OVG Sachsen-Anhalt
Urteil vom 29.10.2008 (Az.:4 L 146/05)

Schutz privater Konkurrenten gegen wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde

Orientierungssatz:

Die sog. verschärfte Subsidiaritätsklausel (§ 116 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO LSA) dient ihrem Wortlaut und ihrem erkennbaren Schutzzweck nach neben dem öffentlichen, allgemeinen Interesse (an einer wirtschaftlichen Haushaltsführung der Kommunen ohne überhöhte Risiken durch unternehmerische Experimente) nicht auch dem Schutz von Individualinteressen privater Wettbewerber.

Rechtsgrundlage:

LSA-GO: § 116 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3

Vorinstanz:

VG Magdeburg vom 20.04.2005 (Az.: 9 A 170/04)

► Sachlage und Entscheidungsgründe:

Das Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt hat entschieden, dass aus der so genannten verschärften Subsidiaritätsklausel der sachsen-anhaltischen Gemeindeordnung kein subjektives Recht privater Wettbewerber gegen die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde hergeleitet werden kann. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass die Subsidiaritätsklausel neben dem öffentlichen, allgemeinen Interesse an einer wirtschaftlichen Haushaltsführung der Kommunen nicht auch dem Schutz von Individualinteressen privater Wettbewerber dient. Aus kommunaler Sicht ist das Urteil zu begrüßen, denn es stärkt die wettbewerbliche Stellung der Kommunen.

Die Kläger sind Inhaber von Fitnessstudios in der beklagten Stadt. Die Stadt betreibt ebenfalls ein Fitnessstudio als Teil eines Sport- und Freizeitzentrums, hauptsächlich in der Rechtsform einer GmbH. Letztere wurde in dem Rechtsstreit beigeladen. Die Kläger sind der Auffassung, dass der in § 116 Abs. 1 GO LSA enthaltenen verschärften Subsidiaritätsklausel drittschützende Wirkung zukommt. Dies begründen Sie mit dem Wortlaut, der systematischen Stellung und der Entstehungsgeschichte der Norm sowie mit dem Verweis auf § 123 GO LSA, wonach die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde ganz konkret auch von der vorhandenen Struktur durch private Unternehmen abhängig sei. Darüber hinaus berufen sich die Kläger auf die in Artikel 12 Abs. 1 des Grundgesetzes geschützte Berufsfreiheit. Artikel 12 Abs. 1 GG schütze auch vor Konkurrenz durch die öffentliche Hand, denn ein faktischer Grundrechtseingriff liege bereits dann vor, wenn die Gemeinde nicht marktkonform auftrete. Die Beklagte würde allerdings durch die von ihr erhobenen Preise einen Verdrängungswettbewerb auf Kosten der Steuerzahler führen. Der Fitnessbereich sei hoch defizitär. Auf Grund der generellen Subventionierung des Gesamtobjektes und der Einbindung des Fitnessbereichs in das Sport- und Freizeitzentrum sei es der Stadt möglich, einen über den Preis völlig ruinösen Wettbewerb gegen die anderen privaten Wettbewerber zu führen. Die Beklagte und die Beigeladene argumentieren hiergegen, dass der mit dem Gewerbebetrieb der Kläger vergleichbare Fitness- und Saunabereich der Beigeladenen nicht defizitär sei. Die Beklagte habe ein erhebliches Interesse daran, den von ihr insbesondere zum Zwecke der Daseinsvorsorge vorgehaltenen und höchst defizitären Bäderbereich durch ein gesteigertes Gesamtangebot zu attraktivieren und die Verluste zu schmälern.

Da es in der Gemeindeordnung Sachsen-Anhalts an einer ausdrücklichen Regelung zur drittschützenden Wirkung fehlt, ermittelte das OVG die drittschützende Wirkung im Rahmen einer Auslegung der in §§ 116 Abs. 1 und 123 GO LSA getroffenen Regelungen. Bei der Auslegung dieser Normen kommt das Gericht allerdings zu dem Ergebnis, dass die privaten Konkurrenten keinen Schutz vor der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden vermitteln.

