



Ausfertigung

VERWALTUNGSGERICHT MAGDEBURG

- 3. Kammer -

Aktenzeichen: **3 B 205/10 MD**

Beschluss

in der Verwaltungsrechtssache

des

Antragstellers,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Thomas Schalt,
Dreikönigstraße 12, 79102 Freiburg

g e g e n

die **Landeshauptstadt Magdeburg**, vertreten durch den Oberbürgermeister,
Alter Markt, 39104 Magdeburg,

Antragsgegnerin,

beigeladen:

1.

2.

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Kropp, Endler und Rasch,
Sternstraße 33, 39104 Magdeburg -

3.

4.

5. **Gesellschaft zur Durchführung der Magdeburger Weihnachtsmärkte mbH**,
vertreten durch den Geschäftsführer, Schönebecker Straße 11-13, 39104 Magdeburg

w e g e n

vorläufigen Rechtsschutzes im Marktrecht.

Das Verwaltungsgericht Magdeburg - 3. Kammer - hat am 27.10.2010 beschlossen:

Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes wird abgelehnt.

Der Beschluss vom 13.7.2010 wird für gegenstandslos erklärt.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen zu 2., die für erstattungsfähig erklärt werden.
Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1., 3., 4. und 5. tragen diese jeweils selbst.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 11.700,- € festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Antragsteller ist Schausteller und Marktkaufmann. Er begehrt im Wege der einstweiligen Anordnung seine Zulassung zu dem vom 22.11.-30.12. stattfindenden Magdeburger Weihnachtsmarkt 2010 mit einer Doppelstockgastronomie in Form einer Weihnachtspyramide.

Der Magdeburger Weihnachtsmarkt wurde Anfang der 90er Jahre vom Verein Selbständiger Markt- und Messereisender e.V. (VSG) als privater Betreiber durchgeführt. Ab 1997 veranstaltete eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus der VSG und der Interessengemeinschaft Innenstadt e.V., den Weihnachtsmarkt. Auf Stadtratsbeschluss vom 6.7.2000 hat die Antragsgegnerin im Jahr 2002 die Beigeladene zu 5. gegründet, in der sie eine Mehrheit von 52 % besitzt. Die übrigen Gesellschafter der Beigeladenen zu 5. sind zu je 12 % der VSG, die IG Innenstadt e.V., der Magdeburger Schaustellerverein e.V. und die Arbeitsgemeinschaft Pro M(agdeburg).

Die Antragsgegnerin hat den Magdeburger Weihnachtsmarkt als Veranstaltung nach § 69 GewO festgesetzt. Er wird durchgeführt durch die Beigeladene zu 5. nach Maßgabe ihrer Richtlinien, die Vorgaben bezüglich des Veranstaltungszwecks, der Betriebsarten, der zugelassenen Verkaufseinrichtungen, des Belegungskonzepts, der Ausschreibung, der Anforderungen an Bewerbungen, Auswahlkriterien für die Zulassung und Vertragsschlussangelegenheiten festlegen. In einer Anlage zu den Richtlinien ist das Auswahlkriterien- und Benotungssystem erläutert. Der Stadtrat der Antragsgegner-

rin beschloss hierzu in seiner Sitzung am 3.5.2005 Auswahlkriterien zur Ausübung des Auswahlermessens gem. § 70 GewO für die Durchführung von Märkten und Volksfesten in der Landeshauptstadt Magdeburg, welche unmittelbar bzw. mittelbar durch die Landeshauptstadt Magdeburg durchgeführt werden, und legte Vorgaben fest (Veranstaltungskonzept, Benotungssystem). Hierbei ist der Weihnachtsmarkt der Beigeladenen zu 5. ausdrücklich erwähnt (S. 3 der Begründung).

Zum Bewerbungsschluss für den Weihnachtsmarkt 2010 wurde erstmals die Vergabe eines Zulassungsplatzes für eine Doppelstockgastronomie ausgeschrieben.

Rechtzeitig vor dem Bewerbungsschluss am 30.4.2010 bewarben sich folgende Betriebe um den zuzulassenden einen Stellplatz für die Doppelstockgastronomie:

- der Antragsteller mit einer Weihnachtspyramide der Größe 10 m x 11,5 m x 20 m. In der Erdgeschosebene wird Glühwein ausgeschenkt. In der 1. Etage können auf 40 m² Gruppen in ca. 5 m Höhe einen Gastraum mit ca. 40 Sitzplätzen nutzen. Die Etage sei nicht für Publikumsverkehr (Laufpublikum), sondern nur auf Vorbestellung für Familien, Freundeskreise, Betriebs- oder Vereinsgruppen zu nutzen. Die Aussichtsplattform in ca. 8 m Höhe sei für besondere Attraktionen (Besucherguppen auf Stadtführung, Chöre, Sänger) nutzbar.
- die Beigeladene zu 1. mit einer Weihnachtspyramide der Größe 7,5 m x 8,75 m x 13 m mit 20 Sitzplätzen im Obergeschoss
- der Beigeladene zu 2. mit einem doppelstöckigen Blockhaus der Größe 12 m x 7,5 m x 5,5 m mit öffentlichem Gastraum und bis zu 100 Sitzplätzen im Obergeschoss
- die Beigeladene zu 3. mit einer Alpenhütte der Größe 10 m x 6 m x 6,50 m mit öffentlichem Gastraum und 60 Sitzplätzen im Obergeschoss.
- die Beigeladene zu 4. mit einer Blockhütte der Größe 9 m x 7,5 m x 6 m.

Die Bewertungskommission der Beigeladenen zu 5. setzt sich zusammen aus 7 Bewertern: 1 Verwaltungsmitarbeiter, 1 Stadtrat (gleichzeitig städtischer Vertreter in der Gesellschafterversammlung), der Geschäftsführer der Beigeladenen zu 5. und je 1 Vertreter der weiteren Gesellschafter. Die Bewerter gaben ihre Benotungen in den 3 Kategorien

- Attraktivität des Angebots,
- Gesamteindruck des Standes und
- weihnachtliche Dekoration

ab und legten ihre Entscheidung der Gesellschafterversammlung vor, die in ihrem Beschluss vom 3.6.2010 dem Votum der Bewertungskommission folgte. Demnach hatte der Beigeladene zu 2. als Erstplatzierter 37 Punkte und der Antragsteller lediglich 20 Punkte erzielt. Mit Schreiben vom 7.6.2010 teilte die Beigeladene zu 5. dem Antragsteller mit, sie habe einem anderen Bewerber einen Vertrag angeboten und die

Bewerbung des Antragstellers auf die Warteliste gesetzt. Der Antragsteller forderte daraufhin von der Beigeladenen zu 5. in seinem Schreiben vom 9.6.2010, das unbeantwortet blieb, einen rechtsmittelfähigen Bescheid.

Am 24.6.2010 hat der Antragsteller um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird analog § 117 Abs. 3 Satz 2 VwGO auf die Antragschrift sowie die Schriftsätze vom 24.8.2010, 30.8.2010, 31.8.2010, 22.9.2010 und 19.10.2010 verwiesen.

Am 29.6.2010 schlossen die Beigeladenen zu 2. und zu 5. einen Vertrag zur Zulassung zum Weihnachtsmarkt für das Jahr 2010.

Der Antragsteller trägt vor: Er sei seit 2003 auf dem Magdeburger Weihnachtsmarkt vertreten und bekannt und bewährt. Nach einem Vorgespräch mit dem Beigeordneten Platz der Antragsgegnerin sei für dieses Jahr die zusätzliche Kategorie Doppelstockgastronomie eingeführt worden. Das mit Herrn Platz geführte Vorgespräch müsse berücksichtigt werden. Er habe daraufhin ausschließlich für den Magdeburger Weihnachtsmarkt die Pyramide in Auftrag gegeben und 200.000 € investiert. Die Pyramide würde ein erkennbares Highlight auf dem Markt sein. Die Beigeladene zu 5. sei nicht befugt, über die Zulassungen zu entscheiden. Das obliege ausschließlich dem Gemeinderat bzw. einem Ausschuss des Rates. Die Zulassungsentscheidung könne nur durch einen Verwaltungsakt getroffen werden. Die Beigeladene zu 5. habe sich auf organisatorische Fragen zu beschränken. Das Zulassungsverfahren sei daher rechtswidrig. Die Bewertung lediglich mit 20 Punkten und einem hinteren Platz der Warteliste sei sachfremd, willkürlich und nicht nachvollziehbar. Seine Bewerbungsunterlagen seien nicht hinreichend gewürdigt worden. Schon die Einteilung der einzelnen Branchen im Zulassungsplan sei problematisch. Für die Beigeladene zu 1. sei ein eigener Zulassungstitel „Glühwein-Pyramide“ geschaffen worden, obwohl diese nicht annähernd so attraktiv sei wie seine Weihnachts-Pyramide. Die Pyramide habe ein Prüfbuch und erfülle alle bauordnungsrechtlichen Voraussetzungen, die erst bei der Aufstellung vorliegen müssten. Ein zweiter Rettungsweg werde dann vorhanden sein. Eine Nutzungsfreigabe werde zu erteilen sein. Der zweite Rettungsweg müsse nicht bereits zum Zeitpunkt der Bewerbung vorliegen. Bauordnungsrechtliche Fragen seien an keiner Stelle Bestandteil der Entscheidung für ein Vertragsangebot gewesen, wie ihm ein Mitglied der Bewertungskommission erklärt habe. Im Hinblick auf die vorgegebenen Bewertungskriterien seien die Ausführungen der Antragsgegnerin zur Höhe der Pyramide sowie der Grundflächengröße irrelevant. Weitergehende als die drei vorgegebenen Bewertungskriterien mit in die Zulassungsentscheidung einzubeziehen, obliege allein der Gesellschafterversammlung, möglicherweise auch dem Hauptgesellschafter, keinesfalls aber dem Oberbürgermeister allein oder seiner Stadtverwaltung. In der Gesellschafterversammlung sei jedoch über die Frage, ob die Höhe der Pyramide wegen des Übertragens der Tanne das Gesamtbild des Marktes negativ beeinflusse, gar nicht diskutiert worden. Diese Frage sei nicht Bestandteil des Zulassungsverfahrens gewesen. Vielmehr sei sogar diskutiert worden, die Tanne einzusparen und an dieser Stelle

