

**Titel:**

**Antrag auf vorläufige Zulassung mit einem Glühweinstand zu einem Christkindlmarkt, der seitens der veranstaltenden Stadt als öffentliche Einrichtung betrieben wird, Vorwegnahme der Hauptsache, Prüfungsmaßstab des Gerichts**

**Normenketten:**

VwGO § 123

GO Art. 21

**Schlagworte:**

Antrag auf vorläufige Zulassung mit einem Glühweinstand zu einem Christkindlmarkt, der seitens der veranstaltenden Stadt als öffentliche Einrichtung betrieben wird, Vorwegnahme der Hauptsache, Prüfungsmaßstab des Gerichts

**Fundstelle:**

BeckRS 2023, 30635

**Tenor**

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Kosten des Verfahrens hat der Antragsteller zu tragen.
- III. Der Streitwert wird auf 4.650,- EUR festgesetzt

**Gründe**

I.

1

Der Antragsteller begehrt den Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit der er die Zulassung mit seinem Glühweinstand zum ... Christkindlmarkt 2023 erreichen möchte.

2

Der ... Christkindlmarkt 2023 soll auf der R. in der Zeit vom 23.11.2023 bis zum 23.12.2023 stattfinden. Veranstalterin des Marktes ist die Antragsgegnerin. Bei dem Christkindlmarkt handelt es sich um eine öffentliche Einrichtung im Sinne des Art. 21 der Gemeindeordnung (GO). Die Entscheidung über die Zulassung erfolgt nach öffentlichem Recht, während die Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses privatrechtlich erfolgt. Nach den Vergaberichtlinien der Antragsgegnerin beherbergt der Christkindlmarkt je nach Platzbedarf der einzelnen Stände/Geschäfte ca. 50 Betriebe verschiedener Kategorien.

3

Nr. 2.2 der Vergaberichtlinien lautet:

„Die Darstellungen und Angebote sollen nach Art, Qualität, Ausstattung und Betriebsweise eine hohe Anziehungskraft auf die Besucher ausüben und nach dem Gesamtgepräge einen traditionellen Weihnachtsmarkt abbilden. Im Rahmen der Platzvergabe ist darauf zu achten., dass eine ausgewogene Besetzung mit folgenden Geschäftskategorien gewährleistet ist:

- Verkaufsgeschäfte (z. B. Kunsthandwerk, Geschenkartikel, Christbaumschmuck, usw.)
- Kinder-/Familienfahrgeschäfte
- Gastronomiegeschäfte (Ausschank-, Imbiss- und Süßwarengeschäfte)

Eine Anpassung der Kategorien sowie die Bildung von Unterkategorien sind unter Wahrung des Gesamtkonzepts zum Beispiel bei verändertem Verbraucherverhalten, zur Steigerung der Attraktivität der Veranstaltung oder wegen platzspezifischen Gegebenheiten nach dem Ermessen des Veranstalters möglich.“

#### 4

Nach Nr. 6.1 der Vergaberichtlinien erhalten sowohl ortsansässige als auch auswärtige Beschicker grundsätzlich Zugang zur Teilnahme am Christkindlmarkt. Gehen für eine Geschäftskategorie mehr geeignete Bewerbungen ein, als nach dem Gestaltungskonzept Plätze zu vergeben sind, wird zwischen diesen Bewerbungen ein Auswahlverfahren durchgeführt. Die Bewertungskriterien/Unterkriterien für eine Zulassung zum Christkindlmarkt sind nach Nr. 6.3 der Vergaberichtlinien grundsätzlich:

- Attraktivität (65%)

1. Anziehungskraft/Beliebtheit/Warenangebot (23%)
2. Optik/Fügung ins optische Gesamtbild und Veranstaltungskonzept (14%)
3. technischer Standard/Umweltschutz (14%)
4. Preisgestaltung (14%)

- persönliche Eignung (35%)

5. a) bekannt und bewährt oder alternativ (16%)
5. b) Neubewerber (16%)
6. Berufsausübung/Reisegewerbe (7%)
7. Ortsansässigkeit (7%)
8. Durchführung/Sachkenntnis (5%)

#### 5

Bei der Bewertung zur Vergabe der Geschäfte und Stände können bei den acht genannten Kriterien 0 bis 5 Punkte je Kriterium erreicht werden (0 = trifft nicht zu, 1 = mangelhaft, 2 = ausreichend gegeben, 3 = durchschnittlich, 4 = trifft voll zu, 5 = trifft besonders gut zu). In der Multiplikation mit der prozentualen Gewichtung des jeweiligen Kriteriums und durch Addition der sich so ergebenden Punkte entsteht der Gesamtpunktwert. Die beiden Hauptkriterien „Attraktivität“ und „persönliche Eignung“ werden dabei im Verhältnis 65% zu 35% gewichtet. Die prozentuale Gewichtung der acht Einzelkriterien ergibt sich aus den oben in Klammer aufgeführten prozentualen Werten (vgl. dazu Bl. 6 ff. der Behördenakte).

#### 6

Am 24.7.2023 reichte der Antragsteller seine Bewerbungsunterlagen für sein Geschäft „...“ (Kategorie Gastronomie – Ausschank) bei der Antragsgegnerin ein. Der Antragsgegnerin lagen in der fraglichen Kategorie neun Bewerbungen vor. Da nach dem Konzept der Antragsgegnerin nur vier Ausschankgeschäfte vorgesehen sind, bewertete die Antragsgegnerin die eingereichten Bewerbungen nach ihren Bewertungskriterien. Das Geschäft des Antragstellers erreichte dabei 300 Punkte und belegte damit den Rang 5. Die besser platzierten Geschäfte erreichten 463 Punkte („...“ von ...), 397 Punkte („...“ von ..., Beigeladener zu 1)), 369 Punkte („...“ von ..., Beigeladener zu 2)) sowie 358 Punkte („...“ von ... GmbH, Beigeladene zu 3)).

