscheid, Rz.13; BayVGH, B. v. 14.9.2007 - 4 CE 07.2292 - (juris).

³⁸ OVG Münster, B. v. 26.8.1986 - 15 B 1894/86 - (juris); ähnlich OVG Münster, B. v. 15.11.2002 - 14 B 2263/02 - (juris); ebenso VGH Mannheim, B. v. 11.10.1988 - 1 S 2768/88 - (juris).

³⁹ Seewald, aaO., Rz.142; Gern, aaO., Rz.529.

⁴⁰ OVG Münster, OVGE 24, 175 (179).

⁴¹ OVG Münster, OVGE 24, 175 (180).

⁴² OVG Münster, OVGE 24, 175 (180); VGH München, NVwZ 1991, 906 (907) - Sportplatz -. Errichtet und finanziert ein Privater eine Einrichtung mit Fördermitteln, wird er per Förderbescheid verpflichtet, die Einrichtung „als öffentliche“ zu betreiben und muss der Öffentlichkeit diskriminierungsfrei Zugang verschaffen.

Fehlen *pro Widmung* sprechende Umstände, gilt *Vermutung* pro Öffentlichkeit. Will sie diese widerlegen, muss die Kommune belegen, dass „sich aus eindeutigen Beschränkungen ergibt, die Einrichtung solle nur dem Verwaltungsgebrauch dienen“⁴⁵, also keine Widmung besteht.

Der Passus „im Rahmen der bestehenden Vorschriften“ der §§20 Abs.1 HGO und §8 Abs.1 GO NW verweist allgemein auf die geltende Rechtsordnung⁴⁶ und umfasst auch Ortsrecht, also alle Rechtsakte der Kommune zur Regelung des Zusammenlebens im Ort. Kommunale öffentliche Festplätze entstehen unabhängig von Art und Inhalt des Benutzungsregimes durch Widmung. Doch bestimmt die Widmung, wie genutzt werden darf. Auch Widmungen gehören daher zum Kanon der „bestehenden Vorschriften“ i. S. d. §20 HGO und der Nutzungsanspruch aus §20 HGO besteht daher nur im Rahmen der Widmung⁴⁷. Daher kann die Kommune den Nutzungsrahmen durch Widmung für Zirkusgastspiele in Betracht kommender Plätze von vornherein so ziehen, dass Vor- und Mitführung von Groß- oder Wildtieren ausscheidet.

2.1.3. Faktor „Zeit“

Es sind Zweifel an der Richtigkeit der These angebracht, tatsächliches Verhalten, also etwa jede Bereitstellung eines Platzes zu bestimmtem Zweck, begründe die dauerhafte Widmung zu diesem Zweck. Stattdessen scheint der Natur der Herbeiführung einer Folge durch konkludentes Handeln eher gerecht zu werden, dass konkludente Widmung durch Vergabepaxis nicht immer punktuell (z. B. durch *eine* Nutzung durch Zirkus) oder kurzfristig (z. B. schon nach *einmaliger* 14-tägiger Nutzung durch Zirkus) erfolgen muss, sondern erst durch gewisse Zahl von Wiederholungen und über gewisse Dauer erkennbar werden muss. Die einmalige Zulassung einer saisontypischen oder gar singulären Veranstaltung ergibt keine Gewohnheit, deren Bezeichnung als „Vergabepaxis“ sachangemessen ist. Stattdessen spricht der Kontinuität konnotierende Begriff stark dafür, dass wiederholte und ständige⁴⁸, jedenfalls länger praktizierte Übung nötig ist.

Umgekehrt ist abzulehnen, bereits aus jeder bloßen Zurverfügungstellung einer Einrichtung bereits eine Tragweite abzuleiten, wenn z. B. die Kommune dies nicht gemeint und der Interessent es nicht erwartet hat. Entgegen der dem Akt der Indienststellung klassischer Weise zugeordneten Bedeutung können daher andere Umstände eine andere Beurteilung als die der Widmung an sich und eines bestimmten Umfangs der Widmung rechtfertigen.

Öffnet die Kommune anlässlich des Jubiläums des größten örtlichen Unternehmens den Ratssaal für einen Filmabend, dann sprechen Umstände (z. B. Erklärung „ausnahmsweise“ in der Lokalpresse und des Bürgermeisters in seiner Jubiläumsansprache) dafür, dass der Ratssaal hierdurch nicht zum Kino gewidmet werden sollte und ist.

Wie aber steht es mit der Widmung des Ratssaals für Firmenjubiläen? Und wo verläuft die Grenze und was muss die Kommune tun, um eine unerwünschte Fehldeutung eines einmaligen Entgegenkommens zu vermeiden. Wenn etwa die Firmenjubiläen 100-Jähriges feierte: kann die Bereitstellung dann Widmung für mindestens 100-Jahr-Feiern sein? Anders gewendet: was muss die Kommune erklären, damit es *nicht* so kommt bzw. hat sie überhaupt eine Möglichkeit, eine kommunale Immobilie bei Einhaltung des Gleichheitsprinzips singulär zur Verfügung zu stellen?

⁴³ VGH Mannheim, VBIBW 1988, 35; VGH München, NJW 1989, 2491; *Burgi*, KomR §16 Rz.6; *Hilderscheid*, Rz.13.

⁴⁴ VGH Mannheim, GewArch 2003, 486 (487); *Hilderscheid*, Rz.13.

⁴⁵ Zuerst OVG Münster, OVG 24, 175 (179); inzwischen einhellige Auffassung; vgl. die in Fn.34 Genannten.

⁴⁶ VGH Kassel, B. v. 26.3.1987 - 2 TG 820/87 -.

⁴⁷ *Schmidt/Kneip*, Hessische Gemeindeordnung (HGO), §20 Rz.2; *Wellkamp*, der städtetag 2000, 28 ff.

⁴⁸ So ausdrücklich auch *Burgi*, KomR, §16 Rz.6.

2.1.4. Kein Anspruch auf Schaffung kommunaler öffentlicher Plätze

Ungeachtet der Bedeutung kommunaler Einrichtungen für das lokale Zusammenleben und damit die Aufgabenerfüllung im lokalen Wirkungskreis verneint die Literatur unisono subjektive Ansprüche auf deren Schaffung, sofern sie nicht ausdrücklich vorgeschrieben oder zur Erfüllung kommunaler Pflichtaufgaben unabdingbar sind⁴⁹.

Auch die Gerichte entscheiden so. „Nach summarischer Prüfung spricht schon einiges dafür,“ – so das OVG Bautzen – „dass es keine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift gibt, die die Gemeinden verpflichtet, Räume für gesellschaftliche Zwecke oder Parteiveranstaltungen bereitzuhalten“⁵⁰.

