

Assessor Matthias Vöcking, Münster

## **Der gemeindewirtschaftliche Betrieb eines Fitnessstudios vor dem Anspruch der Wettbewerbsneutralität**

*Die Seminararbeit würdigt den gemeindewirtschaftlichen Betrieb eines Fitnessstudios nach geltendem Gemeindewirtschaftsrecht vor dem Hintergrund des im Sommersemester 2016 vorgestellten öffentlich-rechtlichen Wettbewerbskonzepts. Dem Fall liegt ein Urteil des OVG Magdeburg zum sachsen-anhaltinischen Gemeindewirtschaftsrecht zugrunde. Danach analysiert sie losgelöst vom gemeindlichen Fitnessstudiobetrieb das echte und unechte Subsidiaritätsprinzip und empfiehlt eine dem Wettbewerbskonzept gerechter werdende Fassung des Subsidiaritätsprinzips ehe sie auf Grundlage des geltenden Rechts eine kooperative Alternative zu Gemeindegewerbe vorstellt, die wettbewerbsfreundlicher den öffentlichen Zweck sogar besser erfüllt.*

### I Einleitung:

Gegenstand des im Sommersemester 2016 in der Ruhr-Universität Bochum gehaltenen Grundlagenseminars ist das u.a. von Prof. Dr. Stefan Magen entwickelte öffentlich-rechtliche Wettbewerbskonzept, das sowohl die Chancen aufzeigt, im Rahmen von Marktprozessen bei privaten Gütern gleichzeitig Freiheit mit Gemeinwohl auf Grundlage staatlicher Wettbewerbsneutralität zu entfalten als auch die Grenzen dieser Entfaltungsmöglichkeiten bei kollektiven Gütern<sup>1</sup>.

Unter Abschnitt II werden die für die Würdigung des Urteils des OVG Magdeburg<sup>2</sup> wesentlichen Teile des Wettbewerbskonzeptes vorgestellt. Gegenstand von Abschnitt III sind das Gemeindewirtschaftsrecht, insbesondere die Beschränkungen der gemeindewirtschaftsrechtlichen Entfaltungsmöglichkeiten sowie der grundrechtlich vermittelte Wettbewerbsschutz. In Abschnitt IV werden

---

<sup>1</sup> Kirchhof/Korte/Magen (Hrsg.) Öffentliches Wettbewerbsrecht – Neuvermessung eines Rechtsgebiets (2014).

<sup>2</sup> Urteil vom 29.10.2008 – Az. 4 L 146/05 – NVwZ-RR 2009, 347.

lauterkeitsrechtliche Ansätze für die Umsetzung des Wettbewerbskonzeptes geprüft ehe in Abschnitt V untersucht wird, inwieweit sich über die Kommunalaufsicht das Wettbewerbskonzept und seine Möglichkeiten erschließen lassen. In Abschnitt VI wird ein dem Wettbewerbskonzept gerechteres Subsidiaritätsprinzip erörtert ehe in Abschnitt VII eine kooperative Alternative zum Gemeindegewettbewerb vorgestellt wird. In Abschnitt VIII erfolgt die Zusammenfassung

## II Das die gleichzeitige Entfaltung von Freiheit mit Gemeinwohl im Rahmen von Marktprozessen erschließende Wettbewerbskonzept

Bei privaten Gütern bieten Marktprozesse die Chance, gleichzeitig Freiheit mit Gemeinwohl zu realisieren<sup>3</sup>. Private Güter sind solche Güter, von deren Gebrauch Unberechtigte ausgeschlossen werden können und deren Gebrauch weitere Gebrauchsmöglichkeiten beeinträchtigt<sup>4</sup>. Bei Kollektivgütern ergeben sich Probleme aus dem Fehlen einer oder beider der genannten Eigenschaften.<sup>5</sup>

Marktprozesse verwirklichen Freiheit, indem sie den Marktteilnehmern weitgehenden Schutz eigenverantwortlichen Handelns gewährleisten.<sup>6</sup> Am Markt bestimmen die Marktpartner, mit wem sie was wann und wie viel zu welchen Konditionen handeln. Gemeinwohl wird im Rahmen von Marktprozessen realisiert, wenn die Transaktion für beide Marktteilnehmer vorteilhaft ist, weil die Produzenten zu über ihren Gestehungskosten liegenden Preisen die Güter absetzen und so eine Produzentenrente erschließen und die Konsumenten aufgrund Nichtausschöpfens ihrer tatsächlichen Zahlungsbereitschaft auch eine Konsumentenrente in Gestalt ihrer Ersparnis vereinnahmen<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Magen in Kirchhof/Korte/Magen (FN 1) § 2 Randnummer 2.

<sup>4</sup> Magen (ibid) Randnummer 70.

<sup>5</sup> Magen (ibid) Randnummer 71.

<sup>6</sup> Magen (ibid) Randnummer 1.

<sup>7</sup> Magen (ibid) Randnummern 22, 23.

Ermöglicht wird die gleichzeitige Erschließung von Produzentenrente und Konsumentenrente aufgrund unterschiedlicher Wertschätzung der Güter seitens der Marktbeteiligten.

In einer arbeitsteiligen Wirtschaft ist es den Produzenten zu vergleichsweise geringeren Kosten möglich, Güter für den Absatz bereitzustellen, die auf Seiten der Konsumenten ein beachtlicheres Ge- oder Verbrauchsbedürfnis stillen. So zahlen die Konsumenten gemessen an ihren Nutzungserwartungen ein vergleichsweise geringeres Entgelt während der Preis umgekehrt mehr als ausreicht, die Produzenten für die Herstellung oder Beschaffung sowie die Verteilung der Güter zu entschädigen. Die Chance aller Marktteilnehmer, vorteilhaft zu tauschen, realisiert das marktvermittelte Gemeinwohl<sup>8</sup>.

Bei Marktversagen muss das Gemeinwohl gegen die Freiheit realisiert werden. Beeinträchtigen staatliche Maßnahmen dagegen selbst die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, bedürfen sie einer stärkeren Rechtfertigung, weil und soweit sie dadurch in der Tendenz Freiheit *und* Wohlstand verkürzen. Funktionsschutz für den Wettbewerb sichert deshalb einen größeren Entfaltungsraum für die Freiheit insgesamt. Das ist Gegenstand des für das hiesige Projekt zentralen Prinzips der Wettbewerbsneutralität.<sup>9</sup>

Die Chancen, das Wettbewerbskonzept im Rahmen des Gemeindefirtschaftsrechts umsetzen zu können, hängen von den Ansätzen des Gemeindefirtschaftsrechtes ab, den potentiellen Marktteilnehmern die Durchsetzung ihrer Interessen zu ermöglichen.

Gerade der subventionierte Wettbewerb der Gemeinde, ein solcher war wesentlich Streitgegenstand im Fall des OVG Magdeburg, realisiert Freiheit neben Gemeinwohl typischerweise schon deswegen nicht, weil sich der unmittelbare Kooperationsgewinn durch Tauschgeschäft auf einem Markt auf die Höhe der Differenz zwischen der Zahlungsbereitschaft der Konsumenten und der

---

<sup>8</sup> Magen (ibid) Randnummer 23.

<sup>9</sup> Magen (ibid) Randnummer 58.

Produktionskosten der Unternehmen beschränkt.<sup>10</sup> Soweit das Unternehmen über die Subvention von Teilen seiner Produktionskosten freigestellt wird, ist ein wenigstens die Produktionskosten deckender Preis nicht gewährleistet und dementsprechend ist ein Werteverzehr auf Seiten des Produzenten, der von der Allgemeinheit über die Subvention aufgefangen wird, nicht ausgeschlossen. Die Konsumentenrente allein erschließt Gemeinwohl nicht!

Subventionen begründen insbesondere das Risiko, dass übermäßige Beträge, die über die notwendigen Kosten für die Abdeckung der wettbewerbsexternen Interessen hinausgehen aufgewendet und an bestimmte Unternehmen geleistet werden<sup>11</sup>. Erforderlich sind staatliche Regelungen, die mögliche Konflikte zwischen marktexternen öffentlichen Interessen und dem Wettbewerb bewältigen.<sup>12</sup>

Der private Zwang der Konkurrenz übersetzt jede staatlich verursachte Änderung der Wettbewerbsposition vorhersehbar und unvermeidlich in eine Verkürzung der faktischen Freiheitsräume bis hin zu einem effektiven Marktausschluss. Solche Maßnahmen sollten ab einer gewissen Schwelle als mittelbare Grundrechtseingriffe behandelt oder jedenfalls nach der neuen Formel als rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlungen am Verhältnismäßigkeitsprinzip gemessen werden.<sup>13</sup>

### III Das Gemeinewirtschaftsrecht, die Restriktionen gemeinewirtschaftlicher Wettbewerbsentfaltung und grundrechtlich vermittelter Wettbewerbsschutz

Bereits die Deutsche Gemeindeordnung schränkte die Beteiligung der Gemeinden am Wettbewerb ein. Für die Gemeinewirtschaft ist die Forderung entscheidend,

---

<sup>10</sup> Magen (ibid) Randnummer 23.

<sup>11</sup> Magen (ibid) Randnummer 84.

<sup>12</sup> Magen (ibid).

<sup>13</sup> Magen (ibid) Randnummer 93.

dass sie mit möglichst wenig Kosten den bestmöglichen Ertrag des Gemeindevermögens sichern soll.<sup>14</sup> Einerseits sollte einer Selbstüberforderung der Gemeinde vorgebeugt werden. Andererseits sollte die örtliche Wirtschaft vor einem ungehemmten kommunalen Wettbewerb geschützt werden.<sup>15</sup> Ob die Gemeindegewirtschaftsrechte heute darüber hinaus auch die Belange einzelner potentieller Marktteilnehmer schützen, hängt von der Ausgestaltung des Gemeindegewirtschaftsrechts des jeweiligen Bundeslandes einschließlich der Gesetzesbegründungen ab<sup>16</sup>.

Das OVG Magdeburg hat die Vermittlung von Drittrechtsschutz für Marktteilnehmer verneint. Der in der Gesetzesbegründung ausdrücklich hervorgehobene Ausschluss möglicher Schadensersatzansprüche von Wettbewerbern aufgrund Verletzungen des Subsidiaritätsgrundsatzes, weil insofern kein Drittrechtsschutz bestehe, sei nicht so zu verstehen, dass Wettbewerber umgekehrt die Einstellung des Gemeindegewebbewerbes verlangen könnten<sup>17</sup>.

