

**Titel:**

**kein Anspruch auf Aushebung des Vergabeverfahrens für die Zulassung zu einem Volksfest**

**Normenkette:**

VwGO § 40 Abs. 1 S. 1

BayGO Art. 21

GG Art. 28 Abs. 2 S. 1

**Leitsatz:**

**Die Vergaberichtlinien für die Zulassung eines Festwirts für ein als öffentliche Einrichtung ausgestaltetes Volksfest sind interne Verwaltungsvorschriften, die einem Bewerber um Zulassung zum Volksfest keine einklagbaren Rechte gewähren. (Rn. 27) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Einstweilige Anordnung (abgelehnt), Verfahren zur Zulassung des Festwirts für Volksfeste, Verwaltungsrechtsweg, Öffentliche Einrichtung, Dienstleistungskonzession, Volksfest, öffentliche Einrichtung, Antragsbefugnis, Vergaberichtlinien

**Tenor**

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragsteller tragen die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldner.

III. Der Streitwert wird auf 109.500,-- EUR festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Die Antragsteller beantragen den Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit der sie die Einstellung des laufenden Verfahrens zur Auswahl eines Festwirts für die Frühlings- und ...Volksfeste 2022-2024 (Antrag zu I.), die Unterlassung des Vollzugs der Auswahlentscheidung (Antrag zu II.) und die Einleitung eines Vergabeverfahrens zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession (Antrag zu III.), das aus ihrer Sicht das richtige Verfahren darstellt, begehren.

2

Beim Antragsteller zu 1) handelt es sich um den Geschäftsführer der Antragstellerin zu 2), einem Getränkefachhandel und Festwirt, der diverse Getränkemärkte im und um das Stadtgebiet der Antragsgegnerin betreibt. Der Unternehmenssitz der Antragstellerin zu 2) befindet sich im Landkreis ... (im Folgenden ...\*), der Antragsteller zu 1) wohnt in der Stadt ... Die Antragsteller sind seit Jahrzehnten als Festwirte auf (Volks-)Festen vertreten.

3

Die Antragsgegnerin, die Stadt ..., veranstaltet jährlich das Frühlings- und das ...Volksfest. Das Frühlingsfest dauert in der Regel fünf Tage und findet im Mai/Juni statt. Im Jahr 2022 ist es vom 25.5.2022 bis 29.5.2022 geplant. Das ...Volksfest erstreckt sich über elf Tage, jeweils im Monat August, im Jahr 2022 planungsmäßig vom 12.8.2022 bis 22.8.2022. Nach Ziffer 1.1 der Vergaberichtlinien der Antragsgegnerin für die Zulassung zum Frühlingsfest und zum ...Volksfest mit Stand vom 28.1.2021 finden diese grundsätzlich Anwendung u.a. „für die Vergabe des Festwirts im Zuge des jeweiligen Frühlingsfestes und des ...Volksfestes auf dem Festplatz der Stadt ...“. Die Antragsgegnerin veranstaltet laut Ziffer 1.2 ihrer Vergaberichtlinien traditionell seit Jahrzehnten das Frühlingsfest und das ...Volksfest. Beide Feste hätten demnach eine besondere und herausragende Bedeutung für die gesamte Region. Es handele sich mit um die größten und bekanntesten Volksfeste in Nordbayern, die einen überregionalen Besucherkreis ansprechen würden. Deshalb sollten auf dem Festplatz in möglichst attraktiver, umfassender und ausgewogener Weise Tätigkeiten als Essensfrieranten, Festwirt und Festbrauerei ausgeübt werden. Die

Stadt ... lege Wert darauf, dass die Eigenart als traditionelles Frühlings- und Volksfest mit eigener Identität gewahrt bleibe. Es solle für alle Alters- und Besuchergruppen, insbesondere auch für Familien und Kinder jeweils ein attraktives Fest angeboten werden.

#### 4

Die Feste sind nach Ziffer 1.3 als öffentliche Einrichtung nach Art. 21 GO gewidmet. Ortsansässige Bewerber erhalten nach Ziffer 1.3. Satz 2 grundsätzlich einen bevorzugten Zugang zum jeweiligen Fest. Hierbei sei auf den Wohnsitz bzw. auf den Firmensitz/Brausitz in ... abzustellen. In Ziffer 1.4 ist geregelt, dass die Organisation und Durchführung des Frühlings- und des ...Volksfestes der Antragsgegnerin obliegen. Diese regelt mit den zugelassenen Bewerbern die näheren Einzelheiten des Benutzungsverhältnisses in einem schriftlichen Vertrag. Nach Ziffer 2.2 sollen die Angebote nach Art und Qualität, Ausstattung und Betriebsweise eine besondere Anziehungskraft ausüben. Es sollen auf dem Frühlings- und ...Volksfest nach dem Gestaltungswillen der Stadt vertreten sein: Für den Getränkeausschank ein Festwirt für beide ...hallen (beim Frühlingsfest nicht die Kleine ...halle) inklusive der jeweiligen Bars, Pilsstände und einem Cocktail-Stand, für den Biergarten inklusive Pilsstände und einem Cocktail-Stand sowie für das Weinzelt (nur beim ...Volksfest).

#### 5

Nach Ziffer 3.1 erfolgt die Ausschreibung des Festwirts (ab 2013) im 3-jährigen Rhythmus. Weiter ist in Ziffer 3.1 u.a. geregelt: „Optional besteht für die ... die Möglichkeit, die mehrjährigen Verträge um die Feste zu verlängern, die vollständig ausgefallen sind, soweit der Vertragspartner zustimmt. Die Ausschreibung erfolgt durch Bekanntmachung auf der Internetseite der Stadt ... und als Aushang an den Anschlagtafeln der Stadt ... in der ...-Passage und im Erdgeschoss des Rathauses I, ... Eine Bewerbung begründet keinen Rechtsanspruch auf Zulassung oder Zuweisung eines bestimmten Platzes. Eine Haftung dafür, dass das jeweilige Fest tatsächlich oder zu den vorgesehenen Zeitpunkten stattfindet, wird nicht übernommen. In der Ausschreibung sind ein Termin für das Ende der Bewerbungsfrist (Ausschlussfrist), der Ort der Bewerbungsabgabe, Art, Inhalt und Form der Bewerbung und die Angaben, Nachweise und Erklärungen einzufordern, welche die Bewerbungen enthalten müssen, um vollständig zu sein und eine Beurteilung anhand der Vergaberichtlinien vornehmen zu können. Insoweit sind auch diejenigen Aussagen zu treffen, die eine Bewertung und Abwägung folgender Vergabekriterien ermöglichen:

a) Für den Festwirt:

- Vertragserfüllung (z.B. Zahl der bisherigen Zulassungen, frühere Beanstandungen, Einhaltung der Vorschriften).
- Fachliche Eignung und Qualifikation.
- Allgemeine Zuverlässigkeit.
- Ein ansprechendes und attraktives Unterhaltungsprogramm für die Bühnen der beiden Festhallen und das Weinzelt und tageweise Musik im Biergarten
- Verbraucher-, Familien-, Behinderten- und Umweltfreundlichkeit.
- Langjährige Erfahrung des Bewerbers, bei juristischen Personen des Vertretungsberechtigten, in der Ausrichtung und Bewirtung von mehrtägigen Gastronomiegroßveranstaltungen mit wenigstens 5000 Besuchern/Tag, z.B. bei größeren Volksfesten.
- Ortsansässigkeit (Wohnsitz oder Firmensitz) in ...
- Bei erstmaliger Zulassung Vorlage einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Bank über
- 120.000,- EUR beim ...Volksfest
- 30.000,- EUR beim Frühlingsfest.

Alternativ ist die Stellung einer Kautions in vorgenannter Höhe möglich.

