

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 4 B 13.1135
Sachgebietsschlüssel: 141

Rechtsquellen:

Art. 21 GO

Art. 3 GG

Satzung über die Dulten und den Christkindlesmarkt in der Stadt Augsburg

Hauptpunkte:

Zulassung zu einem Markt

Berücksichtigung von nicht dokumentiertem Verwaltungswissen bei der Bewerberauswahl

Dokumentation und Transparenz des Auswahlverfahrens

Leitsätze:

Die Beurteilung von Bewerbungen um Standplätze auf einem Weihnachtsmarkt beruht nicht mehr auf einer hinreichenden objektiven Tatsachenbasis, wenn bei der Bewerberauswahl nicht nur auf Angaben in den Bewerbungen, sondern in erheblichem Umfang auch auf Verwaltungswissen eines Behördenmitarbeiters zurückgegriffen wird, das in Bezug auf den künftigen Weihnachtsmarkt weder verifiziert noch in den Akten dokumentiert ist.

Urteil des 4. Senats vom 11. November 2013

(VG Augsburg, Entscheidung vom 23. Oktober 2012, Az.: Au 7 K 12.1020)

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

***** * *****

- ***** -

*****.
***** & *****
***** ** *****

gegen

Stadt Augsburg

vertreten durch den Oberbürgermeister
Referat 7 - Ordnungsreferat,
Rathausplatz 1, 86150 Augsburg,

- Beklagte -

beigeladen:

1. *****
***** ** *****
2. *****
***** ** *****
3. *****
***** ** *****
4. *****
***** ** *****
5. *****
***** ** *****

6. *****

7. *****

bevollmächtigt zu 4:

Rechtsanwälte *****

wegen

Zulassung zum Augsburger Christkindlesmarkt; hier: Berufung des Klägers gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Augsburg vom 23. Oktober 2012,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 4. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Zöllner,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Wagner,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Peitek

aufgrund mündlicher Verhandlung vom 6. November 2013 am **11. November 2013**
folgendes

Urteil:

- I. Das Urteil des Verwaltungsgerichts Augsburg vom 23. Oktober 2012 (Az. Au 7 K 12.1020) wird aufgehoben. Es wird festgestellt, dass Nr. 1 des Tenors des Bescheids der Beklagten vom 2. Juli 2012 rechtswidrig gewesen ist.
- II. Die Kosten des Verfahrens in der ersten Instanz tragen die Beklagte und der Beigeladene zu 4) je zur Hälfte. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte. Die Beigeladenen tragen ihre außergerichtlichen Kosten in beiden Instanzen selbst.
- III. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte und hinsichtlich der Kosten der ersten Instanz der Beigela-

dene zu 4) dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über die Zulassung des Klägers mit einem Imbissstand für Crêpes, Flammkuchen und Pizzen zum Christkindlesmarkt 2012.
- 2 Gemäß ihrer Satzung über die Dulten und den Christkindlesmarkt in der Stadt Augsburg vom 25. Juli 1988 (Abl S. 76, zuletzt geändert durch Beschluss v. 4.11.2009, Abl S. 277, im Weiteren: Marktsatzung) veranstaltet die Beklagte jährlich den Christkindlesmarkt in der Adventszeit als öffentliche Einrichtung. Mit Beschluss vom 25. Februar 2010 legte der Stadtrat der Beklagten die Anteile der jeweiligen Warenarten in Frontmetern fest. Mit weiterem Beschluss vom 26. Mai 2011 legte der Stadtrat der Beklagten die 2012 zur Verfügung stehenden Flächen fest, gab ein verfügbares Kontingent an nutzbaren Standflächen vor und legte die Gewichtung für eine sinnvolle Bewerberauswahl fest. Die Bewertung bei einer die Kapazität überschreitenden Nachfrage an Standplätzen erfolgt demnach in den Kategorien Gesamtbild (25%), Warensortiment des Marktes (35%), Zuverlässigkeit (10%), früheres bzw. zugesichertes Engagement für die Veranstaltung (10%), Leistungsfähigkeit (10%), Umweltfreundlichkeit (5%) und Attraktivität des Angebots (5%). Zu diesen Kategorien bildete die Verwaltung der Beklagten unveröffentlichte Unterpunkte. Die Beklagte teilte im Amtsblatt vom 27. Januar 2012 die Bedingungen des Christkindlesmarktes 2012 unter Angabe der vom Stadtrat aufgestellten Zulassungskriterien mit und gab die Möglichkeit, Bewerbungen bis 30. April 2012 einzureichen. Nach den Vorgaben der Beklagten standen in der Warenart „Imbiss“, Untergruppe „Crêpes, Flammkuchen, Suppen und vergleichbare Gerichte“ 2012 für zehn Bewerber Plätze zur Verfügung.
- 3 Der Kläger gab vier Bewerbungen ab, eine davon mit einem Imbissgeschäft für Crêpes, Flammkuchen und Pizzen. Er reichte hierzu den von der Beklagten zur Verfügung gestellten Formblattantrag sowie weitere Seiten mit Ausführungen zu seinem

