VG München, Beschluss v. 28.03.2023 – M 7 E 23.117

Titel:

Zulassung zu einem Volksfest

Normenketten:

GG Art. 3 Abs. 1
BayGO Art. 21
VwGO § 40 Abs. 1 S. 1

Leitsätze:

1. Durch den Erlass der (positiven) Zulassungsbescheide an die berücksichtigten Bewerber um einen Platz auf einem Volksfest wird – unter der regelmäßigen Voraussetzung der vollständigen Vergabe der vorhandenen Plätze – die Kapazität erschöpft. (Rn. 17) (redaktioneller Leitsatz)
2. Bei einer Erschöpfung der Kapazität der öffentlichen Einrichtung hat der Bewerber ein subjektiv-öffentliches Recht auf fehlerfreie Ausübung des Auswahlermessens, dh darauf, dass die Gemeinde die Auswahlentscheidung nach sachlichen Kriterien und unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes zu treffen hat. (Rn. 27) (redaktioneller Leitsatz)
3. Zwar darf der Betreiber einer öffentlichen Einrichtung aufgrund seines weiten Spielraums bei Bestimmung und Ausübung seines Gestaltungswillens die Kriterien für die Zulassung grundsätzlich auch während eines Bewerbungsverfahrens ändern, Voraussetzung ist allerdings, dass hierbei die rechtsstaatlichen Grundsätze, namentlich die Willkürfreiheit, eine transparente und einheitliche, an Art. 3 Abs. 1 GG orientierten Verfahrensgestaltung und der Vertrauensschutz beachtet werden. Auch der konkrete Auswahlvorgang muss den Erfordernissen der Transparenz und Nachvollziehbarkeit genügen; eine Vollzugspraxis, in deren Rahmen zu beachtende Auswahlkriterien intern ergänzt oder modifiziert werden, ist mit dem Transparenzgebot unvereinbar. (Rn. 31) (redaktioneller Leitsatz)
4. Ein strikter Zulassungsanspruch steht einem Bewerber aufgrund der damit verbundenen Vorwegnahme der Hauptsache nur zu, wenn sich das Auswahlermessen der zuständigen Behörde dahingehend verdichtet hat, dass jede andere Entscheidung als die, gerade diesem Bewerber die Teilnahme zu ermöglichen, als rechts- und ermessensfehlerhaft angesehen werden muss, mithin bei der im Eilverfahren nur möglichen summarischen Prüfung eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt. (Rn. 42) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Zulassung zum Volksfest, Unzulässige Aufhebung eines Vergabeverfahrens, Überwiegend erfolgreicher Eilantrag, Volksfest, öffentliche Einrichtung, Marktzulassung, Vergabeverfahren, Aufhebung, Kapazität, Gleichbehandlungsgrundsatz, Transparenzgebot, Auswahlermessen, Ermessensreduzierung

Rechtsmittelinstanz:

VGH München, Beschluss vom 26.04.2023 – 4 CE 23.752

Tenor

I. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, die Antragstellerin vorläufig für die Durchführung des … Volksfests sowie als Festwirtin für das Jahr 2023 zuzulassen.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

II. Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Die Beigeladene trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

III. Der Streitwert wird auf 5.000,- Euro festgesetzt.

Gründe

1
Die Antragstellerin begehrt im Wege der einstweiligen Anordnung die Zulassung als Festwirtin zum … Volksfest.

2
Am 14. Juli 2022 beschloss der Hauptverwaltungsausschuss des Antragsgegners, dass die Durchführung des … Volksfests für den Zeitraum 2023 bis 2027 ausgeschrieben und die dem Beschluss beigefügte „Ausschreibung zur Durchführung des … Volksfestes“ vom 16. August 2022 Bestandteil und Kriterium für den Zuschlag sein solle. Nach Abschnitt IV der Ausschreibung sollte die Vergabe ausschließlich entsprechend der in Abschnitt V festgelegten Bewertungskriterien erfolgen.

3
Die Antragstellerin – die bisherige Festwirtin – und die Beigeladene waren die einzigen Bewerber. Am 8. Dezember 2022 beschloss der Hauptverwaltungsausschuss des Antragsgegners, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen. Der Antragsgegner erteilte der Beigeladenen mit Bescheid vom 9. Dezember 2022 die Zusage. Die Antragstellerin erhielt mit Bescheid vom gleichen Tage eine Absage.

4
Ausweislich des Vergabevermerks vom 9. Dezember 2022 hatten sich beide Bewerberinnen bei den Bewertungskriterien nur in Punkt 1.3 betreffend die frische Zubereitung der in der Nr. 1.2 des Bewerbungsbogens aufgeführten Speisen im Verabreichungsort unterschieden. Hier seien der Beigeladenen 15 Punkte abgezogen worden, weil der Krautsalat nicht frisch zubereitet würde. In dem Vermerk wird weiter ausgeführt, dass die Bewertungsmatrix als Hilfestellung für den Hauptverwaltungsausschuss dienen und die letztendliche Entscheidung in dessen Ermessen stehen solle. Aufgrund der nur zwei eingegangenen Bewerbungen hätten die Bewertungskriterien keine richtige Rolle mehr gespielt. Die Auswahl der Bewerber sei zu gering gewesen, um diese nur anhand der Bewertungsmatrix zu bewerten. Die Zusage solle nicht anhand des vor Ort frisch zubereiteten Krautsalats entschieden werden. Das Verhalten der Antragstellerin gegenüber dem Antragsgegner sei seit Beginn der Corona-Pandemie und dem Volksfest 2020 durch kein gutes Zusammenarbeiten mehr geprägt. Die Antragstellerin habe sich in keinem Jahr an die Plakatierungsvorgaben gehalten und in P. … drei Wochen vor dem Volksfest abgesagt. Aufgrund des geringen Punkteunterschieds in einem Nebenbewertungskriterium und sonstiger Punktegleichheit habe sich der Hauptverwaltungsausschuss für die Beigeladene entschieden.