- Verbindliche Angabe der Getränkeverkaufspreise (Gewichtungsfaktor 2-fach). Soweit in offener Bewerbungsfrist dem Bewerber die Getränkeeinkaufspreise noch nicht bekannt sind, kann diese Angabe auch nach Ablauf der Bewerbungsfrist innerhalb einer von der Stadt ... neu gesetzten Frist, nach Bekanntgabe der Getränkeeinkaufspreise an den Bewerber, nachgeholt werden.

- Angabe des an die Stadt ... abzuführenden Pachtzinses gesondert für das Frühlingsfest und das ...Volksfest. Beim Frühlingsfest ist auch eine umsatzabhängige Pacht in % möglich (Gewichtungsfaktor 2-fach).
- Attraktive Ausgestaltung des Biergartens und der vom Festwirt eingebrachten Einrichtungen (z.B. Pilsstände, Bars, Schänken, Weinzelt, Cocktailstand, Sektbar).
- Darstellung der Qualität und Zuverlässigkeit des einzubringenden Personals. Hierbei sind die besondere Qualifikation und Zuverlässigkeit der Schlüsselpositionen (z.B. Leiter/Mitarbeiter Festbüro, Leiter Bedienung, Verantwortlicher Weinzelt) zu erläutern.
- Gestellung und Betrieb eines attraktiven Wein-/Kaffeezeltes (Größe ca. 500 m<sup>2</sup>) als fliegender Zeltbau.

## 6

Die Aufgaben und wesentlichen Verpflichtungen des Festwirts, die vom Bewerber zu bestätigen sind und Gegenstand des zu schließenden Vertragsverhältnisses mit der Stadt ... werden, sind:

- Übernahme der Kosten für eine Bierprobe (Essen und Getränke), ca. 3 Wochen vor dem Volksfest für ca. 150 Personen.
- Abschluss einer geeigneten Haftpflichtversicherung.
- Schließdienst und Überwachung während der Überlassung.

Einbringung sämtlicher für die Durchführung des Festbetriebs nötigen Ausstattungs- und Einrichtungsgegenstände (z.B. Bierkrüge, Gläser, Barteile, Spülmaschinen für Krüge und Gläser, Regale), soweit diese nicht ausdrücklich entsprechend diesen Vergaberichtlinien durch die Stadt ... gestellt werden.

- Einbringung von sämtlichem Personal zur Durchführung der Feste
- Auswahl (in Abstimmung mit der Stadt ...\*) und Bezahlung von ansprechenden und hochwertigen Kapellen und Bands für eine tägliche Musikunterhaltung in beiden Festhallen; Übernahme der hieraus resultierenden Nebengebühren (z.B. GEMA, KSK).
- Gestellung einer PA (Musik- und Lichtanlage) für die Kleine und Große ...halle mit technischer Betreuung und Lautstärkenüberwachung mit Dokumentation auf eigene Kosten, Anschluss an die Hausanlage ist in beiden Hallen verpflichtend.
- Angebot von mindestens einem gängigen alkoholfreien Getränk (nicht Wasser) zu einem wesentlich günstigeren Preis (Angabe in %) als die vergleichbare Menge Bier.
- Verbot des Ausschanks von sog. Alcopops.
- Überlassung von Biermarken an die Stadt ... mit einem Rabatt von 17% auf den Bruttoverkaufspreis. Die Menge bestimmt die Stadt ...
- Gestellung und Bezahlung von Reinigungspersonal für die Unterhalts- und Schlussreinigung der WC-Anlagen Große und Kleine ...halle, WC-Container vor Kleiner ...halle und WC im Schaustellerbereich (für den letztgenannten übernimmt die Stadt ... die Kosten).
- Entgelt zur Nutzung der WC-Anlagen darf nicht erhoben werden.
- Reinigungsarbeiten während der Mietdauer in den Festhallen und im Biergarten; tägliche Nassreinigung in den beiden ...hallen und im Zwischenbau (Putzmaschine wird nicht von der Stadt ... gestellt, geeignete Reinigungsmaschine muss eingebracht werden).
- Gebühren für Nebenkosten (z.B. Strom, Wasser, Heizung, Telefon) des überlassenen Bereichs trägt der Festwirt.
- Müllentsorgung für die beiden Festhallen und den Bewirtungsbereich auf eigene Kosten (Teilumlegung auf Essenslieferanten möglich); Mülltrennung ist durchzuführen.
- Beteiligung an den Kosten des Feuerwerks der Schausteller nach Bestimmung der Stadt ... aufgrund billigem Ermessen.

- Gestellung eines Sicherheitsdienstes für den Bewirtungsbereich Festwirt nach Vorgabe des Ordnungsamtes während des Festbetriebes.
- Beteiligung an den Kosten der Einlasskontrolle an den Zugängen zu 30%.
- Gefahrenübernahme der von der Stadt ... überlassenen Einrichtungen (z.B. ...hallen) ab Übergabe. Abnahme durch Stadt ... zum Ende der Nutzung, Endreinigung aller genutzten Räume und Flächen durch den Festwirt.
- Aufbauarbeiten innerhalb 10 Tagen vor dem Festbeginn, Abbauarbeiten innerhalb 4 Tagen nach Ende des Festes.
- Abbau und Stapelbildung der Bestuhlung in den ...hallen und im Bewirtungsbereich durch den Festwirt; Prüfung auf Beschädigung durch Stadt ... (nur Bestuhlung die im Eigentum der Stadt ... steht).

## 7

Die wesentlichen Aufgaben der Stadt ..., die auch Gegenstand des zu schließenden Vertrages mit der Stadt ... werden, sind:

- Verpachtung der Großen und Kleinen ...halle (ohne Küche, beim Frühlingfest ohne Kleine ...halle) mit Nebenräumen, der Fläche des Biergartens (Bewirtungsbereich) und des Weinzeltes und damit Übergang des Hausrechts.
- Es besteht kein Rechtsanspruch auf die Überlassung der o.g. Räume und Flächen, soweit diese auch der Stadt ... aufgrund baulicher Veränderungen oder anderer Umstände tatsächlich nicht zur Verfügung stehen.
- Soweit keine Ersatzräume (z.B. Zelte) bereitgestellt werden können, ist die Pacht anteilig zu reduzieren.
- Die Verpachtung des Küchenbereichs und des Kiosk im Zwischenbereich ist von der Überlassung an den Festwirt ausgeschlossen.
- Auf- und Abbau der Deckendekoration und Beleuchtung Große und Kleine ...halle (nur ...-Volksfest); Veränderung der Gestaltung der Hallen (innen und außen, z.B. Einbringen von Schmuck, Aufbauten) sind nur mit Genehmigung der Stadt ... zulässig.
- Auf- und Abbau der Essensbox in der Großen ...halle (nur ...-Volksfest).
- Bühnenauf- und Abbau in beiden ...hallen (Frühlingfest nur Große Halle).
- Auf- und Abbau von Begrenzungsecken für Fluchtwege in der Großen ...halle.
- Gestellung und Aufstellen der Bestuhlung (Biergarnituren) für beide ...hallen nach Plan (nicht Biergarten und Weinzelt).
- Gestaltungshoheit in den Festhallen; Einbauten und Veränderungen sind nur nach Genehmigung der Stadt ... zulässig.
- Überlassung von Lagerräumen in der Großen und Kleinen ...halle.
- Überlassung eines Festbüros in der Kleinen ...halle (Volksfest) und in der Großen ...halle (Frühlingfest).
- Vorbereitung der Fläche Weinzelt und Abbau von Begrenzungen.
- Gestellung der Hygieneartikel im WC-Bereich (WC-Papier, Seife, Handtuchpapier, Reinigungsmaterial).
- Zusätzlicher WC-Container bei Kleiner ...halle (nur beim ...-Volksfest; Beschaffung und Anschluss).
- Auf- und Abbau von nötigen Abgrenzungen (Parkplätze, Absperrung mit Gittern).
- Tägliche technische und optische Prüfung der WC-Anlage und technische Einrichtungen und Ausführung von Kleinreparaturen (diese aber gegen Kostenerstattung durch Festwirt).
- Nur Rufbereitschaft eines Hausmeisters für Notfälle, kein Dauerdienst vor Ort.
- Beauftragung und Kostenübernahme der Reinigung Freiflächen (nicht Bestuhlungsbereich) durch Stadt ... (Kehrmaschine).

