

Bei der im örtlichen öffentlichen 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. Traditionelle Wochenmärkte mit Alleinstellungscharakter auf den Marktplätzen oder -flächen der jeweiligen Gemeinde oder zumindest des jeweiligen Ortsteils sind 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.

OVG NRW, Urteil vom 24.5.2024 – 4 A 954/23 –;  
I. Instanz: VG Düsseldorf – 3 K 8457/21 –.

GG Art. 28  
LV NRW Art. 78  
EUV Art. 4 Abs. 2 Satz 1  
GewO § 69  
GewO § 69a  
GO NRW § 2  
GO NRW § 8  
GO NRW § 107

Die Klägerin ist als private Veranstalterin von Wochenmärkten an zahlreichen Standorten in Deutschland tätig. Im Stadtgebiet der beklagten Stadt Velbert führte sie an vier Standorten die Wochenmärkte, die bis 2004 als kommunale Märkte durchgeführt worden waren, viele Jahre lang auf der Grundlage gewerberechtl. Marktfestsetzungen durch, zuletzt bis zum 31.3.2022. Im Laufe des Jahres 2021 fasste die Beklagte den Entschluss, die vier Wochenmärkte als öffentliche Einrichtung wieder eigenständig durchzuführen. Hierzu entwarf sie eine Wochenmarktsatzung, die letztlich am 30.11.2021 vom Rat beschlossen und am 23.3.2022 im Amtsblatt bekannt gemacht wurde. Nach ihrem § 22 trat sie eine Woche nach ihrer Bekanntmachung in Kraft.

Am 19.11.2021 beantragte die Klägerin die erneute Marktfestsetzung zu ihren Gunsten für die Zeit ab dem 1.4.2022. Diesen Antrag lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 9.12.2021 unter Hinweis auf die neue Marktsatzung und eine zu Ungunsten der Klägerin ausgefallene Auswahlentscheidung ab. Das VG wies die auf Verpflichtung der Beklagten gerichtete Klage, den Markt zu Gunsten der Klägerin festzusetzen, ab. Die vom Senat zugelassene Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Ablehnungsbescheid der Beklagten vom 9.12.2021 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten, § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die von ihr begehrte Marktfestsetzung nach § 69 Abs. 1 i. V. m. § 67 GewO. Die Voraussetzungen für die von ihr begehrte Marktfestsetzung liegen nicht vor, wenn die von der Beklagten mittlerweile als öffentliche Einrichtung der Gemeinde zu denselben Zeiten an denselben Orten durchgeführten Wochenmärkte rechtmäßig sind und ein öffentliches Interesse für sie streitet, das durch die beantragte Marktfestsetzung verletzt würde (dazu unten I.). Dies ist hier der Fall, ohne dass es einer Auswahlentscheidung zwischen der Klägerin und der Beklagten bedurfte (dazu unten II.).

I. Gemäß § 69 GewO hat die zuständige Behörde auf Antrag des Veranstalters eine Veranstaltung wie einen Wochenmarkt (§ 67 GewO) festzusetzen, wenn kein Ablehnungsgrund im Sinne des § 69a GewO vorliegt. Die Versagung einer beantragten Marktfestsetzung kann nach § 69a GewO gerechtfertigt sein, wenn die Voraussetzungen eines der dort genannten Versagungsgründe erfüllt sind. Nach § 69a Abs. 1 Nr. 3 GewO muss der Festsetzungsantrag 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. Dann kann eine Marktfestsetzung nicht erfolgen, weil der Veranstalter zur Durchführung des Markts nicht in der Lage wäre, obwohl die Festsetzung ihn dazu verpflichten würde, wie aus § 69 Abs. 2 GewO folgt. Wird der für den Markt vorgesehene Ort zum vorgesehenen Zeitpunkt von einem anderen Veranstalter (Gemeinde oder Privater) zu einem gleichartigen Nutzungszweck in Anspruch genommen, ist eine positive Entscheidung über den Festsetzungsantrag nicht möglich, wenn die andere Veranstaltung ihrerseits rechtmäßig ist und ein öffentliches Interesse für sie streitet, das durch die beantragte Marktfestsetzung verletzt würde. Fehlt es an einem solchen öffentlichen Interesse und ist die beantragte Marktfestsetzung nicht aus einem anderen Grunde, beispielsweise wegen des Nichtvorliegens einer benötigten straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis, zu versagen, kann es erforderlich sein, bei der Entscheidung über den Festsetzungsan-

trag zwischen den beiden möglichen Veranstaltern auszuwählen. Ist die andere Veranstaltung rechtswidrig, kann sie nicht im öffentlichen Interesse liegen und daher der Marktfestsetzung nicht entgegenstehen.

Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 29.8.2011 – 8 B 52.11 –, juris, Rn. 13, sowie vom 2.1.2006 – 6 B 55.05 –, juris, Rn. 4; OVG NRW, Hinweisbeschluss vom 29.4.2022 – 4 B 996/21 –, juris, Rn. 30 f., m. w. N.

In Nordrhein-Westfalen dürfen traditionelle kommunale Wochenmärkte auf zentralen hierfür gewidmeten öffentlichen Flächen als öffentliche Einrichtungen veranstaltet werden, die der wirtschaftlichen Betreuung der Einwohner im Sinne von § 8 Abs. 1 GO NRW dienen (dazu unten 1.), ohne dass hierdurch die Grenzen zulässiger wirtschaftlicher Betätigung nach § 107 GO NRW überschritten werden (dazu unten 2.).

1. Nach § 8 GO NRW 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 Einrichtung den Gemeindegewohnern zur Benutzung zur Verfügung stellt; die Indienststellung zu öffentlichen Zwecken geschieht durch Widmung, die auch formlos durch konkludente Handlung und auch stillschweigend möglich ist, z. B. durch tatsächliche Eröffnung. 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 –, OVGE 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 oder Flächen 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.

Vgl. zum Ganzen OVG NRW, Hinweisbeschluss vom 29.4.2022 – 4 B 996/21 –, juris, Rn. 42 ff.

2. Der kommunalen Veranstaltung von solchen traditionellen Wochenmärkten als öffentliche Einrichtung steht nicht entgegen, dass sie der wirtschaftlichen Betreuung der Einwohner im Sinne von § 8 Abs. 1 GO NRW dienen. Eine derartige für die Allgemeinheit nutzbare Einrichtung unterliegt nicht den Grenzen für eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nach § 107 GO NRW.

Bei der im örtlichen öffentlichen 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 und deren Aufnahme – hieran anknüpfend – eine Marktanalyse nach § 107 Abs. 5 GO NRW voraussetzt. Traditionelle Wochenmärkte mit Alleinstellungscharakter auf den Marktplätzen oder -flächen 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. Solche Märkte haben gerade als gemeindliche Einrichtungen marktergänzende und wettbewerbssichernde Funktion im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse.

Vgl. OVG NRW, Hinweisbeschluss vom 29.4.2022 – 4 B 996/21 –, juris, Rn. 51 ff., m. w. N.

Sie gehören zu den althergebrachten kommunalen Tätigkeiten der Daseinsvorsorge, die ihren Ursprung in der örtlichen Gemeinschaft haben.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 12.10.2004 – 15 B 1873/04 –, OVGE 50, 110 = juris, Rn. 11, 16, siehe ebenso Urteil vom 26.10.2010 – 15 A 440/08 –, OVGE 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 Veranstalten 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.

§ 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 Ausstellungswesen 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 NRW, 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.

II. Ausgehend davon ist die Durchführung der in Rede stehenden Wochenmärkte durch die Beklagte als öffentliche Einrichtung rechtmäßig (dazu unten 1.) und ein öffentliches Interesse streitet für sie, das durch die beantragte Marktfestsetzung verletzt würde (dazu unten 2.).

1. Die Wochenmärkte im Gebiet der Beklagten sind gemeindliche öffentliche Einrichtungen im Sinne von § 8 GO NRW (dazu unten a). Die Durchführung der Velberter Wochenmärkte als öffentliche Einrichtung unterliegt nicht den Grenzen für eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nach § 107 GO NRW. Daran ändert nichts, dass Wochenmärkte auch von Privaten mit Gewinnerzielungsabsicht durchgeführt werden können und die Velberter Wochenmärkte dementsprechend in den vergangenen Jahren an den angestammten Zeiten und Orten auch tatsächlich von der Klägerin und anderen Privaten auf der Grundlage gewerberechtl. Marktfestsetzungen durchgeführt worden sind (dazu unten b). Zu einer Erweiterung des Warensortiments gemessen an § 67 Abs. 1 GewO war die Beklagte befugt (dazu unten c).

a) Die Wochenmärkte im Gebiet der Beklagten, für die die Klägerin ab dem 1.4.2022 eine Festsetzung zu ihren Gunsten begehrt, sind nach § 1 der bereits Ende März 2022 in Kraft getretenen Satzung für die Wochenmärkte im Gebiet der Stadt Velbert vom 30.11.2021 – Wochenmarktsatzung –, Amtsblatt der Stadt Velbert vom 23.3.2022, Seite 2, (wieder) eine gemeindliche öffentliche Einrichtung im Sinne von § 8 GO NRW, zu der entsprechend den oben angeführten rechtlichen Maßstäben für öffentliche Einrichtungen der Gemeinden allen Einwohnern unter den gleichen Bedingungen Zugang gewährt wird. In der Festlegung der Marktplätze und Marktzeiten in § 3 der Wochenmarktsatzung, die mit dem Festsetzungsbegehren der Klägerin übereinstimmen, liegt eine sowohl gemeinde- als auch straßenrechtlich relevante zeitlich begrenzte Widmung der Marktflächen zur Nutzung als Wochenmärkte durch die Beklagte. Der Gemeingebrauch an den in Anspruch genommenen Marktplätzen ist gemäß § 2 der Wochenmarktsatzung für die Dauer des Wochenmarkts entsprechend eingeschränkt.