2.1.5. Anspruch auf Aufrechterhaltung öffentlicher Festplätze

Ebenso einhellig verneint die Literatur Ansprüche auf Aufrechterhaltung bestehender öffentlicher Einrichtungen⁵¹.

Dies teilte auch die Rechtsprechung, bis das Bundesverwaltungsgericht 2009 im Streit über die Aufrechterhaltung des „Offenbacher Weihnachtsmarkts“ als öffentliche Einrichtung der Stadt entschied, aus der bundesverfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung durch Art.28. Abs.2 GG folge, dass eine Kommune ihre gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume im Interesse wirksamer Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nicht aufgeben dürfe. Deshalb scheide auch die vollständige materielle Privatisierung eines kulturell, sozial und traditionsmäßig bedeutsamen Weihnachtsmarkts, der bisher in alleiniger kommunaler Verantwortung betrieben wurde, aus. Eine Gemeinde könne sich ihrer Aufgabenverantwortung nicht entziehen, denn ihr obliege auch die Sicherung und

⁴⁹ Fast einhellige Ansicht der Darstellungen und Kommentierungen des Kommunalrechts und des Art.28 GG; vgl. z. B.

- *Burgi*, KomR, §16 Rz.2: „Eine Pflicht zur Schaffung, Aufrechterhaltung oder Erweiterung einer öffentlichen Einrichtung besteht nicht, außer wenn in einem speziellen Gesetz eine darauf gerichtete kommunale Pflichtaufgabe (...) statuiert ist.“;
- *Erichsen*, JURA 1986, 147 (153): „Einen Anspruch auf Errichtung bestimmter öffentlicher Einrichtungen können die Einwohner aus den einschlägigen Vorschriften nicht herleiten.“;
- *Kneip*, HessGO-Kommentar, §20 Rz.19: „...eine Pflicht zur Schaffung und Einrichtung oder Aufrechterhaltung solcher Plätze besteht nicht“;
- auch schon *Ossenbühl*, DVBl 1973, 289 (296): „Die Gemeinde ist auch noch nach Eröffnung der Einrichtung jederzeit in der Lage, die Zweckbestimmung zu verändern, und zwar sowohl zu erweitern als auch zu beschneiden.“
- *Rehn/Cronauge*, GO NRW, S.6: „Das Benutzungsrecht verschafft den Einwohnern keine Rechte, die Schaffung der in Abs.1 genannten Einrichtungen oder ihre Erweiterung zu verlangen (...). Die Gemeinden sind auch berechtigt, solche öffentlichen Einrichtungen wieder stillzulegen, es sei denn, daß es sich um die Erfüllung von Pflichtaufgaben handelt.“
- *Schmidt-Aßmann/Röhl*, KomR, Rz.108: „Ebensowenig besteht ein Zwang, vorhandene Einrichtungen im bisherigen Umfang aufrechtzuerhalten (...). Liebgewonnene Gewohnheiten schaffen noch keinen Vertrauensstatbestand und erst recht keine Grundrechtspositionen.“
- ebenso bereits *Tettinger*, BesVerwR, Rz.126: „Die Einwohner haben grundsätzlich keinen Anspruch auf Schaffung bzw. Aufrechterhaltung einer öffentlichen Einrichtung.“

Waechter, KomR, Rz.566 weist aber bereits darauf hin, „objektivrechtlich (sei) die Gemeinde aus dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet, Leistungen, die für die Daseinsvorsorge der Einwohner erforderlich sind, anzubieten“ sowie dass die Gemeindeordnungen diese Pflicht expliziert normiert haben.“

⁵⁰ OVG Bautzen: B v. 25.2.2009 - 4 B 249/09 -.

⁵¹ Siehe soeben Fn.51.

Wahrung ihres Aufgabenbereichs, um eine wirkungsvolle Selbstverwaltung und Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu gewährleisten⁵².

„27 Die Gemeinden sind infolge der Selbstverwaltungsgarantie nicht nur vor Eingriffen durch den Bund und die Länder in dem Kernbestand ihres Aufgabenbereichs geschützt, sondern aus Art.28 Abs.2 Satz 1 GG ergibt sich auch eine Bindung der Gemeinden hinsichtlich der Aufrechterhaltung dieses Bestandes und damit die grundsätzliche Pflicht der gemeindlichen Wahrung und Sicherung ihres eigenen Aufgabenbestandes, wenn dieser in den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wurzelt.

28 Auf die gemeindliche Aufgabenwahrnehmung bezogene inhaltliche Vorgaben des Gesetzgebers bedürfen eines rechtfertigenden Grundes, etwa um eine ordnungsgemäße Erledigung sicherzustellen. Diese Vorgaben müssen beschränkt bleiben „auf dasjenige, was der Gesetzgeber zur Wahrung des jeweiligen Gemeinwohlbelangs für erforderlich halten kann, wobei er angesichts der unterschiedlichen Ausdehnung, Einwohnerzahl und Struktur der Gemeinden typisieren darf und auch im Übrigen einen weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum hat“ (BVerfG, Beschluss vom 7. Februar 1991 2 BvL 24/84 BVerfGE 83, 363 <382 f.>). Dementsprechend hat der Gesetzgeber in §19 Abs.1 HGO festgelegt, dass die Gemeinde die Aufgabe hat, in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für ihre Einwohner erforderlichen wirtschaftlichen, sozialen, sportlichen und kulturellen Einrichtungen bereitzustellen. Die Einwohner der Gemeinden sind im Rahmen der bestehenden Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen, und verpflichtet, die Gemeindelasten zu tragen, §20 Abs.1 HGO. Die gesetzliche Regelung in Hessen trägt somit den Anforderungen, die sich aus Art.28 Abs.2 Satz 1 GG ergeben, Rechnung.

29 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht es nicht im freien Ermessen einer Gemeinde, „freie Selbstverwaltungsangelegenheiten“ zu übernehmen oder sich auch jeder Zeit wieder dieser Aufgaben zu entledigen. Gehören Aufgaben zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises, so darf sich die Gemeinde im Interesse einer wirksamen Wahrnehmung dieses örtlichen Wirkungskreises, der ausschließlich der Gemeinde, letztlich zum Wohle der Gemeindeangehörigen, anvertraut ist, nicht ihrer gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume begeben. Der Gemeinde steht es damit nicht grundsätzlich zu, sich ohne Weiteres der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu entledigen. Anderenfalls hätten es die Gemeinden selbst in der Hand, den Inhalt der kommunalen Selbstverwaltung durch Abstoßen oder Nichtwahrnehmung ihrer ureigenen Aufgaben auszuhöhlen. Um ein Unterlaufen des ihr anvertrauten Aufgabenbereichs zu verhindern, muss sich die Gemeinde grundsätzlich zumindest Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeiten vorbehalten, wenn sie die Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises anderen übertragen will. Sie kann sich damit nicht ihres genuinen Verantwortungsbereichs für die Wahrnehmung ihrer Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises entziehen. Will sie Dritte bei der Verwaltung bestimmter Bereiche ihres eigenen Aufgabenbereichs einschalten, die gerade das Zusammenleben und das Zusammenwohnen der Menschen in der politischen Gemeinschaft betreffen, so muss sie ihren Einflussbereich über die Entscheidung etwa über die Zulassung im Grundsatz behalten. Der Gemeinde ist es verwehrt, gewissermaßen den Inhalt der Selbstverwaltungsaufgaben selbst zu beschneiden oder an Dritte abzugeben.

