

Nichterwerbswirtschaftliche gemeindliche Einrichtung oder wirtschaftliches Unternehmen?

Der Wettlauf um die kommunale Sauna

Von Rechtsanwalt Dr. Bernhard Stür, Münster

In den letzten Jahren sind vielerorts Sauna-, Bade- und Massagebetriebe wie Pilze aus der Erde geschossen. Den Nährboden hierfür haben vornehmlich gesteigerte Erholungs-, Sport-, Gesundheits- und Freizeitinteressen der Bevölkerung bereitet. Die Preise für die Benutzung derartiger Anlagen sind allerdings recht stattlich, da die erheblichen Investitions- und Betriebskosten sich rentieren müssen. Um auch den weniger finanzkräftigen Bevölkerungsschichten die Teilhabe an solchen Einrichtungen zu ermöglichen, sind viele Städte und Gemeinden im Lande bemüht, durch vergleichbare kommunale Einrichtungen ein Gegengewicht zu diesen privatwirtschaftlichen Betrieben zu schaffen.

Mit diesem Anliegen haben die Kommunen allerdings den erheblichen Widerstand der privatwirtschaftlichen Bäderbetriebe auf den Plan gerufen, die mit einem „kommunalen Schwitzverbot“ gegen gemeindliche Saunananlagen zu Felde ziehen. In diesem Wettlauf um die kommunale Sauna berufen sich die Bäderbetriebe darauf, daß die Gemeinden nur unter den erschwerenden Voraussetzungen des § 88 Abs. 1 GO berechtigt sind, wirtschaftliche Unternehmen einzurichten und zu unterhalten. Die Gemeinden machen demgegenüber geltend, daß kommunale Saunananlagen zu den nicht erwerbswirtschaftlichen gemeindlichen Einrichtungen nach § 88 Abs. 2 GO zählen und daher die

erhöhten Hürden für den Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen nicht überwunden werden müssen.

Wirtschaftliche Unternehmen und nichterwerbswirtschaftliche Einrichtungen

Ausgangspunkt für die Einschränkung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden ist § 88 Abs. 1 GO. Danach darf ein wirtschaftliches Unternehmen in gemeindlicher Hand nur errichtet, übernommen, oder wesentlich erweitert werden, wenn

- ein dringender öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert und dieser Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann und
- das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht.

Die Vorschrift bezieht sich auf wirtschaftliche Unternehmen, also Einrichtungen oder Anlagen einer Gemeinde, die auch von einem Privatunternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden können.¹⁾

Den besonderen in § 88 Abs. 1 GO gestellten Anforderungen an die Er-

1) So die Ausf.Anw. zu § 67 DGO mit dem Hinweis auf Versorgungsbetriebe, Industrie- und Handwerksbetriebe.

richtung wirtschaftlicher Unternehmen unterliegen Einrichtungen nach § 88 Abs. 2 GO jedoch nicht. Danach gelten als wirtschaftliche Unternehmen nicht

- Unternehmen, zu deren Errichtung und Unterhaltung die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist (§ 88 Abs. 2 Nr. 1 GO),
- *Einrichtungen* des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Abfall- und Abwasserbeseitigung, der Straßenreinigung sowie *Einrichtungen ähnlicher Art* (§ 88 Abs. 2 Nr. 2 GO),
- Einrichtungen, die als Hilfsbetriebe ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs von Gemeinden und Gemeindeverbänden dienen (§ 88 Abs. 2 Nr. 3 GO).

Bei dieser Aufzählung von bestimmten Unternehmen und Einrichtungen, die nicht den Voraussetzungen des § 88 Abs. 1 GO unterliegen, handelt es sich um eine gesetzliche Fiktion in dem Sinne, daß es auf die Gewinnerzielungsabsicht nicht ankommt: Selbst wenn die Einrichtungen oder Anlagen der Gemeinde nach § 88 Abs. 2 GO auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können, finden auf sie die einschränkenden Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 88 Abs. 1 GO keine Anwendung. Es bedarf daher weder eines dringenden öffentlichen Zwecks noch

kommt es darauf an, daß das Unternehmen in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht.²⁾

Die von Seiten der privaten Bäderbetriebe geäußerte Auffassung, neben die Tatbestandsmerkmale des § 88 Abs. 2 GO müsse als zusätzliches Merkmal treten, daß die Einrichtung oder Anlage der Gemeinde nicht auch von einem Privatunternehmer mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden könne, es sich also um eine gemeinnützige Einrichtung handele, widerspricht daher der Gesetzssystematik, die im Gegenteil gerade von einer Fiktion ausgeht. Nach § 88 Abs. 2 GO werden daher auch Unternehmen, die auf Gewinnerzielung ausgerichtet sein können, von den qualifizierenden Anforderungen in § 88 Abs. 1 GO ausgenommen, wenn die Tatbestandsmerkmale von § 88 Abs. 2 GO erfüllt sind. Dahinter steht die Überlegung, daß bestimmte gemeindliche Einrichtungen im öffentlichen Interesse errichtet werden und es dieser am Gemeinwohl orientierte Zweck rechtfertigt, solche Einrichtungen gegenüber anderen wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde zu privilegieren.

Saunaanlage als nichtwirtschaftliche Einrichtung nach § 88 Abs. 2 GO

Von den Tatbestandsmerkmalen, die in § 88 Abs. 2 GO eine Freistellung von den erschwerenden Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde bewirken, liegen bei einer kommunalen Saunaanlage gleich mehrere Fallgruppen vor: Die Saunaanlage dient der Gesundheit, dem Sport und der Erholung. Es handelt sich zudem dabei um eine vergleichbare Einrichtung i. S. von § 88 Abs. 2 Nr. 2 GO sowie um einen „Annexbetrieb“, der einer nichtwirtschaftlichen Einrichtung dient.

Gesundheitseinrichtung

Die Benutzung einer Sauna dient der Gesundheit. Sie wird vielfach — in verträglichen Dosierungen — von

2) Von Loebell, GO-Kommentar, Erl. 1 zu § 88 GO; Kottenberg/Rehn, GO-Kommentar, Erl. VI 1 zu 88.

Ärzten zur Wiedergenesung aber besonders auch im Bereich der vorbeugenden Gesundheitsvorsorge empfohlen. Saunaanlagen stehen vielfach im Zusammenhang mit medizinischen Badebetrieben und erfüllen in der Palette gesundheitsfördernder Bäder, Massagen und Kuren eine wichtige Funktion. Es mag Patienten geben, für die der Besuch einer Sauna nicht in Frage kommt. Dies ändert jedoch nichts daran, daß für viele Menschen der Saunabesuch die Gesundung fördert und krankheitsvorbeugend wirkt. Abhärtung gegen Erkältungs- und Infektionskrankheiten ist nur eine positive Wirkung, auf die von Ärzten hingewiesen wird. Saunaanlagen sind daher hinsichtlich ihrer gesundheitsfördernden Wirkungen mit Heilbädern, Kneippkuren und Massagen vergleichbar, die ebenfalls unter den Begriff der Einrichtungen für die Gesundheit fallen. Dafür spricht auch die wechselseitige Ergänzung von Saunaanlagen und Hallenbädern bzw. medizinischen Bädern, die deshalb in der Praxis auch oft als verbundene Anlagen errichtet und betrieben werden.

