

1. Ein vollständiger Antrag, der geeignet ist, bei nicht rechtzeitiger Bescheidung eine Genehmigungsfiktion auszulösen, liegt im Anwendungsbereich des § 6a Abs. 2 GewO nur dann vor, wenn aus diesem hervorgeht, dass der Marktdurchführung durch den Antragsteller keine sonstigen rechtlichen Hindernisse mehr entgegenstehen.
2. Die Fiktionsregelung des § 6a Abs. 2 GewO sollte nur die durch die Richtlinie 2006/123/EG begründete Pflicht zur Einführung einer Genehmigungsfiktion in nationales Recht umsetzen. Von den die Mitgliedstaaten verpflichtenden Bestimmungen der Richtlinie 2006/123/EG über Genehmigungsregelungen sind insbesondere Marktfestsetzungsanträge nicht erfasst, die sich auf Märkte beziehen, welche als öffentliche Einrichtungen entweder von der öffentlichen Hand betrieben werden oder deren Betrieb privaten Veranstaltern im Einklang mit dem hierfür maßgeblichen Recht nur im Rahmen öffentlicher Dienstleistungskonzessionen im Sinne des Unionsrechts und/oder mit einer noch nicht erteilten oder verbindlich in Aussicht gestellten straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis oder sonstigen Erlaubnis zugänglich ist.
3. Hiervon ausgehend ist ein Festsetzungsantrag jedenfalls dann unvollständig, wenn aus ihm nicht hervorgeht, dass der vom Antragsteller beabsichtigten Marktdurchführung keine sonstigen rechtlichen Hindernisse mehr entgegenstehen.
4. Bei traditionell veranstalteten Wochenmärkten handelt es sich nach dem hierfür maßgeblichen Landesrecht unabhängig davon, dass sie von einem privaten Konzessionsnehmer unter Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis durchgeführt werden sollen, um vorhandene und nicht erst zu schaffende gemeindliche Einrichtungen im Sinne von § 8 GO NRW.
5. Bereits aus § 8 Abs. 2 GO NRW ergibt sich, dass die öffentlich-rechtlichen Bindungen aus dem Betrieb der Wochenmärkte als öffentliche Einrichtung gegenüber Besuchern, Besuchern und Dritten fortbestehen und sich eine veranstaltende Gemeinde diesen nicht vollständig durch eine „Flucht ins Privatrecht“ entziehen kann.
6. Eine staatliche Stelle, die einen öffentlichen Auftrag vergibt, muss jedem Mitbewerber eine faire Chance bieten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden.
7. Bei Auswahlentscheidungen, an denen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, ergibt sich die Pflicht transparenter und nachvollziehbarer Entscheidungen auch aus dem auf dem allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung beruhenden europarechtlichen Transparenzgebot.

OVG NRW, Urteil vom 24.5.2024 – 4 A 2508/22 –;
I. Instanz: VG Düsseldorf – 3 K 7310/20 –.

GG Art. 3
GG Art. 28 Abs. 2,
GewO § 6a Abs. 2
GewO § 69
GewO § 69a
GO NRW § 8
GO NRW § 41
GO NRW § 107
VwVfG NRW § 42a

Die Klägerin war eine deutschlandweit tätige Veranstalterin von Wochenmärkten, die die Wochenmärkte auf dem Gemeindegebiet der beklagten Stadt Solingen durchzuführen begehrte. Die Stadt Solingen führte ihre Wochenmärkte bis 2014 selbst durch. Um deutliche Gebührenanhebungen zu vermeiden, beschloss der Rat der Stadt bereits im Jahr 2014, die öffentlich-rechtliche Trägerschaft aufzugeben und die Märkte in eine privatrechtliche Organisationsform zu verlagern. Hierdurch sollten die Wochenmärkte als Einrichtung gesichert und Belastungen für die Händler minimiert werden. Nach mehreren gescheiterten Vergabeverfahren veröffentlichte die Stadt im Juli 2020 eine erneute öffentliche Ausschreibung einer Dienstleistungskonzession über die Durchführung der Wochenmärkte. Die Ausschreibung sah u. a. vor, dass mit dem ausgewählten Bewerber ein Durchführungsvertrag abgeschlossen werden und Marktfestsetzungen zu seinen Gunsten erfolgen sollten. Auf die Ausschreibung bewarben sich eine lokale Bewerberin, die Beigeladene, und die Klägerin. In der Bewerbung der Klägerin auf die Ausschreibung befand sich auch ein Antrag auf gewerberechtliche Festsetzung der Wochenmärkte.

Ende des Jahres 2020 reklamierte die Klägerin eine fiktive Marktfestsetzung für sich, weil die Stadt über ihren Antrag auf Marktfestsetzung nicht innerhalb von drei Monaten entschieden habe. Im Januar 2021 teilte die Stadt der Klägerin per E-Mail mit, dass sie sich im Rahmen einer Auswahlentscheidung zugunsten der lokalen Bewerberin entschieden habe. Im Mai 2021 untersagte das VG der Stadt in einem Eilverfahren, der lokalen Bewerberin den Zuschlag für die Durchführung der Märkte zu erteilen. Im Hauptsacheverfahren begehrte die Klägerin mit ihrem 1. Hauptantrag die Feststellung, dass die beantragte Marktfestsetzung für den Zeitraum vom 1.9.2020 bis zum 31.8.2025 als erteilt gilt, und mit dem 2. Hauptantrag die Verurteilung der Beklagten, ihr die Marktflächen für die Marktzeiten sowie die dort installierten Stromversorgungseinrichtungen zur Verfügung zu stellen. Hilfsweise begehrte sie eine Bescheidung ihrer

entsprechenden Anträge (Anträge zu 3. und 4.). Diese Klage wies das VG ab. Ein Zuschlag für die Durchführung der Märkte war bis zur zweitinstanzlichen Entscheidung nicht erfolgt. Im Berufungsverfahren beantragte die Klägerin zusätzlich zu den erstinstanzlichen Klagebegehren weiter hilfsweise, der Beklagten zu untersagen, in dem im Juli 2020 eingeleiteten Vergabeverfahren für die Übertragung des Rechts zur Veranstaltung von Wochenmärkten der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen, bis über das Angebot der Klägerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden und eine Frist von zwei Wochen seit Bekanntgabe des Ergebnisses des erneuten Auswahlverfahrens abgelaufen ist (Antrag zu 5.). Die Berufung hatte keinen Erfolg.

A u s d e n G r ü n d e n :

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Die Klage ist hinsichtlich der (Haupt-)Anträge zu 1. und 2. (dazu unten I. bzw. II.) zulässig, aber unbegründet. Hinsichtlich der hilfsweise gestellten Anträge zu 3. bis 5. ist die Klage ebenfalls zulässig, aber unbegründet (dazu unten III., IV. und V.).

I. Bezogen auf das mit dem Hauptantrag zu 1. verfolgte Feststellungsbegehren hat die Klage keinen Erfolg. Der auf Feststellung des Eintritts der gesetzlichen Fiktionswirkung nach § 42a Abs. 1 Satz 1 VwVfG NRW i. V. m. § 6a Abs. 2 GewO hinsichtlich des Marktfestsetzungsantrags der Klägerin vom 13.8.2020 gerichtete Antrag ist zulässig, aber unbegründet.

Die Klage ist in Bezug auf den Klageantrag zu 1. als Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1 VwGO) statthaft und auch im Übrigen zulässig.

Die umstrittene Frage des Eintritts der Fiktionswirkung bezogen auf die von der Klägerin beantragte Festsetzung eines Wochenmarktes betrifft ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i. S. d. § 43 Abs. 1 VwGO. Der Zulässigkeit der Feststellungsklage steht nicht die durch E-Mail vom 5.1.2022 erfolgte Mitteilung der Ablehnungsentscheidung der Beklagten entgegen. Diese Nachricht bezieht sich nur auf die Bewerbung auf

die ausgeschriebene Konzession, nicht aber auf einen davon möglicherweise zu trennenden Marktfestsetzungsantrag, auf den die Klägerin ihr mit dem Hauptantrag verfolgtes Feststellungsbegehren stützt.

Die Feststellungsklage ist aber unbegründet.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die von ihr begehrte Feststellung, dass die Festsetzung der Solinger Wochenmärkte ihr gegenüber als erteilt gilt. Die Genehmigungsfiktion ist schon deshalb nicht eingetreten, weil die Voraussetzungen dafür nach § 42a Abs. 1 VwVfG NRW i. V. m. § 6a Abs. 2 GewO nicht gegeben sind. Die Klägerin hat jedenfalls keinen vollständigen Festsetzungsantrag gestellt, der unabhängig von der Ausschreibung einer Dienstleistungskonzession hätte beurteilt werden können. Der auf Seite 55 ihrer Bewerbung auf diese Ausschreibung enthaltene Antrag war nicht vollständig und somit nicht geeignet, die Frist auszulösen, nach deren Ablauf eine Marktfestsetzung gemäß § 42a Abs. 1 Satz 1 VwVfG NRW i. V. m. § 6a Abs. 2 GewO als erteilt gelten könnte.

Die Frist, nach deren Ablauf eine beantragte Genehmigung als erteilt gilt, beginnt gemäß § 42a Abs. 1 und 2 Satz 2 VwVfG NRW erst mit Eingang eines hinreichend bestimmten und vollständigen Antrags. Ein vollständiger Antrag, der geeignet ist, bei nicht rechtzeitiger Bescheidung eine Genehmigungsfiktion auszulösen, liegt im Anwendungsbereich des § 6a Abs. 2 GewO nur dann vor, wenn aus diesem hervorgeht, dass der Marktdurchführung durch den Antragsteller keine sonstigen rechtlichen Hindernisse mehr entgegenstehen (dazu unten 1.). Dies folgt auch daraus, dass die Fiktionsregelung des § 6a Abs. 2 GewO nur eine durch die Dienstleistungsrichtlinie begründete zwingende Pflicht zur Einführung einer Entscheidungsfrist und einer Genehmigungsfiktion in nationales Recht umsetzen sollte. Von den die Mitgliedstaaten verpflichtenden Bestimmungen der Richtlinie 2006/123/EG über Genehmigungsregelungen sind insbesondere Marktfestsetzungsanträge nicht erfasst, die sich auf Märkte beziehen, welche als öffentliche Einrichtungen entweder von der öffentlichen Hand betrieben werden oder deren Betrieb privaten Veranstaltern im Einklang mit dem hierfür maßgeblichen Recht nur im Rahmen öffentlicher Dienstleistungskonzessionen im Sinne des Unionsrechts und/oder mit einer noch nicht erteilten oder verbindlich in Aussicht gestellten straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis oder sonstigen Erlaubnis

zugänglich ist. Eine über die unionsrechtliche Verpflichtung hinausgehende Einführung einer Genehmigungsfiktion auf nicht unter die Genehmigungsregelungen der Richtlinie 2006/123/EG fallende Marktfestsetzungsanträge, nach denen die Marktdurchführung wegen rechtlicher Hindernisse gar nicht ohne Weiteres vom Antragsteller realisiert werden könnte, war weder beabsichtigt, noch war der Bundesgesetzgeber wegen seiner insoweit nur noch nachwirkenden Gesetzgebungskompetenz hierzu befugt (dazu unten 2.). Hiervon ausgehend war der Festsetzungsantrag der Klägerin jedenfalls deshalb unvollständig, weil aus ihm nicht hervorging, dass der von ihr beabsichtigten Marktdurchführung keine sonstigen rechtlichen Hindernisse mehr entgegenstanden. Der Antrag bezog sich nicht auf eine Fläche, über die die Klägerin verfügen durfte. Sie war vielmehr Gegenstand der Ausschreibung einer Dienstleistungskonzession (dazu unten 3.).

1. Nach § 42a Abs. 1 VwVfG NRW gilt eine beantragte Genehmigung nach Ablauf einer für die Entscheidung festgelegten Frist als erteilt (Genehmigungsfiktion), wenn dies durch Rechtsvorschrift angeordnet ist und der Antrag hinreichend bestimmt ist. Die Frist, nach deren Ablauf eine beantragte Genehmigung als erteilt gilt, beginnt gemäß § 42a Abs. 1 und 2 Satz 2 VwVfG NRW erst mit Eingang eines hinreichend bestimmten und vollständigen Antrags. Für die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Unterlagen vollständig sind, ist nach der Rechtsprechung des Senats nicht die Einschätzung der Behörde oder des Antragstellers maßgeblich, sondern die objektive Rechtslage.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 28.5.2019 – 4 B 672/18 –, juris, Rn. 9 ff., m. w. N., und vom 29.4.2022 – 4 B 996/21 –, juris, Rn. 67 ff.; siehe auch LT-Drs. 14/8025, S. 24 f.