Angebot ein. Insgesamt gingen für die Warenart Imbiss im Jahr 2012 91 Bewerbungen ein, hiervon 56 bezogen auf die Untergruppe „Crêpes, Flammkuchen, Suppen und vergleichbare Gerichte“, in die die streitgegenständliche Bewerbung des Klägers eingeordnet und von der Beklagten auf einem Bewertungsbogen mit insgesamt 46% bewertet wurde (Gesamtbild 14%, Warensortiment des Marktes 17%, Zuverlässigkeit 2%, früheres bzw. zugesichertes Engagement für die Veranstaltung 4%, Leistungsfähigkeit 5%, Umweltfreundlichkeit 2%, Attraktivität des Angebots 2%). Die Bewerbungen der später von der Beklagten ausgewählten Konkurrenten des Klägers in der streitgegenständlichen Standkategorie enthalten bis auf wenige Ausnahmen nur ein ausgefülltes Formblatt mit Angabe der angebotenen Waren, jedoch keine Angaben etwa zu Aspekten der Umweltfreundlichkeit, zur Preisgestaltung des jeweiligen geplanten Angebots und zum geplanten Aussehen der jeweiligen Stände. Die Verwaltung hat hierzu in einem separaten Aktenhefter, der die Bewertungsbögen enthält, eigene Fotografien einzelner Stände offenbar von vergangenen Weihnachtsmärkten abgeheftet. Erklärungen dazu, dass die für 2012 vorgesehenen Stände den Ständen von 2011 oder früher entsprechen, haben die ausgewählten Bewerber nicht abgegeben. Die ausgewählten Bewerber erhielten ihre Zulassungsbescheide bereits Ende Mai 2012.

- 4 Mit Bescheid vom 2. Juli 2012 lehnte die Beklagte die Bewerbung des Klägers vom 26. April 2012 zum Christkindlesmarkt 2012 ab (Nr. 1 des Bescheides). Bei einer Bewertung der Bewerbungen nach den oben angeführten Kriterien habe der Kläger keinen Platz unter den ersten zehn erlangt.
- 5 Die verfügbaren Plätze der zur Bewerbung des Klägers gehörenden Warenart wurden an die Beigeladenen zu 1 bis 7 mit Bewertungen von 57% bis 85% vergeben. Weitere Bewerber, insbesondere Bewerber mit einem besseren Ergebnis als der letzte Zugelassene, sollten nach Auskunft der Beklagten noch zugelassen werden, wenn es die Baustellensituation hinsichtlich der freien Flächen in der Innenstadt zulasse.
- 6 Am 31. Juli 2012 erhob der Kläger Klage zum Verwaltungsgericht Augsburg mit dem zuletzt verfolgten Klageziel, die Nr. 1 des Bescheides der Beklagten vom 2. Juli 2012 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, den Antrag des Klägers auf Zulassung zum Christkindlesmarkt 2012 mit einem Imbissgeschäft unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu verbescheiden. Die Beklagte könne das ihr zu-

stehende Auswahlermessen nur dann fehlerfrei ausüben, wenn eine ordnungsgemäße Grundlage hierfür vorhanden sei. Daran fehle es. Die für die Auswahlentscheidung bedeutenden Kriterien folgten aus der Satzung der Beklagten. Diese Kriterien seien allerdings von der Verwaltung mit unverständlichen und nicht veröffentlichten Unterkriterien für die Bewertung belegt worden, was zu ihrer Widersprüchlichkeit geführt habe. Selbst bei Unterstellung tauglicher Kriterien sei die Auswahl ermessensfehlerhaft, weil die tatsächliche Ausgestaltung der Auswahl Neubewerber benachteilige. Es mangle an Transparenz im Auswahlverfahren. Es sei nicht ersichtlich, wie die streitgegenständliche Bewerbung des Klägers bewertet worden sei. Neubewerber hätten keine Chance, zum Markt zugelassen zu werden. Die Kriterien seien willküranfällig. Weiter sei die konkrete Bewertung willkürlich. Die Bewertung sei nicht schlüssig und nicht nachvollziehbar, da die klägerische Bewerbung die Anforderungen erfüllt habe. Ergänzend nahm der Kläger umfangreich zu einzelnen Bewertungskriterien Stellung.

- 7 Die Beklagte äußerte sich zur Bewertung des Klägers mit Schriftsatz vom 29. August 2012. Sie kenne die Stände bekannter Bewerber in Natura. Viele der Mitbewerber hätten in den letzten Jahren ihren Stand umgestaltet, aufgewertet und das Erscheinungsbild verschönert.
- 8 Das Verwaltungsgericht Augsburg wies die Klage mit Urteil vom 23. Oktober 2012 ab. Die Klage in der Form einer Verbeschaidungsklage sei zulässig, wenn über die Klage geraume Zeit vor Marktbeginn entschieden werden könne und der Kläger – wie hier – darauf vertrauen könne, dass es bei Klagestattgabe zu einer rechtzeitigen Rücknahme einer Standplatzvergabe von Amts wegen kommen werde. Die Klage sei aber nicht begründet. Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch, über den Antrag auf Zulassung zum Christkindlesmarkt unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden, sei Art. 21 GO i.V.m. § 5 Abs. 1 und 3 der Marktsatzung der Beklagten. Bei Erschöpfung der Kapazität einer öffentlichen Einrichtung habe der Bewerber ein subjektiv-öffentliches Recht auf fehlerfreie Ausübung des Auswahlermessens, d.h. auf eine Auswahlentscheidung nach sachlichen Kriterien und unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes. Die Beklagte wende ein rechtlich nicht zu beanstandendes Auswahlssystem an. Die Willensbildung der Verwaltung beruhe auf ordnungsgemäßen Vorgaben des Stadtrats. Die Marktsatzung gebe auch die abstrakten Auswahlkriterien im Fall der Kapazitätserschöpfung bei Vorliegen konkurrierender Zulassungsanträge vor. Der Stadtrat habe mit seinen Be-

