

**Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen – Beschränkungen  
durch Verfassung, Gemeindeordnung  
und Wettbewerbsrecht**

Inaugural - Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde der  
Juristischen Fakultät  
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Dirk Hauser  
aus Stuttgart

2004

Dekan: Prof. Dr. Martin Nettesheim  
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. h.c. Günter Püttner  
2. Berichterstatterin: Prof. Dr. Barbara Remmert  
Tag der mündlichen Prüfung: 26. Juli 2004

Meinen Eltern und meinen Paten

## Inhaltsverzeichnis

### 1. Teil Einleitung

|                                     |   |
|-------------------------------------|---|
| A. Gegenstand der Untersuchung..... | 1 |
| B. Gang der Untersuchung.....       | 4 |

### 2. Teil Begriffsbestimmungen

|  |    |
|--|----|
| A. Die öffentliche Hand.....   | 6  |
| B. Die Handlungsformen der öffentlichen Hand.....                      | 6  |
| C. Wirtschaftliche Unternehmen – Nichtwirtschaftliche Unternehmen..... | 7  |
| D. Wirtschaftliche Unternehmen – Öffentliche Einrichtungen.....        | 10 |
| E. Öffentliche Unternehmen.....  | 11 |
| F. Daseinsvorsorge.....  | 12 |

### 3. Teil Europarechtliche Begrenzungen und internationales Wirtschaftsrecht

|   |    |
|---|----|
| A. Internationales Wirtschaftsrecht.....  | 14 |
| B. Europäisches Gemeinschaftsrecht.....   | 14 |
| I. Europarechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz zu Gunsten<br>gemeindlicher Unternehmen?..... | 17 |
| II. Privatisierungsdruck durch das Gemeinschaftsrecht.....                                    | 19 |

### 4. Teil Verfassungsrechtliche Begrenzungen

|  |    |
|--|----|
| A. Die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes.....                                  | 20 |
| B. Die öffentlichen Unternehmen in der Wirtschaftsverfassung.....                    | 21 |
| C. Das Rechtsstaatsprinzip.....  | 22 |
| I. Die Verpflichtung auf das Gemeinwohl.....   | 22 |
| II. Die Zulässigkeit rein erwerbswirtschaftlichen Handelns.....                      | 22 |
| III. Die Geltung des Gesetzesvorbehalts.....   | 25 |
| D. Die Subsidiarität von wirtschaftlichem Staatshandeln.....                         | 31 |
| E. Die Grundrechte und wirtschaftliches Staatshandeln.....                           | 34 |
| I. Grundrechtsschutz der Gemeinde und ihrer Unternehmen.....                         | 34 |
| 1. Der Ausgangspunkt des Art. 19 Abs. III GG.....                                    | 35 |
| 2. Die Auffassungen der Rechtsprechung und des Schrifttums.....                      | 36 |
| 3. Das Konfusionsargument.....   | 37 |
| 4. Differenzierung anhand der wahrgenommenen Aufgaben.....                           | 38 |
| 5. Differenzierung anhand der Rechtsform.....  | 39 |
| 6. Historische Sonderstellung und Grundrechtstreuhand.....                           | 39 |
| 7. Grundrechtsfähigkeit von gemeindlichen Unternehmen<br>in privater Rechtsform..... | 42 |

|     |  |    |
|-----|--|----|
| a)  | Gemischt-öffentliche Unternehmen.....  | 42 |
| b)  | Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen.....  | 42 |
| 8.  | Grundrechtsbindung der Gemeinde und ihrer Unternehmen.....   | 46 |
| II. | Grundrechtsschutz privater Unternehmer.....  | 48 |
| 1.  | Art. 12 Abs. I GG.....   | 48 |
| a)  | Schutzbereich.....   | 48 |
| aa) | Schutzbereichsbegrenzung durch Rechtsprechung und<br>Teile des Schrifttums.....  | 49 |
| bb) | Kritik der Schutzbereichsbegrenzung.....   | 50 |
| b)  | Eingriff.....  | 54 |
| aa) | Besonderer Eingriffsbegriff bei Art. 12 GG –<br>Die berufsregelnde Tendenz.....  | 55 |
| bb) | Verortung des Eingriffs.....   | 57 |
| cc) | Eingriffsintensität – Eingriffsschwelle.....   | 58 |
| c)  | Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....  | 61 |
| aa) | Rechtfertigung durch Gesetzesvorbehalt.....  | 62 |
| (1) | Ermächtigungsgrundlage.....  | 62 |
| (2) | Bestimmtheitsgebot.....  | 62 |
| (3) | Wesensgehaltsgarantie Art. 19 Abs. II GG.....  | 65 |
| (4) | Verhältnismäßigkeit.....   | 66 |
| (a) | Legitimer öffentlicher Zweck.....  | 66 |
| (b) | Geeignetheit.....  | 66 |
| (c) | Erforderlichkeit.....  | 66 |
| (d) | Verhältnismäßigkeit i.e.S. ....  | 68 |
| bb) | Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht.....  | 70 |
| (1) | Grundrechte Dritter.....   | 70 |
| (2) | Andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte.....  | 71 |
| 2.  | Art. 14 Abs. I GG.....   | 73 |
| a)  | Schutzbereich.....   | 73 |
| aa) | Bestand des Unternehmens.....  | 73 |
| bb) | Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.....   | 74 |
| cc) | Nutzung des Eigentums.....   | 76 |
| b)  | Eingriff.....  | 76 |
| aa) | Enteignung.....  | 77 |
| bb) | Inhalts- und Schrankenbestimmungen.....  | 77 |
| cc) | Sonstige Eingriffe.....  | 77 |
| (1) | Enteignungsgleicher Eingriff.....  | 78 |
| (2) | Enteignender Eingriff.....   | 78 |
| c)  | Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....  | 78 |
| 3.  | Art. 2 Abs. I GG.....  | 79 |
| 4.  | Art. 3 Abs. I GG.....  | 79 |
| a)  | Ungleichbehandlung.....  | 79 |
| b)  | Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....  | 81 |
| F.  | Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. II GG.....  | 83 |
| I.  | Die Schutzrichtung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie.....   | 85 |
| II. | Das Territorialitätsprinzip.....   | 86 |
| 1.  | Verortung des räumlichen Territorialitätsprinzips.....   | 87 |
| 2.  | Anwendbarkeit des räumlichen Territorialitätsprinzips<br>auf die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung.....                       | 89 |
| 3.  | Heutige Bedeutung des Territorialitätsprinzips und Bestandsaufnahme<br>der Beachtung des Prinzips in der Praxis.....           | 92 |
| 4.  | Allgemeine Konkretisierung des räumlichen Territorialitätsprinzips.....  | 93 |
| 5.  | Spezielle Konkretisierung des räumlichen Territorialitätsprinzips<br>für den Fall der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung..... | 95 |
| a)  | Telekommunikation.....   | 97 |
| b)  | Energieversorgung.....   | 98 |

|   |     |
|---|-----|
| c) Entsorgungsbereich.....  | 98  |
| 6. Bestandsaufnahme hinsichtlich der Territorialität<br>in den Gemeindeordnungen.....                 | 99  |
| 7. Grundsätzliche Dispositionsfreiheit der Landesgesetzgeber<br>hinsichtlich der Territorialität..... | 101 |
| 8. Grenzen der Dispositionsfreiheit des Landesgesetzgebers.....                                       | 103 |
| a) Verträglichkeit dieser Grenzen mit den Expansionsklauseln.....                                     | 104 |
| b) Gewichtung der kollidierenden Interessen<br>bei exterritorialer Betätigung.....                    | 107 |
| c) Folgen dieser Bewertung für die Expansionsklauseln.....  | 109 |
| d) Zwischenergebnis.....  | 113 |
| 9. Die Schutzrichtung der Territorialität.....  | 114 |
| 10. Art. 28 Abs. II GG als Abwehrrecht der Gemeinde<br>bei exterritorialer Betätigung?.....           | 114 |
| G. Das Prinzip des Steuerstaats.....  | 116 |
| H. Das Prinzip des Sozialstaats.....  | 118 |

## 5. Teil

### Gemeinderechtliche Begrenzungen

|   |     |
|---|-----|
| A. Die Ausgangsregelung des § 67 DGO.....   | 120 |
| B. Die Zielsetzungen des § 67 DGO.....  | 121 |
| C. Die einzelnen Voraussetzungen der Schrankentrias.....  | 121 |
| I. Der öffentliche Zweck.....   | 122 |
| 1. Präzisierungen des öffentlichen Zwecks.....  | 123 |
| 2. Nebentätigkeiten .....   | 128 |
| a) Randnutzungen.....   | 129 |
| b) Annexstätigkeiten.....   | 131 |
| II. Die Beziehung zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf.....  | 132 |
| III. Die Subsidiaritätsklausel.....   | 132 |
| 1. Die verschiedenen Arten von Subsidiaritätsklauseln.....  | 133 |
| 2. Der Streit um die Einordnung der Regelungen als Subsidiarität.....   | 134 |
| 3. Praktische Schwierigkeiten und rechtliche Bedenken.....  | 136 |
| a) Schwierigkeiten eines Vergleichs.....  | 136 |
| b) Verstoß gegen Selbstverwaltungsgarantie und Rechtsstaatsprinzip.....   | 142 |
| aa) Verstoß gegen die Selbstverwaltungsgarantie.....  | 142 |
| (1) Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie.....  | 144 |
| (2) Randbereich der Selbstverwaltungsgarantie.....  | 145 |
| bb) Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip.....  | 150 |
| 4. Die Situation bei fehlenden Subsidiaritätsklauseln.....  | 152 |
| D. Die Folgen des nachträglichen Wegfalls der Voraussetzungen<br>der Schrankentrias.....                              | 155 |
| E. Die Folgen der Überschreitung des gemeindlichen Aufgaben- bzw.<br>Wirkungskreises und die Ultra-vires-Doktrin..... | 157 |
| F. Die Schutzrichtung der gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften.....  | 160 |
| I. Abgrenzung subjektives öffentliches Recht - Rechtsreflex.....  | 161 |
| II. Schutzrichtung der Vorschriften über die öffentlichen Einrichtungen.....  | 163 |
| III. Schutzrichtung des öffentlichen Zwecks.....  | 163 |
| IV. Schutzrichtung der Angemessenheit.....  | 164 |
| V. Schutzrichtung der Subsidiaritätsklauseln, der Markterkundungsregelungen<br>und der Privatschutzklauseln.....      | 164 |
| 1. Grammatikalische Auslegung.....  | 164 |
| 2. Historisch-genetische Auslegung.....   | 167 |
| 3. Systematische Auslegung.....   | 168 |
| 4. Teleologische Auslegung.....   | 172 |

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 5. Zwischenergebnis..... | 177 |
|--------------------------|-----|

## 6. Teil

### Wettbewerbsrechtliche Begrenzungen

|   |     |
|---|-----|
| A. Die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts.....                                     | 180 |
| I. Die Anwendbarkeit des GWB.....   | 180 |
| II. Die Anwendbarkeit des UWG.....  | 181 |
| III. Zwischenergebnis.....  | 186 |
| B. Die inhaltlichen Prüfungspunkte des Wettbewerbsrechts.....                       | 187 |
| I. Inhaltliche Prüfungspunkte des GWB.....  | 187 |
| II. Inhaltliche Prüfungspunkte des UWG.....   | 189 |
| 1. Tatbestandsmerkmal „geschäftlicher Verkehr“.....                                 | 189 |
| 2. Tatbestandsmerkmal „zu Zwecken des Wettbewerbs“.....                             | 190 |
| 3. Tatbestandsmerkmal „gute Sitten“.....  | 191 |
| III. Der Gleichbehandlungsgrundsatz der öffentlichen Hand.....                      | 192 |
| IV. Wettbewerbswidrigkeit durch Gesetzesverstöße.....                               | 194 |
| 1. Wertneutrale Vorschriften.....   | 195 |
| 2. Wertbezogene Vorschriften.....   | 195 |
| a) Sittlich fundierte Normen.....   | 196 |
| b) Schutz besonderer Rechtsgüter.....   | 196 |
| c) Unmittelbar wettbewerbsbezogene Normen –<br>Lehre vom sekundären Marktbezug..... | 196 |
| d) Drittschützende Gesetze.....   | 205 |

## 7. Teil

### Rechtsschutzfragen

|  |     |
|--|-----|
| A. Außergerichtlicher Rechtsschutz - Einschalten der Kommunalaufsicht.....         | 207 |
| B. Gerichtlicher Rechtsschutz.....   | 209 |
| I. Die Ausgangssituation – Die Frage nach dem Rechtsweg.....                       | 209 |
| 1. Behandlung dieser Ausgangssituation durch Rechtsprechung<br>und Schrifttum..... | 211 |
| 2. Die Auswirkungen dieser Behandlung in der Praxis.....                           | 212 |
| 3. Bewertung dieser Behandlung.....  | 214 |
| II. Die Doppelspurigkeit des Rechtsschutzes.....                                   | 221 |
| III. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen beider Rechtswege.....                       | 224 |
| 1. Verwaltungsrechtsweg.....   | 224 |
| a) Statthafte Klageart.....  | 224 |
| b) Klagebefugnis.....  | 224 |
| c) Klagegegner.....  | 226 |
| 2. Zivilrechtsweg.....   | 226 |
| Zusammenfassung der wichtigsten Untersuchungsergebnisse in Thesen.....             | 228 |
| Literaturverzeichnis.....  | 230 |

# 1. Teil

## Einleitung

### A. Gegenstand der Untersuchung

Die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung scheint sich langsam aber sicher zum ständig aktuellen öffentlich-rechtlichen „Dauerbrenner“ zu entwickeln. Die Gründe hierfür sind mannigfaltig und werden meist schnell offenbar.

So scheint es zum einen bereits in der Natur der Sache zu liegen, dass sich das gemeindliche Wirtschaftsrecht durch die Vielzahl der sich teilweise nicht unerheblich unterscheidenden Gemeindeordnungen der Bundesländer und den noch zahlreicheren diesbezüglichen Gesetzesänderungen in permanenter Bewegung und Unruhe und damit in ständigem Fluss befindet. Zum anderen resultiert zusätzliche Verwirrung und Unübersichtlichkeit aus den mitunter konträren Standpunkten von Rechtsprechung, Schrifttum und Interessenverbänden. Selbst innerhalb ansonsten geschlossener Lager sind konträre Positionen zu finden<sup>1</sup>. Ferner sieht man sich mit der Gleichzeitigkeit von Reformbestrebungen unterschiedlicher Richtung und Motivation konfrontiert. So kann es durchaus vorkommen, dass in einem Bundesland die Voraussetzungen der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung gelockert werden, während sie gleichzeitig in einem anderen Bundesland eine Verschärfung erfahren. Ein einheitliches Erscheinungsbild sowie die Feststellung von Strömungen und Tendenzen wird hierdurch zusätzlich erschwert. Darüber hinaus schwelt hinter dieser Unübersichtlichkeit die ordnungspolitische Komponente der Thematik: die Glaubenskämpfe um Staatsquote und Staatswirtschaft, die sich regelmäßig, insbesondere in wirtschaftlich schlechteren Zeiten, immer wieder neu entzünden. Diese also ohnehin schon nicht sehr übersichtlichen, mittlerweile auch bereits ins Wettbewerbsrecht mäandernden gemeindlichen Gemengelage wurden in den letzten Jahren durch mehrere Faktoren zusätzlich verstärkt.

Die Gemeindegewirtschaft ist in Deutschland mittlerweile ein vertrautes und nicht mehr wegzudenkendes Bild. Bei den Bürgern - von konkurrierenden mittelständischen Betrieben einmal abgesehen - sind gemeindliche Unternehmen, nicht zuletzt durch die lange Tradition, so bewährt wie beliebt und getreu dem Motto „klein, aber fein“<sup>2</sup> als bürgerfreundliche Einrichtungen bekannt. Auch wenn gemeindlichen Unternehmen, insbesondere in wirtschaftlich wohlgehenden Zeiten, kaum auf ein nennenswertes Interesse stoßen, eher ein Schattendasein führen<sup>3</sup> und vom Bürger oftmals als selbstverständlich vorausgesetzt werden, beeinflussen sie gleichwohl in nicht zu unterschätzendem Maße die volkswirtschaftliche Gesamtrechnung und tra-

---

<sup>1</sup> So beziehen beispielsweise Interessenverbände wie der Deutsche Landkreistag, die eher den Gemeinden nahe stehen, vereinzelt „konservative“ Positionen. Auch von dieser Seite wird mitunter einer entgrenzten, örtlich ungebundenen Gemeindegewirtschaft entgegengetreten, weil man befürchtet, sich damit ins eigene Fleisch zu schneiden, indem hierdurch einem besonderen kleineren Gemeinden trefenden Kommunalkannibalismus die Tür geöffnet werden könnte, vgl. *Stober*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 1 f.; vgl. FAZ v. 25.3.1999, Nr. 71, S. 9

<sup>2</sup> *Tettinger*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 23 ff., S. 37

<sup>3</sup> Vgl. hinsichtlich der gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften *Püttner*, Rechtliche Vorgaben für kommunale Unternehmen: Bremse oder Wettbewerbsvorteil?, in: Kommunale Wirtschaft im Wandel - Chancen oder Risiken, S. 27 ff., S. 30

gen umfangreich zur Staatsquote bei<sup>4</sup>. Diese ursprünglich starke und vertraute Stellung der gemeindlichen Wirtschaft, die sie manchem in Deutschland schon fast als Archetypus erscheinen ließ<sup>5</sup>, sieht sich nunmehr einem rechtlich und tatsächlich erheblich veränderten, nicht sehr gemeindefreundlichen Umfeld gegenüber.

Zwar ist die Finanznot der Gemeinden an sich nichts Neues, die mittlerweile erreichten Dimensionen sind es gleichwohl. Man spricht es mittlerweile deutlich aus: Die Gemeinden sind finanziell „waidwund“<sup>6</sup>.

Die Gründe der finanziellen Misere sind bekannt. Die „Sandwichposition“ der Gemeinden, die quasi in der Rolle eines Sandwichbelages den zahlreichen divergierenden vertikalen und horizontalen Anforderungen genügen müssen und erheblichem Druck von allen Seiten ausgesetzt sind, wurde bereits bildhaft beschrieben<sup>7</sup>. Den Gemeinden werden - einem zahlreichen und nicht sehr einflussreichen Fußvolk an der Front gleichend – durch Bundes- und Landesgesetzgeber immer mehr Aufgaben zugewiesen, ohne dies aber mit der erforderlichen Zuweisung finanzieller Mittel zu verbinden<sup>8</sup>. Hinzukommend ist die Gewerbesteuer regelmäßig weder zu halten noch zu vermehren, sie bricht vielmehr einfach weg. Weitere Druckpunkte stellen die neoliberale wirtschaftspolitische Grundstimmung, die veränderte bzw. gesteigerte Erwartungs- und Nachfragehaltung des Bürgers bzw. des Kunden sowie die Modernisierung im öffentlichen Sektor dar.

Erschwerend weht den von finanziellen Nöten geplagten Gemeinden zusätzlich ein scharfer Wind aus Brüssel sowie von dem die europarechtlichen Vorgaben umsetzenden Bundesgesetzgeber entgegen. So werden verstärkt Monopole und Privilegien öffentlicher Unternehmen, wenn nicht gar die öffentlichen Unternehmen selbst, abgebaut, der Wettbewerb forciert und angestammte gemeindliche Betätigungsfelder, wie etwa die Energieversorgung und die Entsorgungswirtschaft, liberalisiert.

Durch das Zusammentreffen dieser neuen Wettbewerbsbedingungen mit den nationalen und europäischen Ausprägungen des Subsidiaritätsgedankens geraten die gemeindlichen Unternehmen gleichsam „in die Zange“<sup>9</sup>. Nicht zuletzt deswegen gibt es mittlerweile aber auch gegensteuernde Stimmen, die davor warnen, die Marktliberalisierungen und den Wettbewerb zur Ideologie zu erheben und sie zu weit zu treiben. Da dem reinen Wettbewerbsdenken die Beachtung von Belangen des Gemeinwohls, des gesellschaftlichen und staatlichen Ganzen fehle, sei Wettbewerb kein Wert an sich<sup>10</sup>.

Diese Situation der fallenden Monopole und des forcierten Wettbewerbs führt nicht selten zur beklagenswerten Rollenverteilung zwischen privater und gemeindlicher Wirtschaft in „Rosinenpicker“ und „Lückenbüßer“<sup>11</sup>.

<sup>4</sup> Grawert, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 120 m.w.N.; aktuelle Daten und Schaubilder etwa bei Fuest/ Kroker/ Schatz, Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen und die Daseinsvorsorge, S. 6 f.

<sup>5</sup> Vgl. Grawert, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 122

<sup>6</sup> Hennerkes, der städtetag 1997, S. 79 ff., S. 79; ders., der städtetag 1997, S. 499 ff., S. 499

<sup>7</sup> Stober, Kommunalrecht, S. 5

<sup>8</sup> Hill, BB 1997, S. 425 ff., S. 426; Hösch, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 405; Moraing, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 240; Oebbecke, Die Verwaltung 1996, S. 323 ff., S. 323 f.; Katz, DÖV 2000, S. 235 ff., S. 237

<sup>9</sup> Brede, ZögU 2003, S. 176 ff., S. 180

<sup>10</sup> Broß, JZ 2003, S. 874 ff., S. 875; Brede, ZögU 2003, S. 176 ff., S. 178; vgl. Ronellenfötsch, in: Blümel, Forsthoff Kolloquium, S. 93

<sup>11</sup> Vgl. Cronauge, AfK 1999, S. 24 ff., S. 40 u. S. 42

Während die flexible, rechtlich weitgehend ungebundene Privatwirtschaft sich aus den neu öffnenden Märkten die lukrativsten Marktsegmente erschließt und sich damit die „Rosinen“ herauspicks, bleiben die an die gemeinderechtlichen Vorschriften gebundenen Gemeinden auf dem oftmals unrentablen Rest wie etwa dem Personennahverkehr sowie den kulturellen Einrichtungen wie Bibliotheken, Museen und Hallenbädern sitzen.

So bleibt den Gemeinden und ihren Organisationen neben der Verteidigung der angestammten Tätigkeitsfelder daher meist nichts anderes übrig, als sich verzweifelt in einer Flucht nach vorn aus dem sie benachteiligenden Netz der kommunalen Wirtschaftsvorschriften zu befreien und die Eroberung sog. „neuer Geschäftsfelder“<sup>12</sup> zu versuchen.

Mit diesen neuen Geschäftsfeldern wird dann versucht, Einnahmeausfälle zu kompensieren, die Konkurrenzfähigkeit zu erhalten, den gemeindlichen Haushalt zu konsolidieren und durch eine größere Dimensionierung, oftmals auch außerhalb des Gemeindegebietes, Größenvorteile zu nutzen, um damit Auslastung und Optimierung von vorhandenen Einrichtungen zu steigern. Um insbesondere diese neuen Geschäftsfelder nachhaltig erobern zu können, fordern die kommunalen Spitzenverbände als Kompensation für die Liberalisierung teilweise eine allgemeine wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Gemeinden<sup>13</sup>. Dies aber erscheint nicht nur der unmittelbar betroffenen privaten Wirtschaft als unzulässig, so dass kaum mehr ein Konsens hinsichtlich des schmalen Grades zwischen berechtigten Leistungsansprüchen der Bürger auf der einen Seite und unberechtigter kommunaler Konkurrenz auf der anderen Seite zu finden ist.

So wird der Ausdehnung der Geschäftsfelder, um das Rosinenpicken der Privatwirtschaft zu kompensieren, nicht ganz zu Unrecht entgegengehalten, der Staat bzw. seine Untergliederungen sei nun einmal eine „Agentur der schlechten Risiken“, die zu diesem Zweck steuerfinanziert sei<sup>14</sup>. Ferner solle die Beseitigung von Wettbewerbschranken nicht dazu benutzt werden, um mit dem Bürger um die Wette zu wirtschaften, sondern die Auflösung kommunaler Monopole sei vielmehr die beste Gelegenheit zum Rückzug aus überkommenen Feldern kommunalwirtschaftlicher Betätigung<sup>15</sup>.

Der vereinzelt anzutreffende Vergleich der Ausweitung der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung und der diesbezüglichen Aufbruchsstimmung mit einer Art kommunalen „Goldgräbermentalität“<sup>16</sup> dürfte nicht ganz unzutreffend sein. Auch eine unbedacht expandierende Kommunalwirtschaft könnte auf lange Sicht mehr verlieren als gewinnen, da die Gemeinden durch die zweifellos vorhandenen rechtlichen Hürden und einer rechtlich kaum herzustellenden Möglichkeit der gleichberechtigten Marktteilnahme oftmals im freien Wettbewerb zum Scheitern verurteilt sein werden. Zudem erscheint die neuerdings oftmals konstatierte gemeindliche „Gefräßigkeit“<sup>17</sup> im Hinblick auf die neuen Geschäftsfelder paradox: Mitverursacht durch die Ermangelung einer angemessenen kommunalen Finanzausstattung werden hierdurch die

---

<sup>12</sup> Mit diesem Begriff wird insbesondere die Abgrenzung der angestammten gemeindlichen Aufgabengebiete, wie etwa der Energie- und Wasserversorgung, der Abfallwirtschaft und dem Personennahverkehr, zu den neuen Betätigungsfeldern, wie etwa Telekommunikationsdienstleistungen, Consulting- und Planungsaufgaben, Handwerks- und Serviceleistungen für Private bis hin zum Gartenbau und Partyservice, vorgenommen. Vgl. *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 498; vgl. *Berg*, WiVerw 2000, S. 141 ff., S. 141 m.w.N.

<sup>13</sup> Vgl. *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht Bd. 1, § 23 Rn. 9b m.w.N.

<sup>14</sup> *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 436

<sup>15</sup> *Berg*, WiVerw 2000, S. 141 ff., S. 158

<sup>16</sup> Vgl. *Berg*, WiVerw 2000, S. 141 ff., S. 141; vgl. *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 498

<sup>17</sup> *Henneke*, GK 2000, S. 1 ff., S. 2

insbesondere in wirtschaftlich schlechteren Zeiten verstärkten Bemühungen um einen schlanken Staat und eine schlanke Verwaltung - kritisierend bereits auch als Skelettierung der Verwaltung bezeichnet – konterkariert<sup>18</sup>.

Insbesondere die mittelständische Wirtschaft macht gegen die sich ausdehnende und aus eigenen Steuergeldern mitfinanzierte kommunale Konkurrenz mobil und beklagt mit Teilen des juristischen Schrifttums die aus ihrer Sicht nicht sehr hohe Bindungs- bzw. Eingrenzungswirkung der gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften<sup>19</sup>.

Die Position der sich wehrenden privaten Wirtschaft, die sich von der kommunalen Konkurrenz bedroht sieht, wurde von der Verwaltungsgerichtsbarkeit zumindest bislang kaum geschützt, indem rigide am Absprechen eines drittschützenden Charakters der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften festgehalten wurde. Die private Wirtschaft, die sich deshalb zum Umweg über die mehr Erfolg versprechenden Wettbewerbsgerichte genötigt sah, witterte durch mehrere wettbewerbliche Gerichtsentscheidungen der letzten Jahre, die die begehrten Unterlassungsansprüche gegen die Gemeinde bereits bei einer schlichten Übertretung der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften zusprachen, Morgenluft. Durch die jüngsten wettbewerblichen Rechtsprechungstendenzen dürfte sich mit der nunmehr erneuten Versagung dieser Unterlassungsansprüche der Umweg, wenn nicht versperrt, so doch entscheidend verengt haben.

Vor dem Hintergrund dieser Ausgangssituation soll es Ziel der Untersuchung sein, zumindest eine lichtende Schneise in dieses Gemengelage und in das hierzu entstandene, mittlerweile kaum mehr zu überblickende Schrifttum zu schlagen.

Hierzu soll zum einen der rechtliche Ordnungsrahmen von den verfassungsrechtlichen Grundlagen bis hin zu den einfachgesetzlichen Umsetzungen gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit abgesteckt und überprüft werden, inwieweit herkömmliche Betrachtungen und Auffassungen zwingend beizubehalten sind oder sich in Anbetracht des veränderten Umfelds weiterentwickeln lassen. Zum anderen soll untersucht werden, ob bzw. inwieweit die neuesten gesetzgeberischen Entwicklungen den verfassungsrechtlichen Vorgaben standhalten.

## **B. Gang der Untersuchung**

Zunächst sollen die immer wiederkehrenden Kernbegrifflichkeiten, denen in den verschiedenen Wissenschafts- und Rechtsgebieten unterschiedlicher Bedeutungsgehalt zukommt, dem Versuch einer Definition zugeführt werden (2. Teil), soweit sie nicht ohnehin im Gang der Untersuchung einer genaueren Betrachtung unterzogen werden.

Sodann soll im Rahmen der Arbeit versucht werden, die Grenzen der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit, insbesondere gegenüber der konkurrierenden privaten Wirtschaft, aufzuzeigen.

Neben einer knappen Darstellung der europarechtlichen und der sonstigen internationalen Vorgaben einer staatlichen und damit auch einer gemeindlichen Wirtschaftsbe- tätigung (3. Teil), sind vor allem die verfassungsrechtlichen Grundlagen der gemeindlichen Wirtschaftsbe- tätigung zu untersuchen (4. Teil). Da es sich bei der kon-

---

<sup>18</sup> Vgl. *Henneke*, GK 2000, S. 1 ff., S. 2

<sup>19</sup> Vgl. *Fuest/Kroker/Schatz*, Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen und die Daseinsvorsorge, S. 4 f.; vgl. *Schneider*, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1257; *Krölls*, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 284; vgl. *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 132; *Schoch*, Kommunalrechtliche Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung, in: *Biernat/Hendler/Schoch/Wasilewski*, S. 329 ff., S. 331; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 443; *Hofmann*, VBIBW 1994, S. 121 ff., S. 126

kurrierenden Begegnung von gemeindlichen und privaten Unternehmen letztlich um eine Begegnung von Staat und Gesellschaft handelt<sup>20</sup>, gilt es in besonderem Maße, die diesbezüglichen rechtlichen „Schnittstellen“ zwischen Staat und Gesellschaft, wie die Wirtschaftsverfassung, ein eventuelles verfassungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip zwischen Staat und Gesellschaft, die sog. Wirtschaftsgrundrechte sowie die verfassungsrechtliche Selbstverwaltungsgarantie, zu untersuchen, um verfassungsrechtliche Legitimation und Grenzen einer staatlichen bzw. gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung aufzeigen zu können.

Im Zusammenhang mit der Untersuchung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie soll dabei besonders das immer bedeutsamer werdende Territorialitäts- bzw. Örtlichkeitsprinzip untersucht und die diesbezüglichen gesetzgeberischen Spielräume ausgelotet werden.

Nach dem die verfassungsrechtliche Legitimation und die verfassungsrechtlichen Grenzen aufgezeigt sind, gilt es die einfachgesetzlichen Umsetzungen dieser verfassungsrechtlichen Grundlagen und Grenzen in den Regelungen der Gemeindeordnungen zu untersuchen (5. Teil). Auch hier soll zum einen wiederum insbesondere die Schnittstelle zwischen gemeindlicher und privater Wirtschaft - namentlich die Subsidiaritätsklauseln - im Vordergrund stehen und der Frage nachgegangen werden, ob bzw. inwieweit sich die unterschiedlichen Klauselgestaltungen mit den gewonnenen verfassungsrechtlichen Vorgaben in Einklang bringen lassen. Zum anderen gilt es die ebenfalls im Verhältnis zwischen privater und gemeindlicher Wirtschaft praktisch relevante Frage zu beantworten, ob den unterschiedlichen gemeindrechtlichen Regelungen ein drittschützender Charakter zukommt.

Nach der Behandlung der einfachgesetzlichen kommunalrechtlichen Grenzen werden die von privater Seite immer häufiger bemühten wettbewerbsrechtlichen Grenzen der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit unter Berücksichtigung der diesbezüglichen jüngsten Rechtsprechungstendenzen untersucht (6. Teil). Abschließend sind die grundsätzlich in Frage kommenden Rechtsschutzmöglichkeiten betroffener privater Konkurrenzunternehmen, die hierfür in Frage kommenden Rechtswege sowie der Einfluss der im materiellen Recht gewonnenen Ergebnisse hierauf, einer genaueren Untersuchung zuzuführen (7. Teil).

---

<sup>20</sup> Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 7

## 2. Teil

### Begriffsbestimmungen

#### A. Die öffentliche Hand

Der Begriff der öffentlichen Hand wird hier als Sammelbezeichnung für Bund, Länder und Gemeinden, ihre Körperschaften, Anstalten und Stiftungen sowie die in ihrem Eigentum stehenden oder von ihnen betriebenen öffentlich- oder privatrechtlich organisierten Rechtssubjekte mit oder ohne eigener Rechtspersönlichkeit verwandt.

Die öffentliche Hand kann auf vielfältige Art und Weise das Wirtschaftsleben steuern oder an ihm teilnehmen. Sie kann Wirtschaftsgesetze erlassen, wirtschaftsverwaltend in Erscheinung treten oder sich selbst wie ein Privatunternehmen am Wirtschaftsleben beteiligen. Somit geht der Begriff der öffentlichen Hand weiter als der Begriff des öffentlichen Unternehmens<sup>21</sup>.

Die hier zu untersuchende unternehmerische Teilnahme am Wirtschaftsleben kann dabei privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisiert sein. In privatrechtlicher Organisationsform kann die öffentliche Hand, wie im Fall der Eigengesellschaft, alleiniger Träger oder aber nur einer von mehreren Beteiligten, wie im Fall der gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, sein. In öffentlich-rechtlicher Organisationsform lässt sich eine Teilnahme mit eigener Rechtspersönlichkeit, wie durch Körperschaften, Anstalten und Stiftungen, von einer Teilnahme ohne eigene Rechtspersönlichkeit, wie durch Eigen- und Regiebetriebe, unterscheiden<sup>22</sup>.

#### B. Die Handlungsformen der öffentlichen Hand

Den genannten Organisationsformen stehen grundsätzlich zwei Handlungsformen der öffentlichen Hand gegenüber, die sich wiederum weiter untergliedern lassen: die hoheitliche bzw. öffentlich-rechtliche Handlungsform sowie die nichthoheitliche bzw. privatrechtliche (auch fiskalisch oder erwerbswirtschaftlich genannte) Handlungsform.

Die hoheitliche bzw. öffentlich-rechtliche Handlungsform gliedert sich weiter in das klassisch-hoheitliche Handeln (auch obrigkeitliches Handeln genannt), das sich typischerweise im Bereich der Eingriffsverwaltung, beispielsweise durch das Aussprechen von Verboten, findet sowie in das schlicht-hoheitliche Handeln. Beim schlicht-hoheitlichen Handeln, das regelmäßig im Bereich der Daseinsvorsorge bzw. in der Leistungsverwaltung anzutreffen ist, verfolgt der Träger öffentlicher Verwaltung zwar öffentlich-rechtliche Zwecke in nichtprivatrechtlicher Form, verzichtet aber auf den Einsatz von Verwaltungsakt und Verwaltungszwang.

Das privatrechtliche bzw. fiskalische Handeln lässt sich in drei Unterformen untergliedern: die in privater Rechtsform betriebene Leistungsverwaltung, wie beispielsweise ein Wasserwerk in Form der Aktiengesellschaft, die fiskalischen Hilfgeschäfte, die der Bedarfsdeckung- und Vermögensverwertung dienen, wie beispielsweise der Erwerb von Büromaterial, sowie die (rein-)erwerbswirtschaftliche Betätigung. Das (rein-)erwerbswirtschaftliche Handeln, wie beispielsweise der Verkauf von Kfz-

---

<sup>21</sup> Köhler/ Piper, UWG, § 1 Rn. 530

<sup>22</sup> Köhler/ Piper, UWG, § 1 Rn. 531

Schildern, ist regelmäßig nur auf Gewinnerzielung ausgerichtet und verfolgt keinen darüber hinaus gehenden öffentlichen Zweck<sup>23</sup>. Die Terminologie ist dabei nicht immer einheitlich und nicht unumstritten. So wird die reine Erwerbswirtschaft oftmals auch nur als Erwerbswirtschaft bezeichnet<sup>24</sup>, ferner sind die Grenzen zwischen den einzelnen Handlungsformen fließend<sup>25</sup>.

### C. Wirtschaftliche Unternehmen - Nichtwirtschaftliche Unternehmen

Insbesondere die Begrifflichkeiten des wirtschaftlichen und des nichtwirtschaftlichen Unternehmens bzw. der wirtschaftlichen Betätigung, aber auch die Begrifflichkeiten des öffentlichen Unternehmens und der Daseinsvorsorge sind mitunter schwer zu definieren, da sie meist primär ökonomische und soziologische Dimensionen aufweisen. Neben der Existenz einer Vielzahl von wirtschaftlichen Betätigungsformen kommt den Begrifflichkeiten in den verschiedenen Rechtsgebieten auch oftmals erschwerend unterschiedliche Bedeutung zu. Die Versuche, die Begrifflichkeiten zu definieren, sind folglich zahlreich, ohne dass es meist gelungen wäre, ein übergreifendes Einverständnis über den Bedeutungsinhalt der verwandten Begriffe zu erzielen. Regelmäßig bleibt es daher bei mehr oder weniger präzisen Be- bzw. Umschreibungen<sup>26</sup>. *Reichard* spricht gar von einem einer tieferen, ökonomischen Analyse kaum standhaltenden „Eiertanz“<sup>27</sup>.

Die hieraus resultierenden Unklarheiten wurden aber nicht zuletzt deswegen bewusst in Kauf genommen, um der fortschreitenden Entwicklung im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden Raum zu lassen<sup>28</sup>. Gesetzliche Legaldefinitionen sind folglich nur vereinzelt zu finden. Gleichwohl sind diese Begrifflichkeiten von nicht zu unterschätzender Bedeutung, da die Anwendbarkeit der restriktiven Zulässigkeitsvoraussetzungen der Nachfolgebestimmungen zu § 67 DGO von der Qualifizierung als wirtschaftliches oder nichtwirtschaftliches Unternehmen abhängt.

Unter der wirtschaftlichen Betätigung des Staates bzw. der Gemeinde ist die Teilnahme am Wirtschaftsleben durch unternehmerische Tätigkeit zu verstehen. Dies geschieht grundsätzlich in derselben Weise wie die Teilnahme anderer, insbesondere privater Wirtschaftskräfte<sup>29</sup>.

Einen einheitlichen Rechtsbegriff des Unternehmens gibt es nicht. Dem in den verschiedensten Gesetzen und Rechtsgebieten auftauchenden Begriff kommt oft unterschiedliche Bedeutung zu und erschwert damit eine Definition<sup>30</sup>. Die Gemeindeordnungen der Bundesländer verzichten in der Regel (noch)<sup>31</sup> auf eine positive Definiti-

<sup>23</sup> *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 277

<sup>24</sup> Vgl. *Ehlers*, Gutachten E, S. 77; *ders.*, JZ 2003, S. 318 f., S. 320; *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 277 ff.

<sup>25</sup> *Köhler/Piper*, UWG, § 1 Rn. 532; vgl. auch *v. Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 60 f.; *Berg*, GewArch 1990, S. 225 ff., S. 225; *Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, § 12 Rn. 7; vgl. *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht Bd. 1, § 23 Rn. 1 f.

<sup>26</sup> *Schulz*, BayVBl 1997, S. 518 ff., S. 518; *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 10; *Gerke*, Jura 1985, S. 349 ff., S. 350 f.; *Ronellenfitsch*, in: *Isensee/Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 2; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 441

<sup>27</sup> *Reichard*, Gemeinden als Marktteilnehmer, in: *Kommunen am Markt*, S. 61 ff., S. 68

<sup>28</sup> *Gerke*, Jura 1985, S. 349 ff., S. 350; *Stober*, Kommunalrecht, S. 335; vgl. *Knemeyer/Kempfen*, in: *Achterberg/Püttner/Württenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 35

<sup>29</sup> *Ehlers*, Jura 1999, S. 212 ff., S. 212

<sup>30</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 35 m.w.N.; *Ronellenfitsch*, in: *Isensee/Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 2

<sup>31</sup> Für Nordrhein-Westfalen (§ 107 Abs. I S. 3 NWGO) und Brandenburg (§ 100 Abs. I BbgGO) gelten neuerdings Legaldefinitionen. Dort gilt das Herstellen, Anbieten oder Verteilen von Gütern,

on des wirtschaftlichen Unternehmens bzw. der wirtschaftlichen Betätigung und setzen diese vielmehr unbestimmt voraus<sup>32</sup>.

Lediglich für den Bereich der traditionellen kommunalen Daseinsvorsorge, meist also in Bereichen, in denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist, werden regelmäßig qua gesetzlicher Fiktion<sup>33</sup> im Anschluss an die Negativklausel des § 67 Abs. II DGO bestimmte Einrichtungen bzw. Hilfsbetriebe, bei denen die Gemeinde oftmals von vornherein aus sozialpolitischen Gründen auf Rentabilität verzichten will oder muss, als nichtwirtschaftliche Unternehmen klassifiziert. Damit wird der Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens oder der wirtschaftlichen Betätigung zumindest ansatzweise negativ definiert<sup>34</sup>. Die Differenzierung folgt dabei grob gesprochen der Unterscheidung von Verwaltung und Unternehmen<sup>35</sup>. Durch diese Negativklauseln werden die nichtwirtschaftlichen Unternehmen von der Anwendbarkeit der gemeinderechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen, der sog. Schrankentrias, ausgenommen<sup>36</sup>. Da aber letztlich jedes staatliche Handeln unverzichtbar der Gemeinwohlbindung unterliegt, dürfte nach richtiger Auffassung eine Suspendierung vom öffentlichen Zweck, der ersten Voraussetzung der Schrankentrias, wohl nicht in Betracht kommen<sup>37</sup>. Insbesondere bei dieser Art von Unternehmen wird der öffentliche Zweck wohl vielmehr als selbstverständlich unterstellt.

Auch bei der Einteilung in wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Unternehmen begegnet man jedoch teilweise erheblichen Unterschieden in den verschiedenen Gemeindeordnungen der Bundesländer. So sind in manchen Bundesländern die Bereiche der nichtwirtschaftlichen Betätigung sehr restriktiv umgrenzt<sup>38</sup>, während in anderen Bundesländern dieser Bereich sehr weit gefasst wurde<sup>39</sup>.

In den sog. Stadtstaaten, die Bundesland und zugleich Stadt sind, decken sich staatliche und gemeindliche Tätigkeiten. Die verfassungsrechtlichen Vorschriften enthalten keine Regelungen über die wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Betätigung. Auch die Landeshaushaltsordnungen der Stadtstaaten, die dort für die Bildung und für die Beteiligung von öffentlichen Unternehmen maßgebend sind, trennen nicht zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Betätigung<sup>40</sup>.

Die Unterscheidung in wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Unternehmen wird in zunehmendem Maße kritisiert. So sei die mit dieser Differenzierung vom Gesetzge-

---

Dienstleistungen oder vergleichbaren Leistungen, die ihrer Art nach auch mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnten als wirtschaftliche Betätigung.

<sup>32</sup> Vgl. etwa § 102 BWGO; vgl. *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für *Blümel*, S. 119 ff., S. 123

<sup>33</sup> *Meyer*, LKV 2000, S. 321 ff., S. 323; *Schoch*, DÖV 1993, S. 377 ff., S. 379

<sup>34</sup> Vgl. etwa § 102 Abs. III BWGO; vgl. *Knemeyer/Kempfen*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 41; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 42; vgl. *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, S. 137; *Schmid* in: *Faiss/Giebler/Lang/Notheis/Schmid*, Kommunales Wirtschaftsrecht BW, Rn. 882

<sup>35</sup> Vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 441. Wobei aber freilich auch diese Begrifflichkeiten keine Gegensätze sein müssen, vgl., *ders.*, Der Staat als Unternehmer, S. 43

<sup>36</sup> *Knemeyer/Kempfen*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, BesVerwR, § 17 Rn.41; *Meyer*, Kommunalrecht, Rn. 625; *ders.*, LKV 2000, S. 321 ff., S. 323; *Stober*, Kommunalrecht, S. 338; *David*, NVwZ 2000, S. 738 ff., S. 739

<sup>37</sup> So wohl auch *Ehlers*, Gutachten E, S. 75; bezüglich der niedersächsischen Regelung vgl. *Ipsen*, in: FS für *Rauschnig*, S. 645 ff., S. 659; a.A. wohl *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für *Blümel*, S. 119 ff., S. 124. Nicht einsichtig erscheint hier auch die Auffassung, § 101 Abs. II BbgGO fingiere lediglich einen öffentlichen Zweck, befreie aber nicht von den übrigen Voraussetzungen der Schrankentrias. So aber *Schmal*, LKV 2000, S. 47 ff., S. 49.

<sup>38</sup> Vgl. § 101 Abs. II BbgGO; § 68 Abs. II MVKV

<sup>39</sup> Vgl. § 107 Abs. II NWGO

<sup>40</sup> Vgl. *Tomerius*, LKV 2000, S. 41 ff., S. 42

ber erreichte Vorauswahl über die Zulässigkeit gemeindlicher Unternehmen unscharf und ohnehin kaum möglich. Da oftmals miteinander verwandte Bereiche unterschiedlich eingeordnet würden, sei die Unterscheidung unübersichtlich<sup>41</sup> und führe mitunter zu steuerlicher Ungleichbehandlung<sup>42</sup>. Darüber hinaus würden die Kataloge nichtwirtschaftlicher Betätigungen dazu missbraucht, die bei einer wirtschaftlichen Betätigung zu beachtenden Zulässigkeitsvoraussetzungen zu umgehen<sup>43</sup>.

Ob die Unterscheidung in wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Unternehmen dauerhaft überwunden wird ist nicht absehbar. Meist werden lediglich die Begrifflichkeiten ausgetauscht und die Unterscheidung verlagert. So wird beispielsweise in manchen Subsidiaritätsklauseln der gemeindlichen Schrankentrias der Bereich der Daseinsvorsorge vom Anwendungsbereich ausgenommen. In Niedersachsen wird mittlerweile zwischen Unternehmen und Einrichtungen – den bisherigen nichtwirtschaftlichen Unternehmen – differenziert<sup>44</sup>. Die Bundesländer Bayern, Brandenburg, Sachsen-Anhalt und Thüringen haben die Unterscheidung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Unternehmen mittlerweile aufgegeben<sup>45</sup>. Eine Vorreiterrolle könnte diesbezüglich insbesondere das bayerische Kommunalrecht mit seinem neuen kommunalen Unternehmensrecht einnehmen, das seine Gründungs- und Handlungsvoraussetzungen allein an bestimmte Unternehmensformen knüpft<sup>46</sup>.

Da also regelmäßig eine positive Definition der wirtschaftlichen Betätigung bzw. des wirtschaftlichen Unternehmens (noch) fehlt, orientiert man sich bei der Präzisierung der Begrifflichkeiten an der Entstehungsgeschichte der Vorschriften.

So versteht man traditionell unter der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden, in Anlehnung an die auf *Popitz*<sup>47</sup> zurückgehende vorläufige Ausführungsanweisung zu § 67 der Deutschen Gemeindeordnung von 1935<sup>48</sup>, jede Tätigkeit, also das Herstellen, Anbieten oder Verteilen von Gütern, Dienstleistungen oder vergleichbaren Leistungen, die ihrer Art nach (auch) von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte<sup>49</sup>. Diese sog. *Popitz*-Formel dürfte mittlerweile wohl als kleinster gemeinsamer Nenner gelten bzw. zumindest indizielle Bedeutung erlangt haben<sup>50</sup>.

Aber auch bei dieser Formel werden die Schwierigkeiten einer stichhaltigen Definition offenbar. So ist die hier mit zum entscheidenden Kriterium erhobene Gewinnerzielungsabsicht nach der wohl überwiegend vorherrschenden Meinung und der hierzu maßgeblichen Rechtsprechung gerade kein maßgebliches Bestimmungskriterium

<sup>41</sup> Vgl. etwa § 107 Abs. II Nr. 4 NWGO, der die Abwasserbeseitigung als nichtwirtschaftlich und die Wasserversorgung damit als wirtschaftlich definiert. Vgl. *Reichard*, *Gemeinden als Marktteilnehmer*, in: *Kommunen am Markt*, S. 61 ff., S. 68; *Ehlers*, *Gutachten E*, S. 30; vgl. *Tomerius*, *LKV 2000*, S. 41 ff., S. 43

<sup>42</sup> Vgl. zur ablehnenden Haltung im Schrifttum etwa *Knemeyer/Kempfen*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, *BesVerwR II*, § 17 Rn. 14 (Fn. 29), Rn. 41; *Schoch*, *DÖV 1993*, S. 377 ff., S. 379; *ders.*, in: *Henneke*, *DVB1 1997*, S. 1270 ff., S. 1275; *Tomerius*, *LKV 2000*, S. 41 ff., S. 42 u. S. 43, *Ahrens-Salzsieder*, *der gemeindehaushalt 2000*, S. 169 ff., S. 170; *Storr*, *Der Staat als Unternehmer*, S. 441; *Schulz*, *BayVBl 1997*, S. 518 ff., S. 518 f.; *Grawert*, *Kommunale Wirtschaftsbeschäftigung und Wettbewerb*, in: *Kommunen am Markt*, S. 9 ff., S. 15; *Wolff/Bachoff/Stober*, *Verwaltungsrecht Bd. 1*, § 23 Rn. 9b; krit.: *Püttner*, *DÖV 2002*, S. 731 ff., S. 734

<sup>43</sup> Vgl. *Grawert*, *Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft*, in: *FS für Blümel*, S. 119 ff., S. 124

<sup>44</sup> Vgl. § 108 Abs. III NdsGO

<sup>45</sup> Vgl. Art. 87 BayGO; § 101 BbgGO; § 116 LSAGO; § 71 ThürKO

<sup>46</sup> Vgl. *Knemeyer/Kempfen*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, *BesVerwR II*, § 17 Rn. 41; *Tomerius*, *LKV 2000*, S. 41 ff., S. 43

<sup>47</sup> Preußischer Finanzminister *Johannes Popitz*

<sup>48</sup> RdErl. v. 22.3.1935 (RMiBlIv S. 475)

<sup>49</sup> *Schmidt-Jortzig*, in: *HKWP V*, S. 50 ff., S. 53; *Oebbecke*, *ZHR 2000*, S. 375 ff., S. 377

<sup>50</sup> *Schmidt-Jortzig*, in: *HKWP V*, S. 50 ff., S. 53; *Schoch*, *DÖV 1993*, S. 377 ff., S. 379

für Unternehmen der öffentlichen Hand. Zwar sollen gemeindliche Unternehmen bereits nach den Gemeindeordnungen Gewinne abwerfen, die Gewinnerzielungsabsicht ist jedoch mit dem öffentlichen Zweck zu koordinieren und hat sich ihm gegebenenfalls sogar unterzuordnen, wenn aus sozialpolitischen Gründen auf eine Gewinnerzielung verzichtet werden muss. Dem Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht kommt somit kaum mehr entscheidende Bedeutung zu<sup>51</sup>.

Ergänzend werden daher für die wirtschaftliche Betätigung bzw. für wirtschaftliche Unternehmen Kriterien wie eine gewisse organisatorische Verselbständigung, die Wertschöpfung und die Führung des Unternehmens nach Art eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes gefordert. Der im Wirtschaftsverkehr tätigen Einheit muss also als Mindestvoraussetzung eine gewisse organisatorische Verselbständigung zukommen, die eine Abgrenzung zu anderen (Verwaltungs-) Einheiten ermöglicht.

Um wertschöpfend tätig zu werden, muss die Aufgabe des Unternehmens die Erzeugung, Bereitstellung oder der Verkauf von Gütern und Dienstleistungen zur Befriedigung der materiellen Bedürfnisse anderer sein. Die Tätigkeit muss also der Fremdbedarfsdeckung – der Produktion „für den Markt“ bzw. „nach außen“ – dienen. Die Unternehmensführung hat nach der Art eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes zu erfolgen. Hierfür sind im Innenverhältnis kaufmännische Techniken wie Buchführung und Bilanzierung maßgeblich, im Außenverhältnis sind die Wettbewerbsteilnahme oder Geschäftsabschlüsse am Markt charakterisierend<sup>52</sup>.

Wirtschaftliche Unternehmen der öffentlichen Hand lassen sich damit als rechtlich selbstständige oder unselbstständige Einheiten beschreiben, denen eine Tätigkeit des Herstellens, des Anbietens oder des Verteilens von Gütern, Dienstleistungen oder vergleichbaren Leistungen zu Grunde liegt, die ihrer Art nach regelmäßig auch von einem privaten Unternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte, und die darüber hinaus eine gewisse organisatorische Verselbständigung, eine Wertschöpfung und die Führung der Einheit nach Art eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes verlangt.

#### **D. Wirtschaftliche Unternehmen - Öffentliche Einrichtungen**

Nach dem weitgehend gleichen Gesetzeswortlaut der Gemeinde- und Kreisordnungen stellen die Gemeinden und Kreise in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für ihre Einwohner erforderlichen sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen öffentlichen Einrichtungen bereit<sup>53</sup>. Auch der Begriff der öffentlichen Einrichtung wird meist vorausgesetzt und nicht gesetzlich definiert.

Wirtschaftliche Unternehmen und öffentliche Einrichtungen stellen begrifflich keinen Gegensatz dar<sup>54</sup>. Vielmehr ist der Begriff der öffentlichen Einrichtung als ein Oberbegriff zu bewerten, unter den auch wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Unternehmen fallen<sup>55</sup>. Die Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung sind da-

<sup>51</sup> Vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 40; vgl. *Knemeyer/Kempfen*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 36.; *Gerke*, Jura 1985, S. 349 ff., S. 350 f.; vgl. BVerfGE 61, 82 (107 f.)

<sup>52</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 36 f.; *Gusy*, JA 1995, S. 166 ff., S. 167; *Knemeyer/Kempfen*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 36 f.

<sup>53</sup> Vgl. etwa § 10 Abs. II BWGO; Art. 57 Abs. I BayGO; § 18 Abs. I NWGO

<sup>54</sup> *Knemeyer/Kempfen*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 16 (Fn. 31); *Schmidt-Aßmann*, in: *ders.*, BesVerwR, 1. Abschnitt Rn. 118; *Seewald*, in: *Steiner*, BesVerwR, Rn.265

<sup>55</sup> Vgl. *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rn. 650 u. Rn. 664 f.; *Gerke*, Jura 1985, S. 349 ff., S. 354

mit die spezielleren Regelungen gegenüber den Regelungen der öffentlichen Einrichtungen<sup>56</sup>.

Die wirtschaftliche Betätigung kann auch in der Form einer öffentlichen Einrichtung erfolgen. Dies ist aber nicht zwingend. Umgekehrt können öffentliche Einrichtungen auch wirtschaftliche Unternehmen sein<sup>57</sup>. Diese heben sich dann von den übrigen öffentlichen Einrichtungen dadurch ab, dass sie zum einen auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden könnten und zum anderen, auf betriebswirtschaftlich-organisatorische Merkmale abstellend, eine Betriebseinheit von gewisser Festigkeit, Dauer und Verselbstständigung mit eigenem Wirkungsziel gegenüber dem kommunalen Träger aufweisen<sup>58</sup>.

Wirtschaftliche Betätigungen und öffentliche Einrichtungen bilden daher nur eine Schnittmenge. Eine Kongruenz, die eine vollständige Gleichbehandlung im Hinblick auf die rechtlichen Grundlagen rechtfertigen könnte, besteht aber nicht<sup>59</sup>. So erfüllen gemeindliche Unternehmen wie Wohnungsbaugesellschaften zwar wichtige öffentliche Aufgaben, sie sind aber nicht einer öffentlichen Nutzung, die für öffentliche Einrichtungen charakteristisch ist, zugänglich<sup>60</sup>. Öffentliche Einrichtungen im sozialen und kulturellen Bereich unterliegen keinen besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Wirtschaftliche Unternehmen dagegen werden durch das gemeindliche Wirtschaftsrecht beschränkt und unterliegen traditionellerweise strengeren Anforderungen<sup>61</sup>.

Während die dem gemeindlichen Leistungsrecht unterfallenden öffentlichen Einrichtungen in erster Linie auf die Sicherung der öffentlichen Nutzung abstellen, werden dagegen beim gemeindlichen Wirtschaftsrecht primär Rahmenvorgaben gestellt, um eine unbeschränkte Wirtschaftsbetätigung zu verhindern. Somit werden die gemeindlichen Aktivitäten aus unterschiedlichen Richtungen betrachtet<sup>62</sup>. Aus der Sicht des Bürgers dominiert bei den öffentlichen Einrichtungen wohl in erster Linie der Wunsch nach Zulassung und Benutzung, bei öffentlichen Unternehmen steht dagegen oftmals die Beschränkung und Abwehr der gemeindlichen Tätigkeit im Vordergrund<sup>63</sup>.

## E. Öffentliche Unternehmen

Ebenfalls schwer zu bestimmen ist der Begriff des öffentlichen Unternehmens. Soweit ersichtlich wird der Begriff in den deutschen Gesetzen weder definiert noch findet er Verwendung. Auf europäischer Ebene findet er ohne Erläuterung Verwendung in Art. 86 Abs. I EGV. Oftmals in Anlehnung bzw. in Übereinstimmung mit der *Transparenzrichtlinie*<sup>64</sup> versteht man unter öffentlichen Unternehmen wirtschaftlich handelnde Einheiten beliebiger Rechtsform, auf deren Geschäftsplanung oder Tätigkeit die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung

<sup>56</sup> Gerke, Jura 1985, S. 349 ff., S. 354

<sup>57</sup> Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 529; Knemeyer/ Kempen, in: Achterberg/ Püttner/ Würtenberger, BesVerwR II, § 17 Rn. 18 (Fn. 36); Schmidt-Aßmann, in: ders., BesVerwR, 1. Abschnitt Rn. 118

<sup>58</sup> Knemeyer/ Kempen, in: Achterberg/ Püttner/ Würtenberger, BesVerwR II, § 17 Rn. 36

<sup>59</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann, in: ders., BesVerwR, 1. Abschnitt Rn. 118; Otto, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung, S. 153

<sup>60</sup> Schmidt-Aßmann, in: ders., BesVerwR, 1. Abschnitt Rn. 118

<sup>61</sup> Ehlers, Gutachten E, S. 29

<sup>62</sup> Schmidt-Aßmann, in: ders., BesVerwR, 1. Abschnitt Rn. 118

<sup>63</sup> Gerke, Jura 1985, S. 349 ff., S. 354

<sup>64</sup> RL der Kommission vom 25.6.1980 (80/723/EWG) über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, Amtsbl. L 195/35

oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden bzw. bestimmenden Einfluss ausüben kann<sup>65</sup>. Hierunter fallen grundsätzlich auch die gemeindlichen Unternehmen, wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Art, sowie die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde<sup>66</sup>.

## F. Daseinsvorsorge

Der auf *Forsthoff*<sup>67</sup> zurückgehende Begriff der Daseinsvorsorge versuchte ursprünglich, die durch den sozialen Wandel vom Agrar- zum Industriestaat entstehenden Aufgaben der staatlichen Leistungsverwaltung zu beschreiben.

Nach *Forsthoff* führt der mit dem sozialen Wandel einhergehende Verlust der Beherrschbarkeit des individuellen und zugleich wachsenden Lebensraumes, insbesondere bei der großstädtischen Lebensweise, zu einer gesteigerten sozialen Bedürftigkeit des Einzelnen. Dieser büße die Fähigkeit zur Erhaltung seiner Lebensgrundlagen aus eigener Kraft ein, was zu einer Änderung der Verwaltungsaufgaben führen müsse. So sei neben die Abwehr von Polizeifahren die Abwehr von Sozialgefahren getreten. Dem Bereich der Daseinsvorsorge wurden somit Gas-, Wasser- und Stromversorgung, Bereitstellung von Verkehrsmitteln, Post- und Telekommunikationsdienstleistungen, Gesundheitsvorsorge sowie Vorsorge für Alter, Invalidität, Arbeitslosigkeit und Krankheit zugeordnet<sup>68</sup>.

Dabei ging *Forsthoff* von heute mitunter überholten Voraussetzungen aus: So etwa von der Annahme, dass die Grundrechte der Geschichte angehören würden, von einem Übergewicht der Verwaltung und von einer die individuelle Freiheit und Verantwortung des Einzelnen verdrängenden staatlichen Daseinsvorsorge - letztendlich von einem wohl totalitären Verwaltungsstaat. Prämissen, die allesamt mit dem Grundgesetz und insbesondere mit den Grundrechten heute nur schwer in Einklang zu bringen sind<sup>69</sup>.

Heute wird dem Begriff der Daseinsvorsorge, da er meist mehr Verwirrung als Nutzen stiftet, weitgehend übereinstimmend eine eher soziologische Dimension beigegeben. So wird er regelmäßig als lediglich politischer Leitbegriff und nicht als ein Rechtsbegriff eingeordnet, aus dem sich konkrete rechtliche Folgerungen ergeben<sup>70</sup>. Neuerdings ist jedoch zu beobachten, dass der deskriptive Begriff der Daseinsvorsorge wieder vermehrt einfachgesetzliche Anwendung als Rechtsbegriff findet<sup>71</sup>. Dies vielleicht nicht zuletzt deswegen, weil eine rein soziologische Dimensionierung des Begriffes regelmäßig die Tatsache außer Acht lässt, dass genau durch jene zu-

<sup>65</sup> *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 400; *Ronellenfitsch*, in: *Isensee/Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 2; *Püttner*, in: *Tilch/Arloth*, Deutsches Rechts-Lexikon, Band 2, S. 3094

<sup>66</sup> Vgl. hierzu auch § 103 BWGO und § 108 Abs. I NWGO. Hiernach darf die Gemeinde ein wirtschaftliches Unternehmen in der Rechtsform des privaten Rechts nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn sie einen *angemessenen* Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens, erhält. Vgl. *See-wald*, in: *Steiner*, BesVerwR, Rn. 131 u. Rn. 265

<sup>67</sup> *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938

<sup>68</sup> Vgl. *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 4 ff.

<sup>69</sup> Vgl. *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 28 f.; vgl. *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat Gemeinde und Wirtschaft, S. 110 ff. m.w.N.; vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 111

<sup>70</sup> Vgl. *Püttner*, DÖV 2002, S. 731 ff., S. 733; *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 41; *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 427; *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 106; vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 111 f.; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 132; *Kluth*, WiVerw 2000, S. 185 ff., S. 187; a.A. *Ronellenfitsch*, in: *Blümel*, Forsthoff Kolloquium, S. 73

<sup>71</sup> Vgl. Art. 87 Abs. I S. 1 Nr. 4 BayGO; § 71 Abs. I Nr. 4 ThürKO; § 8 PTRegG; § 102 Abs. I Nr. 3 BWGO; vgl. *Ronellenfitsch*, in: *Blümel*, Forsthoff Kolloquium, S. 73

sätzlichen staatlichen Leistungen, die mit dem Begriff der Daseinsvorsorge umschrieben werden, die Wahrnehmung einer Vielzahl rechtlicher Freiheitspositionen erst ermöglicht wird<sup>72</sup>.

Einfachgesetzliche Verwendung findet der Begriff der Daseinsvorsorge beispielsweise in der gemeinderechtlichen Subsidiaritätsklausel Bayerns. Der Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel ist dort auf Tätigkeiten außerhalb der Daseinsvorsorge beschränkt, was zur Folge hat, dass nunmehr auch Unsicherheiten im Anwendungsbereich der ohnehin schwierig zu handhabenden Subsidiaritätsklausel entstehen<sup>73</sup>.

Auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene kommt dem Begriff der Daseinsvorsorge insoweit wieder Bedeutung zu, als der gemeinschaftsrechtliche Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ i.S. des Art. 86 Abs. II EGV durch Begrifflichkeiten mit eher nationalem Charakter - wie eben dem Begriff der Daseinsvorsorge - von den einzelnen Mitgliedstaaten inhaltlich teilweise ausgefüllt wird<sup>74</sup>. Insgesamt lässt sich aber auch dem Europarecht keine inhaltliche Präzisierung des Begriffs entnehmen.

Heute versteht man unter der Daseinsvorsorge gemeinhin einen Begriff zur Kennzeichnung von Aufgaben der Verwaltung zur Sicherung und Bereitstellung von elementarem lebenswichtigem Bedarf. Dies sind regelmäßig Aufgabenbereiche, in denen eine privatwirtschaftliche Bedürfnisbefriedigung nicht oder zumindest nicht mit zufriedenstellenden Ergebnissen erfolgt, gleichzeitig aber eine soziale Angewiesenheit der Bürger auf diese Leistungen besteht. Aus dieser Kennzeichnung lassen sich aber meist keine unmittelbaren Rechtsfolgen ableiten. Im gemeindlichen Bereich sind regelmäßig Bildungswesen, Personennahverkehr, Wasserversorgung, Abfallsbeseitigung, Energieversorgung, Gesundheitswesen, Freizeiteinrichtungen, Katastrophendienste und Rettungsdienste etc. der Daseinsvorsorge zuzuordnen<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Vgl. *Ronellenfitsch*, VVDStRL 60 (2001), Aussprache, S. 613

<sup>73</sup> *Ipsen*, in: FS für *Rauschnig*, S. 645 ff., S. 656; *Werner*, VBIBW 2001, S. 206 ff., S. 210; *Ehlers*, Gutachten E, S. 82

<sup>74</sup> Vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 114 u. S. 323 f.; vgl. *Püttner*, DÖV 2002, S. 731 ff., S. 734; vgl. *Hösch*, WiVerw 2000, S. 159 ff., S. 182; *ders.*, Die Kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 16; *Reichard*, Gemeinden als Marktteilnehmer, in: Kommunen am Markt, S. 61 ff., S. 69

<sup>75</sup> Vgl. *Püttner*, in: *Tilch/ Arloth*, Deutsches Rechts-Lexikon, Band 1, S. 999; *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 404

### 3. Teil

## Europarechtliche Begrenzungen und internationales Wirtschaftsrecht

### A. Internationales Wirtschaftsrecht

Die im Rahmen der bedeutendsten internationalen Wirtschaftsorganisation - der Welthandelsorganisation (WTO) - abgeschlossenen Übereinkommen, wie das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen 1994 (GATT), das in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft gilt<sup>76</sup>, beruhen auf der wirtschaftsvölkerrechtlich anerkannten Prämisse, dass jeder Staat aufgrund seiner Gleichheit und Souveränität sein Wirtschaftssystem selbst bestimmen und sämtliche Entscheidungen auf wirtschaftlichem Gebiet selbst treffen kann<sup>77</sup>. Diese Freiheit schließt auch das Recht ein, sich eigenwirtschaftlich zu betätigen und staatliche Unternehmen zu betreiben. Zwar definiert das WTO-Recht nicht, was es unter öffentlichen Unternehmen versteht und äußert sich auch nicht zum Verhältnis von privater und öffentlicher Wirtschaft<sup>78</sup>, jedoch geht auch Art. XVII GATT von der Existenz staatlicher Unternehmen aus, indem die Vertragsparteien verpflichtet werden sicherzustellen, dass auch staatliche Unternehmen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung beachten<sup>79</sup>. Hieraus wird übereinstimmend und zu Recht gefolgert, dass das WTO-Recht mit seinen Übereinkommen wie dem GATT einer grundsätzlichen erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand nicht entgegensteht<sup>80</sup>.

### B. Europäisches Gemeinschaftsrecht

Auch wenn bei einer Betrachtung der rechtlichen Grenzen der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung zunächst lediglich ein Blick auf die Gemeindeordnungen und auf die Verfassung nahe liegt, kann doch wenigstens eine kurze europarechtliche Betrachtung nicht unterbleiben.

Auch das Kommunalrecht ist durch den prinzipiellen Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts konkretisiertes Gemeinschaftsrecht und wird hierdurch auf vielfältige Art und Weise verdrängt, überlagert und modifiziert. Die Beeinflussung erfolgt durch Primär- und Sekundärrecht<sup>81</sup>. Auch ergibt sich in Zeiten der expandierenden gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung, der Wettbewerbsöffnung und der zunehmenden Infragestellung des Territorialitätsprinzips nunmehr häufiger die Möglichkeit, dass die Tätigkeit derartiger gemeindlicher Unternehmen geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen und damit Verstöße gegen den EG-Vertrag zu begründen<sup>82</sup>.

<sup>76</sup> ABl. EG 1994, Nr. L 336/ 11; vgl. *Ehlers*, Gutachten E, S. 21

<sup>77</sup> Vgl. Art. 1, 2 und 7 der Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten; vgl. Art. XVII GATT

<sup>78</sup> Vgl. *Ehlers*, Gutachten E, S. 31 f.

<sup>79</sup> *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 277; *Ehlers*, Jura 1999, S. 212 ff., S. 213

<sup>80</sup> Vgl. *Ehlers*, Jura 1999, S. 212 ff., S. 213; *ders.*, Gutachten E, S. 33; *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 277; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht Bd. 1, § 23 Rn. 10a

<sup>81</sup> *Stober*, Kommunalrecht, S. 19; vgl. *Nagel*, Gemeindeordnung als Hürde?, S. 34 ff.

<sup>82</sup> *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 822 m.w.N.

Inwieweit die kommunale Selbstverwaltung überhaupt durch das EU-Recht garantiert wird, ist bis heute weitgehend ungeklärt<sup>83</sup>. Eine ausdrückliche Regelung findet sich bislang nicht. Weder im primären noch im sekundären Gemeinschaftsrecht ist die kommunale Selbstverwaltung verbürgt<sup>84</sup>. Zwar wird im Verfassungsentwurf der Europäischen Union vom 18.7.2003 in Teil I, Titel I, Art. I-5 Abs. 1 ausgeführt, dass die Europäische Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten achtet und diese unter anderem auch in der kommunalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt, jedoch konnte über diesen Verfassungsentwurf bislang noch keine Einigung erzielt werden. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat bezüglich der gemeinschaftsrechtlichen Verbürgung der kommunalen Selbstverwaltung soweit ersichtlich noch keine Entscheidung getroffen.

Teilweise wird insoweit auch von der „Kommunalblindheit“ des Primärrechts gesprochen<sup>85</sup>, da das Gemeinschaftsrecht die Organisationsstruktur der Mitgliedstaaten und damit auch die in Deutschland bestehende dritte Verwaltungsebene der Gemeinden zumindest bislang weitgehend ignoriert<sup>86</sup>.

Das Schrifttum ist daher auf allen erdenklichen Wegen bemüht, wenigstens mittelbar eine solche Garantie auf europäischer Ebene zu gewinnen. So wird versucht, über einen allgemeinen europarechtlichen Rechtsgrundsatz im Wege der Rechtsvergleichung der verschiedenen kommunalen Selbstverwaltungen der Mitgliedstaaten eine Absicherung der kommunalen Selbstverwaltung zu erreichen. Auch die Gemeinschaftstreue, die Verhältnismäßigkeit, das Demokratie-, Rechtsstaats- oder Subsidiaritätsprinzip werden herangezogen, um eine europäische Garantie der kommunalen Selbstverwaltung zu begründen<sup>87</sup>. Ob dieses Bemühen in vollem Umfang gelingt und welcher Weg sich hierfür letztendlich durchsetzt, ist noch nicht absehbar und soll im Rahmen dieser Untersuchung auch nicht weiter vertieft werden.

Richtiger Auffassung nach dürfte aber feststehen, dass zumindest ein Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung vor europarechtlichen Eingriffen geschützt ist. So gehört zum einen auch die kommunale Selbstverwaltung zu den identitätsstiftenden, verfassungsrechtlichen Grundstrukturen<sup>88</sup> und zum anderen bietet die „Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung“<sup>89</sup> mit völkerrechtlich verpflichtender Kraft für die Mitglieder ein nicht unbeträchtliches Minimum an Schutz, indem sie die Grundprinzipien für die Konzeption der kommunalen Selbstverwaltung beinhaltet<sup>90</sup>.

Das dem nationalen Recht prinzipiell vorgehende europäische Gemeinschaftsrecht<sup>91</sup> enthält teilweise bedeutsame Vorgaben für die wirtschaftliche Betätigung des Staates und damit auch für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden.

Im europäischen Gemeinschaftsrecht findet sich hierzu kein geschlossenes und eindeutiges Regelungskonzept, sondern vielmehr eine Reihe von unterschiedlichen Vor-

---

<sup>83</sup> Gern, Kommunalrecht BW, Rn. 56

<sup>84</sup> Wieland/ Hellermann, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 118; Nagel, Gemeindeordnung als Hürde?, S. 37

<sup>85</sup> Vgl. Faber, DVBl 1991, S. 1126 ff., S. 1127, Schäfer, Die kommunale Selbstverwaltung in der europäischen Union, S. 262

<sup>86</sup> Wieland/ Hellermann, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 118; vgl. Ambrosius, in: Brede, Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 56 f.

<sup>87</sup> Schäfer, Die kommunale Selbstverwaltung in der europäischen Union, S. 263; vgl. Gern, Kommunalrecht BW, Rn. 56

<sup>88</sup> Str., vgl. Faber, DVBl 1991, S. 1126 ff., S. 1131; Frenz, VerwArch 1995, S. 378 ff. S. 389 f.; Gern, Kommunalrecht BW, Rn. 57

<sup>89</sup> BGBl II 1987, S. 66, abgedruckt in NVwZ 1988, S. 1111

<sup>90</sup> Vgl. Püttner, Kommunalrecht Baden-Württemberg, Rn. 41; vgl. Schmidt-Aßmann, in: ders., BesVerwR, I. Abschnitt Rn. 26a

<sup>91</sup> BVerfGE 73, 339 (375); 75, 223 (244); 85, 191 (204)

schriften mit teilweise geradezu gegensätzlich erscheinenden Positionen. So begegnet die vorrangig marktwirtschaftlich orientierte Wirtschaftsverfassung der Neutralität des EG-Vertrages hinsichtlich der Wirtschaftsverfassungen der Mitgliedstaaten und damit auch gegenüber dem öffentlichen Sektor<sup>92</sup>. Auch im Bereich des öffentlichen Sektors müssen die Mitgliedstaaten das Diskriminierungsverbot, die Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln einschließlich des grundsätzlichen Beihilfeverbots beachten.

Art. 295 EGV lässt die Eigentumsordnung der Mitgliedsstaaten unberührt und schützt damit auch die Eigentumsverhältnisse und folglich auch die Erhaltung der öffentlichen Unternehmen<sup>93</sup>. Dabei ist Art. 295 EGV auf die Eigentumsverhältnisse beschränkt und regelt nicht Funktion und Verhalten von öffentlichen Unternehmen.

Die Entscheidung über den Umfang und den Aufgabenbereich öffentlicher Unternehmen obliegt damit den einzelnen Mitgliedstaaten<sup>94</sup>. Positive materielle Voraussetzungen für die Errichtung öffentlicher Unternehmen statuiert der Vertrag nicht<sup>95</sup>. Auch gibt es keinen gemeinschaftsrechtlichen Vorrang der privaten Wirtschaftstätigkeit gegenüber öffentlichen oder gemeinwirtschaftlichen Unternehmen<sup>96</sup>. Vor allem die Bindung an die Wettbewerbsvorschriften läuft auf eine weitgehende Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen hinaus<sup>97</sup>.

Die Art. 31 und 86 EGV nehmen lediglich zur wettbewerbsrechtlichen Seite und damit nicht zur prinzipiellen Frage der Zulässigkeit öffentlicher Unternehmen Stellung. So wird dann auch – korrespondierend mit der diesbezüglichen Haltung des Grundgesetzes - von der Neutralität des EG-Vertrages gegenüber dem öffentlichen Sektor gesprochen<sup>98</sup>.

Die einzige ausdrückliche Erwähnung finden öffentliche Unternehmen in Art. 86 EGV. Die öffentlichen Unternehmen unterliegen nach Art. 86 Abs. I EGV den für alle Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln (Gleichbehandlung), indem von den Mitgliedsstaaten verlangt wird, auch in Bezug auf öffentliche Unternehmen keine dem EG-Vertrag widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten.

Lediglich für die Unternehmen, die mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ betraut sind gelten Ausnahmen nach Art. 86 Abs. II EGV. Erforderlich ist hierfür ein formeller Betrauungsakt nach nationalem Recht. Durch Art. 86 Abs. II EGV werden die besonderen Gemeinwohlinteressen berücksichtigt, indem derart dienstbare Unternehmen von den Wettbewerbsregeln dispensiert werden, soweit diese die Aufgabenerfüllung rechtlich oder tatsächlich hindern. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Gemeinschaftsbedarf ohne eine Dispensierung erfahrungs- und erwartungsgemäß nicht zuverlässig, flächendeckend und preisgünstig erbracht werden kann.

Die mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ betrauten Unternehmen dürften sich dabei weitgehend mit dem Kreis der nach dem Gemeindegewirtschaftsrecht zulässigen Gemeindeunternehmen decken, da diese durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sind<sup>99</sup>. Doch soll Art. 86 EGV keine Bereichs-

---

<sup>92</sup> Vgl. *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 79; vgl. *Schneider*, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1253

<sup>93</sup> *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 278; *Nagel*, Gemeindeordnung als Hürde?, S. 39; *Püttner*, DÖV 2002, S. 731 ff., S. 732; vgl. *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 81

<sup>94</sup> *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 81 m.w.N.; *Moraing*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 45 m.w.N.

<sup>95</sup> *Schneider*, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1253

<sup>96</sup> *Nagel*, Gemeindeordnung als Hürde?, S. 46

<sup>97</sup> *Ehlers*, Jura 1999, S. 212 ff., S. 213

<sup>98</sup> *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 278 m.w.N.; vgl. *Püttner*, DÖV 2002, S. 731 ff., S. 732 m.w.N.

<sup>99</sup> *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 823; *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 16

sondern lediglich unbedingt erforderliche Unternehmensausnahmen dulden, so dass hierdurch die Gemeinden nicht strukturell entlastet werden<sup>100</sup>. Auch Art. 86 EGV beinhaltet aber keine Legitimationsgrundlage für öffentliche Unternehmen. Die Entscheidung hierüber liegt bei den Mitgliedstaaten<sup>101</sup>.

Die Europäische Gemeinschaft erkennt damit die Existenz öffentlicher und damit auch gemeindlicher Unternehmen an. Legitimationsgrundlagen und Bestimmungen über Art, Umfang und Funktion verbleiben und finden sich in den einzelnen Mitgliedstaaten.

Auf die besonderen europarechtlichen Probleme hinsichtlich der Beihilfen und der Gewährträgerhaftung soll hier nicht weiter eingegangen werden.

## **I. Europarechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz zu Gunsten gemeindlicher Unternehmen?**

Nicht zuletzt hat das europarechtlich angestrebte System des „unverfälschten Wettbewerbs“<sup>102</sup> oftmals die Erwartung provoziert, der dieses Konzept umsetzende und gemeindliche Privilegien abbauende Gesetzgeber habe die Gemeinden auch von Diskriminierungen, wie dem Territorialitätsprinzip und Subsidiaritätsprinzip, zu befreien, um eine angeblich gemeinschaftsvertraglich angestrebte weitgehende Gleichstellung gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen gegenüber privaten Unternehmen zu erreichen.

So wird vereinzelt der Versuch unternommen, aus dem europarechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. II EGV einen Anspruch öffentlicher Unternehmen dahingehend zu formulieren, dass die Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. II GG und die Vorschriften des gemeindlichen Wirtschaftsrechts, gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen eine Teilnahme am Markt mit gleichen Marktchancen wie private Unternehmen zu ermöglichen haben<sup>103</sup>. Darüber hinaus seien die Gemeinden nicht an die Gemeindeordnungen gebunden, wenn diese in europarechtswidriger Weise gemeindliche Unternehmen beeinträchtigen, was insbesondere für das Örtlichkeitsprinzip gelte<sup>104</sup>. Falls es nicht gelänge, die Diskriminierung von gemeindlichen Unternehmen durch gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung der gemeindrechtlichen Vorschriften oder durch entsprechende Gesetzesnovellen zu verhindern, könnten sich für die betroffenen privaten Unternehmen Schadensersatzansprüche gegen das jeweilige Bundesland ergeben. Gemeindliche Unternehmen bräuchten sich an diskriminierende Vorschriften nicht zu halten<sup>105</sup>.

Dem ist zu widersprechen. Zum einen kommt dem Europarecht nur eine eingeschränkte Bestimmungsbefugnis darüber zu, wer sich nach nationalem Recht in zulässiger Weise überhaupt am Wettbewerb beteiligen darf. Kommt die Auslegung des hierfür entscheidenden nationalen Rechts zu dem Ergebnis, dass bestimmte nationale

---

<sup>100</sup> Grawert, Kommunale Wirtschaftsbetätigung im Wettbewerb, in: Kommunen am Markt, S. 9 ff., S. 13 m.w.N.; a.A. Ehlers, Jura 1999, S. 212 ff., S. 213; Löwer, VVDStRL 60 (2001), S. 449

<sup>101</sup> Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 292 f. u. S. 348; a.A. Burgi, EuR 1997, S. 261 ff., S. 288 f.

<sup>102</sup> Vgl. EuGH, Slg. 1979, S. 461 ff., S. 554 (Rn. 132)

<sup>103</sup> Nagel, Gemeindeordnung als Hürde?, S. 47 f.; vgl. Püttner, Zur Reform des Kommunal-Wirtschaftsrechts in Rheinland-Pfalz, S. 11; vgl. Schwintowski, NVwZ 2001, S. 607 ff., S. 610 f.; Moraing, in: Zur Reform des Gemeindewirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 46

<sup>104</sup> So Nagel, Gemeindeordnung als Hürde?, S. 49; vgl. Schwintowski, NVwZ 2001, S. 607 ff., S. 610 f.

<sup>105</sup> Nagel, Gemeindeordnung als Hürde?, S. 51 f. u. S. 71; vgl. auch Jarass, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 48 m.w.N.

Unternehmen überhaupt nicht am Wettbewerb teilnehmen dürfen, dann gilt für diese Unternehmen auch nicht der europarechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>106</sup>.

Zum anderen bezieht sich das europarechtliche Gebot der Wettbewerbsgleichheit auf die Herstellung und Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen zwischen den Wettbewerbsteilnehmern. Insbesondere zielt es auf die Vermeidung unfairer Wettbewerbsvorteile der öffentlichen Unternehmen aufgrund ihrer besonderen Nähe zur staatlichen Hoheitsgewalt ab. Es bezweckt aber nicht auf die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen den Unternehmen und ihren Unternehmensträgern. Auch dem privaten Unternehmen verleiht es keine Rechtsposition gegenüber einem privaten Unternehmensträger. Somit richtet es sich auch nicht gegen den Staat, wenn er wie für den Fall des Gemeindefirtschaftsrechts gesetzlich darüber entscheidet, unter welchen Voraussetzungen seine Unternehmen tätig werden dürfen und damit unter Umständen Wettbewerbsnachteile für sie begründet. Diese Regelungen bleiben den Mitgliedstaaten nach Art. 295 EGV überlassen<sup>107</sup>.

Das europäische Recht geht nicht davon aus, dass öffentliche Unternehmen Marktteilnehmer sein müssen. Es steht einer Diskriminierung öffentlicher Unternehmen nicht entgegen, weil es die Freiheiten der privaten Unternehmen vor staatlichen Beschränkungen schützen will und nicht umgekehrt intendiert, die öffentlichen Unternehmen vor einem Rückzug des Staates zu bewahren<sup>108</sup>. Die vertraglichen Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote sollen zwar grundsätzlich die nationalen Märkte europaweit öffnen, jedoch Selbstbeschränkungen der Mitgliedstaaten nicht entgegenstehen. Die Gemeinden und die von ihnen beherrschten Unternehmen haben sich als Träger von Staatsfunktionen in die staatliche Ordnung zu fügen und werden nicht durch das Gemeinschaftsrecht hiervon emanzipiert<sup>109</sup>.

Ferner verpflichtet das europäische Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht prinzipiell zur wirtschaftlichen Betätigung. Wenn sie sich jedoch unternehmerisch am Wirtschaftsleben beteiligen, können sie sich in ähnlicher Weise wie private Eigentümer selbst Beschränkungen und Bindungen auferlegen, da das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht vor sich selbst schützt. Damit sind aber Grenzziehungen bezüglich der eigenen unternehmerischen Betätigung und der Betätigung anderer öffentlicher Unternehmen, wie eben auch der Gemeindeunternehmen, möglich, die Privaten gegenüber nicht zulässig wären<sup>110</sup>. Für den Fall des Vorliegens solcher begrenzender Regelungen kann daher kaum von einer für eine Gleichbehandlung erforderlichen, vergleichbaren Lage zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen ausgegangen werden<sup>111</sup>.

Auch Art. 86 EGV vermag einen Gleichbehandlungsanspruch nicht zu begründen, denn Art. 86 EGV ist als Verweisungsvorschrift mit Klarstellungsfunktion dahingehend zu verstehen, dass die Wettbewerbsvorschriften nicht nur für private Unternehmen, sondern grundsätzlich auch für öffentliche Unternehmen gelten<sup>112</sup>. In Bezug auf öffentliche Unternehmen dürfen die Mitgliedstaaten keine dem Vertrag, und insbesondere dessen Art. 12 und Art. 81 bis 89 EGV, widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten. Das Gleichheitsgebot des Art. 86 Abs. I EGV ist dann einseitiges. Dies bedeutet, dass Art. 86 Abs. I EGV einer Schlechterstellung öffentli-

<sup>106</sup> So Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 83; vgl. Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 349

<sup>107</sup> Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 205

<sup>108</sup> Hösch, WiVerw 2000, S. 159 ff., S. 183

<sup>109</sup> Grawert, Kommunale Wirtschaftsbeschäftigung im Wettbewerb, in: Kommunen am Markt, S. 9 ff., S. 13

<sup>110</sup> Ehlers, Gutachten E, S. 42; Dolde, ZHR 2002, S. 515 ff., S. 515

<sup>111</sup> EuGH Slg. 1982, S. 2545 (Rn. 21)

<sup>112</sup> Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 293 m.w.N.

cher Unternehmen nicht entgegensteht. Hierfür spricht auch der Zweck des Art. 86 Abs. I EGV, nachdem der Wettbewerb im Binnenmarkt vor Verfälschungen zu schützen ist. Besteht eine solche Gefahr, insbesondere bei öffentlichen Unternehmen, verbietet es der Zweck, hieraus ein Recht auf Gleichbehandlung abzuleiten<sup>113</sup>. Art. 86 Abs. II EGV ist aufgabenorientiert und dient der Sicherstellung der öffentlichen Dienste in den Mitgliedstaaten. Ihm kommt damit eine eigene weder auf die öffentlichen Unternehmen begrenzte, noch diese umfassend ergreifende Bedeutung zu, so dass insgesamt weder Art. 86 Abs. I EGV, noch Art. 86 Abs. II EGV ein Gleichbehandlungsgebot für öffentliche Unternehmen beinhaltet<sup>114</sup>.

Kommunale Unternehmen haben demnach keinen Anspruch auf Befreiung von den Regelungen der Gemeindeordnungen. Sie können aus dem Europarecht keine Gleichbehandlung mit privaten Unternehmen im Inland verlangen<sup>115</sup>.

## II. Privatisierungsdruck durch das Gemeinschaftsrecht

Soweit öffentliche bzw. gemeindliche Unternehmen die den Mitgliedsstaaten obliegenden Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllen, sie also nach nationalem Recht am Wettbewerb teilnehmen dürfen, werden sie durch das Gemeinschaftsrecht im Verhältnis zu Privatunternehmen weitgehend gleichbehandelt. Die bereits erwähnten Ausnahmebestimmungen des Gemeinschaftsrechts zu Gunsten von öffentlichen Unternehmen sind grundsätzlich eng auszulegen. Diese grundsätzliche Gleichbehandlung öffentlicher Unternehmen, die sich nach nationalem Recht in zulässiger Weise am Wettbewerb beteiligen, führt zu einem starken Privatisierungsdruck. So verträgt sich diese grundsätzliche Gleichbehandlung oftmals nur sehr schwer mit der Tatsache, dass es nach deutschem Recht Vorschriften gibt, die es gerade verlangen, sich nicht wie ein Unternehmer zu verhalten. Während das deutsche Recht – sei es nun aus der aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Gemeinwohlbindung oder aus einfachgesetzlichen Positivierungen wie dem gemeindlichen Wirtschaftsrecht – verlangt, dass öffentliche Unternehmen einen öffentlichen Zweck verfolgen, setzt das europäische Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten unter Druck, auf die Wahrnehmung im öffentlichen Interesse liegender Aufgaben, die traditionell von öffentlichen Unternehmen wahrgenommen werden, zu verzichten. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 86 i.V.m. Art. 82 EG führt zur Vertragswidrigkeit vieler staatlicher Monopole und forciert damit die Auflösung dieser Monopole durch die Mitgliedstaaten.

Das europäische Recht übt daher – auch mittelbar über das deutsche Wettbewerbsrecht – einen starken Privatisierungsdruck auf die öffentliche Hand und damit auch auf die gemeindlichen Unternehmen aus<sup>116</sup>. So wird der Unternehmenstätigkeit der öffentlichen Hand durch das Wirtschaftsrecht der Europäischen Gemeinschaft oftmals engere Grenzen gezogen als durch das im nächsten Teil zu untersuchende nationale Verfassungsrecht<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 293

<sup>114</sup> Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 294

<sup>115</sup> Vgl. Hösch, WiVerw 2000, S. 159 ff., S. 183

<sup>116</sup> Böhmman, Privatisierungsdruck des Europarechts, S. 263 ff.; vgl. Berg, WiVerw 2000, S. 141 ff., S. 144; vgl. Nagel, Gemeindeordnung als Hürde?, S. 27 u. S. 33

<sup>117</sup> Badura, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 823

## 4. Teil

# Verfassungsrechtliche Begrenzungen

### A. Die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes

Im Grundgesetz finden sich im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung<sup>118</sup> keine zusammenfassenden und ausdrücklichen Regelungen über die Wirtschaftsverfassung. Insofern wird hinsichtlich des Grundgesetzes weitgehend übereinstimmend<sup>119</sup> und zutreffend von der - begrifflich auf das Bundesverfassungsgericht<sup>120</sup> zurückgehenden - „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des Grundgesetzes gesprochen.

Dem Grundgesetz lässt sich danach kein Bekenntnis zu einem bestimmten Wirtschaftssystem entnehmen. Einschränkend führte das Bundesverfassungsgericht jedoch in einem bedeutsamen Neben- bzw. Nachsatz aus, dass der Gesetzgeber jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen dürfe, sofern er dabei das Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte, beachte<sup>121</sup>. Somit ist die „wirtschaftspolitische Neutralität“ nicht in dem Sinne zu verstehen, dass unter der grundgesetzlichen Ordnung jede Wirtschaftsordnung zulässig ist, sondern vielmehr in dem Sinne, dass dem Gesetzgeber lediglich eine Gestaltungsfreiheit innerhalb des grundgesetzlichen Rahmens zukommt.

Demzufolge wäre eine völlig freie, liberalistische Marktwirtschaft im Hinblick auf die Sozialstaatlichkeit mit dem Grundgesetz unvereinbar. Eine staatliche Planwirtschaft dagegen würde im Hinblick auf die Freiheitsrechte und die Würde des Menschen dem Grundgesetz ebenfalls widersprechen<sup>122</sup>.

Damit stellt sich die „wirtschaftspolitische Neutralität“ nicht als unbegrenzter Spielraum dar, sondern die Ordnung des Grundgesetzes gibt vielmehr einen vom Gesetzgeber zu beachtenden „Korridor des Möglichen“ vor.

Auch die heutige europarechtliche Festlegung in Art. 4 Abs. I EGV auf eine Wirtschaftspolitik, die dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist, und die die liberale Wirtschaftsverfassung konkretisierenden europarechtlichen Grundfreiheiten haben die These von der „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des Grundgesetzes nicht überholt<sup>123</sup>. Mag der „Korridor des Möglichen“ hierdurch vielleicht auch enger geworden sein, ist - nicht zuletzt durch die Selbstqualifizierung des EG-Vertrages als offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb - von einer nach wie vor relativ offenen Wirtschaftsverfassung auszugehen<sup>124</sup>.

---

<sup>118</sup> Vgl. Art. 151 ff. WRV

<sup>119</sup> v. *Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 27 f.; vgl. *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 70 f.; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 92 f. m.w.N.; *Schneider*, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1255

<sup>120</sup> BVerfGE 50, 290 (336 f.); 4, 7 (17 f.)

<sup>121</sup> BVerfGE 50, 290 (336 f.); 4, 7 (17 f.)

<sup>122</sup> Vgl. *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG, Einl. Rn. 61; vgl. *Brohm*, NJW 1994, S. 281 ff., S. 282; *Ipsen*, in: FS für *Rauschnig*, S. 645 ff., S. 646 f.; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 97 m.w.N.

<sup>123</sup> So aber *Sodan*, DÖV 2000, S. 361 ff., S. 367

<sup>124</sup> Ausführlich *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 77 f.

## B. Die öffentlichen Unternehmen in der Wirtschaftsverfassung

Auch hinsichtlich der speziellen Zulässigkeit von öffentlichen Unternehmen, also einer wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, findet sich im Grundgesetz keine zusammenhängende Regelung.

Lediglich einzelne Vorschriften<sup>125</sup> befassen sich mit besonderen öffentlichen Unternehmen. Diese Vorschriften sind jedoch nicht verallgemeinerungsfähig und lassen insbesondere keinen Schluss auf die allgemeine Zulässigkeit öffentlicher Unternehmen zu<sup>126</sup>. Ein Rechtstitel bzw. eine ausdrückliche Erlaubnis für die wirtschaftliche Betätigung besteht daher regelmäßig nicht.

Umgekehrt wird jedoch weitgehend übereinstimmend aus dem Fehlen bzw. aus dem Verzicht einer zusammenfassenden Regelung der wirtschaftlichen Betätigung oder der Gründung öffentlicher Unternehmen auch nicht auf ein allgemeines Verbot der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand geschlossen<sup>127</sup>. Vielmehr legen zahlreiche Vorschriften, wie der in diesem Zusammenhang oft angeführte Art. 110 Abs. I GG, eine - da die wirtschaftliche Betätigung des Staates regelnde - billigende Kenntnisnahme<sup>128</sup> der öffentlichen Unternehmen durch das Verfassungsrecht nahe.

Mag man die öffentlichen Unternehmen auch nicht ganz zu Unrecht als „Fremdkörper im marktwirtschaftlichen System“<sup>129</sup> oder als ein „grundsätzlich merkwürdiges Phänomen einer Marktwirtschaft“<sup>130</sup> bewerten, sind sie gleichwohl aufgrund der verfassungsrechtlich billigenden Kenntnisnahme und der relativ flexiblen Wirtschaftsverfassung verfassungsrechtlich zulässige, im Einzelfall jedoch begründungsbedürftige Ausnahmen<sup>131</sup>.

Wie bereits ausgeführt hat der einfache Gesetzgeber die Offenheit der Verfassung auch gegenüber einer Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand bislang nicht zum Anlass genommen, die wirtschaftliche Betätigung des Staates, insbesondere die Frage ihrer generellen Zulässigkeit, allgemeinverbindlich zu regeln. Eine Ausnahme stellt daher der hier zu untersuchende Bereich der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit dar. Hier wurde die wirtschaftliche Betätigung einfachgesetzlich und detailliert in den Gemeindeordnungen der Bundesländer geregelt. Die grundgesetzliche Wirtschaftsverfassung steht damit einer staatlichen und insbesondere einer gemeindlichen wirtschaftlichen Betätigung nicht entgegen.

---

<sup>125</sup> Vgl. z.B. Art. 110 Abs. I GG, Art. 87 GG, Art. 88 GG und Art. 135 GG

<sup>126</sup> Gusy, JA 1995, S. 166 ff., S. 168; Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 100; Ronellenfitsch, in: Isensee/ Kirchhof, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 41; Krölls, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 282

<sup>127</sup> Gusy, JA 1995, S. 166 ff., S. 168; vgl. Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 278; Krölls, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 282; Berg, GewArch 1990, S. 225 ff., S. 227; Weiblen, BWGZ 2000, S. 177 ff., S. 180; vgl. Held, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 269

<sup>128</sup> Vgl. Berg, GewArch 1990, S. 225 ff., S. 227; vgl. dagegen: Selmer, in: Stober/ Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 75 ff., S. 77 „ohne sonderliche Begeisterung“; a.A. Ronellenfitsch, in: Isensee/ Kirchhof, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 41; Krölls, GewArch, 1992, S. 281 ff., S. 282

<sup>129</sup> Backhaus, Öffentliche Unternehmen, S. 36 f.

<sup>130</sup> v. Bennigsen-Foerder, Beteiligung der öffentlichen Hand im Wettbewerb der Unternehmen, FIW-Schriftenreihe Heft 93, 1980, S. 39 ff., S. 39

<sup>131</sup> Vgl. Ronellenfitsch, in: Isensee/ Kirchhof, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 32 u. Rn. 42; Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 375

## C. Das Rechtsstaatsprinzip

### I. Die Verpflichtung auf das Gemeinwohl

Während sich WTO-Recht und Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nicht für die Ziele der öffentlichen Unternehmen interessieren, wird aus dem deutschen Verfassungsrecht, genauer aus dem Rechtsstaatsprinzip i.V. mit den Grundrechten und dem Sozialstaatsprinzip, die Notwendigkeit einer Rechtfertigung jeglichen staatlichen Handelns durch ein Gemeinwohlerfordernis abgeleitet<sup>132</sup>.

Da die staatliche Teilnahme am Wirtschaftsverkehr keine Staatsaufgabe etwa i.S. eines Selbstzwecks darstellt, sondern nur ein Mittel zur Erfüllung von gemeinwohlorientierten Staatsaufgaben sein kann, kommt den öffentlichen Unternehmen eine lediglich instrumentelle Bedeutung zu<sup>133</sup>. Die Entscheidung, welche Gemeinwohlziele die öffentliche Hand mit ihren Unternehmen verfolgen will, obliegt den staatlichen Gesetzgebern und Verwaltungen unter Beachtung höherangiger positiver und negativer Vorgaben<sup>134</sup>.

Korrespondierend mit den geringen Anforderungen an einen Verstoß gegen das Gemeinwohlgebot - ein solcher setzt insbesondere keinen Eingriff in Grundrechtsbereiche voraus - sind auch die rechtlichen Folgen eines Verstoßes weniger gravierend als bei den Grundrechten, da das Gemeinwohlgebot keine subjektiven Rechte der Bürger begründet, sondern sich regelmäßig in der Begründung einer objektiv-rechtlichen Staatspflicht erschöpft<sup>135</sup>.

Die Bindung an das Gemeinwohl kommt bei der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit vor allem durch die erste Voraussetzung der Schrankentrias, dem für die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung von wirtschaftlichen Unternehmen erforderlichen öffentlichen Zweck, zum Ausdruck<sup>136</sup>. Für die öffentliche (und gemeindliche) Wirtschaft bedeutet dieses Prinzip, dass ein Recht der öffentlichen Hand zu beliebiger wirtschaftlicher Betätigung nicht anerkannt werden kann, sondern dass vielmehr jedes öffentliche Unternehmen durch Erfordernisse des Gemeinwohls hinreichend gerechtfertigt sein muss. Inhalt und Umfang dieser Gemeinwohlverpflichtung lassen sich dabei nur im Einzelfall beschreiben. Damit schließt die Gemeinwohlverpflichtung neben dem Übermaßverbot und einem Begründungszwang insbesondere eine ausschließlich gewinnorientierte wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden aus<sup>137</sup>.

### II. Die Zulässigkeit rein erwerbswirtschaftlichen Handelns

Europäisches Gemeinschaftsrecht und GATT-Übereinkommen schließen eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung öffentlicher Unternehmen, also eine Betätigung, die nur auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist und keine darüber hinausgehenden öffentlichen Zwecke verfolgt, nicht aus<sup>138</sup>.