- Reinigung und technische Überwachung des Brunnens am Festplatz.

## 8

Gehen mehr Anträge ein, als Plätze bzw. zu vergebende Stellen vorhanden sind, regelt 3.4. der Vergaberichtlinien, dass eine objektive Auswahl nach den in diesen Richtlinien beschriebenen persönlichen und sachlichen Vergabekriterien vorzunehmen sei. Soweit diese Vergaberichtlinien keine Gewichtungsfaktoren vorsehen, würden die Vergabekriterien gleich gewichtet. Eine Bewertung erfolge mit

0 Punkten bei fehlender Angabe oder Nichterfüllung des Kriteriums

1 Punkt bei teilweiser Erfüllung des Kriteriums

2 Punkten bei vollumfänglicher Erfüllung des Kriteriums (bei Angaben des Pachtzinses das höchste Gebot bei Angaben von Verkaufspreisen der niedrigste Preis)

## 9

Nach Ziffer 6 der Vergaberichtlinien der Antragsgegnerin geht den Bewerbern mittels Bescheid nach Durchführung des Zulassungsverfahrens eine Entscheidung zu.

## 10

Aus den Bewerbungsbedingungen für das Frühlingsfest und das ...-Volksfest 2022-2024 in ..., Bewerbungen für den Festwirt vom 1.10.2021 ergibt sich Folgendes: Bewerbungen müssten bis spätestens 22.10.2021 schriftlich bei der Stadt ..., ..., ... eingehen. Maßgeblich für die Fristeinhaltung sei das Datum des Poststempels bzw. bei persönlicher Abgabe der Eingangsstempel der ... Im Übrigen würden die „Vergaberichtlinien der Stadt ... für die Zulassung zum Frühlingsfest und zum ... Volksfest“ in der aktuellen Fassung vom 28.1.2021 gelten. Die Bewerbung begründe keinen Rechtsanspruch auf Zulassung oder auf Zuweisung eines bestimmten Platzes. Ortsansässige Geschäfte würden grundsätzlich bevorzugt. Der Hauptwohnsitz bzw. Firmensitz in ... müsse nachgewiesen werden. Die schriftlichen Gesuche für die Vergabe des Festwirts müssten folgende Angaben, Nachweise und Erklärungen enthalten:

1) Vor- und Zuname des Bewerbers bzw. eines Vertretungsberechtigten (bei Personenmehrheiten von natürlichen oder bei juristischen Personen), Anschrift des Hauptwohnsitzes, Angaben über telefonische Erreichbarkeit und Angabe des Geschäfts- und Gewerbesteuersitzes;

2) Angaben zur Vertragserfüllung (z.B. Zahl der bisherigen Zulassungen, frühere Beanstandungen, Einhaltung der Vorschriften);

3) Angaben zur fachlichen Eignung und Qualifikation;

4) Angaben zur allgemeinen Zuverlässigkeit;

5) Angaben über ein ansprechendes und attraktives Unterhaltungsprogramm für die Bühnen der beiden Festhallen und das Weinzelt und tageweise Musik im Biergarten;

6) Angaben über Beiträge zur Verbraucher-, Familien-, Behinderten- und Umweltfreundlichkeit;

7) Angaben zur langjährigen Erfahrung des Bewerbers, bei juristischen Personen des Vertretungsberechtigten, in der Ausrichtung und Bewirtung von mehrtägigen Gastronomiegroßveranstaltungen mit wenigstens 5000 Besuchern/Tag;

8) Angaben zur Ortsansässigkeit (Wohnsitz oder Firmensitz) in ...;

9) Bei erstmaliger Zulassung Vorlage einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Bank über - 120.000,- EUR beim ...-Volksfest - 30.000,- EUR beim Frühlingsfest. Alternativ ist die Stellung einer Kautions in vorgenannter Höhe möglich;

10) Verbindliche Angabe der Getränkeverkaufspreise (Gewichtungsfaktor 2-fach). Soweit in offener Bewerbungsfrist dem Bewerber die Getränkeeinkaufspreise noch nicht bekannt seien, könne diese Angabe auch nach Ablauf der Bewerbungsfrist innerhalb einer von der Stadt ... neu gesetzten Frist, nach Bekanntgabe der Getränkeeinkaufspreise an den Bewerber, nachgeholt werden;

11) Angabe des an die Stadt ... abzuführenden Pachtzinses gesondert für das Frühlingsfest und das ...-Volksfest. Beim Frühlingsfest ist auch eine umsatzabhängige Pacht in % möglich. Der Gewichtungsfaktor des Pachtzinses ist jeweils 2-fach bei beiden Festen!;

12) Angaben zur attraktiven Ausgestaltung des Biergartens und der vom Festwirt eingebrachten Einrichtungen (z.B. Pilsstände, Bars, Schänken, Weinzelt, Cocktailstand, Sektbar);

13) Darstellung der Qualität und Zuverlässigkeit des einzubringenden Personals. Hierbei sind die besondere Qualifikation und Zuverlässigkeit der Schlüsselpositionen (z.B. Leiter/Mitarbeiter Festbüro, Leiter Bedienungen, Verantwortlicher Weinzelt) zu erläutern;

14) Gestellung und Betrieb eines attraktiven Wein-/Kaffeezeltes (Größe ca. 500 m<sup>2</sup>) als fliegender Zeltbau; Bewerbungsbedingungen Festwirt

15) Bestätigung, dass die in den Vergaberichtlinien aufgeführten „Aufgaben und wesentlichen Verpflichtungen des Festwirts“ vom Bewerber eingehalten werden.

## 11

Die Antragsgegnerin veröffentlichte am 1.10.2021 die Folgeausschreibung für den Festwirt für das Frühlingsfest und das ...-Volksfest für die Jahre 2022-2024 mittels Bekanntmachung der Bewerbungsbedingungen auf ihrer Internetseite und Aushang im Rathaus. Die Bewerbungsfrist endete am 22.10.2021. Die Vergaberichtlinien der Stadt ... für die Zulassung zum Frühlingsfest und ...-Volksfest vom 28.1.2021, sind im Internet unter [https:// ...de/kulturstadtinfo/veranstaltungen-und-feste/feste/ausschreibungenbewerbungen-fuer-diefeste/](https://...de/kulturstadtinfo/veranstaltungen-und-feste/feste/ausschreibungenbewerbungen-fuer-diefeste/) abrufbar. Mit Schreiben vom 7.10.2021 erhoben die Antragsteller eine Verfahrensrüge und baten die Antragsgegnerin, das Verfahren als Vergabe einer Dienstleistungskonzession neu zu starten. Zur Begründung gaben sie an, dass ein öffentlich-rechtlicher Zulassungsanspruch des Festwirts aus Art. 21 der Bayerischen Gemeindeordnung (GO) nicht bestehe und wiesen auf einen Aufsatz in einer Fachzeitschrift hin (Donhauser, NVwZ 2010, 931, 935). In der Sache monierten sie, dass der Pachtvertrag nicht zugänglich gemacht werde. Die Antragsgegnerin antwortete mit Schreiben vom 11.10.2021, lehnte einen Neustart des Verfahrens ab und wies die Verfahrensrüge zurück. Die Antragsteller wiederholten daraufhin ihre Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Ausschreibung und stellten Fragen zu 9 und 10 der Bewerbungsbedingungen, die die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 14.10.2021 beantwortete.