5
Am … Januar 2023 erhoben die Bevollmächtigten der Antragstellerin Klage sowohl gegen den Ablehnungsbescheid als auch gegen den der Beigeladenen erteilten Zulassungsbescheid vom 9. Dezember 2022 (M 7 K 23.116) sowie auf Verpflichtung des Antragsgegners auf Zulassung der Antragstellerin für die Jahre 2023 bis 2027, und stellten zugleich einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgetragen, die Antragstellerin habe einen Anspruch auf Zulassung als Veranstalterin bzw. auf die Durchführung der Veranstaltung für den Zeitraum 2023 bis 2027. Bei dem … Volksfest handele es sich um eine öffentliche Einrichtung i.S.d. Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GO, zu der auch auswärtige Festzeltwirte Zugang erhalten sollten. Durch den Erlass von Vergabekriterien begründe eine Gemeinde eine bestimmte Verwaltungspraxis, die unter Berücksichtigung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG bzw. Art. 118 Abs. 1 Satz 1 BV zu einer Selbstbindung der Verwaltung führe. Aus dem Gleichbehandlungsgebot folge auch die Verpflichtung, die Vergabekriterien und deren Gewichtung im Vorhinein anzugeben. Die Gemeinde dürfe die zur Verfügung stehenden Plätze nur nach Maßgabe der aufgestellten Vergaberichtlinien vergeben. Der Antragsgegner habe am 14. Juli 2022 beschlossen, dass die Richtlinie „Ausschreibung zur Durchführung des … Volksfestes“ Bestandteil und Kriterium für den Zuschlag sein solle. In Abschnitt IV der Vergaberichtlinie sei festgelegt, dass die Vergabe ausschließlich anhand der Bewertungskriterien in Abschnitt V erfolge und der Bewerber mit der höchsten Gesamtpunktzahl den Zuschlag erhalte. Damit habe der Antragsgegner sein Auswahlermessen konkretisiert und eingeschränkt. Eine nachträgliche Abweichung sei infolge der eingegangenen Selbstbindung sowie der erforderlichen Transparenz und objektiven Nachvollziehbarkeit nicht mehr möglich. Der Antragsgegner sei willkürlich von seinen aufgestellten Vergabekriterien abgewichen. Da die Antragstellerin 15 Punkte mehr als die Beigeladene erhalten habe, hätte ihr der Zuschlag erteilt werden müssen. Der Antragsgegner sei trotz der geringen Anzahl an Bewerbern an die Vergabekriterien gebunden gewesen. Zwischen den beiden Bewerbern habe ohne Weiteres eine Auswahl anhand der Bewertungskriterien getroffen werden können. Das Argument, der Zuschlag habe nicht anhand des vor Ort frisch zubereiteten Krautsalats getroffen werden sollen, sei verfehlt, da der Antragsgegner dieses Kriterium in den Bewertungsbögen zur Bepunktung vorgesehen und ihm daher ein gewisses Gewicht beigemessen habe. Er habe damit rechnen müssen, dass

ein einzelnes Kriterium ausschlaggebend sein könne. Die Angaben der Beigeladenen seien zu hoch bewertet worden, was im Folgenden vertieft wurde. Das Auswahlermessen sei auf Null reduziert. Jedenfalls sei die Auswahlentscheidung ermessensfehlerhaft, da die der Entscheidung zugrunde gelegten Erwägungen verfehlt seien und teils auf falschen Annahmen beruhten. Die Corona-Pandemie und der von Personalengpässen geprägte Zeitraum nach den ersten Lockerungen könne nicht als repräsentativ für die Zuverlässigkeit der Antragstellerin herangezogen werden. Zuvor sei die Zusammenarbeit stets gut verlaufen. Der Antragsgegner habe keine Kritik an der Veranstaltung der Antragstellerin selbst vorgetragen. Das Volksfest in P. … sei personalmangelbedingt im Einvernehmen mit der Stadt abgesagt worden. Die Ermessenserwägung „Wechsel des Veranstalters bzw. Festwirts“ stelle kein sachliches und objektives Auswahlkriterium dar, sondern sei diskriminierend und unzulässig, weil es die Antragstellerin von vornherein ausschließe. Die Auswahlentscheidung genüge nicht den Anforderungen des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots. Bei Nichterlass der Sicherungsanordnung drohten vollendete, irreversible Tatsachen. Die Eilbedürftigkeit ergebe sich aus der Ankündigung des Antragsgegners, mit der Beigeladenen Anfang 2023 sämtliche Modalitäten bezüglich der Veranstaltung zu regeln. Durch die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis bestehe die Gefahr, dass das Recht der Antragstellerin auf Zulassung zumindest für das Jahr 2023 vereitelt werde. Zudem sei zu befürchten, dass der Antragsgegner mit der Beigeladenen einen Vertrag abschließe, der mit öffentlich-rechtlichen Mitteln nicht mehr rückgängig gemacht werden könne. Hinsichtlich der begehrten Regelungsanordnung ergebe sich die besondere Eilbedürftigkeit aufgrund des kurzen Zeitraums bis zum Beginn des Volksfests. Ein Erfolg der Hauptsache sei überwiegend wahrscheinlich. Auch die hilfsweise beantragte Neuverbescheidung werde mit hoher Wahrscheinlichkeit zugunsten der Antragstellerin ausfallen.

6
Am 12. Januar 2023 beschloss der Hauptverwaltungsausschuss des Antragsgegners die Aufhebung der Ausschreibung des Volksfests vom 16. August 2022. Das gescheiterte und rechtswidrig durchgeführte Vergabeverfahren werde beendet und die auf Grundlage der Vergaberichtlinien ergangenen Entscheidungen zurückgenommen. Die Neuvergabe des … Volksfests gehe für die Jahre 2023 und 2024 mit Option auf Verlängerung an die Beigeladene.

7
Mit Bescheid vom 16. Januar 2023 ließ der Antragsgegner die Beigeladene als Betreiberin des … Volksfests für die Jahre 2023 und 2024 zu und nahm den Bescheid vom 9. Dezember 2022 zurück, soweit darin eine Zulassung für die Jahre 2025 bis 2027 erfolgt sei. Mit weiterem Schreiben vom gleichen Tage wurde die Antragstellerin über die Gründe der Aufhebung des Ausschreibungsverfahren und der nunmehr erfolgten Vergabe an die Beigeladene in Kenntnis gesetzt.

8
Mit Schriftsatz vom ... Februar 2023 führten die Bevollmächtigten der Antragstellerin weiter aus, eine Aufhebung der Ausschreibung bzw. ein Abbruch des formalisierten Vergabeverfahrens sei zum behaupteten Zeitpunkt am 12. Januar 2023 nicht mehr möglich gewesen und folglich unwirksam. Eine „konkludente“ Aufhebung durch Beschluss vom 8. Dezember 2022 scheide aus Gründen mangelnder Transparenz aus. Entsprechende Anhaltspunkte ließen sich weder der Vergabeentscheidung noch dem Vergabevermerk entnehmen. Es sei offensichtlich eine Entscheidung auf Grundlage der Vergabekriterien erfolgt, deren – unerwünschtes – Ergebnis nachträglich mit sachfremden Erwägungen „korrigiert“ worden sei. Mit dem Beschluss vom 12. Januar 2023 habe das Vergabeverfahren ebenfalls nicht mehr abgebrochen werden können. Der Vergabevorgang sei durch die erteilten Zu- und Absagen abgeschlossen. Analog zu den Regelungen und der einschlägigen Rechtsprechung des formellen Vergabeverfahrens (vgl. § 17 Abs. 1 VOB/A) sei eine nachträgliche Aufhebung eines einmal eingeleiteten Verfahrens nur noch unter engen Voraussetzungen möglich. Entsprechende Gründe seien nicht gegeben. Die Vergabekriterien seien nicht „untauglich“ gewesen, sondern hätten ein klares und objektiv nachvollziehbares Ergebnis geliefert. Die Intention, „frischen Wind“ in das … Volksfest zu bringen, bzw. den Zuschlag nicht von einem „Nebenkriterium“ abhängig zu machen, gehe weder aus der Ausschreibung hervor noch sei sie sonst zu Tage getreten. Die Vergaberichtlinien litten nicht an formellen oder materiellen Mängeln. Es sei widersprüchlich, dass einerseits das Vergabeverfahren abgebrochen worden sein solle, andererseits aber eine „freie“ Ermessensentscheidung zwischen den Bewerbern genau dieses abgebrochenen Verfahrens vorgenommen worden sei. Auch die „neuerliche“ Auswahlentscheidung sei ermessensfehlerhaft. Die Antragstellerin würde durch das Kriterium „frischer Wind“ als bisherige Veranstalterin von einem erneuten