---

<sup>132</sup> Ehlers, Gutachten E, S. 34; Ronellenfitsch, in: *Isensee/Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 39; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 20 Rn. 20; Berg, GewArch 1990, S. 225 ff., S. 228

<sup>133</sup> Ehlers, Gutachten E, S. 34

<sup>134</sup> Ehlers, Gutachten E, S. 35

<sup>135</sup> Vgl. v. Arnim, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 71

<sup>136</sup> Vgl. Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 498

<sup>137</sup> Held, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 270; a.A. Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 490 f.

<sup>138</sup> Ehlers, Jura 1999, S. 212 ff., S. 213

Im Grundgesetz und in den Landesverfassungen finden sich keine ausdrücklichen Regelungen zur Zulässigkeit rein erwerbswirtschaftlichen Handelns. Insbesondere existiert kein ausdrückliches Verbot einer rein erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand<sup>139</sup>. Die Zulässigkeit eines solchen Handelns ist folglich umstritten.

In der Rechtsprechung findet sich soweit ersichtlich zur Zulässigkeit nach Grundgesetz oder den Landesverfassungen keine eindeutige diesbezügliche Stellungnahme. Lediglich hinsichtlich der Gemeindeunternehmen stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass diese unmittelbar durch Leistung und nicht mittelbar durch Gewinne und Erträge dem Wohl der Gemeindebürger dienen müssen. Darum seien den Gemeinden rein erwerbswirtschaftliche Unternehmen untersagt. Eine ähnliche Rechtslage gelte bei anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, so dass die Nutzung von Vermögen und die rein erwerbswirtschaftliche Betätigung in der Regel nur im Zusammenhang mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zulässig sei<sup>140</sup>.

Ob dies auch auf Verfassungsebene gilt, wurde offen gelassen. Auch geht aus der Entscheidung nicht eindeutig hervor, ob das Unmittelbarkeitserfordernis bereits aus der Verfassung oder erst aus dem gemeindlichen Wirtschaftsrecht gewonnen wurde. Über den soeben dargestellten einfachgesetzlichen gemeindlichen Bereich hinausgehend, findet sich lediglich die weitgehend unbestrittene und auch vom Bundesverfassungsgericht geteilte Auffassung, dass alle Staatstätigkeit von Verfassungen wegen gemeinwohlgebunden sei<sup>141</sup>. Auch inwieweit diese Auffassung für oder gegen die Zulässigkeit einer reinen Erwerbswirtschaft spricht ist umstritten.

Zum einen wird angeführt, dass die reine Erwerbswirtschaft ja regelmäßig dem legitimen Zweck der Einnahmenerzielung für den Staatshaushalt dient und damit zumindest mittelbar dem Gemeinwohl zugute kommt<sup>142</sup>. Zumindest für den genannten Bereich der gemeindlichen Unternehmen ist dies jedoch nicht ausreichend. Zum anderen wird aus der Gemeinwohlbindung jedoch auch auf die Unzulässigkeit einer reinen Erwerbswirtschaft geschlossen, da bei einem Ausreichen von lediglich mittelbarem Gemeinwohlbezug das Tätigwerden des Staates nicht mehr einzugrenzen wäre und die Gemeinwohlbindung ins Leere laufen würde<sup>143</sup>.

Im Schrifttum findet sich wohl eher eine überwiegende Auffassung für die Unzulässigkeit einer reinen Erwerbswirtschaft<sup>144</sup>. Die Verfechter der Zulässigkeit einer reinen Erwerbswirtschaft bzw. diejenigen, die zumindest ein explizites Verbot einer solchen ablehnen, dürften sich dagegen in der Minderheit befinden<sup>145</sup>.

<sup>139</sup> *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 278

<sup>140</sup> Vgl. BVerfGE 61, 82 (107 f.)

<sup>141</sup> Vgl. BVerfGE 12, 354 (364)

<sup>142</sup> Vgl. *Gusy*, JA 1995, S. 166 ff., S. 170; vgl. *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 154

<sup>143</sup> Vgl. *Ehlers*, Jura 1999, S. 212 ff., S. 214; *ders.*, Gutachten E, S. 72

<sup>144</sup> v. *Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 70 ff.; *Dolde*, ZHR 2002, S. 515 ff., S. 516; *Berg*, GewArch 1990, S. 225 ff., S. 228; wohl auch *Burmeister*, in: FG für *Unruh*, S. 623 ff., S. 649; *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 500; *ders.*, Gutachten E, S. 73; *Enkler*, ZG 1998, S. 328 ff., S. 333; *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 494; vgl. *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 374; *Krölls*, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 286; *Held*, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 270; *Hösch*, GewArch 2000, S. 1 ff., S. 4; *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 131; *ders.*, JuS 1995, S. 1069 ff., S. 1070; vgl. *Ronellenfitsch*, in: *Isensee/Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 39; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 596; *Schulz*, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 451; wohl auch *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 281; *Koch*, Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, S. 432; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 914

<sup>145</sup> *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 ff., S. 382 f.; *Gusy*, JA 1995, S. 166 ff., S. 170; *Möstl*, BayVBl 1999, S. 547 ff., S. 553; *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 500; wohl auch *Hellermann*, Örtliche Daseinsvor-

Zu Recht wird von der überwiegenden Auffassung hauptsächlich die Finanzverfassung gegen eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung ins Feld geführt. Diese würde durch die Zulässigkeit einer reinen Erwerbswirtschaft unterlaufen, da die nach ihr vorgegebene Konzeption des Steuerstaats, wonach primäre Aufgabenfinanzierung durch Steuern und nicht durch Unternehmenstätigkeit erfolgt, erodiert würde. Das Steuerprivileg des Staates ist nur gerechtfertigt, weil es dem Staat grundsätzlich verwehrt ist, wie private Unternehmen am Wirtschaftsleben teilzunehmen. Deshalb sind andere Einnahmeformen, insbesondere die rein erwerbswirtschaftliche Betätigung, grundsätzlich ausgeschlossen<sup>146</sup>. Abgesehen hiervon dürfte es auch auf Staatsebene einfach sicherer sein, aufgrund der mit einer reinen Erwerbswirtschaft einhergehenden finanziellen Risiken, die weitaus risikofreieren Steuern und Abgaben zur Staatsfinanzierung heranzuziehen. Darüber hinaus lässt sich für den Fall der Annahme eines aus Art. 23 GG auf die innerstaatliche Rechtsordnung ausstrahlenden Subsidiaritätsprinzips ein Gebot zur Zurückhaltung auf dem Gebiet der staatlichen Wirtschaftsbetätigung und eine Ablehnung einer reinen Erwerbswirtschaft entnehmen<sup>147</sup>. Teilweise wird auch auf das verfassungsrechtliche Spannungsverhältnis zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip verwiesen, dass es der öffentlichen Hand verbiete, sich rein erwerbswirtschaftlich zu betätigen<sup>148</sup>.

Insbesondere aber begründet eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung die Gefahr der Entbehrlichkeit einer Rechtfertigung für staatliches Handeln überhaupt. Das staatliche Handeln würde im Fall der Zulässigkeit einer reinen Erwerbswirtschaft keiner Rechtfertigung mehr bedürfen und ließe sich daher kaum mehr eingrenzen. Der Staat würde zum Privaten<sup>149</sup>.

Damit ist bereits von einem verfassungsrechtlichen Verbot einer reinen Erwerbswirtschaft auszugehen. Gleichwohl hat diese verfassungsrechtliche Unzulässigkeit für die hier zu untersuchenden Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung nur untergeordnete Bedeutung.

Zum einen hätte das Verbot einer rein erwerbswirtschaftlichen Zielsetzung von öffentlichen Unternehmen ganz allgemein - selbst wenn es verfassungsrechtlich oder einfachgesetzlich festgeschrieben wäre - in der Praxis vermutlich nur geringe Bedeutung. So ist doch kaum ein Unternehmen, selbst in privater Regie, vorstellbar, das nicht irgendwelche Gemeinwohlzwecke verfolgt und seien es nur die hierdurch bereitgestellten Arbeitsplätze<sup>150</sup>. In der Praxis dürfte damit kaum jemals nachweisbar sein, dass ein öffentliches Unternehmen keine öffentlichen Aufgaben erfüllt<sup>151</sup>. Zum anderen bedarf die Kontroverse um die Zulässigkeit einer reinen Erwerbswirtschaft für den hier zu untersuchenden Bereich nicht unbedingt einer Entscheidung, wird doch - verfassungsrechtlich unbedenklich - durch die Gemeindeordnungen ohnehin eine öffentliche Zweckbindung einfachgesetzlich positiviert.

---

ge, S. 154; wohl auch *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 119 ff.; *Otting*, DVBl 1997, S. 1258 ff., S. 1260

<sup>146</sup> Vgl. *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 207 f.; *Krölls*, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 286; *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 281 f.; vgl. *Berg*, GewArch 1990, S. 225 ff., S. 229

<sup>147</sup> Vgl. *Ehlers*, Jura 1999, S. 212 ff., S. 214

<sup>148</sup> Vgl. *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 494

<sup>149</sup> *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 499 f.

<sup>150</sup> Vgl. *Berg*, GewArch 1990, S. 225 ff., S. 228; vgl. auch *Ehlers*, Gutachten E, S. 71

<sup>151</sup> *Ronellenfitsch*, DÖV 1999, S. 705 ff., S. 707; vgl. *Schliesky*, DVBl 1999, S. 78 ff., S. 81; *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 490; *ders.*, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 10

### III. Die Geltung des Gesetzesvorbehalts

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung besteht aus den zwei Komponenten des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes. Während der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes - der *negativ* den Nichtverstoß der Verwaltungstätigkeit gegen bestehende Gesetze postuliert - unbedingt und unbeschränkt für den gesamten Bereich der Verwaltung gilt, ist der Geltungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes - der *positiv* eine gesetzliche Grundlage für die Verwaltungstätigkeit fordert - umstritten.

Die sich aus den unterschiedlichen Verwaltungsmitteln ergebenden jeweiligen Rechtswirkungen auf den Bürger führten zur traditionellen Unterscheidung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung<sup>152</sup>.

Ob der Gesetzesvorbehalt auch im Bereich der Leistungsverwaltung, also dem Bereich der Verwaltung, die dem Bürger Leistungen oder sonstige Vergünstigungen gewährt, zur Anwendung gelangt, wird im Schrifttum nicht einheitlich beantwortet.

Für die Geltung des Gesetzesvorbehalts im Bereich der Leistungsverwaltung spricht, dass sich die Vorenthaltung einer staatlichen Leistung oftmals nicht weniger intensiv gestalten kann wie ein staatlicher Eingriff. Gegen die Geltung des Gesetzesvorbehalts im Bereich der Leistungsverwaltung wird dagegen die Gefährdung der Flexibilität staatlichen Handelns und die Gefahr der Übernormierung angeführt<sup>153</sup>.

Zu dieser Kontroverse tritt die Schwierigkeit, dass die traditionelle Einteilung der Verwaltung in einen leistenden und in einen eingreifenden Teil oft nur schwer möglich ist. Dies wird bei einem Versuch der Klassifizierung von öffentlichen Unternehmen deutlich.

Kommunale Selbstverwaltungsaufgaben erstrecken sich in die Bereiche der Eingriffsverwaltung (meist übertragener Wirkungskreis) und in die Bereiche der Leistungsverwaltung (Daseinsvorsorge)<sup>154</sup>. Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde sind dabei primär im Bereich der Daseinsvorsorge angesiedelt.

Dem ersten Anschein nach wird man, sich die Gemeinwohlbindung und den öffentlichen Zweck vergegenwärtigend, bei einer Klassifizierung wirtschaftlicher Unternehmen wohl eher zum leistenden Teil der Verwaltung neigen.

Betrachtet man jedoch die sich je nach Blickwinkel ergebenden „Fronten“<sup>155</sup>, die sich zum einen aus dem vertikalen Leistungsverhältnis zu den Nachfragern bzw. Benutzern und zum anderen aus dem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zu den übrigen Anbietern ergeben, fällt die Kategorisierung ungleich schwerer. So stellt sich die im vertikalen Verhältnis zweifellos „leistende“ Verwaltung dem konkurrierenden Privatunternehmen im Wettbewerbsverhältnis doch als Eingriffsverwaltung dar, indem der Staat in Bereichen agiert, aus denen sonst der Bürger sein Einkommen erzielt<sup>156</sup>. An dieser wettbewerbsrechtlichen „Front“ erscheint ein Eingriff in die Rechts- und Freiheitssphäre des Bürgers – wenn auch nicht im Wege einer hoheitlichen Anordnung - durchaus denkbar. Ein und dieselbe Handlung kann daher Leistung und Eingriff zugleich sein, sei es für den Leistungsempfänger selbst, beispielsweise im Fall des gemeindlichen Benutzungszwangs, oder aber auch für einen Dritten, beispielsweise als privater Konkurrent eines gemeindlichen Wirtschaftsunternehmens. Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung stehen sich damit nicht als selbstständige Bereiche unabhängig gegenüber, sondern sie sind vielmehr auf vielfäl-

<sup>152</sup> Maurer, Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 20

<sup>153</sup> Vgl. Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 328 f. m.w.N.

<sup>154</sup> Ronellenfitsch, DÖV 1999, S. 705 ff., S. 707

<sup>155</sup> Vgl. Gandenberger, Was ist ein Unternehmen?, S. 77 ff.

<sup>156</sup> Vgl. Pittner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 241

tige Weise miteinander verzahnt<sup>157</sup>. Eine pauschale Beantwortung der Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage anhand der Zweiteilung in Leistungs- und Eingriffsverwaltung erscheint damit unangemessen.

Dementsprechend wird heute, in Anbetracht der Entwicklung zur parlamentarischen Demokratie, der wachsenden Bedeutung der Leistungsverwaltung sowie der verfassungsrechtlichen Durchdringung aller staatlichen Bereiche, die ursprüngliche Begrenzung des Anwendungsbereiches des Gesetzesvorbehalts auf den Bereich der Eingriffsverwaltung in zunehmendem Maße als überholt angesehen<sup>158</sup>.

Aber auch ein die gesamte Verwaltungstätigkeit erfassender Totalvorbehalt wird im Hinblick auf die damit einhergehende Gefährdung hinreichender Flexibilität staatlichen Handelns und auch der Gefahr einer Übernormierung übereinstimmend und zu Recht abgelehnt<sup>159</sup>.

Die Frage, welche Verwaltungsbereiche nun vom Gesetzesvorbehalt erfasst werden bzw. welche Bereiche der Gesetzgeber selbst regeln muss (sog. Parlamentsvorbehalt) und welche er dem Verordnungsgeber delegieren kann sowie die Frage, wie präzise die Regelungen sein müssen, richtet sich nach der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Wesentlichkeitstheorie. Danach sind, insbesondere abhängig von der Wesentlichkeit der Wirkungen für die Grundrechtsausübung des betroffenen Bürgers, die Anforderungen an den Gesetzgeber umso höher, je intensiver sich die Grundrechtsbeeinträchtigungen auswirken<sup>160</sup>. Die Wesentlichkeitstheorie stellt damit richtigerweise besonders auf die Grundrechtswesentlichkeit ab und nicht auf die eher unbedeutende, schematische Frage nach der Klassifizierung in Eingriffs- oder Leistungsverwaltung.

Ob die staatliche Wirtschaftsbetätigung generell dem Gesetzesvorbehalt unterliegt, ist aufgrund der unterschiedlichen Beurteilung der grundrechtlichen Relevanz dieser Betätigungen umstritten<sup>161</sup>.

Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, dass die Wirtschaftsbetätigung der öffentlichen Hand grundsätzlich keiner speziellen Ermächtigungsgrundlage bedarf.

Als Begründung wird – oftmals leicht formelhaft - vorgetragen, ein Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes sei ausgeschlossen, da das Verfassungsrecht keinen Totalvorbehalt für jegliches Staatshandeln kenne und ein Gesetzesvorbehalt ohnehin nur für bestimmte, in Freiheits- und Eigentumsrechte der Bürger eingreifende Maßnahmen bestehe<sup>162</sup>. Eine solche Grundrechtsrelevanz sei bei einer staatlichen Wirtschaftsbetätigung in der Regel zu verneinen, eine gesetzliche Ermächtigung hierfür nicht erforderlich<sup>163</sup>.

<sup>157</sup> Maurer, Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 21; vgl. Püttner, Verwaltungslehre, S. 39

<sup>158</sup> Maurer, Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 10; a.A. Ronellenfötsch, in: Isensee/Kirchhof, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 38

<sup>159</sup> BVerfGE 68, 1 (109); BGHZ 111, 229 (234); VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 993; Maurer, Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 10; Otting, DVBl 1997, S. 1258 ff., S. 1260; Wieland/Hellermann, DVBl 1996, S. 401 ff., S. 407; Wieland/Hellermann, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 30; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 167 f.; Tettinger, DVBl 1999, S. 679 ff., S. 687; Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 422

<sup>160</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89 (127); 83, 130 (145); 98, 218 (252)

<sup>161</sup> Zur analogen Problematik der grundrechtlichen Reichweite bzw. Relevanz staatlicher Wirtschaftstätigkeit, vgl. unten 4. Teil E. II.

<sup>162</sup> Otting, DVBl 1997, S. 1258 ff., S. 1260; Wieland/Hellermann, DVBl 1996, S. 401 ff., S. 407; Wieland/Hellermann, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 30; vgl. Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 46; BVerfGE 68, 1 (109); BGHZ 111, 229 (234); VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 993

<sup>163</sup> Vgl. Backhaus, Öffentliche Unternehmen, S. 154; Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 151 ff. und S. 275 ff.; vgl. Köhler/Piper, UWG, § 1 Rn. 535, Rn. 541; Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, § 12 Rn. 31; Wieland/Hellermann,

Dabei ist gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass der Gesetzesvorbehalt für den klassischen Grundrechtseingriff entwickelt worden ist<sup>164</sup>, der in der Tat bei einer staatlichen Wirtschaftsbetätigung eher selten gegeben sein dürfte. Typischerweise finden sich jedoch im Bereich der staatlichen Wirtschaftstätigkeit immerhin faktische Grundrechtseingriffe.

Damit stellt sich das Problem, inwieweit der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt unverändert auf die Konstellationen des faktischen Grundrechtseingriffs übertragen werden kann, denn hier sind, aufgrund der Komplexität und der Vielgestaltigkeit der potentiellen Eingriffslagen und Eingriffswirkungen, Grundrechtseingriffe oftmals unvorhersehbar, nicht hinreichend bestimmbar, eher zufällig und atypisch. Dem Gesetzgeber ist damit häufig eine detaillierte und abschließende gesetzliche Regelung bereits praktisch unmöglich<sup>165</sup>.

Somit kann für den Bereich von faktischen Grundrechtseingriffen der Gesetzesvorbehalt nur mit der Maßgabe gelten, dass für den Fall der Vorhersehbarkeit von regelmäßigen Grundrechtsbeeinträchtigungen durch öffentliche Unternehmen ein Gesetzesvorbehalt nur in der Weise gilt, dass der Gesetzgeber im Vorfeld nicht den einzelnen Eingriff, sondern lediglich bestimmte Eingriffssituationen und damit das Steuerungsprogramm reglementieren muss. Bei atypischen, unvorhersehbaren und eher zufälligen Grundrechtseingriffen kann dagegen kein Raum für einen Gesetzesvorbehalt sein<sup>166</sup>.

Eine solche Vorhersehbarkeit von Grundrechtsgefährdungen oder Grundrechtseingriffen durch die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung dürfte regelmäßig zu unterstellen sein, ist es doch oftmals nahe liegend, dass die eigenwirtschaftliche Betätigung zu Lasten der Privatwirtschaft geht<sup>167</sup>.

Um die Frage nach der Geltung des Gesetzesvorbehalts bzw. nach dem diesbezüglich erforderlichen Präzisierungsgrad für den Bereich der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit zu beantworten, ist sonach insbesondere festzustellen, wie nachhaltig die Grundrechte des von der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit beeinträchtigten Bürgers bzw. privaten Unternehmers betroffen oder bedroht sind und wie gewichtig die Auswirkungen für die Allgemeinheit sind.

Grundsätzlich werden sich faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen durch die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit nicht ausschließen lassen<sup>168</sup>.

Diese grundsätzliche Fragestellung, ob und inwieweit ein bestimmter Bereich der Verwaltung vom Gesetzesvorbehalt umfasst wird, verliert aber zunehmend an Bedeutung, da mittlerweile ohnehin die meisten Bereiche gesetzlich geregelt sind<sup>169</sup>. So finden sich auch für den Bereich der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung gesetzliche Regelungen.

Als gesetzliche Grundlagen für die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung kommen Art. 28 Abs. II GG, die Nachfolgebestimmungen zu § 67 DGO in den Gemeindeordnun-

Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 30; vgl. *Ronellenfitsch*, in: *Isensee/Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 38; a.A. (für einen Gesetzesvorbehalt) vgl. *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 123; wohl auch *v. Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 64 f.; wohl auch *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 416 ff.

<sup>164</sup> Vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 416

<sup>165</sup> Vgl. *Gusy*, JA 1995, S. 253 ff., S. 253, der den Gesetzesvorbehalt nur auf die Existenz des öffentlichen Unternehmens bezieht, nicht aber auf das Wettbewerbsverhältnis, aus dem sich Grundrechtseingriffe erst ergeben würden; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 416; BVerwGE 82, 76 (81); *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 281

<sup>166</sup> Vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 417 f. m.w.N.

<sup>167</sup> *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 502 (Fn. 43)

<sup>168</sup> Siehe hierzu unten 4. Teil. E. II. 1. b)

<sup>169</sup> *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 13

gen sowie die sich ebenfalls in den Gemeindeordnungen befindlichen Regelungen über die öffentlichen Einrichtungen in Betracht.

Vereinzelt findet man im Schrifttum die Auffassung, bereits die kommunale Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. II GG erfülle hinreichend die Voraussetzungen des Gesetzesvorbehalts, indem sie als Ermächtigungsgrundlage im Bereich der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung Grundrechtseingriffe gegenüber dem Bürger bzw. privaten Unternehmen ermögliche<sup>170</sup>.

Dem ist zu widersprechen. Zwar umfasst die kommunale Selbstverwaltungsgarantie nach weitgehend übereinstimmender Auffassung im Schrifttum auch die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung. Sie wird in bestimmten Erscheinungsformen - namentlich für den Bereich der Daseinsvorsorge - sogar dem typusbestimmenden, unantastbaren Kernbereich zugeordnet<sup>171</sup>. Aber ganz abgesehen von der unzureichenden Regelungsdichte, ist die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ihrer Intention nach eine staatsgerichtete, staatsinterne Kompetenzverteilungsnorm und keine wirtschaftsorientierte Befugnisnorm, die eine wettbewerbsrechtliche Betätigung mit privaten Unternehmen gestattet. Art. 28 Abs. II GG betrifft nur die Aufgabenverteilung innerhalb der Staatsorganisation und enthält keine Verteilungsregel zwischen Staat und Privatwirtschaft. Insbesondere vermittelt diese Norm keine Befugnisse zum Eingriff in den Aufgabenbestand Privater<sup>172</sup>. Damit kommt Art. 28 Abs. II GG als Ermächtigungsgrundlage, die die Voraussetzungen des Gesetzesvorbehalts erfüllt, nicht in Betracht<sup>173</sup>.

Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie beinhaltet aber eine qualifizierte Rechtsetzungsbefugnis bzw. begründet einen Anspruch der Gemeinden gegenüber dem Gesetzgeber, eine solche Ermächtigungsgrundlage zu schaffen<sup>174</sup>.

Die wohl herrschende Meinung sieht solche Ermächtigungsgrundlagen zur wirtschaftlichen Betätigung in den Vorschriften des gemeindlichen Wirtschaftsrechts.

Vereinzelt sind im Schrifttum aber auch Auffassungen anzutreffen, die die Ermächtigungsgrundlage einer Kombination aus den gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften

<sup>170</sup> *Hermes*, Der Staat 31 (1992), S. 281 ff., S. 293 f. aber auch S. 289; vgl. *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 205 u. S. 167, der aber die Geltung eines Gesetzesvorbehalts in diesem Bereich ablehnt; vgl. *Wieland/Hellermann*, DVBl 1996, S. 401 ff., S. 408, die aber ebenfalls einen Gesetzesvorbehalt in diesem Bereich ablehnen; vgl. *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 178, der aber wohl einfach gesetzlich Konkretisierungen hinzunimmt.

<sup>171</sup> Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung die Einleitung zur amtlichen Begründung des Abschnitts zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden in der DGO 1935, Reichsanzeiger 1935 Nr. 25; *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 823; *Cronauge*, AfK 1999, S. 24 ff., S. 30; *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 13; *Schmid* in: *Faiss/Giebler/Lang/Notheis/Schmid*, Kommunales Wirtschaftsrecht BW, Rn. 872 u. Rn. 876; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 718; *Hidien*, DÖV 1983, S. 1002 ff., S. 1005; *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 427; *Knemeyer/Kempfen*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 8; vgl. *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 132; *Schoch*, DÖV 1976, S. 441 ff., S. 442; *Scholz*, DÖV 1976, S. 441 ff., S. 442; *Stern/Püttner*, Gemeindegewirtschaft, S. 160; *Vogelgesang/Lübking/Jahn*, Kommunale Selbstverwaltung, Rn. 612; vgl. *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 25, S. 35; vgl. BVerfGE 66, 248 (258); BVerfGE 98, 273 (275)

<sup>172</sup> *Schmidt-Aßmann*, in: *ders.*, BesVerwR, I. Abschnitt Rn. 9; *Stober*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 2; *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 823; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 301; *Ruffert*, NVwZ 2000, S. 763 ff., S. 764; *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG, Art. 28 Rn. 10a; vgl. *Pielow*, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 374; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 133; VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 992; *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 48; *Ipsen*, in: FS für *Rauschnig*, S. 645 ff., S. 662; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 224

<sup>173</sup> *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 346; *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 47; *ders.*, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 203; vgl. *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, S. 218

<sup>174</sup> *Kluth*, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 203; *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 346

und den Regelungen über die öffentlichen Einrichtungen entnehmen<sup>175</sup>. Mitunter wird die Ermächtigungsgrundlage auch ausschließlich in den Vorschriften über die öffentlichen Einrichtungen verortet<sup>176</sup>.

Dieser Auffassung ist zuzugeben, dass es der Wortlaut und der primär organisations- bzw. haushaltsrechtliche Charakter des gemeindlichen Wirtschaftsrechts nahe legt zu vermuten, dass die Ermächtigung bereits an anderer Stelle – namentlich der der öffentlichen Einrichtungen - als gegeben vorausgesetzt wird. Auch der als Oberbegriff zu bewertende Terminus der gemeindlichen Einrichtungen<sup>177</sup> legt es nahe, in den Vorschriften der öffentlichen Einrichtungen eine Pflicht und Ermächtigung der Gemeinden zur Darbietung von sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Dienstleistungen für ihre Einwohner zu sehen, während die Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung lediglich organisations- und haushaltsrechtliche Regelungen treffen bzw. eine Regelung über das dabei einsetzbare Mittel - das wirtschaftliche Unternehmen - beinhalten und das Risiko der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung begrenzen sollen.

Die Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung sind jedoch die spezielleren und auch die restriktiveren Regelungen für den Unterfall der gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen gegenüber denen der öffentlichen Einrichtungen<sup>178</sup>. Zwar dienen die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften primär einer Grenzziehung für die Gemeindegewirtschaft, sie stellen aber zugleich auch die einschlägige gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die gemeindliche Wirtschaft dar<sup>179</sup>, da sie insoweit als speziellere Regelungen die Vorschriften über die öffentlichen Einrichtungen verdrängen.

Die Ermächtigungsgrundlage, quasi in einer „Flucht nach vorn“<sup>180</sup>, in den den wirtschaftlichen Unternehmen zu Grunde liegenden Gemeinderatsbeschlüssen zu verorten, ist mit der grundsätzlichen dogmatischen Einordnung der kommunalen Selbstverwaltung als Verwaltung und eben nicht als Gesetzgebung nicht zu vereinbaren.

Kommt man so zu dem Ergebnis, dass zumindest für den Bereich der gemeindlichen Wirtschaft Ermächtigungsgrundlagen vorliegen, ist zu prüfen, ob mit diesen gesetzlichen Grundlagen dem Vorbehaltssprinzip genüge getan wurde, indem die gesetzlichen Regelungen bestimmte Eingriffssituationen hinreichend bestimmt reglementieren und ihnen damit die erforderliche Regelungsdichte zukommt<sup>181</sup>.

Hieran könnte man durchaus zweifeln, ist den gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften – bei aller länderspezifischer Uneinheitlichkeit - doch die massive Anhäufung des gesamten Instrumentariums verwaltungsrechtlicher Flexibilität wie Ermes-

<sup>175</sup> Hösch, GewArch 2000, S. 1 ff., S. 6; vgl. Otto, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung, S. 153

<sup>176</sup> Vgl. Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 190 f. u. S. 202; ders., Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 42 f.; vgl. Rennert, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 346; vgl. Otto, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung, S. 153

<sup>177</sup> Vgl. bereits oben 2. Teil D.

<sup>178</sup> Gerke, Jura 1985, S. 349 ff., S. 354

<sup>179</sup> Vgl. Burmeister, in: HKWP V, S. 3 ff., S. 18; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 123; vgl. Pagenkopf, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 179; Hösch, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 399; ders., GewArch 2000, S. 1 ff., S. 6; Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 435 u. S. 449; vgl. Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 421; Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 495; vgl. Löwer, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft; Hösch, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 399 f.; v. Arnim, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 64 f.; Krölls, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 284; a.A. Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 205; Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1034 (Ermächtigungsgrundlage in den Landesverfassungen)

<sup>180</sup> Rennert, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 346

<sup>181</sup> Siehe hierzu auch unten 4. Teil E. II. 1. c) aa) (2) und 5. Teil C. III. 3. b) bb)

sen, unbestimmte Rechtsbegriffe bzw. Einschätzungsprärogativen und einer damit einhergehenden eingeschränkten Kontrollichte gemeinsam.

Mit der kommunalen Selbstverwaltung, insbesondere mit der sie charakterisierenden Allzuständigkeit und dem Aufgabenfindungsrecht, also der Befugnis sich ohne besonderen Kompetenztitel *allen* Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft anzunehmen, die nicht bereits durch Gesetz anderen Trägern der öffentlichen Verwaltung übertragen sind<sup>182</sup>, ließe sich jedoch eine Regelungsdichte, die für jede wirtschaftliche Betätigung, ja für jedes spezielle Unternehmen eine spezielle Ermächtigungsgrundlage bieten würde, nicht vereinbaren<sup>183</sup>. Im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung gibt es keinen die Verbandskompetenz gegenständlich und nach feststehenden Merkmalen bestimmenden, abschließenden Aufgabenkatalog. Der Zuständigkeitskatalog ist vielmehr im Ansatz variabel und in die Zukunft hinein offen<sup>184</sup>.

Das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes befindet sich hier in einem Spannungsverhältnis zur institutionellen Garantie der Selbstverwaltung. Der Selbstverwaltungsgarantie einen Totalvorbehalt für jegliche wirtschaftliche Betätigung entgegenzuhalten würde auch den gerade in der *Rastede*-Entscheidung<sup>185</sup> betonten Unterschied zu den Gemeindeverbänden, deren Aufgabenbereiche nach Art. 28 Abs. II S. 2 GG auf gesetzlichen Zuweisungen beruhen, nivellieren, da insoweit auch die Gemeinde von der gesetzlichen Aufgabenzuweisung abhängig werden würde<sup>186</sup>. Eine derartige Regelungsdichte, die ihre Umsetzung in einem Zuständigkeitskatalog finden müsste, wäre mit dem Wesensgehalt der kommunalen Selbstverwaltung nicht zu vereinbaren und würde sie konterkarieren.

Abgesehen von diesem Spannungsverhältnis des Gesetzesvorbehalts zur kommunalen Selbstverwaltung besteht ein zweites Spannungsverhältnis des Gesetzesvorbehalts zur wirtschaftlichen Betätigung. So liegt es in der Natur der Sache, dass sich die wirtschaftliche Betätigung an sich, unabhängig davon ob, sie nun durch private oder staatliche Unternehmen erfolgt, nur schlecht mit gesetzlichen Regelungen verträgt. Unternehmerische Entscheidungen, wie etwa die Aufnahme oder die Aufgabe eines Geschäftszweiges, orientieren sich an wirtschaftlichen Notwendigkeiten nach Maßgabe der Wettbewerbsbedingungen und können nur schwer strikt nach gesetzlichen Vorgaben erfolgen. Die bereits oben festgestellte grundsätzlich zulässige wirtschaftliche Betätigung des Staates darf damit nicht durch eine aus einem Gesetzesvorbehalt resultierende unangemessene Regelungsdichte konterkariert werden, sondern die einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen haben vielmehr hierauf Rücksicht zu nehmen<sup>187</sup>.

In Anbetracht dieser zwei Spannungsfelder und der Tatsache, dass sich eine an die Kautelen der Gemeindeordnung haltende gemeindliche Wirtschaftstätigkeit im Regelfall nur eine bedingte Grundrechtsrelevanz haben dürfte<sup>188</sup>, bleibt im Ergebnis festzuhalten, dass mit den aus Art. 28 Abs. II GG resultierenden Regelungen über die wirtschaftliche Betätigung in den Gemeindeordnungen Ermächtigungsgrundlagen

<sup>182</sup> BVerfGE 79, 127 (146 ff.)

<sup>183</sup> Vgl. *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 186

<sup>184</sup> BVerfGE 52, 95 (117); *Gern*, Kommunalrecht BW, Rn. 33; vgl. *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 20; vgl. *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 363; vgl. *Püttner*, DfK 2002, S. 52 ff., S. 54; vgl. auch die beispielhafte Aufzählung von angestammten Kommunalaufgaben in Art. 83 Abs. I BayVerf.

<sup>185</sup> Vgl. BVerfGE 79, 127 (146)

<sup>186</sup> *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 31 u. S. 32

<sup>187</sup> Vgl. *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 169, der aber schlussendlich einen Gesetzesvorbehalt wohl ganz verwirft.

<sup>188</sup> Siehe hierzu unten 4. Teil E. II.

mit hinreichender Regelungsdichte bestehen, die dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes genüge tun<sup>189</sup>.

Die Frage, nach der generellen Geltung des Gesetzesvorbehalts für jegliche wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand bedarf damit hier keiner schlussendlichen Beantwortung, da zumindest für den hier zu untersuchenden Bereich der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung hinreichende gesetzliche Grundlagen vorliegen.

#### **D. Die Subsidiarität von wirtschaftlichem Staatshandeln**

Abstrakt formuliert lässt sich der Gedanke bzw. die Idee der Subsidiarität auf die Grundaussage reduzieren, dass eine Einheit bzw. eine Instanz die Erfüllung einer Aufgabe nur dann übernehmen soll, wenn die jeweils kleinere Einheit hierzu nicht in der Lage ist.

Der Grundsatz der Subsidiarität kann dabei auf das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft, aber auch auf das Verhältnis der verschiedenen staatlichen Ebenen (Bund-Länder-Gemeinden) zueinander bezogen werden<sup>190</sup>. Die geistesgeschichtlichen Wurzeln dieses soziologischen Grundprinzips gehen auf die katholische Soziallehre und auf liberales Gedankengut zurück<sup>191</sup>.

Bezogen auf das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft – genauer auf das Verhältnis zwischen Staat und privater Wirtschaft – würde der Grundsatz der Subsidiarität einen allgemeinen Vorrang der Privatwirtschaft gegenüber der staatlichen Wirtschaftsbetätigung bedeuten. Eine staatliche Wirtschaftsbetätigung käme grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn die Privatwirtschaft nicht in der Lage wäre, die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Gesellschaft hinreichend zu befriedigen. *v. Arnim* hat die Geltung bzw. die Wirkung des Subsidiaritätsprinzips im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft auf die griffige Formel gebracht: „So wenig Staat wie möglich, soviel Staat wie nötig“<sup>192</sup>. Der Grundsatz der Subsidiarität korrespondiert damit zumindest teilweise auch mit dem neueren und in jüngster Zeit oftmals propagierten Staatsmodell des sog. Gewährleistungsstaates. Nach diesem Staatsverständnis, das zwischen dem traditionellen Wohlfahrtsstaat und dem neoliberalen Minimalstaat anzusiedeln ist, wird der Leistungsstaat zum Gewährleistungsstaat, indem der Staat bzw. die Gemeinde nicht mehr alle Aufgaben des Gemeinwesens selbst erledigt, sondern nur noch gewährleistet, dass Aufgaben, die politisch für notwendig erachtet und gegenüber dem Bürger für gewährleistungsbedürftig befunden werden, von demjenigen erfüllt werden, der es am besten kann<sup>193</sup>.

Unumstritten ist, dass es sich beim Subsidiaritätsprinzip um eine „Kompetenzverteilungsregel“, ein „Gebot guter Politik“ bzw. um eine „Klugheitsregel“ handelt, deren „Vernünftigkeit schwerlich zu bestreiten“ ist<sup>194</sup>. So finden sich denn auch ausdrückliche gesetzliche Regelungen des Subsidiaritätsprinzips - oder doch zumindest subsidiäre Anklänge - auf europäischer Ebene beispielsweise für das Verhältnis zwischen

<sup>189</sup> So auch *Ehlers*, Gutachten E, S. 48

<sup>190</sup> Zu den unterschiedlichen Auffassungsmöglichkeiten des Subsidiaritätsprinzips in mehr gegenständlicher, zeitlicher oder territorialer Hinsicht, vgl. *Püttner*, in: *Brede*, Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 47

<sup>191</sup> Enzyklika „Quadragesimo Anno“ von *Papst Pius XI.* vom 15.5.1931; umfangreich zur ideengeschichtlichen Herkunft und Ausprägung in den einzelnen Staatsverständnissen *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 18 ff. und S. 44 ff. m.w.N.

<sup>192</sup> *v. Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 74

<sup>193</sup> *Reichard*, Kommunale Wirtschaft unter Anpassungsdruck, in: *Kommunale Wirtschaft im Wandel - Chancen und Risiken*, S. 15 ff., S. 22; vgl. *ders.*, Gemeinden als Marktteilnehmer, in: *Kommunen am Markt*, S. 61 ff., S. 78 m.w.N.; vgl. *Berg*, *WiVerw* 2000, S. 141 ff., S. 157

<sup>194</sup> *Storr*, *Der Staat als Unternehmer*, S. 431 f. m.w.N.

Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in Art. 5 Abs. II EGV<sup>195</sup>. Auf nationaler Ebene finden sich subsidiäre Regelungen etwa in Art. 23 Abs. I GG, Art. 30 GG, Art. 70 GG, Art. 83 GG, § 65 BHO und Art. 70 Abs. I LV BW.

Für den hier zu untersuchenden Bereich der gemeindlichen Wirtschaft finden sich soweit ersichtlich mittlerweile in allen Gemeindeordnungen der Bundesländer, mit der Ausnahme Hessens, Subsidiaritätsklauseln in den Nachfolgebestimmungen zu § 67 DGO. Eine darüber hinausgehende, generelle Geltung des Subsidiaritätsprinzips als Verfassungsprinzip ist jedoch umstritten.

So wurden immer wieder Versuche unternommen, aus einzelnen verfassungsrechtlichen Bestimmungen wie den Grundrechten, insbesondere der Menschenwürde, der Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip und in neuerer Zeit auch unter Mithilfe von Art. 23 Abs. S. 1 GG ein allgemein gültiges verfassungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip herzuleiten<sup>196</sup>.

Auch wenn in einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes subsidiäre Elemente Aufnahme gefunden haben, ist es jedoch nicht zwingend, hieraus ein allgemeines Prinzip zu folgern, denn ebenso könnte man aus den lediglich vereinzelt Bestimmungen und dem Fehlen einer grundsätzlichen Positivierung im Gegenschluss folgern, dass dem Grundgesetz eben kein allgemeines Subsidiaritätsprinzip inneohnt<sup>197</sup>.

Während das Bundesverfassungsgericht<sup>198</sup> die Frage nach dem Subsidiaritätsprinzip als ungeschriebenem Verfassungsgrundsatz bisher offen ließ, äußerte sich das Bundesverwaltungsgericht<sup>199</sup> hierzu ablehnend. Die bislang herrschende Meinung im Schrifttum geht davon aus, dass ein Verbot einer wirtschaftlichen Betätigung des Staates auch nicht aus einem Subsidiaritätsprinzip entnommen werden könne, jedenfalls habe ein solches Prinzip nicht den Rang eines Verfassungsrechtssatzes<sup>200</sup>.

Zwar findet sich im liberalen Charakter der Grundrechte durchaus eine Affinität zum Subsidiaritätsprinzip, ein grundsätzlicher Schutz privater Freiheit führt aber nicht automatisch zu einem Subsidiaritätsprinzip. Die Grundrechtssystematik ist viel komplizierter als ein abstraktes Subsidiaritätsprinzip. So schützen die Grundrechte nicht pauschal vor einem staatlichen Eingriff, wenn der Staat eine Aufgabe besser erfüllen kann als ein Privater, sondern es ist in grundrechtlicher Hinsicht vielmehr individuell auf die unterschiedlichen Schutzbereiche jedes einzelnen betroffenen Grundrechts abzustellen<sup>201</sup>.

Nicht zuletzt würde sich auch die bereits dargelegte relative Offenheit des Grundgesetzes hinsichtlich der Wirtschaftspolitik mit einem generell geltenden Subsidiari-

<sup>195</sup> Zur Frage, ob das Subsidiaritätsprinzip hier eine Kompetenzverteilungs- oder aber eine Kompetenzausübungsmaxime darstellt, vgl. *Koenig/Lorz*, JZ 2003, S. 167 ff., S. 167 m.w.N.

<sup>196</sup> Vgl. *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 106 ff.; *Oppermann*, JuS 1996, S. 569 ff., S. 570 ff.; *Ehlers*, Jura 1999, S. 212 ff., S. 213 f.; vgl. *Sodan*, DÖV 2000, S. 361 ff., S. 368 f.; *Otto*, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung, S. 210 f.; wohl auch *Kluth*, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 192

<sup>197</sup> *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 467; vgl. *Herzog*, Der Staat, S. 399 ff., S. 412

<sup>198</sup> BVerfGE 10, 59 (83); 22, 180 (200 ff.); 58, 233 (253); BVerwGE 23, 304 (306); 39, 329 (338); 67, 321 (324 f.)

<sup>199</sup> BVerwGE 23, 304 (306); 39, 329 (338); 67, 321 (324 f.)

<sup>200</sup> *Berg*, GewArch 1990, S. 225 ff., S. 227; *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 428; *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 32; *Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 164; *Krölls*, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 282; *Lindner*, Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeit, S. 96; *Schoch*, DÖV 1976, S. 441 ff., S. 442; *Kunze/Bronner/Katz*, Gemeindeordnung BW, § 102 Rn. 14; *Lerche*, Juristische Analysen 1970, S. 821 ff., S. 843; a.A. *Ehlers*, Jura 1999, S. 212 ff., S. 214; *Opperman*, JuS 1996, S. 569 ff., S. 570; *Vogelgesang/Lübking/Jahn*, Kommunale Selbstverwaltung, Rn. 629; v. *Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 76 ff. m.w.N.

<sup>201</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 434 f.

tätsprinzip nur schwerlich vertragen. So hat sich das Grundgesetz eben nicht für die einem liberalen Wirtschaftsmodell entsprechende Beschränkung staatlicher Aufgaben zu Gunsten gesellschaftlicher Kräfte entschieden, sondern sich vielmehr, unter anderem mit dem Sozialstaatsmodell, von einem liberalen Wirtschaftsmodell distanziert und die staatliche Aufgabenwahrnehmung grundsätzlich der demokratischen Entscheidung überlassen<sup>202</sup>. Auch auf der Ebene der Gemeinden hat das Grundgesetz durch die Zuständigkeitszuweisung hinsichtlich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft die Bestimmung der gemeindlichen Aufgaben der demokratischen Entscheidung der Gemeindeglieder überlassen, was einer vorgegebenen Beschränkung möglicher gemeindlicher Aufgaben durch ein Subsidiaritätsprinzip widerspricht<sup>203</sup>.

Der Umstand, dass sich im gemeindlichen Wirtschaftsrecht regelmäßig Subsidiaritätsklauseln finden stellt hierzu keinen Widerspruch dar, da es sich hier um einfachgesetzliche Regelungen handelt und nicht um die Geltung der Subsidiarität als allgemeines Verfassungsprinzip.

Darüber hinaus lässt sich auch historisch gegen die Subsidiarität als allgemeines verfassungsrechtliches Strukturprinzip argumentieren, da der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee eine Subsidiaritätsklausel zwar diskutiert, aber schlussendlich doch verworfen hat<sup>204</sup>.

Eine Aktualisierung erfuhr die Diskussion um ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip auf Verfassungsebene durch den 1992 neu eingefügten Art. 23 GG<sup>205</sup>. Durch diesen sog. Europa-Artikel, der an die Stelle des früheren Wiedervereinigungsauftrags trat, werden in Art. 23 Abs. I GG - der sog. Struktursicherungsklausel - Anforderungen an die Struktur der Europäischen Union gestellt, an der die Bundesrepublik Deutschland mitwirkt<sup>206</sup>. Dort wird neben dem demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsatz auch der Grundsatz der Subsidiarität aufgeführt. Der dortige enge Zusammenhang mit den anderen, zweifellos die innerstaatliche Verfassung prägenden Strukturprinzipien verführte zu der Argumentation, auch bei der Subsidiarität handele es sich um ein die innerstaatliche Verfassung prägendes Strukturprinzip, das eine Zurückhaltung der öffentlichen Hand am Wirtschaftsleben gebiete<sup>207</sup>.

Dieser Argumentation ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Aufführung des Subsidiaritätsgrundsatzes in Art. 23 Abs. I GG dem in Maastricht von der deutschen Verhandlungsdelegation vorgeschlagenen allgemeinen Subsidiaritätsartikel 3b EGV entspricht. Dieser thematisiert aber ausschließlich das Verhältnis der Mitgliedstaaten zur Union, nicht dagegen das hier interessierende Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft. Da in Art. 23 GG lediglich die Absicherung des in Maastricht errungenen Erfolges zu sehen ist<sup>208</sup>, kann für seinen Regelungsinhalt nichts anderes gelten<sup>209</sup>, so dass sich hieraus für das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft keine Schlussfolgerungen ziehen lassen.

Auch die amtliche Begründung<sup>210</sup> bestärkt diese Auffassung, indem sie darauf hinweist, dass das Subsidiaritätsprinzip, um der Struktur der Europäischen Union Rech-

<sup>202</sup> Vgl. *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 154; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 163

<sup>203</sup> *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 163

<sup>204</sup> Vgl. *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 154

<sup>205</sup> Vgl. *Oppermann*, JuS 1996, S. 569 ff., S. 569; *Sodan*, DÖV 2000, S. 361 ff., S. 368 f.; *Hösch*, WiVerw 2000, S. 159 ff., S. 172

<sup>206</sup> *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG, Art. 23 Rn. 5a

<sup>207</sup> Vgl. *Oppermann*, JuS 1996, S. 569 ff., S. 570 f.; vgl. *Sodan*, S. 361 ff., S. 368; *Ehlers*, Jura 1999, S. 212 ff., S. 214; vgl. *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 371

<sup>208</sup> So auch *Oppermann*, JuS 1996, S. 569 ff., S. 570 m.w.N.

<sup>209</sup> *Otting*, Steuerungsmodell, S. 149 f.

<sup>210</sup> BT-Drs. 12/ 3338, S. 4 ff.

nung zutragen, den in Art. 79 Abs. II GG i.V.m. Art. 20 GG enthaltenen Übertragungsvoraussetzungen *hinzugefügt* wurde. Das Subsidiaritätsprinzip der Struktursicherungsklausel ist vor allem deshalb aufgenommen worden, um einer anwachsenden Machtkonzentration auf Gemeinschaftsebene entgegenzutreten. Insbesondere dient es dem Schutz der Bundesländer, die eine „kalte“ Aushöhlung ihrer Staatlichkeit befürchtet hatten sowie zur Sicherung der kommunalen Selbstverwaltung. Das Subsidiaritätsprinzip sollte somit eher als eine den Ländern dienende mittelbare Sperre fungieren<sup>211</sup>. Damit besteht auch nach der Einfügung des Art. 23 GG kein allgemeines Subsidiaritätsprinzip i.S. eines Verfassungsprinzips<sup>212</sup>.

Die Negierung eines allgemeinen Subsidiaritätsprinzips als Verfassungsgrundsatz schließt es jedoch nicht aus, dass Bundes- oder Landesgesetzgeber ein Subsidiaritätsprinzip einfachgesetzlich anordnen, etwa – wie unten noch zu untersuchen sein wird – für den Bereich des gemeindlichen Wirtschaftsrechts in den Subsidiaritätsklauseln oder aber auch im Haushaltsrechts in § 7 Abs. II BHO<sup>213</sup>. Wenn dem Subsidiaritätsprinzip auch nicht der Rang eines Verfassungsprinzips zukommt, taucht es doch immer wieder wie ein roter Faden<sup>214</sup> an den verschiedensten Stellen auf. Es wird damit zwar – abgesehen vom Anwendungsbereich seiner gesetzlichen Positivierungen – regelmäßig zu unpräzise sein, um die wirtschaftliche Betätigung direkt zu begrenzen, jedoch vermag es den Ausnahmecharakter der Staatswirtschaft zu unterstreichen, indem es die Rechtfertigungslast verdeutlicht, die dem sich wirtschaftlich betätigenden Staat obliegt<sup>215</sup>.

## E. Die Grundrechte und wirtschaftliches Staatshandeln

### I. Grundrechtsschutz der Gemeinde und ihrer Unternehmen

Neben der sogleich zu klärenden Frage, inwieweit die Grundrechte privater Unternehmer gegenüber der gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit in Stellung gebracht werden können, gilt es festzustellen, ob sich die Gemeinde bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung, unabhängig von der institutionellen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. II GG, auch auf die Grundrechte berufen kann. Hierfür käme die heute oftmals als Unternehmerfreiheit bezeichnete Gewerbefreiheit aus Art. 12 GG sowie die Berufsfreiheit aus Art. 14 GG in Betracht. Letztlich geht es damit

<sup>211</sup> So *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 435 m.w.N.

<sup>212</sup> Vgl. *Cronauge*, AfK 1999, S. 24 ff., S. 30, S. 34; *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 ff., S. 381; *Gusy*, JA 1995, S. 166 ff., S. 170; *Moraing*, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 243; *Nagel*, Gemeindeordnung als Hürde?, S. 24; *Otting*, DVBl 1997, S. 1258 ff., S. 1260; *ders.*, Steuerungsmodell, S. 149 f.; *Pieroth/Hartmann*, DVBl 2002, S. 421 ff., S. 427; *Werner*, VBIBW 2001, S. 207; *Cronauge*, AfK 1999, S. 24 ff., S. 30; *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 94; *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 153 f.; *Selmer*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 75 ff., S. 77; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 433 f.; *Held*, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 271; *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 428; *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 179; *Wieland/Hellermann*, DVBl 1996, S. 401 ff., S. 407; *Schneider*, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1255; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 162 f.; *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 29; *Grawert*, Kommunale Wirtschaftsbetätigung im Wettbewerb, in: *Kommunen am Markt*, S. 9 ff., S. 17; *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 428; *Weiblen*, BWGZ 2000, S. 177 ff., S. 180; vgl. *Köhler/Piper*, UWG, Einf. Rn. 284

<sup>213</sup> *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 94; *ders.*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 426; vgl. VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 996 f.

<sup>214</sup> Vgl. *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 370

<sup>215</sup> Vgl. *Ronellenfitsch*, in: *Isensee/Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 33; vgl. *Ehlers*, Jura 1999, S. 212 ff., S. 214; vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 438; *Kannengießer*, WiVerw 1998, S. 182 ff., S. 185

um die Beantwortung der Frage, ob bzw. inwieweit die Gemeinden grundsätzlich grundrechtsfähig sind, sie also Träger von Grundrechten sein können.

### 1. Der Ausgangspunkt des Art. 19 Abs. III GG

Gemeinden sind Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts. Auch wenn ihnen aufgrund des umfassenden Aufgabenkreises, der Gebietshoheit, der Möglichkeit zur eigenen demokratischen Willensbildung und durch unmittelbar gewählte Volksvertretungen eine Sonderstellung zukommt, sind sie wie Stiftungen und Anstalten nicht nur *organisatorisch*, sondern auch *rechtlich* verselbstständigt. Sie besitzen somit den Charakter von juristischen Personen des öffentlichen Rechts<sup>216</sup>.

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage nach der Grundrechtsfähigkeit ist damit Art. 19 Abs. III GG, nach dem die Grundrechte auch für inländische juristische Personen gelten, soweit sie (die Grundrechte) ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Das entscheidende Kriterium der wesensmäßigen Anwendbarkeit hängt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dabei von folgenden Merkmalen ab: Zum einen müssen die von dem jeweiligen Grundrecht geschützten Tätigkeiten auch von den juristischen Personen selbst ausgeübt werden können<sup>217</sup>. Zum anderen müssen sich die juristischen Personen in einer natürlichen Personen vergleichbaren Gefährdungslage befinden<sup>218</sup>. Zusätzlich wird darauf abgestellt, ob die Bildung und Betätigung der juristischen Person Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen sind. So ist eine Einbeziehung juristischer Personen in den Schutzbereich insbesondere nur dann gerechtfertigt, wenn der „Durchgriff“ auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll und erforderlich erscheinen lässt<sup>219</sup>.

Hinsichtlich der Frage, ob die Formulierung „juristische Personen“ i.S. des Art. 19 Abs. III GG überhaupt auch juristische Personen des öffentlichen Rechts erfasst, „rankt“ sich um die Auslegung „ein dichtes Gestrüpp divergierender Meinungen“<sup>220</sup>. Zweifellos legt es die Formulierung „juristische Personen“ im Hinblick auf den Sprachgebrauch nahe, hierunter juristische Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts zu verstehen. Zumindest aber wird der Grundrechtsschutz nicht ausdrücklich auf juristische Personen des Privatrechts beschränkt<sup>221</sup>. Bezieht man jedoch die Bedingung der Erstreckung - die wesensmäßige Anwendbarkeit der Grundrechte - mit in die Betrachtung ein, erscheint es ebenso denkbar, dass damit bereits von vornherein die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts ausgeschlossen werden sollte und damit nur noch eine Erstreckung auf die juristischen Personen des Privatrechts in Betracht kommt<sup>222</sup>. Eine Auslegung anhand des Wortlauts erscheint somit wenig ergiebig.

Auch eine historische Auslegung vermag zwar keine eindeutigen Aussagen zu liefern, scheint jedoch bei bilanzierender Betrachtung eher für die Einbeziehung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu sprechen. So sind zum einen in früheren, vom Parlamentarischen Rat abgelehnten Fassungen juristische Personen des öffentlichen Rechts ausdrücklich erwähnt worden - wobei sich jedoch aus der

<sup>216</sup> Maurer, Verwaltungsrecht, § 21 Rn. 8 f.

<sup>217</sup> BVerfGE 42, 212 (219)

<sup>218</sup> BVerfGE 45, 63 (79); 61, 82 (105 f.)

<sup>219</sup> BVerfGE 21, 362 (369); 61, 82 (101); 68, 193 (205 f.); 75, 192 (196)

<sup>220</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 63

<sup>221</sup> Dreier, in: ders., GG, Art. 19 Abs. III, Rn. 38; vgl. Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 72

<sup>222</sup> v. Mutius, Kommunalrecht, Rn. 121

schlussendlichen Nichtnennung vielleicht wieder Gegenteiliges ableiten ließe. Zum anderen war dem Verfassungsrecht des 19. Jahrhunderts ein Grundrechtsschutz oder jedenfalls ein grundrechtsähnlicher Schutz der Gemeinden keineswegs fremd<sup>223</sup>.

In systematischer Hinsicht lässt die Trennung in einen Grundrechtsteil (Art. 1 ff. GG) und in einen Teil über Rechte von Bund und Ländern (Art. 20 ff. GG) sowie der damit einhergehenden Einordnung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden in den organisatorischen Teil des Grundgesetzes eher auf eine fehlende Grundrechtsfähigkeit schließen. Dies spricht deshalb für eine fehlende Grundrechtsfähigkeit, weil diese Einordnung ganz im Gegensatz zur vorhergehenden Verortung der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 27 WRV, also im Grundrechtsteil der Weimarer Reichsverfassung, steht.

Auch weist der Zusammenhang zwischen Art. 19 Abs. II GG und Art. 19 Abs. III GG, trotz der unterschiedlichen Zielrichtung - Art. 19 Abs. III GG intendiert die Bestimmung des Kreises der Grundrechtsberechtigten, Art. 19 Abs. II GG dagegen den Schutz bestimmter Grundrechtsinhalte vor staatlicher Disposition - darauf hin, dass beide Absätze gleichwohl das gemeinsame übergeordnete Ziel, den besonderen Schutz der Menschenwürde, verfolgen.

Die in diesem gemeinsamen Menschenwürdebezug wiederum zum Ausdruck kommende anthropozentrische Grundhaltung<sup>224</sup> ist Beleg dafür, dass nach Art. 19 Abs. III GG juristische Personen nur dann Grundrechtsschutz genießen, wenn Bildung und Betätigung der juristischen Person Ausdruck der freien Entfaltung der dahinterstehenden natürlichen Personen sind<sup>225</sup>. Dies dürfte bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts kaum je der Fall sein.

## 2. Die Auffassungen der Rechtsprechung und des Schrifttums

Nach der Rechtsprechung<sup>226</sup> und der überwiegend herrschenden Meinung im Schrifttum<sup>227</sup> können sich juristische Personen des öffentlichen Rechts, und damit auch die hier zu untersuchenden Gemeinden, grundsätzlich nicht auf die Grundrechte berufen. Zu Recht wird vor allem am Erfordernis des personalen Substrats für die Grundrechtsberechtigung bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts festgehalten. Hierfür wird angeführt, dass hinter den juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht natürliche Personen, sondern stets der Staat stehe. Die verschiedenen staatlichen Funktionsträger seien vom Einzelnen her gesehen nur besondere Erscheinungsformen der einheitlichen Staatsgewalt<sup>228</sup>. Dabei komme es weder darauf an, ob die juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Aufgaben hoheitlich oder nicht hoheitlich handelnd wahrnehmen würden, noch darauf, ob sie in der Staatsverwaltung rechtlich mehr oder weniger verselbstständigt seien<sup>229</sup>.

<sup>223</sup> v. Mutius, Kommunalrecht, Rn. 121 m.w.N.; vgl. Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 205 m.w.N.; wohl a.A. Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 75 ff.

<sup>224</sup> Vgl. BVerfGE 21, 362 (369); 68, 193 (205 f.); 75, 192 (195 f.)

<sup>225</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 73 f.

<sup>226</sup> BVerfGE 21, 362 (369); 61, 82 (100 f.); 68, 193 (206); 45, 63 (79 f.); 75, 192 (200)

<sup>227</sup> Berg, GewArch 1990, S. 225 ff., S. 228; Hösch, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 393; Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 365; Ronellenfitsch, in: Isensee/Kirchhof, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 40; ders., JuS 1983, S. 594 ff., S. 595; Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 187 u. S. 237; Schmid in: Faiss/Giebler/Lang/Notheis/Schmid, Kommunales Wirtschaftsrecht BW, Rn. 872; Otting, Steuerungsmodell, S. 166; Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 503 f.; Grawert, Kommunales Wirtschaftsrecht im Wettbewerb, in: Kommunen am Markt, S. 9 ff., S. 11; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 914; Oebbecke, Kommunale Selbstverwaltung am Ende dieses Jahrhunderts. Ist das politische Konzept noch tragfähig?, S. 39 ff., S. 40 u. S. 48 f.

<sup>228</sup> BVerfGE 21, 362 (369 ff.); 68, 193 (205 ff.); 21, 362 (368 ff.); 61, 82 (100 ff.)

<sup>229</sup> BVerfGE 61, 82 (103 ff.)

Auch wenn sich der Staat privatrechtlicher Handlungs- und Organisationsformen bediene, führe dies grundsätzlich nicht zur Grundrechtsträgerschaft und zwar ebenfalls unabhängig davon, ob nun öffentliche Aufgaben erfüllt würden oder ob es um fiskalisches bzw. erwerbswirtschaftliches Handeln ginge<sup>230</sup>. Diese Grundsätze finden explizit auch für die Gemeinde Anwendung<sup>231</sup>. Begründet wird dies wie folgt:

Grundrechtliche Freiheit in der Hand von Trägern öffentlicher Gewalt sei „rechtsstaatliche Unmöglichkeit“, der Staat sei „Schuldner nicht Inhaber von Grundrechten“<sup>232</sup>. Die Grundrechte seien „Kampfrechte des Individuums“, die sich „nicht ohne Vergewaltigung ihres Wesens auf die kompetentiellen oder sonstigen Beziehungen zwischen den verschiedenen Organen der öffentlichen Gewalt übertragen“ ließen. „Es wäre ein etatistisches Schelmenstück, wollte man sie eben dieser öffentlichen Gewalt zuerkennen“<sup>233</sup>.

Eine Ausnahme wird von der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung im Schrifttum<sup>234</sup> lediglich hinsichtlich der Justiz- und Verfahrensgrundrechte<sup>235</sup> gemacht, die auch den öffentlich-rechtlichen Personen ausnahmslos zustehen. Gleiches dürfte wohl auch noch für Art. 3 Abs. I GG bei willkürlichem Verhalten zu Lasten öffentlich-rechtlicher Personen gelten. Soweit einzelne Grundrechte die Autonomie bestimmter öffentlich-rechtlicher Einrichtungen gegenüber dem Staat gewähren, können diese ebenfalls als subjektive Rechte in Anspruch genommen werden. Dies wird regelmäßig für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, Universitäten und Einrichtungen der Kunst bejaht<sup>236</sup>.

### 3. Das Konfusionsargument

Eines der Hauptargumente gegen eine Grundrechtsberechtigung der öffentlichen Hand ist das Konfusionsargument. Mitunter wird es auch als Konfundierungs-, Identitätsargument oder als Argument der logischen Unmöglichkeit bezeichnet. Hiernach sind die Grundrechte vor allem als Abwehrrechte, gegebenenfalls auch als Leistungs- und Teilhaberechte, des Bürgers gegen den Staat konzipiert. Diese Konzeption macht den Staat, der stets hinter den noch so verschiedenartigen Erscheinungsformen der juristischen Personen des öffentlichen Rechts steht, zum Adressaten der Grundrechte, zum Grundrechtsverpflichteten. Als Grundrechtsverpflichteter bzw. als Adressat der Grundrechte kann der Staat bzw. die Gemeinde jedoch nicht zugleich Grundrechtsberechtigter, also Nutznießer der Grundrechte sein<sup>237</sup>. Diese Argumentation erscheint bei näherer Betrachtung jedoch nicht ganz so gewichtig wie gemeinhin angenommen.

Zum einen kann das Konfusionsargument nur dort Geltung beanspruchen, wo es um die Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsverpflichtung ein und desselben Rechtsträgers geht, weil nur dort ein Rechtsverhältnis nicht entstehen kann<sup>238</sup>. Zum anderen ist es zumindest rechtslogisch nicht ausgeschlossen, dass die Gemeinde dem Bürger gegenüber als Grundrechtsadressat verpflichtet sein kann und gleichzeitig dem Staat gegenüber als Grundrechtsträger Rechte in Anspruch nimmt<sup>239</sup>. So ist es auch nicht

<sup>230</sup> BVerfGE 61, 82 (103 ff.); 75, 192 (196 f.); 68, 193 (213)

<sup>231</sup> BVerfGE 61, 82 (105 ff.); BVerwG, DVBl 1984, S. 679 ff., S. 682

<sup>232</sup> Rupp, in: *Isensee/Kirchhof*, HBdStR, Band I, § 28 Rn. 31 u. Rn. 32

<sup>233</sup> Dürig, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 19 Abs. III Rn. 36

<sup>234</sup> Vgl. etwa *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 19 Rn. 20 f. m.w.N. aus der Rechtsprechung

<sup>235</sup> Vgl. etwa Art. 101 Abs. I GG; Art. 103 Abs. I GG

<sup>236</sup> Vgl. BVerfGE 15, 256 (262); 59, 231 (255); 78, 101 (102 f.); 19, 1 (5)

<sup>237</sup> BVerfGE 15, 256 (262); 21, 362 (369 f.); 81, 1 (10); 61, 82 (100 ff.)

<sup>238</sup> Storr, *Der Staat als Unternehmer*, S. 188; vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, BGB, Überbl. v. § 362 Rn. 4

<sup>239</sup> Vgl. *Krebs*, in: *v. Münch/Kunig*, GG, Art. 19 Rn. 41; vgl. *Otting*, Steuerungsmodell, S. 162

unüblich, dass man in Rechtssystemen aus der gleichen Rechtsnorm, wie z.B. beim Kaufvertrag, zugleich berechtigt und verpflichtet wird<sup>240</sup>. Jedoch dürfte auch dies ein hinkender Vergleich sein, da der Kaufvertrag den Schutz beider Parteien bezweckt, wohingegen die Grundrechte primär in ihrer Abwehrfunktion den Bürger vor dem Staat schützen. Abgesehen davon liefert die Feststellung der logischen Denkbarkeit an sich auch nichts Überzeugendes für die Frage der Anwendbarkeit der Grundrechte, denn die Beantwortung dieser Frage kann sich nur aus dem Wesen der Grundrechte ergeben<sup>241</sup>.

Zweifellos aber ist der Staat durch das Prinzip der Einheit der Staatsgewalt kein Monolith. Er zerfällt vielmehr in eine Vielzahl rechtlich subjektivierter Funktionseinheiten, so dass zwischen Teilen der öffentlichen Hand durchaus Rechtsverhältnisse bestehen können, aus denen zumindest rechtslogisch, neben bloßen Kompetenzkonflikten, auch subjektive Rechte folgen könnten<sup>242</sup>.

Die staatliche Möglichkeit des „zu sich selbst auf Distanz Gehens“ vermag das Konfusionsargument aber nicht zu entkräften, sondern es bedarf zur Rechtfertigung der Einbeziehung juristischer Personen des öffentlichen Rechts eines besonderen, darüber hinausgehenden Schutzbedürfnisses<sup>243</sup>.

#### 4. Differenzierung anhand der wahrgenommenen Aufgaben

Während Teile des Schrifttums<sup>244</sup> unter Rückgriff auf die Fiskustheorie<sup>245</sup> meist zwischen hoheitlicher Aufgabenerfüllung einerseits und fiskalisch-erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit andererseits differenzieren und für letzteren Bereich einen Grundrechtsschutz der Gemeinde für möglich halten, versagt die Rechtsprechung<sup>246</sup> auch in diesem Bereich konsequent einen grundrechtlichen Schutz.

Für einen Grundrechtsschutz im fiskalisch-erwerbswirtschaftlichen Bereich wird angeführt, der Staat müsse grundrechtsfähig sein, wenn er sich in die gleiche Lage begeben wie ein hoheitsunterworfenen Staatsbürger, indem sich auch der fiskalische Rechtsträger dem Staat unterwirft und für ihn die gleichen Rechtsätze wie für den Bürger gelten. In dieser Situation, quasi auf der gleichen Stufe, sei eine Gleichberechtigung und keine Schlechterstellung des Staates angezeigt.

Dagegen spricht jedoch entscheidend, dass das Unterworfenensein unter die Hoheitsgewalt eines Organs derselben juristischen Person noch nichts über die Schutzwürdigkeit des tangierten Interesses im Lichte der Grundrechte aussagt. Die Fiskustheorie ist begründet worden um den Staat an privatrechtliche Grundsätze zu binden. Eine Grundrechtsfähigkeit in diesem Bereich würde diese beschränkende Intention konterkarieren<sup>247</sup>. Auch handelt es sich nur um eine vermeintliche Gleichheit, da es der Staat jederzeit in der Hand hat, die seine Institutionen betreffende Gesetzeslage zu verändern. Damit erscheint es aber zweifelhaft, die Grundrechtsfähigkeit an der einfachen Gesetzeslage festzumachen, da es damit der Staat als Grundrechtsadressat in den Händen hätte, unabhängig vom Wesen der Grundrechte, über die Grundrechtsfä-

<sup>240</sup> Vgl. *Bettermann*, NJW 1969, S. 1321 ff., S. 1323; *Otting*, Steuerungsmodell, S. 162

<sup>241</sup> *Bethge*, Grundrechtsberechtigung, S. 71; *Otting*, Steuerungsmodell, S. 163.

<sup>242</sup> Vgl. v. *Mutius*, Kommunalrecht, Rn. 122; *Bettermann*, in: FS für *Hirsch*, S. 1 ff., S. 5; vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 188 f. m.w.N.

<sup>243</sup> *Bethge*, Grundrechtsberechtigung, S. 64 ff. u. S. 71; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 189; *Otting*, Steuerungsmodell, S. 163

<sup>244</sup> Vgl. *Bettermann*, in: FS für *Hirsch*, S. 1 ff., S. 4 f.; *ders.*, NJW 1969, S. 1321 ff., S. 1327; *Kriegbaum*, BayVBl 1972, S. 481 ff., S. 487; vgl. *Zimmermann*, Jus 1991, S. 294 ff., S. 296 f.

<sup>245</sup> Vgl. hierzu auch unten 4. Teil F. II. 2.

<sup>246</sup> BVerfGE 61, 82 (104); 75, 192 (197)

<sup>247</sup> *Bleckmann*, Grundrechte, S. 140 f.; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 191

higkeit zu entscheiden<sup>248</sup>. Auch unter der Voraussetzung der Annahme weiter bestehender erheblicher Fiskusprivilegien ließe sich eine solche Gleichheit verneinen<sup>249</sup>. Schließlich ist die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, einschließlich der Daseinsvorsorge, nicht allein dem Staat vorbehalten. Diese Aufgaben können grundsätzlich auch von Privaten wahrgenommen werden. Die verbliebenen staatlichen Aufgabenmonopole werden immer mehr zurückgedrängt, so dass dem Staat regelmäßig kein Monopol bei der Ausübung öffentlicher Aufgaben mehr zukommt. Er wird damit immer mehr zu einem sektoralen Staat, so dass eine Abgrenzung zwischen staatlich-kompetentiellem und gesellschaftlich-freiheitlichem Bereich kaum ein geeignetes Kriterium sein dürfte. Zumindest erscheint es damit aber bedenklich, die Grundrechtsfähigkeit bzw. die Grundrechtsunfähigkeit allein von der Tatsache der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung abhängig zu machen<sup>250</sup>.

## 5. Differenzierung anhand der Rechtsform

Ebenfalls als unzulässig erscheint es, die Grundrechtsfähigkeit von der konkreten Rechtsform der öffentlichen Hand abhängig zu machen. Die Wahlfreiheit des Staates auch in privatrechtlicher Organisations- und Handlungsform tätig zu werden, ist nur zu akzeptieren, wenn der Staat grundsätzlich ebenso wenig wie er die Grundrechtsbindung und kompetentielle Bindungen abstreifen kann, sich hierdurch genauso wenig Grundrechtsberechtigung verschaffen kann<sup>251</sup>. Abgesehen hiervon ist die Frage der Grundrechtsfähigkeit auch nicht wie das Formenwahlrecht der Verwaltung in das Belieben des Gesetzgebers gestellt. Die Frage der Grundrechtsfähigkeit ist ihm vielmehr nach Art. 19 Abs. III GG vorgegeben und in jedem Einzelfall zu entscheiden, so dass der Rechtsform allenfalls eine Indizfunktion zukommen kann<sup>252</sup>. Die Frage der Formenwahl ist somit für die Grundrechtsberechtigung unbeachtlich.

## 6. Historische Sonderstellung und Grundrechtstreuhand

Aus der bereits kurz angesprochenen Sonderstellung der Gemeinden im Vergleich zu den übrigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts wie Stiftungen und Anstalten wurde oft versucht, eine Grundrechtsfähigkeit herzuleiten.

So mag zum einen die an die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. I GG erinnernde Weite des gemeindlichen Aufgabenkreises hinsichtlich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft vielleicht zunächst den Schluss auf eine gewisse Grundrechtsnähe der Gemeinden nahe legen<sup>253</sup>.

Zum anderen könnte sich eine Grundrechtsfähigkeit aus einer Art historischen Sonderstellung ergeben. Dies wäre dann der Fall, wenn Gemeinden als ursprüngliche, vorstaatliche und auch staatsferne Rechtspersönlichkeiten<sup>254</sup> zu begreifen wären, die den Staat erst konstituieren und sie sich damit eher dem Lager der Gesellschaft bzw. des Bürgers als dem der staatlichen Sphäre zuordnen ließen, so dass sich auch aus

---

<sup>248</sup> Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 191 u. S. 198 f.

<sup>249</sup> Bethge, Grundrechtsberechtigung, S. 103; Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 191; a.A. (gegen die Annahme von Fiskusprivilegien) Otting, Steuerungsmodell, S. 163 f.

<sup>250</sup> Vgl. Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 105 f.

<sup>251</sup> Vgl. Bethge, Grundrechtsberechtigung, S. 100 ff.; Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 99

<sup>252</sup> Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 216 f.; a.A. wohl Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 120 f.

<sup>253</sup> Vgl. Berg, WiVerw 2000, S. 141 ff., S. 145

<sup>254</sup> Vgl. nur Art. 11 Abs. II BayVerf.; vgl. Art. 137 Abs. I HessVerf.; Art. 49 Abs. I LV Rh.-Pf.

diesem staatsfernen Verständnis eine grundrechtstypische Gefährdungslage ergeben könnte<sup>255</sup>.

Darüber hinaus könnte man anführen, dass die Gemeinden als Zusammenfassung der Bürger zwar dem Staat eingeordnet sind, sie ihm gegenüber aber besondere Rechte haben. Soweit die Gemeinden gegenüber dem Staat die Rechte ihrer Bürger geltend machen, könnte den Gemeinden eine aus diesen Rechten hergeleitete Rechtsposition zukommen, eine Art Stellvertretung oder eine Art kollektiver Selbstbestimmung der Gemeindebürger gegenüber dem Staat. Eine Situation, die den Durchgriff auf die hinter der juristischen Person stehenden Menschen als sinnvoll und erforderlich erscheinen lassen könnte.

Dieses sog. genossenschaftliche, staatsferne Bild der Gemeinde entspricht aber nicht Art. 28 Abs. II GG. Die Gemeinden sind keine ursprünglichen Gebietskörperschaften mit vorstaatlichen Rechten, keine eigenständigen, vom Staat unabhängigen oder jedenfalls distanzierte Einrichtungen. Sie sind auch keine rechtlichen Zusammenfassungen ihrer Einwohner mit bestimmten Rechten gegenüber dem Staat, sondern sie sind eine Stufe im Aufbau der staatlichen Verwaltungshierarchie<sup>256</sup>. Dies ergibt sich bereits aus der systematischen Stellung des Art. 28 Abs. II GG im Organisationsgefüge des Grundgesetzes. Das staatliche Gewaltmonopol und die Einheit der Staatsgewalt bedingen, dass es keine hoheitliche Gewalt gibt, die sich nicht aus der Staatsgewalt ableitet. Der Gedanke an eine aus einer eventuellen historischen Sonderstellung resultierenden Grundrechtsberechtigung hat sich spätestens mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes erübrigt, denn hiernach ist die Gemeinde Säule im Staatsgefüge und kein Bürgerschutzverband<sup>257</sup>. Hiermit korrespondierend schützt Art. 28 Abs. II GG ja auch nicht die einzelne Gemeinde an sich, sondern nur die Institution der Gemeinden insgesamt<sup>258</sup>.

So sind Gemeinden und Gemeindeverbände zugleich Träger öffentlicher Gewalt und Teil der vollziehenden Gewalt i.S.d. Art. 1 Abs. III GG und des Art. 20 Abs. III GG<sup>259</sup>, d.h. „ein Stück Staat“<sup>260</sup> und in den staatlichen Aufbau (zumindest auch) „als verlängerter Arm des Staates“<sup>261</sup> integriert<sup>262</sup>. Auch die kommunale Selbstverwaltung ist Ausübung von Hoheitsgewalt und keine Wahrnehmung von unmittelbarer Freiheit<sup>263</sup>.

Es kann jedoch auch nicht entscheidend darauf ankommen, ob eine juristische Person des öffentlichen Rechts als eigenständige, vom Staat unabhängige oder distanzierte Einrichtung etabliert wurde, sondern darauf, ob sie einem grundrechtsgeschützten Lebensraum zugeordnet ist. Einem grundrechtsgeschützten Lebensbereich ist sie aber nicht schon deshalb zugeordnet, weil ihr ein durch die Verfassung gewährleistetes Selbstverwaltungsrecht zusteht, das mitunter an die allgemeine Handlungsfreiheit erinnern mag<sup>264</sup>.

<sup>255</sup> Vgl. Waechter, Kommunalrecht Rn. 182

<sup>256</sup> BVerfGE 61, 82 (103); 78, 344 (348); *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 221

<sup>257</sup> *Stern/Püttner*, Gemeindegewirtschaft, S. 132 f.

<sup>258</sup> BVerfGE 86, 90 (107); *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 221; *Gern*, Kommunalrecht BW, Rn. 96 m.w.N.

<sup>259</sup> *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 28 Rn. 10

<sup>260</sup> BVerfGE 73, 118 (191)

<sup>261</sup> *Dürig* in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 19 Abs. III Rn. 48

<sup>262</sup> BVerfGE 73, 118 (191); 83, 37 (54); vgl. *Ronellenfitsch*, DÖV 1999, S. 705 ff., S. 707

<sup>263</sup> BVerfGE 61, S. 82 (100 ff.); BVerfGE 21, S. 362 (372); 23, S. 353 (372); 39, S. 302 (312); abweichend hiervon wohl die Auffassung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, vgl. E 37, S. 101 ff.; E 29, S. 105 ff., im Hinblick auf die Grundrechte der bayerischen Verfassung.

<sup>264</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 194

Soweit die Gemeinde öffentliche Aufgaben wahrnimmt, befindet sie sich, unabhängig davon, ob die Aufgabenwahrnehmung in öffentlich-rechtlicher oder privater Rechtsform erfolgt, weder in einer grundrechtstypischen Gefährdungslage, noch macht sie die öffentliche Aufgabenwahrnehmung zum Sachwalter des Einzelnen bei dessen Grundrechtsausübung. Damit lässt aber der Durchgriff (oder wohl besser der Durchblick) auf die hinter der juristischen Person stehenden Menschen die Einbeziehung der juristischen Person in den Schutzbereich der Grundrechte nicht als sinnvoll und erforderlich erscheinen<sup>265</sup>.

So ist es bei der Ausübung übertragener staatlicher Aufgaben bzw. der Aufgabenerfüllung nach Weisung, die jedenfalls in allen Ländern unter der Fachaufsicht des Staates auszuführen sind, offensichtlich, dass die Gemeinden hier nicht unter dem Schirm der Freiheitsrechte tätig werden. Aber auch beim eigenen Wirkungskreis fehlt es an der Zuordnung zu einem grundrechtlich geschützten Lebensbereich, da die Gemeinde hier nicht auf der Grundlage und zur Verwirklichung eines spezifischen Grundrechts ihrer Einwohner Aufgaben übernimmt. Sie wird deshalb weder treuhänderisch noch prozeßstandschaftlich für die Einwohner tätig, sondern allein - entsprechend der Universalität des Wirkungskreises - aufgrund der Zuständigkeit für sämtliche Aufgaben, die *in der Gemeinde* wurzeln oder einen spezifischen Bezug auf *sie* haben<sup>266</sup>.

Ganz abgesehen davon, dass eine solche Grundrechtstreuhand bzw. eine Sachwaltereigenschaft an sich einer Manifestation im Grundgesetz entbehrt und insgesamt zu verwerfen ist<sup>267</sup>, dürfte die Erforderlichkeit eines Durchgriffs in der Regel bereits schon deshalb zu verneinen sein, da die Gemeinde als Gebietskörperschaft nicht auf dem freien Zusammenschluss der Gemeindeglieder beruht, sondern sie sich vielmehr lediglich auf den für Gebietskörperschaften maßgeblichen Wohnsitz gründet und damit nicht wie erforderlich, Ausdruck individueller Freiheitsentfaltung ist.

Grundrechte haben die Funktion, subjektiv zugeordnete Rechtssphären zu schützen. Sie dienen damit nicht der Begrenzung der Staatsgewalt im staatsinternen-kompetentiellen Bereich, sondern ihrer Disziplinierung im Bereich der Außenrechtsbeziehungen, also gegenüber rechtlich selbstständigen Rechtssubjekten. Auch wenn es nahe liegt, aufgrund der besonderen Gesetzesunterworfenheit der Gemeinden oder sonstiger Unterschiede im Vergleich zu anderen staatlichen Verselbständigungen, etwaige rechtliche Schutzlücken der Gemeinden mit einem Grundrechtsschutz zu füllen<sup>268</sup>, erscheint es doch bedenklich, wenn man diese Art von „Außenrechtsbeziehungen“ zwischen Staat und seinen rechtlich verselbständigten Untergliederungen mit einer grundrechtstypischen Gefährdungslage gleichsetzt. So liegt doch hier die Versuchung nahe, die Grundrechtsfähigkeit primär an die rechtliche Selbstständigkeit bzw. an die Rechtsfähigkeit zu knüpfen, was aber Art. 19 Abs. III GG widerspricht, der allein auf wesensmäßige Anwendbarkeit abstellt<sup>269</sup>.

Zu Recht weist in diesem Zusammenhang *Gersdorf* darauf hin, dass die Tatsache des Bestehens einer Außenrechtsbeziehung zwischen einzelnen Verwaltungsträgern für die Miteinbeziehung in den Grundrechtsschutz nicht ausreicht. Dies sei ein Zirkelschluss-Argument, da Außenrechtsbeziehungen die Folge, nicht aber dogmatische Grundlage für grundrechtliche Schutzansprüche seien<sup>270</sup>.

<sup>265</sup> BVerfGE 75, 192 (200); 68, 193 (207 f.); 61, 82 (100 f.)

<sup>266</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 222

<sup>267</sup> Ausführlich hierzu *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 197 m.w.N.

<sup>268</sup> Vgl. *Püttner*, Kommunalrecht Baden-Württemberg, Rn. 36

<sup>269</sup> Vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 191 f.

<sup>270</sup> *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 83 ff. u. S. 503

„Eingriffe“ und Konflikte zwischen verschiedenen staatlichen Funktionsträgern sind daher grundsätzlich Kompetenzkonflikte, die mit Hilfe der grundlegenden Organisationsbestimmungen der Verfassungen des Bundes und der Länder sowie der dazu ergangenen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu lösen sind<sup>271</sup>.

Dass die Gemeinden auch diesbezüglich keine wie auch immer begründete Sonderstellung einnehmen, wird schließlich auch durch die Sonderregelung der kommunalen Verfassungsbeschwerde in Art. 93 Abs. I Nr. 4b GG i.V.m. § 91 BVerfGG bestätigt, die ansonsten - für den Fall der Grundrechtsfähigkeit von Gemeinden - überflüssig wäre<sup>272</sup>. Eine Grundrechtsfähigkeit der Gemeinden scheidet daher regelmäßig aus.

## **7. Grundrechtsfähigkeit von gemeindlichen Unternehmen in privater Rechtsform**

Infolge von Privatisierungswellen und steigendem Privatisierungsdruck kam und kommt es in großem Umfang dazu, dass Gemeinden entweder selbst juristische Personen des Privatrechts gründen oder sich an solchen beteiligen. Hier sind - nicht zuletzt auch nach dem Maß der kommunalpolitischen Einflussnahme - zwei Konstellationen zu unterscheiden: zum einen die juristischen Personen des Privatrechts mit alleiniger Beteiligung der öffentlichen Hand. Diese lassen sich weiter in Eigengesellschaften - für den Fall, dass sich alle Kapitalanteile in der Hand einer einzigen Gemeinde befinden - und in gemischt-öffentliche Unternehmen - für den Fall, dass mehrere juristische Personen des öffentlichen Rechts (z.B. mehrere Gemeinden) beteiligt sind - untergliedern. Zum anderen die gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen, an denen die Gemeinden gemeinsam mit Privatpersonen Kapitalanteile halten. Insbesondere bei der letztgenannten Unternehmensform treten regelmäßig diffizile grundrechtliche Probleme auf.

### **a) Gemischt-öffentliche Unternehmen**

Im Fall der juristischen Personen des Privatrechts mit alleiniger Beteiligung der Gemeinden (Eigengesellschaften und gemischt-öffentliche Unternehmen) verneinen Schrifttum und Rechtsprechung zu Recht die Grundrechtsberechtigung. Würde man dieser Art von Unternehmen eine Grundrechtsberechtigung zukommen lassen, wäre es vom Willen der Gemeinde abhängig, ob sie mit der Entscheidung für eine rechtlich verselbstständigte, privatrechtlich organisierte Verwaltungseinheit, eine Grundrechtsberechtigung herbeiführt. Auch in dieser Konstellation steht im Hintergrund regelmäßig keine natürliche Person, die des Grundrechtsschutzes bedarf, sondern letztlich die grundrechtsunfähige juristische Personen der Gemeinde. Unternehmen dieser Art sind folglich legitimationsbedürftige demokratische Staatsgewalt<sup>273</sup>.

### **b) Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen**

Weitaus schwieriger und deshalb auch umstrittener gestaltet sich die Frage der Grundrechtsberechtigung bei juristischen Personen des Privatrechts, deren Anteile von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, also z.B. von einer oder mehreren

<sup>271</sup> Vgl. BVerfGE 21, 362 (368 ff.); 61, 82 (100 ff.)

<sup>272</sup> Dreier, in: *ders.*, GG, Art. 19 Rn. 41

<sup>273</sup> Vgl. BVerfG, NJW 1980, S. 1093; BVerfGE 45, 63 (79 f.); Jarass/Pieroth, GG, Art. 19 Rn. 15; Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 134 ff.; vgl. Gusy, JA 1995, S. 166 ff., S. 171; Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 237

Gemeinden, und gleichzeitig von Privatpersonen gehalten werden, den sog. gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen.

Bei dieser Unternehmensform begegnen sich zusammenwirkend, aus der Sicht der beteiligten privaten Anteilseigner, korporative, grundrechtlich legitimierte Freiheitsausübung und, aus der Sicht der staatlichen Anteilseigner, in privatrechtlicher Handlungs- und Organisationsform agierende, demokratisch legitimationsbedürftige Staatsgewalt<sup>274</sup>.

Im System der Trennung von öffentlicher und privater Wirtschaft, den unterschiedlichen Erscheinungsformen des gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens - von einer „Fast-Nicht-Beteiligung“ der öffentlichen Hand bis hin zu einer „Kaumwahrnehmbaren-Beteiligung“ privater Anteilseigner - sowie der hinzukommenden, möglichen Dynamik dieser Beteiligungsverhältnisse erscheint das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen als zwittriges „Chamäleon“, da es weder mit den Maßstäben des Verwaltungsrechts, noch mit den Maßstäben des Privatrechts voll zu bewältigen ist und damit befriedigende Lösungen schwierig macht<sup>275</sup>.

Während die herrschende Meinung im Schrifttum den gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen Grundrechtsschutz wie Privatunternehmen zukommen lässt<sup>276</sup>, versagt die Rechtsprechung mit Teilen des Schrifttums dagegen den Grundrechtsschutz bei beherrschendem Einfluss der staatlichen Anteilseigner<sup>277</sup>.

Soweit ersichtlich hat sich das Bundesverfassungsgericht zu dieser Konstellation bislang nur einmalig in einem Kammerbeschluss, namentlich im Fall der überregional tätigen *Hamburgerischen Electricitätswerke AG (HEW)*, an der die Stadt Hamburg ca. 72 % der Anteile hielt und der Rest von privaten Anteilseigner gehalten wurde, geäußert<sup>278</sup>.

Neben dem Umstand der Wahrnehmung von Aufgaben der gesetzlich zugewiesenen Daseinsvorsorge und der starken Bindung durch das EnWG a.F. hat das Bundesverfassungsgericht dem Stromversorger, wegen der mit ca. 72 % Beteiligung vorliegenden Möglichkeit der beherrschenden Einflussnahme, die Grundrechtsberechtigung versagt.

Die Probleme derartiger Gemengelagen liegen auf der Hand. Da meist nicht auf starre Beteiligungsgrenzen und Sperrminoritäten abgestellt wird, sondern auf das Vorhandensein eines beherrschenden Einflusses der öffentlichen Hand<sup>279</sup>, bleiben die Differenzierungskriterien letztlich oftmals diffus, praktisch nicht handhabbar und führen damit zu einem Verlust an Rechtssicherheit.

So ist schwer festzumachen, ab welchem Beteiligungsgrad - ganz abgesehen von den flexibel gestaltbaren Beteiligungsverhältnissen - ein maßgeblicher Einfluss vorliegt. Eine Erstreckung der Grundrechtsberechtigung ließe sich wohl schwer auf klar umgrenzte Ausnahmen festlegen, so dass ein uferloses Ausfransen der wohlbegründeten Doktrin, nach der der Staat nicht allein durch die Wahl einer bestimmten Organisati-

---

<sup>274</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 136 ff.

<sup>275</sup> Schoch, DÖV 1976, S. 441 ff., S. 447; vgl. Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 239

<sup>276</sup> Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 234 f.; Moraing, in: Zur Reform des Gemeindefirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 64 m.w.N.; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 120 f.; Gusy, JA 1995, S. 166 ff., S. 171; Jarass/Pieroth, GG, Art. 19 Rn. 15; Jarass, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 30; Stern, Staatsrecht III/1, § 71 VII 6; vgl. Selmer, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 75 ff., S. 79 m.w.N.

<sup>277</sup> BVerfG, NJW 1990, S. 1783; Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 136 ff., S. 504; Kluth, Wi-Verw 2000, S. 184 ff., S. 195 f.; Grawert, Kommunale Wirtschaftsberätigung im Wettbewerb, in: Kommunen am Markt, S. 9 ff., S. 11

<sup>278</sup> BVerfG, NJW 1990, S. 1783

<sup>279</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 161 f.

onsform Grundrechtsträger werden kann, zu befürchten wäre<sup>280</sup>. Andererseits sind Begriffe wie Kapitalmehrheit und bestimmender Einfluss dem Gesetzgeber nicht fremd<sup>281</sup> und zur Ermittlung dieses Einflusspotentials stünde das Instrumentarium des Aktienrechts<sup>282</sup> einschließlich der diesbezüglichen Rechtsprechung und des diesbezüglichen Schrifttums zur Verfügung<sup>283</sup>. Nicht zuletzt wird auch durch die *Transparenzrichtlinie*<sup>284</sup> eine Offenlegung und eine Überprüfbarkeit der finanziellen Beziehungen zwischen Staat bzw. Gemeinden und Unternehmen betrieben<sup>285</sup>.

Während es das Erfordernis der demokratischen Legitimation der öffentlichen Hand von Verfassungen wegen verbietet, sich einem beherrschenden Einfluss Privater zu unterwerfen und die ununterbrochene demokratische Legitimationskette zu durchtrennen<sup>286</sup>, verpflichtet es damit positiv die öffentliche Hand durch ihre Kapital- und Stimmrechtsanteile einen bestimmenden Einfluss auf die Unternehmenspolitik auszuüben<sup>287</sup>. Dies hätte zumindest nach Auffassung der Rechtsprechung die Grundrechtsunfähigkeit des gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens zur Folge, wodurch jedoch die Grundrechte der privaten Anteilseigner leer zu laufen drohen.

Diese privaten Minderheitsaktionäre werden jedoch zum einen durch die Grundsätze des Konzernrechts hinreichend geschützt, wenn die öffentlich-rechtlichen Anteilseigner in einer Weise auf das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen Einfluss nehmen, die ihren wirtschaftlichen Interessen zuwiderlaufen. Selbst wenn der grundrechtliche Schutz der privaten Anteilseigner hinter dem üblichen Standard zurückbleiben sollte, rechtfertigt dies noch nicht eine Einbeziehung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen in den Grundrechtsschutz. Dieser würde dann allein auf Billigkeitserwägungen beruhen und nicht auf einer dogmatisch tragfähigen Begründung, die mit dem anthropozentrischen Zuweisungsgehalt des Art. 19 Abs. III GG korrespondiert<sup>288</sup>.

Zum anderen genießt das von privaten Anteilseignern eingebrachte Kapital zwar keinen Grundrechtsschutz über die juristische Person, dies stellt aber keinen totalen Grundrechtsausschluss für den privaten Anteilseigner dar, da er hinsichtlich seines eingebrachten Kapitals weiterhin umfassenden Grundrechtsschutz genießt. So ist anerkannt, dass auch Aktien und Beteiligungsrechte Gegenstand des Eigentumschutzes nach Art. 14 GG sind<sup>289</sup>. Der Nachteil des Entfallens eines doppelten grundrechtlichen Schutzes nach Art. 14 GG – der Schutz des Eigentums am Anteil einer-

<sup>280</sup> Vgl. Dreier, in: *ders.*, GG, Art. 19 Abs. III Rn. 50

<sup>281</sup> Vgl. § 65 Abs. III S. 1 BHO; § 53 Abs. I HGGrG; § 17 AktG; § 116a Abs. IV Nr. 2 NdsGO (aufgehoben); vgl. § 116 Abs. I Nr. 7 NdsGO

<sup>282</sup> Vgl. §§ 16, 17 AktG

<sup>283</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 162 ff.; Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 41

<sup>284</sup> RL der Kommission vom 25.6.1980 (80/723/EWG) über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, Amtsbl. L 195/35

<sup>285</sup> Vgl. hierzu Soukup, in: Brede, Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 93 ff.

<sup>286</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 157 ff. u. S. 504

<sup>287</sup> Vgl. hierzu auch § 103 BWGO und § 108 Abs. I NWGO, hiernach darf die Gemeinde ein wirtschaftliches Unternehmen in der Rechtsform des privaten Rechts nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn sie einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens, erhält; vgl. *Cosson*, DVBl 1999, S. 891 ff., S. 897; *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für *Blümel*, S. 119 ff., S. 131; *Otto*, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, S. 21

<sup>288</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 149 f.

<sup>289</sup> Gleichwohl ist aber strittig, ob in diese Eigentumspositionen auch eingegriffen wird, wenn gegenüber der Gesellschaft belastende Regelungen erlassen werden, vgl. *Jarass*, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 29

seits und der Schutz des (Teil-)Eigentums am Institut Gewerbebetrieb andererseits - ist daher hinzunehmen<sup>290</sup>.

Zudem ist zu erwägen, ob private Anteilseigner nicht wissen können oder könnten, dass sie ihre Grundrechte hier mittels Kapital nicht übertragen können. Dies dürfte wohl aber in die umstrittenen Fragen der Zulässigkeit eines Grundrechtsverzichts und in die Frage der Zumutbarkeit eines solchen Wissens, in Anbetracht der komplexen und oftmals nicht sehr transparenten Beteiligungsverhältnisse und Steuerungsmechanismen, münden. Schließlich könnte der partielle Grundrechtsverlust auch potentielle Vorteile durch die Beteiligung der öffentlichen Hand wie Liquidität, Know-how, Informationsvorsprünge und höhere Kundenakzeptanz durch Vertrauensvorschuss zur Folge haben<sup>291</sup>.

Trotz dieser eventuellen Kompensationen und der Tatsache der nicht völligen grundrechtlichen Rechtlosstellung, kann der partielle Grundrechtsverlust der privaten Anteilseigner aber kaum zufrieden stellen.

Der Konflikt erscheint vielmehr nicht befriedigend lösbar. Pauschalierende Lösungen, wie generelle Grundrechtsfähigkeit oder Grundrechtsunfähigkeit, bergen wie immer die Gefahr, dass bei der Mannigfaltigkeit der Erscheinungsformen gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen Ungleiches in einen Topf geworfen wird.

Versagt man die Grundrechtsfähigkeit der gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen generell, beschneidet man zumindest partiell die Grundrechte der privaten Anteilseigner. Spricht man dagegen diesen Unternehmen generell Grundrechtsfähigkeit zu, knüpft man in unzulässigem Maße an die Rechtsform an und fördert eventuell einen „run“ auf gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, da es die Gemeinde dann mehr oder weniger in der Hand hätte, sich durch die Wahl einer privaten Rechtsform bzw. durch die Hereinnahme privater Anteilseigner Grundrechtsschutz zu verschaffen bzw. die Grundrechtsbindung zu relativieren. Differenzierte Lösungen anhand des bestimmenden Einflusses sind dagegen mit dem Nachteil der mangelnden Rechtssicherheit behaftet.

Schlussendlich ist jedoch auch bei Einbußen von Rechtssicherheit eine differenzierte Lösung anhand des bestimmenden Einflusses zu bevorzugen. Zugeständnisse an die Rechtssicherheit erscheinen noch am ehesten vertretbar, kann es doch für die Frage der Grundrechtsfähigkeit weder auf die Unsicherheit einer Grenzziehung im Einzelfall, noch auf die gewählte rechtliche Handlungsform ankommen<sup>292</sup>. Grundrechtsdogmatisch bleibt auch hier Art. 19 Abs. III GG, also die wesensmäßige Anwendbarkeit bzw. das personale Substrat, alleiniges Bemessungskriterium, indem einzig und allein darauf abzustellen ist, ob bzw. inwieweit das Unternehmen von privater oder von öffentlicher Hand bestimmt wird.

Die Gemeinden können sich damit auch bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung grundsätzlich nicht wie private Unternehmen auf die Grundrechte, insbesondere auf die Art. 12 GG und Art. 14 GG, berufen. Wie *Dürig* zutreffend bemerkte, ist es eben nicht immer dasselbe, wenn zwei dasselbe tun<sup>293</sup>.

Als Grundlage eines Schutzes für die wirtschaftliche Betätigung kommt daher nur Art. 28 Abs. II GG in Frage. Für den Sonderfall der gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen mit gemeindlicher Beteiligung kommt dagegen ausnahmsweise ein Grundrechtsschutz in Betracht, wenn der Gemeinde oder den Gemeinden kein be-

---

<sup>290</sup> Vgl. *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 179 u. S. 267; vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 245 f.

<sup>291</sup> Vgl. *Kluth*, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 195; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 179

<sup>292</sup> Vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 241 f.

<sup>293</sup> *Dürig*, in: *Maunz/ Dürig/ Herzog/ Scholz*, GG, Art. 19 Abs. III Rn. 45

stimmender bzw. beherrschender Einfluss auf das Unternehmen zukommt. Da die öffentliche Hand und damit auch die Gemeinden aber aus dem Gebot der demokratischen Legitimation zu solch einem beherrschenden bzw. bestimmenden Einfluss regelmäßig verpflichtet sind, werden diese Konstellationen regelmäßig zu vernachlässigen sein. Einfachgesetzlich positiviert kommt das Gebot der demokratischen Legitimation oftmals bereits in den Gemeindeordnungen zum Ausdruck, indem dort ein angemessener Einfluss der Gemeinde auf das privatrechtliche organisierte Unternehmen gefordert wird.

Die Frage nach der Grundrechtsfähigkeit gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen mit gemeindlicher Beteiligung ist jedoch, zumindest im Zusammenhang mit der Untersuchung der rechtlichen Grenzen gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, nur von untergeordneter Bedeutung.

Selbst wenn man von einer prinzipiellen Grundrechtsfähigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts ausgeht, führt dies nicht zu einem Kompetenzzuwachs des Staates und seiner Untergliederungen. Eine solche Grundrechtsberechtigung wäre allenfalls in der Lage, im Rahmen von bestehenden Kompetenzen zum Tragen zu kommen. Sie könnte gegebenenfalls auch hoheitliche Kompetenzen abstützen, würde aber ihre Wirkung nur in den Außenrechtsbeziehungen, also zwischen einzelnen Verwaltungsträgern, entfalten, ohne dabei die Grundrechtsbindung des Staates gegenüber den Bürgern nach Art. 1 Abs. III GG zu beseitigen. Einer kompetenzunabhängigen, ausufernden wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand würde somit selbst eine Grundrechtsberechtigung der öffentlichen Hand in Ermangelung von Kompetenzzuwächsen keinen Weg bereiten<sup>294</sup>. Die Grundrechte könnten auch in diesem Fall nicht von staatsdisziplinierenden Freiheitsrechten zu staatslegitimierenden Freiheitsrechten mutieren, die eine Umgehung der Kompetenzvorschriften ermöglichen würden<sup>295</sup>.