## 12

Für die ausgeschriebene Position des Festwirts für das Frühlingsfest und das ...-Volksfest für die Jahre 2022-2024 erhielt die Antragsgegnerin fristgerecht mehrere Bewerbungen, darunter die Bewerbung des Antragstellers zu 1) zusammen mit seiner Ehefrau ... vom 22.10.2021 und zugleich als Inhaber der Antragstellerin zu 2). Die erstmalige Befassung des zuständigen Festausschusses mit den eingegangenen Bewerbungen war für den 9.12.2021 vorgesehen. Dieser Termin musste wegen Verzögerungen bei der Einholung der Getränkeverkaufspreise entfallen; neuer Termin für die Entscheidung über den Festwirt für die gegenständlichen Feste für die Jahre 2022-2024 ist für den 27.1.2022 geplant.

## 13

Die Antragsteller ließen mit Datum vom 18.10.2021 um einstweiligen Rechtsschutz beim Landgericht Nürnberg-Fürth nachsuchen. Nach Anhörung der Parteien erklärte das Landgericht mit Beschluss vom 25.10.2021 den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für unzulässig und verwies den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht Regensburg. Das Verfahren ging, nachdem es zunächst wegen Nichtablaufs der Beschwerdefrist gegen die Verweisung zurückgegeben worden war, am 11.11.2021 beim Verwaltungsgericht Regensburg ein.

## 14

Die Antragsteller beantragen,

I. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, das laufende Verfahren zur Auswahl eines Festwirts für das Frühlingsfest und das ...-Volksfest 2022-2024 in ... einzustellen.

II. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, es zu unterlassen, einen Vertrag über die Leistung des Festwirts für das Frühlingsfest und das ...-Volksfest 2022-2024 in ... zu schließen, eine Genehmigung über diese Leistung in Form eines Verwaltungsaktes zu erteilen oder in einer anderen Art und Weise einen Dritten mit dieser Leistung zu betrauen.

III. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein Vergabeverfahren zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession als Fest wird für das Frühlingsfest und das ...-Volksfest 2022-2024 in ... einzuleiten.

15

Hilfsweise beantragen die Antragsteller,

den Anträgen I.-III. im Wege der einstweiligen Zwischenverfügung stattzugeben, sollte sich das Gericht nicht in der Lage sehen, über die Anträge ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden.

16

Die Antragsteller hätten einen Anspruch auf Einstellung des bereits eingeleiteten öffentlich-rechtlichen Zulassungsverfahrens nach Art. 21 GO und auf die Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens. Zuständig sei das Landgericht Nürnberg-Fürth. Für Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich sei der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet. Ein Verfügungsanspruch ergebe sich aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis aus §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB (i.V.m. § 1004 BGB), Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 12 GG und Art. 3 GG sowie gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 1 Abs. 3 GG. Die Antragsgegnerin führe fälschlicherweise ein öffentlich-rechtliches Zulassungsverfahren durch. Bei der Vergabe des Festwirts handele es sich jedoch um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession, welche auch im Unterschwellenbereich ausgeschrieben werden müsse. Eine öffentliche Ausschreibung begründe ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen der Antragsgegnerin und den Bewerbern, aus dem die Pflicht der Antragsgegnerin erwächst, ein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren durchzuführen. Das von der Antragsgegnerin durchgeführte Verfahren verletze das vergaberechtliche Transparenzgebot, das Gleichbehandlungsgebot und das Wettbewerbsprinzip. Maßgeblich dafür, ob über eine Auswahl und Zulassung der Bewerber öffentlich-rechtlich nach Art. 21 GO oder zivilrechtlich als Dienstleistungskonzession entschieden werde, sei die Rechtsform des staatlichen Handelns. Da die Antragsgegnerin mit dem erfolgreichen Bewerber einen Pachtvertrag abschließen möchte, sei vorliegend die Rechtsform staatlichen Handelns zivilrechtlich. Beim Frühlings- und dem ...-Volksfest handle es sich zwar um öffentliche Einrichtungen gem. Art. 21 GO. Ein öffentlich-rechtlicher Zulassungsanspruch des Festwirts gem. Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GO bestehe jedoch nicht. Abzustellen sei auf den Widmungszweck der Einrichtung. Hierzu sei sowohl auf die Art und Weise der Nutzung als auch auf den begünstigten Personenkreis abzustellen. Der zulassungsfreie Allgemeingebrauch stehe den Gemeindeangehörigen der Antragsgegnerin als Besucher des Volksfests zu. Eine öffentliche Einrichtung setze voraus, dass der Benutzerkreis festgelegt werde und dieser aus einer Mehrzahl von Personen bestehe. Nach den örtlichen Gegebenheiten und dem Widmungszweck werde aber nur ein einziger Festwirt zugelassen. Die Widmung erstrecke sich daher nur auf die Besucher und nicht auf einen allgemeinen Zugang durch Festwirte zum Zwecke der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit. Da für Dienstleistungskonzessionen im Unterschwellenbereich keine speziellen Vorschriften existierten, ergäben sich die einzuhaltenden allgemeinen Prinzipien des Vergaberechts unmittelbar aus den Grundrechten. Die allgemeinen vergaberechtlichen Prinzipien fänden ihren Ausgangspunkt in Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 12 GG und dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG. Ein Vergabeverfahren müsse stets transparent und diskriminierungsfrei sein, um einen fairen Wettbewerb zu garantieren. Die Antragsgegnerin habe nicht nur das falsche Verfahren zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession an einen Festwirt gewählt, das gewählte Verfahren verletze außerdem sämtliche vergaberechtliche Grundsätze, namentlich das Transparenzgebot, das Gleichbehandlungsgebot und den Wettbewerbsgrundsatz. Die Antragsteller seien folglich in ihren Rechten verletzt. Die Antragsgegnerin habe die Ausschreibung für den Festwirt nicht ausreichend öffentlich bekannt gemacht. Die Vergabeunterlagen seien außerdem intransparent und unvollständig. Die Bewertungskriterien verstießen gegen den Wettbewerbsgrundsatz und das Gleichbehandlungsgebot. Die Zweistufentheorie sei außerdem unanwendbar. Die Bewertungskriterien „bekannt und bewährt“ und „Ortsansässigkeit“ seien im Zulassungsverfahren nach Art. 21 GO zulässig. Derartige Kriterien seien nach vergaberechtlicher Würdigung diskriminierend und deshalb im Vergabeverfahren nicht zulässig. Dadurch würden sowohl Bewerber, die zuvor noch nicht auf den gegenständlichen Volksfesten ausgestellt hätten (wie beide Antragsteller) als auch Bewerber, deren Wohn- oder Firmensitz (wie der der Antragstellerin zu 2) benachteiligt. Ein öffentlich-rechtliches Zulassungsverfahren nach Art. 21 GO sei im Gegensatz zum Vergabeverfahren nur beschränkt gerichtlich nachprüfbar. Die volle Überprüfbarkeit des Vergabeverfahrens habe für Bewerber den Vorteil, dass sich die Antragsgegnerin gerade nicht auf ihr Ermessen berufen könne. Nur so könnten willkürliche Entscheidungen und eine daraus resultierende Ungleichbehandlung der Bewerber ausgeschlossen werden sowie fairer Wettbewerb garantiert werden. Ein Verfügungsgrund liege vor, weil nach Ende der Bewerbungsfrist am 22.10.2021 jederzeit ein Vertragsschluss (Zuschlag) zu befürchten sei. Eine Vorwegnahme der Hauptsache könne bzgl. Antrag zu III. nicht ausgeschlossen werden. Sie sei aber hier aufgrund des hohen Grades an

Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg der Antragsteller zu bejahen. Eine Entscheidung in der Hauptsache könne nicht abgewartet werden, weil diese erst so kurzfristig ergehen werde, dass die Durchführung eines ordentlichen Vergabeverfahrens zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession als Festwirt nicht mehr möglich sei, bevor die Feste stattfänden. Im Schriftsatz vom 3.12.2021 wiederholen die Antragsteller, dass sie sich mit ihrem Eilantrag gegen das durchgeführte Auswahlverfahren wenden. Die Frage, ob die Position des Festwirts eine Dienstleistungskonzession darstelle sei daher entscheidend.