#### 7

Nach Nummer 8.1.1 der Vergaberichtlinie erfolgt die Zulassung der Bewerber in den einzelnen Kategorien mit Zugang des (privatrechtlichen) Vertrages. Bewerber, die bis zu dem in der Ausschreibung genannten Termin (Zuschlagstermin) kein Vertragsangebot erhalten haben, gelten nach Nr. 8.1.2 der Vergaberichtlinie als abgelehnt, ohne dass es einer schriftlichen Mitteilung bedarf. In der öffentlichen Ausschreibung ist hierauf ausdrücklich hinzuweisen. Nicht berücksichtigte Bewerber haben die Möglichkeit, innerhalb von zwei Wochen nach dem Zuschlagstermin schriftlich einen kostenpflichtigen Ablehnungsbescheid samt Begründung und Rechtsmittelbelehrung anzufordern. Zuschlagstermin für den Christkindlmarkt 2023 war laut Ausschreibung der 30.9.2023.

#### 8

Bereits am 13.9.2023 teilte die Antragsgegnerin den vier bestplatzierten Bewerbern telefonisch mit, dass ihre Bewerbungen erfolgreich waren. Ihnen wurde ein Standplatz angeboten und alle vier Bewerber sagten ihre Teilnahme telefonisch zu.

**9**

Mit Schreiben vom 19.9.2023, bei der Antragsgegnerin eingegangen am 25.9.2023, zeigte sich der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers gegenüber der Antragsgegnerin als Verfahrensbevollmächtigter an und erbat Akteneinsicht. Der Antragsteller habe von der Antragsgegnerin eine mündliche Absage erhalten. Es werde die Zulassung aufgrund eines bestehenden Zulassungsanspruchs beantragt. Im Falle einer abschlägigen Entscheidung werde eine begründete Absage erbeten.

**10**

Am 2.10.2023 ließ der Antragsteller um vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 VwGO nachsuchen. Er müsse mit seinem Ausschankbetrieb zum Christkindmarkt 2023 zugelassen werden. Bislang habe der Antragsteller lediglich eine telefonische Absage erhalten. Auch habe der Prozessbevollmächtigte noch keine Akteneinsicht erhalten. Gleichwohl deute alles darauf hin, dass die Absage rechtswidrig sei.

**11**

Mit Bescheid vom 12.10.2023 lehnte die Antragsgegnerin den Antrag des Antragstellers auf Zulassung mit dem Ausschankgeschäft „...“ förmlich ab. Zur Begründung des Bescheids wurden die vom Antragsteller in den acht Einzelkategorien erzielten Punktzahlen dargestellt und begründet. Die von den anderen Bewerbern erzielten Punkte bei den Einzelkriterien wurden ebenfalls dargestellt und stichpunktartig begründet. Die Namen der Mitbewerber sind aus dem Bescheid nicht ersichtlich. Bezüglich der Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt des Bescheids Bezug genommen.

**12**

Zur Begründung seines Eilrechtsschutzantrags führt der Antragsteller aus, er habe im Vorjahr mit einem Ausschankgeschäft am Markt teilnehmen können. Damals seien fünf Stände zugelassen gewesen, und zwar vier auf dem Hauptgelände (R.) und ein Stand auf dem L1. Damals habe man seitens der Antragsgegnerin verlauten lassen, dass 2023 alle Stände auf dem Hauptgelände aufgestellt werden würden. Nunmehr lasse man plötzlich nur noch vier Stände zu, obwohl eine erhebliche Nachfrage danach bestehe. Hier sei der Eindruck zu gewinnen, dass die Antragsgegnerin die Anzahl Stände bewusst gekürzt habe, um den Antragsteller zu benachteiligen.

**13**

Im Ausschreibungsverfahren habe die Antragsgegnerin auch den Zuschlagstermin nicht eingehalten. Es sei schon zweifelhaft, ob der Zuschlagstermin hinreichend bekannt gemacht worden sei. Der Antragsteller habe sich noch mit einem Geschäft aus einer anderen Kategorie (C.) für den Markt beworben und sei diesbezüglich auch zugelassen worden. In diesem Verfahren habe der Antragsteller den von der Antragsgegnerin unterzeichneten Vertrag erst am 19.10.2023 – also mehr als 14 Tage nach dem vermeintlichen Ablauf des Zuschlagstermins – zurückerhalten.

**14**

In Bezug auf die seitens der Antragsgegnerin vorgenommenen Punktebewertungen führt der Antragsteller aus, die Antragsgegnerin habe ihn zu Unrecht als Neubewerber eingestuft. Der Antragsteller habe in der Kategorie „bekannt/bewährt – Neubewerber“ lediglich einen Punkt erhalten, hätte aber 5 Punkte erhalten müssen. Der Antragsteller sei schon dreimal mit einem Ausschankgeschäft zugelassen gewesen. Einmal habe der Markt jedoch wegen der Corona-Pandemie nicht stattfinden können. In diesem Zusammenhang sei auch zu berücksichtigen, dass der Antragsteller mit anderen Geschäften bereits 20 mal am Christkindmarkt teilgenommen habe. Insoweit könne es keine Rolle spielen, mit welchem „Warenkreis“ er teilgenommen habe. Als Person sei er jedenfalls „bekannt und bewährt“.