Es spielt dabei keine Rolle, ob Saunaanlagen zur gesundheitlichen Vorsorge der Bevölkerung notwendig sind in dem Sinne, daß es keine anderen Einrichtungen der Gesundheitsvorsorge mit ähnlichen Wirkungen gäbe.³⁾ Eine Einrichtung ist bereits dann nach § 88 Abs. 2 GO kein wirtschaftliches Unternehmen und damit von den Anforderungen nach § 88 Abs. 1 GO freigestellt, wenn sie den dort aufgeführten Zwecken dient. Die gesundheitsfördernde und -sichernde Funktion einer Saunaanlage kann aber ernsthaft nicht in Frage gestellt werden.

Einrichtung des Sports

Saunaanlagen dienen, besonders wenn sie Teil eines Freizeitbades sind, dem Sport und insbesondere der Breitensportförderung. Es liegt nahe, daß durch die vielfältigen Nutzungsmöglichkeiten mehr Bürger für eine sportliche und ertüchtigende Freizeitgestaltung gewonnen werden können. Damit wird zugleich — neben

3) So aber Edzard Schmidt-Jortzig, Gutachten zur Frage kommunalrechtlicher Zulässigkeitsvoraussetzungen für gemeindliche Saunaanlagen, Münster v. 4. 11. 1981 (Sauna-Gutachten), S. 5.

der Gesundheitsvorsorge — die öffentliche Breitensportförderung unterstützt.⁴⁾ Auch die sportliche Betätigung der Bevölkerung wird daher durch eine Saunaanlage verstärkt. Besonders bei mehrmaligem Besuch mit dazwischenliegenden Wechselbädern und Ruhepausen kann der sportliche Charakter einer Sauna im Sinne einer körperlichen Ertüchtigung der Besucher im Vordergrund stehen.

Erholungseinrichtung

Saunaanlagen sind ferner „Einrichtungen der Erholung“ gem. § 88 Abs. 2 Nr. 2 GO, so daß auch aus diesen Gründen die besonderen Anforderungen in § 88 Abs. 1 GO nicht einzuhalten sind. Wegen der wachsenden Bedeutung sinnvoller Freizeitgestaltung wurde der Begriff der „Erholung“ durch Gesetzesänderung im Jahre 1979⁵⁾ in den Katalog der privilegierten öffentlichen Einrichtungen aufgenommen. Inhaltlich handelt es sich dabei allerdings lediglich um eine Klarstellung des Gesetzgebers, da die Einrichtungen der Erholung bereits bisher als „Einrichtungen ähnlicher Art“ zu den nichtwirtschaftlichen gemeindlichen Unternehmen gerechnet wurden. Auch die privaten Bäderbetriebe werden anerkennen, daß für die Benutzer von Saunaanlagen die Gesichtspunkte der Erholung und Freizeitgestaltung im Vordergrund stehen.⁶⁾

Demgegenüber wird vorgebracht, daß im Rahmen des § 88 Abs. 2 Nr. 2 GO besondere Gesichtspunkte vorliegen

4) Innenminister NW, Erlaß v. 23. 8. 1982 — III B 4 — 5/708 — 1416/82 — sowie Erlaß v. 26. 8. 1976 — III B 3 — 5/15 1624/76 —.

5) Zweites Gesetz zur Änderung der Gemeindeordnung, der Kreisordnung und anderer kommunalverfassungsrechtlicher Vorschriften v. 15. 5. 1979 (GV NW 408).

6) Schmidt-Jortzig, Sauna-Gutachten, S. 11, führt in Auseinandersetzung mit dem Begriff der Gesundheitsförderung aus: „Zunehmend tritt der gesundheitsfördernde Charakter regelmäßig Saunabäder für die Mehrheit der Saunabesucher hinter den Gesichtspunkten der Erholung und Freizeitgestaltung zurück.“ Und an anderer Stelle heißt es (S. 12): „Für die Benutzer der Sauna stehen Gesichtspunkte der Erholung und Freizeitgestaltung, daneben aber auch die als positiv empfundenen physiologischen Wirkungen regelmäßig im Vordergrund.“ Damit wird den Saunabädern Erholungs- und Freizeitwert eingeräumt und unausgesprochen zugegeben, daß es sich um nichtwirtschaftliche Einrichtungen nach § 88 Abs. 2 Nr. 2 GO handelt. Unzutreffend ist allerdings die Behauptung, im Gegensatz zu Schwimmbädern dienten Saunabäder nicht der körperlichen Ertüchtigung der Besucher.

müßten, die gerade eine großmaßstäbliche, öffentliche Organisation solcher Einrichtungen erfordern.⁷⁾ Die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des § 88 Abs. 2 GO reiche nicht aus, um eine gemeindliche Einrichtung von den Erschwernissen des § 88 Abs. 1 GO für die Errichtung und Unterhaltung wirtschaftlicher Unternehmen zu befreien. Es sei vielmehr eine positive Feststellung dahingehend erforderlich, daß eine Gewinnerzielungsmöglichkeit ausscheide, die kommunale Einrichtung also nicht auch von privaten Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden könne.

Diese Auffassung beruht auf einem Mißverständnis der Regelungssystematik. Der Gesetzgeber wollte durch § 88 Abs. 1 GO die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nicht zuletzt in ihrem eigenen kommunalen Interesse einerseits von einschränkenden Zulässigkeitsvoraussetzungen abhängig machen, andererseits durch die Privilegierungsvorschrift in § 88 Abs. 2 GO bestimmte Gruppen und Typen von gemeindlichen Einrichtungen und Anlagen generell von diesen Hinderungsgründen befreien. Dahinter steht die gesetzgeberische Absicht, — bei aller Zurückhaltung im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand — im Interesse der Bevölkerung gemeindliche Einrichtungen zu ermöglichen, die der Allgemeinheit zugute kommen, soweit es sich dabei um Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, also um Gegenstände der kommunalen Selbstverwaltung handelt. Dieser Gesetzeszweck der weitgehenden Privilegierung gemeindlicher, auf die Ortsebene bezogener Einrichtungen würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn zusätzlich das Tatbestandsmerkmal des „wirtschaftlichen Unternehmens“ in § 88 Abs. 1 GO, für das die Gewinnerzielungsmöglichkeit und -absicht kennzeichnend ist, sozusagen negativ ausgegrenzt werden müßte. Die im Gesetz enthaltene Fiktion bedeutet vielmehr, daß es für nichtwirtschaftliche gemeindliche Einrichtungen nicht zusätzlich auf die Prüfung der Tatbestandsmerkmale in § 88 Abs. 1 GO ankommen kann. Anderenfalls würde die Privilegierungsvorschrift des § 88 Abs. 2 GO praktisch ausgehöhlt und deren Anwendungsbereich zur Bedeutungslosigkeit reduziert.

7) Schmidt-Jortzig, Sauna-Gutachten, S. 13.

Es muß vielmehr dabei verbleiben: Handelt es sich um eine gemeindliche Einrichtung nach § 88 Abs. 2 GO, so findet § 88 Abs. 1 GO keine Anwendung, ohne daß es auf die Erfüllung weiterer Voraussetzungen ankommt.