30 Geht es allein um eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde, bei der von vornherein zweifelhaft sein kann, ob es sich um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft handelt, die das Zusammenleben und Zusammenwohnen der Menschen in der politischen Gemeinschaft betrifft, so wird die Frage einer Pflicht der gemeindlichen Wahrung und Sicherung ihres eigenen Aufgabenbestandes anders zu beantworten sein, als wenn es sich um öffentliche Einrichtungen mit kulturellem, sozialen und traditionsbildendem Hintergrund handelt, die schon lange Zeit in der bisherigen kommunalen Alleinverantwortung lagen. Je länger die kommunale Verantwortung für derart geprägte öffentliche Einrichtungen dauerte, umso mehr ist die Gemeinde zu einer wirksamen Wahrnehmung dieser Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft verpflichtet. (...)

31 Aus dem Gebot der Sicherung und Wahrung des Aufgabenbestandes der Gemeinden ergibt sich, dass eine vollständige Übertragung von Aufgaben besonderer sozialer, kultureller und traditioneller Prägung wie ein Weihnachtsmarkt, an Dritte nicht zulässig ist. In welcher Weise die Gemeinde ihren Einflussbereich auf die Wahrnehmung für derartige Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises sich vorbehält, etwa durch eine funktionale oder formelle Privatisierung ist dabei eine Frage ihres Ermessens.

34 Die Veranstaltung eines Weihnachtsmarktes mit kulturellem, sozialem und traditionsbildendem Charakter gehört zur Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. (...)

35 Seine Würdigung allein aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten verkennt das Vorliegen der sozialen, kulturellen und traditionellen, gemeinschaftsbezogenen Gemeinwohlbelange, das örtliche Zusammenge-

⁵² BVerwG, Urt. v. 27.5.2009 - 8 V 10.08 - gegen VGH Kassel v. 17.4.2008 - VGH 8 UE 1263/07 -; anders früher BVerwG, Urt. v. 18.3.1969 - VII C 56.68 -; „Es gibt keine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, daß Gemeinden verpflichtet sind, Räume für gesellschaftliche Zwecke oder Parteiveranstaltungen bereitzuhalten.“

hörigkeitsgefühl unter den Gemeindebürgern, die Wahrung von Tradition und religiösen und historischen ortsbezogenen Gebräuchen. Eine Reduzierung dieser gemeinwohlorientierten Belange auf eine wirtschaftliche Betätigung im Zusammenhang mit der Veranstaltung eines Weihnachtsmarktes verkennt den Begriff der Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises.

36 Es wird zudem übersehen, dass die Gerichte seit jeher bei der Ausrichtung von traditionellen und traditionsbildenden Volksfesten und Weihnachtsmärkten den Charakter der freien Selbstverwaltungsaufgabe und der Daseinsvorsorge hervorgehoben haben (BayVGh, Urteil vom 23. März 1988 4 B 86.02336 GewArch 1988, 245). Die sozialen Gesichtspunkte wie Veranstaltung von Alternachmittagen, das Auftreten von Musikkapellen und das Bestehen von Kindernachmittagen spielen bei derartigen Veranstaltungen eine erhebliche Rolle (vgl. BayVGh, a.a.O. S.246). Es ist auch seit Langem anerkannt, dass für einen traditionsbildenden und traditionellen Weihnachtsmarkt mit kommunalpolitischer Relevanz das Besucherinteresse, vertraute und beliebte Darbietungen aus früheren Veranstaltungen wieder zu finden und den Kontakt mit den Bürgern untereinander sicherzustellen, eine wesentliche Rolle spielt (vgl. BayVGh, Urteil vom 3. März 1980 22.B 1297/79 GewArch 1980, 299).

37 Die Entledigung von Aufgaben wie traditionsreichen, kulturellen und sozialen Weihnachtsmärkten, die zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises gehören, führt damit inhaltlich zu einer unzulässigen Selbstbeschränkung der kommunalen Selbstverwaltung. Zu Recht wird in der Literatur (vgl. Gröpl, Privatisierung von Messen, Märkten und Volksfesten, GewArch 1995, 367 <370 f. >) darauf hingewiesen, dass bei einer privaten Veranstaltung von sozial, kulturell und traditionsgeprägten Weihnachtsmärkten mit einer erhöhten Gewinnerzielung der privaten Veranstalter zu rechnen ist und deshalb die Standvergütungen von den Beschickern erhöht und auf die Besucher umgelegt werden. Ein erhöhtes Preisniveau schließt aber gerade sozialschwächere Gemeindeeinwohner vom Marktgeschehen aus, erschwert die gesellschaftliche Kommunikation im örtlichen Bereich und trägt darüber hinaus zur Kommerzialisierung des gesamten kommunalen Lebens mit bei.

38 Zusammenfassend folgt somit aus Art.28 Abs.2 Satz 1 GG auch eine Pflicht der Gemeinde zur grundsätzlichen Sicherung und Wahrung des Aufgabenbestandes, der zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises gehört. Zu diesem Bestand gehört auch die Veranstaltung eines traditionsbildenden und traditionellen Weihnachtsmarktes mit kommunalpolitischer Relevanz, der zugleich das Besucherinteresse an vertrauten und beliebten Darbietungen aus früheren Veranstaltungen beachtet und zur Förderung der Kontakte der Gemeindebürger untereinander beiträgt, bei dem damit soziale und kulturelle Gesichtspunkte prägend sind. Der Gemeinde ist es bei einem derartigen Aufgabenbereich verwehrt, sich der Verantwortung für die Durchführung von Veranstaltungen dieser Art endgültig zu entledigen. Sie muss sich Steuerungs- und Einwirkungsmöglichkeiten zu einer dem Wohl der Gemeindeeinwohner verpflichteten Durchführung von traditionellen Weihnachtsmärkten vorbehalten. (...)

