

Titel:

Anspruch auf Zulassung zu einem Volksfest mit einem Festzelt

Normenketten:

GG Art. 3 Abs. 1

BayGO Art. 21 Abs. 1

VwGO § 113 Abs. 1, Abs. 2 S. 4, § 114

Leitsätze:

1. Ist die Kapazität einer öffentlichen Einrichtung erschöpft, wandelt sich der Zulassungsanspruch in ein subjektiv-öffentliches Recht auf fehlerfreie Ausübung des Auswahlmessens, dh, die Gemeinde hat die Auswahl nach sachlichen Kriterien und unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes zu treffen. (Rn. 48) (redaktioneller Leitsatz)

2. Die Erfüllung der Vergabekriterien einer Bewerbung auf Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung ist vom Gericht aufgrund des Einschätzungsspielraums der Gemeinde lediglich auf ein pflichtgemäßes Verwaltungshandeln dahingehend zu überprüfen, ob die Bewertung nachvollziehbar und schlüssig erfolgte, dh, ob die Beurteilung aufgrund zutreffender Tatsachen erfolgt ist, ob gegen Denkgesetze oder allgemein gültige Wertmaßstäbe verstoßen worden ist, ob sachwidrige Erwägungen angestellt oder ob Verfahrensfehler gemacht worden sind; dabei muss das Verwaltungshandeln der auswählenden Behörde transparent und nachvollziehbar sein. (Rn. 49) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Vergabeentscheidung, Festzelt, Fortsetzungsfeststellungsklage, Erschöpfung der zur Verfügung stehenden Plätze, Gleichbehandlung von Bewerbern, Auswahlverfahren, Standplatz, Vergabeverfahren, Volksfest, Zulassungsanspruch

Fundstelle:

BeckRS 2020, 21538

Tenor

1. Es wird festgestellt, dass der Bescheid der Beklagten vom 26.4.2018, Az. 3.3210-SW, mit dem der Antrag des Klägers auf Zulassung mit einem Festzelt zur B. 2018 am Standplatz „G.“ abgelehnt worden ist, rechtswidrig war.

2. Es wird festgestellt, dass der Bescheid der Beklagten vom 26.4.2018, Az. 3.3210-SW, mit dem der Beigeladene mit einem Festzelt zur B. 2018 am Standplatz „G.“ zugelassen worden ist, rechtswidrig war.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, den Kläger zur B. 2018 am Standplatz „G.“ mit dem beantragten Festzelt zuzulassen.

4. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.

5. Das Urteil ist in Ziffer 4 vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des gegen sie festzusetzenden Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

1

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass die Zulassung des Beigeladenen mit einem Festzelt am Standplatz „G.“ zur B. 2018 und die Ablehnung des Klägers rechtswidrig waren und die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, ihn zur B. 2018 zuzulassen.

2

Die Beklagte veranstaltet jährlich die F. und im Herbst die B. Nach Ziffer 1.2 der Vergaberichtlinie der Beklagten handelt es sich bei der B. um ein traditionsreiches Volksfest. Gemäß Ziffer 1.3 sind die Dulten gemeindliche öffentliche Einrichtungen im Sinne des Art. 21 GO. Die Volksfeste auf dem Festplatz umfassen eine Verkaufsdult und eine Vergnügungsdult mit jeweils rund 70 Beschickern sowie drei Festzelte mit Biergärten. Der hier streitgegenständliche Standplatz G. für Festzelte hat eine Breite von maximal 53 m an der dem Festbetrieb zugewandten Ostfront bzw. 30 m an der rückwärtigen Westfront sowie eine Länge von maximal 90 m (Mittelschiff) bzw. 80 m (Seitenschiffe); in die Fläche ist ein großes Festzelt (mindestens 2.850 fest überdachte Sitzplätze) mit angemessenem Biergarten zu integrieren. Gemäß Ziffer 5 können Bewerbungen vom Wertungs- und Vergabeverfahren unter anderem ausgeschlossen werden, wenn die tatsächlichen Verhältnisse nicht mit den Angaben in der Bewerbung übereinstimmen, der Bewerber bei vergangenen Veranstaltungen im Rahmen der Landshuter Dult bzw. des Christkindlmarktes schwerwiegend gegen Vertragspflichten oder Anordnungen des Veranstalters oder gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen oder dem Ruf oder der Zielsetzung der Veranstaltung geschadet hat. In Ziffer 6.3 der Vergaberichtlinien wird ausgeführt, dass die Bewerbung ausschließlich auf Grundlage des eingereichten amtlichen Bewerbungsbogens und der angeforderten Unterlagen mittels eines Kriterienkataloges gemäß den dort festgelegten Haupt- und Unterkriterien nach einem vorgegebenen Punkte- und Gewichtungssystem bewertet wird. Gemäß Ziffer 7 der Vergaberichtlinien entscheidet über die Vergabe der Festzelte der Senat für Messen, Märkte und Dulten des Stadtrates (im Folgenden: Senat).

3

Die elf Einzelkriterien der Bewertung sind in zwei Gruppen eingeteilt. Je Kriterium können 0 bis 5 Punkte vergeben werden (0 = trifft nicht zu, 1 = mangelhaft, 2 = ausreichend gegeben, 3 = durchschnittlich, 4 = trifft voll zu, 5 = trifft besonders gut zu). Zu dem Hauptbewertungskriterium der Attraktivität (Gewichtung 65%) gehören die Qualität der Produkte (22%), die Preisgestaltung (11%), der Service (7%), die Familienfreundlichkeit (5%), der technischer Standard und der Umweltschutz (5%), das Unterhaltungsprogramm (6%) sowie Zeltgestaltung, Biergarten und Bewirtungskonzept (9%). Zu dem Bewertungskriterium der persönlichen Eignung (Gewichtung 35%) gehören alternativ das Kriterium „bekannt und bewährt“ (20%) oder „Neubewerber“ (20%), Ortsansässigkeit (10%), die Berufsausübung/Reisegewerbe (3%), sowie die Durchführung (2%).

4

Im Bewerbungsbogen der Beklagten wird unter Punkt 5.1 zum Technischen Standard/Umweltschutz die Beifügung gegebenenfalls vorhandener Zertifikate und ähnlicher Nachweise gefordert. Unter Punkt 7.1 (Zeltgestaltung, Biergarten, Bewirtungskonzept) wird die Vorlage von aktuellem Bildmaterial gefordert, das die ausschreibungsgegenständliche Zelt-/Biergartengestaltung aussagekräftig und bewertungsfähig dokumentiert.

5

Auf die Vergaberichtlinien, die Bewertungskriterien und den Bewerbungsbogen wird im Übrigen Bezug genommen.

6

Der Kläger und der Beigeladene reichten als Einzige eine Bewerbung für den Standplatz G. bei der B. 2018 ein. Der Kläger gab in seiner Bewerbung unter Punkt 5 (Technischer Standard/Umweltschutz) an, dass er das „bayerische Umweltsiegel“ erfülle. Unter Punkt 6 (Unterhaltungsprogramm) gab er insgesamt 15 Musikkapellen ohne Voll- und Halbplayback (Punkt 6.1) an, darunter die „L.“ und die „M.“. Er gab auch an, mit sämtlichen Kapellen bereits zusammen gearbeitet zu haben. Als Zusatzprogramm gab er unter anderem die Vorstellung des EVL-Teams 2018/2019 an sowie Donnerstags Kinderschminken ... Der Beigeladene gab 11 Musikkapellen an, darunter ebenfalls die Showband M. sowie R. und die L. Als Zusatzprogramm (6.2) werde der Kabarettist „U.“ geplant.

7

Nach einem Schreiben des 1. Vorstandes des Eislaufvereins L. e.V. (...), J., vom 6.4.2018 an den Bürgermeister der Stadt Landshut E. liege bei diesem keine Anfrage des Klägers für eine Vorstellung des ... und der ...-Mannschaft bei der B. vor. Eine Anfrage sei nicht eingegangen. Mit Herrn T., einem großen Sponsor des ..., sei vereinbart worden, dass die Mannschaft in dessen Zelt vorgestellt werde. Es sei nicht im Sinne des Vereins, die Mannschaft zweimal vorzustellen. Mit E-Mail an (Stadtrat) R2. vom 10.4.2018 teilte W. von der Band M. mit, dass dieser als Verantwortlicher für Terminbuchungen bei der Band

bestätige, dass der Kläger keinen Termin für die B. 2018 angefragt habe. Im Übrigen bestehe zum Kläger seit mehreren Jahren kein Kontakt mehr.

8

Laut Aktenvermerk vom 30.4.2018 gab ein Mitarbeiter der Stadt Landshut, G2. an, dass bei der am 15.1.2018 erfolgten Aufenthaltsermittlung der Beigeladene persönlich an seiner Meldeadresse in Landshut angetroffen worden sei. Dies sei als Anhaltspunkt bzw. Indiz für seinen gewöhnlichen Aufenthalt zu werten. Die weiteren zwischenzeitlich durchgeführten Ermittlungen ließen nicht darauf schließen, dass der Beigeladene seinen (Haupt-)Wohnsitz außerhalb der Stadt Landshut habe.