Zugang ausgeschlossen. Die Ermessenerwägung „Wechsel des Veranstalters bzw. Festwirts“ könne kein sachliches und objektives Auswahlkriterium sein. Mit Schriftsatz vom ... März 2023 vertieften die Bevollmächtigten der Antragstellerin ihr bisheriges Vorbringen und führten weiter aus, ein Antrag nach §§ 80, 80a VwGO sei aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Klage nicht statthaft. Allein durch die Begünstigung eines Konkurrenten und die damit verbundene Erschöpfung des Kontingents könne sich das Verpflichtungsbegehren des Bewerbers nicht erledigen. Durch die befürchtete Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis bzw. den Abschluss eines Vertrags habe sich die beantragte Sicherungsanordnung nicht erledigt. Der Antragstellerin drohten schwerwiegende und nicht mehr auszugleichende finanzielle Schäden, zudem erlitte sie als überregional bekannte Festwirtin mit exzellentem Ruf einen erheblichen, nicht wieder zu rehabilitierenden Reputationsschaden. Aufgrund der angefochtenen Zulassungsentscheidung habe die Beigeladene nicht auf die ihr erteilte Zusage vertrauen dürfen. Die Bewerbung der Beigeladenen sei ausweislich des Eingangsstempels erst am 7. November 2022 nach Ablauf der Bewerbungsfrist eingegangen. Die Beigeladene sei mit Ausnahme der Durchführung des P. … Volksfests 2022 bislang nicht in der Region des Antragsgegners tätig gewesen.

9
Die Antragstellerin beantragt zuletzt,

1. Dem Antragsgegner wird im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufgegeben, es zu unterlassen, mit der Beigeladenden bis zur Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache einen Vertrag zur Veranstaltung des … Volksfests von 2023 bis 2027 abzuschließen, eine Sondernutzungserlaubnis zu erteilen oder die Durchführung in einer anderen Art und Weise zu gestatten.

2. Im Wege der einstweiligen Anordnung wird der Antragsgegner ver-pflichtet, die Antragstellerin als Veranstalterin bzw. Festwirtin des … Volksfests für das Jahr 2023 zuzulassen, bzw. die Durchführung des … Volksfests nur an die Antragstellerin zu vergeben.

Hilfsweise:

Der Antragsgegner wird verpflichtet, über den Zulassungsantrag bzw. die Bewerbung der Antragstellerin vom 24. Oktober 2022 zur Veranstaltung des … Volksfests unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Weiter hilfsweise:

Das Verfahren wird in den Zustand zurückversetzt, in dem es sich nach der Einreichung der schriftlichen Bewerbungsunterlagen (Frist 28. Oktober 2022, 12:00 Uhr) befunden hat.

10
Der Antragsgegner beantragt,

Der Antrag wird abgelehnt.

11
Zur Begründung wurde mit Schriftsatz vom 23. Januar 2023 im Wesentlichen ausgeführt, der Hauptverwaltungsausschuss des Antragsgegners habe in seiner Sitzung vom 12. Januar 2023 beschlossen, die Vergabe der Ausrichtung des Volksfests nicht anhand der Ausschreibung vom 16. August 2022 durchzuführen. Das Ausschreibungsverfahren sei bereits durch den Beschluss vom 8. Dezember 2022, mit dem die Beigeladene zugelassen worden sei, konkludent aufgehoben worden. Die Vergabe habe ursprünglich anhand einer formalisierten Ausschreibung erfolgen sollen, um mithilfe eines komplexen Vergabekonzepts eine Auswahl unter möglichst vielen neuen Bewerbern treffen zu können. Da wider Erwarten nur zwei Bewerbungen eingegangen seien, habe die ursprüngliche Intention des Antragsgegners als gescheitert angesehen werden müssen, zumal die Bewertungsmatrix eine letztlich gleiche Punktzahl unter den beiden Bewerbern ergeben hätte. Die Absicht, eine Auswahl auch unter neuen Betreiberkonzepten zu haben, habe sich unter strenger Anwendung der Vergabekriterien wegen der geringen Zahl der Bewerber (darunter die Antragstellerin als langjährige Betreiberin) und der letztlich gleichrangigen Bewerbungen nicht erfüllen können. Hintergrund der Ausschreibung sei gewesen, dass der Antragsgegner „frischen Wind“ in das … Volksfest habe bringen wollen. Es hätten neue Ideen und Bewirtungskonzepte gesichtet und das Fest neu ausgerichtet werden können, nachdem das Volksfest seit