**15**

Auch in der Kategorie „Optik“ habe der Antragsteller zu wenig Punkte erhalten. Der Antragsteller beabsichtige eine stadteigene Bude zu benutzen, was seitens der Antragsgegnerin erwünscht sei. Diese beabsichtige er durch Schreinerarbeiten und Deko-Material (Hirschgeweihe etc.) aufzuwerten, um so den geforderten altdeutschen Charakter zu erreichen. Die Bude habe daher mit mindestens 4 Punkten bewertet werden müssen und nicht nur – wie geschehen – mit einem Punkt.

**16**

Beim Aspekt „Preisgestaltung“ habe die Antragsgegnerin offenbar verkannt, dass der Antragsteller als einziger Produkte des bayerischen blauen B. anbiete. Dieser Qualitätsaspekt sei nicht hinreichend berücksichtigt worden.

**17**

Die Antragsgegnerin habe in allen wichtigen Bewertungsbereichen Aspekte und Nachweise, die der Antragsteller vorgetragen bzw. vorgelegt habe, nicht bewertet, um ihn hinter die anderen Bewerber zu reihen. Auch sei nicht ersichtlich, warum der Abstand zwischen dem Antragsteller und den weiteren Bewerbern beim Kriterium Preisgestaltung so gering ausgefallen sei. Der Antragsteller habe hier zwar die maximale Punktzahl 5 erreicht. Die weiteren Bewerber seien aber nur knapp nach ihm platziert worden, was aufgrund der großen Überlegenheit des Antragstellers bei diesem Kriterium nicht zu rechtfertigen sei. Nicht nachvollziehbar sei auch, dass ein Neubewerber – die viertplatzierte Beigeladene zu 3) –, die 2022 das erste Mal vertreten gewesen sei, nun mit einem Stand von ... m Länge zugelassen worden sei und auch noch einen der besten Standplätze auf dem Markt erhalten habe. Dies sei im höchsten Maße ungerecht.

**18**

Mit Schriftsatz vom 30.10.2023, auf den hiermit verwiesen wird, legte der Antragsteller im Einzelnen dar, dass er im Vergleich zu seinen Mitbewerbern zu schlecht bewertet worden sei bzw. dass die bei den Einzelkriterien nach ihm platzierten Mitbewerber weniger Punkte hätten erhalten müssen, sodass seine Zulassung angezeigt sei.

**19**

Der Antragsteller beantragt sinngemäß,

die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, den Antragsteller mit seinem Glühweinstand „...“ vorläufig zum ... Christkindlmarkt 2023 zuzulassen.

**20**

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

**21**

Bezüglich der Anzahl der zuzulassenden Ausschankgeschäfte komme der Antragsgegnerin ein Gestaltungsermessen zu. Die Antragsgegnerin habe 2023 vier Ausschankgeschäfte vorgesehen. Hierbei handele es sich um eine bedarfsorientierte Festlegung, die sich an der beobachtbaren und erwartbaren Nachfrage durch potentielle Besucher orientiere. Im Jahr 2022 sei festgestellt worden, dass es vor allem zu Schlangen- und Traubenbildungen an Imbissgeschäften gekommen sei, weswegen beim Veranstaltungskonzept für den Christkindlmarkt 2023 in diesem Bereich mit zusätzlichen Angeboten nachgebessert worden sei.

**22**

Bezüglich der Neubewerberproblematik sei festzustellen, dass der Antragsteller bislang in der Geschäftskategorie „Gastronomiegeschäfte“, für die er sich mit seinem Ausschankgeschäft beworben habe, als Neubewerber anzusehen sei. Mit einem derartigen Geschäft habe der Antragsteller lediglich zweimal – nämlich 2019 und 2022 – am ... Christkindlmarkt teilgenommen. Im Jahr 2021 habe der Christkindlmarkt wegen der Corona-Pandemie vollständig ausfallen müssen. Es habe sich in diesem Jahr kein einziger ursprünglich zugelassener Geschäftsbetreiber in der Praxis bewähren können. Die Zulassung des Antragstellers für dieses Jahr könne somit nicht berücksichtigt werden. Im Übrigen sei es auch Neubewerbern möglich, den Maximalpunktwert von 5 zu erreichen. Das Bewertungskriterium 5b) „Neubewerber“, sei Alternativkriterium zum Kriterium 5a) „bekannt und bewährt“ und ermögliche den Erhalt der gleichen Punktzahl. In den Bewertungskriterien finde sich eine ausführliche Beschreibung der einzelnen ausschlaggebenden Punkte. Da der Antragsteller diesbezüglich keine Unterlagen vorgelegt habe, hätten lediglich die Erfahrungen aus zwei praktischen Teilnahmen am ... Christkindlmarkt berücksichtigt werden können, weshalb der erhaltene Punktwert von nur einem Punkt sachgerecht und angemessen sei.

**23**

Hinsichtlich der Bewertungskriterien Optik, Preisgestaltung sowie technischer Standard/Umweltschutz werde auf die entsprechenden Bewertungsmatrizen der einzelnen Bewerber und auf den Ablehnungsbescheid verwiesen. Daraus sei ersichtlich, dass die seitens der Antragsgegnerin vorgenommene Punkteverteilung zutreffend und nachvollziehbar sei.

