

# Fortgeschrittenenklausur: (K)ein Recht auf Party kraft Verfassung?\*

Von Wiss. Mitarbeiter **Marco Meyer**, Hamburg\*\*

*Der vorliegende Fall greift Problemklassiker des öffentlichen Rechts auf, die von Examenkandidatinnen und -kandidaten beherrscht werden sollten. Eingekleidet in einen Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutz, sind Fragen des Zugangs zu öffentlichen Einrichtungen zu thematisieren. In Betracht kommen hier insb. Ansprüche aus Grundrechten und einer Selbstbindung der Verwaltung. Eine besondere Herausforderung der an die Entscheidung des OVG Hamburg vom 10.1.2018 (OVG Hamburg, Beschl. v. 10.1.2018 – 5 Bs 281/17) angelehnten Klausur ist es, einen schlüssigen Aufbau der eigenen Ausführungen zu präsentieren.*

## Sachverhalt

A ist Veranstalter der seit 1975 jährlich in den Räumen (in Foyer und Nebenräumen) der Hochschule H (einer staatlichen Hochschule im Geltungsbereich des HmbHG<sup>1</sup>) stattfindenden, mehrtägigen Party „TäTeRä“. Zu diesem Zweck schloss die H mit A in der Vergangenheit regelmäßig Mietverträge, zuletzt im Jahr 2015 für die Zeiträume 15.2.2016 bis 23.2.2016 und 20.2.2017 bis 28.2.2017. Der Mietvertrag enthält die Klausel: „Seitens der H besteht keine Option auf weitere Veranstaltungen über das Jahr 2017 hinaus.“ Im September 2017 teilt die H dem A unter Verweis auf ein Gespräch im Mai 2017 schriftlich mit, dass die Flächen der H nicht mehr für die „TäTeRä“ zur Verfügung gestellt würden.

Am 8.11.2017 stellt der A dennoch einen Antrag auf Anmietung von Räumen der H zur Durchführung der „TäTeRä“ für Ende Februar 2018. Der Präsident der H teilt dem A daraufhin am 9.11.2017 unter Verweis auf das vorgenannte Schreiben mit, dass die Räumlichkeiten nicht mehr für die „TäTeRä“ zur Verfügung stehen. Zur Begründung führt er an: In Hamburg bestünden zahlreiche Möglichkeiten für Veranstaltungen in dem von A geplanten Umfang. Der Mietvertrag von 2015 sei zu Planungszwecken für den A für einen Zeitraum von zwei Jahren abgeschlossen worden, damit er zwischenzeitlich einen neuen Standort suchen könne. Schon damals habe die H auf die Probleme der Vermietung für die „TäTeRä“ hingewiesen: Die Nutzung der überlassenen Räume sei nach der Veranstaltung durch Geruch und Beschädigungen jeweils für eineinhalb Wochen eingeschränkt. Es sei daher bereits in den Vertragsverhandlungen 2015 für A erkennbar gewesen, dass seine Veranstaltung über das Jahr 2017 hinaus nicht mehr am bisherigen Standort durchgeführt

werden soll. Zudem sei es in der Folge der „TäTeRä“ 2016 wegen eines Personenschadens zu Schadensersatzforderungen gekommen, für die H zunächst eine Zahlung in Höhe von 10.000 € habe leisten müssen; der Betrag ist später von A beglichen worden. Der Präsident beruft sich (unter Verweis auf die Übergabeprotokolle der Jahre 2011 bis 2017) zur weiteren Begründung der Ablehnung auf diverse Sachschäden am Gebäude, u.a. am Parkett, an Wänden, Böden und Glasscheiben. Aufgrund stark angestiegener Studierendenzahlen seit erstmaliger Durchführung der „TäTeRä“ (1974: 900, 2017: 3.828), bestehe zudem ein vorrangiger Bedarf der H, die Räume zu akademischen Zwecken zu nutzen. Im Falle der Vermietung wären im Foyer befindliche „Lerninseln“ für insgesamt eineinhalb Wochen nicht für die Studierenden nutzbar, was letztlich ca. 30 % der vorlesungsfreien Zeit ausmache. Er meint, gemäß den Bestimmungen über die Vergabe und Nutzung von Räumlichkeiten und Einrichtungen der H (VB-H) habe der Antrag zurückgewiesen werden dürfen. Die Entscheidung entspreche dem Bildungsauftrag der H. Die Bedeutung der „TäTeRä“ sei insgesamt gering und habe zudem zum Teil fragwürdige Inhalte: So habe die Lokalpresse über eine vergangene „TäTeRä“ mit oberkörperfreien Fotos von Frauen berichtet, zudem bewirbt A die Veranstaltung mit einer „berühmt-berüchtigten Fummelwiese“ und der Durchführung der „Kür der Miss Bikini und Mr. Badehose 2018“. Jedenfalls nach der öffentlichen Darstellung sei die H teilweise nicht erkennbar vom veranstaltenden A zu unterscheiden.

Am 24.11.2017 widerspricht A der Entscheidung schriftlich und trägt vor:

Die von ihm begehrten Räume der H seien im Großraum Hamburg die einzig geeigneten für die beabsichtigte Veranstaltung. Es sei geplant, mehrere DJs parallel Musik spielen zu lassen, sodass Räumlichkeiten mit mehreren Etagen notwendig seien. Alternative Veranstaltungsorte seien aufgrund ihrer Architektur und Kapazität nicht geeignet. Entgegen der Einschätzung der H stellten ihr Foyer samt Nebenräumen für die Veranstaltung „TäTeRä“ die einzig geeigneten Räumlichkeiten im Großraum Hamburg dar; insofern habe die H eine Monopolstellung inne. Dies ergebe sich aus der einmaligen Architektur, der Größe und dem verschachtelten Aufbau von Halle und Hörsälen, die u.a. als zentrales Getränkelerager genutzt würden. Zudem sei andernorts wegen konkurrierender Gastronomie As betriebswirtschaftliches Konzept nicht umsetzbar. Die „TäTeRä“ sei zudem weitreichend bekannt, habe große Bedeutung für den Stadtteil und finde seit Jahrzehnten immer an der H statt. Da der Termin in die vorlesungsfreie Zeit fiel, sei der Ausfall der „Lerninseln“ für die Studierenden der H verkraftbar. Die „TäTeRä“ sei in der Vergangenheit stets ohne Schwierigkeiten verlaufen, es habe nie größere Probleme gegeben. Das Parkett im Foyer befinde sich auch ohne Zutun des A in desolatem Zustand. Es sei in der Vergangenheit nur zu unerheblichen Sachschäden und lediglich einmal 2016 zu einem Personenschaden gekommen. Etwaige Zahlungen für Sachschäden seien stets unverzüglich beglichen worden. A sei im Sommer 2015 bei Abschluss des

\* Der vorliegende Fall basiert auf einer Entscheidung des OVG Hamburg aus dem Jahr 2018, OVG Hamburg, Beschl. v. 10.1.2018 – 5 Bs 281/17.

\*\* *Marco Meyer* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Internationales Recht, Europarecht und Öffentliches Recht der Bucerius Law School in Hamburg. Für hilfreiche Kritik und wertvolle Anmerkungen dankt der *Autor* den Herren Prof. Dr. Mehrdad Payandeh und Dr. Volker Steffahn.