schlüssen vom 25. Februar 2010 und 26. Mai 2011 das Veranstaltungskonzept weiter konkretisiert und die vorgegebenen Kriterien noch etwas weiter differenziert. Zudem habe der Stadtrat die Gewichtung der Auswahlkriterien und damit die Ausformung des Zulassungsanspruches vorgegeben. Die von der Verwaltung aufgelisteten Unterpunkte zu den vom Stadtrat vorgegebenen einzelnen Auswahlkriterien stellten nur eine Begründungs- bzw. Auswahlhilfe dar, die die vorgegebenen Auswahlkriterien nicht verfälschten. Das Konzept zur Auswahl der Standplatzbewerber unterliege einer gerichtlich nur eingeschränkten Kontrolle. Vorliegend gewährleiste es auch den Neubewerbern eine realistische Chance auf eine Zulassung. Allerdings weise die von der Verwaltung getroffene konkrete Auswahlentscheidung Fehler auf. Zum einen sei eine andere Bewerbung zu Unrecht der Warenkategorie „Imbiss / Gruppe Crêpes, Flammkuchen, Suppen und vergleichbare Gerichte“ zugeordnet worden. Zum anderen weise die tatsächliche Punktevergabe für den vom Kläger angebotenen Imbissstand einen Ermessensfehler auf. Die Erfüllung der Vergabekriterien einer Bewerbung sei vom Gericht aufgrund eines Einschätzungsspielraums der Beklagten lediglich auf ein pflichtgemäßes Verwaltungshandeln dahingehend zu prüfen, ob die Bewertung nachvollziehbar und schlüssig erfolgte, das heiÙe, ob die Beurteilung aufgrund zutreffender Tatsachen erfolgt sei, ob gegen Denkgesetze oder allgemeine gültige Wertmaßstäbe verstoÙen worden sei, ob sachwidrige Erwägungen angestellt worden seien und ob Verfahrensfehler gemacht worden seien. Die konkrete Bewertung im Kriterium „Leistungsfähigkeit“, hier „Umweltfreundlichkeit“ sei ermessensfehlerhaft. Der Kläger nehme zur Umweltfreundlichkeit seines Angebots Stellung. Die Beklagte begründe die Vergabe von (nur) 2% damit, dass der Kläger keine bemerkenswerte Idee, die der Umwelt besonders diene, eingebracht habe. Ausgehend davon, dass kaum eine der anderen Bewerbungen zu diesem Punkt Stellung beziehe, aber nahezu jede weitere Bewerbung höher bewertet worden sei, dränge sich die Willkürlichkeit der Vergabe von nur 2 Punkten geradezu auf. Der Kläger sei hier schlechter gestellt worden als vergleichbare Bewerbungen, die zu diesem Punkt sogar geschwiegen hätten. Im Weiteren lasse sich die konkrete Bewertung des Klägers jedoch nicht angreifen. Insbesondere sei der Abzug eines Punktes im Kriterium „Zuverlässigkeit“ zu Recht erfolgt. Es sei nicht willkürlich, wenn die Beklagte schlieÙe, dass der Kläger im Vorjahr 2011 nicht alles in seiner Macht Stehende unternommen habe, um auf dem Markt präsent zu sein und dies mit einem Punktabzug bewerte. Ein Anspruch auf Neuverbescheidung seines Zulassungsantrags stehe dem Kläger aber nicht zu, weil sich die festgestellten Fehler nicht auf das Ergebnis der Entscheidung hätten auswirken können. Selbst bei Aufwertung der klägerischen Bewerbung

in der Kategorie „Leistungsfähigkeit - Umweltfreundlichkeit“ auf die maximal erreichbaren 5 Punkte würde der Kläger lediglich 49 Punkte erreichen. Aufgrund der zahlreichen vor ihm liegenden nicht zugelassenen Mitbewerber mit deutlich über 50 Punkten komme damit eine Zulassung des Klägers nicht in Betracht, selbst wenn in seiner Warengruppe noch ein Platz zu vergeben wäre.

- 9 Mit seiner vom Verwaltungsgerichtshof zugelassenen Berufung verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. Mit Schriftsatz vom 1. Juli 2013 beantragte er,
- 10 das Urteil des Verwaltungsgerichts Augsburg vom 23. Oktober 2012 aufzuheben und festzustellen, dass Nr. 1 des Tenors des Bescheides der Beklagten vom 2. Juli 2013 rechtswidrig gewesen ist.
- 11 Mit dem bereits beendeten Christkindlesmarkt 2012 sei eine Erledigung der Klage eingetreten. Die Umstellung auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage sei zulässig. Der Kläger stütze das erforderliche Feststellungsinteresse auf Wiederholungsgefahr. Er wolle sich mit seinem Unternehmen auch in Zukunft wieder um einen Standplatz auf dem Christkindlesmarkt der Beklagten bewerben. Dem Einwand der Beklagten, sie habe die Vergabemodalitäten für das Zulassungsverfahren ab 2013 erheblich geändert, sei zu entgegnen, dass nach wie vor die Kriterien, die der Kläger bemängelt habe, Geltung beanspruchten. Hierbei sei vor allem die Vertragserfüllung, die Zuverlässigkeit, die Gestaltung und das Erscheinungsbild oder das Engagement für die Veranstaltung zu nennen. Aber auch die Umweltfreundlichkeit und das Warenangebot fänden sich in den Regelungen der Beklagten wieder. Letztlich seien die bereits im Jahr 2012 vorhandenen Kriterien allesamt beibehalten worden. Auch müsse der Kläger damit rechnen, dass bei weiteren Bewerbungsverfahren die gleichen Fehler bei der Punktevergabe wiederholt würden. Auch habe der Kläger im gesamten Verfahren die fehlende Transparenz der Vergabekriterien bemängelt. Daneben diene die Feststellung der Rechtswidrigkeit auch der Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses.
- 12 In materieller Hinsicht fehle es an ordnungsgemäßen Grundlagen für die Ausübung des Auswahlermessens der Beklagten. Der Stadtrat der Beklagten habe vorliegend mit seinen beiden genannten Beschlüssen die vorgegebenen Kriterien in der Satzung über die Dulten und den Christkindlesmarkt nicht etwa nur differenziert oder ergänzt, sondern die Auswahlkriterien insgesamt widersprüchlich gemacht. Neubewerbern sei keine realistische Chance eingeräumt worden, eine Zulassung zu erhalten.