Einrichtungen ähnlicher Art

Die Errichtung und Unterhaltung gemeindlicher Saunaanlagen ist auch deshalb nicht an den strengen Voraussetzungen von § 88 Abs. 1 GO zu messen, weil es sich dabei jedenfalls um „Einrichtungen ähnlicher Art“ nach § 88 Abs. 2 GO handelt. Nichtwirtschaftliche Unternehmen gem. § 88 Abs. 2 Nr. 2 GO sind etwa Einrichtungen des Bildungswesens (z. B. Schulen aller Art, Volkshochschulen, Bibliotheken, Mediotheken), des Gesundheitswesens (z. B. Krankenhäuser, Bestattungseinrichtungen), der Kultur und des Sports (z. B. Schwimmbäder, Spiel- und Sportplätze, Sporthallen) und der Erholung (z. B. Freizeitparks, Zoos, Botanische Gärten) obwohl dies alles auch privatwirtschaftlich mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden kann. Eine vergleichbare Einrichtung ist auch die Saunaanlage, die vielfach mit anderen Gesundheits-, Sport- und Erholungseinrichtungen im Verbund betrieben wird.

„Annexbetrieb“

Wollte man Saunabetriebe gleichwohl als wirtschaftliche Unternehmen nach § 88 Abs. 1 GO einstufen, so bliebe unberücksichtigt, daß Saunaanlagen vielfach innerhalb größerer Badebetriebe — etwa eines Freizeitbades — betrieben werden und dabei nur einen untergeordneten Teil der Gesamtanlage ausmachen. Schon die Bezeichnung „Freizeitbad“ zeigt, daß bei derartigen Badebetrieben das Angebot von Einrichtungen für Sport, Gesundheit und Erholung durch Schwimmen, Ruhe, Sonnenbaden und Spiel im Vordergrund steht. Die daneben vorhandene Saunaeinheit soll dieses Angebot vielfach lediglich ergänzen und abrunden. Auch wirtschaftlich fällt sie dabei wohl nicht ins Gewicht.

Kein Konkurrenzschutz

Das eigentliche Ziel der privaten Bäderbetriebe ist darauf gerichtet, mit der gemeindlichen Saunaanlage einen unliebsamen Konkurrenten auszuschalten, der mit gemeindlichen Zuschüssen — also nicht privatwirtschaftlich — sondern gemeinwirtschaftlich arbeitet. In diesem Zusammenhang ist mehrfach versucht worden, darauf hinzuwirken, daß gemeindliche Saunabetriebe die Preise der Privatwirtschaft nicht unterstützen, sondern übernehmen, damit den Interessen der privaten Saunabetriebe ausreichend Rechnung getragen werde. Auch wird die Auffassung vertreten, daß nicht-kostendeckende Preise in gemeindlichen Saunaanlagen gegen das Wirtschaftlichkeitsprinzip und gegen den Ertragsgrundsatz in § 94 Abs. 1 S. 2 GO verstoßen und damit rechtswidrig seien.⁸⁾

Letztlich geht es also darum, einen Konkurrenzschutz in dem Sinne zu erzielen, daß die Gemeinden daran gehindert werden, ein kostengünstiges gemeindliches Angebot für den Besuch von Saunaanlagen zur Verfügung zu stellen und damit die Gewinnmarge der privatwirtschaftlich betriebenen Saunaanlagen zu reduzieren.

Mit dieser Argumentation eines Wettbewerbsschutzes wird allerdings verkannt, daß zwischen dem auf Gewinnerzielung angelegten privaten Saunabetrieb einerseits und einer gemeinwirtschaftlich orientierten gemeindlichen Saunaanlage andererseits ein erheblicher Unterschied besteht, der dieses Nebeneinander von Privatwirtschaft und Gemeinwirtschaft rechtfertigt. Das Gesetz selbst geht in § 88 GO von diesem Nebeneinander in ihrer Zweckrichtung unterschiedlicher Einrichtungen der Privatwirtschaft einerseits und der Gemeinden andererseits aus. Diese unterschiedliche Zielrichtung privater und öffentlicher Einrichtungen wird verkannt, wenn die privaten Bäderbetriebe Wettbewerbschutz gegenüber den gemeindlichen Einrichtungen verlangen.

Der Wettlauf um die kommunale Sauna sollte nicht mit einem konkurrenzverdrängenden Sieger enden, sondern für privatwirtschaftliche und gemeindliche Angebote in gegenseitiger Ergänzung, Rücksichtnahme und Fairneß genügend Platz bieten.

8) So Schmidt-Jortzig, Sauna-Gutachten, S. 1 ff.



Aus der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts NW

Die gegen den Eigentümer erlassene bauaufsichtliche Beseitigungsanordnung wirkt auch gegen den Einzelrechtsnachfolger.

OVG NW, Urt. v. 9. 9. 1986 — 11 A 1538/86 —; I. Instanz: VG Minden — 1 K 305/85 — rechtskräftig.

Mit Ordnungsverfügung vom 25. 5. 1981 hatte der Bekl. die Ehefrau des Kl. aufgefordert, ein auf dem streitigen Grundstück ohne Genehmigung im Rohbau errichtetes Wohnhaus mit einer Grundfläche von ca. 11 x 9 qm zu beseitigen und für die Nichtbefolgung des Gebotes ein Zwangsgeld angedroht. Widerspruch, Klage und Berufung der Ehefrau des Kl. blieben erfolglos (zuletzt Urt. des OVG NW vom 6. 10. 1983 — 11 A 2130/82 —).

Im Oktober 1983 erwarb der Kl. durch notariellen Vertrag das Grundstück von seiner Ehefrau. Nach der Eigentumsübertragung forderte der Bekl. den Kl. unter dem 19. 6. 1984 auf, das ungenehmigt im Rohbau errichtete Wohnhaus vollständig zu beseitigen bzw. beseitigen zu lassen und drohte für den Fall der Nichtbefolgung ein Zwangsgeld an. In den Gründen wurde ausgeführt, daß die gegen die Ehefrau des Kl. erlassene Beseitigungsverfügung Rechtskraft erlangt habe und mit den Mitteln des Verwaltungszwanges gegen den Kl. als Rechtsnachfolger durchgesetzt werden könne. Der Widerspruch, Klage und Berufung des Kl. bleiben erfolglos.

Aus den Gründen:

Mit dem VG ist der Senat der Auffassung, daß die an die Ehefrau des Kl. gerichtete — und inzwischen bestandskräftig gewordene — Beseitigungsanordnung vom 25. 5. 1981 gegen den Kl. als Rechtsnachfolger wirkt. Dem steht nicht entgegen, daß es sich im vorliegenden Fall um eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Grundeigentums und damit um eine Einzelrechtsnachfolge handelt. So hat bereits das BVerwG entschieden, daß eine gegen den Eigentümer erlassene Anordnung der Beseitigung eines Bauwerks grundsätzlich

und insbesondere im Falle der Gesamtrechtsnachfolge gegen den Rechtsnachfolger wirkt (vgl. Urt. v. 22. 11. 1971 — IV C 62.66 — BRS 24 Nr. 193). Das Gericht hat dabei zum Ausdruck gebracht, daß die zu einem Fall der Gesamtrechtsnachfolge gemachten Ausführungen grundsätzlich auch auf den Einzelrechtsnachfolger anzuwenden seien. Im Anschluß hieran wird überwiegend — auch vom erkennenden Senat — die Meinung vertreten, daß nicht nur der Gesamtrechtsnachfolger, sondern auch der Einzelrechtsnachfolger eine gegen seinen Vorgänger erlassene bauaufsichtliche Beseitigungsverfügung gegen sich gelten lassen muß.