9

Die Vergabestelle der Beklagten schlug dem Senat auf Grundlage einer Vergleichsmatrix mit Anmerkungen vor, den Kläger mit 375, den Beigeladenen mit 365 Punkten zu bewerten. Auf die Vergleichsmatrix und die Begründung des Verwaltungsvorschlags wird Bezug genommen.

10

In nichtöffentlicher Sitzung des Senats am 10.4.2018 wurden die eingegangenen Bewerbungen für die Bewirtschaftung des Festzeltes mit Biergarten am Standplatz G. zur B. 2018 vorgestellt und über die Zulassung entschieden. Aus der Sitzungsniederschrift ergibt sich, dass der Senat den Vorschlägen der Vergabestelle nicht in allen Unterpunkten folgte.

11

Bei der Behandlung des Unterpunktes „Preisgestaltung“ stellte Stadtrat R2. der Antrag, in Abweichung zum Verwaltungsvorschlag den Festzeltbetrieb V. mit 4 statt 5 Punkten zu bewerten. Der Antrag wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die Preisdifferenz bei den Hauptprodukten (Bier, Radler, Hendl) nicht so hoch sei, dass ein Unterschied von 2 Punkten gerechtfertigt sei, wenn man die Preise des Klägers, des Beigeladenen und die Preise eines teureren Festzeltbetreibers K. vergleiche. Während der Diskussion wurde außerdem angesprochen, dass der Kläger für Familien Produkte anbiete, die ohnehin preisgünstig zu erzeugen seien. Das angebotene viertel Hendl sei im Vergleich zum halben Hendl auch nicht billig, beim Angebot am Familientag sei der Beigeladene besser als der Kläger. Im vorangegangenen Jahr sei der Bewerber K. bei einem identischen Preisangebot mit 4 Punkten bewertet worden. Die über mehrere Bewerbungen gleichbleibenden Preise rechtfertigten keine Bewertung mit 5 Punkten. Der Stadtrat T2. hielt es für kein normales Geschäftsgebaren, dass der Kläger seine Preise bei drei Bewerbungen nicht erhöht habe. Ein Punkt Abstand sei daher verhältnismäßig. Dem Antrag wurde mit 6:4 Stimmen entsprochen. Der Senat vergab an den Kläger für das Kriterium Preisgestaltung 4 statt 5 Punkte (11-fache Wertung).

12

Bei der Behandlung des Unterpunktes „Unterhaltungsprogramm“ stellten die Stadträte R3. und R2. den Antrag, in Abweichung zum Verwaltungsvorschlag den Kläger mit 2 statt 3 Punkten zu bewerten. Zur Begründung führte der Stadtrat R2. im Wesentlichen aus, dass der Kläger Zusagen ins Blaue hinein gemacht habe. Die Mannschaft des ... werde bereits in einem anderen Zelt vorgestellt, an einer weiteren Vorstellung habe der Verein kein Interesse. Die Band M. habe bestätigt, dass der Kläger keinen Termin angefragt habe und dass seit mehreren Jahren kein Kontakt mehr zu ihm bestehe. Im Rahmen der Diskussion wurde auch angesprochen, dass bei der durch den Kläger angebotenen Kapelle „L.“ eine unwahre Angabe über die Zusammenarbeit gemacht worden sei. Diese Oktoberfestkapelle trete in Landshut exklusiv im Starkbierfest beim Festwirt W2. auf. Weiterhin wurde vorgetragen, dass die Angaben des Klägers in der Bewerbung nach bestem Wissen und Gewissen zu machen seien. Es wurde in Frage gestellt, ob falsche Angaben über die Zusammenarbeit gemacht werden dürften. Dem Antrag auf Abzug des Punktes wurde mit 8:2 Stimmen entsprochen, der Senat vergab bei dem Unterhaltungsprogramm 2 statt 3 Punkte (sechsfache Wertung).

13

Der Kläger wurde in Folge mit 358, der Beigeladene mit 365 Punkten bewertet. Nach dem Ergebnis der Bewertung der Einzelkriterien wurde der Zuschlag für den Betrieb des Beigeladenen erteilt. Auf den Auszug der Sitzungs-Niederschrift (Blatt 285a ff. der Behördenakte) sowie die Niederschrift über die 12. Sitzung (Blatt 288 ff. der Behördenakte) wird Bezug genommen.

14

Mit Bescheid vom 26.4.2018 ließ die Beklagte den Beigeladenen zur Landshuter B. 2018 am Standplatz „G.“ zu (Ziffer 1). Die Nummer 1 des Bescheides wurde für sofort vollziehbar erklärt (Ziffer 2). Dem Beigeladenen wurden die Kosten des Verfahrens auferlegt (Ziffer 3). Für den Bescheid wurde eine Gebühr von 25,00 EUR festgesetzt, die Auslagen betrugen 3,50 EUR (Ziffer 4).

15

Zur Begründung führt der Bescheid aus, dass die Vergabeentscheidung anhand der Bewertungskriterien durchgeführt worden sei. Dem Antrag des Beigeladenen auf Zulassung habe entsprochen werden können.

16

Mit Bescheid vom gleichen Tag, dem Kläger laut Empfangsbekenntnis zugestellt am 4.5.2018, lehnte die Beklagte den Antrag auf Zulassung zur Landshuter B. 2018 am Standplatz „G.“ ab (Ziffer 1). Die Nummer 1 des Bescheides wurde für sofort vollziehbar erklärt (Ziffer 2). Der Antragsteller habe die Kosten des Verfahrens zu tragen (Ziffer 3). Für den Bescheid wurde eine Gebühr in Höhe von 69,69 EUR festgesetzt. Die Auslagen betrugen 3,50 EUR (Ziffer 4).

17

Zur Begründung führte Bescheid unter anderem aus, dass der Kläger trotz ordnungsgemäßer Bewerbung innerhalb der Bewerbungsfrist aufgrund des Auswahlergebnisses des durchgeführten Auswahlverfahrens nicht habe berücksichtigt werden können. Bei der B. handle es sich um ein Volksfest im Sinne des § 60b GewO. Dieses sei jedoch nicht festgesetzt. Rechtsgrundlage für eine Zulassung sei daher Art. 21 GO. § 70 GewO, der voraussetze, dass es sich um eine nach § 69 GewO festgesetzte Veranstaltung handle, sei nicht einschlägig. Zwei Bewerber hätten ein ordnungsgemäßes Angebot eingereicht, die Vergabe habe wegen Kapazitätsüberschreitung in einem Auswahlverfahren nach Ziff. 6.2, 6.3 der Vergaberichtlinie anhand der in der Vergaberichtlinie festgelegten Bewertungskriterien entschieden werden müssen. Die Bewertungskriterien seien den Bewerbern mit der Ausschreibung bekanntgegeben worden. Nach der Vergabeentscheidung habe der Kläger mit seiner Bewerbung insgesamt 358 von 500 möglichen Punkten erreicht (Rang 2). Der Konkurrenzbewerber habe 365 Punkte erreicht. Auf den Bescheid wird im Übrigen Bezug genommen.

18

Mit Schriftsatz vom 18.5.2018, bei Gericht eingegangen am gleichen Tag, hat der Kläger Klage zum Verwaltungsgericht erheben lassen. Mit Beschluss vom 5.6.2018 wurde der Beigeladene beigeladen.

19

Der Kläger beantragte zunächst, den Bescheid der Beklagten vom 26.4.2018, mit dem der Antrag des Klägers auf Zulassung mit einem Festzeltbetrieb zur B. 2018 am Standplatz „G.“ abgelehnt worden ist, aufzuheben. Des Weiteren beantragte er, den Bescheid der Beklagten mit unbekanntem Datum und Aktenzeichen, mit dem der Konkurrenzbewerber mit einem Festzeltbetrieb zur B. 2018 am Standplatz „G.“ zugelassen wurde, aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, den Kläger zur B. 2018 am Standplatz „G.“ mit dem beantragten Festzeltbetrieb zuzulassen.

20

Er ist der Auffassung, dass der Ablehnungs- und der Zulassungsbescheid rechtswidrig seien und ihn in seinen Rechten verletzt. Die Beklagte habe ihr Auswahlermessen nicht pflichtgemäß ausgeübt. Zudem sei ihr Verwaltungshandeln intransparent und nicht nachvollziehbar.

