

Oberverwaltungsgericht Münster

BESCHLUSS

§§ 6a, 69, 69a, 70 GewO, § 42a VwVfG, §§ 2, 8, 107 GemO Art. 1, 3, 28, 70, 74, 125a GG

- 1. Solange eine Gemeinde ihre öffentlichen Marktplätze entweder selbst oder nach ordnungsgemäßer Vergabe durch einen privaten Dritten weiterhin für die Veranstaltung traditioneller Wochenmärkte (und eingeführter Festveranstaltungen) zur Verfügung stellt, die sie in möglichst unveränderter Form für die Zukunft erhalten und sichern möchte, dürfte es sich weiterhin um zumindest konkludent gewidmete öffentliche Einrichtungen handeln, zu denen allen Marktbesuchern und Einwohnern unter den gleichen Bedingungen Zugang gewährt werden soll.**
- 2. Bei der im örtlichen Interesse erfolgenden Veranstaltung traditioneller Wochenmärkte dürfte es sich nach dem nordrhein-westfälischen Landesrecht nicht um eine wirtschaftliche Betätigung im Rechtssinne handeln, die den Schranken des § 107 Abs. 1 GemO NRW unterliegt. Sie dürften vielmehr zu den als Einrichtungen der Wirtschaftsförderung in den Privilegierungskatalog des § 107 Abs. 2 GemO NRW) aufgenommenen althergebrachten kommunalen Tätigkeiten der Daseinsvorsorge gehören, die ihren Ursprung in der örtlichen Gemeinschaft hatten.**
- 3. Den aus dem Betrieb von Wochenmärkten als öffentliche Einrichtungen folgenden öffentlich-rechtlichen Bindungen, etwa an eine Auswahl der Marktbesucher unter Beachtung von Art. 3 GG bei begrenzter Kapazität, dürfte sich die Gemeinde auch aufgrund ihrer Grundrechtsbindung aus Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG nicht durch eine "Flucht ins Privatrecht" entziehen können.**

OVG Münster, Beschluss vom 29.04.2022, Az.: 4 B 996/21

Tenor:

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren weist der 4. Senat des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen auf die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 18.5.2021 zur Gewährung rechtlichen Gehörs auf seine folgende vorläufige rechtliche Bewertung hin:

Gründe:

Die Beschwerde der Antragstellerin dürfte keinen Erfolg haben. Die mit dem Antrag zu 1. geltend gemachten Anordnungsansprüche auf vorläufige Feststellung, dass die beantragte Festsetzung von Wochenmärkten als erteilt gilt, hilfsweise auf Verpflichtung der Antragsgegnerin, diese Märkte vorläufig zu Gunsten der Antragstellerin festzusetzen (dazu unten I.) dürften ebenso wenig bestehen wie ein mit dem Antrag zu 2. verfolgter Anordnungsanspruch, der Antragsgegnerin vorläufig aufzugeben, der Antragstellerin die

in Rede stehenden Marktplätze sowie die darauf installierten Stromversorgungseinrichtungen zur Verfügung zu stellen (dazu unten II.).

I. Die Antragstellerin begehrt mit ihrem ersten Hauptantrag die vorläufige Feststellung, dass die von ihr für die herkömmlichen Marktzeiten beantragte Festsetzung von Wochenmärkten in Solingen-Mitte, Solingen-Wald und Solingen-Ohligs antragsgemäß als erteilt gilt. Sie macht geltend, ihre im August 2020 vorgelegte Bewerbung auf die Ausschreibung der Antragsgegnerin vom 17.7.2020 habe ausdrückliche Anträge auf gewerberechtliche Festsetzung der für dieselben Zeiten ausgeschriebenen Wochenmärkte zu ihren Gunsten enthalten, über die die Antragsgegnerin nicht innerhalb von drei Monaten entschieden habe. Daher gelte die beantragte Erlaubnis nach § 6a Abs. 2 GewO als erteilt.