Das Urteil bricht mit der hergebrachten Auffassung, Kommunen seien im Bereich der freiwilligen Selbstverwaltung frei von Einrichtungsverpflichtungen und leitet stattdessen aus §19 HGO und damit einer zentralen⁵³ Kompetenznorm⁵⁴ des hessischen Kommunalrechts kommunale Leistungspflichten ab. Die Literatur kommentiert dieses dementsprechend angemessen als „Zeitenwende“⁵⁵ bezeichnete Urteil kritisch und widerspricht bisher überwiegend⁵⁶.

Für die Versagung der Nutzung kommunaler Plätze durch Wildtierzirkusse hat dieses Urteil auf den ersten Blick keine *unmittelbare* Bedeutung, weil es nicht – wie ein Wildtierausschluss – die Untersagung nur einer einzelnen konkreten Nutzung einer in Gänze (fort-) bestehenden Einrichtung, sondern die vollständige Aufgabe einer Einrichtung (jedenfalls) *als öffentliche kommunale Einrichtung* betrifft. Die Versagung der Nutzung eines öffentlichen Platzes zur Vorführung von Groß- und Wildtieren zielt jedoch nicht auf Verzicht auf kommunalen Einfluss auf die Platzbewirtschaftung und führt auch im praktischen Ergebnis nicht zur Schlie-

⁵³ Vgl. *Burgi*, KomR, §16 Rz.1: „Öffentliche Einrichtungen sind das mit Abstand wichtigste und kommunaltypischste Instrument der Leistungserbringung in den Aufgabenfeldern der Infrastruktur, des Sozialen und der Kultur.“; vgl. ferner Fn.18.

⁵⁴ Siehe oben Fn.51.

⁵⁵ So *Stein*, DVBl 2010, 563 (564).

⁵⁶ *Braun*, KommJur 2009, 427; *Ehlers*, DVBl 2009, 1456; *Kahl/Weißberger*, LKRZ 2010, 81; nur im Ergebnis zustimmend *Postier*, jurisPR-BVerwG 23/2009 Anm.4; *Schoch*, DVBl 2009, 1533; *Schönleiter*, GewArch 2009, 486; *Troll*, KommunalPraxis BY 2009, 388; *Winkler*, JZ 2009, 1169; zurückhaltender nun *Katz*, NVwZ 2010, 405 ff. und *Stein*, DVBl 2010, 563.

ßung eines Platzes, sondern schränkt nur dessen Nutzungsspektrum ein. Auch die Öffentlichkeit des Platzes und damit die Einrichtung „öffentlicher Veranstaltungsplatz“ bleibt erhalten. Das „Offenbacher Weihnachtsmarkt“-Urteil des BVerwG hat deshalb keine *direkte* Bedeutung für die hier behandelte Frage, weil den Ausschluss der Nutzung für Wildtiervorführungen anstrebende Kommunen nur *eine* konkrete Art der Nutzung ihrer Plätze nicht mehr fortsetzen wollen.

Allerdings darf auch nicht übersehen werden, dass ein Wildtierverbot für unmittelbar betroffene Zirkusbetriebe dieselbe Wirkung hat wie die vollständige Privatisierung bzw. Entwidmung bzw. Abschaffung eines Platzes, denn bisheriger öffentlich-rechtlicher Nutzungs- und damit auch Gleichbehandlungsanspruch gehen verloren. Es bleibt abzuwarten, welche Entwicklung das Urteil auslöst. Die Prognose, dass es ohne Auswirkungen auf die Beurteilung der Teilentwidmung kommunaler öffentlicher Einrichtungen bleibt, ist riskant.

2.1.5. Teilweise Beschränkung der Platznutzung durch Teilentwidmung

Kommunale Eigenverantwortung für öffentliche Einrichtungen umfasst nach einhelliger Ansicht auch die Entscheidung, Zweckbestimmung resp. Nutzungsmöglichkeiten bestehender Einrichtungen zu ändern, also auszubauen oder aber ihr Angebot zu reduzieren⁵⁷. Für Änderungen gelten danach dieselben Grundsätze wie für die Schaffung einer Einrichtung⁵⁸. Erforderlich ist ein Gegenakt (*actus contrarius*)⁵⁹ zur Widmung. Zielt dieser Gegenakt auf vollständige Aufhebung der Öffentlichkeit, ist er Entwidmung, ändert er die Widmung, ist er Umwidmung, engt er Zweckbestimmung resp. Nutzungsspektrum ein, ist er Teilentwidmung⁶⁰. Beendet eine Kommune die Nutzung eines Platzes durch Wildtierzirkusse und stellt ihn allen bisherigen Zwecken weiter zur Verfügung, ist dies eine Teilentwidmung. Teilentwidmungen sind nach in Judikatur und Literatur einheitlich vertretener Auffassung zulässig⁶¹. Ebenso einhellige Ansicht ist, dass der Gegenakt in der (Rechts-) Form der Widmung erfolgen muss⁶².

Besteht Widmung durch Satzung, muss Umwidmung per Gegensatzung erfolgen. Ist ein Platz per Ratsbeschluss gewidmet, erfordert Umwidmung wiederum Ratsbeschluss. Wurde er konkludent durch faktische Nutzung/Vergabepaxis gewidmet, erfordert Umwidmung geänderte Nutzung/Vergabepaxis.

Eine Umwidmung muss als *actus contrarius* zur früheren Praxis erkennbar sein.

Erlaubt die Kommune jahrelang konkrete Nutzungen eines Platzes nicht mehr, ist wahrnehmbar, dass bestimmte Arten von Veranstaltungen nicht mehr stattfinden (sollen). Allerdings muss die Kommune einheitlich entscheiden⁶³.

Daher kann auch ein durch Vergabepaxis entgegen früherem Ratsbeschluss erweiterter Widmungsumfang durch Änderung dieser Praxis wieder auf den ursprünglichen Widmungsumfang zurückgeführt werden.

⁵⁷ Vgl. die Fn.51 Genannten; ferner VGH Kassel, B. v. 13.2.1985 - 2 TG 151/85 (Hessenhalle) -, wonach Widmungszweck jederzeit geändert werden kann; VG Wiesbaden, Urt. v. 7.6.2006 - 3 E 2560/02 (Schlachthof) -, wonach Schlachthof wegen BSE-Gefahr nachträglich für bestimmte Nutzungen gesperrt werden durfte.

⁵⁸ Einhellige Auffassung; vgl. statt aller *Geis*, KomR, §10 Rz.24.

⁵⁹ Einhellige Auffassung; vgl. die Fn.30 Genannten.

⁶⁰ *Burgi*, KomR, §16 Rz.7; *Geis*, KomR, §10 Rz.24

⁶¹ Vgl. die in Fn.30 und vor allem 51 Genannten.

⁶² Statt aller: *Burgi*, KomR, §16 Rz.7; *Papier*, ÖffSachR, §39 Rz.28.