Vgl. OVG Rheinl.-Pfalz, Urt. v. 26. 7. 1983 — 8 A 62/83 — BRS 40 Nr. 234 und v. 19. 7. 1984 — 12 A 33/83 — BRS 42 Nr. 219; VGH Bad.-Württ., Urt. v. 23. 1. 1979 — III 3228/78 — BRS 35 Nr. 212; a.A. OVG Lüneburg, Urt. v. 4. 5. 1979 — IA 66/78 — BRS 35 Nr. 132 —.

Der gegenteiligen Meinung des OVG Lüneburg (aaO) kann nicht beigezogen werden. Es ist zwar richtig, daß die Beseitigungsanordnung auch eine Ermessensentscheidung ist und in geringem Umfang auch personenbezogene Elemente enthält oder enthalten kann. Jedoch ist die Grundstücksbezogenheit und damit die Dinglichkeit einer baurechtlichen Beseitigungsanordnung gegen den Eigentümer absolut dominierend; die Berücksichtigung persönlicher Elemente ist mehr eine theoretische Möglichkeit, dürfte aber im Baurecht nur außerordentlich selten vorkommen. Diese denkbare Möglichkeit, daß persönliche Gesichtspunkte bei einer solchen bauaufsichtlichen Verfügung relevant sein können, rechtfertigt es jedenfalls nicht, die Einzelrechtsnachfolge anders als die Gesamtrechtsnachfolge zu beurteilen und die zuständigen Behörden zu verpflichten, gegen Einzelrechtsnachfolger jeweils mit einer neuen Grundverfügung vorzugehen. Dem Umstand, daß ein Rechtsnachfolger in seiner Person liegende Gründe gegen die Beseitigungsanordnung vorbringen könnte, ließe sich dadurch Rechnung tragen, daß die sich dabei ergebenden Härten im Vollstreckungsverfahren ausgeglichen werden könnten (so auch BVerwG aaO). Solche persönlichen Gesichtspunkte, die über das hinausgehen, was die Ehefrau des Kl. gegen die Grundverfügung vorgebracht hat oder

hätte vorbringen können, sind in der Person des Kl. nicht ersichtlich.

Hiernach konnte der Bekl. die gegen den Kl. wirkende Bauordnungsverfügung im Wege des Verwaltungszwanges durchsetzen.

Städte- und Gemeinderat 2/1987

Der Betrieb einer kommunalen Saunaanlage kann von einem privatwirtschaftlichen Konkurrenzunternehmen nicht durch verwaltungsgerichtliche Klage verhindert werden.

Saunaanlagen gehören zu den Einrichtungen der Gesundheit und des Sports und gelten daher nach § 88 Abs. 2 GO nicht als wirtschaftliche Unternehmen.

Ein wichtiges Interesse im Sinne von § 89 GO liegt bereits vor, wenn die gemeindliche Aufgabenerfüllung unter anderem im Bereich der Einrichtungen des § 88 Abs. 2 GO verbessert wird.

OVG NW, Urt. v. 2. 12. 1985 — 4 A 2214/84 (rechtskräftig).*

Sachverhalt: Die Klägerin, die im Rahmen eines privaten Kurbades eine Saunaanlage mit Sonnen- und Bräunungseinrichtungen betreibt, will erreichen, daß die beklagte Gemeinde als alleinige Gesellschafterin der Bäderbetriebe GmbH auf diese einwirkt, das Betreiben von Sauna- sowie Sonnen- und Bräunungseinrichtungen zu unterlassen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

Die Klage ist zulässig. Für das Begehren der Klägerin ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) eröffnet. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne dieser Vorschrift ist gegeben, wenn die begehrte Rechtsfolge sich nach Normen des öffentlichen Rechts richtet. Das ist hier der Fall. Das Klagebegehren ist darauf gerichtet, die Beklagte zu verurteilen, auf die Beigeladene dahingehend einzuwirken, daß diese eine bestimmte Geschäftstätigkeit (den Betrieb von Saunaanlagen) unterläßt.

Dieses Begehren ist Folge eines Sachverhalts, der nach öffentlich-rechtlichen Normen zu beurteilen ist. Es ist anerkannt, daß die Klage eines privaten Unternehmers gegen einen Hoheitsträger auf Unterlassung einer wirtschaftlichen Betätigung jedenfalls dann nach öffentlichem Recht zu

* Vgl. auch Bernhard Stüer, Der Wettlauf um die kommunale Sauna. Nichterwerbswirtschaftliche gemeindliche Einrichtung oder wirtschaftliches Unternehmen?, Städte- und Gemeindebund 1984, S. 174.

beurteilen ist, wenn die Streitigkeit darum geht, ob der öffentliche Rechtsträger überhaupt unter Zugrundelegung öffentlich-rechtlicher Kompetenznormen befugt ist, mit dem privaten Unternehmen auf einem bestimmten Wirtschaftssektor in Wettbewerb zu treten.

Vergleiche Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 22. Februar 1972 — IC 24.69 — Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) 39, 329 (332); Beschluß vom 2. Juli 1979 — IC 9.75 — BVerwGE 58, 167 (169); Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 26. April 1974 — IZR 8/73 — Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1974, 785 (786); Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NW), Urteil vom 16. November 1973 — XIVA 815/70 — Gewerbearchiv (GewArch) 1974, 312 (314); Verwaltungsgerichtshof (VGH) Mannheim, Beschluß vom 21. Juli 1982 — 1 S 746/82 — Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1984, 251 (252).

So liegt der Fall hier. Ob die Beklagte befügt ist, sich als Alleingesellschafterin an einer Gesellschaft (der Beigeladenen) zu beteiligen, die auf dem Geschäftsgebiet „Betrieb von Saunaanlagen“ mit der Klägerin in Wettbewerb tritt, richtet sich nach öffentlich-rechtlichen Kompetenznormen, den §§ 88, 89 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NW) vom 13. August 1984, GV NW 475. Diese unzweifelhaft öffentlich-rechtlichen Vorschriften stellen Zulässigkeitsvoraussetzungen auf, unter denen sich eine Gemeinde selbst unmittelbar (§ 88 GO NW) oder mittelbar durch von ihr gegründete und/oder beherrschte Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 88 GO NW) am Wirtschaftsleben beteiligen darf.