Schon die Annahme, § 6a Abs. 2 GewO sei für den in Rede stehenden Festsetzungsantrag einschlägig, der Bestandteil der Bewerbung auf die Ausschreibung der Antragsgegnerin vom 17.7.2020 sei, erscheint dem Senat zweifelhaft (dazu unten 1.). Auch dürfte kein hilfsweise geltend gemachter Anspruch der Antragstellerin auf Verpflichtung der Antragsgegnerin bestehen, die ausgeschriebenen Wochenmärkte vorläufig zu Gunsten der Antragstellerin festzusetzen (dazu unten 2.).

1. Vieles spricht dafür, dass § 6a Abs. 2 GewO wegen begrenzter Gesetzgebungskompetenz des Bundesgesetzgebers einer verfassungskonformen Auslegung dahingehend bedarf, dass diese Bestimmung Marktfestsetzungsanträge nicht betrifft, die sich auf Märkte beziehen, welche auf öffentlichen Flächen 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 nicht bereits erteilten oder in Aussicht gestellten straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis zugänglich ist.

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.

Ob es sich bei der Genehmigungsfiktion, die mit Wirkung vom 28.12.2009 durch die bundesrechtliche Regelung in § 6a Abs. 2 GewO in das Recht der Märkte neu eingeführt worden ist, um eine grundlegende und damit nach Übergang der Gesetzgebungskompetenz auf die Länder nicht mehr der Anpassungskompetenz des Bundes unterliegende Neukonzeption handelt, ist im Schrifttum umstritten. Bezogen auf das gaststättenrechtliche Genehmigungsverfahren, auf das sich § 6a Abs. 2 GewO gleichfalls bezieht, hat der Bundesgerichtshof 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 handele. 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.

Diese Argumentation des Bundesgerichtshofs lässt sich auf Verfahren nach § 69 Abs. 1 GewO nicht ohne weiteres übertragen. Sie legt vielmehr im Gegenteil nahe, dass der Bund im Rahmen seiner eng auszulegenden Änderungskompetenz zu einer erstmaligen Einführung einer Genehmigungsfiktion für sämtliche „Verfahren nach § 69 Abs. 1 GewO“ nicht berechtigt war, weil hierzu nicht in allen davon nach dem Wortlaut erfassten Verfahren eine unionsrechtliche Verpflichtung bestand. Soweit keine derartige Verpflichtung bestand, dürfte deshalb die in der erstmaligen Einführung einer Genehmigungsfiktion liegende erhebliche Änderung des Verfahrens in der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder gelegen haben.

Zumindest soweit sich eine nach § 69 Abs. 1 GewO begehrte Marktfestsetzung auf einen Markt bezieht, der auf öffentlichen Flächen als öffentliche Einrichtung entweder von der öffentlichen Hand selbst betrieben wird oder der 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 in Aussicht gestellten straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis betrieben werden kann, dürfte der Bundesgesetzgeber unzutreffend angenommen haben, die Einführung einer Genehmigungsfiktion sei nach Unionsrecht geboten. Insofern dürfte nur den Ländern selbst die Befugnis zugestanden haben, über die Einführung einer Genehmigungsfiktion zu entscheiden. Hieraus folgt nicht schon die Verfassungswidrigkeit der Regelung des § 6a Abs. 2 GewO, soweit sie sich auf „Verfahren nach § 69 Abs. 1 GewO“ bezieht. Da die Regelung auf Anregung des Bundesrats, der der Bundesgesetzgeber gefolgt ist, erklärtermaßen lediglich deshalb geschaffen worden ist, um einer durch die Dienstleistungsrichtlinie begründeten zwingenden Pflicht zur Einführung einer Entscheidungsfrist und einer Genehmigungsfiktion nachzukommen, BT-Drs. 16/13190, S. 3 f.,

dürfte nämlich mit Blick auf die Entstehungsgeschichte wegen der nur insoweit vertretbar anzunehmenden und angenommenen Gesetzgebungskompetenz des Bundes eine verfassungskonforme Auslegung zulässig und geboten sein: Von ihr dürften Sachverhalte nicht erfasst werden, die von den die Mitgliedstaaten verpflichtenden Bestimmungen der Richtlinie 2006/123/EG über Genehmigungsregelungen ausgenommen sind. Nur aus diesen Bestimmungen und nicht bereits deshalb, weil das Veranstalten von Märkten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten der Dienstleistungsfreiheit unterfällt, kommt eine unionsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten in Betracht, eine Genehmigungsfiktion bezogen auf Marktfestsetzungen in nationales Recht aufzunehmen.