§ 116 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 der GO LSA, wonach sich die Gemeinde in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auch außerhalb ihrer öffentlichen Verwaltung (...) betätigen kann, wenn sie (...) nachweist, dass sie den Zweck besser und wirtschaftlicher als ein anderer erfüllt oder erfüllen kann, dient nach Auffassung des Gerichts ihrem Wortlaut und ihrem erkennbaren Schutzzweck nach neben dem öffentlichen allgemeinen Interesse (an einer wirtschaftlichen Haushaltsführung der Kommunen ohne überhöhte Risiken durch unternehmerische Experimente) nicht auch dem Schutz von Individualinteressen privater Wettbewerber. Das Gericht argumentiert im Übrigen, dass der zitierten Norm private Unter-

nehmen schon nicht als Schutzzweck aufgeführt oder mittelbar benannt werden. Die Formulierung „als ein anderer“ bezeichne lediglich den allgemeinen Vergleichsmaßstab der Subsidiaritätsklausel, ohne individualisierende Tatbestandsmerkmale zu benennen, denen sich - als notwendige Voraussetzung für die Gewährung von Drittschutz - überhaupt ein einschlägiger, von der Allgemeinheit zu unterscheidender Personenkreis entnehmen ließe, der geschützt werden soll. Zudem verweist das Gericht darauf, dass selbst wenn im Übrigen eine Individualisierung erfolgen würde, sich daraus ein Drittschutz nicht zwangsläufig herleiten lasse.

Auch aus dem Gesetzgebungsverfahren lässt sich nach Auffassung des Gerichts nicht der Schluss ziehen, dass privaten Konkurrenten der Gemeinde subjektive Rechte eingeräumt werden sollen. Aus der Intention des Gesetzgebers, die Privatwirtschaft insgesamt vor ungehemmter wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinde zu schützen, folge nicht, dass die Vorschrift des § 116 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO LSA auch dem Schutz des einzelnen privaten Konkurrenten der Gemeinde dienen und ihm deshalb ein Abwehrrecht verliehen werden soll.

Das Gericht stellt klar, dass sich aus dem Sinn und Zweck der §§ 116 und 123 GO LSA kein subjektives Recht privater Konkurrenten ergibt. Durch die Vorschrift soll nicht der einzelne Betroffene geschützt werden, sondern es sollte abstrakt - einer Konfliktsituation, wie sie aus dem ungehemmten Wettbewerb mit der Privatwirtschaft insgesamt entstehen könnte, begegnet werden.

Schließlich lehnt das Gericht auch grundrechtliche Abwehransprüche der Kläger aus den Artikeln 2, 12 Abs. 1 und 14 GG ab. Dabei prüft das Gericht eingehend. ob eine Verletzung der speziell von Artikel 2 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Dispositionsfreiheit durch den Fitnessstudio-Betrieb der Beigeladenen, die insbesondere nicht mit kostendeckenden (subventionierten) Gebühren arbeite, vorliegt. Dies lehnt das Gericht im Ergebnis jedoch ab. Verfassungsrechtlich relevant werde der Eingriff in die Dispositionsfreiheit anderer Unternehmer erst, wenn die Freiheit des Handels in unerträglichem Maße eingeschränkt werde. Dies sei regelmäßig also dann der Fall, wenn ein Verdrängungswettbewerb stattfindet oder es zu einer Auszehrung der Konkurrenz infolge einer marktbeherrschenden Stellung der öffentlichen Hand kommt.

Im Wesentlichen argumentiert das Gericht diesbezüglich, dass keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass durch das Fitnessstudio der Beigeladenen (objektiv) jegliche private Konkurrenz unmöglich gemacht werde oder die Beigeladene (subjektiv) eine Monopolstellung anstrebe oder erreichen wolle. Von einer marktbeherrschenden Stellung der Beigeladenen in Form einer Auszehrung der Konkurrenz könne bei einem Marktanteil von 25 % von vornherein nicht die Rede sein. Schließlich liege auch keine ruinöse Preisgestaltung der Beigeladenen vor, da ein relativ geringer Preisunterschied zwischen den Wettbewerbern bestehe. Auch die Subventionierung der Beigeladenen lasse nicht darauf schließen, dass die öffentliche Hand einen Verdrängungswettbewerb führe.

Schließlich stellt das Gericht fest, dass eine Kopplung zwischen hoheitlicher Tätigkeit einer Gemeinde und des von ihr privatwirtschaftlich wahrgenommenen Aufgabenbereichs grundsätzlich nicht gegen grundrechtlich geschützte Positionen der privaten Wettbewerber verstößt. Der Einsatz öffentlicher Mittel (auch) zu Wettbewerbszwecken sei grundsätzlich zulässig. Mit Verweis auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts(Urteil vom 22.02.1972, 4 U 86/89) stellt das OVG Sachsen Anhalt klar: Gerade der Vorteil, den die

Gemeinde aus der Verbindung ihrer privatwirtschaftlichen und ihrer hoheitlichen Tätigkeit zieht Vorliegen der gemeinsamen Bewirtschaftung aller Teilbereiche des Sport- und Freizeitzentrums einschließlich des zum Zwecke der Daseinsvorsorge vorgehaltenen Schwimmbads - kann einer der Gründe sein, die das wirtschaftliche Unternehmen der Beigeladenen rechtfertigt.

