VG München, Beschluss v. 28.06.2021 – M 7 E 21.159

Titel:

Antrag auf Neuverbescheidung hinsichtlich der Zulassung zu einem Volksfest als (einziger) Festwirt im Wege einstweiliger Anordnung

Normenketten:

VwGO § 40, § 123
BayGO Art. 21
GewO § 70 Abs. 3
GVG § 17 Abs. 2 S. 1

Leitsätze:

1. Macht eine Antragstellerin im Verfahren gem. § 123 VwGO gegenüber einer Gemeinde einen Verbescheidungsantrag für die Zulassung zu einem Volksfest das Bestehen eines Anspruchs auf der Grundlage von Art. 21 BayGO bzw. § 70 GewO unter Annahme eines hoheitlichen Über- und Unterordnungsverhältnisses geltend, handelt es sich um eine Streitigkeit, die stets im Verwaltungsstreitverfahren zu entscheiden ist. (Rn. 16) (redaktioneller Leitsatz)
2. Einem derartigen Antrag auf Neuverbescheidung fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, falls die Antragstellerin ihre Rechtsposition allein durch die (erneute) Verbescheidung nicht verbessern kann (hier: weil bereits ein anderer Wettbewerber die – einzig mögliche – begehrte Rechtsposition auf der Grundlage eines bereits geschlossenen Pachtvertrages erhalten hat und nicht ersichtlich ist, dass diese Rechtsposition wieder entzogen werden und stattdessen der Antragstellerin zugesprochen werden kann). (Rn. 21) (redaktioneller Leitsatz)
3. Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung liegen auch bei Annahme eines Rechtsschutzbedürfnisses der Antragstellerin nicht vor: jedenfalls wurde das Bestehen des erforderlichen Anordnungsanspruchs nicht glaubhaft gemacht. (Rn. 25) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Einstweilige Anordnung (abgelehnt), Limesfest Kipfenberg, (Beschränkte) Ausschreibung eines Festzeltbetriebs, Verwaltungsrechtsweg, Öffentliche Einrichtung, Widmungsumfang, Vergabeverfahren, Dienstleistungskonzession, Verfahrensfehler, einstweilige Anordnung (abgelehnt), (beschränkte) Ausschreibung eines Festzeltbetriebs, öffentliche Einrichtung, Dult, Volksfest, Festwirt, Rechtsschutzbedürfnis, Anordnungsanspruch, Verbescheidungsantrag, Neuverbescheidung

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Beigeladene trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

III. Der Streitwert wird auf 3.000 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

1
Die Antragstellerin begehrt im Wege einer einstweiligen Anordnung die erneute Bescheidung ihres Antrags auf Zulassung zu den L. …festen in Markt K. … in den Jahren 2021 bis 2023.

2
Am 13. Januar 2021 stellte der Bevollmächtigte der Antragstellerin einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgetragen, die Antragstellerin beschicke seit vielen Jahren als zuverlässiger Festwirt die L. …feste in Markt K. … Für die Jahre 2021 bis 2023 sei der Platz für einen Festzeltbetrieb neu ausgeschrieben worden. Die Antragstellerin habe sich daraufhin mit einer umfangreichen Bewerbungsmappe beworben. Mit Schreiben des ersten Bürgermeisters

des Antragsgegners vom 3. September 2020 sei ihr mitgeteilt worden, dass der bestehende Pachtvertrag fristgerecht zum 31. Oktober 2020 gekündigt werde. Zur Begründung sei auf einen Beschluss der Marktgemeinderatssitzung vom 16. Juli 2020 verwiesen worden. Eine Ausfertigung dieses Beschlusses sei der Antragstellerin nicht zugestellt worden. Die Antragstellerin habe dem Schreiben unter Hinweis auf die Rechtssituation nach den Vorschriften der Gemeindeordnung und der Gewerbeordnung widersprochen. Daraufhin habe sich der Verfahrensbevollmächtigte des Antragsgegners gemeldet, der wie der erste Bürgermeister mitgeteilt habe, Grundlage der Teilnahme der Antragstellerin sei ein privatrechtlich geschlossener Pachtvertrag. Das Zulassungsverfahren sei grob rechtswidrig. Es könne keine Rede davon sein, dass es sich um einen privatrechtlichen Vorgang handele. Die traditionellen L. …feste in Markt K. … seien „öffentliche Einrichtungen“ im Sinne des Art. 21 GO. Über die Teilnahme sei durch Verwaltungsakt zu entscheiden. Das erfolge in Bayern regelmäßig durch dafür geschaffene Stadtratsausschüsse, auch Dultsenate genannt. Die Ablehnung eines Bewerbers zu einem Volksfest habe durch einen formellen Bescheid mit Rechtsmittelbelehrungzu erfolgen. Er müsse die Nichtteilnahme und die Privilegierung eines Mitbewerbers begründen. Ohne eine solche Begründung sei der Verwaltungsakt von vornherein rechtswidrig. Es werde beispielhaft auf eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Neustadt an der Weinstraße vom 3. März 2000 - L 480/00.NW - verwiesen. Gegenstand des Verfahrens sei die Zulassung der Antragstellerin zum F. …markt in K. … Der Antragsgegner sei der Aufforderung des Unterzeichners nicht nachgekommen, einen rechtsmittelfähigen Bescheid vorzulegen. Auch sei seine Bitte nicht erfüllt worden, eine Kopie des Beschlusses der Marktgemeinderatssitzung vom 16. Juli 2020 zu übermitteln. Ein Anordnungsanspruch sei somit gegeben. Die Antragstellerin mache ihr Recht auf eine nachvollziehbare öffentlich-rechtliche Entscheidung nach den Vorgaben der Gemeindeordnung und des § 70 Abs. 3 GewO geltend. Nach dieser Bestimmung könne der Antragsgegner die Antragstellerin nur aus „sachlich gerechtfertigten Gründen“ von der Teilnahme am Volksfest ausschließen. Rechtswidrig sei im Übrigen auch die Entscheidung des Antragsgegners dadurch, dass das L. …fest gleich für drei aufeinanderfolgende Jahre vergeben worden sei. Diese Entscheidung schließe einen Wettbewerb für drei aufeinanderfolgende Volksfeste aus und verstoße damit gegen § 20 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB. Nach dieser Vorschrift sei der Antragsgegner ein marktbeherrschendes Unternehmen. Bewerber dürften nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandelt werden. Das sei vorliegend jedoch der Fall. Der für drei aufeinanderfolgende Volksfeste vorgesehene Bewerber (die Beigeladene) werde gegenüber allen anderen Bewerbern unterschiedlich behandelt durch eine dreijährige exklusive Dauerzulassung. Der Antragstellerin stehe auch ein Anordnungsgrund zur Seite. Ein Hauptsacheverfahren könne nicht rechtskräftig bis zum Beginn des diesjährigen L. …festes durchgeführt werden. Zu verhindern sei auch, dass der Markt für die nächsten drei Jahre durch eine exklusive Dauerzulassung für andere Teilnehmer blockiert werde. Die Teilnahme der Antragstellerin an der Veranstaltung lasse sich auch nicht nachholen, sodass eine Entscheidung über den geltend gemachten Zulassungsanspruch dringlich erscheine. Der Antragsgegner könne auch nicht einwenden, der Antrag gehe deshalb in Leere, weil der Platz bereits für drei Jahre an die Beigeladene vergeben sei. Eine solche Argumentation verhindere effektiven Rechtsschutz im Sinne der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. August 2002 - 1 BvR 1790/00. Der Wert des Streitgegenstands werde mit 6.000,- Euro angegeben (12 Veranstaltungstage á 500,- Euro). Das Limesfest dauere jeweils vier Tage.

3
Die Antragstellerin beantragt,

Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antrag der Antragstellerin auf Zulassung zu den L. …festen in Markt K. … in den Jahren 2021 bis 2023 erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden.

4
Der Antragsgegner beantragt,

Der Antrag wird abgelehnt.

5
Hierzu wurde mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 11. Februar 2021 vorgetragen, der Antragsgegner veranstalte seit dem Jahr 1969 das sogenannte „L. …fest“. Es handele sich hierbei um ein Bürgerfest für die Einwohner der Marktgemeinde, die Menschen der Region und für Touristen. Das L. …fest finde in der Regel Mitte August eines jeden Jahres statt und dauere von Freitag bis Montag. Das Fest

beginne am Freitag mit einem Aufmarsch von „Römern und Germanen“ auf dem Marktplatz sowie der Vorstellung der L. …königin. Der „offizielle Auftakt“ des L. …festes sei der feierliche Bieranstich durch den ersten Bürgermeister. Weitere Höhepunkte seien ein historischer Festumzug durch den Ort sowie eine „historische Zeitreise“ von der Römerzeit (Limes) bis ins Mittelalter (Burg Kipfenberg). Neben diesen zentralen Festveranstaltungen gebe es auch ein buntes Rahmenprogramm mit Darbietungen verschiedenster Art. Der Festwirt stelle ein Festzelt inkl. Gastronomie und Weißbiergarten für ca. 2.500 Personen, Toilettenanlagen und sorge auch für ein angemessenes Rahmenprogramm im Festzelt. Festwirte seien von 1969 bis einschließlich 1986 die Firma „F. … K. … und C. … M. …“ (mit Sitz in I. … und später L. …) gewesen und seit dem Jahr 1987 die Antragstellerin, zunächst noch firmierend unter dem Namen „F. … F. … W. …“. Der Antragsgegner veranstalte das L. …fest als traditionelles Bürgerfest, ohne dass es hierfür eine Satzung oder sonstige Widmung gebe. Auch liege dem L. …fest keine Festsetzung im Sinne der §§ 60b, 69 GewO zugrunde. Der Antragsgegner schließe vielmehr mit dem jeweiligen Festwirt einen privatrechtlichen Pachtvertrag. Die Vergabe sei auf Basis einer beschränkten Ausschreibung durch Vergabe in Form eines privatrechtlichen Pachtvertrags nach Beschlussfassung des Marktgemeinderates erfolgt. Die Entscheidung hierfür bereite wiederum ein Festbeirat vor. Konkret sei die Vergabe in der Vergangenheit jeweils durch einen unbefristeten Pachtvertrag mit jährlicher Kündigungsoption erfolgt. Der Marktgemeinderat des Antragsgegners habe sich im Jahr 2019 dafür entscheiden, die Bewirtung des L. …festes für die Jahre 2021 bis 2023 neu auszuschreiben. Dies habe den Zweck verfolgt, dem Festwirt nicht nur Zugang zum L. …fest zu ermöglichen, sondern auch für beide Seiten terminliche Planbarkeit zu gewährleisten. Hierzu habe der Antragsgegner eine Ausschreibung verfasst, aus der sich die Ausschreibungsbedingungen ergeben hätten. Beigefügt sei ein vom jeweiligen Bieter auszufüllender Bewerbungsbogen gewesen. Bereits in den Ausschreibungsunterlagen heiße es wörtlich: „Die Organisation und Durchführung des L. …festes obliegen dem Markt K. …, dieser regelt mit dem Festwirt die näheren Einzelheiten in einem schriftlichen Vertrag.“ Unter Nr. 10 der Ausschreibungsunterlagen heiße es auch nochmals ausdrücklich: „Die Bewerbung begründet keinen Anspruch auf Zulassung. Ein Anspruch auf die tatsächliche Durchführung des L. …festes im genannten Zeitraum besteht durch die Bewerbung nicht. Die Rechte und Pflichten des Festwirts werden nach erfolgreicher Zulassung durch einen Vertrag zwischen den beteiligten Vertragsparteien geregelt.“ Der Antragsgegner habe mit Schreiben vom Dezember 2019 die Ausschreibungsunterlagen an acht Firmen versandt. Im Rahmen der Anschreiben an die jeweiligen Festwirte heiße es ausdrücklich: „Der Festbeirat des Marktes K. … ist zuständig für die Organisation des L. …festes und beabsichtigt, die Ausrichtung des Festzeltbetriebes für die Jahre 2021 - 2023 zu vergeben. Im Anhang finden Sie weitere Informationen zur Veranstaltung, sowie die Kriterien zur Bewerbung und die einzureichenden Unterlagen. (…) Über die Vergabe des L. …festes entscheidet der Marktgemeinderat.“ Auf diese Ausschreibung seien eine Absage und vier Bewerbungen eingegangen. Der Festbeirat des Antragsgegners habe die Angebote in seiner nichtöffentlichen Sitzung vom 11. Februar 2020 behandelt. Hier habe der Festbeirat ausführlich die eingegangenen Angebote erörtert. Im Hinblick auf die Beigeladene als Bieter habe sich der Festbeirat entschieden, weitere Informationen aufgrund eines Gespräches mit dem zweiten Bürgermeister des Marktes G. … einzuholen. Weiter habe die Tourist-Information den Auftrag erhalten, eine detaillierte Auswertung der Angebote vorzunehmen. Am 3. März 2020 habe eine erneute Tagung des Festbeirats stattgefunden. Anlässlich dieser Sitzung habe zunächst das Gespräch mit dem zweiten Bürgermeister des Marktes G. … stattgefunden. Sodann hätten die Beteiligten die Auswertung der Tourist-Information hinsichtlich der Bewerbungen in Listenform erörtert. Der Festbeirat sei schlussendlich zu dem Ergebnis gekommen, dass Festwirt R. … nicht in die engere Auswahl komme, da er beim Speisenangebot und der Ausstattung des Zeltes nicht habe überzeugen können. Festwirt M. … habe keinen engeren Bezug zur Region und das eingereichte Angebot biete keinen Mehrwert. Das Unternehmen werde somit ebenfalls nicht in die Endauswahl aufgenommen. Der Festbeirat habe beschlossen, dass ein Termin mit dem Geschäftsführer der Beigeladenen stattfinden solle, bei dem die näheren Konditionen wie Platzmiete, Bierpreis, technische Anforderungen, anhand eine Vertragsentwurfs besprochen werden sollten. Auch der Festplatz solle gemeinsam begutachtet werden. Die Antragstellerin sei nicht näherer Gegenstand der Sitzung des Festbeirats vom 3. März 2020 gewesen. Grund hierfür sei gewesen, dass für die Mitglieder des Festbeirats aufgrund der positiven Erfahrungen in den vergangenen 22 Jahren ohnehin bekannt gewesen sei, dass es sich bei der Antragstellerin um einen geeigneten Bieter handele, der auch über ein passendes Konzept verfüge, um das Festzelt am L. …fest zu betreiben. Insofern habe es für den Festbeirat gegolten, die übrigen Bewerber näher „unter die Lupe zu nehmen“. Nach der Sitzung des Festbeirats vom 3. März 2020 seien nur noch die Beigeladene und die Antragstellerin verblieben. Anlässlich der Sitzung des Festbeirats vom 20. Mai 2020 hätten die Mitglieder das ins Auge gefasste Gespräch mit dem