Der Verwaltungsgerichtshof habe in seiner Rechtsprechung klargestellt, dass eine Ermittlung der qualitativen Unterschiede zu erfolgen habe und dies auch dargestellt werden müsse. Demgegenüber habe das Verwaltungsgericht vorliegend gebilligt, dass die Beklagte eine Art „Gesamtschau“ anstelle und wegen dieser Gesamtschau dem Kläger nicht erklären könne, wie die Bewertung erfolgt sei. Zur konkreten Bewertung des Klägers habe das Verwaltungsgericht festgestellt, dass dieser beim Kriterium „Umweltfreundlichkeit“ zu wenig Punkte erhalten habe. Lege man den Maßstab des Verwaltungsgerichts insoweit auch bei den anderen Kriterien zugrunde, so seien auch dort Bewertungsmängel feststellbar. Der Kläger werde schlechter bewertet, obwohl er oftmals als einziger Bewerber überhaupt Angaben gemacht habe. So habe er etwa zur Bewertungskategorie „Attraktivität des Angebots: Preisgestaltung/Preismix“ ausdrückliche Angaben gemacht (z.B. zur „Christkindlesstunde“), die dann keinen Niederschlag in der Bewertung gefunden hätten. Es erschließe sich nicht, warum die Beigeladenen in diesem Bereich bessere Bewertungen erhalten hätten, obwohl ihre Bewerbungen zur Preisgestaltung bzw. dem Preismix schwiegen. Zum Kriterium „Zuverlässigkeit“ habe der Kläger entgegen der von der Beklagten sonst angewandten Regel für Neubewerbungen nur 2% erhalten. Er vermute insoweit als Grund eine Prozessführung im Jahr 2011. Der Kläger habe 2011 nur einen Monat vor Marktbeginn keinen adäquaten privateigenen Stand mehr beschaffen können. Aus diesem Grund habe der Kläger dann von einem Angebot der Beklagten Abstand genommen. Ein Punkteabzug im Bereich der Zuverlässigkeit aus diesem Grund sei daher unbegründet. Das Verwaltungsgericht habe eigentlich eine Neuverbescheidung aussprechen müssen. Es habe übersehen, dass es letztlich die Bewerbungen der Mitbewerber auf deren fehlerfreie Bewertung hätte überprüfen müssen, um zu seinem Schluss der fehlenden Auswirkung der Ermessensfehler auf das Ergebnis des Auswahlprozesses zu kommen. Angesichts der aufgezeigten vielfältigen Mängel des Auswahlverfahrens sei nicht absehbar, welcher Bewerber vorliegend eine Zulassung erhalten hätte.

- 13 Ergänzend machte der Kläger umfangreiche Ausführungen zu einer Fülle von einzelnen Zulassungskriterien der Beklagten.
- 14 Die Beklagte trat der Berufung mit Schriftsatz vom 6. September 2013 entgegen und beantragte zuletzt,
- 15 die Berufung zurückzuweisen.