Im Fall des OVG Magdeburg hatte eine Kommune im Rahmen ihres Sport- und Freizeitzentrums über eine Eigengesellschaft ein Fitnessstudio eröffnet um über eine Anreicherung des Angebotes einerseits den im Rahmen der Daseinsvorsorge gehaltenen Badbereich attraktiver zu gestalten und so den auf den Badbereich allein entfallenden Fehlbetrag zu reduzieren und andererseits den Schul- und Vereinssport abzusichern<sup>18</sup>. Die Kommune hat die Eigengesellschaft laufend subventioniert, über zwei Jahre hat die Kommune mehr als 500.000,00 Euro an

---

<sup>14</sup> Goerdeler, Deutsche Verwaltungsblätter 1935, 73 (76).

<sup>15</sup> Ausführlich zu Betätigungsschranke und Subsidiaritätsprinzip Faßbender DÖV 2005, 89 (93).

<sup>16</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung und anderer Gesetze vom 6. April 2004 (Lt-Drs. 16/2463, S. 59, Abdruck Bl. 966 A) mit Hinweis zur obergerichtlichen Rechtsprechung, zitiert nach Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 18.06.2009 – 8 C 2265/08.N – NVwZ-RR 2009, 852.

<sup>17</sup> OVG Magdeburg (FN 2).

<sup>18</sup> OVG Magdeburg (ibid).

Subventionen aufgewendet<sup>19</sup>. Ferner hat sie Mitarbeiter von in der Kommune betriebenen Fitnessstudios abgeworben sowie in den Informationsschriften der Stadtwerke und des kommunalen Wohnungsunternehmens nur Werbung für die stadteigene Gesellschaft zugelassen<sup>20</sup>.

Die Betreiber von im Stadtgebiet betriebenen Fitnessstudios haben gegen diese Wettbewerbsmaßnahmen geklagt und behauptet, der Wettbewerb der Stadt verstoße gegen das auch ihre Rechte schützende Subsidiaritätsprinzip<sup>21</sup>.

Nachdem das OVG die Vermittlung von Drittrechtsschutz verneint und auch die Anwendbarkeit von Artt. 12 und 14 GG abgelehnt hat, weder sei ein Monopol durch die Maßnahme der Gemeinde begründet worden noch sei Wettbewerb tatsächlich unmöglich gemacht, die Grundrechte schlossen Konkurrenz auch der öffentlichen Hand nicht aus, hat das OVG den Wettbewerb anhand der unternehmerischen Dispositionsfreiheit geprüft<sup>22</sup>.

Problematisch ist die vom OVG angenommene Grundrechtsunerheblichkeit der Subventionierungen. So identifiziert das OVG zunächst eine Beeinträchtigung der Freiheit, sich als verantwortlicher Unternehmer wirtschaftlich zu betätigen, was ihm infolge u.a. der von ihm in der Urteilsbegründung angeführten bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung genügt, mit einer unerträglichen Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit. Gerade die vom OVG angeführte bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung<sup>23</sup> macht deutlich, die Beeinträchtigung ist nicht erst bei Unerträglichkeit grundrechtserheblich. Das Bundesverfassungsgericht stellte ausdrücklich eine weitgehende Rücksichtnahme des Gesetzgebers auf die Belange der Marktteilnehmer fest.<sup>24</sup> Selbst im

---

<sup>19</sup> OVG Magdeburg (ibid).

<sup>20</sup> OVG Magdeburg (ibid).

<sup>21</sup> OVG Magdeburg (ibid).

<sup>22</sup> OVG Magdeburg (ibid), auch zum Folgenden.

<sup>23</sup> Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 28.01.1970 – 1 BvL 4/67 – BVerfGE 27, 375 (384).

<sup>24</sup> Bundesverfassungsgericht (ibid).

ungünstigsten Fall, wenn die Abwälzung der Steuererhöhung auf die Kunden nicht gelingt, kann ein Billigkeitserlass von Steuern bereits um der Belastungsgleichheit willen geboten sein, wenn ein Gesetz, das in seinen generalisierenden Wirkungen verfassungsgemäß ist, im Einzelfall zu Ergebnissen führt, die dem Belastungsgrund des Gesetzgebers zuwiderlaufen.<sup>25</sup> Eine Zweckverfehlung des gesetzgeberischen Belastungsgrundes im Einzelfall ist nicht ohne weiteres gleichzusetzen mit einer unerträglichen Einschränkung auf Seiten des betroffenen Marktteilnehmers.

Das gleichfalls die Unerträglichkeit einer Beeinträchtigung prüfende Bundesverwaltungsgericht kam in dem vom OVG angeführten Urteil schon deswegen im Ergebnis zu einer richtigen Entscheidung, weil der Marktanteil des gemeindlich betriebenen Unternehmens nur bei 5 % gelegen hat.<sup>26</sup> Eine fünfprozentige Marktbeteiligung eines Marktwettbewerbers legt auch keine Einschränkung der Freiheit von Mitbewerbern nahe, sich als verantwortliche Unternehmer wirtschaftlich zu betätigen. Vielmehr würde sogar die Beteiligung eines solchen Unternehmens an einer horizontalen Vereinbarung regelmäßig nur geringe wettbewerbsbeschränkende Bedeutung haben, wenn die Marktanteile der beteiligten Unternehmen insgesamt höchstens 10 % erreichen<sup>27</sup>.

Im Fall des OVG Sachsen-Anhalt lag der Marktanteil des gemeindlichen Unternehmens bei 25 %. Dies begründete zwar für sich allein noch nicht die Vermutung eines marktbeherrschenden Monopols nur aufgrund des Marktanteils<sup>28</sup>. Die für die Beurteilung einer überragenden Marktstellung nach § 18 Absatz 1 Nr. 3 GWB in Übereinstimmung mit § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB i. d. F. bis 30.06.2013<sup>29</sup> vorrangig maßgeblichen Kriterien, hiervon ist der Marktanteil nur ein

---

<sup>25</sup> Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 13.12.1994 – 2 BvR 89/91 – Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung (HFR) 1995, 220.

<sup>26</sup> Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 01.03.1978 – BVerwG 7 B 144.76 – NJW 1978, 1539.

<sup>27</sup> Vgl. Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamts über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung (Bagatellbekanntmachung) vom 13. März 2007 Randnummer 8, [www.bundeskartellamt.de/.../Bekanntmachung%20-%20Bagatellbekanntmachung](http://www.bundeskartellamt.de/.../Bekanntmachung%20-%20Bagatellbekanntmachung)

<sup>28</sup> Volker Emmerich, Kartellrecht, 13. Auflage (2014) § 27 Randnummern 54 f.

<sup>29</sup> <https://www.buzer.de/gesetz/4400/al38867-0-htm>

Gesichtspunkt, fast dieselbe Bedeutung hat die Finanzkraft<sup>30</sup>, kann ohne weiteres zur Annahme einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund überragender Marktstellung gelangen. Die Untersuchungen des OVG sind insoweit unzulänglich.

Bei der Subventionierung hat das OVG ferner nur die absolute Höhe der Subventionen über zwei Jahre, nicht aber die wichtigere Intensität der Subventionierung ermittelt. In einem Eilverfahren ermittelte das OVG NRW die Subventionsintensität und stellte fest, der Subventionsvorteil in Höhe von 6 % des Umsatzes des nichtsubventionierten Mitbewerbers sei grundrechtsunerheblich.<sup>31</sup> Von der Subventionsintensität hängt ab, ob der nichtsubventionierte Wettbewerber die Chance hat, den zu einer Preisabsenkung verwendeten Subventionsvorteil durch eine zumutbare Preisabsenkung zulasten seiner Gewinnmarge auszugleichen.<sup>32</sup> Keinesfalls ist der Preis als ein entscheidender Faktor im Wettbewerb auszuschließen.<sup>33</sup> Zur Verneinung der Annahme einer unerträglichen Verkürzung der Handlungsfreiheit ist der Wettbewerber daher nicht gezwungen, einen bleibenden subventionsbedingten Preisnachteil durch Qualitätswettbewerb auszugleichen. Ohne weiteres gleicht höhere Qualität einen höheren Preis auch nicht aus.<sup>34</sup>

Auf Grundlage des Kostenstrukturstatistikgesetzes<sup>35</sup> und des Bundesstatistikgesetzes<sup>36</sup> erhebt und veröffentlicht das Bundesamt für Statistik

---

<sup>30</sup> Volker Emmerich, (FN 28) Randnummer 44, vgl. Bundeskartellamt AG 1995, 472.

<sup>31</sup> OVG NRW, Beschluss vom 13.08.2003 – 15 B 1137/03 – DVBl 2004, 133.

<sup>32</sup> Vgl. Magen in Kirchhof/Korte/Magen „Öffentliches Wettbewerbsrecht“ (2014) § 2 Randnummer 26.

<sup>33</sup> Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 20.12.1966 – 1 BvR 320/57, 70/63 – BVerfGE 21, 12 (32).

<sup>34</sup> Bundesverfassungsgericht (ibid).

<sup>35</sup> Gesetz über die Kostenstrukturstatistik in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 708-3 veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 270 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1774) geändert worden ist.

<sup>36</sup> Gesetz über die Bundesstatistik in der letzten Neufassung vom 22.01.1987 (BGBl. I S. 462 ber. S. 565), das zuletzt durch Artikel 13 des Gesetzes vom 25. Juli 2013 (BGBl. I S. 2749, 2756) geändert worden ist.



regelmäßig generalisierte Kostenstrukturen<sup>37</sup>. Auch bei der Beurteilung nur der objektiven Unerträglichkeit einer Wettbewerbseinschränkung ist ein generalisierter Maßstab anzuwenden.<sup>38</sup> Für die Beurteilung ist danach die Interessenlage des Einzelnen nicht maßgebend. Es ist eine generalisierende Betrachtungsweise geboten. Diese stellt auf den betreffenden Wirtschaftszweig insgesamt ab.<sup>39</sup> Die Möglichkeit, dass eine gesetzliche Maßnahme im Einzelfall zur Existenzgefährdung oder gar zur Existenzvernichtung von Betrieben führen könnte, rechtfertigt es noch nicht, sie unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit von Verfassungswegen zu beanstanden.<sup>40</sup>

Die Untersuchung des OVG ist unzulänglich, da weder die Subventionsintensität geprüft noch die Subventionierung anhand der vom Bundesamt für Statistik erhobenen und veröffentlichten generalisierten Kostenstrukturen gewürdigt worden ist. Auch eine unerträgliche Einschränkung der Handlungsfreiheit ist daher nicht ausgeschlossen.