## 8. Grundrechtsbindung der Gemeinde und ihrer Unternehmen

Die Grundrechtsbindung beantwortet die Frage, wer durch die Grundrechte verpflichtet bzw. gebunden wird. Sie ist damit wesentliche Voraussetzung für eine Aktivierung der Wirtschaftsgrundrechte gegenüber der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit. Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist Art. 1 Abs. III GG nach dem die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden.

Die Grundrechtsbindung erstreckt sich dabei nach heute überwiegender und zutreffender Auffassung auf alle Erscheinungsformen staatlicher Gewalt, einschließlich des staatlichen Handelns in Privatrechtsform. Damit muss grundsätzlich auch die wirtschaftliche Betätigung des Staates, unabhängig von der Organisations- oder Handlungsform, an die Grundrechte gebunden sein<sup>296</sup>. Auch hier ist „keine Flucht ins

<sup>294</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 88; v. Mutius, in: Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. III Rn. 103 f.

<sup>295</sup> v. Mutius, in: Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. III Rn. 105; vgl. Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 88 f.; vgl. Erichsen, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 13 f. m.w.N.; Bettermann, NJW 1969, S. 1321 ff., S. 1326; vgl. Otting, Steuerungsmodell, S. 166; Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 162; Dürig, in: Maunz/ Dürig/ Herzog/ Scholz, GG, Art. 19 Abs. III Rn. 40

<sup>296</sup> Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 212; v. Arnim, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 60 f.; Maurer, Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 10; Otting, Steuerungsmodell, S. 154; Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 212 f.; Dreier, in: ders., GG, Art. 1 Abs. III Rn. 50; Pieroth/ Schlink, Grundrechte, Rn. 169; Höfling, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 94 ff.; Stern, Staatsrecht III/1, § 74 IV 5; Jarass/ Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 28; a.A. BGHZ 36, 91 (95); Ronellenfitsch, in: Isensee/ Kirchhof,

Privatrecht<sup>297</sup> möglich, denn „die öffentliche Verwaltung bleibt auch dann Verwaltung, wenn sie wirtschaftet“<sup>298</sup>. Zwar charakterisiert der Gesetzgeber die gemeindliche Wirtschaft mitunter wie die Privatwirtschaft, er löst sie aber nicht aus dem Zuständigkeitszusammenhang, wie ihn Art. 28 Abs. II GG vorgibt, heraus. Auch die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung ist lediglich ein Modus der Verwaltung<sup>299</sup> und damit grundrechtsgebunden.

Auch Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 1 Abs. III GG streiten für eine umfassende Bindung der öffentlichen Gewalt in all ihren Erscheinungsformen, was durch den systematischen Zusammenhang mit dem korrespondierenden Art. 20 Abs. III GG bestärkt wird<sup>300</sup>.

Dem Einwand, der Staat handele ja gerade nicht staatlich, sondern geriere sich auf der gleichen Ebene wie der Bürger und sei deshalb auch gleich zu behandeln, ist zu entgegnen, dass dies nichts an der Schutzbedürftigkeit des betroffenen Bürgers zu ändern vermag. Dieser kann durch privatrechtliche staatliche Handlungsformen genauso in seinen Grundrechten betroffen sein wie durch hoheitliches Handeln. Auch die diesen Gegebenheiten Rechnung tragende, schleichende Veränderung des Blickwinkels im grundrechtlichen Bereich - weg von den unterschiedlichen staatlichen Handlungsformen, hin zu den Auswirkungen beim Bürger, worauf noch im Zusammenhang mit dem modernen Eingriffsverständnis einzugehen sein wird - spricht für eine umfassende Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand in all ihren Erscheinungsformen, so dass auch eine Grundrechtsgebundenheit der Gemeinden und ihrer Unternehmen angenommen werden muss<sup>301</sup>.

Fraglich ist jedoch auch hier wieder die Positionsbestimmung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen. Wie oben bereits festgestellt kommt gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen nur dann Grundrechtsschutz zu, wenn sie nicht von der öffentlichen Hand beherrscht werden. Da davon auszugehen ist, dass die strittige Grundrechtsverpflichtung einerseits und die strittige Grundrechtsberechtigung andererseits nur die Kehrseiten derselben Medaille sind<sup>302</sup>, liegt der Gegenschluss nahe, bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen, die sich durch eine Beherrschung durch die öffentliche Hand auszeichnen - hier also bei einer gemeindlichen Mehrheitsbeteiligung - eine Bindung an die Grundrechte anzunehmen<sup>303</sup>.

Diese Lösung korrespondiert damit zum einen mit der oben gefundenen Lösung der Frage nach der Grundrechtsberechtigung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen und zum anderen auch mit dem Umstand, dass sich Grundrechtsberechtigung und

HBdStR Band III, § 84 Rn. 46 ff.; *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 93 u. S. 119; *Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 176

<sup>297</sup> Begriff wohl zurückgehend auf *Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 326

<sup>298</sup> *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 504; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 135; *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 56; *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für *Blümel*, S. 119 ff., S. 129; VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 992

<sup>299</sup> *Grawert*, Kommunale Wirtschaftsbetätigung im Wettbewerb, in: Kommunen am Markt, S. 9 ff., S. 12

<sup>300</sup> Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 164 f.; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 1 Rn. 28; *Stern*, Staatsrecht III/1, § 74 IV 5

<sup>301</sup> *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 28 f.; v. *Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 60 f.; *Gusy*, JA 1995, S. 166 ff., S. 171; vgl. *Krölls*, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 283 f.; *Hösch*, WiVerw 2000, S. 159 ff., S. 177; *Sodan*, DÖV 2000, S. 361 ff., S. 371; *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 58; *Otting*, Steuerungsmodell, S. 154

<sup>302</sup> *Selmer*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 75 ff., S. 79

<sup>303</sup> So BGHZ 91, 84 (97 f.); *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 157 ff.; *Kluth*, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 194; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 1 Rn. 29; *Stern*, Staatsrecht III/1, § 74 IV 5; a.A. *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 28 f.

Grundrechtsbindung zumindest grundsätzlich nur schwer miteinander vereinbaren lassen<sup>304</sup>.

Auffassungen, die auch bei einer (gemeindlichen) Mehrheitsbeteiligung bzw. allein aufgrund der privaten Rechtsform des gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens einen Wegfall der Grundrechtsbindung vertreten führen an, dass ja die Bindung des öffentlichen Anteilseigners bestehen bleibe. Dieser sei ferner verpflichtet, von seinen Beteiligungsrechten entsprechend der gemeindlichen Einwirkungspflicht in grundrechtskonformer Weise Gebrauch zu machen, so dass es auch in diesen Fällen nicht zu einer Umgehung der staatlichen Grundrechtsbindung kommen könne<sup>305</sup>. Dies lässt jedoch – wie bereits oben bei der Frage nach der Grundrechtsberechtigung ausgeführt – unberücksichtigt, dass sich private Anteilseigner regelmäßig bewusst, die Vorteile öffentlicher Unternehmen nutzend, beteiligen, so dass die ungewollte Grundrechtsbindung für privater Anteilseigner hinzunehmen ist<sup>306</sup>.

## II. Grundrechtsschutz privater Unternehmer

Nachdem festgestellt wurde, dass sich die Gemeinde auch hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Betätigungen nicht auf grundrechtlichen Schutz berufen kann, sondern vielmehr grundrechtsgebunden agiert, ist nun zu untersuchen, inwieweit sich die Wirtschaftsgrundrechte privater Unternehmen, also insbesondere die Art. 12 GG, Art. 14 GG und Art. 2 GG, gegen eine gemeindliche Wirtschaftsbetätigung in Stellung bringen lassen und damit die gemeindliche Wirtschaft begrenzen können.

Dabei gilt es sich noch einmal ausgangsweise in Erinnerung zu rufen, dass es die privaten Unternehmen nach den bereits untersuchten verfassungsrechtlichen Begrenzungen grundsätzlich hinnehmen müssen, wenn sich die öffentliche Hand, und damit auch die Gemeinde, zu einer wirtschaftlichen Betätigung entschließt.

### 1. Art. 12 Abs. I GG

#### a) Schutzbereich

Art. 12 GG schützt im Hinblick auf den einheitlichen Lebensvorgang als einheitliches Grundrecht<sup>307</sup> die Freiheit der Berufswahl und die Freiheit der Berufsausübung. Das Verhalten der privaten Unternehmer im Wettbewerb ist dabei, soweit es sich im erlaubten Rahmen vollzieht, als Teil der Unternehmer- bzw. Gewerbebefreiheit, Bestandteil der Berufsausübung und damit vom Schutzbereich erfasst<sup>308</sup>. Mit einem konkurrierenden Betrieb von gemeindlichen Unternehmen könnte die Gemeinde den Schutzbereich des Art. 12 GG tangieren.

<sup>304</sup> Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 196

<sup>305</sup> Vgl. Ehlers, Gutachten E, S. 39 f.; Dreier, in: ders., GG, Art. 1 Abs. III Rn. 52; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 119, u. S. 234

<sup>306</sup> Vgl. Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 195

<sup>307</sup> BVerfGE 7, 377 (400 ff.); 95, 193 (214)

<sup>308</sup> BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137); 50, 290 (363 f.); 82, 209 (223 f.); 97, 67 (83); BVerfGE 87, 37 (39); 89, 281 (283); Pjeroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 814; Sodan, DÖV 2000, S. 361 ff., S. 363; Schliesky, DVBl 1999, S. 78 ff., S. 82 m.w.N.

### aa) Schutzbereichsbegrenzung durch Rechtsprechung und Teile des Schrifttums

Durch die Rechtsprechung und durch Teile des Schrifttums<sup>309</sup> ist jedoch eine Schutzbereichseingrenzung dahingehend vorgenommen worden, dass Art. 12 GG und Art. 14 GG nicht vor Konkurrenz und auch nicht vor Konkurrenz der öffentlichen Hand schützen sollen<sup>310</sup>.

Das Hinzutreten des Staates stelle lediglich eine weitgehend systemimmanente Verschärfung des Wettbewerbs dar, vor dem Art. 12 GG nicht schütze<sup>311</sup>. Eine Grundrechtsbeeinträchtigung liege erst bei einem Verdrängungswettbewerb oder bei Monopolisierungstendenzen vor, also lediglich für den Fall, dass die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde jede private Konkurrenz unmöglich mache und nicht nur die Erwerbschancen anderer Unternehmen verringere<sup>312</sup>. Eine Schutzbereichsberührung liege demnach also dann nicht vor, wenn sich die gemeindlichen Unternehmen wie private Unternehmen am Wettbewerb beteiligen und sich marktkonform verhalten würden<sup>313</sup>.

Unlautere Verhaltensweisen staatlicher Wirtschaftsunternehmen seien genauso wie unlautere Verhaltensweisen privater Unternehmen durch das Wettbewerbsrecht reglementiert. Einen Rückgriff auf grundrechtliche Schutzmechanismen bedürfe es grundsätzlich nicht.

Dies wird von der Rechtsprechung und Teilen des Schrifttums wie folgt begründet: Art. 12 Abs. I GG biete in seiner Funktion als primäres Abwehrrecht des Bürgers gegenüber dem Staat keinen Schutz vor privater wirtschaftlicher Konkurrenz<sup>314</sup>. Konkurrenz sei ein immanentes Prinzip des Wettbewerbs. Erst die konkurrierende Ausübung der Berufsfreiheit durch unabhängige Grundrechtsträger begründe ein Wettbewerbsverhältnis, das als natürliche Folge der parallel-identisch in Anspruch genommenen grundrechtlichen Freiheiten entstehe. Auch ein neu hinzutretender privater Konkurrent könne sich ebenso auf die Wettbewerbsfreiheit berufen wie ein bereits alteingesessener privater Konkurrent. Dies gelte zwar nicht für den Staat, der sich ja nicht auf Grundrechte berufen könne, aber diese gewollte Wettbewerbsfreiheit, durch die jedem privaten Unternehmern das gleiche Maß an grundrechtlicher Freiheit zukomme, mache deutlich, dass es keine verfassungsrechtliche Sicherung von Geschäftsumfang, Kundenstamm sowie von Gewinn- oder Umsatzerwartungen geben könne, da sich diese ja typischerweise durch neu hinzutretende Konkurrenten

---

<sup>309</sup> Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 494; wohl auch Kluth, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 23 ff., S. 28; ders., WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 200; Pieroth/Hartmann, DVBl 2002, S. 421 ff., S. 423 f.; Schmal, LKV 2000, S. 47 ff., S. 51; Dickersbach, WiVerw 1983, S. 187 ff., S. 208 f.; Meyer, LKV 2000, S. 321 ff., S. 322; Otting, Steuerungsmodell, S. 157; vgl. Wieland, in: Dreier, GG, Art. 12 Abs. I Rn. 82 f.; Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 280; Moraing, in: Zur Reform des Gemeindefinanzrechts, S. 41 ff., S. 48 f.; Lindner, DÖV 2003, S. 185 ff., S. 192

<sup>310</sup> BVerwGE 39, 329 (336 f.)

<sup>311</sup> BVerwGE 71, 183 (193); 39, 329 (336); VGH Kassel, DÖV 1996, S. 476 f., S. 477

<sup>312</sup> BVerwG, DÖV 1978, S. 851 f.; BVerwG, DÖV 1996, S. 250 f.; BVerwGE 39, 329 (337)

<sup>313</sup> Hösch, WiVerw 2000, S. 159 ff., S. 177 f.; Otting, Steuerungsmodell, S. 156 f.; Dickersbach, WiVerw 1983, S. 187 ff., S. 208 f.

<sup>314</sup> BVerfGE 55, 261 (261 f.); 94, 372 (395 ff.)

verändern würden. Lediglich die abstrakte Möglichkeit der unternehmerischen Betätigung sei geschützt<sup>315</sup>.

Letztlich werde auch durch den Hinzutritt von staatlicher Wirtschaftskonkurrenz nur eine Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdrucks erreicht, wie er auch durch den Markteintritt oder die Expansion eines privaten Marktteilnehmers bewirkt werde. Diese Verstärkung des Konkurrenzdrucks sei, egal ob von privater oder staatlicher Seite, als systemimmanent hinzunehmen.

## bb) Kritik der Schutzbereichsbegrenzung

Diese wie „Felsen in der Brandung“<sup>316</sup> stehenden Hürden der Rechtsprechung werden jedoch zu Recht in zunehmendem Maße vom Schrifttum<sup>317</sup> kritisiert. Zugleich wird gefordert, die hierdurch begründeten engen Voraussetzungen eines grundrechtlichen Abwehranspruchs (sub signo „Fiskusabwehranspruch“) zu lockern, denn die Aussage des Bundesverwaltungsgerichts, dass Art. 12 Abs. I GG auch nicht vor Konkurrenz der öffentlichen Hand schütze, sei „ebenso einprägsam wie unzutreffend“<sup>318</sup>. Art. 12 Abs. I GG sei hierdurch ein „stumpfes Schwert“<sup>319</sup> geworden.

Dem ist zuzustimmen. Zum einen ist grundrechtsdogmatisch zu bezweifeln, ob mit diesen Aussagen der Rechtsprechung wirklich Schutzbereichsbegrenzungen getroffen wurden. Es mag nur schwer einleuchten, den Schutzbereich durch die grundsätzlich irrelevante staatliche Wirtschaftsteilnahme als nicht berührt zu sehen, um dann aber für den Fall des Verdrängungswettbewerbs oder von Monopolisierungstendenzen, also dem Fall einer intensiven Beeinträchtigung, auf einmal doch einen zwangsläufig den Schutzbereich berührenden, relevanten Eingriff anzunehmen. Vielmehr erscheint es sinnvoller, diese Aussagen als Anforderungen hinsichtlich der erforderlichen Eingriffsintensität oder gar als Fragen der Rechtfertigung zu bewerten, da nicht die Schutzbereichsdefinition eines Grundrechtes am Maßstab der Intensität zu messen ist, sondern der Eingriff<sup>320</sup>.

Auch inhaltlich wird zu Recht eingewandt, dass die Hürden der Rechtsprechung zu hoch seien, da es privaten Konkurrenten in der Tat kaum je gelingen dürfte nachzuweisen, dass ein unerträgliches Maß der Einschränkung durch die staatliche Wirtschaftsteilnahme vorliegt<sup>321</sup>.

<sup>315</sup> BVerfGE 7, 377 (408); 24, 236 (251); 34, 252 (256); BVerwGE 71, 183 (193); *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 155

<sup>316</sup> *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für *Blümel*, S. 119 ff., S. 134

<sup>317</sup> *Ehlers*, Jura 1999, S. 212 ff., S. 217; *ders.*, Gutachten E, S. 41; *Frenz*, DÖV 2000, S. 802 ff., S. 809; *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für *Blümel*, S. 119 ff., S. 134 f.; *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 399; *Krölls*, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 283; *Pielow*, NWVB 1999, S. 369 ff., S. 375 f.; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 88 ff.; *Schneider*, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1255; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 138; *Sodan*, DÖV 2000, S. 361 ff., S. 371; *Darsow*, LKV 2002, S. 1 ff., S. 4; *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 261; *ders.*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 2 f.; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 160 f.; *Tettinger*, NJW 1998, S. 3473 f., S. 3474; *ders.*, DVBl 1999, S. 679 ff., S. 686; vgl. *Ronellenfisch*, in: *Isensee/Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 35; *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 445; *Koch*, Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, S. 431

<sup>318</sup> *Ehlers*, Gutachten E, S. 40

<sup>319</sup> *Dolde*, ZHR 2002, S. 515 ff., S.

<sup>320</sup> Vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 163; zur Vermengung von Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung auch *Ehlers*, Gutachten E, S. 41; vgl. *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 58; vgl. *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 90; vgl. *Koch*, Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, S. 431

<sup>321</sup> *Frenz*, DÖV 2000, S. 802 ff., S. 808; *Cosson*, DVBl 1999, S. 891 ff., S. 896; *Ulmer*, ZHR 1982, S. 466 ff., S. 505; *Dreher*, ZIP 2002, S. 1648 ff., S. 1651

Der Grundfehler dieser apodiktisch wiederholten Äußerungen der Rechtsprechung liegt aber in der Gleichsetzung von privater und staatlicher Konkurrenz und der damit einhergehenden Verkennung der sich hieraus ergebenden grundrechtsdogmatischen Unterschiede.

Während sich die privaten Unternehmer für Marktzugang und Marktverhalten auf ihre Grundrechte berufen können und insoweit konkurrierend ihre Grundrechte ausüben, ist dies der öffentlichen Hand in Ermangelung einer Grundrechtsberechtigung eben gerade nicht möglich. Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand erfolgt kompetenzgebunden und auf Ermächtigungsgrundlagen angewiesen, die ihr erst den Markt der Grundrechtsträger erschließen. Die privaten Unternehmen dagegen handeln frei und durch die Grundrechte legitimiert. *Grawert*<sup>322</sup> spricht insoweit zutreffend von typischen, geborenen Wirtschaftsobjekten, die ihr Dasein dem Erwerbsleben verdanken. Genau diesen Unterschied verkennt aber die Rechtsprechung, wenn sie ihre - an der Zulassung und Ausübung privater Unternehmen zum Markt - entwickelten Grundsätze auch auf die hier zu untersuchende Konstellation des Marktzutritts und Marktverhaltens eines Unternehmens der öffentlichen Hand überträgt<sup>323</sup>.

Die Gleichsetzung dieser unterschiedlichen Konstellationen erscheint zunächst bereits im Hinblick auf das nicht zu unterschätzende Konfliktpotential der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand unangemessen.

Mögen die Steuerprivilegien öffentlicher Unternehmen mittlerweile auch weitgehend abgeschafft worden sein<sup>324</sup> und öffentliche Unternehmen, nicht zuletzt durch gemeinschaftsrechtlichen Druck, in zunehmendem Maße generell von einer gezielten staatlichen Privilegierung ferngehalten werden, verbleiben doch immer noch eine nicht zu unterschätzende Anzahl von gesetzlichen Fiskusprivilegien und sog. natürlichen Wettbewerbsvorteilen<sup>325</sup> wie die (zugegebenermaßen immer schwächer werdende) Finanzkraft, die Konkursunfähigkeit, vollstreckungsrechtliche Vorteile, Vertrauensvorschuss in der Bevölkerung und Informationsvorsprünge. Diese Umstände lassen eine völlige Gleichsetzung, aufgrund der mangelnden Chancengleichheit zwischen privater und öffentlicher Konkurrenz, fragwürdig bzw. unangemessen erscheinen<sup>326</sup>.

Die öffentlichen Unternehmen sind damit kein Unternehmen wie jedes andere (private) Unternehmen auch, so dass die Zulassung einer öffentlichen Konkurrenzwirtschaft eben nicht nur eine systemimmanente, hinzunehmende Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdrucks darstellt, sondern oftmals eine Wettbewerbsverzerrung, eine qualitative Veränderung der marktwirtschaftlichen Struktur<sup>327</sup>.

<sup>322</sup> Vgl. *Grawert*, Kommunale Wirtschaftsbeschäftigung im Wettbewerb, in: *Kommunen am Markt*, S. 9 ff., S. 29

<sup>323</sup> *Selmer*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 75 ff., S. 80 f.; vgl. *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 58; *Krölls*, *GewArch* 1992, S. 281 ff., S. 282; *Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 524; vgl. *Sodan*, *DÖV* 2000, S. 361 ff., S. 371; vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 161; vgl. *Koch*, Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, S. 430

<sup>324</sup> Vgl. *Püttner*, Rechtliche Vorgaben für kommunale Unternehmen: Bremse oder Wettbewerbsvorteil?, in: *Kommunale Wirtschaft im Wandel - Chancen und Risiken*, S. 27 ff., S. 28; *Köhler*, *WRP* 1999, S. 1205 ff., S. 1212; vgl. *Otting*, Steuerungsmodell, S. 164; a.A. wohl *Löwer*, *VVDStRL* 60 (2001), S. 445

<sup>325</sup> *Löwer*, *VVDStRL* 60 (2001), S. 445, spricht insoweit von „eingestifteten“ Vorteilen.

<sup>326</sup> Vgl. *Hill*, *BB* 1997, S. 425 ff., S. 426; *Berg*, *WiVerw* 2000, S. 141 ff., S. 152; vgl. *Ehlers*, *Gutachten E*, S. 66

<sup>327</sup> Vgl. *Pielow*, *NWVB* 1999, S. 369 ff., S. 375; vgl. *Selmer*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 75 ff., S. 81; vgl. *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 65; *Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 523

Zwar können sich in der Tat auch private Unternehmen unter Ausnutzung unlauterer Vorteile in den Konkurrenzkampf begeben, dem Staat kommt jedoch bereits ohne die Ausnutzung von unlauteren Vorteilen durch die genannten natürlichen Vorteile sowie durch das zusätzlich begünstigende und beschränkte unternehmerische Risiko ein wettbewerblicher Vorsprung zu. Die Nutzung dieser staatspezifischen Vorteile ist somit hinsichtlich der Grundrechtsrelevanz durchaus von der unlauteren Wettbewerbsbeteiligung Privater qualitativ zu unterscheiden<sup>328</sup>.

Darüber hinaus bestätigen die bei einer Gleichsetzung entstehenden Widersprüche, dass eine Gleichsetzung von staatlicher und privater Konkurrenz nicht gerechtfertigt ist.

So hadert eine Gleichsetzung zum einen mit der Tatsache, dass dem Staat ein Verdrängungswettbewerb verboten ist, während dem privaten Unternehmer als Grundrechtsträger grundsätzlich auch die ruinöse Ausschaltung von Konkurrenten<sup>329</sup> als geschützte Freiheitsentfaltung erlaubt ist<sup>330</sup>.

Zum anderen führt die staatliche Ausgangssituation, die sich durch die fehlende grundrechtliche Legitimation und die kompetenzgebundene Abhängigkeit von Ermächtigungsgrundlagen charakterisiert<sup>331</sup>, dazu, dass der Staat in all seinen Erscheinungsformen immer nur die Funktion hat, den Menschen und ihrer Freiheit zu dienen. Nicht zuletzt aufgrund der Gemeinwohlbindung ist es ihm dagegen verwehrt, unabgeleitete, ursprüngliche Freiheit zur Beliebigkeit in Anspruch zu nehmen<sup>332</sup>.

Auch aus Art. 28 Abs. II GG ergibt sich hinsichtlich der Gemeinden nichts anderes. Wäre dies der Fall, würde diese Gleichsetzung zu merkwürdigen Konsequenzen führen. Zwar ist im Rahmen des Art. 12 GG nicht ganz unumstritten, ob und inwieweit eine geschützte berufliche Tätigkeit wirtschaftlich sinnvoll sein muss<sup>333</sup> bzw. einen Beitrag zu wirtschaftlichen Gesamtleistung zu erbringen hat<sup>334</sup>. Richtigerweise sollte man jedoch wie das Bundesverwaltungsgericht<sup>335</sup> auf diese Voraussetzungen verzichten und vielmehr davon ausgehen, dass dem Staat hinsichtlich der Sinnhaftigkeit und Wirtschaftlichkeit der jeweiligen Betätigung keine Definitionsmacht zukommt und die diesbezügliche Entscheidung dem Einzelnen überlassen werden sollte<sup>336</sup>.

Da somit die grundrechtlichen Freiheiten dem Einzelnen Freiheit um der Freiheit Willen garantieren, also eine Freiheit zur Beliebigkeit, impliziert dies auch ein Recht auf Unwirtschaftlichkeit bzw. ein Recht auf unwirtschaftliche Betätigungen - unabhängig davon, ob man dieses nun aus Art. 12 GG oder hilfsweise aus der allgemei-

<sup>328</sup> A.A. *Otting*, Steuerungsmodell, S. 158 f.

<sup>329</sup> So ist etwa die Preisunterbietung als Mittel des Leistungswettbewerbs auch dann noch wettbewerbskonform, wenn sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht und den Marktaustritt von Mitbewerbern zur Folge hat. Ob kleinere oder mittlere Unternehmen mithalten können, ist grundsätzlich unerheblich, vgl. *Köhler/ Piper*, UWG, § 1 Rn. 490 m.w.N.. Gleichwohl ist die Grenze zwischen einem gezielten, auf die Verdrängung eines Mitbewerbers gerichteten (wettbewerbsrechtlich unzulässigen) Verdrängungswettbewerb, der den Bestand des Wettbewerbs gefährdet, und einem (wettbewerbsrechtlich zulässigen) Leistungswettbewerb, dessen Folge die Ausschaltung eines Mitbewerbers ist, meist schwer zu ziehen, vgl. *Baumbach/ Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg. Rn. 22, § 1 UWG Rn. 255

<sup>330</sup> *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 622; vgl. *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 398; *Krölls*, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 283; *Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 524; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 163

<sup>331</sup> Vgl. *Selmer*, in: *Stober/ Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 75 ff., S. 78 f.; vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 216 f.

<sup>332</sup> v. *Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 56 f.

<sup>333</sup> BVerfGE 7, 377 (397); 14, 19 (22); 68, 272 (181)

<sup>334</sup> BVerfGE 7, 377 (397); 50, 290 (362)

<sup>335</sup> BVerfGE 1, 269 (279); 71, 183 (189)

<sup>336</sup> *Tettinger*, in: *Sachs*, GG, Art. 12 Rn. 34 f.; vgl. *Jarass/ Pieroth*, GG, Art. 12 Rn. 7

nen Handlungsfreiheit ableitet<sup>337</sup>. Dies würde aber bei einer Gleichsetzung von staatlicher und privater Position zu Widersprüchen führen. Auch die Nachfolgevorschriften zu § 67 DGO dürften dann nämlich verfassungsrechtlich kaum haltbar sein, da das für die öffentliche Hand geltende Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebot aus den gleichen Gründen verfassungswidrig wäre, wie sie auch einer Erstreckung dieses Gebots auf Privatpersonen entgegenstehen würden<sup>338</sup>.

Auch spricht die Kompetenz des Staates, den Wettbewerb kontrollieren zu können, gegen eine Gleichstellung, denn dies können private Konkurrenten gerade nicht<sup>339</sup>. Schließlich kann auch aus der Funktion der Grundrechte als Elemente objektiver Wertordnung und damit eventuell einhergehenden Auswirkungen auf die staatliche Wirtschaftsbeschäftigung, das subjektive Abwehrrecht bzw. der Schutzbereich des privaten Unternehmers nicht begrenzt werden. Eine wie auch immer verstandene marktwirtschaftliche Ordnung kann sich auch in ihrem Verhältnis zu einer staatlichen Wirtschaftsbeschäftigung allenfalls reflexiv aus den Grundrechten ergeben. Auch die Funktion der Grundrechte als Elemente objektiver Wertordnung bezweckt die Unterstützung und nicht die Einschränkung des subjektiven Abwehrrechts<sup>340</sup>.

Aus diesen Überlegungen wird erkennbar, dass Wettbewerb weder ein rein faktisches Phänomen ist, noch dass die Frage nach der Gleichsetzung bzw. der Frage der grundrechtlichen Legitimation für die Bestimmung des Umfangs des Schutzbereiches von Art. 12 Abs. I GG unbeachtlich ist<sup>341</sup>. Allein aufgrund des primären Schutzzwecks der Grundrechte, als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, kann die unterschiedliche Legitimation des am Wettbewerb teilnehmenden privaten Unternehmers auf der einen Seite und des ebenfalls teilnehmenden Staates auf der anderen Seite nicht unberücksichtigt bleiben. Es erscheint nicht einsichtig, von vornherein grundrechtlichen Schutz zu versagen, nur weil sich der Staat wie ein Privatunternehmen geriert. Die Eröffnung des grundrechtlichen Schutzbereichs für staatliche Konkurrenz bedeutet auch nicht staatliche Wirtschaftsbeschäftigung prinzipiell auszuschließen. Es stimmt vielmehr mit der bereits oben gewonnenen Erkenntnis überein, dass staatliche Wirtschaftsbeschäftigung zwar zulässig ist, ihr aber gleichwohl ein Rechtfertigungsbedürftiger Ausnahmecharakter zukommt, da sie regelmäßig in Freiheitsbereichen des Bürgers agiert, aus denen dieser normalerweise sein Einkommen erzielt. Indem der Staat den Bürger auf den Broterwerb durch wirtschaftliche Beschäftigung mit den damit einhergehenden wirtschaftlichen Risiken verweist, darf er dieses Lebenssystem nicht gleichzeitig durch die staatliche Okkupation dieses Erwerbsraumes<sup>342</sup> unterlaufen.

Hiermit korrespondiert auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Dieser setzt der wirtschaftlichen Beschäftigung der öffentlichen Hand bereits dann eine Grenze, wenn über das sachlich Gebotene und verfassungsrechtlich Zulässige hinausgegangen wird<sup>343</sup>.

Auch die Parallele zur herrschenden Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs legt ein weites Verständnis des Schutzbereichs bzw. auch des Grundrechtsschutzes nahe. So ist dieser Begründung mittlerweile die Einsicht geläufig, dass die Grund-

<sup>337</sup> Vgl. auch *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 49 f.

<sup>338</sup> v. *Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 57 f.

<sup>339</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 162

<sup>340</sup> *Stern*, Staatsrecht III/1, § 68 III 4; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 161

<sup>341</sup> *Pieroth/Hartmann*, DVBl 2002, S. 421 ff., S. 426

<sup>342</sup> Vgl. *Püttner*, DÖV 1974, S. 787 f., S. 787

<sup>343</sup> BGHZ 82, 375 (390 f.); vgl. *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für *Blümel*, S. 119 ff., S. 135

rechte neben den Intentionen auch die Wirkungen der vollziehenden Gewalt begrenzen sollen. Der grundrechtliche Folgenbeseitigungs- bzw. Abwehranspruch richtet sich auch gegen Immissionen aus öffentlicher Hand, die aus dem Betrieb gemeindlicher Einrichtungen resultieren. Da sich aber die Auswirkungen gemeindlicher Immissionen und konkurrierender gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit für den betroffenen Bürger oftmals kaum unterscheiden, kann die Frage der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung hier wie dort nur eine Frage ihrer verhältnismäßigen Rechtfertigung sein, nicht aber eine Frage der Schutzfunktion der Grundrechte überhaupt<sup>344</sup>. Da die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit somit zumindest für die privaten Unternehmer, die den Gegenstand der gemeindlichen Wirtschaftsteilnahme selbst gewerblich oder beruflich ausüben von grundrechtlicher Relevanz ist, indem die Teilnahme der gemeindlichen Unternehmen am Wettbewerb zu geringeren Einnahmen bis hin zur Aufgabe der Geschäftstätigkeit im Extremfall führen kann, ist der Schutzbereich grundsätzlich berührt<sup>345</sup>.

## b) Eingriff

Der klassische Begriff des Eingriffs war als unmittelbarer, finaler und durch Befehl oder Zwang angeordneter Rechtsakt definiert<sup>346</sup> und würde somit der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden, zumindest in Ermangelung von Zwang, Befehl und Rechtsförmlichkeit, eine Eingriffsqualität absprechen<sup>347</sup>.

Auch die geforderte Unmittelbarkeit eines klassischen Eingriffs könnte, von einer Marktmonopolsituation abgesehen, hinsichtlich der dazwischentretenden Entscheidung des Kunden für einen privaten oder staatlichen Leistungsanbieter angezweifelt werden.

Die klassische Eingriffsbegrifflichkeit ist jedoch bald für das moderne Grundrechtsverständnis als zu eng angesehen worden. In Anbetracht der Mannigfaltigkeit staatlichen Handelns – man denke nur an staatliches Informationshandeln und Subventionen – sowie einem sich insgesamt wandelnden Staatsverständnis hin zum sozialen Rechtsstaat, wechselte schleichend der Blickwinkel.

Hatte man früher die Art und Weise des staatlichen Handelns bei der Eingriffsbestimmung fokussiert, geraten heute immer mehr die Auswirkungen auf der Seite des Bürgers in den Blickpunkt und zum entscheidenden Kriterium. Zwar ist der klassische Eingriff auch nach modernem Verständnis noch ein Eingriff, aber eben nur einer unter verschiedenen Eingriffsmodalitäten.

Demzufolge ist der Begriff des Eingriffs in fast allen seinen klassischen Merkmalen weitergefasst worden, so dass sich nach modernem Verständnis eine Eingriffsbegrifflichkeit abzeichnet, die immer mehr auf die Formel gebracht wird, ein Eingriff sei

<sup>344</sup> Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, S. 288 f. u. S. 296 f.; *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für *Blümel*, S. 119 ff., S. 135

<sup>345</sup> v. *Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 59 ff.; *Otto*, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, S. 129 f.; vgl. *Krölls*, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 283; *Hösch*, WiVerw 2000, S. 159 ff., S. 179; *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 492; vgl. *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 29; a.A. *Gerke*, Jura 1985, S. 349 ff., S. 357, *Wieland*, in: *Dreier*, GG, Art. 12 Rn. 83

<sup>346</sup> Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 256 m.w.N.

<sup>347</sup> Vgl. *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 398; *ders.*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 55; *ders.*, WiVerw 2000, S. 159 ff., S. 176; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 84 ff.; *Ronellenfitsch*, in: *Isensee/Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 34; ausführlich hierzu *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 169 f.

jedes staatliche Verhalten, das zurechenbar und kausal den Schutzbereich beeinträchtigt<sup>348</sup>.

Auch der hier zu untersuchende, typischerweise meist faktisch und mittelbar wirkende, sog. „Eingriff durch Konkurrenz“<sup>349</sup> ist mittlerweile zu einer anerkannten Eingriffsmodalität geworden. Seine Berechtigung wurde oft mit einem Vergleich zum Subventionsrecht verdeutlicht, wo die öffentliche Subventionsgewährung an einen Konkurrenten regelmäßig als Eingriff bewertet wird. Vergleichend stellte man hier die Frage, ob die mögliche Beeinträchtigung nicht mindestens ebenso groß sei, wenn die öffentliche Hand nicht den Konkurrenten subventioniere, sondern wenn sie durch eigene wirtschaftliche Betätigung selbst zum Konkurrenten werde<sup>350</sup>. Dies wird man grundsätzlich nur schwer verneinen können.

Der Eingriff durch Konkurrenz erfüllt diese freilich sehr allgemein gehaltenen und deshalb oftmals unscharfen Eingriffsvoraussetzungen grundsätzlich auch trotz der fehlenden Unmittelbarkeit. So ist die Unmittelbarkeit zum einen nicht mehr zwingende Voraussetzung des modernen Eingriffsverständnisses. Zum anderen ist die Unmittelbarkeit als wertendes Kriterium zu betrachten, so dass das Dazwischentreten einer Verbraucherentscheidung unerheblich ist<sup>351</sup>.

Die Verbraucherentscheidung als autonome Entscheidung der Marktgegenseite wirkt auch nicht zurechnungsausschließend, wenn in einer Gesamtschau aller das Verhalten der Marktteilnehmer determinierenden Faktoren – wie insbesondere der Berücksichtigung des meist zur Kalkulierbarkeit des Verhaltens führenden ökonomischen Prinzips - dieses Verhalten kalkulierbar und damit lenkbar erscheint. Ferner ist eine die Gemeinde begünstigende Verbraucherentscheidung ja auch gerade Ziel der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit<sup>352</sup>. Die Manipulation der Marktgegenseite erfolgt damit zwar nicht durch einen hoheitlichen und regelnden Eingriff, jedoch durch motivationssteuernde Maßnahmen gegenüber der Marktgegenseite, vermittelt über eine komplizierte Zurechnungskette<sup>353</sup>.

### aa) Besonderer Eingriffsbegriff bei Art. 12 GG - Die berufsregelnde Tendenz

Im Bereich des Art. 12 GG verfolgt die Rechtsprechung einen Weg zwischen modernem und klassischem Eingriffsverständnis<sup>354</sup>, nach dem ein Eingriff in die Berufsfreiheit nur dann vorliegt, wenn dieser eine berufsregelnde Tendenz aufweist<sup>355</sup>.

Die staatlichen Regelungen dürfen hiernach nicht nur irgendwie geartete, entfernte Folgen für die berufliche Tätigkeit haben. Vielmehr muss ihnen bzw. ihr subjektiv oder objektiv eine berufsregelnde Tendenz zukommen, d.h. sie muss entweder gera-

<sup>348</sup> Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 256 ff.; *Schliesky*, DVBl 1999, S. 78 ff., S. 82; *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 397

<sup>349</sup> Begriff wohl zurückgehend auf *Scholz*, ZHR 1969, S. 97 ff., S. 107

<sup>350</sup> v. *Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 62 m.w.N.

<sup>351</sup> *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 26 Rn. 93; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 89 u. S. 204; *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 66; vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 171; *Sachs*, JuS 1995, S. 303 ff., S. 305 f.; zur diesbezüglichen Wertungsgleichheit bei staatlichem Informationshandeln vgl. *Koch*, Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, S. 431 f.

<sup>352</sup> Vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 181 f.

<sup>353</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 165; Vgl. *Selmer*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 75 ff., S. 82

<sup>354</sup> *Pieroth/Hartmann*, DVBl 2002, S. 421 ff., S. 424

<sup>355</sup> Teilweise wird dieses zusätzliche Erfordernis auch dem Schutzbereich zugeordnet, vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 823. Die Verortung im Bereich des Eingriffs erscheint jedoch nahe liegender, da hier weniger der grundrechtlich geschützte Lebensbereich als vielmehr die Art der staatlichen Intervention untersucht wird.

de auf die Berufsregelung abzielen oder, bei berufsneutraler Zielsetzung, sich unmittelbar auf die berufliche Tätigkeit auswirken bzw. in ihren mittelbaren Auswirkungen von einigem Gewicht sein<sup>356</sup>.

Das Kriterium der berufsregelnden Tendenz wurde zunächst nur für Regelungen entwickelt. Die belastenden Wirkungen für private Konkurrenten ergeben sich jedoch nicht als unmittelbare Folge von Regelungen, sondern aus faktischen Auswirkungen. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht soweit ersichtlich – im Gegensatz zum Bundesverwaltungsgericht<sup>357</sup> – noch in keinem Fall einen Realakt als Eingriff die Berufsfreiheit angesehen. Dies dürfte jedoch daran liegen, dass es bisher eben nur mit Regelungen befasst war, so dass die Anwendung auch auf faktische Eingriffe sachgerecht erscheint, zumal auch im Bereich anderer Freiheitsgrundrechte faktische Eingriffe anerkannt sind<sup>358</sup>.

Im Schrifttum wird dieses zusätzliche Erfordernis der berufsregelnden Tendenz vielfach kritisiert.

So führe das Erfordernis der berufsregelnden Tendenz nolens volens zum klassischen Eingriffsbegriff zurück. Art. 12 GG schütze umfassend. Es könne nicht darauf ankommen, ob der Staat mit einer Maßnahme in den Schutzbereich gezielt eingreifen wollte, sondern nur darauf, ob er es getan habe. Nur diese Blickrichtung korrespondiere mit der Verschiebung der Perspektive beim Eingriffsbegriff hin zu den Auswirkungen beim Bürger. Wenn die Gemeinde ein Unternehmen betreibe, spiele es keine Rolle, ob sie privaten Unternehmen Konkurrenz machen oder ihrem gesetzlichen Auftrag nachkommen wollte. Nur das Ergebnis – die Beeinträchtigung – sei maßgeblich<sup>359</sup>. Somit sei die berufsregelnde Tendenz als objektivierender Ersatz für die subjektive Finalität nicht sinnvoll, wenn gleichzeitig versucht werde, den Eingriffsbegriff von der Handlungsform zu lösen<sup>360</sup>.

Auch sei die berufsregelnde Tendenz ein „Schein-Kriterium“ und unnötig, denn Maßnahmen, denen ein hinreichender Berufsbezug fehle, würden den Schutzbereich schon ohnehin nicht berühren. Darüber hinaus sei der enge Zusammenhang mit der Berufsausübung zu unbestimmt und verweise auf andere Kriterien<sup>361</sup>.

Ein Teil dieser Kritik lässt sich mit der Feststellung entkräften, dass das Erfordernis der berufsregelnden Tendenz auch auf der Schutzbereichsebene verortet werden kann, so dass sich der zweifellos vorhandene Widerspruch zum modernen Eingriffsverständnis etwas relativiert. Überzeugendstes Argument für einen zusätzlichen Filter ist jedoch die Tatsache, dass sich fast jede staatliche Regelung ungünstig auf berufliche Aktivitäten auswirken kann und Art. 12 GG andernfalls einen fast so weiten Schutzbereich erlangen würde wie Art. 2 Abs. 1 GG. Um somit zu verhindern, dass nicht jede staatliche Maßnahme, die sich normativ-mittelbar oder faktisch-unmittelbar auf die Berufs- und Wettbewerbsfreiheit auswirkt und damit an Art. 12 GG zu messen ist, zu einer Lähmung der staatlichen Aktivitäten führt, erscheint die

<sup>356</sup> Vgl. BVerfGE 10, 354 (362); 13, 181 (185 f.); 61, 291 (308); 70, 191 (214); 81, 108 (121 f.); 82, 209 (224); 47, 1 (21); *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 823

<sup>357</sup> Vgl. BVerwGE 89, 281 (283); 87, 37 (43 f.); BVerwG, NJW 1996, S. 3161 f.

<sup>358</sup> *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 492 f.; *ders.*, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 18 f.; vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 825 f.; *Jarass/Pieroth*, GG Art. 12 Rn. 14

<sup>359</sup> *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 54

<sup>360</sup> Vgl. *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 216; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 174; *Hösch*, DÖV 2000, S. 393, S. 397

<sup>361</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 174

Voraussetzung einer berufsregelnden Tendenz der staatlichen Maßnahme gerechtfertigt<sup>362</sup>.

Festzustellen ist somit, ob der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung eine berufsregelnde Tendenz zukommt. Dies wäre der Fall, wenn mit ihr spezifische Lenkungs- oder Gestaltungszwecke verfolgt werden und wenn die wirtschaftliche Betätigung nach Entstehungsgeschichte und Inhalt im Schwerpunkt Tätigkeiten betrifft, die typischerweise beruflich ausgeübt werden<sup>363</sup>.

Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine Versorgung zu günstigeren Bedingungen unterhalb des Marktpreises erreicht werden soll. Auch die Ausnutzung von besonderen Wettbewerbslagen und die Verbindung mit anderen hoheitlichen Leistungen sind marktinkonforme Handlungsweisen, da sie Privaten grundsätzlich nicht möglich sind. Falls hierdurch die allgemeine Marktordnung verändert oder unterlaufen wird, ist ebenfalls eine berufsregelnde Tendenz anzunehmen<sup>364</sup>.

Aber auch über diese Fälle hinaus dürfte der Umfang der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde, nicht zuletzt aufgrund der jüngst zu konstatierenden Umtriebigkeit in den sog. neuen Geschäftsfeldern, erhebliche mittelbare Auswirkungen auf die berufliche Tätigkeit privater Konkurrenten haben und ihr auch somit eine berufsregelnde Tendenz zukommen<sup>365</sup>. Die Tatsache, dass die Beeinträchtigung privater Unternehmen durchweg nicht das Ziel der wirtschaftlichen Betätigung ist und gegebenenfalls nur billigend in Kauf genommen wird<sup>366</sup>, ist dabei unschädlich, da auch Regelungen oder Maßnahmen ohne die Berufsfreiheit regelnde Zielrichtung aufgrund ihrer mittelbaren oder tatsächlichen Auswirkungen den Schutzbereich beeinträchtigen können<sup>367</sup>.

Inwieweit die aktuelle Rechtsprechung am Erfordernis der berufsregelnden Tendenz festhält wird unterschiedlich bewertet<sup>368</sup>, kann aber hier, nach dem gewonnenen Ergebnis der grundsätzlich berufsregelnden Tendenz gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, dahingestellt bleiben.

## bb) Verortung des Eingriffs

Die mit dem weiten Eingriffsverständnis einhergehende Unschärfe resultiert zum einen aus der sogleich noch zu behandelnden Schwierigkeit der Grenzziehung zwischen unerheblicher, bloßer Erschwerung des Grundrechtsgebrauchs und der Unmöglichkeit desselben und zum anderen, beim sog. Eingriff durch Konkurrenz, aus der zunächst auftretenden Problematik der Eingriffsverortung.

---

<sup>362</sup> Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 198; Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 492; Jarass/Pieroth, GG, Art.12 Rn. 12

<sup>363</sup> BVerfGE 97, 228 (254); 98, 218 (258); 95, 267 (302); 81, 108 (122); vgl. Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 12; Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 201

<sup>364</sup> Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 201

<sup>365</sup> Vgl. Tettinger, NJW 1998, S. 3473 f., S. 3474; ders., DVBl 1999, S. 679 ff., S. 686; Cosson, DVBl 1999, S. 891 ff., S. 895; Hübschle, GewArch 2000, S. 186 ff., S. 189; Sodan, DÖV 2000, S. 361 ff., S. 371; Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 201 (für marktinkonforme Verhaltensweisen); Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 492; BayVGh, GewArch 1976, S. 628 f., S. 629; vgl. OVG Münster, NWVBl 1995, S. 99 ff., S. 101

<sup>366</sup> Vgl. Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 493; Schneider, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1256

<sup>367</sup> BVerfGE 13, 181 (185 f.); 61, 291 (308); 81, 108 (121 f.)

<sup>368</sup> Vgl. exemplarisch für die Beibehaltung durch die Rechtsprechung Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 198. Für die Verabschiedung durch die Rechtsprechung dagegen Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 174 m.w.N.; vgl. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 215

So kommen typischerweise, neben der gesetzlichen Ermächtigung in der Gemeindeordnung, der Gemeinderatsbeschluss sowie das konkrete Marktverhalten des gemeindlichen Unternehmens als eingreifende Maßnahme in Betracht.

In den gesetzlichen Ermächtigungen der Gemeindeordnung - unabhängig davon, ob man sie nun in den wirtschaftsrechtlichen Vorschriften oder aber in den Regelungen über die öffentlichen Einrichtungen bzw. in ihrer Gesamtheit sieht - dürfte noch kein Eingriff zu verorten sein. So finden sich in den Regelungen des gemeindlichen Wirtschaftsrechts in allgemein gehaltener Form lediglich Vorschriften hinsichtlich der Errichtung, Übernahme und wesentlichen Erweiterung für wirtschaftliche Unternehmen. Auch die Vorschriften über die öffentlichen Einrichtungen beinhalten nur eine allgemein gehaltene Pflicht und Ermächtigung der Gemeinden zur Darbietung von sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Dienstleistungen für ihre Einwohner, jeweils ohne nähere Bestimmung des Marktverhaltens, so dass diesen Regelungen keine ausreichende Bestimmtheit und noch keine eingreifende Grundrechtsrelevanz zukommt.

Auch in dem die Errichtung von konkreten wirtschaftlichen Unternehmen betreffenden Gemeinderatsbeschluss wird regelmäßig noch kein grundrechtsrelevanter Eingriff zu sehen sein. Ausnahmen dürften jedoch für den Fall eines hinreichend konkreten Errichtungsbeschlusses, verbunden mit einer Zielvorgabe zu marktinkonformen Verhaltensweisen, anzunehmen sein. Hier kann bereits der Beschluss für sich einen Grundrechtseingriff bewirken<sup>369</sup>.

Regelmäßig wird jedoch die gesetzliche Ermächtigung sowie der Gemeinderatsbeschluss gegebenenfalls als Grundrechtsgefährdung im Vorfeld relevanter Grundrechtsbeeinträchtigungen einzustufen sein, die noch einer Intensivierung durch ein bestimmtes Marktverhalten bedarf, so dass erst das auf Einzelentscheidungen der Unternehmensleitung beruhende konkrete Marktverhalten<sup>370</sup> den Grundrechtseingriff bewirkt<sup>371</sup>.

### cc) Eingriffsintensität - Eingriffsschwelle

Aus der Erweiterung des Eingriffsbegriffes resultieren die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Grenzverlaufs zwischen unerheblicher, bloßer Erschwerung des Grundrechtsgebrauchs und der Unmöglichmachung desselben. Die Anerkennung eines modernen und damit weiten Eingriffsverständnisses bedeutet folglich nicht, dass jede staatliche, faktisch-mittelbare Maßnahme, die sich irgendwie negativ auf einen grundrechtlich geschützten Bereich auswirkt, einen zu rechtfertigenden Grundrechtseingriff darstellt, denn sonst würde praktisch jedes staatliche Verhalten einen solchen Grundrechtseingriff gegenüber einer kaum überschaubaren Anzahl von Personen darstellen<sup>372</sup>. Vielmehr ist eine Grenzziehung erforderlich, die anhand von geeigneten Kriterien eine Eingriffsschwelle bestimmt und damit festlegt, ab wann einer faktischen Einwirkung die Qualität eines Grundrechtseingriffes zukommt.

Wie schwierig diese Grenzziehung ist, wird nicht zuletzt aus den in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen unterschiedlichen Eingriffsschwellen ersichtlich. Hier finden sich fast alle denkbaren Stufen. So wird gefordert, dass die Intensität der Ein-

<sup>369</sup> Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 202

<sup>370</sup> In diesem Zusammenhang hat man sich noch einmal die Besonderheit des gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens zu vergegenwärtigen, das lediglich bei Beherrschung durch die öffentliche Hand einen Grundrechtseingriff bewirken kann. Vgl. Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 202 (Fn. 102); Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 495

<sup>371</sup> Vgl. Selmer, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 75 ff., S. 82 u. S. 96; Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 202; Gusy, JA 1995, S. 253 ff., S. 253

<sup>372</sup> Vgl. Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 493

wirkung auf den grundrechtlich geschützten Bereich „fühlbar“<sup>373</sup>, „spürbar“<sup>374</sup>, „schwerwiegend“<sup>375</sup> oder „nachhaltig“<sup>376</sup> sein müsse. Es werden Kriterien wie die „Erheblichkeit“<sup>377</sup>, die „Marktbeherrschung“<sup>378</sup> oder die „erdrosselnde Wirkung“<sup>379</sup> verwendet oder aber es wird gefordert, dass durch einen Verdrängungswettbewerb oder durch Monopolisierungstendenzen „nicht die private Konkurrenz unmöglich gemacht wird“<sup>380</sup>. Schließlich wird die Schwelle auch dann als übertreten angesehen, wenn das staatliche Unternehmen einen „unangemessenen Wettbewerbsvorteil genießt“<sup>381</sup>.

Abzulehnen ist die sich teilweise im Schrifttum findende Auffassung, die bereits das bloße Auftreten eines Unternehmens der öffentlichen Hand am Markt sowie die unter Beachtung von Kompetenz- und Marktverhaltensregeln agierenden öffentlichen Unternehmen als Schutzbereichsverletzung und Grundrechtseingriff qualifiziert<sup>382</sup>.

Wie bereits ausgeführt kann in dem bloßen Auftreten am Markt oder in der markt- und kompetenzkonformen Marktteilnahme von öffentlichen Unternehmen noch kein Grundrechtseingriff gesehen werden.

Zum einen schützt Art. 12 Abs. I GG nach übereinstimmender Auffassung keinen bestimmten Kundenstamm, künftige Verdienstmöglichkeiten, bestehende Geschäftsbeziehungen oder die Marktstellung<sup>383</sup>. Lediglich abstrakte Erwerbchancen werden durch Art. 12 Abs. I GG gesichert. Diese werden jedoch durch das bloße Auftreten von gemeindlichen Unternehmen am Markt noch nicht berührt<sup>384</sup>.

Zum anderen käme man, wenn man wie hier zu dem bereits oben gewonnenen Ergebnis kommt, die Verfassung sei zumindest in dem Sinne wirtschaftspolitisch neutral, dass sie kein eindeutiges Verbot der wirtschaftlichen Betätigung beinhalte, sondern diese eher billigend in Kauf nehme und ein Nebeneinander von privater und öffentlicher Wirtschaftstätigkeit hinnehme, zu einem schwer auflösbaren Widerspruch. Würde man das bloße Auftreten oder das ordnungsgemäße Teilnehmen am Markt per se als Grundrechtseingriff qualifizieren, würde man das Grundrecht in der Tat als umfassenden Kompetenz- oder Betätigungsschutz gegenüber der öffentlichen Hand instrumentalisieren, was mit der hier vertretenen neutralen Wirtschaftsverfassung nur schwerlich in Einklang zu bringen wäre<sup>385</sup>.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass unterhalb der von der Rechtsprechung hoch angesetzten Schwelle jeder Grundrechtseingriff ausgeschlossen ist, denn auch die von der

<sup>373</sup> *Di Fabio*, in: *Maunz/ Dürig/ Herzog/ Scholz*, GG, Art. 2 Abs. I Rn. 122

<sup>374</sup> *Storr*, *Der Staat als Unternehmer*, S. 175 ff.; BVerwGE 71, 183 (190)

<sup>375</sup> BVerwGE 87, 37 (44)

<sup>376</sup> BVerwGE 90, 112 (121); BVerwG, NJW 1996, S. 3161

<sup>377</sup> *Kluth*, ZHR 1998, S. 657 ff., S. 667

<sup>378</sup> *Schneider*, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1256

<sup>379</sup> *Wieland*, in: *Dreier*, GG, Art. 12 Rn. 82

<sup>380</sup> BVerwGE 39, 329 (337); BVerwG NJW 1995, S. 2938 ff., S. 2939; VGH BW, NJW 1995, S. 274

<sup>381</sup> *Jarass/ Pieroth*, GG, Art. 12 Rn. 16

<sup>382</sup> So wohl *Pielow*, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 376; vgl. *Stober*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, S. 240; *Selmer*, in: *Stober/ Vogel*, *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, S. 75 ff., S. 83 f.; *Heintzen*, *Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung*, S. 23 ff.; vgl. *Krölls*, *GewArch* 1992, S. 281 ff., S. 283; wohl auch *Tettinger*, NJW 1998, S. 3473 f., S. 3474; *Erichsen*, *Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb*, S. 29; *Pielow*, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 376

<sup>383</sup> BVerfGE 7, 377 (408); 24, 236 (251); 34, 252 (256); BVerwGE 71, 183 (193)

<sup>384</sup> A.A. *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 399, der die Beeinträchtigung des Kundenstamms und des Marktzugangs durch öffentliche Unternehmen als Eingriff bewertet.

<sup>385</sup> *Kluth*, *WiVerw* 2000, S. 184 ff., S. 200

Rechtsprechung aufgestellten Hürden sind zu hoch und erscheinen nicht mehr zeitgemäß.

Trotz der konstatierten „wirtschaftspolitischen Neutralität“ ist der durch die Verfassung vorgegebene „Korridor des Möglichen“ doch ein Korridor mit marktwirtschaftlichem Charakter. Dieser lässt staatliche Konkurrenz zwar zu, weist ihr aber nicht zuletzt aufgrund der verfassungsrechtlich garantierten Berufsfreiheit und Eigentums-garantie doch einen Ausnahmecharakter zu, indem das Sachgebiet der Wirtschaft grundsätzlich der gesellschaftlichen Sphäre überantwortet wird, so dass eine völlige Gleichstellung privater und staatlicher Wirtschaftstätigkeit als unzulässig erscheint<sup>386</sup>.

Schließlich kommt der Umstand, dass man sich nach Auffassung der Rechtsprechung nur im Extremfall der Unmöglichkeit, der Vernichtung oder der Monopolisierung staatlicher Konkurrenz erwehren kann, und damit die staatliche Konkurrenz praktisch genauso zu akzeptieren ist wie die private, einer oben bereits abgelehnten Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand nahe<sup>387</sup>. Zudem erscheinen die hohen Hürden der Rechtsprechung angesichts des sich weiterentwickelnden, weiten Eingriffsverständnisses und der Anerkennung von faktischen Eingriffen auch im Bereich des Art. 12 GG heute nicht mehr zeitgemäß<sup>388</sup>. Um so mehr dürfte dies in Anbetracht der Tatsache gelten, dass private Konkurrenten immer häufiger - bedingt durch die restriktiven Voraussetzungen des Fiskusabwehranspruchs und der Negierung von dritt-schützenden Normen im Gemeindefiskalrecht - den erfolversprechenden zivilrechtlichen Umweg nutzen<sup>389</sup>.

Auch das Kriterium der berufsregelnden Tendenz, dass wie oben bereits ausgeführt regelmäßig auch bei der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit vorliegen dürfte, erzwingt einen extensiveren Grundrechtsschutz. So bejaht das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit durch Bestimmungen, welche infolge ihrer Gestaltung in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufes stehen und objektiv deutlich eine berufsregelnde Tendenz erkennen lassen oder infolge ihrer tatsächlichen Auswirkungen geeignet sind, die Berufsfreiheit mittelbar zu beeinträchtigen<sup>390</sup>.

Somit gilt es eine Eingriffsschwelle zwischen diesen beiden Maximalpositionen - der Annahme eines Eingriffs bereits mit dem Auftreten eines öffentlichen Unternehmens am Markt auf der einen Seite und der Bejahung eines Grundrechtseingriffs erst bei einer Unmöglichkeit der privaten Konkurrenz, wie durch Monopolisierungstendenzen oder bei einem Verdrängungswettbewerb, auf der anderen Seite - zu finden.

Diese Schwelle ist zumindest theoretisch da zu verorten, wo sich das öffentliche Unternehmen nicht mehr marktkonform oder rechtswidrig verhält. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass sich die öffentlichen Unternehmen entweder in unerlaubter Weise Vorteile zu Nutze machen, die ausschließlich der öffentlichen Hand vorbehalten sind und damit die bestehende allgemeine Marktordnung verändern bzw. unterlaufen, oder sie den ihnen verfassungsrechtlich oder einfachgesetzlich vorgegebenen

---

<sup>386</sup> Krölls, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 283; Sodan, DÖV 2000, S. 361 ff., S. 371; Hösch, WiVerw 2000, S. 159 ff., S. 178; vgl. Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 770e

<sup>387</sup> Sodan, DÖV 2000, S. 361 ff., S. 371; Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 160 f.

<sup>388</sup> Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 138; Schneider, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1255

<sup>389</sup> Siehe hierzu unten 7. Teil B. I.

<sup>390</sup> BVerfGE 13, 181 (186); 16, 147 (162); 22, 380 (384); 33, 171 (183); 38, 61 (79); 42, 374 (384); 47, 1 (21); 49, 27 (47); 70, 191 (214); 75, 108 (153 f.); Sodan, DÖV 2000, S. 361 ff., S. 371; Tettin-ger, NJW 1998, S. 3473 f., S. 3474; ders., DVBl 1999, S. 679 ff., S. 686

Rahmen und den damit limitierten Kompetenzbereich überschreiten<sup>391</sup>. Dabei ist diese Eingriffsschwelle als Ergänzung zu den von der Rechtsprechung aufgestellten Hürden gedacht.

Zweifellos ist auch diese Eingriffsschwelle weniger eine klare Linie als vielmehr ein Bereich. Insbesondere das Kriterium der Marktkonformität wird oft als schwer bestimmbar, wertungsbedürftige Leerformel kritisiert<sup>392</sup>. So sei die Marktkonformität des Verhaltens kein geeignetes Kriterium für die Bestimmung eines Grundrechtseingriffs. Wenn man der öffentlichen Hand die Marktteilnahme gestatte, liege es nahe, ihr auch ein marktmäßiges Verhalten wie Gewinnorientierung und Vergrößerung der Marktanteile zu gestatten, dann aber sei jede Grenzziehung willkürlich<sup>393</sup>.

Dem ist zuzugeben, dass auch bei diesem Kriterium in der Tat ein Graubereich entstehen wird, der Wertungen im Einzelfall erfordert. Jedoch sind auch die anderen diskutierten Eingriffsschwellen alles andere als wertungs- und widerspruchsfrei, man denke nur an die Lösungsansätze, die an die „Fühl“- oder „Spürbarkeit“ anknüpfen. Die Verortung einer Eingriffsschwelle im weiten Spektrum der Konkurrenzfähigkeit ist schließlich an sich eine Wertungsfrage, die sich zudem wohl auch nicht gänzlich frei von Wertungswidersprüchen halten lassen dürfte. Wenn hier neben der Einhaltung von Kompetenzbereichen die Marktkonformität verlangt wird, man damit also eine Gleichstellung postuliert und gleichwohl bestimmte Verhaltensweisen, wie beispielsweise den Verdrängungswettbewerb, dem privaten Unternehmer erlaubt, der öffentlichen Hand aber untersagt<sup>394</sup>, wird deutlich, dass eine Gleichbehandlung von eigentlich Ungleichem eben nur in Teilbereichen erfolgen kann. Gleichwohl erscheint die Grenzziehung nicht willkürlich, sondern eben an Art. 12 GG orientiert.

Zweifellos dürfte es auch schwer sein, die sog. natürlichen Vorteile der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit, wie nicht zu vermeidende Informationsvorsprünge, Vertrauensvorschüsse in der Bevölkerung und Konkursunfähigkeit, von marktinkonformen Verhaltensweisen ohne Wertung zu trennen. Abgesehen davon gilt es zu berücksichtigen, dass unterhalb einer gewissen Intensitätsschwelle die natürlichen Vorteile staatlicher Unternehmen das Recht Privater auf freien Marktzugang nicht tangieren<sup>395</sup>. Gleichwohl erscheinen diese Eingriffskriterien als nachvollziehbare Eingriffsschwellen, die am ehesten beiden Seiten gerecht werden.

### c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Mit der Herausarbeitung einer Eingriffsschwelle ist noch nichts über die Zulässigkeit des Eingriffes gesagt. Zulässig ist ein solcher Eingriff durch gemeindliche Wirtschaftstätigkeit nur, wenn er verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Eine Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen kommt grundsätzlich durch einen Gesetzesvorbehalt oder durch kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht<sup>396</sup>. Um ein Unterlaufen

<sup>391</sup> Pielow, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 375; Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht/1, Rn. 224; Dolde, ZHR 2002, S. 515 ff., S. 518; Hösch, WiVerw 2000, S. 159 ff., S. 178; ders., Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 59; vgl. Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 200 f.; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 138; Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 266; Tettinger, DVBl 1999, S. 679 ff., S. 686; Grawert, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 134 f.; vgl. Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 494

<sup>392</sup> Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 91

<sup>393</sup> Hösch, WiVerw 2000, S. 159 ff., S. 178; ders., Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 58;

Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 90

<sup>394</sup> Insoweit konsequent auch einen Verdrängungswettbewerb der öffentlichen Hand zulassend Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 494

<sup>395</sup> Vgl. Otting, Steuerungsmodell, S. 159

<sup>396</sup> Verfassungsunmittelbare bzw. grundrechtsimmanente Grenzen, also Einschränkungen des Schutzzumfangs mancher Grundrechte bereits nach dem Verfassungstext, werden hier als Schutzbereichsbe-

der Gesetzesvorbehalte zu vermeiden, sind zunächst die grundrechtlichen Vorbehalte zu prüfen bevor eventuell kollidierende Grundrechte Dritter oder die eventuelle Kollision mit anderen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtswerten untersucht werden<sup>397</sup>.

### aa) Rechtfertigung durch Gesetzesvorbehalt

Der Vorbehalt des Art. 12 Abs. I S. 2 GG, der in der Sache ein Gesetzesvorbehalt ist<sup>398</sup>, erstreckt sich entgegen dem Wortlaut nicht nur auf die Berufsausübung, sondern auf die gesamte Berufsfreiheit, also auch die Wahl des Berufes und des Arbeitsplatzes<sup>399</sup>. Damit besteht eine von der Verfassung vorgesehene Möglichkeit, Grundrechte durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes einzuschränken.

### (1) Ermächtigungsgrundlage

Gesetzliche Grundlage der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit sind die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften. Wie bereits festgestellt kommt die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. II GG als bloße Aufgabenzuweisungs- und Kompetenznorm, die keine Befugnis zum Eingriff in private Rechtspositionen beinhaltet, nicht in Betracht.

Die Zuständigkeit für die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit liegt beim Landesgesetzgeber. Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. I Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) tritt hier aufgrund der spezielleren Regelungen sowie des stärkeren Sachzusammenhangs zurück, da sich das kommunale Organisationsrecht auch auf die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden erstreckt<sup>400</sup>.

Die Untersuchung der gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften soll hier grob unter dem Gesichtspunkt der sog. Schrankenschränken, also der Begrenzungen, die der Gesetzgeber beachten muss, wenn er dem Grundrechtsgebrauch Grenzen zieht und unter Berücksichtigung der herausgearbeiteten Eingriffsschwelle erfolgen.

Eine detaillierte und isolierte Betrachtung der einzelnen Voraussetzungen der Schrankentrias wird noch im Rahmen der Untersuchung der einfachgesetzlichen Grenzen gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit vorzunehmen sein.

### (2) Bestimmtheitsgebot

Die größten Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage dürften sich zunächst aus dem allgemeinen rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz ergeben. Dieser Grundsatz soll insbesondere aus der Perspektive des einzelnen Bürgers sicherstellen, dass die staatlichen Regelungen und die hieraus resultierenden Folgen vorhersehbar und berechenbar erscheinen, also mit anderen Worten eine hinreichende Klarheit und Bestimmtheit der staatlichen Regelungen garantieren.

Dies erscheint bei den Ermächtigungen zur wirtschaftlichen Betätigung insbesondere deshalb zweifelhaft, weil sowohl der Regelungskomplex der wirtschaftlichen Betätigung als auch der Regelungskomplex der öffentlichen Einrichtungen sachnotwendig

---

stimmungen qualifiziert, vgl. BVerfGE 69, 315 (315 ff.). Das kollidierende Verfassungsrecht wird hier nicht als Schutzbereichsbegrenzung, sondern als Eingriffsrechtfertigung verstanden.

<sup>397</sup> Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 47

<sup>398</sup> BVerfGE 33, 125 (159); 54, 237 (246)

<sup>399</sup> BVerfGE 7, 377 (401 f.); 54, 237 (246); 84, 133 (148); 85, 360 (373)

<sup>400</sup> Jarass/Pieroth, GG, Art. 74 Rn.24 m.w.N.

sehr allgemein gehalten ist. So beinhalten diese Regelungen eine reichliche Ansammlung von Ermessenseinräumungen und unbestimmten Rechtsbegriffen mit Beurteilungsspielräumen bzw. Einschätzungsprärogativen. Insbesondere ist hier an die tatbestandliche Weite der ersten Voraussetzung der gemeinderechtlichen Schrankentrias, den wohl nur negativ zu definierenden öffentlichen Zweck, sowie an die dritte Voraussetzung der gemeinderechtlichen Schrankentrias, die Subsidiaritätsklauseln, zu denken.

Das Maß der Bestimmtheit richtet sich jedoch nach der Eigenart der zu regelnden Sachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck. Auslegungsschwierigkeiten sind hinnehmbar, wenn sie mit herkömmlichen juristischen Methoden, auch durch Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien, bewältigt werden können<sup>401</sup>. Bei unbestimmten Rechtsbegriffen sind Auslegungsspielräume dabei unschädlich, weil und soweit sie von den Gerichten präzisiert werden können<sup>402</sup>.

Da die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften jedoch auf die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. II GG und die in ihr enthaltene Ermächtigung zur eigenverantwortlichen Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft rückführbar sind, bedingt dies, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Ermächtigung auch im grundrechtsrelevanten Bereich weniger weit gehen als bei sonstigen Verwaltungsträgern<sup>403</sup>.

Um dementsprechend die Selbstverwaltungsgarantie nicht zu konterkarieren, und aufgrund der demokratischen Legitimation durch den von den Bürgern gewählten Gemeinderat, finden die Voraussetzungen des Art. 80 Abs. I S. 1 GG (Inhalt, Zweck und Ausmaß) auch keine analoge Anwendung auf die gemeindliche Rechtsetzung<sup>404</sup>. Auch sind in diesem Bereich die Anforderungen an den Parlamentsvorbehalt relativiert<sup>405</sup>. Abgesehen davon sind jedoch die verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen an gemeindliche Ermächtigungsgrundlagen weitgehend ungeklärt<sup>406</sup>. Insgesamt gesehen dürften die Bestimmtheitsanforderungen jedoch deutlich unter den Anforderungen des Art. 80 Abs. I GG liegen.

Zwar mag man bezweifeln, inwieweit diese herabgesenkten, niedrigeren Maßstäbe nicht nur für die gemeindliche Rechtsetzung, sondern auch für die Regelungen in den Gemeindeordnungen gelten. Berücksichtigt man jedoch die bereits bei der Frage der Geltung des Gesetzesvorbehalts gewonnenen Erkenntnisse, nach denen sich eine Regelungsdichte, die ihren Niederschlag in einem Zuständigkeitskatalog finden müsste, nicht mit der Selbstverwaltungsgarantie verträglich, dürfte die gemeinderechtliche Schrankentrias hinreichend bestimmt sein. Aufgrund der Vielgestaltigkeit der potentiellen Eingriffslagen und Eingriffswirkungen sind hier detaillierte gesetzliche Regelungen nicht möglich und daher verfassungsrechtlich auch nicht geboten, so dass der Gesetzgeber nicht den einzelnen Eingriff, sondern lediglich bestimmte Eingriffssituationen und damit das Steuerungsprogramm reglementieren muss<sup>407</sup>.

Dies ist durch die unterschiedlichen landesrechtlichen Regelungen hinreichend bestimmt geschehen. Mit den Erfordernissen des öffentlichen Zwecks und der damit einhergehenden Ausschließung einer rein erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit, der Angemessenheitsklausel und der eventuell je nach Bundesland vorliegenden Subsidiari-

<sup>401</sup> BVerfGE 83, 130 (145); 84, 133 (149)

<sup>402</sup> BVerfGE 87, 234 (263 f.); *Sachs*, in: *ders.*, GG, Art. 20 Rn. 127

<sup>403</sup> *Kluth*, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 203

<sup>404</sup> Vgl. BVerfGE 21, 54 (62 f.); 32, 346 (360); 33, 125 (156 ff.); 65, 283 (289)

<sup>405</sup> Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: *ders.*, BesVerwR, 1. Abschnitt Rn. 96; vgl. *Burgi*, VerwArch 1999, S. 70 ff., S. 95

<sup>406</sup> *Schmidt-Aßmann*, in: *ders.*, BesVerwR, 1. Abschnitt Rn. 95 ff.

<sup>407</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 417 f.

tätsklausel, die - wohl mittlerweile unstrittig - zumindest auch dem Schutz privater Unternehmen und damit auch dem Schutz der Grundrechtsträger dient, sowie mit der Anbindung an die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft wurde ein Steuerungsprogramm für bestimmte Eingriffssituationen geschaffen.

So hat je nach landesrechtlicher Ausgestaltung der öffentliche Zweck die wirtschaftliche Betätigung zu „rechtfertigen“<sup>408</sup> oder zu „erfordern“<sup>409</sup>. Zudem gewinnt das Merkmal mit der spezifischen Beschränkung auf die Verfolgung von Gemeinwohlzielen im örtlichen Bereich, also dem Verwaltungsauftrag der Gemeinde, zusätzlich Konturen<sup>410</sup>. Inwieweit die dritte Voraussetzung der Schrankentrias, die Subsidiaritätsklausel, für sich gesehen ein hinreichendes Maß an Bestimmtheit aufweist, soll im Rahmen der Untersuchung der einfachgesetzlichen Grenzen noch genauer geklärt werden. Jedenfalls dürfte im Zusammenspiel der regelmäßig zu erfüllenden drei Voraussetzungen der Schrankentrias ein hinreichendes Maß an Bestimmtheit erreicht sein.

Hinsichtlich der konkreten Wirtschaftstätigkeit der Gemeinde gilt unter Bestimmtheitsgesichtspunkten zu beachten, dass der Gemeinde im Zusammenhang mit dem öffentlichen Zweck zwar eine Einschätzungsprärogative<sup>411</sup> zukommt, sie aber unter einem konkreten, den Zweck präzisierenden Begründungszwang steht<sup>412</sup>. Insoweit wird man an die Beschlüsse des Gemeinderats bzw. seiner beschließenden Ausschüsse hinsichtlich der Errichtung, der Übernahme oder der wesentlichen Erweiterung wirtschaftlicher Unternehmen das Erfordernis einer konkreten Begründung der wirtschaftlichen Betätigung stellen können. Auch besteht in einigen Bundesländern mittlerweile eine Präzisierung durch die Einführung eines Berichtswesens, das Verwaltung und Öffentlichkeit über Zwecksetzung, Zweckerhaltung und Zweckerreichung der konkreten wirtschaftlichen Tätigkeit informieren soll<sup>413</sup>. Des Weiteren besteht auch durch Gesellschaftsvertrag oder Satzung die Verpflichtung, den öffentlichen Zweck festzulegen und seine Erfüllung sicherzustellen<sup>414</sup>. Dies wird insbesondere dann relevant, wenn die Eingriffsschwelle durch marktinkonforme Wettbewerbsteilnahme überschritten wird. Dies dürfte beispielsweise im Fall von nicht unerheblichen Preisunterbietungen, etwa aus sozialen Gründen, gelten, die dann besondere Anforderungen an die Festsetzung bzw. die Begründung des öffentlichen Zwecks stellen<sup>415</sup>.

<sup>408</sup> Vgl. § 102 Abs. I BWGO

<sup>409</sup> Vgl. Art. 87 Abs. I Nr. 1 BayGO

<sup>410</sup> Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 81 f.; Kluth, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 23 ff., S. 33 m.w.N.; vgl. Burmeister, in: HKWP V, S. 3 ff., S. 42; vgl. Enkler, ZG 1998, S. 328 ff., S. 332 f.; Ehlers, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 6; ders. Gutachten E, S. 98; vgl. Siekmann, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 103 ff., S. 123; vgl. Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 382 f.; Schmahl, LKV 2000, S. 47 ff., S. 49; vgl. Schulz, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450 f.; vgl. Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 498; a.A. Beckmann/David, DVBl 1998, S. 1041 ff., S. 1044; Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 535 anders jedoch wohl S. 421; vgl. Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 212; Britz, NVwZ 2001, S. 380 ff., S. 386

<sup>411</sup> Hidien, DÖV 1983, S. 1002 ff., S. 1006; Stober, Kommunalrecht, S. 339; Knemeyer/Kempen, in: Achterberg/Püttner/Württenberger, BesVerwR II, § 17 Rn. 45 f.; Enkler, ZG 1998, S. 328 ff., S. 333; Schmidt-Aßmann, in: ders., BesVerwR, 1. Abschnitt Rn. 121; Scholz, DÖV 1976, S. 441 ff., S. 442; a.A. Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 95

<sup>412</sup> Püttner, Kommunalrecht Baden-Württemberg, Rn. 302; vgl. Weiblen, BWGZ 2000, S. 177 ff., S. 179 f.; Pielow, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 377; vgl. Seeberg, LKV 1995, S. 353 ff., S. 354; Stober, Kommunalrecht, S. 339 m.w.N.

<sup>413</sup> Vgl. § 105 Abs. II BWGO; § 109 Abs. III NdsGO; 118 LSAGO; § 105 Abs. III BbgGO

<sup>414</sup> Vgl. § 103 Abs. I Nr. 2 BWGO; Art. 92 Abs. I S. 1 Nr. 1 BayGO; § 108 Abs. I S. 1 Nr. 7 NWGO

<sup>415</sup> Vgl. Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 73

### (3) Wesensgehaltsgarantie Art. 19 Abs. II GG

Nach Art. 19 Abs. II GG darf bei einer Grundrechtsbeschränkung in keinem Fall der Wesensgehalt des Grundrechts angetastet werden. Es müssen also in jedem Fall die im Grundrecht enthaltenen Wertentscheidungen und Prinzipien gewahrt bleiben. Art. 12 Abs. I GG sichert „die Freiheit des Bürgers, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als Beruf zu ergreifen, d.h. zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen“<sup>416</sup>. Es konkretisiert damit das Grundrecht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzhaltung. Hierdurch kommt dem Grundrecht ein besonderer Rang zu. Es beinhaltet neben seiner Funktion als Abwehrrecht eine verfassungsrechtliche Grund- bzw. Wertentscheidung<sup>417</sup>.

Der Wesensgehalt wäre mit Sicherheit betroffen, wenn die wirtschaftliche Betätigung des Staates ein derartiges Ausmaß erreichen würde, dass der der Privatwirtschaft verbleibende Rest einem Leerlaufen der Art. 2, 12 und 14 GG gleich käme.

Zweifellos beeinflussen die Gemeinden in nicht zu unterschätzendem Maße die volkswirtschaftliche Gesamtrechnung und tragen umfangreich zur Staatsquote bei<sup>418</sup>. Isoliert betrachtet dürfte die Gemeindegewirtschaft jedoch - trotz der wirtschaftlichen Expansion in neue Geschäftsfelder - aufgrund der begrenzten Kapazitäten und den gemeinderechtlichen Restriktionen kaum in den Bereich des Wesensgehalts vordringen. Auch wird bei einer bilanzierenden Betrachtung ins Gewicht fallen, dass die Eroberung neuer Geschäftsfelder wohl mit dem zumindest teilweisen Verlust der angestammten gemeindlichen Betätigungsfelder einhergeht. So wird die Liberalisierung bzw. Marktöffnung zu Gunsten privater Unternehmen nicht immer zu einem Wettbewerb führen, in dem die gemeindlichen Unternehmen auch weiterhin neben privaten Unternehmen bestehen können. Oftmals werden sich die vielfach als zu schwach befundenen gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften als gravierendes Wettbewerbshindernis im freien Wettbewerb herausstellen, das auch nicht durch die sog. natürlichen Vorteile staatlicher und gemeindlicher Unternehmen kompensiert werden kann.

Ab welchem Ausmaß die Staatswirtschaft insgesamt gesehen durch die Wesensgehaltsgarantie des Art. 12 Abs. I GG ihre endgültige Grenze findet, ist nur schwer zu beantworten. Der relativ weit gefasste Art. 15 GG dürfte jedenfalls ein deutlich höheres Ausmaß an Staatswirtschaft zulassen, als es heute besteht. Eine quotenmäßige Grenze wird sich jedoch wohl nicht ermitteln lassen<sup>419</sup>. In Anbetracht der regelmäßigen Privatisierungswellen und der Diskussion um die Staatsquote, in der es ohnehin nur um den anzuvisierenden Grad der Verringerung geht, dürfte diese Problematik in absehbarer Zeit kaum aktuell werden.

---

<sup>416</sup> BVerfGE 30, 292 (334)

<sup>417</sup> BVerfGE 16, 214 (219)

<sup>418</sup> Grawert, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 120 m.w.N.; aktuelle Daten und Schaubilder etwa bei Fuest/Kroker/Schatz, Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen und die Daseinsvorsorge, S. 6 f.

<sup>419</sup> Vgl. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 98; vgl. aber auch Sodan, DÖV 2000, S. 361 ff., S. 363 und Leisner, NJW 1995, S. 2591 ff., S. 2594, die in Fortentwicklung des steuerrechtlichen Einheitswert-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts - BVerfGE 93, 121 (137 f.) - einen über den Steuerbereich hinauswirkenden Häufigkeitsgrundsatz ableiten, nachdem die höchstens hälftige Inanspruchnahme an sich privater Handlungs- und Nutzungsbefugnisse eine absolute Grenze für staatliche Eingriffe darstellt.

#### **(4) Verhältnismäßigkeit**

##### **(a) Legitimer öffentlicher Zweck**

Die mit der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung verbundene grundrechtliche Einschränkung muss einem legitimen Zweck dienen. Das gesetzgeberische Ziel muss hierzu auf das Wohl der Allgemeinheit gerichtet sein, wobei hier dem Gesetzgeber ein freilich weiter Beurteilungsspielraum einzuräumen ist.

Der legitime Zweck der Einschränkung kommt regelmäßig im Verwaltungsauftrag der Gemeinde sowie in den Regelungen über die öffentlichen Einrichtungen zum Ausdruck. Hiernach haben die Gemeinden das gemeinsame Wohl ihrer Einwohner zu fördern, was unter anderem dadurch geschieht, dass Gemeinden öffentliche Einrichtungen für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl ihrer Einwohner schaffen<sup>420</sup>.

Bei der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung kommt die Bindung an das Gemeinwohl insbesondere durch die erste Voraussetzung der Schrankentrias, dem für die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung von wirtschaftlichen Unternehmen erforderlichen öffentlichen Zweck, zum Ausdruck<sup>421</sup>. Der öffentliche Zweck kann dabei wirtschaftliche, kulturelle, soziale oder sonstige Zielsetzungen verfolgen und hat sich an der in Art. 28 Abs. II GG umschriebenen Aufgabenstellung der Gemeinden, also der Versorgung der Gemeindeeinwohner, zu orientieren. Er lässt sich aber aufgrund der Vielgestaltigkeit des gemeindlichen Engagements und der diesbezüglichen Absicherung durch die gemeindliche Allzuständigkeit nur schwer positiv definieren. Allenfalls eine Negativabgrenzung vermag lediglich die rein erwerbswirtschaftliche Zielsetzung auszuschließen<sup>422</sup>. Die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung dient damit einem legitimen öffentlichen Zweck.

##### **(b) Geeignetheit**

Die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung ist grundsätzlich auch geeignet, diesen öffentlichen Zweck zu erfüllen, da durch die eigene Anbietung von Gütern oder Dienstleistungen unmittelbar die Bedürfnisse der Einwohner befriedigt werden. Inwieweit die private Wirtschaftstätigkeit in der Lage ist, diese Zwecke ebenfalls zu erfüllen, ist unter dem Gesichtspunkt der Geeignetheit unbeachtlich<sup>423</sup>.

##### **(c) Erforderlichkeit**

Die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung muss ferner erforderlich sein. Sie muss also das mildeste i.S. des am wenigsten eingreifende Mittel darstellen, um den gleichen Erfolg zu erzielen. Weniger eingreifende Mittel sind grundsätzlich die Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch private wirtschaftliche Unternehmen, die staatliche bzw. gemeindliche Steuerung und Regulierung eines konkreten Marktes oder die Erfül-

---

<sup>420</sup> Vgl. § 1 Abs. II BWGO; § 10 Abs. II BWGO

<sup>421</sup> Vgl. Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 498

<sup>422</sup> Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 500; Knemeyer/Kempfen, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, BesVerwR II, § 17 Rn. 46; Stober, Kommunalrecht, S. 339; BVerfGE 61, 82 (107); VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 992

<sup>423</sup> Vgl. Kluth, Grenzen kommunaler Wirtschaftsteilnahme, S. 75; a.A. Otto, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung, S. 165

lung des öffentlichen Zwecks durch private Unternehmen mit öffentlicher Unterstützung.

Die Nichtberücksichtigung der Weite des öffentlichen Zwecks würde an diesem Punkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu einer zumindest teilweisen Materialisierung des allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatzes des liberalen Wirtschaftsmodells führen<sup>424</sup>. Da auf den meist funktionierenden Märkten auch fast immer private Konkurrenzunternehmen agieren, würde die gemeindliche Konkurrenz fast nie als erforderlich erscheinen<sup>425</sup>. Die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung würde somit in den meisten Tätigkeitsbereichen zurückgedrängt.

Dies wird jedoch gerade durch eine hinreichende Berücksichtigung des öffentlichen Zwecks verhindert. So kann dieser ja gerade auch darin bestehen, die Bevölkerung auf einem funktionierenden Markt preisgünstiger zu versorgen. Darüber hinaus kann ein gemeindliches Engagement auch aufgrund der damit verbundenen Nachhaltigkeit, d.h. der Dauerhaftigkeit und Zuverlässigkeit, oder einer höheren Sozialverträglichkeit gerechtfertigt sein. Neben der Wirtschaftlichkeit kommt es gleichberechtigt auch darauf an, ob private Unternehmen diese öffentlichen Zwecke ebenso gut oder besser erfüllen können. Ferner steht der Gemeinde nicht nur hinsichtlich des öffentlichen Zwecks eine Einschätzungsprärogative<sup>426</sup> zu, so dass ihr trotz einem konkreten Begründungszwang<sup>427</sup> hinreichender Spielraum für ein wirtschaftliches Engagement verbleibt.

Soweit sich Stufen der Eingriffsintensität feststellen lassen, wurde vom Bundesverfassungsgericht<sup>428</sup> eine diesbezügliche Stufenfolge entwickelt, bei der die nächst höhere Stufe nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vom Gesetzgeber immer nur dann betreten werden darf, wenn er seinen Zweck auf der Stufe des weniger intensiven Eingriffs nicht erreichen kann.

Auch wenn diese „Drei-Stufentheorie“ aufgrund der gleitenden Eingriffsintensitäten beim faktischen Grundrechtseingriff nicht vorbehaltlos übertragen werden kann und wohl auch insgesamt an Bedeutung zu verlieren scheint, indem das Verhältnismäßigkeitsprinzip immer mehr verfeinert wurde, kann sie gleichwohl als Differenzierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips nutzbar gemacht werden<sup>429</sup>.

Am intensivsten greift die Gemeinde durch eine Monopolisierung bestimmter Wirtschaftsbereiche ein. So wird hier durch die Verhinderung der Marktteilnahme privater Konkurrenten deren Berufsausübung beschränkt.

Für diesen folgenschwersten Eingriff hat der Gesetzgeber auch dementsprechend restriktive Voraussetzungen geschaffen. So ist die Einrichtung eines solchen zur Monopolisierung führenden Anschluss- und Benutzungszwangs nur in wenigen, ausdrücklich genannten Bereichen zulässig. Des Weiteren wurde der nicht erschöpfenden Aufzählung dieser Bereiche die Formulierung „und ähnliche der Volksgesundheit dienende Einrichtungen“ angefügt<sup>430</sup> und damit einer über die genannten Bereiche hinausgehenden Anwendung enge Grenzen gesetzt. Auch wenn ein solcher Anschluss- und Benutzungszwang nicht immer automatisch zu einer objektiven Zulassungsschranke - der höchsten Intensitätsstufe - führen dürfte, so ist er doch grund-

<sup>424</sup> Rennert, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 347 m.w.N.

<sup>425</sup> Vgl. Pieroth/Hartmann, DVBl 2002, S. 421 ff., S. 424

<sup>426</sup> Hidien, DÖV 1983, S. 1002 ff., S. 1006

<sup>427</sup> Püttner, Kommunalrecht Baden-Württemberg, Rn. 302; vgl. Weiblen, BWGZ 2000, S. 177 ff., S. 179 f.; Pielow, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 377; vgl. Seeberg, LKV 1995, S. 353 ff., S. 354

<sup>428</sup> BVerfGE 7, 377 (404 f.)

<sup>429</sup> Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 184; Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 526

<sup>430</sup> Vgl. § 11 Abs. I BWGO

sätzlich in diesem Intensitätsbereich zu verorten. Hiermit korrespondierend nennt der Gesetzgeber zur Legitimation solcher Eingriffe mit der Volksgesundheit ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut<sup>431</sup>. Auch der erst zu einem Monopol führende Verdrängungswettbewerb, dürfte bereits anhand eines Vergleichs mit den restriktiven Regelungen des Anschluss- und Benutzungszwangs grundsätzlich unzulässig sein.

Die übrige gemeindliche Wirtschaftsbetätigung wird sich grundsätzlich im Intensitätsbereich der Berufsausübungsregelungen – der niedrigsten Intensitätsstufe - verorten lassen<sup>432</sup>. Sie lässt sich damit als die Bedingungen und Modalitäten begreifen, unter denen sich die berufliche Tätigkeit vollzieht. Die Legitimierung solcher Eingriffsintensitäten ist hier bereits grundsätzlich durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls gegeben<sup>433</sup>. Jedoch gelten bei empfindlichen Eingriffen, wie beispielsweise Regelungen mit wettbewerbsverzerrenden Wirkungen, höhere und weitreichende Legitimationsanforderungen<sup>434</sup>. Hierzu korrespondierend findet sich mit dem öffentlichen Zweck als erster Voraussetzung der gemeinderechtlichen Schrankentrias ein vergleichbar niedriger und - in Anbetracht des grundsätzlich gemeinwohlorientierten Handelns der öffentlichen Hand – ein etwas konturenloser Begriff<sup>435</sup>.

Für den Bereich des Gemeinderechts wurde diese Weite des öffentlichen Zwecks durch weitere Voraussetzungen kompensiert, indem die Prüfung der Erforderlichkeit der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung bzw. die Berücksichtigung milderer Mittel in den meisten Bundesländern durch eine Subsidiaritätsklausel gewährleistet wird<sup>436</sup>. Aber auch in Bundesländern ohne Subsidiaritätsklausel hat der Gesetzgeber durch die übrigen Voraussetzungen der Schrankentrias wie dem Erfordernis der Angemessenheit und der bereits erwähnten Anbindung des öffentlichen Zwecks an die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft hinreichend gewährleistet, dass grundsätzlich zunächst mildere Mittel als das der eigenwirtschaftlichen Betätigung gesucht werden. Hinzukommend wurde in neuerer Zeit dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit durch die sog. Privatschutzklauseln, die ausdrücklich festlegen, dass die gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen keine wesentliche Schädigung und keine Aufsaugung selbstständiger Betriebe in Landwirtschaft, Handel, Gewerbe und Industrie bewirken dürfen<sup>437</sup> sowie durch die Mittelstandsförderungsgesetze (MFG) Rechnung getragen. Mit diesen Regelungen dürften die Landesgesetzgeber ausreichend dafür gesorgt haben, dass sich die Gemeinden im konkreten Einzelfall hinreichend mit ebenso geeigneten, mildereren Mitteln auseinandersetzen, bevor sie eine eigenwirtschaftliche Betätigung in Angriff nehmen.

#### **(d) Verhältnismäßigkeit i.e.S.**

Schließlich muss die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung angemessen, d.h. verhältnismäßig i.e.S. sein. Das angestrebte Ziel und die dafür in Kauf zu nehmende grundrechtliche Beeinträchtigung des Bürgers dürfen nicht außer Verhältnis zueinander

<sup>431</sup> Vgl. *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 12 Rn. 40; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 428

<sup>432</sup> Vgl. *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 502; vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 426 f.; vgl. *Ronellenfitsch*, in: *Isensee/Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 35

<sup>433</sup> BVerfGE 7, 377 (405 f.); 65, 116 (125); 70, 1 (28); 78, 155 (162)

<sup>434</sup> BVerfGE 86, 28 (38 f.)

<sup>435</sup> Vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 184

<sup>436</sup> Hessen ist zur Zeit das einzige Bundesland ohne eine gemeindliche Subsidiaritätsklausel, vgl. § 121 HessGO. Die Regelung in § 100 Abs. III BbgGO dürfte der Sache nach eine Subsidiaritätsklausel sein. A.A. *Gröning*, WRP 2002, S. 17 ff., S. 19

<sup>437</sup> Vgl. Art. 95 Abs. II BayGO; § 71 Abs. II ThürKO; § 107 Abs. V NWGO

stehen. Um dies zu ermitteln, ist eine präzise Abwägung zwischen den betroffenen Interessen vorzunehmen.

Auf Gesetze ist dieser Grundsatz nur sinnvoll anwendbar, wenn sie hinreichend konkret die abzuwägenden Positionen bezeichnen, da sonst eine Abwägung nur schwer möglich erscheint. Gerade bei den sehr allgemein gehaltenen Wirtschaftsvorschriften und auch bei den Vorschriften über die öffentlichen Einrichtungen erscheint dies, aufgrund der unüberschaubaren Vielzahl von öffentlichen Zielsetzungen, nur sehr schwer möglich, so dass sich nur sehr grundsätzliche Aussagen treffen lassen<sup>438</sup>.

Regelmäßig ist eine Gesamtabwägung zwischen der Dringlichkeit der die öffentliche Konkurrenzwirtschaft rechtfertigenden Gründe auf der einen Seite und der hieraus resultierenden Schwere des in der Zulassung bzw. den Aktivitäten und Auswirkungen des gemeindlichen Unternehmens am Markt liegenden Grundrechtseingriffs auf der anderen Seite vorzunehmen.

Das Gewicht des Zwecks bzw. seiner Dringlichkeit muss dabei umso größer sein, je stärker in die Berufsfreiheit des privaten Unternehmers eingegriffen wird. Hierbei wird grundsätzlich wieder zu beachten sein, dass trotz der festgestellten „wirtschaftspolitischen Neutralität“ der durch die Verfassung vorgegebene „Korridor des Möglichen“ ein Korridor mit marktwirtschaftlichem Charakter ist. Dieser lässt staatliche Konkurrenz zwar zu, weist ihr aber nicht zuletzt aufgrund der verfassungsrechtlich garantierten Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie doch eher einen Ausnahmecharakter zu, indem das Sachgebiet der Wirtschaft grundsätzlich der gesellschaftlichen Sphäre überantwortet wird, so dass sich eine völlige Gleichstellung privater und staatlicher Wirtschaftstätigkeit als unzulässig darstellt<sup>439</sup>.

Dies hat zur Folge, dass die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung zur Erreichung öffentlicher Zwecke nur dann angemessen erscheint, wenn sie im konkreten Einzelfall der privaten Wirtschaftstätigkeit überlegen ist, indem sie öffentlichen Zwecke besser oder zumindest gleich gut erfüllt. Eine reine Konkurrenzwirtschaft erscheint damit grundsätzlich als unzulässig.

Mag auch die reine Gewinnerzielung als öffentlicher Zweck aus vernünftigen Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt erscheinen, ist sie doch in Beziehung zur Wettbewerbsfreiheit Privater zu setzen und kann deshalb nicht einen ruinösen Wettbewerb oder gar eine wirtschaftliche Vernichtung Privater legitimieren. Aber auch unterhalb der Stufe eines ruinösen oder vernichtenden Wettbewerbs erscheint eine wirtschaftliche Betätigung zu rein erwerbswirtschaftlichen Zwecken entbehrlich, weil die Möglichkeit der Bedarfsdeckung durch Steuern besteht. Die Möglichkeit der Belastung Privater durch die stets gleichmäßige und differenzierte Steuererhebung des Staates ist grundsätzlich angemessener als die Möglichkeit der unternehmerischen und unterschiedlich belastenden Gewinnerzielung<sup>440</sup>.

Insbesondere marktinkonforme Verhaltensweisen wie die dauerhafte Unterbietung des Marktpreises, die Kombination mit anderen hoheitlichen Dienstleistungen und das bewusste Ausnützen von Informationsvorsprüngen dürften, aufgrund ihrer besonders wettbewerbsverzerrenden Wirkung, nur bei ausreichend gewichtigen Gründen des öffentlichen Wohls gerechtfertigt sein. Solche Gründe könnten in etwaigen Versorgungsengpässen, sozialer Ausgleichsfunktion, der Herstellung von gleichen Zugangsmöglichkeiten aller Bevölkerungsschichten, nicht dagegen jedoch in der

---

<sup>438</sup> Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 85 f. m.w.N.

<sup>439</sup> Krölls, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 283; Sodan, DÖV 2000, S. 361 ff., S. 371; Hösch, WiVerw 2000, S. 159 ff., S. 178

<sup>440</sup> Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 186

alleinigen Intention der Verbesserung der Leistungsbilanz eines gemeindlichen Unternehmens gesehen werden<sup>441</sup>.

Bei besonders drastischen und dauerhaft marktinkonformen Verhaltensweisen der gemeindlichen Wirtschaft kann unter Umständen, um ein ausreichendes demokratisches Legitimationsniveau zu erreichen, ein besonderer Gemeinderatsbeschluss erforderlich sein. Die gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften, die in der Regel eine solche Beschlussfassung nur für den Fall der Errichtung, Übernahme oder wesentlichen Erweiterung vorsehen, sind insoweit verfassungskonform auszulegen, so dass auch besonders marktinkonforme Verhaltensweisen eine wesentliche Veränderung bzw. Erweiterung darstellen können<sup>442</sup>.

## **bb) Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht**

Nicht unumstritten ist, ob eine Eingriffsrechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht, also zum einen durch kollidierende Grundrechte Dritter und zum anderen durch andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte, auch bei Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt wie Art. 12 GG möglich ist.

Dies ist zu bejahen, da sonst die vorbehaltlosen Grundrechte stärker relativiert werden könnten als die nur mit Vorbehalt gewährten Grundrechte<sup>443</sup>. Um jedoch die gesetzlichen Vorbehalte nicht zu unterlaufen und Scheinkollisionen zu vermeiden, wenn der Grundrechtseingriff bereits durch einen vorhandenen Gesetzesvorbehalt gerechtfertigt ist, sind diese vor dem Rückgriff auf kollidierendes Verfassungsrecht zu prüfen<sup>444</sup>. Dies ist hier geschehen.

### **(1) Grundrechte Dritter**

Die Konstellation des Gegeneinanders von einem oder mehreren Grundrechten bei mehreren Grundrechtsträgern - hier Art. 12 GG auf der Seite der Gemeinde und gleichzeitig auf der Seite privater Konkurrenten - kommt jedoch, aufgrund der bereits oben abgelehnten Gewerbe- oder Unternehmerfreiheit der Gemeinde bzw. durch die Ablehnung der grundsätzlichen Berufung der Gemeinde und ihrer Unternehmen auf Art. 12 GG, nicht in Betracht.

Die gemeindliche Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. II GG ist zwar grundrechtsähnlich, jedoch selbst kein Grundrecht<sup>445</sup>. Sie steht im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung<sup>446</sup> nicht mehr im Katalog der Grundrechte, sondern wurde im organisationsrechtlichen Teil verortet. Damit vermag auch die Konstellation, in der Art. 12 GG auf der Seite des privaten Unternehmers steht und sich die Gemeinde hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Betätigung auf der anderen Seite auf die kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. II GG beruft, zumindest unter dem Gesichtspunkt der kollidierenden Grundrechte Dritter nicht kollidieren. Kollidierende Grundrechte Dritter kommen damit nicht in Betracht.

---

<sup>441</sup> Vgl. Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 85 f.

<sup>442</sup> Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 203

<sup>443</sup> Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 47; BVerfGE 72, 122 (137); BVerwGE 87, 37 (45 f.); a.A. Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 417; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 321 f.

<sup>444</sup> Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 47

<sup>445</sup> Jarass/Pieroth, GG, Art. 28 Rn.11

<sup>446</sup> Vgl. Art. 127 WRV

## (2) Andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte

Neben der Kollision mit Grundrechten Dritter können sich Kollisionen mit sonstigen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtswerten ergeben. Solche Rechtswerte lassen sich grundsätzlich aus Kompetenznormen des Grundgesetzes, aus verfassungsrechtlichen Grundprinzipien, aus Staatsstrukturbestimmungen und aus von der Verfassung vorgesehenen Einrichtungen des Staates entnehmen.

