VG München, Beschluss v. 13.06.2022 – M 7 E 22.2825

Titel:

Erfolgloser Eilantrag auf Zulassung zu einem Bürgerfest als Festwirt

Normenketten:

VwGO § 40 Abs. 1 S. 1, § 113 Abs. 1 S. 4, § 123 Abs. 1, Abs. 3
ZPO § 294 Abs. 1, § 920 Abs. 2
BayGO Art. 21 Abs. 1, Abs. 5
GWB § 105 Abs. 1 Nr. 2
GG Art. 1 Abs. 3, Art. 3 Abs. 1
BGB § 241 Abs. 2, § 281 Abs. 1, § 311 Abs. 2
BayVwVfG Art. 57, Art. 59 Abs. 1

Leitsätze:

1. Eine Vorwegnahme der Hauptsache im Eilverfahren kommt nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht, nämlich nur dann, wenn das Abwarten der Hauptsacheentscheidung für den Antragsteller schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile zur Folge hätte. (Rn. 17) (redaktioneller Leitsatz)
2. Die Zulassung eines Festwirts zu einem Bürgerfest kann alle Merkmale einer Dienstleistungskonzession erfüllen. (Rn. 28) (redaktioneller Leitsatz)
3. Auch unterhalb der Schwellenwerte und unterhalb einer Binnenmarktrelevanz erfordert der Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG, Dienstleistungskonzessionen in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu vergeben. (Rn. 36) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Einstweilige Anordnung (abgelehnt), Hellip Bürgerfest, Vergabe eines Festzeltbetriebs, Verwaltungsrechtsweg, Öffentliche Einrichtung, Widmungsumfang, Vergabeverfahren, Dienstleistungskonzession, Abbruch von Vertragsverhandlungen, Zulassungsanspruch zu Bürgerfest, einstweilige Anordnung, Festwirt, öffentliche Einrichtung, Widmung, Vertragsschluss, culpa in contrahendo, Willkürverbot, Grundrechtsbindung

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 100.000,- festgesetzt.

Gründe

I.

1
Die Antragstellerin begehrt im Wege der einstweiligen Anordnung die Zulassung als Festwirt zum Bürgerfest in … 2022.

2
Am 28. Mai 2022 stellten die Bevollmächtigten der Antragstellerin einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgetragen, die Antragstellerin betreibe auf verschiedenen Volksfesten einen mobilen Biergarten, u.a. in den Jahren 2012 bis 2019 als Festwirt auf dem … Bürgerfest. Sie werde seit dem Ausscheiden des bisherigen Geschäftsführers Herrn R. zum 1. März 2021 durch den alleinigen Geschäftsführer Herrn A. vertreten. Die Antragstellerin habe sich im Jahr 2012 nach entsprechender Aufforderung durch die Antragsgegnerin erfolgreich um den Betrieb des Festzelts beworben. Mangels anderer Bewerber sei seitdem keine weitere (förmliche) Zulassungsentscheidung mehr getroffen worden, die Antragsgegnerin habe auch zu keinem Zeitpunkt den Betrieb des Festzelts neu

ausgeschrieben. Grundlage für ihre Tätigkeit bilde ein Vertrag, der seit 2012 im Zweijahresrhythmus mit einer Laufzeit von jeweils 2 Jahren geschlossen werde und seit 2012 weitgehend unverändert geblieben sei. Dieser – in der Regel Mitte Mai unterschriebene – Vertrag bilde jeweils eine Niederschrift der zuvor in der Regel im Februar oder März getroffenen Absprachen über die im Einzelnen zu erbringenden Leistungen. Auch für das laufende Jahr 2022 habe es am 25. Februar 2022 eine Besprechung zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin zu den Einzelheiten für den diesjährigen Betrieb des Festzelts gegeben, deren Inhalt im Folgenden näher ausgeführt wurde. Im Anschluss hieran habe die Antragstellerin die besprochenen Einzelheiten in den bekannten Vertragstext eingefügt und diesen der Antragsgegnerin zur Unterzeichnung übersandt. Der Referent für Organisation und Bürgerangelegenheiten der Antragsgegnerin habe der Antragstellerin auf zweimalige Nachfrage mitgeteilt, der Vertrag sei in Ordnung, und die Unterzeichnung des Vertrags in Aussicht gestellt. Im Vertrauen auf die getroffenen Absprachen habe die Antragstellerin mit der Vorbereitung des Bürgerfestes begonnen. Insbesondere habe sie rechtzeitig Musikbands buchen und Personal ausschreiben müssen. Am 7. oder 8. April 2022 habe der frühere Geschäftsführer der Antragstellerin, Herr R., einen Anruf des vorgenannten Referenten erhalten, bei dem dieser ihm mitgeteilt habe, dass der erste Bürgermeister die Antragstellerin nicht mehr als Festwirt haben wolle, da ihr ehemaliger Geschäftsführer wegen seines Geständnisses im Strafverfahren nicht mehr tragbar sei und die Durchführung mit ihm zu einem nicht mehr wiedergutzumachenden Schaden führe. Hierbei habe sich die Antragsgegnerin auf einen entsprechenden Artikel im ... berufen, der jedoch falsche Behauptungen enthalte, was näher dargestellt wurde. Der Geschäftsführer der Antragstellerin habe sich mit Schreiben vom 11. April 2022 an den ersten Bürgermeister gewendet und unter anderem auf die bisher getätigten Investitionen, insbesondere das eigens für das Bürgerfest angeschaffte Festzelt, die nicht bestehenden Schulden der Antragstellerin und die fehlende Verurteilung des ehemaligen Geschäftsführers hingewiesen. Hierauf habe die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20. April 2022 die Gründe für die Entscheidung des ersten Bürgermeisters dargestellt. Dabei habe die Antragsgegnerin die „zweifelsohne jahrelange gute Zusammenarbeit“ bestätigt. Die Absage oder Rücknahme einer Zulassung sei in dem Schreiben nicht enthalten gewesen. Zudem habe die Antragsgegnerin ausgeführt, dass der Entschluss, mit einem neuen Festwirt zu verhandeln, bereits im Februar dieses Jahres „geschlummert“ habe, als die ersten Zeitungen über das Steuerstrafverfahren gegen den ehemaligen Geschäftsführer berichtet hätten. Letztlich sei jedoch die Berichterstattung über den ausgehandelten „Deal“ und das Geständnis ausschlaggebend gewesen. Tatsächlich aber habe die Antragsgegnerin in den Verhandlungen über die Durchführung des Bürgerfestes 2022 zu keinem Zeitpunkt Vorbehalte erkennen lassen, auch nicht Ende März, als sich die Antragstellerin nach der Gegenzeichnung des Vertrags erkundigt habe. Der Antragsgegnerin sei bei den Vertragsverhandlungen bekannt gewesen, dass Herr R. nicht der Geschäftsführer der Antragstellerin sei. Zudem sei bereits Anfang Februar 2021 über dessen Steuerstrafverfahren berichtet worden. Gleichwohl habe die Antragsgegnerin die Antragstellerin – namentlich Herrn R. – am 25. Februar 2022 zu der Besprechung eingeladen. Die Antragsgegnerin habe nie nachgefragt, ob die Berichterstattung zutreffe. Mit Schreiben vom 26. April 2022 habe Herr R. dem Referenten für Organisation und Bürgerangelegenheiten den bestehenden Sachverhalt nochmals erläutert. Die Antragsgegnerin habe dieser Darstellung bis heute nicht widersprochen. Am 29. April 2022 sei im ... die Mitteilung erschienen, wonach Herr S. der neue Festwirt beim Bürgerfest … werde. Eine offizielle Verlautbarung hierüber fehle bis heute. Bei einem weiteren Gespräch mit der Antragsgegnerin am 11. Mai 2022 habe diese bestätigt, dass man sich über die Durchführung des Festes im laufenden Jahr zunächst geeinigt habe, es der Antragsgegnerin aber aufgrund der Berichterstattung unmöglich sei, an der Vereinbarung festzuhalten. Die ursprüngliche Einigung sei demnach unstreitig. Von einem Ausschreibungsverfahren oder Bedingungen für eine mögliche Bewerbung als Festwirt sei der Antragstellerin nichts bekannt. Offenbar sei die Entscheidung kurzfristig „im Hinterzimmer“ getroffen worden. Mit Schreiben vom 11. Mai 2022 habe die Antragstellerin die Antragsgegnerin aufgefordert, schriftlich zu bestätigen, dass sie das Festzelt wie vereinbart betreiben könne und den unterschriebenen Vertrag zurückzusenden. Eine Äußerung der Antragsgegnerin in der Sache sei nicht erfolgt. Die Antragstellerin sehe sich weiter verpflichtet und in der Lage, den Festzeltbetrieb auf dem kommenden Bürgerfest zu übernehmen. Entscheidend sei, dass sie rechtzeitig vor dem 24. Juni 2022 Kenntnis davon erhalte, dass sie mit dem Zeltaufbau beginnen könne und einem Betrieb keine Hindernisse entgegenstünden. Dazu solle der Rechtsstreit möglichst bis zum 15. Juni 2022 entschieden werden. Aufgrund der Kurzfristigkeit habe die Antragstellerin keine Gelegenheit gehabt, sich um eine anderweitige Veranstaltung zu bewerben. Der Verwaltungsrechtsweg sei eröffnet, da sich die Antragstellerin auf das „Ob“ der Zulassung zu dem Bürgerfest in … als öffentliche Einrichtung im Sinne des Art. 21 Abs. 1 GO berufe. Der Anordnungsanspruch ergebe sich aus der zuvor getroffenen grundsätzlichen Entscheidung der