- 16 Die Klage sei schon mangels Feststellungsinteresses unzulässig. Eine Wiederholungsgefahr sei zu verneinen, wenn nicht die gleichen tatsächlichen und rechtlichen Umstände vorlägen wie in dem für die Beurteilung des erledigten Verwaltungsakts maßgeblichen Zeitpunkt. Sowohl die Anforderungen an die Bewerbungen (und damit die Bewertungsgrundlage) als auch die Bewertungskriterien (und damit die Grundlagen des Bewertungsvorgangs) hätten sich in signifikantem Umfang geändert, so dass ein Urteil in dieser Sache keine Leitlinien für zukünftige Bewerbungsverfahren mehr vorgeben können. Auch sei mittlerweile die Praxis aufgegeben, dass die mit der Vergabeentscheidung befassten Beschäftigten der Beklagten teilweise auf bereits von früheren Bewerbungen der Marktstandinhaber bekannte Umstände zurückgegriffen hätten, soweit sie sicher von einem erneuten Vorliegen hätten ausgehen können. Vielmehr würden künftig nur noch solche Angaben in die Bewertung einfließen, die die Bewerber jedes Jahr erneut in ihren Bewerbungsunterlagen anführten. Zudem würden die Bewertungen aller Bewerber ab dem Jahr 2013 umfangreich dokumentiert. In materieller Hinsicht sei die Bewertung nicht zu beanstanden. Die Stände der auf früheren Märkten zugelassenen Standbetreiber seien der Beklagten bekannt, es gebe bei den Ständen nur wenig Veränderungen und man stehe mit den Standinhabern in Kontakt. Neubewerbern sei es möglich und zumutbar, durch aussagekräftiges Entwurfsmaterial oder durch Bildmaterial eines bereits existierenden Standes der Beklagten einen bewertbaren Eindruck des geplanten Standes zu verschaffen und auf diese Weise eine gleichwertige Bewertungsgrundlage herzustellen. Die Beklagte halte es für selbstverständlich, dass gerade ein unbekannter Erstbewerber umfangreiche Angaben liefere, um der Verwaltung ein möglichst vollständiges Bild zu verschaffen. Die Beklagte habe den Bewerbern ein angemessen genaues Bild von den Vergabemodalitäten vermittelt, eine Verpflichtung zur vollständigen Offenlegung aller auch nur im Entferntesten denkbaren bei der Beurteilung bewerteten Einzelpunkte gebe es nicht. Dies führte im Ergebnis nämlich dazu, die innerhalb der Kriterien bestehenden Ermessensspielräume der Verwaltung einer nicht vorgesehenen gerichtlichen Überprüfung zu öffnen. Zur konkreten Bewertung des Klägers sei darauf hinzuweisen, dass dieser zur Umweltfreundlichkeit seines Angebots auch eine Reihe von vagen Andeutungen und unbestimmten Aussagen („wo immer es geht“ bzw. „wann immer es uns möglich ist“) gemacht habe. Derartige Aussagen seien keine belastbare Zusicherung und damit nicht bewertungswürdig. Das Verwaltungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass bei der Bewertung der weiteren Bewerber deren Maßnahmen im Bereich des Umweltschutzes dem

zuständigen Marktmeister der Beklagten aufgrund der über Jahre unveränderten Beschickerpraxis bekannt gewesen seien. Auf Grundlage dieses Verwaltungswissens sei die Bewertung der weiteren Bewerber erfolgt; deren Maßnahmen hätten eine höhere Bepunktung gerechtfertigt.

- 17 Der anwaltlich vertretene Beigeladene zu 4) hat sich in der ersten Instanz zur Sache geäußert und einen Klageabweisungsantrag gestellt. Im Berufungsverfahren hat er keinen Antrag mehr gestellt.
- 18 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichts- und Behördenakten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

- 19 Die Berufung des Klägers ist zulässig und begründet. Die Nr. 1 des Ablehnungsbescheides vom 2. Juli 2012 war rechtswidrig und hat den Kläger in seinen subjektiven Rechten verletzt.
- 20 1. Der auch im Rahmen der Verpflichtungsklage statthafte Fortsetzungsfeststellungsantrag ist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zulässig. Nach Erledigung des ursprünglich verfolgten Verpflichtungsbegehrens mit Ablauf des Christkindlesmarktes 2012 ist die Klageänderung mit dem Antrag des Klägers, die Rechtswidrigkeit des seinerzeit ablehnenden Bescheides festzustellen, sachdienlich. Das gilt auch für Fallgestaltungen, in denen das ursprüngliche Klagebegehren auf eine Neubeschcheidung eines Antrags gerichtet war (vgl. VGH BW, U.v. 27.2.2006 – 6 S 1508/04 – juris Rn. 17; BayVGH, U.v. 31.3.2003 – 4 B 00.2823 – juris). Der Kläger hat jedenfalls unter dem von ihm geltend gemachten Aspekt der Wiederholungsfahr ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung. Dieses Interesse besteht auch heute noch fort. Zwar hat die Beklagte im Laufe des Verfahrens mitgeteilt, dass schon für den Christkindlesmarkt 2013 die Sachlage deshalb maßgeblich verändert sei, weil man ab 2013 ein deutlich stärker differenzierendes Verfahren anwenden wolle. Die Kriterien seien stärker untergliedert worden, die Gewichtung der Kriterien sei geändert und von den Bewerbern werde die Ausfüllung eines neuen Fragebogens und die Vorlage einer Konzeptbeschreibung sowie von Bildmaterial gefordert. Es sei daher eine gleichartige Entscheidung nicht mehr zu befürchten. Demgegenüber macht der

Kläger zu Recht geltend, dass sein Feststellungsinteresse bestehen bleibt, wenn die konkrete Gefahr besteht, dass auf einen gleichartigen Antrag hin eine negative Entscheidung aus gleichartigen Erwägungen heraus getroffen werden könnte. Er weist zu Recht darauf hin, dass auch bei den abgewandelten Zulassungskriterien sich die von ihm im vorliegenden Verfahren bemängelten Kriterien wiederfinden und er auch die konkrete Punktevergabe durch die Verwaltung der Beklagten bemängelt habe. Auch hat der Kläger das vom Stadtrat der Beklagten beschlossene Auswahlssystem generell angegriffen. Dass der Kläger nunmehr für den Christkindlesmarkt 2013 eine Zulassung erhalten hat, ändert daran nichts, weil für von ihm angekündigte Bewerbungen zu künftigen Christkindlesmärkten der Beklagten eine Wiederholungsgefahr bezüglich der von ihm aufgezeigten Aspekte nicht von der Hand zu weisen ist.