Geschäftsführer der Beigeladenen geführt. Dieser habe hier die von den Mitgliedern des Festbeirats aufgeworfenen Fragen beantwortet. Die Mitglieder des Festbeirats hätten daher den Beschluss gefasst, wonach die Mitglieder des Festbeirats vereinbart hätten, in der nächsten Sitzung eine Entscheidung zwischen den beiden in Frage kommenden potentiellen Festwirten zu fällen. Am 24. Juni 2020 habe die finale Sitzung des Festbeirats stattgefunden. Der Festbeirat habe folgenden Beschluss gefasst: „Nach sorgfältiger Abwägung und Diskussion der Stärken und Schwächen der beiden Bewerberprofile wurden die Mitglieder des Festbeirats gebeten, ihre Stimmen abzugeben. So wird dem Marktgemeinderat bei dessen nächster Sitzung am 16. Juli 2020 die Empfehlung gegeben, einem Vertragsabschluss mit dem Festwirt Franz W. … (Antragstellerin) für die Bewirtung des L. …fests in den Jahren 2021 - 2023 zuzustimmen.“ Auch dies belege, dass die Antragstellerin im Rahmen der Beratungen des Festbeirats nicht übergangen worden sei. Nachdem das Abwägungsergebnis des Festbeirats vorgelegen hätte, habe sich der Marktgemeinderat im Rahmen seiner Sitzung vom 16. Juli 2020 mit der hier im Raum stehenden Vergabe befasst. Der Marktgemeinderat sei hier nochmals ausführlich über das streitgegenständliche Ausschreibungsverfahren informiert worden. Die Bewerbungen der beiden verbliebenen Bieter seien ausführlich erörtert worden. Entgegen der Empfehlung des Festbeirats habe der Marktgemeinderat im Rahmen seiner Abstimmung die recht deutliche Entscheidung getroffen, den Festzeltbetrieb für das L. …fest 2021 - 2023 an die Beigeladene zu vergeben. Daher habe der Antragsgegner mit Schreiben vom 20. Juli 2020 die weiteren Bewerber (M. … F. … GmbH und Zelte R. … GmbH) darüber informiert, dass die Entscheidung des Marktgemeinderats für den Betrieb des Festzelts nicht zu ihren Gunsten ausgefallen sei. Mit der Antragstellerin habe noch ein Pachtvertrag vom 23. April 2019 bestanden. Dieser habe eine Laufzeit von einem Jahr mit einer Verlängerungsoption für ein weiteres Jahr vorgesehen, falls der Pachtvertrag nicht von einer Seite bis zum 31. Oktober des Jahres gekündigt werde. Die Kündigung des Pachtvertrags habe der erste Bürgermeister des Antragsgegners den Eheleuten J. … und F. … W. … höchstpersönlich am 3. September 2020 übergeben. Die Beigeladene habe der Antragsgegner über seine Vergabeentscheidung mit Schreiben vom 3. August 2020 informiert. Ein entsprechender Pachtvertrag sei unter dem 11. August 2020 zustande gekommen. Damit sei die Beigeladene Festwirt für das L. …fest in den Jahren 2021 bis 2023. Ob das L. …fest im Jahr 2021 aufgrund der Covid-19 Pandemie stattfinden könne, werde zu sehen sein. Entgegen der Darstellung der Antragstellerin sei die streitgegenständliche Vergabe nicht grob rechtswidrig. Die Vergabe des Festzeltbetriebs erfolge nicht im Rahmen einer Festsetzung nach den §§ 60b, 69 Abs. 1 und 2 GewO. Demzufolge sei die Auffassung der Antragstellerin, die Vergabe hätte durch Verwaltungsakt erfolgen müssen, unzutreffend. Eine Verpflichtung des Antragsgegners, den Festzeltbetrieb durch Verwaltungsakt zu vergeben, folge auch nicht aus einer Satzung oder einer Widmung. Für das streitgegenständliche L. …fest bestehe ausschließlich Bedarf für ein Festzelt. Mehrere Festzelte ließen sich räumlich am L. …fest nicht betreiben. Im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen für den Festzeltbetrieb des L. …festes habe der Antragsgegner seine Bedingungen transparent dargestellt, anhand derer die Vergabe erfolge. Der Antragsgegner habe hier ausdrücklich nicht dem Prinzip „bekannt und bewährt“ den Vorzug gegeben, sondern auch anderen leistungsfähigen Bietern die gleiche Möglichkeit eingeräumt, den Zuschlag zu erhalten. Das Vergabeverfahren sei auch umfänglich transparent gewesen. Der Antragsgegner habe eine ausreichende Zahl an Bietern angeschrieben und diesen die Möglichkeit eingeräumt, sich an dem Verfahren zu beteiligen. Sodann habe er die eingegangenen Bieterangebote geprüft, im gebotenen Umfang aufgeklärt und in die Wertung einbezogen. Alle Bieter seien gleich behandelt worden. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf die Antragstellerin und die Beigeladene. Bezogen auf die Beigeladene habe der Antragsgegner auch umfänglich deren Leistungsfähigkeit geprüft. Der Antragsgegner habe die verbliebenen Bewerbungen der Antragstellerin und der Beigeladenen sodann detailliert und sorgfältig ausgewertet und gegeneinander abgewogen. Dies sei einerseits im Rahmen der zahlreichen Sitzungen des Festbeirats erfolgt, andererseits in der Sitzung des Marktgemeinderats. Dies zeige auch das vom Marktgemeinderat gegenüber der Empfehlung des Festbeirats abweichende Votum zugunsten der Beigeladenen. Hier hätten die Mitglieder des Marktgemeinderats gerade nicht ohne inhaltliche Auseinandersetzung das Votum des Festbeirats übernommen. Dabei wäre es ein leichtes gewesen, dem Grundsatz „bekannt und bewährt“ folgend der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen. Immerhin sei sie seit 33 Jahren Festwirt des L. …festes. Die Antragstellerin selbst habe sich, und zwar ohne Rüge, an der Ausschreibung des streitgegenständlichen Festzeltbetriebs beteiligt. Damit habe sie selbst der Verwaltungspraxis des Antragsgegners zugestimmt, wonach die Vergabe des Festzeltbetriebs auf Basis eines privatschriftlichen Vertrags erfolge. Das sei der Antragstellerin aufgrund des langen Zeitraums, in dem sie das Festzelt betrieben habe, auch hinreichend bekannt. Schließlich habe sie selbst davon profitiert. Sie habe vorliegend damit rechnen müssen, dass sie im Bieterverfahren nicht gewinne und ein anderer Bieter

den Zuschlag erhalte. Dies sei der Zweck eines Wettbewerbs. Scheinbar habe die Antragstellerin darauf vertraut, dass sie auch weiterhin Festwirt des L. …fest bleibe. Einen derartigen Vertrauenstatbestand habe der Antragsgegner zu keinem Zeitpunkt geschaffen. Dies belege auch die Tatsache, dass der Antragsgegner in seinem mit der Antragstellerin geschlossenen Pachtvertrag eine Kündigungsmöglichkeit eingeräumt habe. Ein Verstoß gegen § 20 GWB liege nicht vor. Die Vorschrift sei nicht einschlägig, da es sich bei dem Antragsgegner nicht um ein Unternehmen handele. Im Übrigen handele es sich bei der hier von der Antragstellerin aufgeworfenen Frage um eine rein vergaberechtliche Frage, welche nicht im Wege des Verwaltungsrechtswegs zu bewerten sei. Zuständig hierfür wäre im Rahmen einer nationalen Ausschreibung das Landgericht Ingolstadt als Zivilgericht. Höchst vorsorglich und hilfsweise erhebe der Antragsgegner den Einwand der prozessualen Verwirkung. Der Antragstellerin sei die Vergabepraxis des streitgegenständlichen Festzeltbetriebs hinreichend bekannt. Bezogen auf den hier im Raum stehenden Zeitraum 2021 - 2023 habe die Antragstellerin die Grundlagen der Vergabe seit Dezember 2019 gekannt. Sie habe dies rügelos hingenommen und sich an dem Vergabeverfahren beteiligt, ohne den Einwand zu erheben, dass die Vergabe ihres Erachtens nicht rechtmäßig sei. Offensichtlich sei sie davon ausgegangen, dass sie auch wie in den vergangenen mehr als 33 Jahren ohne Weiteres zum Zuge komme. Erst nachdem sie habe erkennen müssen, dass sich diese Annahme vorliegend nicht bestätigt habe, versuche die Antragstellerin, über den Rechtsweg die vorliegende Vergabe des Festzeltbetriebs des L. …festes aufheben zu lassen.

6
Mit Beschluss vom 16. Februar 2021 wurde nach Anhörung der Parteien die „S. … E. … UG“ zum Verfahren beigeladen.

7
Der Bevollmächtigte der Antragstellerin äußerte sich nach Akteneinsicht weiter mit Schriftsatz vom 18. Februar 2021. Aus der Verwaltungsakte des Antragsgegners ergebe sich, dass der städtische Festbeirat in der Sitzung am 24. Juni 2020 zu Gunsten der Antragstellerin gestimmt habe mit einem Ergebnis von 5:4. Dem Marktgemeinderat sei deshalb die Antragstellerin als Festwirt für 2021 - 2023 vorgeschlagen worden. In der Sitzung des Marktgemeinderats am 16. Juli 2020 habe sich mit einem ersten Wortbeitrag Herr K. … gemeldet, der sich ohne jede Begründung für die Beigeladene ausgesprochen habe. Er sei nicht darauf eingegangen, dass dieser Mitbewerber keine Referenzen vorgelegt hätte und dass dessen Angebot eines Barzeltes ab 23.00 Uhr mit DJs problematisch wäre im Hinblick auf die bisherigen Auflagen des Landratsamts. Vielmehr habe er die Stimmung als erster Wortmelder mit einer Entscheidung pro Beigeladene und gegen Antragstellerin beeinflusst. Herr K. … sei Angestellter der Firma C. …, die für das Ton- und Lichtkonzept der Beigeladenen arbeite und verantwortlich zeichne. Der Geschäftsführer der Beigeladenen habe in seiner Bewerbung darauf hingewiesen, dass Ton- und Lichtkonzept Sache der Firma C. … des Herrn K. … sei. Der Beschluss des Marktgemeinderats vom 16. Juli 2020 sei rechtsfehlerhaft auch dadurch, dass Herr K. … befangen gewesen sei im Sinne von Art. 49 GO bzw. Art. 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder Satz 2 BayVwVfG. Dieser habe ein starkes persönliches Interesse daran gehabt, dass die Beigeladene zugelassen werde, mit der er offensichtlich ständig zusammenarbeite. Als Lieferant des ersten Redebeitrags habe er offensichtlich die Stimmung der Mitglieder des Marktgemeinderats in Richtung einer Entscheidung pro Beigeladene gelenkt, und das allein aus persönlichem wirtschaftlichem Interesse. Der Antragsgegner sei deshalb zu verpflichten, eine Entscheidung ohne das befangene Marktgemeinderatsmitglied K. … zu treffen.

8
Die Bevollmächtigten des Antragsgegners erwiderten hierauf mit Schriftsatz vom 4. März 2021 und führten aus, Herr K. … sei nicht Mitglied des Marktgemeinderats. Er sei lediglich Mitglied des Festbeirats. Es sei wohl richtig, dass er Mitarbeiter der C. … A. …-, M. …- und R. … GmbH, Abteilung Licht- und Tontechnik, K. …str. 3, 8 … D. …, sei. Geschäftsführer dieser Gesellschaft sei Herr A. G. … Herr K. … repräsentiere dieses Unternehmen nicht. Die Beigeladene hätte Herrn K. … im Rahmen seiner Bewerbung auch nicht benannt. Falsch sei aber auch der Vortrag zum Ablauf der Sitzung des Marktgemeinderats vom 16. Juli 2020. Den Sachvortrag zur Vergabe des Festwirts habe ausschließlich der erste Bürgermeister geleitet. Der Gemeinderat habe ausführlich die Stärken und Schwächen der verbleibenden Bieter miteinander erörtert. Sodann sei den Mitgliedern des Festbeirats Gelegenheit gegeben worden, sich zur Thematik zu äußern. Danach habe der Marktgemeinderat über die vom Festbeirat favorisierte Vergabe an die Antragstellerin abgestimmt. Entgegen der Darstellung des Bevollmächtigten der Antragstellerin habe der Marktgemeinderat

auch im Rahmen des weiteren Verlaufs seiner Sitzung sehr ausführlich über einen Wechsel des Festwirts und über die Stärken und Schwächen der Beigeladenen beraten. Nachdem der Marktgemeinderat den ersten Beschlussvorschlag nicht angenommen hätte, sei der Beschlussvorschlag bezüglich der Vergabe an die Beigeladene erfolgt. Der Antragstellerin stehe kein Rechtsanspruch zu, dass der Marktgemeinderat dem Votum des Festbeirats folge. Im Gegenteil, der Gang der Meinungsbildung des Festbeirats aber auch des Marktgemeinderats zeige, dass der Gemeinderat die Vergabe des Festzeltbetriebs sehr umfangreich und ausführlich erörtert habe, bevor er zur Abstimmung gelangt sei. Die Redebeiträge und Mitglieder des Festbeirats hätten nicht das Abstimmungsergebnis des Marktgemeinderats gelenkt. Die Redebeiträge seien vielmehr darauf zurückzuführen gewesen, dass der Gemeinderat dem Beschlussvorschlag des Festbeirats nicht habe folgen wollen und daher erörtert worden sei, wieso es zu einem so engen Abstimmungsergebnis innerhalb des Festbeirats gekommen sei.