Antragsgegnerin, die Antragstellerin als Festwirt für das diesjährige Volksfest zuzulassen, aus dem mit der Antragsgegnerin geschlossenen Vertrag sowie aus Art. 21 Abs. 1 GO i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG. Die im Jahr 2012 durchgeführte Auswahlentscheidung und Zulassung der Antragstellerin habe bis heute Geltung. Seitdem habe es nach ihrer Kenntnis weder ein neues Auswahlverfahren gegeben noch sei ein Zulassungsbescheid an einen Dritten ergangen. Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin jedenfalls in der Besprechung am 25. Februar 2022 mitgeteilt, dass sie auch im Jahr 2022 als Festwirt zum Bürgerfest zugelassen worden sei. Damit sei die Entscheidung über das „Ob“ des Zugangs zu öffentlichen Einrichtungen nach der Zwei-Stufen-Theorie gefallen. In der Besprechung seien nur noch die Details des Vertrags geklärt worden. Wenn die Antragsgegnerin den Betrieb des Festzelts für das Jahr 2022 neu hätte vergeben wollen, hätte sie ein reguläres Vergabeverfahren durchführen, jedenfalls aber eine ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung unter allen Bewerbern einschließlich der Antragstellerin treffen müssen. Ohne eine (Neu-)Zulassung könne der Festzeltbetrieb nicht an einen Dritten vergeben werden. Mangels Auswahlverfahrens, tatsächlich aber wohl auch mangels förmlichen Verwaltungsverfahrens könne es keinen anderen Begünstigten einer Zulassung geben. Die letzte rechtmäßige und damit gültige Auswahlentscheidung sei zugunsten der Antragstellerin ausgefallen. Die Zulassung der Antragstellerin sei schon mangels Existenz eines entsprechenden Verwaltungsakts, jedenfalls aber mangels Vorliegens der Voraussetzungen des „§ 44 Abs. 2 VwVfG“ nicht wirksam widerrufen worden, was ausführlich dargestellt wurde. Darüber hinaus habe die Antragstellerin einen Anordnungsanspruch aus dem bereits ausgehandelten und (einseitig) unterzeichneten Vertrag. Entsprechend der Praxis in der Vergangenheit habe die Einigung im Gespräch im Februar/März jeden Jahres die Grundlage für die Zusammenarbeit gebildet, der schriftliche Vertrag sei oft erst Mitte Mai geschlossen worden. Daher habe für beide Parteien bereits in dem mündlich geschlossenen Vertrag eine bindende Einigung gelegen. Die Antragstellerin habe einen Anspruch auf ungestörte Vertragserfüllung. Darüber hinaus habe die Antragstellerin einen gebundenen Anspruch auf Neuzulassung nach Art. 21 Abs. 1 GO i.V.m. Art. 3 GG. Da sie im Gegensatz zu anderen (möglichen) Festzeltbetreibern „bekannt und bewährt“ sei, was angesichts der Kürze der verbleibenden Vorbereitungszeit besonders ins Gewicht falle, und wegen ihrer zuverlässigen Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen in den vergangenen Jahren, bestehe eine Ermessensreduzierung auf Null. Die Zulassung eines neuen, nicht mit den Gegebenheiten vertrauten Festwirts sei ermessensfehlerhaft. Der Anordnungsgrund gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO ergebe sich aus der offenbar bereits getroffenen Entscheidung der Antragsgegnerin über eine Vergabe, mit welcher der bestehende Anspruch der Antragstellerin vereitelt werde. Die Antragsgegnerin habe nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Eine freihändige Vergabe sei nicht zulässig. Zur Abwendung dringender Nachteile – nämlich um sicherzustellen, dass die Antragstellerin ihre Rechte aus einer noch zu erteilenden Zulassung zum Bürgerfest 2022 noch rechtzeitig wahrnehmen könne – sei es erforderlich, die Antragsgegnerin zum Erlass eines entsprechenden Zulassungsbescheids zu verpflichten und einen etwaig zuvor – rechtswidrig – ergangenen Bescheid aufzuheben. Vorgelegt wurden u.a. eidesstattliche Versicherungen des Geschäftsführers und des ehemaligen Geschäftsführers der Antragstellerin vom 27. Mai 2022, in denen im Wesentlichen die Sachverhaltsdarstellung bestätigt wird.

3
Mit Schriftsatz vom 3. Juni 2022 ergänzten die Bevollmächtigten der Antragstellerin ihren Vortrag und führten insbesondere aus, dass die Zulassung der … KG auch deshalb gegen Art. 21 Abs. 1 GO i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG verstoße, da die zugrundeliegende Entscheidung der Antragsgegnerin angesichts der abweichenden – im Einzelnen vergleichend dargestellten – Vertragskonditionen ermessensfehlerhaft sei. Die Vereinbarung mit der … KG sei für die Antragsgegnerin selbst als auch für die Bürger der Gemeinde offensichtlich nachteiliger als die mit der Antragstellerin verhandelten Vertragskonditionen. Die finanziellen Zugeständnisse an die … KG erweckten erhebliche Zweifel an deren hinreichender finanzieller Ausstattung, was ein erhebliches finanzielles Risiko für die Antragsgegnerin darstelle. Die Entscheidung, die … KG zuzulassen wäre nur zu rechtfertigen, wenn sehr schwerwiegende Gründe – die aber nicht vorlägen – gegen die Zulassung der Antragstellerin sprechen würden.