Der Zuwachs der Mitgliederzahlen in den Fitnessstudios der Kläger begründet weder die Erträglichkeit des subventionierten Wettbewerbs noch schöpft er den Beweisbeschluss des OVG vom 23. Oktober 2007<sup>41</sup> aus. Nach diesem Beweisbeschluss war den Klägern aufgegeben, Unterlagen über die von ihnen behaupteten wirtschaftlichen Verluste ihrer Gewerbebetriebe sowie die Entwicklung der Mitgliederzahlen und der Mitgliedsbeiträge seit Gründung der jeweiligen Fitnessstudios vorzulegen. Warum dem OVG im Rahmen der Urteilsbegründung der Anstieg der Mitgliederzahlen genügt, wird nicht deutlich.

Schließlich hat das OVG auch nicht geprüft, ob das mit der Subventionierung verfolgte Ziel, Absenkung des Subventionsbedarfes für den im Rahmen der

---

<sup>37</sup> Publikationen-Dienstleistungen-Kostenstrukturen bei Fitnesszentren...<https://www.destatis.de/DE/Publikation/.../Kostenstruktur/KostenstrukturFitness.htm>.

<sup>38</sup> Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 14.05.1985 – 1 BvR 449, 523, 700, 728/82 – BVerfGE 70, 1 (30).

<sup>39</sup> Bundesverfassungsgericht (ibid).

<sup>40</sup> Bundesverfassungsgericht (ibid).

<sup>41</sup> Urteilstatbestand von OVG Magdeburg (FN 2).

Daseinsvorsorge geführten Badbereich allein, erreicht worden ist. Aufgrund der Festsetzung sehr geringer Preise durch die Eigengesellschaft und der korrespondierenden erheblichen Preissenkungen seitens der Wettbewerber verbunden mit wesentlichen Aufwendungen zur Steigerung der Angebotsattraktivität seitens der Eigengesellschaft hätte es nahegelegen, wenigstens die intendierte Verringerung des Zuschussbedarfes für den Badbereich allein zu prüfen. Die Förderung von Schul- und Vereinssport war zwar gleichfalls Subventionsanliegen, jedoch ausdrücklich nicht für sich allein.

In seiner Urteilsrezension vom 19.01.2009 im Rahmen der StGB NRW-Mitteilung 70/2009 – Az. II/3 810-05/2 - schreibt der Städte- und Gemeindebund Nordrhein-Westfalen: „Der Vorteil, der im vorliegenden Fall den Betrieb eines Schwimmbades zugunsten der Bürger ermöglicht, dient vielmehr der Wirtschaftlichkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung und rechtfertigt diese.“<sup>42</sup>

Räumt der Gesetzgeber der Behörde einen nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum ein, muss sie der damit einhergehenden besonderen Verantwortung gerecht werden. Ist der Sachverhalt unvollständig, so darf das Gericht aufgrund des Rechts der Behörde, den vollständig ermittelten Sachverhalt selbst zu werten, nicht spruchreif machen.<sup>43</sup>

Den öffentlichen Zweck hat die Beklagte auch deswegen bejaht, weil der bisher bei Betrieb des Bades allein notwendige Zuschussbedarf zu hoch gewesen ist. Aufgrund der Relationsklausel muss der mit dem Betrieb auch einer Daseinsvorsorgeeinrichtung vereinbare Aufwand nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Beklagten und zum voraussichtlichen Bedarf stehen.<sup>44</sup> Wenigstens den Beitrag der Maßnahme zur Anpassung des Angebotes der Beklagten an ihre Leistungsfähigkeit und den

---

<sup>42</sup> „Kein Schutz privater Wettbewerber gegen gemeindliche wirtschaftliche Betätigung“ [www.kommunen-in-nrw.de>Mitteilung>2009](http://www.kommunen-in-nrw.de/Mitteilung>2009)

<sup>43</sup> OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 07.05.2015 – 4 L 163/14 – Juris Randnummer 57.

<sup>44</sup> Zur Relationsklausel vgl. OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 17.02.2011 – 2 L 126/09- Juris Randnummern 36 f.; zur Bindung von Daseinsvorsorgeeinrichtungen an § 116 GO LSA s. Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 02.01.2006 – BVerwG 6 B 55-05 – Juris Randnummer 10.

voraussichtlichen Bedarf hätte das Urteil prüfen müssen.

Aus Sicht des Wettbewerbskonzepts ist hervorzuheben, dass ein Ausgleich des Wettbewerbes mit marktexternen öffentlichen Interessen von vornherein nur dann in Betracht kommt, wenn ein Abweichen von Regeln des Wettbewerbes durch einen Zuwachs der marktexternen öffentlichen Interessen kompensiert wird. Wird die mit der Subvention beabsichtigte Verringerung des bisherigen Fehlbetrages des Badbereiches nicht erreicht, gegebenenfalls aufgrund der erheblichen Aufwendungen bei gleichzeitigen Preissenkungen der Zuschussbedarf erhöht, so degenerieren Wettbewerb aufgrund des in der Subvention liegenden Markteingriffs und marktexternes Ziel zugleich, weil die gemeindliche Leistungsfähigkeit durch das Sport- und Freizeitzentrum stärker erschöpft wird als bisher durch den Badbereich allein.

Wenn die Vermittlung von Grundrechtsschutz deswegen erheblich wird, weil das Gemeindewirtschaftsrecht keinen einfachgesetzlichen Rechtsschutz begründet, kann eine einfachere Erschließung von Rechtsschutz deswegen in Betracht kommen, weil das Bundesverwaltungsgericht den die Artikel 12 und 14 GG anwendenden Kritikern entgegenhält, es kommt bei Anwendung von Artikel 2 I GG zu den selben Ergebnissen.<sup>45</sup>

Eine Anwendung von Artikel 2 I GG, die im Ergebnis den gleichen Schutz erschließt wie Artikel 12 GG, kann eine gerechtfertigte Verkürzung der Berufsausübungsfreiheit bzw. der im Ergebnis entsprechenden Schutz vermittelnden unternehmerischen Dispositionsfreiheit annehmen, wenn ein vernünftiger Gemeinwohlbelang die Freiheitsverkürzung rechtfertigt.<sup>46</sup>

Die Gemeindewirtschaft als Teil der gemeindlichen Selbstverwaltungsfreiheit ist ein vernünftiger Gemeinwohlbelang nur dann, wenn sie sich im Rahmen der Gesetze hält. Da eine rechtswidrige Veranstaltung niemals im öffentlichen Interesse liegt<sup>47</sup> kann eine aufgrund Subsidiaritätswidrigkeit illegale

---

<sup>45</sup> Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 01.03.1978 – 7 B 144/76 – NJW 1978, 1539 (1540).

<sup>46</sup> Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 11.08.1958 – 1 BvR 595/56 – BVerfGE 7, 377.

<sup>47</sup> Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 02.01.2006 – BVerwG 6 B 55/05 – Juris Randnummer 4.

Gemeindewirtschaft nicht vernünftiger Gemeinwohlbelang sein.

Die Versagung von Drittrechtsschutz für Mitbewerber durch das Landesrecht kann bloße Konsequenz des gemeindewirtschaftsrechtlichen Anliegens sein, die Gemeinde vor Überforderung aufgrund von Marktexperimenten zu schützen. Die Vermittlung von Schadensersatzansprüchen oder nur von Ansprüchen auf aufwendige Einstellung des Gemeindegewettbewerbs könnte die Gemeinde gerade überfordern wobei dem Risiko einer solchen Überforderung nicht einmal wie sonst eine das Risiko wenigstens abfedernde Marktteilnahmechance korrespondiert.

So kann die Folge einer Unternehmenseinstellung, wenn sie ausnahmsweise unvermeidlich ist und keine anderen Möglichkeiten der Gemeinde in Betracht kommen, dem Gemeindewirtschaftsrecht zu genügen<sup>48</sup>, die Begründung von Sozialplanverpflichtungen sein, wenn eine Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern nicht möglich ist. Der Umfang der nach § 112 Absatz 5 Satz 1 BetrVG zulässigen Belastung des Unternehmens richtet sich nach den Gegebenheiten des Einzelfalls. Der in § 112 Absatz 5 S. 2 Nr. 3 BetrVG enthaltenen Grenzziehung ist zu entnehmen, dass das Gesetz bei einem wirtschaftlich wenig leistungsstarken Unternehmen im Falle der Entlassung eines großen Teils der Belegschaft auch einschneidende Belastungen bis an den Rand der Bestandsgefährdung für vertretbar hält.<sup>49</sup>

Als Abwicklungszeitraum sieht § 11 Absatz 1 Satz 2 KStG bis zu drei Jahre voraus. In dieser Zeit arbeitet das Unternehmen unter verschlechterten Bedingungen, weil gewerbliche Marktpartner ihre Beschaffungs- und Absatzkanäle sichern und sich um neue Marktpartner bemühen. Schließlich ist eine Liquidation mit einem Eigenkapitalverlust verbunden, weil der anzusetzende Liquidationswert des Betriebsvermögens geringer zu sein pflegt als der Fortführungswert.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 16.06.2015 – 10 C 13.14 – NVwZ 2016, 72 (Leitsatz 2).

<sup>49</sup> Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 06.05.2003 – 1 ABR 11/02 – BAGE 106, 95.

<sup>50</sup> OLG Hamburg, Beschluss vom 03.08.2000 – 11 W 36/95 – NZG 2001, 471.