Jahrzehnten in der Hand der Antragstellerin gelegen habe. Es sei Absicht des Gremiums gewesen, eingefahrene Strukturen aufzubrechen. Die Bewertung bei der Ausschreibung habe angesichts der nur zwei Bewerbungen weiterer Beurteilungsspielräume bedurft, um eine Auswertung und Entscheidung treffen zu können. Daher sei die Ausschreibung aufgehoben worden. Der Hauptverwaltungsausschuss habe in der Sitzung vom 12. Januar 2023 nochmals ausdrücklich festgestellt, dass das untauglichen Vergabeverfahren ausdrücklich aufgehoben werde und dass anstelle dessen eine erneute abschließende ermessensfehlerfreie Zulassungsentscheidung zwischen den beiden Bewerbern – vorerst nur für die Jahre 2023 und 2024 – zu treffen sei. Dem Antragsgegner stehe als Ausfluss seines verfassungsrechtlich verbürgten Selbstverwaltungsrechts bei Schaffung und Erhaltung seiner Einrichtungen, zu denen auch der Volksfestplatz als öffentliche Einrichtung nach Art. 21 GO zähle, eine weitreichende Gestaltungsbefugnis zu. Dabei habe für die Antragstellerin ihre langjährige Erfahrung und Bewährung gesprochen, für die Beigeladene die ursprüngliche Absicht, das Fest neu auszurichten und „frischen Wind“ in das Festgeschehen zu bringen. Der für die Antragstellerin sprechende Grundsatz „bekannt und bewährt“ sei vom Antragsgegner berücksichtigt worden, habe durch die Intention der Neuerung und durch nach Kenntnis des Antragsgegners kurzfristige Absage des P. … Volksfests durch die Antragstellerin aber eine Abschwächung erfahren. In P. … sei die Beigeladene eingesprungen und habe nach Aussagen der Stadt das Volksfest erfolgreich durchgeführt. Aufgrund dieser Kenntnis habe davon ausgegangen werden können, dass auch die Beigeladene in der Region bekannt und bewährt operiere. Die Zulassung an die Beigeladene sei abweichend von dem aufgehobenen Vergabeverfahren nur für die Jahre 2023 und 2024 erfolgt, um danach den Weg für eine erneute Entscheidung, bei der sich auch die Antragstellerin wieder bewerben könne, frei zu machen. Die Zusage an die Beigeladene für die Jahre 2025 bis 2027 sei insoweit zurückgenommen worden. Mit Schriftsatz vom 9. Februar 2023 ergänzten die Bevollmächtigten des Antragsgegners ihr bisheriges Vorbringen. Die Anträge seien unzulässig, da durch die zwischenzeitlich erfolgte Zusage mit Bescheid vom 9. Dezember 2022 gegenüber der Beigeladenen eine Erledigung eingetreten sei. Die angestrebte Unterlassung der Vergabe an die Beigeladene bzw. die Auswahlentscheidung zugunsten der Antragstellerin seien gegenstandslos. Zudem liege eine Anfechtungssituation vor, für die der Vorrang der Verfahren nach §§ 80, 80a VwGO gelte. Ein gebundener Anspruch auf Zulassung sei mangels Ermessensreduzierung auf Null nicht gegeben. Irreparable Schäden der Antragstellerin seien weder ersichtlich noch vorgetragen. Die ursprünglichen Vergaberichtlinien gewährten der Antragstellerin als interne Verwaltungsvorschriften keine einklagbaren Rechte. Es bestehe auch kein Anspruch, dass diese internen Verwaltungsvorschriften nicht wieder aufgehoben oder ergänzt werden. Der Antragsgegner habe die Verwaltungsvorschriften in Ausübung seines weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraums revidiert, da sie nicht mehr erforderlich gewesen seien. Die Ergänzung des Ergebnisses der formalisierten Vergabe durch weitere Ermessensgesichtspunkte sei durch die weite Gestaltungsbefugnis des Antragsgegners bei der Zulassung zu seinen öffentlichen Einrichtungen gedeckt. Die Vergabe an die Beigeladene für die Jahre 2023 und 2024 sei ermessensfehlerfrei erfolgt. Die Entscheidung sei von sachlichen Gründen getragen und damit nicht willkürlich und auch nicht in Ansehung der Person getroffen worden, wozu weiter ausgeführt wurde. Der Antragsgegner habe seine Zulassungsentscheidung im Ergebnis auch nicht verändert, da es bei der Zulassung der Beigeladenen geblieben sei. Eine Ergänzung der Ermessenserwägungen, die der Antragstellerin auch kommuniziert worden seien, im Laufe des Verfahrens sei nach § 114 Satz 2 VwGO ausdrücklich gestattet. Eine Selbstbindung durch die Vergabevorschriften habe gerade nicht bestanden, da es sich bei diesen um interne Verwaltungsvorschriften handele. Der Vorwurf, es sei alleine der Wunsch nach einem Betreiberwechsel ausschlaggebend gewesen, treffe nicht zu. Anhand der Ergebnisse des durchgeführten und verwaltungsintern bewerteten Ausschreibungsverfahrens hätten sich die leistungsbezogenen Aspekte die Waage gehalten, sodass zusätzlich dem Kriterium der Neuausrichtung im Endergebnis eine zentrale Bedeutung zugekommen sei, ebenso wie der gleichfalls leistungsbezogenen Tatsache, dass sich die Antragstellerin im Fall des P. … Volksfests als eingeschränkt zuverlässige Betreiberin erwiesen habe. Mit Schriftsatz vom 9. März 2023 ergänzten die Bevollmächtigten des Antragsgegners, aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Klage sei der auf Untersagung der Vollziehung eines Verwaltungsakts gerichtete Antrag nach § 123 Abs. 5 VwGO unzulässig. Bezüglich des auf Zulassung der Antragstellerin bzw. Verpflichtung auf Neuentscheidung gerichteten Antrags sowie des weiteren Hilfsantrags auf Zurückversetzen des Auswahlverfahrens sei ein Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Der Antragsgegner habe das Vergabeverfahren vor Zusendung der Zusage bzw. Absage bereits beendet, sodass die Zusage an die Beigeladene gerade nicht mehr auf Basis der ermessenslenkenden Vorgaben des Auswahlverfahrens erfolgt sei. Etwaige finanzielle Nachteile seien nicht irreparabel und könnten

gegebenenfalls zum Gegenstand eines Amtshaftungsprozesses gemacht werden. Es sei nicht glaubhaft gemacht, dass eineermessensfehlerfreie Neuverbescheidung bzw. Zurückversetzung des Verfahrens mit deutlicher Wahrscheinlichkeit zugunsten der Antragstellerin ausfallen würde. Aus dem Vergabevermerk vom 9. Dezember 2022 ergebe sich, dass der Antragsgegner das Auswahlverfahren noch vor der Entscheidung über die Zulassung (konkludent) aufgehoben habe. Beide Bewerbungen seien zwar noch von der Verwaltung ausgewertet worden, aber bei der Vergabe durch das zuständige Gremium nicht mehr angewendet worden. Die zentralen Ermessenserwägungen ergäben sich aus dem Vergabevermerk und dem Schreiben an die Antragstellerin vom 16. Januar 2023. Ermessensfehler bestünden nicht. Die Bewerbung der Beigeladenen sei am 28. Oktober 2022 um 0:21 Uhr eingegangen. Die Beigeladene habe Festwirterfahrung. Festwirte, die sich im Hinblick auf die Benutzung der jeweiligen öffentlichen Einrichtung als unzuverlässig herausgestellt hätten, müssten nicht zu der betreffenden Einrichtung zugelassen werden. Dass das Erreichen der höchsten Bewertung quasi automatisch stets zur Zulassung führen müsse, könne nicht angenommen werden.

12
Mit Beschluss vom 24. Januar 2023 hat das Gericht die ... ... zum Verfahren beigeladen.

13
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte sowie die vorgelegte Behördenakte in diesem und im Klageverfahren (M 7 K 23.116) verwiesen.

II.

14
Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist für das gegenständliche Eilverfahren eröffnet. Die Antragstellerin macht das Bestehen eines Anspruchs auf Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung auf der Grundlage von Art. 21 GO geltend, welcher daher als mögliche Anspruchsgrundlage im Rahmen des 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 nach der Zwei-Stufen-Theorie stets im Verwaltungsstreitverfahren entschieden (vgl. Glaser in Widtmann/Grasser/Glaser, Bayerische Gemeindeordnung, Stand: Februar 2022, Art. 21 Rn. 27).