4
Die Antragstellerin beantragt zuletzt,

1. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung – der Dringlichkeit wegen ohne mündliche Verhandlung – bis zur Entscheidung über eine noch zu erhebende Hauptsacheklage aufgegeben,

- mit ihr einen Vertrag über den Betrieb des Festzelts gemäß Vertragsangebot vom März 2022 (Bl. 44 bis 48 der Behördenakte) abzuschließen,

- der Antragstellerin den Aufbau und Betrieb des Festzelts zu gestatten und zu ermöglichen.

2. hilfsweise,

die Antragsgegnerin wird unter Aufhebung des ablehnenden Bescheids vom 03.06.2022 verpflichtet, die Antragstellerin als Festwirt zum Bürgerfest … vom … bis … Juli 2022 zuzulassen und mit ihr einen Vertrag über den Betrieb des Festzelts gemäß Vertragsangebot vom März 2022 abzuschließen; die Zulassung der … KG zum Bürgerfest … 2022 wird aufgehoben;

3. äußerst hilfsweise,

die Antragsgegnerin wird verpflichtet, über einen Zulassungsantrag der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

5
Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

6
Unter dem 1. Juni 2022 legte der Bevollmächtigte der Antragsgegnerin die Behördenakte vor und trat mit Schriftsatz vom 7. Juni 2022 dem Antrag entgegen. Zur Begründung wird insbesondere ausgeführt, in den Jahren 2012 bis 2019 habe die Antragsgegnerin den Zuschlag für das einzige Festzelt auf dem … Bürgerfest jeweils an die Antragstellerin als einzige Bewerberin erteilt. Die Entscheidung über die Zulassung und die vertragliche Ausgestaltung des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses sei jeweils in einem Akt durch beiderseitige Unterzeichnung eines Vertrags erfolgt. Der letzte Vertrag zwischen den Parteien stamme vom 8. Mai 2018 und habe zunächst für das Bürgerfest 2018 gegolten. Für den Fall, dass er nicht von einer Partei bis spätestens 30. September 2018 gekündigt werde, sei eine einmalige Verlängerung um ein weiteres Jahr vorgesehen gewesen. Da keine Seite von der Kündigungsmöglichkeit Gebrauch gemacht habe, habe der Vertrag auch für das Bürgerfest 2019 gegolten. Grund für die in der Vergangenheit erfolgte Zulassung der Antragstellerin als Festwirt sei, neben dem Fehlen von Mitbewerbern, die Person des Herrn R. gewesen, der eine überregional bekannte Größe im Schaustellergewerbe sei. Dieser sei der Hauptgesellschafter der Antragstellerin (Beteiligung am Stammkapital der Gesellschaft 90%). Bis Ende Februar 2022 sei er Geschäftsführer der Antragstellerin gewesen. Sein Ausscheiden aus der Geschäftsführung sei am 1. März 2022 in das Handelsregister eingetragen worden. Herr R. sei in der Vergangenheit das Gesicht des Festzelts auf dem … Bürgerfest und ein Aushängeschild des Bürgerfestes gewesen, wie durch Presseartikel der vergangenen Jahre belegt werde. Dagegen habe die Antragstellerin nach außen keine Rolle gespielt und sei allenfalls Insidern als Betreiberin des Festzelts bekannt. Im Jahr 2022 solle das Bürgerfest wieder stattfinden und zwar vom 8. bis 17. Juli. Zunächst habe die Antragsgegnerin die Absicht gehabt, nach dem Grundsatz „bekannt und bewährt“ den Zuschlag für das Festzelt für das Bürgerfest 2022 erneut an Herrn R. und seine Gesellschaft zu geben. Zur Vorbereitung habe am 25. Februar 2022 im Rathaus der Antragsgegnerin im Büro des ersten Bürgermeisters ein Gespräch stattgefunden. In diesem Gespräch habe sich Herr R. für seine Gesellschaft um Zulassung als Festwirt beworben. Die Antragsgegnerin habe die Bewerbung entgegengenommen. Es sei am 25. Februar 2020 noch keine verbindliche Entscheidung ergangen. Die Zulassung zum Bürgerfest habe, wie in den vergangenen Jahren auch, durch beiderseitige Unterzeichnung eines Vertrags erfolgen sollen, in dem die Einzelheiten der Zulassung und des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses geregelt würden. Dies habe auch die Antragstellerin so gesehen, weshalb sie mit Anwaltsschreiben vom 11. Mai 2022 von der Antragsgegnerin die Rücksendung des unterzeichneten Vertrags verlangt habe. Den Vertragsentwurf hierzu habe die Antragstellerin erstellt und der Antragsgegnerin im März 2022 übermittelt. Warum der Vertragsentwurf vor den Unterschriftenzeilen das Datum 26. Januar trage, entziehe sich der Kenntnis der Antragsgegnerin. Ausweislich des Eingangs des Vertragsentwurfs habe Herr R. für das Bürgerfest 2022 nicht mehr als Geschäftsführer der Antragstellerin, sondern als deren Repräsentant handeln wollen. Bei der Besprechung am 25. Februar 2022 seien die Vertreter der Antragsgegnerin von der Antragstellerseite nicht darüber informiert worden, dass die gegen Herrn R. wegen Steuerhinterziehung erhobene Anklage vom Strafgericht zugelassen worden sei und die mündliche Verhandlung vor dem Strafgericht kurz bevorgestanden habe. Dies – und die Einzelheiten der Verurteilung – hätten die Vertreter der