die ausgesprochen weihnachtstypische Pyramide zu platzieren. Im Übrigen sei auch das Riesenrad Landwehrmann höher als die Weihnachtstanne und von der Grundfläche weit größer als die Pyramide. Auch über die Grundfläche sei in der Gesellschafterversammlung gar nicht diskutiert worden. Die Pyramidengrundfläche sei auch nur unwesentlich größer als die Fläche des Blockhauses des Beigeladenen zu 2. Die Pyramide habe aber einen wesentlich besseren Werbewert für den Weihnachtsmarkt. Die Nutzung der 2. Etage der Pyramide stelle keinen Nachteil dar. Er, der Antragsteller, sei flexibel und biete an, allen Besuchern auch die 2. Etage zugänglich zu machen. Eine einstweilige Anordnung müsse zur wirksamen Erlangung von Rechtsschutz ergehen. Dies sei auch noch nach Vertragsunterzeichnung möglich, da der Vertrag rückgängig gemacht werden könne. Nach seinen Informationen sei der Vertrag erst nach Bekanntwerden des einstweiligen Anordnungsantrages ausgefertigt und rückdatiert worden.

Der Antragsteller beantragt,

1. die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu verpflichten, ihn mit einer Weihnachtspyramide der Größe 10 m x 11,5 m x 20 m zum Magdeburger Weihnachtsmarkt zuzulassen,

hilfsweise,

2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, über seinen Antrag, mit einer Weihnachtspyramide der Größe 10 m x 11,5 m x 20 m zum Magdeburger Weihnachtsmarkt zugelassen zu werden, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden,
3. die Zulassungsbescheide zum Magdeburger Weihnachtsmarkt der Mitbewerber

werden aufgehoben.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Die Antragsgegnerin erwidert: In dem Vorgespräch mit Herrn Platz seien keinerlei Zusagen gegeben worden. Auf die Initiative hin habe Herr Platz in der Gesellschafterversammlung angeregt, für vergleichbare Bewerbungen Raum zu schaffen. Dem sei

Rechnung getragen worden, indem die Versammlung am 18.2.2010 beschlossen habe, eine eigene neue Betriebsart Doppelstockgastronomie zu schaffen. Die Bewerber seien in ihrer Beurteilung neutral, da sie selbst keine Stände auf dem Markt und keine eigenen Interessen hätten. Über die Zulassung selbst entscheide die Gesellschafterversammlung anhand der vorgegebenen Ranglisten. Die Gesellschafterversammlung könne in bestimmten Fällen eigene Erwägungen zu einzelnen Bewertungen anstellen. Der Antragsteller habe in der Bewertungskommission eine Bewertung von 20 Punkten erhalten und stehe in der Warteliste auf Platz 5. Dem sei die Gesellschafterversammlung gefolgt. Eine Doppelstockgastronomie solle einen besonderen Anziehungspunkt auf dem Markt darstellen. Die Pyramide sei sicherlich grundsätzlich ein attraktives Geschäft. Die Bewerbung des Antragstellers weise aber Aspekte auf, die gegen eine gute Bewertung sprächen. Mit der Höhe von 20 m überrage die Pyramide die Magdeburger Weihnachtstanne, die 16 m hoch sei, deutlich und stelle diese als Kernstück des Marktes in den Schatten. Dies beeinträchtige das Gesamtbild des Marktes. Die Grundfläche der Pyramide von 115 m² sprengte den Rahmen anderer Gastronomiestände. Der Weihnachtsmarkt gewinne jedoch an der Kleinteiligkeit der einzelnen Geschäfte. Die Beigeladenen zu 1.-4. hätten sich mit wesentlich kleineren Flächen beworben (63,75 m², 90 m², 60 m², 67,5 m²). Der Alte Markt samt den genutzten Randflächen für Großgeschäfte besitze nicht die entsprechenden Dimensionen. Größer sei in diesem Zusammenhang nicht automatisch besser. Die in der Bewerbung aufgeführte Nutzung der 2. Etage sei als Nachteil bewertet worden. Dem Gesamteindruck des Geschäftes schade es, dass die Etage nur auf Bestellung zugänglich sei. Wenn die Etage nicht spontan genutzt werden könne, sei dies für Besucher unattraktiv und hinterlasse keinen positiven Eindruck. Durch das angebotene Nutzungskonzept in der Bewerbung des Antragstellers werde der Aspekt, den Besuchern die Möglichkeit einzuräumen, in angenehmer Atmosphäre das unten stattfindende Weihnachtsmarkttreiben zu betrachten, nur zeitweilig umgesetzt. Die Bewerbung des Beigeladenen zu 2. sei deshalb deutlich besser ausgefallen. Außerdem könne nach Aussagen ihrer Feuerwehr das Geschäft des Antragstellers keine Nutzungsfreigabe erhalten, da es am hierfür erforderlichen zweiten Rettungsweg für die Besucher fehle. Ohne diesen zusätzlichen zweiten Rettungsweg sei die Nutzung der 2. und 3. Etage nicht möglich.