Die Zulässigkeit einer solchen wirtschaftlichen Betätigung der Beklagten in der zuletzt genannten („mittelbaren“) Form ist hier im Streit. Denn die Klägerin hat ausdrücklich betont, daß es ihr um die generelle Zulässigkeit (das „ob“) der wirt-

schaftlichen Betätigung der Beklagten auf einem bestimmten Geschäftsgebiet (Betrieb von Saunaanlagen) gehe und zwar auch in der hier vorliegenden Form einer „mittelbaren“ Wirtschaftstätigkeit durch die von der Beklagten gegründete und beherrschte Beigeladene.

Die Klagebefugnis ist ebenfalls gegeben. Das Erfordernis der Klagebefugnis ist als Zulässigkeitsvoraussetzung zwar ausdrücklich nur für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen in § 42 Abs. 2 VwGO vorgeschrieben. Der Zweck der Bestimmung, Popularklagen auszuschließen, gebietet es aber, auch bei einer — wie hier vorliegenden — Leistungsklage als Zulässigkeitsvoraussetzung zu verlangen, daß der Kläger mit der Klage die mögliche Verletzung eigener Rechte geltend macht.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 1970 — VIC 48.68 — BVerwGE 36, 192 (199); Urteil vom 12. Februar 1981 — 2 C 42.78 — NVwZ 1982, 103 (104); Urteil vom 24. Februar 1981 — 7 C 60.79 — BVerwGE 62, 11 (14).

Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Klagebefugnis im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO (analog) ist nur dann nicht gegeben, wenn offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise die von dem Kläger geltend gemachten Rechte bestehen oder ihm zustehen können.

Vgl. BVerwG, aaO, BVerwGE 36, 192 (200).

Das ist nicht der Fall. Der von der Klägerin geltend gemachte Einwirkungsanspruch ist nicht nach jeder rechtlichen Betrachtungsweise von vornherein ausgeschlossen.

Vgl. zu Ansprüchen gegen die Gemeinde auf Einwirkung zu Lasten von gemeindlichen Eigengesellschaften: Püttner, Die Einwirkungspflicht, DVBl. 1975, 353.

Die Möglichkeit einer eigenen Rechtsbeeinträchtigung der Klägerin durch die wirtschaftliche Betätigung der Beklagten

ergibt sich hier zumindest aus dem Gesichtspunkt der grundrechtlich geschützten Wettbewerbsfreiheit, wobei dahinstehen kann, ob das Recht auf Freiheit des Wettbewerbs durch Art. 2 Abs. 1 oder Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) geschützt ist.

Vgl. hierzu OVG NW, Urteil vom 22. September 1982 — 4 A 989/81 — NVwZ 1984, 522 (524) m. w. N. zum diesbezüglichen Meinungsstand.

Zwar schützt weder Art. 2 noch Art. 12 GG vor Konkurrenz (auch nicht einer solchen der öffentlichen Hand). Es ist aber anerkannt, daß unter besonderen Umständen das Recht auf freie Teilnahme am Wettbewerb einen Anspruch auf Unterlassung der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand gewähren kann, insbesondere wenn die Wettbewerbsfreiheit für den Privatunternehmer in einem unerträglichen Maße eingeschränkt ist.

Vgl. BVerwG, Beschluß vom 1. März 1978 — 7 B 144.76 — DVBl. 1978, 639; zum Anspruch auf Aufhebung einer einem Konkurrenten gewährten Subvention aus Gründen der unerträglichen Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit vgl. BVerwG, Urteil vom 30. August 1967 — VII C 122.66 — BVerwGE 30, 191 (197).

Gleiches gilt, wenn der Privatunternehmer — wie hier — keinen unmittelbaren Unterlassungsanspruch gegen die öffentliche Hand geltend macht, sondern einen Anspruch auf Einwirkung gegen ein von dem öffentlichen Hoheitsträger beherrschtes Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit. Denn für den privaten Konkurrenten macht es keinen Unterschied, ob die Gemeinde selbst unmittelbar — z. B. durch Eigenbetriebe, die keine Rechtspersönlichkeit besitzen — am Wirtschaftsleben teilnimmt — oder — wie hier — mittelbar über eine Eigengesellschaft, deren Alleingesellschafterin die Gemeinde ist.

Ob die grundgesetzlich geschützte Wettbewerbsfreiheit aufgrund besonderer Umstände (wegen unerträglicher Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit) im Einzelfall den geltend gemachten (Einwirkungs-)Anspruch gewährt, ist eine Frage der Begründetheit der Klage. Im Rahmen der Zulässigkeit reicht aus, daß unter Zugrundelegung des Vorbringens der Klägerin eine Verletzung ihrer schutzwürdigen Wettbewerbsinteressen jedenfalls denkbar ist. Das ist der Fall. Die Klägerin hat vorgebracht, daß die Beklagte — mittelbar über die Beigeladene — sich im Hinblick auf die Preisgestaltung für die Benutzung der kommunalen Saunaeinrichtungen einen ruinösen Wettbewerb leisten könne, weil die Beklagte bei entsprechenden Einnahmeausfällen, die die Beigeladene hat, nach dem Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen



**Zwolle-Druck
Schübel & Hellwig**

Ihre Druckerei für

**Privat · Handel · Behörde
Gewerbe · Industrie**

Hafenstraße 6 · 4354 Datteln · Tel. (02363) 2276

verpflichtet ist, Zuschüsse an die Beigeladene aus öffentlichen Mitteln zu leisten.

Die Klage ist nicht begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen die Beklagte, auf die Beigeladene dahingehend einzuwirken, daß diese den Betrieb von Saunaeinrichtungen im gesamten Stadtgebiet der Beklagten oder „wenigstens“ im Freizeitbad Unna-Massen unterläßt.

Ein solcher Anspruch ergibt sich nicht aus den kommunalrechtlichen Vorschriften, die der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden Schranken auferlegen (§§ 88, 89 GO NW).

Dabei kann dahinstehen, ob die genannten kommunalrechtlichen Bestimmungen überhaupt drittschützende Wirkung entfalten, d. h. zumindest auch im Interesse privater Konkurrenten erlassen sind.

Vgl. zum Drittschutzcharakter von kommunalrechtlichen Bestimmungen, die der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden Grenzen auferlegen, einerseits: Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (BayVGH), Urteil vom 23. Juli 1976 — 32 V 75 — Juristenzeitung (JZ) 1976, 641 (642); BVerwG, aaO, BVerwGE 39, 329 (336); andererseits BGH, Urteil vom 26. Mai 1961 — IZR 177/60 — DVBl 1962, 102 (103/104); Urteil vom 26. April 1974, aaO, DÖV 1974, 785 (786).

Denn die Vorschriften der §§ 89 Abs. 1, 88 Abs. 1 GO NW sind hier nicht dadurch verletzt, daß die Beklagte an der Beigeladenen beteiligt ist und diese auf dem Geschäftsgebiet „Betrieb von Saunaanlagen“ mit der Klägerin in Wettbewerb tritt. Nach der zuerst genannten Vorschrift ist die Gründung einer Gesellschaft, die auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist, durch eine Gemeinde oder die Beteiligung an einer solchen Gesellschaft nur zulässig, wenn unter anderem die Voraussetzungen des § 88 Abs. 1 GO NW vorliegen. Nach § 88 Abs. 1 Nr. 1 GO NW darf die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn ein dringender öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert und dieser Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch andere Unternehmen erfüllt werden kann.