21

Die Beklagte habe sachwidrige Erwägungen in die Entscheidung über die Punktevergabe bezüglich des Punktes „Preisgestaltung“ einfließen lassen, indem sie die Aussage, dass es sich bei der fehlenden Erhöhung der Preise nicht um normales Geschäftsgebaren handle, habe einfließen lassen. Auch habe die Beklagte hier falsche Tatsachen zugrunde gelegt. Der Kläger biete das halben Hendl günstiger an als der Beigeladene, das viertel Hendl sei mit diesem nicht vergleichbar und auf einen einzelnen Tag beschränkt. Das Angebot des Beigeladenen am Familientag sei nicht „besser“, unabhängig davon, dass unklar sei, worauf sich diese Formulierung beziehe. Anders als der Beigeladene biete der Kläger ein Sparpaket für Familien an. In den Bewertungskriterien sei vorgesehen, dass vergünstigte Angebote für Familien positiv berücksichtigt würden. Dabei seien alle Veranstaltungstage heranzuziehen. Die Beklagte verhalte sich außerdem widersprüchlich, weil zum einen negativ angelastet werde, dass die Preise drei Jahre lang nicht erhöht worden seien, zum anderen aber die Preise nicht günstig genug seien, um den Kläger mit voller

Punktzahl zu bewerten. Es sei außerdem sachwidrig, die Preisdifferenz nur bei den Produkten mit dem höchsten Absatz zu berücksichtigen. Auch werde die Auswahl der Produkte mit der höchsten Bedeutung (Maß alkoholar, Radlermaß) bestritten.

22

Im Rahmen des Unterhaltungsprogrammes sei der Kläger ebenfalls mit den vorgeschlagenen 3 Punkten zu bewerten gewesen. Es sei ein sachwidriges Kriterium, wenn die Beklagte verbindliche Zusagen fordere. Zwischen Bewerbungsschluss und Zustellung des Vergabebescheids hätten fast sieben Monate gelegen. Beim Beigeladenen wären keine konkreten Nachforschungen erfolgt. Mehr als die Hälfte der vorgeschlagenen Auftritte würden beim Beigeladenen tatsächlich nicht stattfinden, anstelle der angegebenen 11 nur 7, die teilweise auch gar nicht im Bewertungsbogen aufgelistet worden seien. Der Beigeladene habe ebenfalls Angaben ins Blaue hineingemacht, auch ohne Berücksichtigung der Bands M. und L. sei das Programm des Klägers mindestens gleichwertig zu dem des Beigeladenen gewesen. Die positive Bewertung von Marketingkampagne und Fußballübertragung sei eine willkürliche Ungleichbehandlung und sachwidrig. Sie werde in der Vergleichsmatrix aufgeführt.

23

Bei dem Kriterium „Ortsansässigkeit“ sei die Beklagte von der falschen Tatsachengrundlage ausgegangen, dass der Beigeladene seit 6.11.2007 ununterbrochen seinen Wohnsitz in Landshut habe. Er sei stattdessen in K2. wohnhaft.

24

Auch bezüglich des Bewertungskriteriums der „Qualität der Produkte“ sei die Beklagte von einer falschen Tatsachengrundlage ausgegangen. Die Geflügelschlachtere W3. garantiere keine Uerzeugung in Bayern, die K3. sei kein Fleischerfachbetrieb, sondern ein günstiger Händler. Auch habe der Kläger das Getränk „B2.“ als Bioprodukt angeboten, dies zum gleichen Preis wie sonstige alkoholfreie Softdrinks. Die Beklagte habe fälschlicherweise 40 Personen zum Küchenpersonal des Beigeladenen gerechnet, weil sie vier Schankkellner, sechs Gläserpüler und drei Limoeinschenker dazugezählt habe.

25

Bei der Bewertung des „Service“ sei sachwidrig der mangelhafte Service bei der B. 2017 durch den Beigeladenen nicht berücksichtigt worden. Auch habe Kläger nicht die geringere Berufsqualifikation, mit Bezug zum Servicebereich weise der Kläger als Restaurantfachmann und Zeltmeister die höherwertige Ausbildung auf, die Ausbildung des Beigeladenen als Küchenmeister sei nicht relevant. Der Kläger habe bereits als Kind im elterlichen Betrieb relevante Erfahrungen gesammelt.

26

Im Rahmen der Familienfreundlichkeit seien sachwidrig relevante Kriterien für die Bewertung des Klägers nicht beachtet worden. Zu diesen gehörten das Angebot eines Kasperltheaters, Kinderschminken sowie die gute Befahrbarkeit des gesamten Zelts mit Kinderwägen, Rollstühlen und Rollatoren. Insbesondere sei ein Kasperltheater in den maßgeblichen Bewertungskriterien ausdrücklich genannt, der Kläger sei damit besser als der Beigeladene und damit mindestens mit 4 Punkten zu bewerten gewesen. Der Kläger habe nicht entschieden, diese Punkte nur beim Programm bewerten zu lassen. Auch habe die Beklagte beim Beigeladenen etwa das unter Familienfreundlichkeit angegebene Veranstalten von Familienfeiern zum Kriterium Service gezählt.

27

Die Bewertung des technischen Standards und des Umweltschutzes sei intransparent und nicht nachvollziehbar. Es finde sich keine Begründung dafür, worin der deutliche Vorteil des Beigeladenen (2 Punkte Vorsprung) gegenüber dem Kläger bestehe. Insbesondere sei nicht nachvollziehbar, ob berücksichtigt worden sei, dass die Photovoltaikanlagen auf den Brezen- und Kühlcontainern keine nennenswerte Produktion in drei Wochen erbrächten. Auch sei sachwidrig nicht berücksichtigt worden, dass der Kläger das Bayerische Umweltsiegel erfülle, kein Plastikgeschirr bzw. -besteck verwende, Getränke aus Containern bzw. Mehrwegflaschen einsetze und den Müll trenne. Der Beitritt zum Umweltpakt Bayern sei ohne Zulassung sinnwidrig, der Kläger habe bereits in der Vergangenheit die Vorgaben nachweislich erfüllt.

28

Bei der Beurteilung von Zeltgestaltung, Biergarten, Bewirtungskonzept habe die Beklagte sachwidrig Kriterien herangezogen beziehungsweise außer Acht gelassen. Die einschlägigen Bewertungskriterien

enthielten an keiner Stelle das Angebot gehobener Speisen als positives Bewertungskriterium, zu Unrecht sei daher die volle Punktzahl des Beigeladenen damit begründet worden, dass dieser mit einem gehobenen Speisenangebot in einem Teilbereich des Festzeltes zu überzeugen wisse. Dies spiele auch für die Wahrung des Charakters als traditionelles Volksfest keine Rolle. Sachwidriger Weise seien die gravierenden Service- und Qualitätsmängel bei der B. 2017 nicht berücksichtigt worden. Auch seien sachwidrig im Rahmen des Unterkriteriums Sauberkeit Angaben nicht berücksichtigt worden. Der Kläger habe außerdem das umfangreichere Speisenangebot.

29

Für das Kriterium „bekannt und bewährt“ habe der Beigeladene keine Punkte erhalten sollen, insbesondere hätte die Beklagte die Vorfälle im Zusammenhang mit der Niederbayernschau 2015, Mängel im Service und eine Lärmpegelüberschreitung des Beigeladenen bei der B. 2016 berücksichtigen müssen. Die verspätete Vorlage einer gültigen Ausführungsgenehmigung sei zwei Jahre zulasten des Klägers berücksichtigt worden. Es sei nicht nachvollziehbar, warum die Lärmpegelüberschreitung geringfügiger sei als die verspätete Vorlage der Genehmigung.

30

Der Kläger beantragt zuletzt Es wird festgestellt, dass

1. der Bescheid der Beklagten vom 26.04.2018, Az.: 3.3210-SW, mit dem der Antrag des Klägers auf Zulassung mit einem Festzeltbetrieb zur B. 2018 am Standplatz „G.“ abgelehnt worden war, rechtswidrig war.
2. der Bescheid der Beklagten vom 26.05.2018, Az.: 3-3210-SW, mit dem der Beigeladene mit einem Festzeltbetrieb zur B. 2018 am Standplatz „G.“ zugelassen worden war, rechtswidrig war.
3. die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, den Kläger zur B. 2018 am Standplatz „G.“ mit dem beantragten Festzeltbetrieb zuzulassen.
4. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

31

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

32

Der Beigeladene stellt keinen Antrag.

33

Die Beklagte lässt vortragen, dass in der Sitzungsniederschrift des Senats neben der konkreten Begründung der Anträge auch Diskussionsbeiträge protokolliert worden seien, die nicht zur Begründung der Abstimmung gedient hätten, um den kompletten Ablauf der Diskussion nachvollziehbar zu machen. Bezüglich der Preisgestaltung berufe sich der Kläger auf einen Diskussionsbeitrag, der nicht zur Begründung des Abstimmungsantrags gedient habe. Nach einem Gesamtvergleich aller anbietenden Festwirte - auch unter Berücksichtigung der Familienangebote - sei ein Punktabstand von einem Punkt als gerechtfertigt erachtet worden, der auch zwischen anderen Bewerbern auf mittlerem Preisniveau und deren Mitbewerbern angenommen worden sei.