**17**

Die Antragsgegnerin beantragt,

Der Antrag wird abgelehnt.

**18**

Der nach der Verweisung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO zu behandelnde Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sei unbegründet, da weder ein Anspruch der Antragsteller auf Einstellung des laufenden Bewerbungsverfahrens, noch auf Erteilung eines Zuschlagsverbots noch auf Einleitung eines Konzessionsvergabeverfahrens bestehe. Durch die Fortführung des laufenden Bewerbungsverfahrens würden den Antragstellern keine schwerwiegenden irreparablen Nachteile entstehen, sodass sie auf den Rechtsschutz in der Hauptsache zu verweisen seien. Es komme daher nicht darauf an, dass es hinsichtlich der weiteren Volksfeste nach dem Frühlingsvolksfest 2022 von vornherein an der Dringlichkeit fehle. Ein Anordnungsanspruch liege nicht vor. Da die Antragsgegnerin die streitgegenständlichen Feste als öffentliche Einrichtung betreibe, richte sich der Zulassungsanspruch der Antragsteller in der Hauptsache nach Art. 21 Abs. 1 GO. Die Rechtsansicht der Antragsteller, der Zulassungsanspruch aus dieser Vorschrift stehe aufgrund der Widmung nur den Besuchern zu, überzeuge nicht. Dieser Annahme stünden die Vergaberichtlinien, die bisherige Vergabepaxis und die dazu ergangene Rechtsprechung entgegen. Ein Anordnungsanspruch auf Einstellung des laufenden Bewerbungsverfahrens bestünde nur, wenn die Fortführung des bereits eingeleiteten Verfahrens den aus Art. 21 Abs. 1 GO folgenden Zulassungsanspruch der Antragsteller vereiteln oder nachweislich gefährden würde. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin als Veranstalterin der Feste für die Verfahrensgestaltung eine Ausgestaltungsbefugnis zukomme. Der damit eröffnete Spielraum werde nur durch das Willkürverbot begrenzt. Eine nach diesem Maßstab gesetzeswidrige, geschweige denn willkürliche, Verfahrensgestaltung, die gegebenenfalls zu einer Verletzung des Zulassungsanspruchs der Antragsteller führen könnte, liege nicht vor. Das Ermessen der Antragsgegnerin sei insbesondere nicht dahingehend auf Null reduziert gewesen, abweichend von den Vergaberichtlinien eine Dienstleistungskonzession in einem Verfahren nach dem 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) auszuschreiben. Aus Sicht der Antragsgegnerin bestehe in diesem einstweiligen Rechtsschutzverfahren kein Anlass, der umstrittenen Rechtsfrage nachzugehen, unter welchen Voraussetzungen die Vergabe der Position eines Festwirts eine Dienstleistungskonzession sein könne. Denn der maßgebliche Schwellenwert sei auch nach dem Vorbringen der Antragsteller bei Weitem nicht erreicht. Damit stehe fest, dass der 4. Teil des GWB sowie die Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) keine Anwendung fänden. Für die Vergabe unterschwelliger Dienstleistungskonzessionen durch die Kommunen enthalte das Bundes- und Landesrecht keine speziellen und vorrangigen gesetzlichen Vorschriften. Die Unterschwellenvergabeordnung (UgVO) betreffe nur die Vergabe von öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und befasse sich dementsprechend nicht mit der Vergabe von Unterschwellenkonzessionen. In derartigen Fällen genüge für die Verwaltungsgerichte ein irgendwie gearteter Ausschreibungswettbewerb. Das Vorgehen nach den Vergaberichtlinien der Antragsgegnerin stelle dies hinreichend sicher, ebenso wie das eingeforderte transparente und diskriminierungsfreie Verfahren. Daher sei zu dieser Abgrenzungsfrage nur richtigzustellen, dass die in der Antragsschrift angeführten Belegstellen in Rechtsprechung und Literatur davon ausgehen, dass die Zulassung eines Festwirts im Einzelfall die Merkmale einer Dienstleistungskonzession erfüllen „könne“, dies aber praktische Bedeutung vornehmlich für den Rechtsweg habe. Soweit die Antragsteller im Zusammenhang mit dem Verfahren allgemein die Anwendung der Zweistufentheorie monierten, sei eine Auswirkung auf ihren konkreten Zulassungsanspruch weder glaubhaft gemacht noch erkennbar. Auch der Verstoß der Nichtdurchführung eines gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens laufe ins Leere, da keine gesetzliche Vorgabe für die Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens bestehe. Die Antragsteller wendeten sich zudem gegen die Berücksichtigung des Kriteriums „bekannt und bewährt“, ohne glaubhaft zu machen, inwieweit sie im gegenwärtigen Verfahrensstadium von diesem grundsätzlich nicht zu beanstandenden Maßstab überhaupt nachteilig betroffen seien. Auch diesen Ausführungen fehle damit der Fallbezug.

Gleiches gelte für die Ausführungen zur Prüfungskompetenz des Gerichts. Soweit die Antragsteller eine fehlende überregionale öffentliche Bekanntmachung monierten, leite sich daraus kein Anordnungsanspruch für sie ab, da sie von der Bekanntmachung Kenntnis erlangt hätten und sogar in Korrespondenz mit der Antragsgegnerin getreten sein. Im Übrigen sei auch dieser Vorhalt unbegründet. Für kommunal veranstaltete Volksfeste bestehe keine gesetzliche Bekanntmachungspflicht, die über das nach den Vergaberichtlinien Praktizierte hinausgehe. Ein Anspruch auf Einstellung des Verfahrens folge schließlich nicht daraus, dass die Antragsgegnerin den abzuschließenden Vertrag mit dem Festwirt nicht als Vertragsmuster bereitgestellt habe. Die Aufgaben und wesentlichen Verpflichtungen des Festwirts, die Inhalte des Vertragsverhältnisses würden und auf die sich die Bewerber daher einstellen müssten, seien in den Vergaberichtlinien aufgeführt. Ein weitergehender Anspruch auf Überlassung eines Vertragsmusters bzw. eines Vertrags aus der Vergangenheit bestehe nicht. Ein aktualisiertes Vertragsmuster für den Festwirt sei noch nicht erstellt.

## **19**

Für den zu II. gestellten Antrag auf Unterlassung einer Auswahlentscheidung und Erteilung eines Zuschlagsverbots gelte das zum Antrag zu I. Ausgeführte. Für den Antrag zu II. fehle zudem das erforderliche qualifizierte Rechtsschutzbedürfnis. Nach Ziffer 6. der Vergaberichtlinien werde das Bewerbungsverfahren durch Bescheid abgeschlossen. Der Rechtsschutz werde im Hauptsacheverfahren durch die Möglichkeit der Anfechtungsklage gegen die Mitbewerber und den dadurch ausgelösten Suspensivffekt gewährleistet, d.h. durch den einstweiligen Rechtsschutz im Verfahren nach §§ 80, 80a VwGO. Nachteile, die einen darüber hinausgehenden Rechtsschutz nach § 123 VwGO erfordern dürften, haben die Antragsteller nicht aufgezeigt. Der zu III. gestellte Antrag gehe über die Anträge zu I. und II. hinaus und sei auf die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Durchführung des aus Sicht der Antragsteller für geboten gehalten Vergabeverfahrens gerichtet. Es betreffe zukünftiges Verwaltungshandeln. Ein Anordnungsanspruch sei nicht glaubhaft gemacht. Er folge nicht aus Art. 21 Abs. 1 GO. Diese Vorschrift gewährleiste den Zulassungsanspruch des Festwirts, verhalte sich aber nicht zur Frage des bei künftigen Ausschreibungen anzuwendenden Verfahrens. Die Antragsgegnerin habe das ihr zustehende Verfahrensermessen bislang dahingehend ausgeübt, dass sie entsprechend dem in den Vergaberichtlinien geregelten Verfahren verfare. Dieses Verfahren genüge den Anforderungen an einen Ausschreibungswettbewerb. Eine Ermessensreduktion auf Null dahingehend, dass zwingend ein Vergabeverfahren durchzuführen ist sei, bestehe nicht. Den Anträgen fehle überdies die im Rahmen des Anordnungsgrunds erforderliche Dringlichkeit. Es sei den Antragstellern zuzumuten, sich weiter an dem eröffneten Bewerbungsverfahren zu beteiligen. Hinsichtlich der weiteren Volksfeste nach dem Frühlingsvolksfest 2022 wäre die Dringlichkeit ohnehin nicht begründbar. Der Antrag sei daher insgesamt abzulehnen.