Die gemeindewirtschaftsrechtlichen Beschränkungen dienen nicht nur den Marktstrukturen sondern auch der Vorbeugung gemeindlicher Selbstüberforderung. Dieses Interesse kann der Gesetzgeber durch Versagung von Drittrechtsschutz abzusichern versuchen. Die Folgen der Einstellung einer widerrechtlichen Wettbewerbsteilnahme sind für die Gemeinde unberechenbar. Private sind eher bereit, eine Überforderungssituation der Gemeinde im Interesse ihres eigenen Grundrechtsschutzes in Kauf zu nehmen.

Der Gesetzgeber kann die Gemeinde aber nicht von ihrer Gesetzesbindung lösen!

Ausgeschlossen ist daher die Anerkennung eines widerrechtlichen Gemeindegewerbes als vernünftigen Gemeinwohlbelang i. S. v. Artikel 12 GG oder als ein der allgemeinen Handlungsfreiheit entgegenstehendes schutzwürdiges Recht im Sinne von Artikel 2 I GG.<sup>51</sup> Insofern sperrt die vorrangige Wertung des Landesgesetzgebers (Artikel 20 Absatz 3 Halbsatz 2 GG) abweichende Einschätzungen der Gemeindeverwaltung.

#### IV Lauterkeitsrechtliche Möglichkeiten der Etablierung des Wettbewerbskonzepts im Rahmen der Gemeindegewirtschaft

Die gemeindegewirtschaftsrechtswidrige Entfaltung von Wettbewerb ist als solche nicht sittenwidrig. Die Vorschrift bezweckt nicht den Erhalt bestimmter Marktstrukturen. Auch in den Fällen, in denen aus ihr Ansprüche zum Schutz des Bestandes des Wettbewerbes auf einem bestimmten Markt hergeleitet werden können, geht es nicht darum, bestimmte Marktstrukturen zu erhalten, sondern darum, wettbewerbliche Verhaltensweisen zu unterbinden, die nach den Gesamtumständen unter Berücksichtigung ihrer Auswirkungen auf die Marktstruktur gerade auch als Wettbewerbsmaßnahmen unlauter sind.<sup>52</sup>

Gegen § 3 Abs. 1 UWG verstößt eine Gemeinde, wenn sie staatliche Machtmittel

---

<sup>51</sup> Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 15.01.1958 – 1 BvR 400/51 – Juris Randnummer 73.

<sup>52</sup> Bundesgerichtshof, Urteil vom 25.04.2002 – I ZR 250/00 – BGHZ 150, 343.

oder staatliche Autorität zur Unterstützung öffentlicher Unternehmen im Wettbewerb missbraucht.<sup>53</sup> Während eine Zusammenarbeit mit Unternehmen der Privatwirtschaft oder die Information der Öffentlichkeit in angemessener Form hierüber grundsätzlich gestattet ist verletzt eine Empfehlung einzelner Unternehmen in ihren amtlichen Mitteilungen ohne Erwähnung der Konkurrenten die Pflicht zur neutralen Amtsführung.<sup>54</sup>

Im Fall des OVG Sachsen-Anhalt hat die Gemeinde in den Informationsmitteilungen der Stadtwerke und des kommunalen Wohnungsunternehmens nur Werbung der Eigengesellschaft und nicht der Kläger zugelassen. Weder die Stadtwerke noch das kommunale Wohnungsunternehmen nehmen amtliche Autorität in Anspruch. Schon eine der Kommune zurechenbare Empfehlung liegt nicht vor. So hat der Bundesgerichtshof die Beifügung von Werbematerial nur einer Landesbank und nicht ihrer Wettbewerber zu im pädagogischen Interesse übersandten Elternbriefen der Stadt nicht als Empfehlung genügen lassen, weil die Adressaten die Elternbriefe und das Werbematerial trennen.<sup>55</sup>

Eine Preisunterbietung öffentlicher Unternehmen verstößt gegen §§ 3 Absatz 1 und 4 Nr. 4 UWG n.F. (Nr. 10 a.F.), wenn sie aus Mitteln finanziert wird, die dem Unternehmen für andere öffentliche Zwecke zur Verfügung gestellt werden.<sup>56</sup> Im Fall des OVG Sachsen-Anhalt sind Mittel nicht zweckentfremdet worden.

Das Abwerben von Mitarbeitern ist unlauter, wenn in der Absicht systematischer Schädigung und Marktverdrängung des bisherigen Arbeitgebers eine größere Zahl von Arbeitnehmern gleichzeitig abgeworben wird<sup>57</sup>. Eine solche Schädigung kommt vorliegend in Betracht. Selbst wenn sich ein Verstoß gegen § 4 Nr. 4 UWG

---

<sup>53</sup> Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 10. Auflage (2016) § 4 Randnummer 28.

<sup>54</sup> Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 10. Auflage (2016) § 4 Randnummer 28.

<sup>55</sup> Bundesgerichtshof, Urteil vom 18.10.2001 – I ZR 193/99 – Juris Randnummern 33 f.

<sup>56</sup> OLG Hamburg, Urteil vom 31.07.2014 – 3 U 8/12 – NJW-RR 2015, 293.

<sup>57</sup> Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 10. Auflage (2016) § 6 Randnummer 44.

feststellen ließe hat das OVG Sachsen-Anhalt zu Recht allenfalls ein vorübergehendes Beschäftigungsverbot angenommen<sup>58</sup>.

Über zwei Jahre hat die Stadt ihrer Eigengesellschaft insgesamt Subventionen in Höhe von mehr als 500.000,00 Euro geleistet. Vor Inkrafttreten der Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen<sup>59</sup> galt für nicht notifizierungspflichtige Beihilfen eine Obergrenze von 200.000,00 Euro über drei Jahre.

Die Gewährung einer Beihilfe entgegen dem Durchführungsverbot würde gegen § 3a UWG verstoßen.<sup>60</sup> Nur bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse kommt ein Ausgleich des Defizites bis zur Höhe des auf diese Dienstleistungen entfallenden Aufwandes in Betracht. Es ist nicht erkennbar, dass der subventionierte Betrieb der Beigeladenen eine solche Dienstleistung ist. Sauna und Fitnessbereich hätten von der Eigengesellschaft frei eingestellt werden können, was ihrer Anerkennung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entgegensteht<sup>61</sup>.

Im Fall des BGH bestand nach Aufnahme des öffentlichen Krankenhauses in den Krankenhausplan unabhängig von der Wirtschaftlichkeit die Betriebspflicht aus § 3 Absatz 1 LKHG BW.<sup>62</sup> Einen rechtlichen oder tatsächlichen Zwang zur Fortführung bejahte das LG Dortmund bei einem Unternehmen des Personennahverkehrs.<sup>63</sup> Ein wenigstens tatsächlicher Zwang zur Fortführung ist nicht erkennbar. Der

---

<sup>58</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 17.03.1961 – I ZR 26/60 – NJW 1961, 1308

<sup>59</sup> Amtsblatt der Europäischen Union L 114/8 vom 26.04.2012

<sup>60</sup> BGH, Urteil vom 24.03.2016 – I ZR 363/14 – Juris Randnummer 24.

<sup>61</sup> BGH (ibid).

<sup>62</sup> BGH (ibid).

<sup>63</sup> Beschluss vom 16.07.2007 – Az. 18 AktE 23/03, zitiert nach Großfeld, Recht der Unternehmensbewertung, 5. Auflage (2009) Randnummer 1100.

Betrieb ist nicht einmal vom Subsidiaritätsprinzip ausgenommen. Es besteht eine objektivrechtliche Pflicht zur Einstellung, wenn Dritte den Zweck besser und wirtschaftlicher erfüllen können<sup>64</sup>.

Ein Verstoß gegen § 3a UWG liegt aufgrund Nichtanmeldung der Subvention vor. Eine Nichtanmeldung der Subvention ist anzunehmen, weil die Durchführung eines Verfahrens bei der Kommission im Urteilstatbestand hätte ausgeführt werden müssen.

Eine über die Rechtmäßigkeitsbewirkungspflicht hinausgehende Pflicht, alle hoheitlichen Maßnahmen ausnahmslos auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen und bei entsprechenden Anhaltspunkten für Rechtsfehler eine umfassende Aufklärung herbeizuführen, ist im Hinblick auf die evident unzureichenden Aufsichtsressourcen abzulehnen<sup>65</sup>. Das Gericht begründet die Grundrechtsunbedenklichkeit des Wettbewerbs auch mit dem Nichteingreifen der Gemeindeaufsicht<sup>66</sup>. Der für die Rechtmäßigkeit der als de-minimis-Beihilfe nicht möglichen Subventionierung entscheidende Umstand, Überprüfung durch die Kommission, hätte im Urteilstatbestand ausgeführt werden müssen.

#### V Durchsetzungschancen des Wettbewerbskonzepts durch die Kommunalaufsicht

Verletzt ein Beschluss der Vertretung das geltende Recht, so kann die staatliche Aufsichtsbehörde den Beschluss beanstanden. Der die interne Gemeindeaufsicht verantwortende Hauptverwaltungsbeamte muss den Vollzug von Beschlüssen, die er als rechtswidrig erkennt, verhindern und diese beanstanden.<sup>67</sup>

Der externen Gemeindeaufsicht durch die Rechtsaufsichtsbehörde oder der internen Gemeindeaufsicht durch den Hauptverwaltungsbeamten ist es möglich,

---

<sup>64</sup> Auch nach geltendem Recht, s. § 128 Absatz 2 KVG LSA v. 17.06.2014 – GVBl. LSA 2014, 288.

<sup>65</sup> Voßkuhle, Die Verwaltung 29 (1996) 511 (537).

<sup>66</sup> OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2009, 347 (349).

<sup>67</sup> Knemeyer, BayVBl 1999, 193 (196).



den gegen eine den Gemeindegewettbewerb beschränkende Bestimmung der Gemeindeordnung verstoßende Wettbewerb der Kommune zu unterbinden.

*1. Ungenügen der Wettbewerbsbeschränkung beim echten Subsidiaritätsprinzip im Fall überlegener Güte beim gemeindlichen Angebot*

Relativ stark ist der Schutz der Privatwirtschaft bei Bestimmung eines echten Subsidiaritätsprinzips wie in der Gemeindeordnung des Landes Hessen<sup>68</sup>. Weil Risiken unzulänglicher Wettbewerbsbeschränkung beim echten Subsidiaritätsprinzip beim unechten Subsidiaritätsprinzip schwerer wiegen, wird das Risiko auf Grundlage des echten Subsidiaritätsprinzips analysiert.