Ein vollständiger Antrag, der geeignet ist, bei nicht rechtzeitiger Bescheidung eine Genehmigungsfiktion auszulösen, liegt im Anwendungsbereich des § 6a Abs. 2 GewO nur dann vor, wenn aus diesem hervorgeht, dass der Marktdurchführung durch den Antragsteller keine sonstigen rechtlichen Hindernisse mehr entgegenstehen, es insbesondere nicht an sonstigen für die Marktdurchführung erforderlichen Erlaubnissen fehlt und der Antragsteller auch sonst über die Veranstaltungsfläche verfügen kann. Dies

folgt aus § 69 Abs. 2 GewO, wonach die Festsetzung unter anderem eines Wochenmarkts den Veranstalter zur Durchführung der Veranstaltung verpflichtet. Der Veranstalter muss daher, solange der Festsetzungsbescheid besteht, die Veranstaltung aufrechterhalten. Auch eine Verlegung des Platzes ist grundsätzlich nicht zulässig. Nach dem fortgeltenden Bundesrecht dient die Festsetzung von Veranstaltungen im Verfahren nach § 69 Abs. 1 GewO nämlich in hohem Maße der Markttransparenz und einem wirksamen Wettbewerb. Der Gesetzgeber hat einen Festsetzungsanspruch, der auch privaten Veranstaltern offensteht, geschaffen, um den Behörden nicht gerechtfertigte Einwirkungsmöglichkeiten auf die Entstehung und die Existenz von Märkten und somit auf den Wettbewerb zu entziehen. Dies sollte der Erhaltung und Sicherung der – meist von den Gemeinden veranstalteten – Wochenmärkte mit ihrem breiten Angebot insbesondere an frischen Lebensmitteln zugunsten der Verbraucher dienen. Die Festsetzung, durch die dem Veranstalter erlaubt wird, die beabsichtigte Veranstaltung privilegiert durchzuführen, betrifft nur die Veranstaltung als solche und die Art ihrer Durchführung. Aussteller, Anbieter und Besucher werden durch die Festsetzung im Rahmen des § 70 GewO berechtigt, an der Veranstaltung teilzunehmen. Sie ersetzt nicht eine nach sonstigen Vorschriften erforderliche Erlaubnis oder Genehmigung.

Vgl. BT-Drs. 7/3859, S. 9 f., 12 ff.

Nach § 69a Abs. 1 Nr. 3 GewO muss ein Festsetzungsantrag daher auch erfolglos bleiben, wenn die Durchführung der geplanten Veranstaltung dem öffentlichen Interesse widerspricht. Das kann der Fall sein, wenn sie gegen eine Norm des Bundes- oder des Landesrechts verstößt, etwa weil es an einer zur Durchführung erforderlichen Genehmigung fehlt.

Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 29.8.2011 – 8 B 52.11 –, juris, Rn. 13, und vom 17.5.1991 – 1 B 43.91 –, Rn. 6; Hess. VGH, Beschluss vom 12.8.2004 – 8 TG 3522/03 –, juris, Rn. 19, m. w. N.; siehe auch OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 7.2.2022 – 1 S 131/21 –, juris, Rn. 6.

Auch ist die Gemeinde durch das Marktrecht nicht verpflichtet, dem Veranstalter kommunale Grundstücke, Hallen u. Ä. zur Durchführung einer Veranstaltung zur Verfügung zu stellen.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 29.4.2022 – 4 B 996/21 –, juris, Rn. 32 f.; Heß, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand: Dezember 2023, § 69 Rn. 21.

2. Einen Antrag nur dann als vollständig im Sinne von § 42a Abs. 2 Satz 2 VwVfG NRW zu betrachten, wenn aus diesem hervorgeht, dass der Marktdurchführung durch den Antragsteller keine sonstigen rechtlichen Hindernisse mehr entgegenstehen, folgt auch daraus, dass der Bundesgesetzgeber nur einer unionsrechtlichen Verpflichtung nachkommen wollte (dazu unten a). Die Einführung des § 6a Abs. 2 GewO dient lediglich der Umsetzung der verpflichtenden Bestimmungen der Richtlinie 2006/123/EG über Genehmigungsregelungen und sollte hierüber auch nicht hinausgehen. Von diesen Bestimmungen sind insbesondere Marktfestsetzungsanträge nicht erfasst, die sich auf Märkte beziehen, welche als öffentliche Einrichtungen entweder von der öffentlichen Hand betrieben werden oder deren Betrieb privaten Veranstaltern im Einklang mit dem hierfür maßgeblichen Recht nur im Rahmen öffentlicher Dienstleistungskonzessionen im Sinne des Unionsrechts und/oder mit einer noch nicht erteilten oder verbindlich in Aussicht gestellten straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis oder sonstigen Erlaubnis zugänglich ist (dazu unten b). Zu einer über die unionsrechtliche Umsetzungsverpflichtung hinausgehenden Regelung wäre der Bundesgesetzgeber auch wegen seiner insoweit nur noch nachwirkenden Gesetzgebungskompetenz nicht befugt gewesen (dazu unten c).

a) Die Fiktionsregelung des § 6a Abs. 2 GewO wurde auf Anregung des Bundesrats, der der Bundesgesetzgeber gefolgt ist, erklärtermaßen lediglich deshalb geschaffen, um einer durch die Dienstleistungsrichtlinie begründeten zwingenden Pflicht zur Einführung einer Entscheidungsfrist und einer Genehmigungsfiktion nachzukommen. Die Vorschrift sollte dabei als Übergangsregelung die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie solange gewährleisten, bis die Länder von ihrer Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht haben.

Vgl. BT-Drs. 16/13190, S. 3 f.

Eine entsprechende Verpflichtung der Mitgliedstaaten ist in Kapitel III der Richtlinie 2006/123/EG, das auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte anwendbar ist,

vgl. EuGH, Urteil vom 22.9.2020 – C-724/18 und C-727/18 –, juris, Rn. 56, m. w. N., und vom 30.1.2018 – C-360/15 und C-31/16 –, juris, Rn. 98 ff., 110,

in Art. 13 Abs. 4 Satz 1 vorgesehen. Hiernach soll eine Genehmigung, wenn der Antrag nicht binnen der nach Absatz 3 festgelegten oder verlängerten Frist beantwortet wurde, als erteilt gelten.

Nur aus dieser Bestimmung und nicht bereits deshalb, weil das Veranstellen von Märkten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten der Dienstleistungsfreiheit unterfällt, folgt im Umfang des Anwendungsbereichs der Richtlinie eine unionsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine Genehmigungsfiktion bezogen auf Marktfestsetzungen in nationales Recht aufzunehmen. Deshalb ist unerheblich, dass es sich bei der Veranstaltung von Messen, Ausstellungen und Märkten um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt, die dann unter Art. 57 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und damit unter das Kapitel dieses Vertrags über die Dienstleistungen fällt, wenn sie von einem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats ausgeübt wird, der sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um sie dort vorübergehend auszuüben.

Vgl. EuGH, Urteil vom 15.1.2002 – C-439/99 –, juris Rn. 2, 21, bereits zur Vorgängerfassung in Art. 50 EGV; siehe auch Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2006/123/EG.

b) Zumindest soweit sich der Antrag auf eine Marktfestsetzung nach § 69 Abs. 1 GewO auf eine Fläche bezieht, für die der Wettbewerb nicht eröffnet ist, etwa weil diese als öffentliche Einrichtung von der öffentlichen Hand selbst betrieben wird [dazu unten aa)] oder die von privaten Veranstaltern im Einklang mit dem hierfür maßgeblichen nationalen Recht nur im Rahmen einer öffentlichen Dienstleistungskonzession im Sinne des Unionsrechts und/oder mit einer nicht bereits erteilten oder verbindlich zugesicherten straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis oder sonstigen Erlaubnis genutzt werden kann [dazu unten bb)], bestand und besteht nach dem Unionsrecht keine Pflicht zur Einführung einer Genehmigungsfiktion.

aa) Es besteht keine unionsrechtliche Verpflichtung zur richtlinienkonformen Ausgestaltung von Genehmigungsverfahren bezogen auf die Festsetzung von Märkten, die auf nicht für den Wettbewerb freigegebenen Flächen als öffentliche Einrichtungen im Rahmen der Widmung zulässigerweise von den Gemeinden selbst betrieben werden.

Dies folgt insbesondere aus den Erwägungsgründen der Richtlinie 2006/123/EG. Nach dem 8. Erwägungsgrund sollten die Bestimmungen dieser Richtlinie über die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit nur insoweit Anwendung finden, als die betreffenden Tätigkeiten dem Wettbewerb offenstehen. Die Mitgliedstaaten sind nach dem angeführten Erwägungsgrund weder verpflichtet, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu liberalisieren, noch öffentliche Einrichtungen, die solche Dienstleistungen anbieten, zu privatisieren. Auch findet diese Richtlinie nach ihrem 9. Erwägungsgrund nur auf die Anforderungen für die Aufnahme oder Ausübung einer – für den Wettbewerb offenstehenden – Dienstleistungstätigkeit Anwendung. Sie findet somit keine Anwendung auf Anforderungen wie Straßenverkehrsvorschriften, Vorschriften bezüglich der Stadtentwicklung oder Bodennutzung, der Stadtplanung und der Raumordnung, Baunormen sowie verwaltungsrechtliche Sanktionen, die wegen der Nichteinhaltung solcher Vorschriften verhängt werden, die nicht die Dienstleistungstätigkeit als solche regeln oder betreffen, sondern von Dienstleistungserbringern im Zuge der Ausübung ihrer Wirtschaftstätigkeit genauso beachtet werden müssen wie von Privatpersonen.

bb) Ebenfalls keine unionsrechtliche Pflicht zur Einführung einer Genehmigungsfiktion besteht für die Festsetzung von Märkten, die als öffentliche Einrichtung von privaten Veranstaltern im Einklang mit dem hierfür maßgeblichen nationalen Recht nur im Rahmen einer öffentlichen Dienstleistungskonzession im Sinne des Unionsrechts und/oder mit einer nicht bereits erteilten oder verbindlich in Aussicht gestellten straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis oder sonstigen Erlaubnis betrieben werden dürfen.

Führen Städte oder Gemeinden zur Verfolgung des kommunalen Interesses an der weiteren möglichst attraktiven Durchführung von traditionellen Wochenmärkten in ihrem Stadtgebiet ein vergaberechtsähnliches Interessenbekundungsverfahren durch, wird hierdurch zwar der Wettbewerb um die Veranstaltung dieser Märkte eröffnet. Die hiervon zu unterscheidende wirtschaftliche Betätigung in Form der Veranstaltung des

Markts gerade auf einer bestimmten Fläche steht hingegen erst dann für den Wettbewerb offen, wenn keine sonstigen Hindernisse bestehen und eine etwa erforderliche Sondernutzungserlaubnis vorliegt oder ihre Erteilung für die Veranstaltung eines Markts durch einen privaten Veranstalter verbindlich zugesagt wurde.

Zwar handelt es sich hierbei grundsätzlich um von der Dienstleistungsrichtlinie erfasste Dienstleistungen, soweit für sie der Wettbewerb offenstehen. Auch erfasst der Begriff der Genehmigungsregelung nach Art. 4 Nr. 6 der Richtlinie 2006/123/EG ausweislich ihres 39. Erwägungsgrundes unter anderem Verwaltungsverfahren, in denen „Konzessionen“ erteilt werden, falls diese Voraussetzung dafür sind, eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben zu können. Hierzu zählen nach der Abgrenzung im 57. Erwägungsgrund allerdings nicht behördliche Entscheidungen zur „Schaffung einer öffentlichen oder privaten Einrichtung für die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung“ sowie der Abschluss von Verträgen, die den Vorschriften über das in dieser Richtlinie nicht behandelte öffentliche Beschaffungswesen unterliegen. Nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2006/123/EG betrifft die Richtlinie weder die Liberalisierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die öffentlichen oder privaten Einrichtungen vorbehalten sind, noch die Privatisierung öffentlicher Einrichtungen, die Dienstleistungen erbringen. Dementsprechend ist in der Rechtsprechung des EuGH bereits geklärt, dass die Bestimmungen der Richtlinie 2006/123/EG über Genehmigungsregelungen nicht den Abschluss von Verträgen durch die zuständigen Behörden für die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung betreffen und deshalb auf öffentliche Dienstleistungskonzessionen nicht anwendbar sind, die insbesondere, aber nicht notwendig, unter die Richtlinie 2014/23/EU fallen können.

Vgl. EuGH, Urteil vom 14.7.2016 – C-458/14 und C-67/15 –, Rn. 38 ff., 44 f.

Im 18. Erwägungsgrund dieser zuletzt genannten Richtlinie ist der Begriff „Konzession“ im Zusammenhang mit der darin geregelten Konzessionsvergabe auf der Grundlage zahlreicher Urteile des EuGH unionsrechtlich geklärt worden, enger und abweichend vom Begriffsverständnis im 39. Erwägungsgrund der Richtlinie 2006/123/EG, die sich auf andere wirtschaftliche Zusammenhänge bezieht. Eine öffentliche Dienstleistungskonzession im Zusammenhang mit staatlicher Konzessionsvergabe ist nach dieser

Rechtsprechung dadurch gekennzeichnet, dass ein Auftraggeber ein Recht zur Nutzung einer bestimmten Dienstleistung an einen Konzessionär überträgt, wobei Letzterer im Rahmen des geschlossenen Vertrags über eine bestimmte wirtschaftliche Freiheit verfügt, um die Bedingungen festzulegen, unter denen er dieses Recht verwertet, und parallel dazu weitgehend den mit dieser Nutzung verbundenen Risiken ausgesetzt ist.