Antragsgegnerin erst am 31. März 2022 aus der Presse erfahren. Wäre die Antragsgegnerin über die vorstehend genannten Umstände informiert gewesen, hätte die Besprechung am 25. Februar 2022 nicht stattgefunden, sondern wäre zunächst der weitere Verlauf des Strafprozesses abgewartet worden. Die Antragsgegnerin habe sich daraufhin gegen den Zuschlag an Herrn R. und seine Gesellschaft entschieden. Diese Entscheidung sei der Antragstellerin am 4. April 2022 telefonisch angekündigt worden und durch formloses Schreiben vom 20. April 2020 mitgeteilt worden. In der Zwischenzeit habe die Antragstellerin Gelegenheit gehabt, ihre Sichtweise der Dinge mitzuteilen, wovon diese mit Schreiben vom 11. April 2022 Gebrauch gemacht habe. Mit Vertrag vom 19. April 2022 habe die Antragsgegnerin der … KG mit Sitz in V. … die Zulassung als Festwirt zum Bürgerfest 2022 erteilt. Diese sei ein anerkannt leistungsfähiger Gastronomiebetrieb mit langjähriger Erfahrung auf Volksfesten. Da vom anwaltlichen Vertreter der Antragstellerin beanstandet worden sei, dass keine förmliche Ablehnungsentscheidung gegenüber der Antragstellerin ergangen sei, sei diese von der Antragsgegnerin mit Bescheid vom 3. Juni 2022 vorsorglich nachgeholt worden. Der Hauptantrag sei überholt und schon deshalb unbegründet. Die Antragsgegnerin habe bereits am 19. April 2022 die … KG als Festwirt zum … Bürgerfest 2022 zugelassen und sich gegenüber dieser vertraglich gebunden. Es werde eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache begehrt, da die Antragstellerin im Verfahren des einstweilen Rechtsschutzes vollumfänglich dasselbe Ziel verfolge, wie es auch Gegenstand eines Hauptsacheverfahrens wäre. Die der Antragstellerin drohenden Nachteile seien ausgleichbar. Vorliegend gehe es um Nachteile rein finanzieller Natur. Einen substantiierten Vortrag hierzu enthalte der Schriftsatz der Antragstellerin nicht. Eine drohende Existenzgefährdung werde von der Antragstellerin nicht behauptet. Sollte der Antragstellerin die Zulassung als Festwirt zum Bürgerfest 2022 rechtswidrig versagt worden sein, könnte diese einen ihr dadurch entstandenen Schaden von der Antragsgegnerin ersetzt verlangen. Abgesehen davon fehle es an der für eine ausnahmsweise Vorwegnahme der Hauptsache zu fordernden hohen bzw. sehr hohen Erfolgswahrscheinlichkeit. Die Antragstellerin sei zum Bürgerfest nicht zugelassen worden, sodass sich die Frage einer Rücknahme bzw. eines Widerrufs der Zulassungsentscheidung nicht stelle. Die Ablehnung des Zulassungsantrags der Antragstellerin sei rechtlich nicht zu beanstanden. Die Antragstellerin stehe für das Bürgerfest 2022 in keinem Vertragsverhältnis mit der Antragsgegnerin. Ein schutzwürdiges Vertrauen der Antragstellerin, auch künftig die Zulassung als Festwirt für das Bürgerfest zu erhalten, lasse sich aus der Vergangenheit nicht herleiten. Die Vergabe von Festzeltplätzen sei nach der Rechtsprechung dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabeentscheidung jedes Mal neu getroffen werde, sodass ein schutzwürdiges Vertrauen, jedes Jahr das Festzelt stellen zu dürfen, nicht entstehen könne. In der Besprechung beim ersten Bürgermeister der Antragsgegnerin am 25. Februar 2022 sei noch keine Entscheidung über die Zulassung ergangen. Es sei in dieser Besprechung auch kein schutzwürdiges Vertrauen auf eine positive Zulassungsentscheidung geschaffen worden. Hätte die Antragstellerin damals „mit offenen Karten gespielt“ und die Antragsgegnerin über die Zulassung der Anklage im Strafverfahren und die bevorstehende mündliche Verhandlung vor dem Strafgericht informiert, hätte das Gespräch überhaupt nicht stattgefunden. Die Antragsgegnerin habe den Zulassungsantrag der Antragstellerin zu Recht abgelehnt, insbesondere das ihr zukommende Ermessen fehlerfrei ausgeübt. Die von der Antragstellerin geäußerte Meinung, dass die wenigsten Besucher des … Bürgerfestes die Person des Herrn R. mit dem dortigen Festzelt in Verbindung bringen würden, sei wirklichkeitsfremd. Das Gegenteil sei – wie ausgeführt – der Fall. Für die Antragsgegnerin komme es deshalb auf die Person und den Ruf des Herrn R. an. Dieser habe durch die in der Presse breit publizierte strafrechtliche Verurteilung wegen Steuerhinterziehung so erheblich gelitten, dass sich die Antragsgegnerin nicht mehr vorstellen könne, mit Herrn R. länger als Aushängeschild des Bürgerfestes anzutreten. Dabei sei es für die Antragsgegnerin nicht maßgeblich, dass er angabegemäß gegen das amtsgerichtliche Urteil Berufung eingelegt habe, die Verurteilung also noch nicht rechtskräftig sei. Ebenso wenig sei die Antragsgegnerin an die Unschuldsvermutung gebunden. Denn diese gelte nur für den Strafprozess und spiele hier aufgrund des präventiven Charakters der Bewertung und Zulassungsentscheidung keine Rolle. Die Antragsgegnerin habe sich bei ihrer Entscheidung ausschließlich davon leiten lassen, dass die langjährige Institution des Bürgerfestes geschützt werden müsse. Die Antragstellerin stelle nicht in Abrede, dass ihr Hauptgesellschafter und ehemaliger Geschäftsführer wegen Steuerhinterziehung in einer Mehrzahl von Fällen zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren mit Aussetzung zur Bewährung verurteilt worden sei. Die Erfolgsaussichten der von Herrn R. angabegemäß gegen das Strafurteil eingelegten Berufung könne die Antragsgegnerin nicht beurteilen. Ebenso wenig könne die Antragsgegnerin beurteilen, ob die unsubstantiierten Ausführungen der Antragstellerin zu dem angeblichen Teilerfolg von Herrn R. in einem finanzgerichtlichen Verfahren zutreffend seien und ob und gegebenenfalls welche Auswirkungen dies auf das strafrechtliche Berufungsverfahren habe. Es verhalte sich jedenfalls so, dass das Strafgericht bei seiner

Beurteilung an einen vor dem Finanzgericht abgeschlossenen Vergleich nicht gebunden sei. Auch hätte die Antragsgegnerin in der Vergangenheit das Festzelt nicht an die Antragstellerin vergeben, wenn nicht Herr R. als Geschäftsführer auch rechtlich die Verantwortung für den Betrieb übernommen hätte. Durch dessen Ausscheiden aus der Geschäftsführung sei diese Voraussetzung entfallen. Dass Herr R. nunmehr, ohne Geschäftsführer zu sein, als Repräsentant der Antragstellerin auftrete, sei für die Antragsgegnerin unerheblich, da das Gesetz die Position eines Repräsentanten nicht kenne. Umgekehrt zeige die von der Antragstellerin beabsichtigte Repräsentantenrolle des Herrn R., dass die Antragstellerin auf ihn als Aushängeschild für das Bürgerfest gerade nicht verzichten wollte.

7
Mit Beschluss vom 7. Juni 2022 hat das Gericht die … KG, mit der die Antragsgegnerin am 19. April 2022 einen Vertrag über die Vergabe des Festzelts auf dem … Bürgerfest 2022 abgeschlossen hat, zum Verfahren beigeladen.