<sup>1</sup> Soweit im Folgenden auf das HmbHG Bezug genommen wird, wird an geeigneten Stellen auf vergleichbare Regelungen anderer Bundesländer verwiesen.

letzten Mietvertrages davon ausgegangen, dass im Jahr 2017 für die „TäTeRä“ 2018 neue Verhandlungen erfolgen würden. Hierauf habe er fest vertraut. Es sei zudem gängige Praxis der H, die betreffenden Räume für Veranstaltungen, insbesondere Flohmärkte mit zahlreichen Besuchern und Studierendenpartys, zu vermieten. Sie habe sich durch diese Praxis und die VB-H selbst gebunden. Die von der H vorgebrachten Gründe seien vorgeschoben, insbesondere seien die Sachschäden bisher nicht als Ausschlussgründe für eine Vermietung angesehen worden. Im Übrigen diene die „TäTeRä“ auch der Kultur- und Brauchtumpflege, der Karneval liege Ende Februar gerade erst zurück, und die meisten der Gäste kämen in Verkleidung. U.a. die Teilattraktionen „Fummelwiese“ sowie die o.g. „Misswahl“ täten ihr Übriges für ein kulturell-künstlerisches Gesamtgepräge. Schon wegen des verfassungsrechtlichen Schutzes der Kunstfreiheit seien A die Räumlichkeiten zu vermieten.

Die H hielt mit Schreiben vom 5.12.2017 an ihrer Entscheidung fest und ergänzte, die bei der „TäTeRä“ aufgetretenen Sachschäden hätten in einigen Jahren die Höhe der Kautions von 5.000 € überschritten. Diese regelmäßig auftretenden Schäden seien auch nicht bloß marginal, zumal sie von H beseitigt werden müssten. Bei den nur viermal jährlich sonntags stattfindenden Flohmärkten seien dagegen seit 2003 keine Sach- oder Personenschäden aufgetreten. Auch die Abnutzung und die Verunreinigungen, die die „TäTeRä“ regelmäßig in Form einer schmierigen Masse aus verschiedensten Flüssigkeiten und Schmutz auf dem Fußboden hinterlasse, seien nicht mit den Auswirkungen der Flohmärkte vergleichbar. Ähnliches gelte für die – bloß abendfüllenden – Studierendenpartys. Dass es A nicht um Brauchtumpflege gehe, belege schon A's Bewerbung der „TäTeRä“ mit dem Slogan: „Ist das jetzt Fasching? Karneval? Schlagermove? Oder doch eher Oktoberfest, denn einen Bayrischen Biergarten gibt es ja auch?“ Zudem stünden dem A im Großraum Hamburg weitere Orte zur Verfügung, an denen eine Veranstaltung von der Größe der „TäTeRä“ ausgerichtet werden könne.

A beantragt daraufhin form- und fristgerecht beim Verwaltungsgericht Hamburg, die H „umgehend“ zum Abschluss eines Mietvertrags mit ihm zu „verurteilen“, damit seine Veranstaltung noch zum nahenden Termin im Februar 2018 stattfinden könne.

### Aufgabe

Hat A mit seinem Vorgehen vor dem Verwaltungsgericht Erfolg? Nehmen Sie im Rahmen eines Gutachtens zu allen aufgeworfenen Rechtsfragen Stellung.

### Bearbeitungsvermerk

Es ist davon auszugehen, dass dem A alle für die Durchführung der Party evtl. erforderlichen Genehmigungen erteilt wurden.

### Anlage

Die folgenden vom Kanzler der H erstellten Bestimmungen über die Vergabe und Nutzung von Räumlichkeiten und Einrichtungen der H (Vergabebestimmungen – VB-H) wurden

im Jahr 2005 der Hochschulverwaltung und den Fakultätsverwaltungen als „Allgemeine Handlungsanweisung“ mitgeteilt. Sie stehen auch auf der Homepage der H, neben einem Mustermietvertrag und weiteren Merkblättern, zum Download zur Verfügung:

### Bestimmungen über die Vergabe und Nutzung von Räumlichkeiten und Einrichtungen der H (Vergabebestimmungen – VB-H)

#### § 1 Grundsatz

Die Räumlichkeiten und Einrichtungen der H, im Folgenden als „Räume“ bezeichnet, dienen zur Erfüllung der in § 3 HmbHG genannten Aufgaben der H. Darüber hinaus können die Räume Dritten zur Verfügung gestellt werden. Das Verfahren der Raumvergabe regeln die folgenden Bestimmungen.

#### § 2 Vergabe für Zwecke der H und ihrer Mitglieder

(1) Die Räume sind den Mitgliedern der H insbesondere zur Durchführung von Lehr- und Forschungsaufgaben und Weiterbildung sowie den akademischen Selbstverwaltungsorganen zur Verfügung zu stellen.

(2) Die Räume können den Organen der Studierendenschaft zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben und zur Durchführung ihrer satzungsgemäßen Zwecke auf Antrag zugewiesen werden. Dies gilt entsprechend für die Zuweisung von Räumen an die Gruppenvertreter in den akademischen und studentischen Selbstverwaltungsgremien.

#### § 3 Vermietungen

Die Räume können auf Antrag an Dritte vermietet werden.

#### § 4 Versagungsgründe

(1) Eine Vergabe nach § 2 Abs. 2 kann aus wichtigen Gründen abgelehnt werden, insbesondere wenn die in § 2 Abs. 2 genannten Vereinigungen beabsichtigen, für den Zutritt zu der Veranstaltung ein über die Selbstkosten der Veranstaltung hinausgehendes Entgelt zu erheben, oder wenn neben den Organen der Studierendenschaft, den Gruppenvertretern oder den Gremien selbst andere Personen oder Personengruppen als Nutzer auftreten.

(2) Eine Vermietung nach § 3 kann insbesondere abgelehnt werden, wenn bei einer früheren Veranstaltung des Mieters Sach- oder Personenschäden aufgetreten sind, der Mieter mit der Zahlung des Entgelts für eine frühere Vermietung oder der Erfüllung von Schadensersatzansprüchen, die sich aus einer früheren Benutzung ergeben haben, im Rückstand ist oder die Kautions nicht vor Vermietungsbeginn gezahlt hat.

### Lösungsvorschlag

A begehrt im Dezember 2017, die streitgegenständlichen Räumlichkeiten der H im Februar 2018 zu nutzen. Bei lebensnaher Betrachtung ist dieses Begehren bloß noch im Wege einstweiligen Rechtsschutzes zu realisieren. A hat mit

seinem Vorgehen Erfolg, soweit sein Antrag zulässig und begründet ist.

## A. Zulässigkeit

### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Rechtswegeröffnung nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

#### 1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Dann müsste es sich zunächst um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handeln. Streitgegenständlich ist die Frage des Zugangs zu den Räumlichkeiten der H. Nach der modifizierten Subjektstheorie ist die Streitigkeit als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, wenn die streitentscheidende Norm eine solche des öffentlichen Rechts ist, also einen Hoheitsträger gerade in dieser Funktion berechtigt oder verpflichtet.<sup>2</sup> Ein entsprechender Zugangsanspruch könnte sich aus einer öffentlich-rechtlichen Anspruchsgrundlage, etwa den Grundrechten als Sonderrecht für bzw. gegen Hoheitsträger (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG), ergeben. Allerdings erfolgt die Nutzung von Räumlichkeiten der H durch Dritte auf der Grundlage eines privatrechtlichen Mietvertrags im Sinne der §§ 535 ff. BGB, sodass man an der Qualifizierung der Streitigkeit als öffentlich-rechtlich zweifeln könnte. Hier kommt die Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie in Betracht, nach der die Frage des Zugangs zu einer öffentlichen Einrichtung (das „Ob“) sich stets nach öffentlichem Recht bestimmt, während die Frage nach den Nutzungsmodalitäten (das „Wie“) auf einer zweiten Stufe auch privatrechtlich ausgestaltet werden kann, mit der Folge, dass Streitigkeiten über diese Modalitäten nicht als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sind.<sup>3</sup> Dann müsste es sich bei den Räumlichkeiten der H um eine öffentliche Einrichtung handeln und die Parteien müssten um die Frage des Zugangs streiten.