Der Beigeladene zu 2. beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Er trägt vor: Der Antragsteller sei mit seinem Eilantrag zu spät gekommen, weil der Vertrag bereits geschlossen und der Platz vergeben sei, wodurch sich die Sache erledigt habe. Der Platz könne nicht doppelt vergeben werden, so dass der Antragsteller etwas rechtlich Unmögliches verlange. Die Voraussetzungen für eine Vorwegnahme der Hauptsache lägen nicht vor. Unzumutbare Nachteile des Antragstellers seien nicht glaubhaft gemacht. Mit seinem Anspruch könne der Antragsteller auch deshalb nicht durchdringen, weil das Ermessen der Antragsgegnerin nicht dahingehend auf Null reduziert sei, dass allein der Antragsteller die Anforderungskriterien für die Zulassung

der einzigen Doppelstockgastronomie erfülle und die Beigeladenen zu 1.-4. nicht. Das Vorbringen des Antragstellers werde bestritten. Mit Doppelstockgastronomie sei gemeint, dass eine für jedermann zugängliche Gastronomie nicht nur im Erdgeschoss, sondern auch im Obergeschoss stattfinde. Das sei beim Antragsteller nach dessen eigenem Konzept, mit dem er sich beworben habe, nicht der Fall. Seine Schlechterbewertung sei deshalb völlig nachvollziehbar.

Die Beigeladenen zu 1., 3., 4. und 5. haben Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Sie stellen keinen Antrag.

Wegen der näheren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der als beigezogener Verwaltungsvorgang von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen Bezug genommen. Die Unterlagen waren Gegenstand der Entscheidungsfindung.

II.

Der Antrag hat keinen Erfolg.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann eine einstweilige Anordnung erlassen werden, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind 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 (§ 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO). Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sind vom Antragsteller gem. § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 920 Abs. 2, 294 Abs. 1 ZPO glaubhaft zu machen.

Der Antrag nach § 123 VwGO ist statthaft, da der Antragsteller im Kern ein vorläufiges Verpflichtungsbegehren geltend macht. Das sonst grundsätzlich bestehende Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache im einstweiligen Rechtsschutzverfahren steht dem Antrag wegen des Zeitmoments (s.u.) und des zu befürchtenden irreparablen Rechtsverlusts nicht entgegen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.8.2002, NJW 2002, 3691, Rz. 18).

Der Rechtsweg zum Verwaltungsgericht ist gegeben. Gem. § 68 Abs. 1 GewO ist ein Spezialmarkt eine im allgemeinen regelmäßig in größeren Zeitabständen wiederkehrende, zeitlich begrenzte Veranstaltung, auf der eine Vielzahl von Anbietern bestimmte Waren feilbietet. Gem. § 69 Abs. 1 Satz 1 GewO hat die zuständige Behörde auf Antrag des Veranstalters eine Veranstaltung, die die Voraussetzungen u.a. des § 68 GewO erfüllt, nach Gegenstand, Zeit, Öffnungszeiten und Platz für jeden Fall der Durchführung festzusetzen. Der Magdeburger Weihnachtsmarkt ist ein von der Antragsgeg-