⁶³ *Schmidt/Kneip*, HGO, 2. Auflage, München 2008, §20 Rz.3.

zweck zurückgeführt werden⁶⁴. Solche Beschränkungen können sich vor allem durch wiederholte Absagen und / oder permanente vertragliche Nutzungsbeschränkungen manifestieren.

Z. B. überlässt Heidelberg seit mehreren Jahren als Zirkusstandplatz infrage kommende Plätze auf Grundlage eines Pachtvertrags mit nicht nur Auftritts-, sondern sogar Mitführungsverboten für bestimmte Tierarten. Diese Vertragspraxis dürfte zur Beschränkung des Umfangs der Widmung als Zirkusstandplatz infrage kommender Heidelberger Plätze.

Eine ähnliche Entwicklung hatte Chemnitz eingeleitet, wo der Rat 2007 beschloss, städtische öffentliche Plätze nicht mehr an Zirkusse zu überlassen, die bestimmte Tierarten vor- oder mitführen⁶⁵.

Vergibt die Kommune einen bisher auch durch Wildtierzirkusse genutzten öffentlichen Platz nur noch an solche, die keine Groß- oder Wildtiere mit- und/oder vorführen, so schränkt diese geänderte Vergabe die Widmung dahin ein, dass dieser Platz nicht mehr zur Nutzung durch Wildtierzirkusse gewidmet ist. Der faktische Abbruch früherer tatsächlicher Übung bewirkt als *actus contrarius* eine Teilentwidmung. Ebenso wie jahrelange Überlassung eines Platzes an Zirkusse zur faktischen Widmung als Zirkusstandplatz führte, bedeuten Absagen an Interessenten, denen die Kommune einen Platz nicht mehr zu früher akzeptierten Zwecken zur Verfügung stellt, eine Teilentwidmung. Die frühere Widmung ist durch neue Vergabep Praxis teils entfallen und das Spektrum möglicher Platznutzung verengt.

Nutzen Zirkusse jahrelang einmal pro Quartal einen kommunalen Platz und lässt die Kommune für gewisse Zeit keine Zirkusse mehr zu, spricht dies – ebenso wie vice versa die frühere Vergabe als Zirkusstandplatz – fürs Gegenteil: der Platz ist kein Zirkusstandplatz mehr weil als solcher (teil-) entwidmet. Verweigert die Kommune Zirkussen entgegen bisheriger Übung die Nutzung eines Platzes in bestimmten Jahreszeiten, so lässt dies auf Um- bzw. Teilentwidmung in Saisonstandplatz schließen.

Wie zur konkludenten Widmung muss zur konkludenten Teilentwidmung Zeit verstreichen, in der sich die neue Praxis manifestiert. Statt Wiederholung kommt es hier auf wiederholtes Unterbleiben an.

Ein Wildtierbeschluss, mit denen die Kommune festlegt, dass ein Platz nicht mehr für die Vorführung von Wildtieren genutzt werden darf, ist auch ohne das Wort „(Teil-) Entwidmung“ konkludenter negativer Widmungsakt, der frühere Widmung für Zirkusse aller Art samt Wildtierzirkussen beendet und insoweit (teil-) entwidmet. Speziell Wildtierzirkusse sollen diesen Platz nicht mehr nutzen dürfen.

2.2. Zwischenergebnis

Judikatur und alle kommunal- und kommunalverfassungsrechtlichen Darstellungen in der Literatur vertreten ausnahmslos, dass Kommunen die Nutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen nachträglich beschränken können, indem sie sie für bestimmte Zwecke nicht mehr zur Verfügung stellen. Hinsichtlich der formalen Anforderungen besteht Einigkeit darüber, dass nachträgliche Beschränkungen als *actus contrarius* in derselben Form wie die Widmung erfolgen müssen.

Danach ist – vor allem nach der gesamten Literatur – zulässig, die Nutzung u. a. als Zirkusstandplatz gewidmeter kommunaler öffentlicher Plätze nachträglich durch Teilentwidmung einzuschränken und zwar weiter an Zirkusse zu überlassen, aber mit der Maßgabe, dort keine Groß- oder Wildtiere mehr mit- oder vorzuführen.

⁶⁴ VGH Mannheim, NVwZ 1998, 540.

⁶⁵ Vgl. „Freie Presse Chemnitz“ v. 26.10.2007: „Auftrittsverbot für exotische Tiere“; diese Entwicklung stoppte das VG Chemnitz per B. v. 30.7.2008 - 1 L 206/08 -.

2.3. Grundrechtsrelevanz der Teilentwidmung als mittelbarer Grundrechtseingriff

Während die Zulässigkeit der Teilentwidmung kommunaler öffentlicher Einrichtungen unisono bejaht wird, wird andererseits ebenso einheitlich die Legitimation der Kommunen zu Grundrechtseingriffen problematisiert. Die Literatur behandelt dies meist im Rahmen der kommunalen Satzungsbefugnis und vertritt, allgemeine Satzungsermächtigungen durch die Gemeindeordnungen der Länder legitimierten nicht zum Eingriff in Freiheit und Eigentum. Hierfür bedürfe es spezieller Ermächtigungen⁶⁶. Dies legt zumindest Zweifel an der Legitimation der Kommunen zur Teilentwidmung öffentlicher Einrichtungen nahe, weil gerade diese Kompetenz nicht konkret positiv geregelt ist. So regelt z. B. auch §19 HGO seinem Wortlaut nach die Aufgabe der Kommunen, öffentliche Einrichtungen zu schaffen⁶⁷, während die teilweise oder vollständige Beseitigung kommunaler Einrichtungen nicht erwähnt ist.

Auch dass §19 HGO die Aufgabenerledigung unter einen Finanzierbarkeitsvorbehalt stellt („in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit“) hilft nicht weiter, wenn das Motiv der Nutzungseinschränkung – wie beim Ausschluss von Wildtierzirkussen – kein finanzielles ist.

Einen weiteren Anknüpfungspunkt der Diskussion kommunaler Legitimation zum Grundrechtseingriff bilden seit längerem – von *Burgi*⁶⁸ passend als „kommunale Alleingänge“ bezeichnete – kommunalpolitische Abweichungen von bundes- oder landespolitischen Linien etwa in der Sozial- und Umwelt-, aber auch – Stichwort: atomwaffenfreie Zone – Außenpolitik. Angesprochen sind Fälle, in denen Kommunen durch Einwegverbote, Verpackungssteuern, spezielle Subventionen oder Sanktionen eigene Wege zu gehen versuchten, die die Rechtsprechung aber überwiegend versperrt hat. „Ganz schlecht“ – so wiederum *Burgi*⁶⁹ – „sieht es für kommunale Alleingänge aus, wenn sie mit Grundrechtseingriffen verbunden sind.“ Im Wesentlichen scheitern diese kommunalen Alleingänge vor den Verwaltungsgerichten an drei Begründungssträngen: Sperrwirkung bestehenden Bundesrechts, (angenommener) Überörtlichkeit der jeweiligen Angelegenheit und schließlich fehlender parlamentsgesetzlicher Ermächtigung⁷⁰.