9
Mit Schreiben des Gerichts vom 22. April 2021 wurden die Beteiligten zu einer Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht Ingolstadt angehört.

10
Der Bevollmächtigte der Antragstellerin führte hierzu mit Schriftsatz vom 27. April 2021 aus, eine Verweisung werde nicht beantragt. Die Antragstellerin gehe nach wie vor davon aus, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne von § 40 VwGO handele. Das L. …fest sei ein klassisches bayerisches Volksfest mit langer Tradition im Sinne der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Mai 2009 - 8 C 10.08. Die Gemeinde habe nach den Vorschriften der Gemeindeordnung die für ihre Einwohner erforderlichen wirtschaftlichen, sozialen, sportlichen und kulturellen Einrichtungen bereitzustellen. Dazu gehörten traditionelle Volksfeste, die nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts immer öffentlich-rechtlich zu organisieren seien und nicht privatrechtlich. Es möge sein, dass das L. …fest vor langer Zeit von privater Hand initiiert worden sei. Seit mehreren Jahrzehnten habe aber die Stadt selbst auf städtischem Grund die Organisation getragen. Die Antragstellerin gehe deshalb von einer konkludenten Widmung des L. …festes als öffentliche Einrichtung der Gemeinde aus. Der Hinweis (des Gerichts), es seien über die Jahrzehnte hinweg immer nur zwei Festwirtbetriebe zugelassen worden, gehe fehl. Das L. …fest bestehe ja nicht nur aus einem Festwirt. Vielmehr handele es sich um ein ganz normales typisches bayerisches Volksfest mit der Zulassung von Fahrgeschäften, Karussells, Imbissbetrieben, Mandelbuden, Schiffsschaukel usw. Derartige traditionelle Volksfeste würden aber aus Rechtsgründen niemals organisiert durch einzelne Pachtverträge. Nicht zulässig sei die offenbar von dem Antragsgegner vorgenommene Trennung zwischen der Zulassung eines Festwirts und der Zulassung aller anderen Beschicker aus dem Fahrgeschäfts- und Imbissbereich. Alle übrigen Beschicker außer dem Festwirt würden durch einen vom Antragsgegner beauftragten Generalpächter vermittelt. Der Antragsgegner verpachte also die gesamte Spielfläche, ohne selbst Zulassungsentscheidungen zu treffen. Das sei rechtswidrig. Hierzu gebe es eine umfangreiche verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, die er in der Zeitschrift Gewerbearchiv ausführlich besprochen habe. Gegenstand zahlreicher verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen sie die „Flucht in das Privatrecht“ durch öffentlich-rechtliche Volksfestbetreiber gewesen, was im Folgenden weiter ausgeführt wurde. Definitiv im Sinne einer Grundsatzentscheidung habe das Bundesverwaltungsgericht mit der Entscheidung vom 27. Mai 2009 festgestellt, dass immer Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zu beachten sei. Danach stehe es nicht im freien Ermessen einer Gemeinde, freie Selbstverwaltungsangelegenheiten zu übernehmen oder sich auch jederzeit wieder dieser Aufgaben zu entledigen. Gehörten Aufgaben zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises, so dürfe sich die Gemeinde im Interesse einer wirksamen Wahrnehmung dieses örtlichen Wirkungskreises, der ausschließlich der Gemeinde, letztlich zum Wohle der Gemeindeangehörigen, anvertraut sei, nicht ihrer gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume begeben. Der Antragsgegner handele deshalb rechtswidrig, wenn er alle Volksfestteilnehmer des L. …festes durch einen Generalpächter auswählen lasse. Er habe hier in eigener Regie zu handeln. Alle Bewerbungen sämtlicher Festwirte, Karussellbetreiber, Imbissbetreiber, usw. seien nach Art. 28 Abs. 2 GG von dem Antragsgegner förmlich zu bescheiden. Das L. …fest könne nicht organisiert werden durch Privatverträge mit einem Festwirt und einem Generalpächter für die weiteren teilnehmenden Schaustellergeschäfte. Das L. …fest sei als Ganzes zu betrachten. Im Sinne des Art. 21 GO handele es sich zweifelsohne um eine „öffentliche Einrichtung“. Der Zugang zu einer derartigen öffentlichen Einrichtung ergebe sich aus der jahrzehntelang gehandhabten allgemeinen Zugangseröffnung für Festwirte, Schaustellergeschäfte und Imbissbetreiber. Dadurch sei eine konkludente Widmung hinreichend erkennbar geworden und zwar für die Dauer von Jahrzehnten. Wenn

das Gericht ausführe, der Antragsgegner habe erkennbar nicht in Form eines Verwaltungsakts gehandelt bzw. handeln wollen, so werde ja gerade das von der Antragstellerin beanstandet und sei der Grund für die Eröffnung dieses verwaltungsgerichtlichen Verfahrens gewesen. Der Antragsgegner habe nicht in Form von Verwaltungsakten handeln wollen, sei aber dazu rechtlich verpflichtet.

11
Die Bevollmächtigten des Antragsgegners teilten mit Schriftsatz vom 12. Mai 2021 mit, dass dieser mit einer Verweisung einverstanden sei. Weiter teilten sie mit Schriftsatz vom 7. Juni 2021 mit, der Antragsgegner könne keine konkludente Widmung des L. …festes als öffentliche Einrichtung erkennen. Die Vergabe erfolge weder nach den §§ 16b, 69 Abs. 1 und 2 GewO noch durch Satzung oder Widmung. Sie erfolge vielmehr privatrechtlich durch Abschluss von Pachtverträgen. Es werde hierzu der ursprüngliche Pachtvertrag des Antragsgegners vom 27. Juli 1981 und der unter dem 8. Mai 1987 mit der Firma X. … W. … geschlossene Pachtvertrag sowie das Schreiben von „Bierzeltbetriebe F. … W. …“ vom 26. Oktober 1987 bezüglich der Bewerbung für das Limesfest 1988 vorgelegt. Seitdem sei die Antragstellerin ununterbrochen auf Basis privatrechtlicher Pachtverträge Festzeltbetreiberin am L. …fest gewesen. Analog hierzu sei die Vergabe in Bezug auf die Schausteller ebenso stets auf Basis privatrechtlicher Verträge erfolgt. So sei ab dem Jahr 1994 bis einschließlich 2008 das Schaustellerunternehmen B. … N. … Schausteller am L. …fest gewesen. Das Vertragsverhältnis sei vom Antragsgegner im September 2009 gekündigt worden. Im Oktober 2009 habe der Antragsgegner sodann einen Vertrag mit der Firma Schausteller B. … und Söhne aus N. …-U. … geschlossen. Aktuell gültig sei ein unter dem 2. März 2018 geschlossener Pachtvertrag. Hieraus folge, dass auch die Vergabe der Schaustellergeschäfte für das L. …fest stets auf privatrechtlicher Basis erfolge. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Mai 2009 sei nicht einschlägig. Dort sei es darum gegangen, dass eine Gemeinde ursprünglich einen Weihnachtsmarkt in kommunaler Verantwortung betrieben habe und sodann versucht habe, diesen auf einen privaten Träger zu übertragen.

12
Das Gericht hat den Beteiligten mit Schreiben vom 8. Juni 2021 mitgeteilt, dass eine Verweisung nicht beabsichtigt sei und eine Entscheidung in der Sache ergehen werde, sobald eine (evtl.) Stellungnahme der Antragstellerin zum letzten Schriftsatz des Antragsgegners erfolgt sei. Der Bevollmächtigte der Antragstellerin äußerte sich daraufhin mit Schriftsatz vom 14. Juni 2021 und führte aus, der Antragsgegner stelle den Sachverhalt falsch dar. Der Pächter des Vergnügungsparks sei kein Pächter, sondern ein Generalpächter mit der Berechtigung unterzuverpachten. Mit der Beauftragung eines Generalpächters mit der Unterverpachtung aller Geschäfte betreibe der Antragsgegner eine „Flucht in das Privatrecht“, eine rechtliche Konstruktion, die von den Verwaltungsgerichten in den letzten Jahrzehnten als rechtswidrig bezeichnet worden sei. Der Festwirt und sämtliche Einzelbeschicker des Vergnügungsparks seien qua Verwaltungsakt zu bescheiden. Hinzuweisen sei auch auf die gefestigte Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (z.B. U.v. 17.2.1999 - 4 B 96.1710 - und U.v. 15.3.2004 - 22 B 03.1362). Dabei sei in mehreren Grundsatzentscheidungen festgestellt worden, dass Generalpächter, Schaustellerverbände oder „Volksfestbeiräte“ keine Zulassungsentscheidungen treffen dürften.

13
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte sowie die vorgelegte Behördenakte Bezug genommen.

II.

14
Es ist davon auszugehen, dass der Verwaltungsrechtsweg für das gegenständliche Eilverfahren eröffnet ist.

15
Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeit nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist. Die Art einer Streitigkeit - öffentlich-rechtlich oder bürgerlich-rechtlich - bestimmt sich, wenn wie hier eine ausdrückliche Rechtswegzuweisung des Gesetzgebers fehlt, nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (vgl. BVerwG, B.v. 12.4.2013 - 9 B 37/12 - juris Rn. 6, m.w.N.; vgl. auch B.v. 9.4.2019 - 6 B 162/18 - juris Rn. 7). Es kommt darauf an, ob der zur Klagebegründung vorgetragene Sachverhalt für die aus ihm hergeleitete Rechtsfolge von Rechtssätzen des Zivilrechts oder des öffentlichen Rechts geprägt wird, ob die an der Streitigkeit Beteiligten

zueinander in einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen und ob sich der Träger hoheitlicher Gewalt der besonderen, ihm zugeordneten Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient oder ob er sich den für jedermann geltenden zivilrechtlichen Regelungen unterstellt (vgl. BVerwG, B.v. 12.4.2013 - 9 B 37/12 - juris Rn. 6 m.w.N.). Da nach § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG das Gericht des zulässigen Rechtswegs den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten entscheidet, ist der beschrittene Verwaltungsrechtsweg schon dann zulässig, wenn sich nicht offensichtlich, d.h. nach jeder rechtlichen Betrachtungsweise, ausschließen lässt, dass das Klagebegehren auf eine Anspruchsgrundlage gestützt werden kann, für die dieser Rechtsweg eröffnet ist (vgl. BVerwG, B.v. 4.3.2015 - 6 B 58/14 - juris Rn. 11). Für die Bestimmung des Rechtswegs kommt es auf den Charakter des geltend gemachten Anspruchs an, der sich seinerseits nach dem Charakter des Rechtsverhältnisses bestimmt, aus dem der Kläger seinen Anspruch herleitet. Entscheidend ist die wahre Natur des Anspruchs, wie er sich nach dem Sachvortrag des Klägers darstellt, und nicht, ob dieser sich auf eine zivilrechtliche oder eine öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlage beruft (vgl. BVerwG, B.v. 9.4.2019 - 6 B 162/18 - juris Rn. 7 m.w.N.).

16
Vorliegend begehrt die Antragstellerin eine (erneute) Bescheidung ihres Antrags auf Zulassung zu den L. …festen des Antragsgegners für die Jahre 2021 bis 2023 in Form eines Verwaltungsakts. Sie macht insoweit das Bestehen eines solchen Anspruchs auf der Grundlage von Art. 21 GO bzw. § 70 GewO unter Annahme eines hoheitlichen Über- und Unterordnungsverhältnisses geltend. Streitigkeiten über das Recht auf Nutzung der öffentlichen Einrichtungen der Gemeinden, also der Streit über den Zulassungsanspruch (das „Ob“) werden stets im Verwaltungsstreitverfahren entschieden (vgl. Glaser in Widtmann/Grasser/Glaser, Bayerische Gemeindeordnung, Stand: Februar 2020, Art. 21 Rn. 27). Nach der Zwei-Stufen-Theorie ist bei der Benutzung von Einrichtungen der Gemeinde, die dem wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Wohl ihrer Einwohner dienen (gemeindliche Einrichtungen), zu unterscheiden zwischen dem Anspruch auf Zugang zu der Einrichtung einerseits, der regelmäßig nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist und darum nach § 40 Abs. 1 VwGO der Erkenntniszuständigkeit der Verwaltungsgerichte unterliegt, und den Modalitäten der Benutzung andererseits, die auch privatrechtlich ausgestaltet sein können und über die bei solcher Ausgestaltung gemäß § 13 Gerichtsverfassungsgesetz - GVG - vor den ordentlichen Gerichten gestritten werden muss (vgl. BVerwG; B.v. 29.5.1990 - 7 B 30/90 - juris Rn. 4). Hier dürfte davon auszugehen sein, dass es sich bei dem L. …fest des Antragsgegners um eine öffentliche Einrichtung im Sinne des Art. 21 Abs. 1 GO handelt, worauf im Folgenden noch näher eingegangen wird.

17
Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung bleibt jedoch ohne Erfolg.

18
Dabei kann dahinstehen, ob dem allein auf Verbescheidung gerichteten Antrag bereits das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis fehlt, denn die Antragstellerin hat jedenfalls den erforderlichen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht.

19
Nach § 123 Abs. 1 VwGO kann das Gericht auch schon vor Klageerhebung auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, oder auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO sind dabei sowohl ein Anordnungsanspruch, d. h. der materielle Anspruch, für den der Antragsteller vorläufigen Rechtsschutz sucht, als auch ein Anordnungsgrund, der insbesondere durch die Eilbedürftigkeit einer vorläufigen Regelung begründet wird, nach § 920 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 294 Abs. 1 ZPO glaubhaft zu machen.