Eine öffentliche Einrichtung ist eine Gesamtheit aus Sach- oder Personalmitteln, die der Allgemeinheit von einem Hoheitsträger durch – mindestens konkludenten<sup>4</sup> – Widmungsakt zur Benutzung zur Verfügung gestellt wurde.<sup>5</sup> Die Räume der H werden auch externen Nutzern zur Durchführung von Veranstaltungen zur Verfügung gestellt, sowohl durch § 3 VB-H, als auch durch die tatsächliche Bereitstellung erfolgt eine entsprechende Widmung<sup>6</sup>. Eine öffentliche Einrichtung liegt mithin vor. Es geht den Parteien auch nicht erst um die Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses, sondern bereits um den Zugang zur Einrichtung. Der Streit bezieht sich somit

auf das „Ob“ der Benutzung, mithin liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

#### 2. Nicht verfassungsrechtlicher Art

Schon durch Beteiligung des Privatrechtssubjekts A liegt ein Fall der sog. „doppelten Verfassungsunmittelbarkeit“, bei der Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, nicht vor.<sup>7</sup> Die Streitigkeit ist nicht verfassungsrechtlicher Art.

#### 3. Keine abdrängende Sonderzuweisung

Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

## II. Statthafte Antragsart

Fraglich ist die statthafte Antragsart.

#### 1. Einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO

Statthaft ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO, wenn dem Antragsteller kein Rechtsschutz über die §§ 80 und 80a VwGO zu gewähren ist, vgl. § 123 Abs. 5 VwGO. Ein Antrag nach §§ 80, 80a VwGO setzt voraus, dass der Kläger in der Hauptsache die Aufhebung eines Verwaltungsakts verfolgt, sein Begehren nach § 88 VwGO mithin auf eine Anfechtungsklage gerichtet ist. Vorliegend begehrt der A nicht die Aufhebung eines Verwaltungsakts, sondern möchte gerade ein Handeln – die Gewährung des Zugangs zum Foyer – der H erzwingen. Sein Begehren wäre in der Hauptsache mithin nicht im Wege der Anfechtungsklage zu verfolgen. Einstweiliger Rechtsschutz ist nicht nach den §§ 80, 80a VwGO, sondern nach § 123 Abs. 1 VwGO zu gewähren.

#### 2. Regelungs- oder Sicherungsanordnung?

Fraglich ist, ob es sich bei der von A begehrten Anordnung um eine Regelungs- oder eine Sicherungsanordnung handelt. Mit einer Regelungsanordnung beabsichtigt der Antragsteller die vorläufige Erweiterung seines Rechtskreises (vgl. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO), während es ihm beim Antrag auf Erlass einer Sicherungsanordnung auf die einstweilige Bewahrung des status quo ankommt (§ 123 Abs. 1 S. 1 VwGO).<sup>8</sup> Hier geht es A nicht um Abwehr von Eingriffen in die eigene Rechtssphäre, sondern darum, die H zu einer Leistung zu verpflichten und so den eigenen Handlungsspielraum zu erweitern. Statthaft ist der Antrag auf Erlass einer Regelungsanordnung nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO.<sup>9</sup>

<sup>2</sup> Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 28. Lfg., Stand: März 2015, § 40 Rn. 222.

<sup>3</sup> Krüger, JuS 2013, 598 (601); Kramer/Bayer/Fiebig/Freudenreich, JA 2011, 810 (812 f.).

<sup>4</sup> VG Köln, Urt. v. 14.4.1989 – 20 K 4703/87, Rn. 72.

<sup>5</sup> VG Düsseldorf, Beschl. v. 6.2.2017 – 18 L 213/17, Rn. 7; siehe auch Schoch, NVwZ 2016, 257 (258 ff.).

<sup>6</sup> Wohl a.A. OVG Hamburg, Beschl. v. 10.1.2018 – 5 Bs 281/17, Rn. 23, 27.

<sup>7</sup> Ehlers/Schneider (Fn. 2), § 40 Rn. 136; krit. Bethge, JuS 2001, 1100 (1100 f.).

<sup>8</sup> Bostedt, in: Fehling/Kastner/Strömer, Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2016, VwGO § 123 Rn. 59 ff.; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl. 2014, Rn. 1025 ff.

<sup>9</sup> Für Sicherungsanordnung wohl noch OVG Münster NJW 1976, 820 (821).

### III. Antragsbefugnis

A müsste gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog antragsbefugt sein. Dafür müsste zumindest die Möglichkeit bestehen, dass dem Kläger ein Anordnungsanspruch zusteht und dass ein Anordnungsgrund nicht von vornherein ausgeschlossen ist.<sup>10</sup>

#### 1. Möglichkeit eines Anordnungsanspruchs

Fraglich ist das mögliche Bestehen eines Anordnungsanspruchs. Hierfür genügt es, wenn der Antragsteller eine Norm identifizieren kann, die ihm subjektiv-öffentliche Rechte zu verleihen vermag, und es nicht von vornherein ausgeschlossen ist, dass ihm diese Rechte auch tatsächlich zustehen.<sup>11</sup> Vorliegend scheint es zumindest denkbar, dass der A ein Recht auf Zugang zu den Räumlichkeiten der H aufgrund etwaiger grundrechtlicher Positionen aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 bzw. Art. 12 Abs. 1 GG herleiten kann. Auch aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. einer etwaigen Selbstbindung der H kann sich ein Anspruch ergeben. Die Möglichkeit eines Anordnungsanspruchs besteht.

#### 2. Möglichkeit eines Anordnungsgrunds

Weiterhin müsste A die Möglichkeit eines Anordnungsgrunds darlegen. Ein möglicher Anordnungsgrund besteht, wenn der Antragsteller die Eilbedürftigkeit seines Antrags behaupten kann.<sup>12</sup> Angesichts des nahenden Termins droht die Versagung der Zulassung durch die H die Möglichkeit der Durchführung der Veranstaltung vollständig zu vereiteln. Eine Entscheidung in einem möglichen Hauptsacheverfahren käme zu spät. A hat folglich auch die Möglichkeit eines Anordnungsgrunds dargelegt.

Aufgrund der Möglichkeit des Bestehens von Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund ist der A antragsbefugt.

### IV. Antragsgegner

Für die Bestimmung des Antragsgegners gilt gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog das Rechtsträgerprinzip.<sup>13</sup> Rechtsträgerin ist gem. § 2 Abs. 1 S. 1 HmbHG<sup>14</sup> die H als rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts.

### V. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

A ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO partei- und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig.

Die Parteifähigkeit der H folgt aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO. Sie wird gem. § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 81 Abs. 2 HmbHG<sup>15</sup> durch den Präsidenten vertreten.

### VI. Rechtsschutzbedürfnis

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn der Antragsteller sein Ziel mit dem Antrag überhaupt nicht erreichen kann oder ihm hierfür ein einfacherer bzw. wirksamerer Weg zu Gebote steht.<sup>16</sup> Hier ist nicht ersichtlich, durch welches Alternativverhalten der A seinem Ziel der Nutzung des Foyers der H anders oder besser näherkommen könnte. Dies gilt insbesondere nach Ablehnung seines Antrags durch die H.

Das Rechtsschutzbedürfnis des A liegt vor.

### VII. Zwischenergebnis

Der Antrag des A ist zulässig.

### B. Begründetheit

Der Antrag des A ist begründet, wenn er anhand von Tatsachen einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft machen kann.<sup>17</sup>

#### I. Anordnungsanspruch

Ein Anordnungsanspruch liegt vor, wenn nach einer summarischen Prüfung das Vorliegen eines Zulassungsanspruchs in die Räumlichkeiten der H überwiegend wahrscheinlich ist. Dies setzt einen Anspruch auf Zulassung voraus.