Vgl. EuGH, Urteil vom 14.7.2016 – C-458/14 und C-67/15 –, Rn. 46, m. w. N.

Diese Auslegung wird zudem durch den 14. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe gestützt. Danach enthalten in dieser Richtlinie geregelte Konzessionsverträge in Abgrenzung zu Genehmigungsregelungen, auf die sich die besonderen Bestimmungen der Richtlinie 2006/123/EG beziehen, wechselseitig bindende Verpflichtungen, denen zufolge die Erbringung der Dienstleistungen bestimmten Anforderungen entsprechen muss, die vom (öffentlichen) Auftraggeber festgelegt werden und rechtlich durchsetzbar sind. Ihnen stellt der Richtliniengeber die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen nach der Richtlinie 2006/123/EG gegenüber, „durch die der Mitgliedstaat oder eine seiner Behörden die Bedingungen für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit festlegt [...], die üblicherweise auf Antrag des Wirtschaftsteilnehmers und nicht vom öffentlichen Auftraggeber [...] erteilt [werden] und bei [denen] der Wirtschaftsteilnehmer das Recht hat, sich von der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen zurückzuziehen“. Nach dem 15. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/23/EU sollen zudem solche Vereinbarungen nicht als Dienstleistungskonzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten, die das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers regeln, öffentliche Bereiche oder Ressourcen wie z. B. Land öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu nutzen, wobei der (öffentliche) Auftraggeber nur allgemeine Bedingungen für deren Nutzung festlegt, ohne bestimmte Bau- oder Dienstleistungen zu beschaffen. Damit sind insbesondere bloße Pachtverträge über öffentliche Liegenschaften gemeint. Nicht zu den Dienstleistungskonzessionen zählen damit auch Genehmigungen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in einem im öffentlichen Eigentum stehenden Gebiet, die in den Anwendungsbereich der Genehmigungsregelungen nach der Richtlinie 2006/123/EG fallen, weil die Erbringung von Dienstleistungen nicht vom Auftraggeber festgelegt wird.

Vgl. EuGH, Urteil vom 14.7.2016 – C-458/14 und C-67/15 –, Rn. 46 ff.

c) Zur Schaffung einer Genehmigungsfiktion in den Bereichen, für die danach jedenfalls keine unionsrechtliche Pflicht nach der Richtlinie 2006/123/EG besteht, wäre der Bundesgesetzgebers zudem wegen seiner insoweit nur noch nachwirkenden Gesetzgebungskompetenz nicht befugt gewesen.

Durch das am 1.9.2006 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.8.2006 (BGBl. I S. 2034) ist die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Messen, der Ausstellungen und der Märkte gemäß den Art. 70 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auf die Länder übergegangen. Nach Art. 125a Abs. 1 GG gilt Recht, das als Bundesrecht erlassen worden ist, aber wegen der Änderung des Art. 74 Abs. 1 GG nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte, als Bundesrecht fort. Es kann durch Landesrecht ersetzt werden. Nur wenn nach dieser Maßgabe fortgeltendes Bundesrecht an veränderte Verhältnisse angepasst werden soll, bleibt hierfür der Bund bis zu einer landesrechtlichen Ersetzung im Sinne von Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG zuständig. Die Änderungskompetenz des Bundes ist eng auszulegen und an die Beibehaltung der wesentlichen Elemente der in dem fortgeltenden Bundesgesetz enthaltenen Regelung geknüpft. Diese darf vom Bundesgesetzgeber modifiziert werden. Damit ist der Bund auf schlichte Einzelanpassungen des Rechts an veränderte Verhältnisse, das heißt auf eine Fortschreibung des geltenden Rechts beschränkt. Zu einer grundlegenden Neukonzeption des fortgeltenden Regelwerkes sind dagegen nur die Länder befugt.

Vgl. BGH, Urteil vom 20.4.2017 – III ZR 470/16 –, BGHZ 214, 360 = juris, Rn. 32, m. w. N.; BVerfG, Urteil vom 9.6.2004 – 1 BvR 636/02 –, BVerfGE 111, 10 = juris, Rn. 109; BT-Drs. 16/813, S. 9, 13, 20.

Bei der Einführung einer Genehmigungsfiktion, die nach den Bestimmungen der Richtlinie 2006/123/EG über Genehmigungsregelungen nicht unionsrechtlich verpflichtend ist, handelte es sich nicht mehr um eine danach allein zulässige schlichte Einzelanpassung des Rechts an veränderte Verhältnisse, also um eine bloße Fortschreibung des geltenden Rechts. Insoweit steht nur noch den Ländern selbst die Befugnis zu, über die Einführung weiterer Genehmigungsfiktionen zu entscheiden. § 6a Abs. 2

GewO kann dementsprechend auch wegen der nur noch nachwirkenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes verfassungskonform nur so ausgelegt werden, dass Marktfestsetzungsanträge die Genehmigungsfiktion nicht auszulösen geeignet sind, für die keine unionsrechtliche Pflicht zur Einführung einer solchen Fiktionsregelung besteht.

Diese Annahmen werden durch die Rechtsprechung des BGH in Bezug auf gaststättenrechtliche Genehmigungsverfahren, auf die sich § 6a Abs. 2 GewO gleichfalls bezieht, nicht in Frage gestellt, sondern im Gegenteil sogar untermauert. Der BGH hat hierzu ausgeführt, mit der erstmaligen Einführung einer Genehmigungsfiktion sei eine erhebliche Änderung des Verfahrens verbunden. Bei einer allein auf den Inhalt der Änderung ausgerichteten Betrachtungsweise sei unter Berücksichtigung der eng auszulegenden Anpassungskompetenz des Bundes fraglich, ob es sich lediglich um eine Modifikation der bestehenden Regelung handle. Da die Einführung der gaststättenrechtlichen Genehmigungsfiktion allerdings durch das Unionsrecht geboten gewesen sei, erscheine es vertretbar, eine grundlegende Neukonzeption des betroffenen Rechtsgebiets zu verneinen und eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Sinne einer Fortschreibung des geltenden Rechts zur Anpassung an veränderte Verhältnisse, nämlich an neues Unionsrecht, anzunehmen.

Vgl. BGH, Urteil vom 20.4.2017 – III ZR 470/16 –,
BGHZ 214, 360 = juris, Rn. 33 ff., 37 f., m. w. N.

Der BGH geht in seinen Erwägungen insoweit ersichtlich davon aus, dass im Bereich des Gaststättenrechts eine unionsrechtliche Verpflichtung bestand, eine Genehmigungsfiktion einzuführen. Besteht eine solche aber nicht bezogen auf bestimmte Marktfestsetzungsanträge, liegt es auch nach den Erwägungen des BGH nahe, dass der Bund im Rahmen seiner eng auszulegenden Änderungskompetenz zur weitergehenden erstmaligen Einführung einer Genehmigungsfiktion gerade nicht berechtigt war.

3. Ausgehend von den aufgezeigten Maßstäben war der Festsetzungsantrag der Klägerin schon deshalb unvollständig und damit nicht geeignet, eine Genehmigungsfiktion nach § 6a Abs. 2 GewO auszulösen, weil sich aus ihm nicht ergab, dass der Markt-

durchführung keine weiteren Hindernisse mehr entgegenstanden. Die in Rede stehenden Marktplätzen standen im Einklang mit dem hierfür maßgeblichen nationalen Recht nur im Rahmen einer ausgeschriebenen öffentlichen Dienstleistungskonzession im Sinne des Unionsrechts über den Betrieb einer öffentlichen Einrichtung (dazu unten a) und mit einer weder bereits erteilten noch verbindlich in Aussicht gestellten straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis zur Verfügung (dazu unten b).

a) Bei den in Rede stehenden Wochenmärkten handelt es sich nach dem hierfür maßgeblichen Landesrecht unabhängig davon, dass sie von einem privaten Konzessionsnehmer unter Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis durchgeführt werden sollen, um vorhandene und nicht erst zu schaffende gemeindliche Einrichtungen im Sinne von § 8 GO NRW [dazu unten (1)]. Bereits aus § 8 Abs. 2 GO NRW ergibt sich, dass die öffentlich-rechtlichen Bindungen aus dem Betrieb der Wochenmärkte als öffentliche Einrichtung gegenüber Beschickern, Besuchern und Dritten fortbestehen und sich die Beklagte diesen nicht vollständig durch eine „Flucht ins Privatrecht“ entziehen kann [dazu unten (2)].

(1) Die Wochenmärkte im Gebiet der Beklagten, für die die Klägerin eine Festsetzung zu ihren Gunsten beantragt hat, sind gemeindliche Einrichtungen im Sinne von § 8 GO NRW. Nach dieser Vorschrift schaffen die Gemeinden innerhalb der Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen, die alle Einwohner im Rahmen des geltenden Rechts nutzen dürfen. Der im Gesetz nicht näher definierte Begriff der öffentlichen Einrichtung „umgreift Betriebe, Unternehmen, Anstalten und sonstige Leistungsapparaturen höchst unterschiedlicher Struktur und Zweckbestimmung, denen letztlich nur die Funktion gemeinsam ist, die Voraussetzungen für die Daseinsfürsorge und Daseinsvorsorge der Bevölkerung zu schaffen und zu gewährleisten“.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 16.9.1975 – III A 1279/75 –, NJW 1976, 820, 821.

Eine öffentliche Einrichtung in diesem Sinne ist dann gegeben, wenn die Gemeinde mit dieser Einrichtung (als Folge gesetzlicher Verpflichtung oder freiwillig) eine in ihren Wirkungskreis nach § 2 GO NRW fallende Aufgabe erfüllt und demgemäß die Einrich-

tung den Gemeindegewohnern zur Benutzung zur Verfügung stellt; die Indienststellung zu öffentlichen Zwecken geschieht durch Widmung, die auch formlos durch konkludente Handlung und auch stillschweigend, z. B. durch tatsächliche Eröffnung möglich ist. Nicht zu den öffentlichen Einrichtungen gehören Sachen im Gemeingebrauch und private Einrichtungen. Die Benutzungsregelung der Einrichtung durch Satzung und die Gebührenerhebung für die Benutzung ist nicht Voraussetzung für den öffentlichen Charakter der Einrichtung. Wesentlich ist, dass allen Einwohnern unter den gleichen Bedingungen Zugang zu der Einrichtung gewährt wird. Im Übrigen spricht eine Vermutung dafür, dass für die Allgemeinheit nutzbare kommunale Einrichtungen öffentliche Einrichtungen sind; diese Vermutung ist nur durch den Nachweis zu entkräften, dass sich aus der eindeutigen Beschränkung der Bereitstellung ergebe, die Einrichtung solle als private Einrichtung betrieben werden.

Vgl. grundlegend OVG NRW, Urteile vom 23.10.1968 – III A 1522/64 –, OVG 24, 175, 179, und vom 27.1.2015 – 16 A 1494/14 –, juris, Rn. 177 f., m. w. N.; ähnlich Bay. VGH, Urteil vom 23.3.1988 – 4 B 86.02336 –, VGHE 41, 68 = NVwZ-RR 1988, 71, m. w. N.

Erfolgt die Veranstaltung traditioneller Wochenmärkte auf zentralörtlichen öffentlichen Plätzen unter diesen Voraussetzungen, so gehört sie zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Bereich der Daseinsvorsorge, die die Gemeinden im Sinne der Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 78 Abs. 2 der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen (LV NRW), § 2 GO NRW in eigener Verantwortung zu regeln haben. Die Zuordnung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zur lokalen Selbstverwaltungsgarantie im Sinne des nationalen Rechts gehört wiederum nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV und Art. 36 EUGrdRCh zur nationalen Identität, die die Union achtet. Die öffentliche Hand kann diese rechtlich auch im europäischen Mehrebenensystem geschützte Selbstverwaltungsaufgabe in verschiedenen Organisationsformen – damit auch in privater Rechtsform sowie im Konzessionsmodell und im Wege einer gewerberechtlichen Festsetzung – wahrnehmen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08 –, juris, Rn. 32 f., sowie Beschlüsse vom 26.2.2010 – 8 B 91.09 –, juris, Rn. 4, vom 2.1.2006 – 6 B 55.05 –, juris, Rn. 6 ff., und vom 21.7.1989 – 7 B 184.88 –, juris, Rn. 6; OVG

NRW, Urteil vom 16.9.1975 – III A 1279/75 –, NJW 1976, 820, 821, m. w. N. (zu Plätzen für Veranstaltungen), und Beschluss vom 22.3.2017 – 15 B 286/17 –, juris, Rn. 13 f., unter Bezugnahme auf BVerfG, Beschluss vom 5.12.2002 – 2 BvL 5/98 –, BVerfGE 107, 59 = juris, Rn. 147; Bay. VGH, Urteil vom 23.3.1988 – 4 B 86.02336 –, VGHE 41, 68 = NVwZ-RR 1988, 71, 72, m. w. N.; Donhauser, NVwZ 2010, 931, 932; zum Verhältnis zum Unionsrecht Knauff, WiVerw 2011, 79, 84.