15
Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat überwiegend Erfolg.

16
Der unter Nr. 2 gestellte Hauptantrag, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, die Antragstellerin als Veranstalterin bzw. Festwirtin des … Volksfests für das Jahr 2023 zuzulassen, ist zulässig, insbesondere nach § 123 Abs. 1 VwGO statthaft.

17
Durch den Erlass der (positiven) Zulassungsbescheide an die berücksichtigten Bewerber wird (unter der regelmäßigen Voraussetzung der vollständigen Vergabe der vorhandenen Plätze) die Kapazität erschöpft. In diesem Zusammenhang ist umstritten, ob ein nicht berücksichtigter Bewerber um eine Marktzulassung, der den einem Mitbewerber zugesprochenen Standplatz erstreiten will – also seine Zulassung „innerhalb der festgelegten Kapazität“ unter Verdrängung eines bei der Vergabe berücksichtigten Konkurrenten („Konkurrentenverdrängungsklage“) erstrebt –, neben dem Verpflichtungsantrag grundsätzlich Anfechtungsklage erheben muss, um die dem begünstigten Konkurrenten erteilte Zulassung für eine erneute Auswahlentscheidung wieder verfügbar zu machen (vgl. NdsOVG, B.v. 17.11.2009 – 7 ME 116/09 – juris Rn. 3 m.w.N.; BayVGH, U.v. 22.7.1982 – 22 B 81 A 2506 – NJW 1984, 680, 681; vgl. zum Streitstand auch BayVGH, B.v. 11.2.2015 – 22 C 14.2735 – juris Rn. 8 m.w.N.). Dies kann vorliegend jedoch dahinstehen, da diese Voraussetzung erfüllt ist. Da die sofortige Vollziehbarkeit des gegenüber der Beigeladenen ergangenen Zulassungsbescheids vom 9. Dezember 2022 – soweit ersichtlich – nicht angeordnet worden ist, hat die von der Antragstellerin in der Hauptsache erhobene (Dritt-)Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung, sodass insofern ein (zusätzlicher) Antrag nach §§ 80 Abs. 5, 80a VwGO nicht erforderlich gewesen sein dürfte.

18
Hingegen ist der unter Nr. 1 gestellte Hauptantrag, dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, mit der Beigeladenen einen Vertrag zur Veranstaltung des … Volksfests von

2023 bis 2027 abzuschließen, ihr eine Sondernutzungserlaubnis zu erteilen oder die Durchführung in einer anderen Art und Weise zu gestatten, unzulässig, da der Antragstellerin das hierfür erforderliche Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Bei dem von der Antragstellerin in der Hauptsache bereits angefochtenen Bescheid vom 9. Dezember 2022 in Gestalt des Änderungsbescheids vom 16. Januar 2023 handelt es sich um die eigentliche gegenüber der Beigeladenen ergangene Zulassungsentscheidung. Einer infolge der Zulassung der Beigeladenen noch zu erteilenden Sondernutzungserlaubnis (oder etwaigen Verträgen) kommt keine eigenständige Zulassungswirkung mehr zu. Die Antragstellerin könnte daher mit der begehrten Untersagungsverpflichtung ihre Rechtsposition auch im Erfolgsfalle nicht weiter verbessern (vgl. Wöckel in Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, Vorb. §§ 40-53 Rn. 11). Denn da das Fachgericht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren eine entsprechende Verpflichtung des Marktanbieters auszusprechen hat, wenn die Überprüfung ergibt, dass ein Standplatz zu Unrecht vorenthalten wurde, hat der Antragsgegner in der Folge diese Verpflichtung mithilfe der im öffentlichen Recht und im Privatrecht vorgesehenen Rückabwicklungsmöglichkeiten ohnehin umzusetzen (vgl. hierzu BVerfG, B.v. 15.8.2002 – 1 BvR 1790/00 – juris Rn. 19).

19
Der unter Nr. 2 gestellte Hauptantrag zur Verpflichtung des Antragsgegners zur Zulassung der Antragstellerin ist auch begründet.

20
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.

21
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.). 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 Bewerber 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 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).

22
Die Antragstellerin hat das Bestehen eines Anordnungsanspruchs glaubhaft gemacht. Insbesondere hat sie dargetan, dass die Zulassungsentscheidung des Antragsgegners zugunsten der Beigeladenen und zu ihren Lasten evident rechtswidrig ist. Ein Zulassungsanspruch der Antragstellerin dürfte offensichtlich gegeben sein.

23
Bei dem … Volksfest dürfte es sich um eine öffentliche Einrichtung handeln, sodass sich der Zulassungsanspruch der Antragstellerin nach Art. 21 Abs. 1 und Abs. 4 GO i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG richtet. Danach haben alle Gemeindeangehörigen das Recht, im Rahmen der allgemeinen Vorschriften die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu nutzen. Da die „Ausschreibung zur Durchführung des … Volksfestes“ keine Beschränkung auf ortsansässige Interessenten enthält, dürfte es vorliegend auf die Frage der Ortsansässigkeit nicht entscheidungserheblich ankommen (vgl. VG Ansbach, B.v. 16.10.2020 – AN 4 E 20.01598 – juris Rn. 94).

24
Durch die Zulassung der Beigeladenen zulasten der Antragstellerin dürfte der Antragsgegner gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz sowie den Grundsatz einer transparenten und fairen Verfahrensgestaltung verstoßen haben.

25
Der Hauptverwaltungsausschuss des Antragsgegners hat am 14. Juli 2022 die Ausschreibung des … Volksfests ab dem Jahr 2023 für einen Zeitraum bis 2027 beschlossen. Bestandteil des Beschlusses und Kriterium für den Zuschlag zur Durchführung war die in der Anlage beigefügte „Ausschreibung zur Durchführung des … Volksfestes“ vom 16. August 2022 (im Folgenden: Vergaberichtlinie), in welcher der Antragsgegner im Abschnitt V und dem „Bewerbungsbogen Festzeltbewirtschaftung“ klare Kriterien für die Auswahl der Bewerber festgelegt hat. Im Einzelnen wurden in der Vergaberichtlinie die Bewertungskriterien „1. Qualität der Produkte“ mit insgesamt maximal 300 zu erzielenden Punkten, „2. Preisgestaltung“ mit maximal 250 zu erzielenden Punkten und „3. Unterhaltungsprogramm“ mit maximal 250 zu erzielenden Punkten, jeweils mit Unterkriterien, festgelegt. In der Unterkategorie „1.3 Frische Zubereitung der in der Ziffer 1.2 des Bewerbungsbogens aufgeführten Speisen im Verabreichungsort“ waren maximal 60 Punkte zu erzielen. Hierbei wurde die Maximalpunktzahl vergeben, wenn die Speisen ausschließlich am Verabreichungsort frisch zubereitet würden. 45 Punkte wurden vergeben, wenn am Verabreichungsort mehr als die Hälfte der Speisen frisch zubereitet würden. Flankierend hierzu war unter Nr. 1.2 des „Festzeltbewirtschaftung – Bewerbungsbogens“ anzukreuzen, welche der dort aufgezählten Speisen „Hendl“, „Schweinswürste“, „Braten (Rollbraten, Rinderbraten o.ä.)“, „Fleischspieße“, „Kartoffelsalat“ und „Krautsalat“ am Verabreichungsort frisch zubereitet würden. Der Antragsgegner hat weiter in Abschnitt IV der Vergaberichtlinie festgelegt, dass die Vergabe ausschließlich entsprechend den Bewertungskriterien gemäß Abschnitt V erfolgen und derjenige Bewerber den Zuschlag erhalten solle, der nach diesen Bewertungskriterien die höchste Gesamtpunktzahl erreiche.