Abgesehen davon, dass die Antragstellerin ihren Sitz in Deutschland hat, dürfte es deshalb unerheblich sein, 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 Vertrages 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.

Die vom Bundesgesetzgeber angenommene unionsrechtliche Verpflichtung zur Einführung einer Genehmigungsfiktion bezogen auf alle Marktfestsetzungen nach § 69 Abs. 1 GewO dürfte auch nicht aus Art. 13 Abs. 4 im Kapitel III, Abschnitt 1, der

Richtlinie 2006/123/EG folgen, obwohl dieses Kapitel 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.

Für Verfahren nach § 69 Abs. 1 GewO dürfte nämlich keine solche unionsrechtliche Pflicht zur Einführung einer Genehmigungsfiktion bestehen, soweit sich begehrte Marktfestsetzungen auf Märkte beziehen, die auf öffentlichen Flächen als öffentliche Einrichtungen entweder von der öffentlichen Hand selbst betrieben werden [(dazu unten a)] oder 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 in Aussicht gestellten straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis betrieben werden können [(dazu unten b)]. Die Genehmigungsfiktion nach § 6a Abs. 2 GewO dürfte hier schon deswegen nicht eingetreten sein [(dazu unten c)].

a) Die Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit aus der Richtlinie 2006/123/EG sollten nach ihrem 8. Erwägungsgrund nur insoweit Anwendung finden, als die betreffenden Tätigkeiten dem Wettbewerb offenstehen, so dass sie die Mitgliedstaaten weder verpflichten, 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 ist somit nicht anwendbar 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.

Danach dürfte keine unionsrechtliche Verpflichtung zur richtlinienkonformen Ausgestaltung von Genehmigungsverfahren bezogen auf die Festsetzung von Märkten bestehen, die auf nicht für den Wettbewerb freigegebenen öffentlichen Flächen als öffentliche Einrichtungen im Rahmen der Widmung zulässigerweise von den Gemeinden selbst betrieben werden, für deren Betrieb sie den Wettbewerb gleichfalls nicht eröffnet haben. Anträge privater Veranstalter, die sich hierauf beziehen, müssen im Recht der Mitgliedstaaten nicht an die Vorgaben der Richtlinie angepasst werden. Ob dies in Deutschland über die unionsrechtliche Verpflichtung hinaus geschehen soll, dürfte nach innerstaatlichem Recht ausschließlich der hierfür zuständige Landesgesetzgeber zu entscheiden haben. Eine hierauf bezogene Gestaltungsmacht dürfte von der eng auszulegenden Änderungskompetenz des Bundes nicht mehr umfasst sein.

b) Ebenfalls keine unionsrechtliche Pflicht zur Einführung einer Genehmigungsfiktion dürfte bestehen für die Festsetzung von Märkten, die auf öffentlichem Grund 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 in Aussicht gestellten straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis betrieben werden dürfen.

aa) Zwar handelt es sich hierbei grundsätzlich um von der Dienstleistungsrichtlinie erfasste Dienstleistungen, soweit sie für den 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 diese 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 Europäischen Gerichtshofs 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 –, juris, 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 Gerichtshofs der Europäischen Union 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, unter denen er dieses Recht verwertet, festzulegen, 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 –, juris, 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 –, juris, Rn. 46 ff.