Eine Verletzung dieser Vorschriften durch die von der Klägerin gerügte Handlungsweise der Beklagten scheidet hier bereits deshalb aus, weil die genannten Bestimmungen auf die Beigeladene (auch mit dem Unternehmensgegenstand: Betrieb von Saunaanlagen) nicht anwendbar sind. Denn die Beigeladene ist gemeinderecht-

lich nicht als wirtschaftliches Unternehmen i. S. d. §§ 89 Abs. 1, 88 Abs. 1 GO NW zu behandeln. Das ergibt sich aus § 88 Abs. 2 GO NW. Danach gelten nicht als wirtschaftliche Unternehmen im Sinne des dritten Abschnitts der Gemeindeordnung — d. h. auch im Sinne des § 89 Abs. 1 GO NW — Einrichtungen des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Abfall- und Abwasserbeseitigung, der Straßenreinigung sowie Einrichtungen ähnlicher Art (§ 88 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GO NW). Die Beigeladene betreibt Einrichtungen der genannten Art. Frei- und Hallenbäder sind Einrichtungen des Sports im Sinne der genannten Vorschrift.

Vgl. Rehn-Cronauge, in: Kottenberg-Rehn, Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, Band II, 9. Ergänzungslieferung Juni 1984, § 88, Anm. VI 1.

Dahin stehen kann, ob dies ohne weiteres auch für Saunaanlagen gilt, jedenfalls wenn diese — wie hier — als Nebeneinrichtungen innerhab eines Freizeitbades betrieben werden und sie daher dessen rechtlichen Charakter als nichtwirtschaftliches Unternehmen im Sinne des § 88 Abs. 2 GO NW teilen, weil eine bloße Hilfstätigkeit rechtlich nicht anders beurteilt werden kann als die Haupttätigkeit, der sie untergeordnet ist.

Vgl. zu dieser grundsätzlichen Einordnung bloßer Hilfstätigkeiten: BGH, Urteil vom 26. April 1974, DÖV 1974, 785 (787).

Selbst wenn man Saunaanlagen in Freizeitbädern einer isolierten Bewertung unterzieht, fällt ihr Betrieb ebenfalls unter § 88 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GO NW. Denn Saunaanlagen sind zumindest Einrichtungen der Erholung im Sinne der genannten Vorschrift.

Vgl. Rehn-Cronauge, aaO, § 88 Anm. VI 1.

Die Erholungsfunktion eines regelmäßigen Saunabesuchs ist unbestritten und wird auch von der Klägerin im Kern nicht in Zweifel gezogen. Sie wendet sich nicht aus tatsächlichen, sondern aus Rechtsgründen gegen die Einordnung kommunaler Saunaanlagen unter die in § 88 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GO NW genannten Einrichtungen. Diesen Erwägungen kann aber sämtlich nicht gefolgt werden.

Die rechtliche Qualifizierung von Saunaanlagen als Einrichtungen der Erholung im Sinne von § 88 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GO NW scheidet zunächst nicht daran, daß diese Vorschrift über ihren Wortlaut hin-

aus auch für die dort genannten Einrichtungen stets die Erfüllung eines *dringenden* öffentlichen Zwecks verlangt, der nur bei einem von der Privatwirtschaft nicht gedeckten Bedarf gegeben sei. Eine solche einschränkende Auslegung der genannten Vorschrift ist mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren. Denn das Erfordernis eines *dringenden* öffentlichen Zwecks für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde ist nach § 88 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 89 Abs. 1 GO NW ausdrücklich nur für die Beteiligung an rein wirtschaftlichen Unternehmen vorgesehen. Wollte man dieses Erfordernis auch als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Beteiligung an solchen Unternehmen verlangen, die nach § 88 Abs. 2 gerade nicht als wirtschaftliche Unternehmen gelten, würde die Vorschrift des § 88 Abs. 2 GO NW mit ihrer Fiktionswirkung praktisch leerlaufen.

Die von der Klägerin geforderte einschränkende Interpretation der Vorschrift des § 88 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GO NW ist auch nicht unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten geboten. Das Grundgesetz ist wirtschaftspolitisch neutral; ihm läßt sich kein Bekenntnis zu einem bestimmten Wirtschaftssystem entnehmen.

Vgl. BVerwG, aaO, BVerwGE 39, 329 (336); Urteil vom 19. Dezember 1963 — IC 77.60 — BVerwGE 17, 306 (308); Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Urteil vom 20. Juli 1954 — 1 BvR 459.../52, ... 114/54 — Entscheidungen des BVerfG (BVerfGE) 4, 7 (17/18).

Das Grundgesetz sieht keinen Vorrang der Privatwirtschaft vor der öffentlichen Eigenwirtschaft vor. Die öffentliche Eigenwirtschaft unterliegt ohne Rücksicht auf ihre Zielsetzung im engeren Sinne und ohne Rücksicht auf ihre Organisations- und Handlungsformen keinen grundsätzlichen verfassungsmäßigen Bedenken.

Vgl. Dickersbach, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Verhältnis zur Privatwirtschaft aus öffentlich-rechtlicher Sicht, Wirtschaft und Verwaltung (WuV) 1983, 187 (202/203).

Die Verfassung gebietet folglich nicht, einfach-gesetzliche Normen über die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden restriktiv auszulegen, um der Wirtschaftstätigkeit der Kommunen möglichst enge Grenzen zu ziehen.

Die rechtliche Einordnung der von der Beigeladenen betriebenen Saunaanlagen als Einrichtung der Erholung im Sinne des § 88 Abs. 2 GO NW scheidet auch nicht

Abfallbehälter???

Ein Fall für KOBRA!

darán, daß sämtliche der in dieser Vorschrift genannten Einrichtungen einen *gemeinnützigen* Zweck verlangen. Zu Unrecht meint die Klägerin, diese Voraussetzung liege nur vor, wenn derselbe Zweck von privaten Betreibern wirtschaftlich nicht oder jedenfalls nicht ohne ständige Subventionierung durch die öffentliche Hand erreicht werden könne. Denn die Verfolgung eines gemeinnützigen Zwecks wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein Betrieb, der begrifflich zu einer der in der genannten Vorschrift genannten Einrichtungen gehört, auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden könnte.

Vgl. von Loebell, *Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen*, 4. Aufl. 1985, § 88, Anm. 8.

Eine Vielzahl der unter § 88 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GO NW fallenden Einrichtungen (wie z. B. Bibliotheken, Museen und Galerien) können von Privatunternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden, ohne daß bei kommunaler Trägerschaft dieser Einrichtungen ihr gemeinnütziger Charakter bezweifelt werden könnte.

Darüber hinaus wird mit der Bezeichnung „Einrichtungen, die auch von einem Privatunternehmen mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können“ gerade der Begriff des „wirtschaftlichen Unternehmens“ im Sinne des § 88 Abs. 1 GO NW umschrieben.