Vergibt eine Gemeinde den Betrieb einer öffentlichen Einrichtung im Wege eines öffentlichen Auftrags, ist es ihr schon aufgrund ihrer Grundrechtsbindung aus Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG verwehrt, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen. Darüber hinaus kann die tatsächliche Vergabepraxis zu einer Selbstbindung der Verwaltung führen. Jeder Mitbewerber muss eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Insofern verfügt jeder Mitbewerber über ein subjektives Recht aus Art. 3 Abs. 1 GG auf Einhaltung der verlautbarten Bedingungen.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 20.7.2016 – 4 B 691/16 –, juris, Rn. 5 ff., m. w. N.; OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 30.11.2010 – 1 S 107.10 –, juris, Rn. 7, bezogen auf eine Marktvergabe.

Solange die Beklagte ihre öffentlichen Marktplätze nach ordnungsgemäßer Vergabe durch einen privaten Dritten weiterhin (nur) für die Veranstaltung traditioneller Wochenmärkte (und eingeführter Festveranstaltungen) zur Verfügung stellt, die sie in möglichst unveränderter Form für die Zukunft erhalten und sichern möchte, handelt es sich nach diesen Maßstäben weiterhin um zumindest konkludent gewidmete öffentliche Einrichtungen, zu denen allen Marktbesckern und Einwohnern unter den gleichen Bedingungen Zugang gewährt werden soll. Eine Zugangsbeschränkung soll mit der Privatisierung nicht verbunden sein, weshalb nach den oben angeführten Maßstäben eine Vermutung für den öffentlichen Charakter der Einrichtung streitet. Zielsetzung der Beschlussfassung durch den Rat der Beklagten über die Aufhebung der Marktordnung vom 18.12.2005 am 13.11.2014 (Beschlussvorlage Nr. 270 und Protokoll) war es erklärtermaßen, die öffentlich-rechtliche Trägerschaft aufzugeben sowie die Wochen-

märkte als Einrichtung zu sichern und in eine kostengünstigere privatrechtliche Organisationsform zu verlagern, um die Belastung der Händler zu minimieren. Nachdem mehrere Ausschreibungen gescheitert waren, erließ der Rat der Beklagten vorbereitend zur ab dem 1.4.2018 beabsichtigten Neuvergabe eine neue Marktordnung vom 14.2.2018, die sich stark an der früheren orientierte, um den Betrieb und die Überwachung auf den Wochenmärkten zu gewährleisten (vgl. Vorlage Nr. 3284 zur Ratssitzung am 1.2.2018). Entsprechendes gilt für die am 14.9.2022 beschlossene Satzung über die Benutzung der Wochenmärkte in Solingen. Für dieselben seit langem etablierten Flächen und Zeiten schrieb die Beklagte am 17.7.2020 die Durchführung der Wochenmärkte in Solingen-Mitte, Solingen-Wald und Solingen-Ohligs als Konzession aus. Nach der Leistungsbeschreibung sind die Wochenmärkte auf der Grundlage der Gewerbeordnung, der gewerberechtlichen Festsetzung und einer Sondernutzungserlaubnis im Rahmen eines vom Veranstalter mit der Stadt abzuschließenden Konzessionsvertrags über die Durchführung der Wochenmärkte über eine Laufzeit von fünf Jahren zu führen. Hieraus folgt die Pflicht zur Durchführung über die volle Laufzeit. Zu den ausgeschriebenen Konzessionsbedingungen gehören nicht nur die Festlegung von Ort und Zeit der Marktdurchführung auf Marktflächen, die weiterhin in gleichem Umfang wie bisher und hierauf beschränkt als traditionelle Markt- und Festplätze dienen sollen. Hierzu gehört auch die Pflicht, eine mit der Stadt abzustimmende Marktordnung zu erlassen, die Standentgelte für die Marktbesicker über die ganze Laufzeit der Konzession konstant zu halten, die gesetzliche Haftung für die Marktflächen zu übernehmen, eine Haftpflichtversicherung mit einer Mindestversicherungssumme nachzuweisen, die Stadt von allen aus Anlass der Veranstaltungen erhobenen Ersatzansprüchen freizustellen, Abfallbeseitigung, Reinigung und Schneeräumarbeiten für die Marktflächen zu übernehmen, ein ausreichendes Toilettenangebot vorzuhalten, den auf den bestehenden Wochenmärkten tätigen Marktbesickern auf deren Verlangen einen Standplatz im bisherigen Umfang einzuräumen und ihnen möglichst denselben Marktstandplatz zuzuweisen, neue Händler anzuwerben sowie die vorhandenen Wochenmärkte zu erhalten und zu fördern. Nach dem der Ausschreibung beigefügten Entwurf für einen Konzessionsvertrag soll der Konzessionsnehmer verpflichtet sein, die Wochenmärkte selbst und nicht durch Dritte durchzuführen, eine während der Marktzeiten erreichbare Marktaufsicht zu stellen, die Wochenmärkte durch geeignete Marketingmaßnahmen zu bewerben, für die Überlassung der Marktflächen an den Markttagen durch Sondernutzungserlaubnis die dafür anfallenden Gebühren zu zahlen

und eine Kostenpauschale für die Überlassung der Stromverteilungskästen zu leisten. Im Gegenzug verpflichtet sich die Stadt, die Wochenmärkte dadurch zu fördern, dass für die Dauer der Wochenmärkte auf den jeweiligen Marktplätzen keine Sondernutzungserlaubnisse – abgesehen von solchen für vier gesondert aufgeführte traditionelle Veranstaltungen – an einzelne Händler oder ansässige Geschäfte erteilt werden.

Die Beklagte hat sich gerade deshalb für eine Marktdurchführung in privater Trägerschaft in einem Konzessionsmodell entschieden, um sich trotz begrenzter eigener Mittel einen Einflussbereich auf die im kommunalen allgemeinen Interesse liegende Wahrnehmung der zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises gehörenden Marktdurchführung vorzubehalten. Dies soll nicht nur durch die der Tradition entsprechende Vorgabe von Raum und Zeit, eine öffentliche Marktordnung, eine Vereinbarung über konstant zu haltende Standentgelte und das Versprechen des Konzessionsnehmers erfolgen, den bisherigen Marktbesckickern auf deren Verlangen einen Standplatz im bisherigen Umfang einzuräumen sowie neue Händler anzuwerben. Für eine Fortführung und Stärkung der Marktdurchführung im bisherigen Rahmen möchte die Beklagte auch dadurch sorgen, dass sie ihrerseits dem Konzessionsnehmer versprechen möchte, – wie bisher – für die Dauer der Wochenmärkte auf den jeweiligen Marktplätzen keine Sondernutzungserlaubnisse – abgesehen von solchen für vier gesondert aufgeführte traditionelle Veranstaltungen – an andere Händler zu erteilen. Hierdurch sollen die Wochenmärkte in der früher bereits und aktuell wieder ausdrücklich gewidmeten Form als nunmehr in ihrer Rechtsform privatisierte Einrichtungen auf den angestammten Plätzen ihren Alleinstellungscharakter für die Allgemeinheit behalten.

Der Einstufung von traditionellen Wochenmärkten als öffentliche Einrichtungen steht nicht entgegen, dass sie der wirtschaftlichen Betreuung der Einwohner im Sinne von § 8 Abs. 1 GO NRW dienen. Die Grenzen zulässiger wirtschaftlicher Betätigung nach § 107 GO NRW sind hierdurch nicht überschritten.

Bei der im örtlichen Interesse erfolgenden Veranstaltung traditioneller Wochenmärkte handelt es sich nach dem nordrhein-westfälischen Landesrecht wegen § 107 Abs. 2 GO NRW nicht um eine wirtschaftliche Betätigung im Rechtssinne, die den Schranken

des § 107 Abs. 1 GO NRW unterliegt. Traditionelle Wochenmärkte mit Alleinstellungscharakter auf den Marktplätzen der jeweiligen Gemeinde oder zumindest des jeweiligen Ortsteils sind nämlich – auch wegen der herkömmlich nicht verfolgten Gewinnerzielungsabsicht – als gemeindliche Einrichtungen, die der Wirtschaftsförderung dienen, nach § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GO NRW vollständig aus dem Anwendungsbereich der Regelungen über die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden ausgenommen. Dies gilt auch und gerade für nach § 69 GewO festgesetzte Wochenmärkte. Durch die bundesrechtliche Schaffung dieser Festsetzungsmöglichkeit und die hieran anknüpfende Pflicht zur Marktdurchführung sollten, wie ausgeführt, lediglich die Markttransparenz und ein wirksamer Wettbewerb gefördert werden. Dabei sollten ausdrücklich die traditionell von Gemeinden im Rahmen der Daseinsvorsorge durchgeführten Wochenmärkte zur Versorgung der Bevölkerung mit frischen Lebensmitteln durch eine Vielzahl von Anbietern für die Zukunft erhalten werden. Solche Märkte haben also gerade als gemeindliche Einrichtungen marktergänzende und wettbewerbssichernde Funktion im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse.

Vgl. BT-Drs. 7/3859, S. 9 f., 12 und 14; siehe hierzu Leisner, WiVerw 2011, 53, 69 ff., 77.

Damit gehören solche traditionellen Wochenmärkte zu den als Einrichtungen der Wirtschaftsförderung in den Privilegierungskatalog des § 107 Abs. 2 GO NRW aufgenommenen althergebrachten kommunalen Tätigkeiten der Daseinsvorsorge, die ihren Ursprung in der örtlichen Gemeinschaft hatten.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 12.10.2004 – 15 B 1873/04 –, OVG 50, 110 = juris, Rn. 11, 16, siehe ebenso Urteil vom 26.10.2010 – 15 A 440/08 –, OVG 53, 181 = juris, Rn. 21 ff.; anders für das Landesrecht in Sachsen-Anhalt: OVG S.-A., Urteil vom 19.5.2005 – 1 L 40/04 –, juris, Rn. 31, m. w. N.

Seit jeher ist allgemein anerkannt, dass das Veranstellen insbesondere von traditionellen kommunalen Märkten und Messen grundsätzlich eine in den Schutzbereich von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG fallende freiwillige Selbstverwaltungstätigkeit im Bereich der Daseinsvorsorge darstellt, die Gemeinden als öffentliche Einrichtung durchführen können, sofern ihnen dies nicht (ausnahmsweise) kommunalrechtlich versagt ist.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 2.1.2006 – 6 B 55.05 –, juris, Rn. 10; OVG NRW, Urteil vom 16.9.1975 – III A 1279/75 –, NJW 1976, 820, 821; Bay. VGH, Urteil vom 23.3.1988 – 4 B 86.02336 –, VGHE 41, 68 = NVwZ-RR 1988, 71, m. w. N.; OVG S.-A., Urteil vom 19.5.2005 – 1 L 40/04 –, juris, Rn. 31, m. w. N.; Donhauser, NVwZ 2010, 931, 932; Wellmann, in: Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, GO NRW, Stand: Dezember 2023, § 8 Rn. 4; Schönleiter/Heß, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand: Dezember 2023, Vorbem. zu Titel IV Rn. 7; Heß, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand: Dezember 2023, § 69 Rn. 19, 26.

§ 107 GO NRW sollte den Kommunen ihre wirtschaftliche Betätigung in „angestammten Feldern“ erhalten und zugleich ihre Handlungsmöglichkeiten erweitern, ohne die Interessen vor allem kleiner und mittlerer Unternehmen zu gefährden. In diesem Sinne hat der Gesetzgeber neben den schon bisher als gemeindliche Einrichtungen der Daseinsvorsorge angesehenen Wochenmärkten auch das Messe- und Ausstellungsweisen der nichtwirtschaftlichen Betätigung zugeordnet.

Vgl. LT-Drs. 12/3730, S. 103, 106, 108; Wellmann, in: Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, GO NRW, Stand: Dezember 2023, § 107 Rn. 107, 198, 203; Kotzea, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht, Stand: September 2023, GO NRW, § 107 Anm. 3.1.1.; zum Gesetz zur Änderung der Kommunalverfassung vom 17.5.1994, mit dem Wirtschaftsförderungseinrichtungen ausdrücklich erstmals als nichtwirtschaftliche Betätigungen bezeichnet worden sind: LT-Drs. 11/4983, S. 58 sowie S. 25 der Begründung.