26
Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dieser Bewertungskriterien sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Als Ausfluss der verfassungsrechtlich verbürgten Selbstverwaltungsgarantie kommt den Gemeinden bei Schaffung und Unterhaltung ihrer Einrichtungen eine weitreichende und gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Ausgestaltungsbefugnis zu (vgl. BayVGH, U.v. 31.3.2003 – 4 B 00.2823 – juris Rn. 27; B.v. 13.9.2016 – 4 ZB 14.2209 – juris Rn. 8). Die Ausgestaltungsbefugnis und der damit eröffnete Spielraum wird nur durch das Willkürverbot begrenzt (vgl. BayVGH, B.v. 12.7.2011 – 4 CS 11.1200 – juris Rn. 14). Daher sind die Gemeinden auch grundsätzlich dazu befugt, den Zugang zu ihren öffentlichen Einrichtungen im Wege von Benutzungsbedingungen auszugestalten und den Benutzungsanspruch beispielsweise durch zeitliche Befristungen, Kapazitätsbegrenzungen oder inhaltliche Vorgaben zu beschränken (vgl. BayVGH, B.v. 10.4.2018 – 4 CS 17.2083 – juris Rn. 16 m.w.N.). Auch nach Art. 21 Abs. 1 GO besteht ein Anspruch auf Zulassung nur im Rahmen der Zweckbestimmung der öffentlichen Einrichtung und in den Grenzen der vorhandenen Kapazität, während ein Anspruch auf Kapazitätserweiterung nicht besteht (vgl. BayVGH, U.v. 14.5.1997 – 4 B 96.1451 – juris Rn. 21; OVG NW, B.v. 18.12.1992 – 15 B 4474/92 – juris Rn. 12 ff).

27
Bei einer Erschöpfung der Kapazität der öffentlichen Einrichtung hat der Bewerber ein subjektiv-öffentliches Recht auf fehlerfreie Ausübung des Auswahlermessens, d.h. darauf, dass die Beklagte die Auswahlentscheidung nach sachlichen Kriterien und unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes zu treffen hat. Hinsichtlich der konkreten Bewertung der einzelnen Bewerbung ist der Prüfungsumfang des Gerichts naturgemäß vor allem bei den subjektiven Aspekten der Bewertung stark eingeschränkt. Die Erfüllung der Vergabekriterien einer Bewerbung ist daher vom Gericht aufgrund des Einschätzungsspielraums des Antragsgegners lediglich auf ein pflichtgemäßes Verwaltungshandeln dahingehend zu überprüfen, ob die Bewertung nachvollziehbar und schlüssig erfolgt ist, d.h. ob die Beurteilung aufgrund zutreffender Tatsachen erfolgt ist, ob gegen Denkgesetze oder allgemein gültige Wertmaßstäbe verstoßen worden ist, ob sachwidrige Erwägungen angestellt oder ob Verfahrensfehler gemacht worden sind (vgl. BayVGH, U.v. 11.11.2013 – 4 B 13.1135 – juris Rn. 23; B.v. 17.9.2018 – 4 CE 18.1620 – juris Rn. 20; B.v. 11.2.2019 – 4 ZB 18.378 – juris Rn. 16).

28
Um diese nachträgliche gerichtliche Überprüfbarkeit zu gewährleisten, muss das Verwaltungshandeln sowohl hinsichtlich der anzuwendenden Auswahlkriterien als auch hinsichtlich des konkreten Auswahlvorgangs hinreichend transparent und objektiv nachvollziehbar sein. Dabei kommt es auf die endgültigen Entscheidungen der Beklagten an, wie sie insbesondere in der Zulassungs- bzw. Nichtzulassungsentscheidung zum Ausdruck kommen. Erwägungen der an der Entscheidung vorbereitend beteiligten Organe bzw. Mitarbeiter sind ergänzend heranzuziehen (vgl. st. Rspr. BayVGH, U.v. 11.11.2013 – 4 B 13.1135 – juris Rn. 23; B.v. 17.9.2018 – 4 CE 18.1620 – juris Rn. 20; B.v. 11.2.2019 – 4 ZB 18.378 – juris Rn. 16; VG München, B.v. 28.6.2021 – M 7 E 21.159 – juris Rn. 40).

29
Nach der von dem Antragsgegner anhand der Bewertungskriterien vorgenommenen Bepunktung wurden die Antragstellerin und die Beigeladene in den Bewertungskriterien „2. Preisgestaltung“ mit jeweils 168,75 Punkten und „3. Unterhaltungsprogramm“ mit jeweils 250 Punkten gleich hoch bewertet. In dem Bewertungskriterium „Qualität der Produkte“ erhielt die Antragstellerin 210 Punkte, die Beigeladene 195 Punkte. Hier wurden der Beigeladenen in der Unterkategorie „1.3 Frische Zubereitung der in der Ziffer 1.2 des Bewerbungsbogens aufgeführten Speisen im Verabreichungsort“ 15 Punkte abgezogen, da sie in Nr. 1.2. des Bewerbungsbogens für die Festzeltbewirtschaftung angegeben hatte, dass der Krautsalat am Verabreichungsort nicht frisch zubereitet würde. Insgesamt erzielte die Antragstellerin mit 628,75 Punkten 15 Punkte mehr als die Beigeladene mit 613,75 Punkten, sodass ihr gemäß Abschnitt IV der Vergaberichtlinie der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre. Der Antragsgegner hat seine Entscheidung jedoch entgegen seiner eigenen Vorgabe nicht ausschließlich nach den in der Vergaberichtlinie festgelegten Bewertungskriterien getroffen, sondern tragend auf ein zusätzliches Kriterium der „Zuverlässigkeit“ gestützt.