Deshalb stellen sich auch bezüglich der Teilentwidmung kommunaler Plätze Fragen zum einen nach auch ihrer Grundrechtsrelevanz und – wenn ja – zum anderen danach auf, ob und wodurch Kommunen hierzu legitimiert sein können.

2.3.1. Grundrechtsrelevanz

Gegenstand der Teilentwidmung ist zwar die jeweilige öffentliche Einrichtung „Festplatz“, denn sie regelt dessen Nutzung unmittelbar einschränkend und ist dagegen nicht unmittelbar personenbezogen an Veranstalter künftig ausgeschlossener Zwecke gerichtet. Ihr Gegenstand (Festplatz) und sach-(themen-) bezogener Zweck (Teilentwidmung) sind nicht Wildtierzirkusse. Eine Teilentwidmung eines kommunalen Festplatzes verbietet keinem Zirkus direkt, Wildtiere zu halten. Es liegt allerdings auf der Hand, dass durch Teilentwidmung bewirkte Nutzungseinschränkungen Wildtierzirkusse im Ergebnis ebenso treffen wie ein direktes Verbot.

⁶⁶ Statt aller *Dreier*, Art.28 Rz.144; vgl. auch BVerfGE 8, 274 (325); 9, 137 (149); BVerwGE 90, 359 (362 f.).

⁶⁷ Vgl. den Wortlaut oben Fn.13.

⁶⁸ *Burgi*, Alleingänge, 70 ff.

⁶⁹ *Burgi*, Alleingänge, 76.

⁷⁰ Vgl. zum Ganzen *Burgi*, Alleingänge, 77 f. m. w. N. insbesondere der Rechtsprechung.

Der Unterschied liegt allein darin, dass diese Einschränkungen – wenn auch nicht ungewollte bzw. sogar erstrebte – nicht unmittelbare, sondern mittelbare Folge der kommunalen Entscheidung sind.

Grundrechtsschutz soll aber auch gegenüber nicht-normativen staatlichen Steuerungen wirken und Grundrechte sollen auch faktischen, auf schlichtem Verwaltungshandeln beruhenden Einwirkungen Grenzen setzen.⁷¹ Nicht nur zielgerichtete, auch mittelbare Wirkungen einer Maßnahme können daher in Grundrechte eingreifen. Bei der hier diskutierten Teilentwidmung zeigt sich vor allem aus der Betroffenenperspektive, dass im Ergebnis kein Unterschied zwischen einem direkten Wildtierverbot und einem mittelbar wirkenden Platzausschluss besteht: Wildtierzirkusse können auf diesem Platz nicht mehr auftreten.

Aus diesem tatsächlichen Grund greifen Teilentwidmungen eines kommunalen öffentlichen Platzes auch rechtlich *mittelbar* in den Regelungsbereich der Berufs- und der Eigentumsfreiheit ein, weil Wildtierzirkusse den Platz nicht mehr uneingeschränkt nutzen und ihr Geschäft dort nicht mehr uneingeschränkt ausüben können.

Auch Wildtierzirkusse können teilentwidmete Plätze aber weiter nutzen, indem sie auf Vorführung ausgeschlossener Tiere verzichten.

2.3.2. Grundrechtsbetroffenheit und -eingriff

2.3.2.1. Eigentumsrecht gemäß Art.14 GG

Das Eigentumsgrundrecht des Art.14 GG hat einen normgeprägten Schutzbereich und schützt Eigentum in *dem* Rahmen, in dem der Gesetzgeber vermögenswerte Rechtspositionen normiert hat. Zwar lässt das BVerfG offen, ob hierzu auch – man kann sagen en bloque – das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ gehört⁷², doch bejaht es eigentumsrechtlichen Schutz einzelner Rechte und Güter eines Unternehmens. Nicht geschützt sind jedoch bloße Umsatz- und Gewinnchancen, in der Zukunft liegende Erwartungen und Aussichten sowie geschäftsgünstige Umweltbedingungen⁷³. Art.14 GG schützt – schlagwortartig – das Erworben, nicht den Erwerb und künftige Rechtspositionen. Gerade öffentlich-rechtliche Rechtspositionen, die auf staatlicher Fürsorge beruhen, ohne dass der Antragsteller etwas dazu beigetragen hat, genießen keinen grundrechtlichen Eigentumsschutz⁷⁴. Anders gilt nur, wenn der Interessent eigene Leistungen beigetragen hat⁷⁵, was für in aller Regel ortsfremde Zirkusse nicht zutrifft. Die Möglichkeit, einen kommunalen öffentlichen Platz auch künftig nutzen zu können, ist danach nicht dem Schutzbereich des Art.14 GG zuzurechnen.

Die Teilentwidmung eines kommunalen Festplatzes mit der Folge, dass die künftige Nutzung des Platzes als Zirkusstandplatz ausscheidet, greift deshalb in den Regelungs-, nicht aber den Schutzbereich des Art.14 GG ein.

⁷¹ Vgl. aus jüngerer Zeit vor allem *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003.

⁷² BVerfGE 51, 193 (221); 58, 300 (353); 77, 84 (118); 105, 252 (278 - Glykolwein -)

⁷³ BVerfGE 77, 84, (118); 105, 252 (277).

⁷⁴ *Maurer*, VerwR AT, §27 Rz.44; vgl. auch BVerfGE 72, 175 (193 ff.) und 88, 384 (401 f.) für Subventionsentfall; BVerfGE 48, 403 (412 f.) zum Wegfall von Wohnbauprämien.

⁷⁵ BVerfGE 14, 288 (294); 70, 101 (110); 72, 9 (18); 94, 231 ff.

2.3.2.2. Berufsfreiheit gemäß Art.12 GG

Die Berufsfreiheit des Art.12 GG hat einen persönlichkeitsgeprägten Schutzbereich. Daher *können* auch Normen und Maßnahmen ohne direkte Zielrichtung aufgrund tatsächlicher Wirkung mittelbar in den Regelungs- und Schutzbereich eingreifen⁷⁶, wenn der Eingriff einiges Gewicht hat, einen konkreten Betroffenenkreis berührt⁷⁷ und eine zumindest objektiv – also ungeachtet anders gerichteter Regelungsabsicht – berufsregelnde Tendenz besteht⁷⁸. Dies ist Teilentwidmungen zum Ausschluss von Wildtierzirkussen zu attestieren.