Für die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen eines Rechtsgutes oder eines Rechtswertes mit Verfassungsrang gibt es nur wenig Anhaltspunkte<sup>447</sup>. Das Bundesverfassungsgericht greift in diesem Zusammenhang meist auf Kompetenznormen zurück.

Jedoch folgen solche Verfassungsgüter nicht bereits aus bloßen Kompetenz-, Ermächtigungs- und Organisationsvorschriften<sup>448</sup>. Notwendig ist vielmehr der Nachweis, dass die Verfassung eine Einrichtung nicht nur zulässt, sondern ihr einen verfassungsrechtlichen Rang verleiht und ihre Realisierung vorschreibt, ähnlich wie dies auch für die Grundrechte gilt<sup>449</sup>.

Noch mehr als bei den kollidierenden Grundrechten ist hier Vorsicht und Zurückhaltung geboten, um die unterschiedliche Gewährleistung von Grundrechten mit und ohne Vorbehalt nicht zu nivellieren. Akzeptabel sind nur Einschränkungen, die mit der betreffenden Einrichtung zwangsnotwendig verbunden sind<sup>450</sup>. Bislang wurden beispielsweise die Einrichtung und Funktionsfähigkeit der Bundeswehr<sup>451</sup>, die Sicherheit und Ordnung des Staates<sup>452</sup>, das Berufsbeamtentum und eventuell auch noch das Sozialstaatsprinzip<sup>453</sup> als Rechtswerte mit Verfassungsrang eingestuft.

Damit stellt sich die Frage, ob die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. II GG, aus der sich die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit ableitet, ein solcher mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechtswert ist. Dies wiederum hängt davon ab, welche Rechtsnatur man Art. 28 Abs. II GG zuschreibt.

Zum einen kann man Art. 28 Abs. II GG als Kompetenznorm auffassen und die darin als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft abgesicherte gemeindliche Wirtschaft als Rechtswert bzw. Rechtsgut von Verfassungsrang verstehen<sup>454</sup>. Zum anderen lässt sich ein Rechtswert eventuell mit der Einrichtungsgarantie des Art. 28 Abs. II GG begründen<sup>455</sup>.

Insbesondere die Grundrechtsähnlichkeit der kommunalen Selbstverwaltung, die wie oben bereits erwähnt in der Weimarer Reichsverfassung sogar im Grundrechtsteil verankert war sowie auch die strukturelle Vergleichbarkeit mit den Grundrechten, die auch heute noch durch die Existenz der kommunalen Verfassungsbeschwerde zum Ausdruck kommt<sup>456</sup>, legt die Annahme eines Rechtswertes mit Verfassungsrang nahe.

Wenn somit die kommunale Selbstverwaltungsgarantie durchaus als Rechtswert mit Verfassungsrang eingestuft werden kann, heißt dies jedoch noch nicht, dass jede An-

<sup>447</sup> Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbssteilnahme, S. 62

<sup>448</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 328 u. Rn. 334; a.A. wohl BVerfGE 69, 1 (59 f.); BVerwG, DVBl 1982, S. 200

<sup>449</sup> Vgl. BVerfGE 67, 213 (228)

<sup>450</sup> Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 46

<sup>451</sup> BVerfGE 28, 243 (261)

<sup>452</sup> Vgl. BVerwGE 49, 202 (209); vgl. BVerfGE 87, 348 (356)

<sup>453</sup> Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 46 m.w.N.; dies., GG, Art. 20 Rn. 111 m.w.N.

<sup>454</sup> Vgl. Scholz, DÖV 1976, S. 441 ff., S. 442; Erichsen, Kommunalrecht NW, S. 174

<sup>455</sup> Stern, in: Bonner Kommentar, Art. 28 Rn. 65

<sup>456</sup> Jarass/Pieroth, GG, Art. 28 Rn. 11; vgl. Maurer, DVBl 1995, S. 1037 ff., S. 1041 f.

gelegenheit der örtlichen Gemeinschaft damit selbst auch zu einem Rechtswert mit Verfassungsrang wird.

Zum einen ist zu bedenken, dass die Aufgabenzuweisung an die Gemeinden nichts am Rang der Aufgabe ändert. Ihr sachlicher Gehalt bleibt unabhängig davon, wer sie wahrnimmt. Somit ist eine Unterscheidung bezüglich der Verfassungsgarantie der Aufgabe und der Wahrnehmungszuständigkeit erforderlich. Die wirtschaftliche Betätigung als solche ist nur dann ein mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechtswert, wenn der mit ihr verfolgte Zweck einen solchen Rang besitzt. Dies kann aber nicht pauschal für die wirtschaftliche Betätigung als solche gelten, sondern nur in Bezug auf die einzelne Aufgabe festgestellt werden<sup>457</sup>.

Zum anderen setzt ein Rechtswert von Verfassungsrang voraus, dass Art. 28 Abs. II GG auch im Verhältnis zur Privatwirtschaft Wirkungen entfaltet. Dies ist aber nicht so, denn gemeindliche Aufgaben unterliegen im Staat-Bürger-Verhältnis den gleichen Legitimationsanforderungen wie jede andere Aufgabenwahrnehmung durch die staatliche Verwaltung auch. Der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung kommt daher nicht alleine durch die Berufung auf ihre Absicherung durch die Selbstverwaltungsgarantie Verfassungsrang zu. Auch insofern kann damit der Selbstverwaltungsgarantie und ihrer einzelnen Aufgaben nicht generell der Status eines kollidierenden Rechtswerts zugebilligt werden. Allenfalls kommt daher eine Differenzierung nach den einzelnen Aufgaben, die in der Form wirtschaftlicher Betätigung wahrgenommen werden, in Frage. In Anbetracht eines Vergleichs mit den wenigen Rechtswerten, die bislang als mit Verfassungsrang ausgestattet eingestuft wurden, werden wohl allenfalls – wenn überhaupt – eminent wichtige Aufgaben wie eventuell die Wasserversorgung und der Entsorgungsbereich als Rechtswerte mit Verfassungsrang einzustufen sein<sup>458</sup>.

Ebenfalls gegen die Annahme eines mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtswerts spricht, dass die Selbstverwaltungsgarantie nicht nach außen wirkt, indem sie den Gemeinden gegenüber privaten Unternehmen nicht mehr Rechte verleiht als dem Staat überhaupt zustehen. Sie ist eine bloße wenn-dann-Garantie: Wenn die Grundrechte dem Staat die wirtschaftliche Betätigung zumindest nicht verbieten und dieser sich wirtschaftlich betätigt, kann die Gemeinde vom Gesetzgeber verlangen, dass der Staat ihr dies ebenfalls erlaubt. Ob aber die Grundrechte die wirtschaftliche Betätigung zulassen und in welchem Ausmaß sie dies tun, liegt dem Einfluss der Selbstverwaltungsgarantie voraus<sup>459</sup>.

Aus der Selbstverwaltungsgarantie ergibt sich grundsätzlich keine Sonderstellung. Sie ist kein Grundrecht der Gemeinden. Durch die Selbstverwaltungsgarantie werden die Gemeinden nicht in eine freiheitsähnliche Staatsferne entlassen, die es den Gemeinden ermöglicht, einen Wettbewerb auf gleicher Augenhöhe mit privaten Konkurrenten zu führen. Eine gleichgeordnete Abwägung im Sinne einer praktischen Konkordanz zwischen den grundrechtlichen Freiheiten der privaten Unternehmer auf der einen Seite und der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie auf der anderen Seite kommt daher nicht in Betracht<sup>460</sup>. Somit dürften sich Beschränkungen aus kollidierenden Rechtswerten mit Verfassungsrang nicht ergeben.

Aber selbst wenn man hier – zumindest in manchen Aufgabenbereichen – die Situation kollidierender Verfassungsgüter anzunehmen hätte<sup>461</sup> und diese im Wege der

<sup>457</sup> Vgl. Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 62 f.

<sup>458</sup> Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 62 f.

<sup>459</sup> Vgl. Rennert, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 348; vgl. ders., JZ 2003, S. 385 ff., S. 396

<sup>460</sup> Vgl. Rennert, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 348

<sup>461</sup> Für eine generelle praktische Konkordanz zwischen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung und Art. 12 GG Stern/Püttner, Gemeindegewirtschaft, S. 173; Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rn. 523;

praktischen Konkordanz, also eines angemessenen Ausgleichs, zu lösen hätte, dürften sich hieraus zumindest keine weitergehenden Grenzen ergeben. So haben die Gemeindeordnungen der Länder einen solchen Ausgleich in grundsätzlich den Freiheitsgewährleistungen Rechnung tragender Weise bereits vorgenommen, indem der Gesetzgeber keine wirtschaftliche Betätigung zugelassen hat, die auf die Beseitigung der wirtschaftlichen Freiheit Privater – Verstoß gegen Art. 12 Abs. I GG – und auf die Vernichtung des Erworbenen – Verstoß gegen Art. 14 GG – gerichtet ist<sup>462</sup>.

## 2. Art. 14 Abs. I GG

### a) Schutzbereich

Das Schutzgut des Eigentums i.S. des Art. 14 Abs. I GG umfasst zu einem bestimmten Zeitpunkt alles, was das einfache Recht zu diesem Zeitpunkt als Eigentum definiert<sup>463</sup>. Eigentum i.S. des Art. 14 Abs. I GG geht aber über das vom Gesetzgeber definierte Eigentum hinaus, da der Inhalt der verfassungsrechtlichen Eigentums-garantie nicht dem einfachen Gesetzgeber obliegt<sup>464</sup>. Nicht geschützt ist das Vermögen als solches<sup>465</sup>, jedoch alle konkreten vermögenswerten Rechte<sup>466</sup>.

Bereits ein Blick auf die oft verwendete Faustformel, nach der Art. 14 GG das Erworbene - das Ergebnis einer Betätigung – und Art. 12 GG dagegen den Erwerb - die Betätigung selbst - schützt<sup>467</sup>, lässt einen Schutz des privaten Unternehmers nach Art. 14 GG als schwierig erscheinen. Infolge der Tatsache, dass Art. 14 GG nur Bestands- und nicht Erwerbsschutz bietet<sup>468</sup>, werden bloße Gewinnchancen, Zukunftshoffnungen, Erwartungen und bloße Verdienstmöglichkeiten nicht geschützt<sup>469</sup>, so dass eine Miteinbeziehung des privaten Unternehmers als nicht selbstverständlich erscheint. Daneben gilt - zumindest nach Auffassung der Rechtsprechung - auch für Art. 14 GG der Grundsatz, dass dieser nicht vor Konkurrenz<sup>470</sup> und auch nicht vor Konkurrenz der öffentlichen Hand schütze<sup>471</sup>.

Der Schutzbereich könnte jedoch über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, über die Nutzung von konkreten Eigentumspositionen und für den Fall der Betroffenheit des Bestandes des Betriebes eines privaten Unternehmens durch gemeindliche Konkurrenz eröffnet sein.

### aa) Bestand des Unternehmens

Konkrete Rechtspositionen, die den Bestand eines privaten Unternehmens ausmachen wie etwa Maschinen, Werkzeuge, Anlagen, Fahrzeuge oder Rechte dürften, bis auf den Fall der Einführung eines Anschluss- und Benutzungszwanges, eher selten durch die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit in ihrem Bestand gefährdet sein. Aber

---

*Schliesky*, DVBl 1999, S. 78 ff., S. 84 f.; *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 30 f.

<sup>462</sup> *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 30 f.

<sup>463</sup> BVerfGE 58, 300 (336); *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 899

<sup>464</sup> Vgl. BVerfGE 58, 300 (335)

<sup>465</sup> BVerfGE 27, 326 (343); 65, 196 (209); 74, 129 (148); 77, 84 (118)

<sup>466</sup> BVerfGE 24, 367 (396); 53, 257 (290); 58, 300 (336)

<sup>467</sup> BVerfGE 88, 366 (377); vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 912

<sup>468</sup> BGHZ 98, 341 (351); 92, 34 (46)

<sup>469</sup> BVerfGE 68, 193 (222); 74, 129 (148); 97, 67 (77); 78, 205 (211); BGHZ 132, 181 (187); *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 492

<sup>470</sup> Vgl. BVerwGE 65, 167 (173)

<sup>471</sup> BVerwGE 39, 329 (337)

auch bei anderen Konstellationen, in denen der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung eine Monopolstellung zukommt, kann unter Umständen der Bestand eines privaten Unternehmens beeinträchtigt sein. Dies kann beispielsweise durch Einschränkungen der privaten Unternehmenstätigkeit, (Teil-) Schließungen, Entlassung von Personal oder durch die Kündigung von bestehenden Rechten zum Ausdruck kommen<sup>472</sup>.

Weitaus relevanter als die wohl eher seltene Bestandsbeeinträchtigung ist jedoch regelmäßig die Frage, inwieweit Art. 14 GG auch die wirtschaftlichen Nutzungsmöglichkeiten dieser konkreten Rechtspositionen schützt.

### bb) Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Durch das ursprünglich aus dem Zivilrecht stammende Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs soll der Unternehmer in seinem gesamten gewerblichen Tätigkeitsbereich vor Störungen Dritter bewahrt werden. In seiner Funktion als „sonstiges Recht“ i.S. des § 823 Abs. I BGB wird neben Kundenstamm, Geschäftsbeziehungen und good will alles, was in seiner Gesamtheit den Wert des konkreten Gewerbebetriebes ausmacht geschützt<sup>473</sup>.

In den Schutzbereich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb fallen jedoch nur solche Vorteile, auf die der Unternehmer von Rechts wegen vertrauen kann. Das Vertrauen in das Ausbleiben von rechtlich möglichem und zulässigem Staatshandeln kann dagegen auch über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb keinen Schutz erlangen.

Da aber genau die geschützten Faktoren wie der Kundenstamm, die Geschäftsbeziehungen und der good will regelmäßig von wirtschaftlicher Konkurrenz – unabhängig davon, ob sie nun von staatlicher oder von privater Seite erfolgt – beeinflusst werden, könnte auch über diesen Gesichtspunkt der Schutzbereich eröffnet sein.

Das Institut des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs wurde auch in das öffentliche Recht übernommen. Inwieweit das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aber auch durch Art. 14 GG geschützt wird, beantwortet die Rechtsprechung nicht einheitlich.

Während das Bundesverfassungsgericht<sup>474</sup> die Anwendbarkeit von Art. 14 GG skeptisch offen lässt, bejahen Bundesgerichtshof<sup>475</sup> und Bundesverwaltungsgericht<sup>476</sup> mit dem wohl überwiegenden Teil des Schrifttums<sup>477</sup> eine diesbezügliche Schutzwirkung des Art. 14 GG.

Die Skepsis des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich eines Schutzes durch Art. 14 GG resultiert aus der von ihm aufgeworfenen Frage, ob der Gewerbebetrieb als solcher die konstituierenden Merkmale des verfassungsrechtlichen Begriffs des Eigentums aufweise. Dies sei fraglich, da doch das Unternehmen eigentumsrechtlich gesehen die tatsächliche, nicht aber die rechtliche Zusammenfassung der zu einem Vermögen gehörenden Sachen und Rechte sei. Diese seien aber an sich schon selbst vor verfassungswidrigen Eingriffen geschützt<sup>478</sup>. Der Schutz des Gewerbebetriebes soll

<sup>472</sup> Vgl. *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 105; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 267; VGH BW, NJW 1984, S. 251 ff., S. 253; *Otting*, Steuerungsmodell, S. 159 f.

<sup>473</sup> RGZ 58, 24 (30); BGHZ 23, 157 (163); 45, 83 (87); 92, 34 (37 ff.)

<sup>474</sup> BVerfGE 51, 193 (221 f.); 66, 116 (145); 68, 193 (222 f.); 77, 84 (118); 81, 208 (227 f.)

<sup>475</sup> BGHZ 23, 157 (162 f.); 92, 34 (37)

<sup>476</sup> BVerwGE 62, 224 (226)

<sup>477</sup> *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 14 Rn. 8; *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 256 f.; *Schlacke*, JA 2002, S. 48 ff., S. 52; vgl. *Ronellenfisch*, in: *Isensee/Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 36; a.A. *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 78 m.w.N.; *Wieland*, in: *Dreier*, GG, Art. 14 Rn. 44

<sup>478</sup> Vgl. BVerfGE 51, 193 (221 f.); 74, 129 (148)

demnach jedenfalls nicht weitergehend sein als der Schutz, den seine wirtschaftliche Grundlage genießt<sup>479</sup>. Damit fallen tatsächliche Gegebenheiten wie bestehende Geschäftsverbindungen, der Kundenstamm, die Marktstellung und ungünstige Umweltbedingungen aus dem Schutzbereich heraus<sup>480</sup>. Eine darüber hinausgehende, eigenständige verfassungsrechtliche Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb käme nur dann in Betracht, wenn ein zusätzlicher verfassungsrechtlicher Schutz des Gewerbebetriebs als zwingend geboten erscheint.

Dies wird meist damit begründet, dass der Gewerbebetrieb mehr sei als die Summe seiner Teile, den einzelnen Sachen und Rechten, was sich regelmäßig durch den am Markt erzielbaren Preis eines Unternehmens dokumentiere<sup>481</sup>. Durch Art. 14 GG sei ein Bestandsschutz des durch eigene Leistung Erworbenen garantiert. Auch der Kundenstamm, Geschäftsbeziehungen, good will sowie die Marktstellung beruhen auf dieser Leistung und würden durch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. I GG fallen<sup>482</sup>.

Dem ist zwar zuzugeben, dass die genannten Unternehmensbestandteile in der Tat auf die eigene Leistung zurückgehen. Es gilt aber zu berücksichtigen, dass Art. 14 GG eben nur den bereits erworbenen Bestand an konkreten Gütern und Rechten schützt. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb am Schutzbereich des Art. 14 GG teilhaben zu lassen, würde fast zwangsläufig dazu führen, den ursprünglich konzipierten ausschließlichen Schutz von konkreten Vermögensrechten zu unterlaufen, indem durch die Hintertür des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wieder ein partieller Vermögensschutz eingeführt würde. Der Unterschied von konkretem und geschütztem Eigentum und grundsätzlich ungeschütztem, abstraktem Vermögen würde hierdurch zumindest relativiert.

Mögen Kundenstamm, Geschäftsbeziehungen und good will auch die Konkretisierung von abstrakten Erwartungen und Chancen sein, sind sie doch gleichwohl keine greifbaren Rechtspositionen, die eigentumsrechtlichen Schutz genießen können. Damit können auch über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb einzelne Gesichtspunkte einer unternehmerischen Tätigkeit wie Geschäftsbeziehungen, Kundenstamm, Marktstellung und andere, lediglich tatsächliche Gegebenheiten, keinen Eigentumsschutz nach Art. 14 Abs. I GG erlangen, auch wenn sie für den Gewerbebetrieb und seine Rentabilität von erheblicher Bedeutung sind<sup>483</sup>.

Ferner erscheint es fraglich, ob die hier zu untersuchende gemeindliche Wirtschaftskonkurrenz geeignet ist, den Schutzbereich des Art. 14 GG über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu eröffnen, da zumindest im Bereich des Zivilrechts hierfür ein unmittelbarer, betriebsbezogener Eingriff erforderlich ist. Der Eingriff muss sich demnach also gezielt gegen das private Unternehmen selbst richten. Beim typischerweise faktischen Eingriff durch Konkurrenz fehlt es aber regelmäßig an der unmittelbaren Betriebsbezogenheit. Fraglich ist insoweit, ob dieser spezifisch zivilrechtliche Eingriffsbegriff den grundrechtlichen Eingriffsbegriff zu

<sup>479</sup> BVerfGE 58, 300 (353); BGHZ 84, 223 (227)

<sup>480</sup> BVerfGE 77, 84 (118); *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 905 f.

<sup>481</sup> *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 258; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 262; *Otto*, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, S. 171 f.

<sup>482</sup> Vgl. *Wendt*, in: *Sachs*, GG, Art. 14 Rn. 21; *Otto*, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, S. 171 f. m.w.N.

<sup>483</sup> Vgl. BGHZ 78, 41 (44 f.); vgl. BVerfGE 45, 142 (173); BVerfGE 77, 84 (118); BSGE 67, 251 (255); vgl. BVerfGE 68, 193 (222 f.); vgl. *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 492; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 905 f.; vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 158; *Zilkens*, NWVBl 1997, S. 34 ff., S. 36; a.A. BGHZ 23, 157 (163); BVerwGE 22, 224 (226); *Ronellenfitsch*, in: *Isensee/Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 36, der aber einen substantiellen Eingriff in den Kundenstamm erst bei einer Monopolstellung der öffentlichen Hand annimmt; vgl. BVerwGE 17, 306 (314); 39, 329 (337)

verdrängen vermag. Auch dies wird vereinzelt verneint und ein grundrechtlicher Eigentumsschutz über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wegen fehlender Unmittelbarkeit bzw. Betriebsbezogenheit abgelehnt<sup>484</sup>. Zu Recht weist *Kluth* darauf hin, dass die Einbeziehung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in den Schutzbereich des Art. 14 GG auch deswegen bedenklich erscheint, weil mittlerweile ein Wandel der zivilrechtlichen Begründung des Rechts am Gewerbebetrieb staatgefunden hat. So findet dieses Rechtsinstitut heute seinen Schwerpunkt meist nicht im Tatbestand bzw. in der Verletzung eines Rechtsguts, sondern in der rechtlichen Bewertung des schädigenden Verhaltens. Dieses mittlerweile im Mittelpunkt stehende, schädigende und missbilligte Verhalten ist jedoch nur schwerlich als Schutzgegenstand zu bewerten, der als Eigentumsposition i.S. des Art. 14 GG angesehen werden könnte<sup>485</sup>.

All diese Bedenken legen es nahe, den Schutzbereich des Art. 14 GG für das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und seinen einzelnen, tatsächlichen Bestandteilen nicht zu öffnen. Ein grundrechtlicher Eigentumsschutz unter diesem Aspekt kommt damit nicht in Betracht.

### cc) Nutzung des Eigentums

Neben dem Schutz des vorhandenen Bestandes des Eigentums ist auch seine Nutzung also das Verwenden, Verbrauchen und Veräußern geschützt.

Da durch die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit zwar regelmäßig Faktoren wie der Geschäftsumfang und die Absatzchancen beeinträchtigt werden können, nicht jedoch die abstrakte Nutzungs- bzw. Verwendungsbefugnis als solche, gilt es ein zusätzliches Kriterium zu finden, das eine Beziehung zwischen der abstrakten Nutzungsmöglichkeit und dem Verwendungszweck herstellt, der dem konkreten Gegenstand innewohnt.

Dieses Kriterium ist in der bestimmungsgemäßen, wirtschaftlich sinnvollen Nutzung oder Verwendung der konkreten Eigentumsposition zu sehen<sup>486</sup>. Eine wirtschaftlich sinnvolle Betätigungsmöglichkeit liegt dabei solange vor, wie ein Absatz zu normalen Marktbedingungen möglich ist. Eine relevante Beeinträchtigung der Nutzungs- bzw. Verwendungsbefugnis liegt daher vor, wenn ein Anbieter bzw. ein gemeindliches Unternehmen am Markt durch sein Angebot oder durch sein sonstiges Marktverhalten, die normale Preis-Leistungsorientierung außer Kraft setzt oder diese wesentlich beeinträchtigt<sup>487</sup>.

Da hier jedoch die Nutzung des Eigentums gleichzeitig die Ausübung eines anderen Freiheitsrechts darstellt - hier die berufliche Betätigung des privaten Konkurrenten, geschützt durch die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG - geht dieses vor<sup>488</sup>.

### b) Eingriff

Als die klassischen Haupteingriffsarten in Eigentumspositionen gelten die Enteignung, die Inhalts- und Schrankenbestimmung sowie die faktischen Eingriffe, die meist, im Hinblick auf die Rechtfertigung bzw. auf die Entschädigung, in den sog. enteignenden und den sog. enteignungsgleichen Eingriff unterteilt werden.

---

<sup>484</sup> *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 612; vgl. *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 257

<sup>485</sup> *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 78 m.w.N.

<sup>486</sup> BGH, NJW 1968, S. 1857 f.; *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 83

<sup>487</sup> *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 83

<sup>488</sup> *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 14 Rn. 5 u. Rn. 19

## aa) Enteignung

Eine gesetzliche oder verfassungsrechtliche Definition der Enteignung besteht nicht. Nach Rechtsprechung und Schrifttum wird unter der Enteignung weitgehend übereinstimmend der Entzug von Eigentumspositionen durch hoheitlichen finalen Rechtsakt zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben verstanden<sup>489</sup>. Die Enteignungsdefinition erinnert damit nicht von ungefähr an den klassischen Eingriffsbegriff. Da mit der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit regelmäßig kein solcher hoheitlicher und finaler Rechtsakt einhergeht, scheidet eine Beeinträchtigung des Eigentums privater Konkurrenten durch eine Enteignung aus. Selbst bei Monopolisierungen, wie etwa der Einrichtung eines gemeindlichen Anschluss- und Benutzungszwanges oder einem Verdrängungswettbewerb, liegt keine Enteignung vor, denn hier wird das Eigentum grundsätzlich nicht entzogen, sondern beim privaten Konkurrenten belassen.

## bb) Inhalts- und Schrankenbestimmungen

Unter Inhalts- und Schrankenbestimmungen versteht man die abstrakte und generelle Festlegung von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum zu verstehen sind. Die Inhalts- und Schrankenbestimmungen sind auf die Normierung objektiv-rechtlicher Vorschriften gerichtet, die den Inhalt des Eigentums vom Inkrafttreten des Gesetzes an für die Zukunft in allgemeiner Form bestimmen<sup>490</sup>. Als derartige Regelungen kommen beliebige Rechtsvorschriften in Betracht. Die Regelungen über die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung dürften jedoch keine Inhalts- und Schrankenbestimmungen sein, da sie es nicht zum Regelungsgegenstand und Ziel haben, Rechte und Pflichten von Eigentümern festzulegen. Allein die Tatsache, dass sich diese Vorschriften unter Umständen beeinträchtigend auf das Eigentum in Form des Bestandes eines privaten Konkurrenzunternehmens auswirken können, macht sie noch nicht zu Regelungen in diesem Sinne.

Lediglich die Vorschriften über den gemeindlichen Anschluss- und Benutzungszwang lassen sich mitunter als Inhalts- und Schrankenbestimmung bewerten, da die Anschluss- oder Benutzungspflichtigen erheblich in ihrem Eigentumsrecht beschränkt werden. Soweit vorhandene Versorgungseinrichtungen hierdurch nicht mehr genutzt werden, können bestehende private Anlagen gegebenenfalls wertlos werden. Die Rechtsprechung sieht hierin die Konkretisierung der dem Eigentum anhaftenden Sozial- und Umweltpflichtigkeit<sup>491</sup>.

## cc) Sonstige Eingriffe

Im Hinblick auf das bereits dargestellte veränderte Eingriffsverständnis sind neben den soeben genannten Eingriffsformen auch andere Eingriffe wie insbesondere faktische Eingriffe denkbar. Die traditionelle Systematisierung dieser Eingriffe in enteignende und enteignungsgleiche Eingriffe erfolgte im Hinblick auf die Frage nach der Rechtfertigung bzw. der Entschädigung<sup>492</sup>.

Nicht die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften, sondern insbesondere die konkrete gemeindliche Wirtschaftstätigkeit wird - wie bereits bei Art. 12 GG festge-

---

<sup>489</sup> BVerfGE 70, 191 (199 f.); 72, 66 (76); BVerwGE 77, 295 (297 f.); 84, 361 (366); *Jarass/ Pjeroth*, Art. 14 Rn. 52

<sup>490</sup> BVerfGE 72, 66 (76); 52, 1 (27); 58, 137 (144 f.)

<sup>491</sup> BVerwG, NVwZ-RR 1990, S. 96; BGHZ 40, 355 (361)

<sup>492</sup> *Pjeroth/ Schlink*, Grundrechte, Rn. 925 f. u. Rn. 947 f.

stellt – wenn überhaupt, dann meist faktisch und mittelbar in den Schutzbereich eingreifen. Für diese Eingriffe ist generell erforderlich, dass die geschützten Eigentumspositionen in erheblichem Umfang faktisch behindert werden. Im Hinblick auf die grundsätzliche Eingriffsschwelle kann weitgehend auf die Ausführungen zu Art. 12 GG zurückgegriffen werden. Gleiches gilt für die Unmittelbarkeit des Eingriffs. Abgesehen von der Enteignung gilt auch hier bei den sonstigen Eingriffsmodalitäten, dass das Dazwischentreten einer Verbraucherentscheidung einen Eingriff nicht ausschließen muss, da die Unmittelbarkeit ein wertendes Kriterium darstellt und es insofern auf eine wertende Zurechnung ankommt<sup>493</sup>.

### **(1) Enteignungsgleicher Eingriff**

Der enteignungsgleiche Eingriff setzt voraus, dass durch eine rechtswidrige, hoheitliche Maßnahme (Rechtsakt oder Realakt) geschützte Eigentumspositionen unmittelbar i.S. einer wertenden Zurechnung beeinträchtigt werden. Hierdurch muss dem Betroffenen ein besonderes, anderen nicht zugemutetes Opfer für die Allgemeinheit auferlegt werden<sup>494</sup>. Eine solche Beeinträchtigung kommt damit bei einer rechtswidrigen gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit in Betracht, wie sie beispielsweise bei einer Überschreitung der gemeindlichen Kompetenzgrenzen vorliegt.

### **(2) Enteignender Eingriff**

Der enteignende Eingriff setzt dagegen voraus, dass als unbeabsichtigte, unvorhergesehene und zumeist auch atypische Nebenfolge einer rechtmäßigen hoheitlichen Maßnahme (Rechtsakt oder Realakt) geschützte Eigentumspositionen unmittelbar i.S. einer wertenden Zurechnung beeinträchtigt werden. Die hieraus resultierenden Nachteile für den Betroffenen müssen dabei die Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren überschreiten<sup>495</sup>. Diese Art der Beeinträchtigung dürfte im Zusammenhang mit der gemeindlichen Wirtschaftsberätigung wohl regelmäßig ausscheiden, ist doch die Beeinträchtigung konkurrierender privater Unternehmen durch eine eigenwirtschaftliche Berätigung der Gemeinde in den meisten Fällen vorhersehbar und nahe liegend. Sie kann damit kaum als unvorhergesehene, lediglich atypische Nebenfolge von rechtmäßigem Verwaltungshandeln zu begreifen sein<sup>496</sup>.

## **c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Da der Grundrechtsschutz aus Art. 14 Abs. I GG in der Regel mit dem Grundrechtsschutz aus Art. 12 Abs. I GG parallel läuft, ergeben sich aus Art. 14 Abs. I GG meistens keine zusätzlichen Legitimationsanforderungen<sup>497</sup>, so dass weitgehend auf die Ausführungen zu Art. 12 GG zurückgegriffen werden kann.

Für den Fall einer Inhalts- und Schrankenbestimmung, die gegebenenfalls in der Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs gesehen werden kann, bedarf es aufgrund des Eingriffscharakters einer solchen Anordnung einer Satzung, die ihrer-

<sup>493</sup> Maurer, Verwaltungsrecht, § 26 Rn. 93; Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 89 u. S. 204; Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbsbeteiligung, S. 66

<sup>494</sup> Vgl. Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rn. 57; vgl. Maurer, Verwaltungsrecht, § 26 Rn. 93

<sup>495</sup> Vgl. Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rn. 58 m.w.N.; vgl. Maurer, Verwaltungsrecht, § 26 Rn. 112

<sup>496</sup> Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 502 (Fn. 43)

<sup>497</sup> BVerwGE 17, 306 (311); 39, 329 (336); BVerfGE 21, 150 (160); 50, 290 (365); vgl. VGH BW, NJW 1984, S. 251 ff., S. 253; vgl. Pieroth/Hartmann, DVBl 2002, S. 421 ff., S. 422; Ronellenfötsch, in: Isensee/Kirchhof, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 36 m.w.N.; Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbsbeteiligung, S. 84

seits einer Grundlage in einem parlamentarischen Gesetz bedarf. Dem haben alle Gemeindeordnungen Rechnung getragen und, aufgrund der mitunter gravierenden Beeinträchtigungen, zum Teil ausdrücklich Begrenzungen und Ausnahmen dieser Maßnahmen vorgesehen<sup>498</sup>. Gegebenenfalls sind diese Regelungen nach allgemeinen Grundsätzen durch Übergangsregelungen oder finanzielle Ausgleichsregelungen unter Beachtung der Grundsätze des Vertrauensschutzes zu ergänzen.

Auch hinsichtlich der übrigen Beeinträchtigungen gilt es wie bei Art. 12 GG festzustellen, ob die eine Beschränkung des Eigentums rechtfertigenden Gemeinwohlinteressen in einen verhältnismäßigen Ausgleich gebracht wurden. Auch hier dürften sich wohl keine anderen Anforderungen wie bei Art. 12 GG ergeben. Auch bei Art. 14 GG bedarf es einer genauen Abwägung im Einzelfall, so dass auf die generellen Aussagen zu Art. 12 GG zurückzugreifen ist. Inwieweit also die Vorschriften der Gemeindeordnungen den Anforderungen des Art. 14 GG entsprechen, also einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen den Interessen des Eigentümers auf der einen Seite und den die Beschränkung rechtfertigenden Gemeinwohlinteressen auf der anderen Seite bewerkstelligen, bedarf einer genaueren Auslegung der Vorschriften, die im Zusammenhang mit der Untersuchung der einfachgesetzlichen Grenzen erfolgt.

### 3. Art. 2 Abs. I GG

Auch Art. 2 Abs. I GG schützt die Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet<sup>499</sup> und in diesem Zusammenhang auch die unternehmerische Handlungsfreiheit<sup>500</sup> bzw. die wirtschaftliche Betätigung<sup>501</sup>. Da hier jedoch der in Frage stehende Lebensbereich privater Konkurrenten in den Schutzbereich des spezielleren Grundrechts der Berufsfreiheit fällt, bestimmt sich der grundrechtliche Schutz grundsätzlich allein nach diesem spezielleren Grundrecht<sup>502</sup>. Der insoweit als Auffanggrundrecht fungierende Art. 2 Abs. I GG wird damit für die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung nicht relevant<sup>503</sup>.

### 4. Art. 3 Abs. I GG

#### a) Ungleichbehandlung

Während sich private Konkurrenten gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit im Grundsatz zweifellos auf Art. 3 Abs. I GG berufen können, gilt es erst festzustellen, ob diese Möglichkeit auch für die Gemeinde und ihre Unternehmen besteht.

Ein willkürliches Verhalten zu Lasten juristischer Personen des öffentlichen Rechts wird vom Bundesverfassungsgericht entweder als eine Verletzung der objektivrechtlichen Seite des Art. 3 Abs. I GG eingestuft<sup>504</sup> oder es zieht hierfür mit gleichem Ergebnis das Rechtsstaatsprinzip heran<sup>505</sup>. Unabhängig von der Frage, ob oder inwieweit die Gemeinde und ihre Unternehmen Grundrechtsträger sind, können sie sich

<sup>498</sup> Vgl. etwa § 11 Abs. III BWGO

<sup>499</sup> BVerfGE 10, 89 (99); 12, 341 (347); 25, 375 (384); 50, 290 (366); 60, 329 (339); BVerwGE 60, 154 (159); 65, 167 (174)

<sup>500</sup> BVerfGE 50, 290 (366); 65, 196 (210)

<sup>501</sup> BVerfGE 91, 207 (221); 98, 218 (259)

<sup>502</sup> BVerfGE 58, 358 (361); 68, 193 (216 ff.); 70, 1 (32); 77, 84 (118)

<sup>503</sup> Vgl. Dreier, in: ders., GG, Art. 12 Abs. I Rn. 24; Jarass/Piero, GG, Art. 12 Rn. 15; Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 272 f.

<sup>504</sup> BVerfGE 35, 263 (271 f.); 76, 130 (139)

<sup>505</sup> BVerfGE 21, 362 (372); 56, 298 (313); 89, 132 (141); BVerwGE 75, 318 (327)

damit zumindest auf den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. I GG berufen und eine Verletzung des Gleichheitssatzes - wohl mit Ausnahme einer Verfassungsbeschwerde, da diese Grundrechtsträgerschaft voraussetzt - auch gerichtlich geltend machen, indem sie belastende Maßnahmen als rechtswidrig rügen<sup>506</sup>. Im hier zu untersuchenden Zusammenhang liegt jedoch zunächst die staatliche Benachteiligung der privaten Unternehmen im Blickfeld.

Art. 3 Abs. I GG verbietet die Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem und die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem ohne sachlichen Grund<sup>507</sup>.

Im Fall der von der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung betroffenen privaten Unternehmer ließe sich an eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem denken, indem die öffentliche Hand ihre Unternehmen gegenüber der privaten Konkurrenz sachwidrig begünstigt. Dies kann auf vielfältige Art und Weise geschehen.

So genießen auch die gemeindlichen Unternehmen regelmäßig eine Reihe von teilweise erheblichen Vorteilen, die den privaten Konkurrenzunternehmen nicht zustehen. Man denke hier nur an das fehlende Insolvenzrisiko, Vertrauensvorschüsse in der Bevölkerung sowie die Möglichkeit von niedriger Preisgestaltung durch Eigen-subsidierung. So könnte man beispielsweise hinsichtlich des zuletzt genannten Vorteils der Situation begegnen, dass gemeindliche Unternehmen Zuschüsse erhalten, ohne dass private Unternehmen in den Genuss solcher Zuweisungen kommen.

Die nach Art. 3 Abs. I GG erforderliche wesentliche Gleichheit setzt voraus, dass Personen, Personengruppen oder Situationen vergleichbar sind. Es bedarf somit eines gemeinsamen Bezugspunktes (*tertium comparationis*) i. S. eines gemeinsamen Oberbegriffs, unter den die rechtlich verschieden behandelten Personen, Personengruppen oder Situationen fallen. Als Bezugspunkt bieten sich hierfür - je nach konkreter Fallkonstellation - die Organisationsform der Unternehmen, ihr konkretes Leistungsangebot sowie der Marktbereich bzw. der angesprochene Kundenkreis an.

Trotz dieser möglicherweise vorliegenden gemeinsamen Bezugspunkte ist eine Berufung privater Unternehmen auf den Gleichheitssatz gleichwohl nicht sehr erfolgversprechend. So erscheint es fraglich, inwieweit gemeindliche bzw. staatliche Unternehmen mit privaten Unternehmen überhaupt gleichgesetzt werden können.

Zum einen ist zu berücksichtigen, dass die staatlichen Ermächtigungsgrundlagen erst die Voraussetzung bzw. die Grundlage zur Wirtschaftstätigkeit schaffen, aus der sich eventuell vergleichbare Situationen ergeben können. Damit erscheint es aber zumindest zweifelhaft, ob die gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften überhaupt gegen Art. 3 Abs. I GG verstoßen können, da der Gleichheitssatz Rechtsbetroffenheit grundsätzlich voraussetzt, sie aber nicht konstituiert<sup>508</sup>.

Zum anderen erscheint die gemeindliche und die private Wirtschaftstätigkeit schon aufgrund der ihr Verhalten determinierenden unterschiedlichen Grundlagen - begrenzte Wahrnehmung von Kompetenzen einerseits und unbegrenzte grundrechtliche Freiheiten andererseits - nur sehr schwer vergleichbar<sup>509</sup>. Vielmehr wird lediglich

---

<sup>506</sup> Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 496; Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 8; a.A. Heintzen, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 743 f., der aufgrund der unterschiedlichen Zwecksetzung von öffentlichen und privaten Unternehmen eine vergleichbare Lage und damit eine Bemühung des Art. 3 Abs. I GG auch für öffentliche Unternehmen aus Gründen der Waffengleichheit ablehnt.

<sup>507</sup> Vgl. bezüglich einer Ungleichbehandlung BVerfGE 1, 14 (52); 76, 256 (329); 78, 249 (287); vgl. hinsichtlich einer Gleichbehandlung BVerfGE 72, 141 (150); 84, 133 (158)

<sup>508</sup> Vgl. Miebach, JuS 1987, S. 956 ff. S. 959; vgl. BVerfGE 64, 229 (238 ff.); Otto, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung, S. 178

<sup>509</sup> Vgl. bereits oben 4. Teil E. II. 1. a) bb); Heintzen, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 743 f.; a.A. Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 496, der eine Prüfung im Einzelfall vertritt.

Unterschiedliches – die gemeindliche und private Wirtschaftsbetätigung - durch korrespondierende unterschiedliche Grundlagen – Kompetenzen einerseits und Grundrechte andererseits - unterschiedlich behandelt.

Auch wenn damit die Wettbewerbsvoraussetzungen von Gemeinde und privaten Konkurrenten unterschiedlich sind, ist der Schutzbereich des Art. 3 Abs. I GG regelmäßig auch deshalb gar nicht berührt, weil Art. 3 Abs. I GG keinen Egalitätsanspruch beinhaltet, also keinen generellen Anspruch auf wirtschaftliche Chancengleichheit anerkennt oder sichert<sup>510</sup>.

Der Gedanke, Unterlassungsansprüche, insbesondere größerer privater Unternehmen, zu konstruieren, die in mehreren Bundesländern agieren und damit in einem Bundesland Beeinträchtigungen durch gemeindliche Konkurrenzunternehmen hinnehmen müssen, die vielleicht in einem anderen Bundesland, aufgrund der dortigen restriktiveren Gemeindeordnung unzulässig wären, scheidet durch die unterschiedlichen Normgeber der Gemeindeordnungen. Eine mögliche Ungleichbehandlung erfolgt hier nicht, wie erforderlich durch die gleiche Rechtsetzungsgewalt.

Auch eine Ungleichbehandlung gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen verschiedener Bundesländer durch die unterschiedlichen Gemeindeordnungen kann, da die Ungleichbehandlung auch in dieser Konstellation nicht durch denselben Normgeber erfolgt, ebenfalls nicht unter Gleichheitsgesichtspunkten geltend gemacht werden.

Die Konstellation der Ungleichbehandlung eines länderübergreifend agierenden gemeindlichen Unternehmens durch die unterschiedlichen Gemeindeordnungen scheidet aus, da die gemeinderechtlichen Voraussetzungen immer nur die eigenen wirtschaftlichen Unternehmen und nicht die übergreifenden Unternehmen beschränken.

## b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Selbst wenn man diese Klippen um die erforderliche Gleichsetzung umschiffen könnte und von einer wesentlichen Gleichheit zwischen gemeindlichen und privaten Unternehmen auszugehen hätte, scheidet ein Unterlassungsanspruch aus Art. 3 Abs. I GG gleichwohl regelmäßig.

So setzt ein Unterlassungsanspruch aus Art. 3 Abs. I GG die willkürliche Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem, also eine Ungleichbehandlung ohne sachlichen Grund voraus.

Ein solcher sachlicher Grund liegt aber regelmäßig vor, indem die erste Voraussetzung der gemeinderechtlichen Schrankentrias, der öffentlicher Zweck, die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung mit ihren Privilegierungen gegenüber privater Konkurrenz rechtfertigt. Selbst wenn man also von wesentlich Gleichem ausgeht, liegt keine willkürliche Ungleichbehandlung vor, da der öffentliche Zweck die unterschiedliche Behandlung von gemeindlichen und privaten Unternehmen rechtfertigt<sup>511</sup>. Auch hier dürfte die Vielzahl der denkbaren öffentlichen Zwecksetzungen und die diesbezügliche Einschätzungsprärogative der Gemeinden kaum je dazu führen, dass sich kein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung finden lässt.

Auch die durch Art. 3 Abs. I GG verfassungsrechtlich garantierte Lastengleichheit der Bürger wird durch die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit infolge der Zweckbindung und des Verbots einer reinen erwerbswirtschaftlichen Betätigung nicht verletzt.

<sup>510</sup> Str. vgl. *Gubelt*, in: *v. Münch/ Kunig*, GG, Art. 3 Rn. 62; wie hier vgl. BVerfGE 4, 7 (19 ff.); 12, 354 (367); 21, 292 (296 ff.); 22, 163 (169); BVerwGE 17, 306 (311); 39, 329 (337); *Gerke*, Jura 1985, S. 349 ff., S. 357; *Ronellenfitsch*, in: *Isensee/ Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 37

<sup>511</sup> *Zilkens*, NWVBl 1999, S. 34 ff., S. 36; *Ronellenfitsch*, in: *Isensee/ Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 37 *Gusy*, JA 1995, S. 253 ff., S. 253 f.; *Schlacke*, JA 2002, S. 48 ff., S. 52

Der Lastengleichheit zufolge dürfen die aus der Erfüllung öffentlicher Aufgaben resultierenden finanziellen Lasten die Allgemeinheit grundsätzlich nur in gleichmäßiger und gleichartiger Weise, wie durch Steuern, Gebühren und Abgaben, treffen. Ein Rechtfertigungsgrund, der es über die Steuerlast hinaus erlauben würde, privaten Unternehmen in den von der Gemeinde mitbedienten Wirtschaftsbereichen durch die Abgabe von Marktchancen und Anteilen ein zusätzliches Sonderopfer abzuverlangen, ist nicht ersichtlich. Dies wird durch die Zweckbindung und den Ausschluss einer reinen Erwerbswirtschaft verhindert, so dass auch der Grundsatz der Lastengleichheit einer gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung nicht entgegensteht<sup>512</sup>. Ein Unterlassungsanspruch privater Unternehmer aus Art. 3 Abs. I GG scheidet damit aus.

Im Rahmen des Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. I GG ließe sich prinzipiell auch an die umgekehrte Konstellation, die Benachteiligung der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit denken. So stehen den Privilegien der gemeindlichen Wirtschaft die Restriktionen der Gemeindeordnung gegenüber. Insbesondere das Territorialitätsprinzip, also die grundsätzliche Beschränkung auf das Gemeindegebiet, die Zweckbindung, die Subsidiaritätsklauseln, Genehmigungsvorbehalte sowie die Bindung an Dienst-, Organisations-, Haushalts- und Vergaberecht stellen mitunter erhebliche Wettbewerbshindernisse dar, denen private Unternehmen nicht unterliegen. Aber auch hier scheidet ein Anspruch aus Art. 3 Abs. I GG aus den bereits genannten Gründen der fehlenden Vergleichbarkeit und der Negierung eines generellen Anspruchs auf Chancengleichheit. Ganz abgesehen hiervon, schließen die gesetzgeberischen Gründe, auf denen diese Regelungen beruhen, auch hier eine willkürliche Ungleichbehandlung aus.

Auch die Konstellation der Ungleichbehandlung von gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit im Vergleich zu anderen öffentlichen Unternehmen, etwa denen des Landes, die ebenso wie private Unternehmen den Restriktionen der Gemeindeordnung nicht unterworfen sind, lässt keinen Verstoß gegen das Gleichheitsgebot erkennen.

So erscheint die Ungleichbehandlung – trotz der hier vielleicht vorliegenden Vergleichbarkeit – bereits aufgrund des verfassungsrechtlich vorgegeben Kompetenzgefüges, nach dem die Gemeinden nur für Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zuständig sind, gerechtfertigt. Darüber hinaus bieten gerade die sich durch ihre Multifunktionalität auszeichnenden begrenzenden Wirtschaftsregelungen der Gemeindeordnungen, in Anbetracht der geringen Größe und der geringeren finanziellen Mittel der Gemeinden, gleich mehrere sachliche Gründe für eine Differenzierung<sup>513</sup>. So haben sich etwa die Gemeinden kommunalpolitisch auf die Erfüllung ihrer eigenen Aufgaben als Träger öffentlicher Verwaltung zu konzentrieren. Sie sollen finanz- bzw. haushaltspolitisch vor den mit der Unternehmertätigkeit verbundenen wirtschaftlichen Risiken, insbesondere vor finanziellen Verlusten, bewahrt werden und schließlich wirtschaftspolitisch eine ungehemmte wirtschaftliche Betätigung zu Lasten der Privatwirtschaft verhindern.

Weiteren denkbaren Konstellationen einer Benachteiligung gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit soll hier aber nicht weiter nachgegangen werden, da hier in erster Linie das Verhältnis zur privaten Wirtschaftskonkurrenz untersucht werden soll<sup>514</sup>.

---

<sup>512</sup> Selmer, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 75 ff., S. 89

<sup>513</sup> Vgl. *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 497

<sup>514</sup> Zu Konstellationen der gemeindlichen Beteiligung an überörtlichen und an ausländischen öffentlichen Unternehmen *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 497 m.w.N.; *ders.*, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 30 f.

## F. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. II GG

Die verfassungsrechtliche Klammer<sup>515</sup>, die die unterschiedlich ausgestalteten Gemeindeordnungen der Bundesländer zusammenhält, die prinzipiell alle Gemeinden im Bundesstaat verbindet und den Kern ihrer Existenz ausmacht ist die kommunale Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. II GG. Sie ist verfassungsrechtliche Basis und Ausgangspunkt jeder näheren Bestimmung von Inhalt, Reichweite und Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung<sup>516</sup>.

Das in Art. 28 Abs. II GG postulierte Selbstverwaltungsrecht gewährleistet den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Die Funktion der kommunalen Selbstverwaltung besteht nach herkömmlichem Verständnis in den verwaltungspraktischen Vorteilen einer dezentralen Aufgabenwahrnehmung auf der einen Seite und in der Verbesserung der Bürgermitwirkung, im Sinne einer Demokratie von unten nach oben, auf der anderen Seite<sup>517</sup>.

Art. 28 Abs. II GG enthält zunächst eine institutionelle Garantie der kommunalen Selbstverwaltung<sup>518</sup>. Institutionelle Garantien gewährleisten ihrem Wesen nach zunächst lediglich den Bestand bestimmter Einrichtungen. Allerdings können diese verfassungsrechtlich verankerten Institute für den Einzelnen zugleich subjektive Rechte begründen. So verhält es sich auch im Fall der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie.

Durch die objektive Rechtsinstitutionsgarantie wird den Gemeinden verfassungsrechtlich Selbstverwaltung garantiert, wobei es den Landesverfassungen frei steht, den Gemeinden weitergehende Selbstverwaltung zu garantieren. Neben dieser objektiv-rechtlichen Natur werden durch die subjektive Rechtsstellungsgarantie subjektive Rechte eingeräumt, indem die einzelne Gemeinde von den aus Art. 28 Abs. II GG Verpflichteten (Bund, Länder, Gemeindeverbände und andere Gemeinden) die Einhaltung der Garantien verlangen kann.

Obwohl diese Ausgestaltung an die subjektive und objektive Komponente der Grundrechtsdogmatik erinnert, ist die kommunale Selbstverwaltungsgarantie selbst kein Grundrecht oder grundrechtsgleiches Recht<sup>519</sup>. Sie ist jedoch strukturell einem Grundrecht vergleichbar, was sich auch prozessual in der der Verfassungsbeschwerde parallelen Kommunalverfassungsbeschwerde zeigt<sup>520</sup>. Diese strukturelle Vergleichbarkeit erklärt auch die verbreitete Verwendung der Grundrechtsterminologie<sup>521</sup>.

Analog den Grundrechten darf der Kernbereich bzw. Wesensgehalt der Selbstverwaltung durch den Gesetzgeber nicht angetastet werden (sog. absolute Grenze - Wesensgehaltsgarantie). Die Bestimmung des Kernbereichs und seine Abgrenzung vom

<sup>515</sup> *Stober*, Kommunalrecht, S. 57 f.

<sup>516</sup> *Stober*, Kommunalrecht, S. 58

<sup>517</sup> *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Art. 28 Rn. 8; vgl. BVerfGE 11, S. 266 (275 f.); 79, S. 127 (148); 95, S. 1 (16 ff.); vgl. auch Art. 11 Abs. IV BayVerf

<sup>518</sup> BVerfGE 1, 167 (174 f.)

<sup>519</sup> Dies wird teilweise auch systematisch begründet, indem darauf hingewiesen wird, dass die kommunale Selbstverwaltung im Gegensatz zu Art. 127 WRV nicht mehr im Grundrechtskatalog steht, sondern durch Art. 28 Abs. II GG nunmehr als verfassungsrechtliche Staatsorganisationsnorm im Grundgesetz verortet wurde, vgl. *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 394 m.w.N. Da sich jedoch auch außerhalb des Grundrechtskatalogs Grundrechte finden lassen, dürfte dies eher ein historisches als ein systematisches Argument sein.

<sup>520</sup> *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 28 Rn. 11 m.w.N.

<sup>521</sup> Zur hier nicht immer glücklichen Terminologie vgl. *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 178

Randbereich ist strittig. Nach der Rechtsprechung wird der Wesensgehalt als die überkommenen, identitätsbestimmenden Merkmale der gemeindlichen Selbstverwaltung verstanden<sup>522</sup>. Der Kernbereich wird verletzt, wenn eine gesetzliche Einschränkung zu einer derartigen Aushöhlung oder Erstickung der Selbstverwaltung führt, dass die Gemeinde die Gelegenheit zu kraftvoller Betätigung verliert und nur noch ein Scheindasein führen kann<sup>523</sup>. Der Wesensgehalt soll dabei das „Essentiale“ sein, das man aus einer Institution nicht entfernen kann, ohne deren Struktur und Typus zu verändern<sup>524</sup>.

Zur Ermittlung dieses typischen gemeindlichen Erscheinungsbildes bedient sich die Rechtsprechung zum einen der Subtraktionsmethode<sup>525</sup>, die danach fragt, was nach einem gedachten Eingriff übrig bleiben würde sowie zum anderen der historischen Methode<sup>526</sup>, die sich an der geschichtlichen Entwicklung und den historisch gewachsenen Erscheinungsformen orientiert. Relativiert werden diese Indizien durch die Zulassung von Änderungen des Garantiebestandes, soweit sie in einer vernünftigen Fortentwicklung des überkommenen Systems bestehen sowie durch die Berücksichtigung der Größe und Struktur der konkreten Gemeinde.

Die institutionelle Garantie der Selbstverwaltung gewährleistet jedoch nicht nur diesen Kernbereich, sondern erstreckt sich über den unantastbaren Kernbereich der Selbstverwaltung hinaus. Dieser weitergehende Bereich wird durch den in der Formulierung „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ fixierten Allzuständigkeits- oder auch Universalitätsgrundsatz umschrieben. Hierunter versteht man die Befugnis, sich ohne besonderen Kompetenztitel *allen* Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft anzunehmen, die nicht bereits durch Gesetz anderen Trägern der öffentlichen Verwaltung übertragen sind<sup>527</sup>. Zugleich verbindet sich mit dem Grundsatz der Allzuständigkeit eine Vermutung zu Gunsten der gemeindlichen gegenüber der staatlichen Zuständigkeit<sup>528</sup>.

Es gibt dabei keinen die Verbandskompetenz gegenständlich und nach feststehenden Merkmalen abschließend bestimmenden Aufgabenkatalog, sondern der Zuständigkeitskatalog ist vielmehr im Ansatz variabel und in die Zukunft hinein offen<sup>529</sup>. Soweit es nicht um den Kernbereich der Selbstverwaltung handelt, darf der Gesetzgeber in diesen weitergehenden Bereich der Allzuständigkeit der Gemeinden eingreifen<sup>530</sup>. Solche Eingriffe sind jedoch regelmäßig verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftig<sup>531</sup>. Eingriffe in Aufgaben mit relevantem örtlichen Charakter sind nur bei überwiegenden Gründen des öffentlichen Wohls<sup>532</sup> sowie nur unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>533</sup> und des Willkürverbots<sup>534</sup> zulässig.

Die überwiegend herrschende Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung ordnet die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung in Erfüllung öffentlicher Zwecke zumindest in bestimmten Erscheinungsformen - namentlich für den Bereich der Daseinsvorsorge

---

<sup>522</sup> BVerfGE 83, 363 (381)

<sup>523</sup> BVerfGE 38, 258 (279); 79, 127 (146 ff.)

<sup>524</sup> *Stern*, Staatsrecht I, § 12 II 3

<sup>525</sup> BVerfGE 79, 127 (148); BVerwGE 6, 19 (25); 6, 342 (345)

<sup>526</sup> BVerfGE 22, 180 (205); 76, 107 (118); 79, 127 (146); 91, 228 (238)

<sup>527</sup> BVerfGE 79, 127, (146 ff.)

<sup>528</sup> Vgl. BVerfGE 79, 127 (149)

<sup>529</sup> BVerfGE 52, 95 (117); *Gern*, Kommunalrecht BW, Rn. 33; vgl. *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 20; vgl. *Püttner*, DfK 2002, S. 52 ff., S. 54

<sup>530</sup> *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG, Art. 28 Rn. 13

<sup>531</sup> Vgl. BVerfGE 79, 127 (153 ff.)

<sup>532</sup> BVerfGE 79, 127 (153 ff.); BVerwG, NVwZ 1996, S. 1223 f.

<sup>533</sup> Vgl. BVerfGE 26, 228 (241); 56, 298 (313); BVerwGE 77, 47 (49)

<sup>534</sup> Vgl. BVerfGE 26, 228 (244); BVerwGE 87, 133 (135)

wie z.B. Verkehrs- und Versorgungsbetriebe - dem typusbestimmenden, unantastbaren Kernbereich zu<sup>535</sup>.

## I. Die Schutzrichtung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie

Art. 28 Abs. II GG ist seiner Intention nach eine staatsgerichtete Kompetenznorm und keine wirtschaftsorientierte Befugnisnorm, die eine wettbewerbsrechtliche Betätigung mit privaten Unternehmen gestattet. Diese Norm betrifft nur die Aufgabenverteilung innerhalb der Staatsorganisation. Sie enthält keine Verteilungsregel zwischen Staat und Privatwirtschaft, insbesondere vermittelt diese Norm keine Befugnisse zum Eingriff in den Aufgabenbestand Privater<sup>536</sup>.

Dies gilt in beide Richtungen. Weder schützt die Selbstverwaltungsgarantie die Gemeinde vor der Privatwirtschaft, noch kann sich die Privatwirtschaft zur Abwehr der gemeindewirtschaftlichen Betätigung hierauf berufen<sup>537</sup>.

Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung richtet sich an den Staat und sichert ihm gegenüber die gemeindlichen Kompetenzen ab. Sie schützt insbesondere gegen Hochzonen zu Gunsten höherrangiger Verwaltungsträger und gewährleistet den Gemeinden über die Art und Weise ihrer Aufgabenerfüllung zu entscheiden. Dagegen bietet sie keinen Schutz nach „unten“ gegenüber den Grundrechtsträgern wie etwa privaten Unternehmern, die zu kommunalen Einrichtungen in Wettbewerb treten<sup>538</sup>.

Zwar mag es, insbesondere aus gemeindlicher Sicht, durchaus nachvollziehbar und wünschenswert erscheinen, dass die kommunale Selbstverwaltungsgarantie auch im Bürger-Staat-Verhältnis gegenüber dem Bürger in Anschlag gebracht werden kann und somit durch Art. 28 Abs. II GG die wirtschaftliche Betätigung auch gegenüber dem Bürger legitimiert und geschützt werden könnte<sup>539</sup>.

Zur Begründung hierfür wird meist die Schutzfunktion der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie angeführt. Diese wäre unvollkommen, wenn sie nur gegen den Staat und nicht auch gegen die Privatwirtschaft Schutz bieten würde. Schließlich sei es egal, durch wen das Aufgabenfeld der Gemeinden geschmälert werde. Auch eine

<sup>535</sup>Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung die Einleitung zur amtlichen Begründung des Abschnitts zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden in der DGO 1935, Reichsanzeiger 1935 Nr. 25; *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 823; *Cronauge*, AfK 1999, S. 24 ff., S. 30; *Ericksen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 13; *Schmid* in: *Faiss/ Giebler/ Lang/ Notheis/ Schmid*, Kommunales Wirtschaftsrecht BW, Rn. 872 u. Rn. 876; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 718; *Hidien*, DÖV 1983, S. 1002 ff., S. 1005; *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 427; *Knemeyer/ Kempen*, in: *Achterberg/ Püttner/ Würtenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 8; vgl. *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 132; *Schoch*, DÖV 1976, S. 441 ff., S. 442; *Scholz*, DÖV 1976, S. 441 ff., S. 442; *Stern/ Püttner*, Gemeindewirtschaft, S. 160; *Vogelgesang/ Lübking/ Jahn*, Kommunale Selbstverwaltung, Rn. 612; vgl. *Wieland/ Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 25 u. S. 35; vgl. BVerfGE 66, 248 (258); BVerfGE 98, 273 (275)

<sup>536</sup>*Schmidt-Aßmann*, in: *ders.*, BesVerwR, I. Abschnitt Rn. 9; *Jarass/ Pieroth*, GG, Art. 28 Rn. 10; *Löwer*, in: *v. Münch/ Kunig*, GG, Art. 28 Rn. 37 f.; *Stober*, in: *Stober/ Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 2; *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 823; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 301; *Ruffert*, NVwZ 2000, S. 763 ff., S. 764; *Schmidt-Bleibtreu/ Klein*, GG, Art. 28 Rn. 10a; vgl. *Pielow*, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 374; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 133; VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 996; *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 48; *Ipsen*, in: FS für *Rauschning*, S. 645 ff., S. 662; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 224; *Dolde*, ZHR 2002, S. 515 ff., S. 516; *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 76

<sup>537</sup>*Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 133; *Ruffert*, NVwZ 2000, S. 763 ff., S. 764

<sup>538</sup>*Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 364 f.

<sup>539</sup>So etwa *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 136; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rn. 523; wohl auch *Stern/ Püttner*, Gemeindewirtschaft, S. 173; vgl. *Ehlers*, VVDStRL 60 (2001), Aussprache, S. 598; *Rennert*, JZ 2003, S. 385 ff., S. 388; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 142 ff.

Schutzlosstellung gegenüber der Privatwirtschaft würde die Gefahr der schleichen- den Aushöhlung der Selbstverwaltungsgarantie begründen<sup>540</sup>.

Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie hat als innerstaatliche Kompetenzverteilungsregel keine Auswirkungen im Bürger-Staat-Verhältnis. Sie begründet keine Befugnisse gegenüber dem Bürger bzw. privaten Unternehmen, da sie das Verhältnis zwischen privater Wirtschaft und gemeindlicher Wirtschaft nicht zum Regelungsgegenstand hat<sup>541</sup>. Dies ergibt sich bereits aus der systematischen Stellung des Art. 28 Abs. II GG im Abschnitt „Der Bund und die Länder“. Sie befindet sich damit im Umfeld von Normen, die ausschließlich die innere Staatsorganisation betreffen. So wiederholt Art. 28 Abs. I GG auch die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen des Art. 20 GG. Die kommunale Selbstverwaltung dient der Stärkung der dezentralen Verwaltungsebene im Sinne einer Demokratie von unten. In diesem Zusammenhang beinhaltet Art. 28 Abs. II GG ein Auflagenverteilungsprinzip innerhalb der Staatsorganisation und daher kein Verteilungsprinzip zwischen privater und gemeindlicher Wirtschaft. Ort für die Abgrenzung von staatlicher und privater Aktivität sind nicht die Staatorganisationsnormen, sondern das einfache Recht und hier insbesondere die Grundrechtsgewährleistungen<sup>542</sup>. Auch wenn die Kommunalverfassungsbeschwerde in mancherlei Hinsicht an die Grundrechte erinnern mag, dient sie mit dieser Auffassung korrespondierend nicht der Durchsetzung eines Grundrechts, sondern – vergleichbar mit der Bund-Länderstreitigkeit gemäß Art. 93 Abs. I Nr. 3 GG - der Kontrolle der körperschaftlichen Zuständigkeit bei der Wahrnehmung von Aufgaben<sup>543</sup>.

Der Problematik der Schutzrichtung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Sie wird aber im Zusammenhang mit der Untersuchung der Beschneidung des gemeindlichen Aufgabenkreises durch die sog. echten Subsidiaritätsklauseln noch einmal aufzugreifen sein.

## II. Das Territorialitätsprinzip

Eine Beschränkung erfährt der Grundsatz der Allzuständigkeit dadurch, dass er nur für die Angelegenheiten der *örtlichen* Gemeinschaft gilt. Diese Beschränkung auf die örtlichen Angelegenheiten in Art. 28 Abs. II GG wird gemeinhin auch als Territorial- oder Örtlichkeitsprinzip bezeichnet<sup>544</sup>.

Um eine örtliche Angelegenheit i.S. des Art. 28 Abs. II GG handelt es sich nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur dann, wenn die Angelegenheiten in den Bedürfnissen und Interessen der örtlichen Gemeinschaft wurzeln, oder auf sie einen spezifischen Bezug haben<sup>545</sup>. Gemeint sind damit solche Angelegenheiten, die den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und –wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen<sup>546</sup>. Auf die

---

<sup>540</sup> *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 31

<sup>541</sup> *Kluth*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 23 ff., S. 28; *Berg*, *WiVerw* 2000, S. 141 ff., S. 148; *Löwer*, *DVBl* 1991, S. 132 ff., S. 140; *Ossenbühl*, *Energierichtsreform*, S. 16 ff.

<sup>542</sup> Vgl. *Ossenbühl*, *Energierichtsreform*, S. 22 ff. m.w.N.; *Schink*, *NVwZ* 2002, S. 129 ff., S. 133

<sup>543</sup> *Hösch*, *Die kommunale Wirtschaftstätigkeit*, S. 75

<sup>544</sup> Vgl. *Cronauge*, *Kommunale Unternehmen*, Rn. 769r f.; *Gern*, *Kommunalrecht BW*, Rn. 33, Rn. 394a

<sup>545</sup> *BVerfGE* (Rastede) 79, 127 (151)

<sup>546</sup> *BVerfGE* 79, 127 (151)

Verwaltungskraft der Gemeinde soll es hierbei nicht ankommen<sup>547</sup>. Die Rechtsprechung stellt somit auf eine örtliche Radizierung der Angelegenheiten ab.

Hierdurch wird ersichtlich, dass der Gemeinde kein uneingeschränktes allgemeinpolitisches Mandat<sup>548</sup> zukommt und Aufgabenbereiche wie beispielsweise die Verteidigungs- oder Außenpolitik grundsätzlich nicht zum gemeindlichen Aufgabenkreis gehören, da es hier meist an einer örtlichen Radizierung fehlt. Diese, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft hinsichtlich der inhaltlichen Aufgaben definierende Dimension wird auch als Örtlichkeitsprinzip im materiellen Sinne bezeichnet und ist im Schrifttum weitgehend unstrittig<sup>549</sup>.

Nicht ganz unstrittig ist dagegen das Örtlichkeitsprinzip im räumlichen Sinne, d.h. die Frage, ob bereits dem verfassungsrechtlichen Begriff der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auch eine räumliche Dimension in dem Sinne zukommt, dass die gemeindlichen Aktivitäten insgesamt auf das Gemeindegebiet beschränkt sind.

### 1. Verortung des räumlichen Territorialitätsprinzips

Verfassungsrechtlich kommt die Beschränkung auf eine bestimmte Räumlichkeit wie bereits gesehen durch das Erfordernis der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ in Art. 28 Abs. II GG zum Ausdruck. Neben der vertikalen Zuständigkeitsgliederung zwischen Staat, Ländern und Gemeinden beinhaltet die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. II GG auch eine horizontale Zuständigkeitsgliederung zwischen den Gemeinden und damit eine räumliche Begrenzung<sup>550</sup>.

Teilweise lassen sich auch korrespondierende Vorschriften in den Landesverfassungen<sup>551</sup>, sowie in den allgemeinen Regelungen der Gemeindeordnungen<sup>552</sup> finden.

Im Bereich der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung und auch der öffentlichen Einrichtungen finden sich dagegen meist keine Formulierungen, die eine ausdrückliche räumliche Beschränkung erkennen lassen. Erst in jüngerer Zeit wurde in einigen Gemeindeordnungen eine ausdrückliche Beschränkung der gemeindlichen Wirtschaft auf die Erledigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft aufgenommen<sup>553</sup>.

Dies hat jedoch insoweit nur geringe Bedeutung, als eine ausdrückliche räumliche Beschränkung auf der Ebene der Gemeindeordnungen, insbesondere im Bereich der gemeindlichen Wirtschaft, nur einen rein deklaratorischen Charakter hätte. Solche Regelungen würden nur die ohnehin geltende verfassungsrechtliche Vorgabe der Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft, die eine räumliche Begrenzung beinhaltet, wiederholen<sup>554</sup>.

<sup>547</sup> BVerfGE 79, 127 (150)

<sup>548</sup> BVerfGE 79, 127 (147)

<sup>549</sup> Held, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 266; Schmidt-Aßmann, in: ders., BesVerwR, 1. Abschnitt Rn. 14 f.

<sup>550</sup> Held, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 266; Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 504; Stober, Kommunalrecht, S. 68; Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 497; Schulz, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 451; Grawert, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 128; Enkler, ZG 1998, S. 328 ff., S. 338; wohl a.A. Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 535; Moraing, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 244; ähnlich Pielow, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 373; OLG Düsseldorf, NVwZ 2000, S. 714 f., S. 715

<sup>551</sup> Art. 71 Abs. II LV BW („in ihrem Gebiet“); Art. 78 Abs. II LV NW („in ihrem Gebiet“)

<sup>552</sup> § 2 Abs. I BWGO („in ihrem Gebiet“); § 1 Abs. II BWGO („fördert in bürgerschaftlicher Selbstverwaltung das Wohl ihrer Einwohner“); § 2 NWGO („in ihrem Gebiet“)

<sup>553</sup> Vgl. § 108 Abs. I S. 1 NdsGO; § 100 Abs. II BbgGO

<sup>554</sup> Vgl. Heintzen, Gebäudereinigung, Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung, S. 54; Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 382; Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 181 f.; Meyer, LKV 2000, S. 321 ff., S. 323;

Wie bereits eine grobe Sichtung der Gemeindeordnungsregelungen erkennen lässt, wird, mit der verfassungsrechtlichen Vorgabe korrespondierend, an den verschiedensten Stellen ganz selbstverständlich von einer räumlichen Begrenzung ausgegangen.

So ist die gemeindliche Satzungsautonomie räumlich begrenzt, indem sich die Geltung einer Satzung regelmäßig auf das Gemeindegebiet beschränkt<sup>555</sup>. Auch die einem immer wieder begegnende Verknüpfung der gemeindlichen Einrichtungen<sup>556</sup> oder der allgemeinen Aufgabenbeschreibung der Gemeinden mit dem Begriff der Einwohner, die sich ihrerseits über das Gemeindegebiet definieren<sup>557</sup>, bringt die räumliche Begrenzung zum Ausdruck. Selbst im ausdrücklich geregelten Regionalprinzip für öffentlich-rechtlich organisierte Sparkassen wird nur eine Konkretisierung des ohnehin allgemein geltenden kommunalverfassungsrechtlichen Regionalprinzips gesehen<sup>558</sup>. Auch bei den noch genauer zu untersuchenden gemeindlichen Regelungen über die wirtschaftliche Betätigung kommt durch die Erfordernisse der Angemessenheit und des öffentlichen Zwecks eine räumliche Begrenzung zum Ausdruck. So beinhaltet die Voraussetzung der Angemessenheit eine Verbindung zur Größe und damit zum räumlichen Gebiet, indem regelmäßig nur der Bedarf angesetzt werden darf, der für die Gemeinde besteht. Die Versorgung Gebietsfremder außerhalb des Gemeindegebietes wird damit regelmäßig den angemessenen Bedarf übersteigen. Auch die Voraussetzung des öffentlichen Zwecks, der in Anbetracht des Verwaltungsauftrags der Gemeinde das Wohl der Einwohner zu fördern hat, dürfte hierdurch mit dem Gemeindegebiet verwoben sein<sup>559</sup>.

Die meist nicht ausdrückliche Wiederholung der verfassungsrechtlichen Vorgabe der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ und der damit verbundenen räumlichen Beschränkung im Bereich der Regelungen über die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit dürfte nicht zuletzt einfach daran liegen, dass diese Beschränkung vor dem Aufbruch in neue Geschäftsfelder, der Finanzmisere und der Liberalisierung der Märkte wenig problematisch und selbstverständlich war. So geht man vereinzelt auch im Schrifttum von einem stillschweigenden, quasi selbstverständlichen Grundsatz der räumlichen Beschränkung aus, der jedoch freilich nie sonderlich stringent genommen worden sei<sup>560</sup>.

---

Müller-Terpitz, NWVBl 1999, S. 292 ff., S. 297; vgl. Hill, BB 1997, S. 425 ff., S. 429; vgl. Rennert, JZ 2003, S. 385 ff., S. 390 (Fn.43)

<sup>555</sup> Stober, Kommunalrecht, S. 270 m.w.N.

<sup>556</sup> Zumindest in der Vergangenheit wurde die Zulassung zu gemeindlichen Einrichtungen regelmäßig an die Wohnereigenschaft bzw. an Personengruppen mit einer besonderen räumlichen Beziehung wie Grundstückseigentümer und Gewerbetreibende geknüpft, vgl. etwa § 10 Abs. II BWGO. Andererseits nicht mehr nur an die Einwohner anknüpfend: § 22 PBefG, § 70 GewO und § 10 EnG.

<sup>557</sup> Einwohner ist, wer in der Gemeinde wohnt, also im Gemeindegebiet eine Wohnung hat. Vgl. § 10 Abs. I BWGO; Stober, Kommunalrecht, S. 117

<sup>558</sup> Grawert, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 128 m.w.N.; a.A. (gegen ein kommunalverfassungsrechtliches Regionalprinzip) wohl Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 534 f.; wohl auch Köhler, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 5

<sup>559</sup> Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 81 f.; vgl. Burmeister, in: HKWP V, S. 3 ff., S. 42; vgl. Enkler, ZG 1998, S. 328 ff., S. 332 f.; Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung BW, § 102 Rn. 36; Ehlers, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 6; vgl. Siekmann, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 103 ff., S. 123; vgl. Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 382 f.; Schmahl, LKV 2000, S. 47 ff., S. 49; vgl. Schulz, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450 f.; vgl. Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 498; vgl. auch unten 5. Teil. C. I. 1.

<sup>560</sup> Püttner, Rechtliche Vorgaben für kommunale Unternehmen: Bremse oder Wettbewerbsvorteil?, in: Kommunale Wirtschaft im Wandel - Chancen und Risiken, S. 27 ff., S. 34; ders., in: Kommunale Wirtschaft im Wandel - Chancen und Risiken, Diskussion, S. 56

Damit ist das Territorialitätsprinzip im räumlichen Sinn bereits auf verfassungsrechtlicher Ebene in Art. 28 Abs. II GG zu verorten und bedarf grundsätzlich keiner Wiederholung auf landesverfassungsrechtlicher oder einfach gesetzlicher Ebene.

## 2. Anwendbarkeit des räumlichen Territorialitätsprinzips auf die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit

Nicht ganz unstrittig ist, ob Art. 28 Abs. II GG auch die wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten der Gemeinde den zwei Beschränkung des Art. 28 Abs. II GG – zum einen der Beschränkung auf die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ und zum anderen der Beschränkung durch die Anordnung eines allgemeinen Gesetzesvorbehalts „im Rahmen der Gesetze“ – unterwirft.

Während sich die Rechtsprechung zur räumlichen Beschränkung bislang nur vereinzelt geäußert hat<sup>561</sup>, geht die wohl herrschende Meinung im Schrifttum von einer räumlichen Beschränkung aus. Hiernach ist Art. 28 Abs. II GG nicht nur eine die Gemeinden schützende institutionelle Garantie, sondern zugleich eine Umschreibung der begrenzten Verbandskompetenz der Gemeinden in sachlicher und räumlicher Hinsicht<sup>562</sup>.

Auch die Betätigung der Gemeinden durch eigene Unternehmen, sei es zur Erfüllung wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Zwecke, beruht eben nicht wie bei der Privatwirtschaft auf grundsätzlich unbegrenzter Privatautonomie, sondern allein auf dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht, so dass damit auch eine wirtschaftliche Betätigung den räumlichen Beschränkungen aus Art. 28 Abs. II GG unterliegt<sup>563</sup>.

Eine sich erst in jüngster Zeit wieder im Vordringen befindende Auffassung will Art. 28 Abs. II GG als eine auf den Bereich hoheitlicher Verwaltung beschränkte Aufgabenverteilungsnorm begreifen, die das Verhältnis zwischen gemeindlicher Wirtschaft und Privatwirtschaft nicht zum Regelungsgegenstand hat.

Die wirtschaftliche Betätigung sei nicht an das Kompetenzgefüge gebunden, so dass auch Art. 28 Abs. II GG die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nicht erfasse

<sup>561</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, NVwZ 2000, S. 714 f.

<sup>562</sup> Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 504

<sup>563</sup> Badura, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 820 u. S. 823; Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1036; Berg, WiVerw 2000, S. 141 ff., S. 147; Brede, ZögU 2003, S. 176 ff., S. 178; Burmeister, in: FG für Unruh, S. 623 ff., S. 648; Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 457, 458; ders., AfK 1999, S. 24 ff., S. 30 f.; David, NVwZ 2000, S. 738 ff., S. 742; Ehlers, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 5; ders., DVBl 1998, S. 497 ff., S. 504; Enkler, ZG 1998, S. 328 ff., S. 337; vgl. Gern, Kommunalrecht BW, Rn. 33 u. Rn. 394a; Grawert, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 125 u. S. 129; vgl. Gusy, JA 1995, S. 166 ff., S. 169; Heintzen, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 744; Held, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 280 f.; Henneke, NdsVBl 1998, S. 273 ff., S. 278; Hill, BB 1997, S. 425 ff., S. 429 u. S. 430; Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 99, S. 114 f.; Ipsen, in: FS für Rauschning, S. 645 ff., S. 664; Knemeyer, BayVBl 1999, S. 1 ff., S. 3; Krölls, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 285; Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 178 f.; Lindner, Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeit, S. 114; Meyer, LKV 2000, S. 321 ff., S. 323; Müller-Terpitz, NWVBl 1999, S. 292 ff., S. 297; Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 386; Otto, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, S. 22 f. u. S. 73; Pagenkopf, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 178; vgl. Pielow, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 372 f.; Rennert, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 339; vgl. Ruffert, VerwArch 2001, S. 27 ff., S. 34 f.; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 133; Schneider, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1258; Schulz, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450 f.; Stewing, Kommunale Unternehmen und fairer Wettbewerb - Die Quadratur des Kreises, in: FS für Lukes, S. 189 ff., S. 193; Tomerius, LKV 2000, S. 41 ff., S. 42; Vogelgesang/Lübking/Jahn, Kommunale Selbstverwaltung, Rn. 612; vgl. Waechter, Kommunalrecht, Rn. 598; Werner, VBIBW 2001, S. 206 ff., S. 207

und sie damit auch nicht zu begrenzen vermöge<sup>564</sup>. Bei der in Art. 28 Abs. II GG zugleich umschriebenen Verbandskompetenz der Gemeinde handele es sich um eine organisationsrechtliche Kategorie, in der sich die Aufgabenzuordnung und Aufgabenverteilung zwischen verschiedenen Hoheitsträgern manifestiere. Dieses staatsorganisatorische Aufbauprinzip entfalte jedoch keine Wirkungen über den hoheitlichen Bereich hinaus, denn bei der erwerbswirtschaftlichen Betätigung käme es zu keiner durch eine staatliche Kompetenzordnung zu regelnden Konkurrenz zwischen mehreren Hoheitsträgern im Bereich ihrer originären hoheitlichen Betätigung, sondern eher zu einem Konkurrenzverhältnis zur Privatwirtschaft. Die vom Gesetzgeber auch in Art. 28 Abs. II GG beabsichtigte Abgrenzung der Kompetenzen mehrerer Verwaltungsträger untereinander im hoheitlichen Bereich werde durch die erwerbswirtschaftliche Betätigung gar nicht tangiert. Daher sei die Gemeinde bei wirtschaftlicher Betätigung nicht auf das Gemeindegebiet beschränkt.

Dieser neueren Auffassung ist jedoch zu widersprechen, scheint ihr doch die Vorstellung zu Grunde zu liegen, die Gemeinde handele außerhalb des hoheitlichen Aufgabenbereichs nicht im Rahmen des staatlichen Kompetenzgefüges, sondern quasi privatautonom und ungebunden.

Hier findet sich für den Bereich der kommunalen Selbstverwaltung wohl die Wiederbelebung einer alten, früher im Schrifttum vertretenen Auffassung wieder, nachdem das erwerbswirtschaftliche Handeln der öffentlichen Hand *extra constitutionem* erfolge, die öffentliche Hand also bei der Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb nicht an das bundesstaatliche Kompetenzgefüge gebunden sei<sup>565</sup>. Dies aber wiederum widerspricht der herrschenden Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung, nach der die Gemeinde nicht Träger von Privatautonomie ist, sondern ausschließlich kompetenzgebunden handelt.

Diese Wiederauferstehung der überholten<sup>566</sup>, im 18. Jahrhundert entwickelten Fiskustheorie in ihrer absolutistischen Ausprägung propagierte eine Doppelrolle, indem man neben den Trägern von hoheitlicher Gewalt bzw. dem hoheitlich handelnden Monarchen einen Doppelgänger in Form einer selbstständigen, privaten Rechtsperson fingierte. Dieser galt nicht mehr als Träger der Staatsgewalt und konnte außerhalb der staatlichen Kompetenzordnung grundsätzlich nach Belieben schalten und walten. Diese Aufspaltung in Hoheitsträger und Fiskus erlaubte es dem Staat, die Staatsfinanzierung, neben der klassischen steuerlichen Abschöpfung, durch eigene wirtschaftliche Betätigung vorzunehmen.

Die Zweiteilung erfolgte ursprünglich um wenigstens den Fiskus justitiablen rechtlichen Bindungen zu unterwerfen, hatte also eine herrschaftsbegrenzende Intention, indem der Einzelne zwar Eingriffe des Monarchen in seine Rechte hinnehmen musste, aber unter Umständen vom Fiskus Entschädigung verlangen konnte. In der dama-

<sup>564</sup> *Moraing*, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 243 f.; ders., in: Zur Reform des Gemeindefinanzrechts, S. 41 ff., S. 70 f.; wohl auch *Nagel*, Gemeindeordnung als Hürde?, S. 69; *Wieland*, NWVBl 2000, S. 246 ff., S. 248; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 157 u. S. 210; für den Bereich der erwerbswirtschaftlichen Betätigung vgl. *Otting*, Steuerungsmodell, S. 198 f., S. 218; *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 21 ff.; *dies.*, in: Zur Reform des Gemeindefinanzrechts, S. 117 ff., S. 124 f.; *Schwintowski*, NVwZ 2001, S. 607 ff., S. 610; *Ossenbühl*, Energierechtsreform, S. 16 ff.; vgl. *Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, einerseits S. 149 f., S. 193 ff., andererseits jedoch Begrenzung durch den öffentlichen Zweck, S. 81 f.; vgl. *Braun*, SächsVBl 1999, S. 25 ff., S. 31

<sup>565</sup> So *Dickersbach*, WiVerw 1983, S. 187 ff., S. 192 ff.; *Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 195

<sup>566</sup> Vgl. *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 18 m.w.N.

ligen Zeit bedeutete dies einen Ausbau des Rechtsschutzes; die Fiskustheorie war also durchaus eine bürgerfreundliche dogmatische Entwicklung<sup>567</sup>.

Im Laufe der Zeit kam es jedoch mit der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht zu einem Paradigmenwechsel. Der Staat als Hoheitsträger unterlag nun den strengeren öffentlich-rechtlichen Bindungen<sup>568</sup>. Diese strengeren Bindungen und Kontrollen der hoheitlichen Verwaltung führten dazu, dass die weiterhin vorhandene Möglichkeit in den Formen und nach den Regeln des Privatrechts zu handeln, nicht mehr als rechtliche Beschränkung, sondern nunmehr als Privilegierung verstanden wurde; die „Flucht ins Privatrecht“<sup>569</sup> kündigte sich an.

Trotz dieses Vorzeichenwechsels blieb die Doppelrolle des Staates erhalten. Jedoch führt diese Doppelrolle nicht auch zu einer Doppelpersönlichkeit in dem Sinn, dass der Staat in zwei Personen auseinander fällt, sondern er bleibt der eine, an Kompetenzordnungen gebundene Staat, selbst wenn er untergliedert ist<sup>570</sup>. Die „Flucht ins Privatrecht“ verhilft damit zumindest nicht zu einer Befreiung von der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung.

Mag auch der Gesetzgeber die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung durch Kriterien wie Wertschöpfung, Marktteilnahme und Gewinnorientierung mitunter wie die Privatwirtschaft charakterisieren, so löst er sie doch nicht aus dem Zuständigkeitszusammenhang - wie ihn Art. 28 Abs. II GG vorgibt - heraus. Die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung ist lediglich ein Modus der Verwaltung<sup>571</sup>. Die öffentliche Verwaltung bleibt demzufolge auch dann Verwaltung, wenn sie wirtschaftet<sup>572</sup>, denn auch die legitimierte wirtschaftliche Betätigung am Markt ist materiell ebenso Verwaltung wie die Abwasserbeseitigung oder die Erteilung einer Baugenehmigung<sup>573</sup>.

Darüber hinaus erscheint die Auffassung, dass die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung nicht an Art. 28 Abs. II GG gebunden sei auch widersprüchlich. Es ist nicht einsichtig, wieso die gemeindliche Wirtschaft einerseits durch die Vorschrift des Art. 28 Abs. II GG geschützt, andererseits jedoch nicht den Beschränkungen des Art. 28 Abs. II GG unterworfen sein soll<sup>574</sup>.

Auch darf das Recht zur Selbstverwaltung nicht am Wortlaut missinterpretiert werden, denn den Gemeinden sind keine besonderen Handlungsformen immanent, so dass die ohnehin nicht tragfähige Unterscheidung zwischen „Wirtschaften“ und „Verwalten“ nicht brauchbar gemacht werden kann<sup>575</sup>.

Das angeführte Argument, es bedürfe keiner staatlichen Zuständigkeitsordnung, weil es zumindest im hoheitlichen Bereich zu keiner regelungsbedürftigen Konkurrenz zwischen verschiedenen Hoheitsträgern komme<sup>576</sup>, dürfte insbesondere in der heutigen Zeit, in der vielleicht etwas übertrieben, aber doch einen tatsächlichen Trend beobachtend, von „feindlichen Übergriffen“ benachbarter Gemeinden, von „Kom-

<sup>567</sup> *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 169

<sup>568</sup> *Ronellenfitsch*, DÖV 1999, S. 705 ff., S. 705 f. m.w.N.; *Berg*, GewArch 1990, S. 225 ff., S. 226

<sup>569</sup> Begriff wohl zurückgehend auf *Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 326

<sup>570</sup> Vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 190

<sup>571</sup> *Grawert*, Kommunale Wirtschaftsbetätigung im Wettbewerb, in: *Kommunen am Markt*, S. 9 ff., S. 12

<sup>572</sup> Vgl. *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für *Blümel*, S. 119 ff., S. 129; *Hösch*, WiVerw 2000, S. 159 ff., S. 176; *ders.*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 56; *Ehlers*, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 5; *ders.*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 504; vgl. *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 598; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 135; vgl. *Burmeister*, in: FG für *Unruh*, S. 623 ff., S. 646; VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 992

<sup>573</sup> *Oebbecke*, Kommunale Selbstverwaltung am Ende dieses Jahrhunderts. Ist das politische Konzept noch tragfähig?, S. 39 ff., S. 60

<sup>574</sup> *Heintzen*, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 744

<sup>575</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 223; *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 497

<sup>576</sup> So *Moraing*, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 244 f

munalkannibalismus“ und von einer „Verwilderung der Sitten“<sup>577</sup> gesprochen wird, nicht mehr angebracht sein.

Zwar handelt es sich bei der in der heutigen Zeit häufiger zu konstatierenden Konkurrenz der Gemeinden untereinander meist in der Tat um keine Konkurrenz im originär hoheitlichen Bereich, jedoch sind zum einen die Übergänge zwischen hoheitlichem und fiskalischem Bereich ohnehin fließend<sup>578</sup> und zum anderen sind auch im hoheitlichen Bereich Kompetenzregelungen erforderlich. Art. 28 Abs. II GG regelt damit umfassend Kompetenzen, wann immer und wie immer sich unterschiedliche Verwaltungsträger „ins Gehege“ kommen.

Auch würde sich eine vom Territorialitätsprinzip befreite Gemeindegewirtschaft, insgesamt betrachtet, nur in einer vermeintlich besseren Position befinden. Die Möglichkeit eines sich hierdurch bahnbrechenden interkommunalen Wettbewerbs hätte weniger eine grundsätzliche Stärkung der Gemeinden gegenüber der privaten Wirtschaft zur Folge<sup>579</sup>, sondern lediglich eine Stärkung von Groß- gegenüber Kleingemeinden. Darüber hinaus würde ein solcher interkommunaler Wettbewerb die Schieflagen verstärken, die durch die unterschiedlichen länderspezifischen Definitionen der wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Bereiche entstehen, so dass je nachdem Freiheit oder Bindung herrschen würde<sup>580</sup>.

Auch die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde ist damit grundsätzlich der räumlichen Beschränkung des Art. 28 Abs. II GG unterworfen

### 3. Heutige Bedeutung des Territorialitätsprinzips und Bestandsaufnahme der Beachtung des Prinzips in der Praxis

Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass das Territorialitätsprinzip in der gemeindlichen Praxis nie als sonderlich strenger Grundsatz gehandhabt wurde und sich auch nur schwer ausnahmslos durchhalten lässt, so dass ein maßvolles Ausgreifen über das Gemeindegebiet hinaus schon immer stattfand und hingenommen wurde<sup>581</sup>. Das maßvolle Handeln *extra muros*, sei es zur Versorgung der eigenen Bevölkerung in Form von Schullandheimen, Kläranlagen oder Einrichtungen der Wasserversorgung auf gemeindefremdem Gebiet, sei es das Zurverfügungstellen von Einrichtungen, die entsprechend den Landesplanungsgesetzen der Versorgung eines größeren Gebietes dienen, sei es das „Kundenfischen“ *extra muros* in Form von grenzüberschreitender Werbung für gemeindeeigene Kur-, Freizeit- oder Heileinrichtungen oder aber das Engagement westdeutscher Gemeinden im Zuge der Wiedervereinigung in den neuen Bundesländern erscheint als bewährte gemeindliche Gepflogenheit<sup>582</sup>.

Die Duldung dieses maßvollen Ausgreifens über die Gemeindegrenzen hinaus in der Praxis, selbst wenn man die räumliche Begrenzung als strenge, unüberwindbare ver-

<sup>577</sup> Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 505

<sup>578</sup> Köhler/ Piper, UWG, § 1 Rn. 429; vgl. auch v. Arnim, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 60 f.; Berg, GewArch 1990, S. 225 ff., S. 225

<sup>579</sup> So aber Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 212 f.; Hellermann/ Wieland, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 117 ff., S. 129

<sup>580</sup> Grawert, Kommunale Wirtschaftsbetätigung im Wettbewerb, in: Kommunen am Markt, S. 9 ff., S. 23 f.

<sup>581</sup> Vgl. Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 535 m.w.N.; Ipsen, in: FS für Rauschnig, S. 645 ff., S. 664; Püttner, DÖV 2002, S. 731 ff., S. 735; Hellermann/ Wieland, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 117 ff., S. 117

<sup>582</sup> Grawert, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 127; Oebbecke, Kommunale Selbstverwaltung am Ende dieses Jahrhunderts. Ist das politische Konzept noch tragfähig?, Diskussion, S. 86; Püttner, DÖV 2002, S. 731 ff., S. 735; Hellermann/ Wieland, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 117 ff., S. 118 f.

fassungsrechtliche Vorgabe ansieht, ist zum einen dadurch zu erklären, dass es zumindest in der Vergangenheit eben weitgehend ein „maßvolles“ Ausgreifen i.S. einer zu vernachlässigenden Beeinträchtigung von benachbarten Gemeinden oder der privaten Wirtschaft war. Zum anderen bewirkt die Tatsache, dass es sich bei dem Begriff der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ um einen unbestimmten Verfassungsbegriff handelt, bei dessen Auslegung der Gemeinde eine von Kommunalaufsicht und Rechtsprechung zu akzeptierende Einschätzungsprärogative zukommt<sup>583</sup>, eine nur geringe Kontrolldichte.

Ein hinzukommendes Vollzugsdefizit bei der Kommunalaufsicht, der erhebliche Bedeutung zukommt, da Aufnahme, Beteiligung oder Erweiterung der wirtschaftlichen Betätigung in der Regel genehmigungsbedürftig oder doch zumindest anzeigepflichtig sind, tat ein Übriges, um ein maßvolles Ausgreifen nicht zum Problem werden zu lassen<sup>584</sup>.

Erst durch die in jüngster Zeit zu konstatierende Ausweitung der wirtschaftlichen Betätigung, dem Aufbrechen in die sog. neuen Geschäftsfelder sowie durch die gemeindlichen Reaktionen auf Marktliberalisierungen kommt dem Territorialitätsprinzip nun verstärkt Bedeutung zu<sup>585</sup>.

Je nach eingenommener Perspektive stellt es sich aus gemeindlicher Sicht als eine, wenn nicht als die am schwersten zu überwindende, lästige Hürde und als entscheidender Angelpunkt für die heutige wirtschaftliche Betätigungen der Gemeinden dar. So werden, bedingt durch finanzielle Nöte, Marktliberalisierungen und damit einhergehendem forciertem Wettbewerb, die angestammten Betätigungsfelder verteidigt, indem man versucht, größere – außerhalb des Gemeindegebiets liegende - Märkte zu bedienen, um sich hierdurch entweder Größenvorteile (economies of scale) zu verschaffen, unausgelastete Betriebskapazitäten zu vermeiden, oder um verlorene Kunden im Gemeindegebiet durch Neukunden außerhalb des Gemeindegebietes auszugleichen<sup>586</sup>. Darüber hinaus liegt es teilweise bereits in der Natur der neuen Geschäftsfelder - insbesondere im Telekommunikations- und Consultingbereich - sich über die Gemeindegrenzen hinwegzusetzen, um diese neu zu erobernden Geschäftsbereiche überhaupt wirtschaftlich sinnvoll bedienen zu können. Um hierfür im Wettbewerb Handlungsspielraum zu gewinnen, wird denn auch vereinzelt eine Befreiung vom Territorialitätsprinzip gefordert<sup>587</sup>.

Aus privatwirtschaftlicher Sicht und gegebenenfalls auch aus der Sicht von meist kleineren, vom interkommunalen Wettbewerb bedrohten Gemeinden stellt sich das Territorialitätsprinzip dagegen als eine begrüßenswerte, schützende Begrenzung dar.

#### 4. Allgemeine Konkretisierung des räumlichen Territorialitätsprinzips

Bevor untersucht werden kann, ob im Territorialitätsprinzip eine verbindliche, nicht zur Disposition der Landesgesetzgeber stehende Vorgabe zu sehen ist, bedarf das räumliche Territorialitätsprinzip sowie die hiergegen verstoßenden grenzüberschreitenden gemeindlichen Tätigkeiten einer Präzisierung und einer genaueren Untersuchung.

<sup>583</sup> Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 769r; vgl. Tettinger, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 23 ff., S. 23

<sup>584</sup> Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 211; Tomerius, LKV 2000, S. 41 ff., S. 42

<sup>585</sup> Vgl. Grawert, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 127; Püttner, DÖV 2002, S. 731 ff., S. 735

<sup>586</sup> Vgl. Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 177

<sup>587</sup> Vgl. etwa Nagel, Gemeindeordnung als Hürde?, S. 69; Reichard, Gemeinden als Marktteilnehmer, in: Kommunen am Markt, S. 61 ff., S. 72

Die räumliche Begrenzung der gemeindlichen Zuständigkeiten auf das Gemeindegebiet legt es zunächst nahe, einfach auf die geographische Bestimmung anhand der Gemeindegrenzen abzustellen. Eine solche enge, fast kartographische Beschränkung wird auch vereinzelt im Schrifttum vertreten<sup>588</sup>.

Gleichwohl erscheint ein solch enges Verständnis nicht erforderlich. Dies klingt bereits in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an, indem mit Umschreibungen wie die des „in der Gemeinde Wurzeln“ oder des „spezifischen Bezuges auf die örtliche Gemeinschaft“ deutlich wird, dass eine örtliche Radizierung zwar erforderlich, aber auch ausreichend ist. Bereits rein begrifflich macht die Verwendung von Umschreibungen wie die des „Wurzeln“ deutlich, dass man sich im Einzelfall durchaus vom Ursprungsort entfernen darf, solange eine Verbindung i. S. einer Rückführbarkeit auf den Ursprungsort erkennbar bleibt. So spricht sich auch die überwiegende Mehrheit im Schrifttum folgerichtig gegen eine rein geographische bzw. kartographische Abgrenzung aus und lässt eine durch eine Wertung im Einzelfall zu ermittelnde örtliche Radizierbarkeit genügen<sup>589</sup>.

Überzeugende Anhaltspunkte, sich dieser vom Bundesverfassungsgericht ursprünglich für die vertikale Abgrenzung herausgearbeiteten Kriterien nicht auch auf der horizontalen räumlichen Ebene zu bedienen, sind nicht erkennbar<sup>590</sup>, denn die rechtliche und tatsächliche Offenheit bzw. Dynamik der Selbstverwaltungsaufgaben pulsiert nicht nur in vertikaler, sondern auch in horizontaler Richtung.

Bestätigt wird diese Auffassung durch einen Blick auf typischerweise räumlich ausgreifende lokale Sachaufgaben wie den öffentlichen Nahverkehr, den lokalen Umweltschutz sowie auf das Landesplanungsrecht, das siedlungsräumliche Schwerpunktbildung mit Gemeinden als differenzierte Versorgungsaufgaben erfüllende Grund-, Mittel- und Oberzentren geradezu voraussetzt<sup>591</sup>. Diese Gemengelagen, die zugleich örtliche und überörtliche Elemente aufweisen, sind durch kartographische Abgrenzungen nur schwer zu erfassen.

Der Funktion der kommunalen Selbstverwaltung entsprechend erscheint es vielmehr angemessen, die räumliche Dimension der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ als lediglich einen – wenn auch wichtigen – Faktor von mehreren zur Bestimmung der Örtlichkeit zu begreifen.

Eine völlig isolierte Betrachtung der räumlichen Dimension würde der Mehrdimensionalität der gemeindlichen Selbstverwaltungsaufgaben nicht gerecht<sup>592</sup>. Gleichwohl bleibt die geographische Gemeindegrenze wichtiges Indiz für die Örtlichkeit und einer Grenzüberschreitung dürfte auch regelmäßig eine Vermutungswirkung für die Nichtörtlichkeit der Angelegenheit zukommen.

<sup>588</sup> Vgl. *Burmeister*, in: HKWP V, S. 3 ff., S. 42; wohl auch *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für *Blümel*, S. 119 ff., S. 129; wohl auch *Held*, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 266 f. u. S. 281 f.; wohl auch *Otto*, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, S. 76 f.

<sup>589</sup> *Heberlein*, DÖV 1996, S. 100 ff., S. 102; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rn. 466; *Tettinger*, Besonderes Verwaltungsrecht/1, Rn. 208; *Heintzen*, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 744; *Kühling*, NJW 2001, S. 177 ff., S. 178; *Schulz*, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 451; vgl. *Pielow*, NWVBl 2000, S. 369 ff., S. 373; vgl. *Ehlers*, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 6; *Oebbecke*, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 386; *Dolde*, ZHR 2002, S. 515 ff., S. 518; *Moraing*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 73 m.w.N.

<sup>590</sup> So aber *Otto*, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, S. 76; wie hier *Schulz*, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 451

<sup>591</sup> *Tettinger*, Besonderes Verwaltungsrecht/1, Rn. 208 m.w.N.; *ders.*, VVDStRL 60 (2001), Aussprache, S. 603; vgl. *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für *Blümel*, S. 119 ff., S. 127

<sup>592</sup> So aber *Otto*, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, S. 76

Das damit entscheidende Kriterium der örtlichen Radizierbarkeit ist nur sehr schwer zu bestimmen. Die Dynamik der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung zwingt dazu, die Frage der örtlichen Radizierbarkeit immer wieder neu zu durchdenken und zu überprüfen<sup>593</sup>. Was örtlich ist kann sich nicht nur durch die Gesetzgebung, sondern auch durch gesellschaftliche und technische Entwicklungen ändern<sup>594</sup>, so dass manche Angelegenheit, die gestern noch örtlicher Natur war, heute nur noch auf überörtlicher Ebene bewältigt werden kann<sup>595</sup>. Das Kriterium der örtliche Radizierung lässt sich folglich nicht an einer Meßlatte schematisch abgreifen<sup>596</sup>.