In Hessen darf sich eine Gemeinde gemäß § 121 Absatz 1 Satz 1 HGO wirtschaftlich betätigen, wenn

1. der öffentliche Zweck die Betätigung rechtfertigt,
2. die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
3. der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Gemäß § 121 Absatz 1 Satz 2 HGO schränkt die in § 121 Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 HGO genannte Bestimmung solche Tätigkeiten nicht ein, die vor dem 1. April 2004 ausgeübt worden sind.

Gemäß § 121 Absatz 6 Satz 1 HGO ist vor der Entscheidung über die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung von wirtschaftlichen Unternehmen sowie über eine unmittelbare oder eine mittelbare Beteiligung die Gemeindevertretung auf der Grundlage einer Markterkundung umfassend über die Chancen und Risiken der beabsichtigten unternehmerischen Betätigung sowie

---

<sup>68</sup> Hessische Gemeindeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. März 2005 (GVBl. I S. 142), zuletzt geändert durch Artikel 1 G. vom 16. Dezember 2011 (GVBl. I S. 786).

über deren zu erwartende Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft zu unterrichten. Nach § 121 Absatz 6 Satz 2 HGO ist den örtlichen Handwerkskammern, Industrie- und Handelskammern sowie Verbänden vor der Befassung in der Gemeindevertretung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, soweit ihr Geschäftsbereich betroffen ist. Die Stellungnahmen sind nach § 121 Absatz 6 Satz 3 HGO der Gemeindevertretung zur Kenntnis zu geben.

Gemäß § 121 Absatz 8 Satz 1 HGO sind wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde so zu führen, dass sie einen Überschuss für den Haushalt der Gemeinde abwerfen, soweit dies mit der Erfüllung des öffentlichen Zwecks in Einklang zu bringen ist.

Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass bei besserer Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch die Gemeinde der Zweck gleich wirtschaftlich und bei besserer Wirtschaftlichkeit der Zweck ebenso gut erfüllt werden muss, damit die Gemeinde tätig werden darf.<sup>69</sup> Der Wettbewerber wird unter einem der beiden Gesichtspunkte schon dann schlechter bewertet, wenn die Gemeinde den Zweck besser und unwirtschaftlicher oder wirtschaftlicher und schlechter erfüllen kann. Ist die Zweckerfüllung der Gemeinde auch bei weitgehender Vernachlässigung wirtschaftlicher Überlegungen besser oder wirtschaftlicher aber schlechter, kann der Wettbewerber den Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich erfüllen.

Vorbehaltlich der Vereinbarkeit mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie hätte der Gesetzgeber, wenn er außer Überlegenheit bei einem Aspekt auch Ebenbürtigkeit bei dem anderen Aspekt hätte erreichen wollen anordnen müssen, dass die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde schon dann ausgeschlossen ist, wenn ein privater Dritter den Zweck besser *oder* wirtschaftlicher *oder* ebenso wirtschaftlich und gut erfüllen kann.

Eine solche Regelung wäre deswegen mindestens bedenklich, weil der private Qualitätsführer über die Güte des gemeindlichen Leistungsangebotes disponieren würde. Auch bei hervorragender Wirtschaftlichkeit dürfte das gemeindliche

---

<sup>69</sup> Vgl. Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Urt. v. 18.06.2009 – 8 C 2265/08.N – Juris Randnummer 16.

Angebot nicht schlechter sein. Im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts muss die Gemeinde die Mindestgüte, mit der ein öffentlicher Zweck auf ihrem Gebiet von ihr erfüllt wird, selbst bestimmen. Ferner müsste das bezüglich Ausführungsgüte dem Qualitätsführer ebenbürtige gemeindliche Angebot wirtschaftlicher sein als beim Qualitätsführer.

Die jeweils beste oder wirtschaftlichste Ausführung des öffentlichen Zwecks durch die Gemeinde ist auch bei Geltung des echten Subsidiaritätsprinzips ohne weiteres möglich, weil kein Mitbewerber ebenso gut und wirtschaftlich den Zweck erfüllt.

Ein Nachteil auch beim echten Subsidiaritätsprinzip ist, dass selbst eine weitgehende Vernachlässigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte einen gemeindlichen Wettbewerb schon dann ermöglicht, wenn der öffentliche Zweck durch die Gemeinde besser als von den Wettbewerbern erreicht werden kann. Ein gemeindliches Streben nach Qualitätsführerschaft im weitesten Sinne zur Ermöglichung ihrer Wettbewerbsteilnahme auch bei weitgehender Vernachlässigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte ist grundlegend anders als die Bestimmung einer Mindestgüte. Während eine Vernachlässigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte einen Ausgleich von Wettbewerbsneutralität und wettbewerbsexternen Gemeinwohlzielen verfehlt erschließt die Bestimmung einer Mindestgüte den Ausgleich der Belange.

Da das Subsidiaritätsprinzip die Belange Wirtschaftlichkeit und Güte der Aufgabenerfüllung hervorhebt, ist die beste Erfüllung des festgesetzten öffentlichen Zwecks nicht allein deswegen ausgeschlossen, weil Mitbewerbern bei schlechterer Qualität stärkere Preisvorteile möglich sind und daher die Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung auf Seiten der privaten Wettbewerber überlegen wäre.

Die Gemeinde hat vielfältige Möglichkeiten, Art und Umfang ihres Engagements ihrer Leistungsfähigkeit anzupassen. Ist die Gemeinde besser in der Lage, den Zweck zu erfüllen, kann sie insbesondere durch Einstellung desjenigen Engagements, bei dem Wettbewerber ebenbürtig aber gegebenenfalls teurer sind, so dass die Gemeinde die Aufgabe bisher wirtschaftlicher erfüllt, die Anpassung erreichen und so insbesondere ein Verbot aufgrund Verletzung der

Relationsklausel vermeiden. Beim voraussichtlichen Bedarf hat die Gemeinde einen Wertungsspielraum<sup>70</sup>. Insbesondere begründen die Anhörungsrechte in § 121 Absatz 6 HGO keine Rechenschaftspflicht des Rates bezüglich des voraussichtlichen Bedarfs<sup>71</sup>.

Kann die Gemeinde den öffentlichen Zweck besser als ihre tatsächlichen oder potentiellen Mitbewerber realisieren, nur dann droht die Vernachlässigung wirtschaftlicher Aspekte beim echten Subsidiaritätsprinzip, wird sie gemäß § 121 Absatz 8 Satz 1 HGO in der Regel einen Gewinn erwirtschaften müssen. Bei Qualitätsführerschaft wird die Gewinnerwirtschaftung mit der Zweckerfüllung am Ehesten in Einklang zu bringen sein. Jedoch lässt die Gesetzesbegründung eine Überlegenheit bei der Leistungsgüte auch aufgrund sozialer Gesichtspunkte zu.<sup>72</sup> Bei diesen ist die Gewinnerwirtschaftung mit der Zweckerreichung eher nicht in Einklang zu bringen.

Die Integration sozialer oder ökologischer Belange in die Güte der Aufgabenerfüllung ist problematisch. Wenn der Gemeinde schon bezüglich der Leistungsgüte ein Beurteilungsspielraum zusteht und soziale und ökologische Komponenten als taugliche Qualitätskriterien aufgrund ihrer wertenden Elemente einem objektiven Leistungsvergleich weitgehend entzogen sind<sup>73</sup> lässt sich ein kommunalpolitisch gewollter Wettbewerb kaum aus dem Grund unterbinden, private Wettbewerber könnten den Zweck mindestens ebenso gut erfüllen.

Für sich allein gewährleistet ein Überschuss für den Gemeindehaushalt den Ausgleich von Wettbewerbsneutralität und wettbewerbsexternem Gemeinwohlbelang nicht. Das kommunale Steuerinteresse sowie die Vermeidung gemeindlichen Sozialleistungsaufwands sind wettbewerbsexterne Gemeinwohlziele. Diese können bei intensivem Gemeinewettbewerb beeinträchtigt werden. Der Überschuss braucht diese Beeinträchtigung nicht zu

---

<sup>70</sup> OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 17.02.2011 – 2 L 126/09 – Juris Randnummer 37.

<sup>71</sup> Faßbender, DÖV 2005, 89 (94) m.w.N.

<sup>72</sup> Hessischer Verwaltungsgerichtshof (FN 69).

<sup>73</sup> OVG Sachsen-Anhalt, (FN 70) Randnummer 42.

kompensieren so dass auch das wettbewerbsexterne Interesse insgesamt degeneriert.

Der Wettbewerb auf Märkten bei staatlicher Wettbewerbsneutralität ist nur für solche Güter unangemessen, bei denen der Ausschluss Unberechtigter problematisch ist oder die tatsächliche Nutzung eine Nutzung durch andere nicht beeinträchtigt<sup>74</sup>. Wenn private Wettbewerber den öffentlichen Zweck nicht nur für ein geringeres Entgelt sondern auch wirtschaftlicher erfüllen, die Relation zwischen eingesetzten Mitteln und verfolgtem Zweck günstiger ist<sup>75</sup>, dann ist ein Ausschluss Unberechtigter von den hervorragenden aber unwirtschaftlichen Gemeindeleistungen unproblematisch. Eine tatsächliche Nutzung beeinträchtigt potentielle Nutzungen anderer nur dann nicht, wenn der zu erwartende Bedarf durch das gemeindewirtschaftliche Angebot großzügig abgedeckt wird. Ein Überangebot beeinträchtigt sowohl das Anliegen der Wettbewerbsneutralität, weil eine erhebliche Marktintervention stattfindet und auch das wettbewerbsexterne Anliegen des Beitrags zum Gemeindehaushalt, weil per Definition nur Teile des Angebotes abgesetzt werden. Möglich sind sogar Verluste!

Mischgüter aufgrund gradueller Ausschließbarkeit und Rivalität<sup>76</sup> werden womöglich unzureichend angeboten, weil die Privatwirtschaft das Angebot privater Güter vorzieht und die Gemeinde ihren Wettbewerb auf hervorragende aber gegebenenfalls unwirtschaftliche Angebote konzentriert, die aufgrund evidenter Ausschließbarkeit und Rivalität gleichfalls Privatgüter sind.