20
Strittig ist, ob es sich bei einem Anspruch auf Neuverbescheidung - wie von der Antragstellerin geltend gemacht - überhaupt um einen im Wege der einstweiligen Anordnung sicher- bzw. regelbaren Anspruch handelt (vgl. ablehnend BayVGH, B.v. 3.6.2002 - 7 CE 02.637 - juris Rn. 22; bejahend z.B. HessVGH, B.v. 28.5.2019 - 8 B 1087/19 - juris Rn. 40; VG Freiburg, B.v. 11.11.2014 - 4 K 2310/14 - juris Rn. 3 m.w.N.; vgl. zum Streitstand auch BayVGH, B.v. 6.5.2013 - 22 CE 13.923 - juris Rn. 23; B.v. 25.7.2011 - 22 CE 11.1414

- juris Rn 5; vgl. zum isolierten Verpflichtungsantrag auch BayVGH, B.v. 12.7.2010 - 4 CE 10.1535 - juris Rn. 14; vgl. zur isolierten Verpflichtungsklage bei erfolgter Zulassung des Konkurrenten auch BVerfG, B.v. 14.1.2004 - 1 BvR 506/03 - juris Rn. 22).

21
Da im Rahmen des L. …festes lediglich Platz für ein Festzelt vorhanden ist, könnte die Antragstellerin ihre Rechtsposition nur dann tatsächlich verbessern, wenn eine (erneute) Verbescheidung in der Folge dazu führen würde, dass der Beigeladenen ihre Rechtsposition auf der Grundlage des bereits geschlossenen Pachtvertrags entzogen und diese stattdessen der Antragstellerin zugesprochen würde. Sollte sich das Begehren allein auf eine (auch ablehnende) Entscheidung in Gestalt eines förmlichen Bescheids richten - der Bevollmächtigte der Antragstellerin hat auf einen derartigen Anspruch hingewiesen -, wovon allerdings nicht ausgegangen wird, bestünde für den Antrag bereits deshalb kein Rechtsschutzbedürfnis, weil dann nicht ersichtlich wäre, wie sich die Rechtsposition der Antragstellerin durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung faktisch verbessern sollte.

22
Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, wenn anders dem Antragsteller eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (vgl. BVerfG, B.v. 15.8.2002 - 1 BvR 1790/00 - juris Rn. 13). Allein die Erschöpfung der Platzkapazität rechtfertigt nicht die Versagung effektiven einstweiligen Rechtsschutzes. Ergibt die Überprüfung der versagenden Vergabeentscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, dass ein Standplatz zu Unrecht vorenthalten wurde, hat das Fachgericht eine entsprechende Verpflichtung des Marktanbieters auszusprechen. Es ist dann die im Einzelnen vom Gericht nicht zu regelnde Sache des Marktanbieters, diese Verpflichtung umzusetzen. Sowohl das öffentliche Recht wie das Privatrecht halten mit Widerruf und Rücknahme oder der Möglichkeit der (außerordentlichen) Kündigung, gegebenenfalls gegen Schadensersatz für den rechtswidrig bevorzugten Marktbeschicker, Vorkehrungen für den Fall bereit, dass die öffentliche Hand eine zunächst gewährte Rechtsposition entziehen muss. Die Bescheidung von (vorerst) erfolgreichen Mitbewerbern oder der Abschluss von Mietverträgen mit ihnen ist demnach weder ein rechtliches noch ein faktisches Hindernis, das die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes für einen zu Unrecht übergangenen Antragsteller unmöglich macht. Die Marktanbieter haben es in der Hand, durch die Regelung entsprechender Widerrufsvorbehalte oder die Vereinbarung entsprechender Kündigungsklauseln für diese Fälle vorzusorgen (vgl. BVerfG, B.v. 15.8.2002 - 1 BvR 1790/00 - juris Rn. 19).

23
Im Falle einer begehrten Verpflichtung der öffentlichen Verwaltung, einen Rechtsschutzsuchenden unter Beachtung der Rechtsaufassung des Gerichts neu oder erstmals zu verbescheiden, kann der Erlass einer einstweiligen Anordnung mit einem derartigen Inhalt jedoch dann nicht verlangt werden, wenn der Rechtsschutzsuchende aus einer solchen Entscheidung keinen praktischen Nutzen zu ziehen vermag. § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO besagt für Regelungsanordnungen - eine solche wird von der Antragstellerin hier begehrt -, dass eine solche „nötig erscheinen“ muss, um „wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern“ oder aus (vergleichbaren) anderen Gründen. Ziel einer einstweiligen Anordnung kann es nur sein, eine „Regelung zu treffen, die geeignet ist, den Antragsteller vor Rechtsnachteilen zu schützen“. Als Ausprägung des Grundsatzes, dass an der Erlangung einer jeden gerichtlichen Entscheidung ein Rechtsschutzinteresse bestehen muss, setzt auch der Erlass eines Beschlusses nach § 123 VwGO voraus, dass der Antragsteller damit das von ihm erstrebte Ziel erreichen kann. Andernfalls fehlt ihm das für einen solchen gerichtlichen Ausspruch erforderliche Rechtsschutzbedürfnis (vgl. BayVGH, B.v. 6. 5.2013 - 22 CE 13.923 - juris Rn. 23). Falls eine vorzunehmende Neuverbescheidung zu Ungunsten der Antragstellerin ausfallen sollte, könnte sie hieraus keinen praktischen Nutzen ziehen (vgl. BayVGH, B.v. 6. 5.2013 - 22 CE 13.923 - juris Rn. 26). Eine Verpflichtung zur Zulassung durch das Gericht im Verfahren nach § 123 VwGO kommt nur dann in Betracht, wenn eine Ermessensreduzierung auf Null gegeben ist oder andernfalls nicht nur eine schwere, sondern darüber hinaus irreversible Grundrechtsverletzung droht. Bei einer geschuldeten Neuverbescheidung muss davon auszugehen sein, dass diese mit hoher Wahrscheinlichkeit zugunsten des Rechtsschutzsuchenden auszufallen haben wird (vgl. BayVGH, B.v. 6.5.2013 - 22 CE 13.923 - juris Rn. 20).

24

Mit dem Begehren der erneuten Verbescheidung wird zudem eine Entscheidung angestrebt, die die Hauptsache (zumindest teilweise) endgültig vorwegnimmt. Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung ist dies im Verfahren nach § 123 Abs. 1 VwGO nur ausnahmsweise dann gerechtfertigt, wenn der Erfolg der Hauptsache überwiegend wahrscheinlich ist und das Abwarten in der Hauptsache für den Antragsteller schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile zur Folge hätte. Dabei ist dem jeweils betroffenen Grundrecht und den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes Rechnung zu tragen. Ist dem Gericht eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, so ist anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden. Auch in diesem Fall sind die grundrechtlichen Belange des Antragstellers umfassend in die Abwägung einzustellen (vgl. BayVGH, B.v. 22.11.2018 - 4 CE 18.2417 - juris Rn. 5). Dies gilt auch bei sogenannten „Konkurrentenverdrängungsanträgen“, die im Fall ihres Erfolgs dazu führen, dass die Zulassung der beigeladenen Konkurrenten deswegen zurückgenommen wird, weil eine weitere Zulassung aus Platzgründen nicht möglich ist. Auch ihnen gegenüber wird dann die Hauptsache vorweggenommen. Für den im Gerichtsverfahren unterliegenden Marktbewerber bleibt im späteren Hauptsacheverfahren nur der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zulassungsentscheidung, falls er unter dem Aspekt einer Wiederholungsgefahr oder wegen eines nicht aussichtslosen Schadensersatzanspruchs ein Feststellungsinteresse hat (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO). Insoweit sind die Folgen für alle beteiligten Bewerber, deren Zulassung im Streit steht, gleich. Daher ist bei der Korrektur der Platzvergabe in Marktzulassungssachen durch ein Gericht Zurückhaltung geboten, d.h. bei der Prüfung des Anordnungsanspruchs ein strenger Maßstab anzulegen und dem auf Berücksichtigung einer Konkurrenzbewerbung gerichteten Begehren nur dann stattzugeben, wenn ein Anordnungsanspruch offensichtlich gegeben ist. Da dem Veranstalter eines Marktes ein weiter Ermessensspielraum zusteht, der vom Gericht nur in den Grenzen des § 114 Satz 1 VwGO überprüft werden kann, und der Veranstalter auch bei der Korrektur fehlerhafter Entscheidungen über Zulassungen und ggf. auch bei der Neubestimmung fehlerhafter Zulassungskriterien diesen weiten Ermessensspielraum hat, kann ein Anordnungsanspruch nur bestehen, wenn die beanstandete Bewertung einer Bewerbung auf der Grundlage der vom Veranstalter festgelegten Vergabekriterien sachwidrig erscheint und die Sachwidrigkeit evident zu Tage tritt (vgl. BayVGH, B.v. 22.11.2018 - 4 CE 18.2417 - juris Rn. 6 f.) Ein fehlerhaft in Gang gesetztes Verwaltungsverfahren, das auf eine Auswahl unter mehreren konkurrierenden Bewerbern abzielt, kann aus Gründen der Gleichbehandlung nicht lediglich in Bezug auf einzelne Bewerber rechtsfehlerfrei zu Ende geführt werden. Beruft sich ein Bewerber auf einen alle Konkurrenten gleichermaßen betreffenden Verfahrensverstoß, so kann er nur eine Wiederholung bzw. Fortsetzung des Verfahrens mit Wirkung für alle Verfahrensbeteiligten verlangen, nicht dagegen eine erneute Entscheidung nur über seinen eigenen Antrag (vgl. BayVGH, B.v. 17.9.2018 - 4 CE 18.1620 - juris Rn. 27).

25
Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe liegen die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht vor. Die Antragstellerin hat - auch bei Annahme eines Rechtsschutzbedürfnisses - jedenfalls das Bestehen des erforderlichen Anordnungsanspruchs nicht glaubhaft gemacht.

26
Zwar dürfte das von dem Antragsgegner durchgeführte Vergabeverfahren an Verfahrensfehlern leiden, sodass die Antragstellerin einen Anspruch auf die Durchführung eines erneuten rechtsfehlerfreien Verfahrens haben dürfte. Hieraus folgt jedoch kein Anspruch auf erneute „Verbescheidung“ der Bewerbung der Antragstellerin. Unabhängig davon wäre auch nicht ersichtlich, dass eine solche erneute Entscheidung mit hoher Wahrscheinlichkeit zugunsten der Antragstellerin auszufallen hätte. Eine andernfalls drohende, nicht nur schwere, sondern darüber hinaus irreversible Grundrechtsverletzung ist ebenfalls nicht hinreichend ersichtlich. Schließlich ergibt auch eine Abwägung der Interessen nicht, dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung auf vorläufige Zulassung zugunsten der Antragstellerin geboten wäre, um schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile für sie abzuwenden. Da davon auszugehen ist, dass die Durchführung eines rechtsfehlerfreien neuen Vergabeverfahrens angesichts der zu erwartenden Verfahrensdauer eines solchen wegen der kurzen verbleibenden Zeitspanne bis zum diesjährigen Limesfest nicht mehr möglich sein wird, kommt auch der Erlass einer dahingehenden einstweiligen Anordnung nicht in Betracht.

27

Dabei kann im Ergebnis auch offen bleiben, ob sich Ansprüche der Antragstellerin auf der Grundlage von Art. 21 GO - so nach Ansicht der Antragstellerin - ergeben oder ob solche aus den für die Durchführung eines öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich zu beurteilenden Vergabeverfahrens - so der Antragsgegner - maßgeblichen rechtlichen Vorgaben abzuleiten sind.

28
Ein Anspruch auf Neuverbescheidung dürfte sich hier wohl nicht unmittelbar aus Art. 21 GO ergeben. Zwar dürfte davon auszugehen sein, dass es sich bei dem Limesfest um eine öffentliche Einrichtung des Antragsgegners im Sinne von Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GO handelt, jedoch lässt sich nicht erkennen, dass sich die (konkludent erfolgte) Widmung auch auf die Eröffnung eines allgemeinen Zugangs von Festwirten als Beschicker erstreckt.

29
Gemäß Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GO sind alle Gemeindeangehörigen nach den bestehenden allgemeinen Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen. Es kann dabei dahinstehen, ob die Schausteller bzw. Festwirte auf einem Volksfest überhaupt zu den Nutzern im Sinne des Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GO zu zählen sind (offengelassen in BayVGH, U.v. 31.3.2003 - 4 B 00.2823 - juris Rn. 20). Denn einen Zulassungsanspruch vermag ihnen auch prinzipiell die Widmung der Einrichtung im Zusammenwirken mit dem Gleichbehandlungsanspruch (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 Abs. 1 BV) zu vermitteln (vgl. BayVGH, U.v. 31.3.2003 - 4 B 00.2823 - juris Rn. 21).

30
Öffentliche Einrichtungen in diesem Sinne sind alle Verwaltungsressourcen (Personal- und Sachmittel), die von einer Gemeinde durch Widmungsakt der allgemeinen Benutzung durch Ortsansässige zur Verfügung gestellt und von ihr im öffentlichen Interesse unterhalten werden. Eine Einrichtung nach Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GO setzt demnach voraus, dass die Gemeinde eine ihr obliegende Aufgabe wahrnimmt und im Wege einer Widmung, die auch durch konkludentes Handeln geschehen kann, den Einrichtungszweck sowie den Benutzerkreis festlegt (vgl. BayVGH, U.v. 30.9.2020 - 4 B 20.1116 - juris Rn. 24). An den Widmungsakt sind dabei nach ständiger Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs keine förmlichen Voraussetzungen zu stellen. Zwar kann die Widmung durch Satzung oder Beschluss des Gemeinderats ausgesprochen werden. Es genügt indes auch eine durch eine tatsächliche Vergabepraxis geformte konkludente Widmung (vgl. BayVGH, B.v.10.10.2013 - 4 CE 13.2125 - juris Rn. 10 m.w.N.; B.v. 4.1.2012 - 4 CE 11.3002 - juris Rn. 9; U.v. 30.9.2020 - 4 B 20.1116 - juris Rn. 26). Entscheidend für einen Anspruch auf Nutzung einer öffentlichen Einrichtung ist der Inhalt der Widmung, und zwar betreffend sowohl die Art und Weise der Nutzung als auch den begünstigten Personenkreis (vgl. VG Köln, B.v. 12.9.2019 - 14 L 1765/19 - juris Rn. 13).