Nach diesen Maßstäben dürfte die Festsetzung von Veranstaltungen im Verfahren nach § 69 Abs. 1 GewO dann nicht der unionsrechtlichen Pflicht zur Einführung einer Genehmigungsfiktion unterliegen, wenn sie nur im Rahmen einer öffentlichen Dienstleistungskonzession im Sinne des Unionsrechts und/oder mit einer nicht bereits erteilten oder in Aussicht gestellten straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis betrieben werden dürfen. Ob dies jeweils Fall ist, beurteilt sich nach dem innerstaatlichen Recht.

bb) Nach dem fortgeltenden Bundesrecht dient die Festsetzung von Veranstaltungen im Verfahren nach § 69 Abs. 1 GewO 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. Die Festsetzung eines Wochenmarkts, eines Spezialmarkts und eines Jahrmarkts verpflichtet gemäß § 69 Abs. 2 GewO den Veranstalter, die Veranstaltung durchzuführen. Der Veranstalter muss daher, solange der Festsetzungsbescheid besteht, die Veranstaltung aufrechterhalten. Auch eine Verlegung des Platzes ist grundsätzlich nicht zulässig. Vgl. BT-Drs. 7/3859, S. 9 f., 12 ff.

Nach § 69a Abs. 1 Nr. 3 GewO muss ein Feststellungsantrag 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, wie zum Beispiel einer benötigten straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis, 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 sich aus § 69 Abs. 2 GewO ergibt.

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

Ohne eine nach nationalem Recht für die gewerbliche und über den Gemeingebrauch hinausgehende Nutzung einer öffentlichen Fläche als Markt erforderliche Sondernutzungserlaubnis steht damit auch die wirtschaftliche Betätigung in Form der Veranstaltung des Markts gerade auf dieser Fläche nicht für den Wettbewerb offen. 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. Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand: Februar 2021, § 69 Rn. 21.

Die wirtschaftliche Betätigung in Form der Veranstaltung des Markts gerade auf einer bestimmten Fläche steht 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 zumindest in Aussicht gestellt wird.

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, weil dem erfolgreichen Bewerber die Nutzung der erforderlichen Fläche bzw. die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis in Aussicht gestellt wird. Die nach Auswahl eines Bewerbers vorgesehene Marktfestsetzung dürfte nach dem oben Gesagten aber auch dann nicht den Bestimmungen der Richtlinie 2006/123/EG über Genehmigungsregelungen unterfallen, wenn die Festsetzung im Einklang mit dem hierfür geltenden nationalen Recht nur im Zusammenhang mit einer öffentlichen Dienstleistungskonzession im Sinne des Unionsrechts erfolgen kann.

c) Geht man von diesen Erwägungen aus, wäre die Genehmigungsfiktion nach § 6a Abs. 2 GewO schon wegen der gebotenen verfassungskonformen Auslegung unter

anderem dann nicht eingetreten, wenn die von der Antragstellerin begehrte Marktfestsetzung zulässigerweise nur im Rahmen einer öffentlichen Dienstleistungskonzession und/oder mit einer nicht bereits erteilten oder in Aussicht gestellten straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis erfolgen könnte. So dürfte der Fall hier liegen:

aa) Nachdem die Wochenmärkte an verschiedenen Werktagen in den Bezirken der Antragsgegnerin Mitte, Wald und Ohligs seit vielen Jahrzehnten, nach ihrer Mitteilung vom 8.1.2015 im beigezogenen Verfahren 4 B 1479/14 ca. 40 Jahre lang, durch die Ordnungsbehörde der Antragsgegnerin durchgeführt worden waren, hat ihr Rat in der Sitzung vom 13.11.2014 (Beschlussvorlage Nr. 270 und Protokoll) unter anderem die Aufhebung der Marktordnung vom 18.12.2005 beschlossen mit dem Ziel, die öffentlich-rechtliche Trägerschaft aufzugeben sowie die Wochenmärkte „als Einrichtung“ zu sichern und in eine andere kostengünstigere Trägerschaft in privatrechtlicher Organisationsform zu verlagern, um die Belastung für die Händler zu minimieren. Ausgangslage war eine drohende deutliche Gebührenanhebung, die anderenfalls wegen des Wegfalls vieler Marktbesucher als unvermeidbar angesehen worden war. Seit dieser Beschlussfassung vor mehr als sieben Jahren ist es der Antragsgegnerin trotz mehrerer Ausschreibungen nicht gelungen, nach einer Auswahl, die vor Gericht standgehalten hätte, mit einem privaten Träger einen Vertrag über die Marktdurchführung abzuschließen. Vorbereitend zur ab dem 1.4.2018 beabsichtigten Neuvergabe hat der Rat der Antragsgegnerin die aktuelle Marktordnung vom 14.2.2018 erlassen, die sich stark an der früheren orientiert, um den Betrieb und die Überwachung auf den Wochenmärkten zu gewährleisten (vgl. Vorlage Nr. 3284 zur Ratssitzung am 1.2.2018). Zuletzt hat das Verwaltungsgericht Düsseldorf mit dem insoweit nicht angegriffenen streitgegenständlichen Beschluss vom 18.5.2021 der Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Anordnung vorläufig untersagt, in dem mit der Auftragsbekanntmachung vom 17.7.2020 neu begonnenen Verfahren auf Übertragung des Rechts zur Veranstaltung eines Wochenmarkts der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen und einen entsprechenden Konzessionsvertrag oder eine sonstige Vereinbarung abzuschließen, bis über das Angebot der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden und eine Frist von zwei Wochen seit Bekanntgabe des Ergebnisses des erneuten Auswahlverfahrens abgelaufen ist.

Für dieselben seit langem etablierten Flächen und Zeiten, für die die Antragstellerin die Festsetzung von Wochenmärkten zu ihren Gunsten begehrt, hatte die Antragsgegnerin am 17.7.2020 die Durchführung der Wochenmärkte in Solingen-Mitte, Solingen-Wald und Solingen-Ohligs als Konzession ausgeschrieben. 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 5 Jahren zu führen. Hieraus folgt die Pflicht zur Durchführung über die volle Laufzeit. Zu den ausgeschrieben 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 Marktbesucher 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 Marktbesuchern 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 beigelegten 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.

bb) Nicht entscheidungserheblich dürfte angesichts dieses Sachverhalts sein, ob die bundesverfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG im Interesse einer wirksamen Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft die Antragsgegnerin daran hindern würde, ihre ursprünglich als freiwillige Aufgabe betriebenen traditionellen Wochenmärkte materiell vollständig zu privatisieren, und ob sie sich nach Verfassungsrecht ihrer hierfür bestehenden Aufgabenverantwortung entziehen dürfte.

Vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08 –, juris, Rn. 25 ff.; VG Düsseldorf, Beschluss vom 27.11.2018 – 3 L 2854/18 –, juris, Rn. 7; demgegenüber OVG NRW, Beschluss vom 27.6.2017 – 15 B 664/17 –, juris, Rn. 7 ff.

Denn bei den in Rede stehenden Wochenmärkten dürfte es sich nach dem hierfür maßgeblichen Landesrecht unabhängig davon, dass sie von einem privaten Konzessionsnehmer durchgeführt werden sollen, um vorhandene und nicht erst zu schaffende gemeindliche Einrichtungen im Sinne von § 8 GO NRW handeln [dazu unten (1)]. Schon unabhängig von einer möglichen Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Wochenmärkte als Einrichtung aus der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie dürfte sich bereits aus § 8 Abs. 2 GO NRW ergeben, dass die öffentlich-rechtlichen Bindungen aus ihrem Betrieb gegenüber Beschickern, Besuchern und Dritten fortbestehen und sich die Antragsgegnerin diesen nicht vollständig durch eine „Flucht ins Privatrecht“ entziehen kann [dazu unten (2)]. Abgesehen davon dürfte eine Genehmigungsfiktion auch deshalb nicht eingetreten sein, weil die Voraussetzungen dafür nach § 6a Abs. 2 GewO nicht gegeben sind [dazu unten (3)].