► Anmerkung des DStGB:

Mit seinem Urteil reiht sich das OVG Magdeburg in die Rechtsprechung der anderen Oberverwaltungsgerichte zur so genannten verschärften Subsidiaritätsklausel ein (anders lediglich Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz, Urteil vom 28.03.2000, VGH N 12/98). Übereinstimmend sind die Gerichte der Auffassung, dass der verschärften Subsidiaritätsklausel ohne weiteres kein drittschützender Charakter zukommt. Zwar hatte das OVG Münster in einem - äußerst umstrittenen - Beschluss vom 13.08.2003 (15 B 1137/03) einen Drittschutz privater Konkurrenten durch das nordrhein-westfälische Gemeindewirtschaftsrecht bejaht. Allerdings stützte das Gericht diesen Anspruch ausdrücklich nicht auf die in § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NRW verankerte Subsidiaritätsklausel, sondern auf die Regelung in § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr.1 GO NRW - wonach ein öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Betätigung erfordern muss - im Rahmen einer Auslegung dieser Norm.

Positiv ist festzuhalten, dass das Urteil des OVG Sachsen-Anhalt eine Bestätigung der grundsätzlichen Rechtsprechung der Ablehnung eines Drittschutzes im Falle verschärfter Subsidiaritätsklauseln enthält. Das Urteil bestätigt darüber hinaus aber auch, dass die Frage des drittschützenden Charakters immer nur vor den spezifischen Regelungen der betroffenen Gemeindeordnung beantwortet werden kann. Dies zeigt die umfangreiche Auslegung, die das Gericht vornimmt. Weiterhin ist es zu begrüßen, dass das OVG Sachsen-Anhalt - wie bereits das Bundesverwaltungsgericht (a.a.O.) - die besondere wettbewerbliche Stellung der Kommunen anerkennt. Kommunen können Leistungen der Daseinsvorsorge oftmals nicht kostendeckend erbringen. Um diese Leistungen trotzdem bereitzustellen, verbinden sie deshalb hoheitliche und privatwirtschaftliche Betätigung. Dies zielt nicht darauf ab, in grundrechtlich geschützte Positionen privater Wettbewerber einzugreifen. Der Vorteil, der im vorliegenden Fall den Betrieb eines Schwimmbads zugunsten der Bürger ermöglicht, dient vielmehr der Wirtschaftlichkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung und rechtfertigt diese.

Im Zusammenhang mit der Frage der zulässigen Reichweite gemeindewirtschaftlicher Betätigung ist auf eine neuere Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13.08.2008 (VII-Verg 42/07) hinzuweisen. In dem Beschluss bestätigt das OLG Düsseldorf die Entscheidung des OVG Münster vom 01.04.2008 (15 B 122/08), wonach auch nach der novellierten nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung (§ 107 GO NRW) eine überörtliche nichtwirtschaftliche Betätigung - für die nach der Novellierung nunmehr ein dringender und nicht lediglich ein einfacher öffentlicher Zweck erforderlich ist - aus dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit heraus zulässig ist. Im konkreten Fall sehen es beide Gerichte als einen zulässigen Rechtfertigungsgrund für die Betätigung an, wenn die Anlagen des Entsorgungsträgers nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten betrieben können, wozu eine bessere Auslastung bestehender Kapazitäten gehört. Allerdings tritt das OLG Düsseldorf der Auffassung des OVG Münster entgegen, wonach Auslegungsfragen im Zusammenhang mit den durch § 107 GO NRW angeordneten Beschränkungen eine Bie-

tertätigkeit primär der Entscheidung der Verwaltungsgerichte unterliegen und sich der vergaberechtliche Rechtschutz auf eine Prüfung offenkundiger Rechtsverstöße zu beschränken habe. Damit werden zwar Rechtsschutzmöglichkeiten ausgeweitet, allerdings zu lasten kommunaler Ressourcen.

► Fundstelle:

DStGB-Aktuell Nr. 0309 vom 09.01.2009, in: **NStVbSH** Nr. 01/2009 (60.20.10)