(2) Sind die in Rede stehenden Wochenmärkte der Beklagten aber weiterhin gemeindliche Einrichtungen im Sinne von § 8 GO NRW, so bestehen die sich hieraus ergebenden öffentlich-rechtlichen Bindungen aus ihrem Betrieb gegenüber Beschickern, Besuchern und Dritten fort. Unabhängig von der Organisationsform, die für eine gemeindliche Einrichtung gewählt wird, folgt für vorhandene öffentliche Einrichtungen aus § 8 Abs. 2 GO NRW ein gegen die Gemeinde selbst im Rahmen des geltenden Rechts gerichteter öffentlich-rechtlicher Nutzungs- oder zumindest ein Zugangsverschaffungsanspruch für die Marktnutzer, seien es die Beschicker oder die Kunden. Dieser besteht im Rahmen der Zweckbestimmung der Einrichtung nach Maßgabe der jeweiligen Benutzungsregelungen sowie in den Grenzen der vorhandenen Kapazitäten, mag die Benutzung auch privatrechtlich geregelt sein.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 16.9.1975 – III A 1279/75 –, NJW 1976, 820, 821, m. w. N., sowie Beschlüsse vom 7.2.2020 – 15 B 1533/19 –, juris, Rn. 11, m. w. N., und vom 19.5.2015 – 15 A 86/14 –, juris, Rn. 15; siehe im Ergebnis auch Hess. VGH, Beschluss vom 29.11.1993 – 8 TG 2735/93 –, juris, Rn. 12, 18; Peters, in: BeckOK Kommunalrecht NRW, Dietlein/Heusch, Stand: 1.3.2024, § 8 Rn. 24, 34, 36 und 36.2; Wellmann, in: Rehn/Cronauge/von Lenep/Knirsch, GO NRW, Stand: September 2023, § 8 Rn. 12 ff.; Wansleben, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht, Stand: September 2023, GO NRW, § 8 Anm. 3.1 f.; Hellermann, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, 9. Aufl. 2022, § 2 Rn. 276 f.; Hösch, GewArch 1996, 402, 405; Gröpl, GewArch 1995, 367, 372; Schalt, GewArch 2002, 137, 142.

Den hieraus folgenden öffentlich-rechtlichen Bindungen, etwa an eine Auswahl der Marktbeschicker unter Beachtung von Art. 3 GG bei begrenzter Kapazität, kann sich die Gemeinde auch aufgrund ihrer Grundrechtsbindung aus Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG nicht durch eine „Flucht ins Privatrecht“ entziehen. Insbesondere kann sie den öffentlich-rechtlichen Zulassungsanspruch der Marktbeschicker am zuverlässigsten erfüllen, wenn sie die Entscheidung hierüber in Anwendung der hierfür seit langem anerkannten Zwei-Stufen-Theorie nicht einem privaten Dritten überträgt, den sie mit der Durchführung beauftragt hat. Tut sie dies im Rahmen einer funktionellen Privatisierung gleichwohl und wird einem Bürger der Zugang zu der Einrichtung verweigert, so kann dieser zur Durchsetzung seines öffentlich-rechtlichen Benutzungsanspruchs die Gemeinde vor dem VG darauf verklagen, auf den Dritten einzuwirken, ihm den Zugang zu verschaffen. Um den Zugangsverschaffungsanspruch erfüllen zu können, muss sich die Gemeinde zumindest die hierfür erforderlichen Kontroll- und Einwirkungsrechte vorbehalten.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.7.2016 – 2 BvR 470/08 –, juris, Rn. 27 ff.; BVerwG, Beschluss vom 29.5.1990 – 7 B 30.90 –, juris, Rn. 4, m. w. N., und Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08 –, juris, Rn. 33; Bay. VGH, Urteil vom 17.2.1999 – 4 B 96.1710 – VGHE 52, 31 = juris, Rn. 35; OVG NRW, Urteile vom 23.10.1968 – III A 1522/64 –, OVGE 24, 175, 177 f., vom 16.9.1975 – III A 1279/75 –, NJW 1976, 820, 821, und Beschluss vom 13.3.2018 – 15 A 971/17 –, juris, Rn. 17; Hess. VGH, Beschlüsse vom 29.11.1993 – 8 TG 2735/93 –, juris, Rn. 12, und vom 25.6.1974 – VN 2/70 –,

DVBl. 1975, 913, 914; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 23.9.1980 – I 3895/78 –, DVBl. 1981, 220, 221 f.; siehe bereits Pr.OVG, Urteil vom 15.2.1910 – I. C. 42/08 –, PrOVGE 56, 252, 253; Donhauser, NVwZ 2010, 931, 932; Peters, in: BeckOK Kommunalrecht NRW, Dietlein/Heusch, Stand: 1.3.2024, § 8 Rn. 36.2; siehe auch LT-Drs. 11/7060, S. 160; offen gelassen von Hess. VGH, Beschluss vom 12.8.2004 – 8 TG 3522/03 –, juris, Rn. 21.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Zulassungsanspruch für gewerberechtlich festgesetzte Märkte aus § 70 GewO folgt. Für gewerberechtlich festgesetzte Märkte, die zugleich gemeindliche Einrichtungen sind, wird den hieraus folgenden öffentlich-rechtlichen Bindungen im Einklang mit Art. 31 GG am ehesten dadurch entsprochen, dass eine, wie hier, beabsichtigte gewerberechtliche Festsetzung zu Gunsten der Gemeinde und nicht zu Gunsten eines beauftragten privaten Dritten erfolgt, wie dies bei traditionellen kommunalen Märkten auch regelmäßig geschieht.

Vgl. BT-Drs. 7/3859, S. 14; Heß, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand: Dezember 2023, § 69 Rn. 19; Hellermann, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, 9. Aufl. 2022, § 2 Rn. 267.

Erfolgt hingegen eine Marktfestsetzung zu Gunsten eines privaten Konzessionsnehmers, tritt der dann gegenüber dem privaten Veranstalter bestehende Zulassungsanspruch aus § 70 GewO nach der seit langem anerkannten Zwei-Stufen-Theorie neben den hierdurch nicht ausgeschlossenen öffentlich-rechtlichen Zugangsverschaffungsanspruch.

b) Dem Marktfestsetzungsantrag der Klägerin war auch nicht zu entnehmen, dass die in Rede stehenden Flächen ihr auch unabhängig davon, dass sie Gegenstand der Ausschreibung einer Dienstleistungskonzession über die Durchführung der Wochenmärkte waren, für eine Marktdurchführung zur Verfügung standen. Hierfür erforderliche straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnisse waren der Klägerin weder bereits erteilt noch verbindlich in Aussicht gestellt. Derartige Erlaubnisse sind vielmehr als Gegenstand der beabsichtigten Zuschlagserteilung über die ausgeschriebene Dienstleistungskonzession nur dem erfolgreichen Bieter in Aussicht gestellt, nicht aber jedem, der unabhängig hiervon oder als Teil seiner Bewerbung eine Marktfestsetzung beantragt. Die Ausschreibung hat gerade den Sinn, dass eine die Erteilung erforderlicher

Sondernutzungserlaubnisse einschließende Vergabe (nur) im Rahmen der kommunalen Widmungsentscheidung erst nach einem – bisher nicht erfolgten – rechtmäßigen und dem Gleichheitssatz genügenden Zuschlag vorgenommen wird.

Vgl. hierzu bereits: OVG NRW, Beschluss vom 29.4.2022 – 4 B 996/21 –, juris, Rn. 72.

II. Auch hinsichtlich des mit dem Klageantrag zu 2. verfolgten Begehrens, der Klägerin die Marktflächen und die entsprechende Nutzungsinfrastruktur zur Verfügung zu stellen, ist die insoweit statthafte Leistungsklage zulässig, aber unbegründet.

Die Klägerin hat schon deshalb keinen Anspruch auf die begehrte Bereitstellung, weil die Beklagte die in Rede stehenden Flächen einschließlich der Nutzungsinfrastruktur zulässigerweise nur dem erfolgreichen Bieter auf ihre Ausschreibung zur Verfügung stellt. Für einen hiervon losgelösten Anspruch auf Bereitstellung der in Rede stehenden Flächen besteht keine Anspruchsgrundlage. Selbst eine fiktive Marktfestsetzung, die die Klägerin vergeblich für sich reklamiert, begründete keine Pflicht der Beklagten, kommunale Grundstücke oder Stromversorgungseinrichtungen zur Verfügung zu stellen. Im Gegenteil kommt eine Marktfestsetzung – wie ausgeführt – nur in Betracht, wenn der Antragsteller ohne sonstige rechtliche oder tatsächliche Hindernisse zur Marktdurchführung in der Lage ist. Dass es daran fehlt, belegt der Antrag zu 2. besonders anschaulich.

III. Die mit dem hilfsweise gestellten Klageantrag zu 3. auf eine Bescheidung ihres Festsetzungsantrags gerichtete Bescheidungsklage ist jedenfalls unbegründet.

Die Klägerin kann eine eigenständige Bescheidung ihres auf Seite 55 ihrer Bewerbung enthaltenen Antrags nicht beanspruchen. Dieser Antrag war nicht eigenständig, sondern nur als Bestandteil der Bewerbung um die ausgeschriebene Dienstleistungskonzession gestellt worden. Nach den gemäß den §§ 133, 157 BGB für die Auslegung von empfangsbedürftigen Willenserklärungen geltenden Maßstäben kommt es darauf an, wie die Erklärung aus der Sicht des Empfängers bei objektiver Betrachtung zu verstehen ist. Dabei tritt der Wortlaut hinter Sinn und Zweck der Erklärung zurück. Maßgebend ist der geäußerte Wille des Erklärenden, wie er aus der Erklärung und

sonstigen Umständen für den Erklärungsempfänger nach den ihm bekannten Umständen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben erkennbar wird.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 30.10.2013 – 2 C 23.12 –, BVerwGE 148, 217 = juris, Rn. 15, vom 15.9.2010 – 8 C 21.09 –, BVerwGE 138, 1 = juris, Rn. 36, und vom 12.12.2001 – 8 C 17.01 –, BVerwGE 115, 302 = juris, Rn. 40; OVG NRW, Urteil vom 14.12.2020 – 4 A 1992/16 –, juris, Rn. 37 f., m. w. N.

Gemessen daran bestand für die Beklagte schon kein Anlass, den in der Bewerbung enthaltenen Antrag als selbstständigen, ein eigenständiges Verwaltungsverfahren (vgl. § 22 Satz 2 VwVfG NRW) auslösenden Festsetzungsantrag aufzufassen. Der Antrag war Teil der Bewerbung auf die Konzessionsausschreibung, die ihrerseits dem erfolgreichen Bieter neben dem Abschluss eines Konzessionsvertrags und der Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen die Festsetzung der ausgeschriebenen Wochenmärkte in Aussicht gestellt hatte. Schon in dem dem Antrag beigefügten Inhaltsverzeichnis war der Festsetzungsantrag unter „8. Sonstiges“ nach dem Punkten Risiken und Versicherungen, Eigenerklärungen sowie vor dem Punkt „Anlagen zum Konzept“ aufzufinden. Auch im Duktus des Antragsschreibens war er zwar auf einer eigenen Seite (S. 55 des Antrags) aufgeführt, jedoch weder mit einer entsprechenden Hervorhebung oder einem Hinweis auf die Unabhängigkeit von dem Bewerbungsantrag, noch mit einer die Eigenständigkeit des Antrags verdeutlichenden gesonderten Unterschrift der Vertreter der Klägerin versehen. Ungeachtet dessen schied die beantragte Marktfestsetzung zu Gunsten der Klägerin schon deshalb aus, weil sich der Antrag nicht auf Flächen bezog, über die die Klägerin verfügen durfte. Die Flächen waren vielmehr Gegenstand der Ausschreibung einer Dienstleistungskonzession und standen für eine unabhängig hiervon beantragte Marktfestsetzung ohnehin nicht zur Verfügung.

IV. Die mit dem ebenfalls hilfsweise gestellten Klageantrag zu 4. verfolgte Bescheidungsklage bezogen auf die von der Klägerin begehrte Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis bleibt gleichfalls ohne Erfolg. Der Klägerin steht unabhängig davon, dass ein entsprechender vorprozessualer Antrag bei der Beklagten nicht gestellt worden ist, jedenfalls deshalb kein Anspruch auf eine derartige Bescheidung zu, weil die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen an die Klägerin ausscheidet, solange die

Beklagte zulässigerweise beabsichtigt, ihre Wochenmärkte als öffentliche Einrichtung im Konzessionsmodell durch den erfolgreichen Bieter auf ihre öffentliche Ausschreibung durchführen zu lassen, und die Klägerin nicht in einem ordnungsgemäßen Auswahlverfahren ausgewählt worden ist.

V. Schließlich ist die Klage mit dem Hilfsantrag zu 5. zwar zulässig (dazu unten 1.), aber unbegründet (dazu unten 2.).

1. Die Klage ist insoweit als vorbeugende Unterlassungsklage statthaft.

Eine vorbeugende Unterlassungsklage als Unterfall der allgemeinen Leistungsklage, mit der ein drohendes tatsächliches Verwaltungshandeln abgewendet werden soll, ist (nur) statthaft, wenn sich dieses Handeln hinreichend konkret abzeichnet, insbesondere die für eine Rechtmäßigkeitsprüfung erforderliche Bestimmtheit aufweist.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 9.11.2023 – 10 A 3.23 –, juris, Rn. 13, m. w. N.

So liegt der Fall hier. Die Klägerin wendet sich in Gestalt des sich hinreichend konkret abzeichnenden Zuschlags für die Durchführung der Solinger Wochenmärkte an die Beigeladene gegen ein – nach wie vor – tatsächlich drohendes Verwaltungshandeln. Spätestens mit Erhalt der E-Mail der Beklagten vom 5.1.2021 war hinreichend absehbar, dass diese den Zuschlag an die Beigeladene in Kürze erteilen würde. Der Zuschlag ist bisher nur deshalb nicht erfolgt, weil das VG dies mit Beschluss vom 18.5.2021 (3 L 59/21 VG Düsseldorf) untersagt hat und das Hauptsacheverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Angesichts der Bezugnahme auf die Auswertung in der Bewertungsmatrix, die Grundlage der bereits vorgenommenen Auswahlentscheidung war, weist das beabsichtigte Verwaltungshandeln auch bereits die für eine Rechtmäßigkeitsprüfung erforderliche Bestimmtheit auf.