34

Bezüglich des Unterhaltungsprogrammes würden keine verbindlichen Zusagen gefordert, Nachforschungen durch die Vergabestelle auch nicht angestellt. Aufgrund der vorliegenden, konkreten schriftlichen Nachweise habe sich der Senat dem Antrag des Stadtratmitglieds angeschlossen, dass aufgrund der Angabe des Klägers ins Blaue hinein und dem falschen Vortrag, bereits mit der Band M. zusammen gearbeitet zu haben, ein Punkt abzuziehen gewesen sei. Werbeaktionen sowie der mögliche Auftritt des Kabarettisten „U.“ und die angebotene Fußballübertragung seien von Seiten der Vergabestelle nicht positiv bei der Punktevergabe berücksichtigt worden. Das Angebot des Klägers und des Beigeladenen sei als insgesamt gleichwertig beurteilt worden. Die Beklagte habe keine Nachforschungen angestellt, die Unterlagen seien von Stadratsmitgliedern vorgelegt worden. Bei anderen Bewerbern habe es keine Gründe gegeben, an den Angaben zu zweifeln.

35

Bei der Ortsansässigkeit habe die Beklagte nicht zweifelsfrei nachweisen können, dass die Angaben des Beigeladenen über seinen Wohnsitz nicht der Wahrheit entsprächen. Im Rahmen einer Aufenthaltsermittlung durch das Einwohneramt habe kein Nachweis geführt werden können, dass sich der Hauptwohnsitz des Beigeladenen nicht in Landshut befinde.

36

Im Rahmen der Qualität der Produkte hätten Kläger und Beigeladener bei den Hendln beide regionale Produkte angeboten, was sich im Rahmen der Bewertung positiv ausgewirkt habe. Die von der Firma K3. bezogenen Schweinshaxen stammten nach Angaben des Beigeladenen aus Niederbayern. Das hier zu wertende Personal nenne explizit das Personal für Speisenzubereitung und Küchen-/Schankdienst, die Schankkellner, Gläserpüler und Limoeinschenker seien daher zu berücksichtigen gewesen. Bei entsprechender Angabe wäre dies auch beim Kläger geschehen. Anders als der Kläger führe der Beigeladene bei den warmen Speisen drei nachgewiesene Gerichte mit Bio-Speisenkomponente an (Spanferkel, Rindergulasch, halbe Ente), der Kläger nur das zugekaufte Getränk B2. Die Anzahl der Gerichte sei hier entscheidend.

37

Bei der Bewertung des Kriteriums Service sei insbesondere bedeutsam, ob zu erwarten sei, dass der Betrieb so organisiert und geleitet werde, dass mit einem guten Service zu rechnen sei. Der Beigeladene habe eine höherwertige Ausbildung. Seine Befähigung zu Führungsaufgaben müsse hier bei der Bewertung der Ausbildung des Festzeltes eine Rolle spielen. Servicemängel bei der B. 2017 seien beim Kriterium „bekannt und bewährt“ berücksichtigt worden. Es hätte zu unzulässiger Verwaltungsspekulation geführt, den Beigeladenen aufgrund von Erfahrungen bei vergangenen Dulten und nicht allein aufgrund seines aktuellen Angebots zu bewerten.

38

Die bei der Familienfreundlichkeit angesprochenen breiten Gänge seien hier nicht zu berücksichtigen. Es handele sich nicht um Einrichtungen, die insbesondere Familien zugutekämen, sondern baulichen Gegebenheiten, die allen Festzeltbesuchern nützten. Das Kinderschminken und das Kasperltheater habe der Kläger im Bewertungsbogen nicht unter Familienfreundlichkeit, sondern beim Unterhaltungsprogramm angegeben.

39

Unter dem Bewertungskriterium technischer Standard/Umweltschutz sei die Photovoltaikanlage positiv zu bewerten gewesen. Die Investition zeige das Bewusstsein und die Initiative des Beigeladenen, einen nachhaltigen Beitrag zum Umweltschutz leisten zu wollen. Die Beklagte sei nicht verpflichtet, konkrete Verbrauchsangaben anzufordern. Das bayerische Umweltsiegel sei ausgelaufen und werde seit mehreren Jahren nicht mehr vergeben. Dem Umweltpakt Bayern sei der Kläger nach den vorliegenden Bewerbungsunterlagen nicht beigetreten. Die Verwendung von Mehrweggeschirr und -flaschen, ebenso wie die Mülltrennung, schreibe die Beklagte im Durchführungsvertrag mit den zugelassenen Festwirten verbindlich vor. Vertraglich geregelte Vorgaben oder Pflichten, die ohnehin von jedem Bewerber zu erfüllen seien, könnten schon aus Gründen der Logik bei der Bewertung von Umweltschutzbeiträgen nicht positiv berücksichtigt werden. Der Beigeladene habe im Boxenbereich und im Kulinarium Bänke mit Lehnen angeboten. Der Punktevorsprung des Beigeladenen resultiere aus einem deutlichen Plus beim technischen Standard/Umweltschutz. Die in den Bewerbungsbögen genannten und einschlägigen Ausstattungsmerkmale bzw. Maßnahmen seien in der Vergleichsmatrix ausführlich und transparent aufgeführt und gegenübergestellt. Die Gegenüberstellung der Angaben habe deutlich sichtbar zu einem merklichen Vorsprung des Beigeladenen im Hinblick auf Ausstattung, Modernität, Nachhaltigkeit und Umweltschutzmaßnahmen geführt.

40

Bezüglich der Zeltgestaltung, des Biergartens und des Bewirtungskonzepts sei die Einrichtung eines kleinen Bereichs mit dem Angebot gehobener Gastronomie sowohl nach Überzeugung der Vergabestelle als auch des Dultsenats als positiv zu wertende Konzeptidee zu würdigen. Aufgrund der deutlich untergeordneten Größe widerspreche diese auch nicht dem Gesamtgepräge eines traditionellen Volksfestes mit eigener Identität. Die Vergabestelle könne keine konkreten Vorgaben für ein gelungenes Bewirtungskonzept benennen. Hier sei allein und gerade die Kreativität des Festwirtes gefragt. Daher könnten auch nicht vorab

in den Kriterien festgelegt werden, welche Konzeptideen zu einer höheren Punktwertung führen. Eine Berücksichtigung der Service- bzw. Qualitätsmängel des Beigeladenen 2017 sei hier aus den gleichen Gründen sachfremd. Der Kläger habe es außerdem, wie schon 2017, versäumt, entgegen des in Ziffer 7.1 des Bewerbungsbogens gegebenen Hinweises aktuelles Bildmaterial vorzulegen, das die ausschreibungsgegenständliche Zelt-/Biergartengestaltung aussagekräftig und bewertungsfähig dokumentiert.

41

Im Rahmen des Kriteriums „bekannt und bewährt“ sei der Beigeladene wegen der Vorfälle auf der Niederbayernschau 2015 und der Service und Qualitätsmängel 2017 nur mit 2 Punkten bewertet worden. Die Lärmpegelüberschreitung im Festzelt des Beigeladenen bei der B. 2016 habe sich als Vertragsverstoß folgerichtig negativ durch Abzug bei der Festzeltvergabe 2017 ausgewirkt. Sie wiege deutlich geringer als die verspätete Vorlage der Ausführungsgenehmigung durch den Kläger im Jahr 2015.

42

Im Übrigen wird auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Gerichtsakten und die Behördenakten, die dem Gericht vorlagen, und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

43

Die Klage ist zulässig und begründet. Der Bescheid der Beklagten vom 26.4.2018, mit dem der Beigeladene zur B. 2018 mit einem Festzelt am Standplatz „G.“ zugelassen wurde und der Bescheid vom 26.4.2018, mit dem der Antrag des Klägers auf Zulassung abgelehnt wurde, waren rechtswidrig und verletzten den Kläger in seinen Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO. Die Beklagte wäre verpflichtet gewesen, den Kläger mit einem Festzelt zur B. 2018 am Standplatz „G.“ zuzulassen.

I.

44

1. Statthafter Rechtsbehelf ist die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO. Der Kläger begehrt die Feststellung, dass der Zulassungs- und der Ablehnungsbescheid der Beklagten vom 26.4.2018 rechtswidrig waren und die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, ihn zuzulassen. Dabei haben sich die streitgegenständlichen Regelungen dadurch erledigt, dass die B. 2018 bereits stattfand.

45

2. Der Kläger verfügt über das notwendige berechnete Interesse im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO. Dies ergibt sich hier bereits daraus, dass der Kläger entsprechend seinem glaubhaften Vortrag beabsichtigt, die Vermögenseinbußen im Rahmen eines Amtshaftungsprozesses geltend zu machen (vgl. Kopp/Ramsauer, § 113 Rn. 136 ff. m. w. N.). Die streitgegenständlichen Bescheide haben sich erst nach Klageerhebung erledigt.