b) Die Durchführung der Velberter Wochenmärkte als öffentliche Einrichtung unterliegt als gemeindliche Einrichtung, die der Wirtschaftsförderung im Sinne von § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GO NRW dient, nicht den Grenzen für eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nach § 107 GO NRW. Sie gilt als in § 107 Abs. 2 GO NRW genannte Einrichtung kraft Gesetzes nicht als wirtschaftliche Betätigung. Deshalb ist § 107 Abs. 1 Satz 3 GO NRW nicht einschlägig und unerheblich, dass Wochenmärkte auch von Privaten mit Gewinnerzielungsabsicht durchgeführt werden können und die Velberter Wochenmärkte dementsprechend in den vergangenen Jahren an den angestammten Zeiten und Orten tatsächlich von der Klägerin und anderen Privaten auf der Grundlage gewerberechtllicher Marktfestsetzungen durchgeführt worden sind. An der rechtlichen Befugnis, zur Wirtschaftsförderung nach § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GO NRW Wochenmärkte entsprechend einer verbreiteten kommunalen Tradition an bestimmten Markttagen auf den Marktplätzen oder anderen geeigneten zentralen öffentlichen Flächen der jeweiligen Gemeinde oder zumindest des jeweiligen Ortsteils als freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe durchzuführen, ändert sich nichts dadurch, dass eine Gemeinde diese Aufgabe für eine gewisse Zeit nicht mehr wahrgenommen hat. Dies gilt umso mehr, weil die Marktveranstaltung im traditionellen Rahmen nicht einmal unterbrochen, sondern zwischenzeitlich von Privaten fortgeführt worden war. Nach dem oben unter I. 2. aufgezeigten Regelungszweck des § 107 GO NRW, den Kommu-

nen ihre wirtschaftliche Betätigung in „angestammten Feldern“ zu erhalten und zugleich ihre Handlungsmöglichkeiten zu erweitern, ist zudem entscheidend für die Befugnis von Gemeinden, zentralörtliche Wochenmärkte rechtmäßig als gemeindliche Einrichtungen der Daseinsvorsorge zu veranstalten, dass dies in der Art geschieht, wie kommunale Wochenmärkte traditionell in marktergänzender und wettbewerbssichernder Funktion im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse der örtlichen Gemeinschaft durchgeführt werden. Dieser Rahmen wird durch die Beklagte vorliegend gewahrt.

c) Ungeachtet dessen, dass die Beklagte für ihre nicht nach § 69 GewO festgesetzten Wochenmärkte nicht auf das in § 67 Abs. 1 GewO genannte Sortiment beschränkt ist, wäre ihr die durch § 13 Abs. 2 der Wochenmarktsatzung zugelassene Erweiterung des Sortiments auch im Fall einer Marktfestsetzung nach § 69 GewO auf der Grundlage von § 67 Abs. 2 GewO i. V. m. § 1 Abs. 1 GewRV im Wege der Verordnungsgebung gestattet. Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Marktdurchführung, die sich zu Gunsten der Klägerin auswirken könnten, folgen hieraus nicht.

2. Ein öffentliches Interesse streitet für die Marktdurchführung durch die Beklagte, das durch die beantragte Marktfestsetzung verletzt würde. Die in Rede stehenden Wochenmärkte sind traditionelle Märkte, die der Versorgung der lokalen Bevölkerung im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge insbesondere mit frischen Lebensmitteln dienen. Sie gehören als rechtmäßige öffentliche Einrichtungen zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die die Beklagte im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung geregelt hat (Art. 28 Abs. 2 GG). Zur Durchführung dieser Märkte ist sie im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie hier nicht nur befugt. Vielmehr ist sie hierzu zugleich aufgrund ihrer satzungsmäßigen Regelung, die Märkte als öffentliche Einrichtung zu betreiben (vgl. § 1 der Wochenmarktsatzung vom 23.3.2022), auch im öffentlichen gemeindlichen Interesse verpflichtet. Einer Auswahlentscheidung zwischen der Klägerin und der Beklagten als Marktveranstalterin bedurfte es nicht. Die rechtmäßige und zugleich im öffentlichen Interesse der örtlichen Gemeinschaft liegende Veranstaltung kommunaler Wochenmärkte als öffentliche Einrichtung der Beklagten hängt in Nordrhein-Westfalen nach dem hier maßgeblichen Gemeinderecht nicht davon ab, ob solche Märkte durch andere Unternehmen besser und wirtschaftlicher durchgeführt werden können.