8
Mit Schriftsatz vom 8. Juni 2022 vertieften die Bevollmächtigten der Antragstellerin ihren Vortrag und führten dazu insbesondere aus, die Darstellung der Antragsgegnerin beschränke sich auf die Rechtsbehauptung, es sei seinerzeit noch keine verbindliche Entscheidung über die Zulassung getroffen worden. Die Antragsgegnerin stelle nicht in Abrede, dass der erste Bürgermeister sich nach der Besprechung vom 25. Februar 2022 ausdrücklich mit den Worten verabschiedet habe: „Wir sehen uns dann auf dem Bürgerfest“. Das sei bemerkenswert, denn darin liege nach jedem nur denkbaren Verständnis die eindeutige Entscheidung über die Zulassung. Die Antragsgegnerin bestreite nicht, dass sich zum fraglichen Zeitpunkt kein anderer Bewerber um den Betrieb des Festzelts auf dem Bürgerfest beworben habe. Überhaupt mache sie keine Angaben dazu, ob und wann sich die Beigeladene überhaupt beworben habe. Es treffe nicht zu, dass die Zulassungsentscheidung in der Vergangenheit erst mit dem Vertrag „in einem Akt getroffen“ worden sei. Im Gegenteil sei der privatrechtliche Vertrag erst nach der eigentlichen Entscheidung abgeschlossen worden. Die eigentliche Verwaltungsentscheidung sei ihm vorausgegangen. Das zeige sich deutlich daran, dass laut Sitzungsprotokoll vom 25. April 2012 die Antragstellerin als Festwirt dem Gemeinderat vorgestellt worden sei, der entsprechende Vertrag aber erst am 21. Mai 2012 abgeschlossen worden sei. Es zeige sich exemplarisch an der Vergabe für 2012, dass der Vertrag immer der Vergabeentscheidung gefolgt sei, was auch der herrschenden Zwei-Stufen-Theorie über die Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen entspreche. Auch in den Folgejahren habe die Antragsgegnerin unwidersprochen die Antragstellerin bereits in der Besprechung im Februar bzw. März mit dem Betrieb des Festzelts betraut. Der Vertrag sei oft erst Monate später abgeschlossen worden. Es versteht sich von selbst, dass man eine Entscheidung über die Vergabe des Festzeltbetriebs für ein Fest Anfang Juli nicht erst Ende Mai treffen könne. Dennoch seien die Verträge in der Regel zu einem Zeitpunkt abgeschlossen worden, in dem es für einen Bewerber schon zu spät gewesen sei, alle notwendigen Vorkehrungen zu treffen. Falsch sei schließlich auch die Aussage, die Person des Herrn R. habe den Ausschlag für die Entscheidung zugunsten der Antragstellerin in den Jahren 2012 bis 2019 gegeben. Diese sei objektiv die einzige Bewerberin gewesen, weshalb die Entscheidung zwingend zugunsten der Antragstellerin habe ausgehen müssen. Die Aussage, eine Zulassung der Beigeladenen sei am 19. April 2022 beschlossen worden und der Festwirtvertrag am selben Tag abgeschlossen worden, lasse sich nicht überprüfen und werde mit Nichtwissen bestritten. Die vorgelegte Verwaltungsakte enthalte über eine Bewerbung oder gar die Zulassung der Beigeladenen nichts. Es entstehe der Eindruck, dass zu keinem Zeitpunkt überhaupt eine Bewerbung der Beigeladenen vorgelegen habe und dass ihr an einem regulären Verfahren vorbei der Betrieb des Festzelts „zugeschanzt“ habe werden sollen, wofür auch die im Verhältnis zum Angebot der Antragstellerin deutlich schlechteren Konditionen sprächen, die sich in einem regulären Auswahlverfahren nicht durchgesetzt hätten. Richtig sei, dass Herr R. im Termin am 25. Februar 2022 nicht über die Anklage gegen seine Person gesprochen habe. Dazu sei er nicht verpflichtet gewesen. Weder habe eine rechtskräftige Feststellung seiner Schuld vorgelegen, noch habe es sich bei dem Verfahren um ein Geheimnis gehandelt. Unter anderem die …-Zeitung habe hierüber bereits am 5. Februar 2021 ausführlich berichtet, sodass die Antragstellerin davon habe ausgehen können, dass es der Antragsgegnerin bekannt sei. Die Antragsgegnerin könne sich in einem regulären Zulassungsverfahren nach pflichtgemäßem Ermessen zwischen mehreren Bewerbern für einen anderen entscheiden, wenn diese Entscheidung eine sachliche Grundlage habe. Die Antragstellerin aber vom Bewerbungsverfahren auszuschließen, weil die Antragsgegnerin nicht gewusst habe, dass gegen den seinerzeitigen Geschäftsführer ein Strafverfahren gelaufen sei, sei rechtswidrig. Hier gelte die Unschuldsvermutung. Die Antragstellerin sei von einem

Verfahren gegen Herrn R. nicht betroffen. Sie habe selbst keinerlei Steuer- oder Abgabenschulden. Falsch sei im Übrigen die Behauptung der Antragsgegnerin, der Vergleich im finanzgerichtlichen Verfahren wirke sich nicht auf das strafrechtliche Verfahren aus. Es gehe nicht um einen Zahlungsvergleich, sondern um eine Verständigung darüber, in welchem Umfang die Steuerforderungen des Finanzamts begründet seien bzw. gewesen sein. Die entsprechenden Festsetzungen seien rechtsfehlerhaft gewesen und würden zurückgenommen werden. Es ergingen neue Bescheide. Die Antragstellerin sei entgegen der Angaben der Antragsgegnerin wirksam zum Bürgerfest für 2022 zugelassen worden. Sie habe auf der Grundlage der gültigen Verwaltungsentscheidung Anspruch auf den Abschluss eines Vertrags zu den besprochenen Konditionen. Eine förmliche Rücknahme dieser Zulassungsentscheidung sei erst am 3. Juni 2022 per E-Mail erfolgt. In dem Telefonat vom 4. April 2022 könne eine Rücknahme der Zulassungsentscheidung nicht gesehen werden. Diese wäre mangels Grundes offensichtlich rechtswidrig. Eine nicht rechtskräftige Verurteilung eines ehemaligen Geschäftsführers bilde keinen Rechtsgrund. Die vermeintliche Zulassung der Beigeladenen bilde keinen Grund dafür, den Antrag abzulehnen. Wenn die Antragsgegnerin in Kenntnis ihrer Zulassungsentscheidung zugunsten der Antragstellerin einem weiteren Festzeltbetreiber eine Zulassung gewähre, sei es Aufgabe der Antragsgegnerin, diesen fehlerhaften Bescheid zurückzunehmen. Die Antragstellerin könne auf den Bestand der sie begünstigenden rechtmäßigen Verwaltungsentscheidung vertrauen. Die Antragsgegnerin habe zu keinem Zeitpunkt im Rahmen der Durchführung des Festes in den vergangenen Jahren darauf hingewiesen, dass die Person des Geschäftsführers Herrn R. für die Entscheidung der Antragsgegnerin eine „conditio sine qua non“ sei, also eine Geschäftsgrundlage bilde, deren Wegfall sie dazu berechtige, ihre Zulassung zu widerrufen. Hilfsweise sei der Bescheid über die Zulassung der Beigeladenen aufzuheben und die Antragstellerin zuzulassen. Denn die Entscheidung über die Zulassung der Beigeladenen sei offensichtlich rechtsfehlerhaft. Es sei nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin überhaupt eine Auswahlentscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen zwischen zwei Bewerbern getroffen habe. Die Antragstellerin sei bei der Entscheidung für die Beigeladene „unter den Tisch gefallen“. Ihr Vertragsangebot zu deutlich besseren Konditionen und ihre Erfahrung der vergangenen Jahre seien bewusst unberücksichtigt gelassen worden. Der jetzige Geschäftsführer sei seit 2010 Mitgesellschafter und seit 2019 – also bald 3 Jahren – Geschäftsführer der Antragstellerin. Es bestehe also kein objektiver Grund, davon auszugehen, dass künftig die Qualität der Durchführung leiden werde. Alle objektiven Parameter – die jahrelange erfolgreiche Durchführung, die Preise, die höhere Sicherheit, die die Antragstellerin leiste und zudem das Platzgeld, das sie an die Gemeinde zahle – sprächen im Rahmen der Ermessensentscheidung eindeutig für die Antragstellerin. Eine Absage unter Berufung auf die persönlichen Verhältnisse – hier eine nicht rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung – von Herrn R. wäre unter dem Aspekt der Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin und ihres Gesellschafter-Geschäftsführers Herrn A. aus Art. 12 Abs. 1 GG höchst problematisch. Denn er würde mit der von ihm geführten Gesellschaft für gerichtliche Entscheidungen einstehen müssen, die weder die Gesellschaft noch eines ihrer Organe beträfen. Die Voraussetzungen für eine Vorwegnahme der Hauptsache lägen vor. Dies gelte schon deshalb, weil es an einem ordnungsgemäßen Zulassungsverfahren fehle und die Antragsgegnerin nicht zu einer ordnungsgemäßen Ausübung ihres Auswahlermessens vorgetragen habe. Eine Entscheidung, die offensichtlich außerhalb des dafür vorgesehenen Verfahrens getroffen worden sei, begründe keinen Vertrauenstatbestand des Begünstigten. Es handele sich erkennbar um eine „Hinterzimmerentscheidung“. Der Antragstellerin drohe ein erheblicher Schaden, den sie nicht im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs liquidieren könne. Der Fortfall der Präsenz auf dem Bürgerfest komme zu kurzfristig, um für Ersatz sorgen zu können. Die Antragsgegnerin habe durch die zu kurzfristige Verwaltungsentscheidung letztlich dafür gesorgt, dass die Antragstellerin sich nicht mehr woanders habe bewerben und eine alternative Veranstaltung habe beschicken können. Zudem begründe die Tatsache, dass die Antragstellerin nun ohne nähere Erklärung nicht mehr als Festwirt beim Bürgerfest präsent sei, einen erheblichen Reputationsschaden.