Örtlich radiziert ist eine Angelegenheit, soweit Bedürfnisse und Interessen deren sich die Gemeinde kompetentiell annehmen will, solche der Einwohner sind bzw. auf sie einen spezifischen Bezug haben. Nichtörtlich ist eine Angelegenheit dann, wenn die Erledigungskompetenz der Aufgabe in der Kompetenz von gleichgeordneten oder übergeordneten Verwaltungsträgern liegt<sup>597</sup>. Dies kann nur im Einzelfall und unter Berücksichtigung aller hierfür maßgeblichen Faktoren wie den sozioökonomischen Verflechtungen und der Berücksichtigung der historischen Entwicklung bestimmt werden<sup>598</sup>. Eine Betätigung über die Gemeindegrenzen hinaus erscheint damit zwar nicht ausgeschlossen, regelmäßig wird jedoch eine Überschreitung der Gemeindegrenzen die Nichtörtlichkeit der Angelegenheit indizieren. Die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft lassen sich daher mit *Kirchhof* treffend als „regional konzentriert, aber nicht strikt regional begrenzt“<sup>599</sup> beschreiben.

Hinzukommend gilt zu beachten, dass es sich bei dem Merkmal der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft um einen unbestimmten Verfassungsbegriff handelt, bei dessen Auslegung der Gemeinde – eine von Kommunalaufsicht und Rechtsprechung zu respektierende – Einschätzungsprärogative zuzubilligen ist<sup>600</sup>.

## 5. Spezielle Konkretisierung des räumlichen Territorialitätsprinzips für den Fall der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit

Insbesondere im Bereich der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit wird die räumliche Dimension der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft relevant, wohnt doch gerade diesem Bereich die Tendenz zur Vergrößerung und Grenzüberschreitung inne<sup>601</sup>.

Richtigerweise wird man sich grundsätzlich, neben dem Kriterium des örtlichen Bezuges<sup>602</sup> der wirtschaftlichen Tätigkeit, an Kriterien wie dem Ort der Wertschöpfung, also dem Ort, an dem wirtschaftliche Werte geschaffen werden und am Schwerpunkt der jeweiligen wirtschaftlichen Betätigung zu orientieren haben<sup>603</sup>.

<sup>593</sup> *Thieme*, Kommunalrechtliche Grenzen wirtschaftlicher Tätigkeiten der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften, in: *Biernat/ Hendlers/ Schoch/ Wasilewski*, S. 336 ff., S. 336 f.

<sup>594</sup> *Stern/ Püttner*, Gemeindegewirtschaft, S. 143

<sup>595</sup> *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 363; vgl. auch BVerwGE 67, 321 (323).

<sup>596</sup> *Faber*, in: AK-GG, Art. 28 Rn. 34

<sup>597</sup> *Gern*, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2594

<sup>598</sup> *Schulz*, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 451 *Stern/ Püttner*, Gemeindegewirtschaft, S. 168 f.; *Moraing*, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 245

<sup>599</sup> So insbesondere für die Sparkassen *Kirchhof*, in: *Henneke*, VBIBW 2000, S. 337 ff., S. 343

<sup>600</sup> *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 769r

<sup>601</sup> *Stern/ Püttner*, Gemeindegewirtschaft, S. 169; *Ipsen*, in: FS für *Rauschnig*, S. 645 ff., S. 664

<sup>602</sup> Vgl. *Ehlers*, Gutachten E, S. 95

<sup>603</sup> *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 769s; *Kühling*, NJW 2001, S. 177 ff., S. 178; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; *Schulz*, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450; a.A. hinsichtlich des Schwerpunkts *Meyer*, LKV 2000, S. 321 ff., S. 323; *Ehlers*, Gutachten E, S. 96

Hiergegen gerichtete Einwände, die Wertschöpfung sei ein unzureichendes Kriterium, weil sie auf beiden Seiten der Vertragsparteien eintrete<sup>604</sup>, erscheinen unbegründet. So kommt es zum einen lediglich auf den Ort der *gemeindlichen* Wertschöpfung an. Zum anderen tritt das gemeindliche Unternehmen in der typischen Konstellation einem Endverbraucher vertraglich gegenüber, so dass hier auch bereits qua Definition der Wertschöpfung i.S. der Schaffung von wirtschaftlichen Werten in einem Unternehmen, diese lediglich im gemeindlichen Unternehmen eintritt. Zugegebenermaßen wird jedoch ein alleiniges Abstellen auf den Ort der Wertschöpfung<sup>605</sup>, da allein die räumliche Dimension als ausschlaggebend betrachtet wird, der Mehrdimensionalität des Begriffs der örtlichen Angelegenheit der Gemeinschaft nicht gerecht. Einem parteilich vereinbarten Leistungsort wird dabei, bedingt durch die grundsätzliche Disponibilität, nur indizielle Wirkung zukommen<sup>606</sup>.

Um keine relevante Grenzüberschreitung dürfte es sich handeln, wenn die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde lediglich über die Gemeindegrenzen hinaus ausstrahlt. Eine solche bloße Ausstrahlung der wirtschaftlichen Betätigung wie beispielsweise grenzüberschreitendes Stadtmarketing oder grenzüberschreitende Werbung ohne Kompetenzübergreif ist unschädlich, da wie bereits gesehen, keine streng geographische Begrenzung auf das Gemeindegebiet besteht und die Kompetenzen der beworbenen Gemeinde unberührt bleiben<sup>607</sup>. Ebenfalls in diesen Bereich des Ausstrahlens ohne Kompetenzübergreif dürften Fremdenverkehrsbüros und Einrichtungen des Stadtmarketings einzuordnen sein, die ihren Sitz außerhalb des Gemeindegebiets haben, aber nur dem Zweck dienen, potentielle Kunden in das Gemeindegebiet zu leiten<sup>608</sup>.

Auch beim Abschluss von sog. Bedarfsdeckungsgeschäften mit auswärtigen Leistungserbringern zur Versorgung der eigenen Bevölkerung, also dem Einkauf von Materialien und Leistungen außerhalb des Gemeindegebiets wie beispielsweise Strom oder Schulbücher, ergibt sich regelmäßig keine relevante Grenzüberschreitung. Geschäfte dieser Art haben stets einen örtlichen Aufgabenbezug und sind deshalb unbedenklich<sup>609</sup>.

Gemeindliche Unternehmen sind auch nicht ausschließlich zur Leistung an Gemeindeangehörige verpflichtet. Die Leistungserbringung an Gebietsfremde im Gemeindegebiet ist örtlich radiziert und damit im Garantiebereich des Art. 28 Abs. II GG angelegt, wenn für die Gemeinde typische, zentralörtliche Aufgaben wahrgenommen werden. Dies kann beispielsweise bei der Beförderung von Besuchern durch Verkehrsbetriebe sowie bei besonderen Heil-, Kur- oder Freizeiteinrichtungen der Fall sein<sup>610</sup>.

Erforderlich ist hierbei jedoch, dass eigene Aufgaben erfüllt werden. Dies ist nicht der Fall, wenn Einrichtungen wegen ihrer Größe nicht mehr in der örtlichen Gemeinschaft verankert sind, sich also ganz oder überwiegend an Gebietsfremde wenden. So

---

<sup>604</sup> Vgl. Ehlers, Gutachten E, S. 95

<sup>605</sup> So wohl Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 769s; Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 178; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; Schulz, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450

<sup>606</sup> Vgl. auch Ehlers, Gutachten E, S. 95

<sup>607</sup> Gern, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2595; Held, NWVBl 2000, S. 201 ff., S. 202

<sup>608</sup> Vgl. Grawert, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 127; Heintzen, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 744; Rennert, die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 339

<sup>609</sup> Rennert, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 339; Schulz, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450; Ehlers, Gutachten E, S. 95; Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 178

<sup>610</sup> Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 387; vgl. Grawert, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 127; Enkler, ZG 1998, S. 328 ff., S. 338; Ehlers, Gutachten E, S. 94; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137

wird zutreffend der Bau eines Atomkraftwerkes oder die Herstellung von Automobilen als Beispiel für den Verlust der örtlichen Radizierung allein durch Dimensionierung und nicht durch räumliche Grenzüberschreitung angeführt<sup>611</sup>.

Auch die Leistungserbringung an Gebietsfremde außerhalb des Gemeindegebietes ist nicht durch Art. 28 Abs. II GG gedeckt, da insoweit ein örtlicher Bezug fehlt und die Wertschöpfung außerhalb des Gemeindegebiets eintritt<sup>612</sup>.

Bei gemeindlichen Unternehmen, die im Gemeindegebiet Leistungen an Gemeindeangehörige und zugleich an Gebietsfremde erbringen, wird man neben der Berücksichtigung der gemeindlichen Struktur und des gemeindlichen Typus sowie neben dem Umfang der Beschäftigung von Gemeindeangehörigen auf den Schwerpunkt der Tätigkeit abstellen<sup>613</sup>.

Ebenso auf den Schwerpunkt der Leistungserbringung wird man bei gemeindlichen Unternehmen abzustellen haben, die ihre Leistung innerhalb und außerhalb des Gemeindegebiets anbieten.

Leistungen der Gemeinde an ihre Gemeindeangehörigen, die von fremdem Gebiet aus erbracht werden, etwa weil das eigene Gemeindegebiet hierfür nicht geeignet erscheint, so beispielsweise bei Schullandheimen, Kläranlagen, der Wasserversorgung oder Ausflugsfahrten, wird man einen hinreichenden Gebietsbezug nicht ab sprechen können.<sup>614</sup>

Einzelne Wirtschaftsbereiche wie die Telekommunikation, der Entsorgungsbereich und die Energieversorgung werfen, bedingt durch ihre Natur und durch die Liberalisierung der Märkte, besondere Probleme hinsichtlich der örtlichen Radizierbarkeit auf.

### a) Telekommunikation

Die Telekommunikation – bereits dem Wesen nach kein örtliches Phänomen – stellt spätestens mit der Abschaffung des Netzmonopols der Deutschen Bundespost ein neues gemeindliches Betätigungsfeld dar<sup>615</sup>. Hier wird man grundsätzlich davon auszugehen haben, dass die Zusammenschaltung bzw. die Verknüpfung von gemeindeeigenen Netzen mit anderen Netzen ausreichenden Gebietsbezug aufweist und dieser erst bei der Ausdehnung des gemeindeeigenen Netzes außerhalb des Gemeindegebiets verloren geht<sup>616</sup>. Des Weiteren wird man – jedoch den Schwerpunkt der Tätigkeit im Auge behaltend – grenzüberschreitende Betätigungen hinzunehmen haben, wenn diese technisch sachnotwendig mit angeboten werden müssen<sup>617</sup>.

<sup>611</sup> Ehlers, Gutachten E, S. 94; Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 178

<sup>612</sup> Held, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 266 f.; Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 387; Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 178; Ehlers, Gutachten E, S. 96; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 315; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; vgl. Enkler, ZG 1998, S. 328 ff., S. 333

<sup>613</sup> Vgl. Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 498

<sup>614</sup> Ehlers, Gutachten E, S. 96; Oebbecke, Kommunale Selbstverwaltung am Ende dieses Jahrhunderts. Ist das politische Konzept noch tragfähig?, Diskussion, S. 86; ders., ZHR 2000, S. 375 ff., S. 386

<sup>615</sup> Mittlerweile ordnet die wohl herrschende Meinung die Telekommunikation als (wenn auch nicht bereits historische) Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft ein und verneint insoweit eine Sperrwirkung des Art. 87f Abs. II GG für die öffentliche Hand. Vgl. Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 770i; Ehlers, Gutachten E, S. 95; Schulz, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450; Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 178; Pielow, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 372 f.; Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 378; a.A. Hösch, GewArch 2000, S. 1 ff., S. 9; Rennert, JZ 2003, S. 385 ff., S. 388; Müller-Terpitz, NWVBl 1999, S. 292 ff., S. 297 m.w.N.

<sup>616</sup> Vgl. Ehlers, Gutachten E, S. 95; Schulz, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450; Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 178; Pielow, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 372 f.; vgl. Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 378; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; Ipsen, in: FS für Rauschning, S. 645 ff., S. 664

<sup>617</sup> Pielow, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 372 f.; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; vgl. Meyer, LKV 2000, S. 321 ff., S. 323

## b) Energieversorgung

Die gemeindliche Energieversorgung gehört zwar herkömmlich zu den typischen Aufgaben der Gemeinden, sie ist allerdings heute, im Hinblick auf die großräumige Verflechtung der Elektrizitätserzeugung und ihrer Vermarktung, nur noch selten allein durch eine einzelne Gemeinde zu bewerkstelligen. Zudem ist, bedingt durch die Marktliberalisierung, ein zunehmender Bedeutungsverlust der Stadtwerke zu konstatieren. Infolge dieser Entörtlichung wird heutzutage die Energieversorgung in vielen Fällen nicht mehr als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft betrachtet, die vom Schutzbereich des Art. 28 Abs. II GG umfasst wird<sup>618</sup>. Teilweise wurde bzw. wird - in erster Linie hinsichtlich der Zugehörigkeit zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft - auch zwischen Energieerzeugung einerseits und Energieverteilung andererseits differenziert und nur letztere dem gemeindlichen Aufgabenkreis zugeordnet, da erstere häufig durch die Wahrnehmung mittels überörtlicher Energieversorgungsunternehmen entörtlicht wurde<sup>619</sup>.

Durch die Marktliberalisierung ist nun auch die Energieverteilung als gemeindliche Aufgaben in Frage gestellt. Da nach § 6 EnWG die gemeindlichen Versorgungsnetze jedem Anbieter diskriminierungsfrei zur Verfügung gestellt werden müssen, liegt der Gedanke nahe, dass nur noch der Ausbau und die Unterhaltung der Versorgungsnetze örtlich radizierbar sind, während die Erzeugung und nun auch die Verteilung aus der Gemeindeebene herausgewachsen sind und dem energiewirtschaftlichen Wettbewerb überlassen wurden.

Hiergegen spricht jedoch, dass die Aufgabe nicht notwendigerweise den Selbstverwaltungscharakter verliert, wenn die Gemeinden Monopole einbüßen und im Wettbewerb stehen. Entscheidend ist vielmehr nach wie vor, ob die wirtschaftliche Tätigkeit gemeinwohlorientiert und gemeinwohlmotiviert ist. Solange dies der Fall ist, bewirkt die Marktliberalisierung des Strommarktes nur, dass die gemeindliche Aufgabe unter anderen Bedingungen - nunmehr im Wettbewerb - wahrgenommen wird. Nach wie vor bleibt daher die örtliche Radizierung im Einzelfall entscheidend<sup>620</sup>.

Vergleichbar mit dem Bereich der Telekommunikation wird damit auch hier zu gelten haben, dass die Versorgung Gemeindeangehöriger im Gemeindegebiet grundsätzlich örtlich radiziert sein dürfte. Die Energielieferung an Gemeindefremde wird dagegen, in Ermangelung einer eigenen Aufgabenstellung, auch dann eine Grenzüberschreitung und nicht mehr örtlich radizierbar sein, wenn die Energieeinspeisung innerhalb des Gemeindegebiets erfolgt<sup>621</sup>. Jedoch wird man auch hier den Schwerpunkt der Energielieferung zu berücksichtigen haben. Auch im Energiebereich stellt das Gemeindegebiet damit die grundsätzliche räumliche Grenze dar<sup>622</sup>.

## c) Entsorgungsbereich

Auch im Entsorgungsbereich liegt eine Orientierung an dieser Linie nahe. Das Einsammeln und das Verwerten von gemeindeeigenen Abfällen im Gemeindegebiet ist

<sup>618</sup> Vgl. *Gern*, Kommunalrecht BW, Rn. 33a

<sup>619</sup> *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, S. 228 ff.; vgl. VGH BW, NVwZ 1991, S. 583 ff.; *Ossenbühl*, DÖV 1992, S. 1 ff., S. 8; *Rennert*, JZ 2003, S. 385 ff., S. 368 (Fn. 5)

<sup>620</sup> Vgl. *Ipsen*, in: FS für *Rauschning*, S. 645 ff., S. 663

<sup>621</sup> *Ehlers*, Gutachten E, S. 95; vgl. *Schulz*, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450; *Ipsen*, in: FS für *Rauschning*, S. 645 ff., S. 663; a.A. *Braun*, SächsVBl 1999, S. 25 ff., S. 30

<sup>622</sup> *Heintzen*, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 746; *Löwer*, NWVBl 2000, S. 241 ff., S. 244 f.; a.A. *Braun*, SächsVBl 1999, S. 25 ff., S. 31

örtlich radiziert. Das Einsammeln gemeindefremder Abfälle außerhalb des Gemeindegebiets ist grundsätzlich eine Grenzüberschreitung und bedeutet den Verlust der örtlichen Radizierung<sup>623</sup>. Auch hier wird man jedoch im Einzelfall den Schwerpunkt der Tätigkeit des gemeindlichen Unternehmens zu berücksichtigen haben. Bei der Verwertung von gebietsfremden Abfällen innerhalb des Gemeindegebiets wird man auf den Schwerpunkt der Verwertungstätigkeit abstellen müssen, und wiederum den Verlust der örtlichen Radizierung durch zu große Dimensionierung im Auge zu behalten haben.

Insbesondere diese Fallkonstellationen im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung machen deutlich, dass ein Überschreiten der räumlichen Begrenzung, namentlich des Gemeindegebietes, regelmäßig den Verlust der örtlichen Radizierung bzw. des örtlichen Bezuges indiziert. Im Einzelfall kann jedoch aufgrund wertender Betrachtung die örtliche Radizierung bei einer Grenzüberschreitung erhalten bleiben.

## 6. Bestandsaufnahme hinsichtlich der Territorialität in den Gemeindeordnungen

Der oben festgestellte Praxistrend der gemeindlichen Gebietsüberschreitung wurde teilweise bereits gesetzlich umgesetzt. Während sich bislang noch die meisten Gemeindeordnungen der Bundesländer an die örtliche Beschränkung der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit - abgesehen von der Möglichkeit der interkommunalen Zusammenarbeit - halten, fand in einigen wenigen Gemeindeordnungen erst in jüngerer Zeit sogar die einfach gesetzliche, ausdrückliche Beschränkung der gemeindlichen Wirtschaft Eingang<sup>624</sup>. Dem Praxistrend folgend, sind jedoch einige Gemeindeordnungen dabei, den Grundsatz der örtlichen Beschränkung zu durchbrechen.

So erlauben die Gemeindeordnungen in Bayern, Thüringen und in Nordrhein-Westfalen<sup>625</sup> durch sog. Expansionsklauseln die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets, wenn neben den allgemeinen Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung, also insbesondere die Voraussetzungen der länderspezifisch unterschiedlich ausgestalteten Schrankentrias, die „berechtigten Interessen“ der von der wirtschaftlichen Betätigung betroffenen Gemeinde gewahrt sind.

Im Bereich der Versorgung mit Strom und Gas werden dabei nur die Interessen der von der wirtschaftlichen Betätigung betroffenen Gemeinde anerkannt, die nach den Bestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes eine Wettbewerbseinschränkung zulassen<sup>626</sup>.

Für die übrigen Bereiche erfolgt eine genauere Definition der „berechtigten Interessen“ nicht, jedoch dürften hierunter zumindest die verfassungsrechtlich abgesicherten Garantietatbestände zu verstehen sein<sup>627</sup>. Der bloße Wunsch einer Gemeinde von fremden Gemeindeunternehmen verschont zu bleiben - etwa weil eine eigene wirtschaftliche Betätigung nicht möglich ist oder trotz Möglichkeit unterbleibt, um die eigene private Wirtschaft zu schützen - dürfte nach der Konzeption dieser Gemeindeordnungen kein berechtigtes Interesse sein, da die Expansionsklauseln sonst gänz-

<sup>623</sup> Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 178; Ehlers, Gutachten E, S. 96; Meyer, LKV 2000, S. 321 ff., S. 323; vgl. Beckmann, VerwArch 2003, S. 371 ff., S. 387; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; a.A. OLG Düsseldorf, NVwZ 2000, S. 714 ff., S. 715, da die Abfallentsorgung nach der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung keine wirtschaftliche Betätigung darstellt, hält das OLG Düsseldorf auch die räumlichen Begrenzungen der wirtschaftlichen Betätigung für nicht anwendbar.

<sup>624</sup> Vgl. § 108 Abs. I S. 1 NdsGO; § 100 Abs. II BbgGO

<sup>625</sup> Art. 87 Abs. II BayGO; § 71 Abs. IV ThürKO; § 107 Abs. I, III u. IV NWGO

<sup>626</sup> Art. 87 Abs. II BayGO; § 71 Abs. IV ThürKO; § 107 Abs. III NWGO

<sup>627</sup> Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 180

lich leer laufen würden<sup>628</sup>. Ein berechtigtes Interesse im Sinne der Expansionsklauseln wird vielmehr erst dann anzunehmen sein, wenn die betroffene Gemeinde im jeweiligen Bereich selbst wirtschaftlich tätig werden will oder sich dort bereits wirtschaftlich betätigt, sie mit der kommunalen Konkurrenz nicht einverstanden ist und durch sie nicht unerheblich beeinträchtigt wird<sup>629</sup>. Trotz des Fehlens einer Definition der berechtigten Interessen dürfte sich im Umkehrschluss folgern lassen, dass zumindest die Zustimmung der betroffenen Gemeinde nicht erforderlich ist<sup>630</sup> und damit wohl auch eine Betätigung gegen den Willen der Gemeinde, wenn keine berechtigten Interessen vorliegen, möglich erscheint. Teilweise steht die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes unter Genehmigungsvorbehalt<sup>631</sup>.

Die Gemeindeordnungen von Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt erlauben darüber hinausgehend unter Genehmigungsvorbehalt auch die wirtschaftliche Betätigung im Ausland<sup>632</sup>. In Sachsen-Anhalt werden sogar bei allen im Wettbewerb wahrgenommenen Aufgaben nur die Interessen der betroffenen Gemeinde anerkannt, die nach einschlägigen bundesgesetzlichen Vorgaben eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen<sup>633</sup>. Die übrigen Gemeindeordnungen beinhalten soweit ersichtlich zur Zeit keine ausdrückliche Regelung einer überörtlichen Betätigung.

Auch für das Sparkassenwesen und sein charakteristisches Regionalprinzip, also der grundsätzlichen Beschränkung des Geschäftsgebietes einer Sparkasse auf das Gebiet ihres Gewährträgers<sup>634</sup>, finden sich die räumliche Zuständigkeit erweiternde gesetzliche Regelungen<sup>635</sup>.

Auffällig ist, dass fast alle genannten Gemeindeordnungen, die über sog. Expansionsklauseln verfügen, die Grenzüberschreitung an die allgemeinen Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde und damit an den öffentlichen Zweck und die gemeindliche Leistungsfähigkeit knüpfen<sup>636</sup>. Damit hat auch eine grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigung einem öffentlichen Zweck zu dienen und die gemeindliche Leistungsfähigkeit zu beachten. Dies erstaunt, kommt doch in beiden Erfordernissen auch eine räumliche Begrenzung bzw. eine örtliche Radizierung zum Ausdruck<sup>637</sup>. So wurde diese Verweisung auf die allgemeinen Voraussetzungen dann auch nicht ganz zu Unrecht bereits als „Aporem“<sup>638</sup> und als „Sackgasse“<sup>639</sup> bezeichnet, da hierdurch die Expansionsklauseln, die doch gerade eine grenzüberschreitende Tätigkeit ermöglichen sollen, bei der regelmäßig die örtliche Radizierung verloren geht, weitestgehend leer laufen, indem genau diese örtliche Radizierung durch die Verweisung unbedingt gefordert wird<sup>640</sup>.

In diesen Verweisungen einen gesetzgeberischen Fehler zu sehen, den es zu korrigieren gelte, indem die Vorschrift entweder teleologisch so auszulegen sei, dass die

<sup>628</sup> Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1037; Ehlers, Gutachten E, S. 98; allg. gegen einen gemeindlichen Konkurrenzschutz als berechtigtes Interesse Hellermann / Wieland, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 117 ff., vgl. LT-Drs. NW 12/ 3730, S. 108

<sup>629</sup> Ehlers, Gutachten E, S. 98

<sup>630</sup> Vgl. Köhler, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 9

<sup>631</sup> § 71 Abs. IV ThürKO

<sup>632</sup> § 107 Abs. IV NWGO; § 116 Abs. IV LSAGO

<sup>633</sup> § 116 Abs. III S. 2 LSAGO

<sup>634</sup> Vgl. § 6 Abs. I SpkG BW; § 5 SpkG MV

<sup>635</sup> Vgl. § 1 Abs. II SpkG NW; § 2 Abs. II SpkG BW. Auf die Spezialmaterie des Sparkassenrechts soll hier jedoch nicht weiter eingegangen werden.

<sup>636</sup> Vgl. § 13 Abs. III u. Abs. I S. 1 LSAGO; Art. 87 Abs. II u. Abs. I BayGO; § 107 Abs. III u. Abs. I NWGO; lediglich § 71 Abs. IV ThürKO verweist nicht auf die allgemeinen Voraussetzungen.

<sup>637</sup> Vgl. bereits oben 4. Teil F. II. 1.

<sup>638</sup> Ipsen, in: FS für Rauschnig, S. 645 ff., S. 665 f.

<sup>639</sup> Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1036

<sup>640</sup> Ehlers, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 6

Verweisung den dort normierten Bezug nicht erfasse<sup>641</sup>, oder aber der Begriff des öffentlichen Zwecks zumindest hier nicht zwingend eine örtliche Verwurzelung verlange<sup>642</sup>, erscheint in Anbetracht des nacheinander Auftretens dieser Verweisung in den verschiedenen Gemeindeordnungen und den mittlerweile erfolgten Änderungen kaum plausibel.

Vielmehr ist davon auszugehen, dass auch die Expansionsklauseln nicht zu einem Dispens bezüglich der allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Gemeindegewirtschaft, wie dem öffentlichen Zweck und der Angemessenheit, führen, weil ansonsten insbesondere das verfassungsrechtlich notwendige Festhalten am öffentlichen Zweck nach Maßgabe der allgemeinen Regeln keinen Sinn ergäbe<sup>643</sup>.

Zwar wird der Anwendungsbereich der Vorschriften durch dieses wörtliche Verständnis drastisch reduziert, jedoch muss bei näherer Betrachtung dieser Vorschriften, insbesondere durch die Berücksichtigung verfassungsrechtlich entgegenstehender, zwingender Positionen wie dem Selbstverwaltungsrecht der von der Grenzüberschreitung betroffenen Gemeinde, ohnehin eine Reduzierung des Anwendungsbereichs erfolgen<sup>644</sup>.

Wie oben bereits festgestellt gibt es durchaus Konstellationen, in denen trotz einer Grenzüberschreitung die örtliche Radizierung erhalten bleibt. Auch wenn ohne eine Grenzüberschreitung die gemeindliche Tätigkeit aufgegeben werden müsste, die Rentabilität bzw. die Auslastung für bestehende gemeindliche Einrichtungen durch eine Grenzüberschreitung erhalten oder gesteigert wird, finden diese Vorschriften einen Anwendungsbereich<sup>645</sup>. Auch hier muss jedoch der Schwerpunkt der Tätigkeit im Gemeindegebiet zu verorten sein.

Insgesamt gesehen dürfte den Expansionsklauseln jedoch in erster Linie lediglich ein rein deklaratorischer Charakter beizumessen sein, da örtliche radizierte Grenzüberschreitungen bereits nach den allgemeinen Voraussetzungen für die gemeindliche Wirtschaftsbeschäftigung zulässig sind.

## 7. Grundsätzliche Dispositionsfreiheit des Landesgesetzgebers hinsichtlich der Territorialität

Die in der Praxis zunächst nahe liegende Versuchung der eigenmächtigen Erweiterung des räumlichen Betätigungsfeldes durch die Gemeinden<sup>646</sup> ist nicht zulässig. Vielmehr ist ein Tätigwerden des Gesetzgebers erforderlich, da die Gemeinden auf die Aufgabenzuweisung in Art. 28 Abs. II GG angewiesen sind und sie sich im Unterschied zu Bund und Ländern Staatsaufgaben nicht selbst schaffen können<sup>647</sup>. Die Kompetenzerweiterung der Gemeinden auf fremdes Gebiet bedarf auf Landesebene eines Landesgesetzes in formellem Sinne und auf Bundesebene eines Bundesgesetzes.

<sup>641</sup> So *Becker*, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1036

<sup>642</sup> So *Kühling*, NJW 2001, S. 177 ff., S. 181; *Moraing*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 71

<sup>643</sup> *Ehlers*, Gutachten E, S. 98; *Heintzen*, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 745; vgl. *Schulz*, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450 f.; a.A. *Kühling*, NJW 2001, S. 177 ff., S. 181

<sup>644</sup> Vgl. unten 4. Teil. F. II. 8.

<sup>645</sup> *Ehlers*, Gutachten E, S. 99; *Zacharias*, VR 2000, S. 271 ff., S. 276; Meyer, LKV 2000, S. 321 ff., S. 323; *Moraing*, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 246; wohl auch *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 ff., S. 386; vgl. BVerwG, DVBl 1983, S. 73 ff.; *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 339; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 315; vgl. *Schulz*, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450

<sup>646</sup> Zu dieser „faktischen“ Entwicklung *Gern*, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2593

<sup>647</sup> *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 ff., S. 386; vgl. *Gern*, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2595; vgl. *Ehlers*, Gutachten E, S. 97

Rechtsverordnungen und Satzungen reichen hierzu nicht aus<sup>648</sup>. Gemeindeordnungen, die über keine die überörtliche Tätigkeit legitimierende sog. Expansionsklauseln verfügen sind damit im Hinblick auf das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage an die verfassungsrechtliche Vorgabe gebunden und grundsätzlich auf den örtlichen Bereich begrenzt<sup>649</sup>.

Das gilt unproblematisch für die Bundesländer, in denen die Gemeindeordnungen explizit eine örtliche Beschränkung für die wirtschaftliche Betätigung vorsehen<sup>650</sup>. Aber auch in den Bundesländern, in denen in der Gemeindeordnung eine diesbezügliche Beschränkung fehlt, kann vor dem Hintergrund des Art. 28 Abs. II GG und den entsprechenden Bestimmungen in den Landesverfassungen nichts anderes gelten. Dies entspricht auch der regelmäßigen Auslegung der Normen zur wirtschaftlichen Betätigung<sup>651</sup>. Wie oben bereits festgestellt ist das Territorialitätsprinzip im räumlichen Sinn bereits auf verfassungsrechtlicher Ebene in Art. 28 Abs. II GG zu verorten und bedarf für seine Gültigkeit grundsätzlich keiner Wiederholung auf landesverfassungsrechtlicher oder einfachgesetzlicher Ebene.

Fraglich ist, ob diese verfassungsrechtliche Vorgabe zur Disposition der Landesgesetzgeber steht und diese Vorgabe, wie bereits geschehen, abgeschafft bzw. aufgeweicht werden darf. Während die Zulässigkeit der überörtlichen Wirtschaftsbetätigung im Schrifttum stark umstritten ist, hat sich die Rechtsprechung<sup>652</sup> diesbezüglich nur sehr sporadisch geäußert.

Als Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Fragestellung wird man sich zunächst in Erinnerung zu rufen haben, dass die kommunale Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. II GG eine Mindestgarantie darstellt, die es dem Landes- und Bundesgesetzgeber in kompetentieller Hinsicht grundsätzlich erlaubt, den Zuständigkeitsbereich der Gemeinden über den in Art. 28 Abs. II GG genannten Bereich hinaus zu erweitern, soweit dies dem Garantiegehalt des Art. 28 Abs. II GG nicht widerspricht<sup>653</sup>.

Die hier zu untersuchenden Konstellationen beschränken sich darauf, inwieweit dem Landesgesetzgeber landesverfassungsrechtlich oder einfachgesetzlich Raum zur Verfügung steht, die verfassungsrechtliche Vorgabe der räumlichen Beschränkung zu relativieren oder ganz aufzuheben, ohne sich hierbei in Widerspruch zum Garantiegehalt des Art. 28 Abs. II GG zu setzen.

Sich die Funktion der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie als Mindestgarantie vergegenwärtigend, muss grundsätzlich auch eine Kompetenzerweiterung hinsichtlich der räumlichen Erweiterung des gemeindlichen Betätigungsfeldes denkbar sein<sup>654</sup>. Der Gesetzesvorbehalt ermächtigt die Legislative daher grundsätzlich, den

<sup>648</sup> Gern, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2595; vgl. Britz, NVwZ 2001, S. 380 ff., S. 386; a.A. Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 156 m.w.N.

<sup>649</sup> So auch Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 181; vgl. Gern, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2595; a.A. Püttner, DÖV 2002, S. 731 ff., S. 735; vgl. Moraing, in: Zur Reform des Gemeindefirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 72; Hellermann/Wieland, in: Zur Reform des Gemeindefirtschaftsrechts, S. 117 ff., S. 123; Dolde, ZHR 2002, S. 515 ff., S. 519

<sup>650</sup> So § 108 Abs. I S. 1 NdsGO; § 100 Abs. II BbgGO

<sup>651</sup> Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 181 f.

<sup>652</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, NVwZ 2000, S. 714 ff.; vgl. hierzu auch Gern, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2594

<sup>653</sup> Vgl. Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 385; Gern, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2595; vgl. Tettinger, in: Zur Reform des Gemeindefirtschaftsrechts, S. 23 ff., S. 33

<sup>654</sup> Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 179; Gern, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2595; Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 388; Heintzen, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 744; Ehlers, Gutachten E, S. 95

Gemeinden auch Betätigungen ohne Bezug zur örtlichen Gemeinschaft und damit auch ohne Gebietsbezug aufzutragen oder zu ermöglichen<sup>655</sup>.

Dem Gesetzgeber stehen grundsätzlich auch mehrere Möglichkeiten zu, die berechtigten Interessen der von der exterritorialen Betätigung betroffenen Gemeinde zu wahren. So kann er die Entscheidung über die wirtschaftliche Betätigung der Rechtsaufsichtsbehörde im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens überlassen oder die Zustimmung der Zielgemeinde für ein Tätigwerden des expandierenden Unternehmens zur Voraussetzung machen. Auch wäre es denkbar, auf die Regelung des verfahrenstechnischen Abstimmungsprozesses gänzlich zu verzichten und die Einwendungen der betroffenen Gemeinde auf die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung zu beschränken<sup>656</sup>.

## 8. Grenzen der Dispositionsfreiheit des Landesgesetzgebers

Die soeben festgestellte grundsätzliche Möglichkeit der räumlichen Kompetenzerweiterung wird jedoch durch mehrere bestehende Grenzen erheblich relativiert.

Begrenzt wird diese Erweiterungsmöglichkeit zunächst dadurch, dass die kommunale Selbstverwaltungsgarantie nur im Rahmen und unter Beachtung der Kompetenzordnung des Grundgesetzes besteht.

So ist dem jeweiligen Landesgesetzgeber die Gewährung eines Kompetenztitels über den garantierten Bereich des Art. 28 Abs. II GG hinaus nur hinsichtlich der eigenen, landesangehörigen Gemeinden und – in Ermangelung einer Kompetenz – nicht zu Lasten der Gemeinden anderer Bundesländer möglich. Jegliche die Landesgrenzen eines Bundeslandes überschreitende wirtschaftliche Betätigung, die nicht vom Garantiebereich des Art. 28 Abs. II GG erfasst wird, ist daher unzulässig<sup>657</sup>.

Der Landesgesetzgeber kann also nur Gemeinden des eigenen Landes die Expansion in andere Gemeinden des Landes erlauben. Alle anderen über die Grenzen des Landes hinausgehenden Aktivitäten bedürfen einer Öffnungsklausel in der Rechtsordnung des von der Expansion betroffenen Landes<sup>658</sup> oder einer staatsvertraglichen Grundlage<sup>659</sup>.

Darüber hinaus sind bei einer räumlichen Kompetenzerweiterung selbstverständlich die grundgesetzlichen Zuständigkeitsregelungen übergeordneter Verwaltungsträger zu beachten. Soweit die grundgesetzliche Kompetenzordnung eine Zuständigkeit übergeordneter Verwaltungsträger wie Bund oder Länder begründet, findet die Erweiterungsmöglichkeit ihre vertikale Grenze<sup>660</sup>.

Weitaus relevanter gilt zu jedoch beachten, dass die Grenzen des Schutzbereichs der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. II GG zugleich Kompetenzgrenzen sind<sup>661</sup>.

---

<sup>655</sup> Kluth, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 23 ff., S. 35 f.; Britz, NVwZ 2001, S. 380 ff., S. 385; Gern, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2595; Dolde, ZHR 2002, S. 515, S. 516; vgl. Möstl, BayVBl 1999, S. 547 ff., S. 553; vgl. Heintzen, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 744; Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 179; Püttner, DÖV 2002, S. 731 ff., S. 736; Rennert, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 340; a.A. wohl Nierhaus, in: *Sachs*, GG, Art. 28 Rn. 32

<sup>656</sup> Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 180; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; a.A. wohl Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 536, der für den Fall des Fehlens ausdrücklicher Bestimmungen, die die exterritoriale Betätigung erlauben, eine Zustimmung der betroffenen Gemeinde für erforderlich hält.

<sup>657</sup> Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1035; Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 181; Ehlers, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 6; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 136

<sup>658</sup> Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1035

<sup>659</sup> Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 136

<sup>660</sup> Gern, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2595

<sup>661</sup> BVerfGE 79, 127 (147); Jarass/Piero, GG, Art. 28 Rn. 10; Nierhaus, in: *Sachs*, GG, Art. 28 Rn. 32; Löwer, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 28 Rn. 37 f.

Dies bedeutet, dass horizontal, also auf der Ebene der Gemeinden untereinander, das Selbstverwaltungsrecht der von der überörtlichen Wirtschaftsbetätigung betroffenen Gemeinde als Grenze wirkt<sup>662</sup>. Auch hier kommt eine Differenzierung zwischen hoheitlichen und anderen Angelegenheiten nicht in Betracht<sup>663</sup>.

Art. 28 Abs. II GG kommt damit neben der vertikalen Schutzwirkung gegenüber höheren Verwaltungsträgern auch eine horizontale Schutzwirkung gegenüber anderen gleichgeordneten Gemeinden zu, was mitunter auch als sog. *interkommunale Schutzwirkung* des Art. 28 Abs. II GG bezeichnet wird<sup>664</sup>.

Diese Einordnung der kommunalen Selbstverwaltung als Kompetenzgrenze wird dann bedeutsam, wenn man diese als vollständig oder im Wesentlichen bindend für den Gesetzgeber ansieht. Dies hat zur Folge, dass Expansionsklauseln gegen Art. 28 Abs. II GG verstoßen und solche Regelungen auch nicht in der Kompetenz des einfachen Gesetzgebers liegen, da Kompetenzen nicht vermehrbar sind und die Kompetenzerweiterung auf der einen Seite eine Kompetenzbegrenzung auf der anderen Seite bewirkt<sup>665</sup>.

Auch wenn aufgrund der Funktion der kommunalen Selbstverwaltung als Mindestgarantie nicht von einer vollständigen Bindung des Gesetzgebers auszugehen ist, wird durch diesen kompetenzrechtlichen Aspekt doch deutlich, wie verfehlt es ist, die interkommunale Schutzwirkung in Abrede zu stellen, weil die Selbstverwaltungsgarantie nur zu Gunsten und nicht zu Lasten der Gemeinde wirke, also eine Schutznorm der Gemeinde und nicht eine Beschränkungsnorm sei<sup>666</sup>. Dieser Ansatz lässt außer Acht, dass eben zwei Gemeinden beteiligt sind, eine begünstigte und eine belastete<sup>667</sup>.

Der hieraus folgende, vereinzelt im Schrifttum anzutreffende Gedanke, Beschränkungen der Gemeinden durch Art. 28 Abs. II GG seien nach der Schutzintention dieser Norm widersinnig, da die Gemeinden nun mit einem Art. 28 Abs. II GG schlechter da stehen würden als ohne ihn<sup>668</sup>, verkennt, dass es zum einen wohl zweifellos besser ist, mit weniger garantierten Rechten zu existieren als bereits ohne Existenzrecht zu bestehen. Zum anderen kommen, abgesehen von der Tatsache dass in einem Kompetenzgefüge die Einräumung von Kompetenz immer begrenzt sein muss, die hier diskutierten Beschränkungen wie die Örtlichkeit ja regelmäßig keinem anderen, höheren Verwaltungsträger zugute, sondern einem gleichgeordneten Verwaltungsträger gleichen Typs in Form einer anderen Gemeinde.

### a) Verträglichkeit dieser Grenzen mit den Expansionsklauseln

Durch die Expansionsklauseln besteht nun die Möglichkeit des mittelbaren Eingriffs in das Selbstverwaltungsrecht der von der überörtlichen Wirtschaftstätigkeit betroffenen Gemeinde. Der unmittelbare Eingriff ist dabei erst in der konkreten, grenz-

<sup>662</sup> Vgl. *Ehlers*, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 6; *Kühling*, NJW 2001, S. 177 ff., S. 180; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 136

<sup>663</sup> *Oebbecke*, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 386; *Heintzen*, Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung, S. 56; *Ehlers*, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 5; *Schulz*, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450; *Kühling*, NJW 2001, S. 177 ff., S. 180; vgl. *Gern*, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2595

<sup>664</sup> BVerwGE 40, 323 (329 f.); *Kühling*, NJW 2001, S. 177 ff., S. 179

<sup>665</sup> So etwa *Held*, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 266 f.; *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 430; *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 504; *Löwer*, NWVBl 2000, S. 241 ff., S. 244

<sup>666</sup> So *Moraing*, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 244

<sup>667</sup> *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 339 (Fn. 81)

<sup>668</sup> So *Moraing*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 75; *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 498

überschreitenden Wirtschaftstätigkeit eines gemeindlichen Unternehmens zu verorten<sup>669</sup>.

Ein grenzüberschreitender Eingriff durch wirtschaftliche Betätigung in die Selbstverwaltungskompetenz der betroffenen Gemeinde ist aber nicht per se unzulässig wie der Gesetzesvorbehalt in Art. 28 Abs. II GG ersichtlich macht<sup>670</sup>.

Auch hier sind wiederum – vergleichbar der Situation bei einem Grundrechtseingriff – verschiedene Eingriffsschwellen zu unterscheiden. So kommt neben dem grundsätzlich unbedenklichen - da kompetenzbelassenden - bloßen Ausstrahlen der wirtschaftlichen Betätigung auf die Nachbargemeinde, entweder eine Erschwerung der Aufgabenerfüllung oder aber eine Verhinderung der Aufgabenerfüllung der von der wirtschaftlichen Betätigung betroffenen Gemeinde in Betracht.

Eingriffe in den bereits oben definierten Kernbereich sind unzulässig. Wann eine solche Kernbereichsverletzung vorliegt, kann nicht pauschal gesagt werden, sondern bedarf der Prüfung im Einzelfall.

Diesbezüglich gilt es jedoch generell zu bedenken, dass die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung in Erfüllung öffentlicher Zwecke zumindest in bestimmten Erscheinungsformen - namentlich für den Bereich der Daseinsvorsorge wie z.B. Verkehrs- und Versorgungsbetriebe - dem typusbestimmenden, unantastbaren Kernbereich zugeordnet wird.

Die Möglichkeit, dass demokratisch legitimierte Strukturentscheidungen einer Gemeinde hinsichtlich ihrer eigenen Wirtschaftstätigkeit – etwa grundlegende Entscheidungen wie in einem bestimmtem Bereich eine wirtschaftliche Betätigung zu entfalten oder aus bestimmten Gründen zu unterlassen - durch überörtliche Wirtschaftstätigkeit anderer Gemeinden konterkariert werden, lässt die grundsätzliche Nähe des Kernbereichs ersichtlich werden<sup>671</sup>.

Jedoch gilt relativierend zu bedenken, dass sich die Expansionen anderer Gemeinden zum einen kaum auf den gesamten Bereich der Daseinsvorsorge - erst recht nicht auf den Bereich der gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit - erstrecken dürften, und dass zum anderen die von der Expansion betroffene Aufgabe regelmäßig nicht entzogen, sondern nur erschwert wird.

Eingriffe in den Randbereich sind zulässig, wenn sie gerechtfertigt sind, also die Anforderungen erfüllen, die für einfachgesetzliche Eingriffe in das Selbstverwaltungsrecht bestehen. Für den Aufgabenentzug im Randbereich der Selbstverwaltungsgarantie wurden von der Rechtsprechung in der Konstellation des Aufgabenentzugs zu Gunsten *höherer* Verwaltungsträger mit der *Rastede*- Entscheidung strenge Anforderungen postuliert.

Danach beinhaltet Art. 28 Abs. II GG auch außerhalb des Kernbereichs ein verfassungsrechtliches Aufgabenverteilungsprinzip zu Gunsten der Gemeinden im Sinne eines Vorrangs hinsichtlich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, das der zuständigkeitsverteilende Gesetzgeber zu beachten hat. Ein Aufgabenentzug von örtlich relevanten Aufgaben ist daher nur aus eingeschränkten Gründen, die gegenüber dem verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilungsprinzip überwiegen müssen, möglich<sup>672</sup>.

Solche, diesen Anforderungen genügende Gründe des Gemeinwohlinteresses liegen vor allem dann vor, wenn das Belassen der Aufgabe in der gemeindlichen Zustän-

---

<sup>669</sup> Vgl. Ehlers, Gutachten E, S. 100; vgl. auch die Situation beim Grundrechtseingriff oben 4. Teil E. II. 1. b) bb)

<sup>670</sup> Vgl. Heintzen, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 745

<sup>671</sup> Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1039

<sup>672</sup> BVerfGE 79, 127 (153 f.); 83, 363 (384)

digkeit eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherstellen oder zu einem unverhältnismäßigen Kostenanstieg führen würde. Gründe bloßer Vereinfachung, der Zuständigkeitskonzentration sowie Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung rechtfertigen eine Hochzonung dagegen nicht.

Dies sei laut Bundesverfassungsgericht der notwendige Preis einer dezentralen Aufgabenwahrnehmung, für die sich das Grundgesetz mit Rücksicht auf den Gesichtspunkt der politisch-demokratischen Teilnahme der örtlichen Bürgerschaft an der Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben entschieden habe<sup>673</sup>. Eine schlichte Verhältnismäßigkeit lässt das Bundesverfassungsgericht also hier nicht mehr ausreichen<sup>674</sup>.

Diese Grundsätze sollen aufgrund der qualitativen Vergleichbarkeit nicht nur für eine Hochzonung von Aufgaben, sondern auch für eine sog. Querzonung gelten, also einer Aufgabenverlagerung zwischen gleichgeordneten Verwaltungsträgern. So sei die Gewährleistung dieser Schutzziele, wie insbesondere der politisch-demokratische Gesichtspunkt der Beteiligung der örtlichen Bürgerschaft an der öffentlichen Aufgabenerledigung, durch übergreifende gemeindliche Unternehmen genauso bedroht, wie durch die Hochzonung zu Gunsten übergeordneter Verwaltungsträger<sup>675</sup>.

Liegt die Verwendung des Begriffes der Querzonung<sup>676</sup> auch nahe, erscheint seine Verwendung für den Fall der grenzüberschreitenden gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit gleichwohl nicht angebracht, suggeriert er doch es gehe um den gleichen Sachverhalt in nur einer anderen, nämlich vertikalen Richtung.

Dies ist jedoch meist nicht der Fall, da hier nicht die Übertragung überörtlicher Aufgaben auf eine andere Gemeinde erreicht werden soll, sondern die Zulassung der Ausdehnung örtlicher Aufgaben in den Bereich eines gleichgeordneten Verwaltungsträgers hinein. Anders formuliert handelt es sich im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung regelmäßig nicht um die Erweiterung des Aufgabenbereichs in der Form der Zuweisung qualitativ überörtlicher Aufgaben, sondern um die Billigung einer Berechtigung zur Ausübung von Funktionen auf dem Gebiet einer anderen Gemeinde und damit nicht um eine funktionelle, sondern eine nur räumliche Ausdehnung der Gemeinde in einer bestimmten Funktion<sup>677</sup>.

Darüber hinaus hat die überörtliche gemeindliche Wirtschaftstätigkeit regelmäßig eine bloße Ausstrahlungswirkung oder weitergehend eine Beeinträchtigung der Aufgabenerfüllung zur Folge, nicht jedoch einen Entzug der Aufgabe wie bei der Hochzonung, so dass die dortigen Maßstäbe zu streng erscheinen. Wohl auch deswegen lassen manche Autoren im Schrifttum die Hochzonungs-Maßstäbe völlig aus dem Spiel und stellen in allen Konstellationen auf eine allgemeine Abwägung der Gemeinwohlgründe ab<sup>678</sup>.

Die Hochzonungs-Maßstäbe dürften nach der hier vertretenen Auffassung jedoch durchaus für den wohl eher seltenen Fall, in dem die überörtliche Betätigung bei der betroffenen Gemeinde einem Aufgabenentzug gleichkommt übertragbar sein.

In allen anderen Konstellationen gilt es eine Abwägung i.S. einer praktischen Konkordanz<sup>679</sup>, also einen optimalen Ausgleich zwischen den aufeinandertreffenden

<sup>673</sup> BVerfGE 79, 127 (153)

<sup>674</sup> Gern, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2596

<sup>675</sup> Gern, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2595 f. u. S. 2599; Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 179; wohl auch Ehlers, Gutachten E, S. 100 f.; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 136

<sup>676</sup> Begrifflichkeit wohl zurückgehend auf Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 82

<sup>677</sup> Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1035

<sup>678</sup> Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 385 f.; Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1037 f.

<sup>679</sup> Gern, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2595

Selbstverwaltungsrechten, vorzunehmen und die allgemeinen Voraussetzungen für einen Eingriff in den Randbereich der kommunalen Selbstverwaltung zu beachten. So muss diese Art von Eingriffen bei Aufgaben mit relevantem örtlichen Charakter durch überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls gerechtfertigt sein<sup>680</sup>. Hinzu kommt gilt es im Randbereich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>681</sup> und das Willkürverbot<sup>682</sup> zu beachten.

### b) Gewichtung der kollidierenden Interessen bei exterritorialer Betätigung

Auch hier lassen sich aufgrund der Vielzahl möglicher gesetzlicher Ausgestaltungen und unterschiedlicher konkreter Wirtschaftstätigkeiten nur allgemeine Leitlinien darstellen, die bei einer erforderlichen Abwägung zu berücksichtigen sind.

Grundsätzlich ist das Interesse an einer eigenständigen Aufgabenerfüllung der von der überörtlichen Wirtschaftstätigkeit betroffenen Gemeinde ins Verhältnis zu den die überörtliche Wirtschaftstätigkeit begründenden Interessen der expandierenden Gemeinde zu setzen.

Hinter den meisten Fällen der grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Betätigung dürften rein wirtschaftliche Interessen zu vermuten sein. Vor allem die Ausnutzung der sog. economies of scale, d.h. die durch Größe entstehenden Kostenvorteile, erscheinen, vor allem im liberalisierten europäischen Wettbewerb, für eine Gewinnerzielung wichtig.

Abgesehen davon, dass bereits verfassungsrechtlich eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung unzulässig sein dürfte<sup>683</sup>, ist dies zumindest auf der Ebene der gemeindlichen Wirtschaft durch das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich für unzulässig erklärt worden. So hat es hinsichtlich der Gemeindeunternehmen festgestellt, dass diese unmittelbar durch Leistung und nicht mittelbar durch Gewinne und Erträge dem Wohl der Gemeindebürger zu dienen hätten und den Gemeinden damit rein erwerbswirtschaftliche Unternehmen untersagt seien<sup>684</sup>.

Regelmäßig wird es nicht erklärbar sein, wie die Leistungserbringung an Gebietsfremde außerhalb des eigenen Gemeindegebiets unmittelbar durch diese Leistung und nicht durch die hierdurch abfallenden Gewinne und Erträge dem Wohl der eigenen Gemeindebürger dient<sup>685</sup>. Bereits deswegen wird eine überörtliche Betätigung meist unzulässig sein und es noch nicht einmal einer Abwägung der unterschiedlichen Interessen bedürfen.

Ganz abgesehen hiervon weist *Ehlers* darauf hin, dass Wirtschaftlichkeitsüberlegungen bereits schon deshalb nicht verfangen, weil sich die Vor- und Nachteile der expandierenden und der betroffenen Gemeinde i.d.R. in etwa aufheben werden<sup>686</sup>.

In dieser Hinsicht ist immer wieder die Auffassung anzutreffenden, nach der das Verbot einer reinen Gewinnerzielung zu relativieren sei, indem bei aller verbalen Klarheit dieses Verbots lediglich rentabilitätssteigernde Maßnahmen, die eine Grenzüberschreitung bedingen, meist mit dem öffentlichen Zweck vereinbar wä-

<sup>680</sup> BVerfGE 79, 127 (153 ff.); BVerwG, NVwZ 1996, S. 1223 f.

<sup>681</sup> Vgl. BVerfGE 26, 228 (241); 56, 298 (313); BVerwGE 77, 47 (49)

<sup>682</sup> Vgl. BVerfGE 26, 228 (244); BVerwGE 87, 133 (135)

<sup>683</sup> Vgl. bereits oben 4. Teil C. II.

<sup>684</sup> Vgl. BVerfGE 61, 82 (107 f.); VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 992; *Knemeyer/Kempfen*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 46; *Stober*, Kommunalrecht, S. 339

<sup>685</sup> Vgl. *Schulz*, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 451; *Ehlers*, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 6; vgl. *Ipsen*, in: FS für *Rauschnig*, S. 645 ff., S. 665 f.; vgl. *Kühling*, NJW 2001, S. 177 ff., S. 180 f.; nach *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 340 sind wirtschaftliche Gründe in einer Abwägung „allenfalls Gründe des gleichrangigen anderen örtlichen Wohls“.

<sup>686</sup> *Ehlers*, Gutachten E, S. 100

ren<sup>687</sup>. Dem ist entgegenzuhalten, dass solche Auslastungs- und Effektivitätsargumente nicht überbetont werden dürfen, da dem Wirtschaftlichkeitsargument eine aufgabenbeschränkende und keine aufgabenbegründende Wirkung zukommt<sup>688</sup>.

Bei der Abwägung der aufeinander treffenden Selbstverwaltungsrechte ist schließlich zu bedenken, dass die überörtlich tätige Gemeinde, soweit sich die Betätigung nicht mehr als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft darstellt, im Gegensatz zur betroffenen Gemeinde nicht mehr im verfassungsrechtlich verbürgten Garantiebereich, sondern lediglich aufgrund einer einfach gesetzlichen Zuweisung agiert<sup>689</sup>. Hinzu kommt, dass die von der überörtlichen Betätigung betroffene Gemeinde stets den hohen Wert der demokratischen Teilhabe ihrer Bürgerschaft an der Erledigung der öffentlichen Aufgabe in die Abwägung einstellen kann<sup>690</sup>.

Auch die demokratische Legitimation weist im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung einen starken Gebietsbezug auf, gehen doch die Gemeindevertretungsorgane aus - sich über das Gemeindegebiet definierenden - wählenden Bürgern hervor.

Einem nicht mehr gebietsbezogenen Handeln fehlt damit entscheidend die demokratische Legitimation, denn die Bürger legitimieren durch Wahlen nach dem Prinzip der Selbstbetroffenheit nur die gebietsbezogene Ausübung von Staatsgewalt. Nicht demokratisch legitimiert ist dagegen die Versorgung Gebietsfremder außerhalb des Gemeindegebietes. Der in der betroffenen Gemeinde ansässige Bürger hat das ihm gegenüber auftretende ortsfremde Unternehmen weder legitimiert, noch hat er die Möglichkeit, wenigstens mittelbar durch Wahlen auf dieses Unternehmen Einfluss zu nehmen. Damit führt bereits das Prinzip der demokratischen Legitimation, wenn nicht gar zu einer generellen Unzulässigkeit, so doch zu einer erheblichen Schwächung der Interessen der überörtlich tätigen Gemeinde<sup>691</sup>. Damit greift insbesondere auch unterhalb der Schwelle des Aufgabenentzuges die ratio legis des Art. 28 Abs. II GG. Sobald die überörtliche wirtschaftliche Betätigung zu einem relevanten Ausfall der bürgerschaftlichen Teilhabe an der Ausgestaltung der eigenständigen Aufgabenerfüllung führt, werden sich die Interessen der expandierenden Gemeinde kaum jemals durchsetzen können<sup>692</sup>.

Lediglich in einer Konstellation, in der die von der Expansion betroffene Gemeinde aus bloßem Desinteresse heraus in dem von der expansionswilligen Gemeinde anvisierten Bereich keine eigene Tätigkeit entfaltet, erscheint eine Durchsetzung der Interessen der expansionswilligen Gemeinde denkbar.

Konstellationen, in denen die betroffene Gemeinde in dem von der expandierenden Gemeinde anvisierten Bereich aus rechtlichen bzw. aus tatsächlichen Gründen nicht tätig werden kann, führen grundsätzlich nicht zum diesbezüglichen Kompetenzverlust. Die betroffene Gemeinde kann (und muss) zunächst selbst nach Mitteln und

<sup>687</sup> Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 383; Gusy, JA 1995, S. 166 ff., S. 167; Gerke, Jura 1985, S. 349 ff., S. 352; Rennert, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 339; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 315; Schulz, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450; Moraing, WiVerw 1998, S. 233 ff. u. S. 246; ders., in: Zur Reform des Gemeindefinanzrechts, S. 41 ff., S. 64 f.; vgl. BVerwG, DVBl 1983, S. 73 ff.; a.A. Heintzen, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 746; vgl. Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 100 ff.

<sup>688</sup> Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 100 ff.; vgl. auch Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1033

<sup>689</sup> Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1036; vgl. Ipsen, in: FS für Rauschning, S. 645 ff., S. 665

<sup>690</sup> Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 180

<sup>691</sup> Vgl. Becker-Birck, in: Henneke, VBIBW 2000, S. 337 ff., S. 343; Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 388 f.; vgl. Ehlers, in: Henneke, DVBl 1998, S. 685 ff., S. 695; vgl. ders., Gutachten E, S. 101; Löwer, NWVBl 2000, S. 241 ff., S. 244; vgl. Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; vgl. Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 179 f.; Otto, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, S. 77; Ipsen, in: FS für Rauschning, S. 645 ff., S. 666

<sup>692</sup> Vgl. Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 182; vgl. Ehlers, Gutachten E, S. 101

Wegen suchen, um ihrer Pflicht – im Falle einer pflichtigen Aufgabe - unter Mithilfe anderer Verwaltungsträger, gegebenenfalls durch die milderen Mittel der interkommunalen Kooperation oder des ergänzenden Eintritts des Landkreises, nachzukommen. Erst hiernach erscheint eine Durchsetzung der Interessen der expansionswilligen Gemeinde denkbar<sup>693</sup>.

Es kann sich jedoch auch eine Situation ergeben, in der die betroffene Gemeinde in dem von der expansionswilligen Gemeinde anvisierten Bereich bewusst keine Tätigkeit entfaltet, etwa weil man örtlichem Mittelstand und Handwerk keine Konkurrenz machen, sondern diese Bereiche fördern möchte. Hier würde die demokratisch legitimierte, die wirtschaftspolitische Ordnung in einem hohen Maße prägende Strukturentscheidung durch die Zulassung der Wirtschaftstätigkeit einer fremden Gemeinde auf eigenem Gebiet eine Konterkarierung dieser Entscheidung bewirken. Auch in dieser Situation würde sich damit, von der Kernbereichsnähe einmal ganz abgesehen<sup>694</sup>, die durch das Argument der demokratischen Legitimation starke Position der betroffenen Gemeinde durchsetzen<sup>695</sup>.

Konstellationen, in denen sich die betroffene Gemeinde bereits im anvisierten wirtschaftlichen Bereich betätigt, so dass es zu einer Konkurrenzsituation mit der expandierenden Gemeinde käme, müssen nach den eine überörtliche Betätigung zulassenden gesetzlichen Regelungen zu dem Ergebnis führen, dass die berechtigten Interessen i.S. der verfassungsrechtlich verbürgten Garantiebestände der von der Expansion betroffenen Gemeinde, hier in Form des Interesses an der eigenständigen Aufgabenerfüllung, einer überörtlichen Aktivität entgegenstehen<sup>696</sup>.

### c) Folgen dieser Bewertung für die Expansionsklauseln

Aufgrund dieser sich insgesamt doch sehr schwach darstellenden Position einer expansionswilligen Gemeinde dürfte es kaum gelingen, sich über die berechtigten Interessen einer hiervon betroffenen Gemeinde hinwegzusetzen. Die Spielräume, die durch solche Expansionsklauseln geschaffen werden sind folglich äußerst gering.

Dass aber die Schaffung von solch geringen Spielräumen gesetzgeberische Motivation war, darf bezweifelt werden, würden doch bei dieser Auslegung die Expansionsklauseln weitgehend leer laufen. Nach der Konzeption dieser Gemeindeordnungen erscheint es vielmehr plausibler, dass der bloße Wunsch einer Gemeinde von fremden Gemeindeunternehmen verschont zu bleiben – etwa weil eine eigene wirtschaftliche Betätigung nicht möglich ist oder trotz Möglichkeit unterbleibt, um die eigene private Wirtschaft zu schützen – noch kein berechtigtes Interesse darstellt<sup>697</sup>. Ein berechtigtes Interesse im Sinne der Expansionsklauseln wird vielmehr erst dann anzunehmen sein, wenn die betroffene Gemeinde im jeweiligen Bereich selbst wirtschaftlich tätig werden will oder sich dort bereits wirtschaftlich betätigt, sie mit der kommunalen Konkurrenz nicht einverstanden ist und durch sie nicht unerheblich beeinträchtigt wird<sup>698</sup>.

Gerade ein solch enges Verständnis der berechtigten Interessen verkürzt aber in unzulässiger Weise die Stellung der von der Expansion betroffenen Gemeinde. Es ist nicht einzusehen, der betroffenen Gemeinde lediglich im Fall der eigenen wirtschaft-

<sup>693</sup> Rennert, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 341; vgl. zu dieser Konstellation auch Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1037

<sup>694</sup> Vgl. bereits oben 4. Teil F.

<sup>695</sup> Rennert, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 340; vgl. Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1037 f.

<sup>696</sup> Vgl. Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1037; vgl. auch Pielow, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 373

<sup>697</sup> Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1037; Ehlers, Gutachten E, S. 98

<sup>698</sup> Ehlers, Gutachten E, S. 98

lichen Betätigung ein berechtigtes Interesse am Freibleiben von fremder Konkurrenz zuzugestehen und dies im Fall des bewussten Unterbleibens einer wirtschaftlichen Betätigung im betroffenen Bereich zu versagen, da im letzteren Fall in weitaus stärkerem Maße die demokratisch legitimierte Strukturentscheidung der betroffenen Gemeinde konterkariert bzw. unterlaufen wird. Ein enges, den Expansionsklauseln Spielraum verschaffendes Verständnis der berechtigten Interessen erscheint damit bedenklich.

Bedenken müssen daher auch besonders den Expansionsklauseln begegnen, die die berechtigten Interessen etwa im Bereich der Strom- und Gasversorgung beschränken, indem nur diejenigen Interessen als berechtigt gelten, die nach dem EnWG bzw. nach anderen bundesgesetzlichen Vorgaben eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen. Hier scheiden berechnete Interessen, die einer Expansion entgegengesetzt werden können i.d.R. aus, da das Bundesrecht nur in ganz seltenen Fällen eine Einschränkung des Wettbewerbs vorsieht oder ermöglicht<sup>699</sup>.

Damit erscheinen insbesondere diese Regelungen, in Anbetracht der starken Gewichtung des demokratischen Elements<sup>700</sup> und aufgrund der Tatsache, dass nicht erkennbar ist, welcher überwiegende Gemeinwohlbelang diese Beschränkung rechtfertigt<sup>701</sup>, unzulässig.

Neben diesen aufgezeigten Beschränkungen, die einer grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Betätigung entgegenstehen, bestehen noch weitere Bedenken gegenüber einer grenzüberschreitenden gemeindlichen Wirtschaft.

So schließt das System der überschneidungslosen territorialen Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche von Verwaltungsträgern notwendigerweise die Verhinderung einer konkurrierenden Betätigung zweier oder mehrerer Verwaltungsinstitutionen mit identischem Handlungsauftrag in einem Gebiet ein. Auch die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung, bei der man sich auch an dieser Stelle wieder zu vergegenwärtigen hat, dass es sich hierbei um Verwaltung handelt, vollzieht sich nicht im Wettbewerb mehrerer Verwaltungseinrichtungen untereinander, sondern grundsätzlich im geordneten Nebeneinander streng abgegrenzter Zuständigkeitsbereiche<sup>702</sup>. Verwaltungskonkurrenz zwischen universalzuständigen Gebietskörperschaften kennt die Rechtsordnung an sich nicht<sup>703</sup>. Deshalb ist es auch nicht erforderlich, Art. 28 Abs. II GG ein interkommunales Wettbewerbsverbot entnehmen zu können<sup>704</sup>. Dieses geordnete, grundsätzlich überschneidungslose Nebeneinander von Zuständigkeitsbereichen kommt im Verbot der Doppelverwaltung sowie im anstaltsrechtlichen Konkurrenzverbot zum Ausdruck. Hierdurch soll die konkurrierende Betätigung mehrerer Verwaltungsinstitutionen mit identischem Handlungsauftrag in demselben Gebiet verhindert werden.

Auch wenn hiergegen vereinzelt angeführt wird, dieses strenge Nebeneinander sei einseitig von anstaltsrechtlichem Denken geprägt und jedenfalls nicht zwingend aus dem Begriff der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft abzuleiten, ferner seien, wie sich bereits aus § 3 Abs. II S. 1 VwVfG ergebe, Mehrfachzuständigkeiten nicht generell ausgeschlossen<sup>705</sup>, gilt es doch gleichwohl solche verwirrenden Mehrfachzuständigkeiten unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit, der eine starre,

<sup>699</sup> Vgl. z.B. §§ 6 Abs. I S. 2, Abs. III, 13 Abs. I S. 2 EnWG

<sup>700</sup> Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 181

<sup>701</sup> Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; Lux, NWVBl 2000, S. 7 ff., S. 10

<sup>702</sup> Burmeister, in: FG für Unruh, S. 623 ff., S. 648; Enkler, ZG 1998, S. 328 ff., S. 338; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 136; Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1039; Ehlers, Gutachten E, S. 101

<sup>703</sup> Löwer, NWVBl 2000, S. 241 ff., S. 244; vgl. Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1039

<sup>704</sup> Vgl. Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 535

<sup>705</sup> Vgl. Schulz, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 451

für den Bürger vorhersehbare Kompetenzordnung erfordert, grundsätzlich zu vermeiden<sup>706</sup>.

Auch sollte die Gefahr des Unterlaufens der Gemeindefinanzverfassung gesehen werden, die die Gemeinde vor finanziellen Risiken schützen soll. So liegt in der örtlichen Begrenzung auch eine finanzielle Risikobegrenzung. Je weiter sich die Gemeinde vom Gemeindegebiet entfernt und je größer das gemeindliche Unternehmen damit wird, desto größer wird auch das wirtschaftliche Risiko. Schließlich kann eine grenzüberschreitende Gemeindefinanzwirtschaft im Extremfall zu einem interkommunalen, die eigenständige Aufgabenerfüllung insgesamt gefährdenden, ruinösen Wettbewerb führen<sup>707</sup>. Zweifellos kann jedoch, von diesem Extremfall abgesehen, ein gewisses Maß an "cross-border-competition" zwischen den Gemeinden im Einzelfall durchaus nicht schädlich sein<sup>708</sup>.

*Siekman* weist in diesem Zusammenhang auf einen begrenzenden ökonomischen Aspekt des Territorialitätsprinzips hin. So sei die schleichende Auflösung des Territorialitätsprinzips insbesondere am Prinzip der fiskalischen Äquivalenz („fiscal equivalence“) abzulesen. Hiernach sei das Angebot staatlicher Leistungen nur dann effizient zu bemessen, wenn es sich am Kreis der Nutznießer orientiere und diese zugleich seine finanziellen Lasten zu tragen hätten. Da bei räumlicher Disparität zwischen Nutznießern und Kostenträgern die Gefahr wohlfahrtsverzerrender Externalisierung von Finanzierungslasten bestehe, spreche dieses Prinzip für eine enge räumliche Begrenzung der jeweiligen wirtschaftlichen Betätigung im Sinne des traditionellen Territorialitätsprinzips. Die bei räumlicher Disparität grundsätzliche Möglichkeit eines effizienzsteigernden interkommunalen Wettbewerbs vermöge diese Nachteile regelmäßig nicht zu kompensieren<sup>709</sup>.

Hinzu kommt die Gefahr, dass vor allem bei einer wirtschaftlicher Betätigung im Ausland oder im ganzen Bundesgebiet die wirtschaftliche Betätigung dem Zugriff der Kommunalaufsicht entgleitet<sup>710</sup>. Auch stellt sich das Problem, ob die Aufsichtsbehörde lediglich die Interessen der grenzüberschreitenden Gemeinde zu wahren hat oder aber auch als Interessenwahrnehmerin der betroffenen Gemeinde agiert<sup>711</sup>.

Wenn man bei Gemeindeordnungen mit Expansionsklauseln durch den bereits angesprochen Umkehrschluss davon auszugehen hat, dass für den Fall des Nichtvorliegens von berechtigten Interessen eine Zustimmung der betroffenen Gemeinde nicht erforderlich ist bzw. eine grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigung auch gegen ihren Willen erfolgen kann, und man - um den Expansionsklauseln Spielraum zukommen zu lassen - von einem engen Verständnis der berechtigten Interessen ausgeht, erscheint es fraglich, ob diese Regelungen nicht auch zu einer Verletzung des Grundsatzes des gemeindefreundlichen Verhaltens führen. Hierbei handelt es sich um eine allgemeine, meist lediglich ergänzende, Rücksichtnahmepflicht anderer Hoheitsträger auf gemeindliche Belange.

Überwiegend wird davon ausgegangen, dass diese Pflicht auch zwischen den Gemeinden besteht. In diesem Bereich wird der Grundsatz des gemeindefreundlichen

<sup>706</sup> Vgl. *Ehlers*, Gutachten E, S. 101; *Becker*, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1035; vgl. *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 437

<sup>707</sup> *Becker*, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1039; *Löwer*, NWVBl 2000, S. 241 ff., S. 245; vgl. *Ehlers*, Gutachten E, S. 99

<sup>708</sup> Vgl. *Reichard*, Gemeinden als Marktteilnehmer, in: *Kommunen am Markt*, S. 61 ff., S. 72

<sup>709</sup> *Siekman*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 103 ff., S. 123 f.; vgl. *Döring/Wohltmann*, AfK 1999, S. 45 ff., S. 59 f.

<sup>710</sup> *Heintzen*, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 744

<sup>711</sup> Vgl. *Grawert*, Kommunale Wirtschaftsbetätigung im Wettbewerb, in: *Kommunen am Markt*, S. 9 ff., S. 23

Verhaltens auch als „Gemeindetreue“<sup>712</sup> oder als „interkommunales Rücksichtnahmegebot“<sup>713</sup> bezeichnet.

So unterliegen die Gemeinden bei der Wahrnehmung der Verwaltungskompetenz zur wirtschaftlichen Betätigung dem Grundsatz des landes- und bundesfreundlichen Verhaltens, so dass sie bei ihrer Kompetenzwahrnehmung in fremde Kompetenzbereiche zwar hinüberwirken, diese aber nicht aushöhlen dürfen<sup>714</sup>.

Da es auf interkommunaler Ebene gegen den Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens verstößt, die Pläne anderer Gemeinden zu „durchkreuzen“ und ihnen „das Wasser abzugraben“<sup>715</sup>, liegt der Gedanke nahe, davon auszugehen, dass sich auch ein wirtschaftliches Tätigwerden auf fremdem Territorium gegen den Willen der betroffenen Gemeinde nicht mit dem Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens verträgt<sup>716</sup>. Bislang war das Verhältnis der Gemeinden untereinander jedenfalls von weitgehender interkommunaler Kooperation und Rücksichtnahme gekennzeichnet und nicht von Wettbewerb und Expansion<sup>717</sup>.

Auch wenn man sich die generalklauselartige Unbestimmtheit dieses Grundsatzes vergegenwärtigt, sowie die Tatsache, dass auch dieser Grundsatz Regelungen, die die Gemeinde belasten, nicht ausschließt und sein Anwendungsbereich in Anbetracht der weitreichenden gesetzlichen Durchnormierung auf wenige Fälle der Lückenfüllung begrenzt ist<sup>718</sup>, kommt mit ihm doch gleichwohl eine Tendenz zum Ausdruck, die ein weites Verständnis der berechtigten Interessen nahe legt.

Aus europarechtlicher Sicht wird man Folgendes zu bedenken haben: Je mehr sich die gemeindlichen Unternehmen aus ihrer örtlichen Verwurzelung lösen und sich damit von ihren stets ins Feld geführten Pflichten zur Daseinsvorsorge entfernen, desto weniger sind die Gemeinden in der Lage, Ausnahmen von den Regeln des EG-Wettbewerbsrechts und sektorspezifische Bestimmungen zu beanspruchen<sup>719</sup>, denn wie wenn nicht aus dem öffentlichen Interesse einer örtlichen Gemeinschaft lässt sich die gemeindliche Wirtschaft im Verhältnis zur privaten Wirtschaft rechtfertigen. Schließlich fehlt der grenzüberschreitenden Wirtschaftstätigkeit bei der Auslegung der institutionellen Garantie des Art. 28 Abs. II GG die wichtige Tradition sowie die landesverfassungsrechtliche Verankerung<sup>720</sup>.

Gerade die lokale Begrenzung der Eigenständigkeit und die mit ihr einhergehende Bürgernähe ist gedanklich eine der Hauptursachen für die kommunale Aufgabewahrnehmung und typisches Merkmal der kommunalen Selbstverwaltung. Die Abschaffung dieser Begrenzung würde ein anderes Verständnis der kommunalen Selbstverwaltung erfordern<sup>721</sup>.

Zu Recht weist schließlich *Ehlers* darauf hin, dass durch die örtliche Begrenzung auch kein Konflikt mit dem Gesellschaftsrecht entsteht. Der die wirtschaftliche Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. I GG mit umsetzende, einfachgesetzliche Rahmen des Gesellschaftsrechts kann für die öffentlichen Unternehmen sehr wohl nur be-

<sup>712</sup> *Stern/Püttner*, Gemeindegewirtschaft, S. 184 f.; *Schauwecker*, in: HKWP V, S. 317 ff., S. 325

<sup>713</sup> BVerwGE 40, 323 (329 ff.); 84, 209 (214 ff.); *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 500 m.w.N.

<sup>714</sup> *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 598

<sup>715</sup> *Stern/Püttner*, Gemeindegewirtschaft, S. 184 f.; *Schauwecker*, in: HKWP V, S. 317 ff., S. 325

<sup>716</sup> *Hendler*, in: *Henneke*, DVBl 1998, S. 685 ff., S. 695; vgl. *Löwer*, NWVBl 2000, S. 241 ff., S. 244

<sup>717</sup> *Kunze/Bronner/Katz*, Gemeindeordnung BW, § 102 Rn. 36

<sup>718</sup> *Schmidt-Aßmann*, in: *ders.*, BesVerwR, I. Abschnitt Rn. 25

<sup>719</sup> *Kühling*, NJW 2001, S. 177 ff., S. 182

<sup>720</sup> *Heintzen*, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 744; vgl. *Kühling*, NJW 2001, S. 177 ff., S. 182

<sup>721</sup> *Krell*, in: Kommunale Selbstverwaltung am Ende dieses Jahrhunderts. Ist das politische Konzept noch tragfähig?, Diskussion, S. 77; *Held*, in: Kommunale Selbstverwaltung am Ende dieses Jahrhunderts. Ist das politische Konzept noch tragfähig?, Diskussion, S. 77 u. S. 78

grenzt eröffnet werden. So besteht zum einen die Möglichkeit, zwischen rechtlichem Können und Dürfen zu unterscheiden und zum anderen kann auch im Gesellschaftsstatut die räumliche Begrenzung des gemeindlichen Unternehmens festgelegt werden<sup>722</sup>.

Abgesehen von den Expansionsklauseln ist eine Betätigung außerhalb der Gemeindegrenzen selbstverständlich in den Formen interkommunaler Zusammenarbeit zulässig. Hierfür stehen neben den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen wie Zweckverband oder kommunale Arbeitsgemeinschaft eine Vielzahl privatrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung<sup>723</sup>. Der Gegenstand der Betätigung muss sich dabei aber für jede beteiligte Gemeinde als örtliche Aufgabe darstellen<sup>724</sup>.

#### d) Zwischenergebnis

Eine zusammenfassende Bewertung dieser unterschiedlichen Grenzen und Bedenken, die den Expansionsklauseln begegnen dürfte, bei der Annahme eines - der gesetzgeberischen Konzeption entsprechenden - engen Verständnisses der berechtigten Interessen, im Ergebnis die Verfassungswidrigkeit solcher Klauseln zur Folge haben, weil sie in einem unzulässigen Maße das kommunale Selbstverwaltungsrecht der von der Expansion betroffenen Gemeinde verletzen. Bei einem solch engen Verständnis würde sich regelmäßig in unzulässiger Weise die eigentlich schwache Position der expandierenden Gemeinde gegenüber der eigentlich stärkeren Position der betroffenen Gemeinde durchsetzen<sup>725</sup>.

Es besteht jedoch die Möglichkeit, diese Regelungen verfassungskonform zu reduzieren, indem man durch ein weites Verständnis der berechtigten Interessen dem von der Expansion betroffenen Selbstverwaltungsrecht angemessene Geltung verschafft. Dies hat freilich einen weitgehenden Verlust des wohl durch die Expansionsklauseln eigentlich intendierten Spielraums bzw. Anwendungsbereiches zur Folge.

Der Erweiterungsspielraum hinsichtlich des Örtlichkeitsprinzips erscheint damit zum einen durch die vertikale Begrenzung - der Kompetenzen höherer Verwaltungsträger - und zum anderen durch die horizontale Begrenzung - der gleichgeordneten betroffenen Nachbargemeinde - sowie nicht zu vergessen durch das Erfordernis der Radizierbarkeit doch sehr begrenzt.

<sup>722</sup> Ehlers, Gutachten E, S. 44; a.A. Schwintowski, NVwZ 2001, S. 60 7 ff., S. 610; vgl. hierzu auch Jarass, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 52 f. u. S. 69 f. m.w.N.

<sup>723</sup> Die in allen Bundesländern bestehenden Gesetze über die kommunale Gemeinschaftsarbeit bzw. Zusammenarbeit thematisieren jedoch nur öffentlich-rechtliche Formen der Zusammenarbeit und inkorporieren privatrechtliche Handlungsformen allenfalls durch sog. Unberührtheitsklauseln, vgl. etwa § 1 Abs. III NWGKG. Inwieweit daher in Bundesländern, die über keine Unberührtheitsklauseln verfügen, privatrechtliche Handlungsformen bei kompetenzverändernder oder kompetenzerweiternder Grenzüberschreitung zulässig sind ist umstritten. Vgl. hierzu Gern, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2598

<sup>724</sup> Vgl. zur interkommunalen Zusammenarbeit Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 145 ff.; Gern, Kommunalrecht BW, Rn. 394a; Heintzen, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 745; Enkler, ZG 1998, S. 328 ff., S. 349

<sup>725</sup> Ehlers, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 6; Lux, NWVBl 2000, S. 7 ff., S. 10; vgl. Löwer, NWVBl 2000, S. 241 ff., S. 244; Schneider, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1258; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 136; Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 388; vgl. Pielow, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 373; Meyer, LKV 2000, S. 321 ff., S. 323; Held, NWVBl 2000, S. 201 ff., S. 206; vgl. Badura, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 823; Ipsen, in: FS für Rauschnig, S. 645 ff., S. 664 f.; Heintzen, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 745; Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1039; vgl. Grawert, Kommunale Wirtschaftsbeschäftigung im Wettbewerb, in: Kommunen am Markt, S. 9 ff., S. 25; ders., Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 128; a.A. Braun, SächsVBl 1999, S. 25 ff., S. 31; für eine verfassungskonforme Reduzierung Gern, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2596; Tettinger, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 23 ff., S. 32

## 9. Die Schutzrichtung der Territorialität

Vereinzelt wird auch versucht, aus der örtlichen Radizierung einen Schutz privater Dritter herzuleiten. Dies wird damit begründet, dass die Örtlichkeit auch Ausdruck des öffentlichen Zwecks sei. Wenn die Gemeinde außerhalb des Gemeindegebietes agiere, erfülle sie keine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft mehr und damit keinen öffentlichen Zweck. Die überörtliche Ausdehnung könne neben einem Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der anderen Gemeinden auch ein Eingriff in die Grundrechte der im Gebiet der anderen Gemeinde tätigen Bürger sein, so dass auch dem Territorialitätsprinzip drittschützende Wirkung zukomme<sup>726</sup>.

Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen. Unabhängig davon, ob die örtliche Begrenzung bereits aus einfachem Recht oder aus der Verfassung entnommen wird, dient sie ausschließlich der rechtlichen Ordnung der Tätigkeiten der Gemeinden im öffentlichen Interesse und ist damit nicht drittschützend<sup>727</sup>.

Zwar haben die Mitglieder von Zwangskörperschaften wie beispielsweise Industrie- und Handelskammern nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich auch einen Unterlassungsanspruch aus Art. 2 Abs. I GG, wenn die Kammern die ihnen zugewiesenen Aufgaben überschreiten<sup>728</sup>. Im Unterschied zu diesen sonstigen Zwangskörperschaften berühren Zuständigkeitsüberschreitungen als solche jedoch nur die innerstaatliche Kompetenzverteilung und nicht die Freiheitssphäre des einzelnen Bürgers, da die Einzelnen bereits durch Verfassungsrecht den Gemeinden und Kreisen unterworfen sind, so dass die Rechtsprechung zu Zuständigkeitsüberschreitungen von sonstigen Zwangskörperschaften hier nicht übertragbar ist<sup>729</sup>. Dem Einzelnen kommt damit aus der örtlichen Radizierung kein subjektives öffentliches Recht zu.

## 10. Art. 28 Abs. II GG als Abwehrrecht der Gemeinde bei exterritorialer Betätigung?

Die martialischen Schlagworte wie „Kommunalkannibalismus“, „feindliche Übergriffe“ und „Verwilderung der Sitten“<sup>730</sup>, mit denen die grenzüberschreitende gemeindliche Wirtschaft vereinzelt umschrieben wird, legen es nahe, darüber nachzudenken, ob sich die von der Expansion betroffene Gemeinde gegen die übergreifende Gemeinde wehren kann. Vor allem stellt sich die Frage, ob aus Art. 28 Abs. II GG ein subjektives Abwehrrecht der betroffenen Gemeinde hergeleitet werden kann.

Wie bereits festgestellt ist die von der Grenzüberschreitung betroffene Gemeinde zumindest dann durch einen Eingriff in ihrem Selbstverwaltungsrecht verletzt, wenn die überörtliche wirtschaftliche Betätigung zu einem relevanten Ausfall der bürgerchaftlichen Teilhabe an der Ausgestaltung der eigenständigen Aufgabenerfüllung führt. Ein solcher Eingriff braucht grundsätzlich nicht hingenommen zu werden<sup>731</sup>. Dies gilt unabhängig davon, ob die betroffene Gemeinde die konkrete Tätigkeit be-

<sup>726</sup> So für die BayGO Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 100 f.

<sup>727</sup> Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 390; Dolde, ZHR 2002, S. 515 ff., S. 521

<sup>728</sup> Vgl. BVerwGE 107, 169 (175); BVerwG, GewArch 2001, S. 161 f.

<sup>729</sup> Ehlers, Gutachten E, S. 104 (Fn. 362); BVerwG, GewArch 2001, S. 161 f.

<sup>730</sup> Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 505

<sup>731</sup> Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1036; wohl auch Burmeister, in: HKWP V, S. 3 ff., S. 42; Ehlers, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 6; Enkler, ZG 1998, S. 328 ff., S. 340 u. S. 342; vgl. Gern, NJW 2002, S. 2593 ff., S. 2597; vgl. Heintzen, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 746; Held, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 266; vgl. Koehler, VR 2000, S. 44 ff., S. 48; Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 179 f.; Lux, NWVBl 2000, S. 7 ff., S. 10; Pielow, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 372 f.; Rennert, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 339; vgl. Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 136; Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 536; Dolde, ZHR 2002, S. 515, S. 516

reits selbst wahrnimmt oder unter Ausnutzung der ihr zustehenden Beurteilungsspielräume auf die konkrete Aufgabenwahrnehmung verzichtet bzw. sie nicht als öffentliche Aufgabe bewertet<sup>732</sup>.

Zur Frage, ob hier Art. 28 Abs. II GG der betroffenen Gemeinde ein subjektives öffentliches Recht gibt, liegt soweit ersichtlich noch keine Rechtsprechung vor. Jedoch erscheint ein verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz, in Anbetracht eines entschiedenen Parallelfalls, erfolgversprechend.

So ist eine auf Art. 28 Abs. II GG gestützte Gemeindenachbarklage wegen der Verletzung der gemeindlichen Planungshoheit durch eine Nachbargemeinde seit dem *Krabbenkamp*-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts<sup>733</sup> anerkannt und nach überwiegender Auffassung im Schrifttum auf die hier zu untersuchenden Beeinträchtigungen durch wirtschaftliche Betätigung übertragbar<sup>734</sup>.

Verpflichtungsadressat der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie sind in erster Linie die Bundesländer sowie der Bund selbst<sup>735</sup>. Aber auch die Träger der mittelbaren Staatsverwaltung, und damit auch die Gemeinden selbst, werden nach der Rechtsprechung<sup>736</sup> und der herrschenden Meinung durch die sog. interkommunale Geltung der Selbstverwaltungsgarantie an Art. 28 Abs. II GG gebunden<sup>737</sup>.

Im Bereich der Planungshoheit gilt deshalb bei grenzüberschreitender Planung die Verpflichtung, formelle Beteiligung und materielle Abstimmung von Zielvorstellungen zu gewähren, wie dies auch einfachgesetzlich z.B. in § 2 Abs. II BauGB zum Ausdruck kommt<sup>738</sup>. Hieraus wurde im Fall der Gemeindenachbarklage ein Anspruch auf Abstimmung abgeleitet, der auf Rücksichtnahme und Vermeidung unzumutbarer Auswirkungen auf die eigenverantwortliche Aufgabenerfüllung gerichtet ist<sup>739</sup>.

Zu Recht wird nun durch die überwiegende Mehrheit im Schrifttum die Übertragbarkeit der Entscheidung auf die hier zu untersuchenden Konstellationen angenommen, denn die Tatsache, dass im Fall der entschiedenen Gemeindenachbarklage die Verletzung der baulichen Planungshoheit streitgegenständlich war und nicht Auswirkungen wirtschaftlicher Betätigung ist unwesentlich, ist doch beides ist verfassungsrechtlich garantierte Aufgabenwahrnehmung i.S. des Art. 28 Abs. II GG. Darüber hinaus wäre es auch sinnwidrig, Art. 28 Abs. II GG einen Schutz gegenüber übergeordneten Verwaltungsträgern zu entnehmen, nicht dagegen aber auch einen Schutz gegenüber gleichgeordneten anderen Gemeinden<sup>740</sup>. Würde man annehmen, die Selbstverwaltungsgarantie würde im interkommunalen Verhältnis nicht gelten, so

<sup>732</sup> Vgl. *Enkler*, ZG 1998, S. 328 ff., S. 340

<sup>733</sup> BVerwGE 40, 323 (329 f.); vgl. weiter zur interkommunalen Klagebefugnis BVerwGE 84, 209 (214 f.)

<sup>734</sup> *Burmeister*, in: HKWP V, S. 3 ff., S. 42; *Oebbecke*, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 390; vgl. *Koehler*, VR 2000, S. 44 ff., S. 48 f.; *Heintzen*, NVwZ 2000, S. 743 ff., S. 746; *Kühling*, NJW 2001, S. 177 ff., S. 179; vgl. *Löwer*, NWVBl 2000, S. 241 ff., S. 244; *Otto*, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, S. 90; *Held*, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 266; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 136; *Schneider*, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1258; a.A. *Enkler*, ZG 1998, S. 328 ff., S. 342; *Moraing*, WiVerw 1998, 233 ff., S. 246 f.; *ders.*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 74; *Schulz*, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 452; *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 ff., S. 386; wohl auch *Köhler*, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 9

<sup>735</sup> Vgl. BVerfGE 56, 298 (322); v. *Mutius*, Kommunalrecht, Rn. 202 f.

<sup>736</sup> Vgl. BVerfGE 21, 54 (68); BVerwG, NVwZ 1984, S. 378 f.

<sup>737</sup> *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 28 Rn. 18; v. *Mutius*, Kommunalrecht, Rn. 206 m.w.N.

<sup>738</sup> v. *Mutius*, Kommunalrecht, Rn. 212 f.

<sup>739</sup> BVerwGE 84, 209 (215 f.)

<sup>740</sup> *Kühling*, NJW 2001, S. 177 ff., S. 179

könnte sie auf dieser Ebene weitgehend ihres eigentlichen Inhalts entleert werden<sup>741</sup>. In Anlehnung an die nicht recht passende Grundrechtsterminologie lässt sich der kommunalen Selbstverwaltung somit eine Art der Drittwirkung in dem Sinne zuschreiben, dass es eine objektive Wertordnung der kommunalen Selbstverwaltung gibt, an die auch die Selbstverwaltungskörperschaften untereinander gebunden sind<sup>742</sup>.

Nach der entgegengesetzten Auffassung, die eine Übertragbarkeit der *Krabbenkamp*-Entscheidung auf die wirtschaftliche Betätigung ablehnt, könne man die Gemeinden nicht auf ein bestimmtes Gebiet beschränken. Wenn der Gesetzgeber den Gemeinden das Tor zur Wirtschaft öffne, werde der Bereich der Verwaltung verlassen und der Bereich der Wirtschaft betreten, so dass auch bei weitem Eingriffsverständnis kein Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der Nachbargemeinde vorliege<sup>743</sup>. Insbesondere sei nicht einzusehen, warum die Gemeinden durch Art. 28 Abs. II GG geschützt sein sollen. Art. 28 Abs. II GG biete kein Schutz vor Konkurrenz. Dies sei unstreitig bei Konkurrenz von privaten Unternehmen. Es sei nicht einzusehen, warum etwas anderes gelten solle, wenn hinter dem konkurrierenden Unternehmen eine Nachbargemeinde stecke. Gemeinden müssten mit Konkurrenz rechnen, egal von wem<sup>744</sup>.

Diese Auffassung verkennt ein weiteres Mal, dass die öffentliche Verwaltung auch dann Verwaltung bleibt, wenn sie wirtschaftet<sup>745</sup>. Ihre Wirtschaftsbetätigung ist lediglich ein Modus der Verwaltung<sup>746</sup>. Mag auch der Gesetzgeber die gemeindliche Wirtschaft durch Kriterien wie Wertschöpfung, Marktteilnahme und Gewinnerorientierung mitunter wie die Privatwirtschaft charakterisieren, so löst er sie doch nicht aus dem Zuständigkeitszusammenhang, wie ihn Art. 28 Abs. II GG vorgibt, heraus.

## G. Das Prinzip des Steuerstaats

Das Prinzip des Steuerstaats wird im Grundgesetz zwar nicht explizit genannt, aber - von der Rechtsprechung<sup>747</sup> bestätigt - aus den Wirtschaftsgrundrechten und den Grundlinien der Finanzverfassung abgeleitet<sup>748</sup>.

Das Prinzip des Steuerstaats besagt, dass Steuern und Abgaben die *Haupt*einnahmequelle von Staat und Gemeinden bilden sollen. Daneben besteht aber noch Raum, um ergänzend weitere Einnahmemöglichkeiten zu erschließen, ohne dass hierdurch das Prinzip des Steuerstaats in seiner verfassungskräftigen Substanz gefährdet wird<sup>749</sup>. Dies wird auch aus dem bereits oben erwähnten Art. 110 Abs. I GG deutlich, der die Darstellung der durch die Bundesbetriebe erwirtschafteten Erträge im Haushaltsplan zum Regelungsgegenstand hat. Aufschlussreich ist insoweit auch die Tatsache, dass

<sup>741</sup> Schink, in: Schmidt-Jortzig/Schink, Subsidiaritätsprinzip und Kommunalordnung, S. 25 ff., S. 55; Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 179

<sup>742</sup> Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rn. 523; a.A. Pappermann, DVBl 1976, S. 766 ff., S. 767 m.w.N.

<sup>743</sup> Wieland, in: Henneke, DVBl 1998, S. 685 ff., S. 690; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 212 f.; Hellermann/Wieland, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 117 ff., S. 129

<sup>744</sup> Britz, NVwZ 2001, S. 380 ff., S. 386

<sup>745</sup> Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 504; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 135; Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 56; Grawert, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 129; VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 992

<sup>746</sup> Grawert, Kommunale Wirtschaftsbetätigung im Wettbewerb, in: Kommunen am Markt, S. 9 ff., S. 12

<sup>747</sup> Vgl. BVerfGE 78, 249 (266 f.); 82, 159 (178); 93, 121 (134); 93, 319 (342 f.)

<sup>748</sup> Kluth, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 23 ff., S. 27; BVerfGE 78, 249 (266 f.); BVerfGE 82, 159 (178); BVerfGE 93, 121 (134)

<sup>749</sup> Selmer, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 75 ff., S. 89; Jarass, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 11 f.

sonstige, nichtsteuerliche Abgaben, wie Gebühren und Beiträge, nicht in allgemeiner Form im Grundgesetz geregelt sind und soweit ersichtlich gleichwohl niemand die These vertritt, dass Gebühren und Beiträge unzulässige Formen der Einnahmeerzielung seien<sup>750</sup>.

Auch hinsichtlich der Gemeinden ist der Verfassungsgeber bei der Schaffung der Finanzverfassung davon ausgegangen, dass sich die Gemeinden vor allem aus Einnahmen durch Abgaben und nicht durch Selbstbewirtschaftung von Eigentum oder durch Gewerbebetriebe finanzieren<sup>751</sup>.

Dementsprechend wies auf gemeindlicher Ebene auch bereits § 85 Abs. II DGO<sup>752</sup> darauf hin, dass das Steuerstaatsprinzip andere Einnahmequellen neben den Abgaben nicht ausschloss, indem dort den Gemeinden das Steuererhebungsrecht nur insoweit zugestanden wurde, als die sonstigen Einkünfte oder Entgelte – wozu auch die privatwirtschaftlichen Einnahmen zählten<sup>753</sup> – nicht ausreichten. Auch die Subsidiaritätsklauseln haben unter anderem die Funktion, auf unterster Ebene die Linie der Steuerstaatskonzeption rechtsverbindlich zu ziehen<sup>754</sup>.

Das Steuerstaatsprinzip bzw. die detaillierte grundgesetzliche Finanzverfassung<sup>755</sup>, die davon ausgeht, dass der Staat sich primär über Steuern finanziert<sup>756</sup>, würde Sinn und Funktion verlieren, könnten daneben beliebig andere Abgaben erhoben werden<sup>757</sup>. Wenn nun die Erhebung sonstiger Abgaben von Verfassungs wegen limitiert ist, muss diese Begrenzung unterschiedslos auch für erwerbswirtschaftliche Einkünfte gelten<sup>758</sup>. Wie gesehen werden hierdurch andere Einkünfte neben der Steuererhebung zwar nicht kategorisch ausgeschlossen, sie werden aber in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig, wofür der Zweck der Gewinnerzielung allerdings nicht ausreicht. In einem Steuerstaat kann es kaum eine verfassungsrechtliche Legitimation für eine rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand geben, da die stets gleichmäßige Steuererhebung immer angemessener als die unternehmerische Gewinnerzielung durch den Staat ist<sup>759</sup>. Wenn in konjunkturell schwierigen Zeiten die Steuereinnahmen nicht ausreichen, um die Erfüllung der vom Parlament beschlossenen Aufgaben zu gewährleisten, ist grundsätzlich über eine Reduzierung der Aufgaben nachzudenken, nicht jedoch über eine Einnahmeerhöhung durch erwerbswirtschaftliche Tätigkeit in Konkurrenz zu den Steuerzahlern<sup>760</sup>. Eine bloße Gewinnmitnahme ist dagegen zulässig, solange dadurch der legitimierende öffentliche Zweck nicht beeinträchtigt wird<sup>761</sup>.

Das Abgabenprivileg, das nur deshalb gerechtfertigt ist, weil der Staat grundsätzlich nicht in derselben Weise wie die privaten Wirtschaftssubjekte am Wirtschaftsleben

<sup>750</sup> Jarass, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 12

<sup>751</sup> Vgl. BVerfGE 78, 249 (266 f.); 93, 319 (342); vgl. BVerwGE 82, 159 (178)

<sup>752</sup> Vgl. zu den heute üblichen Regelungen etwa § 78 Abs. II S. 1 BWGO

<sup>753</sup> Otting, Steuerungsmodell, S. 153; Schmidt-Jortzig/Makswit, Handbuch des kommunalen Finanz- und Haushaltsrechts, Rn. 227

<sup>754</sup> Vgl. Kluth, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 23 ff., S. 33

<sup>755</sup> Die Art. 104a-109 GG enthalten die sog. bundesstaatliche Finanzverfassung des Grundgesetzes; vgl. Jarass/Pieroth, GG, Art. 104a Rn. 1

<sup>756</sup> Vgl. BVerfGE 91, 186 (201); 93, 121 (134)

<sup>757</sup> Ehlers, Jura 1999, S. 212 ff., S. 214; Sodan, DÖV 2000, S. 361 ff., S. 370; vgl. BVerfGE 93, 319 (342); 78, 249 (266 f.); 82, 159 (178)

<sup>758</sup> Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 499

<sup>759</sup> Vgl. v. Arnim, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 73; a.A. wohl Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 490; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 198; vgl. Schneider, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1255; Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 126 f.

<sup>760</sup> Hösch, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 397; ders., Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 63

<sup>761</sup> Vgl. BVerfGE 78, 249 (266 f.); 82, 159 (178); 93, 121 (134); 93, 319 (342 f.)

teilnehmen kann und darf, soll Staat und Gemeinden von der Teilnahme am privaten gewerblichen Wettbewerb freistellen und stattdessen die Einnahmenbeschaffung durch Teilnahme am Ertrag privatwirtschaftlicher Tätigkeit im Wege der Steuererhebung sichern. Diese Systementscheidung hat der Gesetzgeber zu respektieren und er darf somit den Gemeinden durch fragwürdige Formulierungen keinen Freibrief für beliebiges wirtschaftliches Auftreten am Markt ausstellen<sup>762</sup>. Durch die Restriktionen des gemeindlichen Wirtschaftsrechts hat der Gesetzgeber diese Vorgaben grundsätzlich beachtet. Einer ergänzenden wirtschaftlichen Betätigung steht die Systementscheidung jedoch nicht entgegen.

Abgesehen von den finanziellen Nöten, die den Gemeinden mittlerweile im Nacken sitzen und Entscheidungsspielräume drastisch verkürzen, sollten es sich vernünftige Gemeinden aber gleichwohl genau überlegen, inwieweit sie in funktionsfähige private Wirtschaftsstrukturen einbrechen. Gegebenenfalls sollten sie sich eher zurücknehmen und einen Ausgleich anstreben, falls eine eigenwirtschaftliche Betätigung erkennbar zu einer Bedrohung der örtlichen Privatwirtschaft führen würde<sup>763</sup>. Da regelmäßig kleinere Betriebe und die mittelständische Wirtschaft, insbesondere bei kleinen und mittleren Gemeinden, in nicht zu unterschätzendem Maße zum gemeindlichen Leben beitragen, wird den Gemeinden aber auch meist ohnehin bewusst sein, dass sie hier zu einem guten Teil an ihrem eigenen Steuerast sägen, auf dem sie selbst sitzen. So führen die regelmäßig mit der staatlichen Wirtschaftstätigkeit einhergehenden Erschwerungen zu Lasten der privaten Anbieter dazu, dass die Gemeinden durch eine ausufernde Betätigung zugleich an den Wurzeln ihrer eigenen ökonomischen Existenz nagen.