## **20**

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten verwiesen. Zudem lagen dem Gericht Verfahrensunterlagen der Antragsgegnerin vor. Im Übrigen wird auf die Vergaberichtlinien der Antragsgegnerin vom 28.1.2021 und die Bewerbungsbedingungen für die Jahre 2022-2024 ergänzend Bezug genommen.

II.

## **21**

Die Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnungen sind unzulässig, überdies unbegründet. Der gestellte Hilfsantrag steht nicht zur Entscheidung, da die Bedingung hierfür nicht eingetreten ist.

## **22**

1. Das Landgericht Nürnberg-Fürth hat den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht Regensburg verwiesen. Gem. § 17a Abs. 2 Satz 3 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) ist dieser Beschluss für das Verwaltungsgericht Regensburg hinsichtlich des Rechtswegs bindend.

## **23**

Der Verwaltungsrechtsweg ist für das gegenständliche Eilverfahren aber auch unabhängig von der das Gericht bindenden Verweisung eröffnet. 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 Anspruch 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 Begründung 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 Begehren 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.). Die Antragsteller begehren mit ihren Anträgen die Einstellung des laufenden Verfahrens zur Bestimmung des Festwirts für die gegenständlichen Feste (Antrag zu I.) und die Unterlassung einer Auswahlentscheidung (Antrag zu II.). Auch wenn die Antragsgegnerin mit dem Festwirt auf der zweiten Stufe einen privatrechtlichen Vertrag schließt, ist nach der sog. Zweistufentheorie der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Nach 6. der Vergaberichtlinien geht den Bewerbern eine Entscheidung mittels Bescheid zu. Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ist auch nicht gegeben, weil die Antragsgegnerin ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich durchführen müsse. Dass die Antragsteller das gewählte Verfahren nach Art. 21 GO für falsch halten, ändert nichts am einschlägigen Rechtsweg, da nicht das Ziel, sondern die Rechtsform staatlichen Handelns entscheidend ist (BGH, U.v. 23.1.2012 - X ZB 5/11 - juris Rn. 20). Vorliegend beabsichtigt die Antragsgegnerin den Erlass eines Verwaltungsakts. Der Antrag zu III., der sich auf Durchführung des aus Sicht der Antragsteller gebotenen Vergabeverfahrens richtet, betrifft zukünftigesilverfahren. Dessen Rechtscharakter als öffentliches oder privates Handeln steht noch nicht fest. Der Antrag ist als Annex zu den Anträgen zu I. und II. zu behandeln.

## 24

2. Die Anträge unter I.-III. sind unzulässig.

## 25

a) Die Anträge sind gemäß § 123 Abs. 5 VwGO statthaft, da in der Hauptsache hinsichtlich aller Anträge eine allgemeine Leistungsklage zu erheben wäre. Die Antragsteller begehren mit ihrem Antrag zu I. die Einstellung des laufenden Verfahrens zur Bestimmung des Festwirts für die gegenständlichen Feste. Eine solche Einstellung würde schlichtes Verwaltungshandeln darstellen, da es sich um keine konkret-individuelle Entscheidung und damit nicht um einen Verwaltungsakt im Sinne des Art. 35 Satz 1 des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (BayVwVfG) handeln würde. Dies hat zur Folge, dass keine Anfechtungssituation vorliegt, für die im einstweiligen Rechtsschutz der Vorrang der Verfahren nach dem §§ 80, 80a VwGO gelten würde. Mit Antrag zu II. wollen die Antragsteller erreichen, dass der Antragsgegnerin untersagt wird, die getroffene Auswahlentscheidung zu vollziehen, sei es durch Vertrag oder durch Verwaltungsakt. Da die Entscheidung, wer Festwirt für die gegenständlichen Feste sein wird, als Verwaltungsakt ergehen soll, ist der Antrag insoweit auf die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Unterlassung des Erlasses eines Verwaltungsaktes gerichtet. Die Statthaftigkeit der Verpflichtungsklage in der Hauptsache scheitert am Wortlaut des § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO, der von der Verurteilung zum Erlass eines Verwaltungsakts und nicht zur Unterlassung des Erlasses eines Verwaltungsakts spricht. Daher ist auch insoweit die allgemeine Leistungsklage statthaft; ebenso ist in Bezug auf Antrag zu III., der darauf abzielt, dass der Antragsgegnerin aufgegeben wird, das aus Sicht der Antragsteller richtige Verfahren einzuleiten, die allgemeine Leistungsklage die richtige Klageart.

## 26

b) Die Antragsteller sind jedoch nicht antragsbefugt. Da § 123 VwGO eine Regelung hierzu nicht enthält, ist § 42 Abs. 2 VwGO analog anzuwenden. Folglich gelten die für die Klagebefugnis maßgebenden Grundsätze für die Bestimmung der Antragsbefugnis im Eilverfahren. Danach muss der Antragsteller darlegen, dass ihm der geltend gemachte Anordnungsanspruch zustehen kann; zudem muss nach dem Vortrag des Antragstellers ein Anordnungsgrund möglich sein.

## 27

Im Ergebnis wenden sich die Antragsteller mit allen drei Anträgen gegen die Wahl des aus ihrer Sicht falschen Verfahrens und wollen den Vollzug eines auf Grundlage dieses Verfahrens erlangten Ergebnisses verhindern. Das Unterlassen oder die Durchführung eines bestimmten Verfahrens verletzt jedoch für sich genommen nicht die Rechte der Beteiligten. Die Vergaberichtlinien für die Zulassung des Festwirts nach Art. 21 GO für die gegenständlichen Volksfeste sind interne Verwaltungsvorschriften, die den Antragstellern keine einklagbaren Rechte gewähren. Darüber hinaus sind auch keine die Antragsteller beeinträchtigenden Verstöße der Antragsgegnerin im bisher durchgeführten Verfahren erkennbar. 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 der Feste 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 diese Grundsätze ist hier nicht ersichtlich. Es ist nicht geltend gemacht, woraus sich ein Anspruch der Antragsteller auf Einstellung des laufenden Verfahrens, auf Unterlassung des Vollzuges der Auswahlentscheidung und auf Einleitung eines anderen Verfahrens ergeben sollte.

## 28

Selbst wenn man davon ausginge, dass Vergaberecht anwendbar sei, ergibt sich kein anderes Ergebnis. Einen allgemeinen primären Rechtsschutz gegen rechtswidrige Vergabepraktiken gibt es im nationalen Bereich bisher nicht. Hier gilt, dass es sich bei Vergabeordnungen um interne Verwaltungsvorschriften handelt, die im Interesse an sparsamer Haushaltsführung erlassen wurden und welche den Bietern damit - jedenfalls auf der primären Ebene - keine einklagbare Rechtsposition verschaffen. Ein derartiges Recht wird erst oberhalb der Schwellenwerte für ein Vergabeverfahren mit europaweiter Publizität durch § 97 Abs. 6 GWB eingeräumt. Darin ist explizit geregelt, dass Unternehmen bei Vergaben im Geltungsbereich des GWB Anspruch darauf haben, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden. Der Auftragswert liegt bei der gegenständlichen Funktion des Festwirts unter dem Schwellenwert für eine europaweite Ausschreibung. Geht man - wie die Antragsteller - davon aus, dass es sich bei dem zu schließende Vertrag um eine Dienstleistungskonzession handelt, gilt Folgendes: Nach § 106 Abs. 2 Nr. 4 GWB ergibt sich der Schwellenwert für Konzessionen aus Art. 8 der RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 1) in der jeweils geltenden Fassung. Demnach liegt der Schwellenwert für Konzessionen bei einem Vertragswert von mindestens 5.350.000,- EUR. Er umfasst den erwartbaren Gesamtumsatz, den ein Konzessionsnehmer während der Vertragslaufzeit als Gegenleistung für Bau- und Dienstleistungen erzielt, die Gegenstand der Konzession sind (vgl. Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 RL 2014/23/EU). Nach Angaben der Antragsteller gehen sie von einem Vertragswert von ca. 3.000.000,- EUR aus.