##### 1. Einfachgesetzliche Ansprüche auf Zugangsgewährung

Vorliegend sind keine einfachgesetzlich normierten Ansprüche des A gegen die H ersichtlich. In Betracht kommen folglich nur verfassungsunmittelbare (bzw. verfassungsrechtlich begründete) Ansprüche auf Zugangsgewährung.<sup>18</sup>

##### 2. Leistungsanspruch aus der Kunstfreiheit Art. 5 Abs. 3 Alt. 1 GG

*Hinweis:* Diese grundrechtlichen Erwägungen können auch erst im Rahmen der Ermessensreduzierung des Anspruchs aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. den Vergabebestimmungen gemacht werden, insbesondere sofern man diesen Anspruch seiner Natur nach als eher einfachgesetzlich begreift. Angesichts des Parteivortrags des A, in dem er sich unmittelbar auf seine verfassungsrechtlichen Rechte beruft, war eine Prüfung jedoch bereits an dieser Stelle indiziert.

<sup>10</sup> Peine, Klausurenkurs im Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 345.

<sup>11</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, § 33 Rn. 9.

<sup>12</sup> Hummel, JuS 2011, 502 (503).

<sup>13</sup> Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 2), § 123 Rn. 108.

<sup>14</sup> Vgl. etwa § 2 Abs. 1 S. 1 HG NRW, Art. 11 Abs. 1 Bay-HSchG u.a.

<sup>15</sup> Vgl. etwa § 18 Abs. 1 S. 1 HG NRW, Art. 21 Abs. 7 Bay-HSchG.

<sup>16</sup> VGH München NVwZ 2014, 163 (165).

<sup>17</sup> Zum Erfordernis umfassender Rechtsprüfung siehe aber Wollenschläger, in: Gärditz, VwGO, 18. Aufl. 2018, § 123 Rn. 118 ff.; Sauer, Klausurtraining AllgVerR, 2018, Rn. 430, 476; Ernst/Kämmerer, Fälle AllgVerwR, 3. Aufl. 2016, S. 268.

<sup>18</sup> Ansprüche aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Verwaltungsvorschriften fügen sich hier jedenfalls nicht unmittelbar ein, da ihre Bindungswirkung zugunsten des Bürgers letztlich aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz folgt, vgl. OVG Münster, Beschl. v. 29.5.2017 – 4 A 516/15, Rn. 24; Detterbeck, Allg. Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2018, Rn. 871; Peine (Fn. 10), Rn. 273.

Fraglich ist, ob A gegen die H einen Anspruch aus Art. 5 Abs. 3 GG herleiten kann. Voraussetzung hierfür wäre zunächst, dass das geplante Verhalten – hier die Ausrichtung und Durchführung der „TäTeRä“ – vom Schutzbereich der Kunstfreiheit erfasst ist. Die Schwierigkeit einer gemeingültigen Definition von Kunst zeigt sich plastisch in den Versuchen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Entwicklung eines Kunstbegriffs: Während der sog. formale Kunstbegriff darauf abstellt, ob das streitgegenständliche Werk sich einem bestimmten Werktyp zuordnen lässt, soll nach dem materiellen Kunstbegriff entscheidend sein, dass in der freien schöpferischen Gestaltung „Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden.“<sup>19</sup> Daneben tritt der offene Kunstbegriff, nach dem es genügt, wenn einem Werk ein mannigfaltiger Aussagegehalt innewohnt, der die Möglichkeit eröffnet, „der Darstellung im Wege der fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so dass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt.“<sup>20</sup> Geschützt ist hierbei nicht nur der sog. Werkbereich, sondern auch der Wirkbereich, der dem Künstler erst die Interaktion mit dem Publikum ermöglicht.<sup>21</sup>

Vorliegend ist bereits zweifelhaft, ob der Wunsch des A sich unter irgendeinen dieser – nicht miteinander konkurrierenden, sondern sich gegenseitig ergänzenden – Kunstbegriffe fassen lässt. Wenn A darauf verweist, dass nur in den Räumlichkeiten der H sein betriebswirtschaftliches Konzept umsetzbar sei, deutet das zumindest auch auf die Absicht kommerziellen Gewinnstrebens hin. Nun schließt allein die Aussicht auf Profit noch nicht aus, dass es sich um ein Kunstwerk handelt.<sup>22</sup> Die von ihm vorgetragene Teilattraktionen („Fummelwiese“, „Kür der Miss Bikini und Mr. Badehose“) vermögen indes nicht zu begründen, dass der Gesamtveranstaltung ein schöpferisches oder kulturelles Element innewohnt. A trägt vor, seine Gäste kämen kurz nach Ende des Karnevals teilweise verkleidet, dies sei als Brauchtumpflege zu berücksichtigen. Sofern man Brauchtumpflege dem Schutz des Art. 5 Abs. 3 GG unterstellen will,<sup>23</sup> reichen das bloße Erscheinen einiger Gäste in Kostümierung und die bloß noch vage zeitliche Nähe zum Karneval in einigen Teilen Deutschlands nicht aus, um aus der „TäTeRä“ eine Kulturveranstaltung zu machen. Dafür spricht auch das Selbstverständnis der Veranstaltung, mit der A diese bewirbt: Das bloße Zusammenstellen publikumswirksamer Elemente, die bloß teilweise verschiedensten regionalen Traditionen (Verkleidung, Biergarten, Schlagermusik etc.) entnommen

sind, genügt jedenfalls nicht, um aus einer im Schwerpunkt<sup>24</sup> gewinnorientierten Großveranstaltung eine Kulturveranstaltung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GG zu machen.<sup>25</sup> Der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG ist nicht eröffnet.

A hat keinen Anspruch auf Zugang aus Art. 5 Abs. 3 GG.

### 3. Leistungsanspruch aus der Berufsfreiheit des Art. 12

#### Abs. 1 GG

Demgegenüber könnte der A einen Anspruch aus Art. 12 Abs. 1 GG haben.

#### a) Die „TäTeRä“ als von Art. 12 Abs. 1 GG geschütztes Verhalten

Fraglich ist, ob die Ausrichtung und Durchführung der „TäTeRä“ von der Berufsfreiheit des A geschützt ist. Ein Beruf ist eine Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient oder zu ihrer Schaffung und Erhaltung beiträgt.<sup>26</sup> Art. 12 Abs. 1 GG schützt als einheitliches Grundrecht die Berufswahl ebenso wie die Berufsausübung.<sup>27</sup> A veranstaltet die „TäTeRä“ in erster Linie zur Gewinnerzielung: Er trägt vor, er habe ein eigenes betriebswirtschaftliches Konzept, das auch und gerade die Abwesenheit veranstaltungsfremder Gastronomie voraussetze. Damit verfolgt er eine vor allem wirtschaftliche Zwecksetzung, die zur Sicherung seines Lebensunterhalts mindestens beiträgt. Im Rahmen der Durchführung der „TäTeRä“ kann A sich folglich auf seine Berufs(ausübungs)freiheit berufen.<sup>28</sup>

#### b) Art. 12 Abs. 1 GG als originäres Leistungsrecht?

Hiermit ist freilich noch nicht geklärt, ob A als Folge seines grundrechtlich geschützten Verhaltens von der H auch verlangen kann, ihm im Sinne eines aktiven Tuns ihre Räumlichkeiten zur Verfügung zu stellen. Im Ausgangspunkt handelt es sich bei den Grundrechten um Abwehrrechte, die die Freiheitssphäre des Bürgers gegen staatliche Eingriffe schützen (status negativus der Grundrechte), aber grundsätzlich keine Ansprüche des Bürgers auf staatliche Leistungen begründen.<sup>29</sup> Hierfür spricht insbesondere, dass das Grundgesetz die konkrete Ausgestaltung des Verhältnisses der Bürger zum Staat dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber

<sup>19</sup> BVerfGE 67, 213 (225); 30, 173 (188).