Selbst wenn man in manchen Auswüchsen gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit sogar einen Verstoß gegen die Steuerstaatskonzeption sehen sollte, hat diese gleichwohl keine normative Verbindlichkeit. Die Steuerstaatskonzeption folgt vielmehr aus einer Gesamtschau der thematisch einschlägigen Regelungsbereiche und ist damit ein einschränkbarer Grundsatz<sup>764</sup>. Das Prinzip des Steuerstaats vermag daher lediglich die bisher gewonnenen Ergebnisse, insbesondere das Verbot einer reinen Erwerbswirtschaft, zu bestätigen.

## H. Das Prinzip des Sozialstaats

Das Sozialstaatsprinzip ist im Grundgesetz in Art. 20 Abs. 1 GG und in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG verortet und auf die Herstellung von sozialer Sicherheit und von sozialer Gerechtigkeit gerichtet. Aufgrund seiner geringen Normdichte im Grundgesetz ist es der konkreten Ausgestaltung in hohem Maße fähig und bedürftig.

Auch aus dem konkretisierungsbedürftigen Sozialstaatsprinzip lässt sich daher keine genaue verfassungsrechtliche Grenze für die wettbewerbsrelevante Staatstätigkeit entnehmen. Diese bleibt der Ausgestaltung des einfachen Gesetzgebers vorbehalten. Jedoch folgt aus dem Sozialstaatsprinzip ein Gebot der gesamtwirtschaftlichen Beeinflussung auch durch wettbewerbsrelevante Staatstätigkeit als Mittel zur Erfüllung des sozialstaatlichen Zwecks bzw. ein Verbot, den Wirtschaftsablauf sich völlig selbst zu überlassen<sup>765</sup>. Auch lässt sich aus dem Sozialstaatsprinzip keine Vorrangigkeit des privaten Handelns vor staatlichem Handeln ableiten. Die Sozialstaatsklausel bezieht sich, wie die Verfassungsgebote der Demokratie und des Rechtsstaats,

---

<sup>762</sup> *Stober*, in: *Stober/ Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 2

<sup>763</sup> *Pagenkopf*, *GewArch* 2000, S. 177 ff., S. 185

<sup>764</sup> *Kluth*, in: *Stober/ Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 23 ff., S. 27 (Fn. 18), S. 29 (Fn. 28); vgl. *Schneider*, *DVBf* 2000, S. 1250 ff., S. 1255

<sup>765</sup> *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 132 f.

grundsätzlich nicht auf das Ob des staatlichen Handelns, sondern nur auf das Wie des staatlichen Handelns. Schon deshalb können dem Sozialstaatsprinzip keine Aussagen zu der Frage entnommen werden, ob die öffentliche Hand im Vergleich zu Privaten tätig werden darf<sup>766</sup>.

Das Grundgesetz beinhaltet weder ein Privatisierungsgebot noch ein Privatisierungsverbot, sondern überlässt die Entscheidung grundsätzlich dem Gesetzgeber oder der Regierung<sup>767</sup>. Ein weitgreifendes Privatisierungsverbot lässt sich auch nicht aus dem Sozialstaatsprinzip ableiten, da Sozialpolitik auch ohne öffentliche Unternehmen zu verwirklichen ist. Nur wo sich im Bereich der Daseinsvorsorge oder auch sonst ein bestimmter Mindeststandard ohne staatliche Betätigung nicht erreichen lässt, kann sich im Einzelfall eine Pflicht der öffentlichen Hand zur Betätigung und damit ein Privatisierungsverbot ergeben<sup>768</sup>.

Auch das Sozialstaatsprinzip vermag damit keine genaueren Grenzen für die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit zu liefern. Es kann jedoch im Einzelfall mit der Legitimation von wirtschaftslenkenden gesetzgeberischen Eingriffsakten dienen. So sieht beispielsweise auch die Rechtsprechung die Einführung eines Anschluss- und Benutzungszwangs als eine Konkretisierung der dem Eigentum anhaftenden Sozial- und Umweltpflichtigkeit an<sup>769</sup>.

---

<sup>766</sup> v. Arnim, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 77

<sup>767</sup> Vgl. Püttner, LKV 1994, S. 193 ff., S. 194

<sup>768</sup> Vgl. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 178 ff.; ders., LKV 1994, S. 193 ff., S. 194; vgl. auch Ronellenfitsch, in: Blümel, Forsthoff Kolloquium, S. 77; vgl. auch Broß, JZ 2003, S. 874 ff., S. 874 f.; a.A. Berg, GewArch 1990, S. 225 ff., S. 230

<sup>769</sup> BVerwG, NVwZ-RR 1990, S. 96; BGHZ 40, 355 (361)

## 5. Teil

### Gemeinderechtliche Begrenzungen

#### A. Die Ausgangsregelung des § 67 DGO

Die Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in den Bundesländern beruhen und beruhen auch heute noch weitgehend<sup>770</sup> auf den grundsätzlichen Regelungen der Deutschen Gemeindeordnung von 1935<sup>771</sup>. Diese Regelungen statuierten erstmals einheitlich in Deutschland inhaltliche Vorgaben für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und sind vor dem Hintergrund der Ausdehnung der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit in den 20er Jahren zu sehen, der hierdurch Einhalt geboten werden sollte<sup>772</sup>.

In den letzten Jahren sind jedoch zunehmend Tendenzen feststellbar, die, bedingt durch das ständige Auf und Ab der gemeindlichen Wirtschaft<sup>773</sup> und den damit einhergehenden Änderungen der gemeinderechtlichen Vorschriften, zunehmend zu einer Rechtszersplitterung<sup>774</sup> auf diesem Gebiet geführt haben. Die sich im Grundsatz immer noch stark ähnelnden gemeinderechtlichen Vorschriften haben sich hierdurch immer mehr auseinander bewegt.

Im Anschluss an die durch § 67 Abs. I DGO klassisch gewordene Schrankentrias sind auch heute noch grundsätzlich drei Voraussetzungen bei der wirtschaftlichen Betätigung einzuhalten, wenn die fiktiven und privilegierenden Negativkataloge in den gemeinderechtlichen Vorschriften nicht greifen.

<sup>770</sup> Vgl. *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 818; *Cronauge*, AfK 1999, S. 24 ff., S. 29; *Grawert*, Kommunale Wirtschaftsbetätigung im Wettbewerb, in: *Kommunen am Markt*, S. 9 ff., S. 14

<sup>771</sup> RGBl. I 1935, 49 (58). Die Voraussetzungen der Schrankentrias gehen zurück auf § 87 des Preußischen Gemeindefinanzgesetzes vom 15.12.1933 (PrGS, S. 441 f.)

<sup>772</sup> Vgl. *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 130; vgl. *Ambrosius*, in: *Harms/ Reichard*, Die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors: Instrumente und Trends, S. 40; umstritten ist, inwieweit die Vorschriften der DGO nationalsozialistisches Gedankengut beinhalten, vgl. *Berg*, WiVerw 2000, S. 141 ff., S. 141 (Fn.1), der wohl lediglich das nicht parlamentarisch-demokratische Zustandekommen für problematisch hält; *Burmeister*, in: *FG für Unruh*, S. 623 ff., S. 624, spricht von „ideologiefreien“ Bestimmungen; zur „finsternen“ Entstehungsgeschichte der Vorschriften dagegen *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 179 ff.; vgl. auch *Otting*, Steuerungsmodell, S. 125, der im Hinblick auf die wirtschaftliche Konzeption des NS-Staates und der diesbezüglichen Entsprechung der §§ 67 ff. DGO Zurückhaltung beim Gebrauch dieser Normen als Auslegungshilfe anmahnt; ohne Bedenken dagegen wohl die Rechtsprechung, die bei der Auslegung von Art. 28 Abs. II GG ohne Ausnahme insbesondere dem historischen Indiz Bedeutung zumisst, vgl. BVerfGE 1, 167 (178); 7, 358 (364); 8, 332 (359); 17, 172 (182); 76, 107 (118); 79, 127 (146 f.); nationalsozialistisches Gedankengut ebenso verneinend *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 346 (Fn. 111); *Knemeyer/ Kempen*, in: *Achterberg/ Püttner/ Würtenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 11; vgl. *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 95; *Meyer*, Kommunalrecht, Rn. 29; vgl. *Wieland/ Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 23; vgl. *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 75 f. u. S. 80

<sup>773</sup> Wirtschaftlich bessere Zeiten sind regelmäßig mit einem Abbau der gemeindlichen Wirtschaft verbunden, wirtschaftlich schlechtere Zeiten haben dagegen regelmäßig einen Ausbau der gemeindlichen Wirtschaft zur Folge.

<sup>774</sup> *Tettinger*, Besonderes Verwaltungsrecht/1, Rn. 197; vgl. *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 132; *Ehlers*, NWVB 2000, S. 1 ff., S. 1; *ders.* Gutachten E, S. 152

§ 67 DGO lautete:

„(1) Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen nur errichten oder wesentlich erweitern, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht,
3. der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

(2) Wirtschaftliche Unternehmen im Sinne dieses Abschnitts sind nicht

1. Unternehmen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,
2. Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der körperlichen Ertüchtigung, der Kranken-, Gesundheits- und Wohlfahrtspflege.

Auch diese Unternehmen und Einrichtungen sind nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten.

(3) Bankunternehmen darf die Gemeinde nicht errichten.

(4) Für das öffentliche Sparkassenwesen bleibt es bei den besonderen Vorschriften.<sup>775</sup>

## B. Die Zielsetzungen des § 67 DGO

Insbesondere die Nachfolgevorschriften zu § 67 DGO sind ein Beispiel für die Multifunktionalität von gesetzlichen Regelungen. Insgesamt werden heute regelmäßig vier Funktionen oder Zielsetzungen unterschieden<sup>776</sup>:

Die *kommunalpolitische Funktion* bezweckt die Konzentration der Gemeinden auf die Erfüllung ihrer eigenen Aufgaben als Träger öffentlicher Verwaltung. Durch die *finanz- oder haushaltspolitische Funktion* sollen die Gemeinden vor den mit der Unternehmertätigkeit verbundenen wirtschaftlichen Risiken, insbesondere vor finanziellen Verlusten, bewahrt werden. Mit der *wirtschaftspolitischen Funktion* wollte der Gesetzgeber eine ungehemmte wirtschaftliche Betätigung zu Lasten der Privatwirtschaft verhindern, indem er die wirtschaftliche Betätigung auf eine primär ergänzende Rolle beschränken wollte, um keine Verdrängungskonkurrenz gegenüber der Privatwirtschaft entstehen zu lassen. Schließlich sollte den gewählten Gemeindevertretern eine Flucht ins Privatrecht und die damit einhergehende Aushöhlung der demokratischen und rechtsstaatlichen Verantwortung und Kontrolle erschwert werden. Dies stellt die sog. *rechtspolitische Funktion* der Regelungen dar.

## C. Die einzelnen Voraussetzungen der Schrankentrias

Diese multifunktionalen, auf § 67 DGO zurückgehenden, länderspezifisch unterschiedlich ausgestalteten Vorschriften stellen quasi die Grundnorm und wie bereits gesehen auch die Ermächtigungsgrundlage für die wirtschaftliche Betätigung dar. Sie sollen nun im Einzelnen genauer untersucht werden.

<sup>775</sup> RGBI. I 1935, 49 (58)

<sup>776</sup> Vgl. hierzu insgesamt die Darstellung bei *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 722

## I. Der öffentliche Zweck

Gemeinden dürfen wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder (wesentlich) erweitern, wenn dies durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist. Die durch den öffentlichen Zweck zum Ausdruck kommende Gemeinwohlbindung<sup>777</sup> stellt klar, dass eine wirtschaftliche Betätigung nur im Zusammenhang mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zulässig ist. Letztlich geht es auch hier um die Frage, was Staatsaufgaben sind bzw. um einem Ausschnitt dieser Frage.

Wie die Staatsaufgabendiskussion gezeigt hat, ist die Vorstellung, man könne die öffentlichen Aufgaben abstrakt definieren, wenig realistisch. Neben einem engen Kernbestand geborener staatlicher Aufgaben wird die Unterscheidung von öffentlichen und nichtöffentlichen Aufgaben in einem demokratischen Gemeinwesen vom Parlament und im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben von der Regierung vorgenommen<sup>778</sup>.

Die gemeindlichen Unternehmen haben sich dabei an der in Art. 28 Abs. II GG umschriebenen Aufgabenstellung der Gemeinden zu orientieren. Auch aus dieser Orientierung des öffentlichen Zwecks an den Aufgaben der Gemeinde resultiert die Schwierigkeit, den Begriff des öffentlichen Zwecks positiv zu definieren. Die Bandbreite und die Wandelbarkeit der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft bedingen eine Vielzahl von möglichen, kaum positiv zu definierenden, unterschiedlichen legitimen Zwecksetzungen. Damit fällt es den Gemeinden, insbesondere in wirtschaftlich schlechteren Zeiten, nicht schwer, den Bereich der öffentlichen Zwecksetzung weit über die traditionellen Bereiche der Daseinsvorsorge hinaus auszudehnen<sup>779</sup>, denn der Nachweis, dass öffentliche Unternehmen keine öffentlichen Aufgaben erfüllen, ist kaum jemals zu führen, so dass sich so gut wie immer eine Rechtfertigung für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand finden lässt<sup>780</sup>.

Insbesondere die oftmals anzutreffende Verwechslung des öffentlichen Zwecks mit dessen Gegenstand, indem beispielsweise die Versorgung der Bevölkerung mit Strom, Gas oder Wasser bereits als öffentlicher Zweck ausgegeben wird, begünstigt dies zusätzlich und wird dem Sinn der gemeinderechtlichen Vorschriften nicht gerecht, da es hiernach lediglich darum geht, ob ein öffentlicher Zweck, ein öffentliches Interesse die Wahrnehmung dieser Aufgabe gerade durch die Gemeinde rechtfertigt.

Die Bandbreite der möglichen öffentlichen Zwecksetzungen wird durch die Diskussion um die Zulässigkeit eines öffentlichen Zwecks der Arbeitslosigkeitsbekämpfung durch Arbeitsplatzbeschaffung in gemeindlichen und anderen öffentlichen Unternehmen erkennbar<sup>781</sup>. An diesem Beispiel wird deutlich, wie leicht es ist, einen öf-

<sup>777</sup> Vgl. Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 498

<sup>778</sup> Vgl. Oebbecke, Kommunale Selbstverwaltung am Ende dieses Jahrhunderts. Ist das politische Konzept noch tragfähig?, S. 39 ff., S. 61; Püttner, Verwaltungslehre, S. 36; vgl. Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 490; Hellermann, Daseinsvorsorge, S. 166 f.; Britz, NVwZ 2001, S. 380 ff., S. 382; vgl. Ronellenfisch, DÖV 1999, S. 705 ff., S. 708; Berg, WiVerw 2000, S. 141 ff., S. 142

<sup>779</sup> Schmidt-Aßmann, in: ders., BesVerwR, 1. Abschnitt Rn. 120; Moraing, in: Zur Reform des Gemeindefinanzrechts, S. 41 ff., S. 55

<sup>780</sup> Ronellenfisch, DÖV 1999, S. 705 ff., S. 707; vgl. Schliesky, DVBl 1999, S. 78 ff., S. 81; Jarass, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 490

<sup>781</sup> Für die Zulässigkeit einer solchen Zwecksetzung Berg, GewArch 1990, S. 225 ff., S. 228; Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 499; Enkler, ZG 1998, S. 328 ff., S. 334; Köhler, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 6; Müller, JZ 1998, S. 578 ff., S. 579; Nagel, Gemeindeordnung als Hürde?, S. 66; Hill, BB 1997, S. 425 ff., S. 429; Schmidt-Aßmann, in: ders., BesVerwR, 1. Abschnitt Rn. 120; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 132; Waechter, Kommunalrecht, Rn. 604; Pagenkopf, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 185;

fentlichen Zweck zu finden und wie schwer es fällt, die hier sicherlich vorliegende öffentliche Aufgabe mit einem zweifellos sehr hohen Gemeinwohlinteresse in Abrede zu stellen. So wird gegen diese Art der Zwecksetzung kaum etwas einzuwenden sein, wenn beim Ausscheiden eines privaten Wirtschaftsunternehmens, selbiges durch die Gemeinde übernommen wird, um Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt zu verhindern oder zu dämpfen. Von dieser Fallkonstellation abgesehen wird man jedoch zu fordern haben, dass sich zum einen auch tatsächlich in der konkreten Gemeinde qualifizierte Arbeitssuchende finden lassen und zum anderen, dass man die Zahl der geschaffenen Arbeitsplätze in Relation zu der Tatsache zu setzt, dass bei einer generalisierenden Betrachtung der Privatwirtschaft diese Arbeitsplätze regelmäßig verloren gehen.

Dieser Bandbreite und der Wandelbarkeit der legitimen Zwecksetzungen Rechnung tragend, hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass die Beantwortung der Frage, worin die Gemeinde eine Förderung des öffentlichen Wohls erblicke, hauptsächlich den Entscheidungen ihrer maßgeblichen Organe überlassen sei und von örtliche Verhältnissen, finanziellen Möglichkeiten, Bedürfnissen der Einwohner und anderen Faktoren abhängen. Die Beurteilung des öffentlichen Zwecks eines gemeindlichen Unternehmens sei der Beurteilung durch den Richter weitgehend entzogen, handle es sich doch im Grunde um eine Frage sachgerechter Kommunalpolitik<sup>782</sup>. Der Begriff des öffentlichen Zwecks wird daher übereinstimmend als unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum qualifiziert<sup>783</sup>. Der Gemeinde steht damit eine Einschätzungsprärogative<sup>784</sup> zu, sie steht aber unter einem konkreten, den Zweck präzisierenden Begründungszwang<sup>785</sup>.

## 1. Präzisierungen des öffentlichen Zwecks

Die rechtliche Qualifizierung des Beurteilungsspielraums als Einschätzungsprärogative, die die Zwecksetzung als eine dem Richter weitgehend entzogene, von Zweckmäßigkeitserwägungen geleitete Frage sachgerechter Kommunalpolitik determiniert, stößt zunehmend auf Kritik<sup>786</sup>, da hierdurch der ersten Voraussetzung der Schrankentrias kaum eine die gemeindliche Wirtschaft begrenzende Funktion zukomme. So sei die öffentliche Zwecksetzung „gummihaft und nebulös“<sup>787</sup> und ohne genauere Präzisierung kaum „mehr als eine Floskel oder nicht greifbare Chimäre“<sup>788</sup>. Begren-

---

*Stern/Püttner*, Gemeindegewirtschaft, S. 175; *Moraing*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 55; gegen die Zulässigkeit einer solchen Zwecksetzung *Krölls*, *GewArch* 1992, S. 281 ff., S. 288; *Heintzen*, Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung, S. 15 ff. u. S. 79 ff.; *Zacharias*, *VR* 2000, S. 271 ff., S. 275; *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 334

<sup>782</sup> BVerwGE 39, 329 (334)

<sup>783</sup> BVerwGE 39, 329 (334); *Badura*, *DÖV* 1998, S. 818 ff., S. 821, der darauf hinweist, dass die Auslegung des Gesetzes eine voll gerichtlich überprüfbare Rechtsfrage bleibt; *Schink*, *NVwZ* 2002, S. 129 ff., S. 132; *Hidien*, *DÖV* 1983, S. 1002 ff., S. 1002 f.

<sup>784</sup> *Hidien*, *DÖV* 1983, S. 1002 ff., S. 1006; *Stober*, *Kommunalrecht*, S. 339; *Knemeyer/Kempfen*, in: *Achterberg/Püttner/Württenberger*, *BesVerwR* II, § 17 Rn. 45 f.; *Enkler*, *ZG* 1998, S. 328 ff., S. 333; *Schmidt-Aßmann*, in: *ders.*, *BesVerwR*, 1. Abschnitt Rn. 121; *Scholz*, *DÖV* 1976, S. 441 ff., S. 442; a.A. *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 95

<sup>785</sup> *Püttner*, *Kommunalrecht Baden-Württemberg*, Rn. 302; vgl. *Weiblen*, *BWGZ* 2000, S. 177 ff., S. 179 f.; *Pielow*, *NWVB* 1999, S. 369 ff., S. 377; vgl. *Seeberg*, *LKV* 1995, S. 353 ff., S. 354; *Stober*, *Kommunalrecht*, S. 339 m.w.N.

<sup>786</sup> *Hösch*, *DÖV* 2000, S. 393 ff., S. 400; *ders.*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 95

<sup>787</sup> *Reichard*, *Gemeinden als Marktteilnehmer*, in: *Kommunen am Markt*, S. 61 ff., S. 70

<sup>788</sup> *Ehlers*, *DVB* 1998, S. 497 ff., S. 500

zende Definitionsversuche sind folglich zahlreich, aber kaum erfolgreich. Meist erschöpfen sie sich in einem Austausch von einem unbestimmten Begriff durch einen anderen<sup>789</sup>.

Bestrebungen, den öffentlichen Zweck durch Positivkataloge zu präzisieren<sup>790</sup> dürften – auch in Anbetracht der Erfahrungen mit den meist wenig präzisen und aussagekräftigen Umschreibungen nichtwirtschaftlicher Unternehmen – kaum erfolgversprechend sein, da es kaum möglich ist, die Vielfalt aller legitimen denkbaren Zwecksetzungen positiv und rechtlich verbindlich darzustellen<sup>791</sup>. Zudem dürfte einer verbindlichen Katalogisierung die dynamische Natur der kommunalen Selbstverwaltung entgegenstehen, deren in die Zukunft hinein offener und zeitlichen Veränderungen unterliegender Aufgabenkreis sich wohl allenfalls mit einer beispielhaften Aufzählung und nicht mit einer rechtlich verbindlichen Festschreibung vertragen würde<sup>792</sup>.

Immerhin besteht in einigen Bundesländern mittlerweile eine Präzisierung durch die Einführung eines Berichtswesens, das Verwaltung und Öffentlichkeit über Zwecksetzung, Zweckeinhaltung und Zweckerreichung informieren soll<sup>793</sup>. Des Weiteren besteht auch die Verpflichtung, durch Gesellschaftsvertrag oder Satzung den öffentlichen Zweck festzulegen und seine Erfüllung sicherzustellen<sup>794</sup>.

Eine weitere Eingrenzung erfährt der Begriff des öffentlichen Zwecks durch den Verwaltungsauftrag der Gemeinde, das Wohl der Einwohner durch die Wahrnehmung und Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu fördern, was auch in den Regelungen über die gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen zum Ausdruck kommt. Dies bedeutet für den Unterfall der gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen, dass sie sich primär darum zu bemühen haben, den Einwohnern die erforderlichen sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Leistungen bereitzustellen, weil sich grundsätzlich nur insoweit ein gemeindliches Unternehmen rechtfertigt. Folglich ist auch das Erfordernis des öffentlichen Zwecks mit dem Gemeindegebiet verwoben<sup>795</sup>. Die allgemeine Gemeinwohlbindung staatlichen Handelns wird hier durch die gemeindliche Zielsetzung der Wahrnehmung *einwohnernütziger* Aufgaben präzisiert, indem sich die Einwohner wiederum durch das Gemeindegebiet definieren<sup>796</sup>. Dies bedeutet zwar nicht, dass überhaupt kein außerhalb des Gemeindegebiet-

<sup>789</sup> Vgl. *Otting*, Steuerungsmodell, S. 110

<sup>790</sup> *Henneke*, GK 2000, S. 1 ff., S. 8; *Enkler*, ZG 1998, S. 328 ff., S. 351; vgl. *Held*, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 287

<sup>791</sup> Vgl. *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 132

<sup>792</sup> Vgl. *Schneider*, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1257; *Tettinger*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 23 ff., S. 30; *Moraing*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 67 (Fn. 67); vgl. *Reichard*, Gemeinden als Marktteilnehmer, in: Kommunen am Markt, S. 61 ff., S. 69 m.w.N.; *Eichhorn*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 15 ff., S. 18; vgl. *Püttner*, DfK 2002, S. 52 ff., S. 54

<sup>793</sup> Vgl. § 105 Abs. II BWGO; § 109 Abs. III NdsGO; 118 LSAGO; § 105 Abs. III BbgGO

<sup>794</sup> Vgl. § 103 Abs. I Nr. 2 BWGO; Art. 92 Abs. I S. 1 Nr. 1 BayGO; § 108 Abs. I S. 1 Nr. 7 NWGO

<sup>795</sup> *Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 81 f.; *Kluth*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 23 ff., S. 33 m.w.N.; vgl. *Burmeister*, in: HKWP V, S. 3 ff., S. 42; vgl. *Enkler*, ZG 1998, S. 328 ff., S. 332 f.; *Kunze/Bronner/Katz*, Gemeindeordnung BW, § 102 Rn. 36; *Ehlers*, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 6; *ders.* Gutachten E, S. 98; vgl. *Siekmann*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 103 ff., S. 123; vgl. *Oebbecke*, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 382 f.; *Schmahl*, LKV 2000, S. 47 ff., S. 49; vgl. *Schulz*, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450 f.; vgl. *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 498; a.A. *Beckmann/David*, DVBl 1998, S. 1041 ff., S. 1044; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 535; vgl. *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 212; *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 ff., S. 386

<sup>796</sup> Vgl. *Cronauge*, AfK 1999, S. 24 ff., S. 32; *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 429; VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 994

tes liegender öffentlicher Zweck denkbar ist<sup>797</sup>, jedoch wird einem solchen (auch) außerhalb des Gemeindegebietes liegenden Zweck ein Ausnahmecharakter zukommen und er einem hohen Rechtfertigungsdruck durch die Gemeinde unterliegen.

Ob schlussendlich durch das Europarecht eine Präzisierung des öffentlichen Zwecks bzw. auch des Begriffs der Daseinsvorsorge erreicht wird<sup>798</sup>, erscheint in Anbetracht der Tatsache, dass sich die „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ i.S. des Art. 86 EGV weitgehend mit dem Kreis der nach dem Gemeindefinanzierungsrecht zulässigen Gemeindeunternehmen decken<sup>799</sup> sowie in Anbetracht der Tatsache, dass der für eine Befreiung erforderliche Betrauungsakt bis heute nicht durch den Gesetzgeber umgesetzt wurde, eher zweifelhaft<sup>800</sup>. Auch das mitunter eingefügte Erfordernis der *nachhaltigen*, also der dauerhaften und zuverlässigen Zweckerfüllung<sup>801</sup> dürfte hierzu nicht allzu viel beitragen. Wenn man das Wirtschaftlichkeitsprinzip ernst nimmt, wird sich auch aus dem Erfordernis der Nachhaltigkeit, das ursprünglich aus der Forstwirtschaft stammt und durch die aufkommende Umweltdiskussion und auf europäischer Ebene neue Popularität genießt, nur geringe Erkenntnis gewinnen lassen.

Regelmäßig lassen sich zur Konkretisierung des öffentlichen Zwecks auch die Grundsätze der Rechtsprechung zur Planrechtfertigung heranziehen<sup>802</sup>. Die auch hierin zum Ausdruck kommende Ausprägung des Erforderlichkeitsgrundsatzes bedeutet, übertragen auf die wirtschaftliche Betätigung, dass eine solche nur dann zulässig ist, wenn sie in Anbetracht der Zwecksetzung vernünftigerweise geboten erscheint und der Zwecksetzung mit hinreichender Plausibilität dient<sup>803</sup>.

Muss eine positive Definition des öffentlichen Zwecks versagen, besteht immerhin weitgehend Übereinstimmung in Schrifttum<sup>804</sup> und Rechtsprechung<sup>805</sup>, dass die alleinige Absicht der Gewinnerzielung, also eine reine Erwerbswirtschaft, keinen öffentlichen Zweck darstellt und sich damit wenigstens insoweit eine Negativabgrenzung vornehmen lässt.

Wenn wie bereits oben festgestellt die reine Erwerbswirtschaft dem Staat insgesamt versagt ist, kann für die Gemeinden nichts anderes gelten<sup>806</sup>. So stellte auch das Bun-

<sup>797</sup> So Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 81 f.; vgl. Burmeister, in: HKWP V, S. 3 ff., S. 42; vgl. Enkler, ZG 1998, S. 328 ff., S. 332 f.; vgl. Siekmann, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 103 ff., S. 123

<sup>798</sup> So Ehlers DVBl 1998, S. 497 ff., S. 500 m.w.N.; ders., Gutachten E, S. 74

<sup>799</sup> Badura, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 823; Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 16

<sup>800</sup> Vgl. Hösch, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 404

<sup>801</sup> Vgl. § 109 Abs. I S. 1 NWGO

<sup>802</sup> Ronellenfitsch, in: Isensee/Kirchhof, HdBStR, Band III, § 84 Rn. 39; ders., VerwArch 1986, S. 177 ff., S. 186

<sup>803</sup> Vgl. BVerwGE 56, 110 (119); BVerwG, DVBl 1985, S. 901 f.;

<sup>804</sup> Berg, GewArch 1990, S. 225 ff., S. 228; Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 446; Erichsen, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 33; Gerke, Jura 1985, S. 349 ff., S. 352; Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 727; v. Arnim, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 70 ff.; Dold, ZHR 2002, S. 515 ff., S. 516; wohl auch Burmeister, in: FG für Unruh, S. 623 ff., S. 649; Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 500; ders., Gutachten E, S. 73; Enkler, ZG 1998, S. 328 ff., S. 333; Krölls, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 286; Koch, Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, S. 432; Held, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 270; Hösch, GewArch 2000, S. 1 ff., S. 4; Hill, BB 1997, S. 425 ff., S. 429; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 131; Waechter, Kommunalrecht, Rn. 596; Schulz, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 451; Knemeyer/Kempen, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, BesVerw II, § 17 Rn. 46; Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rn. 689; a.A. Oebbecke, Die Verwaltung 1996, S. 323 ff., S. 331 f.; Otting, Steuerungsmodell, S. 199 ff., u. S. 218; Moraing, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 252

<sup>805</sup> BVerfGE 61, 82 (107); VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 992

<sup>806</sup> Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 500

desverfassungsgericht fest, dass gemeindliche Unternehmen unmittelbar durch Leistung und nicht mittelbar durch Gewinne und Erträge dem Wohl der Gemeindebürger dienen müssen, so dass rein erwerbswirtschaftliche Unternehmen den Gemeinden untersagt seien<sup>807</sup>.

Neben den bereits oben im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der reinen Erwerbswirtschaft im allgemeinen genannten entgegenstehenden Argumenten spricht gegen die reine Erwerbswirtschaft auf Gemeindeebene, dass das ohnehin kaum begrenzende Erfordernis des öffentlichen Zwecks – der Schrankentrias kommt insgesamt beschränkende Funktion zu – praktisch völlig leer laufen würde, wenn selbst die reine Erwerbswirtschaft miterfasst sein sollte.

Auch wenn man sich die Funktion der Schrankentrias - den Gemeinwohlaufrag in Form von gemeindlichen Unternehmen zu reglementieren – vergegenwärtigt und sich bewusst macht, dass die wirtschaftlichen Unternehmen bzw. die wirtschaftliche Betätigung lediglich einen Verwaltungsmodus zur öffentlichen Zweckverfolgung darstellen, hätte dies bei der Zulassung einer reinen Erwerbswirtschaft zur Folge, dass hierbei regelmäßig ein Zweckfortfall bei Verlusten eintreten würde. Der Zweck wäre also abhängig von der Ertragslage. Dies kann nicht sein<sup>808</sup>. Wirtschaftliche Betätigung ist selbst kein Zweck, sondern lediglich Mittel zum Zweck, nämlich dem der Erfüllung gemeinwohlorientierter gemeindlicher Aufgaben<sup>809</sup>.

Auch in systematischer Hinsicht wäre es widersinnig, eine Zulässigkeit reiner Erwerbswirtschaft anzunehmen, finden sich doch in vielen Gemeindeordnungen Regelungen, nach denen gemeindliche Unternehmen und Beteiligungen einen wirtschaftlichen Ertrag abwerfen sollen<sup>810</sup>. Somit kann der öffentliche Zweck nicht allein im Gewinnstreben liegen, da diese Regelungen für den Fall der Zulässigkeit einer reinen Erwerbswirtschaft überflüssig wären<sup>811</sup>.

Schließlich spricht die Entstehungsgeschichte des § 67 DGO, auf den letztlich alle Nachfolgevorschriften zurückgehen, gegen die Zulässigkeit einer reinen Erwerbswirtschaft, indem doch bereits die amtliche Begründung zu § 67 DGO ausführte, dass es einer Gemeinde nie erlaubt sei zu wirtschaften, wenn ihr einziges Ziel das der Gewinnerzielung sei<sup>812</sup>.

Zu Recht weist *Löwer* darauf hin, dass der mittelbare Gemeinwohlbezug durch das Füllen öffentlicher Kassen eine rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit nicht rechtfertigt. Der Zweck „Gewinn“ ist nicht garantierbar, die Illegitimität des Verlustes hingegen evident, weil er entweder mit Steuermitteln gedeckt werden muss, oder jedenfalls aus Steuern gebildetes Kapital vernichtet. Der Bürger aber zahle Steuern zu Zwecken der Gemeinwohlförderung und nicht für kommunales Monopoly<sup>813</sup>.

<sup>807</sup> BVerfGE 61, 82 (107 f.); VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 992; *Knemeyer/ Kempfen*, in: *Achterberg/ Püttner/ Württenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 46; *Stober*, Kommunalrecht, S. 339

<sup>808</sup> *Ipsen*, in: FS für *Rauschnig*, S. 645 ff., S. 652

<sup>809</sup> *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für *Blümel*, S. 119 ff., S. 125

<sup>810</sup> Vgl. § 75 Abs. I ThürKO

<sup>811</sup> *Ipsen*, in: FS für *Rauschnig*, S. 645 ff., S. 652

<sup>812</sup> Vgl. die amtliche Begründung des § 67 DGO, abgedruckt bei *Suren/ Loschelder*, Die deutsche Gemeindeordnung, Band II, nach § 67 S. 88 f.; *Dickersbach*, WiVerw 1983, S. 187 ff., S. 200; *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 499

<sup>813</sup> *Löwer*, NWVBl 2000, S. 241 ff., S. 243

So konnte sich auch der Ansatz *Ottings* nicht durchsetzen, sondern stieß fast durchgängig auf Ablehnung<sup>814</sup>. Nach *Otting* soll das Erfordernis der öffentlichen Zweckbindung einen Ausschluss der reinen Erwerbswirtschaft nicht zwingend erfordern. Die finanziellen Nöte der Gemeinde berücksichtigend, umfasse das kommunale Selbstverwaltungsprinzip eine angemessene Finanzausstattung, die im Falle einer kommunalen Unterfinanzierung die Ausschöpfung aller nicht hoheitlichen Einnahmequellen, zu denen auch die Gewinnerzielung durch rein erwerbswirtschaftliche Betätigung gehöre, garantiere<sup>815</sup>.

So wird quasi ein kommunales Selbsthilferecht begründet mit dessen Hilfe sich die Gemeinden die ihnen eigentlich zustehenden, aber verweigerten oder gar nicht existierenden finanziellen Mittel auf andere Weise organisieren dürfen. *Oebbecke*, bereits vor *Otting* in die gleiche Richtung argumentierend, benützt in diesem Zusammenhang die Figur des übergesetzlichen Notstands, wobei der Haushaltsausgleich das wesentlich überwiegende Interesse sei<sup>816</sup>.

In Anbetracht der gemeindlichen Finanznot und aufgrund der Tatsache, dass der in der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie verwurzelte Anspruch der Gemeinden gegen die Länder auf angemessene Finanzausstattung - bedingt durch die Verpflichtung zum Finanzausgleich nur im Rahmen der eigenen Leistungsfähigkeit - häufig nicht ausreicht, erscheinen diese Ansätze zwar verständlich, gleichwohl blieb diesen Ansätzen die Durchsetzung jedoch zu Recht verweigert.

So umfasst die Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung zwar auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung (Art. 28 Abs. II S. 3 GG), dies gibt den Gemeinden jedoch noch keinen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf eine bestimmte Finanzausstattung bzw. einen Anspruch auf die Öffnung oder gar die Selbstschaffung einer Finanzierungsquelle. Die Klausel über die Finanzierungshoheit richtet sich vielmehr an den Gesetzgeber und kann nicht im Wege der Uminterpretation des Gemeinderechts als verfassungsrechtliche Gewährleistung der gemeindlichen Erwerbswirtschaft mit der Konsequenz verstanden werden, dass die gemeindefinanziellen Vorschriften quasi ausgehebelt werden, um die finanzielle Situation der Gemeinden zu verbessern<sup>817</sup>.

Die Befürwortung einer wirtschaftlichen Betätigung mit dem alleinigen Zweck der Haushaltskonsolidierung verkennt die verfassungsrechtlichen Strukturunterschiede zwischen Aufgaben- und Finanzausstattungsstellen. Da die erwerbswirtschaftliche Betätigung kein Sachziel ist, liegt die alleinige Absicht der Gewinnerzielung zur Haushaltskonsolidierung außerhalb der gemeindlichen Verbandszuständigkeit. Sie ist anders gesagt kein Mittel der Ertragsschöpfung wie Steuer, Gebühren und Beiträge, sondern nur in Bezug auf Sachaufgaben gestattet<sup>818</sup>.

Die Unzulässigkeit einer reinen Erwerbswirtschaft schließt jedoch eine Gewinnerzielung bzw. eine Gewinnmitnahme bei der öffentlichen Zweckverfolgung nicht aus. Diese ist sogar erwünscht, wenn und soweit die öffentliche Zweckverfolgung hierdurch nicht beeinträchtigt wird<sup>819</sup>. Die Tatsache, dass es in der Praxis aufgrund der oftmals vorliegenden Motivbündel nur sehr schwer möglich sein wird, zwischen mehreren und gleichzeitig verfolgten Zielen die Gewinnerzielungsabsicht von der

<sup>814</sup> Vgl. nur *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 499; *Badura* DÖV 1998, S. 818 ff., S. 823; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 134 m.w.N.; *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für *Blümel*, S. 119 ff., S. 126; VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 995

<sup>815</sup> *Otting*, Steuerungsmodell, S. 120 ff.

<sup>816</sup> *Oebbecke*, Die Verwaltung 1996, S. 323 ff., S. 331

<sup>817</sup> *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 823

<sup>818</sup> *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für *Blümel*, S. 119 ff., S. 126

<sup>819</sup> Vgl. § 102 Abs. II BWGO; § 109 Abs. I S. 2 NWGO

Befriedigung von Einwohnerinteressen zu unterscheiden und festzustellen, was das ausschlaggebende Motiv ist<sup>820</sup>, vermag an einem Verbot der reinen Erwerbswirtschaft nichts zu ändern. In solchen Zweifelsfällen wird nichts anderes übrig bleiben, als auf den Schwerpunkt der gemeindlichen Motivation abzustellen.

Eine weitere Begrenzung kommt der ersten Voraussetzung der Schrankentrias dadurch zu, dass der öffentliche Zweck die wirtschaftliche Betätigung je nach Gemeindeordnung „erfordern“<sup>821</sup> oder „rechtfertigen“<sup>822</sup> muss. Welche Anforderungen damit konkret an die Erforderlichkeit oder die Rechtfertigung zu stellen sind, insbesondere was hier genau in Relation zu setzen ist, blieb - so weit ersichtlich - im Schrifttum weitgehend unerörtert<sup>823</sup>. Feststehen dürfte lediglich, dass an ein Erfordern höhere Anforderungen zu stellen sind als an ein Rechtfertigen<sup>824</sup>, dass das bloße Vorhandensein einer öffentlichen Zwecksetzung nicht ausreichen dürfte und dass, wie bereits die Begrifflichkeiten des Rechtfertigen bzw. des Erforderns nahe legen, Verhältnismäßigkeitserwägungen i.S. einer Güterabwägung anzustellen sind<sup>825</sup>. Ob jedoch nun ausschließlich die gemeindliche *Wirtschaftsbetätigung* in Relation zu anderen gemeindlichen Handlungsformen die öffentliche Zweckverfolgung rechtfertigen bzw. erfordern muss, oder aber gerade die *gemeindliche* Wirtschaftsbetätigung in Relation zur privaten Wirtschaftstätigkeit zu setzen ist und insoweit Überschneidungen mit der Subsidiaritätsklausel, der dritten Voraussetzung der Schrankentrias, entstehen, blieb weitgehend unerörtert.

Auch wenn man zu der nahe liegenden Auffassung gelangt, die Erforderlichkeit bzw. die Rechtfertigung lediglich in Relation zu anderen *gemeindlichen* Handlungsformen zu ermitteln, wird man auch hier bei der Abwägung milderer Mittel wie der gemeindlichen Marktregulierung oder der Unterstützung privater Unternehmen nicht umhinkommen, den konkreten wirtschaftlichen Markt an sich und damit auch das Vorhandensein privater Unternehmen mit einzubeziehen<sup>826</sup>. Wie sich diese, bereits im Erfordernis des öffentlichen Zwecks angelegten, subsidiären Elemente zur Subsidiaritätsklausel verhalten, wird im Zusammenhang mit dem Fehlen von Subsidiaritätsklauseln zu erörtern sein.

## 2. Nebentätigkeiten

Im Zusammenhang mit dem Erfordernis des öffentlichen Zwecks werden die sog. Nebentätigkeiten, in Anbetracht der Ausweitung gemeindlicher Tätigkeitsfelder und der Marktentwicklung hin zu sog. Leistungs- bzw. Angebotspaketen, immer bedeutender.

Zwar ist die Unzulässigkeit einer reinen Erwerbswirtschaft weitgehend unbestritten, gleichwohl ist jedoch unklar und daher strittig, wo die Grenze zwischen reinem Erwerbsstreben und einer wohl zulässigen Gewinnmitnahme liegt<sup>827</sup>. Dies wird insbesondere auch bei den Nebentätigkeiten bedeutsam. Werden auch hier die einzelnen Begrifflichkeiten nicht immer einheitlich verwendet und sind die Übergänge oftmals

<sup>820</sup> Otting, Steuerungsmodell, S. 113; Berg, GewArch 1990, S. 225 ff., S. 225; vgl. Püttner, Verwaltungslehre, S. 264; Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 123 m.w.N.

<sup>821</sup> Vgl. Art. 87 BayGO; § 71 ThürKO; § 107 NWGO

<sup>822</sup> Vgl. § 102 BWGO; § 108 NdsGO

<sup>823</sup> Vgl. auch Ehlers, Gutachten E, S. 76

<sup>824</sup> A.A. Jarass, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 63

<sup>825</sup> Vgl. Ehlers, Gutachten E, S. 76; vgl. Knemeyer/Kempfen, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, BesVerwR II, § 17 Rn.45 f.; vgl. Pagenkopf, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 180

<sup>826</sup> Vgl. Ehlers, Gutachten E, S. 76

<sup>827</sup> Vgl. Kluth, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 23 ff., S. 26

fließend, lassen sich doch grundsätzlich zwei verschiedene Arten der Nebentätigkeiten unterscheiden.

### a) Randnutzungen

Unter den Rand- bzw. Ressourcennutzungen wird gemeinhin der Bereich wirtschaftlicher Betätigung verstanden, in dem bereits vorhandenes Wirtschaftspotential bzw. vorhandene wirtschaftliche Kapazität nicht brach liegen gelassen wird, sondern quasi bei Gelegenheit der Erfüllung des eigentlichen öffentlichen Zwecks zur Einnahmeerzielung genutzt wird, um hierdurch gemeindliche Einrichtungen und Verwaltungspotential möglichst optimal auszunutzen. Oftmals werden gemeindliche Unternehmen einen besonderen Hang zu Randnutzungen aufweisen, sind doch die Beschäftigten aufgrund des Dienstrechts und der besonderen sozialen Verantwortung meist schwerer kündbar als Belegschaften in der freien Wirtschaft.

Regelmäßig dient die Randnutzungstätigkeit nur mittelbar, durch die im Wege der Randnutzung erzielten Gewinne, dem öffentlichen Zweck der Haupttätigkeit, so dass sie regelmäßig nicht von einem eigenen, besonderen öffentlichen Zweck getragen wird<sup>828</sup>. Als klassische Fälle der Randnutzungen gelten beispielsweise die Vermietung von Werbeflächen auf oder in Fahrzeugen des Personennahverkehrs sowie die Aufnahme von privaten Anzeigen in gemeindlichen Publikationen<sup>829</sup>.

Obwohl bei einer isolierten Betrachtung der Randnutzungen regelmäßig keine unmittelbare Verfolgung eines öffentlichen Zwecks zu erkennen ist, geht die wohl überwiegende Auffassung im Schrifttum von einer Zulässigkeit der Randnutzungen aus<sup>830</sup>.

Dem ist zuzustimmen. Die Zulässigkeit der Randnutzungen ergibt sich aus der in fast allen Gemeindeordnungen vorgesehene Verpflichtung zur sparsamen und wirtschaftlichen Betriebsführung, dem sog. Wirtschaftlichkeitsgebot<sup>831</sup>. Insoweit ist dem Gedanken *Moraings* beizupflichten, dass es widersinnig wäre, unternehmerische Tätigkeit zu erlauben, gleichzeitig aber unternehmerisches Verhalten in Form der sparsamen und wirtschaftlichen Unternehmensführung durch effektive Ressourcenauslastung zu untersagen<sup>832</sup>.

Zulässige Randnutzung vollzieht sich dabei weder in einem von den Voraussetzungen der Schrankentrias nicht erfassten Raum, noch sind die Voraussetzungen auf solche Tätigkeiten analog anzuwenden<sup>833</sup>. Die zulässigen Randnutzungen sind vielmehr solange vom Zweck der Haupttätigkeit umfasst, wie das Wirtschaftlichkeitsgebot die Miteinbeziehung als sinnvoll erscheinen lässt<sup>834</sup>.

<sup>828</sup> BVerwGE 82, 29 (34); *Badura*, in: *Schmidt-Aßmann*, BesVerwR, 3. Abschnitt Rn. 120; *Moraing*, in: *Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts*, S. 41 ff., S. 64

<sup>829</sup> *Schmidt-Jortzig*, in: *HKWP V*, S. 50 ff., S. 62 f.

<sup>830</sup> Vgl. *Hellermann*, *Örtliche Daseinsvorsorge*, S. 342 f.; vgl. *Püttner*, *JuS* 1995, S. 1069 ff., S. 1070; *Tettinger*, in: *Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts*, S. 23 ff., S. 30; *Ruffert*, *VerwArch* 2001, S. 27 ff., S. 41 f.; *Stober*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, S. 276; *Moraing*, in: *Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts*, S. 41 ff., S. 64 f.; *Hill*, *BB* 1997, S. 425 ff., S. 430; *Ehlers*, *Gutachten E*, S. 74; *Gusy*, *JA* 1995, S. 166 ff., S. 169; *Köhler*, *BayVBl* 2000, S. 1 ff., S. 6; wohl auch *Schmidt-Jortzig*, *Kommunalrecht*, Rn. 694; a.A. *Cosson*, *DVBl* 1999, S. 891 ff., S. 895; *Beckmann/David*, *DVBl* 1999, S. 1041 ff., S. 1045; *Hösch*, *GewArch* 2000, S. 1 ff., S. 8 f.; *Heintzen*, *NVwZ* 2000, S. 743 ff., S. 746

<sup>831</sup> Vgl. *Köhler*, *WRP* 1999, S. 1205 ff., S. 1210; *Hill*, *BB* 1997, S. 425 ff., S. 430; *Henneke*, *NdsVBl* 1999, S. 1 ff., S. 3 ff.; *Ehlers*, *DVBl* 1998, S. 497 ff., S. 501

<sup>832</sup> *Moraing*, in: *Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts*, S. 41 ff., S. 65; vgl. auch *Britz*, *NVwZ* 2001, S. 380 ff., S. 384

<sup>833</sup> Vgl. *Waechter*, *Kommunalrecht*, Rn. 602; *Köhler*, *WRP* 1999, S. 1205 ff., S. 1210; *Schmidt-Jortzig*, in: *HKWP V*, S. 50 ff., S. 62 f.

<sup>834</sup> *Schmidt-Jortzig*, in: *HKWP V*, S. 50 ff., S. 63; *Hill*, *BB* 1997, S. 425 ff., S. 430

Die Grenzen zulässiger Randnutzung sind erst dann überschritten, wenn sie über den Funktionsbereich des Verwaltungsträgers hinausgeht, mit den öffentlichen Zwecken der Verwaltungstätigkeit nicht mehr vereinbar ist, die sachgerechte Aufgabenerledigung beeinträchtigt oder nach Bedeutsamkeit und Gewicht in keinem angemessenen Verhältnis zu der mit dem öffentlichen Zweck verfolgten Haupttätigkeit steht<sup>835</sup>.

Auch hier gilt es wiederum zu beachten, dass Auslastungs- und Effektivitätsargumente nicht überbetont werden dürfen, da dem Wirtschaftlichkeitsargument eine aufgabenbeschränkende und keine aufgabenbegründende Wirkung zukommt<sup>836</sup>. Bei einer Nutzung von Überkapazitäten ist stets der Grundsatz der gemeindlichen Angemessenheit im Auge zu behalten. Auch steht eine Überdimensionierung des gemeindlichen Wirtschaftsbetriebes regelmäßig im Widerspruch zum haushaltsrechtlichen Wirtschaftsgebot<sup>837</sup>.

Aus diesem Gebot wird bereits die grundsätzliche Pflicht zu entnehmen sein, vermeidbare und vorhersehbare Überkapazitäten erst gar nicht entstehen zu lassen und im Falle ihres Auftretens zwischen kurzfristigen, temporären Überkapazitäten und langfristigen Überkapazitäten zu unterscheiden. Dabei wird bei letzteren, aufgrund der gemeindlichen Angemessenheit und des Wirtschaftlichkeitsgebots, ein langfristiger Abbau unter Zubilligung von Übergangszeiträumen geboten sein<sup>838</sup>. Die Gemeinden können somit nicht selbstständig einen öffentlichen Zweck setzen bzw. schaffen. Er muss sich auf ein Bedürfnis beziehen, das sich extern ergibt und nicht erst intern durch von der Gemeinde zu vertretende Maßnahmen geschaffen wird. Insbesondere kann kein öffentlicher Zweck geschaffen werden, indem die Gemeinde die entsprechende Einrichtung so dimensioniert, dass sie erst mit privatwirtschaftlicher Nebentätigkeit wirtschaftlich arbeiten kann<sup>839</sup>.

Bei einem solchen Verständnis dürfte die Zulässigkeit von Randnutzungen grundsätzlich auch nicht die vereinzelt befürchtete Zulässigkeit einer rein erwerbswirtschaftlichen Zielsetzung zur Folge haben<sup>840</sup>.

Randnutzungen außerhalb des Gemeindegebietes sind unter Beachtung der angeführten Grundsätze nur dann zulässig, wenn sie örtlich radizierbar bleiben und sich der Schwerpunkt der gemeindlichen Tätigkeit weiterhin im Gemeindegebiet verorten lässt. Nur dann kommt eine grenzüberschreitende Randnutzung in Betracht, um etwa Rentabilität bzw. Auslastung für bestehende gemeindliche Einrichtungen zu steigern oder zu erhalten<sup>841</sup>.

<sup>835</sup> Vgl. BVerwG, JZ 1989, S. 688 f.; Köhler, WRP 1999, S. 1205 ff., S. 1210; vgl. Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 134

<sup>836</sup> Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 100 ff.; vgl. auch Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1033

<sup>837</sup> Hösch, GewArch 2000, S. 1 ff., S. 11; ders., Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 7 f. u. S. 112; Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 513; Döring/Wohltmann, AfK 1999, S. 45 ff., S. 58

<sup>838</sup> Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 513; Köhler, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 6 f.; vgl. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 227 f.; Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 425 ff.; vgl. Grawert, Kommunale Wirtschaftsbetätigung im Wettbewerb, in: Kommunen am Markt, S. 9 ff., S. 22

<sup>839</sup> Vgl. OLG Hamm, JZ 1998, S. 576 ff., S. 577; OLG München, NVwZ 2000, S. 835 f.; Badura, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 821; Hösch, GewArch 2000, S. 1 ff., S. 3 ff.; Köhler, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 5

<sup>840</sup> So aber Otto, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung, S. 66

<sup>841</sup> Vgl. Rennert, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 339; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 315; Schulz, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450; Moraing, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 246; ders., in: Zur Reform des Gemeindewirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 72; Hellermann/Wieland, in: Zur Reform des Gemeindewirtschaftsrechts, S. 117 ff., S. 120; Dolde, ZHR 2002, S. 515 ff., S. 518; Ehlers, Gutachten E, S. 99; Zacharias, VR 2000, S. 271 ff., S. 276; Meyer, LKV 2000, S. 321 ff., S. 323; wohl auch Britz, NVwZ 2001, S. 380 ff., S. 386; vgl. BVerwG, DVBl 1983, S. 73 ff.

## b) Annex Tätigkeiten

In diesem Bereich der Nebentätigkeiten geht es nicht um die Nutzung bereits vorhandener wirtschaftlicher Potentiale, sondern um die Schaffung neuer Kapazitäten, meist in der Form der Ergänzung oder Abrundung des bisherigen Leistungsangebotes durch zusätzliche Leistungen (sog. Leistungspakete). Als typische Beispiele gelten die Komplettangebote gemeindlicher Energieversorgungsunternehmen, die neben der eigentlichen Energielieferung umfangreiche Beratungs- und Installationsleistungen anbieten, oder beispielsweise ein Kiosk<sup>842</sup> in einem gemeindlichen Krankenhaus.

Eine Rechtfertigung dieser Art von Nebentätigkeiten durch das Wirtschaftlichkeitsgebot scheidet aus, da hier in der Regel neue Kapazitäten geschaffen werden. Da die Annex Tätigkeit aber unmittelbar durch ihre Sachleistung der Haupttätigkeit bzw. der Hauptleistung dient, ergibt sich ihre Legitimation unmittelbar und umfassend aus dem die Haupttätigkeit rechtfertigenden Zweck<sup>843</sup> bzw. aus dem sie verbindenden Sachzusammenhang<sup>844</sup>.

Auch bei dieser Form der Nebentätigkeiten ist jedoch, ähnlich wie bei den Randnutzungen, stets zu beachten, dass es sich um *Nebentätigkeiten* handelt, so dass die Annex Tätigkeiten den Schwerpunkt der Gesamtleistung bzw. der Haupttätigkeit nicht verschieben dürfen und nicht über ihre ergänzende, abrundende und dienende Funktion hinausgehen dürfen<sup>845</sup>.

Soweit diese Grenzen beachtet werden, die Nebentätigkeiten also kein Eigenleben oder eine Eigendynamik führen, und der Ausnahmecharakter gewahrt bleibt, kann eine Nebentätigkeit auch eine rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit sein, wenn sie annexweise oder im Rahmen einer Randnutzung erfolgt. Voraussetzung ist dabei jedoch, dass die öffentliche Zwecksetzung der Haupttätigkeit und das Gewinnstreben der Nebentätigkeit nicht auf einer Ebene liegen<sup>846</sup>. Die sonach zulässigen Nebentätigkeiten sind damit weniger eine Frage des öffentlichen Zwecks, als vielmehr eine Frage der wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung bei öffentlichem Zweck<sup>847</sup>.

Das Erfordernis der untergeordneten Bedeutung der Nebentätigkeiten korrespondiert auch unmittelbar mit den Gemeindeordnungen. So ist eine den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Schrankentrias unterliegende wesentliche Erweiterung einer wirtschaftlichen Betätigung erst dann wesentlich i.S. der Schrankentrias, wenn die fraglichen Maßnahmen den Umfang oder die Leistungsfähigkeit des Unternehmens i.S. einer räumlichen oder funktionalen Ausdehnung erheblich steigern<sup>848</sup>. Regelmäßig also dann, wenn neue Tätigkeitsfelder erschlossen werden und zusätzliche Mittel zugeführt werden müssen. Eine unwesentliche Erweiterung ist dagegen ohne weiteres zulässig.

<sup>842</sup> Diese dürften allerdings regelmäßig an Private verpachtet sein.

<sup>843</sup> *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 821

<sup>844</sup> *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 821; BVerwGE 39, 329 (334); BVerwGE 82, 29 (34); VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 994

<sup>845</sup> *Moraing*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 66 f.; *Britz*, NVwZ 2001, S. 380 ff., S. 385

<sup>846</sup> Vgl. *Ehlers*, Gutachten E, S. 74; *ders.*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 500; vgl. *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 134 f.; vgl. *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 41

<sup>847</sup> *Henneke*, GK 2000, S. 1 ff., S. 8

<sup>848</sup> VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 994 m.w.N.; *Köhler*, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 4 f.; *Henneke*, NdsVBl 1999, S. 1 ff., S. 3 f.; *Gröning*, WRP 2002, S. 17 ff., S. 18

## II. Die Beziehung zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf

Die wirtschaftlichen Unternehmen müssen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf der Gemeinde stehen<sup>849</sup>.

Die Gemeinde darf danach keine wirtschaftlichen Unternehmen schaffen, die ihre personellen, finanziellen und sachlichen Kräfte übersteigen. Da das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bereits ohne explizite Normierung für jedes Verwaltungshandeln gilt, kann diese Voraussetzung nur bedeuten, dass die Fragen der Leistungsfähigkeit und des Bedarfs besonders nachhaltig, namentlich durch eine Finanzanalyse sowie durch eine Finanz- und Bedarfsprognose, zu prüfen sind<sup>850</sup>.

Diesem zweiten Erfordernis der Schrankentrias kommt zwischen öffentlichem Zweck und Subsidiaritätsprinzip in Praxis und Schrifttum eher ein Schattendasein zu, wohl weil es lediglich haushaltsrechtliche und unternehmerische Selbstverständlichkeiten positiviert<sup>851</sup>.

Auch die Voraussetzung der Angemessenheit beinhaltet eine Verbindung zur Größe und damit zum räumlichen Gebiet der Gemeinde, indem regelmäßig nur der Bedarf angesetzt werden darf, der für die Gemeinde besteht<sup>852</sup>.

Wie der öffentliche Zweck sind auch die Begriffe der Leistungsfähigkeit und der Bedarfsbezogenheit unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielräumen<sup>853</sup>.

## III. Die Subsidiaritätsklausel

Unabhängig von der Frage ob, sich der Verfassung ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip entnehmen lässt, enthielt zumindest § 67 DGO als drittes Erfordernis der Wirtschaftsbeschäftigung der Gemeinden eine einfachgesetzliche Subsidiaritätsklausel. Hiernach dürfen die Gemeinden wirtschaftliche Unternehmen nur dann errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn der öffentliche Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden kann. Dieses dritte Erfordernis der Schrankentrias wurde durch die Nachfolgeschriften der einzelnen Bundesländer wohl den meisten Veränderungen unterzogen. So wurden die Subsidiaritätsklauseln abgeschafft, wieder eingeführt und durch Verschärfungen und Lockerungen modifiziert.

Mittlerweile wurden, dem momentanen wirtschaftspolitischen Trend zur Zurückdrängung der Staatswirtschaft insgesamt entsprechend, abgeschaffte Subsidiaritätsklauseln meist wieder eingeführt. Lediglich die hessische Gemeindeordnung verzichtet momentan auf eine Subsidiaritätsklausel<sup>854</sup>. In einigen Bundesländern finden sich Ausnahmeregelungen, die klarstellen, dass die Einschränkung der Subsidiaritätsklausel

<sup>849</sup> Vgl. § 102 Abs. I Nr. 2 BWGO

<sup>850</sup> Vgl. *Knemeyer/Kempfen*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 48; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 728; vgl. *Stern/Püttner*, Gemeindegewirtschaft, S. 181; vgl. *Schmidt-Jortzig*, in: HKWP V, S. 50 ff., S. 60

<sup>851</sup> *Cronauge*, AfK 1999, S. 24 ff., S. 32; vgl. *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 96 f.; *Held*, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 279; a.A. *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 503

<sup>852</sup> *Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 81 f.; vgl. *Burmeister*, in: HKWP V, S. 3 ff., S. 42; vgl. *Enkler*, ZG 1998, S. 328 ff., S. 332 f.; *Ehlers*, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 6; vgl. *Siekmann*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 103 ff., S. 123; vgl. *Oebbecke*, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 382 f.; *Schmahl*, LKV 2000, S. 47 ff., S. 49; vgl. *Schulz*, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450 f.; vgl. *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 ff., S. 498; vgl. auch bereits oben 4. Teil F. II. 1.

<sup>853</sup> *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 728

<sup>854</sup> Vgl. § 121 Abs. I HessGO; die Regelung in § 100 Abs. III BbgGO dürfte der Sache nach eine Subsidiaritätsklausel sein. A.A. *Gröning*, WRP 2002, S. 17 ff., S. 19

sel bzw. der Funktionssperre nur bei einem Tätigwerden außerhalb der gemeindlichen Daseinsvorsorge bzw. lediglich außerhalb von besonders genannten Bereichen zur Anwendung gelangt<sup>855</sup>.

Mit den Subsidiaritätsklauseln soll der Bereich der gemeindlichen Wirtschaft in die Gesamtorganisation der deutschen Wirtschaft sinnvoll eingegliedert werden, indem in diesen Regelungen das Verhältnis zur Tätigkeit anderer Wirtschaftssubjekte bestimmt wird<sup>856</sup>. Während die Subsidiaritätsklauseln im Laufe der Zeit kamen und gingen, blieben dagegen die von ihnen eigentlich zu lösenden Konflikte, insbesondere also die Auseinandersetzungen mit der privaten Wirtschaft, vom Vorliegen oder Nichtvorliegen der länderspezifisch unterschiedlich ausgestalteten Subsidiaritätsklauseln weitgehend unbeeindruckt weiter bestehen.

## 1. Die verschiedenen Arten von Subsidiaritätsklauseln

Bei den Subsidiaritätsklauseln lassen sich grob zwei Arten unterscheiden. Zum einen die sog. einfachen Subsidiaritätsklauseln, teilweise auch nur Funktionssperren genannt, und zum anderen die sog. echten bzw. verschärften Subsidiaritätsklauseln.

Die meisten Bundesländer verfügen in ihren Gemeindeordnungen über einfache Subsidiaritätsklauseln bzw. Funktionssperren<sup>857</sup>. Diese Art von Subsidiaritätsklauseln verlangen, dem Vorbild des § 67 Abs. I Nr. 3 DGO folgend, dass der mit der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung verfolgte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Die Gemeinden dürfen demzufolge nur dann wirtschaftlich tätig werden, wenn sie nachweisen können, dass ihre wirtschaftliche Betätigung mindestens ebenso gut wie die wirtschaftliche Betätigung anderer Wirtschaftssubjekte zur Erfüllung der öffentlichen Zwecksetzung in der Lage ist<sup>858</sup>. Zwischen gemeindlichem und privatem Unternehmen muss also mindestens eine Leistungsparität vorliegen. Die Kriterien „besser und wirtschaftlicher“ gelten dabei kumulativ und wiegen gleich schwer<sup>859</sup>. Wenn also nur bei einem Merkmal die Bewertung gleich oder zu Gunsten der Gemeinde ausfällt, darf die Gemeinde tätig werden<sup>860</sup>. Lediglich für den Fall der besseren und wirtschaftlicheren Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch andere Wirtschaftssubjekte besteht ein wirtschaftliches Betätigungsverbot.

Bei den echten oder verschärften Subsidiaritätsklauseln, über die zur Zeit nur eine Minderheit der Gemeindeordnungen der Bundesländer verfügt<sup>861</sup>, ist es erforderlich, dass der mit der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung verfolgte Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Die Gemeinden dürfen demzufolge bei dieser Art von Klausel nur dann wirtschaftlich tätig werden, wenn sie nachweisen können, dass ihre wirtschaftliche Betätigung zur besseren oder wirtschaftlicheren Erfüllung der öffentlichen Zwecksetzung in der Lage ist als die wirtschaftliche Betätigung anderer Wirtschaftssubjekte. Eine Leistungs-

<sup>855</sup> Vgl. § 102 Abs. I Nr. 3 BWGO; § 107 Abs. I Nr. 3 NWGO; § 116 Abs. II LSAGO; Art. 87 Abs. I Nr. 4 BayGO

<sup>856</sup> *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 472

<sup>857</sup> § 102 Abs. I Nr. 3 BWGO; § 107 Abs. I Nr. 3 NWGO; § 108 Abs. I Nr. 3 NdsGO; § 108 Abs. I Nr. SaarKSVG; § 116 Abs. I Nr. 3 LSAGO; § 101 Abs. I Nr. 3 SHGO; § 97 Abs. I Nr. 3 SächsGO

<sup>858</sup> *Ehlers*, Gutachten E, S. 81

<sup>859</sup> *Ehlers*, Gutachten E, S. 80; *Gröning*, WRP 2002, S. 17 ff., S. 19; *Schmid* in: *Faiss/ Giebler/ Lang/ Notheis/ Schmid*, Kommunales Wirtschaftsrecht BW, Rn. 901; vgl. VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 995

<sup>860</sup> *Schmid* in: *Faiss/ Giebler/ Lang/ Notheis/ Schmid*, Kommunales Wirtschaftsrecht BW, Rn. 901

<sup>861</sup> Vgl. Art. 87 Abs. I S. 1 Nr. 4; § 71 Abs. I Nr. 4 ThürKO; § 100 Abs. III BbgGO; § 85 Abs. I Nr. 3 RhPFG; § 68 Abs. I Nr. 3 MVKV

parität zwischen gemeindlichem und privatem Unternehmen ist hier also nicht mehr ausreichend. Auch hier gelten die Merkmale „ebenso gut und wirtschaftlich“ kumulativ und wiegen gleich schwer<sup>862</sup>.

Wenn also das private Unternehmen nur bei einem Merkmal schlechter bewertet wird, darf die Gemeinde wirtschaftlich tätig werden. Ein wirtschaftliches Betätigungsverbot besteht damit nicht nur für den Fall der besseren und wirtschaftlicheren Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch andere Wirtschaftssubjekte, sondern bereits bei ebenso guter und wirtschaftlicher Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch andere Wirtschaftssubjekte.

Auch hinsichtlich der Entscheidung, wer „besser und wirtschaftlicher“ am Markt agiert bzw. ob die angebotene Leistung von einem privaten Unternehmen „genauso gut und wirtschaftlich“ erbracht werden kann, kommt der jeweiligen Gemeinde eine Einschätzungsprärogative bzw. ein Beurteilungsspielraum zu<sup>863</sup>. Bei der Subsidiaritätsklausel handelt es sich um eine von der Gemeinde zu erfüllende Zulässigkeitsvoraussetzung, für deren Erfüllung grundsätzlich der Gemeinde die Beweislast bzw. Darlegungslast obliegt<sup>864</sup>.

## 2. Der Streit um die Einordnung der Regelungen als Subsidiarität

Wie bereits aus den verwendeten Begrifflichkeiten der sog. echten Subsidiaritätsklausel und der Funktionssperre ersichtlich wird, ist umstritten, ob die Nachfolgeklauseln zu § 67 Abs. I Nr. 3 DGO bzw. auch § 67 Abs. I Nr. 3 DGO selbst zu Recht als Subsidiaritätsklauseln bezeichnet werden.

So wird hinsichtlich der einfachen, § 67 Abs. I Nr. 3 DGO entsprechenden Subsidiaritätsklauseln angeführt, diese würden zu Unrecht als Subsidiaritätsklauseln bezeichnet, da ein wirtschaftliches Betätigungsverbot erst bei einer besseren und wirtschaftlicheren Erfüllung bestehe und nicht bereits schon – wie es einem Subsidiaritätsprinzip entspräche – bei einer gleich guten Erfüllung durch andere Wirtschaftssubjekte<sup>865</sup>. Deshalb sei die Umschreibung dieser einfachen Subsidiaritätsklauseln mit dem Begriff der Funktionssperre zutreffender<sup>866</sup>.

Darüber hinaus wirke das dritte Erfordernis der Schrankentrias nicht nur – wie durch die weite Begrifflichkeit „ein anderer“ ersichtlich wird – im Verhältnis zur privaten Wirtschaft, also nach unten, sondern auch im Verhältnis etwa zu den Gemeindeverbänden, Landkreisen oder anderen höherstehenden öffentlichen Verwaltungsträgern und damit auch nach oben in der staatlichen Hierarchie. Damit weiche die Regelung

<sup>862</sup> VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 995; *Moraing*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 61

<sup>863</sup> VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 995 f.; *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 89; *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 473 f.; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; vgl. *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 428; *Ehlers*, Gutachten E, S. 82; *Werner*, VBIBW 2001, S. 206 ff., S. 210; *Schmid* in: *Faiss/Giebler/Lang/Notheis/Schmid*, Kommunales Wirtschaftsrecht BW, Rn. 901; *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 180

<sup>864</sup> Vgl. *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 213 f. m.w.N.; wohl auch VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 995 f.; LG Offenburg, NVwZ 2000, S. 717 f.; *Grimme-Benne*, LKV 1996, S. 54 ff., S. 56; *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 53; vgl. *Kunze/Bronner/Katz*, Gemeindeordnung BW, § 102 Rn. 37; vgl. *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 478; vgl. aber auch *ders.*, AfK 1999, S. 24 ff., S. 32; vgl. auch *Werner*, VBIBW 2001, S. 206 ff., S. 210; a.A. wohl *Jarass*, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 65

<sup>865</sup> *Moraing*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 60; *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 46; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 214 f.; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 79 ff.; *Burmeister*, in: HKWP V, S. 3 ff., S. 13 ff.

<sup>866</sup> *Moraing*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 60 f.

aber vom Subsidiaritätsprinzip ab, denn dieses begrenze die Initiative nur gegenüber der kleineren Einheit, schütze sie aber gerade vor der größeren Einheit<sup>867</sup>.

Hinzu komme, dass § 72 DGO ausdrücklich fordere, dass gemeindliche Unternehmen einen Ertrag abwerfen sollen, mindestens aber kostendeckend arbeiten. Die Gemeindegewirtschaft sollte also keineswegs auf rentable und deshalb auch für privatwirtschaftliche Unternehmen attraktive Betätigungen in der Daseinsvorsorge verzichten. Sinn und Zweck, insbesondere des dritten Erfordernisses der Schrankentrias, sei also nicht ein Vorrang der Privatwirtschaft. Vielmehr sei es das vorrangige Ziel gewesen, die Gemeindegewirtschaft auf jene Tätigkeiten der sog. öffentlichen Versorgungswirtschaft zurückzuführen, die aufgrund ihrer Leistungen durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sind, also die sog. rein erwerbswirtschaftlichen Betätigungen zurückdrängen. Auch in der unternehmerischen Betätigung sollte die Gemeinde nicht die Rolle als gleichgestelltes Wirtschaftssubjekt in Konkurrenz zur Privatwirtschaft übernehmen, sondern vielmehr die spezifische Rolle eines politischen Verbandes wahrnehmen. Hinzu kam das Bestreben, die Wirtschaft möglichst effektiv und zweckmäßig zu organisieren<sup>868</sup>. Die Nachfolgevorschriften seien, bis auf neue Regelungen, daher eher als betriebswirtschaftliches Optimierungsgebot<sup>869</sup> oder mehr als das Ergebnis vielschichtiger, rein ökonomischer Zweckmäßigkeitsabwägungen<sup>870</sup>, denn als Subsidiarität anzusehen.

*Isensee* weist schließlich auf den Sinnzusammenhang des Gesetzes und auf seine Funktion als Bestandteil der nationalsozialistischen Gemeinde- und Wirtschaftsverfassung hin. So sei dem Einzelnen die wirtschaftliche Freiheit nur um des ganzen Volkswillens und nicht um seiner selbst belassen worden. § 67 DGO hätte nicht den Einzelnen, sondern die gesamte Volkswirtschaft schützen wollen. Das Gemeinschaftsglied hätte keinen Selbstzweck gebildet, sondern sei nur ein Instrumentarium zur Verwirklichung des Ganzen gewesen. Es sei Ziel der Funktionssperre gewesen, dieses Ganze zu fördern, so dass § 67 DGO geradezu als ein auf den Kopf gestelltes Subsidiaritätsprinzip erscheine<sup>871</sup>.

Zu Recht weist *Isensee* jedoch darauf hin, dass der Regelung des § 67 DGO aber auch die Erkenntnis zu Grunde liegt, dass eine totale Kommunalisierung der Wirtschaft die ökonomische Effektivität beeinträchtigt und in einem bestimmten Umfang die unterstaatlichen Kräfte die geeignetsten Träger des Wirtschaftsgeschehens sind. § 67 DGO ist damit als pragmatische Regel offen für einen anderen ideologischen Gehalt und lies sich daher in Richtung auf ein Subsidiaritätsprinzip fortentwickeln.

Mögen sich so die Regelungen des § 67 DGO auch nicht völlig mit dem Subsidiaritätsprinzip decken, liegt doch zumindest eine Berührung mit dem Subsidiaritätsprinzip vor, so dass sich die kommunalwirtschaftliche Funktionssperre in veränderter Gestalt durchaus als eine Konkretisierung der Subsidiaritätsidee bewerten lässt<sup>872</sup>. Dies wird insbesondere auch für die echten bzw. verschärften Subsidiaritätsklauseln gelten.

<sup>867</sup> *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 46; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rn. 692; *Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 78; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 214 f.

<sup>868</sup> *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 47; vgl. auch *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 80 f.

<sup>869</sup> *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 603

<sup>870</sup> *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 80 f.; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rn. 692

<sup>871</sup> *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 79 ff.; vgl. auch *Pagenkopf*, *GewArch* 2000, S. 177 ff., S. 180 f.

<sup>872</sup> *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 78 ff.; S. 83 f.

Mag bei den einfachen bzw. unechten Subsidiaritätsklauseln auch die Bezeichnung Funktionssperre die inhaltlich genauere bzw. neutralere Begrifflichkeit sein, erscheint gleichwohl die - insbesondere der schlagwortartigen Erfassung dienende - Bezeichnung als Subsidiaritätsklausel nicht gänzlich verfehlt. Zweifellos dürften jedoch diese terminologischen Unsicherheiten noch die geringsten Schwierigkeiten im Bereich der dritten Voraussetzung der Schrankentrias sein.

### 3. Praktische Schwierigkeiten und rechtliche Bedenken

Die Subsidiaritätsklauseln sind regelmäßig mit einer Vielzahl von Schwierigkeiten behaftet. So entstehen regelmäßig praktische Probleme beim Vergleich, insbesondere hinsichtlich des Vergleichsmaßstabs sowie aufgrund der unterschiedlichen Vergleichsgegenstände. Darüber hinaus werden aber auch verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber den Subsidiaritätsklauseln, besonders bezüglich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie und des Rechtsstaatsprinzips in Form des Bestimmtheitsgebotes, geäußert.

#### a) Schwierigkeiten eines Vergleichs

Wie gesehen bedarf es zur Beurteilung der Kriteriums „besser und wirtschaftlicher“ bzw. „ebenso gut und wirtschaftlich“ eines Vergleichs zwischen gemeindlichem und privatem Unternehmen. Dieser Vergleich ist mit mehreren Problemen behaftet. Zum einen ergeben sich Probleme bei der Ermittlung eines Vergleichsmaßstabs und zum anderen entstehen regelmäßig Schwierigkeiten aufgrund der unterschiedlichen Vergleichsgegenstände und des Vergleichszeitpunktes<sup>873</sup>.

Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit bereitet dabei noch vergleichsweise geringe Schwierigkeiten. Durch dieses Kriterium wird eine Beziehung zwischen der öffentlichen Zwecksetzung und dem Mitteleinsatz hergestellt. Ausgangspunkt ist damit das der Ökonomie entlehnte Verständnis der Wirtschaftlichkeit als Zweck-Mittel-Relation<sup>874</sup>. Somit ist ein Vergleich zwischen privatem und gemeindlichem Unternehmen im Hinblick auf Vorhandensein, Effizienz und Leistungsfähigkeit erforderlich bzw. eine Vergleichsrechnung dahingehend, welche Wertschöpfung das private Unternehmen mit den vom gemeindlichen Unternehmen eingesetzten Mitteln im Gemeindegebiet erreicht hätte<sup>875</sup>.

Dies klingt zunächst einfacher als es sich in der Praxis darstellen dürfte, setzt dieser Vergleich doch zum einen ein tatsächlich auch vorhandenes konkurrierendes Privatunternehmen voraus, was wohl nicht immer der Fall sein wird. Zum anderen werden sich die wirtschaftlichen Daten des konkurrierenden privaten Unternehmens, wenn überhaupt, dann doch nur sehr unzulänglich ermitteln lassen. Abgesehen hiervon dürften trotz der Bemühungen um das Neue Steuerungsmodell, der Einführung einer kaufmännischen Buchführung und insbesondere der Kosten- und Leistungsrechnung sowie der damit einhergehenden besseren Vergleichbarkeit immer noch Probleme auftauchen. Aufgrund der immer noch verbleibenden, nicht zu unterschätzenden Anzahl von gesetzlichen Fiskusprivilegien und natürlichen Wettbewerbsvorteilen wie Finanzkraft, Konkursunfähigkeit, Vertrauensvorschuss und Informationsvorsprünge

<sup>873</sup> Nach Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 501 m.w.N. führten diese Schwierigkeiten zum – wenn auch nur kurzfristigen – Wegfall der Subsidiaritätsklausel in NW.

<sup>874</sup> Ruffert, VerwArch 2001, S. 27 ff., S. 45; vgl. Ehlers, Gutachten E, S. 80; Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rn. 661 ff.

<sup>875</sup> Ehlers, Gutachten E, S. 80; vgl. LT-Drs. BW 12/ 4055, S. 23 ff.

bestehen nach wie vor Unterschiede, die eine Gleichsetzung bzw. die Ermittlung von Berechnungs- und Vergleichsmaßstäben noch immer schwierig erscheinen lassen<sup>876</sup>.

Im Vergleich mit dem Kriterium der Wirtschaftlichkeit ergeben sich jedoch weitaus größere Schwierigkeiten<sup>877</sup> durch das Kriterium der Güte der erbrachten Leistung, welches durch die Formulierungen „ebenso gut“ bzw. „besser“ zum Ausdruck kommt.

Nicht nur bei den gemeinderechtlichen Subsidiaritätsklauseln, sondern auch bei der Subsidiarität allgemein tritt hier die inhaltliche Problematik dieses Prinzips zutage, das darin besteht, dass das Subsidiaritätsprinzip zwar den Maßstab des „Zumindest- genauso-gut-Könnens“ bzw. des „Besser-Erreichen-Könnens“ vorgibt, jedoch nichts zum Inhalt dieses Maßstabs aussagt<sup>878</sup>. So kann das Merkmal „besser“ final dahingehend verstanden werden, dass zu fragen ist, ob die Privaten und andere Träger der öffentlichen Gewalt tatsächlich nicht in der Lage sind, eine bestimmte Aufgabe zu erfüllen. Mit „besser“ kann aber auch auf die Art und Weise der Aufgabenerfüllung abzustellen sein, also auf Effizienz, Rationalität und Wirtschaftlichkeit der Aufgabenwahrnehmung insgesamt<sup>879</sup>. Auch in den gemeinderechtlichen Subsidiaritätsklauseln, unabhängig davon, ob es sich um einfache oder verschärfte bzw. echte Klauseln handelt, wird nicht beantwortet, was „besser“ bzw. „genauso gut“ bedeutet.

Da die Wirtschaftlichkeit in den gemeinderechtlichen Subsidiaritätsklauseln ein eigenes Kriterium verkörpert, stellt der Beurteilungsmaßstab, was „besser“ bzw. „genauso gut“ ist allein die öffentliche Zwecksetzung und die daraus abgeleiteten Erfordernisse dar. Es kommt darauf an, wer gemessen an der öffentlichen Zwecksetzung den höheren Nutzen stiften kann<sup>880</sup>. Als Anhaltspunkt für die Güte der Leistung, also die aus der öffentlichen Zwecksetzung abgeleiteten Erfordernisse, gilt insbesondere die Nachhaltigkeit, d.h. die Dauerhaftigkeit und Zuverlässigkeit der Leistung. Daneben kommen sämtliche Qualitätsmerkmale der Leistung wie soziale und oder ökologische Komponenten, insbesondere die Sicherung einer flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung, Sozialverträglichkeit, Bedürftigkeit der Leistungsempfänger, die davon abhängige Gestaltung der Leistungsentgelte sowie sämtliche Qualitätsmerkmale der Leistung in Betracht<sup>881</sup>.

Zusätzliche Vergleichsschwierigkeiten dürften vor allem in Bereichen entstehen, in denen sich die Angebote von gemeindlichen und privaten Unternehmen sehr ähnlich sind. So werden sich regelmäßig im Bereich des Kreditgewerbes oder der Versorgungsunternehmen die Angebote hinsichtlich der Leistung und des Preises nicht sehr unterscheiden. Hier wird man verstärkt auf die Nachhaltigkeit abstellen müssen. *Püttner* spricht insoweit kritisierend von einem Ausweichen auf die „Gefühlskomponente“ bzw. von einem „Sympathievergleich“<sup>882</sup>.

<sup>876</sup> Vgl. *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 426 u. S. 430; *Berg*, WiVerw 2000, S. 141 ff., S. 151 f.; vgl. *Ehlers*, Gutachten E, S. 66; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; vgl. auch *Becker*, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1036 (Fn. 28)

<sup>877</sup> So auch *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 430; VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 997

<sup>878</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 438; vgl. *Ipsen*, in: FS für *Rauschnig*, S. 645 ff., S. 653

<sup>879</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 437

<sup>880</sup> *Ehlers*, Gutachten E, S. 80

<sup>881</sup> VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 995; vgl. *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 473; *Weiblen*, BWGZ 2000, S. 177 ff., S. 180; *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 430; *Ehlers*, Gutachten E, S. 80

<sup>882</sup> *Püttner*, Rechtliche Vorgaben für kommunale Unternehmen: Bremse oder Wettbewerbsvorteil?, in: *Kommunale Wirtschaft im Wandel - Chancen und Risiken*, S. 27 ff., S. 36

Zutreffend weist *Storr* darauf hin, dass eine getrennte Beurteilung einer wirtschaftlichen Betätigung nach Gesichtspunkten der Wirtschaftlichkeit auf der einen Seite und nach Subsidiaritätsgesichtspunkten auf der anderen Seite keineswegs immer zu gleichen Ergebnissen führt.

So müssen sich die Wirtschaftlichkeitsgrundsätze nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip decken, sondern können umgekehrt dem Subsidiaritätsprinzip sogar gegenläufig sein, etwa weil sich bei größeren Einheiten eher Synergieeffekte bzw. andere Größenvorteile (economies of scale) einstellen können, so dass sich Wirtschaftlichkeit erst ab einer bestimmten Größe erreichen lässt. Bietet dagegen ein öffentliches Unternehmen eine Leistung preisgünstiger und damit aber regelmäßig auch unwirtschaftlicher als ein privates Unternehmen an, widerspricht das Subsidiaritätsprinzip dem öffentlichen Engagement gleichwohl nicht, weil so beispielsweise der öffentliche Zweck der preisgünstigen Versorgung der Bevölkerung besser verfolgt wird<sup>883</sup>. Oftmals bedingt auch allein die Wichtigkeit der wahrgenommenen gemeindlichen Aufgaben und das damit verbundene gesteigerte Bedürfnis nach einem nachhaltigen Leistungsangebot eine bessere Erfüllung durch die Gemeinde. Je enger die in wirtschaftlicher Form wahrgenommene Aufgabe mit den gemeindlichen Aufgaben verbunden ist, desto häufiger werden sich solche Aufgaben durch private Unternehmen zwar eventuell wirtschaftlicher, seltener aber besser erfüllen lassen<sup>884</sup>. Dies nicht zuletzt deswegen, weil die gemeindlichen Unternehmen regelmäßig einem geringeren wirtschaftlichen Erfolgsdruck ausgesetzt sind als dies bei privaten Unternehmen der Fall ist, so dass das Interesse an einer nachhaltigen Zweckerfüllung hier oftmals weniger durch Schließungen oder Leistungskürzungen bedroht wird.

Während das Subsidiaritätsprinzip meist auf das Ergebnis, die Qualität und Quantität der Leistung abzielt, ist das Wirtschaftlichkeitsprinzip meist auf die Effizienz der Aufgabenerfüllung bezogen. Zwar kann das Subsidiaritätsprinzip auch die Art und Weise, das „Wie“ der Aufgabenerfüllung betreffen, aber nur dann, wenn das Verfahren die Aufgabe selbst ist, z.B. wenn eine bestimmte Aufgabe unter wettbewerblichen Rahmenbedingungen erbracht werden soll<sup>885</sup>. Aber auch soweit das Wirtschaftlichkeitsprinzip das „Ob“ der Aufgabenerfüllung umfasst, geschieht dies aus einem anderen Blickwinkel. Wenn die Kosten für das Gemeinwohl im Falle des Scheiterns eines privaten Unternehmens größer sind als die Kosten, die entstanden wären, wenn die öffentliche Hand die Aufgabe übernommen hätte, zeigt sich, dass das Subsidiaritätsprinzip mit dem Wirtschaftlichkeitsprinzip keineswegs konform geht. So insbesondere dann, wenn die Insolvenz des privaten Unternehmens nicht nur erhebliche soziale Folgekosten für die öffentliche Hand mit sich bringt, sondern die Aufgabe an sich nicht mehr erfüllt werden kann, die Infrastruktur in die Insolvenzmasse fällt und deshalb neue Investitionen der öffentlichen Hand erforderlich werden<sup>886</sup>. In die Wirtschaftlichkeitsüberlegungen sind daher immer auch die Privatisierungsfolgen einzu beziehen, während das Subsidiaritätsprinzip auf die eigentliche Aufgabe konzentriert ist<sup>887</sup>.

---

<sup>883</sup> Vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 438; vgl. *Ehlers*, NWVB1 2000, S. 1 ff., S. 3

<sup>884</sup> Vgl. *Stern/Püttner*, Gemeindegewirtschaft, S. 176; vgl. *Schmid* in: *Faiss/Giebler/Lang/Notheis/Schmid*, Kommunales Wirtschaftsrecht, Rn. 901; vgl. *VerfGH Rh.-Pf.*, DVBl 2000, S. 992 ff., S. 995

<sup>885</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 439

<sup>886</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 439

<sup>887</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 440

Bei einem Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsvergleich zwischen einem privaten Unternehmen und einem gemeindlichen Verbundunternehmen ist maßgeblicher Bezugspunkt das gesamte Unternehmen und nicht einzelne Sparten<sup>888</sup>.

Schwierig gestaltet sich der Vergleich zwischen gemeindlichem und privatem Unternehmen auch aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen von öffentlicher und privater Wirtschaft. Während erste fremdnützig, den öffentlichen Zweck gewissermaßen auf der Stirn tragend, die Maximierung bzw. Optimierung des Gemeinwohls verfolgt, ist der letzteren lediglich eigennützig an der Maximierung ihres Gewinnstrebens gelegen, so dass ein Vergleich zwischen staatlicher und privatwirtschaftlicher Aufgabenerfüllung problematisch wenn nicht gar unmöglich erscheint<sup>889</sup>. Letzteres dürfte insbesondere für den Fall öffentlicher Zwecksetzungen gelten, die nur die öffentliche Hand erfüllen kann, so etwa beim Ziel der Wettbewerbsbeeinflussung, so dass ein Vergleich mit der Privatwirtschaft hier ausscheidet<sup>890</sup>. Auch für den Fall, dass die von der Gemeinde anvisierte Aufgabe noch von keinem anderen privaten oder öffentlichen Aufgabenträger wahrgenommen wird, kann nicht festgestellt werden, dass sie von einem anderen Aufgabenträger besser bzw. genauso gut erfüllt werden könnte, so dass auch in dieser Konstellation ein Vergleich ausscheidet und die Gemeinde, da hypothetische Erwägungen hier nicht ausreichen, tätig werden darf<sup>891</sup>.

Auch zeigt sich in diesem Zusammenhang nochmals anhand des Wortlauts der Subsidiaritätsklauseln „besser“ bzw. „genauso gut“, wie verfehlt es ist, den öffentlichen Zweck auf den Fall des Marktversagens zu reduzieren. Würde man bereits beim alleinigen Vorhandensein eines privaten Unternehmens bzw. eines bestehenden Marktes den Marktzutritt der Gemeinde als nicht erforderlich bewerten, wären die Subsidiaritätsklauseln und die Verpflichtung zu einem Vergleich weitgehend überflüssig, denn es soll ja hierdurch gerade verglichen werden, wer besser und wirtschaftlicher bzw. gleich gut am Markt agiert. Ein solcher Vergleich würde aber regelmäßig verhindert, wenn die Gemeinden bereits aufgrund des Vorhandenseins eines anderen Anbieters ausgeschlossen wären.

*Köhler* plädiert hier nachvollziehbar dafür, die Subsidiaritätsklausel unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsprinzips zu sehen<sup>892</sup>. So führe das Hinzutreten eines weiteren Mitbewerbers (auch eines gemeindlichen Unternehmens) grundsätzlich lediglich zu einer hinzunehmenden Intensivierung des Wettbewerbs und zur Steigerung des Leistungsangebots. Nur wenn das Hinzutreten eines gemeindlichen Unternehmens zu Lasten eines funktionsfähigen und effizienten Wettbewerbs gehe, also die Gefahr einer Marktmonopolisierung drohe, wäre der Tatbestand der Subsidiaritätsklausel erfüllt<sup>893</sup>. Diese Sichtweise würde auch im Verbraucherinteresse liegen, da es nicht im Interesse des Verbrauchers liegen könne, die Gemeinde von der Erbringung bestimmter Leistungen auszuschließen und dadurch die Wahlfreiheit der

<sup>888</sup> VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 995 m.w.N.; *Schmid* in: *Faiss/ Giebler/ Lang/ Notheis/ Schmid*, Kommunales Wirtschaftsrecht, Rn. 901; krit. *Ehlers*, Gutachten E, S. 81

<sup>889</sup> *Ipsen*, in: FS für *Rauschnig*, S. 645 ff., S. 646 u. S. 653; *Püttner*, DÖV 2002, S. 731 ff., S. 735; *Scholl*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 85 ff., S. 92; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 437; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 474, S. 144; *ders.*, AfK 1999, S. 24 ff., S. 32; *Gerke*, Jura 1985, S. 349 ff., S. 352; *Gusy*, JA 1995, S. 166 ff., S. 170; vgl. *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 430; *Moraing*, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 260 f.; *Weiblen*, BWGZ 2000, S. 177 ff., S. 180; *Werner*, VBIBW 2001, S. 206 ff., S. 210; vgl. *Brede*, ZöGU 2003, S. 176 ff., S. 179; vgl. *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 336

<sup>890</sup> *Ehlers*, Gutachten E, S. 80

<sup>891</sup> Vgl. *Gusy*, JA 1995, S. 166 ff., S. 170

<sup>892</sup> Vgl. *Köhler*, WRP 1999, S. 1205 ff., S. 1209; vgl. auch *Werner*, VBIBW 2001, S. 206 ff., S. 210

<sup>893</sup> *Köhler*, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 8; *ders.*, WRP 1999, S. 1205 ff., S. 1209

Verbraucher zu beschränken<sup>894</sup>. In eine ähnliche Richtung argumentiert *Pagenkopf*, nach dem den Subsidiaritätsklauseln keine Schutzrichtung auf den privaten Wettbewerb hin zukomme, sondern ihnen eine Schutzrichtung in Richtung auf den besseren Wettbewerb, von wem er auch immer komme, innewohne<sup>895</sup>.

So nachvollziehbar diese Ansätze auch erschienen, dürften sie doch kaum mit Wortlaut und Intention der Landesgesetzgeber zu vereinen sein. Abgesehen davon wird die Prognose, wann eine wirtschaftliche Betätigung zu Lasten eines effizienten und funktionsfähigen Wettbewerbs geht, kaum einfacher zu treffen sein.

Praktische Schwierigkeiten entstehen auch aus dem Vergleichszeitpunkt bzw. dem Vergleichszeitraum. Regelmäßig wird man, in Anbetracht fehlender anderweitiger Regelungen, davon auszugehen haben, dass der Vergleichszeitpunkt ebenfalls der Zeitpunkt der Errichtung, wesentlichen Erweiterung oder Übernahme eines wirtschaftlichen Unternehmens ist<sup>896</sup>.

Diese Bewertung anhand einer punktuellen und für den Fall, dass noch kein gemeindliches Unternehmen besteht auch rein hypothetischen Momentaufnahme verträgt sich nur schwer mit unserer dynamischen Wettbewerbsordnung.

So lässt sich in Wirtschaftsordnungen mit freiem Wettbewerb meist nicht a priori feststellen, ob ein privates Unternehmen den öffentlichen Zweck ebenso gut und wirtschaftlich bzw. besser und wirtschaftlicher erfüllt oder erfüllen könnte wie ein gemeindliches Unternehmen. Die Kriterien der Güte und der Wirtschaftlichkeit der Leistung beziehen sich auf das Verhältnis von Qualität und Preis einer Leistung. Diese Größen sind dabei nicht von vornherein feststehende Größen, sondern sie unterliegen im Wettbewerb einem permanenten Wandel, werden ständig im Hinblick auf das Marktverhalten von Konkurrenten und Nachfragern angepasst und abgestimmt. Wettbewerb vollzieht sich in Vorstoß und Verfolgung. Dem Wettbewerb wohnt also ein dynamisches oder unstatistisches Wesen inne, so dass sich die Frage nach der gleich guten oder - je nach Klauselgestaltung - der besseren Leistungserbringung durch eine gemeindliche Wirtschaftsbeschäftigung nicht oder zumindest nur sehr schwer abstrakt-generell im Voraus beantworten lässt, sondern vielmehr nur konkret-individuell im Nachhinein<sup>897</sup>.

Die Frage, wer seitens der privaten Wirtschaft in den anzustellenden Vergleich mit einzubeziehen ist - nur der bereits tätige private Unternehmer oder aber auch der potentielle Unternehmer, der erst vorhat sich unternehmerisch zu betätigen - wird im Hinblick auf den regelmäßigen Wortlaut der Subsidiaritätsklauseln - „erfüllt werden kann“<sup>898</sup> - in Schrifttum<sup>899</sup> und Rechtsprechung<sup>900</sup> zutreffend dahingehend beantwortet, dass auch der potentielle Unternehmer in die Vergleichsbetrachtung mit einzubeziehen ist. Aber auch abgesehen vom unterschiedlichen Wortlaut der einzelnen Gemeindeordnungen kann es kaum Sinn des Gesetzes sein, einen Vergleich zwischen

<sup>894</sup> *Köhler*, WRP 1999, S. 1205 ff., S. 1209

<sup>895</sup> *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 181 m.w.N.

<sup>896</sup> Die Beantwortung der Frage, ob die Voraussetzungen der Schrankentrias durch die gemeindlichen Unternehmen permanent zu erfüllen sind, sie sich also ständig einem Vergleich stellen müssen oder einmal errichteten Unternehmen bei Fortfall der Voraussetzungen Bestandsschutz zukommt, wird wegen des Zusammenhangs im Rahmen der Erörterung der Bestandsschutzproblematik vorgenommen, vgl. unten 5. Teil. D.

<sup>897</sup> *Köhler*, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 8; *ders.*, WRP 1999, S. 1205 ff., S. 1209

<sup>898</sup> Vgl. § 102 Abs. I Nr. 3 BWGO; Art. 87 Abs. I Nr. 4 BayGO

<sup>899</sup> *Stern*, AfK 1964, S. 81 ff., S. 102; *Lerche*, Juristische Analysen 1970, S. 821 ff., S. 866; *Köttgen*, Wirtschaftliche Betätigung, S. 597 f.

<sup>900</sup> VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 997

einem konkret beabsichtigten wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde und einem imaginären Privatunternehmen zu verlangen. Andernfalls wäre der Vergleich uferlos und die Vorschrift überhaupt nicht mehr handhabbar, so dass unter Berücksichtigung des Normzwecks nur solche Unternehmen, die die von der Gemeinde beabsichtigte Leistung bereits anbieten oder dies bereits konkret planen in den Vergleich mit einzubeziehen sind<sup>901</sup>.

Auch dürfte es für eine zu einer konkreten wirtschaftlichen Betätigung entschlossenen Gemeinde schwer nachzuweisen sein, dass es keine privaten Unternehmen gibt, die die öffentliche Zwecksetzung besser und wirtschaftlicher erreichen könnten. Selbst der nahe liegende Gedanke an ein öffentliches Ausschreibungsverfahren, um hierdurch eine Konkretisierung des Vergleiches herbeizuführen<sup>902</sup>, vermag nicht alle Probleme zu lösen. So bräuchten auch hier die den Planungen zu Grunde liegenden internen Kalkulationen nicht offen gelegt werden. Da jeder potentiell konkurrierende Privatunternehmer ein möglichst preisgünstiges Angebot vorlegen würde, um die gemeindliche Konkurrenz zu verhindern bzw. einen Auftrag an Land zu ziehen, fragt sich, wie realistisch solche Angebote sind. Oftmals wird so die Gefahr bestehen, dass es sich nur um ein Einstiegsangebot handelt, das auf Dauer nicht zu halten ist. Auch stellt sich das Problem, wie sich die Festlegung der konkreten wirtschaftlichen Betätigung in der Ausschreibung mit der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit verträgt<sup>903</sup>.

Eine völlige Vergleichbarkeit wird sich damit nicht herstellen lassen, gleicht diese Forderung doch der Quadratur des Kreises. Wenn bei aller Vergleichbarkeit öffentliche Unternehmen exakt den gleichen Bedingungen wie private Unternehmen unterliegen und das Gleiche tun sollen, wird regelmäßig die öffentliche Zwecksetzung auf der Strecke bleiben<sup>904</sup>. Völlige Gleichheit soll und kann daher nicht hergestellt werden. Der Vergleich wird somit immer hinken, da die Gemeinden eben keine normalen Mitspieler am Markt, sondern vielmehr handicaped-player sind<sup>905</sup>.

Diese zahlreichen Schwierigkeiten, die bei einem solch mehrdimensionalen Vergleich auftreten sowie die Tatsache, dass die aus dem Vergleich resultierende Entscheidung aufgrund der zahlreichen Beurteilungsspielräume bzw. Einschätzungsprärogativen kaum justiziabel ist, machen auch die Subsidiaritätsklauseln nicht zu den häufig geforderten Hürden, die die gemeindliche Wirtschaft wirkungsvoll begrenzen können. Um diese Schwäche zu kompensieren, wird nun in einigen wenigen Gemeindeordnungen<sup>906</sup> versucht, diese Vergleichsentscheidung durch Marktanalysen

---

<sup>901</sup> Vgl. VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 997

<sup>902</sup> Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 438; vgl. auch Püttner, Rechtliche Vorgaben für kommunale Unternehmen: Bremse oder Wettbewerbsvorteil, in: Kommunale Wirtschaft im Wandel - Chancen und Risiken, S. 27 ff., S. 30, S. 31; ders., DÖV 2002, S. 731 ff., S. 735

<sup>903</sup> Schmid in: Faiss/ Giebler/ Lang/ Notheis/ Schmid, Kommunales Wirtschaftsrecht, Rn. 901; Püttner, Rechtliche Vorgaben für kommunale Unternehmen: Bremse oder Wettbewerbsvorteil, in: Kommunale Wirtschaft im Wandel - Chancen und Risiken, S. 27 ff., S. 30, S. 31; ders., DÖV 2002, S. 731 ff., S. 735; Borrmann, ZögU 1999, S. 256 ff., S. 267 f.

<sup>904</sup> Dieses Dilemma wurde bereits als die Aufgabe der Einheit der Rechtsordnung beklagt, vgl. Cronauge, AfK 1999, S. 24 ff., S. 29; vgl. Jarass, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 3 m.w.N.