nerin gem. § 69 festgesetzter und von der Beigeladenen zu 5. veranstalteter Spezialmarkt. Hinter der Beigeladenen zu 5., die formal als Veranstalter des Weihnachtsmarktes auftritt, steht die Antragsgegnerin als Kommune, die sich ihren maßgeblichen Einfluss auf Form und Inhalt des Weihnachtsmarktes durch Ratsbeschlüsse, Gründungsakt und Mehrheitsbeteiligung sowie personelle Besetzung gesichert hat. Nach den Grundsätzen der Zwei-Stufen-Theorie (vgl. Weißenberger, Die Zweistufentheorie im Wirtschaftsverwaltungsrecht, GewArch 2009, 417, 418 ff.; Braun, Zulassung auf Märkten und Veranstaltungen, NVwZ 2009, 747, 748; a.A. Hilderscheid, Passivlegitimation und Rechtsweg bei Klagen auf Zulassung zu festgesetzten Veranstaltungen, GewArch 2008, 54 und VG Neustadt, Beschl. v. 17.6.2008, GewArch 2008, 361) bleibt es dem Antragsteller daher unbenommen, seine Zulassung zum Weihnachtsmarkt gegenüber der Antragsgegnerin im einstweiligen verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltend zu machen, zumal die Beigeladene zu 5. die ihr verliehenen Befugnisse im Unterschied zu den Fällen des VG Stuttgart (NVwZ 2007, 614: Generalunternehmer vom Veranstalter mit der Durchführung des Marktes beauftragt) und des Offenbacher Weihnachtsmarktes (vgl. hierzu BVerwG, Ur. v. 27.5.2009, GewArch 2009, 484) nicht einem Dritten übertragen hat. Gegen diese Art der Marktdurchführung hat das Gericht keine Bedenken. Anders als Offenbach hat Magdeburg den Weihnachtsmarkt nicht „über Jahrzehnte selbst veranstaltet“ (vgl. BVerwG, a.a.O.). Bis 1989 gab es weder private Gewerbefreiheit noch Marktfreiheit, noch kommunale Selbstverwaltung. Die vorweihnachtszeitlichen Jahrmärkte wurden vielmehr von den örtlichen staatlichen Stellen der DDR durchgeführt. In den 90er Jahren wurde der Magdeburger Weihnachtsmarkt von privaten Veranstaltern durchgeführt und erst mit der Gründung der Beigeladenen zu 5. zumindest teilweise in kommunale Verantwortung übernommen. Die Antragsgegnerin hat sich hierbei nach Auffassung der Kammer zulässiger Formen der funktionellen Privatisierung bedient. Sie hat sich nicht der Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft (Durchführung eines traditionellen Weihnachtsmarktes im Rahmen der Daseinsvorsorge) entledigt. Sie hat sich auch nicht ihrer gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume begeben, sondern sich gegenüber der Beigeladenen zu 5. Steuerungsmöglichkeiten vorbehalten (vgl. BVerwG, Ur. v. 27.5.2009, a.a.O.). Unter diesen Umständen kommt der Mitteilung der Beigeladenen zu 5. an den Antragsteller vom 7.6.2010, dass man sich dort nicht für seine Bewerbung ausgesprochen habe, keine die grundsätzliche Zulassungsmöglichkeit durch die Antragsgegnerin hindernde Bedeutung zu.

Dem Antrag fehlt durch den von der Beigeladenen zu 5. mit dem Beigeladenen zu 2. am 29.6.2010 abgeschlossenen Vertrag nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Denn entgegen der Ansicht des Beigeladenen zu 2. verlangt der Antragsteller insoweit nichts rechtlich Unmögliches. Auch hat sich der Antrag durch den Vertragsschluss nicht erledigt, da sowohl das öffentliche als auch das private Recht Instrumente zur Rückabwicklung bereithalten (vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.8.2002, NJW 2002, 3691).

Der Antragsteller hat zwar einen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO erforderlichen Anordnungsgrund (besondere Dringlichkeit) glaubhaft gemacht, denn die Aufstellungsvorbereitungen für den am 22.11.2010 beginnenden

Magdeburger Weihnachtsmarkt stehen für die teilnehmenden Schausteller in Kürze bevor (s.o.: Zeitmoment), und Rechtsschutz in der Hauptsache wäre bis dahin aller Voraussicht nach nicht zu erlangen.

Der Antragsteller hat aber einen nach den eingangs zu II. genannten Grundsätzen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO erforderlichen Anordnungsanspruch auf eine (vorläufige) Zulassung zum Magdeburger Weihnachtsmarkt 2010 mit einer als Doppelstockgastronomie ausgebauten 20 m hohen Weihnachtspyramide nicht glaubhaft gemacht.