<sup>20</sup> BVerfGE 67, 213 (226).

<sup>21</sup> OVG Hamburg NJW 1991, 1500 (1501).

<sup>22</sup> Zur Abgrenzung siehe *Wittreck*, in: Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Bd. 1, Art. 5 Abs. 3 Rn. 47 sowie *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Bd. 1, Art. 5 Rn. 435 f.

<sup>23</sup> So VGH München, Beschl. v. 18.1.2010 – 7 ZB 09.2150, Rn. 19 für eine „Weihnachtsgala“; im Anschluss wohl auch OVG Hamburg NordÖR 2018, 235 (236 f.).

<sup>24</sup> Zu den Grundrechtskonkurrenzen vgl. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 85. Lfg., Stand: November 2018, Art. 5 Abs. 3 Rn. 49; *Kempfen*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 40. Ed., Stand: 15.2.2019, Rn. 171.

<sup>25</sup> Wie hier OVG Hamburg NordÖR 2018, 235 (236 f., 238), mit krit. Anm. *Kalscheuer*.

<sup>26</sup> Statt vieler *Manssen*, Staatsrecht II, 15. Aufl., 2018, Rn. 610.

<sup>27</sup> *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 32. Aufl. 2016, Rn. 899.

<sup>28</sup> Offenlassend OVG Hamburg NordÖR 2018, 235 (237) mit krit. Anm. *Kalscheuer*.

<sup>29</sup> Grundlegend BVerfGE 7, 198 (204 f.); *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Fn. 24), Art. 1 Abs. 3 Rn. 15.

aufgibt.<sup>30</sup> Insofern kommen sog. originäre Leistungsrechte des Individuums gegen den Staat (status positivus der Grundrechte) nur dort in Betracht, wo entweder die Verfassung selbst ein entsprechendes Leistungsrecht ausdrücklich anordnet oder die grundrechtlich gewährleistete Freiheit ohne die staatliche Leistung vollkommen entleert oder vereitelt würde.<sup>31</sup>

Vorliegend bleibt es A auch ohne Zugang zu den Räumen der H möglich, die „TäTeRä“ zu veranstalten. Dass er ein bestimmtes betriebswirtschaftliches Konzept (Abwesenheit von Fremdgastronomie, Nutzung architektonischer Besonderheiten) entwickelt hat, das seiner Ansicht nach nur bei staatlicher Mitwirkung – hier Bereitstellung der Räumlichkeiten durch die H – aufgeht, ändert nach dem oben Gesagten nichts an diesem Befund, insbesondere weil im Großraum Hamburg ähnlich geeignete Immobilien zur Verfügung stünden.<sup>32</sup> Nur weil der Bürger eine Veranstaltung derart plant, dass die konkrete Art und Weise der Durchführung notwendig die Nutzung staatlicher Ressourcen erfordert, folgt hieraus nicht, dass sein Grundrecht entwertet würde, falls letztere ihm nicht gewährt würden. Die von A behauptete „Monopolstellung“ der H führt vor diesem Hintergrund nicht zu einer anderen Bewertung.<sup>33</sup>

A hat folglich keinen unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Anspruch auf Nutzung des Foyers und der Nebenräume.

#### 4. Anspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. den Vergabebestimmungen der H (VB-H)

##### a) VB-H als Anspruchsgrundlage?

##### aa) Rechtsnatur

Fraglich ist, ob sich aus den VB-H überhaupt ein Anspruch des A ergeben kann. Das wäre dann der Fall, wenn sie ein subjektiv-öffentliches Recht auf Zugang vermitteln würden. Voraussetzung hierfür ist nach der „Schutznormtheorie“, dass die entscheidende Norm zumindest auch Individualinteressen zu dienen bestimmt ist und Außenwirkung gegenüber dem Bürger entfaltet.<sup>34</sup> Es kommt mithin darauf an, welche Rechtsnatur die VB-H haben. Es könnte sich entweder um Rechtsnormen mit unmittelbarer Außenwirkung etwa in Form einer Rechtsverordnung oder Satzung handeln. Andererseits ist auch eine Einordnung als bloße Verwaltungsvorschrift denkbar, die grundsätzlich nur die Behörde bindendes Innenrecht darstellt.<sup>35</sup> Zur Abgrenzung können zunächst formale

Aspekte, wie die Bezeichnung der Vorschrift und das Vorliegen eventuell erforderlicher Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen herangezogen werden.<sup>36</sup> Als materielle Unterscheidungskriterien bieten sich vor allem die Frage nach dem Adressaten und die intendierte Rechtswirkung an.<sup>37</sup> Die streitgegenständlichen Vorschriften sind hier als „Vergabebestimmungen“ betitelt. Das allein ermöglicht zwar noch keine abschließende Einordnung, üblicherweise werden Regelwerke, die als Rechtsverordnungen oder Satzungen ergehen sollen, aber auch als solche (bzw. im Hochschulbereich als „Ordnungen“)<sup>38</sup> bezeichnet. Mögliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen ergeben sich vorliegend allenfalls aus dem HmbHG. Ein Verordnungs- oder Satzungserlass für Raumnutzungen ist dort zwar nicht vorgesehen, allerdings enthält § 2 Abs. 2 HmbHG<sup>39</sup> eine allgemeine Satzungsermächtigung, die sich jedoch nur auf Angelegenheiten der akademischen Selbstverwaltung bezieht. Obwohl hierunter in erster Linie Aufgaben von Forschung und Lehre fallen,<sup>40</sup> könnte als Annex hierzu auch die Verwaltung der eigenen Räumlichkeiten angesehen werden.<sup>41</sup> Dagegen könnte man einwenden, die bloße Vermietung von Räumen an nicht hochschulangehörige Dritte stelle keine wissenschaftsrelevante Entscheidung dar und sei daher keine Selbstverwaltungsangelegenheit.<sup>42</sup> Jedenfalls aber sind die VB-H bloß vom Kanzler der H erstellt worden, und es ist nicht ersichtlich, dass die gesetzlichen Zuständigkeiten (§§ 85, 89 HmbHG) und Genehmigungsverfahren zum Satzungserlass eingehalten wurden (§ 108 HmbHG). Auch wurden die VB-H als Handlungsanweisung zunächst bloß an die Untergliederungen der H versandt und nicht förmlich bekanntgemacht. Ihre bloße Bereitstellung im Internet neben weiteren Informationen für Mietinteressenten vermittelt ihnen dagegen noch nicht die Qualität einer Außenrechtsnorm,<sup>43</sup> deren Veröffentlichung dagegen Wirksamkeitsvoraussetzung ist und (regelmäßig formalisiert) gesetzlich vorgegeben ist (vgl. etwa § 108 Abs. 5 HmbHG). Nach alledem handelt es sich bei den VB-H um eine Verwaltungsvorschrift.<sup>44</sup>

<sup>30</sup> BVerwGE 91, 135 (139) m.w.N.; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs ÖR, 8. Aufl. 2018, Rn. 9; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2011, 411 (411).

<sup>31</sup> *Rüfner*, in: HGR II, 2006, § 40 Rn. 43, 56 ff.; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 5. Aufl. 2016, Rn. 525 f.

<sup>32</sup> So auch OVG Hamburg NordÖR, 2018, 235 (238).

<sup>33</sup> Vgl. BVerwGE 91, 135 (138 f.) m.w.N.; VGH München, Beschl. v. 18.1.2010 – 7 ZB 09.2150, Rn. 19.

<sup>34</sup> *Ramsauer*, JuS 2012, 769 (769 ff.); *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 16 (17 f.).

<sup>35</sup> Hierzu *Detterbeck* (Fn. 15), Rn. 852 f., 867 ff.; *Reimer*, Jura 2014, 678 (679).