<sup>905</sup> Hill, BB 1997, S. 425 ff., S. 426 ff.; vgl. Löwer, NWVBl 2000, S. 241 ff., S. 245; Berg, WiVerw 2000, S. 141 ff., S. 151 f.; vgl. Ehlers, Gutachten E, S. 66; Hill, BB 1997, S. 425 ff., S. 426; Rennert, JZ 2003, S. 385 ff., S. 394; Scholl, in: Zur Reform des Gemeindewirtschaftsrechts, S. 85 ff., S. 94; vgl. auch Becker, DÖV 2000, S. 1032 ff., S. 1036 (Fn. 28); vgl. Jarass, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 5 f. u. S. 93 f.

<sup>906</sup> § 71 Abs. I Nr. 4 S. 2 ThürKO; §§ 100 Abs. III, 101 Abs. IV BbgGO; § 107 Abs. V NWGO

bzw. Markterkundungsverfahren und Branchendialoge zumindest transparenter und damit nachvollziehbarer zu machen. Durch diese Akzentverschiebung vom Sachrecht in das Verfahrensrecht<sup>907</sup> sollen die Subsidiaritätsklauseln „Zähne“<sup>908</sup> bekommen, um sicherzustellen, dass der geforderte Vergleich auch tatsächlich stattfindet.

Auch wenn diesen - teilweise offenbar an das Interessenbekundungsverfahren des § 7 Abs. II BHO angelehnten<sup>909</sup> - Markterkundungsverfahren nur begrenzte verfahrensrechtliche Wirkung zukommt, indem sie die Gemeinden nicht zur Übernahme der Ergebnisse zwingen<sup>910</sup> und sich hiermit auch nicht die bestehenden Einschätzungsprärogativen beseitigen lassen, sind sie doch immerhin in der Lage, die teilweise ohnehin anzustellenden Überlegungen<sup>911</sup> zu formalisieren. So kann dem betroffenen Handwerk, Handel und der Industrie durch diese Verfahrensregelungen die Gelegenheit zur Stellungnahme zugesichert und damit insgesamt transparentere und nachvollziehbarere Entscheidungen gefördert werden.

Inwieweit diese verfahrensrechtlichen Regelungen tatsächlich eine Gefährdung der Chancengleichheit im Wettbewerb bewirken, indem etwa privaten potentiellen Konkurrenten die Einsicht in gemeindliche Interna und Geschäftsgeheimnisse ermöglicht wird<sup>912</sup>, hängt wohl in erster Linie von einer maßvollen Handhabung in der Praxis ab. Darüber hinaus gilt auch hier zu bedenken, dass sich eine völlige Gleichstellung nicht erreichen lassen wird und den gemeinderechtlichen Nachteilen auch regelmäßig Vorteile gegenüberstehen<sup>913</sup>.

## **b) Verstoß gegen Selbstverwaltungsgarantie und Rechtsstaatsprinzip**

Insbesondere die echten bzw. verschärften Subsidiaritätsklauseln sehen sich im Schrifttum auch mit verfassungsrechtlichen Bedenken konfrontiert<sup>914</sup>. Problematisch erscheinen die Subsidiaritätsklauseln zum einen im Hinblick auf die kommunale Selbstverwaltungsgarantie und zum anderen in Bezug auf das Rechtsstaatsprinzip bzw. den Bestimmtheitsgrundsatz.

### **aa) Verstoß gegen die Selbstverwaltungsgarantie**

Zweifellos verschiebt sich durch die echten bzw. verschärften Subsidiaritätsklauseln die Grenzlinie zwischen gemeindlicher und privater Wirtschaft zu Lasten der ersteren, besteht hier doch bereits schon bei Leistungsparität zwischen gemeindlichem

<sup>907</sup> Vgl. *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 336; vgl. auch *Grawert*, Kommunale Wirtschaftsbetätigung im Wettbewerb, in: *Kommunen am Markt*, S. 9 ff., S. 18; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff. S. 137

<sup>908</sup> *Ehlers*, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 2

<sup>909</sup> So *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 429; vgl. § 107 Abs. V NWGO

<sup>910</sup> *Ehlers*, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 2; *ders.*, Gutachten E, S. 142; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 138

<sup>911</sup> In Baden-Württemberg, dessen Gemeindeordnung keine verfahrensrechtliche Regelung vorsieht, weist die Gesetzesbegründung auf die Notwendigkeit der Prüfung relevanter Marktgegebenheiten hin, vgl. LT-Drs. BW 12/4055, S. 23 ff.

<sup>912</sup> Vgl. *Moraing/Püttner*, Entwicklungen im Gemeindegewirtschaftsrecht, in: *ÖPNV in Bewegung*, S. 45 ff., S. 49

<sup>913</sup> Vgl. auch *Ehlers*, Gutachten E, S. 84

<sup>914</sup> *Moraing*, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 249 f.; *ders.*, in: *Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts*, S. 41 ff., S. 61; vgl. *ders.*, der städte tag 1997, S. 285 ff., S. 287; *Püttner*, Rechtliche Vorgaben für kommunale Unternehmen: Bremse oder Wettbewerbsvorteil?, in: *Kommunale Wirtschaft im Wandel - Chancen und Risiken*, S. 27 ff., S. 36; *ders.*, *Zur Reform des Kommunal-Wirtschaftsrechts in Rheinland-Pfalz*, S. 3 ff.; *Wieland/Hellermann*, *Schutz des Selbstverwaltungsrechts*, S. 44 ff., S. 63 f.; wohl auch *Grimme-Benne*, LKV 1996, S. 54 ff. S. 56; *Henneke*, Nds.VBl 1999, S. 1 ff., S. 2; vgl. aber auch *ders.*, DVBl 2000, S. 997 ff., S. 997 f.; *Cronauge*, *Kommunale Unternehmen*, Rn. 478

und privatem Unternehmen ein Betätigungsverbot der Gemeinde. Fraglich ist somit, ob sich der hierdurch bewirkte Aufgabenentzug zu Lasten der Gemeinde und zu Gunsten der privaten Wirtschaft mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. II GG verträgt.

Teilweise wird diesbezüglich sogar eine Kernbereichsverletzung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie für möglich gehalten. So werde durch die Subsidiaritätsklauseln die Möglichkeit geschaffen, die Selbstverwaltungsgarantie auszuhöhlen, indem die Gemeinde nur noch ausnahmsweise, namentlich für den Fall des Fehlens eines privaten Unternehmens, das den Zweck genauso gut und wirtschaftlich erfüllen kann, tätig werden könnte. Damit werde ihr aber der Spielraum zu einer nennenswerten und kraftvollen wirtschaftlichen Betätigung, vor allem auf den rentablen Tätigkeitsfeldern örtlich radizierter Daseinsvorsorge, beraubt und hierdurch der Kernbereich zumindest gefährdet, da durch den Wegfall dieser Bereiche auch der Betrieb finanziell defizitärer gemeindlicher Unternehmen in Gefahr gebracht werde<sup>915</sup>.

Aber auch wenn eine Kernbereichsverletzung nicht vorliege, seien die echten Subsidiaritätsklauseln mit Art. 28 Abs. II GG unvereinbar. In Anlehnung an die *Rastede*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sei durch das außerhalb des Kernbereichs geltende Aufgabenverteilungsprinzip zu Gunsten der Gemeinde ein Aufgabenentzug von örtlich relevanten Aufgaben auch zu Gunsten privater Unternehmen nur aus eingeschränkten Gründen, die gegenüber dem verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilungsprinzip überwiegen müssten, möglich. Zwar könnten diese *Rastede*-Maßstäbe nicht unmittelbar auf die hier vorliegende Konstellation der Entstaatlichung von Aufgaben zu Gunsten Privater Anwendung finden<sup>916</sup>, jedoch seien beide Konstellationen vergleichbar, gehe es doch in beiden Konstellationen um die Gefährdung bzw. Beschränkung des gemeindlichen Aufgabenkreises, so dass auch hier die strengen Hochzonungsmaßstäbe anzulegen seien<sup>917</sup>. Die Wirkungen eines gesetzgeberischen Entzuges von Aufgaben zu Gunsten der Privatwirtschaft stellten sich dabei sogar als eher noch gravierender dar, weil die wirtschaftliche Betätigung nicht einem anderen öffentlichen Aufgabenträger übertragen, sondern ganz aus dem Bereich öffentlicher Daseinsvorsorge herausgenommen werde<sup>918</sup>.

Damit genüge zur Rechtfertigung staatlicher Privatisierungsvorhaben nicht allein die Berufung darauf, dass der staatliche Gesetzgeber das politische Ziel der Privatisierung verfolge. Diese Annahme verkenne, dass die politische Entscheidung darüber, welche Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft der gesellschaftlichen bzw. privatwirtschaftlichen Initiative überlassen bleiben und welche die Gemeinde als Träger der öffentlichen Verwaltung in ihrer Verantwortung übernimmt durch Art. 28 Abs. II GG prinzipiell gerade den Gemeinden selbst übertragen sei<sup>919</sup>.

Das Prinzip der gemeindlichen Allzuständigkeit erfordere insoweit, dass die Entscheidung über gemeindliche Wirtschaftsaktivität zur örtlich radizierten Daseinsvorsorge prinzipiell den Gemeinden verbleibt und der Gesetzgeber Beschränkungen nur zur Verfolgung konkreter überwiegender Interessen des Gemeinwohls vornehmen darf. Ein gesetzgeberischer Aufgabenentzug aus Gründen bloßer Verwaltungseffi-

<sup>915</sup> *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 217 f.; vgl. *Moraing*, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 249 f.

<sup>916</sup> *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 39

<sup>917</sup> *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 31 u. S. 41; *dies.*, DVBl 1996, S. 401 ff., S. 407 ff.; *dies.*, in: Zur Reform des Gemeindefinanzrechts, S. 117 ff., S. 128 f.; *Hellermann*, Daseinsvorsorge, S. 142 ff.; vgl. *Moraing*, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 250 f.; *Stern*, AfK 1964, S. 81 ff., S. 91 f.; *Meyer*, LKV 2000, S. 321 ff., S. 322

<sup>918</sup> *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 41

<sup>919</sup> *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 43

zienz und allgemeiner Wirtschaftlichkeit sei danach auch hier nicht zulässig<sup>920</sup>. Da sich für die lediglich ordnungspolitisch motivierten echten Subsidiaritätsklauseln aber keine solchen sachlichen Gemeinwohlgründe fänden, missachteten sie die verfassungsrechtliche Aufgabenzuständigkeit und machten die wirtschaftliche Betätigung zur Ausnahme und einen verfassungsrechtlich nicht vorgesehenen Vorrang privater Dritter zur Regel, so dass diese Regelungen nicht verfassungskonform seien<sup>921</sup>.

### (1) Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie

Der Verletzung des Kernbereichs der Selbstverwaltungsgarantie ist zu widersprechen. Zwar ist die gemeindliche Wirtschaftsbeschäftigung wichtiger Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie und wird sogar in bestimmten Erscheinungsformen - namentlich für den Bereich der Daseinsvorsorge - sogar dem typusbestimmenden, unantastbaren Kernbereich zugeordnet<sup>922</sup>.

Gerade dieser Bereich wird aber in sämtlichen Gemeindeordnungen, die über eine echte Subsidiaritätsklausel verfügen, entweder durch die Klassifizierung als nichtwirtschaftliche Einrichtungen von den gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften befreit<sup>923</sup>, oder aber durch eine ausdrückliche Einschränkung des Anwendungsbereichs der Subsidiaritätsklausel auf Bereiche außerhalb der Daseinsvorsorge bzw. außerhalb besonders genannter Bereiche<sup>924</sup> von der Anwendung ausgenommen.

Damit muss aber zumindest eine Kernbereichsverletzung ausscheiden. Wie bereits die Bedenkenräger gegen die echten Subsidiaritätsklauseln zugeben, ist eine Kernbereichsverletzung nur dann anzunehmen, wenn überhaupt kein nennenswerter Spielraum für die wirtschaftliche Betätigung verbleiben würde und die kommunale Selbstverwaltung in diesem wichtigen Teilaspekt völlig ausgehöhlt wäre<sup>925</sup>. Zudem verbleibt der Gemeinde auch immer noch das Zugriffsrecht auf Aufgaben, die weder einem anderen Aufgabenträger zugeordnet sind, noch von einem anderen besser und wirtschaftlicher wahrgenommen werden können<sup>926</sup>.

Zwar ist es richtig, dass das neuerdings zu konstatierende Wiederauftauchen des unscharfen Begriffs der Daseinsvorsorge in den Subsidiaritätsklauseln Unsicherheiten hinsichtlich ihres Anwendungsbereiches fördert<sup>927</sup>. Warum aber diese Freistellungsregelungen, die den Bereich der Daseinsvorsorge dem Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklauseln entziehen verfassungswidrig sein sollen ist nicht erkennbar. Wür-

<sup>920</sup> Vgl. *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 42 u. S. 187 f.

<sup>921</sup> *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 218 f.; *Wieland/Hellermann*, DVBl 1996, S. 401 ff., S. 407 f.; *dies.*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 44 ff. u. S. 63 f.; *Moraing*, in: Zur Reform des Gemeindefinanzrechts, S. 41 ff., S. 61; *ders.*, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 249 f.; *ders.*, der städtetag 1997, S. 285 ff., S. 287; *Cronauge*, AfK 1999, S. 24 ff., S. 30; *ders.*, Kommunale Unternehmen, Rn. 479

<sup>922</sup> Vgl. bereits oben 4. Teil. F.

<sup>923</sup> Vgl. § 85 Abs. III RhPfGO; § 68 Abs. II MVKV; § 101 Abs. II BbgGO. Nicht einsichtig erscheint hier die Auffassung, § 101 Abs. II BbgGO fingiere lediglich einen öffentlichen Zweck, befreie aber nicht von den übrigen Voraussetzungen der Schrankentrias. So aber *Schmal*, LKV 2000, S. 47 ff., S. 49. Wie hier dagegen, für eine Befreiung nichtwirtschaftlicher Unternehmen von den Voraussetzungen der Schrankentrias insgesamt *Knemeyer/Kempfen*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, BesVerw II, § 17 Rn. 41; *Stober*, Kommunalrecht, S. 338; *Meyer*, Kommunalrecht, Rn. 625; *ders.*, LKV 2000, S. 321 ff., S. 323; *David*, NVwZ 2000, S. 738 ff., S. 739

<sup>924</sup> Vgl. Art. 87 Abs. I Nr. 4 BayGO; § 71 Abs. I Nr. 4 ThürKO

<sup>925</sup> *Moraing*, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 250

<sup>926</sup> So auch *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 217 f.

<sup>927</sup> *Ipsen*, in: FS für *Rauschnig*, S. 645 ff., S. 656; *Werner*, VBIBW 2001, S. 206 ff., S. 210; *Ehlers*, Gutachten E, S. 82

de man diese Regelungen als eine Ermächtigung zu einem gemeinwohlschädlichen Verhalten bewerten, weil die bessere und wirtschaftlichere Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch gemeindliche Konkurrenz behindert werden darf und damit eine Verletzung des Rechtsstaatsgebots und des Art. 12 GG annehmen<sup>928</sup>, müsste man konsequenterweise auch bereits die Freistellung der nichtwirtschaftlichen Unternehmen von den gemeinderechtlichen Kautelen als unzulässig bewerten.

Dem ist nicht zu folgen. Der Dispens kann und soll nicht von einer Gemeinwohlverpflichtung befreien, sondern in typischerweise unrentablen, eher der Verwaltung als der Wirtschaft zuzurechnenden Tätigkeitsbereichen auch eine unwirtschaftliche Gemeinwohlverfolgung unabhängig von den gemeinderechtlichen Kautelen ermöglichen. Dass jedoch auch in diesem Bereich bereits durch die auch hier bestehende Gemeinwohlbindung zumindest eine Grobkontrolle stattzufinden hat, versteht sich von selbst.

## (2) Randbereich der Selbstverwaltungsgarantie

Die Beantwortung der Frage nach einer Verletzung des Randbereichs erscheint dagegen nicht mehr so eindeutig. Zunächst erscheint es fraglich, ob auch in dieser Konstellation die strengen *Rastede*-Maßstäbe anzuwenden sind.

Wie bei den bereits erörterten gemeinderechtlichen Expansionsklauseln geht es auch bei einem drohenden Aufgabenentzug zu Gunsten Privater durch echte Subsidiaritätsklauseln nicht um die der *Rastede*-Entscheidung zu Grunde liegende Konstellation der Hochzonung zu Gunsten übergeordneter Verwaltungsträger. Aber auch die den gemeinderechtlichen Expansionsklauseln zu Grunde liegende Konstellation der Querzonung zu Gunsten gleichgeordneter Verwaltungsträger unterscheidet sich von dem hier zu untersuchenden Aufgabenentzug durch echte Subsidiaritätsklauseln, geht es doch hier quasi um eine Querzonung in den privaten Bereich hinein<sup>929</sup>, da sich die Gemeinde in dem vom Aufgabenentzug bedrohten Kompetenzbereich durch die unternehmerischen Handlungsformen dem privaten Bereich gleichordnet.

Die Folgen eines Aufgabenentzuges durch die der *Rastede*-Entscheidung zu Grunde liegende Hochzonung und die Folgen eines Aufgabenentzuges zu Gunsten Privater durch echte Subsidiaritätsklauseln sind jedoch vergleichbar, denn auch durch das Betätigungsverbot bei gleich guter und wirtschaftlicher Zweckerfüllung durch die Subsidiaritätsklauseln findet wie bei der Hochzonung eine echte Beschneidung von gemeindlichen Kompetenzen statt. Die gemeinderechtlichen Expansionsklauseln führen dagegen meist nur zu einer bloßen Ausstrahlungswirkungen mit einer Belasung der Kompetenz<sup>930</sup>.

Mögen sich auch die Folgen im Vergleich zur Hochzonung ähneln, erscheint eine Heranziehung der *Rastede*-Maßstäbe gleichwohl nicht angezeigt. Dies ergibt sich aus der Schutzrichtung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. II GG.

Art. 28 Abs. II GG ist seiner Intention nach eine staatsgerichtete Kompetenznorm und keine wirtschaftsorientierte Befugnisnorm, die eine wettbewerbsrechtliche Betätigung mit privaten Unternehmen gestattet. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung richtet sich an den Staat und regelt die Aufgabenverteilung innerhalb der Staatsorganisation. Dies ergibt sich aus der systematischen Stellung des Art. 28 Abs.

<sup>928</sup> So Ehlers, Gutachten E, S. 82 f.

<sup>929</sup> Teilweise wird die Aufgabenverlagerung in den privaten Bereich auch als eine Verlagerung „nach unten“ bezeichnet, vgl. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 364 f.

<sup>930</sup> Vgl. bereits oben 4. Teil F. II. 8. a)

II GG im Abschnitt „Der Bund und die Länder“. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie befindet sich damit in einem Umfeld von Normen, die ausschließlich die innere Staatsorganisation betreffen. Sie weist lediglich Zuständigkeitsbereiche innerhalb der Staatsorganisation zu, enthält aber keine Verteilungsregel zwischen Staat und Privatwirtschaft, insbesondere vermittelt diese Norm keine Befugnisse zum Eingriff in den Aufgabenbestand Privater<sup>931</sup>.

Der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie lässt sich lediglich eine qualifizierte Rechtsetzungsbefugnis bzw. ein Anspruch der Gemeinden gegenüber dem Gesetzgeber entnehmen, eine solche Ermächtigungsgrundlage zu schaffen<sup>932</sup>. Als staatsorganisationsrechtliches Prinzip vermag sie allein gegen eine Hochzonung von Aufgaben zu schützen. Für die Aufgabenabgrenzung zum privaten Bereich ist sie bedeutungslos, da sie keine diesbezügliche Aufgabenverteilungsregel enthält. Insbesondere vermag sie die Gemeinden nicht vor Aufgabenverlagerungen „nach unten“ bzw. in den gesellschaftlichen Bereich zu schützen<sup>933</sup>.

Dies gilt in beide Richtungen. Weder schützt die Selbstverwaltungsgarantie die Gemeinde vor der Privatwirtschaft, noch kann sich die Privatwirtschaft zur Abwehr der gemeindewirtschaftlichen Betätigung auf die Selbstverwaltungsgarantie berufen<sup>934</sup>.

Auch teleologisch wird dies bestätigt, dient doch die kommunale Selbstverwaltung der Stärkung der dezentralen Verwaltungsebene im Sinne einer Demokratie von unten. In diesem Zusammenhang beinhaltet Art. 28 Abs. II GG ein Auflagenverteilungsprinzip innerhalb der Staatsorganisation und daher kein Verteilungsprinzip zwischen privater und gemeindlicher Wirtschaft. Ort für die Abgrenzung von staatlicher und privater Aktivität sind nicht die Staatorganisationsnormen, sondern die Grundrechtsgewährleistungen und das einfache Recht<sup>935</sup>.

Allein aufgrund der Bedrohlichkeit einer teilweisen Aufgabenprivatisierung für die kommunale Selbstverwaltung und der vergleichbaren Folgen in Form der Beschneidung gemeindlicher Aufgabenfelder kann nicht einfach auf ein bestimmendes Verhältnis des Art. 28 Abs. II GG zur Privatwirtschaft (im Sinne einer Privatisierungsschranke) geschlossen werden. *Burgi* weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass allein die Tatsache, dass - im Gegensatz zu einer Hochzonung zu Gunsten übergeordneter Verwaltungsträger - hier am Ende die Begünstigung von Grundrechtsträgern steht, zu denken geben sollte<sup>936</sup>. Es stellt also durchaus einen Unterschied dar, ob der Staat quasi fremdnützig gemeindliche Aufgaben zu Gunsten der privaten Wirtschaft entzieht oder aber der Aufgabenentzug quasi eigennützig zu

<sup>931</sup> *Schmidt-Aßmann*, in: *ders.*, BesVerwR, 1. Abschnitt Rn. 9; *Stober*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 2; *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 823; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 301; *Ruffert*, NVwZ 2000, S. 763 ff., S. 764; *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG, Art. 28 Rn. 10a; vgl. *Pielow*, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 374; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 133; VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 996; *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 48; *ders.*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 23 ff., S. 28; *Ipsen*, in: FS für *Rauschnig*, S. 645 ff., S. 662; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 224; *Dolde*, ZHR 2002, S. 515 ff., S. 516; *Schönershofen/Binder-Falcke*, VR 1997, S. 109 ff., S. 109 f.; *Berg*, WiVerw 2000, S. 141 ff., S. 148; *Löwer*, DVBl 1991, S. 132 ff., S. 140; *Ossenbühl*, Energierechtsreform, S. 16 ff.; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 28 Rn. 10 m.w.N.

<sup>932</sup> *Kluth*, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 203; *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 346

<sup>933</sup> Vgl. *Hösch*, WiVerw 2000, S. 172 ff., S. 175 f.; *Ossenbühl*, Energierechtsreform, S. 16 ff.; *Löwers*, VVDStRL 60 (2001), S. 435 f.; *Henneke*, GK 2000, S. 1 ff., S. 3; vgl. *Dürig*, BayVBl 1959, S. 201 ff., S. 203; *Heintzen*, Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung, S. 32; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 364 f.

<sup>934</sup> *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 133; *Ruffert*, NVwZ 2000, S. 763 ff., S. 764

<sup>935</sup> Vgl. *Ossenbühl*, Energierechtsreform, S. 22 ff. m.w.N.; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 133

<sup>936</sup> *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 299

Gunsten höherer Verwaltungsträger erfolgt. Damit wird deutlich, dass die Auffassung, nach der es letztlich keine Rolle spielt, ob der Aufgabenentzug zu Gunsten der Privatwirtschaft oder zu Gunsten höherer Verwaltungsträger erfolgt, da lediglich auf das vergleichbare Ergebnis des Aufgabenentzuges zu Lasten der Gemeinde abgestellt wird und nach der, unabhängig vom Motiv des Aufgabenentzuges, in beiden Fällen nur der Staat als der den gemeindlichen Handlungsspielraum bedrohenden „Angreifer“ gesehen wird, der Natur des Art. 28 Abs. II GG nicht gerecht wird und zu formal erscheint.

Zugegebenermaßen erscheint es jedoch besonders aus gemeindlicher Sicht verständlich, die kommunale Selbstverwaltungsgarantie auch im Bürger-Staat-Verhältnis gegenüber dem Bürger bzw. der privaten Wirtschaft in Anschlag bringen zu wollen. Hierfür liegt es nahe, um Art. 28 Abs. II GG umfassend vor einer schleichenden Aushöhlung zu bewahren, der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie quasi eine Rundumschutzfunktion zuzusprechen, die die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit auch gegenüber dem Bürger schützt und legitimiert<sup>937</sup>. Verständlich erscheint dieser Versuch nicht zuletzt deshalb, da sich durch die Marktliberalisierungen, die Entmonopolisierungen der angestammten Geschäftsfelder und dem Erschließen neuer Geschäftsfelder sowie durch allgemeine Privatisierungstendenzen die „Hauptfronten“ gegen die kommunale Selbstverwaltung verschoben haben.

So dürfte heute die größte Bedrohung nicht mehr von einem Aufgabenentzug zu Gunsten höherer Verwaltungsträger ausgehen, sondern vielmehr von einem Aufgabenentzug zu Gunsten der privaten Wirtschaft. Die Gefahr der Aushöhlung durch die Privatwirtschaft erscheint damit als ein gar nicht mehr so „unglaubliches Schreckensszenario“ wie es *Ossenbühl*<sup>938</sup> einmal umschrieben hat. Der Tatsache, dass es - wie im Falle der Hochzonung - auch im Falle des Aufgabenentzuges zu Gunsten der Privatwirtschaft zunächst einmal der Staat ist, der gesetzgeberisch die Voraussetzungen für privatwirtschaftliches Handeln schafft, wird daher bestimmt mehr Bedeutung zukommen um eine Vergleichbarkeit und damit eine Erstreckung der Hochzonungsmaßstäbe zu erreichen.

Auch erscheint die Überlegung, die Garantien der kommunalen Selbstverwaltung aufgrund ihrer Rechtsnatur als Einrichtungsgarantie gegen jeden Akteur anzuwenden, von welchem sie tatsächlich beeinträchtigt werden können, nachvollziehbar. Da die kommunale Selbstverwaltungsgarantie als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung beansprucht, müssten auch Zugriffe von privater Seite durch die Einrichtungsgarantie abzuwehren sein. Aufgrund ihrer Grundrechtsähnlichkeit ließe sich ihr damit, in Anlehnung an die Grundrechtsterminologie, eine Art Drittwirkung zuschreiben, indem man ihr neben der Hauptrichtung des Einrichtungsschutzes gegen den Staat auch eine Schutzfunktion gegenüber der Privatwirtschaft zukommen lässt<sup>939</sup>.

Ob hier also kategorisch jegliche Schutzfunktion ausgeschlossen sein muss, mag dahingestellt bleiben. Immerhin gesteht doch auch *Ossenbühl*<sup>940</sup> zu, dass eine unein-

<sup>937</sup> So *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 136; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rn. 523; wohl auch *Stern/Püttner*, Gemeindegewirtschaft, S. 173; *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 31; *Ehlers*, VVDStRL 60 (2001), Aussprache, S. 598

<sup>938</sup> *Ossenbühl*, Energierechtsreform, S. 24 f.

<sup>939</sup> So *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rn. 521 f. u. Rn. 523; a.A. *Pappermann*, DVBl 1976, S. 766 ff., S. 767 m.w.N., der insbesondere eine die Selbstverwaltungskörperschaften untereinander bindende Drittwirkung ablehnt.

<sup>940</sup> *Ossenbühl*, Energierechtsreform, S. 24 f.

geschränkte Schmälerung des gemeindlichen Wirkungskreises im Wege der „Salami-Taktik“ unzulässig wäre.

Andererseits stehen der Gemeinde jedoch auch hoheitliche, nicht auf Private übertragbare Aufgaben zu. Ferner dürfte die Daseinsvorsorge und insbesondere die über sie hinausgehende wirtschaftliche Betätigung nach Zweck und Stellung der Gemeinden im Staatsaufbau zwar ein wesentlicher und bedeutender Aufgabenbereich, aber eben nicht der einzig wesentlich Aufgabenbereich sein, so dass die Gemeinden durch eine Aufgabenschmälerung zu Gunsten der Privatwirtschaft allein schwerlich um Funktion und Identität zu bringen sind<sup>941</sup>.

Grundsätzlich muss es jedoch dabei bleiben, dass nicht die Staatorganisationsnormen, sondern die Grundrechtsgewährleistungen und das einfache Recht die Abgrenzungen zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Aktivität vornehmen. Insbesondere hat das in Art. 28 Abs. II GG und in den entsprechenden Vorschriften der Landesverfassungen zum Ausdruck kommende Aufgabenverteilungsprinzip zu Gunsten der Gemeinde die Aufgabe, die dezentrale gemeindliche Verwaltungsebene gegenüber zentralistischen Tendenzen zu stärken und zu schützen. Hiermit hat die Aufgabenprivatisierung nichts gemein<sup>942</sup>. Jedenfalls erscheint eine Erstreckung der strengen Hochzonenmaßstäbe auf einen Aufgabenentzug zu Gunsten privater Unternehmen nicht angezeigt<sup>943</sup>.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass der privatisierende Gesetzgeber außerhalb des Kernbereichs der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie frei von jeglichen rechtlichen Bindungen wäre. Zwar ist die kommunale Selbstverwaltung nur im Rahmen bzw. nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet, jedoch sind die hier zuständigen gesetzgebenden Landesverfassungsorgane aufgrund der Gemeinwohlbindung zur Wahrung des Gemeinwohls verpflichtet. In das Selbstverwaltungsrecht darf daher nur insoweit eingegriffen werden, als dies durch das Gemeinwohl geboten ist. Jedoch kommt dem Gesetzgeber hierbei ein weiter Gestaltungsspielraum zu<sup>944</sup>. Die Selbstverwaltungsgarantie schützt dabei keinen bestimmten, feststehenden Aufgabenbestand und auch keine Wahrnehmungsrechte für einen konkreten Aufgabenbestand. Sie ist für Fortentwicklungen in die Zukunft hinein offen<sup>945</sup>.

Ein Verstoß gegen dieses Gemeinwohlgebot kann in den echten Subsidiaritätsklauseln aber gerade nicht gesehen werden. Vielmehr kommt diesen Klauseln ja gerade die Aufgabe zu, die bestmögliche Gemeinwohlförderung zu ermitteln. Dabei erscheint es auch nicht sachwidrig, der Privatinitiative den Vorrang zu geben, wenn die eigene Wirtschaftstätigkeit der Gemeinde das Gemeinwohl der Einwohner nicht besser und wirtschaftlicher fördert<sup>946</sup>. Zwar ist es richtig, dass es keinen strengen verfassungsrechtlichen Vorrang im Sinne eines Subsidiaritätsprinzips zu Gunsten der Privatwirtschaft gibt. Dem steht es jedoch nicht entgegen, dass in Teilbereichen einfachgesetzlich ein solches gemeinwohlorientiertes, mit der Wirtschaftsordnung korrespondierendes echtes Subsidiaritätsprinzip eingeführt wird.

Grundsätzlich ist zwar davon auszugehen, dass hinsichtlich der im Rahmen der Subsidiaritätsklauseln anzustellenden Vergleiche und eventuell positiverer Markter-

<sup>941</sup> Vgl. *Ossenbühl*, Energierechtsreform, S. 24 f.; a.A. *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 295, der von einem erheblichen Gefahrenpotential für das Selbstverständnis ausgeht.

<sup>942</sup> VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 996

<sup>943</sup> So auch VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 996

<sup>944</sup> VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 996

<sup>945</sup> Vgl. *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 338

<sup>946</sup> *Ehlers*, Gutachten E, S. 81; *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 337

kundungsverfahren den Gemeinden die Beweis- bzw. Darlegungslast obliegt, gleichwohl erscheint die Befürchtung unbegründet, hieraus resultierende Unsicherheiten würden im Falle eines non liquets regelmäßig zu Lasten der Gemeinden gehen<sup>947</sup>.

Vielmehr ist davon auszugehen, dass ein gemeindliches Unternehmen aufgrund der Einschätzungsprärogative zulässig ist, wenn die Analyse der Betriebsstruktur sowie der Marktgegebenheiten nicht ganz eindeutig und offensichtlich zeigt, dass es die betreffende Leistung besser oder wirtschaftlicher als private Marktteilnehmer anbieten könnte bzw. dass sein Marktzutritt einen Leistungswettbewerb nicht ausschalten würde<sup>948</sup>. Auch bei verschärften Subsidiaritätsklauseln verbleibt den Gemeinden ein erheblicher Gestaltungsspielraum, da ihnen auch hier eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der dem Unternehmen zu Grunde liegenden Zwecksetzung und hinsichtlich dessen, was besser und wirtschaftlicher ist zukommt. Eine Verletzung des Randbereichs der kommunalen Selbstverwaltung scheidet damit aus<sup>949</sup>.

Wenn man sich darüber hinaus wie der VerfGH Rheinland-Pfalz in einer bilanzierenden Betrachtung noch einmal vergegenwärtigt, dass die hier positivierte Subsidiarität nicht für den wesentlichen Bereich der Daseinsvorsorge bzw. für den Bereich der nichtwirtschaftlichen Unternehmen gilt, dass zumindest den sog. vornormativen wirtschaftlichen Unternehmen ein Bestandsschutz zukommt sowie die Tatsache, dass Randnutzungen und Annextätigkeiten grundsätzlich zulässig sind, dürfte hier die Selbstverwaltung nicht derart eingegrenzt sein, dass die Gemeinden auf regelmäßig unrentablen Tätigkeitsbereichen sitzen bleiben und auch die Leistungserbringung in diesen unrentablen Feldern durch den Wegfall von gewinnbringenden Tätigkeitsbereichen zu Gunsten der Privatwirtschaft nicht mehr garantiert werden kann<sup>950</sup>.

Die echten Subsidiaritätsklauseln werden somit von sachgerechten Gemeinwohlerwägungen getragen. Zwar verlieren die Gemeinden durch die echten Subsidiaritätsklauseln mitunter deutlich an Handlungsspielraum, jedoch geschieht dies nicht in einem Maße, das verfassungsrechtliche Bedenken auszulösen vermag. Vielmehr haben die Landesgesetzgeber die unter Gesetzesvorbehalt stehende kommunale Selbstverwaltung in nicht willkürlicher Weise und unter Ausnutzung ihres weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums eingeschränkt. Da der kommunalen Selbstverwaltung, zumindest bilanzierend betrachtet, ausreichender Spielraum zu kraftvoller Betätigung belassen wurde, kann die Einführung echter Subsidiaritätsklauseln auch nicht als eine Usurpation einer der Gemeinde zustehenden ordnungspolitischen Regelungskompetenz bezeichnet werden<sup>951</sup>.

Etwas anderes könnte jedoch gelten, wenn die Subsidiaritätsklauseln uneingeschränkt auch für die Bereiche der Daseinsvorsorge bzw. für den Bereich der nichtwirtschaftlichen Unternehmen gelten würden. In diese Richtung – der Unzulässigkeit unbeschränkter, echter Subsidiaritätsklauseln - entschied bereits der Bayerische Verfassungsgerichtshof, indem er in verfassungskonformer Reduktion die Verkehrs- und Versorgungsbetriebe dem Geltungsbereich der damaligen bayerischen echten Subsidiaritätsklausel in Art. 75 Abs. I u. II BayGO entzogen hat, um den Handlungsspielraum der Gemeinden nicht ungebührlich zu beschränken<sup>952</sup>. Auch der VerfGH

---

<sup>947</sup> So *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 53

<sup>948</sup> Vgl. *Werner*, VBIBW 2001, S. 206 ff., S. 210

<sup>949</sup> Vgl. *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 502; *ders.*, Gutachten E, S. 81 f.; vgl. *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 337; VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 996

<sup>950</sup> VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 922 ff., S. 993 f.; vgl. BayVerfGH, BayVBl 1958, S. 51 ff., S. 53

<sup>951</sup> So aber, *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 220

<sup>952</sup> Vgl. BayVerfGH, BayVBl 1958, S. 51 ff., S. 53

Rheinland-Pfalz hat es offen gelassen, inwieweit eine Subsidiaritätsklausel auf alle gemeindlichen Unternehmen erstreckt werden kann<sup>953</sup>. Diese Konstellation liegt jedoch soweit ersichtlich bei den heutigen echten Subsidiaritätsklauseln nicht vor.

Vereinzel sind, unabhängig von der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit, rechtspolitische Erwägungen anzutreffen, die die Subsidiaritätsklauseln als nicht mehr zeitgemäße ordnungspolitische Instrumente bewerten, da in einem marktwirtschaftlichen System üblicherweise dem Wettbewerb bzw. dem Kunden die Entscheidung überlassen werden sollte, ob die Güte und Wirtschaftlichkeit einer Leistung ausreichende Absatzchancen für das Produkt und damit Überlebenschancen für das Unternehmen bietet. So sei es ein Zeichen der Deregulierung, auf diese Klauseln zu verzichten, stattdessen den Markt entscheiden zu lassen und hierfür nicht Aufsichtsbehörden oder Gerichte zu bemühen. Als Regulativ bei mehreren Anbietern sei das Wettbewerbsrecht ausreichend<sup>954</sup>.

Erscheint dies auch als die eleganteste und die der marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung am gerechtesten werdende Lösung, bestehen doch Bedenken, ob ohne die Subsidiaritätsklauseln ein ausreichender erforderlicher Prüfungs- und Rechtfertigungsdruck erzeugt werden kann. So besteht doch insbesondere in Situationen der leeren Kassen die Versuchung, es einfach einmal „unternehmerisch zu probieren“. Der Entschluss, eine wirtschaftliche Betätigung aufzunehmen, wird daher vielleicht oftmals zu schnell gefasst. Wenn sich dieser Entschluss dann jedoch als voreilig erweist, dürfte die Macht des Faktischen, rechtliche Hindernisse wie eine schwerere Kündbarkeit der Belegschaft sowie die Tatsache, dass der finanzielle Ruin nicht so existenziell droht wie bei einem privaten Unternehmen oftmals dazu führen, dass eine eigentlich erforderliche sofortige Einstellung der konkreten Unternehmenstätigkeit nicht erfolgt, sondern erst einmal versucht wird, die Schwierigkeiten durch weiteres „Herumprobieren“ zu lösen.

## bb) Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip

Insbesondere hinsichtlich der verschärften Subsidiaritätsklauseln wird im Schrifttum auch ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip, genauer gegen das Bestimmtheitsgebot, angenommen<sup>955</sup>. Das im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 GG verankerte Bestimmtheitsgebot soll vor allem aus der Perspektive des einzelnen Bürgers sicherstellen, dass den staatlichen Regelungen hinreichende Klarheit und Bestimmtheit zukommt und die hieraus resultierenden Folgen für ihn vorhersehbar und berechenbar erscheinen.

Das Maß der Bestimmtheit richtet sich dabei nach der Eigenart der zu regelnden Sachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck. Auslegungsschwierigkeiten sind dabei hinnehmbar, wenn sie mit herkömmlichen juristischen Methoden, auch durch Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien, bewältigt werden können<sup>956</sup>. Bei unbestimmten Rechtsbegriffen sind Auslegungsspielräume unschädlich, weil und soweit sie von den Gerichten präzisiert werden können<sup>957</sup>.

<sup>953</sup> VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 994; für die Verfassungskonformität auch unbeschränkt geltender echter Subsidiaritätsklauseln wohl *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 338

<sup>954</sup> *Moraing*, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 262; *ders.*, in: Zur Reform des Gemeindewirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 62; vgl. *Püttner*, DÖV 2002, S. 731 ff., S. 735; vgl. *Jarass*, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 98

<sup>955</sup> So *Cronauge*, AfK 1999, S. 24 ff., S. 30

<sup>956</sup> BVerfGE 83, 130 (145); 84, 133 (149)

<sup>957</sup> BVerfGE 87, 234 (263 f.); *Sachs*, in: *ders.*, GG, Art. 20 Rn. 127

Wie bereits oben im Zusammenhang mit der Überprüfung der Ermächtigungsgrundlage für die gemeindliche Wirtschaft festgestellt, weisen die in Betracht kommenden Regelungen der Gemeindeordnungen grundsätzlich ein hinreichendes Maß an Bestimmtheit auf.

Hinsichtlich der Bestimmtheit der Subsidiaritätsklauseln wird man sich zunächst zu vergegenwärtigen haben, dass das Maß der Bestimmtheit durch die Verschärfung der Subsidiaritätsklauseln nicht verändert wurde, sondern meist lediglich die Formulierung „besser und wirtschaftlicher“ durch die Formulierung „genauso gut und wirtschaftlich“ ersetzt wurde. An der Bestimmtheit der Vergleichssituation dürfte sich damit gegenüber den einfachen Subsidiaritätsklauseln nichts geändert haben. Soweit ersichtlich hat in der Vergangenheit lediglich die erste Voraussetzung der Schrankentrias, der öffentliche Zweck, Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit hervorgerufen, nicht dagegen die übrigen zwei Erfordernisse der Angemessenheit und der Subsidiarität.

Teleologisch lässt sich der Kreis der in den Leistungsvergleich mit einzubeziehenden privaten Unternehmen auf solche Unternehmen begrenzen, die die beabsichtigte Leistung bereits erbringen oder dies konkret planen<sup>958</sup>.

Die Kriterien der Wirtschaftlichkeit und der Güte sind zwar zweifellos recht unbestimmte Rechtsbegriffe, sie sind jedoch auf die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. II GG und auf die in ihr enthaltene Ermächtigung zur eigenverantwortlichen Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft rückführbar, was, um die Selbstverwaltungsgarantie nicht zu konterkarieren, eine Reduzierung der Bestimmtheitsanforderungen bedingt<sup>959</sup>. Darüber hinaus sind beide Kriterien dem Kommunalwirtschaftsrecht keineswegs fremd, sondern fanden bereits in der DGO von 1935 Verwendung und sind mittlerweile durch Schrifttum und Gesetzesbegründungen hinreichend konkretisiert<sup>960</sup>.

Auch die meist (noch) fehlende, ausdrückliche Fixierung und Formalisierung eines Markterkundungsverfahrens in den meisten Gemeindeordnungen vermag aus diesen Gründen keine Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit hervorzurufen. Mitunter finden sich auch in den Gesetzesbegründungen zu Gemeindeordnungen, in die solche Regelungen (noch) keinen Eingang gefunden haben schon Hinweise auf ein solches Verfahren<sup>961</sup>. Ferner liegt teilweise bereits aufgrund des Wortlauts die Parallele zum Interessenbekundungsverfahren des § 7 Abs. II BHO und die dortige formalisierte Handhabung der Vergleichssituation nahe<sup>962</sup>.

Wenn man sich schlussendlich in Erinnerung ruft, dass in diesem Rechtsbereich detaillierte gesetzliche Regelungen aufgrund der Vielgestaltigkeit der potentiellen Vergleichs- und Eingriffslagen und der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie praktisch nicht möglich und daher verfassungsrechtlich auch nicht geboten sind, so dass der Gesetzgeber nicht den einzelnen Eingriff bzw. die einzelne Vergleichssituation, sondern lediglich bestimmte Vergleichssituationen und damit das Steuerungsprogramm reglementieren muss, wird man hier eine hinreichende Bestimmtheit bejahen müssen<sup>963</sup>. Hinzukommend wird vereinzelt angeführt, die praktische Relevanz der konkreten Abfassung einer Subsidiaritätsklausel sei ohnehin äußerst gering, da es auf sie nur ankomme, wenn ein öffentlicher Zweck vorliege, es sich nicht um

<sup>958</sup> VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 997 m.w.N.

<sup>959</sup> Vgl. Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 203

<sup>960</sup> VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 997; vgl. auch Vgl. LT-Drs. BW 12/ 4055, S. 23 ff.

<sup>961</sup> Vgl. LT-Drs. BW 12/ 4055, S. 23 ff.

<sup>962</sup> VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 997

<sup>963</sup> Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 417 f.

ein nichtwirtschaftliches Unternehmen handele und es um die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung gehe<sup>964</sup>.

#### 4. Die Situation bei fehlenden Subsidiaritätsklauseln

Die regelmäßig beim Fehlen einer Subsidiaritätsklausel auftretenden rechtlichen Unklarheiten dürften sich zur Zeit nur in Hessen stellen. Da die Subsidiaritätsklauseln aber „kommen und gehen“ und sich die Materie insgesamt in ständigem Fluss befindet, soll dieser Problematik hier gleichwohl nachgegangen werden.

Bei einem Fehlen einer ausdrücklichen Subsidiaritätsklausel ist umstritten, ob der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung gleichwohl ein subsidiärer Charakter zukommt. Ein solcher Charakter aufgrund des Verfassungsrechts scheidet aus, da sich wie oben bereits gesehen der Verfassung kein allgemeines Subsidiaritätsprinzip entnehmen lässt<sup>965</sup>.

Aber auch unabhängig davon, ob man ein solches verfassungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip annimmt, wird teilweise vertreten, dass das Fehlen einer ausdrücklichen Subsidiaritätsklausel nichts an den Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine wirtschaftliche Betätigung ändere. So sei der subsidiäre Charakter der gemeindewirtschaftlichen Betätigung bereits im Erfordernis des öffentlichen Zwecks enthalten. Dies sei zumindest dann der Fall, wenn der öffentliche Zweck die wirtschaftliche Betätigung nicht nur rechtfertigen, sondern darüber hinausgehend erfordern müsse<sup>966</sup>. Eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde könne nicht dem Gemeinwohl dienen, wenn der Zweck der Betätigung anderweitig besser und wirtschaftlicher zu erreichen wäre. So wird teilweise von einer lediglich klarstellenden oder verdeutlichenden Funktion der Subsidiaritätsklausel ausgegangen, die den Belang des Schutzes der Privatwirtschaft bei der öffentlichen Zweckfindung besonders akzentuieren soll. Damit wird quasi eine Identität von Subsidiarität und öffentlichem Zweck angenommen<sup>967</sup>.

In die gleiche Richtung geht die neuerdings zu konstatierende Verengung des Begriffs des öffentlichen Zwecks auf den Fall des Marktversagens. So sei ein öffentlicher Zweck nur dann gegeben, wenn ein privater Markt nicht aufgebaut werden könne, oder er aber nur unzureichende Marktergebnisse hervorbringe und die Einwohner aber der Leistung bedürften. Ein öffentlicher Zweck liege folglich immer dann nicht vor, wenn eine ausreichende Versorgung der Einwohner durch Private vorhanden sei<sup>968</sup>.

<sup>964</sup> Vgl. *Henneke*, DVBl 2000, S. 997 ff., S. 998; vgl. auch *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; wohl auch *Neutz*, ZG 2000, S. 179 ff., S. 286; vgl. *Rennert*, JZ 2003, S. 385 ff., S. 394 f.

<sup>965</sup> Vgl. bereits oben 4. Teil. D.

<sup>966</sup> Vgl. *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 821; *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 501; *Erichsen*, Kommunalrecht NW, S. 280; *Held*, NWVBl 2000, S. 201 ff., S. 203; *ders.* WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 278; *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, S. 237 f.; vgl. *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 440; *Gerke*, Jura 1985, S. 349 ff., S. 355; *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 430; *Hösch*, WiVerw 2000, S. 159 ff., S. 180; *Knemeyer/Kempfen*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 21 u. 51; vgl. auch *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 79, der aber einen subsidiären Charakter der dritten Bedingung des § 67 DGO ablehnt; wohl auch *v. Mutius*, Kommunalrecht, Rn. 521; *Lux*, NWVBl 2000, S. 7 ff., S. 8; wohl auch *Otto*, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung, S. 233; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rn. 686; *ders.*, in: HKWP V, S. 50 ff., S. 61

<sup>967</sup> *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 821; *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 94 f. m.w.N; *ders.* GewArch 2000, S. 1 ff., S. 4; *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 501; *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 430; *Held*, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 278; vgl. *Gerke*, Jura 1985, S. 349 ff., S. 355; *Heintzen*, Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung, S. 81 ff.

<sup>968</sup> So *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 400; *Berg*, WiVerw 2000, S. 141 ff., S. 157

Zu Recht haben Schrifttum<sup>969</sup> und Rechtsprechung<sup>970</sup> die inzidente Erfassung der Subsidiarität im öffentlichen Zweck abgelehnt. Vor allem bestehen hiergegen systematische und entstehungsgeschichtliche Bedenken, bestand doch die ursprüngliche Schrankentrias aus drei Elementen, so insbesondere auch aus einem gesondert ausformulierten Subsidiaritätsprinzip.

Wenn nun dieses dritte Erfordernis durch den Gesetzgeber im Zuge einer Liberalisierung und Kommunalisierung des geltenden Rechts beseitigt wurde bzw. ein Betätigungsverbot der Gemeinde erst bei einer besseren und wirtschaftlicheren Erfüllung durch private Unternehmen und nicht schon bei gleich guter Erfüllung vorgesehen wurde, darf dies nicht durch die Hintertüre des öffentlichen Zwecks wieder eingeführt bzw. konterkariert werden<sup>971</sup>.

Hiervon abgesehen ist aber zuzugeben, dass durch die Tatsache, dass der öffentliche Zweck nicht nur vorliegen, sondern die wirtschaftliche Betätigung je nach jeweiliger Gemeindeordnung „erfordern“<sup>972</sup> oder „rechtfertigen“<sup>973</sup> muss, durchaus subsidiäre Elemente in diese erste Voraussetzung der Schrankentrias fließen<sup>974</sup>.

Zwar ist es richtig darauf hinzuweisen, dass der öffentliche Zweck nicht mit dessen Gegenstand verwechselt werden darf und dass die erste Voraussetzung der Schrankentrias auf eine Relation zwischen intendierter Tätigkeit und dem damit verfolgten Zweck abstellt. Die Bestimmung dieser Relation, die in den Merkmalen des Rechtfertigens bzw. des Erforderns zum Ausdruck kommt, ist aber nicht ohne die Beantwortung der Frage nach der Erforderlichkeit gerade der *gemeindlichen* Wahrnehmung dieser Aufgabe zu finden<sup>975</sup>.

Wann der öffentliche Zweck die wirtschaftliche Betätigung erfordert bzw. rechtfertigt, richtet sich nach Verhältnismäßigkeitsüberlegungen<sup>976</sup>. Die in diesem Rahmen anzustellenden Überlegungen müssen fast schon zwangsweise bei der mit der Erforderlichkeitsstation verbundenen Frage nach milderem Mitteln berücksichtigen, inwieweit private Unternehmen bereits den Markt bedienen<sup>977</sup>. Auch wenn man das Merkmal des Erforderns dahingehend definiert, dass die Unterlassung der wirtschaftlichen Betätigung eine Vernachlässigung oder Schädigung des Gemeinwohls bedeuten würde<sup>978</sup>, wird man zu dieser Beurteilung die Situation am Markt mit einbeziehen müssen.

<sup>969</sup> Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 769n; wohl auch Köhler, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 5 u. S. 8; wohl auch Lindner, Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeit, S. 100; Gröning, WRP 2002, S. 17 ff., S. 19; Moraing, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 261; Maurer, in: Maurer/Hendler, Baden-Württembergisches Staats- und Verwaltungsrecht, S. 173 ff., S. 244; wohl auch Nagel, Gemeindeordnung als Hürde?, S. 21, S. 63 u. S. 65; Ruffert, VerwArch 2001, S. 27 ff., S. 44 f.; Schoch, DÖV 1993, S. 377 ff., S. 380; Rennert, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 336; Burmeister, in: HKWP V, S. 3 ff., S. 13 f.; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 214 f.; Moraing, in: Zur Reform des Gemeindefachrechts, S. 41 ff., S. 60; Otting, Steuerungsmodell, S. 133; Schönershofen/Binder-Falcke, VR 1997, S. 109 ff., S. 112 f.; Detterbeck, JuS 2001, S. 1099 ff., S. 1202

<sup>970</sup> Vgl. BVerwGE 39, 329 (336); vgl. VGH BW, NJW 1984, S. 251 ff., S. 252; vgl. BGH, NJW 1987, S. 60 ff., S. 61; wohl auch VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 995

<sup>971</sup> Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 769n; vgl. Moraing/Püttner, Entwicklungen im Gemeindefachrecht, in: ÖPNV in Bewegung, S. 45 ff., S. 48

<sup>972</sup> Vgl. Art. 87 BayGO; § 71 ThürKO; § 107 NWGO

<sup>973</sup> Vgl. § 102 BWGO; § 108 NdsGO

<sup>974</sup> Vgl. Löwer, VVDStRL 60 (2001), S. 439

<sup>975</sup> A.A. Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 216

<sup>976</sup> Dolde, ZHR 2002, S. 515 ff., S. 517; Ronellenfitsch, in: Isensee/Kirchhof, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 39

<sup>977</sup> Ehlers, Gutachten E, S. 76

<sup>978</sup> Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rn. 688

Dies darf aber nicht dazu führen, dass durch eine nicht angemessene Berücksichtigung der Weite des öffentlichen Zwecks bei einer vorhandenen und zufriedenstellenden Bedarfsdeckung durch die Privatwirtschaft eine gemeindliche Wirtschaftsbetätigung regelmäßig ausgeschlossen ist, denn weder Grundgesetz, Landesverfassungen noch Gemeinschaftsrecht gebieten eine Nachrangigkeit der öffentlichen Wirtschaft<sup>979</sup>. Die Nichtberücksichtigung der Weite der legitimen öffentlichen Zwecksetzungen würde hier doch wieder zu einer teilweisen Materialisierung des allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatzes führen<sup>980</sup>, indem die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung in den meisten Tätigkeitsfeldern in Ermangelung einer Erforderlichkeit zurückgedrängt würde<sup>981</sup>.

Vielmehr gilt es zu berücksichtigen, dass die Weite legitimer öffentlicher Zwecksetzungen auch gemeindliche Bestrebungen erfasst, die Einwohner bei einem bestehenden und funktionierenden Markt von privaten Anbietern preisgünstiger zu versorgen. Schließlich kann sich ein gemeindliches Engagement bei einem bestehenden Markt auch aufgrund der damit verbundenen Nachhaltigkeit, d.h. der besonderen Dauerhaftigkeit und Zuverlässigkeit, oder aber durch eine höhere Sozialverträglichkeit rechtfertigen<sup>982</sup>. Auch die Tatsache, dass sich zumindest rein theoretisch mittlerweile fast alle Bereiche gemeindlicher Tätigkeit auch von privaten Unternehmen erledigen lassen, zeigt, dass das Vorhandensein eines privaten Marktes kein geeignetes Kriterium sein kann, um eine Erforderlichkeit oder Rechtfertigung auszuschließen. Darüber hinaus darf wie bereits erwähnt die gesetzgeberische Regelungsabsicht, nach der mittlerweile in den meisten Bundesländern durch die einfachen Subsidiaritätsklauseln ein Betätigungsverbot der Gemeinde nur dann in Betracht kommt, wenn private Unternehmen besser und wirtschaftlicher am Markt agieren, nicht konterkariert werden. Auch würden die neuerdings in einige Funktionssperren bzw. Subsidiaritätsklauseln<sup>983</sup> aufgenommenen Anwendungsbeschränkungen auf Bereiche außerhalb der Daseinsvorsorge bei einer vollständigen Interpretation der Subsidiarität in das Erfordernis des öffentlichen Zwecks weitgehend leer laufen und auch damit die gesetzgeberische Regelungsabsicht in ihr Gegenteil verkehrt.

Ob sich gegen eine Identität von öffentlichem Zweck und Subsidiarität auch die angeblich unterschiedlichen Regelungsziele bzw. Stoßrichtungen des öffentlichen Zwecks und der Subsidiaritätsklausel anführen lassen, darf bezweifelt werden. Dies wird mitunter versucht, indem daraufhin gewiesen wird, dass das Kriterium des öffentlichen Zwecks durch seine Verknüpfung mit der verfassungsrechtlichen Aufgabenzuständigkeit an die Sachaufgaben und damit „nach oben“ binde und folglich einem anderen Regelungsziel diene, als das einfachgesetzliche, auf die Eigenverantwortlichkeit bezogene Kriterium der Subsidiarität, dass das Verhältnis zur Seite, zum Konkurrenten betreffe<sup>984</sup>. Da aber wie bereits gesehen die Subsidiarität nicht nur zur Seite, sondern auch „nach oben“ wirkt, erscheint dieses Argument hier kaum brauchbar.

Wie soeben festgestellt fließen in die erste Voraussetzung der Schrankentrias durch die Tatbestandsmerkmale des Rechtfertigens bzw. des Erforderns aber zweifellos bereits subsidiäre Elemente ein. Diese sind jedoch im Gesamtkontext der übrigen

---

<sup>979</sup> Vgl. *Ehlers*, Gutachten E, S. 76

<sup>980</sup> *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 347 m.w.N.

<sup>981</sup> Vgl. *Pieroth/Hartmann*, DVBl 2002, S. 421 ff., S. 424; *Moraing*, in: Zur Reform des Gemeindefirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 57; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 216

<sup>982</sup> BVerwGE 39, 329 (335); *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 180; *Moraing*, in: Zur Reform des Gemeindefirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 58 f.

<sup>983</sup> Vgl. § 102 Abs. 1 Nr. 3 BWGO; Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO

<sup>984</sup> So *Ruffert*, VerwArch 2001, S. 27 ff., S. 44; *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 336; wohl auch *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 216; *Moraing*, in: Zur Reform des Gemeindefirtschaftsrechts, S. 41 ff., S. 58

Erfordernisse zu sehen und gegebenenfalls gesetzeskonform zu reduzieren, um hierdurch die Einschätzungsprärogative der gemeindlichen Organe hinsichtlich der Zwecksetzung zu respektieren.

#### D. Die Folgen des nachträglichen Wegfalls der Voraussetzungen der Schrankentrias

Es ist bis heute umstritten, ob § 67 DGO und die einzelnen Nachfolgevorschriften der Bundesländer nur eine Errichtungssperre für neue gemeindliche Unternehmen beinhalten oder aber die Gemeinde zugleich verpflichtet, die wirtschaftliche Betätigung einzustellen oder abzugeben, wenn die Voraussetzungen der gemeinderechtlichen Vorschriften nicht mehr vorliegen. Mit anderen Worten besteht also Uneinigkeit darüber, ob gemeindliche Unternehmen Bestandsschutz genießen oder die Gemeinde einer ständigen Aufgabenkritik anhand der Schrankentrias mit gegebenenfalls hieraus resultierender Privatisierungspflicht unterliegt.

In manchen Gemeindeordnungen wurde die Unklarheit mittlerweile beseitigt, indem man ausdrücklich regelte, dass die Beschränkungen der Nachfolgebestimmungen zu § 67 DGO - ganz oder teilweise - nicht mehr nur auf die Aufnahme der wirtschaftlichen Betätigung zu beziehen sind<sup>985</sup>.

Der überwiegende Teil des Schrifttums<sup>986</sup> befürwortet einen solchen Bestandsschutz und auch die Rechtsprechung neigt wohl eher einem Bestandsschutz zu<sup>987</sup>, so dass oftmals bedauernd von einem geringen Privatisierungsdruck durch das Gemeindefirtschaftsrecht ausgegangen wird<sup>988</sup>.

Der sich in der Minderheit befindende Teil des Schrifttums nimmt dagegen für den Fall der bereits anfänglich fehlenden oder erst später entfallenen Rechtfertigung der wirtschaftlichen Betätigung ein Gebot zum Privatisieren an<sup>989</sup>.

Für einen Bestandsschutz bezüglich des Altbestandes öffentlicher Unternehmen, denen der Zweck entfallen ist, auch „vornormative“ Betriebe genannt, spricht zum einen (zunächst) der Wortlaut, denn die Schranken des Gemeinderechts gelten eben nur für die Errichtung, Übernahme und wesentliche Erweiterung.

<sup>985</sup> Vgl. § 97 Abs. I S. 1 SächsGO; § 107 Abs. I S. 1 NWGO; § 100 Abs. II BbgGO; § 68 Abs. I MVKV; § 116 Abs. I S. 1 LSAGO

<sup>986</sup> *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 727; vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 297; *Kunze/Bronner/Katz*, Gemeindeordnung BW, § 102 Rn. 41; *Püttner*, LKV 1994, S. 193 ff., S. 194; vgl. *ders.*, Rechtliche und ordnungspolitische Fragen der Privatisierung von Staatsunternehmen, in: *Biernat/Hendler/Schoch/Wasilewski*, S. 273 ff., S. 273; *ders.*, DÖV 2002, S. 731 ff., S. 735; *Hösch*, GewArch 2000, S. 1 ff., S. 7 f. einerseits, S. 11 andererseits; *Oebbecke*, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 383; *Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 78; *Stober*, Kommunalrecht, S. 339; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 220 f.; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 434; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rn. 693; *Schneider*, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1256; *Stehlin*, NVwZ 2001, S. 645 ff., S. 646; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 605; *Vogelgesang/Lübking/Jahn*, Kommunale Selbstverwaltung, Rn. 627; vgl. *Werner*, VBIBW 2001, S. 206 ff., S. 211; wohl auch *Gerke*, Jura 1985, S. 349 ff., S. 353; *Schoch*, DÖV 1993, S. 377 ff., S. 380 u. S. 383

<sup>987</sup> BayVerfGH, DÖV 1968, S. 216 ff., S. 218; BayVerfGH, VGH n.F. 10 II, 113 (123); BSGE 63, 173 (179); VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 994; vgl. BVerwGE 39, 329 (333)

<sup>988</sup> *Schoch*, DÖV 1993, S. 377 ff., S. 380 u. S. 383; vgl. *Hofmann*, VBIBW 1994, S. 121 ff., S. 127 f.

<sup>989</sup> Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: *ders.*, BesVerwR, 1. Abschnitt Rn. 122; *Ronellenfitsch*, DÖV 1999, S. 705 ff., S. 711; *Ehlers*, Gutachten E, S. 74 f.; *Otto*, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbeschäftigung, S. 233; *Lindner*, Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeit, S. 115; wohl auch *Krölls*, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 286; *Knemeyer*, Kommunalrechtliche Grenzen der wirtschaftlichen Beschäftigung, in: *Biernat/Hendler/Schoch/Wasilewski*, S. 318 ff., S. 324; *Ronellenfitsch*, DÖV 1999, S. 705 ff., S. 711; wohl auch *Hofmann*, VBIBW 1994, S. 121 ff., S. 127

Einem Teil des Schrifttums erscheint diese enge Auslegung am Wortlaut mit der Intention der Vorschrift nicht kompatibel, da diese Vorschriften doch nur den Sinn haben könnten auch ein *nicht mehr* zu rechtfertigendes Unternehmen einzustellen. Hierfür würden auch bereits die vorläufigen Ausführungsbestimmungen zu § 67 DGO sprechen, die ausdrücklich festgestellt hätten, dass es den „Absichten des Gesetzes“ entspreche, wenn die Gemeinden den „Abbau“ in Bedacht nehmen würden<sup>990</sup>.

Jedoch gilt ebenso zu beachten, dass nach § 67 DGO unmittelbar normative Wirkung ausdrücklich nur der Aufnahme zukommt. Der Fortführung von gemeindlichen Unternehmen wurde dagegen in den vorläufigen Ausführungsbestimmungen zu § 67 DGO nur eine appellative Funktion zugesprochen<sup>991</sup>.

Auch systematisch spricht die Parallele zu den Vorschriften über die Anzeige- und Genehmigungspflichten, die sich mit § 67 DGO korrespondierend ebenfalls nur auf Gründung, Übernahme, Beteiligung oder wesentliche Erweiterung beziehen, für die Nichteinbeziehung der Fortführung von gemeindlichen Unternehmen. Hierfür streitet auch die Funktion des gemeindlichen Wirtschaftsrechts, die Gemeinden vor wirtschaftlichen Risiken zu bewahren und nicht das Gegenteil, die Vernichtung von wirtschaftlichen Werten zu betreiben. Dies legt zumindest eine sehr vorsichtige Aufgabenkritik und Privatisierungspflicht nahe<sup>992</sup>, denn eine gut gemeinte Privatisierungspflicht kann schnell zu einer solchen Vernichtung von wirtschaftlichen Werten mütieren.

Auch verträgt sich die permanente Bindung an materielle Zulässigkeitsvoraussetzungen, besonders die Bindung an die Subsidiaritätsklausel, ohnehin nur schwer mit den Sachgesetzhelken wirtschaftlicher Unternehmenstätigkeit wie der Flexibilität unternehmerischen Handelns. Ferner käme eine sofortige Privatisierungspflicht bei veränderten Voraussetzungen die Gemeinden meist teuer zu stehen. So kann eine kurzfristig wirtschaftlich erscheinende Schließung langfristig unwirtschaftlich sein, indem die permanente Bindung an die Kautelen der gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften langfristig wirtschaftlich sinnvolle Anpassungen, Umstellungen und Unternehmensplanungen verhindert.

Neben dem geringen Veräußerungserlös eines eventuell nur kurzfristig unrentabel arbeitenden gemeindlichen Unternehmens kompliziert und verteuert typischerweise auch die schwerere Kündbarkeit bzw. Unkündbarkeit der einzelnen Beschäftigungsverhältnisse eine Privatisierung. So besteht hier aufgrund des Dienstrechts und der besonderen sozialen Verantwortung, insbesondere bei einer nicht immer vorhandenen anderen Verwendungsmöglichkeit des Personals, eine deutlich reduzierte Flexibilität bezüglich der einzelnen Beschäftigungsverhältnisse im Vergleich zur freien Wirtschaft<sup>993</sup>.

Teilweise wird nach dem Fortfall der Voraussetzungen der Schrankentrias eine Berechtigung zur Weiterführung des gemeindlichen Unternehmens auch durch die Kompetenz zur Vermögensverwaltung gerechtfertigt<sup>994</sup>. Ganz abgesehen davon lässt eine mit einer ständigen Aufgabenkritik einhergehende Privatisierungspflicht ein Damoklesschwert der jederzeit möglichen Schließung über den gemeindlichen Unternehmen schweben, was bereits die Entschlussfreudigkeit der Gemeinde in Bezug auf Unternehmensneugründungen in nicht zu unterschätzenden Maße beeinträchtigen dürfte.

---

<sup>990</sup> v. Arnim, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 130 m.w.N.

<sup>991</sup> Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 221

<sup>992</sup> Stehlin, NVwZ 2001, S. 645 ff., S. 647

<sup>993</sup> Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 223; v. Arnim, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 131 f.

<sup>994</sup> Vgl. Waechter, Kommunalrecht, Rn. 605

Auf der anderen Seite kann dies, nicht zuletzt aufgrund der Gemeinwohlbindung, kein Freifahrtschein der Gemeinden dahingehend sein, auch langfristig unrentable Unternehmen, die dauerhaft den Anforderungen des § 67 DGO bzw. seinen Nachfolgebestimmungen nicht genügen bis zu Sankt Nimmerleinstag unangetastet weiter zu betreiben.

Dadurch würden dann in der Tat die Regelungen der Nachfolgebestimmungen zu § 67 DGO teilweise leer laufen. Deshalb erscheint es angemessen, bei Fortfall der Voraussetzungen der Nachfolgevorschriften zu § 67 DGO keine sofortige Privatisierungspflicht anzunehmen, sondern vielmehr – gegebenenfalls im Wege der verfassungskonformen Reduktion - unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten und unter der Zubilligung von Übergangszeiträumen und Spielräumen, den Gemeinden Zeit für eine möglichst unschädliche Beendigung des unternehmerischen Engagements zu lassen<sup>995</sup>.

### **E. Die Folgen der Überschreitung des gemeindlichen Aufgaben- bzw. Wirkungskreises und die Ultra-vires-Doktrin**

Wie bereits gesehen sind auch die Gemeinden als juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich auf ihren eigenen Aufgaben- bzw. Wirkungskreis begrenzt. Dies kommt in Art. 28 Abs. II GG zum Ausdruck, der nicht nur eine die Gemeinden schützende institutionelle Garantie beinhaltet, sondern zugleich eine Umschreibung der begrenzten Verbandskompetenz der Gemeinden in sachlicher und räumlicher Hinsicht darstellt, indem dort lediglich das Recht gewährleistet wird, alle Angelegenheiten der *örtlichen Gemeinschaft* im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Im Zusammenhang mit der Untersuchung der verfassungsrechtlichen Begrenzungen wurde bereits festgestellt, dass der begrenzte gemeindliche Aufgaben- bzw. Wirkungskreis auch im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung zu beachten ist und die insoweit bindenden verfassungsrechtlichen Vorgaben durch das Landesverfassungsrecht und das gemeindliche Wirtschaftsrecht lediglich präzisiert werden.

Gerade im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung liegt die Tendenz zur Vergrößerung und zur Grenzüberschreitung nahe, so dass sich Frage stellt, welche rechtlichen Konsequenzen solche Grenzüberschreitungen nach sich ziehen.

Abgesehen vom noch genauer zu untersuchenden allgemeinen aufsichtsrechtlichen Instrumentarium und der ebenfalls noch zu untersuchenden Frage nach der Schutzrichtung bzw. dem Drittschutz der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften, finden sich keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen darüber, welche Rechtsqualität solchen Handlungen, die den Aufgaben- bzw. Wirkungskreis überschreiten, zukommt.

Diese Fragestellung ist insbesondere für Vertragspartner der Gemeinde oder ihrer Unternehmen, also für die Kunden bzw. die Nachfrager, relevant, da sich hier beantwortet, welche Konsequenzen sich für Rechtsgeschäfte ergeben, die unter Verletzung der Nachfolgevorschriften des § 67 DGO vorgenommen wurden. Aber auch im Verhältnis zwischen der Gemeinde und den konkurrierenden Privatunternehmen ist diese Fragestellung nicht gänzlich unbedeutend, kann es doch auch im Hinblick auf die Rechtsschutzmöglichkeiten konkurrierender Privatunternehmen darauf ankommen, welche rechtliche Qualität den zuständigkeitsüberschreitenden gemeindlichen Handlungen zukommt, so dass hier zumindest eine grobe Linie gezogen werden soll.

---

<sup>995</sup> v. Arnim, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 132; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 224; Waechter, Kommunalrecht, Rn. 605

Aufgrund des beschränkten Aufgaben- bzw. Wirkungskreises der juristischen Personen des öffentlichen Rechts geht die herrschende Meinung in Schrifttum<sup>996</sup> und Rechtsprechung<sup>997</sup> davon aus, dass die juristische Person bzw. die Gemeinde nur innerhalb ihres eigenen Aufgaben- bzw. Wirkungskreises „existiert“ und ihr damit auch nur innerhalb dieses Bereichs Rechtsfähigkeit, also die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, zukommt. Handelt die Gemeinde dagegen *ultra vires*, mit anderen Worten jenseits ihrer Kräfte, und damit außerhalb ihres Aufgaben- bzw. Wirkungskreises hat die Nichtexistenz der juristischen Person außerhalb ihres zugewiesenen Aufgaben- und Wirkungskreises zur Folge, dass ihre ausgreifenden Handlungen keinem Rechtssubjekt zugeordnet werden können und somit rechtlich ebenfalls als nicht existent gelten und sie sich damit den Nichtakten zuordnen lassen<sup>998</sup>. Der begrenzte Aufgaben- bzw. Wirkungskreis hat damit zur Konsequenz, dass die juristischen Personen des öffentlichen Rechts jenseits ihres zugewiesenen Kompetenzbereiches nicht nur nicht handeln dürfen, sondern auch nicht handeln können, sog. Ultra-vires-Doktrin oder Lehre von der Teilrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts<sup>999</sup>.

Diese aus dem angloamerikanischen Recht stammende Lehre hat zur Folge, dass auch sämtliche Handlungen, die im Zusammenhang mit einer die sachlichen oder die räumlichen Grenzen überschreitenden gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung einhergehen, damit regelmäßig nicht nur als nichtig, sondern als gar nicht erst existent bzw. als Nichtakte anzusehen wären.

Mit den Konsequenzen der Ultra-vires-Doktrin, wie den Nichtakten oder dem fehlenden rechtlichen Können, beschäftigen sich Schrifttum und Rechtsprechung nur selten, meist wird lediglich festgestellt, dass die juristischen Personen ihren beschränkten Aufgaben- und Wirkungskreis nicht überschreiten dürfen und sie für den Fall der Zuwiderhandlung mit Unterlassungs- und Widerrufsansprüchen rechnen müssen<sup>1000</sup>.

Dies dürfte wohl nicht zuletzt daran liegen, dass ein Nichtakt im eigentlichen Sinne auch im Bereich der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung nur sehr selten vorliegen dürfte. So setzt ein verwaltungsrechtlich irrelevanter Nichtakt doch eine von vornherein unter keinen Umständen zurechenbare Handlung wie insbesondere Handlungen von Unbefugten voraus<sup>1001</sup>. Diese Konstellation wird aber nur äußerst selten vorliegen. Im - bedingt durch Ermessensvorschriften und Einschätzungsprärogativen – fast schon zwangsweise entstehenden „Graubereich“ des gemeindlichen Wirtschaftsrechts wird es nur sehr selten Situationen geben, in denen Handlungen der Gemeinde offensichtlich nicht mehr zurechenbar sind. So macht es doch einen qualitativen Unterschied, ob ein eigentlich zuständiges Subjekt seine nicht sehr klar umschriebenen Zuständigkeitsgrenzen überschreitet oder aber ein gänzlich Unbeteiligter Handlungen vornimmt. Immerhin handelt ja regelmäßig die Gemeinde bzw. ihre Unternehmen

<sup>996</sup> v. Mutius, Kommunalrecht, Rn. 87; Stober, Kommunalrecht, S. 282; wohl auch Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 177 (Fn. 4); Nierhaus, in: Sachs, GG, Art. 28 Rn. 32; Schmidt-Aßmann, in: ders., BesVerwR, 1. Abschnitt Rn. 15; Grawert, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 127 ff.; vgl. Heinrichs, in: Palandt, BGB, Einf. v. § 21 Rn. 11

<sup>997</sup> Vgl. BGHZ 20, 119 (122 f.); 52, 283 (285 f.); vgl. BVerwGE 34, 69 (74 ff.); 59, 231 (237); 64, 115 (117 f.) allerdings jeweils ohne Spezifizierung der Konsequenzen.

<sup>998</sup> Ehlers, Lehre von der Teilrechtsfähigkeit und Ultra-vires-Doktrin, S. 66

<sup>999</sup> Richtigerweise dürfte sich die Ultra-vires-Doktrin nicht nur auf rechtsgeschäftliches Handeln beziehen. Zu den Überschneidungen dieser Lehren, die gelegentlich im Schrifttum unterschieden werden, vgl. Ehlers, Lehre von der Teilrechtsfähigkeit und Ultra-vires-Doktrin, S. 23.

<sup>1000</sup> Ehlers, Lehre von der Teilrechtsfähigkeit und Ultra-vires-Doktrin, S. 12 f. u. S. 35 f.; vgl. Heinrichs, in: Palandt, BGB, Einf. v. § 21 Rn. 11

<sup>1001</sup> Vgl. Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG, § 44 Rn. 4

und nicht ein unbefugter Dritter, so dass der Rechtsschein rechtmäßiger Amtsführung regelmäßig vorliegen dürfte.

Wie bereits gesehen ist insbesondere den Gemeinden eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung untersagt. Nach der Ultra-vires-Doktrin würde damit auch das Erfordernis der öffentlichen Zwecksetzung den Aufgaben- bzw. Wirkungskreis und damit auch die Rechtsfähigkeit begrenzen. Da es aber für einen außenstehenden Dritten, ja oftmals selbst für eine die gemeindliche Interna kennende Person oder gar die Gemeinde selbst vielfach zweifelhaft ist, ob ein solcher öffentlicher Zweck vorliegt und dieser auch ein gemeindliches Tätigwerden rechtfertigt bzw. erfordert, erscheint es nicht angemessen, dieses Risiko in Form der jederzeit möglichen Nichtigkeit der abgeschlossenen privatrechtlichen Verträge ausnahmslos dem Bürger bzw. dem Kunden aufzubürden.

Hier wird bereits erkennbar, dass es äußerst fraglich erscheint, ob die Ultra-vires-Doktrin und vor allem die mit ihr einhergehenden Rechtsfolgen wie die Nichtakte weiter Verwendung finden sollte. Gegen sie sprechen insbesondere rechtsstaatliche Bedenken wird doch durch sie der Schutz von Kompetenzgrenzen mitunter verabsolutiert, so dass Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes bzw. die Möglichkeit von Entschädigungs- bzw. Ersatzansprüchen oftmals ohne Abwägungsmöglichkeit ausgeschlossen werden. Auch die Schwierigkeiten, ein handhabbares Abgrenzungskriterium zwischen Ultra-vires-Handlungen und Intra-vires-Handlungen bzw. vom bloßen Überschreiten der Ermächtigungsgrundlage zu finden, sprechen nicht unbedingt für die Ultra-vires-Doktrin<sup>1002</sup>.

Nach vorzugswürdiger Auffassung sollte daher zumindest von den rechtlichen Folgen der Ultra-vires-Doktrin Abstand genommen werden und bei einem Überschreiten des räumlichen oder sachlichen Aufgaben- bzw. Wirkungskreises auf allgemeine Grundsätze zurückgegriffen werden.

Bei privatrechtlichem Handeln bzw. bei privatrechtlichen Verträgen gelangt somit § 134 BGB zur Anwendung. Hiernach besteht zwar eine Vermutung für die Nichtigkeit, vorbehaltlich kommt es jedoch darauf an, ob aus dem Gesetz etwas anderes als die Nichtigkeit folgt<sup>1003</sup>. Ein Verstoß führt damit zwar nicht mehr automatisch zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes, jedoch kommt bei einer vorzunehmenden Abwägung dem öffentlichen Interesse an der Einhaltung des Aufgaben- und Wirkungskreises juristischer Personen des öffentlichen Rechts erhebliches Gewicht zu, so dass sich die Schutzwürdigkeit des Privaten nicht ohne weiteres durchzusetzen vermag<sup>1004</sup>.

Für öffentlich-rechtliche Verträge kommt § 59 VwVfG zur Anwendung. Verwaltungsakte - im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung eher selten anzutreffen - sind bei Missachtung der räumlichen oder sachlichen Aufgaben bzw. Wirkungskreises rechtswidrig und unter den Voraussetzungen des § 44 VwVfG nichtig. Schlichtes Verwaltungshandeln - im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung für den Fall des öffentlich-rechtlichen Handelns wohl die Regel - ist bei Missachtung der Aufgaben und Zuständigkeitskreises rechtswidrig, gleiches gilt für Gemeinderatsbeschlüsse

---

<sup>1002</sup> Zu diesen Bedenken vgl. *Ehlers*, Lehre von der Teilrechtsfähigkeit und Ultra-vires-Doktrin, S. 62 f., S. 68 f. u. S. 75 f.; *Baumbach/ Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 915; *Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 85; *Kunze/ Bronner/ Katz*, Gemeindeordnung BW, § 1 Rn. 26

<sup>1003</sup> Vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, BGB, § 134 Rn. 7

<sup>1004</sup> *Ehlers*, Lehre von der Teilrechtsfähigkeit und Ultra-vires-Doktrin, S. 76 f.; *ders.*, Gutachten E, S. 112; für eine Abwägung auf Verfassungsebene mit vergleichbarem Ergebnis *Gern*, Kommunalrecht BW, Rn. 58

und internes Verwaltungshandeln, gegebenenfalls kann diesbezüglich auch § 44 VwVfG entsprechend zur Anwendung gelangen<sup>1005</sup>.

Bei einem Überschreiten des räumlichen bzw. sachlichen Aufgaben- oder Wirkungskreises sollte daher zumindest von den rechtlichen Folgen der Ultra-vires-Doktrin Abstand genommen und auf allgemeine Grundsätze zurückgegriffen werden.

## F. Die Schutzrichtung der gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften

Am wohl heftigsten umstritten ist im Bereich des gemeindlichen Wirtschaftsrechts die Frage, ob bzw. inwieweit den gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften Drittschutzcharakter zukommt, sich ihnen also ein subjektives öffentliches Recht entnehmen lässt.

Während die (noch) überwiegende Auffassung im Schrifttum<sup>1006</sup> und vor allem die Rechtsprechung<sup>1007</sup> einen solchen drittschützenden Charakter ablehnt, mehren sich seit einigen Jahren die einen Drittschutz bejahenden Stimmen in Schrifttum<sup>1008</sup> und Rechtsprechung<sup>1009</sup>.

Die Streitfrage ist deshalb so bedeutsam, weil sich hier klärt, ob sich die private Wirtschaft bzw. konkret betroffene Unternehmen auch verwaltungsgerichtlich gegen eine die gemeinderechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen überschreitende Ge-

<sup>1005</sup> Str. vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 44 Rn. 6; a.A. *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 499 f., der die Anwendung der Verwaltungsverfahrenregelungen ablehnt und von der Nichtigkeit rechtswidriger Gemeinderatsbeschlüsse ausgeht.

<sup>1006</sup> *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 821; *Budde/Stapper*, der städtetag 1999, S. 93 ff., S. 97; *Burmeister*, in: HKWP V, S. 3 ff., S. 15; wohl auch *Cosson*, DVBl 1999, S. 891 ff., S. 895 f.; BVerwGE 39, 329 (336); VGH München, JZ 1976, S. 641 f., S. 642; *Gusy*, JA 1995, S. 253 ff., S. 254; *Jarass*, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 82 f.; wohl auch *Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 86; *Köhler*, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 11; *Wernsmann*, Die Verwaltung 2003, S. 67 ff., S. 89; *Koch*, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, S. 209 f.; *Lux*, NWVBl 2000, S. 7 ff., S. 8; *Meyer*, LKV 2000, S. 321 ff., S. 322; *Masson/Samper*, Bayerische Gemeindeordnung, § 87 Rn. 7; wohl auch *Kunze/Bronner/Katz*, Gemeindeordnung BW, § 102 Rn. 60; *Moraing*, der städtetag 1997, S. 285 ff., S. 286; *Otting*, SächsVBl 1998, S. 93 ff., S. 94; *Schlacke*, JA 2002, S. 48 ff., S. 51; *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 184; *Schmidt-Aßmann*, in: *ders.*, BesVerwR, 1. Abschnitt Rn. 120 f.; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 447; *Schmidt-Jortzig*, in: HKWP V, S. 50 ff., S. 67; *Stehlin*, NVwZ 2001, S. 645 ff., S. 646; *Steckert*, DfK 2002, S. 61 ff., S. 67; *Stober*, Kommunalrecht, S. 341; *Tettinger*, NJW 1998, S. 3473 f., S. 3474; *ders.*, Besonderes Verwaltungsrecht/1, Rn. 219; *Vogelgesang/Lübking/Jahn*, Kommunale Selbstverwaltung, Rn. 628; *Zacharias*, VR 2000, S. 271 ff., S. 277; *Grimme-Benne*, LKV 1996, S. 54 ff., S. 56; *Eyermann/Happ*, VwGO, § 42 Rn. 113; *Vitzthum/Kämmerer*, VBIBW 1997, S. 395 ff., S. 396

<sup>1007</sup> Vgl. BVerwGE 39, 329 (336); BayVGH, JZ 1976, S. 641 ff., S. 642; VGH BW, NJW 1984, S. 251 ff., S. 252; VGH BW, NJW 1995, S. 274; VGH BW, VBIBW 1983, S. 78 f.; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1990, S. 507; BVerwG, NJW 1995, S. 2938 ff., S. 2939

<sup>1008</sup> *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 504; *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 45; *ders.*, Kommunalrecht NW, S. 291 f.; *Frenz*, DÖV 2000, S. 802 ff., S. 809; *Gerke*, Jura 1985, S. 349 ff., S. 356; wohl auch *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für *Blümel*, S. 119 ff., S. 136; *Henneke*, NdsVBl 1999, S. 1 ff., S. 5; *Hösch*, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 402; *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 91; *Darsow*, LKV 2002, S. 1 ff., S. 5; *Lindner*, Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeit, S. 72 ff. u. S. 118 f.; *Lerche*, Juristische Analysen 1970, S. 821 ff., S. 857 f.; v. *Mutius*, Kommunalrecht, Rn. 521 u. Rn. 522; *Otto*, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung, S. 242; *Pielow*, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 379; wohl auch *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 342; *Ruffert*, NVwZ 2000, S. 763 ff., S. 764; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 138; *Schmahl*, LKV 2000, S. 47 ff., S. 51; *Schoch*, DÖV 1993, S. 377 ff., S. 380; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 444 f.; *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 607 f. u. Rn. 623; *Weidemann*, VerwArch 1999, S. 533 ff., S. 546

<sup>1009</sup> VerfGH Rh.-Pf., DÖV 2000, S. 682 ff., S. 686; OVG NW, DÖV 1986, S. 339 ff., S. 341; vgl. OLG Düsseldorf, DVBl 2001, S. 1283 ff., S. 1284

meindewirtschaft zur Wehr setzen können oder ob diese Kontrolle lediglich verwaltungsintern der Kommunalaufsicht obliegt.

### I. Abgrenzung subjektives öffentliches Recht - Reflex

Das subjektive Recht definiert sich gemeinhin als die einem Subjekt durch eine Rechtsnorm, Vertrag, Zusicherung oder durch einen früheren Verwaltungsakt zuerkannte Rechtsmacht, zur Verfolgung eigener Interessen von einem anderen ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen zu fordern. Aus der Perspektive des Bürgers stellt es also die ihm kraft öffentlichen Rechts verliehene Rechtsmacht dar, vom Staat zur Verfolgung eigener Interessen, ein bestimmtes Verhalten verlangen zu können<sup>1010</sup>.

Das subjektive öffentliche Recht ist vom sog. bloßen Rechtsreflex zu unterscheiden, der den Bürger zwar als Auswirkung des objektiven Rechts rein tatsächlich begünstigt oder belastet, ihm jedoch keinen gerichtlich durchsetzbaren, normintendierten Anspruch auf diese Vergünstigung verleiht<sup>1011</sup>.

Dem subjektiven öffentlichen Recht kommt als Rechtsschutzvoraussetzung besondere Bedeutung zu, da es im öffentlichen Recht eher die Ausnahme darstellt.

Das öffentliche Recht ist traditionell gemeinschaftsorientiert und schützt vor allem das öffentliche Interesse. Dem Einzelnen kommt dieser Schutz meist nur als Teil der Allgemeinheit zugute; sein Interesse ist im „ideellen Gesamtinteresse“ des Staates aufgehoben. Schutznormen zu Gunsten des Einzelnen sind daher eher die Ausnahme<sup>1012</sup>. Ein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch besteht damit nicht.

Die Frage, ob eine Norm einem Bürger ein subjektives öffentliches Recht zuschreibt oder nicht bzw. ob nur ein bloßer Rechtsreflex vorliegt, ist oft nur schwer zu beantworten. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass ausdrückliche Rechtsansprüche selten formuliert sind<sup>1013</sup> und typische, auf Drittschutz hinweisende Formulierungen meist fehlen, so dass regelmäßig auf eine Auslegung der konkreten Vorschriften und die Gesetzesbegründungen zurückgegriffen werden muss.

Welche Rechtsnormen ein subjektives öffentliches Recht begründen, entscheidet Rechtsprechung und überwiegendes Schrifttum nach der die Auslegungskriterien präzisierenden Schutznormtheorie. Danach muss die in Frage stehende Rechtsnorm ausschließlich oder zumindest neben dem öffentlichen Interesse auch Individualinteressen zu dienen bestimmt sein<sup>1014</sup>. Dies ist nur bei solchen Rechtsnormen der Fall, aus deren Tatbestandsmerkmalen sich ein Personenkreis bestimmen lässt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet<sup>1015</sup>. Hierfür ist ausreichend, dass die Norm einen Kreis qualifiziert Betroffener oder sonst einen Personenkreis anspricht, der in enger räumlicher und zeitlicher Beziehung zum Genehmigungsgegenstand steht<sup>1016</sup>. Typischerweise ist dies beim Begriff der Nachbarschaft im Baurecht der Fall<sup>1017</sup>.

Ebenfalls ausreichend ist aber auch wenn die Norm, ohne bereits einen Personenkreis in besonderer Weise anzusprechen, in allgemeiner Form eine Rücksichtnahme gebietet, so etwa das Gebot des „Sich-Einfügens“ in § 34 Abs. I S. 1 BauGB. Solche

<sup>1010</sup> Maurer, Verwaltungsrecht, § 8 Rn. 2; vgl. Eyer mann/ Happ, VwGO, § 42 Rn. 83 m.w.N.

<sup>1011</sup> Vgl. Eyer mann/ Happ, VwGO, § 42 Rn. 85

<sup>1012</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 14 Rn. 96; Pagenkopf, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 183

<sup>1013</sup> Eine ausdrückliche Begründung eines subjektiven öffentlichen Rechts findet sich beispielsweise in § 4 Abs. I BSHG und in § 10 Abs. II S. 2 BWGO. Ein ausdrücklicher Ausschluss eines subjektiven öffentlichen Rechts findet sich etwa in § 2 Abs. II BauGB.

<sup>1014</sup> BVerwGE 92, 313 (317); Eyer mann/ Happ, VwGO, § 42 Rn. 86 m.w.N.

<sup>1015</sup> BVerwGE 94, 151 (158); Eyer mann/ Happ, VwGO, § 42 Rn. 86 m.w.N.

<sup>1016</sup> Vgl. BVerwGE 101, 157 (165); vgl. BVerwG, NJW 1983, S. 1507 f.

<sup>1017</sup> Eyer mann/ Happ, VwGO, § 42 Rn. 86

Normen sind zwar nicht schon aus sich heraus auf Drittschutz angelegt, sie können aber unter bestimmten tatbestandlichen Voraussetzungen – wenn der Dritte individualisiert und qualifiziert betroffen ist – Drittschutz entfalten<sup>1018</sup>.

Jedoch sind Normen, die eine Rücksichtnahme gebieten nicht per se drittschützend, sondern nur nach Maßgabe der Schutznormtheorie. Entscheidend ist dabei, worauf Rücksicht genommen werden soll. So ist stets auf Rechte Dritter Rücksicht zu nehmen. Das Rücksichtnahmegebot allein macht bloße Belange oder Interessen nicht zu subjektiven Rechten<sup>1019</sup>.

Die hierfür erforderliche Auslegung der Vorschrift, ob nach diesen Maßstäben ein subjektives öffentliches Recht zu entziehen ist oder nicht, hat dabei in Ansehung der Grundrechte und sonstiger verfassungsmäßiger Rechte zu erfolgen (sog. norminterne Wirkung). Greift staatliches Handeln in den Schutzbereich eines oder mehrerer Grundrechte ein, ist im Zweifel den einschlägigen Normen des einfachen Rechts ein subjektiv-rechtlicher Gehalt zuzuerkennen<sup>1020</sup>. Im Übrigen ist dem Grundgesetz, in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Grundsatz, nachdem Ausnahmen eng auszulegen sind damit sie Ausnahmen bleiben<sup>1021</sup>, aber keine allgemeine Auslegungsregel zu Gunsten subjektiv-rechtlicher Gehalte des einfachen Rechts zu entnehmen<sup>1022</sup>.

So erfolgt beispielsweise auch die Wirtschaftsaufsicht<sup>1023</sup> grundsätzlich im ausschließlich öffentlichen Interesse. Sie dient damit der objektiven Rechtskontrolle und begründet kein subjektives Recht des Bürgers auf ein Einschreiten der Aufsichtsbehörden<sup>1024</sup>. Dem Bürger kommt „kein Wächteramt hinsichtlich der behördlichen Aufsichtsführung zu“<sup>1025</sup>.

Ob die einzelnen Nachfolgebestimmungen zu § 67 DGO in den Gemeindeordnungen der Bundesländer dem privaten Unternehmer eine solche subjektive Rechtsposition vermitteln können ist umstritten.

Weitgehend unbestritten dürfte aber wohl sein, dass die Nachfolgevorschriften aufgrund ihrer die Gemeindegewirtschaft begrenzenden Wirkung der Privatwirtschaft zumindest insgesamt reflexiv zugute kommen.

Hieraus jedoch sofort Schlüsse auf den Schutz der Privatwirtschaft im Sinne eines Drittschutzes zu ziehen, lässt jedoch die Tatsache außer Acht, dass sich jede Beschränkung der gemeindlichen Wirtschaft zu Gunsten der Privatwirtschaft auswirkt wo diese willens und in der Lage ist, sich ebenfalls wirtschaftlich zu betätigen. Aufgrund dieser, die Privatwirtschaft begünstigenden Wirkung kann somit nicht automatisch auf einen Drittschutzcharakter geschlossen werden. Vielmehr ist zu unterscheiden, ob ein Gesetz lediglich eine solche drittschützende Wirkung hat, oder es aber bei einer solchen Wirkung eine solche auch anstrebt<sup>1026</sup>.

Grundsätzlich sind die unterschiedlichen landesrechtlichen Vorschriften hinsichtlich der Frage, ob sich den gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften ein subjektives öffent-

<sup>1018</sup> Eyermann/Happ, VwGO, § 42 Rn. 86

<sup>1019</sup> Eyermann/Happ, VwGO, § 42 Rn. 113

<sup>1020</sup> BVerfGE 15, 275 (281 f.); 96, 100 (115)

<sup>1021</sup> Vgl. Heinrichs, in: Palandt, BGB, Einleitung Rn. 45 m.w.N.

<sup>1022</sup> Eyermann/Happ, VwGO, § 42 Rn. 87 m.w.N.

<sup>1023</sup> Zur nicht immer einheitlichen Terminologie der mitunter synonym verwandten Begriffe „Staatsaufsicht“ und „Wirtschaftsaufsicht“ vgl. Schmidt, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, BesVerw I, § 1 Rn. 142; Kahl, Die Staatsaufsicht, S. 30 f.

<sup>1024</sup> Eyermann/Happ, VwGO, § 42 Rn. 113; Kahl, Die Staatsaufsicht, S. 282, S. 538 u. S. 548

<sup>1025</sup> Püttner, Kommunalrecht Baden-Württemberg, Rn. 130; vgl. auch unten 7. Teil A.

<sup>1026</sup> Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 76; Maurer, Verwaltungsrecht, § 8 Rn. 8

liches Recht entnehmen lässt, einzeln zu prüfen<sup>1027</sup>. Die gemeinsame Vorläuferbestimmung des § 67 DGO erlaubt es zwar auf inhaltliche und tendenzielle Gemeinsamkeiten zurückzugreifen, Unterschiede dürfen dadurch aber nicht nivelliert werden<sup>1028</sup>.

Allerdings gibt es auch Argumente und Stimmen die länderübergreifend, also unabhängig von der landesrechtlichen Ausgestaltung, einen Drittschutz nahe legen. So wird für den Fall der Annahme einer generellen Grundrechtsrelevanz gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung länderübergreifend ein drittschützender Charakter befürwortet<sup>1029</sup>. Oder aber es wird für den Fall der Annahme, dass in den Nachfolgevorschriften des § 67 DGO ein abstrakter Ausgleich zwischen den grundrechtlichen Freiheiten und der in Art. 28 Abs. II GG gewährleisteten Wirtschaftsbetätigung zum Ausdruck kommt ein länderübergreifender drittschützender Charakter der Vorschriften vertreten<sup>1030</sup>.

## II. Schutzrichtung der Vorschriften über die öffentlichen Einrichtungen

Soweit ersichtlich wurde bislang kaum thematisiert, ob oder inwieweit sich aus den Regelungen über die gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen und damit außerhalb der Schrankentrias ein subjektives öffentliches Recht für private Unternehmen herleiten lässt. Dies könnte insofern der Fall sein, als diese Regelungen regelmäßig von den „erforderlichen“ öffentlichen Einrichtungen sprechen<sup>1031</sup>. Da jedoch nach der hier vertretenen Auffassung die öffentlichen Einrichtungen den Oberbegriff darstellen unter den auch die gemeindlichen Unternehmen fallen, sind insoweit die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften die spezielleren Regelungen, so dass auf die allgemeineren Regelungen der öffentlichen Einrichtungen nur dann zurückzugreifen ist, wenn die spezielleren Regelungen keinen Drittschutz vermitteln sollten. Jedoch dürfte bereits aufgrund des Wortlauts der unterschiedlichen Regelungen ein eventueller Drittschutz aus den Vorschriften über die öffentlichen Einrichtungen nicht weitergehend sein als ein eventueller Drittschutz aus den Subsidiaritätsklauseln<sup>1032</sup>. Auf die öffentlichen Einrichtungen wird jedoch auch noch im Rahmen der systematischen Auslegung einzugehen sein.

## III. Schutzrichtung des öffentlichen Zwecks

Nur sehr vereinzelt finden sich im Schrifttum Auffassungen, die bereits einen drittschützenden Charakter der ersten Voraussetzungen der Schrankentrias, des öffentlichen Zwecks, annehmen. Als Begründung wird auf die normimmanente Wirkung des Art. 12 Abs. I GG bei der inhaltlichen Bestimmung des öffentlichen Zwecks verwiesen<sup>1033</sup>.

Dies ist abzulehnen. Mit dem Merkmal des öffentlichen Zwecks wird in erster Linie die ohnehin geltende Gemeinwohlbindung zum Ausdruck gebracht. Gleichzeitig wird diese Gemeinwohlbindung durch die gemeindliche Zielsetzung der Wahrneh-

<sup>1027</sup> Köhler, WRP 1999, S. 1205 ff., S. 1206; Pagenkopf, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 183

<sup>1028</sup> Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 442

<sup>1029</sup> Vgl. Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbsbeteiligung, S. 91; Hösch, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 402; vgl. Otto, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung, S. 243; wohl auch Grawert, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 136

<sup>1030</sup> Vgl. Erichsen, Kommunalrecht NW, S. 291 f.

<sup>1031</sup> Vgl. § 10 Abs. II BWGO

<sup>1032</sup> Vgl. Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 206

<sup>1033</sup> So Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 95, ders., GewArch 2000, S. 1 ff., S. 5

mung *einwohner*nütziger Aufgaben präzisiert<sup>1034</sup> und die Gemeinde auch im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung an die Erledigung ihrer eigenen gemeindlichen Aufgaben erinnert. Da alles staatliche Handeln einer Gemeinwohlbindung unterliegt, kann dies kein geeignetes Argument für die Bejahung eines drittschützenden Charakters sein. Aber auch die Präzisierung des Gemeinwohls auf *einwohner*nützige Aufgaben vermag hieran nichts zu ändern. Selbst wenn man aus dem Einwohnerbezug einen bestimmten Personenkreis ableiten wollte, wäre dieser Kreis der Einwohner immer noch viel zu groß. So ließe sich noch nicht einmal eine Beschränkung auf die von Einwohnern geführten Unternehmen entnehmen. Auch ist nicht ersichtlich, wie dem öffentlichen Zweck ein Rücksichtnahmegebot entnommen werden könnte. Dem öffentlichen Zweck kommt damit kein drittschützender Charakter zu<sup>1035</sup>.

#### IV. Schutzrichtung der Angemessenheit

Auch dem zweiten Erfordernis der Schrankentrias, der Angemessenheit der wirtschaftlichen Betätigung zur Leistungsfähigkeit und Bedarf, dürfte kein drittschützender Charakter zukommen. Im zweiten Erfordernis wird besonders der bereits ohnehin geltende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz präzisiert. Von allen drei Voraussetzungen der Schrankentrias kommt hier wohl am stärksten die finanz- bzw. haushaltsrechtliche Funktion sowie die kommunalpolitische Funktion zum Ausdruck. Das zweite Erfordernis der Schrankentrias soll die Gemeinde vor allem vor finanziellen Risiken bewahren, indem sie sich auf die eigenen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft konzentriert. Auch diesem Erfordernis kann weder ein bestimmter Personenkreis, noch ein Rücksichtnahmegebot entnommen werden. Der Norm kommt daher eher Selbstschutz- als Drittschutzcharakter zu<sup>1036</sup>. Soweit ersichtlich finden sich auch im Schrifttum keine Stimmen, die aus diesem Erfordernis einen Drittschutz ableiten.

#### V. Schutzrichtung der Subsidiaritätsklauseln, der Markterkundungsregelungen und der Privatschutzklauseln

Bei den unterschiedlich ausgestalteten Subsidiaritätsklauseln und den sog. Privatschutzklauseln wird der Drittschutz am intensivsten diskutiert, erscheint er doch hier, nicht zuletzt aufgrund des Wortlauts der Bestimmungen, auch am nahe liegendsten.