**24**

Am 20.10.2023 hat der Antragsteller Verpflichtungsklage auf Zulassung zum ... Christkindlmarkt erheben lassen, die unter dem Aktenzeichen RN 5 K 23.1931 geführt wird. Ebenfalls am 20.10.2023 hat er einen weiteren Eilrechtsschutzantrag gestellt, wonach die Antragsgegnerin verpflichtet werden soll, gegenüber den vier besser platzierten Mitbewerbern keine Zusagebescheide zu erteilen. Auch dieser Antrag diene dem Rechtsschutzziel seiner Zulassung. Nachdem auch der Bescheid gegenüber dem Antragsteller erst am 12.10.2023 ergangen sei, sei davon auszugehen, dass noch keine Zusagebescheide gegenüber den Mitbewerbern ergangen seien. Der Prozessbevollmächtigte habe noch keine Akteneinsicht nehmen können, weshalb er diesbezüglich auf Vermutungen angewiesen sei. Dieses Verfahren wird unter dem Aktenzeichen RN 5 E 23.1949 geführt.

## **25**

Auf gerichtliche Nachfrage teilte die Antragsgegnerin mit, die privatrechtlichen Verträge seien bereits an die vier zum Zuge kommenden Mitbewerber versendet worden.

## **26**

Am 31.11.2023 erweiterte der Antragsteller seine Hauptsacheklage sinngemäß dahingehend, dass er nunmehr auch die gegenüber den im Auswahlverfahren 2.-, 3.- und 4.-platzierten Mitbewerber ergangenen Zulassungen zum Weihnachtsmarkt im Klagewege anfechte.

## **27**

Daraufhin hat das Gericht die Betroffenen Mitbewerber mit Beschluss vom gleichen Tag zum Eilrechtsschutzverfahren beigegeben.

## **28**

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie auf die Akten der Antragsgegnerin, die dem Gericht vorgelegt haben, Bezug genommen.

## **II.**

## **29**

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat keinen Erfolg.

## **30**

Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Sicherungsanordnung). Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint (Regelungsanordnung).

## **31**

1. Der Antrag ist zulässig.

## **32**

Ein möglicher Zulassungsanspruch aus Art. 21 GO (vgl. dazu unten 2.) ist begrenzt durch die tatsächlichen Platzkapazitäten des Veranstaltungsortes. Ein Antragsteller kann nicht verlangen, dass zusätzliche Kapazitäten geschaffen werden (BayVGh, U. V. 23.3.1988 – 4 B 86.2336 – BayVBl. 1989, 148 ff.). Der Anspruch stößt also an seine Grenzen, soweit die öffentliche Einrichtung bereits anderweitig vergeben ist (BayVGh, B.v. 21.1.1988 – 4 CE 87.3883 – juris). Vorliegend ist die Kapazität wohl erschöpft. Dies liegt jedenfalls bei der Betrachtung des Plans für den Christkindlmarkt 2023 (Bl. 13 der Behördenakte) nahe. Jedenfalls drängt sich bei Betrachtung des Plans nicht unmittelbar auf, dass noch Platz für einen weiteren Glühweinstand wäre. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass Fluchtwege freigehalten werden müssen, was ein Mitarbeiter der Antragsgegnerin gegenüber dem Gericht telefonisch zu bedenken gab. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass das Kontingent von Ausschankgeschäften mit der Zulassung der vier besser platzierten Bewerber, die nach Nr. 8.1.1 der Vergaberichtlinie mit Zugang des privatrechtlichen Vertrages bei den Bewerbern erfolgte, erschöpft ist. Allein der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel der Zulassung des Antragstellers ist daher allein nicht geeignet, dem Antragsteller die angestrebte Rechtsposition zu verschaffen. Neben dem Verpflichtungsantrag ist daher

noch ein Anfechtungsantrag zu stellen, dem flankierende Wirkung zukommt (sog. Konkurrentenverdrängungsklage, vgl dazu: BayVGh, B.v. 12.7.2010 – 4 CE 10.1535 – juris Rn. 13 m.w.N. aus Rspr. und Lit.).

### 33

Vorliegend hat der Antragsteller am 31.10.2023 entsprechende Klagen gegen die Zulassung von drei vor ihm platzierten Mitbewerbern beim Verwaltungsgericht eingereicht. Da diese Klagen gemäß § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufschiebende Wirkung entfalten, ist auch für den hier gestellten Eilrechtsschutzantrag ein Rechtsschutzbedürfnis gegeben. Wäre der Antrag erfolgreich, könnte er auch durchgesetzt werden. Ohne einen entsprechenden Anfechtungsantrag würde der Eilrechtsschutzantrag dagegen ins Leere gehen, da der seitens des Antragstellers benötigte Platz anderweitig vollziehbar belegt wäre.

### 34

2. Der Antrag ist jedoch unbegründet.

### 35

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt sowohl die Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes (Eilbedürftigkeit) als auch eines Anordnungsanspruchs voraus. Vorliegend begehrt der Antragsteller den Erlass einer Regelungsanordnung, wobei er im Ergebnis eine Vorwegnahme der Hauptsache beantragt. Denn bei einem Obsiegen in der Hauptsache könnte der Antragsteller nicht mehr zugesprochen bekommen, als das, was er im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes begehrt. Eine Vorwegnahme der Hauptsache widerspricht grundsätzlich dem Wesen und dem Zweck der einstweiligen Anordnung, denn diese dient der vorläufigen Sicherung eines Anspruchs bzw. der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses. Wird mit der begehrten Entscheidung die Hauptsache vorweggenommen, sind an die Prüfung von Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund qualifizierte Anforderungen zu stellen, d.h. der Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt nur dann in Betracht, wenn ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für den Erfolg in der Hauptsache besteht und der Antragsteller ohne die einstweilige Anordnung unzumutbaren Nachteilen ausgesetzt wäre (BVerfG, B.v. 25.10.1988 – 2 BvR 745/88 – juris; BayVGh, B.v. 18.3.2016 – 12 CE 16.66 – juris).