II.

46

Die Klage ist begründet. Die Bescheide der Beklagten vom 26.4.2018 waren rechtswidrig und verletzten den Kläger in seinen Rechten. Die Beklagte wäre verpflichtet gewesen, den Kläger zur B. 2018 mit einem Festzelt auf dem Standplatz „G.“ zuzulassen. Der Beklagten sind im Rahmen ihrer Entscheidung über die Zulassung Ermessensfehler unterlaufen, die zu einem rechnerisch relevanten Fehler in Höhe von jedenfalls 22 Punkten zugunsten des Klägers geführt haben. Bei ermessensfehlerfreier Entscheidung hätte der Kläger zumindest 380, der Beigeladene 365 Punkte erhalten; die Beklagte wäre demnach verpflichtet gewesen, den Kläger zur B. 2018 zuzulassen.

47

Die Beklagte betreibt ihre Dulten als öffentliche Einrichtungen, der Zulassungsanspruch des Klägers richtet sich damit nach Art. 21 Abs. 1 GO. Nach Art. 21 GO haben alle Gemeindeangehörigen das Recht, im Rahmen der allgemeinen Vorschriften die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu nutzen.

48

Bei Erschöpfung der Kapazität wandelt sich der Zulassungsanspruch in ein subjektiv-öffentliches Recht auf fehlerfreie Ausübung des Auswahlermessens, nach dem die Beklagte die Auswahlentscheidung nach

sachlichen Kriterien (BVerwG, B. v. 24.6.2011 - 8 B 31.11, juris, Rn. 5) und unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes zu treffen hat (BayVGh, B. v. 11.2.2019 - 4 ZB 18.378, juris, Rn. 16).

49

Hinsichtlich der konkreten Bewertung der einzelnen Bewerbung ist der Prüfungsumfang des Gerichts naturgemäß vor allem bei den subjektiven Aspekten der Bewertung (z.B. der Beurteilung von Begriffen wie „Attraktivität“ oder „Gesamtbild des Marktes“) stark eingeschränkt. Die Erfüllung der Vergabekriterien einer Bewerbung ist daher vom Gericht aufgrund des Einschätzungsspielraums der Beklagten lediglich auf ein pflichtgemäßes Verwaltungshandeln dahingehend zu überprüfen, ob die Bewertung nachvollziehbar und schlüssig erfolgte, das heißt, ob die Beurteilung aufgrund zutreffender Tatsachen erfolgt ist, ob gegen Denkgesetze oder allgemein gültige Wertmaßstäbe verstoßen worden ist, ob sachwidrige Erwägungen angestellt oder ob Verfahrensfehler gemacht worden sind. Das Verwaltungshandeln der auswählenden Behörde muss dabei transparent und nachvollziehbar sein (vgl. NdsOVG, U. v. 16.5.2012 - 7 LB 52/11 - juris, Rn. 27; NdsOVG, B. v. 13.6.2012 - 7 LA 77/10, juris, Rn. 20: keine Bewertung auf nicht nachvollziehbarer Grundlage). Das gilt nicht nur für die Kriterien, von denen sich die Behörde bei der Auswahlentscheidung leiten lässt, sondern auch für den konkreten Auswahlvorgang selbst (vgl. BayVGh U. v. 11.11.2013 - 4 B 13.1135, juris, Rn. 23; B. v. 12.8.2013 - 22 CE 13.970, juris, Rn. 31). Dabei kommt es auf die endgültigen Entscheidungen der Beklagten an, wie sie insbesondere in der Zulassungs- bzw. Nichtzulassungsentscheidung zum Ausdruck kommen. Erwägungen der an der Entscheidung vorbereitend beteiligten Organe bzw. Mitarbeiter sind ergänzend heranzuziehen (BayVGh, B. v. 11.2.2019 - 4 ZB 18.378, juris, Rn. 16; NdsOVG, B. v. 17.11.2009 - 7 ME 116/09, juris, Rn. 7; Ennuschat in Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Auflage 2011, § 70 Rn. 31). Für die Beurteilung der Ausübung des Auswahlermessens sind dabei insbesondere die von der Vergabestelle der Beklagten erstellte Vergleichsmatrix, die Begründung des Verwaltungsvorschlags, die Bescheidsbegründung und die Angaben und Erwägungen aus dem Sitzungsprotokoll zugrunde zu legen.

50

Die Auswahl und die Definition der Vergabekriterien im gegenständlichen Vergabeverfahren ist nicht zu beanstanden. Eine transparente Verfahrensgestaltung setzt voraus, dass die Kriterien, von denen sich eine Behörde bei der Entscheidung leiten lässt, im Hinblick auf die Vergabe sachlich gerechtfertigt und transparent sowie nachvollziehbar sind. Bei der Formulierung der Auswahlkriterien erfordert dies eine klare und eindeutige Formulierung, damit Interessenten ihre Bewerbung darauf ausrichten können und eine gerichtliche Überprüfung möglich ist (vgl. VG Regensburg, B. v. 25.3.2015 - RN 5 E 15.398, juris, Rn. 43; NdsOVG, B. v. 17.11.2009 - 7 ME 116/09, juris, Rn. 7; Ennuschat in Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Auflage 2011, § 70 Rn. 31). Die von der Beklagten zugrunde gelegten Bewertungskriterien erfüllen diese Voraussetzungen.

51

Die Kriterien wurden jedoch nicht insgesamt rechtmäßig und insbesondere ermessensgerecht auf die Bewerbungen des Klägers und des Beigeladenen unter Beachtung des Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG angewendet. Dabei ist die von der Beklagten zugrunde gelegte Punkteskala anzuwenden (0 = trifft nicht zu, 1 = mangelhaft, 2 = ausreichend gegeben, 3 = durchschnittlich, 4 = trifft voll zu, 5 = trifft besonders gut zu).

52

1. Die Bewertung des Klägers und des Beigeladenen im Rahmen des Kriteriums „Familienfreundlichkeit“ erfüllt nicht die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Ausübung des Auswahlermessens, dem Kläger hätte hier nach der Bewertungspraxis der Beklagten aufgrund ihrer Bewertungskriterien ein weiterer Punkt erteilt werden müssen. Die Beklagte verstieß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG, indem sie die Angaben „Kinderschminken“ und „Kasperltheater“ am Familientag nicht zugunsten des Klägers berücksichtigte.

a) Die Beklagte hat vorliegend gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, indem sie beim Kläger - anders als beim Beigeladenen - nicht die Angaben „Kinderschminken“ und „Kasperltheater“ als Punkte mit Bezug zur Familienfreundlichkeit berücksichtigte, die dieser im Bewerbungsbogen unter anderen Überpunkten angab.

53

Nach den Bewertungskriterien der Beklagten stellt „[d]ie Bewertung der Familienfreundlichkeit [...] darauf ab, welche Maßnahmen/Einrichtungen insbesondere Familien zu Gute kommen (z.B. Stellplätze für Kinderwägen, Kinderstühle, Zurverfügungstellung von Unterhaltungsmaterial etc.). Dazu gehören auch am „Familientag“ (Donnerstag) speziell gestaltete Angebote und veranstaltete Kinderunterhaltungsprogramme (z.B. Kasperltheater, Zauberei, Kinderband).“

54

Der Kläger und der Beigeladene erhielten in dieser Kategorie jeweils 3 Punkte. Von den durch den Beigeladenen im Bewerbungsbogen berücksichtigten Kriterien wurden in die Bewertungsmatrix die Punkte „Malstifte und Malblöcke, Kinderhochstühle, Stellplätze für Kinderwägen, Erwärmung von Babynahrung“ übernommen, für den Kläger „Erwärmung von Babynahrung, Stellplätze für Kinderwägen, Malstifte und Ausmahlstifte kostenlos“. Die vom Kläger unter dem Überpunkt „Unterhaltungsprogramm“ angegebenen Punkte „Kinderschminken und Kasperltheater am Donnerstag“ fanden an dieser Stelle keine Aufnahme in den Bewerbungsbogen.

55

Dem Bewerbungsbogen der Beklagten ist zu entnehmen, dass nur die Angaben, die in dem Bewerbungsbogen angegeben werden, zu der Angebotsbewertung herangezogen werden. Darüberhinausgehende Angaben werden nicht berücksichtigt. Ausgenommen hiervon sind Unterlagen und Nachweise, die in den Bewertungskriterien oder im Bewerbungsbogen ausdrücklich zur Vorlage angefordert werden.