Träger des Grundrechts der Berufsfreiheit aus Art.12 GG sind alle Deutschen und – soweit EU-rechtlich durch Art.49 EGV (Dienstleistungsfreiheit) geboten – EG-Ausländer, nicht aber andere ausländische Staatsangehörige und – hier relevanter, weil Zirkusse i. d. R. als juristische Personen organisiert sind – ausländische Unternehmen ohne Sitz in der Bundesrepublik. Ausländische Unternehmen ohne inländischen Sitz können sich grundsätzlich nicht auf den Schutz des Art.12 GG⁷⁹, sondern allenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit berufen⁸⁰.

2.4. Legitimation

Die Darstellungen des Rechts der kommunalen öffentlichen Einrichtungen thematisieren weniger die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Entwidmung, sondern stellen Kasuistik in den Vordergrund. Vor allem ob eine (Teil-) Entwidmung mit der – und sei es indirekten – Folge der Einschränkung einer grundrechtlich geschützten Betätigung besonderer Legitimation bedarf, wird nicht dargestellt. Dass einhellig vertreten wird, Kommunen könnten Art, Zweck und Umfang der Nutzung ihrer Einrichtungen durch Widmung bestimmen und ganz oder teils revidieren, darf aber nicht zur Annahme verleiten, diese Legitimationsfrage sei damit implizit im kommunalen Sinne beantwortet. Die kommunale Praxis verfährt aber so.

Z. B. kommt vor, dass kommunale Festplätze via Bebauungsplan in Bauland „verwandelt“ und sodann verwertet oder – was die Planersatznorm nicht ausschließt – zur Bebauung auf Basis des §34 BauGB verkauft werden. Das Gesamtgeschehen – Umwandlung eines öffentlichen Platzes in Bauland und Verkauf – ist eine vollständige Entwidmung des Platzes, den die Kommune nicht mehr als Festplatz zur Verfügung stellt. Die Entwidmung erfolgt konkludent, denn die Kommune erklärte nicht ausdrücklich, dass der Platz kein Festplatz mehr ist.

Nach Struktur und Resultat ist es nichts anderes, wenn die Kommune einen kommunalen öffentlichen Standplatz ab einem bestimmten Zeitpunkt für bestimmte Nutzungen nicht mehr zur Verfügung stellt. Auch dies ist eine Entwidmung bzw. Teilentwidmung.

Stattdessen ist die bei der Satzungsbefugnis thematisierte Frage der Legitimation der Kommunen zum Grundrechtseingriff auf die (Teil-) Entwidmung zu übertragen.

2.4.1. Insbesondere: Gesetzesvorbehalt

Nach herkömmlicher Meinung setzen hoheitliche Einschränkungen grundrechtlich geschützter Positionen eine der Vorbehaltslehre genügende Ermächtigung voraus. Nur ein Rechtsakt

⁷⁶ BVerfGE 13, 181 (185 f.); 81, 108 (121 f.).

⁷⁷ BVerfGE 47, 1 (21).

⁷⁸ BVerfGE 95, 267 (302); 97, 228 (254); BVerwG, NVwZ 1989, 1175.

⁷⁹ BVerfGE 21, 207 (208 f.); *Jarass/Pieroth*, GG-Komm, Art.12 Rz.10.

⁸⁰ BVerfG, NJW 2002, 1485.

vom Rang eines förmlichen Gesetzes kann danach Grundrechtseinschränkungen rechtfertigen. Dafür soll weder Art.28 Abs.2 GG noch Landeskommunalrecht genügen. Erforderlich sei vielmehr eine spezielle Ermächtigungsnorm wie sie etwa zur Regelung des Anschluss- und Benutzungszwangs oder der örtlichen (Bau-) Gestaltung ermächtigen. Art.80 GG soll dagegen wegen der spezifischen demokratischen Eigenlegitimation der Kommunen nicht Maßstab der Regelung(squalität) sein⁸¹. Die bisher herrschende Linie legt damit einen strengen Maßstab an Grundrechtseinschränkungen (durch kommunale Satzungen) an. Ob kommunalrechtliche Regelungen der öffentlichen Einrichtungen – wie §§19 f. HGO und 8 GO NW – diese Maßstäbe erfüllen, wird in der Literatur nicht thematisiert.

Nur vereinzelt gebliebene Rechtsprechung bestätigt jedoch eine kommunale Annexkompetenz zum Grundrechtseingriff im Bereich freiwilliger Aufgabenwahrnehmung in sozialen und kulturellen Angelegenheiten⁸². Dieser verbreitet zitierte Fall betraf einen Provokateur, den eine gemeindliche Musikschule ausschloss. Der Ausschluss bedeutete einen Grundrechtseingriff. Das OVG leitete die Legitimation zu dieser grundrechtsrelevanten Maßnahme aus den Regelungen der öffentlichen Einrichtungen der GO NW ab.

Dasselbe Ergebnis dürfte auch eine maßgeblich von *Burgi* vorangebrachte und vordringende Ansicht⁸³ bestätigen, die auf dem Boden der Lehre vom Gesetzesvorbehalt für eine „kraftvollere Interpretation der Eigenverantwortlichkeitsgarantie“⁸⁴ plädiert und Kommunen im Ergebnis mehr Handlungsspielraum zugesteht als die klassische herrschende Meinung. Praktische Konsequenzen dieser Ansicht sind von der Rechtsprechung abweichende Einschätzungen kommunaler Alleingänge, deren Zulässigkeit Vertreter dieser vordringenden Ansicht bestätigen⁸⁵.

Diese Ansicht unterscheidet sich im Grundsatz von der bisher vorherrschenden Vorstellung, kommunale seien immer staatlich, also vom Bund, abgeleitete Kompetenzen. Stattdessen würden kommunale Kompetenzen auf einer im Vergleich zum Gesamtstaat anders gearteten besonderen Legitimationsbasis beruhen. Die Legitimation der kommunalen Selbstverwaltung zeige eine Formenvielfalt, die über ihre klassische zweifache Legitimation – legislatorisch durch das Parlament und plebiszitär durch das Gemeindevolk – hinausgehe.⁸⁶ Schon das Gemeindevolk sei durch Einbezug der EG-Ausländer normativ anders zusammengesetzt als das Staatsvolk. Insgesamt kennzeichne die gemeindliche Ebene ein Geflecht unterschiedlicher Legitimationsstränge, das die Eigenständigkeit der Kommune im gesamtstaatlichen Legitimationsgefüge verdeutliche⁸⁷. Deshalb könnten Kommunen auch ohne weitere Spezifizierung in eine parlamentarische Gesetzesgrundlage eingreifende Satzungen erlassen, wenn nur das Aufgabenfeld hinreichend bestimmt ist⁸⁸. Das Legitimationsniveau müsse zudem nicht in allen Bereichen dasselbe sein, sondern verfrage themenspezifische Absenkungen.