(1) Die Wochenmärkte im Gebiet der Antragsgegnerin, für die die Antragstellerin eine Festsetzung zu ihren Gunsten begehrt, dürften gemeindliche Einrichtungen im Sinne von § 8 GO NRW sein. 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 Einrichtung den Gemeindeeinwohnern 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 –, 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 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, S. 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 Vergabepaxis 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 Antragsgegnerin ihre öffentlichen Marktplätze entweder selbst oder 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, dürfte es sich nach diesen Maßstäben weiterhin um zumindest konkludent gewidmete öffentliche Einrichtungen handeln, zu denen allen Marktbesuchern und Einwohnern unter den gleichen Bedingungen Zugang gewährt werden soll. Eine Zugangsbeschränkung ist mit der Privatisierung nicht verbunden, weshalb nach den oben angeführten Maßstäben eine Vermutung für den öffentlichen Charakter der Einrichtung streitet. Die Antragsgegnerin 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, wie ausgeführt, 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 Marktbeschickern 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 Antragsgegnerin 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 ausdrücklich gewidmeten Form als nunmehr in ihrer Rechtsform privatisierte Einrichtung auf den angestammten Plätzen ihren Alleinstellungscharakter für die Allgemeinheit behalten.

Der Einstufung von traditionellen Wochenmärkten als öffentliche Einrichtungen dürfte nicht entgegenstehen, 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 dürften hierdurch nicht überschritten sein.

Bei der im örtlichen Interesse erfolgenden Veranstaltung traditioneller Wochenmärkte dürfte es sich nach dem nordrhein-westfälischen Landesrecht wegen § 107 Abs. 2 GO NRW nicht um eine wirtschaftliche Betätigung im Rechtssinne handeln, 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 dürften 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 sein. 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 dürften solche traditionellen Wochenmärkte zu den als Einrichtungen der Wirtschaftsförderung in den Privilegierungskatalog des § 107 Abs. 2 GO NRW aufgenommenen althergebrachten kommunalen Tätigkeiten der Daseinsvorsorge gehören, 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 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/Kniersch, GO NRW, Stand: Mai 2021, § 8 Rn. 4; Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand: Februar 2021, Vorbem. zu Titel IV Rn. 6, § 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 Ausstellungswesen der nichtwirtschaftlichen Betätigung zugeordnet.

Vgl. LT-Drs. 12/3730, S. 103, 106, 108; Wellmann, in: Rehn/Cronauge/von Lennep/Kniersch, GO NRW, Stand: Mai 2021, § 107 Rn. 107, 198, 203; Held/Kotzea, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht, Stand: Dezember 2021, 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 Antragsgegnerin aber weiterhin gemeindliche Einrichtungen im Sinne von § 8 GO NRW, so dürften die sich hieraus ergebenden öffentlich-rechtlichen Bindungen aus ihrem Betrieb gegenüber Beschickern, Besuchern und Dritten fortbestehen. 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: 1.12.2021, § 8 Rn. 24, 34, 36 und 36.2; Wellmann, in: Rehn/Cronauge/von Lennep/Kniersch, GO NRW, Stand: Mai 2021, § 8 Rn. 12 ff.; Wansleben, in: Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht, Stand: Dezember 2021, GO NRW, § 8 Anm. 3.1 f.; Hellermann, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, 8. Aufl. 2021, § 2 Rn. 276 f.; Hösch, GewArch 1996, 402, 405; Gröpl, GewArch 1995, 367, 372; Schalt, GewArch 202, 137, 142.