<sup>36</sup> *Maurer/Waldhoff*, Allg. Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 24 Rn. 18; zur Umdeutung einer rechtsfehlerhaft erlassenen Außenrechtsnorm in eine Verwaltungsvorschrift vgl. *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2016, 314 (315).

<sup>37</sup> *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2016, 314 (315).

<sup>38</sup> *Trute/Bastian*, in: Hoffmann-Riem/Koch, Hmb. Staats- und Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2006, S. 393.

<sup>39</sup> Vgl. etwa § 2 Abs. 4 HG NRW sowie Art. 13 Abs. 1 Bay-HSchG.

<sup>40</sup> Vgl. *Trute/Bastian* (Fn. 38), 3. Aufl. 2006, S. 392 f.

<sup>41</sup> Vgl. *Scheunert/Winkler-Bondartschuk*, in: Neukirchen/Reußow/Schomburg, HmbHG, 2. Aufl. 2017, § 5 Rn. 3.

<sup>42</sup> So wohl VGH München, Beschl. v. 18.1.2010 – 7 ZB 09.2150, Rn. 19.

<sup>43</sup> *Maurer/Waldhoff* (Fn. 36), § 24 Rn. 30.

<sup>44</sup> I.E. wie hier wohl OVG Hamburg NordÖR 2018, 235 (237).

bb) Außenwirkung der VB-H und subjektiv-öffentliches Recht des A

(1) Außenwirkung der VB-H

Mangels Außenwirkung scheiden Verwaltungsvorschriften regelmäßig als Grundlage für einen Anspruch aus. Grundsätzlich regeln Verwaltungsvorschriften bloß den behördeninternen Bereich, sie stellen behördliches Innenrecht dar und erzeugen keine unmittelbaren Rechte.<sup>45</sup> Wenn der Verwaltung jedoch, wie hier im Bereich der gesetzessfreien Leistungsverwaltung, Ermessensspielräume verbleiben, muss sie bei der Ermessensausübung wie auch sonst die rechtlichen Grenzen des ihr verbleibenden Ermessens beachten.<sup>46</sup> Hierzu gehört u.a. die Beachtung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG in dem Sinne, dass es der Verwaltung verwehrt ist, gleich gelagerte Fälle ohne sachlichen Grund unterschiedlich zu behandeln.<sup>47</sup> Die Verwaltung bindet sich durch ihre eigene Praxis insofern selbst. Diese sog. mittelbare Außenwirkung durch die Bindung der Behörde an Art. 3 Abs. 1 GG wird vermittelt über die antizipierte Verwaltungspraxis, die die Behörde bereits mit Erlass sog. ermessenslenkender Verwaltungsvorschriften ausübt.<sup>48</sup>

(2) Subjektiv-öffentliches Recht

Die VB-H müssten zudem geeignet sein, ein subjektiv-öffentliches Recht vermitteln. Die Bereitstellung der Räume auch zur Drittvermietung durch die H i.V.m. der tatsächlichen Vergabep Praxis in der Vergangenheit begründen eine Bindung der H durch Art. 3 Abs. 1 GG. Diese Norm dient zumindest auch dem Schutz des Einzelnen. Entsprechende Anträge auf Nutzung sind zumindest ermessensfehlerfrei zu bescheiden.

Ein entsprechender Anspruch des A kann sich demnach aus den VB-H i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG ergeben. Das setzt voraus, dass die Voraussetzungen für eine Vermietung nach den VB-H vorliegen.

b) Anspruch nach § 3 VB-H

aa) Antragstellung

A hat einen Antrag auf Vermietung des Foyers und seiner Nebenräume gestellt.

bb) Keine Versagungsgründe nach § 4 Abs. 2 S. 1 Var. 1 VB-H  
Jedenfalls das Auftreten von Personen- bzw. Sachschäden war in der Vergangenheit zu bejahen. Damit lag zumindest tatbestandlich der Versagungsgrund des § 4 Abs. 2 S. 1 Var. 1 VB-H vor. Fraglich ist aber, ob die H sich hierauf berufen kann, da sie hiervon trotz der in Folge der „TäTeRä“ auch in den vergangenen Jahren aufgetretenen Sachschäden keinen Gebrauch gemacht hat. Sie könnte sich durch eine ständige Verwaltungspraxis gem. Art. 3 Abs. 1 GG trotz

anderslautender Verwaltungsvorschrift allein an ihre Praxis gebunden haben.<sup>49</sup> Allerdings ist zu beachten, dass es sich bei § 4 Abs. 2 VB-H um eine Ermessensvorschrift handelt. Wenn die H auch in der Vergangenheit trotz aufgetretener Sachschäden Zugang gewährt hat, kann dies das Ergebnis von Ermessensausübung gewesen sein. Für die Annahme, hier liege eine generelle Abkehr von den VB-H vor, fehlt es vorliegend an hinreichenden Anhaltspunkten. Dagegen spricht vielmehr das Interesse der H, im Einzelfall die Nutzung der eigenen Räume untersagen zu können, sofern Schäden Überhand nehmen. Für diese Annahme spricht schließlich auch die Anwendung des § 4 Abs. 2 VB-H nach dem zusätzlichen Auftreten eines Personenschadens bei der „TäTeRä“ 2016. Die bisherige Nichtanwendung stellt sich demnach nicht als Abkehr von der Verwaltungsvorschrift dar, sondern als Ermessensausübung. § 4 Abs. 2 VB-H ist hiernach weiterhin anwendbar.

*Hinweis:* Die überkommene Prüfstruktur nach strikter Trennung von Tatbestand und Rechtsfolge bietet sich hier insofern nicht an, da das Vorliegen des Versagungsgrunds seinerseits Ermessen nach sich zieht. Eine Herausforderung des Falls war an dieser Stelle, eine schlüssige Verortung des Versagungsgrunds zu finden, da sowohl die eigentliche Zugangsentscheidung, als auch die Anwendung des § 4 VB-H ins Ermessen der H gestellt waren. Bereits die Ermessensbindung des § 3 VB-H gestattet der H aber, die Schäden in ihre Abwägung miteinzubeziehen. § 4 VB-H hat demgegenüber bloß noch Indizwert, weil er keine bindende Versagung anordnet. An dieser Stelle erschöpft sich der Unterschied zwischen „Zugangsgewährungsermessen“ als Rechtsfolge und Versagungsermessen auf Tatbestandseite aber weitgehend in der Formulierung, sodass es hier am sachgerechtesten erscheint, eine „einheitliche Ermessensentscheidung“ anzunehmen.<sup>50</sup> Aus Gründen der Übersichtlichkeit wurde das tatbestandliche Vorliegen eines Ausschlussgrundes hier vorgezogen.

cc) Ermessensreduzierung zugunsten des A

Die Entscheidung der H nach §§ 3, 4 Abs. 2 S. 1 VB-H müsste ermessensfehlerfrei sein. Einen Anspruch auf Zugang zu den Räumen der H hätte der A allerdings – ungeachtet des Vorliegens von Ermessensfehlern – bloß dann, wenn zu seinen Gunsten eine Ermessensreduzierung auf Null vorläge.

Fraglich ist, ob die H dem A Zugang zu ihren Räumlichkeiten aufgrund einer Ermessensreduzierung gewähren muss. Eine solche liegt *ausnahmsweise* dann vor, wenn nur noch eine einzige Entscheidung ermessensfehlerfrei ist.<sup>51</sup> Diese Ermessensreduzierung kann sich als Folge insbesondere einer

<sup>45</sup> Hierzu ausführlich *Jarass*, JuS 1999, 105 (107 ff.).

<sup>46</sup> *Maurer/Waldhoff* (Fn. 36), § 1 Rn. 27.

<sup>47</sup> *Bull/Mehde*, Verwaltungslehre, 9. Aufl. 2015, Rn. 233; *Sachs/Jasper*, JuS 2016, 769 (773).