9
Mit Schriftsatz vom 9. Juni 2022 führte der Bevollmächtigte der Antragsgegnerin bezugnehmend auf den Schriftsatz der Bevollmächtigten der Antragstellerin vom 3. Juni 2022 insbesondere weiter aus, es sei falsch, dass die Antragsgegnerin zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen eine Auswahlentscheidung getroffen habe. Gespräche mit der Beigeladenen seien erst geführt worden, nachdem die strafrechtliche Verurteilung von Herrn R. bekannt geworden sei und damit für die Antragsgegnerin festgestanden habe, dass man ihn und seine Gesellschaft nicht als Festwirt für das Bürgerfest 2022 haben wolle. Demgemäß seien die Gespräche mit der Beigeladenen erst ab Anfang April 2022 geführt worden.

Grund für die mit der Beigeladenen vereinbarten abweichenden Konditionen sei eine Berücksichtigung der Auswirkungen des Ukraine-Krieges insbesondere auch auf die Bierpreise. Die mit der Beigeladenen vereinbarte Vertragslaufzeit entspreche der mit der Antragstellerin in der Vergangenheit zuletzt vereinbarten Laufzeit von einem Jahr mit Verlängerung um ein weiteres Jahr, wenn keine Seite kündige. Zur angeblich fehlenden finanziellen Ausstattung der Beigeladenen sei anzuführen, dass diese eine Kommanditgesellschaft mit Herrn S. als persönlich haftendem Gesellschafter sei. Dies bedeute, dass dieser mit seinem gesamten Vermögen uneingeschränkt persönlich für alle Verbindlichkeiten seiner Gesellschaft hafte. Die Beigeladene sei ein leistungsfähiges Unternehmen, das unter anderem mehrere Gaststätten in …, das …festzelt „...“, die Gastronomie im ... M. … und die Gastronomie im ... I. … betreibe. Ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit stehe außer Frage. Dagegen sei die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Antragstellerin äußerst zweifelhaft, was näher ausgeführt wurde. Zudem wurde korrigierend klargestellt, dass der ehemalige Geschäftsführer der Antragstellerin bereits zum 1. März 2021 aus der Geschäftsführung ausgeschieden sei.

10
Hierauf erwiderten die Bevollmächtigten der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 10. Juni 2022. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Schriftsatzes Bezug genommen.

11
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte und die vorgelegte Behördenakte verwiesen.

II.

12
Es dürfte davon auszugehen sein, dass der Verwaltungsrechtsweg für das gegenständliche Eilverfahren eröffnet ist.

13
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.).

14
Vorliegend macht die Antragstellerin das Bestehen einer Zulassung bzw. eines Anspruchs auf Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung auf der Grundlage von Art. 21 GO geltend, welcher daher als mögliche Anspruchsgrundlage im Rahmen eines hoheitlichen Verhältnisses der Über- und Unterordnung zu prüfen ist. 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).

15
Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung bleibt jedoch ohne Erfolg.

16
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.

17
Die Antragstellerin begehrt dabei im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes eine (vorläufige) Regelung des Gerichts, die bereits auf eine Vorwegnahme der Entscheidung in der Hauptsache hinausläuft. Bei einem solchen Begehren sind besonders strenge Anforderungen an das Vorliegen von Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund zu stellen. Das Gericht kann nämlich grundsätzlich nur vorläufige Regelungen treffen und dem Antragsteller nicht schon in vollem Umfang, wenn auch nur auf beschränkte Zeit und unter Vorbehalt einer Entscheidung in der Hauptsache, das gewähren, was er nur im Hauptsacheverfahren erreichen könnte. Eine Vorwegnahme der Hauptsache kommt daher nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht, wenn das Abwarten der Hauptsacheentscheidung für den Antragsteller schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile zur Folge hätte (vgl. BVerwG in st. Rspr., z.B. B.v. 26.11.2013 – 6 VR 3.13 – juris Rn. 5 m.w.N.). Würde ein Antragsteller mit einer einstweiligen Anordnung, wie hier, bereits das in einem Hauptsacheverfahren verfolgte Ziel erreichen, ist an die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens ein strenger Maßstab anzulegen (vgl. BVerwG, B.v. 26.11.2013 a.a.O. Rn. 7). 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 (vgl. BayVGH, B.v. 22.11.2018 – 4 CE 18.2417 – juris Rn. 7).

18
Hier ist bereits zweifelhaft, ob ein Abwarten bis zu einer Entscheidung in einem – derzeit noch nicht anhängigen Hauptsacheverfahren – für die Antragstellerin schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile zur Folge hätte. Doch auch bei Annahme solcher Folgen oder der Prämisse, dass der Verweis auf die nachträgliche Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im

Rahmen dieser Prüfung nicht zulässig wäre (vgl. VG Augsburg, B.v. 8.7.2013 – Au 7 E 13.907 – juris Rn. 22) bleibt der Antrag ohne Erfolg, da die Antragstellerin jedenfalls keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht hat, der den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO, mit dem faktisch die Entscheidung in der Hauptsache vorweggenommen würde, rechtfertigen könnte.

19
So hat die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht, dass sie bereits aufgrund einer erstmals für das Bürgerfest im Jahr 2012 erfolgten Zulassung einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrags über den Betrieb des Festzelts für das Bürgerfest in diesem Jahr hat.

20
Unabhängig von der Frage, ob es sich dabei überhaupt um eine Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung im Sinne von § 21 Abs. 1, Abs. 5 GO gehandelt hat, sind keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass es sich um eine dauerhafte bzw. unbefristete Zulassung für sämtliche in Zukunft stattfindende Bürgerfeste gehandelt hätte. So wird in dem ersten Vertrag vom 21. Mai 2012 ausdrücklich ausgeführt, dass der Vertragsnehmer für die Vertragsdauer Festwirt des … Bürgerfestes (nach Maßgabe der nachfolgenden Bedingungen) sei. Zur Vertragsdauer (vgl. unter Nr. 9.1) ist ausgeführt, dass der Vertrag für ein Jahr abgeschlossen werde. Nach Ablauf der Veranstaltung würden die Verhandlungen für einen Folgevertrag aufgenommen. Auch aus dem Umstand, dass laut Sitzungsprotokoll Herr R. bereits vor Abschluss des Vertrags in der Sitzung des Gemeinderats am 25. April 2012 als neuer Festwirt des … Bürgerfestes vorgestellt wurde, lässt sich nichts dafür ableiten, dass für die Antragstellerin seinerzeit eine unbefristete Zulassung ausgesprochen worden wäre.