31
Die Voraussetzungen für die Annahme einer öffentlichen Einrichtung dürften hier gegeben sein. Die Gemeinden erfüllen bei der Ausrichtung traditioneller oder traditionsbildender Volksfest und Jahrmärkte freie Selbstverwaltungsaufgaben und damit Daseinsvorsorge (vgl. BayVGH, U.v. 23.3.1988 - 4 B 86.02336 - BayVBl. 1989, 148/149). Aufgrund der Tatsache, dass das L. …fest seit 1969 von dem Antragsgegner ausgerichtet wird, ist jedenfalls auf eine traditionsbildende Absicht zu schließen. Zwar liegt ein förmlicher Widmungsakt nicht vor, jedoch ist von einer konkludenten Widmung auszugehen, da der Antragsgegner das L. …fest durchgängig der gemeindeangehörigen wie auch ortsfremden Öffentlichkeit als Besucher zur Verfügung stellt bzw. dieser den Zugang dazu eröffnet (zulassungsfreier Allgemeingebrauch).

32
Eine solche tatsächliche jahrelange Vergabepraxis des Antragsgegners, die Rückschlüsse auf den Umfang der konkludenten Widmung gestattet (vgl. hierzu BayVGH, U.v. 31.3.2003 - 4 B 00.2823 - juris Rn. 21), lässt sich hier jedoch im Hinblick auf die Bewirtung der Festbesucher nicht gleichermaßen feststellen. So hat der Antragsgegner hierzu unwidersprochen vorgetragen, dass es seit 1969 bis 2019 lediglich zwei Festwirte gegeben hat. Der erste Festwirt war ab dem Jahr 1969 bis 1986 tätig und ab dem Jahr 1987 bzw. 1988 bis zum Jahr 2019 die Antragstellerin als weiterer Festwirt. Der Antragsgegner hat weiterhin ausgeführt, dass die Vergabe auf Basis einer beschränkten Ausschreibung in Form eines privatrechtlichen Pachtvertrags nach Beschlussfassung des Marktgemeinderats erfolgt. Somit hat sich der Antragsgegner bereits seit erstmaliger Durchführung des Festes dafür entschieden, die gesamte Festbewirtung im Wege eines beschränkten Vergabeverfahrens zu vergeben. Sie hat sich dabei unter Vorgabe eines Anforderungsprofils

vorbehalten, unter den Anbietern eine freie Auswahl zu treffen. Dabei dürfte es nicht als grundsätzlich unzulässig angesehen werden, dass der Antragsgegner insoweit eine Trennung vorgenommen hat und die (gesamte) Bewirtung einer eigenen rechtlichen Gestaltung folgen könnte. So ließe sich die Fallgestaltung möglicherweise vergleichen mit dem Betrieb einer Stadthalle als öffentliche Einrichtung und Vergabe der hierfür angebotenen Bewirtungsleistungen im Sinne eines Betriebsteils als Dienstleistung (bzw. Dienstleistungskonzession) an einen Dritten (im Wege der Ausschreibung), anstelle diese selbst, etwa durch eigenes städtisches Personal, zu erbringen. Auch die Vergabe der Beschickung des Vergnügungsparks erfolgte im Übrigen fortlaufend im Wege des Abschlusses von Verträgen (zuletzt Miet-/Pachtverträgen) mit einem einzelnen Unternehmen, wie sich aus den von dem Antragsgegner vorgelegten Verträgen ergibt. Aus diesen lässt sich zudem entnehmen, dass es hierbei im Wesentlichen um einen Vergnügungspark geht und - abgesehen von Süßwarengeschäften (vgl. so auch die Ausschreibungsunterlagen) - nicht um weitere Bewirtungsstände. Der Festwirt selbst sollte nach den Ausschreibungsunterlagen neben dem Weißbiergarten auch noch eine Fischbraterei („Steckerlfisch“) anbieten.

33
Als Ausfluss der verfassungsrechtlich verbürgten Selbstverwaltungsgarantie kommt den Gemeinden bei Schaffung und Unterhaltung ihrer Einrichtungen eine weitreichende und gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Gestaltungsbefugnis zu. Die Ausgestaltungsbefugnis der Gemeinde als Veranstalterin des Festes wird nur durch das Willkürverbot begrenzt (vgl. BayVGH, B.v. 13.9.2016 - 4 ZB 14.2209 - juris Rn. 8; B.v. 12.7.2011 - 4 CS 11.1200 - juris Rn. 14). Hinsichtlich personenbezogener Kriterien ist sie nur dem aus Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 Abs. 1 BV zu entnehmenden Gebot sachgerechter Differenzierung unterworfen (vgl. BayVGH, U.v. 31.3.2003 - 4 B 00.2823 - juris Rn. 27). Ein Verstoß gegen das Willkürverbot dürfte hier allein durch die Wahl des (beschränkten) Ausschreibungsverfahrens - bei anzunehmender fehlender grenzüberschreitender Bedeutung und Unterschreiten der EU-Schwellenwerte - noch nicht gegeben sein. Auch ein an Vergaberecht orientiertes Beschränktes Ausschreibungsverfahren, das sich an die hierfür maßgeblichen rechtlichen Vorgaben hält, genügt rechtsstaatlichen Anforderungen und unterliegt ebenfalls gerichtlicher Kontrolle (vgl. allgemein zum Rechtsschutz bei Auftragssummen unterhalb der Schwellenwerte BVerfG, B.v. 13.6.2006 - 1 BvR 1160/03 - juris). Somit dürfte es auch nicht als ausgeschlossen anzusehen sein, dass die Vergabe nicht in Form eines (konkludenten) Verwaltungsakts erfolgt ist und auch nicht erfolgen musste, sondern ausschließlich im Rahmen des Haushaltsrechts und im Wege zivilrechtlicher Handlungsformen, hier der Abschluss des Pachtvertrags mit der Beigeladenen und die Kündigung des bestehenden Pachtvertrags mit der Antragstellerin. So wird an erster Stelle im Pachtvertrag unter „I. Gegenstand des Vertrags“ auch ausgeführt, dass der Antragsgegner den Festzeltbetrieb des L. …festes an den o.g. Pächter „vergibt“. Allerdings könnte es sich möglicherweise auch um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit privatrechtlichen Teilregelungen handeln, da das von dem Antragsgegner vorgegebene Leistungskonzept und damit der öffentliche Versorgungszweck im Vordergrund des Vertrags stehen könnte (vgl. hierzu Rennert, NZBau 2019, 411/412, 414).

34
Die Zulassung eines Festwirts kann alle Merkmale einer Dienstleistungskonzession erfüllen (vgl. Donhauser, NVwZ 2010, 931/935 unter Bezugnahme auf VG Köln, U.v. 16.10.2008 - 1 K 4507/08 - juris, OLG Naumburg, B.v. 4.12.2001 - 1 Verg 10/01 - juris und Braun, NVwZ 2009, 2009, 747; vgl. zur Abgrenzung der Dienstleistungskonzession und der vorausgesetzten Beschaffungsabsicht auch KG Berlin - U.v. 22.1.2015 - 2 U 14/14 Kart - juris Rn. 13 f. - Pachtvertrag über eine Veranstaltungsstätte; OLG München, B.v. 19.1.2012 - Verg 17/11 - juris Rn. 32 f. - Einräumung des exklusiven Bierlieferungsrechts einer Brauerei an einen zum Ausschank des Biers verpflichteten Festwirt).

35
Nach der Legaldefinition in § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB sind Dienstleistungskonzessionen entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen bestehen; dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung. Für die Dienstleistungskonzession ist maßgeblich, dass die öffentliche Hand einem Konzessionär eine im Rahmen der Daseinsvorsorge bestehende Dienstleistung zur eigenverantwortlichen Durchführung überträgt. Dabei wird dem Konzessionär ein befristetes Recht zur Nutzung eingeräumt. Der Unterschied zur Dienstleistung liegt im Kern darin, dass bei einer Konzession der

Private als Gegenleistung für die Übernahme der Dienstleistung statt einer Vergütung das ausschließliche Recht zur kommerziellen Nutzung und Verwertung des Leistungssubstrats erhält. Damit verbunden ist eine Verlagerung des wirtschaftlichen Risikos auf den Konzessionär, der seine Vergütung durch die Verwertung und Nutzung des übertragenen Rechts erzielt. Dem Schausteller, Standbetreiber oder Festwirt wird aus dieser öffentlichen Aufgabe ein Ausschnitt zur eigenverantwortlichen Erledigung übertragen. Sie erhalten das ausschließliche Recht zum Anbieten von Waren und Vergnügungen und refinanzieren sich über die Einnahmen aus deren Vermarktung und haben die damit zusammenhängenden wirtschaftlichen Risiken zu tragen. Dass angesichts der häufig bestehenden Attraktivität von Volksfesten und Märkten kein nennenswertes unternehmerisches Risiko damit verbunden ist, ist unerheblich. Ausreichend ist, dass das bei der Kommune bestehende Veranstalterrisiko in vollem Umfang oder zumindest ganz überwiegend auf die Beschicker oder Festwirte übertragen wird. Ein besonderes Risiko muss damit nicht verbunden sein. Ausreichend ist daher auch, wenn nur einzelne Teile des Veranstalterrisikos übertragen werden. Die Annahme einer Dienstleistungskonzession ist auch nicht ausgeschlossen, wenn ein zivilrechtlicher Pachtvertrag geschlossen wird. Zwar unterliegt die schlichte Verpachtung eines Grundstücks nicht dem Vergaberecht, weil die öffentliche Hand hierbei lediglich als Anbieter einer eigenen Leistung auf dem Markt auftritt und nicht fremde Leistungen nachfragt. Die Einnahme einer Pacht als Gegenleistung stellt dabei keinen vergaberechtlich relevanten Beschaffungsvorgang dar. Anders liegt es jedoch bei Vertragsverhältnissen, die aus verschiedenen Regelungsgegenständen zusammengesetzt sind. Dort ist für die vergaberechtliche Einordnung der Schwerpunkt der vertraglichen Regelung entscheidend. Anhaltspunkte können dabei sowohl der jeweilige Auftragswert, als auch der unter wertenden Gesichtspunkten zu ermittelnde inhaltliche Schwerpunkt des Vertrags sein. Vieles spricht bei Schausteller- oder Marktbeschickerverträgen dafür, dass nicht die Verpachtung, sondern die Einräumung des Rechts zum Angebot von Waren und Dienstleistungen wirtschaftlich im Vordergrund steht. Dieses Recht dürfte regelmäßig deutlich werthaltiger sein als das durch den Pachtzins verkörperte zeitliche Nutzungsrecht, da davon auszugehen ist, dass die Marktbeschicker die zu zahlende Pacht durch ihre Tätigkeit auf Volksfesten und Märkten amortisieren wollen (vgl. Donhauser, NVwZ 2010, 931/935 f.).

36
Die durch das Vergaberechtsänderungsgesetz eingeführte so genannte kartellrechtliche Lösung führt zu einer Zweiteilung des Vergaberechts. Das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB ist nur auf Vergaben mit Beträgen ab bestimmten Schwellenwerten (vgl. § 106 GWB) anwendbar, die sich an den gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerten orientieren. Für Vergaben unterhalb dieser Schwellenwerte verbleibt es dagegen bei der früheren, haushaltsrechtlich geprägten Rechtslage. Daraus ergeben sich erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Frage, ob potentielle Auftragnehmer subjektive Rechte innehaben und welchen Rechtsschutz sie genießen (vgl. BVerfG, B.v. 13.6.2006 - 1 BvR 1160/03 - juris Rn. 9). Für Aufträge, deren Volumen den maßgeblichen Schwellenwert nicht erreicht, bleibt das Vergaberecht Teil des öffentlichen Haushaltsrechts und insofern Innenrecht der Verwaltung. Ob und inwieweit den Interessenten Primäransprüche im laufenden Vergabeverfahren zustehen, hängt mangels besonderer Regeln von den Vorgaben der allgemeinen Rechtsordnung ab. Soweit sich danach überhaupt Unterlassungsansprüche ergeben können, sind diese faktisch in aller Regel nicht durchsetzbar, da sie jedenfalls mit Erteilung des Zuschlags untergehen. Die erfolglosen Bewerber erfahren von ihrer Nichtberücksichtigung zumeist erst mit oder nach dem Zuschlag. Faktisch sind die erfolglosen Bewerber um eine Auftragsvergabe unterhalb des Schwellenwertes daher in aller Regel vom Primärrechtsschutz ausgeschlossen. Allerdings kann eine Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ausschlusses des erfolglosen Bieters in Betracht kommen (vgl. BVerfG, B.v. 13.6.2006 - 1 BvR 1160/03 - juris Rn. 15 f.). Ein subjektives Recht des Betroffenen, das im Rahmen des Justizgewährungsanspruchs gerichtlich verfolgt werden kann, ist jedenfalls der Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG). Jede staatliche Stelle hat bei ihrem Handeln, unabhängig von der Handlungsform und dem betroffenen Lebensbereich, die in dem Gleichheitssatz niedergelegte Gerechtigkeitsvorstellung zu beachten. Dieses Handeln ist anders als die in freiheitlicher Selbstbestimmung erfolgende Tätigkeit eines Privaten stets dem Gemeinwohl verpflichtet. Eine willkürliche Ungleichbehandlung kann dem Gemeinwohl nicht dienen. Der staatlichen Stelle, die einen öffentlichen Auftrag vergibt, ist es daher verwehrt, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen. Darüber hinaus kann die tatsächliche Vergabepraxis zu einer Selbstbindung der Verwaltung führen. Aufgrund dieser Selbstbindung kann den Verdingungsordnungen als den verwaltungsinternen Regelungen über Verfahren und Kriterien der Vergabe eine mittelbare Außenwirkung zukommen. Jeder Mitbewerber muss eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen

Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Eine Abweichung von solchen Vorgaben kann eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG bedeuten. Insofern verfügt jeder Mitbewerber über ein subjektives Recht, für das effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden muss. Die in der Rechtsordnung vorgesehenen Möglichkeiten des Rechtsschutzes genügen dabei rechtsstaatlichen Anforderungen (vgl. BVerfG, B.v. 13.6.2006 - 1 BvR 1160/03 - juris Rn. 64 ff.).