Vgl. BVerwG, aaO., BVerwGE 39, 329 (333); Rehn-Cronauge, aaO., § 88, Anm. II 1; Körner, *Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen*, 4. Aufl. 1985, § 88, Anm. 1; Rauball/Pappermann/Roters, *Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen*, 3. Aufl. 1981, § 88, Rdnr. 3; ebenso *Ausführungsanweisung zum 6. Teil der Deutschen Gemeindeordnung, Runderlaß vom 22. März 1935 (MBlV 476)*, zu § 67, Ziffer 1.

Dieser Begriff kann folglich nicht ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 88 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GO NW sein, weil dieser solche Unternehmen, selbst wenn sie privatwirtschaftlich betrieben werden könnten, im Wege der Fiktion („gelten nicht“) nicht als solche behandelt wissen will.

Entgegen der Auffassung der Klägerin sind kommunale Saunaeinrichtungen auch nicht etwa deshalb vom Anwendungsbereich des § 88 Abs. 2 Nr. 2 GO NW ausgeschlossen, weil diese Anlagen besser und wirtschaftlicher von anderen (Privat-) Unternehmen betrieben werden könnten. Denn das mit dieser Formulierung umschriebene Subsidiaritätsprinzip gilt nach § 88 Abs. 1 Nr. 1 GO NW ebenfalls nur für die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde. Es beansprucht keine Geltung für diejenigen Einrichtungen, die nach § 88

Abs. 2 GO NW nicht als wirtschaftliche Unternehmen gelten.

Vgl. zum Versuch allgemein, das Subsidiaritätsprinzip als Zulässigkeitsvoraussetzung für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand „durch die Hintertür“ einzuführen: Dickersbach, aaO., (WuV) 1983, 187 (209).

Die Geltung des Subsidiaritätsprinzips kann entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht aus dem Erlaß des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen vom 23. August 1982 hergeleitet werden. Abgesehen davon, daß diesem Erlaß nicht die Auffassung zu entnehmen ist, das Subsidiaritätsprinzip beanspruche strikte Geltung auch für die in § 88 Abs. 2 GO NW aufgeführten Einrichtungen, wäre eine solche ministerielle Auslegung der genannten Vorschrift für die Verwaltungsgerichte nicht bindend. Auch das Verfassungsrecht begründet nicht die Geltung des Subsidiaritätsprinzips für die hier in Frage stehenden Einrichtungen des § 88 Abs. 2 Nr. 2 GO NW. Dieser Grundsatz der Subsidiarität wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand ist nicht mit Verfassungsrang ausgestattet.

Vgl. BVerwG, aaO., BVerwGE 39, 329 (338); Urteil vom 25. Februar 1966 — VII C 72.64 — BVerwGE 23, 304 (306); Dickersbach, aaO., Seite 209; Wilke/Schachel, *Probleme fiskalischer Betätigung der öffentlichen Hand*, WuV 1978, 94 (103).

Der von der Klägerin geltend gemachte Einwirkungsanspruch ergibt sich auch nicht aus § 89 Abs. 2 Satz 2 GO NW. Danach ist die Gründung einer Gesellschaft, die nicht auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist, oder die Beteiligung an einer solchen Gesellschaft für die Gemeinde nur zulässig, wenn ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Gründung oder Beteiligung vorliegt. Dabei kann auf sich beruhen, ob diese Bestimmung zugunsten der Klägerin überhaupt drittschützenden Charakter entfaltet. Ebenso kann dahinstehen, ob der Begriff „wichtiges Interesse der Gemeinde“ der vollen verwaltungsgerichtlichen Nachprüfbarkeit unterliegt oder nicht vielmehr der Gemeinde ein Beurteilungsspielraum zusteht, innerhalb dessen sie selbst bestimmen kann, was sie als wichtiges Interesse in diesem Sinne ansieht.

Vgl. hierzu — allerdings unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Zwecks kommunaler Einrichtungen — BVerwG, aaO., BVerwGE 39, 329 (334); BayVGH, aaO., JZ 1976, 641 (642); von Loebell, aaO., § 88, Anm. 3; Wilke/Schachel, aaO., Seite 103; Hidien, *Das Ermessen der Gemeinde über die Zweckbindung ihrer wirtschaftlichen Unternehmen*, DÖV 1983, 1002.

Es ist nichts dafür ersichtlich, daß die Beklagte durch die Gründung der Beigeladenen oder die Beteiligung an ihr gegen § 89 Abs. 2 Satz 2 GO NW verstoßen hat. Ein wichtiges Interesse der Gemeinde im Sinne der genannten Vorschrift ist bereits dann anzunehmen, wenn die gemeindliche Aufgabenerfüllung unter anderem im Bereich der Einrichtungen des § 88 Abs. 2 GO NW verbessert wird.

Vgl. von Loebell, aaO., § 89 Anm. 3; ähnlich Rauball/Pappermann/Roters, aaO., § 89, Rdnr. 9.

Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Betrachtet man die Saunaanlagen als untergeordnete Hilfsbetriebe im Rahmen der von der Beigeladenen betriebenen Bäder, wird durch den Betrieb der Saunaeinrichtungen die öffentliche Aufgabenerfüllung der Beklagten verbessert. Es liegt auf der Hand, daß die Unterhaltung von Frei- und Hallenbädern zum öffentlichen Aufgabenkreis der Gemeinden nach § 88 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GO NW gehört und diese Einrichtungen durch den gleichzeitigen Betrieb von Saunaanlagen in den Bädern im Interesse der Bevölkerung attraktiver gestaltet werden.

Gleiches gilt, wenn man isoliert auf den Betrieb von Saunaanlagen durch die Beigeladene abstellt. Da diese — wie ausgeführt — Einrichtungen der Erholung sind, wird durch ihren Betrieb die der Gemeinde obliegende öffentliche Aufgabe, im Interesse der Daseinsvorsorge für Einrichtungen der Erholung im Sinne von § 88 Abs. 2 Nr. 2 GO NW zu sorgen, wesentlich verbessert. Denn unter den Bedingungen der heutigen Zeit liegt der Betrieb kommunaler Saunaeinrichtungen — ebenso wie z. B. früher der Betrieb von Bädern — im Interesse der Daseinsvorsorge, um diese (auch gesundheitsfördernde) Erholungsmöglichkeit auch sozial schwächer gestellten Kreisen zur Verfügung zu stellen.

Der geltend gemachte Einwirkungsanspruch ergibt sich auch nicht aus der grundrechtlich geschützten Wettbewerbsfreiheit unmittelbar.

Vgl. zum Meinungsstreit, ob dieses Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG oder aus Art. 12 Abs. 1 GG herzuleiten ist: OVG NW, Urteil vom 22. September 1982, aaO.

Die grundrechtlich geschützte Wettbewerbsfreiheit kann einen Anspruch auf Unterlassung der wirtschaftlichen Betätigung seitens der öffentlichen Hand allenfalls begründen, wenn ein Verdrängungswettbewerb stattfindet und damit die privaten Konkurrenten in ihrer Wettbewerbsfreiheit unzumutbar beeinträchtigt werden.

Vgl. BVerwG, aaO., BVerwGE 39, 329 (337); DVBl 1978, 639; BVerwGE 30, 191 (198); BayVGH, aaO., JZ 1976, 641 (643); OVG NW, aaO., NVwZ 1984, 522 (524); Dickersbach, aaO., WuV 1983, 187

(210); *Wilke/Schachel, aaO., WuV 1978, 94 (109)*.