Die Klägerin verfügt zudem über das für die ausnahmsweise Gewährung vorbeugenden Rechtsschutz erforderliche besondere Rechtsschutzinteresse.

Verwaltungsrechtsschutz ist grundsätzlich nachgängiger Rechtsschutz. Das folgt aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, der der Gerichtsbarkeit nur die Kontrolle der Verwaltungstätigkeit aufträgt, ihr aber grundsätzlich nicht gestattet, bereits im Vorhinein gebietend oder verbotend in den Bereich der Verwaltung einzugreifen. Die VwGO stellt darum ein System nachgängigen – ggf. einstweiligen – Rechtsschutzes bereit und geht davon aus, dass dieses zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) grundsätzlich ausreicht. Vorbeugende Klagen sind daher nur zulässig, wenn ein besonderes schützenswertes Interesse gerade an der Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes besteht, wenn mit anderen Worten der Verweis auf den nachgängigen Rechtsschutz – einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes – mit für die Klägerin unzumutbaren Nachteilen verbunden wäre.

Vgl. nur: BVerwG, Urteile vom 25.9.2008 – 3 C 35.07 – , BVerwGE 132, 64 = juris, Rn. 26, und vom 22.10.2014 – 6 C 7.13 –, juris, Rn. 17; sowie im markt-rechtlichen Zusammenhang bereits: OVG NRW, Beschluss vom 20.7.2016 – 4 B 690/16 –, juris, Rn. 3 ff., 6.

Hiervon ausgehend kann die Klägerin unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls vorbeugenden Rechtsschutz für sich in Anspruch nehmen. Die Verweisung auf nachgelagerten Rechtsschutz nach Erteilung eines Zuschlags ohne eine vorherige sachliche Überprüfung der durch die Beklagte vorgenommenen Auswahlentscheidung im Hauptsacheverfahren würde dem Anspruch der Klägerin auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes nicht ausreichend Rechnung tragen. Dies gilt umso mehr, nachdem zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes bereits mehr als drei Jahre verstrichen sind und bislang im Hauptsacheverfahren noch keine gerichtliche Überprüfung der Auswahlentscheidung stattgefunden hat, obwohl die Klägerin alle zumutbaren Möglichkeiten genutzt hat, eine gerichtliche Klärung herbeizuführen.

Auch wenn es nicht gänzlich ausgeschlossen sein mag, eine bereits erteilte Konzession auf eine nachträgliche gerichtliche Überprüfung zurückzunehmen, wäre dieses Verfahren jedenfalls nicht geeignet, auch die wirtschaftlichen Interessen der Klägerin bis zu einer nachträglichen gerichtlichen Entscheidung ausreichend zu schützen, während die Beigeladene weiterhin – wie bereits seit mehreren Jahren – tatsächlich die streitgegenständlichen Wochenmärkte durchführt.

Vgl. Hess. VGH, Beschluss vom 7.10.2014 – 8 B 1686/14 –, juris, Rn. 27 f.

Vor dem Hintergrund der durch die Beklagte gewählten Verfahrensgestaltung erscheint es daher sachgerecht, nach dem Vorbild des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreits die Gelegenheit, gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, in den Zeitraum zwischen der Auswahlentscheidung und ihrer tatsächlichen Umsetzung zu verlagern. Auch bei der hier gewählten Verfahrensgestaltung muss nämlich sichergestellt sein, dass ein unterlegener Bewerber die Auswahlentscheidung vor ihrer verbindlichen Umsetzung in einem gerichtlichen Verfahren überprüfen lassen kann, das den inhaltlichen Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG genügt.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16.09 –, BVerwGE 138, 102 = juris, Rn. 31.

Die Klägerin hat auch keine zumutbare Möglichkeit ungenutzt verstreichen lassen, nach ihrem Erfolg im zeitnah angestregten Eilverfahren eine frühere gerichtliche Überprüfung im Hauptsacheverfahren herbeizuführen, indem sie die ihr mit E-Mail vom 5.1.2021 mitgeteilte Auswahlentscheidung früher zum Gegenstand des Klageverfahrens gemacht hätte. Denn bei der Bekanntgabe der Auswahlentscheidung, die selbst kein Verwaltungsakt ist, handelt es sich um eine der abschließenden Vergabe vorgelegte behördliche Verfahrenshandlung, gegen die Rechtsbehelfe nach § 44a Satz 1 VwGO nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden können.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 20.7.2016 – 4 B 690/16 –, juris, Rn. 3; Hess. VGH, Beschluss vom 7.10.2014 – 8 B 1686/14 –, juris, Rn. 28.

Die gesonderten Mitteilungen der Auswahlentscheidung an jeden Bewerber, einmal positiven, ansonsten negativen Inhalts, stellen keine inhaltlich eigenständigen Entscheidungen dar, sondern geben die einheitliche, rechtlich untrennbare Auswahlentscheidung sowie die hierfür maßgebenden Erwägungen bekannt.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 – 2 C 16.09 –, BVerwGE 138, 102 = juris, Rn. 25.

Das Bewerbungsverfahren endet nicht schon mit der Mitteilung der Auswahlentscheidung, sondern erst mit der Beendigung des Vergabeverfahrens, also erst mit der tatsächlichen Umsetzung der Auswahlentscheidung zu Gunsten des erfolgreichen Bewerbers oder mit einem Abbruch des Vergabeverfahrens.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 29.11.2012 – 2 C 6.11 –, BVerwGE 145, 185 = juris, Rn. 11.

Da die Beklagte auf die Entscheidung des VG im Eilverfahren und angesichts der von der Klägerin weiterhin im Hauptsacheverfahren verfolgten Klage bislang keine neue Auswahlentscheidung vorgenommen hat, ist die Gewährung vorbeugenden Rechtsschutzes im vorliegenden Verfahren weiterhin geboten, um so eine gerichtliche Überprüfung nun im Hauptsacheverfahren zu ermöglichen.

2. Die Klage ist aber unbegründet. Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten kein Unterlassungsanspruch zu. Als Anspruchsgrundlage käme insoweit nur der allgemeine öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch in Betracht, der voraussetzt, dass eine Rechtsbeeinträchtigung noch andauert oder mit hinreichender Wahrscheinlichkeit droht.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 15.12.2005 – 7 C 20.04 –, NJW 2006, 1303 = juris, Rn. 10 f., 33 f., vom 25.1.2012 – 6 C 9.11 –, BVerwGE 141, 329 = juris, Rn. 19, 21, und vom 22.10.2014 – 6 C 7.13 –, NVwZ 2015, 906 = juris, Rn. 20, 31.

Der Klägerin droht durch den von der Beklagten beabsichtigten Zuschlag an die Beigeladene keine Verletzung ihres aus der Eröffnung des Vergabeverfahrens und der Bewerbung hierauf resultierenden Bewerbungsverfahrensanspruchs.

Der staatlichen Stelle, die einen öffentlichen Auftrag vergibt, ist es verwehrt, das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen. Die Auftragsvergabe dient zwar nicht dem Bieterinteresse, sondern allein der Befriedigung des öffentlichen Beschaffungsbedarfs. Allerdings muss jeder Mitbewerber eine faire Chance erhalten,

nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Insofern verfügt jeder Mitbewerber über ein subjektives Recht aus Art. 3 Abs. 1 GG. Die Bieter können demgemäß zwar die Beachtung aller für das Verfahren und die Zuschlagserteilung maßgeblichen Vorschriften erwarten, nicht aber die Auftragsvergabe selbst.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03 –, BVerfGE 116, 135 = juris, Rn. 64 f.; BGH, Urteile vom 8.12.2020 – XIII ZR 19/19 –, BGHZ 228, 15 = juris, Rn. 21, und vom 9.3.2021 – KZR 55/19 –, juris, Rn. 36.

Werden, wie hier, im Interesse einer transparenten und rechtssicheren Auswahl Ausschreibungsbedingungen öffentlich bekannt gemacht, führt dies über Art. 3 Abs. 1 GG zu einer Selbstbindung der Verwaltung und vermittelt den einzelnen Bewerbern einen Anspruch auf Gleichbehandlung und Einhaltung der verlautbarten Bedingungen. Dementsprechend gebietet das Gleichbehandlungsgebot bei öffentlichen Ausschreibungen, die gewerberechtliche Marktfestsetzungen zum Gegenstand haben, nur diejenigen Angebote zu werten, die die zwingend geforderten Erklärungen enthalten und insoweit miteinander vergleichbar sind, sowie Angebote nur so zu werten, wie sie eingereicht wurden, und keinesfalls einem einzelnen Bieter die Möglichkeit zu geben, sein Angebot zu überarbeiten.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 20.7.2016 – 4 B 691/16 –, juris, Rn. 7 ff., m. w. N.

Welche sachlich gerechtfertigten Auswahlkriterien herangezogen werden dürfen, bestimmt sich nach dem allgemeinen Gleichheitssatz unter Berücksichtigung des Lebenssachverhalts, in dessen Rahmen das Auswahlermessen ausgeübt wird. Danach ist ein Auswahlverfahren, das sich zumindest auch auf die Auswahl konkurrierender Bewerber um die Teilnahme oder Durchführung von Märkten bezieht, nicht zu beanstanden, das den in den §§ 69 ff. GewO niedergelegten Grundsatz der Marktfreiheit beachtet und jedem Bewerber die gleiche Zulassungschance einräumt.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 27.4.1984 – 1 C 24.82 –, juris, Rn. 12, und Beschluss vom 4.10.2005 – 6 B 63.05 –, juris, Rn. 5; OVG NRW, Urteil vom 19.9.2019 – 4 A

2129/18 –, juris, Rn. 49 f., m. w. N., jeweils zu Auswahlentscheidungen nach § 70 Abs. 3 GewO.

Im Übrigen kann eine Gemeinde in Ausübung ihres Selbstverwaltungsrechts nach Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG die Bewerber auf die von ihr vorab festgelegten Marktflächen und sonstigen Rahmenbedingungen festlegen, deren genaue Bezeichnung für eine Marktfestsetzung nach § 69 GewO zwingend erforderlich ist.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 20.7.2016 – 4 B 690/16 –, juris, Rn. 16.

Auch die auf der Grundlage einer öffentlichen Ausschreibung zu treffende Auswahlentscheidung ist eine Ermessensentscheidung, die nach Maßgabe des § 114 VwGO der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle (nur) daraufhin unterliegt, ob die Behörde die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (§ 40 VwVfG NRW).

Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 19.10.2006 – 3 C 33.05 –, BVerwGE 127, 42 = juris, Rn. 50; BGH, Beschluss vom 23.7.2007 – NotZ 51/06 –, juris, Rn. 31; siehe generell zu Auswahlentscheidungen auch OVG NRW, Beschluss vom 16.8.2023 – 4 B 959/22 –, juris, Rn. 22.

Bei der Bewertung der Bewerbungen nach Maßgabe der öffentlich bekannt gemachten Ausschreibungsbedingungen steht der auswählenden Stelle deshalb ein Freiraum zu, der gerichtlich nur darauf überprüft werden kann, ob die Beurteilung aufgrund zutreffender Tatsachen erfolgt ist, ob nicht gegen Denkgesetze oder allgemein gültige Wertmaßstäbe verstoßen worden ist, ob keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind und ob keine Verfahrensfehler gemacht wurden. Keinesfalls darf das Gericht seine eigenen – nicht notwendigerweise richtigeren – Einschätzungen an die Stelle der zur Entscheidung berufenen Stelle setzen.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 2.7.2010 – 4 B 643/10 –, juris, Rn. 5, und vom 15.5.2017 – 4 A 1504/15 –, juris, Rn. 9, jeweils zum Maßstab bei Auswahlentscheidungen nach § 70 Abs. 3 GewO.

Bei Auswahlentscheidungen, an denen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, ergibt sich die Pflicht transparenter und nachvollziehbarer Entscheidungen auch aus dem auf dem allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung beruhenden europarechtlichen Transparenzgebot. Dabei ist den Mitgliedstaaten allerdings ein gewisses Ermessen zuzuerkennen, um zur Einhaltung dieser Grundsätze bestimmte Maßnahmen zu erlassen. Die Verpflichtung zur Transparenz soll nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere die Gefahr willkürlicher Entscheidungen ausschließen.

Vgl. EuGH, Urteil vom 16.4.2015 – C-278/14 –, EU:C:2015:228, juris, Rn. 16 und 25 ff., m. w. N.; OVG NRW, Urteil vom 19.9.2019 – 4 A 2129/18 –, juris, Rn. 55 f., m. w. N.

Nach dem Transparenzgebot muss die öffentliche Stelle zugunsten der potenziellen Bewerber einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Wettbewerb eröffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob das Auswahlverfahren unparteiisch durchgeführt worden ist.