- 21 2. Die Klage ist begründet, weil die ablehnende Zulassungsentscheidung der Beklagten für den Christkindlesmarkt 2012 jedenfalls auf einer ungenügenden objektiven Grundlage der Ermessensentscheidung beruhte. Das Vorgehen der Verwaltung der Beklagten war insoweit intransparent und nicht nachvollziehbar.
- 22 a) Die Beklagte betreibt ihren jährlich stattfindenden Christkindlesmarkt als öffentliche Einrichtung (§ 2 der Marktsatzung). Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch des Klägers in erster Instanz, über den Antrag, mit seinem Imbissstand zum Christkindlesmarkt zugelassen zu werden, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden, ist Art. 21 GO i.V.m. § 5 Abs. 1 und 3 der Marktsatzung. § 5 Abs. 3 der Marktsatzung bestimmt, dass sich die Erteilung von Zulassungen zum Markt am Gesamtbild und am Warensortiment des Marktes zu orientieren hat, wenn mehr Anträge eingehen als Bewerber zugelassen werden können. Bei der Zulassungsentscheidung sind nach dieser Vorschrift weiterhin Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Bewerber und die Attraktivität des Angebotes zu berücksichtigen.
- 23 Das Verwaltungsgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, dass bei einer Erschöpfung der Kapazität der öffentlichen Einrichtung der Bewerber um einen Marktstand ein subjektiv-öffentliches Recht auf fehlerfreie Ausübung des Auswahlermessens hat, d.h. darauf, dass 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 (VG Würzburg, Gerichtsbescheid v. 23.3.2010 – W 2 K 10.17 – juris Rn. 38 ff.) zu treffen hat. 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, worauf das Verwaltungsgericht ebenfalls zutreffend hingewiesen hat, aufgrund des Einschätzungsspielraums der Beklagten lediglich auf ein pflichtgemäßes Verwaltungshandeln dahingehend zu überprüfen, ob die Bewertung nachvollziehbar und schlüssig erfolgte, d.h. 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 B.v. 12.8.2013 – 22 CE 13.970 – juris).

- 24 Das Verwaltungsgericht hat bereits zutreffend bemängelt, dass die konkrete Bewertung der klägerischen Bewerbung bezüglich des Kriteriums „Leistungsfähigkeit“, hier „Umweltfreundlichkeit“, ermessensfehlerhaft gewesen ist. Der Kläger hat in seiner Bewerbung zur Umweltfreundlichkeit seines Angebots Angaben gemacht. Die Beklagte hat die Vergabe von (nur) 2% damit begründet, dass der Kläger keine bemerkenswerte Idee, die der Umwelt besonders diene, eingebracht habe. Ausgehend davon, dass kaum eine der anderen erfolgreichen Bewerbungen zu diesem Punkt Stellung bezogen hat, aber nahezu jede weitere Bewerbung höher als der Kläger bewertet worden ist, drängt sich die Willkürlichkeit der Vergabe von nur zwei Punkten auf. Es ist nicht nachvollziehbar, dass eine Bewerbung, die ausdrücklich zum Kriterium Umweltfreundlichkeit Stellung bezieht, schlechter gestellt wird als eine Bewerbung, die hierzu schweigt.
- 25 Der Kläger rügt insoweit zu Recht, dass diese Einschätzung des Verwaltungsgerichts auch auf die Bewertung anderer Kriterien, z.B. des Kriteriums „Preisgestaltung/Preismix“ übertragen werden muss. Auch dort erhielten andere Bewerbungen keinen Punktabschlag, obwohl sie zu „Preisgestaltung/Preismix“ keine Angaben machten.

- 26 Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts handelt es sich bei dem festgestellten Fehler bei der Bewertung nicht nur um einen isolierten Fehler ausschließlich bei der Bewertung des Klägers. Der aufgezeigte Fehler offenbart darüber hinausgehend ein im Vorfeld der Bewertung liegendes fehlerhaftes Verwaltungshandeln, das sich auch auf die Bewertungen anderer Bewerber und insbesondere auf die gerichtliche Nachprüfbarkeit auswirkt. Die Verwaltung der Beklagten muss nämlich nach den Vorgaben ihres Stadtrates und nach ihren eigenen hierzu aufgestellten „Unterpunkten“ nicht nur subjektive Attraktivitätsgesichtspunkte, sondern auch objektiv vorliegende Umstände überprüfen und bewerten. Ob ein Stand auf dem Christkindlesmarkt beispielsweise umweltfreundlich ist, ob er etwa Fair-trade-Produkte einsetzt, lässt sich anhand der objektiv beim jeweiligen Stand vorliegenden und vom jeweiligen Betreiber in der Bewerbung angegebenen Einrichtungen und Angebote überprüfen. Das Gleiche gilt für die für den künftigen Markt geplante Preisgestaltung des Angebots der einzelnen Händler. Für die Bewertung dieser Gesichtspunkte hat die Beurteilung auf zutreffender Tatsachenbasis zu erfolgen. Das Verwaltungshandeln der Beklagten für die Auswahlentscheidung des Jahres 2012 hat sich aber gerade in Bezug auf die in den Vorjahren bereits auf dem Markt vertretenen Standbetreiber nicht darauf beschränkt, vorhandene objektive Angaben oder belastbare Zusicherungen in den Bewerbungsunterlagen auszuwerten und einer Bewertung zuzuführen. Im Gegenteil sind, worauf das Verwaltungsgericht zu dem Kriterium „Leistungsfähigkeit/Umweltfreundlichkeit“ konkret hingewiesen hat, oftmals nur rudimentäre Bewerbungen ohne weitere nähere Angaben oder belastbare Zusicherungen bei der Beklagten eingegangen, die diese trotzdem positiv bewertet hat.
- 27 Die Beklagte hat hierzu angeführt, dass sie dabei das bei ihrem Marktmeister vorhandene Verwaltungswissen berücksichtigt habe. Dieser habe sein Wissen seit 2004 angesammelt. Es habe sich dabei gezeigt, dass sich bei den Ständen der bei früheren Märkten zugelassenen Standinhaber im Laufe der Jahre nur wenige Veränderungen ergeben hätten, zudem habe zu diesen Standbetreibern fortlaufend Kontakt bestanden.
- 28 Diese Ausführungen belegen, dass das Auswahlverfahren auf einer unzureichenden Tatsachengrundlage durchgeführt wurde. Abgesehen davon, dass der „fortlaufende Kontakt“ dem unzusammenhängenden Aktenkonvolut der Beklagten zur Auswahlentscheidung 2012 nicht zu entnehmen ist, übersieht die Beklagte, dass sich das sog. Verwaltungswissen des Marktmeisters, das in den Akten bis auf ein paar Fotos