Eine solche Konzentration ist beim echten Subsidiaritätsprinzip bedingt, weil bei bestenfalls ausgeglichener Angebotsgüte des gemeindlichen Angebotes verglichen zum privaten Qualitätsführer erst eine überlegene Angebotswirtschaftlichkeit den gemeindlichen Wettbewerb überhaupt eröffnet. Andernfalls könnte der private

---

<sup>74</sup> Vgl. Magen in Kirchhof/Korte/Magen Öffentliches Wettbewerbsrecht (2014) § 2 Randnummer 70.

<sup>75</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 07.07.2011 – 2 D 137/09.NE – Juris Randnummer 170, Bayerischer VGH, Urteil vom 18.03.1998 – 4 B 97.3249 -, BayVBl. 1998, 403 (403), VG Gießen, Urteil vom 08.05.2013 – 8 K 205/12.GI –Juris Randnummer 27.

<sup>76</sup> Magen in Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht (2014) § 2 Randnummer 73.

Qualitätsführer ebenso gut und wirtschaftlich den öffentlichen Zweck erfüllen.

Das echte Subsidiaritätsprinzip dient den Belangen der Privatwirtschaft. Dennoch weist es eine Schutzlücke auf, wenn die Gemeinde deswegen eine hohe (Spitzen-) Qualität festsetzt um ihren Wettbewerb einer eingehenden Wirtschaftlichkeitsbetrachtung zu entziehen<sup>77</sup>.

## *2. Übermäßige Wettbewerbseinschränkung beim unechten Subsidiaritätsprinzip im Fall kommunaler Kostenführerschaft bei ausreichender Angebotsgüte*

Das den Belangen der Gemeindegewirtschaft dienende unechte Subsidiaritätsprinzip weist dennoch eine Restriktion auf, wenn die Gemeinde im Wege der Kostenführerschaft versucht, wettbewerbsinterne und wettbewerbsexterne Belange bei ausreichender Angebotsgüte auszugleichen. Auch das echte Subsidiaritätsprinzip kann dazu zwingen, unerwünschten weil Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte übermäßig verkürzenden Gemeindegewettbewerb bei Spitzenqualität zu dulden. Der Ausgleich von Wettbewerbsneutralität und wettbewerbsexternem Gemeinwohlbelang über niedrige Preise bei noch ausreichender Angebotsgüte ist dagegen riskanter.

Gemäß § 116 Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 GO LSA ist eine wirtschaftliche Betätigung möglich, wenn der öffentliche Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Setzt die Gemeinde bei ausreichender Angebotsgüte einen geringeren Preis fest als die Wettbewerber, so muss ein korrespondierender Qualitätsvorteil der Wettbewerber entweder durch den Preisvorteil kompensiert werden (Angebotswirtschaftlichkeit) oder der soziale Belang gibt gegenüber dem Qualitätsbelang im engeren Sinne den Ausschlag (Angebotsgüte). Wenn der soziale Belang nicht gegenüber dem Qualitätsbelang den Ausschlag bei Bestimmung der Leistungsgüte gibt und der Preisvorteil den

---

<sup>77</sup> Vgl. den effektiven Ausfall der Würdigung der Angebotswirtschaftlichkeit durch das OVG Sachsen-Anhalt (FN 70) Randnummer 72. Ist die Leistungsgüte des gemeindlichen Angebotes nicht nur gleichwertig sondern besser, kann auch auf Grundlage des echten Subsidiaritätsprinzips ein Gemeindegewettbewerb nur aufgrund Unwirtschaftlichkeit nicht untersagt werden.

Nachteil bei der Leistungsgüte nicht wenigstens kompensiert, ist das Angebot des Wettbewerbers besser und wirtschaftlicher. Die Gemeinde darf Wettbewerb nicht entfalten.

Das Vergaberecht ist offener!

Die Zulassung und Wertung von Nebenangeboten ist grundsätzlich unzulässig, wenn in einem in den Geltungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen fallenden Vergabeverfahren der Preis alleiniges Zuschlagskriterium ist.<sup>78</sup>

Wenn der Preis bei einem in den Geltungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen fallendem Vergabeverfahren einziges Zuschlagskriterium sein kann, so ist damit anerkannt, dass ein qualitativ besseres Angebot auch bei größerer Wirtschaftlichkeit auf Grundlage des Verhältnisses von eingesetztem Mittel und verfolgtem Zweck schon den Bedarf des öffentlichen Auftraggebers nicht ohne weiteres abdeckt, wenn der Preis trotzdem höher ist. Dann ist aber kein Grund ersichtlich, der Gemeinde zu verbieten, ihre ausreichenden Leistungen zu einem geringeren Entgelt als die Konkurrenz anzubieten.

Sie bietet dann denjenigen Verbrauchern die Chance eines vorteilhaften Tausches, die ihre Erwerbsentscheidung nicht von der Wirtschaftlichkeit oder Güte des Angebotes abhängig machen können sondern schon die Finanzierbarkeit prüfen müssen. Bei noch ausreichender Angebotsgüte bietet die Erschließung finanzierbarer Alternativen die Chance auf einen Zuwachs an Freiheit und marktvermitteltem Gemeinwohl, weil eine die geringeren Gestehungskosten bei notwendiger und ausreichender Angebotsgüte und eine Produzentenrente einschließende Preisbildung entweder zu weiterer Nachfrage führt, wenn der niedrigere Preis im Ergebnis höchstens die Zahlungsbereitschaft der Konsumenten abschöpft oder die zur Durchsetzung des marktexternen sozialen, kulturellen oder wirtschaftlichen Ziels notwendige Intervention minimiert wird, wenn der Preis trotz Preisführerschaft noch über der Zahlungsbereitschaft der Verbraucher liegt.

---

<sup>78</sup> BGH, Beschluss vom 07.01.2014 – X ZB 15/13 – BGHZ 199, 327.

Ist das Angebot eines privaten Wettbewerbers besser und wirtschaftlicher trotz niedrigerem Preis und ausreichender Angebotsgüte des gemeindlichen Angebotes ist ein gemeindlicher Wettbewerb an sich aufgrund auch des unechten Subsidiaritätsprinzips ausgeschlossen. Die Rechtsprechung behilft sich, indem sie der Gemeinde bezüglich des Angebotsgütevergleichs einen erheblichen Beurteilungsspielraum zugesteht und zugleich anerkennt, dass bei diesem Angebotsgütevergleich die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte aufgrund ihrer wertenden Elemente einem objektiven Leistungsvergleich weitgehend entzogen sind.<sup>79</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht<sup>80</sup> anerkennt ein mögliches überwiegendes öffentliches Interesse an der eigenen Aufgabenwahrnehmung, das einen Vorrang der Kommune auch unabhängig von einem Güte- oder Qualitätsvergleich begründen kann. Auch die Annahme eines überwiegenden öffentlichen Interesses an der Aufgabenwahrnehmung sogar jenseits der Kontrolle durch die gemeindewirtschaftsrechtlichen Schranken wird mit einem erheblichen Beurteilungsspielraum zulasten der Rechtsanwendungsgenauigkeit verbunden sein.

#### VI Vorschlag eines dem Wettbewerbskonzept gerechter werdenden Subsidiaritätsprinzips:

Die geltenden Subsidiaritätsprinzipie in den Gemeindewirtschaftsrechten begünstigen eine unwirtschaftlich aufwendige Zweckerfüllung bei Qualitätsführerschaft der Gemeinde. Dagegen erfährt die Gemeindewirtschaft Risiken, wenn sie entsprechend dem Wettbewerbskonzept Wettbewerb und wettbewerbsexterne Ziele bei ausreichender Leistungsgüte zu geringen Preisen ausgleicht. Diese Risiken werden zulasten der Rechtsanwendungsgenauigkeit

---

<sup>79</sup> OVG Sachsen-Anhalt (FN 70).

<sup>80</sup> Beschluss vom 02.01.2006 – BVerwG 6 B 55.05 – Juris Randnummer 10 bei gewerberechtlichen Auswahlentscheidungen.



durch die Rechtsprechung zwar gemildert, aber nicht wirklich aufgehoben.<sup>81</sup> Ist ein Subsidiaritätsprinzip möglich, das dem Wettbewerbskonzept gerechter wird?

Ein Gemeindegewettbewerb bei mindestens ebenbürtiger Wirtschaftlichkeit oder bei Kostenführerschaft begünstigt eine gemeindliche Kostenführerschaft bei ausreichender Angebotsgüte. Er trägt so zur Realisierung wettbewerbsexterner Anliegen bei. Insbesondere soziale, kulturelle oder wirtschaftliche Leistungen lassen sich auch bei geringerem Einkommen der Konsumenten erschließen. Finanzierbare Alternativen werden bei ausreichender Ausführungsgüte geboten. Wettbewerber können gleichfalls ihr Angebot bezüglich Leistungsgüte vereinfachen. Preisreduktionen müssen nicht zulasten der Gewinnmarge gehen. Auch kostengünstigere Fertigungsverfahren oder Organisationen<sup>82</sup> mit dem Ziel ausreichender Leistungsgüte zu minimalen Kosten können Preissenkungen ermöglichen. Die Gemeinde müsste geringere Kosten etablieren oder ebenso wirtschaftlich arbeiten wie die privaten Wettbewerber.

Bei der Daseinsvorsorge durch funktionierende Gütermärkte verfolgt die öffentliche Hand wettbewerbsimmanente Gemeinwohlziele. Funktionsschutz ist hier das primäre Instrument der staatlichen Interventionen. Die öffentliche Hand schützt oder erweitert den Gleichlauf von Freiheit und Gemeinwohl, indem sie Wettbewerb sichert oder ermöglicht. Die Reichweite dieser Konstellation ist der Tendenz nach auf private Güter beschränkt. Liegt das Gemeinwohlziel dagegen in der Produktion von kollektiven Gütern, meritorischen Gütern oder der Umsetzung von Verteilungszielen, und sollen diese Ziele mit Hilfe des Wettbewerbs verfolgt werden, bedarf es einer Korrektur bzw. Instrumentalisierung des Wettbewerbsmechanismus.<sup>83</sup>

Ein Subsidiaritätsprinzip wird dem Wettbewerbskonzept also gerecht, wenn es im Bereich der Daseinsvorsorge den gemeindlichen Wettbewerb insbesondere dann

---

<sup>81</sup> Die Freistellung sozialer und ökologischer Komponenten aus dem objektiven Leistungsvergleich erfolgt nur „wegehend“; s. OVG Sachsen-Anhalt (FN 70) auf Grundlage des unechten Subsidiaritätsprinzips.