Rechtsgrundlage für den Anspruch ist § 70 GewO, dessen Grundsätze von allen Marktveranstaltern – auch privaten Veranstaltern wie der Beigeladenen zu 5. – zu beachten sind (vgl. Weißenberger, a.a.O., S. 418). Gem. § 70 Abs. 1 GewO ist jedermann, der zum Teilnehmerkreis der nach § 69 GewO festgesetzten Veranstaltung gehört, nach Maßgabe der für alle Veranstaltungsteilnehmer geltenden Bestimmungen zur Teilnahme an der Veranstaltung berechtigt. Nach § 70 Abs. 3 GewO kann der Veranstalter aus sachlich gerechtfertigten Gründen, insbesondere wenn der zur Verfügung stehende Platz nicht ausreicht, einzelne Aussteller oder Anbieter von der Teilnahme ausschließen. Die Voraussetzungen des § 70 Abs. 3 GewO sind im vorliegenden Fall nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes lediglich gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage aller Voraussicht nach gegeben.

Die Antragsgegnerin hat nicht die gesamte Innenstadt zur Weihnachtsmarktfläche erklärt, sondern sich bei der gem. § 69 GeWO erfolgten Festsetzung des Platzes auf den Bereich um den Alten Markt und die umliegenden Örtlichkeiten beschränkt. Im Hinblick auf die Vielzahl der Bewerber und die Vielfalt des Angebots einerseits, andererseits die Überschaubarkeit und daher Begrenzung der Weihnachtsmarktfläche hat das Gericht keine Bedenken, dass für die erstmals neu geschaffene Möglichkeit der Zulassung einer Doppelstockgastronomie nur ein Platz zur Verfügung gestellt wird.

Im Hinblick auf die vom Antragsteller und den Beigeladenen zu 1.-4. vollständig, ordnungsgemäß und fristgerecht abgegebenen Bewerbungen war dieser eine Platz unter den zur Verfügung stehenden Teilnahmeinteressenten zu vergeben. Da auch der Antragsteller sich ausdrücklich diesem Bewerbungsverfahren unterworfen hat, kann er sich nicht mit Erfolg dagegen wenden, dass die Beigeladene zu 1. mit ihrer „Glühwein-Pyramide“ eine Zulassung zum Markt erhalten hat, denn diese erfolgte nicht in Konkurrenz zur Bewerbung des Antragstellers im Bereich Doppelstockgastronomie, sondern als eigene Untergruppe „B 2“ im Bewerbungssegment „Betriebsart B: Ausschank“. Dass diese Untergruppe extra für die Beigeladene zu 1. geschaffen worden wäre, ist nicht ersichtlich.

Bei der Zulassung zum Markt muss die Auswahl nach sachgerechten Kriterien getroffen werden. Der durch die Antragsgegnerin vorgegebene Maßstab

- Attraktivität des Angebots,
- Gesamteindruck des Standes und
- weihnachtliche Dekoration

entspricht dieser Intention. Das Auswahlverfahren muss darüberhinaus transparent sein (vgl. VG Hannover, Beschl. v. 31.10.2008 - 11 B 4885/08 -, zit. nach juris). Das hier zu beurteilende Auswahlverfahren wird diesen Maßgaben gerecht. Sieben Bewerber der Beigeladenen zu 5. haben ihre Benotungsbögen abgegeben und die für die Punktzahl zugrundeliegenden Einzelbewertungen in jeweils allen drei Kategorien vorgenommen. Ist ein Bewerber nach Durchsicht der eingegangenen Bewerbungsunterlagen auf einen persönlichen Favoriten festgelegt, steht es ihm frei, diesem 3 x die Bestnote „1“ zu geben und allen Konkurrenten jeweils 3 x ein „mangelhaft“. Sind mehrere Bewerber dieser Ansicht, liegt es in der Natur der Sache, dass allein dadurch ein Mitbewerber eine ungewöhnlich schlechte Benotung und damit bei der Umrechnung eine zu geringe Punktzahl erreicht, um den Zuschlag zu erhalten. Dies ist aber systembedingt durch die zulässige Differenzierung in drei Bewertungskriterien und die „Schulnoten“-Vergabe durch die 7-köpfige Jury. Eine unzulässige fehlende Transparenz liegt darin nicht, zumal theoretisch jeder Bewerber gleichermaßen betroffen ist.