### 36

Bei der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen aber auch ausreichenden summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage vermag das Gericht nicht zu erkennen, dass die Vergabeentscheidung der Antragsgegnerin rechtswidrig war. Die Antragsgegnerin betreibt ihren Christkindlmarkt als öffentliche Einrichtung im Sinne des Art. 21 GO (vgl. Nr 1.3 der Vergaberichtlinie). Aus Art. 21 GO kann sich ein Zulassungsanspruch ergeben. Danach sind alle Gemeindeangehörigen nach den bestehenden allgemeinen Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen. Obwohl der Antragsteller kein Gemeindeangehöriger ist, kann er einen Zulassungsanspruch haben, denn die Antragsgegnerin hat den Zugang unabhängig von der Gemeindegliederung auch für auswärtige Bewerber eröffnet (Nr. 6.1 der Vergaberichtlinie). Bei der Zuteilung eines zu einer öffentlichen Einrichtung gehörenden Marktstands sind die Gemeinden an Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 21 GO gebunden. Jeder Bewerber hat danach ein subjektiv-öffentliches Recht auf fehlerfreie Ausübung des Auswahlverfahrens; er kann verlangen, dass die Entscheidung nach sachlichen Kriterien unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes getroffen wird. Werden die eingegangenen Bewerbungen anhand vorgegebener Vergabekriterien bewertet, kann die Auswahlentscheidung wegen des weiten Einschätzungsspielraums des kommunalen Einrichtungsbetreibers von einem Gericht aber nur daraufhin überprüft werden, ob die der konkreten Beurteilung zugrundeliegenden tatsächlichen Annahmen zutreffend sind, ob gegen Denkgesetze oder allgemein gültige Wertmaßstäbe verstoßen worden ist, ob sachwidrige Erwägungen angestellt worden sind oder ob ein Verfahrensfehler vorliegt. Um diese nachträgliche gerichtliche Überprüfbarkeit zu gewährleisten, muss das Verwaltungshandeln sowohl hinsichtlich der anzuwendenden Auswahlkriterien als auch hinsichtlich des konkreten Auswahlvorgangs hinreichend transparent und objektiv nachvollziehbar sein (vgl. BayVGh, U.v. 11.11.2013 – 4 B 13.1135 – juris Rn. 23 m.w.N.).

### 37

a) Es ist nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin im Jahr 2023 lediglich vier Standplätze für Ausschankgeschäfte – anstatt fünf im Jahr 2022 – bereitstellt (vgl. dazu das Veranstaltungskonzept vom 23.8.2023, Bl. 12 der Behördenakte). Diesbezüglich hat die Antragsgegnerin im gerichtlichen Verfahren zutreffend darauf hingewiesen, dass ihr bezüglich der Marktkonzeption ein weiter Gestaltungsspielraum

zusteht. Insoweit führt die Antragsgegnerin aus, sie habe die Geschäftskategorien bedarfsorientiert festgelegt. Die Geschäftsarten seien gemessen an der beobachtbaren und erwartbaren Nachfrage durch potentielle Besucher festgelegt worden. Nachdem im Jahr 2022 festgestellt worden sei, dass es vor allem an Imbissständen zu Schlangen- und Traubenbildungen gekommen sei, sei das Konzept in diesem Bereich mit zusätzlichen Angeboten nachgebessert worden. Im Bereich von Ausschankgeschäften sei ein derartiger Andrang nicht festgestellt worden, weshalb die Obergrenze wie geschehen festgelegt worden sei.

### 38

Aus Sicht des Gerichts ist dieses Vorgehen nachvollziehbar und insbesondere auch sachgerecht. Die Behauptung des Antragstellers, dass die Reduzierung um einen Ausschankstand im Vergleich zum Vorjahr ausschließlich deshalb erfolgt sein soll, um den Antragsteller von einer Teilnahme am Christkindmarkt 2023 auszuschließen, verfängt schon deshalb nicht, weil das Veranstaltungskonzept zu einem Zeitpunkt festgelegt worden ist, zu dem noch nicht absehbar war, wer sich mit Ausschankgeschäften bewerben wird. Von einer gezielten und willkürlichen Benachteiligung des Antragstellers kann daher nicht die Rede sein.