Vgl. EuGH, Urteil vom 13.10.2005 – C-458/03 –, EU:C:2005:605, juris, Rn. 49.

Die Verpflichtung zur Transparenz bedeutet nach der Rechtsprechung des EuGH auch, dass sich die öffentliche Stelle während des gesamten Verfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien halten muss. Erst recht dürfen diese Kriterien während des Verfahrens nicht geändert werden.

Vgl. EuGH, Urteil vom 18.11.2010 – C-226/09 –, EU:C:2010:697, juris, Rn. 59 f.

Außerhalb unionsrechtlich harmonisierter Vergabeverfahren reicht die Transparenzpflicht aber nicht so weit, dass auch die relative Gewichtung der vorab bekannten Kriterien sowie die Präzisierung der Modalitäten, nach denen die vorliegenden Anträge zu bewerten sind, vorab zu bestimmen und allgemein oder den potenziellen Interessenten mitzuteilen sind. Deshalb muss auch nicht bereits ein von den zuständigen Be-

hörden auf der Grundlage objektiver Auswahlkriterien durch Präzisierung der Modalitäten, nach denen die vorliegenden Anträge zu bewerten sind, zu entwickelnder Verteilmechanismus vorab bekannt gegeben werden.

Vgl. EuGH, Urteil vom 18.11.2010 – C-226/09 –, EU:C:2010:697, juris, Rn. 43, 46; OVG NRW, Beschluss vom 16.8.2019 – 4 B 659/18 –, juris, Rn. 48 ff., m. w. N.

Nach diesen Maßstäben droht der Klägerin durch die von der Beklagten in Aussicht gestellte Vergabeentscheidung zugunsten der Beigeladenen keine Verletzung ihres Bewerbungsverfahrensanspruchs. Die Frage, welches Organ im Rahmen der kommunalen Aufgabenverteilung für die Festlegung der Auswahlkriterien sowie deren Gewichtung zuständig ist, berührt schon keine subjektiven Rechtspositionen der Klägerin. Ungeachtet dessen bedurfte diese Festlegung nach Maßgabe der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung als Geschäft der laufenden Verwaltung auch keiner vorherigen Festlegung durch den Rat der Beklagten (dazu unten a). Die Ausschreibung genügt im Übrigen den aufgestellten Anforderungen, um eine transparente und willkürfreie Auswahlentscheidung zu gewährleisten (dazu unten b). Die auf Grundlage dieser Ausschreibung getroffene Auswahlentscheidung überschreitet auch nicht die gesetzlichen Grenzen des behördlichen Auswahlermessens (dazu unten c).

a) Ohne Erfolg wendet sich die Klägerin dagegen, dass die Festlegung der Auswahlkriterien und ihrer Gewichtung nicht auf einen entsprechenden Beschluss des Rates der Beklagten zurückzuführen sind.

Auf eine etwaige Verletzung der objektiv-rechtlichen Aufgabenzuweisung an Rat oder Verwaltung nach § 41 GO NRW kann sich die Klägerin nicht berufen, weil diese Vorschrift keine aus sich heraus klagefähige Rechtsposition begründet.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 4.6.2012 – 11 A 1422/11 –, juris, Rn. 9, und Urteil vom 27.5.1993 – 4 A 2800/92 –, NVwZ-RR 1994, 157.

Abgesehen davon stellt die hier durch die Beklagte vorgenommene Ausschreibung der Wochenmarktvergabe einschließlich der hierzu erfolgten Aufstellung der Auswahlkriterien keine dem Rat vorbehaltene Entscheidung dar. Nach den in Nordrhein-Westfalen geltenden kommunalrechtlichen Vorgaben kann der Rat gemäß § 41 Abs. 1 Satz 2 lit. a GO NRW Entscheidungen über die allgemeinen Grundsätze, nach denen die Verwaltung geführt werden soll, nicht übertragen. Laufende Geschäfte der Verwaltung gelten hingegen regelmäßig im Namen des Rates als auf den Bürgermeister übertragen, § 41 Abs. 3 GO NRW. Nach gefestigter obergerichtlicher Rechtsprechung fallen in Nordrhein-Westfalen die nach Regelmäßigkeit und Häufigkeit üblichen Geschäfte darunter, deren Erledigung nach feststehenden Grundsätzen auf eingefahrenen Gleisen erfolgt. Ist dies der Fall, kommt es auf Umfang und Schwierigkeit in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht sowie auf die finanziellen Auswirkungen nicht an.

Vgl. OVG NRW, Urteile vom 15.12.1969 – III A 1329/66 –, OVG 25, 186 = juris, Rn. 27, und vom 4.4.2006 – 15 A 5081/05 –, juris, Rn. 28; eine grundsätzliche Abweichung hiervon war in dem Urteil vom 13.5.2019 – 11 A 2057/17 –, juris, Rn. 42 f., das sich in erster Linie auf die vorgenannte Landesrechtsprechung bezieht, ersichtlich nicht beabsichtigt.

Nach diesen Maßgaben stellt die Ausschreibung zur Vergabe der Wochenmarktkonzession sowie hiermit verbunden die Aufstellung der hierzu erforderlichen Auswahlkriterien ein Geschäft der laufenden Verwaltung dar. Nachdem der Rat der Beklagten bereits in seiner Sitzung am 13.11.2014 (vgl. dort Beschlussvorlage 270) grundlegend beschlossen hat, die Veranstaltung der Wochenmärkte in private Trägerschaft zu verlagern, stellt die konkrete Ausschreibung als Vollzug der angeführten Grundsatzentscheidung selbst nicht mehr die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Verwaltung dar, zumal sich an Ort, Zeit und den wesentlichen Rahmenbedingungen der Marktdurchführung durch die Privatisierung nichts ändern sollte. Im Gegenteil hatte der Rat entschieden, die Solinger Wochenmärkte sollten erhalten bleiben. Hieran hatte sich die Verwaltung bei der Durchführung der Vergabe zu orientieren. Nichts anderes ergibt sich im Ergebnis aus der von der Beklagten angeführten Regelung in § 25 Abs. 1 lit. b) ihrer Hauptsatzung, wonach die Vergabe von Aufträgen für Leistungen nach der VOB oder für sonstige Leistungen bis zu einem Auftragsvolumen von 375.000,00 EUR als Geschäfte der laufenden Verwaltung (vgl. § 41 Abs. 3 GO NRW) gelten. Den dort

angeführten Schwellenwert bei sonstigen Leistungen überschreitet die Vergabe der Wochenmarktkonzession nach übereinstimmender Einschätzung der Beteiligten ebenso wenig wie den Schwellenwert nach Art. 4 lit. c der Richtlinie 2014/24/EU in Höhe von derzeit 207.000,00 Euro. Der Regelung der Hauptsatzung liegt die Einschätzung des Rates zugrunde, dass Ausschreibungen und Vergabeentscheidungen grundsätzlich von der Verwaltung nach festen und regelmäßig wiederkehrenden Maßstäben durchzuführen sind.

b) Die Ausschreibung zur Vergabe der Wochenmarktkonzession genügt den rechtlichen Anforderungen, eine transparente und willkürfreie Auswahlentscheidung zu ermöglichen.

Die Beklagte hat die Ausschreibung sowie u. a. die Leistungsbeschreibung und Konzessionsbedingungen über eine im Internet frei zugängliche Bekanntmachungsplattform und damit öffentlich zugänglich bereitgestellt. In dem Zusammenhang hat sie auch die von ihr später angewendeten maßgeblichen Zuschlagskriterien gegenüber potenziellen Bietern offengelegt sowie einen schlüssigen Maßstab dargetan, anhand dessen sie die Bewertung nach der einschlägigen Punkteskala von null bis vier Punkten vorzunehmen beabsichtige. Die in sieben Themenbereiche und zahlreiche weitere Unterpunkte aufgegliederten Vergabekriterien gewährleisten zudem unter ausreichender Berücksichtigung des Gebotes der Marktfreiheit eine sachgerechte Auswahl, welcher Bewerber die Interessen der Beklagten bei der Durchführung der Wochenmärkte als öffentliche Einrichtungen im Konzessionsmodell am besten vertreten wird.

Dass die Beklagte die Gewichtung der einzelnen Kriterien dabei nicht bereits vorab offengelegt bzw. vorgenommen hat, ist nach den oben dargestellten Maßstäben unbedenklich. Eine unzulässige nachträgliche Änderung der Gewichtung der Zuschlagskriterien ist nicht erfolgt. In der von Anfang an vorbehaltenen erstmaligen Gewichtung der Kriterien liegt vielmehr lediglich eine zulässige Präzisierung der Zulassungsmodalitäten, zumal die Gewichtung der Kriterien ersichtlich auch auf willkürfreien und sachlich gerechtfertigten Erwägungen der Beklagten beruhte. Dies verdeutlicht etwa gerade der Umstand, dass sie allein den unter dem Oberkriterium „Standgelder und Nebenkosten“ geführten Unterkriterien „Transparenz der Gebühren“, „Standgeldstabilität

während der Vertragsdauer“ und „Betriebsnebenkosten“ den höchsten Gewichtungsfaktor „5“ zu- und diesen damit überragende Bedeutung beigemessen hat. Dieses Vorgehen erschließt sich ohne weiteres vor dem Hintergrund, dass Grund und Anlass für die seit 2014 angestrebte Verlagerung der Wochenmärkte in eine private Trägerschaft gerade war, dass andernfalls eine deutliche Anhebung der Standgebühren gedroht hätte, die vermieden werden sollte. Ausweislich der Beschlussvorlage Nr. 270 für die Ratssitzung am 13.11.2014 hatte die Verlagerung das erklärte Ziel, die Belastung für die Händler zu minimieren und den Wochenmarkt als Einrichtung zu sichern.

Entsprechendes Gewicht kommt dem Oberkriterium „Personelle Kapazitäten“ zu, weil die Beklagte dieses in sechs Unterkriterien untergliedert hat, auch wenn diesen nur Gewichtungsfaktoren von „3“ bzw. „2“ zugeordnet worden sind. Unter Berücksichtigung der Gewichtung macht dieses Kriterium 18,37 % der Gesamtpunkte aus; das Kriterium Standgelder und Nebenkosten macht hingegen 17,35 % der Gesamtpunkte aus. Auch dies ist rechtlich nicht zu beanstanden, weil die Beklagte diese Anforderungen in zwei eigenen Punkten auf der ersten Seite ihrer Ausschreibung prominent hervorgehoben und damit zum Ausdruck gebracht hat, dass die persönliche Betreuung, gerade während der Marktzeiten, für sie von erheblicher Bedeutung war.

Auch im Hinblick auf die übrigen Gewichtungen bestehen keine Anhaltspunkte für ein manipulatives Handeln der Beklagten.

c) Die Beklagte hat auch das ihr bei der Anwendung der von ihr aufgestellten Auswahlkriterien zukommende Ermessen sowohl im Hinblick auf die formalen Mindestkriterien (dazu unten aa) als auch die übrigen Bewertungskriterien (dazu unten bb) fehlerfrei ausgeübt.

aa) Die Beklagte hat die verlautbarten Vergabebedingungen nicht etwa dadurch in entscheidungserheblicher Weise außer Acht gelassen, dass sie – wie von der Klägerin eingewandt – das Angebot der Beigeladenen unzulässigerweise berücksichtigt habe, obwohl dieses unvollständig gewesen sei. Hierzu hat der Senat bereits in seinem Hinweisbeschluss gleichen Rubrums an die Beteiligten vom 9.4.2021 – 4 B 996/21 –, juris, Rn. 73 f., darauf hingewiesen, dass er die Argumentation der Klägerin insoweit nicht nachvollziehen könne und dass ungeachtet dessen das genaue Eingangsdatum der

Führungszeugnisse auch unbeachtlich sei. An dieser bereits geäußerten Auffassung hält der Senat nach nochmaliger Überprüfung fest.

bb) Ebenso wenig dringt die Klägerin mit ihren Einwänden gegen die durch die Beklagte vorgenommene Auswertung der Angebote der Beteiligten durch. Dabei widerspricht zwar die von der Beklagten vorgenommene Differenzierung bei der Bewertung des „Recht(s) auf Teilnahme“ durch die beiden Bewerberinnen den gesetzlichen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Bewertungsentscheidung. Dieser Bewertungsmangel wirkt sich allerdings nicht ergebnisrelevant aus [dazu unten (1)]. Keine durchgreifenden Bedenken gegen die Bewertung durch die Beklagte besteht allerdings im Hinblick auf das Kriterium „Neutralität als Marktbetreiber“ [dazu unten (2)]. Auch im Übrigen unterliegt die Auswahlentscheidung der Beklagten im Hinblick auf die im Eilverfahren bereits erhobenen Rügen, die der Prozessbevollmächtigte der Klägerin in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich zum Gegenstand seines Klagevorbringens gemacht hat, keinen durchgreifenden Bedenken. Insoweit setzt die Klägerin regelmäßig nur ihre eigene rechtlich nicht maßgebliche Bewertung an die Stelle der Bewertung der Beklagten [dazu unten (3) bis (12)].

(1) Nicht zu rechtfertigen und damit ermessensfehlerhaft ist die unterschiedliche Bewertung der Bewerbungen im Hinblick auf das Kriterium „Recht auf Teilnahme“ um zwei Punkte.