<sup>48</sup> *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2016, 314 (315 f.); *Michl*, Jura 2015, 202 (207).

<sup>49</sup> *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 193; *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2016, 314 (316).

<sup>50</sup> Hierzu BVerwGE 72, 1 (4 f.); zu Versagungsgründen als „negative Tatbestandsmerkmale“, vgl. *Uerpmann-Witzack*, Examens-Rep. Allg. VerwR, 5. Aufl. 2018, Rn. 150.

<sup>51</sup> *Gerhard*, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 2), § 114 Rn. 27.

Selbstbindung der Verwaltung, der Gewährung berechtigten Vertrauensschutzes oder den Grundrechten ergeben.<sup>52</sup>

*(1) Ermessensreduzierung durch Selbstbindung (Art. 3 Abs. 1 GG)*

A trägt vor, H habe sich durch die wiederholten Vermietungen der letzten Jahre und die Überlassung der Räume für Flohmärkte und Studierendenpartys selbst gebunden, sodass ihm auch jetzt ein Zulassungsanspruch zustehe. Die Bindung der Verwaltung an eine Art. 3 Abs. 1 GG entsprechende Ermessensausübung durch eine durch sie selbst geschaffene Praxis setzt zunächst voraus, dass eine tatsächliche Praxis existiert und der vorliegende Fall auch mit den bereits entschiedenen Fällen vergleichbar ist.<sup>53</sup> Bezüglich der Studierendenpartys bestehen an der Vergleichbarkeit bereits deshalb Zweifel, weil die Studierenden als Hochschulangehörige bzw. deren Selbstverwaltungsorgane, soweit diese als Veranstalter auftreten, schon keine Fremdnutzer sind.<sup>54</sup> Bereits die Zweckbestimmung in § 1 VB-H i.V.m. der Differenzierung zwischen hochschulinternen Nutzern (§ 2 VB-H) und Drittnutzern (§ 3 VB-H) spricht vor dem Hintergrund des gesetzgeberischen Auftrags der H nach § 3 Abs. 1 HmbHG<sup>55</sup> dafür, die Feiern für Studierende als wesentlich verschieden zu betrachten: Dienen solche Veranstaltungen zwar nicht unmittelbar Forschungs- oder Lehrzwecken, so tragen sie doch typischerweise auch zum Austausch und zur Diskussion über Lehrinhalte und Hochschulangelegenheiten sowie zur Netzwerkbildung bei und sind den o.g. Zwecken damit zumindest förderlich. Daneben fällt ins Gewicht, dass es sich bei den besagten Studierendenfeiern um bloß abendfüllende Veranstaltungen handelt, während die „TäTeRä“ über mehrere Tage hinweg stattfindet. Im Rahmen einer derartigen Veranstaltung treten aber mit zunehmender Dauer auch mehr Schäden auf, und die Räumlichkeiten sind während der gesamten Dauer nicht anderweitig nutzbar. Die Studierendenpartys werden dagegen typischerweise in den Abendstunden stattfinden, in denen die Räume ohnehin weniger frequentiert werden. Beide Argumente lassen sich erst Recht auf die Flohmärkte übertragen: Die Verhaltensweisen der Besucher von Flohmärkten sind substantiell andere als die von alkoholisierten Partygästen, was sich insbesondere in Verunreinigungsgrad und Schadensgenieghteit bemerkbar macht.<sup>56</sup> Zudem finden sie nur sonntags statt, sodass der Hochschulbetrieb ebenfalls nur marginal beeinträchtigt wird. Aufgrund der Unterschiede zwischen der „TäTeRä“ einerseits und den Studierendenfeiern bzw. Flohmärkten andererseits sind die Sachverhalte bereits nicht vergleichbar, sodass die H jedenfalls nicht aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG an eine entsprechende Verwaltungspraxis gebunden ist.

<sup>52</sup> Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 114 Rn. 130 ff.

<sup>53</sup> Wollenschläger (Fn. 49), Art. 3 Rn. 193.

<sup>54</sup> So auch OVG Hamburg NordÖR 2018, 235 (238).

<sup>55</sup> Vgl. § 3 Abs. 1 HG NRW sowie Art. 2 Abs. 1 BayHSchG.

<sup>56</sup> OVG Hamburg NVwZ 2018, 1077 (1078 f.).

*(2) Ermessensreduzierung durch Vertrauensschutz*

Fraglich ist, ob A sich mit Erfolg auf den Vertrauensschutz berufen kann. Der aus Art. 20 Abs. 3 GG folgende Grundsatz des Vertrauensschutzes gebietet einer Behörde – die durch kontinuierliche Praxis einen Vertrauenstatbestand dahingehend setzt, dass sie auch zukünftig wie bisher entscheiden wird – das Vertrauen des Bürgers im Rahmen ihrer Ermessenserwägungen zu berücksichtigen. Dies kann auch eine Ermessensreduzierung auf Null bedeuten.<sup>57</sup> Das Setzen eines Vertrauenstatbestands kann durch Zusicherung, Zusage oder schlichtes Verwaltungshandeln erfolgen.<sup>58</sup> Dies kann die Behörde zwingen, beabsichtigte Änderungen der eigenen Praxis anzukündigen und Übergangszeiträume oder andere Härtefallausgleiche einzukalkulieren.<sup>59</sup> Um sich erfolgreich auf einen eventuellen Vertrauensschutz berufen zu können, muss zunächst tatsächlich ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden sein und dieses Vertrauen müsste auch schutzwürdig sein.<sup>60</sup> Seit 1975 wurden dem A die Räume der H für die „TäTeRä“ überlassen. Aus dieser Zeitspanne allein ergibt sich allerdings noch kein zu schützendes Vertrauen.<sup>61</sup> Auch hatte die H bereits im Rahmen der Vertragsverhandlungen im Jahr 2015 auf die aufgetretenen Schäden hingewiesen und ihre Unzufriedenheit hierüber zum Ausdruck gebracht. Zudem wurde die Klausel in den Vertrag mit aufgenommen, dass seitens der H keine Verlängerungsoption nach 2017 bestehe. Durch den Vertragsabschluss für zwei Jahre hatte der A demgegenüber hinreichende Sicherheit, um bereits einen neuen Standort zu suchen. Hiernach und nach dem zusätzlichen Auftreten des Personenschadens (vgl. auch § 4 Abs. 2 VB-H) im Jahr 2016 konnte der A aber jedenfalls nicht mehr sicher sein, dass ihm die Räume der H zur Verfügung stehen würden. An einem das Ermessen der H reduzierenden Vertrauenstatbestand zugunsten des A fehlt es bereits.

*(3) Ermessensreduzierung durch Grundrechte*

Eine Verdichtung des Ermessensspielraums der Behörde auf nur eine einzige Entscheidung kommt zudem angesichts massiver Grundrechtsbeeinträchtigungen und schwerer Gefahren für wichtige Rechtsgüter in Betracht.<sup>62</sup> In der Verpflichtungssituation wird dies regelmäßig bedeuten, dass das Begehrte zum Schutz des grundrechtlich gesicherten Freiheitsraums des Bürgers unentbehrlich sein muss.<sup>63</sup> Für den

<sup>57</sup> Maurer, in: HbStR, Bd. 4, § 79 Rn. 132; Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 8), § 114 Rn. 25; Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2011, 794, 795 f.

<sup>58</sup> Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40 Rn. 114, 121; Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2011, 794 (795 f.).

<sup>59</sup> Aschke, in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, 2. Aufl. 2018, § 40 Rn. 68.

<sup>60</sup> Detterbeck (Fn. 18), Rn. 249.

<sup>61</sup> Maurer (Fn. 57), § 79 Rn. 131.

<sup>62</sup> Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl. 2016, § 114 Rn. 6; Hufen, ZJS 2010, 603 (605).