37
Für Streitigkeiten in Vergabeverfahren, die nicht in den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB fallen, weil sie Aufträge unterhalb der Schwellenwerte betreffen, ist grundsätzlich der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet. Dies gilt jedenfalls dann, wenn bei der Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags keine gesetzliche Verpflichtung zu bevorzugter Berücksichtigung eines bestimmten Personenkreises zu beachten ist (vgl. BVerwG, B. vom 2.5.2007 - 6 B 10/07 - juris Rn. 5; vgl. auch BayVGH, B.v. 29.3.2010 - 4 C 09.2865 - juris Rn. 4). Mit der Aufnahme der Vertragsverhandlungen entsteht zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bietern ein privatrechtliches Rechtsverhältnis, welches bis zur Auftragsvergabe an einen der Bieter andauert. Die öffentliche Hand trifft in diesem Vergabeverfahren eine Entscheidung über die Abgabe einer privatrechtlichen Willenserklärung, die die Rechtsnatur des beabsichtigten bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäfts teilt. Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist als einheitlicher Vorgang insgesamt dem Privatrecht zuzuordnen (vgl. BVerwG, B.v. 2.5.2007 - 6 B 10/07 - juris Rn. 6). Für die Bestimmung des Rechtswegs ist es unerheblich, dass die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auch - zumindest mittelbar - öffentliche Aufgaben wahrnimmt und dass die Abgrenzung zur Wirtschaftsförderung und -lenkung im Einzelfall fließend sein kann. Aus der Tatsache, dass staatliche Maßnahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, kann nicht ohne Weiteres der Schluss gezogen werden, dass die öffentliche Hand sich auch öffentlich-rechtlicher Mittel zur Erreichung dieser Ziele bedient. Die öffentliche Verwaltung kann die ihr anvertrauten öffentlichen Aufgaben, wenn und soweit keine öffentlich-rechtlichen Normen oder Rechtsgrundsätze entgegenstehen, auch in der Form und mit den Mitteln des Privatrechts erfüllen. Maßgeblich für die Zuordnung eines Rechtsverhältnisses zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht ist nicht das Ziel, sondern die Rechtsform staatlichen Handelns; ist diese privatrechtlich, so ist es grundsätzlich auch die betreffende Streitigkeit. Für den Rechtsweg ebenfalls nicht entscheidend ist der Umstand, dass die öffentliche Hand im Vergabeverfahren öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt, die für Privatpersonen nicht in entsprechender Weise gelten. Ob und in welchem Umfang bei der Auswahl eines Vertragspartners durch die öffentliche Hand eine derartige Bindung besteht, ist keine Frage des Rechtswegs, sondern der zu treffenden Sachentscheidung. Das Zivilrecht wird insoweit als „Basisrecht“ von den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Bindungen überlagert. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichtshofs wird dort, wo sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben privater Gestaltungsformen bedient, die Privatrechtsordnung lediglich in einzelnen Punkten durch öffentlich-rechtliche Bindungen ergänzt, modifiziert und überlagert, ohne dass darum das Verwaltungshandeln selbst dem öffentlichen Recht zuzuordnen wäre (sog. Verwaltungsprivatrecht); infolgedessen haben über derartige öffentlich-rechtliche Bindungen des privatrechtlichen Verwaltungshandelns die ordentlichen Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit mit zu entscheiden. Die Frage, welcher Rechtsweg für Streitigkeiten bei der „unterschwelligen“ Vergabe öffentlicher Aufträge gegeben ist, hängt vor diesem Hintergrund nicht entscheidend davon ab, ob Vergaberecht öffentliches Recht ist. Insbesondere die Bindung der im Vergabeverfahren vorzunehmenden Auswahl an das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG führt nicht dazu, dass das Rechtsverhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bietern als öffentlich-rechtlich anzusehen ist. Jede staatliche Stelle hat unabhängig von der Handlungsform den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten. Diese Bindung kann daher für die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich nicht entscheidend sein. Andernfalls wäre nahezu jedes Rechtsverhältnis zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Bürger angesichts der umfassenden Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG als öffentlich-rechtlich anzusehen; für die Annahme privatrechtlichen Handelns der öffentlichen Hand bliebe letztlich kein Raum mehr. Öffentlichrechtliche Bindungen der Verwaltung, die im Kern nur aus der Bindung an den Gleichheitssatz bestehen, führen nicht dazu, deren Handeln als öffentlich-rechtlich einzustufen und den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten zu bejahen. Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge besteht die Bindung der öffentlichen Hand im Kern aber allein in der Bindung an den Gleichheitssatz, welcher verlangt, dass jeder Bewerber eine faire Chance erlangt, nach Maßgabe der für den jeweiligen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Diese Anforderungen an die Wettbewerbsgleichheit der Bieter berühren indes nicht die privatrechtlichen Grundlagen des

Rechtsverhältnisses zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bietern und machen die Streitigkeit zwischen dem unterlegenen Bieter und dem öffentlichen Auftraggeber deshalb nicht zu einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO (vgl. BVerwG, B.v. 2.5.2007 - 6 B 10/07 - juris Rn. 7 ff.). Eine öffentlich-rechtliche Einordnung der Beziehungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bietern lässt sich schließlich auch nicht durch Heranziehung der sogenannten Zweistufentheorie erreichen. Die Zweistufentheorie ist nur dann zur rechtlichen Bewertung eines Vorgangs angemessen, wenn dieser durch eine Mehrphasigkeit der Aufgabenwahrnehmung gekennzeichnet ist. Das ist typischerweise dann der Fall, wenn die Entscheidung über das „Ob“ einer öffentlichen Leistung - etwa die Gewährung einer Subvention - durch Verwaltungsakt erfolgt, während deren Abwicklung - das „Wie“ - mittels eines privatrechtlichen Vertrages durchgeführt wird. Die Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags unterscheidet sich hiervon jedoch wesentlich. Das Vergabeverfahren ist nämlich seiner Struktur nach gerade nicht zweistufig; vielmehr erfolgt die Entscheidung über die Auswahl zwischen mehreren Bietern im Regelfall unmittelbar durch den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages mit einem der Bieter durch Zuschlag. Hiernach fehlt es an einem Anknüpfungspunkt für eine „erste Stufe“, auf der eine - nach öffentlichem Recht zu beurteilende - selbstständige „Vergabeentscheidung“ fallen könnte. Durch die Anwendung der Zweistufentheorie auf die Vergabe öffentlicher Aufträge würde vielmehr ein einheitlicher Vorgang künstlich in zwei Teile aufgespalten. Die öffentlich-rechtlichen Bindungen, vor allem die Bindung an den Gleichheitssatz, denen die öffentliche Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegt, zwingen nicht zur Annahme einer „ersten Stufe“ bei der Auftragsvergabe in Form einer gesonderten „Vergabeentscheidung“. Die öffentlich-rechtliche Überlagerung der privatrechtlichen Auftragsvergabe kann vielmehr ohne Weiteres nach den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts bewältigt werden, indem die ordentlichen Gerichte über die Ergänzungen, Modifizierungen und Überlagerungen des Privatrechts durch öffentlich-rechtliche Bindungen mit zu entscheiden haben (vgl. BVerwG, B.v. 2.5.2007 - 6 B 10/07 - juris Rn. 15).

38
Der Bundesgerichtshof ist dieser Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beigetreten (vgl. BGH, B.v. 23.1.2012 - X ZB 5/11 - juris Rn. 20). Welcher Rechtsweg für Streitigkeiten aus der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen eröffnet ist, ergibt sich danach aus denselben Grundsätzen, die für die Bestimmung des Rechtswegs bei Streitigkeiten aus der Vergabe öffentlicher Aufträge mit einem die Schwellenwerte der Vergabeverordnung unterschreitenden Volumen gelten. Entsprechend allgemeinen Grundsätzen hängt die Bestimmung des zulässigen Rechtswegs hier wie dort davon ab, ob das jeweils streitige Rechtsverhältnis dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht zuzuordnen ist. Für diese Zuordnung ist nicht das Ziel, sondern die Rechtsform staatlichen Handelns maßgeblich. Ist diese privatrechtlich, so ist es grundsätzlich auch die betreffende Streitigkeit. Umgekehrt ist prinzipiell der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn sich das staatliche Handeln in den Bahnen des öffentlichen Rechts vollzieht. Wird eine Dienstleistungskonzession in den Formen des Privatrechts vergeben, sind für die vergaberechtliche Nachprüfung mithin die ordentlichen Gerichte zuständig. Wird die Konzession in den Formen des öffentlichen Rechts vergeben, ist hingegen der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten nicht gegeben (vgl. BGH, B.v. 23.1.2012 - X ZB 5/11 - juris Rn. 20). Danach war im dortigen Streitfall der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, weil das Rechtsverhältnis zwischen dem Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung und den mit der Durchführung des Rettungsdienstes Beauftragten aufgrund gesetzlicher Regelung (Art. 13 Abs. 4 BayRDG) durch öffentlich-rechtlichen Vertrag zu gestalten war (vgl. BGH, B.v. 23.1.2012 - X ZB 5/11 - juris Rn. 20; vgl. zur Bestimmung des zulässigen Rechtswegs im Einzelnen z.B. auch NdsOVG, B.v. 29.10.2018 - 10 ME 363/18 - juris Rn. 5 ff., 11 - Vergabe einer Konzession für Bau und Betrieb einer Kindertagesstätte mit Übertragung der hierbei bestehenden öffentlich-rechtlichen Bindungen und Berechtigungen auf einen anerkannten Träger der freien Jugendhilfe; ThürOVG, B.v. 26.2.2020 - 3 VO 517/17 - juris Rn. 5 ff., 13 - Vergabe einer Dienstleistungskonzession zur Veranstaltung eines öffentlichen Weihnachtsmarkts unter maßgeblicher Berücksichtigung, ob die im Vertrag selbst vereinbarte oder aber zugrunde gelegte oder vorausgesetzte Leistung der Behörde zum öffentlichen Recht gehört und mit der Leistung des Privaten im untrennbaren Zusammenhang steht; SächsOVG, B.v. 6.9.2012 - 3 E 72/12 - juris - Vergabe einer Dienstleistungskonzession für die Organisation und Durchführung eines Marktes - Rechtsweg bestimmt sich maßgeblich danach, in welcher Rechtsform die Dienstleistungskonzession vergeben wird; OVG NW, B.v. 7.2.2011 - 15 E 1485/10 - juris - Ordentlicher Rechtsweg bei entgeltlichem Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung - Betrieb eines Freizeitzentrums; B.v. 4.5.2006 - 15 E 453/06 - juris - Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs hinsichtlich

Dienstleistungskonzession betreffend die Verpachtung eines gemeindlichen Grundstücks und Gebäudes mit der vertraglichen Verpflichtung, öffentliche Parkeinrichtungen zu betreiben; OVG Berlin-Bbg, B.v. 30.11.2010 - OVG 1 S 107.10 - juris - Marktvergabe im Wege einer Dienstleistungskonzession; VG Regensburg, B.v. 17.8.2017 - RN 3 K 17.1003 - juris Rn. 28 ff. - Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bei Vergabe des Betriebs einer gemeindlichen Plakatierungseinrichtung; VG München, B.v. 31.5.2016 - M 7 E 16.2303 - juris Rn. 23 - Vergabe einer Dienstleistungskonzession mit Mitteln des öffentlichen Rechts „Kulturstrand München“; VG Mainz, B.v. 30.8.2010 - 6 L 849/10MZ - juris - Verwaltungsrechtsweg bei Dienstleistungskonzessionsvergabe „Städtische Werbeanlagen“; VG Münster, B.v. 9.3.2007 - 1 L 64/07 - juris - Verpachtung einer kommunalen Leichenhalle; Vergabekammer Sachsen-Anhalt, B.v. 1.8.2013 - 2 VK LSA 04/13 - juris - Pachtvertrag zur Betreibung und Bewirtschaftung einer städtischen Halle - Dienstleistungskonzession; Vergabekammer des Landes Brandenburg, B.v. 27.5.2009 - VK 21/09 - juris - Übertragung der Bewirtschaftung der Kantine einer Körperschaft des öffentlichen Rechts als Dienstleistungskonzession; vgl. auch OLG Düsseldorf, B.v. 28.3.2012 - VII-Verg 37/11 - juris - Betreiben eines Freizeitzentrums - Dienstleistungskonzession - Zuständigkeit richtet sich danach, ob die Konzession in den Formen des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts vergeben wird; B.v. 13.12.2017 - I-27 U 25/17 - juris - Zivilrechtsweg bei Vergabe einer Dienstleistungskonzession durch öffentlichen Auftraggeber; OLG Koblenz, B.v. 10.7.2018 - Verg 1/18 - juris - Vergabeverfahren zum Abschluss von Fischereipachtverträgen durch die öffentliche Hand; Brandenburgisches OLG, U.v. 10.7.2018 - 6 U 4/16 Kart - juris - Verpachtung von Gewerbeflächen für Kfz-Schilderpräger auf dem Gelände einer Kfz-Zulassungsstelle; OLG Karlsruhe, U.v. 24.9.2014 - 6 U 89/12 (Kart) - juris - Ausschreibung eines Pachtvertrags über eine Schilderprägestelle im Gebäude der Kfz-Zulassungsstelle; OLG Celle, B.v. 8.9.2014 - 13 verg 7/14 - juris - Vergabe der Berechtigung zum Aufstellen von Sammelbehältern für Alttextilien als Dienstleistungskonzession; Vergabekammer Baden-Württemberg, B.v. 28.1.2009 - 1 VK 58/08 - juris - Ausschreibung Konzeption und Betrieb eines Mobilitäts-Erlebnis-Zentrums durch eine Stadt; vgl. auch Rennert, NZBau 2019, 411/412, 414, wonach typische Konzessionsverträge öffentlich-rechtlicher Natur seien mit der Folge der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte).