56

Der Auffassung der Beklagten, dass sich der Kläger entschieden habe, Kasperltheater und Kinderschminken unter dem Kriterium „Unterhaltungsprogramm“ anzugeben und dort bewerten zu lassen, kann insoweit nicht gefolgt werden. Entsprechende Hinweise lassen sich dem Bewerbungsbogen nicht entnehmen. Insbesondere hat die Beklagte aber auch für den Beigeladenen einzelne Angaben, die er unter einem bestimmten Punkt gemacht hatte, in andere Kriterien umsortiert. So wurde etwa die Angabe des Beigeladenen unter Punkt 4 (Familienfreundlichkeit), dass er auch Familienfeiern organisiere, in Punkt 3.3 (Service/sonstige Dienstleistungen) gewertet. Die Beklagte hat damit den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt. Sie hat wesentlich gleiche Sachverhalte (unter dem falschen Kriterium des Bewerbungsbogens angegebene Punkte) ungleich behandelt, indem sie bei dem Beigeladenen eine entsprechende Berücksichtigung veranlasst hat, bei dem Kläger jedoch nicht. Das Argument der Beklagten, dass eine Mehrfachbewertung nicht vorgesehen sei, greift insofern nicht durch. Ausweislich der Bewertungsmatrix des Verwaltungsvorschlags hat diese etwa für den Beigeladenen die „Bänke mit Lehnen“ sowie die LED-Beleuchtung sowohl unter Punkt 5 beim Technischen Standard/Umweltschutz sowie bei Punkt 7 bei Zeltgestaltung, Biergarten, Bewirtungskonzept berücksichtigt.

57

Der Kläger hätte unter Berücksichtigung der Bewertungspraxis der Beklagten einen weiteren Punkt für das Kriterium Familienfreundlichkeit erhalten müssen. Die Veranstaltung eines besonderen Kinderunterhaltungsprogrammes am Familientag wurde in dem Bewertungskriterium Familienfreundlichkeit ausdrücklich genannt. Nach Auslegung des Bewertungskriteriums unter Berücksichtigung des Transparenzgrundsatzes ist davon auszugehen, dass die Beklagte diese Zusatzprogramm gesondert berücksichtigt. Die Beklagte nannte in ihren Bewertungskriterien als Beispiele für Punkte, die unter die Familienfreundlichkeit fallen, zum Einen die „Maßnahmen, die insbesondere Familien zugutekommen“ und zum Anderen speziell gestaltete Angebote an Familientag. Das Angebot des Klägers geht unter Berücksichtigung dieser Programmpunkte über das des Beigeladenen hinaus. Der Kläger beabsichtigte, ein gesondertes Familienprogramm anzubieten, dieses erfordert von seiner Seite einen zusätzlichen Personalaufwand. Im Rahmen einer transparenten Bewertungsentscheidung hätte die Beklagte aufgrund ihrer Angaben in den Bewertungskriterien das zusätzliche Programm positiv berücksichtigen müssen. Der Kläger hatte im Rahmen der Familienfreundlichkeit zu sämtlichen genannten Beispielen in den Bewertungskriterien Angebote vorgeschlagen.

58

b) Zu Recht hat die Beklagte dagegen die „breiten Gänge“ nicht gesondert positiv zugunsten des Klägers berücksichtigt. Der Beklagten kann insoweit gefolgt werden, dass die breiten Gänge sämtlichen Besuchern des Zeltes zugutekommen und insoweit keine besondere Familienfreundlichkeit angenommen werden kann.

59

2. Die Punktevergabe der Beklagten bezüglich der Bewertung des Klägers mit zwei Punkten im Kriterium „Unterhaltungsprogramm“ entspricht ebenfalls nicht den Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Auswahlentscheidung. Hier hat die Beklagte gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen, indem sie ausschließlich zulasten des Klägers Nachforschungen bezüglich des in Aussicht gestellten Programmes anstellte.

60

Unter dem Punkt „Unterhaltungsprogramm“ führt die Beklagte in ihren Bewertungskriterien folgendes aus: „Die Landshuter Dult ist eine überwiegend traditionell ausgerichtete Veranstaltung. Es wird Wert gelegt auf ein ausgewogenes und abwechslungsreiches Musikprogramm (Mischung aus volkstümlicher Musik und Show-/Partybands). Daneben findet die Gestaltung des vom Festwirt ausschließlich in Eigenleistung organisierten Rahmenprogramms (z. B. Sonderveranstaltungen, -aktionen) Eingang in die Bewertung.“

61

Im streitgegenständlichen Bescheid führte die Beklagte an, dass der Kläger im Bewerbungsbogen nachweislich Angaben zur Programmgestaltung ohne gesicherte Grundlage ins Blaue hinein gemacht habe. So habe es für die angebotene Vorstellung des Teams des EV Landshuts laut ...-Vorstand Herrn J. keine Anfrage durch den Kläger gegeben, die Mannschaft sei bereits in das Rahmenprogramm eines anderen Festzeltbetriebs eingebunden. Die Band M. habe bestätigt, dass es keine Anfrage wegen einer Verpflichtung zur B. gegeben habe. Bezüglich der L. könne angezweifelt werden, dass der Kläger seinem Angebot nachkommen könne, diese seien in Landshut bisher exklusiv nur auf dem Starkbierfest aufgetreten.

62

Die Beklagte hätte das Unterhaltungsprogramm des Klägers ebenfalls mit drei Punkten bewerten müssen. In der Sitzung des Dult-Senates wurde die Bewertung des Klägers aufgrund der vorgelegten Unterlagen um einen Punkt abgewertet. Das Unterhaltungsprogramm des Klägers war mit dem des Beigeladenen nach den Aussagen der Beklagten gleichwertig.

63

a) Es widerspricht den Grundsätzen einer fairen und transparenten Auswahlentscheidung, wenn bei dieser in erheblichem Umfang auf nicht dokumentiertes Erfahrungswissen abgestellt wird (vgl. VG Regensburg, B. v. 25.3.2015, RN 5 E 15.398, juris, Rn. 23). Die Beklagte unterstellte aufgrund der bisherigen Auftrittspraxis dieser Band, dass die „L.“ wohl kaum im Festzelt des Klägers auftreten würden.

64

Insoweit legte die Beklagte ihrer Entscheidung bloße Mutmaßungen zugrunde. Sie ging - ohne belastbare Grundlagen - davon aus, dass die „L.“ aufgrund ihrer bisherigen exklusiven Auftritte auf dem Landshuter Starkbierfest nicht auf der B. auftreten würden. Gleichartige Ausführungen wurden dem Beigeladenen, der die besagte Band ebenfalls auf der Liste der geplanten Auftritte hatte, nicht entgegen gehalten. Schlussendlich traten die „L.“ auch im Festzelt des Beigeladenen auf. Es ergibt sich daher nicht, dass ein Auftritt im Festzelt des Klägers aufgrund der „exklusiven Auftritte in Landshut beim Starkbierfest“ kategorisch ausgeschlossen gewesen wäre.

65

b) Daneben hat die Beklagte ihrer Entscheidung falsche Tatsachen zugrunde gelegt, soweit sie dem Kläger bezüglich der fehlenden vorherigen Zusammenarbeit mit der Band „M.“ falsche Angaben unterstellt. Die Beklagte nimmt hierfür auf die Ausführung der E-Mail des Buchungszuständigen der Band Bezug, dass seit Jahren keine Zusammenarbeit mehr erfolgt sei. Aus dieser Aussage ergibt sich nicht, dass der Kläger wahrheitswidrig behauptet hätte, dass er bereits mit der Band zusammen gearbeitet hätte.

66

c) Außerdem verstieß die Beklagte gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, indem sie bezüglich der angekündigten Auftritte im Rahmen des Unterhaltungsprogrammes des Klägers Nachforschungen anstellte, während sie dies bei dem Beigeladenen unterließ.

67

(1) Hierbei handelt es sich ebenfalls um eine unzulässige Ungleichbehandlung von Kläger und Beigeladenem, die Art. 3 Abs. 1 GG widerspricht. Die Beklagte hat in ihren Richtlinien angegeben, dass die

Bewertung - soweit nicht gesonderte Nachweise gefordert würden - auf Grundlage der Angaben im Bewerbungsbogen erfolge. Aufgrund der Dauer der zwischen Bewerbung und Vergabeentscheidung sowie dem Risiko, nicht den vergaberechtlichen Zuschlag zu erhalten, kann es von den Bewerbern nicht erwartet werden, konkrete Zusagen und Verträge für die jeweiligen Musiker vorzulegen. Während Vorabsprachen sinnvoll sein mögen, liegt es letztendlich im Risiko des jeweiligen Bewerbers, ein zufriedenstellendes Programm tatsächlich umzusetzen. Bei den angegebenen Künstlern kann es sich - unabhängig von konkreten Hinweisen wie „geplante Auftritte“ - naturgemäß immer nur um ein beabsichtigtes Programm handeln. Dass zwischen den vorgeschlagenen und den tatsächlich auftretenden Künstlern und sonstigen Programmpunkten Diskrepanzen liegen, wird auch an dem tatsächlichen Programm des Beigeladenen auf der B. 2018 deutlich.