Der Antragsteller hat nicht glaubhaft gemacht, dass außerhalb der – sachgerechten – Vorgaben weitere, nicht den Kriterien

- Attraktivität des Angebots,
- Gesamteindruck des Standes und
- weihnachtliche Dekoration

entsprechende Gesichtspunkte bei der Bewertung eine Rolle gespielt haben. Zwar hat die Antragsgegnerin dem Vorhaben des Antragstellers mehrere Aspekte entgegengehalten, die sich nicht den vorgegebenen Maßstäben zuordnen lassen. Dies betrifft sowohl die Höhe der Pyramide im Vergleich zur Weihnachtsmarkttanne als auch die Grundfläche der Pyramide im Vergleich zur Grundfläche der Doppelstockbauten der Beigeladenen zu 1.-4. Die Antragsgegnerin mag in ihrer Funktion als Kommune und gem. § 69 GewO zuständige Festsetzungsbehörde mehr auf die Gesamtmaßstäblichkeit, Ausgewogenheit und insgesamt noch zu erhaltende Kleinteiligkeit des Weihnachtsmarktes bedacht sein. Um zulässige Auswahlkriterien handelt es sich gleichwohl hierbei ebensowenig wie bei der Frage der bauordnungsrechtlichen Zulässigkeit. Wenngleich die Antragsgegnerin in ihrer Antragserwiderung auf diese Argumente den Schwerpunkt ihres Begründungsschriftsatzes gelegt hat, vermag die Kammer nicht zu erkennen, dass diese Umstände für die geringe Punktzahl des Antragstellers ausschlaggebend gewesen sein könnten, zumal der Antragsteller selbst vorträgt, dass die Diskussion der Bewertungskommission bei der Notenvergabe diese Fragen nicht zum Inhalt gehabt habe. Letzteres wird auch deutlich durch das von der Antragsgegnerin mit Datum vom 29.6.2010 nachgereichte Schreiben ihrer Berufsfeuerwehr, die brand-

schutzrechtliche Bedenken gegen die Pyramide geltend macht, ohne dass dies bereits Gegenstand der Beratung in der Bewertungskommission gewesen sei. Mithin obliegt es dem unternehmerischen Risiko eines jeden Marktbeschickers, sich nur mit Projekten zu bewerben, deren fliegende Bauten im maßgeblichen Zeitpunkt der – sinnvollerweise frühzeitig zu koordinierenden – Abnahme ein Prüfbuch erhalten haben und allen bauordnungsrechtlichen Anforderungen gerecht werden.

Willkürfrei wird gegen das Vorhaben des Antragstellers eingewandt, der Beigeladene zu 2. habe deshalb den Vorzug erhalten, weil er auf geringerer Grundfläche ein volles und für die gesamte Öffentlichkeit zugängliches 2. Gastronomiegeschoss mit größter Sitzplatzzahl bereithalte und daher das attraktivste Angebot mit dem besten Gesamteindruck unterbreite habe. Dies unterfällt den fraglos subjektiven Bewertungsmerkmalen „Attraktivität“ und „Gesamteindruck“.

Das Gericht darf sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle des dazu berufenen Gremiums, der Bewertungskommission, setzen und seine ästhetischen Anschauungen nicht denjenigen der Auswahljury, der ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt, vorziehen.

Dem Vorgespräch des Antragstellers mit dem Beigeordneten Platz der Antragsgegnerin kommt für eine Zulassung des Antragstellers zum Markt keine eigenständige Bedeutung zu, zumal eine schriftliche Zusage i.S.v. § 1 VwVfG LSA i.V.m. § 38 VwVfG zugunsten des Antragstellers nicht vorliegt.

Der Antragsteller hat sein Konzept, das beinhaltete, die 2. Etage der Pyramide ausdrücklich nicht für den Publikumsverkehr (Laufpublikum), sondern nur auf Vorbestellung für Familien, Freundeskreise, Betriebs- oder Vereinsgruppen zu nutzen und die Aussichtsplattform nur für Besuchergruppen auf Stadtführung, Chöre, Sänger anzubieten, so zur Bewertung innerhalb der bestehenden Bewerbungsfrist eingereicht. Spätere Änderungen zur nachträglichen Attraktivitätssteigerung sind daher im Interesse eines fairen, die Chancengleichheit der Bewerber während des Wettbewerbs nicht mehr möglich, so dass es unerheblich ist, wenn der Antragsteller während des bereits laufenden gerichtlichen Verfahrens eine weitere Öffnung seiner Pyramidenräume in Aussicht stellt oder vorträgt, er habe hierüber mit einem der sieben Mitglieder der Bewertungskommission der Beigeladenen zu 5. im Nachhinein Einigkeit erzielt.

Der Beigeladene zu 2. wendet zu Recht ein, dass keineswegs der Antragsteller allein die Zulassungsvoraussetzungen der Doppelstockgastronomie, die Beigeladenen zu 1.-4. die Anforderungen hingegen nicht erfüllten, so dass der zu 1. gestellte Antrag abzulehnen ist. Denn das Ermessen der Antragsgegnerin ist nicht hinsichtlich der Bewerbung des Antragstellers auf Null reduziert.