39
Im Rahmen dieses Eilverfahrens kann es letztlich im Ergebnis offen bleiben, ob der Festwirt und der (oder die) Schausteller wegen des unmittelbaren Bezugs in den Widmungszweck der öffentlichen Einrichtung mit einzubeziehen wären, oder ob ihnen anderenfalls (gleichwohl) ein gerichtlich verfolgbarer Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung des Antragsgegners über ihre Zulassungsanträge gemäß Art. 40 BayVwVfG, § 114 Satz 1 VwGO zustünde (vgl. hierzu BayVGH. U.v. 17.2.1999 - 4 B 96.1710 - juris Rn. 31). Denn auch bei Annahme eines Zulassungsanspruchs nach Art. 21 Abs. 1 GO beschränkt sich im Falle einer Erschöpfung der Kapazität - wie hier - der subjektive Anspruch auf die sachgerechte und fehlerfreie Ausübung des Auswahlermessens, d.h. darauf, dass der Antragsgegner die Auswahlentscheidung nach sachlichen Kriterien und unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes trifft (vgl. st. Rspr. BayVGH, U.v. 31.3.2003 - 4 B 00.2823 - juris Rn. 21; U.v. 11.11.2013 - 4 B 13.1135 - juris Rn. 23; B.v. 17.9.2018 - 4 CE 18.1620 - juris Rn. 20). Weiterhin kann es im Ergebnis dahinstehen, ob es sich vorliegend (in zulässiger oder unzulässiger Weise) um ein rein vergaberechtlich zu beurteilendes Verfahren handelt, bei dem der Antragstellerin kein weitergehender (vgl. hierzu NdsOVG, B.v. 29.10.2018 - 10 ME 363/18 - juris Rn. 23) Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung zukäme, sondern (lediglich) ein Anspruch gemäß Art. 3 Abs. 1 GG auf ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren. Denn das von dem Antragsgegner durchgeführte Vergabeverfahren wird auch diesen Anforderungen nicht gerecht. Gleichwohl führen die Verfahrensfehler nicht dazu, dass damit der erforderliche Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht wäre.

40
In Bezug auf einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über Zulassungsanträge gemäß Art. 40 BayVwVfG, § 114 Satz 1 VwGO gilt, dass hinsichtlich der konkreten Bewertung der einzelnen Bewerbung der Prüfungsumfang des Gerichts naturgemäß vor allem bei den subjektiven Aspekten der Bewertung stark eingeschränkt ist. Die Erfüllung der Vergabekriterien einer Bewerbung ist daher vom Gericht aufgrund des Einschätzungsspielraums der Gemeinde 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. 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. Dabei kommt es auf die endgültigen Entscheidungen der Beklagten an, wie sie insbesondere in der Zulassungs- bzw. Nichtzulassungsentscheidung zum Ausdruck kommen. Erwägungen der an der Entscheidung vorbereitend beteiligten Organe bzw. Mitarbeiter sind ergänzend heranzuziehen (vgl. st. Rspr. BayVGH, U.v. 11.11.2013 - 4 B 13.1135 - juris Rn. 23; B.v. 17.9.2018 - 4 CE 18.1620 - juris Rn. 20; B.v. 11.2.2019 - 4 ZB 18.378 - juris Rn. 16).

41
Für das Verfahren der Vergabe einer Dienstleistungskonzession im Unterschwellenwertbereich steht fest, dass der 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen keine Anwendung findet. Die Unterschwellenvergabeordnung - UVgO - betrifft nur die Vergabe von öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und befasst sich dementsprechend nicht mit der Vergabe von Unterschwellenwertkonzessionen. Gleichwohl besteht Einigkeit, dass die Vergabe einer Dienstleistungskonzession (im Unterschwellenwertbereich) nicht in einem rechtsfreien Raum stattfindet. Auch die Vergabe einer Dienstleistungskonzession (im Unterschwellenwertbereich) muss in einem irgendwie gearteten Ausschreibungswettbewerb erfolgen. Die Einzelheiten, insbesondere, ob eine Informations- und Wartepflicht besteht, sind umstritten (vgl. Braun in Gabriel/Krohn/Neun, VergabeR-HdB, 3. Aufl. 2021, § 68 Rn. 11).

42
Wenn keine Binnenmarktrelevanz vorliegt, kommen die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien zum Tragen. Auch unterhalb der Schwellenwerte und unterhalb einer Binnenmarkrelevanz erfordert der Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG, Dienstleistungskonzessionen in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 13.12.2017 - I-27 U 25/17 - juris Rn. 41).

43
Art. 1 Abs. 3 GG ordnet die umfassende Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt an. Die Grundrechte gelten nicht nur für bestimmte Bereiche, Funktionen oder Handlungsformen staatlicher Aufgabenwahrnehmung, sondern binden die staatliche Gewalt umfassend und insgesamt. Der Staat und andere Träger öffentlicher Gewalt können im Rahmen ihrer Zuständigkeiten zwar auch am Privatrechtsverkehr teilnehmen. Sie handeln dabei jedoch stets in Wahrnehmung ihres dem Gemeinwohl verpflichteten Auftrags. Ihre unmittelbare Bindung an die Grundrechte hängt daher weder von der Organisationsform ab, in der sie dem Bürger gegenübertreten, noch von der Handlungsform (vgl. BVerfG, B.v. 19.7.2016 - 2 BvR 470/08 - juris Rn. 26). Sobald der Staat oder andere Träger öffentlicher Gewalt eine Aufgabe an sich ziehen, sind sie bei deren Wahrnehmung an die Grundrechte gebunden. Dies gilt auch, wenn sie insoweit auf das Zivilrecht zurückgreifen. Eine Flucht aus der Grundrechtsbindung in das Privatrecht mit der Folge, dass der Staat unter Freistellung von Art. 1 Abs. 3 GG als Privatrechtssubjekt zu begreifen wäre, ist ihm verstellt (vgl. BVerfG, B.v. 19.7.2016 - 2 BvR 470/08 - juris Rn. 29). Unerheblich ist auch, ob die für den Staat oder andere Träger öffentlicher Gewalt handelnde Einheit „spezifische“ Verwaltungsaufgaben wahrnimmt, ob sie erwerbswirtschaftlich oder zur reinen Bedarfsdeckung tätig wird („fiskalisches“ Handeln) und welchen sonstigen Zweck sie verfolgt (vgl. BVerfG, B.v. 19.7.2016 - 2 BvR 470/08 - juris Rn. 30).

44
Bei der Vergabe von Konzessionen, die den maßgeblichen Schwellenwert nicht erreichen, beschränkt sich das Recht des Mitbewerbers auf den Anspruch auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG (vgl. NdsOVG, B.v. 29.10.2018 - 10 ME 363/18 - juris Rn. 21 unter Bezugnahme auf BVerfG, B.v. 13.6.2006 - 1 BvR 1160/03 - juris Rn. 64). Das Gebot der Gleichbehandlung soll die Chancengleichheit der Bieter sichern und kein Teilnehmer darf aus irgendwelchen Gründen benachteiligt oder bevorzugt werden, also ohne ausreichenden Grund anders als andere Mitbewerber behandelt werden. Das Gleichbehandlungsgebot erfordert ein gerechtes und faires Vergabeverfahren nach objektiven Maßstäben; insoweit überschneidet es sich mit dem Transparenzgebot. Aus dem Gleichbehandlungsgebot wird die Verpflichtung hergeleitet, die Vergabekriterien und deren Gewichtung im Vorhinein anzugeben. Die Vergabestellen müssen allen Bietern dieselben Informationen zukommen lassen und dieselben Fristen setzen. Ferner ist der öffentliche Auftraggeber aus Gründen der Gleichbehandlung strikt an die selbst gesetzten Vorgaben gebunden (vgl. LG Leipzig, U.v. 16.11.2012 - 5 O 2822/12 - juris Rn. 35). Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg geht hinsichtlich der Vergabe der Durchführung eines Wochenmarkts - die Auswahl des Marktveranstalters

sei durch die kommunale Aufgabenwahrnehmung hoheitlich geprägt - zudem von einem öffentlich-rechtlichen Bewerbungsverfahrensanspruch des Mitbewerbers aus, der es neben einer gleichmäßigen und transparenten Behandlung aller Bewerber (Art. 3 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG) auch gebiete, zwischen der Bekanntgabe der Auswahlentscheidung und dem Vertragsabschluss mit dem ausgewählten Bewerber einen angemessenen Zeitraum, jedenfalls zwei Wochen, verstreichen zu lassen, um einen effektiven (Primär-) Rechtsschutz im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG in Bezug auf die Auswahlentscheidung zu ermöglichen (vgl. OVG Berlin-Bbg, B.v. 30. November 2010 - OVG 1 S 107.10 - juris 7).

45
Nach den haushaltsrechtlichen Vorgaben muss der Vergabe von Aufträgen eine Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb oder eine Verhandlungsvergabe rechtfertigen. Bei der Vergabe von Aufträgen und dem Abschluss von Verträgen sind die vom Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen und für Heimat bekannt gegebenen Vergabegrundsätze anzuwenden (vgl. § 30 KommHV Doppik, § 31 KommHV-Kameralistik). Gemäß Nr. 1.6 der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern und für Integration über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich vom 31. Juli 2018 (AllMBl. S. 547) wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt, das sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis bestimmt. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden. Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Sind neben dem Preis oder den Kosten zusätzliche Kriterien beabsichtigt, sind diese vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe festzulegen und in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen anzugeben. Eine spätere Änderung der Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens ist nicht zulässig. Das Vergabeverfahren ist so zu dokumentieren, dass die einzelnen Maßnahmen und die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten sind (vgl. Nr. 1.10.1 der Bekanntmachung). Weiterhin wird zur Vermeidung von rechtlichen Risiken bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) zur Anwendung empfohlen (vgl. Nr. 4.1 der Bekanntmachung).

46
Hier leidet das Ausschreibungsverfahren schon daran, dass keinerlei objektive Auswahlkriterien ersichtlich sind. Es fehlt damit bereits an der erforderlichen Transparenz und objektiven Nachprüfbarkeit des Verfahrens. Damit sind selbst die vergaberechtlich einzuhaltenden Maßgaben nicht erfüllt. Zwar enthält die Ausschreibung eine relativ detaillierte Darstellung des Anforderungsprofils („Leistungsbedingungen“), in Bezug auf die Auftragsvergabe wird jedoch lediglich darauf hingewiesen, dass sich der Antragsgegner vorbehält, unter den Anbietern eine freie Auswahl zu treffen. Weiterhin ist nur der rechtliche Hinweis enthalten, dass die Bewerbung keinen Anspruch auf Zulassung begründet. Somit hat der Antragsgegner keine objektiven Auswahlkriterien bekannt gegeben. Es ist zudem weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass die interne Auswahlentscheidung anhand (interner) nachvollziehbarer und objektiver Auswahlkriterien erfolgt wäre. Die Vergabekriterien sind jedoch nach außen sichtbar zu machen, um eine einheitliche Anwendung gegenüber sämtlichen Bewerbern nachvollziehbar und damit auch justiziabel zu machen. Schon unter dem Gesichtspunkt der Nachprüfbarkeit einer Auswahlentscheidung ist zu fordern, dass die zugrunde gelegten Kriterien und deren Gewichtung fixiert sind (vgl. BVerfG, B.v. 18.12.2007 - 1 BvR 2177/07 - juris Rn. 38). Demzufolge kann hier auch offen bleiben, ob bereits in der Ausschreibung alle einzelnen Auswahlkriterien und die Gewichtung der Bewertungskriterien hätten enthalten sein müssen (vgl. hierzu z.B. OVG NW, B.v. 12.6.2020 - 4 A 3314/18 - juris Rn 11 ff.).

47
Vor dem Ergehen der Auswahlentscheidung fand zunächst ein vorbereitendes Verfahren durch den Festbeirat statt. Dabei wurde zunächst eine tabellarische Übersicht zum Vergleich der Bieter (Antragstellerin, Beigeladene sowie zwei weitere Bieter) angefertigt. Dabei erfolgten Ausführungen zu den Kriterien „Umfang/Form der Bewerbungsunterlagen“, „Erfahrung des Festwirts“, „Referenzen“, „Musikangebot“, „Speisekarte und Angebot“, „Steckerlfisch im Angebot“, „Lieferanten“, „Nachhaltigkeit“, „Zelt“, „Deko“, „Ton-/Lichttechnik“, „Ausschank von ½ Krügen Bier (Seniorentag)“, „Sicherheitskonzept“ und „Bemaßter Plan“. Ausweislich der Niederschrift über die Sitzung des Festbeirats am 24. Juni 2020 (Finale Entscheidung bezüglich der Auswahl des Festwirts für die L. …feste in den Jahren 2021 bis 2023) waren bezüglich der in der Endauswahl stehenden Bewerber (Antragstellerin und Beigeladene) folgende Kriterien

nochmals aufgelistet worden: „Referenzen“, „Festzelt“, „Vorschläge Musikangebot“, „Karte/Speisen“, „Steckerlfisch“, „Toiletten“, „Konditionen“ und „Vertrag“. Im Folgenden finden sich zur Entscheidungsfindung herausgearbeitete Profile, die jeweils - ohne weitere Wertung - „Stärken“ und „Schwächen“ der beiden Bewerber gegenüberstellen. Nach sorgfältiger Abwägung und Diskussion der „Stärken“ und „Schwächen“ der beiden Bewerber wurde mit 5:4 Stimmen der Beschluss gefasst, dem Marktgemeinderat in dessen nächster Sitzung am 16. Juli 2020 die Empfehlung zu geben, einem Vertragsschluss mit der Antragstellerin zuzustimmen. Dem ist der Marktgemeinderat jedoch nicht gefolgt. Vielmehr wurde in der Sitzung vom 16. Juli 2020 mit 17:1 Stimmen beschlossen, das L. …fest 2021 bis 2013 an die Beigeladene zu vergeben. Soweit hierzu Ausführungen in der Niederschrift vorhanden sind, scheint ausschlaggebend hierfür der Wunsch nach einem Wechsel des Festwirts gewesen zu sein.