68

(2) Bei dem Beigeladenen wurden keine vergleichbaren Nachforschungen angestellt. Insbesondere wurde im Zusammenhang mit der Nachfrage bei der Band M. keine Anfrage bezüglich des Beigeladenen gestellt. Ausweislich der Bewerbungsunterlagen des Beigeladenen beabsichtigte dieser ebenfalls, die Band M. (hier geschrieben M.) auftreten zu lassen.

(3) Die Beklagte kann sich hier nicht darauf berufen, dass ihr das Verhalten des Bürgermeisters ... und des Stadtrates ... nicht zuzurechnen sind. Die Betroffenen stellten von sich aus Nachfragen und Ermittlungen an. Als Stadträte und Mitglieder des Dultsenates handelt es sich bei ihnen um Organe der Stadt. Die ermittelnden Tatsachen fanden auch Eingang in die Entscheidungsfindung des Senates und wurden durch diesem zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht. Ausweislich der Sitzungsniederschrift wurden sie in der Sitzung diskutiert und waren wesentliche Erwägungspunkte, die der Entscheidung zugrunde gelegt wurden.

69

3. Aufgrund ihrer Bewertungspraxis hätte die Beklagte den Kläger in der Kategorie „Preisgestaltung“ mit 5 Punkten bewerten müssen.

a) Die Beklagte definiert die Preisgestaltung in ihren Bewertungskriterien folgendermaßen: „Grundsätzlich maßgeblich ist, dass Preise kalkuliert werden, die für die hiesige Veranstaltung marktüblich sind, d. h. diese weder überzogen noch ungewöhnlich niedrig angesetzt werden. Innerhalb dieses Rahmens wird das Verhältnis von Preis-/Leistung der abgefragten Speisen und Getränken bewertet. Positiv berücksichtigt werden auch vergünstigte Einzel-/Paketangebote für Familien.“

70

Die Beklagte führt zu der Preisgestaltung des Klägers im Bescheid aus, dass dieser im Vergleich zum Beigeladenen das insgesamt bessere Preis-/Leistungsverhältnis habe, wobei sich die Preisunterschiede bei den in erster Linie bedeutsamen, hauptsächlich verkauften Produkten (Bier, Radler, Hendl) im Rahmen von Preisunterschieden halten würden, wie sie auch im Vergleich des Beigeladenen mit teureren Anbietern gegeben seien. Nach einem Gesamtvergleich sei damit ein Punktabstand gerechtfertigt, der dem entspreche, der zwischen anderen Bewerbern auf mittlerem Preisniveau und deren Mitbewerben für die Dulten 2018 angenommen worden sei (1 Punkt). Bei dem Angebot für Familien sei das Angebot zwar umfangreicher, aber teilweise kostengünstig zu erzeugen oder kein objektiv günstiges Angebot. Die an Familien gerichteten Angebote rechtfertigten daher keinen Punktevorsprung um mehr als einen Punkt.

71

Die Beklagte führte in der mündlichen Verhandlung aus, dass bei der zum Vergleich herangezogenen Vergabe für den Standplatz Ost der teuerste Bewerber (K.) mit 2, der billigere Bewerber Schmidt mit 3 Punkten bewertet worden sei.

72

b) Bei der Einordnung in die Bewertungsskala ging die Beklagte davon aus, dass die Preisunterschiede zwischen den beiden Bewerbern um den Standplatz Ost (K., S.) den Abständen zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen entsprechen. Die in der Bewertungsmatrix zugrunde gelegten Preisunterschiede zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen waren allerdings zum überwiegenden Teil erheblich größer als die zwischen dem Beigeladenen und dem in einer anderen Vergabeentscheidung mit 2 Punkten bewerteten Bewerber K. Auf Grundlage dieser Preisunterschiede zwischen den Beigeladenen und unter Berücksichtigung der Bewerber für den Standplatz Ost wäre daher nach Gleichbehandlungsgrundsätzen

eine Bewertung mit 5 Punkten anzusetzen gewesen. Die Preisdifferenzen zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen waren in etwa doppelt so groß wie die zwischen dem Beigeladenen, dem ebenfalls im mittleren Preissegment eingeordneten Bewerber S. und dem im höheren Preissegment eingeordneten Bewerber K. Die Maß Festbier, alkoholfreies Bier und die Radlermaß sollten beim Kläger 7,30 EUR kosten, beim Beigeladenen 7,80 EUR. Der Festwirt K. gab als beabsichtigten Preis 8,10 EUR, der Festwirt Schmidt 7,80 EUR an. Die Differenz bei den alkoholischen Getränken betrug damit im Verhältnis Kläger - Beigeladener 0,50 EUR beziehungsweise 6,8%, im Verhältnis Beigeladener - K. 0,30 EUR beziehungsweise 3,8%.

73

Noch deutlicher sind die Preisunterschiede zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen sowie dem Bewerber K. bei den ebenfalls im Preisvergleich herangezogenen Preisen für alkoholfreie Getränke. Diese sollten beim Kläger 2,70 EUR (Limonade Orange/Zitrone 0,5 l, Brause 0,5 l, Cola-Getränk (light) 0,33 l, Orangenlimonade 0,33 l, Mineralwasser 0,5 l) bzw. 3,30 EUR (Cola-Mix 0,5 l) betragen, beim Beigeladenen 3,30 EUR (Cola-Getränk 0,33 l; Orangenlimonade 0,33 l), 3,60 EUR (Limonade Orange/Zitrone 0,5 l; Mineralwasser 0,5 l) bzw. 7,80 EUR (Cola-Mix 1,0 l). Die Preise für alkoholfreie Getränke waren bei den Bewerbern K. und S. identisch (jeweils 3,40 EUR), mit Ausnahme der Preise für 1 l Cola-Mix (K. 8,10 EUR, Schmidt 6,80 EUR). Die Preisdifferenz betrug damit zwischen Kläger und Beigeladenem 0,60 EUR (22%) beziehungsweise 0,30 EUR (9%), zwischen dem Beigeladenen und dem Bewerber K. 0,10 EUR (3%), zum Teil war der Beigeladene auch 0,20 EUR (5,8%) teurer als der Bewerber K. Auch bei den im Rahmen des Preisvergleichs gegenübergestellten Mahlzeiten war die Preisdifferenz zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen größer als die zwischen dem Beigeladenen und dem Festwirt K. beim Rollbraten (8,90 EUR - 10,70 EUR - 11,70 EUR), der Schweinshaxe (8,90 EUR - 11,60 EUR - 10,80 EUR) und den Schweinswürsteln mit Kraut und Semmel (6,20 EUR - 7,10 EUR - 7,40 EUR); beim halben Hendl (7,50 EUR - 7,90 EUR - 8,30 EUR) und bei der großen Breze identisch (3,30 EUR - 3,70 EUR - 4,10 EUR), bei den 100g aufgeschnittenem Emmentaler betrug die Preisdifferenz zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen 0,24 EUR, zwischen dem Beigeladenen und dem Bewerber K. 0,38 EUR.

74

c) Nach Einordnung der Preisdifferenzen in Relation zu der Bewertung S.K. hätte es nach den Darlegungen der Beklagten zu ihrer Bewertungspraxis dieser entsprochen, den Kläger mit 5 Punkten zu bewerten. Die Beklagte hat insofern gegen ihre eigene Verwaltungspraxis verstoßen. Die Beklagte hat selbst dargelegt, innerhalb ihrer Ermessensauswahl bei der Bewertung der Preise diese im Vergleich zu den anderen Bewerbern in einen Preisrahmen einzuordnen. Auf dieser Grundlage wäre sie bei ordnungsgemäßer Ermessensausübung unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dazu verpflichtet gewesen, dem Kläger zwei Punkte mehr als dem Beigeladenen zuzusprechen. Die Preisdifferenzen zwischen diesem und dem Beigeladenen waren bei der überwiegenden Anzahl der in den Preisvergleich aufgenommenen Produkte etwa doppelt so groß wie die zwischen dem Beigeladenen und dem Bewerber K.

75

4. Darüber hinaus war die Punktevergabe im Bewertungskriteriums „Technischer Standard/Umweltschutz“ intransparent. Aus dem Bescheid und den Behördenakten ergibt sich nicht, inwiefern eine Abwägung und Bewertung der einzelnen, von den Bewerbern genannten Punkten erfolgt ist, und wie diese konkret gewichtet wurden. Die fehlende konkrete Einordnung macht auch eine gerichtliche Nachprüfung geradezu unmöglich. Die Auswahlentscheidung ist anhand der soweit nicht begründeten Bewertungsbögen nicht nachzuvollziehen. Diese Vorgehensweise führt zur Rechtswidrigkeit des streitgegenständlichen Bescheides angesichts der Grundrechtsrelevanz der von der Beklagten vorzunehmenden Auswahlentscheidung und der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Der Kläger hätte auf dieser Grundlage die erneute Durchführung der Auswahlentscheidung verlangen können (BayVGh, U. v. 11.11.2013, 4 B 13.1135, juris, Rn. 30; B. v. 12.8.2013 - 22 CE 13.970, juris, Rn. 36).