30
Es bestehen keine Zweifel, dass der Antragsgegner an die von ihm aufgestellten Bewertungskriterien aufgrund der hierdurch eingetretenen Selbstbindung der Verwaltung gebunden war (vgl. NdsOVG, B.v. 17.11.2009 – 7 ME 116/09 – juris Rn. 7). Gegen die Einlassung des Antragsgegners, dass es sich hierbei lediglich um rein interne, eine Selbstbindung nicht auslösende Verwaltungsvorschriften handele, spricht schon maßgeblich, dass die Kriterien Grundlage und Bestandteil der Ausschreibung waren.

31
Zwar darf der Betreiber einer öffentlichen Einrichtung aufgrund seines weiten Spielraums bei Bestimmung und Ausübung seines Gestaltungswillens die Kriterien für die Zulassung grundsätzlich auch während eines Bewerbungsverfahrens ändern, Voraussetzung ist allerdings, dass hierbei die rechtsstaatlichen Grundsätze, namentlich die Willkürfreiheit, eine transparente und einheitliche, an Art. 3 Abs. 1 GG orientieren Verfahrensgestaltung und der Vertrauensschutz beachtet werden (vgl. zu § 70 GewO VGH BW, B.v. 22.11.2016 – 6 S 2207/16 – juris Rn. 7). Auch der konkrete Auswahlvorgang muss den Erfordernissen der Transparenz und Nachvollziehbarkeit genügen. Eine Vollzugspraxis, in deren Rahmen zu beachtende Auswahlkriterien intern ergänzt oder modifiziert werden, ist mit dem Transparenzverbot unvereinbar (vgl. BayVGH, B.v. 12.8.2013 – 22 CE 13.970 – juris Rn. 31; VG Regensburg, B.v. 25.3.2015 – RN 5 E 15.398 – juris Rn. 47; NdsOVG, B.v. 17.11.2009 – 7 ME 116/09 – juris Rn. 7; VG Würzburg, U.v. 24.5.2017 – W 6 K 17.166 – juris Rn. 24).

32
Diese Grundsätze hat der Antragsgegner vorliegend nicht beachtet.

33
Soweit der Antragsgegner die Ablehnung der Antragstellerin maßgeblich mit ihrer (nach seiner Auffassung bestehenden) Unzuverlässigkeit begründet hat, hat er das Bewertungskriterium „bekannt und bewährt“ herangezogen, das auch das Element der Zuverlässigkeit beinhaltet. Dieses Merkmal war nicht in der Zulassungsrichtlinie enthalten. Zwar ist die Heranziehung des Merkmals „bekannt und bewährt“ als Bestandteil eines sachlich gerechtfertigten Verteilungsmaßstabs grundsätzlich zulässig (vgl. BayVGH, B.v. 27.3.2001 – 4 ZE 01.628 – juris Rn. 3; Hölzl/Hien/Huber, Gemeindeordnung, Stand: März 2015, Art. 21 GO Erl. 5.3) und kann daher auch einen tragfähigen und sachlich nachvollziehbaren Grund für die Änderung der Zulassungskriterien darstellen. Vorliegend mangelt es bei der Änderung der Zulassungskriterien im konkreten Einzelfall jedoch an der erforderlichen Transparenz, da es der Antragsgegner versäumt hat, den Bewerbern vor der Auswahlentscheidung die geänderten Zulassungskriterien bekannt zu geben. Hierdurch hatten die Bewerber keine Möglichkeit, auf die geänderten Zulassungsbedingungen zu reagieren und ihre Bewerbung gegebenenfalls entsprechend zu ergänzen. Dies wiegt vorliegend besonders schwer, weil es sich bei dem Kriterium der Zuverlässigkeit als Teil des Merkmals der „Bewährung“ um ein persönlichkeitsbezogenes Merkmal handelt (Hölzl/Hien/Huber, Gemeindeordnung, Stand: März 2015, Art. 21 GO Erl. 5.3). So konnte sich die – von der Änderung besonders betroffene – Antragstellerin nicht zu dem gegen sie bzw. den Geschäftsführer erhobenen – persönlichen – Vorwurf der fehlenden Zuverlässigkeit äußern und es war ihr auch verwehrt, die Hintergründe und Umstände der Absage des P. … Volksfests aus ihrer Sicht darzustellen. Es kann weiter nicht ausgeschlossen werden, dass die Auswahlentscheidung anders ausgefallen wäre, wenn die Antragstellerin in Kenntnis der Entscheidungserheblichkeit des Kriteriums „bekannt und bewährt“ Angaben zu den im Zusammenhang mit dem Vorwurf ihrer fehlenden Zuverlässigkeit stehenden Vorfällen gemacht hätte, zumal die Antragstellerin schon nach der Vergaberichtlinie einen Vorsprung von 15 Punkten gegenüber der Beigeladenen hatte. Durch die Unterlassung der Bekanntgabe der nachträglichen Erweiterung der Zulässigkeitskriterien um das Merkmal „bekannt und bewährt“ dürfte der Antragsgegner daher das Gebot einer fairen und transparenten Verfahrensgestaltung verletzt haben.

34
Gleiches gilt im Übrigen für die Erwägung, man habe durch die Ausschreibung „frischen Wind“ in das … Volksfest bringen wollen. Da diese Intention des Antragsgegners weder dem Vergabebeschluss, noch der Vergaberichtlinie entnommen werden konnte, war es der Antragstellerin aufgrund der mangelnden Transparenz von vorneherein nicht möglich, ihre bisherige Durchführung der Veranstaltung gegebenenfalls auf ein neues Veranstaltungskonzept umzustellen. Soweit mit dem Kriterium „frischer Wind“ ein „Wechsel des Festwirts“ bezweckt werden sollte, würde sich ein solches Kriterium bereits als diskriminierend und unzulässig darstellen, weil damit die Antragstellerin von vorneherein von der Vergabe ausgeschlossen wäre, ohne dass dies an ein sachliches Kriterium anknüpfen würde (vgl. VG München, B.v. 28.6.2021 – M 7 E 21.159 – juris Rn. 48).

35
Darüber hinaus dürfte die Heranziehung des Merkmals „bekannt und bewährt“ auch willkürlich erfolgt sein. So ist schon nicht nachvollziehbar, weshalb einzig aufgrund der geringen Anzahl von nur zwei Bewerbungen die aufgestellten Bewertungskriterien keine „richtige Rolle“ mehr hätten spielen sollen (vgl. Vergabevermerk vom 9. Dezember 2022). Denn nach der vorgenommenen Bepunktung hatte die Antragstellerin einen Vorsprung von 15 Punkten, sodass ihr nach Abschnitt IV der Vergaberichtlinie eindeutig der Zuschlag hätte erteilt werden müssen. Dass im Rahmen eines Vergabeverfahrens die Anzahl der tatsächlich eingegangenen Bewerbungen unter den Erwartungen liegt, liegt im Bereich des Möglichen. Auch das Argument, die Zusage solle nicht „anhand des vor Ort frisch zubereiteten Krautsalats“ entschieden werden, dürfte als solches nicht sachgerecht sein. Es liegt in der Natur der Sache einer Bewertung anhand eines Punktesystems, dass auch ein geringer Punktunterschied für die Zulassungsentscheidung ausschlaggebend sein kann. Das Kriterium der frischen Zubereitung wird – auch bezogen auf Krautsalat – in der Vergaberichtlinie ausdrücklich genannt. Der Vergaberichtlinie kann nicht entnommen werden, dass es sich hierbei um ein bloßes Nebenkriterium handelt. Vielmehr legt der Vergabevermerk nahe, dass (wohl) erst aufgrund des Punktevorsprungs der Antragstellerin das zusätzliche

Kriterium „bekannt und bewährt“ aufgenommen worden ist, sodass die Vorgehensweise erhebliche Zweifel an der Objektivität des Verfahrens weckt.