<sup>82</sup> Magen in Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht § 2 Randnummer 26.

<sup>83</sup> Magen (ibid) Randnummer 92.

zurückdrängt und Wettbewerbsneutralität erschließt, wenn private Güter, die weder meritorische Güter sind noch der Umsetzung von Verteilungszielen dienen, betroffen sind.

Nur aufgrund hervorragender Ausführungsgüte wettbewerbsfähige Angebote, die unwirtschaftlicher und teurer sind als ausreichende der privaten Konkurrenz, erlauben den Ausschluss Unberechtigter. Ihre Überproduktion im Interesse der Vermeidung einer Rivalisierung von Nutzungen verfehlt außer dem Anliegen der Wettbewerbsneutralität aufgrund Marktintervention auch das wettbewerbsexterne Interesse, weil Verluste allenfalls bei möglicher Etablierung hoher Preise vermeidbar sind. Das vorgeschlagene Subsidiaritätsprinzip betrifft private Güter.

Gemeindegewettbewerb wird durch das vorgeschlagene Subsidiaritätsprinzip nur beschränkt, wenn die Gemeinde weder bei Vereinfachung der Ausführungsgüte auf ausreichend eine Kostenführung etablieren noch vergleichbar wirtschaftlich wie Private arbeiten kann. In diesen Fällen verspricht bei meritorischen Gütern oder Verteilungszielen die Kooperation eine wettbewerbsfreundlichere und wirtschaftlichere Alternative zu eigener Wettbewerbsentfaltung.

Eine gemeindliche Preisführerschaft gegen einen zu geringeren Kosten arbeitenden Privaten, notwendig zulasten ihrer Produzentenrente, wäre verglichen zu einer Kooperation nachteilig. Die Finanzverwaltung erkennt inzwischen allgemein die Möglichkeit vom Kapitalanteil abweichender Gewinnbeteiligungen an, wenn für die zivilrechtlich wirksam vereinbarte Abweichung vom gesetzlichen Gewinnverteilungsschlüssel beachtliche, wirtschaftlich vernünftige außersteuerliche Gründe einen Missbrauch ausschließen.<sup>84</sup>

Vereinbaren die Gemeinde und der private Vertragspartner die von der Gemeinde vorgesehene Ausführungsgüte und Preisvorstellung und begnügt sich die Gemeinde mit einer Produzentenrente wie bei eigener Wettbewerbsentfaltung, so kann sie den Kostenvorteil des Mitbewerbers auf dessen Produzentenrente

---

<sup>84</sup> Schreiben des BMF vom 17.12.2013 – IV C 2 – S – 2750 – a/11/10001, BStBl. 2014 (I) S. 63.

konzentrieren. Nur die Produzentenrente des Privaten wird durch seine höhere Wirtschaftlichkeit gemehrt. Ausführungsgüte, Preise und Produzentenrente der Gemeinde sind so wie bei eigener, unwirtschaftlicherer Wettbewerbsteilnahme.

Sind mehrere Wettbewerber zu einer entsprechenden Unterstützung der Gemeinde bereit, kann sie ihre eigenen Produzentenrentenaussichten verglichen zum Wettbewerb verbessern, indem sie mit dem Wettbewerber kooperiert, der ihr bei der Gewinnverteilung die höchste eigene Produzentenrente zugesteht.

Die Gemeinde partizipiert auch schon deswegen, weil nur eine betriebliche Infrastruktur anstelle von zwei von den Kooperationspartnern geschaffen werden muss und so der Kapitalbedarf für die Gemeinde sinkt.

Ist eine Vereinbarung nicht möglich, steht der Gemeinde der Wettbewerb offen. Sie stellt dann zu den geringsten Kosten mindestens in vorgesehener Ausführungsgüte höchstens gemäß ihrer Preisvorstellung das meritorische Anliegen sicher bzw. trägt zum Verteilungsziel bei. Bei meritorischen Anliegen und Verteilungszielen sind weder der Preis nach oben noch die Ausführungsgüte nach unten gegenüber den gemeindlichen Vorgaben disponibel.

Eine Marktöffnung wird erreicht, weil eine Kooperation der Gemeinde anstelle von Gemeindegewettbewerb begünstigt wird, wenn die Gemeinde auf diesem Wege unter Nutzung des Wettbewerbs zu ihrer Preisvorstellung und in vorgesehener Angebotsgüte ein meritorisches Anliegen verfolgen oder zu einem Verteilungsziel beitragen kann. Dabei erzielt sie mindestens eine Produzentenrente wie bei eigenem Wettbewerb, bindet jedoch weniger eigenes Kapital. Taugliche Partner sind alle privaten Wettbewerber, die zu geringeren Kosten arbeiten als die Gemeinde, so dass sie bei gegebener Ausführungsgüte und Preis über die Gewinnbeteiligung den Wettbewerber begünstigen kann. Die Konsumenten erfahren das meritorische Anliegen und das Verteilungsziel höchstens zu den gemeindlichen Preisvorstellungen mindestens in der von der Gemeinde bestimmten Ausführungsgüte.

Schließlich wird die Gemeinde Mischgüter<sup>85</sup> aufgrund gradueller Ausschließbarkeit

---

<sup>85</sup> Magen (ibid) Randnummer 73.

und Rivalität zu geringeren Kosten oder ebenso wirtschaftlich wie Private anbieten.

Subsidiaritätsprinzip:

*„die Gemeinde den öffentlichen Zweck zu geringeren Kosten als oder ebenso wirtschaftlich wie Private erfüllen kann.“*

VII Eine kooperative Absicherung der öffentlichen Zwecke als Alternative zum Gemeindegewinnwettbewerb

Laut Tatbestand des Urteils des OVG Magdeburg diene der Betrieb des Sport- und Freizeitzentrums durch die Gemeindeeigengesellschaft neben der Absicherung des Vereins- und Schulsports auch wesentlich der Absenkung des Fehlbetrages des zuvor von der Gemeinde im Rahmen der Daseinsvorsorge vorgehaltenen Badbereiches.

Als kooperative Alternative zum Wettbewerb hätte die Gemeinde den Badbereich zwar weiterführen, die grundsätzlich profitabel betreibbaren Fitness- und Saunabereiche des Sport- und Freizeitzentrums jedoch demjenigen Privaten anbieten können, der sie analog gesellschaftsrechtlicher Wertungen am stärksten von den allgemeinen Betriebs- und Verwaltungskosten des Sport- und Freizeitzentrums entlastet. Wer den größten Nutzen aus dem Betrieb der profitablen Bereiche des Sport- und Freizeitzentrums zieht, darf diese betreiben, wenn er die Kommune in größerem Umfang von den allgemeinen Betriebs- und Verwaltungskosten freistellt:<sup>86</sup>

„Ist der stille Gesellschafter nur an einem einzigen Geschäftszweig beteiligt, so setzt die Annahme einer stillen Gesellschaft voraus, dass der stille Gesellschafter am Gewinn dieses Geschäftszweigs beteiligt ist. Bei der Ermittlung dieses Gewinns durch eine besondere Bilanz oder eine besondere Gewinn- und Verlustrechnung

---

<sup>86</sup> Bundesfinanzhof, Urteil vom 27.02.1975 – I R 11/72 – BFHE 115, 518 – 524 = BStBl. II 1975, 611.

sind alle Aufwendungen und Erträge anzusetzen, die durch den betreffenden Geschäftszweig verursacht sind. Dazu gehören nicht nur die variablen Kosten, die sich je nach dem Umfang der Geschäfte ändern, sondern auch die fixen Kosten, die unabhängig vom Umfang der Geschäfte anfallen. Daher ist auch ein angemessener Anteil an den allgemeinen Betriebs- und Verwaltungskosten des Unternehmens anzusetzen. Gegen diese Auffassung kann nicht eingewendet werden, die allgemeinen Betriebs- und Verwaltungskosten fielen auch an, wenn der betreffende Geschäftszweig des Unternehmens nicht fortgeführt würde. Denn die rechtlich erhebliche Ursächlichkeit eines Betriebs oder Teilbetriebs oder auch nur eines einzelnen Geschäftszweigs für Aufwendungen und Erträge umfasst – jedenfalls für die Aufwendungen – nicht nur die wirkende Ursache, sondern auch die Zweckursache. Der Verbrauch von Gütern und Diensten, der den Anfall der allgemeinen Betriebs- und Verwaltungskosten bewirkt, dient anteilig auch dem Zweck, den Geschäftszweig zu betreiben, an dem sich der stille Gesellschafter beteiligt hat. Die Höhe des angemessenen Anteils der allgemeinen Betriebs- und Verwaltungskosten, der auf den einzelnen Geschäftszweig entfällt, bestimmt sich nach der Höhe des Beitrags, den der allgemeine Geschäftsbetrieb für den einzelnen Geschäftszweig leistet“.

Es hätte mehrere Vorteile geboten, dem Wettbewerber die profitablen Teilbereiche des Sport- und Freizeitzentrums zu übertragen, der den größten Nutzen daraus zieht. Wer den größten Nutzen aus dem Betrieb der profitablen Teilbereiche des Sport- und Freizeitzentrums zieht, erfährt auch den größten Nutzen aus dem allgemeinen Geschäftsbetrieb und trägt in entsprechendem Umfang die allgemeinen Betriebs- und Verwaltungskosten. Die Gemeinde spart so maximalen Betriebs- und Verwaltungskosten auf. Wer der Gemeinde eine geringere Entlastung bietet, zieht geringeren Nutzen aus dem Betrieb.