21
Weiterhin hat die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht, dass sie auf der Grundlage von Art. 21 Abs. 1, 5 GO bereits zum Bürgerfest 2022 zugelassen wurde, woraus – wenn dies der Fall wäre – ein Anspruch auf Abschluss eines entsprechenden Vertrags zur Ausgestaltung der Modalitäten des Benutzungsverhältnisses folgen könnte. Gleiches gilt hinsichtlich der hilfsweise begehrten Zulassung.

22
Die Antragstellerin kann eine Zulassung bzw. einen Zulassungsanspruch nicht auf die Regelung in Art. 21 Abs. 1, Abs. 5 GO stützen, da sie als Betreiberin des Festzelts von der Widmung des Bürgerfestes als öffentliche Einrichtung im Sinne der Gemeindeordnung nicht umfasst ist. Ein Benutzungsanspruch oder ein Benutzungsverhältnis lässt sich hieraus daher nicht ableiten. Zwar dürfte davon auszugehen sein, dass es sich bei dem Bürgerfest um eine öffentliche Einrichtung der Antragsgegnerin im Sinne von Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GO handelt, jedoch lässt sich nicht erkennen, dass sich die (wohl konkludent erfolgte) Widmung auch auf die Eröffnung eines allgemeinen Zugangs von Festwirten als Beschicker erstreckt.

23
Gemäß Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GO sind alle Gemeindeangehörigen nach den bestehenden allgemeinen Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen. Über die Gemeindeangehörigen hinaus steht die Benutzung der öffentlich, dem Gemeingebrauch dienenden Einrichtungen nach Maßgabe der bestehenden Vorschriften jedermann zu (vgl. § 21 Abs. 5 Satz 1). 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).

24
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).

25
Die Voraussetzungen für die Annahme einer öffentlichen Einrichtung dürften hier gegeben sein. Die Gemeinden erfüllen bei der Ausrichtung traditioneller oder traditionsbildender Volksfeste 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 Bürgerfest seit den 1970er Jahren von der Antragsgegnerin ausgerichtet wird, ist jedenfalls auf eine traditionsbildende Absicht zu schließen. Zwar liegt ein förmlicher Widmungsakt offensichtlich nicht vor, jedoch ist von einer konkludenten Widmung auszugehen, da die Antragsgegnerin das Bürgerfest durchgängig der gemeindeangehörigen wie auch ortsfremden Öffentlichkeit als Besucher zur Verfügung stellt bzw. dieser den Zugang dazu eröffnet (zulassungsfreier Allgemeingebrauch).

26
Eine solche tatsächliche jahrelange Vergabepraxis der Antragsgegnerin, 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 feststellen. Hierzu ist lediglich bekannt, dass mit der Antragstellerin seit 2012 bis zum zuletzt im Jahr 2019 stattfindenden Bürgerfest jeweils eine vertragliche Vereinbarung über den Betrieb eines Bierzeltes und eines Biergartens bestand. Insoweit ist schon nicht konkret ersichtlich, ob und inwieweit überhaupt eine – wie auch immer geartete – Ausschreibung des Bierzeltbetriebs und damit eine Zugangseröffnung für (mehrere) Festwirte bzw. Bewerber erfolgt ist. Begründete Anhaltspunkte für eine solche bestehen jedenfalls derzeit nach Aktenlage nicht.

27
Weiterhin ist auch davon auszugehen, dass keine zwingende Verpflichtung der Antragsgegnerin bestehen dürfte, eine solche Widmung auszusprechen. Es kann nicht als grundsätzlich unzulässig angesehen werden, wenn die Bewirtung der Festbesucher einer eigenen rechtlichen Gestaltung folgt. So ließe sich eine solche 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, anstelle diese selbst, etwa durch eigenes städtisches Personal, zu erbringen. (vgl. hierzu im Einzelnen VG München, B.v. 28.6.2021 – M 7 E 21.159 – juris Rn. 32).

28
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). 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.; VG München, B.v. 28.6.2021 – M 7 E 21.159 – juris Rn. 34 f.).

29
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 wäre daher bei einer Entscheidung einer Gemeinde für die Durchführung eines (beschränkten) Ausschreibungsverfahrens – bei anzunehmender fehlender grenzüberschreitender Bedeutung und Unterschreiten der EU-Schwellenwerte – wohl noch nicht gegeben. 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).

30
Somit dürfte es auch als grundsätzlich zulässig anzusehen sein, wenn eine Vergabe bzw. „Zulassung“ nicht in Form eines (auch konkludenten) Verwaltungsakts erfolgt, sondern ausschließlich im Rahmen des Haushaltsrechts und im Wege zivilrechtlicher oder auch – wie hier wohl anzunehmen – sonstiger öffentlich-rechtlicher Handlungsformen (öffentlich-rechtlicher Vertrag ggf. mit privatrechtlichen Teilregelungen, da das von der Antragsgegnerin vorgegebene Leistungskonzept und damit der öffentliche Versorgungszweck im Vordergrund des Vertrags stehen dürfte (vgl. hierzu Rennert, NZBau 2019, 411/412, 414). Dem dürfte im Übrigen auch nicht entgegenstehen, dass die Antragsgegnerin nun nachträglich – offenbar unter dem Druck des gerichtlichen Verfahrens – am 3. Juni 2022 noch einen (förmlichen) Bescheid über die Wiederholung bzw. Bestätigung der Ablehnung des „Antrags auf Zulassung“ als Festwirt erlassen hat. Denn hierin kann auch die deklaratorische Erklärung und Begründung für die Entscheidung gesehen werden, den Festzeltbetrieb nicht an die Antragstellerin zu vergeben bzw. von einer entsprechenden Vertragsunterzeichnung mit ihr Abstand zu nehmen. So führt die Antragsgegnerin auch dort aus, dass die Zulassung – wie in den vergangenen Jahren auch – durch beidseitige Unterzeichnung eines Vertrags habe erfolgen sollen, in dem die Einzelheiten der Zulassung und des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses geregelt würden. Dazu sei es aus den nachstehenden Gründen nicht mehr gekommen.

31

Eine Vergabe des Festzeltbetriebs für das diesjährige Bürgerfest an die Antragstellerin ist nicht erfolgt, da der entsprechende Vertrag infolge der Ablehnung durch die Antragsgegnerin unstreitig nicht zustande gekommen ist. Gemäß Art. 57 BayVwVfG bedarf ein öffentlich-rechtlicher Vertrag auch der Schriftform. Ein Verstoß gegen die Formvorschrift führt grundsätzlich zur Nichtigkeit des Vertrags gemäß Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG i.V.m. § 125 Satz 1 BGB. Ein Anspruch der Antragstellerin auf Durchführung des Festzeltbetriebs aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag besteht daher nicht. In diesem Zusammenhang ist auch nicht ersichtlich, dass bereits eine – wie auch immer dann rechtlich zu bewertende – dem Vertragsschluss vorgelagerte (konkludente) Zulassungsentscheidung ergangen wäre. Da nicht ersichtlich ist, dass überhaupt eine Auswahlentscheidung erfolgt ist, wäre die Notwendigkeit für eine solche Entscheidung schon gar nicht erkennbar. Daher kann auch aus dem Umstand, dass der „künftige Festwirt“ dem Gemeinderat noch vor Vertragsschluss als solcher vorgestellt wird, solches nicht abgeleitet werden, wenn es sich bei diesem um den einzigen Bewerber handelt.