Den hieraus folgenden öffentlich-rechtlichen Bindungen, etwa an eine Auswahl der Marktbeschicker unter Beachtung von Art. 3 GG bei begrenzter Kapazität, dürfte sich die Gemeinde auch aufgrund ihrer Grundrechtsbindung aus Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG nicht durch eine „Flucht ins Privatrecht“ entziehen können. Insbesondere dürfte sie den öffentlich-rechtlichen Zulassungsanspruch der Marktbeschicker am zuverlässigsten erfüllen können, 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 Verwaltungsgericht 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: 1.12.2021, § 8 Rn. 36.2; siehe auch BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08 –, juris, Rn. 33; 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 dürfte sich nicht daraus ergeben, dass der Zulassungsanspruch für gewerberechtlich festgesetzte Märkte aus § 70 GewO folgt. Für gewerberechtlich festgesetzte Märkte, die zugleich gemeindliche Einrichtungen sind, dürfte den hieraus folgenden öffentlich-rechtlichen Bindungen im Einklang mit Art. 31 GG am ehesten dadurch entsprochen werden, 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; Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand: Februar 2021, § 69 Rn. 19.; Hellermann, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, 8. Aufl. 2021, § 2 Rn. 267.

Erfolgt hingegen eine Marktfestsetzung zu Gunsten eines privaten Konzessionsnehmers, dürfte 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 treten.

(3) Abgesehen davon dürfte eine Genehmigungsfiktion auch deshalb nicht eingetreten sein, weil die Voraussetzungen dafür nach § 6a Abs. 2 GewO nicht gegeben sind. Die Frist, nach deren Ablauf eine beantragte Genehmigung als erteilt gilt, beginnt gemäß § 42a Abs. 1 und 2 Satz 2 VwVfG NRW ohnehin 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, Beschluss vom 28.5.2019 – 4 B 672/18 –, juris, Rn. 9 ff., m. w. N.; siehe auch LT-Drs. 14/8025, S. 24 f.

Der Festsetzungsantrag dürfte danach schon deshalb unvollständig gewesen sein, weil die Antragstellerin auf seiner Grundlage im Fall einer fingierten Marktfestsetzung ihrer Pflicht zur Marktdurchführung nach § 69 Abs. 2 GewO nicht nachkommen könnte. Vollständig wäre der Antrag auch deshalb wohl nur gewesen, wenn ihm eine, der Antragstellerin nicht bereits zugesagte, Sondernutzungserlaubnis beigelegt gewesen wäre, die sie für eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Nutzung der als öffentliche Straßen gewidmeten Marktplätze benötigt.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 29.8.2011 – 8 B 52.11 –, juris, Rn. 13.

2. Ausgehend von den vorstehenden Erwägungen dürfte die Antragstellerin auch keinen Anspruch darauf haben, dass die Wochenmärkte ihrem Antrag entsprechend vorläufig zu ihren Gunsten festgesetzt werden. Dabei kann auf sich beruhen, ob sich die Antragsgegnerin durch eine Festsetzung zu Gunsten eines Privaten unter den ausgeschriebenen Bedingungen ihren fortbestehenden öffentlich-rechtlichen Bindungen beim Betrieb einer öffentlichen Einrichtung durch Dritte unzulässig entziehen würde, indem sie sich insbesondere eine Auswahl unter Marktbesckickern bei beschränkter Kapazität nicht selbst vorbehalten hat, sondern diese der Konzessionsnehmerin nach Maßgabe einer mit der Antragsgegnerin abgestimmten Marktordnung überlassen möchte.

Der Festsetzung dürfte bereits entgegenstehen, dass die Antragstellerin der damit verbundenen Durchführungspflicht nicht nachkommen könnte, weil sie nicht über die hierfür erforderliche Sondernutzungserlaubnis verfügt. Dies dürfte hier auch nicht unschädlich sein, weil die Antragsgegnerin die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis nicht der Antragstellerin, sondern dem erfolgreichen Bieter in Aussicht gestellt hat. Die Ausschreibung hat gerade den Sinn, dass eine Vergabe (nur) im Rahmen der kommunalen – hier wohl konkludent in der Ausschreibung enthaltenen –

Widmungsentscheidung erst nach einer – bisher nicht erfolgten – rechtmäßigen und dem Gleichheitssatz genügenden Auswahlentscheidung vorgenommen wird.