von Ständen auf früheren Märkten ebenfalls nicht dokumentiert ist, nur auf Verhältnisse in der Vergangenheit, nämlich auf Verhältnisse auf früheren Christkindlesmärkten beziehen kann. Die Auswahlentscheidung ist jedoch für einen Markt zu treffen, der erst in der Zukunft, nämlich Monate nach der Auswahlentscheidung, stattfinden soll. Letztlich bewertet die Beklagte auf diese Weise in völlig intransparenter und weder für abgelehnte Bewerber noch für das Gericht nachvollziehbarer Weise kein eigentliches Verwaltungswissen, sondern lediglich eine Verwaltungsspekulation, die sich darauf bezieht, dass wohl die Stände der bisher zugelassenen Bewerber auch in Zukunft dem bisherigen Bild und Sachstand entsprechen werden. Denn weder wurde den Standbetreibern in den Bewerbungsformblättern eine Erklärung abverlangt, dass ihr bisher verwendeter Stand unverändert sei, noch ist dies schon nach dem eigenen Sachvortrag der Beklagten stets zu erwarten. Die Beklagte hat selbst vorgetragen, dass viele der Mitbewerber in den letzten Jahren ihren Stand umgestaltet, aufgewertet und das Erscheinungsbild verschönert hätten (wobei das, was ein Standbetreiber unter Verschönerung versteht, der Beklagten nicht unbedingt gefallen muss). Es liegt damit auf der Hand, dass schon nach den eigenen Feststellungen der Beklagten, aber auch nach der Lebenserfahrung wegen des Verschleißes, dem mobile Stände im Marktgeschehen ständig unterliegen, nicht einfach davon ausgegangen werden kann, dass die Marktstände unverändert bleiben. Die Beklagte hat damit, indem sie sich mit ungenügenden Angaben der früher zugelassenen Standinhaber begnügte, auf die Schaffung einer ausreichenden und nachprüfbaren tatsächlichen Grundlage für ihre Auswahlermessungsentscheidung verzichtet. Während sie von Neuberwerbern „belastbare Zusicherungen“ erwartet, lässt sie sich bei Wiederholungsbewerbern auf Bewerbungen ein, die gar keine Zusicherungen enthalten. Wenn ein solcher Stand ihr wider Erwarten nicht gefiele, müsste sie, wie das der Marktmeister der Beklagten in der mündlichen Verhandlung bekundet hat, versuchen, den Stand mit Mitteln des Sofortvollzuges vom Markt zu entfernen, wenn der Bewerber das Erscheinungsbild nicht kurzfristig nachbessert. In der Praxis bedeutet dies, dass bei Wiederholungsbewerbern im Zweifel (angesichts der in einem solchen Fall zu erwartenden schlechteren Bewertung im nächsten Jahr) nachgebessert würde, während Neubewerber mit einem gleichwertigen Angebot bereits an der Zulassungshürde scheitern würden.

- 29 Wenn die Beklagte Verwaltungswissen verwerten und damit zur Grundlage der Auswahlentscheidung machen will, hat sie das bei ihrer Bewertungsentscheidung in angemessener Weise zu dokumentieren (vgl. VG Bremen, B.v. 2.10.2012 – 5 V

1031/12 – juris Rn. 21) und damit auch objektiv nachprüfbar zu machen. Nachdem dies bei einer Vielzahl von objektiv zu bewertenden Punkten (vgl. z.B. Dekoration, technische Ausstattung der Stände, Art der Müllbehälter, Art des verwendeten Geschirrs, Vorhandensein und Art der LED-Beleuchtung, Anzahl der erforderlichen Transportfahrten, Art der verwendeten Betriebsstoffe und Spülmittel, Typ der Spülmaschine, Vorhandensein einer einheitlichen Arbeitskleidung, Sprachkenntnisse des Personals, Preisgestaltung der Produkte etc.) bei fehlenden Angaben der Bewerber hierzu unpraktikabel ist, hat die Rechtsprechung akzeptiert, wenn auswählende Behörden nur auf das von Bewerbern tatsächlich schriftlich vorgelegte und damit aktenkundig dokumentierte Material abstellen (OVG NW, U.v. 27.5.1993 – 4 A 2800/92 – NVwZ 1994, 157; BayVGH, U.v. 15.3.2004 – 22 B 03.1362 – juris Rn. 40; VGH BW, U.v. 27.2.2006 – 6 S 1508 – juris Rn. 34). Die Praktikabilität dieses Vorgehens liegt darin, dass die Beklagte dann nicht mehr darauf angewiesen ist, fehlende oder fehlerhafte Angaben einer Vielzahl von Bewerbern nachzubessern, zu verifizieren (vgl. zu einem solchen Fall BayVGH, B.v. 12.7.2011 – 4 CS 11.1200 – juris Rn. 15: Korrektur einer fehlerhaften Angabe in einer Bewerbung nach telefonischer Rückfrage durch die Verwaltung) und zur Gewährleistung einer transparenten Auswahlentscheidung auch von sich aus zu dokumentieren.