Zu Beginn des Engagements wird eine größere Offenheit der Gemeinde gegenüber Wettbewerbern insbesondere dem für Wettbewerbsneutralität plädierenden Wettbewerbskonzept gerecht. Dieses sieht ein Risiko von Subventionen gerade darin, dass bestimmten Mitbewerbern die Subvention gewährt wird<sup>87</sup>. Dagegen

---

<sup>87</sup> Magen in Kirchhof/Korte/Magen „Öffentliches Wettbewerbsrecht“ (2014) § 2 Randnummer 84.

sind Mitbewerber von vornherein ausgeschlossen. Hier würde der Fehlbetrag gerade am stärksten reduziert und der größte Beitrag zur Anpassung der Daseinsvorsorge/Badbereich an die gemeindliche Leistungsfähigkeit geleistet, indem ein möglichst hoher Teil der allgemeinen Betriebs- und Verwaltungskosten entsprechend gesellschaftsrechtlicher Grundsätze auf den Privaten abgewälzt werden. Dies lässt sich erreichen, wenn sich die Gemeinde nicht von vornherein auf ein bestimmtes Unternehmen festlegt. Liegen die abgewälzten Kosten unter den Betriebs- und Verwaltungskosten eines vergleichbaren Fitness- und Saunabetriebes außerhalb des Zentrums gewinnt auch der Privatinvestor.

Bei Betrieb des kompletten Sport- und Freizeitzentrums durch die Gemeinde, gegebenenfalls über eine Eigengesellschaft, trägt die Gemeinde wenigstens mittelbar die allgemeinen Betriebs- und Verwaltungskosten des Zentrums allein. Bei Übertragung profitabler Teilbereiche kann jedenfalls ein Teil dieser allgemeinen Betriebs- und Verwaltungskosten eingespart werden.

Die übrigen Geschäftszweige ziehen Nutzen aus dem allgemeinen Geschäftsbetrieb und tragen daher auch zur Deckung der allgemeinen Betriebs- und Verwaltungskosten bei.

Zu berücksichtigen wäre ein größerer Nutzen der mit Gewinn betreibbaren Teile des Sport- und Freizeitzentrums durch den allgemeinen Geschäftsbetrieb, wenn die Gemeinde bzw. ihre Eigengesellschaft nicht ohne Rücksicht auf die Kostensituation die Entgelte niedrig festlegt. Wird das voraussichtliche Ertragsniveau der mit Gewinn betreibbaren Teilbereiche nicht eingetrübt, so kann die Gemeinde entsprechend stärker von allgemeinen Betriebs- und Verwaltungskosten entlastet werden weil der Nutzen des privaten Betreibers aus dem allgemeinen Geschäftsbetrieb wächst.

Die Gemeinde wollte den Fehlbetrag für den Badbereich allein senken. Gerade darum hat sie die profitablen Teile des Sport- und Freizeitzentrums durch ihre Eigengesellschaft betreiben lassen. Ob dieses Vorhaben gelungen ist, lässt sich dem Urteil des OVG Magdeburg nicht entnehmen. Insbesondere führen die vergleichsweise geringen Entgelte für Fitness- Sauna- und Badleistungen dazu, dass der Fitness- und Saunabereich gegebenenfalls selbst nur noch defizitär

betrieben wird und der Fehlbetrag sogar wächst. Dagegen hätte die Entlastung von Betriebs- und Verwaltungskosten eine Reduzierung des Zuschussbedarfes für den Badbereich bei zugleich geringerer Beeinträchtigung der Wettbewerbsneutralität ermöglicht. Bei Zusammenarbeit mit dem wirtschaftlichsten Privaten steht auch nicht fest, dass der Schul- oder Vereinssport weniger gesichert wird als bei Gemeindegewettbewerb.

### VIII Zusammenfassung:

Ob sich ein privater Wettbewerber auf die Einschränkungen des Gemeindegewettbewerbs durch das Gemeindegewirtschaftsrecht berufen kann, hängt davon ab, ob das Gemeindegewirtschaftsrecht über den Schutz der Gemeinde und der Marktstrukturen hinaus auch potentielle Marktteilnehmer schützt. Dies hängt von der Fassung des jeweiligen Gemeindegewirtschaftsrechts einschließlich der Gesetzesbegründung ab.

Bei subventioniertem Gemeindegewettbewerb wendet die herrschende Rechtsprechung die unternehmerische Dispositionsfreiheit aus Art. 2 I GG an. Die Anwendung von Artikel 12 GG durch Teile der Literatur führt laut bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung nicht dazu, dass sich Rechtsprechung und Literatur im Ergebnis unterscheiden.

Während bei einer Berufsausübungsregelung ein vernünftiger Gemeinwohlbelang die Regelung rechtfertigen muss ist bei der allgemeinen Handlungsfreiheit ein schutzwürdiges Recht erforderlich, um Einschränkungen zu rechtfertigen. Vom hier vertretenen Standpunkt begründet ein illegaler weil subsidiaritätswidriger Gemeindegewettbewerb weder einen vernünftigen Gemeinwohlbelang noch ein schutzwürdiges Recht. Der Landesgesetzgeber kann die Vermittlung von Drittrechtsschutz zur wirksameren Vorbeugung einer gemeindlichen Überforderung ausschließen, die Gesetzesbindung der Verwaltung steht dagegen nicht zu seiner Disposition.

Wird dagegen ein vernünftiger Gemeinwohlbelang oder ein schutzwürdiges Recht auch bei illegalem Gemeindegewettbewerb für möglich gehalten, so muss

wenigstens eine unerträgliche Verkürzung der unternehmerischen Dispositionsfreiheit vermieden werden. Das Bundesverfassungsgericht zieht zur Beurteilung generalisierte Strukturen heran. Eine im Einzelfall mögliche Existenzgefährdung oder auch Existenzvernichtung aufgrund Besonderheiten des Unternehmens begründet noch nicht Unzumutbarkeit. Hier sind weder die Subventionsintensität festgestellt noch anhand generalisierter Strukturen, wie sie das Bundesamt für Statistik gemäß Kostenstrukturstatistikgesetz und Bundesstatistikgesetz regelmäßig erhebt und veröffentlicht, gewürdigt worden. Eine unerträgliche Verkürzung der unternehmerischen Dispositionsfreiheit ist daher nicht ausgeschlossen sondern wahrscheinlich.

Lauterkeitsrechtlich kommt vorliegend insbesondere ein Verstoß gegen § 3a UWG dann in Betracht, wenn die Subvention, die nicht durch de-minimis-Bestimmungen von der Beurteilung durch die Kommission freigestellt ist, nicht zur Beurteilung durch die Kommission gestellt worden ist. Der Urteilstatbestand des OVG-Urteils hätte die Prüfung der Subvention durch die Kommission ausführen müssen, da die Nichtnotifizierung durch die Kommission jedenfalls bei Leistungen, die nicht Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse sind, zur Rechtswidrigkeit der Subvention führen. Umstände, die eine Annahme von Leistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse rechtfertigen, sind gleichfalls dem Urteilstatbestand nicht zu entnehmen.

Die Subsidiaritätsprinzipie, ob echte oder unechte, schränken gemeindlichen Wettbewerb kaum ein, wenn die Gemeinde besser als ihre privaten Wettbewerber einen öffentlichen Zweck erfüllt. Dann ist ihr Wettbewerb weitgehend unabhängig von wirtschaftlichen Überlegungen zulässig. Insbesondere steht der Annahme eines öffentlichen Zwecks nicht entgegen, dass die Privatwirtschaft ihn wirtschaftlicher erfüllen kann als die Gemeinde. Ein Ausgleich wettbewerbsinterner und wettbewerbsexterner Belange ist so nicht gewährleistet, schon die wettbewerbsexternen Gemeinwohlbelange können bei weitgehender Freistellung der Gemeindegewirtschaft von wirtschaftlichen Überlegungen degenerieren. Umgekehrt schränken selbst laxere unechte Subsidiaritätsprinzipie den Gemeindegewettbewerb übermäßig ein, wenn eine Leistung ausreichender Güte zu einem geringeren Preis als seitens der Konkurrenz



den Einwohnern angeboten werden soll. Setzt sich der soziale Belang gegen den bei höherem Entgelt zu erwartenden Qualitätsbelang nicht durch, so ist die private Leistung besser. Gleichet der Preisnachlass den Angebotsgüthenachteil nicht aus, ist die private Leistung auch wirtschaftlicher. Zu empfehlen ist ein Subsidiaritätsprinzip, das den Gemeindegewettbewerb bei geringeren Kosten oder mindestens vergleichbarer Wirtschaftlichkeit zulässt.

Denkbar ist eine Marktöffnung auch bei meritorischen Gütern und Verteilungszielen im Bereich der Daseinsvorsorge, wenn die Gemeinde einem zu geringeren Kosten arbeitenden Privaten im Rahmen einer Kooperation eine vorteilhafte Gewinnbeteiligung als Gegenleistung für den Absatz der meritorischen Güter oder dem Beitrag zur Umsetzung der Verteilungsziele anbietet oder sich darauf einlässt. Eine inkongruente Gewinnverteilung erkennt die Finanzverwaltung inzwischen an, wenn sie zivilrechtlich wirksam vereinbart ist und beachtliche vernünftige außersteuerliche Gründe einen Missbrauch ausschließen. Die Güter und Ziele werden zu den von der Gemeinde bestimmten Bedingungen abgesetzt. Genügt der Gemeinde eine Produzentenrente wie bei eigener Wettbewerbsentfaltung kommt die höhere Wirtschaftlichkeit nur der Produzentenrente des Privaten zugute. Sind verschiedene Private zu einer Zusammenarbeit mit der Gemeinde bereit, die meritorischen Güter und Verteilungsziele zu den Bedingungen der Gemeinde abzusetzen, kann die Gemeinde sogar eine verbesserte Produzentenrente als bei eigenem Wettbewerb erreichen und so einen Teil des privaten Kostenvorteils im Rahmen der Abrede für sich abschöpfen. Jedenfalls spart sie, da insgesamt nur eine betriebliche Infrastruktur geschaffen werden muss, Kapitalbedarf ein.

Die materielle Privatisierung der profitablen Bereiche des Sport- und Freizeitzentrums an den Wettbewerber, der die Kommune entsprechend gesellschaftsrechtlicher Wertungen am stärksten von allgemeinen Betriebs- und Verwaltungskosten entlastet, bietet die Möglichkeit, wettbewerbschonend den Zuschussbedarf des Badbereiches zu reduzieren.

Ich versichere die vorliegende Seminararbeit selbständig verfasst und keine nicht angegebenen Hilfsmittel benutzt zu haben.