Da der Antragsteller nicht glaubhaft gemacht hat, dass Ermessensfehler vorliegen bzw. die der Beigeladenen zu 5. durch die Antragsgegnerin vorgegebenen und einge-

räumten Bewertungsspielräume überschritten sind, besteht auch keine Verpflichtung zur Neubescheidung im Rahmen des zu Ziff. 2. gestellten Antrags.

Der Antrag zu 3. ist abzulehnen, weil der Antragsteller nicht glaubhaft gemacht hat, dass die Antragsgegnerin den Beigeladenen zu 1.-4. Zulassungsbescheide erteilt hat. Unabhängig davon hat der Antrag zu 3. keinen Erfolg, weil keine Klage gegen den Vertrag vom 29.6.2010 bzw. die Bevorzugung des Beigeladenen zu 2. erhoben wurde (vgl. OVG Niedersachsen, Beschl. v. 17.11.2009, GewArch 2010, 245) und die Aufhebung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 VwGO nicht entschieden werden kann.

Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes war nach alledem insgesamt abzulehnen und die im Beschluss vom 13.7.2010 enthaltene Zwischenverfügung für wirkungslos zu erklären.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen zu 2., der sich durch eigene erfolgreiche Antragstellung am Verfahren beteiligt und einem eigenen Kostenrisiko ausgesetzt hat, waren für erstattungsfähig zu erklären und aus Billigkeitsgründen dem Antragsteller aufzuerlegen. Die Beigeladenen zu 1., 3., 4. und 5. haben sich nicht durch eigene Antragstellung am Verfahren beteiligt, mithin keinem Kostenrisiko ausgesetzt (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO), so dass ihre außergerichtlichen Kosten nicht für erstattungsfähig zu erklären waren.

Die Streitwertfestsetzung ergeht gemäß §§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 3 Nr. 1, 63 Abs. 2 GKG in Anlehnung an den Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ 2004, 1327, Ziff. I. 54.5). Die Kammer folgt nicht der Anregung des Antragstellers, den Streitwert auf den Auffangbetrag von 5.000 € festzusetzen, sondern geht vom Mindeststreitwert in Verfahren zur Zulassung zu einem Markt in Höhe von 300 € je Markttag im Hauptsacheverfahren aus. Wegen der hauptsachegleichen Wirkung der Entscheidung sieht die Kammer von einer Halbierung dieses Betrages im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ab. Der Streitwert beträgt daher 11.700 € (300 € je Markttag bei 39 Markttagen vom 22.11.-30.12.2010).

Rechtsmittelbelehrung:

Die Streitwertfestsetzung kann durch Beschwerde an das
Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt,
Breiter Weg 203 – 206, 39104 Magdeburg,
angefochten werden, wenn der Beschwerdewert 200 € (zweihundert Euro) übersteigt.
Sie ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache
Rechtskraft erlangt oder sich das Verfahren anderweitig erledigt hat, bei dem
Verwaltungsgericht Magdeburg,
Breiter Weg 203 – 206, 39104 Magdeburg,

einzu legen.

Anträge und Erklärungen hinsichtlich der Streitwertbeschwerde können ohne Mitwirkung eines Bevollmächtigten schriftlich eingereicht oder zu Protokoll der Geschäftsstelle abgegeben werden.

Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Beschlusses eingelegt werden. Im Fall der formlosen Mitteilung gilt der Beschluss mit dem dritten Tag nach Aufgabe zur Post als bekannt gemacht.

Im Übrigen (hinsichtlich der Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren) steht den Beteiligten und den sonst von der Entscheidung Betroffenen gegen den Beschluss die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt zu.

Sie ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe dieser Entscheidung bei dem Verwaltungsgericht einzulegen. Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Oberverwaltungsgericht eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung zu ändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Das Oberverwaltungsgericht prüft nur die dargelegten Gründe.

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird.

Als Bevollmächtigte vor dem Oberverwaltungsgericht sind zugelassen: Rechtsanwälte, Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt und die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen; eine Vertretung ist auch durch entsprechend beschäftigte Diplom-Juristen im höheren Verwaltungsdienst zulässig.

Ein Beteiligter, der nach Maßgabe des § 67 Abs. 4 Sätze 3 und 5 VwGO zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

Bei dem Verwaltungsgericht Magdeburg und beim Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt können in allen Verfahren auch elektronische Dokumente nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften des Landes Sachsen-Anhalt vom 1. Oktober 2007 (GVBl. LSA S. 330), geändert durch Verordnung zur Änderung der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften des Landes Sachsen-Anhalt vom 9. Februar 2009 (GVBl. LSA S. 44) eingereicht werden.

Dr. Vetter

Hartmann

Waldmann

Ausgefertigt
Magdeburg, 27. Okt. 2010


(Kötteritzsch), Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