- 30 Die Auswahlentscheidung ist daher insgesamt auf einer nicht hinreichenden Tatsachengrundlage erfolgt, die fehlende Dokumentation des von der Beklagten so bezeichneten „Verwaltungswissens“ eines ihrer Mitarbeiter macht die ganze Auswahlentscheidung intransparent und auch eine gerichtliche Nachprüfung nahezu unmöglich. Aus den von der Beklagten vorgelegten unzusammenhängenden Einzelgeheften ist wegen des Fehlens der objektiven Angaben die Auswahlentscheidung der Beklagten anhand der insoweit unbegründeten „Bewertungsbögen“ nicht nachzuvollziehen. Angesichts der Grundrechtsrelevanz der von der Beklagten vorzunehmenden Auswahlentscheidung und der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG führt diese Vorgehensweise zur Rechtswidrigkeit des Ablehnungsbescheides. Damit ist allerdings nicht ausgesagt, dass der Kläger 2012 bei sachgerechter Erhebung der objektiven Bewertungsgrundlagen eine Zulassung zum Markt auch tatsächlich hätte erhalten müssen. Denn bei fehlerhafter Handhabung der Bewerberauswahl, die einen Nachvollzug der behördlichen Entscheidung vereitelt, kann der Betroffene grundsätzlich nur verlangen, dass die Auswahlentscheidung in rechtskonformer Weise erneut durchgeführt wird (BayVGH B.v. 12.8.2013 – 22 CE 13.970 – juris Rn. 36).

- 31 b) Unabhängig von dem beschriebenen generellen Mangel des Auswahlverfahrens ist der Kläger mit seiner Bewerbung auch beim Kriterium der „Zuverlässigkeit“ entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts fehlerhaft bewertet worden. Bei diesem Kriterium hat die Verwaltung der Beklagten einen Bewertungspunkt abgezogen, weil der Kläger bei Gesprächen über eine Zulassung zum Christkindlesmarkt 2011 ein Vergleichsangebot der Beklagten nicht angenommen habe. Er habe damit nicht alles in seiner Macht Stehende unternommen, um auf dem Markt präsent zu sein, was zu einem Punktabzug beim Kriterium der Zuverlässigkeit führe. Eine derartige Bewertung ist willkürlich, weil die Beklagte von Bewerberpflichten ausgeht, die so nicht existieren. Die Beklagte meint offenbar, dass jeder Bewerber ihre Vergleichsvorschläge stets annehmen muss. Ihre Vermutung, dass jeder andere Bewerber das Angebot der Stadt vorbehaltlos angenommen hätte, kann einen Punktabzug beim Kläger jedenfalls nicht rechtfertigen. Der Kläger hat plausibel vorgetragen, dass ihm zum einen der damals von der Beklagten angebotene Platz finanziell nicht als attraktiv erschien und er zum anderen relativ kurz vor dem damaligen Marktbeginn unüberwindbare Schwierigkeiten bei der Herstellung eines eigenen Verkaufstandes sah. Das damalige Angebot der Beklagten erfolgte offenbar außerhalb des regulären Zulassungsverfahrens weit nach der Zulassung der anderen Bewerber. Es ist damit nicht mit einem Fall vergleichbar, in dem etwa ein schon zugelassener Bewerber ohne nachvollziehbare Gründe kurz vor Marktbeginn abspringt und die Beklagte damit in die Schwierigkeit bringt, kurzfristig noch einen anderen einsatzbereiten und leistungsfähigen Standbetreiber zu erreichen. Das von der Beklagten seinerzeit erst im Oktober gemachte Angebot durfte der Kläger daher selbstverständlich aus wirtschaftlichen Gründen ablehnen, ohne dass die Beklagte daraus das Recht ableiten könnte, den Kläger bei künftigen Veranstaltungen als weniger zuverlässig anzusehen.
- 32 c) Da bereits aus den oben unter a) und b) aufgeführten Gründen die Ablehnung der klägerischen Bewerbung materiell rechtswidrig war und mit der daraus resultierenden gerichtlichen Feststellung das Rechtsschutzziel der Klage erreicht ist, kommt es auf die zahlreichen weiteren von der Klägerseite problematisierten Aspekte der Auswahlentscheidung nicht mehr entscheidungserheblich an.

- 33 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 und Abs. 3, § 162 Abs. 3 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht nach § 167 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 11 und 711 ZPO.
- 34 4. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil keine der Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO vorliegt.

Rechtsmittelbelehrung

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

vollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

37 Dr. Zöllner

Dr. Wagner

Dr. Peitek

38

Beschluss:

39 Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 8.700 Euro festgesetzt (§§ 47 Abs. 1, 52 Abs. 1 GKG i.V.m. Nr. 54.5 und 1.3 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ 2004, 1327).

40 Dr. Zöllner

Dr. Wagner

Dr. Peitek