Die von der Beklagten im Hinblick auf das angelegte Differenzierungskriterium der Verpflichtung zur Gewährung des Marktzugangs nach Maßgabe des § 70 GewO angeführten unterschiedlichen Formulierungen in den AGB bzw. der Marktordnung der Bewerberinnen rechtfertigen die deutlich unterschiedliche Bewertung nicht. Der herangezogene Passus in der von der Klägerin vorgelegten Marktordnung (§ 5 Abs. 2 UAbs. 1) greift ersichtlich für den Fall eines nach der Gewerbeordnung festgesetzten Markts die Vorgabe des § 70 GewO auf und gewährleistet zumindest ihrem Wortlaut nach deren Beachtung. Die von der Beklagten beanstandete Passage in Absatz 2 Unterabsatz 2 der allgemein, d. h. nicht bloß auf die Wochenmärkte in Solingen bezogen formulierten Marktordnung bezieht sich hingegen eindeutig auf den hier nicht einschlägigen Fall, dass eine gewerberechtliche Marktfestsetzung nicht erfolgt. Nach den Aus-

schreibungsbedingungen der Beklagten ist eine solche aber gerade als Teil der Konzessionsvergabe vorgesehen. Die im Übrigen von der Beklagten aufgegriffenen Einwände im Angebot der Klägerin gegen die angeblich fehlende Neutralität der Beigeladenen in Bezug auf den freien Zugang zu den Märkten rechtfertigen deren Schlechtbewertung nicht. Dass die Klägerin angesichts dieser Aussagen weniger Gewähr dafür bietet, den gesetzlichen Zugangsanspruch nach § 70 GewO zu erfüllen, ist nicht erkennbar.

Der festgestellte Bewertungsmangel führt allerdings angesichts dessen, dass die Bewertung aus den nachfolgend dargestellten Gründen keine weiteren relevanten Mängel aufweist, nicht zum Erfolg des Unterlassungsantrags. Aus dem angeführten Kriterium sind zugunsten der Beigeladenen nur gegenüber der Klägerin zwei zusätzliche Punkte gefolgt. Daher kann angesichts des der Auswahlentscheidung zugrunde liegenden Endergebnisses von 99 zu 107 Punkte selbst bei Abzug zweier Punkte zulasten der Beigeladenen eine Ergebnisrelevanz ausgeschlossen werden. Nichts anderes gilt unter Berücksichtigung der von der Beklagten vorgenommenen Gewichtung der Kriterien.

(2) Kein durchgreifender Bewertungsmangel liegt in der Bewertung der Beklagten zu dem Kriterium „Neutralität als Marktbetreiber“. Die Beklagte hat, wie aus ihrem Bewertungsvermerk zu dem Punkt 5.3 deutlich wird, die vom VG so bezeichnete „Doppelrolle“ eines Gesellschafters der Beigeladenen auch als Marktbeschicker erkannt und offensichtlich im Hinblick auf die bereits vorherigen Einwände des VG in dessen von ihm selbst erwähnten Beschluss vom 25.6.2018 auch gewürdigt. Nicht zuletzt hat sie in ihrer Bewertung für das entsprechende Kriterium der Klägerin auch drei und der Beigeladenen nur zwei Punkte zugewiesen.

Der vom VG geäußerten Kritik an der Bewertungsentscheidung vermag sich der Senat zudem nicht anzuschließen. Eröffnet die Rechtsordnung den Gemeinden im Rahmen der oben aufgezeigten Grenzen die Möglichkeit, die Veranstaltung der Wochenmärkte im Wege der Vergabe von Konzessionen auf Private zu übertragen, ist zur Stärkung der lokalen Bezüge der Märkte auch die Beauftragung eines in der örtlichen Gemeinschaft verwurzelten und auf den Märkten selbst agierenden Veranstalters nicht schon im Ansatz zu beanstanden. Dies gilt umso mehr, als beauftragte private Veranstalter

generell schon angesichts ihrer eigenen finanziellen Interessen und ihrer fehlenden Grundrechtsgebundenheit nur eingeschränkt als neutral angesehen werden können. Eine vom VG geforderte besondere Hervorhebung des Kriteriums des Marktzugangs gegenüber anderen Kriterien greift insoweit ohne rechtliche Grundlage unzulässig in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie der Beklagten ein. Vielmehr kommt dem oben bereits festgestellten Umstand umso mehr Bedeutung zu, dass die Beklagte selbst angesichts des Charakters der Wochenmärkte als öffentliche Einrichtungen weiterhin als neutrale Stelle den Zugang zu den Märkten nach § 8 Abs. 2 GO NRW zu gewährleisten hat.

Substantielle Mängel, die die Bewertung der Beklagten, dass die Beigeladene den Marktzugang zu gewährleisten vermag, in Frage stellen könnten, kann der Senat im Übrigen nicht erkennen. Weder aus dem Angebotsschreiben der Klägerin noch dem sonstigen Akteninhalt ergeben sich belastbare, von der Beklagten nicht bereits gewürdigte Anhaltspunkte dafür, dass die Beigeladene den Marktzugang nicht gewährleisten würde. Der von der Klägerin nur vom „Hörensagen“ und ohne Nennung weiterer Einzelheiten vorgebrachte Einwand, dass ihr „Aussagen“ vorlägen, wonach „mindestens fünf Beschicker den Markt verlassen“ hätten, weil sie „keine Bevormundung von Kollegen“ wollten, lässt sich insoweit nichts entnehmen und gibt auch keinen Anlass zu weiterer Sachverhaltsaufklärung.

(3) Mit ihrem Einwand, dass keine nachvollziehbare Begründung dafür vorliege, warum die Klägerin angesichts ihrer dreißigjährigen deutschlandweiten Tätigkeit nicht die Höchstzahl erhalten habe, setzt sie der Sache nach nur ihre eigene rechtlich nicht maßgebliche Bewertung an die Stelle der Bewertung der Beklagten.

(4) Auch im Hinblick auf die Bonitätsbewertung der Bewerberinnen zeigt die Klägerin keine relevanten Bewertungsmängel auf. Die Beklagte ist auf Grundlage der von der Beigeladenen vorgelegten Unterlagen, namentlich der Auskunft der Wirtschaftsauskunftei Creditreform, im Rahmen des ihr zustehenden Bewertungsspielraums vertretbar zu der Einschätzung gelangt, dass die Bonität der Beigeladenen im für die Konzessionsvergabe maßgeblichen Umfang nachgewiesen sei. Die Klägerin hat keine objektiven Anhaltspunkte für ihre Vermutung aufgezeigt, die Unternehmensfinanzierung

der Beigeladenen erweise sich als problematisch bzw. das Unternehmen sei insolvenzgefährdet. Im Übrigen hat der Vertreter der Beklagten im Rahmen der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar darauf hingewiesen, dass, nachdem beide Bewerberinnen ihre Bonität gleichermaßen nachgewiesen hätten, für weitere Differenzierung zwischen ihnen kein Raum mehr gewesen sei.

(5) Ebenso wenig musste die Beklagte die Zuverlässigkeit der Beigeladenen aufgrund der in dem von der Klägerin angeführten Zeitungsartikel der Solinger Morgenpost vom 9.12.2020 enthaltenen Informationen herabsetzen.

Die Beklagte ist hier, wie aus ihrer Bewertungsbegründung sowie bereits der Bezeichnung des Kriteriums „Zuverlässigkeit aus Sicht der jeweiligen Ordnungsbehörde“ ersichtlich wird, von einem gewerberechtlichen Maßstab hinsichtlich der Zuverlässigkeit ausgegangen. Dass sie vor allem ordnungsbehördliche Erkenntnisse über die Bewerberinnen in den Blick genommen hat, entspricht dem von ihr gewählten Maßstab. Dem von der Klägerin angeführten Zeitungsartikel lassen sich keine für diese Prüfung relevanten Umstände entnehmen, die die Zuverlässigkeit der Beigeladenen in Zweifel ziehen könnten. Die darin angedeutete Kritik eines Markthändlers an der Beigeladenen lässt jedenfalls keinen Bezug zu ihrer gewerberechtlichen Zuverlässigkeit erkennen.

(6) Die Bewertung der Standgeldpolitik durch die Beklagte weist ebenfalls keine Ermessensfehler auf.

Die Beklagte hat unter Zugrundelegung der Angaben der Bewerberinnen in ihren Angeboten nachvollziehbar dargelegt, dass sie das Angebot der Beigeladenen an dieser Stelle als besser einschätze. Die Rüge der Klägerin, dass die Beklagte außer Acht gelassen habe, die Beigeladene mache ihre Standgeld-Stabilität von einer unterbleibenden Anpassung der Sondernutzungsgebühren durch die Beklagte abhängig, blendet schon aus, dass die Klägerin ausweislich ihres Angebotes selbst die Entwicklung ihrer Standgelder von weiteren im – Zweifel noch wesentlich unsichereren – Faktoren wie etwa der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung, abhängig macht.

(7) Im Hinblick auf die negative Bewertung einer „2-monatige(n) Testphase“ für „Dauerbeschicker“ setzt die Klägerin mit ihrer nicht weiter substantiierten Kritik lediglich ihre

eigene rechtlich nicht maßgebliche Bewertung an die Stelle der Bewertung der Beklagten. Rechtlich erhebliche Bewertungsmängel zeigt sie hingegen nicht auf.

(8) Auch die punktemäßig jeweils gleichlautende Bewertung der Marktordnung bzw. AGB der Bewerberinnen (jeweils zwei Punkte für beide Bewerberinnen sowohl für Marktordnung als auch für AGB) weist keine Bewertungsmängel auf. Die von der Klägerin angeführten Bedenken hinsichtlich der Erhebung unzulässiger Nebenkosten durch die Beigeladene gründen auf einer fehlersuchenden Lesart des Entwurfs der Marktordnung der Beigeladenen und darüber hinaus auf reinen Mutmaßungen.

Auch die Bewertung der von den Bewerberinnen vorgelegten Entwürfe einer Marktordnung mit jeweils zwei Punkten ist nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat insoweit ersichtlich keine nähere inhaltliche Prüfung der vorgelegten Entwürfe vorgenommen, sondern diese (nur) daraufhin überprüft, ob die aus ihrer Sicht notwendigen Kriterien enthalten sind. Zu einer weitergehenden Prüfung bestand insoweit auch kein Anlass, weil der Erlass der letztlich verbindlichen Marktordnung nach dem zum Gegenstand der Ausschreibung gemachten Entwurf eines Vergabevertrages ohnehin gemäß § 3 Abs. 2 nur in Abstimmung mit der Beklagten zu erfolgen hat. Der Einwand der Klägerin, dass die Beigeladene u. a. in § 1 Nr. 13 ihrer Allgemeinen Marktregeln in Aussicht gestellt habe, nicht wochenmarktfähige Waren anzubieten, stellt ebenfalls eine reine Mutmaßung dar. Entsprechendes lässt sich der Bewerbung der Beigeladenen nicht entnehmen.

(9) Die zugunsten der Beigeladenen erfolgte Bewertung der angebotenen Kündigungsmöglichkeiten unterliegt wiederum keinen durchgreifenden Bedenken. Dass die Beklagte in ihrer Bewertung zugunsten der Beigeladenen positiv hervorhebt, diese betone mit den von ihr vorgesehenen Kündigungsmöglichkeiten die Perspektive der Händler, begegnet keinen Bedenken. Die Klägerin setzt dieser Bewertung wiederum nur ihre eigene rechtlich nicht maßgebliche Bewertung des Kriteriums entgegen.

(10) Auch die Bewertung der Beklagten in Anknüpfung an die persönliche Vorortbetreuung unterliegt keinen Bedenken. Dass die von der Beigeladenen angeführten Personen, worauf es der Beklagten ersichtlich besonders ankommt, entweder persönlich vor Ort sind oder ihr zeitnahes Erscheinen auf den jeweiligen Märkten (innerhalb von

15 Minuten) gesichert ist, wird durch das Vorbringen der Klägerin nicht durchgreifend in Abrede gestellt. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus den Angaben der Beigeladenen in ihrem Angebot und den ergänzenden Angaben in ihrem Schriftsatz vom 21.4.2021. Dass die Beklagte im Übrigen die persönliche Vorortbetreuung durch konkret benannte Personen im Rahmen ihrer Bewertung besonders hervorgehoben hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

(11) Gegen die sich auf die Angaben in den jeweiligen Angeboten beziehende Bewertung der Beklagten zugunsten der Beigeladenen zum Einsatz „neuer Medien“ bzw. einer „App“ bestehen ebenfalls keine rechtlichen Bedenken. Die Klägerin setzt der Begründung der Beklagten insoweit wiederum allein ihre eigenen rechtlich nicht maßgeblichen Erwägungen entgegen.

(12) Mit ihren weiteren „sonstigen“ Einwänden setzt die Klägerin schließlich den Bewertungsentscheidungen der Beklagten allenfalls noch pauschale nicht durchgreifende und offensichtlich fehlersuchende Einschätzungen entgegen. Konkrete Bewertungsmängel zeigt sie nicht auf.