### 39

b) Soweit der Antragsteller vortragen lässt, der Zuschlagstermin für den Christkindmarkt 2023 sei nicht hinreichend transparent bekannt gemacht worden, so ist dem entgegenzuhalten, dass sich der Zuschlagstermin aus der seitens der Antragsgegnerin bekannt gemachten Ausschreibung eindeutig ergibt. Dort ist ausgeführt, dass Bewerbungen, die bis zum 30.9.2023 keine schriftliche Zusage erhalten haben, nicht berücksichtigt werden konnten. Dementsprechend ist der 30.9.2023 eindeutig als Zuschlagstermin erkennbar. Da der Antragsteller bis zu diesem Zeitpunkt keine Zusage erhielt, war eindeutig für ihn ersichtlich, dass er nicht berücksichtigt werden konnte. Die berücksichtigten Mitbewerber erhielten dagegen bereits laut Aktenlage am 13.9.2023 eine mündliche Mitteilung, dass sie berücksichtigt werden konnten. Die Frage, ob die Übersendung des privatrechtlichen Vertrages, der dann letztendlich den Zuschlag auch bewirkte, vor oder nach diesem Termin erfolgte, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Die Regelung dient nämlich in erster Linie dazu, die nicht zum Zuge kommenden Bewerber darüber zu informieren, dass sie nicht berücksichtigt werden konnten. Ob dagegen bei den berücksichtigten Bewerbern die Zusendung des privatrechtlichen Vertrages, der nach Nr. 8.1.1 der Vergaberichtlinie als Zusage zu werten ist, vor oder nach dem 30.9.2023 erfolgte, kann dagegen keine Rolle spielen.

### 40

c) Der Einwand des Antragstellers, man habe ihn zu Unrecht als Neubewerber eingestuft, da er bereits 20 mal am Christkindmarkt teilgenommen habe, greift ebenfalls nicht. In diesem Zusammenhang ist zunächst festzustellen, dass das von einer Gemeinde angewandte Auswahlprinzip nicht dazu führen darf, dass Neubewerber aus sachfremden Erwägungen – etwa gerade wegen ihrer Neubewerbereigenschaft – von einer Zulassung ausgeschlossen werden. Neubewerber müssen im Rahmen des vorhandenen Platzangebots dann eine echte Aussicht haben, zugelassen zu werden, wenn ihr Angebot sich in das Gesamtbild des Marktes einfügt. Dies bedeutet, dass das Vergabesystem auch Neubewerbern eine für jeden Bewerber voraussehbare reale Zulassungschancen eröffnen muss (VG Würzburg, U.v. 26.11.2008 – W 2 K 08.1003 – juris Rn. 66 m.w.N. aus Rspr. und Lit.). Gemessen hieran sind die Bewertungskriterien der Antragsgegnerin nicht zu beanstanden. Sowohl „bekannte und bewährte“ Bewerber als auch Neubewerber können bei der persönlichen Eignung jeweils maximal 5 Punkte erzielen, wobei die erzielte Punktzahl dann jeweils mit 16 multipliziert wird. Für Stammbeschicker und Neubewerber gelten nämlich alternativ die Kriterien 5a) bzw. 5b) der Bewertungskriterien. Grundsätzlich haben Neubewerber daher die gleichen Chancen wie langjährige Stammbeschicker.

### 41

Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin in Nr. 6.5 ihrer Vergaberichtlinie eine Definition für „Neubewerber“ aufgenommen. Danach gilt als Neubewerber, wer in den zurückliegenden 10 Jahren von der vergabegegenständlichen Veranstaltung nicht oder weniger als einmal (Festzeltbetrieb) bzw. dreimal (Geschäftsbereiche „Vergnügungsbetriebe“ und „Gastronomiebetriebe“) zu L. Jahrmärkten (D., Christkindmarkt) im entsprechenden Geschäftsbereich zugelassen war. Diese Definition ist eindeutig und sachgerecht. Insbesondere ist es nachvollziehbar, dass die Antragsgegnerin Beschicker, die erst zweimal im Gastronomiebereich am Christkindmarkt teilgenommen haben, noch als Neubewerber einstuft. Für diese Einstufung besteht ein sachlicher Grund darin, dass erst bei mehrmaliger Teilnahme die unter 5a) genannten Bewertungskriterien belastbar eingestuft werden können. Bei den Kriterien fließen etwa die bisherige Vertragserfüllung (z.B. Pünktlichkeit der Platzgeldzahlungen, Jugendschutz, Ordnungskräfte,

Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen und Anweisungen auf dem Veranstaltungsgelände) ein. Ferner wird berücksichtigt die Sicherheits-, Gewerbe- und lebensmittelrechtliche Eignung, die ebenfalls erst nach mehrmaliger Teilnahme belastbar eingeschätzt werden kann. Da dem Antragsteller sowohl die Vergaberichtlinien als auch die Bewertungskriterien vor Einreichung seiner Bewerbung zugänglich waren, musste ihm auch hinreichend transparent sein, dass er als Neubewerber einzustufen ist. Insbesondere war es auch nicht geboten, ihn wegen der Teilnahme in gastronomiefremden Geschäftsbereichen nicht mehr als Neubewerber anzusehen. Das Erfordernis der mindestens dreimaligen Teilnahme im selben Geschäftsbereich ist schon deshalb gerechtfertigt – worauf die Antragsgegnerin hingewiesen hat –, weil an die Erfahrung bzw. Qualifikation eines Lebensmittelunternehmers (Betreiber von gastronomischen Angeboten) grundsätzlich andere Maßstäbe als an Nicht-Lebensmittelunternehmer anzulegen sind. Das Inverkehrbringen von Lebensmitteln grenzt sich deutlich vom Verkauf von handelsüblichen Einzelwaren oder auch dem Betrieb von Vergnügungsgeschäften ab.