48
Damit ließe sich allenfalls annehmen, dass der Festbeirat seine Entscheidung objektiv danach ausgerichtet hat, welcher Bewerber das Anforderungsprofil am besten erfüllt und damit der geeignetste Bewerber ist. Jedoch fehlen auch insoweit jegliche Anhaltpunkte dafür, nach welche Kriterien dies ermittelt wurde und wie insbesondere dabei die einzelnen „Stärken“ und „Schwächen“ gewichtet wurden. Dass diese „sorgfältig abgewogen“ und „diskutiert“ wurden, ist insoweit nicht ausreichend. Es besteht der Eindruck, dass die Bewertung jedem einzelnen Mitglied des Festbeirats für sich überlassen war und die Entscheidungsfindung letztlich nur im Wege einer Abstimmung erfolgt ist, welche mit einer nur sehr knappen Mehrheitsentscheidung zugunsten der Antragstellerin erfolgt ist. Betrachtet man die - rechtlich ausschlaggebende - nachfolgende Entscheidung des Marktgemeinderats kann über die dortigen Motive im Ergebnis nur spekuliert werden, da es neben der Niederschrift über die betreffende Marktgemeinderatssitzung keinerlei Aufzeichnungen gibt. Soweit sich aus den dort aufgeführten Wortmeldungen einzelner Marktgemeinderatsmitglieder herauslesen lässt, scheint ausschlaggebendes - aus Sicht des Lesers jedenfalls einzig greifbares - Entscheidungskriterium gewesen zu sein, dass ein Wechsel des Festwirts erfolgen soll, jedenfalls soweit diesbezüglich vorgetragen wurde, dass eine Ausschreibung ansonsten nicht notwendig gewesen wäre. Weshalb im Übrigen (ggf. aus anderen Gründen) ein Festwirtswechsel befürwortet wurde, lässt sich der Niederschrift nicht entnehmen. Das formelle Kriterium „Wechsel des Festwirts“ ist für sich jedoch weder auftrags- noch leistungsbezogen. Es stellt sich vielmehr als diskriminierend und damit unzulässig dar, weil damit die Antragstellerin von vorneherein von der Vergabe ausgeschlossen wäre, ohne dass dies an ein sachliches Kriterium anknüpfen würde. Das Vergabeverfahren erweist sich damit als nicht den Anforderungen des Transparenzgebots und des Gleichbehandlungsgebots genügend.

49
Weiterhin erscheint auch die Beteiligung des Mitarbeiters der für die Beigeladenen tätigen Firma (in Bezug auf L. …- und T. …technik) am Vergabeverfahren rechtlich äußerst bedenklich, was hier jedoch nicht abschließend zu prüfen und zu entscheiden ist. Zwar hat dieser nicht an der finalen Abstimmung des Marktgemeinderats teilgenommen, da er diesem nicht angehört. Jedoch war er als Mitglied des Festbeirats am Ausschreibungsverfahren beteiligt und hat sich zudem auch in der maßgeblichen Sitzung des Marktgemeinderats geäußert und sich dabei für das Angebot der Beigeladenen ausgesprochen.

50
Legt man insoweit die Grundsätze des Verwaltungsverfahrens zu Grunde, bestimmt sich nach Art. 20 BayVwVfG, wer in einem Verwaltungsverfahren für eine Behörde nicht tätig werden darf. Dies betrifft auch denjenigen, der durch die Tätigkeit oder die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann (vgl. Art. 20 Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG), was hier als nicht sehr fernliegend anzusehen sein dürfte. Der Ausschluss Beteiligter von der Mitwirkung im Verwaltungsverfahrensrecht knüpft an ihre formale Stellung an, beruht sachlich jedoch darauf, dass bei ihnen ein möglicherweise zum Interessenkonflikt führendes persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens vermutet wird. Konsequenterweise wird daher nach Art. 20 Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG dem Beteiligten gleichgestellt, wer durch die Tätigkeit im Verwaltungsverfahren oder durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann. Das Verwaltungsverfahrensgesetz normiert hier einen Teilaspekt des von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatzes, dass daran nicht mitwirken darf, wer am Ausgang des Verfahrens ein eigenes, insbesondere auch wirtschaftliches Interesse hat und damit den „bösen Schein“ möglicher Parteilichkeit hervorruft. Der Vor- oder Nachteil kann rechtlicher oder wirtschaftlicher Art sein. Auch immaterielle Interessen können dazu gehören. Der Vorteil (und der Nachteil) muss durch die Tätigkeit oder die

Entscheidung unmittelbar erlangt werden können. Vor- oder Nachteil kann auch auf dem Umweg über eine dritte Person vermittelt werden. Die Unmittelbarkeit ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen. Eine zu restriktive Interpretation ist nach dem Sinn der Regelung also nicht angezeigt. Es genügt, dass der unmittelbare Vor- oder Nachteil erlangt werden kann, also bei verständiger Würdigung eine nicht ganz entfernt liegende konkrete Möglichkeit ist. Erforderlich ist nicht, dass der Vorteil auch tatsächlich eintritt. Es reicht der „böse Schein“ möglicher Parteilichkeit, die aus der Sicht des von einer Verwaltungsentscheidung Betroffenen zu beurteilen ist. Rein spekulative Erwägungen scheiden aus (vgl. Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, 9. Aufl. 2018, VwVfG, § 20 Rn. 41 ff.; vgl. auch BayVGH, U.v. 25.2.2013 - 22 B 11.2587 - juris Rn. 53). Nichts Anderes dürfte sich bei Zugrundelegung vergaberechtlicher Grundsätze ergeben. Nach den dortigen Verfahrensregeln besteht ein Interessenkonflikt für Personen, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang eines Vergabeverfahrens nehmen können und die ein direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder persönliches Interesse haben, das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte (vgl. § 4 Abs. 2 UVgO; vgl. auch § 6 Abs. 2 VgV; § 5 Abs. 2 KonzVgV). Organmitglieder und Mitarbeiter des Auftraggebers oder eines im Namen des Auftraggebers handelnden Beschaffungsdienstleisters, bei denen ein Interessenkonflikt besteht, dürfen in einem Vergabeverfahren nicht mitwirken (vgl. § 4 Abs. 1 UVgO; vgl. auch § 6 Abs. 1 VgV, § 5 Abs. 1 KonzVgV). Dabei muss es sich um ein Interesse handeln, „von dem man annehmen könnte“, dass es die Unparteilichkeit/Unbefangenheit beeinträchtigt. Abzustellen ist damit auf den Eindruck der Befangenheit/Parteilichkeit, den die Interessen bei einem verständigen Betrachter wecken - und damit letztlich wie in Art. 20, 21 BayVwVfG auf den „bösen Schein“. Wie dort kommt es darauf an, ob konkrete Umstände vorliegen, die nach Art und Gewicht im Rahmen einer Gesamtschau bei verständiger Würdigung die Befürchtung begründen, die betreffende Person könnte sich von sachfremden Erwägungen leiten lassen (vgl. Sturhahn in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 6 VgV Rn. 17).

51
Damit dürften zwar Verfahrensfehler vorliegen, jedoch führen diese nicht zur Annahme auch des erforderlichen Anordnungsanspruchs der Antragstellerin im Eilverfahren. Liegen Verfahrensverstöße vor, die alle Konkurrenten gleichermaßen betreffen, kann ein Bewerber - wie ausgeführt - nur eine Wiederholung bzw. Fortsetzung des Verfahrens mit Wirkung für alle Verfahrensbeteiligten verlangen, nicht dagegen eine erneute Entscheidung nur über seinen eigenen Antrag (vgl. BayVGH, B.v. 17.9.2018 - 4 CE 18.1620 - juris Rn. 27). Auch eine intransparente Handhabung von Zulassungskriterien, die - wie hier - einen Nachvollzug der behördlichen Entscheidung unter dem Blickwinkel ihrer Rechtmäßigkeit und der pflichtgemäßen Ausfüllung eines bestehenden Ermessensspielraums vereitelt, verleiht dem Betroffenen grundsätzlich nur ein subjektives Recht darauf, dass die Auswahlentscheidung in rechtskonformer Weise erneut durchgeführt wird (vgl. BayVGH, B.v. 12.8.2013 - 22 CE 13.970 - juris Rn. 36; B v. 11.11.2013 - 4 B 13.1135 - juris Rn. 30).

52
Selbst bei Annahme eines Anspruchs auf der Grundlage von Art. 21 GO wäre jedenfalls keine Ermessensreduzierung (auf Null) dahingehend anzunehmen, dass nur eine Zulassung der Antragstellerin rechtsfehlerfrei möglich wäre. Auch eine andernfalls drohende nicht nur schwere, sondern darüber hinaus irreversible Grundrechtsverletzung dürfte nicht gegeben sein. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass eine Neuverbescheidung mit hoher Wahrscheinlichkeit zugunsten der Antragstellerin auszufallen haben würde. Solches hat die Antragstellerin auch selbst nicht vorgetragen. Sie macht vielmehr in der Sache Verfahrensfehler gelten, die aber nur dazu führen können, dass ein Anspruch auf die Durchführung eines erneuten (rechtsfehlerfreien) Vergabeverfahrens besteht. Demzufolge kann im Rahmen des Eilverfahrens auch nicht festgestellt werden, dass der Antragstellerin die Vergabe der Festbewirtung zu Unrecht vorenthalten wurde (vgl. insoweit BVerfG, B.v. 15.8.2002 - 1 BvR 1790/00 - juris Rn. 19). Es lässt sich weiterhin im Rahmen der summarischen Prüfung auch nicht feststellen, dass die Vergabe an die Beigeladene evident sachwidrig erfolgt ist. Insbesondere liegt nicht auf der Hand, dass die Vergabeentscheidung ohne jegliche sachliche Grundlage willkürlich und ausschließlich auf die Mitwirkung bzw. Einflussnahme des Herrn K. … zurückzuführen wäre. So ergibt bereits die durch den Festbeirat vorgenommene Gegenüberstellung der „Stärken“ und „Schwächen“ sachlich keinen eindeutigen Vorrang eines Bewerbers. Während danach der Antragstellerin als langjähriger Festwirtin Gesichtspunkte zu Gute gehalten wurden, die dem Kriterium „bekannt und bewährt“ zuzurechnen sind, wurde der Beigeladenen Innovation, Flexibilität und Modernität zugeschrieben.

53
Schließlich ergibt auch eine Abwägung der Interessen der Beteiligten kein überwiegendes Interesse der Antragstellerin am Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung. Diesbezüglich hat die Antragstellerin auch keine konkreten Angaben gemacht. In Bezug auf die Beigeladene ist festzustellen, dass diese den Pachtvertrag mit dem Antragsgegner bereits geschlossen hat. Damit wurde aus ihrer Sicht ein Vertrauenstatbestand geschaffen, auf dessen Grundlage sie Dispositionen treffen konnte. Weiterhin ist dieser bereits insoweit eingeschränkt, als die nicht fernliegende Möglichkeit besteht, dass das diesjährige Limesfest - jedenfalls in der der Ausschreibung zugrunde gelegten Form - im Hinblick auf die maßgebliche Pandemielage noch abgesagt werden muss.

54
Die Antragstellerin ist daher auf die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens zu verweisen, welches allerdings noch nicht anhängig ist. Das von der Antragstellerin angestrengte Widerspruchsverfahren ist insoweit - unabhängig von der Frage der Statthaftigkeit im Übrigen - unbehelflich, da schon gemäß Art. 15 Abs. 2 AGVwGO im vorliegenden Fall kein Widerspruchsverfahren stattfindet.

55
Dieses Ergebnis entspricht im Übrigen auch der sich ergebenden Situation bei Anwendung vergaberechtlicher Maßstäbe. Bei fehlender Vorabinformation - wie hier - sind die erfolglosen Bewerber um eine Auftragsvergabe unterhalb des Schwellenwertes generell - wie ausgeführt - faktisch in aller Regel vom Primärrechtsschutz ausgeschlossen (vgl. BVerfG, B.v. 13.6.2006 - 1 BvR 1160/03 - juris Rn. 15 f.) und auf die Geltendmachung von Schadensersatz (Sekundärrechtsschutz) angewiesen (vgl. zum Streitstand bezüglich einer Informations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich - ungeschriebener Anspruch des Bieters auf Vorabinformation und Möglichkeit der Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags - im Übrigen Dageförde, NZBau 2020,72; vgl. in diesem Sinne OLG Düsseldorf, B.v. 13.12.2017 - I-27 U 25/17 - juris Rn. 44; a.A. KG Berlin, U.v. 7.1.2020 - 9 U 79/19 - juris Rn. 10; OLG Celle, U.v. 9.1.2020 - 13 W 56/19 - juris Rn. 27 ff.). Selbst das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg geht davon aus, dass mit dem Vertragsschluss regelmäßig vollendete Tatsachen geschaffen seien, da das Vertragsverhältnis mit dem Ausgewählten grundsätzlich noch keinen zur Beendigung berechtigenden Mangel dadurch aufweise, dass ein ausreichender Primärrechtsschutz im öffentlich-rechtlichen Auswahlverfahren nicht gewährleistet gewesen sei oder von den unterlegenen Bewerbern nicht rechtzeitig in Anspruch genommen worden sei (vgl. OVG Berlin-Bbg, B.v. 30.11.2010 - OVG 1 S 107.10 - juris Rn. 8).

56
Der Antrag war daher mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO abzulehnen. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen waren nach § 162 Abs. 3 VwGO nicht für erstattungsfähig zu erklären, da diese sich nicht geäußert und keinen Antrag gestellt hat.

57
Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 1 GKG i.V.m. den Empfehlungen des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (Nr. 1.5 und Nr. 22.3 - angegebenes wirtschaftliches Interesse).