32
Im Übrigen kann die Antragstellerin einen Anspruch auf Abschluss bzw. Durchführung des mit der Antragsgegnerin am 25. Februar 2022 verhandelten Vertrags auch nicht im Wege des Schadensersatzes aus (öffentlich-rechtlicher) culpa in contrahendo – c.i.c. – gemäß §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB herleiten. Ein Anspruch auf Vertragsabschluss bzw. -durchführung lässt sich aus c.i.c grundsätzlich nicht ableiten.

33
Für etwaige Schadensersatzansprüche wegen des Abbruchs von Vertragsverhandlungen gilt dabei, dass im Rahmen der Privatautonomie jede Partei bis zum Vertragsabschluss das Recht behält, von dem in Aussicht genommenen Vertrag Abstand zu nehmen. Aufwendungen, die in Erwartung des Vertragsabschlusses gemacht werden, erfolgen daher grundsätzlich auf eigene Gefahr. Nur wenn der Vertragsschluss nach den Verhandlungen zwischen den Parteien als sicher anzunehmen ist und in dem hierdurch begründeten Vertrauen Aufwendungen zur Durchführung des Vertrages vor dessen Abschluss gemacht werden, können diese vom Verhandlungspartner unter dem Gesichtspunkt der Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten zu erstatten sein, wenn er den Vertragsabschluss später ohne triftigen Grund ablehnt (vgl. BGH, U.v. 13.10.2017 – V ZR 11/17 – juris Rn. 5 unter Verweis auf BGH, U.v. 6.2.1969 – II ZR 86/67 – juris).

34
Dabei kann vorliegend dahinstehen, ob die Voraussetzungen eines solchen – möglicherweise vor den Zivilgerichten einzuklagenden – Anspruchs dem Grunde nach erfüllt wären. Zwar kommt eine Haftung für c.i.c. grundsätzlich bei Verhandlungen über den Abschluss beliebiger Verträge einschließlich insbesondere öffentlich-rechtlicher Verträge in Betracht (vgl. Emmerich in MüKoBGB, 9. Aufl. 2022, BGB § 311 Rn. 53). Die im Bereich des bürgerlichen Rechts entwickelten Grundsätze über eine Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsabschluss sind also grundsätzlich auch auf Verhandlungen anwendbar, die zum Abschluss einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen Bürger und Staat führen sollen (vgl. OVG Schleswig-Holstein, U.v. 25.3.1997 – 2 L 210/96 – juris Rn. 35 unter Verweis auf BGH, U.v. 8.6.1978 – III ZR 48/76 – juris). Der Ersatzanspruch aus c.i.c. wegen des Abbruchs von Vertragsverhandlungen umfasst jedoch im Regelfall allein das negative Interesse, nicht dagegen das positive Interesse, weil letzteres auf einen Kontrahierungszwang aus c.i.c. hinausliefe. Das gilt auch bei Ansprüchen gegen die öffentliche Hand, weil die Haftung aus c.i.c. nicht zu einer Bindung der Verwaltungsträger, d.h. der juristischen Personen des öffentlichen Rechts entgegen den für sie geltenden Form- oder Vertretungsregeln führen darf (vgl. Emmerich in MüKoBGB, 9. Aufl. 2022, BGB § 311 Rn. 198; vgl. zum ausnahmsweisen Ersatz des Erfüllungsinteresses bei Vertragsschluss mit dem Schädiger unter gleichzeitiger Vereitelung des Vertragsschlusses zu günstigeren Konditionen Grüneberg in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl. 2018, BGB § 311 Rn. 56, wobei auch in diesem Fall kein Anspruch auf Naturalrestitution, d.h. auf Vertragsschluss besteht).

35
Der Antragstellerin dürfte hier daher allenfalls ein Anspruch auf Durchführung eines rechtsfehlerfreien Vergabeverfahrens zukommen, aus welchem sie aber für die hier gestellten Anträge, die hierauf nicht gerichtet sind, nichts ableiten kann. Im Übrigen könnte ein solches Verfahren im Hinblick auf die Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit auch nicht mehr vor Beginn des diesjährigen Bürgerfestes durchgeführt werden.

36
Auch unterhalb der Schwellenwerte und unterhalb einer Binnenmarktrelevanz 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). 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). 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; vgl. zur Ausschreibung weitergehend auch VG München, B.v. 28. Juni 2021 – M 7 E 21.159 – juris Rn. 44 ff.)

37
Damit dürfte hier ein Verfahrensfehler vorliegen, da – jedenfalls nach Aktenlage – nicht ersichtlich ist, dass überhaupt ein ordnungsgemäßes Ausschreibungsverfahren durchgeführt wurde. Jedoch führt dieser nicht zur Annahme eines Anordnungsanspruchs der Antragstellerin im Eilverfahren. Liegen Verfahrensverstöße vor, die alle Konkurrenten gleichermaßen betreffen, kann ein Bewerber nur eine Wiederholung bzw. Fortsetzung – bzw. hier die erstmalige Durchführung – 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 einen Nachvollzug der behördlichen Entscheidung unter dem Blickwinkel ihrer Rechtmäßigkeit und der pflichtgemäßen Ausfüllung eines bestehenden Ermessensspielraums vereiteln würde, würde dem Betroffenen grundsätzlich nur ein subjektives Recht darauf verleihen, 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).

38
Es bestehen auch keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Antragstellerin im Rahmen eines künftigen Ausschreibungsverfahrens gegenüber der Beigeladenen und ggf. sonstigen Bewerbern der Zuschlag zu erteilen wäre. Denn insoweit ist schon nicht absehbar, nach welchen Zulassungskriterien die Vergabe in einem solchen Verfahren erfolgen würde und in welchem Umfang die Bewerber diese dann erfüllen würden.

39
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 rein willkürlich erfolgt wäre. Die Antragsgegnerin hat hierfür nicht unplausible sachliche Gründe angeführt. Von dem für die Beigeladene möglicherweise positiven Umstand, dass ein Vergabeverfahren mit mehreren Bewerbern nicht durchgeführt wurde, hätte die Antragstellerin in der Vergangenheit selbst profitiert. Dieser Umstand kann daher hier schon nicht zugunsten der Antragstellerin ins Gewicht fallen.

40
Schließlich ergibt auch eine Abwägung der Interessen der Beteiligten kein überwiegendes Interesse der Antragstellerin am Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung. In Bezug auf die Beigeladene ist

festzustellen, dass diese den Vertrag mit der Antragsgegnerin bereits geschlossen hat. Damit wurde aus ihrer Sicht ein Vertrauenstatbestand geschaffen, auf dessen Grundlage sie Dispositionen treffen durfte und musste. Dies gilt jedoch nicht in gleicher Weise für die Antragstellerin, da mit ihr gerade kein Vertrag geschlossen wurde.

41
Die Antragstellerin ist daher auf die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens zu verweisen. Dieses Ergebnis entspricht im Übrigen auch der sich ergebenden Situation bei Anwendung vergaberechtlicher Maßstäbe. Bei fehlender Vorabinformation sind die erfolglosen Bewerber um eine Auftragsvergabe unterhalb des Schwellenwertes generell 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).

42
Der Antrag war daher in den Hauptanträgen sowie sämtlichen Hilfsanträgen 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.

43
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).