36
Die Antragstellerin dürfte nach summarischer Prüfung auch mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Anspruch auf Zulassung zum … Volksfest als Veranstalterin bzw. Festwirtin haben, da das bei Auswahlentscheidungen grundsätzlich bestehende Ermessen des Antragsgegners vorliegend auf Null reduziert gewesen sein dürfte. Wie bereits ausgeführt, war der Antragsgegner an die von ihm in der Ausschreibung aufgestellten Zulassungskriterien gebunden. Hiernach hatte die Antragstellerin gegenüber der Beigeladenen als einziger Konkurrentin einen Vorsprung von 15 Punkten, sodass bei rechtskonformer Anwendung der Vergaberichtlinie der Zuschlag zwingend an die Antragstellerin zu vergeben und jede andere Entscheidung als rechts- und ermessensfehlerhaft anzusehen gewesen wäre. Aus diesem Grund kommt auch eine nachträgliche Ergänzung von Ermessenserwägungen nach § 114 Satz 2 VwGO nicht in Betracht.

37
Entgegen dem Vorbringen des Antragsgegners ist das Vergabeverfahren auch nicht wirksam aufgehoben worden.

38
Anhaltspunkte für eine vom Antragsgegner behauptete konkludente Aufhebung des Vergabeverfahrens durch Beschluss des Hauptverwaltungsausschusses vom 8. Dezember 2022 können weder dem Vergabevermerk noch der eigentlichen Beschlussfassung entnommen werden. Ein sachlicher Grund für die Aufhebung ist nicht erkennbar. Soweit der Antragsgegner vorbringt, aufgrund der geringen Zahl eingegangener Bewerbungen sei die Intention für die Durchführung des Vergabeverfahrens, „frischen Wind“ in das … Volksfest zu bringen, gescheitert, vermag dies eine Aufhebung des Vergabeverfahrens schon deshalb nicht zu rechtfertigen, weil diese Intention weder aus dem Beschluss vom 14. Juli 2022 noch aus der Ausschreibung hervorgeht. Eine konkludente Aufhebung dürfte im Übrigen auch aufgrund der bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens gebotenen Transparenz nicht in Betracht kommen. Soweit der Hauptverwaltungsausschuss am 12. Januar 2023 die Aufhebung des (ursprünglichen) Vergabeverfahrens und eine „Neuvergabe“ an die Beigeladene beschlossen hat, dürfte dieser Beschluss rechtswidrig gewesen sein. Das (ursprüngliche) Vergabeverfahren war im Zeitpunkt der Beschlussfassung bereits beendet, da der Beigeladenen mit Bescheid vom 9. Dezember 2022 der Zuschlag erteilt worden war. Der Antragsgegner verkennt, dass infolge der Rechtswidrigkeit der Zulassungsentscheidung ein Anspruch der Antragstellerin auf Zulassung besteht. Dieser Anspruch würde durch die nachträgliche Aufhebung des (ursprünglichen) Vergabeverfahrens und die gleichzeitige Neuvergabe an die Beigeladene – bei der die Antragstellerin keine Teilnahmechance hatte – vereitelt. Sonstige sachliche Gründe für die nachträgliche Aufhebung sind nicht ersichtlich.

39
Die Antragstellerin hat auch das Bestehen eines Anordnungsgrunds glaubhaft gemacht.

40
Bis zum Beginn des … Volksfests im Juli 2023 ist eine abschließende Entscheidung im Klageverfahren nicht zu erwarten. Die Antragstellerin hat nachvollziehbar dargelegt, dass ihr im Falle einer rechtswidrigen Verweigerung der Zulassung unzumutbare Nachteile drohen. Denn ihr entstünden mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht nur wirtschaftlichen Nachteile, sondern auch ein – möglicherweise irreparabler – Reputationsschaden. Hieran mag auch der Verweis des Antragsgegners auf die Möglichkeit der späteren Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nichts zu ändern.

41
Die Antragsgegnerin war aufgrund der besonderen Umständen des Einzelfalls zu der vorläufigen Zulassung der Antragstellerin zu verpflichten.

42
Ein strikter Zulassungsanspruch steht einem Bewerber aufgrund der damit verbundenen Vorwegnahme der Hauptsache nur zu, wenn sich das Auswahlermessen der zuständigen Behörde – wie hier – dahingehend verdichtet hat, dass jede andere Entscheidung als die, gerade diesem Bewerber die Teilnahme zu ermöglichen, als rechts- und ermessensfehlerhaft angesehen werden muss, mithin bei der im Eilverfahren

nur möglichen summarischen Prüfung eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt (vgl. BayVGH, B.v. 6.5.2013 – 22 CE 13.923 – juris Rn. 15; OVG Bremen, B.v. 24.10.2019 – 2 B 282/19 – juris Rn. 17 m.w.N.). Dies gilt insbesondere dann, wenn die Behörde ihre Ermessensbetätigung durch Vergaberichtlinien weitestgehend vorstrukturiert hat und hierdurch eine Selbstbindung der Verwaltung eingetreten ist (vgl. NdsOVG, B.v. 17.11.2009 – 7 ME 116/09 – juris Rn. 7). Diese Voraussetzungen sind, wie bereits ausgeführt, vorliegend erfüllt.

43
Da der unter Nr. 2 gestellte Hauptantrag erfolgreich war, war über die Hilfsanträge nicht mehr zu entscheiden.

44
Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO. Die Antragstellerin ist nur zu einem geringen Teil unterlegen, sodass das Gericht es für sachgerecht hält, die Kosten der Antragsgegnerin ganz aufzuerlegen. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen waren nach § 162 Abs. 3 VwGO nicht für erstattungsfähig zu erklären, da diese keinen Antrag gestellt und sich somit keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat.

45
Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG i.V.m. den Empfehlungen des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (Nr. 1.5, 22.3). Da die Entscheidung die Hauptsache faktisch zu einem nicht unerheblichen Teil vorwegnimmt, bestand für eine Reduktion des Streitwerts kein Anlass.