76

a) Nach den Bewertungskriterien der Beklagten fließen in die Wertung der technische Stand des Festzelts und der dazugehörigen Ausstattung samt Inventar sowie nachhaltige Maßnahmen zum Umweltschutz ein. Offenkundige beziehungsweise nachgewiesene effektive Beiträge/Investitionen zur Ökologie/zum Umweltschutz werden positiv bewertet; dazu zählen z. B. energieeffiziente Ausstattung und Beleuchtung, Energie-Monitoring, Solarzellen am Festzeltbetrieb, besondere Recycling-Maßnahmen, Verwendung von Mehrweggeschirr, CO₂-Neutralität, gültiges Bayerisches Umweltsiegel (3 Jahre ab Vergabe),

umweltfreundliche Betriebsmittel, schadstoffarme Fahrzeuge. Entsprechende Angaben seien zu machen bzw. Nachweise einzureichen. Es werden zudem nachgewiesene eigenzertifizierte Betriebe mit Öko-, Bio- oder Fairtrade-Qualität positiv berücksichtigt.

77

Die Beklagte führt hierzu in ihrem Bescheid aus, dass der Betrieb des Beigeladenen beim technischen Standard sowie beim Umweltschutz gegenüber dem Betrieb des Klägers deutlich im Vorteil sei (Ausstattung, Modernität, Nachhaltigkeit und Umweltschutzmaßnahmen). Der Kläger habe daher 3, der Beigeladene 5 Punkte erhalten.

78

In der mündlichen Verhandlung trug die Beklagtenvertreterin vor, dass sich aus der Vergleichsmatrix ergebe, dass der Beigeladene hier „einfach mehr Text“ habe. Er verfüge über eine PV-Anlage und darüber hinaus ein gutes Gesamtkonzept. Er habe mengenmäßig mehr angegeben.

79

b) Weder aus dem Bescheid noch aus den Ausführungen der Beklagten im gerichtlichen Verfahren ergibt sich konkret, woraus sich dieser erhebliche Vorteil nach der Ermessensausübung der Beklagten genau ergibt. Die bloße Angabe, dass sich bei dem Beigeladenen „mehr Text“ unter diesem befunden habe, genügt jedenfalls mangels Vergleichbarkeit der bloßen Anzahl der Angaben nicht.

80

Aus der Bewertungsmatrix lässt sich insbesondere entnehmen, dass das Zelt des Beigeladenen über Kleiderhaken im Bereich der Erhöhung, Bänke mit Lehnen, Photovoltaikanlagen auf Brezen- und Küchencontainern, ein Verbrauchs-Monitoring für Strom und Wasser, bedarfsgerechte manuelle Steuerung der Beleuchtung und eine Auffangwanne im Schankbereich verfüge. Auch würden nicht verkaufte Lebensmittel teilweise weiterverwertet.

81

In den wesentlichen Punkten entsprechen die Angaben der Bewerber einander. Sowohl der Kläger als auch der Beigeladene machen bezüglich der verwendeten Geräte allgemeine Angaben, die nicht unmittelbar vergleichbar oder überprüfbar sind. Auch ergibt sich die Wirksamkeit der jeweiligen Maßnahmen nicht. So gibt der Beigeladene an, dass die Kühlcontainer eine dicke Isolierung hätten, der Kläger spricht hier von hochisolierten Kühl- und Tiefkühlcontainern. Auch wenn der Gesamtverbrauch an Strom, Wasser und Gas während der jeweiligen Dulten nicht unmittelbar vergleichbar sein mag, da es in den einzelnen Jahren unterschiedlichen Andrang gab, so wäre jedenfalls der jeweils vom Hersteller angegebene regelmäßige Verbrauch oder angegebene Energieeffizienzklassen in den jeweiligen Verbrauchseinheiten eines Festzeltbetriebes vergleichbar und für einen transparenten Vergleich auch geboten.

82

Die positive Berücksichtigung der Photovoltaikanlagen ist grundsätzlich nicht ermessensfehlerhaft. Dieser Punkt wird ausdrücklich in den Bewerbungskriterien genannt, im Rahmen der Auswahlentscheidung ist die Installation von Photovoltaikanlagen durch den Beigeladenen daher positiv zu berücksichtigen. Es fehlt jedoch an einer konkreten Einordnung der einzelnen Punkte, sowie an einer Relativierung angesichts der tatsächlichen Einsparungen und dem gesamten Verbrauch.

83

c) Die Nichtberücksichtigung des Bayerischen Umweltsiegels war aufgrund der eindeutigen Festlegung in den Bewerbungskriterien ermessensgerecht.

84

5. Dagegen beruht die Entscheidung nicht insoweit auf einer unzureichenden Tatsachengrundlage, als die Beklagte im Rahmen des Kriteriums der Ortsansässigkeit für den Beigeladenen den Hauptwohnsitz in Landshut angenommen hat.

85

Aufgrund des durchgeführten Aufenthaltsermittlungsverfahrens ergab sich mit hinreichender Sicherheit, dass der Beigeladene seinen Hauptwohnsitz in Landshut hat. Ob er daneben noch über einen weiteren Wohnsitz in K2. verfügt, ist nicht gegenständlich. Am Ort der weiteren Adresse lebt nach Angaben des Beigeladenen seine Freundin, Frau S2. Im Zeitpunkt des Abschlusses des Bewerbungsverfahrens waren

der Beigeladene und Frau S2. nicht verheiratet. Aus der Tatsache, dass die Freundin des Beigeladenen außerhalb des Stadtgebiets Landshut lebt, lässt sich ein Wohnsitz nicht schlussfolgern. Nach den Angaben des Beigeladenen lebt dieser unter der Woche bei seinen Eltern in Landshut, am Wochenende ist er in K2. bei Frau S2. zu Besuch. Nach § 21 Abs. 2 Bundesmeldegesetz (BMG) ist die Hauptwohnung die vorwiegend benutzte Wohnung des Einwohners. Gemäß § 22 Abs. 1 BMG ist die Hauptwohnung eines verheirateten oder eine Lebenspartnerschaft führenden Einwohners, der nicht dauernd getrennt von seiner Familie oder seinem Lebenspartner lebt, die vorwiegend benutzte Wohnung der Familie oder der Lebenspartner. Diese Regelungen sind nicht entsprechend auf nichteheliche Lebensgemeinschaften anwendbar (die Anwendung bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften, aus denen Kinder hervorgegangen sind, bejahend OVG MV, B. v. 27.3.2017 - 1 M 487/16, BeckRS 2017, 122413, Rn. 11) sodass ein Rückschluss hieraus auf den Hauptwohnsitz des Klägers ausscheidet.

86

6. Die Entscheidung der Beklagten war ebenfalls nicht ermessensfehlerhaft, soweit die Beklagte vergangene Mängel (Servicemängel, Lärmpegelüberschreitung) unter dem Kriterium „bekannt und bewährt“ und nicht bei dem Punkt „Service“ berücksichtigte. Dies entsprach nach den Ausführungen zu den jeweiligen Bewertungskriterien ihrer Bewertungspraxis.

87

7. Im Bewertungskriterium „Qualität der Produkte“ konnte die Beklagte auch die Schankkellner, Gläserpüler und Limoeinschenker des Beigeladenen berücksichtigen. Aus den Bewertungskriterien ergibt sich, dass das Küchen- und Schankpersonal berücksichtigt werde.

88

8. Die Beurteilung der Zeltgestaltung, des Biergartens und des Bewirtungskonzeptes lässt ebenfalls keine Fehler bei der Ausübung des Auswahlermessens erkennen. Gleiches gilt für die Beurteilung innerhalb des Kriteriums „bekannt und bewährt“.

89

9. Die Beklagte hätte dem Kläger damit gegenüber den bei der Erstbewertung vergebenen Punkten in drei Kategorien jeweils einen weiteren Punkt erteilen müssen, nämlich in den Kategorien „Familienfreundlichkeit“, „Unterhaltungsprogramm“ sowie „Preisgestaltung“. Aufgrund der jeweiligen Wertung der Kriterien (Preisgestaltung: 11%, Familienfreundlichkeit 5%, Unterhaltungsprogramm 6%) hätten dem Kläger weitere 22 Punkte erteilt werden müssen. Dies hätte zu einem Gesamtergebnis von 380 Punkten gegenüber den 365 Punkten des Beigeladenen geführt, auf dessen Grundlage der Kläger zur B. 2018 zuzulassen gewesen wäre.

III.

90

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1, Abs. 3 VwGO sowie § 162 Abs. 3 VwGO. Mangels Antragstellung des Beigeladenen waren diesem die Kosten des Verfahrens nicht aufzuerlegen.

91

Die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 167 VwGO, 708 ff. ZPO.