## 29

c) Der Antrag unter II. ist zudem wegen des fehlenden besonderen Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Dieser Antrag zielt auf das Unterlassen des Erlasses eines Verwaltungsakts nach Art. 35 Satz 1 BayVwVfG ab, da gem. 6. der Vergaberichtlinien der Antragsgegnerin die Entscheidung über die Zulassung als Festwirt für die gegenständlichen Feste mittels Bescheid, also Verwaltungsakt, getroffen wird. Damit machen die Antragsteller insoweit vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutz geltend. Verwaltungsrechtsschutz ist grundsätzlich nachträglicher Rechtsschutz. Das folgt aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, der der Gerichtsbarkeit ausschließlich die Kontrolle der Verwaltungstätigkeit aufträgt, ihr aber grundsätzlich nicht gestattet, bereits im Vorhinein ge- oder verbotend in den Bereich der Verwaltung einzugreifen. Die Verwaltungsgerichtsordnung stellt darum ein System nachgängigen - ggf. einstweiligen - Rechtsschutzes bereit und geht davon aus, dass dieses zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 Abs. 4 GG regelmäßig genügt. Vorbeugende Klagen - erst recht vorbeugender vorläufiger Rechtsschutz - sind daher

nur ausnahmsweise zulässig, wenn ein besonderes schützenswertes Interesse gerade an der Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes besteht, wenn mit anderen Worten der Verweis auf den nachgängigen Rechtsschutz - einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes - mit für den Rechtsschutzsuchenden unzumutbaren Nachteilen verbunden wäre (vgl. BVerwGE 132, 64 = NVwZ 2009, 525 mwN).

### **30**

Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben. Den Antragstellern steht gegen eine zukünftige Auswahl des Festwirts hinreichender nachträglicher (Eil-) Rechtsschutz zur Verfügung, der mit keinen unzumutbaren Nachteilen für sie verbunden ist. Die Antragsteller konnten und haben sich am Bewerbungsverfahren für den Festwirt für die gegenständlichen Feste beteiligt. Sollten sie nicht zum Zuge kommen und die Auswahl als rechtswidrig erachten, haben sie nach Erlass der entsprechenden Verwaltungsakte nach 6. der Vergaberichtlinien ausreichend Gelegenheit, (vorläufigen) Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Denn ein unterlegener Bewerber kann die Auswahlentscheidung in einem gerichtlichen Verfahren überprüfen lassen, das den inhaltlichen Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG genügt. Der mit Einlegung einer Anfechtungsklage eintretende Suspensiveffekt nach § 80 Abs. 1 VwGO verhindert, dass der Betroffene vor vollendete Tatsachen gestellt wird. Die in § 74 VwGO enthaltene einmonatige Frist zur Einlegung garantiert einen angemessenen zeitlichen Spielraum für die Entscheidung, ob Rechtsschutz in Anspruch genommen wird oder nicht. Eilrechtsschutz ist nach §§ 80 Abs. 5 VwGO möglich.

### **31**

3. Überdies sind die Anträge auch unbegründet. Das von der Antragsgegnerin durchgeführte Verfahren begegnet im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und der hier notwendigen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung keinen rechtlichen Bedenken.

### **32**

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.

### **33**

a) Ein Anspruch auf Erlass der begehrten Anordnungen wurde nicht hinreichend glaubhaft gemacht.

### **34**

aa) Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Die Gewährleistung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG sichert den Gemeinden einen grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassenden Aufgabenbereich sowie die Befugnis zu eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte in diesem Bereich (BVerfGE 26, 228; 56, 298ff; 59, 216 ff). Als Aufgabenarten der Gemeinden kommen dabei pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben (sog. Pflichtaufgaben, Art. 57 Abs. 2 GO) und freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben in Betracht (vgl. Art. 57 Abs. 1 GO).

### **35**

Bei der Veranstaltung der streitgegenständlichen Volksfeste handelt es sich um eine zum eigenen Wirkungskreis gehörende freiwillige Aufgabe der Antragsgegnerin nach Art. 57 Abs. 1 Satz 1 GO. Demnach sollen die Gemeinden im eigenen Wirkungskreis in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die öffentlichen Einrichtungen schaffen und erhalten, die nach den örtlichen Verhältnissen für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl und die Förderung des Gemeinschaftslebens ihrer Einwohner erforderlich sind. Insbesondere fallen hierunter auch Einrichtungen der Kulturpflege wie Volksfeste. Die Gemeinden erfüllen bei der Ausrichtung traditioneller oder traditionsbildender Volksfeste freie Selbstverwaltungsaufgaben und damit Daseinsvorsorge (vgl. BayVGH, U.v. 23.3.1988 - 4 B 86.02336 - BayVBl. 1989, 148/149).

### 36

Volksfeste und Märkte können sowohl nach § 69 Abs. 1 GewO als Veranstaltung festgesetzt oder als gemeindliche Einrichtung betrieben werden. Möglich ist auch eine Kombination aus beidem. Die Volksfeste der Antragsgegnerin werden laut 1.3 der Vergaberichtlinien als öffentliche Einrichtungen der Antragsgegnerin im Sinne von Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GO betrieben. Öffentliche Einrichtungen 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). Es findet sich eine ausdrückliche Widmung in den Vergaberichtlinien der Antragsgegnerin (vgl. 1.3 der Vergaberichtlinien). Demnach sind Frühlingsfest und ...-Volksfest als öffentliche Einrichtung nach Art. 21 GO gewidmet und haben sich gewohnheitsrechtlich durch lang dauernde, jährlich wiederkehrende Übung und Tradition verfestigt. Die Widmung erstreckt sich ausdrücklich auch auf die Bewerber um Standplätze auf den gegenständlichen Festen.

### 37

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). Demgemäß ist es der Antragsgegnerin auch freigestellt, wie sie den Vollzug einer getroffenen Auswahlentscheidung ausgestalten möchte. Es ist also möglich, dass die Antragsgegnerin in ihren Vergaberichtlinien in zwei Schritten zunächst das „Ob“ der Entscheidung durch Verwaltungsakt, das „Wie“ durch Abschluss eines (privatrechtlichen) Vertrages regelt. 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). Zu den Rügen der Antragsteller ist im Einzelnen wie folgt auszuführen:

### 38

(1) Ein Verstoß der Bewertungskriterien gegen den Wettbewerbsgrundsatz und das Gleichbehandlungsgebot ist nicht ersichtlich. Das Kommunalrecht lässt es zu, bei der Auswahl der Schausteller, Anbieter und Beschicker ortsansässige Betriebe zu bevorzugen. Die Privilegierung Ortsansässiger beim Zugang zu öffentlichen Einrichtungen wird weithin als mit dem allgemeinen Gleichheitssatz in Einklang stehend erachtet. Sie ist jedenfalls von der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG) und damit von einem Belang mit Verfassungsrang gedeckt. Angesichts dieser spezifischen Aufgabenzuweisung, die zugleich eine Abgrenzung zur Zuständigkeit der anderen Gemeinden und der anderen kommunalen und staatlichen Ebenen enthält, ist es verfassungslegitim, den Zugang zu örtlichen öffentlichen Einrichtungen auf Gemeindeangehörige zu beschränken. Diese Begrenzung ist auch in der Rechtsnatur der Gemeinden als Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts angelegt, bestimmt sich die Mitgliedschaft in einer Kommune doch nach der Einwohnerschaft in einer Gemeinde (vgl. Art. 15 Abs. 1 GO); eine Privilegierung der Mitglieder ist daher verfassungslegitim. Ergänzend mag man darauf verweisen, dass Ortsansässige auch Träger der Gemeindelasten sind (vgl. Art. 21 Abs. 1 Satz 2 GO). Die Beschränkung des Zugangs auf Ortsansässige ist auch geeignet, den ortsbezogenen Daseinsvorsorgeauftrag zu sichern, und insoweit auch erforderlich, da die Weitung des Zugangs dessen Aufweichung bedeutete und damit - gerade im Zeichen der Knappheit - nicht gleich effektiv ist. Jedenfalls bei Knappheit ist eine Beschränkung des Zugangs auf Ortsansässige angemessen und damit auch gerechtfertigt. In diesem Fall erachtet der Bayerische Verwaltungsgerichtshof die Gemeinde angesichts ihres ortsbezogenen Daseinsvorsorgeauftrags sogar für verpflichtet, öffentliche

Einrichtungen vorrangig Gemeindeangehörigen zur Verfügung zu stellen (BayVGH, B. v. 31.8.1999 - 7 ZS 99.2168).

### 39

Bewährtheit im Sinne einer erprobten Eignung ist ein sachgemäßer Auswahl Gesichtspunkt. Das Kriterium ist gerechtfertigt durch die Sicherheitserfordernisse und die Gesichtspunkte der Ordnung beim Aufbau und Abräumen der Gerätschaften zu Beginn und zum Ende der Veranstaltung. Bekanntheit als Differenzierungskriterium ist durch das Interesse der Besucher gerechtfertigt, das traditionelle Bild des Festes und beliebte Attraktionen wieder zu finden (BayVGH, B.v. 11.9.1981 - 4 CE 81.A.1921 - NVwZ 1982, 120,121).

### 40

(2) Die Art und Weise der öffentlichen Bekanntmachung durch die Antragsgegnerin begegnet keinen Bedenken, zumal der Anwendungsbereich des GWB nicht eröffnet und ein grenzüberschreitender Bezug nicht anzunehmen ist. Die Funktion des Festwirts für die gegenständlichen Feste ist nicht „binnenmarktrelevant“, also auch für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union interessant. Nach den Vergaberichtlinien der Antragsgegnerin handelt es sich bei beiden Festen um traditionell bayerische Volksfeste mit einem traditionell bayerischen Bierzelt, das durch den Festwirt bewirtschaftet werden soll. Unabhängig von der Frage, ob ein nicht aus der Region stammender Unternehmer diese spezifischen Anforderungen erfüllen könnte, ist davon auszugehen, dass - sollte man eine Binnenmarktrelevanz doch annehmen - eine Ungleichbehandlung jedenfalls durch den Ortsbezug des Festes gerechtfertigt ist. Überdies könnten sich die Antragsteller auf einen Verstoß bei der Bekanntmachung nicht berufen, da sie rechtzeitig von der Auswahl eines Festwirts für das Frühlings- und das ...-Volksfest 2022-2024 Kenntnis erlangt haben.

### 41

(3) Die eingeschränkte Prüfungskompetenz des Gerichts wegen der weitreichenden Gestaltungsbefugnis der Gemeinden im Anwendungsbereich von Art. 21 GO im Vergleich zur Prüfungskompetenz insbesondere bei Vergaben oberhalb der maßgeblichen Schwellenwerte begegnet - anders als die Antragsteller meinen - ebenfalls keine Bedenken. Sie resultiert daraus, dass es sich bei der Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung der Gemeinde und einer Auftragsvergabe um unterschiedliche Verfahren handelt; angesichts der verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden und der kommunalrechtlichen Besonderheiten bei der Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen nach Art. 21 GO ist die eingeschränkte Prüfungskompetenz des Gerichts in diesem Zusammenhang folgerichtig.

### 42

(4) Soweit die Antragsteller vorbringen, dass die Vergabeunterlagen intransparent und unvollständig seien, insbesondere hinsichtlich des Auftragswerts und des abzuschließenden Vertrags, vermag das Gericht auch hierin keinen Verstoß im Sinne einer willkürlichen oder gleichheitswidrigen Handlungsweise der Antragsgegnerin erkennen. In den Vergaberichtlinien wird über den Inhalt des abzuschließenden Vertrags informiert. Eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Angabe des Vertragswerts ist im Zusammenhang mit der Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung nach Art. 21 GO nicht vorgesehen.

### 43

bb) Daher kann sich auch kein Anspruch der Antragsteller auf Einstellung des laufenden Verfahrens, Untersagung des Vollzugs der Entscheidung und Einleitung eines Vergabeverfahrens aus dem Rechtsgrund der sog. „culpa in contrahendo“ ergeben. Selbst wenn man annähme, dass durch das Auswahlverfahren der Antragsgegnerin bereits ein Vertragsverhältnis im Sinne von § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB angebahnt wird, so ist für daraus folgende Ansprüche das Vorliegen der Voraussetzungen der Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss erforderlich. Es würde daher einer Pflichtverletzung der Antragsgegnerin bedürfen, die aber ausscheidet, da sie in ihrer Verfahrenswahl im beschriebenen Sinne frei war und die Verletzung vorvertraglicher Pflichten nicht erkennbar ist. Außerdem ist der Eintritt eines Schadens nicht nachgewiesen, da die Antragsteller nicht nachweisen können, dass sie bei - aus ihrer Sicht - ordnungsgemäßer Durchführung des Ausschreibungsverfahrens den Zuschlag erhalten müssten (vgl. Hertwig, Praxis des Vergaberechts, 7. Auflage 2021, Rn. 358).

### 44

b) Die Frage, ob es sich bei dem Vertrag mit einem Festwirt für städtische Volksfeste allgemein bzw. besonders in der streitgegenständlichen Konstellation um eine Dienstleistungskonzession handelt, bedarf

im Ergebnis keiner Entscheidung. Ob der abzuschließende Vertrag ein Pachtvertrag oder eine Dienstleistungskonzession ist, ist im vorliegenden Fall - insbesondere mangels Erreichens des maßgeblichen Schwellenwerts - irrelevant.

#### **45**

c) Auch das Vorliegen eines Anordnungsgrunds kommt es nicht mehr an, ebenso wenig auf die Problematik der Vorwegnahme der Hauptsache.

#### **46**

4. Die Anträge waren mit der Kostenfolge nach § 154 Abs. 1, § 159 Satz 2 VwGO abzuweisen.

III.

#### **47**

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 3, § 52 Abs. 1 Gerichtskostengesetz (GKG) in Verbindung mit Ziffer 54.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, wonach bei der Zulassung zu einem Markt im Hauptsacheverfahren der erwartete Gewinn, mindestens jedoch 300,- Euro pro Tag anzusetzen sind. Nach 1.1.1 des Streitwertkatalogs werden mehrere Anträge mit selbstständiger Bedeutung gestellt, so werden die Werte addiert, wenn die Streitgegenstände jeweils einen selbstständigen wirtschaftlichen Wert oder einen selbstständigen materiellen Gehalt haben (vgl. § 39 GKG). Die Antragsteller gehen von einem Gesamtgewinn für die Feste der Jahre 2022-2024 in Höhe von 219.000,- EUR aus. Mit allen Anträgen wird im Ergebnis dasselbe Ziel verfolgt, so dass eine Erhöhung des Streitwerts über diesen Betrag hinaus nicht angebracht ist. Da die Beträge im Eilverfahren zu halbieren sind, ergibt sich ein Streitwert von 109.500,- EUR.