Dasselbe gilt, wenn es nicht um einen Unterlassungsanspruch gegen den öffentlichen Hoheitsträger geht, sondern — wie hier — um einen Einwirkungsanspruch, der nur dem Umstand Rechnung trägt, daß die öffentliche Körperschaft nicht selbst (z. B. durch unselbständige Eigenbetriebe) am Wirtschaftsleben teilnimmt, sondern mittelbar über von ihr gegründete und beherrschte Eigengesellschaften.

Die genannten Anspruchsvoraussetzungen liegen nicht vor. Durch den Betrieb kommunaler Saunaanlagen im Stadtgebiet der Beklagten bzw. im Freizeitbad Unna-Massen wird nicht jede private Konkurrenz unmöglich gemacht. Anhaltspunkte für einen Verdrängungswettbewerb sind nicht gegeben. Nach dem Vorbringen der Klägerin besteht die Gefahr einer Verdrängung der Privatbetriebe aus dem Wettbewerb erst dann, „wenn das Beispiel der Beklagten und der Beigeladenen Schule macht“. Dies belegt, daß zur Zeit von einem Verdrängungswettbewerb nicht die Rede sein kann. Dies muß umso mehr gelten, als die Klägerin einen konkreten Rückgang der eigenen Besucherzahlen und Umsätze durch den Betrieb der kommunalen Saunanlage nicht substantiiert vortragen konnte.

Die Klägerin kann den geltend gemachten Einwirkungsanspruch auch nicht mit Erfolg auf Art. 14 GG stützen. Dieser schützt unter dem Gesichtspunkt des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb die Privatwirtschaft allenfalls vor der Errichtung eines neuen staatlichen Monopols.

BVerwG, aaO., BVerwGE 39, 329 (337), DVBl. 1978, 639 (640).

Daß sich die Beklagte mittelbar durch die Beigeladene eine Monopolstellung auf dem Gebiet des Betriebs von Saunaanlagen verschaffe, hat nicht einmal die Klägerin selbst vorgetragen.

Ebenso scheidet Art. 3 GG als Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Klageanspruch aus. Zwar kann ein Privatunternehmer auf der Grundlage dieser Bestimmung gegen die einem Konkurrenten willkürlich gewährte Subvention vorgehen.

Vgl. BVerwG, aaO., BVerwGE 30, 191 (197).

Mit einer derartigen Subventionierung eines Dritten durch die öffentliche Hand ist es auch vergleichbar, wenn die öffentliche Körperschaft eine von ihr selbst gegründete Eigengesellschaft bezuschußt (Eigen-Subventionierung).

Vgl. zur Vergleichbarkeit beider Situationen: BVerwG, aaO., DVBl. 1978, 639; Dickersbach, aaO., Seite 207; Wilke/Schachel, aaO., Seite 107.

Aber abgesehen davon, daß aus Art. 3 GG allenfalls ein Anspruch auf Gleichstellung bei der Gewährung von Zuschüssen und nicht der hier geltend gemachte Anspruch auf Einwirkung resultieren kann, setzt ein Anspruch des Privatunternehmers auf der Grundlage des Gleichheitssatzes des Art. 3 GG voraus, daß die Eigensubventionierung zu einer sachwidrigen Ungleichbehandlung des Privatunternehmers führt. Von einer derartigen sachwidrigen Behandlung kann im vorliegenden Fall keine Rede sein. Die Zuschußpflicht der Beklagten nach § 16 des Gesellschaftsvertrages der Beigeladenen rechtfertigt sich daraus, daß die von der Beigeladenen betriebenen Einrichtungen nach § 88 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GO NW im öffentlichen Interesse der Daseinsvorsorge der Bevölkerung dienen.

Die Klage ist auch mit dem „Hilfsantrag“ unbegründet. Dieses Begehren stellt sich nur als „Minus“ im Verhältnis zu dem mit dem „Hauptantrag“ verfolgten Klageziel dar. Es bezieht sich nur auf die bereits konkret betriebene Saunanlage im Freizeitbad Unna-Massen. Auf dieses „Weniger“ hat die Klägerin keinen Anspruch, weil sie bereits keinen Anspruch gegen die Beklagte hat, auf die Beigeladene einzuwirken, den Betrieb von Saunaanlagen im Stadtgebiet der Beklagten überhaupt zu unterlassen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO in Verbindung mit §§ 708 Nr. 10, 711 der Zivilprozeßordnung.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht gegeben sind.

Städte- und Gemeinderat 2/1987

Europafahne

Am 29. Mai 1986 haben die Institutionen der Europäischen Gemeinschaft die Europafahne — zwölf Sterne auf blauem Grund —, seit 1955 die Fahne des Europarates, offiziell auch für sich angenommen. Der entsprechende Beschluß wurde aufgrund eines Vorschlages von seiten des Komitees für das Europa der Bürger (genannt „Adonnino-Komitee“) gefaßt. Er symbolisiert das Ideal der europäischen Einheit.

Um diesen Beschluß wirksam umzusetzen, ist die Europäische Kommission mit folgendem Angebot an den Rat der Gemeinden und Regionen Europas herangetreten.

Die Europafahnen können zu folgenden Preisen angefordert werden:

1. 3x2,00m: 70,-DM plus Portokosten
2. 2x1,40m: 50,-DM plus Portokosten
3. 1x1,50m: 30,-DM plus Portokosten

Die Fahnen sollen über die nationalen Sektionen des Rates der Gemeinden Europas an die Mitgliedskörperschaften auf Bestellung vergeben werden. Städte, Gemeinden und Kreise werden daher aufgefordert, ihren Bedarf bei der Geschäftsstelle der Deutschen Sektion des Rates der Gemeinden Europas anzumelden, damit eine zentrale Bestellung seitens der Deutschen Sektion erfolgen kann.

Bernhard Stüer

Funktionalreform und kommunale Selbstverwaltung

(Schriftenreihe des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Heft 33).
Von Rechtsanwalt Dr. Bernhard Stüer, Münster 1980. XXIV/557 Seiten.
Kart. 38,— DM. ISBN 3-509-01123-6.

„Stüer hat ein erstaunlich preiswertes Handbuch der Verwaltungsreform im kommunalen Bereich vorgelegt, sein fundiertes Werk verdient höchste Anerkennung und weite Verbreitung.“

Dr. Hartmut Krüger in: Neue Juristische Wochenschrift

„Bernhard Stüer, durch zahlreiche einschlägige Veröffentlichungen ausgewiesen, stellt mit dieser Arbeit seine große Sachkenntnis eindrücklich unter Beweis. Das Werk stellt sich als wahrhaft umfassendes Kompendium dar, das Antworten zu den unterschiedlichsten kommunalwissenschaftlichen Fragestellungen liefert. Das Buch kann Gesetzgebern, Ministerialbeamten, Kommunalpolitikern und allen kommunalwissenschaftlich Interessierten als anregende und gewinnbringende Lektüre empfohlen werden.“

Dr. Ernst Pappermann in: Die öffentliche Verwaltung

Verlag Otto Schwartz & Co., 3400 Göttingen