<sup>63</sup> BVerwGE 91, 135 (139).



Zugang zu öffentlichen Einrichtungen wird diese Situation unter dem Stichwort der „Monopolstellung“ diskutiert.<sup>64</sup>

*Hinweis:* Hier geht es, anders als bei der obigen Prüfung eines Anspruchs aus Art. 12 Abs. 1 GG, nicht mehr um einen verfassungsunmittelbaren Anspruch, sondern um die Frage, ob Art. 12 Abs. 1 GG den Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. den VB-H derart verengen kann, dass sich ein Zulassungsanspruch ergibt.<sup>65</sup>

Innerhalb der Rechtsprechung wird von einer Monopolstellung dann ausgegangen, wenn der beklagte Hoheitsträger über die einzige für die Durchführung der Veranstaltung geeignete Einrichtung verfügt.<sup>66</sup> Schließlich kann auch bei Vorliegen einer Monopolstellung der Zugang versagt werden, soweit die Behörde nachvollziehbare Gründe für die Versagung ins Feld führen kann, die im Einzelfall gegenüber den grundrechtlichen Interessen des Veranstalters überwiegen.<sup>67</sup> A kann sich bei der Durchführung der „TäTeRä“ einzig auf die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG berufen (s.o.). Hiergegen führt die H das Interesse an einer Bereitstellung der Räume insbesondere für Studienzwecke an, die bei der Durchführung der „TäTeRä“ (Lärmbelästigung und keine Nutzbarkeit der Räume in diesem Zeitraum) und durch die gesteigerten Reinigungs- und Reparaturarbeiten in ihrem Nachgang ganz bzw. teilweise unmöglich gemacht wird. Hier werden aber die von Art. 5 Abs. 3 GG garantierten und in § 3 Abs. 1 HmbHG einfachgesetzlich konkretisierten ureigensten Interessen am Studienbetrieb der H berührt, zumal die Studierendenzahlen sich in den letzten Dekaden vervielfachten. Die durch § 5 Abs. 1 HmbHG<sup>68</sup> gewährte Hochschulautonomie räumt Hochschulen auch das Recht ein, die eigenen Ressourcen so zu nutzen, wie es ihrem gesetzlichen Auftrag am besten dient.<sup>69</sup> Dem A hingegen stehen Handlungsalternativen zur Verfügung: Im Großraum Hamburg existieren weitere Räumlichkeiten, die dazu geeignet erscheinen, eine Veranstaltung dieser Größenordnung auszurichten. Zwar müsste der A möglicherweise einen Besucherrückgang und damit Umsatzeinbußen in Kauf nehmen, weil er die „TäTeRä“ auf die charakteristische Architektur der H und die fehlende Fremdgastonomie abgestimmt hat. Die passgenaue Veranstaltungsplanung, die bloß rentabel ist, soweit eine spezielle Infrastruktur bereitgestellt wird, führt aber nicht zu einem

Anspruch auf Nutzung konkreter staatlicher Ressourcen.<sup>70</sup> Auch wenn man die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt, wirken diese hier nicht so stark, dass eine Abweichung von dem durch den Versagungsgrund indizierten Ergebnis zwingend ist. Selbst wenn man das Vorliegen einer Monopolstellung bejaht, überwiegen im vorliegenden Fall die Interessen der H, sodass eine Ermessensreduzierung zugunsten des A auch nicht auf grundrechtliche Erwägungen gestützt werden kann.

Mangels einer Ermessensreduzierung hat der A keinen Anspruch auf Zugang zum Foyer der H aus § 3 VB-H i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG.

Ein Anordnungsanspruch liegt nicht vor.

– *Hilfsgutachten* –

## II. Anordnungsgrund

Ein Anordnungsgrund liegt nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO vor, wenn eine vorläufige Regelung erforderlich ist, um wesentliche Nachteile abzuwehren.<sup>71</sup>

Wartete A eine Entscheidung des VG in der Hauptsache ab, wäre der vorgesehene Zeitpunkt für die „TäTeRä“ verstrichen. Nur durch Erlass einer einstweiligen Anordnung könnte der A noch rechtzeitig Zugang zu den Räumlichkeiten der H erhalten.

Ein Anordnungsgrund wäre folglich gegeben, dieser Punkt kann aber im Ergebnis dahinstehen, da es bereits an einem Anordnungsanspruch fehlt.

## III. Zwischenergebnis

Mangels Anordnungsanspruchs ist der Antrag unbegründet.

## C. Gesamtergebnis

Der Antrag des A ist zulässig, aber unbegründet. Er wird mithin keinen Erfolg haben.

*Hinweis:* Es erscheint vorliegend zumindest denkbar, nach Ablehnung einer Ermessensreduktion weiter zu prüfen, ob dem A zumindest ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Neubescheidung zusteht. Bereits innerhalb der Rechtsprechung ist nicht geklärt, ob der Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO zulässigerweise auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gerichtet werden kann, die die Antragsgegnerin zur (sofortigen) Neubescheidung verpflichtet. Während das VG Bremen einen solchen Antrag wohl grds. für zulässig hielt,<sup>72</sup> hält das VG Schleswig Anträge nach § 123 Abs. 1 VwGO mit der „noch h.M.“

<sup>64</sup> OVG Hamburg NVwZ 2018, 1077 (1079); VGH München, Beschl. v. 18.1.2010 – 7 ZB 09.2150, Rn. 19; vorsichtiger dagegen BVerwGE 91, 135 (139 f.).

<sup>65</sup> Vgl. BVerwGE 91, 135 (140); VGH München, Beschl. v. 18.1.2010 – 7 ZB 09.2150, Rn. 19.

<sup>66</sup> OVG Hamburg NVwZ 2018, 1077 (1079).

<sup>67</sup> BVerwGE 91, 135 (140); OVG Hamburg NVwZ 2018, 1077 (1079).

<sup>68</sup> Vgl. § 2 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 1 HG NRW und Art. 11 Abs. 1 S. 1 BayHSchG.

<sup>69</sup> Scheunert/Winkler-Bondartschuk (Fn. 41), § 5 Rn. 3.

<sup>70</sup> In diese Richtung wohl bereits BVerwGE 91, 135 (138 f.); das OVG Hamburg geht sogar davon aus, diese Umstände seien „rechtlich nicht von Relevanz“, NordÖR 2018, 235 (238).

<sup>71</sup> Vgl. i.E. Kuhla, in: Posser/Wolff, VwGO, 49. Ed., Stand: Juli 2018, § 123 Rn. 126 ff.

<sup>72</sup> VG Bremen, Beschl. v. 2.10.2012 – 5 V 1031/12; so auch Bostedt (Fn. 8), § 123 Rn. 87.

dort für nicht möglich,<sup>73</sup> wo die begehrte Behördenentscheidung eine Ermessensentscheidung darstellt, in der Hauptsache folglich bloß ein Bescheidungsurteil denkbar wäre. Im vorliegenden Fall kollidieren hier das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache und ggf. das der überschießenden einstweiligen Anordnung mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes.<sup>74</sup> Bejaht man die Möglichkeit der Geltendmachung eines Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Neubescheidung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, so wäre noch zu prüfen, ob Ermessensfehler vorliegen, wofür vorliegend aber keine Anhaltspunkte ersichtlich sind. Im Ergebnis scheidet also auch ein solcher Anspruch aus, sodass der Antrag auch unter diesem Gesichtspunkt unbegründet wäre.

---

<sup>73</sup> VG Schleswig, Beschl. v. 8.9.2017 – 11 B 33/17, Rn. 6.

<sup>74</sup> Zum Ganzen vgl. *Schoch* (Fn. 13), § 123 Rn. 158, sowie *Detterbeck* (Fn. 18), Rn. 1535 f.