Der Senat kann die Argumentation der Antragstellerin nicht nachvollziehen, der Antrag der Beigeladenen sei unvollständig und bei der Auswahl nicht zu berücksichtigen. Aus den Akten lässt sich schon nicht belegen, dass die geforderten und von beiden Geschäftsführern der Beigeladenen rechtzeitig zur unmittelbaren Vorlage bei der Antragsgegnerin beantragten Führungszeugnisse nach Ablauf der Angebotsfrist eingegangen sind. Vielmehr spricht nach Aktenlage alles dafür, dass der Eingangsstempel nur deshalb ausschließlich auf einem der beiden Führungszeugnisse angebracht wurde, weil sie nicht nur gemeinsam beantragt, sondern auch erstellt und übersandt worden sowie am 6.8.2020 und damit rechtzeitig bei der Antragsgegnerin eingegangen sind. Die aktenkundige verspätete interne Weitergabe von der Vergabestelle an die für die Auswahlentscheidung zuständige Stelle ist für die Vollständigkeit des bei der Vergabestelle einzureichenden Antrags unerheblich und kann nicht zu Lasten der Beigeladenen gehen.

Ungeachtet dessen dürfte das genaue Eingangsdatum der Führungszeugnisse ohnehin unbeachtlich sein. Zwar hat die Antragsgegnerin ihre zwingende Vorlage gefordert mit dem Zusatz, die Nichtvorlage führe zum Ausschluss der Bewerbung. Auch hat sie – getrennt davon – darauf hingewiesen, unter anderem das Führungszeugnis müsse bis zum Ablauf der Angebotsfrist vorliegen. Zugleich hat sie sich aber vorbehalten, fehlende Unterlagen unter angemessener Fristsetzung nachzufordern. Dies dürfte umso mehr eine transparente Berücksichtigungsmöglichkeit selbst nachträglich – auch ohne ausdrückliche Nachforderung – eingehender zwingender Unterlagen eröffnen, ohne dass die Bewerber hierauf einen Anspruch hätten. Die willkürfreie Berücksichtigung nachträglicher Erkenntnisse muss, wenn sie, wie hier, nicht gesetzlich ausgeschlossen ist, lediglich transparent erfolgen und jedem Mitbewerber eine faire Chance belassen, nach Maßgabe der wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 19.9.2019 – 4 A 2177/18 –, juris, Rn. 63 f., m. w. N., 97.

Diese Voraussetzungen dürften hier – selbst bei einem möglicherweise verspäteten Eingang eines Führungszeugnisses – gegeben sein.

II. Eine Grundlage für einen Anordnungsanspruch gegenüber der Antragsgegnerin, der Antragstellerin die in Rede stehenden Marktplätze sowie die darauf installierten Stromversorgungseinrichtungen zur Verfügung zu stellen, dürfte damit gleichfalls fehlen. Selbst eine Marktfestsetzung würde der Antragstellerin, wie ausgeführt, keinen Anspruch auf den Zugang zu Flächen und Infrastruktur vermitteln, die erforderlich sind, um die Wochenmärkte veranstalten zu können. Ein solcher Anspruch folgt ebenfalls weder aus dem Straßenrecht noch aus der Ausschreibung der Antragsgegnerin.

Abgesehen davon dürfte die Antragsgegnerin, wie erwähnt, ohnehin die Marktflächen nur zu Konzessionsbedingungen vergeben dürfen, mit denen sie sich ihren fortbestehenden öffentlich-rechtlichen Bindungen beim Betrieb einer gemeindlichen Einrichtung durch Dritte nicht entziehen würde. Zumindest einen Zugangsverschaffungsanspruch müsste sie etwa durch eine vorbehaltene Weisungsbefugnis weiterhin erfüllen können. Daher dürfte die Antragstellerin für sich auch keine Rechte daraus herleiten können, dass die Marktflächen aktuell tatsächlich durch die Beigeladene genutzt werden, obwohl eine rechtmäßige Auswahl zu ihren Gunsten bisher ebenfalls nicht erfolgt ist.

Den Beteiligten wird Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben bis zum 27.6.2022.