#### 42

Nach alledem hat die Antragsgegnerin den Antragsteller zu Recht als Neubewerber eingestuft, obwohl dieser sich aufgrund seiner Teilnahmen in anderen Geschäftsbereichen in seinem Bewerbungsbogen nicht als solcher gesehen hat. Hätte sich der Antragsteller hier richtig eingestuft, hätte er gegebenenfalls als Neubewerber mehr Punkte erreichen können als den nicht zu beanstandenden Punktwert von 1. Nach den Bewertungskriterien für Neubewerber können zur Beurteilung der Sicherheits-, Gewerbe- und lebensmittelrechtliche Eignung beispielsweise Auszüge aus dem Gewerbezentralregister des Gewerbetreibenden und ein behördliches Führungszeugnis herangezogen werden. Auch haben Neubewerber die Möglichkeit aussagekräftige Referenz-/Empfehlungsschreiben und/oder Zulassungsverträge von Teilnahmen an anderen vergleichbaren Veranstaltungen vorzulegen. Von diesen Möglichkeiten hat der Antragsteller keinen Gebrauch gemacht. Dementsprechend ist es auch nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin das Bewertungskriterium „Neubewerber“ nur mit einem Punkt bewertet hat. Positiv für den Antragsteller schlugen lediglich seine zwei Teilnahmen am Christkindlmarkt im Jahr 2019 sowie im Jahr 2022 zu Buche. Sonstige Referenzen oder ein behördliches Führungszeugnis fehlten. Die Bewertung des Antragstellers ist damit aufgrund des eingeschränkten Überprüfungsmaßstabes seitens des Gerichts nicht zu beanstanden. Es wurde weder gegen Denkgesetze oder allgemeingültige Wertmaßstäbe verstoßen noch lagen der Einstufung sachwidrige oder gar willkürliche Erwägungen zugrunde.

#### 43

d) Dies gilt auch für die Bewertung der Optik des Verkaufsstandes des Antragstellers. Nach Nr. 2 der Bewertungskriterien wird beim Kriterium „Optik/Fügung ins optische Gesamtbild und Veranstaltungskonzept“ die Gestaltung des Geschäftes/Standes bewertet. Dabei werden die optische Aufmachung (zum Beispiel Innen- und Außengestaltung durch Beleuchtung, Effekte, Malereien, Verzierungen, Materialien, Oberflächen etc.) und die Präsentation berücksichtigt. Zudem spielt die Einfügung ins optische Veranstaltungskonzept eine Rolle. Beim Christkindlmarkt ist dabei eine traditionell-weihnachtsmarktspezifische Ausrichtung maßgeblich.

#### 44

Wie sich aus dem „wichtigen Hinweis“ ergibt, der auf dem zu verwendenden Bewerbungsbogen in Fettdruck zu finden ist, werden im Rahmen des Auswahlverfahrens nur die Angaben bewertet, die im Bewerbungsbogen aufgeführt sind. Diese Angaben sind bindend. Nachträglich eingereichte Unterlagen, wie etwa die Fotos, welche seitens des Antragstellers im gerichtlichen Verfahren vorgelegt wurden, können damit keine Berücksichtigung mehr finden. Dieses Vorgehen ist auch sachgerecht; denn andernfalls könnten abgelehnte Bewerber nachträglich jeweils versuchen, ihre Bewerbung aufzuwerten, um dann doch noch zugelassen zu werden, weil sie festgestellt haben, dass ihre Bewerbungsunterlagen unvollständig waren. Dies würde dem Sinn und Zweck des Auswahlverfahrens widersprechen und keine reibungslose Durchführung des Christkindlmarkts ermöglichen. Dementsprechend kann auch das Gericht nur überprüfen, ob die Antragsgegnerin das mit dem Bewerbungsbogen einzureichende aktuelle Bildmaterial (vgl. Nr. 2 des Bewerbungsbogens) nach den eingangs genannten Kriterien fehlerfrei überprüft hat.

#### 45

Es liegt auf der Hand, dass das Bewertungskriterium „Optik“ die Gewichtung subjektiver Elemente erfordert und letztlich das Ergebnis höchstpersönlicher Wertungen darstellt. Da die Verwaltungsgerichte ferner nur ihre eigenen – nicht notwendig richtigeren – Einschätzungen an die Stelle derjenigen des Veranstalters

setzen könnten, steht ihm insoweit ein weiter Spielraum zu, der wiederum seitens der Rechtsprechung nur dahingehend überprüft werden kann, ob die Beurteilung aufgrund zutreffender Tatsachen erfolgt ist, ob nicht gegen Denkgesetze oder allgemein gültige Wertmaßstäbe verstoßen wurde, ob in die Entscheidung sachwidrige Erwägungen eingeflossen sind und ob sie frei von Verfahrensfehlern ergangen ist (BayVGh, B.v. 28.7.2015 – 22 ZB 14.1261 und 22 ZB 14.1262 – juris Rn. 38 m.w.N.).