⁸¹ Statt aller *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG-Kommentar, 11. Auflage, Köln 2008, Art.28 Rz.93.

⁸² OVG Münster, DÖV 1995, 515.

⁸³ Vor allem *Burgi*, VerwArch 90 (1999), 70 ff.; *ders.*, KomR, §15 Rz.38 ff.; *ders.*, DVBl. 2006, 70 (77 f.) sowie in diese Richtung auch schon *Tettinger*, KomR, §4 Rz.109 unter Bezugnahme auf BVerfGE 33, 125 - Facharzt - und mit unterschiedlichen Erwägungen *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Kap.2 Rz.89; *Oebbecke*, VVDStRL 62 (2003), 366 (398) m. w. N.; ferner *Hill*, §34 Rz.32 ff.; *Schmidt-Aßmann/Röhl*, KomR, Rz.96, *Trute*, Rz.80.

⁸⁴ *Burgi*, DVBl 2007, 70 (78).

⁸⁵ Vgl. die Beispiele bei *Burgi*, Alleingänge, 75 ff.: Wirtschaftsförderung, Familienförderung, Abfallpolitik (Staffelung der Abfallgebühren), Alkohol- und Tabakwerbung, Verpackungssteuer, Kindergartenentgelte (Staffelung), Produktempfehlung, Jugendsekten (Warnung).

⁸⁶ *Trute*, Rz.79.

⁸⁷ *Trute*, Rz.79.

⁸⁸ *Trute*, Rz.80.

Teils wird zudem für eine Absenkung der Anforderungen an die Bestimmtheit kommunaler Ermächtigungen jedenfalls für Teilbereiche des kommunalen Wirkungskreises plädiert. Dies gelte vor allem für so genannte akzessorische, d. h. sich innerhalb des örtlichen Wirkungskreises bewegende Alleingänge wie z. B. solche, die den Betrieb öffentlicher Einrichtungen betreffen. In solchen örtlich verwurzelten Themenfeldern verfügten die Kommunen über eine landesgesetzliche Grundlage, die den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts genüge, wenn unter Umständen erfolgende Grundrechtseingriffe nach Art und Intensität vorgeformt seien. Dies sei der Fall, wenn betroffener Personenkreis und sachlicher Rahmen der Beeinträchtigung feststünden⁸⁹.

Nach dieser Ansicht dürfen Kommunen kommunale Einrichtungen verkleinern oder schließen, weil dieses Themenfeld ein rein örtlich verwurzeltes ist und die hierfür bestehenden gemeinderechtlichen Vorschriften – wie §§19 f. HGO und 8 GO NW – erkennen lassen, welche Folgen einer solchen Schließung oder Verkleinerung oder Nutzungseinschränkung den Einzelnen treffen können.

Diese Ansicht zieht den durch Art.28 GG und Landeskommunalrecht (z. B. HGO) zugunsten der Kommunen gezogenen Kompetenzkreis weiter, ohne mit dem Dogma vom Gesetzesvorbehalt zu brechen, indem sie die bestehenden landesgesetzlichen Regelungen als ausreichend ansieht, um auch Grundrechtseingriffe hierauf zu stützen.

Die Diskussion bewegt sich überwiegend auf abstraktem Niveau und die Diskutanten arbeiten kaum mit konkreten Beispielen. Allein *Burgi*⁹⁰ nennt kommunale öffentliche Einrichtungen betreffende Regelungen der Kommunen ausdrücklich als Beispiele dafür, dass Kommunen auf Basis des heute bestehenden Landeskommunalrechts zu Grundrechtseingriffen legitimiert sein können. Dennoch ist nicht klar ableitbar, ob alle Vertreter der vordringenden Ansicht dies bestätigen. Doch stützen die prinzipiellen Ausführungen die Erwartung, dass eine kommunale Legitimation zu (Teil-) Entwidmungen Zustimmung findet.

Hierfür spricht auch die nicht allein pragmatische Erwägung, dass die Verneinung einer kommunalen Kompetenz zur (Teil-) Entwidmung bedeuten würde, dass einmal ausgesprochene Widmungen Ewigkeitscharakter hätten. Denn wer eine kommunale Legitimation zur (Teil-) Entwidmung öffentlicher Einrichtungen verneint, kann Entwidmungen kommunaler öffentlicher Plätze wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Berufsfreiheit allein durch Parlamentsgesetz zulassen.

Dabei kommt der Passage „in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit“ des §19 Abs.1 HGO ebenso wie der ähnlichen Passage des §8 GO NW Bedeutung zu, weil der Wortlaut der landesgesetzlichen Regelungen hierdurch ein relativierendes und Vertrauen in immerwährenden unveränderten Fortbestand einer Einrichtung begrenzendes Element erhält. Vorschriften über öffentliche Einrichtungen wie §19 Abs.1 HGO bilden deshalb eine den Anforderungen der vordringenden Ansicht genügende, d. h. hinreichend bestimmte landesgesetzliche Rechtsgrundlage für auch in Grundrechte eingreifende (Teil-) Entwidmungen kommunaler öffentlicher Plätze.

⁸⁹ Ausdrücklich *Burgi*, Alleingänge, 94 f.

⁹⁰ *Burgi*, Alleingänge, 94.

2.4.2. Übergangsfrist

Ungeachtet der grundsätzlichen Legitimation erfordern (Teil-) Entwidmungen aus hier nicht zu vertiefenden Gründen eine Übergangsfrist zwischen Entscheidung und Eintritt der Folge.

3. Ergebnis

Kommunen sind nach allen kommunalrechtlichen Darstellungen berechtigt, öffentliche Einrichtungen zu schaffen und ganz oder teils abzuschaffen. Es wird nicht problematisiert, ob solche Entscheidungen in Grundrechte Betroffener eingreifen und deswegen eventuell unzulässig sind. Weil kommunale Einrichtungen durch Widmung zu öffentlichen Einrichtungen werden, muss die Abschaffung nach allen Darstellungen durch (Teil-) Entwidmung erfolgen.

Eine in der Rechtsliteratur vordringende Ansicht vertritt, dass Kommunen eine besondere Legitimation zur Erledigung und Regelung örtlicher Angelegenheiten besitzen. Deshalb könnten Kommunen auf Basis der landesgesetzlichen Bestimmungen über kommunale öffentliche Einrichtungen (wie z. B. in Hessen §19 HGO) die Nutzung kommunaler öffentlicher Plätze durch Umwidmung oder Teilentwidmung einschränken und sind auch legitimiert, die Nutzung ihrer Fest- und Veranstaltungsplätze dahin einzuschränken, dass dort keine Groß- und Wildtiere mehr zur Schau gestellt oder mitgeführt werden.

Berlin, im Juni 2010

Rolf Kemper
Rechtsanwalt