#### 46

Sowohl in der Begründung des Bescheids als auch im gerichtlichen Eilrechtsschutzverfahren hat die Antragsgegnerin nachvollziehbar dargelegt, warum sie die Stände der besser platzierten Mitbewerber höher bepunktet hat. Insoweit hat sie ausgeführt, dass der Antragsteller eine Leihbude der Stadt L. mit einer Frontlänge von 6 m verwenden bzw. anmieten möchte. Aus dem eingereichten Bildmaterial sei eine umgestaltete Leihbude der Antragsgegnerin zu sehen. An dieser seien Umbau bzw. Dekorationsmaßnahmen vorgenommen worden. Die zugrundeliegende Basis einer Stadtbude sei jedoch auf den ersten Blick erkennbar. Es handele sich um eine schlicht gestaltete Bude. Dabei weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass nach ihrer Vergaberichtlinie Bewerber mit eigenen Verkaufseinrichtungen – wie sie die zum Zuge gekommenen Mitbewerber besitzen – ohne weiteres zum Markt zugelassen werden können. Es ist daher nicht zutreffend, dass die Verwendung antragsgegner-eigener Buden bevorzugt gewünscht wird, wie dies der Antragsteller ausführt. Die Geschäftsbetreiber mit eigenen Buden würden deutlich mehr in ihre Verkaufseinrichtungen investieren als die Stadt in die bereits seit Jahrzehnten baugleichen und schlichten Buden. Die städtischen Buden könnten insbesondere bei der Optik (Gestaltung/Aufmachung) nicht mehr ansatzweise mit schön gestalteten und hochwertigen privaten Buden mithalten. Deshalb werde es gerne gesehen, wenn ein privater Betreiber eine eigene Bude, die sich in die Gestaltung des ... Christkindmarkts aus Sicht der Veranstalterin einfüge, nutze und die entsprechend hohe Investitionen in eigener Regie trage. Der Christkindmarkt werde als Einrichtung enorm aufgewertet, wenn besonders bzw. sehr attraktive Verkaufsvorrichtungen hinsichtlich der Optik eingesetzt würden. Hierin sei auch keine Ungleichbehandlung zwischen dem Antragsteller und den Mitbewerbern zu sehen, da die Nutzung einer eigenen Bude oder einer städtischen Bude grundsätzlich dem Bewerber mit allen daraus folgenden Konsequenzen überlassen bleibe. Bei Betrachtung des Bildmaterials sei ersichtlich, dass die Verkaufsvorrichtung des Antragstellers mit den zugelassenen Mitbewerbern in Sachen Optik nicht mithalten könne. Dies gelte, obwohl der Antragsteller selbst ein Investment zur Budenverschönerung getätigt habe.

#### 47

Diese nachvollziehbaren Überlegungen sind seitens des Gerichts nicht zu beanstanden. Sie sind insbesondere nicht von sachwidrigen Erwägungen oder Willkür getragen, weshalb die vorgenommene Punktevergabe für den Antragsteller (1 Punkt) und seine Mitbewerber (Beigeladener zu 1) und 2) jeweils 4 Punkte, Beigeladener zu 3) 5 Punkte) nicht zu beanstanden ist.

#### 48

e) Wenn der Antragsteller schließlich meint, er sei in der Kategorie Attraktivität im Vergleich zu seinen Mitbewerbern benachteiligt worden, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass er in den Unterkategorien „Anziehungskraft/Beliebtheit“ sowie auch „technischer Standard/Umweltschutz“ jeweils die volle Punktzahl von 5 Punkten erhalten hat. Bei der Unterkategorie „Preisgestaltung“ hat er 4 Punkte erreicht. In diesem Bereich hat keiner der Mitbewerber die maximale Punktzahl von 5 erhalten (zur Unterkategorie Optik vgl. oben 2d)). Hier zeigt sich ganz deutlich, dass die antragstellerseits besonders herausgehobenen Umstände – etwa das blaue B. und die Preisgestaltung – von der Antragsgegnerin positiv bewertet worden sind. Mehr als die Maximalpunktzahl konnte der Antragsteller hier nicht erhalten. Dass die Mitbewerber in diesen Bereichen zu viele Punkte erhalten haben könnten, vermag das Gericht bei der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen aber auch ausreichenden summarischen Prüfung nicht erkennen. Auch die Mitbewerber des Antragstellers konnten in ihren Bewerbungsunterlagen Kriterien belegen, die deren Bepunktung rechtfertigen. Insoweit wird gemäß § 117 Abs. 5 VwGO auf den Inhalt des ablehnenden Bescheids vom 12.10.2023 Bezug genommen. Jedenfalls vermag das Gericht nicht zu erkennen, dass die Entscheidung der Antragsgegnerin sachlich nicht mehr gerechtfertigt oder gar willkürlich war. Im Hinblick auf den der Antragsgegnerin zustehenden weiten Beurteilungsspielraum im Rahmen der Gewichtung der Vergabekriterien ist die Bepunktung der Mitbewerber des Antragstellers bei summarische Überprüfung jedenfalls nicht zu beanstanden.

#### 49

Zur weiteren Begründung des Beschlusses verweist das Gericht gemäß § 117 Abs. 5 VwGO auf die zutreffende Begründung des Ablehnungsbescheids vom 12.10.2023. Die Antragsgegnerin hat dort die für ihre Entscheidung maßgeblichen Gesichtspunkte zutreffend dargestellt und begründet.

#### **50**

Nach alledem drängt es sich der zur Entscheidung berufenen Kammer nicht auf, dass dem Antragsteller ein Zulassungsanspruch bezüglich des Christkindlmarkts 2023 höchstwahrscheinlich zusteht, was aufgrund der mit dem gestellten Antrag bewirkten Vorwegnahme der Hauptsache und dem damit bedingten Erfordernis einer hohen Wahrscheinlichkeit eines Erfolges in der Hauptsache nötig gewesen wäre.

#### **51**

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

#### **52**

4. Die Streitwertfestsetzung folgt aus den §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1 GKG und den Empfehlungen des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013. Nach dessen Nr. 54.5 ist als Streitwert bei Streitigkeiten über die Zulassung zu einem Markt der zu erwartende Gewinn, mindestens aber 300,- EUR am Tag festzusetzen. Der Christkindlmarkt dauert 31 Tage sodass sich ein Streitwert in Höhe von 9300 EUR ergibt. Dieser ist nach Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs im Eilrechtsschutzverfahren zu halbieren.