##### 1. Grammatikalische Auslegung

Ausdrückliche Regelungen, die erkennen lassen, dass dem einzelnen privaten Unternehmen eine Rechtsmacht zur Durchsetzung seiner Interessen eingeräumt werden sollte, sind nicht erkennbar. Auch aus der Rechtsfolge der wirtschaftsrechtlichen Vorschriften - meist einem bloßen Dürfen der Gemeinde - lässt sich ein subjektives öffentliches Recht nicht begründen.

Um den Regelungen dennoch ein subjektives öffentliches Recht entnehmen zu können, müsste sich dem Wortlaut gemäß der Schutznormtheorie anhand bestimmter Zuordnungskriterien ein sich von der Allgemeinheit unterscheidender, abstrakt umschriebener und abschließend festgelegter Personenkreis entnehmen lassen.

<sup>1034</sup> Vgl. *Cronauge*, AfK 1999, S. 24 ff., S. 32; *Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 429; VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 994

<sup>1035</sup> *Dolde*, ZHR 2002, S. 515 ff., S. 521; *Gerke*, Jura 1985, S. 349 ff., S. 355; vgl. *Lerche*, Juristische Analysen 1970, S. 821 ff., S. 853 f.

<sup>1036</sup> *Gerke*, Jura 1985, S. 349 ff., S. 355; *Dolde*, ZHR 2002, S. 515 ff., S. 521

Der Wortlaut der Subsidiaritätsklauseln ist jedoch sehr allgemein gehalten. Neben Formulierungen wie „auf andere Weise“<sup>1037</sup>, „Dritte“<sup>1038</sup>, „einen anderen“<sup>1039</sup> und „andere Unternehmen“<sup>1040</sup>, sind Formulierungen wie „privaten Dritten“<sup>1041</sup> sowie „privaten Anbietern“<sup>1042</sup> noch die präzisesten.

Vor allem bei den weniger präzisen Formulierungen irritiert hinzukommend die Tatsache, dass neben den privaten Anbietern auch andere Verwaltungsträger in einen Vergleich mit einzubeziehen sind und die Regelungen damit zu Gunsten beider wirken. Zwar dürfte eine solche Miteinbeziehung anderer Verwaltungsträger einen Drittschutz nicht grundsätzlich ausschließen, zweifellos dürften aber solche Regelungen, nicht zuletzt aufgrund der Erweiterung des Adressatenkreises, hinsichtlich eines Drittschutzes eher skeptisch machen<sup>1043</sup>.

Mitunter findet eine weitere Eingrenzung des Personenkreises durch den Wortlaut der Gemeindeordnungen statt, die eine Durchführung von Marktanalysen bzw. Markterkundungsverfahren positiviert haben. So finden sich hier Formulierungen wie „Angebote einzuholen und Vergleichsberechnungen vorzunehmen“<sup>1044</sup>, „betroffenen örtlichen Betriebe“<sup>1045</sup>, „das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft“<sup>1046</sup>, „örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel und der für die Beschäftigten der jeweiligen Branche handelnden Gewerkschaft“<sup>1047</sup>.

Dem Wortlaut der sog. Privatschutzklauseln lässt sich bezüglich des Personenkreises keine noch weitergehende Eingrenzung entnehmen. Ähnlich bestimmt bzw. unbestimmt finden sich hier Formulierungen wie „selbstständiger Betriebe“<sup>1048</sup> in Landwirtschaft, Handwerk, Handel, Gewerbe und Industrie<sup>1049</sup>.

Zusammenfassend wird daher mit den Regelungen über Markterkundungsverfahren und den Privatschutzklauseln meist ein solcher Grad an Bestimmtheit des Personenkreises erreicht, wie er bereits in den Subsidiaritätsklauseln zum Ausdruck kommt, die lediglich einen Vergleich mit anderen privaten Anbietern und nicht auch mit anderen Verwaltungsträgern erfordern. Ob sich diesen Formulierungen anhand der Schutznormtheorie ein hinreichend abstrakt umschriebener und abschließend festgelegter Personenkreis entnehmen lässt, ist fraglich.

Grundsätzlich lässt sich feststellen, dass die Vorschriften immerhin nicht die Staatsbürger im allgemeinen, sondern lediglich den Personenkreis der Privatunternehmer betreffen. Ob diese Gruppe jedoch nur insgesamt geschützt wird, so dass der Einzelne nicht ohne weiteres als „mittelbarer Sachwalter“ für das Gruppeninteresse auftreten kann oder ob jeder Einzelne dieses Personenkreises geschützt wird, da sich das gemeindliche Wirtschaftsunternehmen in den konkreten Markt Bereichen einzelnen

<sup>1037</sup> § 101 Abs. I Nr. 3 SHGO

<sup>1038</sup> § 68 Abs. I Nr. 3 MVKV

<sup>1039</sup> § 102 Abs. I Nr. 3 BWGO; Art. 87 Abs. I Nr. 4 BayGO; § 108 Abs. I Nr. 3 NdsGO; § 108 Abs. I Nr. 3 SaarKSVG; § 97 Abs. I Nr. 3 SächsGO; § 116 Abs. I Nr. 3 LSAGO; § 71 Abs. I Nr. 4 S.

1ThürKO

<sup>1040</sup> § 107 Abs. I Nr. 3 NWGO

<sup>1041</sup> § 85 Abs. I Nr. 3 RhPflGO

<sup>1042</sup> § 100 Abs. III BbgGO

<sup>1043</sup> Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 78

<sup>1044</sup> § 100 Abs. III S. 2 BbgGO

<sup>1045</sup> § 71 Abs. I Nr. 4 S. 2 ThürKO

<sup>1046</sup> § 107 Abs. V S. 1 NWGO

<sup>1047</sup> § 107 Abs. V S. 2 NWGO

<sup>1048</sup> Vgl. Art. 95 Abs. II BayGO; § 71 Abs. II ThürKO

<sup>1049</sup> Selbst die Privatschutzklauseln für zu allgemein formuliert haltend Köhler, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 10 f.; Schmidt-Jortzig, in: HKWP V, S. 50 ff., S. 61; Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 443 f.

namhaften und keineswegs gestaltlosen und anonymen Wettbewerbern gegenüber sieht, ist umstritten<sup>1050</sup>.

Wie im Bereich des Umweltrechts liegt auch hier eine zumindest ausgangswise Orientierung am baurechtlichen Nachbarbegriff, einem der Hauptanwendungsfälle der Schutznormtheorie, nahe. Wie im Umweltrecht wird man auch im Bereich der konkurrierenden gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit einen nicht ebenso engen und überschaubaren Personenkreis, wie ihn der baurechtliche Nachbarbegriff durch seine grundsätzliche Beschränkung auf die nur unmittelbar angrenzenden, dinglich Berechtigten postuliert, anzusetzen haben.

Im Bereich des Umweltrechts wurde aufgrund der meist weiträumigen Wirkung umweltrelevanten Verhaltens dem Nachbarbegriff eine eigene Ausfüllung gegeben. So setzt das Bundesverwaltungsgericht ein qualifiziertes Betroffensein voraus, das sich deutlich von den Auswirkungen abhebt, die den Einzelnen als Teil der Allgemeinheit treffen können. Hierfür ist eine engere räumliche und zeitliche Beziehung des Bürgers Voraussetzung, die regelmäßig dann vorliegt, wenn der Bürger dem Einwirkungsbereich der konkreten Anlage ausgesetzt ist<sup>1051</sup>. Kein Kriterium ist dabei die Anzahl der von der Schutznorm Begünstigten<sup>1052</sup>.

Auch für den Bereich der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit würde sich das qualifizierte Betroffensein eines privaten Unternehmens durch die gemeindliche Konkurrenz als Kriterium anbieten. Zwar erscheint die Ermittlung qualifiziert betroffener Privatunternehmen nicht so verhältnismäßig einfach wie im Umweltrecht, wo sich anhand von Grenzwerten und schädlichen Auswirkungen von Anlagen die qualifizierte Betroffenheit messen lässt<sup>1053</sup>. Zumindest aber dürfte das Finden von Messgrößen wirtschaftlicher Art nicht schwieriger sein als der in den Subsidiaritätsklauseln ohnehin anzustellende Vergleich zur privaten Wirtschaft. Hierzu korrespondierend findet sich auch in der Kommunalordnung Thüringens die Formulierung der „betroffenen örtlichen Betriebe“<sup>1054</sup>.

Der Kreis der qualifiziert betroffenen Unternehmen beschränkt sich wie oben bereits gesehen auf die Privatunternehmen, die die von der Gemeinde beabsichtigte Leistung schon anbieten oder konkret bereit sind dies zu tun.

Inwieweit sich, abgesehen von Formulierungen, die ausdrücklich auf *örtliche* Betriebe abstellen, durch die Beschränkung der gemeindlichen Wirtschaft auf den örtlichen Bereich der Gemeinde auch eine weitergehende Präzisierung des Personenkreises erreichen lässt<sup>1055</sup>, erscheint eher fraglich. So ist doch die qualifizierte Betroffenheit der privaten Unternehmer nicht nach der Ansässigkeit im Gemeindegebiet, sondern

---

<sup>1050</sup> Für einen hinreichend individualisierbaren Personenkreis etwa BGH, GRUR 1962, S. 159 ff., S. 162; *Grawert*, Kommunale Wirtschaftstätigkeit im Wettbewerb, in: *Kommunen am Markt*, S. 9 ff., S. 28; *Lindner*, Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeit, S. 113 f., der sich wohl auf Ausführungen des BGH, GRUR 1962, S. 159 ff., S. 162 und zur dortigen Frage eines Schutzgesetzes i.S. des § 823 Abs. II BGB beruft; gegen einen hinreichend individualisierbaren Personenkreis dagegen *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 821; *Köhler*, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 9 f. u. S. 12; *Stober*, Kommunalrecht, S. 341; vgl. *Cosson*, DVBl 1999, S. 891 ff., S. 895 f.; *Meyer*, Kommunalrecht, Rn. 621; BVerwGE 39, 329 (333 ff.)

<sup>1051</sup> Vgl. BVerwG, NJW 1983, S. 1507 ff., S. 1508; *Kloepfer*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, BesVerwR I, § 6 Rn. 213 f.

<sup>1052</sup> BVerwG, DVBl 1987, S. 1265 f., S. 1266; vgl. auch *Lerche*, Juristische Analysen 1970, S. 821 ff., S. 839

<sup>1053</sup> *Kloepfer*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, BesVerwR I, § 6 Rn. 214

<sup>1054</sup> § 71 Abs. I Nr. 4 S. 2 ThürKO

<sup>1055</sup> So wohl *Lindner*, Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeit, S. 114

ausschließlich danach zu beurteilen, ob sie die von der Gemeinde beabsichtigte Leistung bereits anbieten oder dies konkret planen.

Zweifellos dürfte der Personenkreis jedoch deutlich überschaubarer sein als der Kreis der berechtigten Einwohner und sonstiger Gruppen, denen regelmäßig ein subjektives öffentliches Recht auf Zulassung bzw. Benutzung von gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen eingeräumt wird. Zugegebenermaßen ist die Situation jedoch nur sehr bedingt vergleichbar. Im Gegensatz zum gemeindlichen Wirtschaftsrecht ist im Bereich der öffentlichen Einrichtungen das subjektive öffentliche Recht ausdrücklich positiviert, so dass nicht erst anhand der Schutznormtheorie ermittelt werden muss, inwieweit sich ein hinreichend bestimmbarer Personenkreis ermitteln lässt.

Ob sich somit ein hinreichend individualisierbarer Personenkreis bestimmen lässt, erscheint damit, insbesondere im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten, eher als eine Frage des Wollens als eine Frage des Könnens<sup>1056</sup>.

## 2. Historisch-genetische Auslegung

Da die heutigen gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften die Gedanken des § 67 DGO aufgegriffen haben und zumindest teilweise auch die Begründungen der Nachfolgevorschriften auf § 67 DGO zurückgehen, hat man sich bei einer historisch-genetischen Auslegung mit der Vorschrift des § 67 DGO auseinander zu setzen.

Historischer Anlass für die Vorschrift des § 67 DGO war die starke wirtschaftliche Expansion der Gemeinden in der Zeit vor dem ersten Weltkrieg und zwischen den Weltkriegen. So war es - neben der Anerkennung der traditionellen gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung - rechtspolitischer Wunsch, die Privatwirtschaft vor gemeindlicher Konkurrenz, insbesondere in den Bereichen, die bisher ausschließlich privater Wirtschaftsbetätigung vorbehalten waren, zu schützen. Gleichzeitig sollte eine Rückbesinnung der Gemeinden auf die teilweise vernachlässigten eigentlichen Aufgaben bewirkt werden, um die Gemeinden im Hinblick auf die schwierige kommunale Finanzsituation vor zusätzlichen finanziellen Risiken zu bewahren<sup>1057</sup>.

Zu Recht geht jedoch das wohl überwiegende Schrifttum davon aus, dass sich dieser ursprünglich mitgewollte Schutz der Privatwirtschaft insgesamt nicht als Begründung eines subjektiven Rechtsschutzes des einzelnen Unternehmers verstehen lässt.

Hierfür ist insbesondere ausschlaggebend, dass das gesetzgeberische Bemühen um den wirtschaftlichen Freiraum des Einzelnen nicht um seiner selbst willen, sondern vielmehr um der Volksgemeinschaft willen erfolgte. Dies nicht zuletzt, um dadurch die Wirtschaft möglichst effektiv und zweckmäßig zu organisieren<sup>1058</sup>.

§ 67 DGO wollte somit nicht den Einzelnen schützen, sondern - reinen ökonomischen Zweckmäßigkeitserwägungen folgend - die Volkswirtschaft insgesamt. Das Gemeinschaftsglied bildete keinen Selbstzweck, sondern war lediglich ein Instrumentarium zur Verwirklichung des Ganzen. Damit kann aber aus der gesetzgeberischen Intention des gerade den Rechtsschutz des Einzelnen verhindernden Einheitsstaates keine Berechtigung einzelner privater Konkurrenten gefolgert werden<sup>1059</sup>.

<sup>1056</sup> Vgl. *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 184; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 443 f.; vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 444; *Grawert*, Kommunale Wirtschaftsbeschäftigung im Wettbewerb, in: *Kommunen am Markt*, S. 9 ff., S. 28.

<sup>1057</sup> Vgl. *Burmeister*, in: HKWP V, S. 3 ff., S. 12 ff.; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 75 f.; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 36 f.

<sup>1058</sup> *Wieland/Hellermann*, Schutz des Selbstverwaltungsrechts, S. 47; vgl. auch *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 80 f.

<sup>1059</sup> Vgl. *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 180 f.; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 79 ff. u. S. 81 ff.; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 444; *Nagel*, Gemeinde-

Grundsätzlich gilt es jedoch bei einer historischen Auslegung zu bedenken, dass es auf den subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers nicht entscheidend ankommt, da sich dieser entweder meist gar nicht bzw. nur sehr schwer feststellen lässt, oder er durch die Änderung der Lebensverhältnisse ohnehin meist überholt wird. Dies gilt selbst dann, wenn sich in den Gesetzesmaterialien eine ausdrückliche Stellungnahme findet. Maßgebend ist lediglich der im Gesetzeswortlaut objektivierte Wille<sup>1060</sup>.

Abgesehen hiervon bestehen ohnehin Zweifel, inwieweit man auf die Entstehungsgeschichte des § 67 DGO überhaupt zurückgreifen kann, da diese Vorschrift nicht vor dem Hintergrund einer wirksamen Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung zustande gekommen ist, sondern vielmehr staatsautoritären und zentralwirtschaftlichen Einflüssen unterlag<sup>1061</sup>. Historisch lassen sich damit keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen intendierten Drittschutz gewinnen.

### 3. Systematische Auslegung

Die Tatsache, dass in den gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften explizit kein subjektives öffentliches Recht eingeräumt wurde spricht systematisch nicht gegen die Annahme eines solchen.

Wie bereits ausgeführt besteht sogar in der Mehrheit der Fälle die Notwendigkeit, ein solches erst durch ein Blick in die Gesetzesbegründungen und durch Auslegung zu ermitteln. Mag eine ausdrückliche Positivierung eines subjektiven öffentlichen Rechts auch wünschenswert sein, notwendig ist sie gleichwohl nicht<sup>1062</sup>.

Somit erscheint die Argumentation verfehlt, ein Drittschutz sei zu verneinen, da dem Gesetzgeber die heftige Kontroverse um den Drittschutz und die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte bekannt gewesen sei, und er, falls er einen Drittschutz intendiert habe, einen solchen ausdrücklich geregelt hätte, so dass das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung als beredtes Schweigen zu bewerten sei<sup>1063</sup>. Auch in anderen Bereichen des öffentlichen Rechts, wie beispielsweise dem Baurecht, wird das Unterlassen von gesetzgeberischen Klarstellungen trotz bekannter Kontroversen nicht als Intentionswechsel des Gesetzgebers bewertet. Der Schluss von einer nicht ausdrücklichen Regelung auf ein fehlendes Klagerecht würde auch dem bereits dargestellten Grundsatz widersprechen, nachdem den einschlägigen Normen des einfachen Rechts im Zweifel ein subjektiv-rechtlicher Gehalt zuzuerkennen ist, wenn staatliches Handeln in den Schutzbereich eines oder mehrerer Grundrechte eingreift<sup>1064</sup>. Erst der auslegungsbedürftige, nicht eindeutige Wortlaut eröffnet jedoch gerade diesen Bereich des Zweifels, der mit diesem Grundsatz geregelt werden soll.

In systematischer Hinsicht ist ebenfalls festzustellen, um welche Art von Normen es sich bei den Nachfolgevorschriften zu § 67 DGO handelt. So könnte es sich um lediglich internes Organisationsrecht bzw. Innenrecht handeln. Dieses Innenrecht unterscheidet sich vom Außenrecht, das die Rechtsbeziehungen zwischen Rechtspersonen betrifft, dadurch, dass es die rechtlichen Verhältnisse innerhalb einer Rechtsper-

---

ordnung als Hürde, S. 19; *Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 77 f.;

*Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 88; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rn. 692  
<sup>1060</sup> BVerfGE 1, 312 (312 f.); 62, 45 (45 f.); *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/ Dürig/ Herzog / Scholz*, GG, Art. 19 Abs. IV Rn. 128; *Heinrichs*, in: *Palandt*, BGB, Einleitung Rn. 37

<sup>1061</sup> *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 219; *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 180 f.

<sup>1062</sup> *Ehlers*, Gutachten E, S. 84 f.

<sup>1063</sup> So aber *Stehlin*, NVwZ 2001, S. 645 ff., S. 646; OLG Karlsruhe, VBIBW 2001, S. 234 f., S. 236

<sup>1064</sup> BVerfGE 15, 275 (281 f.); 96, 100 (115)

son, also die Beziehungen zwischen den Organen eines Verwaltungsträgers und den Beziehungen dieser Organe untereinander, regelt<sup>1065</sup>.

Zwar ist es nicht unumstritten, ob Vorschriften, die den staatlichen Innenbereich betreffen als Grundlage für ein subjektives öffentliches Recht in Frage kommen, dies dürfte aber nach richtiger Auffassung zu verneinen sein, da die Einräumung von Innenrechtspositionen ausschließlich der Funktionsfähigkeit der Gesamtorganisation dient<sup>1066</sup>.

Zwischen Innenrecht und Außenrecht bestehen jedoch keine klaren Grenzen. Vielmehr sind die Übergänge fließend. Darüber hinaus gibt es auch Regelungskomplexe die beiden Rechtsbereichen zuzuordnen sind<sup>1067</sup>.

Das Kommunalrecht insgesamt lediglich organisationsrechtlich zu betrachten erscheint verfehlt, werden doch, insbesondere in den Gemeindeordnungen, neben Regelungen des Innenbereichs (Befugnisse der Gemeindeorgane und ihr Verhältnis zueinander) auch eine Vielzahl von Regelungen des Außenbereichs (Verhältnis Bürger-Gemeinde) getroffen<sup>1068</sup>. Angemessener erscheint es daher, die konkreten Normgruppen einer isolierten Betrachtung und Bewertung zuzuführen.

Auch wenn die Regelungen der öffentlichen Einrichtungen und die Regelung der wirtschaftlichen Unternehmen regelmäßig an verschiedenen Stellen in den Gemeindeordnungen erfolgen, gehören sie inhaltlich doch zusammen. Dies zeigt bereits die vorgenommene Einordnung der öffentlichen Einrichtungen als Oberbegriff, unter den auch wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Unternehmen fallen<sup>1069</sup>.

Bereits das regelmäßig bei den öffentlichen Einrichtungen anzutreffende subjektive öffentliche Recht auf Zulassung bzw. Benutzung zeigt, dass eine reine organisationsrechtliche Betrachtung systemwidrig wäre<sup>1070</sup>.

Wie relevant aus der Sicht des Bürgers - neben dem Wunsch nach Zulassung bzw. Benutzung der öffentlichen Einrichtungen - auch die Abwehr der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit ist, zeigt sich nicht zuletzt in den vielfältigen und ausdrücklichen Regelungen von Berührungspunkten zur privaten Wirtschaft wie insbesondere den Subsidiaritätsklauseln und neuerdings auch den ausdrücklichen Regelungen von Marktanalysen, Markterkundungsverfahren und Beschränkungsregelungen explizit zu Gunsten der Privatwirtschaft.

Abgesehen hiervon regeln die Nachfolgebestimmungen zu § 67 DGO, wie dies bei einem reinen Innenrecht der Fall wäre, auch nicht die Befugnisse von Organen bzw. die Rechtsbeziehungen von Organen untereinander. Regelungsgegenstand sind hier nicht Organe, sondern vielmehr Organisationsformen der Gemeinde. Bereits durch die ausdrückliche öffentlich-rechtliche Zweckbindung wird deutlich, dass die Nachfolgevorschriften zu § 67 DGO zumindest nicht ausschließlich organisationsrechtlicher Natur sind. Es wird nicht der Inhalt der im Innenverhältnis bestehenden Verhaltenspflichten bestimmt, sondern Inhalt und Reichweite gemeindlicher Tätigkeit im Außenverhältnis geregelt<sup>1071</sup>. Zu Recht weist *Gönnenwein* darauf hin, dass unter dem Abschnitt der wirtschaftlichen Betätigung sehr unterschiedliche Gegenstände geregelt sind<sup>1072</sup>. Dass die gemeinderechtlichen Vorschriften nicht nur den Binnenbereich betreffen, zeigt sich auch spätestens bei Grundrechtseingriffen, da sich diesbezüglich

<sup>1065</sup> Maurer, Verwaltungsrecht, § 21 Rn. 26

<sup>1066</sup> Eyer mann/ Rennert, VwGO, § 40 Rn. 15 m.w.N.

<sup>1067</sup> Maurer, Verwaltungsrecht, § 21 Rn. 27

<sup>1068</sup> Vgl. Stober, Kommunalrecht, S. 3; v. Mutius, Kommunalrecht, Rn. 3 f.

<sup>1069</sup> Vgl. Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rn. 650 u. Rn. 664 f.; Gerke, Jura 1985, S. 349 ff., S. 354; vgl. bereits oben 2. Teil D.

<sup>1070</sup> Lindner, Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeit, S. 78

<sup>1071</sup> Lindner, Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeit, S. 85

<sup>1072</sup> Vgl. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 444

den gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriftenden Ermächtigungsgrundlagen entnehmen lassen<sup>1073</sup>. Zumindest eine Einordnung der wirtschaftsrechtlichen Vorschriften als ein Regelungskomplex, der beiden Rechtsbereichen zuzuordnen ist wird man daher kaum verneinen können<sup>1074</sup>.

Zuzugeben ist jedoch, dass der Schwerpunkt der Vorschriften nicht in Regelungen des Bürger-Staat-Verhältnisses liegt, sondern schwerpunktmäßig, neben Organisatorischem, die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit für den Bereich der wirtschaftlichen Betätigung präzisiert werden.

Ob hieraus jedoch zwingend gefolgert werden muss, dass es damit allen Regelungen an Außenwirkung fehle, da den Prinzipien der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit selbst keine Außenwirkung bzw. eine drittschützende Wirkung zukomme und somit für ihre gemeinderechtlichen Präzisierungen nichts anderes gelten könne<sup>1075</sup>, erscheint fraglich.

Die dominierende organisatorische bzw. haushaltsrechtliche Funktion der Vorschriften muss die Ableitung von Drittschutz nicht grundsätzlich ausschließen<sup>1076</sup>. Insbesondere durch die zunehmende Aufnahme von Privatschutzklauseln sowie durch die vermehrt anzutreffenden ausdrücklichen Erwähnungen der privaten örtlichen Betriebe wird die systematische Argumentation gegen einen drittschützenden Charakter erschwert<sup>1077</sup>.

Kaum ein systematisches Argument gegen einen drittschützenden Charakter dürfte sich auch aus der Tatsache gewinnen lassen, dass die Schutzrichtung der kommunalaufsichtlichen Tätigkeit auf die Gemeinden bezogen sei<sup>1078</sup>. In erster Linie kommt der Kommunalaufsicht die Funktion einer objektiven Rechtskontrolle zu. Die hieraus resultierende faktisch schützende Wirkung sollte jedoch ihren Grund in der Ausrichtung bzw. in der Schutzrichtung der zu überwachenden gemeinderechtlichen Vorschriften finden. So wird sich auch regelmäßig die Schutzrichtung der kommunalaufsichtlichen Tätigkeit bei der Überwachung der Privatschutzklauseln faktisch zu Gunsten der Privatwirtschaft verschieben.

Auch das Argument, es würde systematisch gegen die Annahme eines subjektiven öffentlichen Rechts sprechen, dass die Einhaltung der gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften nicht durch besondere Instrumente geregelt werde und der Gesetzgeber offenbar, neben dem allgemeinen aufsichtsrechtlichen Instrumentarium, keine Notwendigkeit gesehen hätte, die Gemeinden in besonderer Weise zur Einhaltung der Vorschriften zu zwingen oder einer besonderen Schadensersatzpflicht zu unterwerfen<sup>1079</sup>, vermag nicht recht zu verfangen. Wie bereits mehrfach erwähnt, kann aus der unterbliebenen expliziten Festschreibung eines subjektiven öffentlichen Rechts nicht automatisch auf das Fehlen eines solchen Rechts geschlossen werden. Abgesehen hiervon ist auch das Fehlen von besonderen Schadensersatzpflichten oder sonstigen Sanktionsregelungen neben dem aufsichtsrechtlichen Instrumentarium, insbesondere im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten, nicht unüblich, sondern sogar eher die Regel.

<sup>1073</sup> Vgl. Ehlers, Gutachten E, S. 86

<sup>1074</sup> A.A. wohl OLG München, WRP 1998, S. 430 ff., S. 433, das die Vorschriften als bloße Regelungen für den Innenbereich qualifiziert.

<sup>1075</sup> So etwa v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, S. 102; vgl. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 445; vgl. Gusy, JA 1995, S. 253 ff., S. 254

<sup>1076</sup> So auch Kluth, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 23 ff., S. 33 f.

<sup>1077</sup> Vgl. Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 445

<sup>1078</sup> So aber Moraing, der städtetag 1997, S. 285 ff., S. 286

<sup>1079</sup> Budde/Stapper, der städtetag 1999, S. 93 ff., S. 97

Nachvollziehbar dagegen erscheint die systematische Erwägung *Köhlers*, der einen Drittschutz der Subsidiaritätsklauseln ablehnt, da sich ihre Bedeutung lediglich darauf erstreckt, auch den Aufsichtsbehörden ein Einschreiten gegen die Gemeinden zu ermöglichen, wenn deren Marktzutritt die Gefahr einer Ausschaltung des Leistungswettbewerbs begründe. Die Gefahr der Ausschaltung eines Leistungswettbewerbs werde bereits von den allgemeinen Grundsätzen des Wettbewerbsrechts und des Kartellrechts erfasst, so dass die Subsidiaritätsklauseln keinen weitergehenden Schutz vermitteln könnten<sup>1080</sup>.

Da sich der Regelungskomplex der gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften durch eine deutliche Häufung von Beurteilungsspielräumen bzw. Einschätzungsprärogativen und Ermessenseinräumungen auszeichnet, wird mitunter versucht, aufgrund der damit einhergehenden eingeschränkten gerichtlichen Kontrolldichte bzw. eines ausgedünnten Rechtsschutzes eine Unvereinbarkeit mit der Annahme von subjektiven öffentlichen Rechten in diesem Bereich herzuleiten, da sonst die eingeräumten Handlungsspielräume der Verwaltung wieder überprüfbar gemacht und ausgehöhlt werden könnten<sup>1081</sup>.

Zutreffend weist jedoch *Henneke* darauf hin, dass es sich hier lediglich um einen Scheinkonflikt zwischen gemeindlichem Beurteilungsspielraum und drittschützender Norm handelt<sup>1082</sup>. Die Verwendung von Beurteilungsspielräumen und die Einräumung von Ermessen schließen ein subjektives öffentliches Recht nicht aus. Ein Zusammentreffen hat lediglich die Folge, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit und private Dritte den Beurteilungsspielraum zu beachten haben und sie deshalb gehindert sind, ihre eigene Beurteilung an die Stelle der Beurteilung der Gemeinde zu setzen. Wenn die jeweilige Gemeinde den Sachverhalt vollständig und richtig ermittelt und danach vertretbar darlegt, dass und warum ihre eigene Leistungserbringung wirtschaftlicher oder besser ist, haben Verwaltungsgerichtsbarkeit und privater Dritter dies hinzunehmen. Ob sich aber die Beurteilung der Gemeinde in dem durch das Gesetz vorgegebenen Rahmen hält, ist eine gerichtlich voll nachprüfbare Rechtsfrage<sup>1083</sup>.

In systematischer Hinsicht gilt es nicht nur das unmittelbar umgebende Normgefüge zu untersuchen, sondern es ist die gesamte Rechtsordnung mit einzubeziehen.

Die offenbare Parallele der teilweise eingeführten Markterkundungsverfahren zum Interessenbekundungsverfahren des § 7 Abs. II BHO<sup>1084</sup> vermag ein subjektives öffentliches Recht nicht zu begründen. Auch das Interessenbekundungsverfahren begründet kein subjektives öffentliches Recht auf Aufgabenübertragung, denn § 7 Abs. II BHO bezweckt nicht nur den Schutz der Privatwirtschaft, sondern ist genauso an der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung orientiert. Regelungsadressat dieser Vorschrift ist nicht der private Unternehmer, sondern die Verwaltung. Private Unternehmer haben weder ein einklagbares Recht auf Privatisierung ihrer Tätigkeit oder Aufgabe, noch werden überhaupt konkrete Rechtsfolgen an das Ergebnis geknüpft. Das Ergebnis selbst ist bei der Entscheidung über den Einsatz eines öffentlichen Unternehmens lediglich ein Abwägungsbelang neben anderen<sup>1085</sup>.

<sup>1080</sup> *Köhler*, WRP 1999, S. 1205 ff., S. 1210 f.

<sup>1081</sup> Vgl. *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 184; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 512; vgl. LT-Drs. Rh.-Pf. 13/ 2306, S. 36

<sup>1082</sup> *Henneke*, DVBl 2000, S. 997 ff., S. 999

<sup>1083</sup> VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 922 ff., S. 996; *Henneke*, DVBl 2000, S. 997 ff., S. 999; vgl.

*Eyermann/Happ*, VwGO, § 42 Rn. 113; vgl. *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 8 Rn. 15

<sup>1084</sup> *So Hill*, BB 1997, S. 425 ff., S. 429; vgl. § 107 Abs. V NWGO

<sup>1085</sup> *Piduch*, BHO, § 7 Rn. 8; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 440

Auch dem Argument, dass aufgrund der „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des Grundgesetzes bzw. der Ermangelung eines Bekenntnisses zu einer bestimmten Wirtschaftsordnung kein Erfordernis einer restriktiven Auslegung der einfachgesetzlichen Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung i.S. einer Annahme eines subjektiven öffentlichen Rechts bestehe, um hierdurch der Wirtschaftstätigkeit der Gemeinden enge Grenzen zu ziehen<sup>1086</sup>, kann nach der hier vertretenen Auffassung nicht gefolgt werden. Trotz der konstatierten „wirtschaftspolitischen Neutralität“ ist der durch die Verfassung vorgegebene „Korridor des Möglichen“ doch ein Korridor mit marktwirtschaftlichem Charakter. Dieser lässt staatliche Konkurrenz zwar zu, weist ihr aber nicht zuletzt aufgrund der verfassungsrechtlich garantierten Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie doch einen Ausnahmecharakter zu, indem das Sachgebiet der Wirtschaft grundsätzlich der gesellschaftlichen Sphäre überantwortet wird, so dass eine völlige Gleichstellung privater und staatlicher Wirtschaftstätigkeit als unzulässig erscheint<sup>1087</sup>. Die Annahme eines drittschützenden Charakters der begrenzenden gemeinderechtlichen Vorschriften wäre daher nicht systemwidrig, sondern dem Ausnahmecharakter der staatlichen Wirtschaft nicht widersprechend, sondern vielmehr entsprechend. Ebenfalls in diese Richtung dürfte der Umstand weisen, dass die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinden regelmäßig als Ausnahmetatbestand normiert ist. Nur wenn die bestimmten Voraussetzungen der Schrankentrias vorliegen, dürfen sich die Gemeinden wirtschaftlich betätigen<sup>1088</sup>. Ausnahmen sind aber grundsätzlich eng auszulegen<sup>1089</sup>. Durch die Grundentscheidung der Trennung von Staat und Gesellschaft und durch den marktwirtschaftlichen Charakter der Wirtschaftsordnung sowie durch die Wirtschaftsgrundrechte stellt die staatliche Wirtschaftsbetätigung eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme dar. Folglich sind die Bestimmungen des gemeindlichen Wirtschaftsrechts restriktiv auszulegen<sup>1090</sup>, was ebenfalls für einen drittschützenden Charakter sprechen könnte. Zumindest die der gemeindlichen Wirtschaft, insbesondere im Hinblick auf die neuen Geschäftsfelder, Spielraum verschaffende sog. dynamische Auslegung<sup>1091</sup> erscheint damit aber problematisch.

Schlussendlich vermag aber auch eine systematische Auslegung keine eindeutigen Feststellungen, sondern allenfalls einen leichten Ausschlag zu Gunsten eines Drittschutzes zu liefern.

#### 4. Teleologische Auslegung

Für das Auslegungsergebnis ist grundsätzlich die sich am Gesetzeszweck orientierende teleologische Auslegung entscheidend<sup>1092</sup>.

<sup>1086</sup> Vgl. Meyer, LKV 2000, S. 321 ff., S. 321 m.w.N.

<sup>1087</sup> Krölls, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 283; Sodan, DÖV 2000, S. 361 ff., S. 371; Hösch, WiVerw 2000, S. 159 ff., S. 178; vgl. Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 770e

<sup>1088</sup> Gern, Kommunalrecht BW, Rn. 648a; Scholler, Grundzüge des Kommunalrechts, S. 216

<sup>1089</sup> Vgl. Heinrichs, in: Palandt, BGB, Einleitung Rn. 45 m.w.N.

<sup>1090</sup> Dreier, in: Henneke, DVBl 1998, S. 685 ff., S. 695

<sup>1091</sup> Für eine dynamische Auslegung etwa Cronauge, AfK 1999, S. 24 ff., S. 33; ders., Kommunale Unternehmen, Rn. 769y; Hennerkes, AfK 1999, S. 65 ff., S. 66; Nagel, Gemeindeordnung als Hürde?, S. 56 ff.; Moraing, WiVerw 1998, S. 233 ff., S. 254 ff. u. S. 262 f.; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 315; gegen eine dynamische Auslegung etwa Knemeyer/ Kempfen, in: Achterberg/ Püttner/ Würtenberger, BesVerwR II, § 17 Rn. 44; Badura, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 823; Ruffert, VerwArch 2001, S. 27 ff., S. 40; wohl auch Cosson, DVBl 1999, S. 891 ff., S. 989; wohl auch Enkler, ZG 1998, S. 328 ff., S. 346; Grawert, Kommunale Wirtschaftsbetätigung im Wettbewerb, in: Kommunen am Markt, S. 9 ff., S. 13

<sup>1092</sup> Heinrichs, in: Palandt, BGB, Einleitung Rn. 38

In diesem Zusammenhang gilt es die im Rahmen der Schutznormtheorie wichtige Frage zu untersuchen, welcher Schutzzweck den Regelungen zu Grunde liegt. Ist dieser ermittelt, kann beurteilt werden, ob die Regelungen, wie für die Annahme eines subjektiven öffentlichen Rechts erforderlich, zumindest auch dem Schutz der Interessen einzelner privater Unternehmen zu dienen bestimmt sind.

Wie bereits die historische Auslegung gezeigt hat finden sich insoweit - zumindest für die Vorschrift des § 67 DGO - keine Anhaltspunkte, die darauf schließen lassen, dass gerade auch der einzelne private Unternehmer geschützt und berechtigt werden sollte. Da aber, abgesehen von der Tatsache, dass es ohnehin zweifelhaft ist, inwieweit man auf § 67 DGO überhaupt noch zurückgreifen kann, der historische Wille des Gesetzgebers für die Auslegung insgesamt ohnehin nicht ausschlaggebend ist, da, wie das Bundesverfassungsgericht ausführte, das Gesetz eben oftmals klüger sein kann als die Väter des Gesetzes<sup>1093</sup>, ist festzustellen, ob der Schutzzweck der Nachfolgevorschriften beibehalten oder verändert wurde.

Dabei gilt es vor allem auch hier wieder vorschnelle Schlüsse auf den Schutz der Privatwirtschaft zu vermeiden, da jede Beschränkung der gemeindlichen Wirtschaft sich zu Gunsten der Privatwirtschaft auswirkt, wo diese willens und in der Lage ist sich ebenfalls wirtschaftlich zu betätigen.

In Anbetracht der Entstehungsgeschichte der Schrankentrias, aus der sich ergibt, dass neben der Schutzfunktion für die Gemeinde die private Wirtschaft zumindest insgesamt geschützt werden sollte, sowie in Anbetracht der neuerdings zu konstatierenden Einführung von Markterkundungsverfahren bzw. Marktanalysen, der Gelegenheit zur Stellungnahme für Vertretungsorganisationen der mittelständischen Wirtschaft, bis hin zur Einführung von Privatschutzklauseln, dürfte mittlerweile weitgehend unstrittig sein, dass die gemeinderechtlichen Wirtschaftsklauseln nicht nur lediglich eine die Privatwirtschaft insgesamt schützende Wirkung *haben*, sondern dass diese Wirkung auch *intendiert* ist<sup>1094</sup>. So weist *Ehlers* zu Recht darauf hin, dass eine Risikobegrenzungsklausel ausgereicht hätte, wenn nur der Selbstschutz der Gemeinde beabsichtigt gewesen wäre<sup>1095</sup>. Somit bleibt lediglich die entscheidende Frage zu klären, ob der Schutzzweck zumindest auch im Interesse des einzelnen privaten Unternehmers eingeführt wurde.

Werden teilweise bereits die Subsidiaritätsklauseln als ausgesprochene Mittelstandsschutzklauseln bezeichnet<sup>1096</sup>, finden sich explizite Schutzregelungen für die mittelständische Wirtschaft in sog. Privatschutzklauseln in Bayern und Thüringen. Hiernach dürfen gemeindliche Wirtschaftsunternehmen keine wesentliche Schädigung und keine Aufsaugung selbstständiger Betriebe in Landwirtschaft, Handwerk, Handel, Gewerbe und Industrie bewirken<sup>1097</sup>. In Nordrhein-Westfalen hat die Gemeinde durch eine Marktanalyse Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft zu untersuchen. Den örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel und der für die Beschäftigten der jeweiligen Branche handelnden Gewerkschaft ist dabei Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben<sup>1098</sup>. In Brandenburg hat die Gemeinde explizit bei privaten Anbietern Angebote einzuho-

<sup>1093</sup> BVerfGE 36, 342 (362); *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/ Dürig/ Herzog/ Scholz*, GG, Art. 19 Abs. IV Rn. 128

<sup>1094</sup> Vgl. *Knemeyer/ Kempen*, in: *Achterberg/ Püttner/ Würtenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 50 u. Rn. 58; vgl. *Moraing/ Püttner*, Entwicklungen im Gemeindegewirtschaftsrecht, in: *ÖPNV in Bewegung*, S. 45 ff., S. 45

<sup>1095</sup> *Ehlers*, Gutachten E, S. 84

<sup>1096</sup> *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 342

<sup>1097</sup> Vgl. Art. 95 Abs. II BayGO; § 71 Abs. II ThürKO

<sup>1098</sup> § 107 Abs. V NWGO

len, Vergleichsberechnungen vorzunehmen und gegebenenfalls die Aufgaben an diese zu übertragen<sup>1099</sup>.

In Baden-Württemberg ist der Schutz der mittelständischen Wirtschaft – abgesehen von der Subsidiaritätsklausel - zwar nicht explizit gesetzlich positiviert, jedoch findet sich in den Gesetzesbegründungen der ausdrückliche Hinweis, dass die Gemeinde bei der im Rahmen der Subsidiaritätsklausel anzustellenden Vergleichsbetrachtung die im Interesse der Sicherung einer ausgewogenen Wirtschaftsstruktur des Landes liegenden Zwecke des Mittelstandsförderungsgesetzes (MFG) zu beachten hat<sup>1100</sup>. Abgesehen von diesem ausdrücklichen Hinweis in Baden-Württemberg bestehen aber in den meisten Bundesländern ebenfalls Mittelstandsförderungsgesetze mit weitgehend vergleichbarem Inhalt<sup>1101</sup>. Auch hier wird der ordnungspolitische Gedanke verfolgt, die staatliche Wirtschaft zu Gunsten der mittelständischen Wirtschaft zu beschränken.

Hiernach sind die Verwaltungsträger des Landes bei allen Planungen, Programmen und Maßnahmen auf den Zweck des Mittelstandsförderungsgesetzes verpflichtet. Dieser besteht unter anderem darin, die kleineren und mittleren Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft sowie die in der Wirtschaft tätigen freien Berufe zu erhalten und zu stärken, die Gründung und Entfaltung von selbstständigen Existenzen der mittelständischen Wirtschaft zu erleichtern sowie Arbeits- und Ausbildungsplätze in der freien Wirtschaft auszubauen und zu sichern<sup>1102</sup>.

In den meisten Gesetzesbegründungen der Landesgesetzgeber zu den gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften finden sich entweder gar keine Äußerungen hinsichtlich des Schutzzweckes, oder wie in Baden-Württemberg ein Hinweis auf den Schutz der Privatwirtschaft insgesamt. Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Einführung bzw. das Bestehen oder Nichtbestehen eines subjektiven öffentlichen Rechts findet sich dagegen kaum.

Lediglich in Bayern stößt man soweit ersichtlich in den Gesetzesbegründungen zum kommunalen Unternehmensrechts auf paradoxe Schutzzweckerwägungen, nach denen wohl keine subjektiven öffentlichen Rechte eingeräumt, wohl aber wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklagen ermöglicht werden sollen<sup>1103</sup>.

In Baden-Württemberg findet sich in den Gesetzesbegründungen zu den Änderungen der gemeindewirtschaftsrechtlichen Vorschriften, in deren Rahmen auch die Subsidiaritätsklausel eingeführt wurde, neben dem bereits erwähnten Verweis auf das Mittelstandsförderungsgesetzes (MFG) die Erläuterung, dass man mit der Subsidiaritätsklausel einer mittleren Linie folge, die einerseits der Tatsache Rechnung trage, dass die Kommunalwirtschaft eine wichtige Säule der kommunalen Selbstverwaltung darstelle, die aber andererseits auch die Belange der privaten Wirtschaft berücksichtige<sup>1104</sup>.

Auch in Rheinland-Pfalz wird in den Gesetzesbegründungen klargestellt, dass ein ausdrücklicher Schutz der Privatwirtschaft vor einer Beeinträchtigung ihrer Interessen gewollt ist<sup>1105</sup>. Während der VerfGH Rheinland-Pfalz nach Wortlaut und Gesetzeszweck nunmehr eine drittschützende Wirkung annimmt, orientiert sich die baden-württembergische Landesregierung auch nach der Einführung der Subsidiaritätsklausel an der bisherigen Rechtsprechung des VGH Mannheim zu den gemeinderechtl-

<sup>1099</sup> Vgl. § 100 Abs. II BbgGO

<sup>1100</sup> LT-Drs. BW 12/ 4055, S. 24

<sup>1101</sup> Lediglich die Länder Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Berlin und Sachsen haben kein Mittelstandsförderungsgesetz erlassen.

<sup>1102</sup> Vgl. §§ 1 u. 2 MFG BW

<sup>1103</sup> LT-Drs. Bay 13 / 10828, S. 19; vgl. OLG München, NVwZ 2000, S. 835 f.

<sup>1104</sup> LT-Drs. BW 12/ 4055, S. 23 ff.

<sup>1105</sup> LT-Drs. Rh.-Pf. 13/ 2306, S. 29

chen Vorschriften ohne Subsidiaritätsklausel, die einen Drittschutz stets verneinte<sup>1106</sup>. So käme der Subsidiaritätsklausel kein drittschützender Charakter zu, da eine solche Wirkung eine ausdrückliche gesetzliche Regelung in der Subsidiaritätsklausel voraussetzen würde<sup>1107</sup>. Immerhin kann die drittschutzversagende Beurteilung in Baden-Württemberg darauf gestützt werden, dass die ansonsten nahezu wortgleiche<sup>1108</sup> rheinland-pfälzische Klausel die Zweckerfüllung durch einen *privaten Dritten* als Betätigungssperre hervorhebt, während die baden-württembergische Regelung lediglich von einem *anderen* spricht. Zusätzlich kann darauf verwiesen werden, dass die Gesetzesänderungen in deren Rahmen die Subsidiaritätsklausel eingeführt wurde, wie in anderen Bundesländern auch, mit der grundsätzlichen Zielsetzung der Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung erfolgten und den Gemeinden mehr Freiheit einräumen sollten<sup>1109</sup>. Dies aber lässt sich mit einer gleichzeitigen Einführung eines subjektiven öffentlichen Rechts nur schwer in Einklang bringen. So verneinte auch das OLG Karlsruhe<sup>1110</sup> aus diesen Gründen einen drittschützenden Charakter und hob ein Urteil des LG Offenburg auf, das der Subsidiaritätsklausel Drittschutz zusprach, da sie laut den Gesetzesbegründungen vor dem Hintergrund zunehmender Tendenzen der Ausdehnung der wirtschaftlichen Betätigung auf sog. neue Geschäftsfelder eingeführt worden sei<sup>1111</sup>. Das Urteil des OLG Karlsruhe schließt jedoch andere Entscheidungen im Oberlandesgerichtsbezirk Stuttgart oder durch die Verwaltungsgerichte nicht aus. Soweit ersichtlich liegen solche Entscheidungen jedoch nicht vor.

Wie bereits ausgeführt muss nach der hier vertretenen Auffassung die unterbliebene ausdrückliche Positivierung eines subjektiven öffentlichen Rechts im Gesetzestext oder in den Gesetzesbegründungen nicht automatisch bedeuten, dass ein solches tatsächlich nicht vorliegt.

Vor allem bei Gemeindeordnungen, die über explizite Privatschutzklauseln verfügen, die ausdrücklich private Anbieter oder private Dritte erwähnen, aber auch in Ländern die über Mittelstandförderungsgesetze verfügen, fällt es schwer, einen drittschützenden Charakter für qualifiziert betroffene private Unternehmen zu verneinen. Bestärkt wird diese Auffassung auch durch einen Vergleich mit der Drittschutzproblematik im Baurecht<sup>1112</sup>.

Wenn man sich noch einmal insbesondere die Funktion der Subsidiaritätsklauseln vergegenwärtigt, den Bereich der gemeindlichen Wirtschaft in die Gesamtorganisation der deutschen Wirtschaft sinnvoll einzugliedern, indem das Verhältnis zur Tätigkeit anderer Wirtschaftssubjekte bestimmt wird<sup>1113</sup>, liegt eine Parallele zum baurechtlichen Begriff des „Sich-Einfügens“ in § 34 Abs. I BauGB nahe. Hiernach ist ein bauliches Vorhaben innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteiles unter anderem nur dann zulässig, wenn es sich in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt, vgl. § 34 Abs. I BauGB.

<sup>1106</sup> VGH BW, NJW 1984, S. 251 f.; VGH BW, NJW 1995, S. 274 f.; BVerwGE 39, 329 (336)

<sup>1107</sup> Stellungnahme des Innenministeriums BW zum Antrag der FDP/ DVP-Fraktion, LT-Drs. BW 13 / 1367, S. 4

<sup>1108</sup> In Rheinland-Pfalz gilt jedoch im Gegensatz zu Baden-Württemberg eine verschärfte bzw. echte Subsidiaritätsklausel.

<sup>1109</sup> LT.-Drs. BW 12/ 4055, S. 17 ff.; LT-Drs. NW 12/ 3730, S. 103 u. S. 106

<sup>1110</sup> OLG Karlsruhe, VBIBW 2001, S. 234 f., S. 236

<sup>1111</sup> LG Offenburg, NVwZ 2000, S. 717 f., S. 717

<sup>1112</sup> Siehe zum nahe liegenden Vergleich mit dem Bau- und Gewerberecht bereits *Püttner*, GRUR 1964, S. 359 ff., S. 363

<sup>1113</sup> *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 472

Die Rechtsprechung hat diesem Merkmal einer eher objektivrechtlichen Norm über das Rücksichtnahmegebot einen drittschützenden Gehalt zuerkannt<sup>1114</sup>. Damit wurde vor dem Hintergrund eines in subjektivrechtlicher Hinsicht restriktiven Normverständnisses einem Dritten gleichwohl eine Rechtsschutzmöglichkeit für den Fall eingeräumt, dass in der Umgebung eine besonders schützenswerte Rechtsposition vorhanden ist.

Nichts anderes als ein solches „Sich-Einfügen“ wird für gemeindliche Unternehmen durch die Subsidiaritätsklauseln verlangt. Noch klarer kommt dieses gemeinderechtliche Rücksichtnahmegebot in den Markterkundungsverfahren, den Privatschutzklauseln und der ausdrücklichen Verweisung auf das Mittelstandsförderungsgesetz zum Ausdruck.

Der Unterschied zur Situation im Baurecht besteht allerdings darin, dass im Bereich des Baurechts zwar der Staat die Genehmigungen und Pläne erstellt, es dem Bürger jedoch regelmäßig im Kern um den Rechtsschutz gegen die ausgeübte Baufreiheit eines anderen Bürgers geht, also letztlich um einen Fall der konkurrierenden Ausübung von grundrechtlichen Freiheiten, die durch das Baurecht in Einklang gebracht werden sollen.

Im gemeindlichen Wirtschaftsrecht treffen dagegen nicht die grundrechtlichen Freiheiten zweier Bürger aufeinander, sondern es kollidieren die grundrechtlichen Freiheiten eines Bürgers mit der wirtschaftlichen Betätigung des Staates bzw. der Gemeinde. Wenn aber bereits in der baurechtlichen Konstellation Drittschutz gegen einen die Freiheitsrechte „angreifenden“ Bürger gewährt wird, ist nicht einzusehen, wieso dies bei einer im Übrigen vergleichbaren Lage nicht erst recht gewährt wird, wenn der „Angriff“ auf die Freiheitsrechte unmittelbar durch den Staat bzw. durch die Gemeinde erfolgt. Darüber hinaus erscheint eine Auslegung der Normen in Ansehung der Grundrechte in der gemeinderechtlichen Konstellation viel angemessener, da in der baurechtlichen Konstellation die Berechtigung - das „Mehr“ des einen Bürgers - meist als Kehrseite die Belastung - ein „Weniger“ - eines anderen Grundrechtsträgers zur Folge hat. Die grundrechtlichen Freiheitssphären werden in der baurechtlichen Konstellation also oftmals lediglich zwischen den Grundrechtsträgern verschoben bzw. ausgeglichen, während sie in der gemeinderechtlichen Konstellation bei einer beeinträchtigenden Betätigung ersatzlos an den Staat fallen. Warum sich der Bürger plakativ gesprochen im Baurecht gegen eine unzulässige, sich nicht einfügende bauliche Anlage seines Nachbarn wehren kann und dies dem qualifiziert betroffenen privaten Unternehmer gegen ein ebenfalls unzulässiges gemeindliches Unternehmen nicht möglich sein soll, erscheint nicht einsichtig. Warum sollte es nicht auch hier zulässig sein, die gemeinderechtlichen Kautelen im Einzelfall durch ein Rücksichtnahmegebot subjektivrechtlich aufzuladen.

Man wird heute nur noch schwer abstreiten können, dass sich die Änderung der Rechtsordnung insgesamt, namentlich die überragende Bedeutung der Grundrechte und die Grundrechtsrelevanz gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, der immer stärker werdende gesetzliche Schutz der mittelständischen Wirtschaft wie er durch die Mittelstandsförderungsgesetze zum Ausdruck kommt, die mittlerweile fast flächendeckende Einführung von Subsidiaritätsklauseln mit immer präziser werdenden Formulierungen, die nicht mehr die gemeindliche Zweckerfüllung mit unbestimmten „anderen“, sondern mit „privaten Dritten“ bzw. mit „privaten Anbietern“ vergleichen wollen, sowie die Einführung von sog. Privatschutzklauseln und Verfahrensregelungen auch auf den Schutzzweck der wirtschaftsrechtlichen Vorschriften auswirken musste.

---

<sup>1114</sup> BVerwG, DVBl 1992, S. 1101 f.; BVerwG, NJW 1983, S. 2460 f.

Diese zahlreichen Veränderungen machen vielmehr deutlich, dass auch die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften den Einzelnen nicht mehr lediglich als Instrumentarium zur Verwirklichung des Ganzen sehen und mehr intendieren, als nur das Anliegen effektiver und zweckmäßiger Wirtschaftsgestaltung.

Zwar dürfte auch heute weiterhin die haushaltsrechtliche Schutzfunktion für die Gemeinde an erster Stelle stehen<sup>1115</sup>, die ordnungspolitische bzw. wirtschaftspolitische Funktion des Schutzes der Privatwirtschaft hat jedoch zweifelsfrei an Bedeutung gewonnen. Die weiterhin dominierende haushaltsrechtliche Schutzfunktion für die Gemeinde schließt jedoch die Annahme eines drittschützenden Charakters nicht aus<sup>1116</sup>.

Erfüllt eine Vorschrift wie hier vorliegend mehrere Funktionen, die miteinander verbunden sind und ineinander übergehen, so sind diese verschiedenen Funktionen zu erschließen und es ist derjenigen Auslegung der Vorrang zu geben, die die rechtliche Wirkungskraft der betreffenden Norm am stärksten entfaltet<sup>1117</sup>. Im Zweifel ist daher diejenige Interpretation zu wählen, die dem Bürger einen Rechtsanspruch einräumt<sup>1118</sup>. Dies hat umso mehr zu gelten, als hier in einem grundsätzlich grundrechtsrelevanten Bereich mit den gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften der Versuch eines abstrakten Ausgleichs zwischen Art. 28 Abs. II GG und Art. 12 Abs. I GG vorgenommen wurde<sup>1119</sup>. Aufgrund dieser Überlegungen ist daher grundsätzlich von einem drittschützenden Charakter der Vorschriften auszugehen.

## 5. Zwischenergebnis

Den Privatschutz- und Subsidiaritätsklauseln kommt drittschützender Charakter zu. Nach den angestellten Überlegungen ist die Annahme eines drittschützenden Charakters damit keinesfalls ein unerfindlicher „mysteriöser dialektischer Umschlag“<sup>1120</sup>, sondern vielmehr die angemessene Anpassung an ein geändertes rechtliches Umfeld, wodurch der Rechtsschutz vom zivilgerichtlichen Kopf (wieder) auf die verwaltungsgerichtlichen Füße gestellt wird<sup>1121</sup>.

Lediglich in Hessen, das als derzeit einziges Bundesland weder über eine Subsidiaritätsklausel, noch über eine Privatschutzklausel verfügt, wird man ein subjektives öffentliches Recht betroffener privater Unternehmen aus den gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften verneinen müssen. Hier fehlt es bereits an der Grundvoraussetzung für die Annahme einer subjektiven Berechtigung: einer Norm, die vom Wortlaut einen Drittschutz zumindest als möglich erscheinen lässt. Aufgrund dieser fehlenden Grundvoraussetzung vermag das auch in Hessen existierende Mittelstandsförderungsgesetz das rechtliche Umfeld für die Annahme eines drittschützenden

<sup>1115</sup> Für gleichwertige Schutzzwecke wohl *Knemeyer/ Kempen*, in: *Achterberg/ Püttner/ Würtenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 50 u. Rn. 58

<sup>1116</sup> Vgl. *Kluth*, in: *Stober/ Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 23 ff., S. 33 f.

<sup>1117</sup> BVerfGE 6, 55 (72)

<sup>1118</sup> BVerfGE 15, 275 (281)

<sup>1119</sup> Vgl. *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 503; *Erichsen*, Kommunalrecht NW, S. 291 f.; *Tomerius*, LKV 2000, S. 41 ff., S. 46; *Frenz*, DÖV 2000, S. 802 ff., S. 809; Vgl. *Kluth*, in: *Stober/ Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 23 ff., S. 33 f.; *Ehlers*, Gutachten E, S. 84; vgl. *Knemeyer/ Kempen*, in: *Achterberg/ Püttner/ Würtenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 50 u. Rn. 58; vgl. *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 95, *ders.*, GewArch 2000, S. 1 ff., S. 5; *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 188 ff., S. 211; v. *Mutius*, Kommunalrecht, Rn. 521 f.; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 445; vgl. grundsätzlich auch *Jarass/ Pieroth*, GG, Art. 19 Rn. 26; BVerfGE 15, 275 (281 f.)

<sup>1120</sup> So aber *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 184

<sup>1121</sup> Vgl. *Ehlers*, JZ 2003, S. 318 f., S. 320

Charakters der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften - jedenfalls nicht allein – ausreichend zu prägen.

Warum der Hauptstreitpunkt des gemeindlichen Wirtschaftsrechts, die soeben behandelte Frage nach dem drittschützenden Charakter der Vorschriften, nicht ausdrücklich durch Festlegung des Bestehens oder Nichtbestehens eines subjektiven öffentlichen Rechts im Gesetzestext oder zumindest in den Gesetzesbegründungen geregelt wird, bleibt unverständlich.

Der Rechtsprechung wird hier kaum ein Vorwurf zu machen sein. Divergierende gerichtliche Entscheidungen sind bei den unterschiedlichen Auffassungen, die regelmäßig aus unklaren Gesetzeswortlauten und Begründungen resultieren, kaum zu vermeiden. Es ist vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers, klare und unmissverständliche Regelungen zu treffen. Jedenfalls erscheint es kaum sinnvoll, Normen zur Abgrenzung zwischen Gemeindewirtschaft und Privatwirtschaft einzuführen und es dann aber der Kommunalpolitik zu überlassen, ob diese Normen beachtet werden oder nicht. Warum man hier klare Regelungen vermeidet bleibt letztlich unerfindlich.

Auch im Schrifttum mehren sich die Stimmen, die eine ausdrückliche Klärung der Frage, ob den Vorschriften drittschützende Wirkung zukommt oder nicht für wünschenswert halten<sup>1122</sup>. Selbst die Möglichkeit, zwar auf eine explizite Drittschutzregelung zu verzichten, diese aber jedoch zumindest in den Gesetzesberatungen und Begründungen zu thematisieren<sup>1123</sup>, wird regelmäßig nicht wahrgenommen. Ein Vergleich mit anderen Bereichen des Verwaltungsrechts wie dem bereits angeführten Baurecht und der dortigen umfassenden und teilweise verwirrenden Kasuistik bezüglich des Drittschutzes macht allerdings – ganz abgesehen von der im Kommunalrecht hinzukommenden Rechtszersplitterung - wenig Hoffnung auf Abhilfe durch eine ausdrückliche gesetzgeberische Klärung.

So stellt sich die Frage, ob die Schwierigkeiten bei den konträren und jeweils gut begründeten Interessen um die gemeindliche Wirtschaft zu groß sind, um einen Ausgleich zu finden, so dass man die Entscheidung lieber einem anderen – der Rechtsprechung – überlässt. Scheut man sich im Vergleich zu den untätigen übrigen Bundesländern eine gesetzgeberische Vorreiterrolle einzunehmen? Oder wartet man bereits auf eine Erledigung des Problems durch eine europäische Vereinheitlichung der Prozessrechte?

So ist die restriktive Ausrichtung des Rechtsschutzes auf subjektive öffentliche Rechte in Europa keineswegs üblich. Auch der EuGH stellt keine vergleichbaren restriktiven Anforderungen an die Durchsetzung von Normen wie in Deutschland. So begnügt er sich regelmäßig mit dem Kriterium der sog. faktischen Schutzqualität falls die betreffende Norm hinreichend bestimmt und eindeutig formuliert ist<sup>1124</sup>. Diese sich fast einem allgemeinen Vollziehungsanspruch nähernde europäische Auffassung hinsichtlich der Durchsetzbarkeit von Normen ist in Deutschland (noch) fremd. Es wird aber bereits von der systemverändernden Kraft dieser europäischen Sichtweise gesprochen und darüber nachgedacht, den Gesetzesvollziehungsanspruch – um einen offenen Systembruch zu vermeiden - als subjektives öffentliches Recht

<sup>1122</sup> Vgl. *Gronemeyer*, in: *Stober/ Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 167 ff., S. 181; vgl. *Püttner*, DÖV 2002, S. 731 ff., S. 735; *Ehlers*, NWVBl 2000, S. 1 ff., S. 5; *ders.*, Gutachten E, S. 84 u. S.151; *Weidemann*, VerwArch 1999, S. 533 ff., S. 545 f.; *Werner*, VBIBW 2001, S. 2206 ff., S. 211

<sup>1123</sup> *Ehlers*, Gutachten E, S. 151

<sup>1124</sup> Vgl. EuGHE 1991, I-4983 Rn. 14; Vgl. EuGHE 1991, I-3757 Rn. 23 ff.; vgl. *Eyermann/ Happ*, VwGO, § 42 Rn. 74

anzuerkennen. Dies jedoch wäre ein Widerspruch an sich und mit der Schutznormtheorie kaum zu vereinbaren<sup>1125</sup>.

Da die Schutznormtheorie im Schrifttum jedoch ohnehin zunehmend auf Kritik stößt<sup>1126</sup>, wird dies konkrete Auswirkungen des europäischen Rechts auf das klassische subjektive öffentliche Recht nur wahrscheinlicher machen. So wird bereits unabhängig von europarechtlichen Einflüssen im Rahmen der Kritik an der Schutznormtheorie angeführt, dass die teils außerordentlich restriktive Interpretation der subjektiven Rechtsposition Privater nicht mehr zeitgemäß erscheine<sup>1127</sup>, nachdem die Zeit des alten Unterordnungsverhältnisses, in dem der Einzelne nur in engen Grenzen Rechte gegen den Staat geltend machen und klagweise durchsetzen konnte, überwunden wurde und mittlerweile durch ein ganzes Spektrum komplizierter Steuerungsmodelle mit unterschiedlichen Mischformen staatlicher und privater Aufgabenerfüllung ersetzt wurde.

Auch wirtschaftspolitisch würde eine Vereinheitlichung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für gemeindliche Wirtschaftsunternehmen oder zumindest eine Vereinheitlichung des Drittschutzes Sinn machen<sup>1128</sup>. Mag die Unübersichtlichkeit und die Uneinheitlichkeit der landesrechtlichen Regelungen auch dem föderalistischen Prinzip entsprechen, steht doch die Einheitlichkeit des Wirtschaftsstandortes auf dem Spiel, da durch die unterschiedlichen rechtlichen Ausgangslagen mitunter nicht unerheblich Investitionsentscheidungen beeinflusst werden können und auch der Wettbewerb verzerrt werden kann.

Auch wenn diese landesrechtliche Zersplitterung immer wieder beklagt wurde, ist gleichwohl nicht damit zu rechnen, dass sich vereinheitlichende Bestrebungen durchsetzen werden. Angesichts des Bedeutungsverlustes der Landesparlamente, jedenfalls als Gesetzgeber, bei gleichzeitigem Kompetenzzuwachs des Bundesgesetzgebers sowie der Institutionen der Europäischen Gemeinschaft, ist kaum anzunehmen, dass die Länder bereit sind, Beschränkungen ihrer Gestaltungsbefugnis auf dem Gebiet des Kommunalrechts, einer der wenigen Domänen des Landesrechts, hinzunehmen<sup>1129</sup>.

---

<sup>1125</sup> Vgl. *Eyermann/Happ*, VwGO, § 42 Rn. 74 m.w.N.

<sup>1126</sup> *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 8 Rn. 15a

<sup>1127</sup> *Weidemann*, VerwArch 1999, S. 533 ff., S. 545 f. m.w.N.

<sup>1128</sup> *Werner*, VBIBW 2001, S. 206 ff., S. 212; vgl. *Dolde*, ZHR 2002, S. 515, S. 517; *Ehlers*, Gutachten E, S. 152 f.; *Henneke*, NdsVBl 1999, S. 1 ff., S. 10; krit.: *Püttner*, DÖV 2002, S. 731 ff., S. 736

<sup>1129</sup> v. *Mutius*, Kommunalrecht, Rn. 7

## 6. Teil

### Wettbewerbsrechtliche Begrenzungen

Ungeachtet aller dogmatischen Streitigkeiten im Einzelnen besteht heute weitgehende Übereinstimmung darüber, dass die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden auch durch das Wettbewerbsrecht begrenzt wird.

Das Wettbewerbsrecht umfasst das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, normiert im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), sowie das Unlauterkeitsrecht, normiert im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)<sup>1130</sup>. Während das UWG dem Schutz vor Auswüchsen im Wettbewerb dient und hierzu zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerbshandlungen differenziert, soll das GWB den Schutz des freien und funktionsfähigen Wettbewerbs in seinem Bestand erhalten und fördern<sup>1131</sup>. Die Tatbestände des UWG und GWB schließen einander nicht aus, sondern die Vorschriften stehen vielmehr gleichwertig und gleichrangig nebeneinander<sup>1132</sup>.

#### A. Die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts

##### I. Die Anwendbarkeit des GWB

Die Anwendbarkeit auf Unternehmen der öffentlichen Hand regelt § 130 Abs. I GWB. Hiernach findet das GWB grundsätzlich auf solche Unternehmen Anwendung, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden<sup>1133</sup>. Die öffentliche Hand gilt dabei als Unternehmen i.S. des GWB, soweit sie sich als Anbieter oder Nachfrager von Leistungen am Wirtschaftsleben beteiligt<sup>1134</sup>. Im Hinblick auf die gemeindliche Wirtschaft gilt es jedoch die Bereichsausnahmen für öffentliche Versorgungsunternehmen zu beachten<sup>1135</sup>.

Teilweise wird einschränkend vertreten, dass das GWB nur dann Anwendung finde, soweit die Verwaltung die vertikale Leistungsbeziehung, also die Beziehung Staat-Kunde, privatrechtlich gestalte<sup>1136</sup>.

Dem ist zu widersprechen. In systematischer Hinsicht findet die Differenzierung nach Rechtsnatur oder Rechtsform des Handelns keine Stütze im Gesetz. Darüber hinaus würden die für bestimmte Versorgungsunternehmen fortgeltenden Bereichsausnahmen leer laufen<sup>1137</sup>. Auch in teleologischer Hinsicht vermag dies nicht

<sup>1130</sup> *Immenga*, NJW 1995, S. 1921 ff., S. 1921; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg. Rn. 76 ff.; vgl. *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 408; vgl. *Ehlers*, Gutachten E, S. 86

<sup>1131</sup> *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg. Rn. 77 f.; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 411

<sup>1132</sup> *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Allg. Rn. 89; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 412

<sup>1133</sup> Dieser grundsätzlichen Geltung stehen Bereichsausnahmen gegenüber, vgl. §§ 28 ff., 131 Abs. VIII GWB i.V.m. §§ 101, 103a, 105 GWB a.F.

<sup>1134</sup> *Bechthold*, GWB, § 130 Rn. 4; BGHZ 36, 91 (102 ff.)

<sup>1135</sup> Mittlerweile gelten Ausnahmeregelungen nur noch, soweit es um die Regelung der öffentlichen Versorgung mit Wasser geht. Vgl. §§ 28 ff., 131 Abs. VIII GWB i.V.m. §§ 101, 103a, 105 GWB a.F.

<sup>1136</sup> So *Ulmer*, ZHR 1982, S. 466 ff., S. 492; *Brohm*, NJW 1994, S. 281 ff., S. 287

<sup>1137</sup> Vgl. §§ 131 Abs. VIII, 103 GWB

zu überzeugen, da sich der Schutzzweck des GWB auf den Wettbewerb als Institution richtet, wofür es - um effektiven Schutz zu gewährleisten - gleichgültig ist, wie das vertikale Leistungsverhältnis ausgestaltet ist<sup>1138</sup>.

Der Streit, ob § 130 GWB konstitutive oder nur deklaratorische Bedeutung zukommt<sup>1139</sup>, erscheint dabei nur vordergründig als „akademisches Glasperlenspiel“<sup>1140</sup>, da angesichts des Fehlens einer vergleichbaren Regelung im UWG, bei Annahme einer konstitutiven Bedeutung, ein Gegenschluss gezogen werden könnte. Das GWB ist somit auf ein Handeln der öffentlichen Hand und damit auch auf die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde und ihrer Unternehmen grundsätzlich anzuwenden.

## II. Die Anwendbarkeit des UWG

Im UWG gibt es im Gegensatz zum GWB keine § 130 GWB entsprechende Norm, die ausdrücklich die Anwendbarkeit auf öffentliche Unternehmen regelt. Die Anwendbarkeit ist damit durch Auslegung zu ermitteln.

Obwohl für den Fall einer konstitutiven Wirkung des § 130 GWB ein Gegenschluss zum UWG auf seine Unanwendbarkeit hinsichtlich der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand gezogen werden könnte, wird seine Anwendbarkeit fast durchgängig bejaht. So wird bereits aus dem allgemein gehaltenen Wortlaut „Wer“ i.S. des § 1 UWG geschlossen, die Norm habe jedes Wirtschaftssubjekt und damit auch die öffentliche Hand zum Adressaten<sup>1141</sup>. Da das wohl überwiegende Schrifttum § 130 GWB lediglich deklaratorische Bedeutung zumisst<sup>1142</sup>, lässt sich in systematischer Hinsicht aus dieser Regelung nichts Gegenteiliges herleiten, zumal mitunter § 130 GWB für das Wettbewerbsrecht insgesamt als maßgebend angesehen wird<sup>1143</sup>.

Schließlich lässt sich auch hier das teleologische Argument anführen, dass aufgrund des Schutzzwecks des Wettbewerbsrechts, der Sicherung der Funktion des Leistungswettbewerbs, die öffentliche Hand und ihre Unternehmen gleichermaßen an dieselben Regelungen gebunden sein müssen wie private Unternehmen.

Meistens wird - abgesehen von den genannten Argumenten - die Anwendbarkeit des UWG lediglich davon abhängig gemacht, inwieweit sich das Handeln der öffentlichen Hand unter die Tatbestandsmerkmale des § 1 UWG subsumieren lässt, die Anwendbarkeit also als reines Tatbestandsproblem gesehen<sup>1144</sup>.

<sup>1138</sup> Vgl. *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 409; *Schünemann*, in: *Stober/ Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 41 ff., S. 45 f.; vgl. *Immenga*, NJW 1995, S. 1921 ff., S. 1922; vgl. *Bechthold*, GWB, § 130 Rn. 5

<sup>1139</sup> Das überwiegende Schrifttum geht wohl von einem bloßen deklaratorischen Charakter aus, vgl. *Bechthold*, GWB, § 130 Rn. 3; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 408; vgl. *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 94 m.w.N.

<sup>1140</sup> *Schünemann*, in: *Stober/ Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 41 ff., S. 45 f.

<sup>1141</sup> *Schünemann*, in: *Stober/ Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 41 ff., S. 55; *Piper*, GRUR 1986, S. 574 ff., S. 575

<sup>1142</sup> Vgl. *Bechthold*, GWB, § 130 Rn. 3; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 408; vgl. *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 94 m.w.N.

<sup>1143</sup> Vgl. *Schünemann*, in: *Stober/ Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 41 ff., S. 55; vgl. *Piper*, GRUR 1986, S. 574 ff., S. 575

<sup>1144</sup> *Otting*, DÖV 1999, S. 549 ff., S. 549; *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 96; vgl. *Scholz*, ZHR 1969, S. 97 ff., S. 104; a.A. *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 279 und v. *Gamm*, WRP 1984, S. 303 ff., S. 306, die die Frage der generellen Anwendbarkeit einer Norm richtigerweise von der Frage der Subsumierbarkeit einzelner Tatbestandsmerkmale unterscheiden.

Die (Zivil-)Rechtsprechung<sup>1145</sup> und mit ihr das überwiegende Schrifttum<sup>1146</sup> machen die Anwendbarkeit des UWG heute davon abhängig, ob die öffentliche Hand wie ein Privatunternehmen am Marktgeschehen teilnimmt. Das öffentliche Unternehmen muss hierzu auf dem Boden der Gleichordnung zusammen mit privaten Mitbewerbern Leistungen auf einem bestimmten Markt anbieten, wobei die Nachfrager zwischen den Angeboten der öffentlichen Unternehmen und den Angeboten privater Unternehmer rechtlich frei wählen können. Dieses Kriterium der freien Wählbarkeit fehlt beispielsweise in gemeindlicher Hinsicht bei der Begründung eines Anschluss- und Benutzungszwangs.

Für den erforderlichen und ausschlaggebenden Zustand der Gleichordnung ist es dabei unbedeutend, ob das vertikale Leistungsverhältnis zwischen öffentlichem Unternehmen und Nachfrager bzw. Kunde öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist. Es kommt lediglich darauf an, dass durch das öffentliche Unternehmen auf dem Boden der Gleichordnung im Wettbewerb von den Nachfragern frei wählbare Leistungen angeboten werden. Diese Unabhängigkeit der horizontalen Wettbewerbsbeziehung zu anderen Mitbewerbern gegenüber der vertikalen Leistungsbeziehung zwischen öffentlichen Unternehmern und Nachfragern führt dazu, dass dieselbe Handlung im Leistungsverhältnis zu den Abnehmern öffentlich-rechtlich, im Verhältnis zu den Mitbewerbern privatrechtlich zu qualifizieren ist, sog. Theorie der Doppelnatur oder Doppelqualifikation.

Die Richtigkeit dieser Theorie wird zu Recht damit begründet, dass die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts nicht davon abhängen kann, ob die öffentliche Hand bzw. die Gemeinde einen Preis für die erbrachte Leistung aufgrund privatrechtlicher Verträge verlangt oder für die Leistung Gebühren aufgrund öffentlich-rechtlicher Satzungen erhebt und sie somit durch das Rechtsformenwahlrecht nach Belieben die Anwendung des Wettbewerbsrechts verhindern könnte<sup>1147</sup>.

Der Theorie kommt auch erhebliche Bedeutung bei der Frage nach der Rechtswegzuständigkeit zu. Aus der Qualifikation der Doppelnatur ergibt sich zumindest theoretisch in manchen Fallkonstellationen auch die Möglichkeit einer Doppelkontrolle. Ein privater Unternehmer kann daher unter Umständen gegen die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand sowohl auf dem Verwaltungsrechtsweg als auch auf dem Zivilrechtsweg vorgehen<sup>1148</sup>. Hierauf wird im Zusammenhang mit der Frage nach den Rechtsschutzmöglichkeiten und dem Rechtsweg noch genauer einzugehen sein.

Kritik sieht sich die Theorie von der Doppelnatur vor allem von öffentlich-rechtlicher Seite ausgesetzt<sup>1149</sup>.

<sup>1145</sup> BGHZ 66, 229 (375 f.); 67, 81 (86 f.); 82, 375 (382 f.); BGH, NJW 1998, S. 3418 f.; BGH, WRP 1999, S. 1283 ff., S. 1286

<sup>1146</sup> Vgl. *Schünemann*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 41 ff., S. 48; *ders.*, WRP 2000, S. 1001 ff., S. 1008; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 919; *Piper*, GRUR 1986, S. 574 ff., S. 577; v. *Gamm*, WRP 1984, S. 303 ff., S. 307; *Köhler/Piper*, UWG, § 1 Rn. 540, vor § 13 Rn. 250; *Otting*, DÖV 1999, S. 549 ff., S. 549; *Emmerich*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, S. 33 f.; *Ulmer*, ZHR 1982, S. 466 ff., S. 478

<sup>1147</sup> Vgl. *Ulmer*, ZHR 1982, S. 466 ff., S. 478; v. *Gamm*, WRP 1984, S. 303 ff., S. 306; vgl. *Grönimig*, WRP 2002, S. 17 ff., S. 18

<sup>1148</sup> *Köhler/Piper*, UWG, § 1 Rn. 540; GemS-OGB BGHZ 102, 280 (285); a.A. vgl. *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 281 ff.

<sup>1149</sup> *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 296 ff.; *Gern*, Kommunalrecht BW, Rn. 396; *Gaa*, WRP 1997, S. 837 ff., S. 839; *Brohm*, NJW 1994, S. 281 ff., S. 287 f.; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 40 Rn. 30; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 492 f.; *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 39; vgl. *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 500; vgl. *Ronellenfitsch*, in: *Isensee/Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 52; *Ehlers*, Jura 1999, S. 212 ff., S. 215; *Schacht-*

So stelle die Theorie der Doppelnatur eine „ergebnisorientierte Schablone“<sup>1150</sup> dar, die die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht in Frage stelle<sup>1151</sup>. Daneben werde, insbesondere durch die Anwendbarkeit des UWG auf schlicht-hoheitliches Verhalten, die gesamte Systematik und Dogmatik des öffentlichen Rechts, hauptsächlich das subjektive öffentliche Recht, die Klagebefugnis, die Bestandskraft, der Vertrauensschutz sowie die Verbandsklage, unterlaufen<sup>1152</sup>.

Durch die Theorie der Doppelnatur sei es den Zivilgerichten möglich, im Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu wildern und mit Hilfe von privatrechtlichen Normen öffentlich-rechtliche Tätigkeiten zu untersagen. Diese Ausweitung der Entscheidungsbefugnisse der Zivilgerichtsbarkeit - nicht mehr nur das Wie, sondern auch das Ob der wirtschaftlichen Betätigung zu prüfen – fände keine Grundlage in den Kompetenzzuweisungen des Prozessrechts<sup>1153</sup>.

Ferner führe die Theorie der Doppelnatur auch zu untragbaren Ergebnissen. So könnte im Falle ihrer konsequenten Anwendung beispielsweise auch die Sicherung von U-Bahnhöfen durch die Polizei im Verhältnis zu privaten Unternehmen anhand des Wettbewerbsrechts geprüft und für unzulässig befunden werden. Die Polizei, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu schützen habe, handele in Ausübung hoheitlicher Befugnisse und könne diese Funktion nicht mehr ausüben, wenn ihr Handeln am privaten Wettbewerbsrecht gemessen und eingeschränkt werden könnte<sup>1154</sup>.

Des Weiteren sei die Anwendbarkeit bzw. die Erstreckung des Wettbewerbsrechts ausgeschlossen, da es sich hierbei um „Autonomierecht“ handle. Durch das Wettbewerbsrecht würden die Grenzen der Autonomieausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) Privater geregelt. Der Staat dagegen handle - dem Rechtsstaats- und Demokratienprinzip verpflichtet - uneingeschränkt gesetzesgebunden in Abhängigkeit von Kompetenzen, so dass es ihm schon von Verfassungs wegen an der Privatrechtssubjektivität fehle und das Wettbewerbsrecht damit keine adäquaten Maßstäbe für die Beurteilung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand biete<sup>1155</sup>. Auch wäre es seltsam bzw. der Logik widersprechend, wenn durch die Doppelnatur ein und dieselbe hoheitliche Handlung mal als hoheitlich, mal als privatrechtlich zu qualifizieren sei<sup>1156</sup>.

Dieser Kritik ist zu widersprechen. Man muss nicht einmal den fernliegenden Dualismus in der Physik bemühen, nach dem ein Elementarteilchen - je nach Beobachtungsart und Versuchsanordnung - mal als Welle und mal als Teilchen erscheint, um diese Bedenken zu zerstreuen.

Auch im Bereich des Rechts ist diese doppelte Qualifikation einer Handlung nichts Ungewöhnliches, wenn man etwa an die strafrechtlichen Fälle der Tateinheit denkt, in denen der Täter durch dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt oder an die

*schneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 281 ff.; vgl. *Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 622; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 122

<sup>1150</sup> *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 462

<sup>1151</sup> *Ericksen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 39; *Ehlers*, Jura 1999, S. 212 ff., S. 215

<sup>1152</sup> *Gaa*, WRP 1997, S. 837 ff., S. 839 f.; *Brohm* NJW 1994, S. 281 ff., S. 287; *Tettinger*, NJW 1998, S. 3473 f.

<sup>1153</sup> *Schliesky*, DÖV 1994, S. 114 ff., S. 117; vgl. *Schneider*, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1259; vgl.

*Ehlers*, Jura 1999, S. 212 ff., S. 215

<sup>1154</sup> *Gaa*, WRP 1997, S. 837 ff., S. 840

<sup>1155</sup> *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 259 f., S. 265 ff., S. 363 ff., u. 438 ff.;

*Waechter*, Kommunalrecht, Rn. 622; vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 499 f.

<sup>1156</sup> Vgl. *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 503

Anspruchskumulation im Zivilrecht, die durch dieselbe Handlung deliktische Ansprüche neben vertraglichen Ansprüchen entstehen lässt<sup>1157</sup>.

Zweifellos erscheint die mitunter verwendete Terminologie jedoch nicht immer glücklich. Durch die strikte Trennung bzw. Unterscheidung wird eigentlich nichts getrennt, sondern quasi nur die Perspektive der Betrachtung derselben Handlung verändert. Vertikales Leistungsverhältnis und horizontales Wettbewerbsverhältnis existieren nicht unabhängig voneinander, sondern sind vielmehr nur zwei Seiten der ein und derselben Medaille „Wettbewerb“<sup>1158</sup>.

Ob eine solche Doppelqualifizierung derselben Handlung auch hier angebracht ist, ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen öffentlichem und privatem Recht. Dabei ist grundsätzlich von einem Dogmatik und Rechtspraxis prägenden, einer rechtshistorischen Tradition und nicht der Logik entspringendem, strengen Dualismus von öffentlichem und privatem Recht auszugehen<sup>1159</sup>. Dieser Dualismus schließt aber die Existenz von übergreifendem „gemeinsamen Recht“<sup>1160</sup> oder „neutralem“ Recht<sup>1161</sup> aus: *tertium non datur*<sup>1162</sup>. Die Kategorisierung einer Rechtsnorm bestimmt sich nach der vorherrschenden modifizierten Subjektstheorie danach, ob der Staat bzw. seine Untergliederungen notwendiges Zuordnungssubjekt der jeweiligen Norm ist. Wird durch die Norm ausschließlich der Staat bzw. seine Untergliederungen berechtigt oder verpflichtet, so gehört die Norm zum öffentlichen Recht. Ist dies nicht der Fall, sondern ist vielmehr jedermann Zurechnungssubjekt, so gehört die Norm zum Privatrecht. Jedermann kann dabei auch der Staat sein. Bereits hieraus ergibt sich aber, dass es keine „neutralen“ Normen geben kann, da die Unterscheidung der Normen nach der notwendigen Beteiligung des Staates eine dritte Variante logisch ausschließt. Da die Tatbestände des Wettbewerbsrechts von jedermann erfüllt werden können und sie nicht ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigen oder verpflichten, sind diese Normen immer dem Privatrecht zuzuordnen<sup>1163</sup>. Dies ergibt sich auch aus der Überlegung, dass das Wettbewerbsrecht bei einer öffentlich-rechtlichen Kategorisierung für den Regelfall der Beteiligung ausschließlich privater Wirtschaftssubjekte unanwendbar wäre<sup>1164</sup>.

Gleichwohl sind beide Rechtsgebiete nicht als Gegensätze zu verstehen. Es handelt sich nicht um beziehungslos nebeneinander liegende Welten, sondern beide Rechtsgebiete stehen vielmehr miteinander in Wechselwirkungen, sind in vielfältiger Weise aufeinander bezogen und greifen ineinander. Dabei umfasst – wie nicht zuletzt auch durch die modifizierte Subjektstheorie erkennbar wird – das Privatrecht das allgemeine, für jeden verfügbare Recht, aus dem sich das öffentliche Recht als das besondere Recht – weil spezifisch für Hoheitsträger konzipiert – hervorhebt<sup>1165</sup>. Dieses Verhältnis von privatem Recht als *lex generalis* und öffentlichem Recht als *lex spe-*

<sup>1157</sup> *Schünemann*, in: *Stober/ Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 41 ff., S. 52; *ders.*, WRP 2000, S. 1001 ff., S. 1006

<sup>1158</sup> *Schünemann*, in: *Stober/ Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 41 ff., S. 51 f.

<sup>1159</sup> *Schünemann*, WRP 2000, S. 1001 ff., S. 1006 m.w.N.; vgl. *Eyermann/ Rennert*, VwGO, § 40 Rn. 41; vgl. *Püttner*, GRUR 1964, S. 359 ff., S. 363; *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 75;

*Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 294

<sup>1160</sup> *Bettermann*, DVBl 1977, S. 180 ff., S. 182 m.w.N.

<sup>1161</sup> *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 290 ff.; *Röhl*, VerwArch 1995, S. 531 ff., S. 572

<sup>1162</sup> *Schünemann*, WRP 2000, S. 1001 ff., S. 1006; Vgl. *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 97; vgl. *Erichsen*, Jura 1982, S. 537 ff., S. 540 f.

<sup>1163</sup> Vgl. *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 97; vgl. *Erichsen*, Jura 1982, S. 537 ff., S. 540 f.

<sup>1164</sup> *Schünemann*, WRP 2000, S. 1001 ff., S. 1006

<sup>1165</sup> Vgl. *Püttner*, Allg. Verwaltungsrecht, S. 75

cialis bedingt, abgesehen vom Anwendungsbereich öffentlich-rechtlicher Spezialvorschriften, die grundsätzliche Anwendung des UWG auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand<sup>1166</sup>. Da aber wie gesehen beide Rechtsgebiete nicht i.S. der Konkurrenzlehre in einem exklusiven Verhältnis zueinander stehen, ist auch hier eine doppelte Qualifizierung einer sich in beiden Bereichen auswirkenden Handlung grundsätzlich möglich.

Eine doppelte Qualifizierung der wirtschaftlichen Betätigung ist insbesondere auch im Bereich des Kommunalrechts möglich. Die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften sind kein besonderes öffentlich-rechtliches Marktverhaltensrecht, das die Steuerung von öffentlich-rechtlichem Verhalten abschließend regelt und die Anwendung von allgemeinem Privatrecht und damit auch von Wettbewerbsrecht ausschließt. Die Vorschriften sind multifunktional und dienen insbesondere dem haushaltsrechtlichen Schutz vor finanziellen Risiken. Dass sie daneben auch die Privatwirtschaft schützen und nach der hier vertretenen Auffassung sogar drittschützenden Charakter aufweisen, vermag hieran nichts zu ändern. Die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften stellen lediglich Marktzutrittsregelungen auf und dienen damit auch der Privatwirtschaft. Ihnen kommt aber nicht die Aufgabe zu, besondere Marktverhaltensregeln zu positivieren, um damit die Funktionsfähigkeit des Leistungswettbewerbs sicherzustellen, so dass das Wettbewerbsrecht durch sie verdrängt werden könnte<sup>1167</sup>. Sie sind nicht als öffentlich-rechtliche Sonderregelungen zu begreifen, die der Anwendung des Wettbewerbsrechts entgegenstehen, weil sie etwa ihre Sanktionierbarkeit abschließend regeln würden, indem dem Schutz privater Konkurrenten mit den Grundrechten, dem Übermaßverbot und eben mit den reglementierenden gemeinderechtlichen Vorschriften genüge getan sei, so dass ein weitergehender Schutz durch das Wettbewerbsrecht nicht mehr erforderlich wäre<sup>1168</sup>. Abgesehen davon, dass sich ein solcher Nachweis für das Kommunalrecht kaum führen lassen dürfte<sup>1169</sup>, erfolgt durch das gemeindliche Wirtschaftsrecht keine Privilegierung der gemeindlichen Unternehmen in ihrem Marktverhalten. Es hat nicht die Funktion eines privilegierenden Sonderrechts im Hinblick auf wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Unternehmen<sup>1170</sup>. Darüber hinaus wird die wirtschaftliche Betätigung zumindest auch im Interesse der privaten Konkurrenten begrenzt, was die Annahme eines Sonderrechts mit verdrängender Wirkung des Wettbewerbsrechts konterkarieren würde<sup>1171</sup>.

Folglich steht auch das gemeindliche Wirtschaftsrecht zum Wettbewerbsrecht in keinem grundsätzlich exklusiven Verhältnis. Damit besteht aber weder eine Regelungslücke, noch sonst eine Notwendigkeit, Verhaltensmaßstäbe des Privatrechts erst mittelbar durch eine Analogie oder eine anderweitige Übertragung für den öffentlich-rechtlichen Bereich anwendbar zu machen<sup>1172</sup>.

---

<sup>1166</sup> Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 492 f.; vgl. Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbsbeteiligung, S. 101; Schünemann, WRP 2000, S. 1001 ff., S. 1007; vgl. ders., in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 41 ff., S. 73

<sup>1167</sup> Vgl. Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbsbeteiligung, S. 98 f.

<sup>1168</sup> So aber Erichsen, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 39 f.

<sup>1169</sup> Ehlers, Gutachten E, S. 88

<sup>1170</sup> Vgl. BVerwGE 39, 329 (337); Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 256

<sup>1171</sup> Wohl a.A. Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 256

<sup>1172</sup> Vgl. BGH, GRUR 1964, S. 210 f.; a.A. vgl. Ronellenfitsch, in: Isensee/Kirchhof, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 52; Gern, Kommunalrecht BW, Rn. 396; Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 281 ff.; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 278 ff.; vgl. Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 245

Auch die Klassifizierung als auf die öffentliche Hand unanwendbares Autonomie-recht geht fehl. Zum einen umfasst das Privatrecht das allgemeine, für jeden verfügbare Recht und zum anderen sind Privatrecht und Privatautonomie nicht identisch. So setzt nicht jede Privatrechtsnorm auch Privatautonomie voraus. Insbesondere das Wettbewerbsrecht ist in seinem heutigen Zuschnitt eher als Ausfluss staatlicher Ordnungspolitik, denn als Ausfluss der Privatautonomie zu sehen<sup>1173</sup>. Auch geht es hier nicht um die im grundrechtlichen Bereich bereits diskutierte Frage der unterschiedlichen Handlungslegitimation von privaten und öffentlichen Unternehmen, sondern um begrenzende Verhaltensmaßstäbe. Diese Verhaltensmaßstäbe sind aber primär rein wettbewerbsbezogen zu bestimmen und werden lediglich mittelbar durch ethisch-moralische Grundsätze, die mit der Privatautonomie verbunden sind bzw. sich aus ihr ableiten lassen, beeinflusst<sup>1174</sup>.

Durch die Doppelqualifizierung entstehen auch keine untragbaren Ergebnisse. So fehlt gerade im angesprochenen hoheitlichen Bereich regelmäßig das erforderliche Wettbewerbsverhältnis zu anderen Anbietern und die Betätigung im geschäftlichen Verkehr, wenn der Staat beansprucht ausschließlich tätig zu werden bzw. einen Verbindlichkeitsanspruch erhebt. Darüber hinaus wird gegebenenfalls das UWG durch öffentliches Sonderrecht verdrängt, da diese typisierten Grundrechtseingriffe im hoheitlichen Bereich meist spezialgesetzlich geregelt und von Ermächtigungsgrundlagen abhängig sind, so dass der Verwaltung mit dem öffentlichen Recht ein besonderes, das UWG verdrängendes Instrumentarium zur Verfügung steht<sup>1175</sup>.

### III. Zwischenergebnis

Am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmende gemeindliche Unternehmen unterliegen dem Wettbewerbsrecht (UWG/GWB)<sup>1176</sup>. Dies gilt unabhängig von der von der Gemeinde gewählten Rechtsform. Wettbewerbsrecht gilt auch dann, wenn die Leistungsbeziehungen zu den Abnehmern öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind. Aufgrund der Doppelnatur gilt das Wettbewerbsverhältnis zu den privaten Konkurrenten als privatrechtlich<sup>1177</sup>.

<sup>1173</sup> Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 98 (Fn. 36)

<sup>1174</sup> Vgl. Köhler/ Piper, UWG, Einf. Rn. 261 m.w.N.; vgl. BGH, NJW 2002, S. 2645 ff., S. 2646

<sup>1175</sup> Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 496 f. m.w.N.; Piper, GRUR 1986, S. 574 ff., S. 577; Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 247; Schrickler, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, S. 64 u. S. 77; offen gelassen BGHZ 67, 81 (91); Schünemann, in: Stober/ Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 57 ff., S. 61; a.A. Ulmer, ZHR 1982, S. 466 ff., S. 474; Brohm, NJW 1994, S. 281 ff., S. 288

<sup>1176</sup> Badura, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 822; ders., in: Schmidt-Aßmann, BesVerwR, 3. Abschnitt Rn. 122; Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 500; Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 502; Gerke, Jura 1985, S. 349 ff., S. 357; vgl. Knemeyer/ Kempen, in: Achterberg/ Püttner/ Würtenberger, BesVerwR II, § 17 Rn. 60; Köhler, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 4 u. S. 10; Otting, DÖV 1999, S. 549 ff., S. 549; vgl. Ronellenfitsch, in: Isensee/ Kirchhof, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 50; Stewing, Kommunale Unternehmen und fairer Wettbewerb - Die Quadratur des Kreises, in: FS für Lukes, S. 189 ff., S. 194; grundsätzlich auch Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 529; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 246; Schmidt-Aßmann, in: ders., BesVerwR, 1. Abschnitt Rn. 121; a.A. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 281 ff., S. 302 ff. u. S. 363 ff.

<sup>1177</sup> Baumbach/ Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 919; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 247

## B. Die inhaltlichen Prüfungspunkte des Wettbewerbsrechts

### I. Inhaltliche Prüfungspunkte des GWB

Hinsichtlich der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit ist insbesondere § 20 Abs. I GWB und § 19 GWB relevant<sup>1178</sup>.

Nach § 20 GWB ist es marktbeherrschenden Unternehmen, Kartellen und Preisbindern verboten, andere Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, unbillig zu behindern oder grundlos zu diskriminieren. Da sich die Anwendungsbereiche dieser Tatbestandsalternativen teilweise decken bzw. sich nicht genau voneinander abgrenzen lassen, entwickelt sich § 20 Abs. I und II GWB in der Praxis immer mehr zu einem einheitlichen, umfassenden Diskriminierungsverbot<sup>1179</sup>. Verstöße gegen das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot begründen eine Schadensersatz- und Unterlassungs- bzw. Beseitigungsverpflichtung nach § 33 GWB. Daneben kommt auch eine Untersagung eines bestimmten Verhaltens durch die Kartellbehörde in Betracht<sup>1180</sup>.

Soweit Gemeinden bzw. ihre Unternehmen geschäftlich handeln, indem sie am Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen teilnehmen, sind sie als am Geschäftsverkehr partizipierende Unternehmen i.S. des GWB zu qualifizieren<sup>1181</sup>. Im Vergleich zu privaten Konkurrenten sind die Gemeinden auch meist als gleichartige Unternehmen anzusehen, da sie wirtschaftlich und unternehmerisch eine im Großen und Ganzen gemeinsame Grundfunktion ausüben<sup>1182</sup>.

Ob der Gemeinde bzw. ihren Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung i.S. des § 20 GWB zukommt, richtet sich nach den Marktbeherrschungstatbeständen des § 19 Abs. II GWB.

Es liegt nahe, dass Gemeinden bzw. ihre Unternehmen in bestimmten Bereichen als marktbeherrschende Unternehmen anzusehen sind. Dies dürfte insbesondere dort gelten, wo ihnen wegen der Möglichkeit einen Anschluss- und Benutzungszwang auszusprechen sogar eine Monopolstellung zukommt.

Ein Missbrauch einer solchen marktbeherrschenden Stellung liegt nach § 19 Abs. IV Nr. 2 GWB insbesondere für den Fall der Forderung von Entgelten vor, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden<sup>1183</sup>. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist ein unbestimmter Rechtsbegriff in dessen Interpretation die öffentliche Zwecksetzung des gemeindlichen Unternehmens begrenzt einfließen kann<sup>1184</sup>. Der Begriff des Missbrauchs ist wettbewerbsbezogen zu bestimmen. Er beinhaltet keine ethisch-

<sup>1178</sup> Hill, BB 1997, S. 425 ff., S. 428; vgl. *Bechthold*, GWB, § 130 Rn. 7

<sup>1179</sup> *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 841 m.w.N.; *Emmerich*, Kartellrecht, S. 212

<sup>1180</sup> Vgl. *Bechthold*, GWB, § 20 Rn. 54

<sup>1181</sup> *Immenga*, NJW 1995, S. 1921 ff., S. 1922

<sup>1182</sup> *Immenga*, NJW 1995, S. 1921 ff., S. 1922; vgl. *Emmerich*, Kartellrecht, S. 223

<sup>1183</sup> Da mittlerweile der Missbrauch nach § 19 GWB, ebenso wie die Verbotstatbestände des § 20 GWB, unmittelbar von Gesetzes wegen verboten ist, ist fraglich, ob es auch in Zukunft bei dem bisherigen Anwendungsvorrang des § 20 GWB bleibt. Aufgrund der identischen Rechtsfolgen kommt der Frage jedoch keine erhebliche Bedeutung zu. Vgl. *Bechthold*, GWB, § 20 Rn. 2

<sup>1184</sup> *Ronellenfitsch*, in: *Isensee/Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 51; vgl. *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 265 ff.

moralische Wertungen, sondern richtet sich gegen wettbewerbsschädliches Verhalten<sup>1185</sup>. Aber auch außerhalb der Monopolschwelle können Gemeinden und ihre Unternehmen, nicht zuletzt auch aufgrund ihrer natürlichen Vorteile gegenüber Unternehmen der Privatwirtschaft, als marktbeherrschend anzusehen sein<sup>1186</sup>.

Jedoch ist die marktbeherrschende Stellung regelmäßig nur sehr schwer nachzuweisen. So reicht bei öffentlichen Unternehmen der alleinige Hinweis auf die Finanzkraft des Staates nicht aus, um eine marktbeherrschende Stellung zu begründen. Auch bei öffentlichen Unternehmen sind die Marktanteile maßgeblich. Auf die haushaltsmäßige Verfügbarkeit von Finanzmitteln kommt es dagegen nicht an<sup>1187</sup>. Ganz abgesehen von der bedrohlichen Verschuldung der meisten Gemeinden, stehen die finanziellen Mittel ohnehin nur im Rahmen der Haushaltszuweisungen für einzelne Aufgaben zur Verfügung, so dass auch deswegen eine kumulierte Betrachtung der finanziellen Mittel nicht angebracht erscheint<sup>1188</sup>.

Der weite Begriff der Behinderung, der jede Beeinträchtigung der Betätigungs- und Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen umfasst, wird durch das Erfordernis der Unbilligkeit begrenzt<sup>1189</sup>. Eine Entscheidung über die Unbilligkeit bedarf einer einzelfallbezogenen, umfassenden Interessenabwägung. Hierbei gilt es insbesondere den Gesetzeszweck - den Schutz des Wettbewerbs als rechtliches Ordnungsprinzip vor einer den Wettbewerb behindernden oder ausschaltenden Marktmacht - zu beachten<sup>1190</sup>.

Zu Gunsten der behindernden Gemeinde ist dabei grundsätzlich jedes legitime Interesse abwägungsfähig. Das behinderte Privatunternehmen kann sich dagegen nur auf sein Interesse an einer freien wirtschaftlichen Betätigung, nicht jedoch auf andere Interessen wie etwa den Mittelstandsschutz oder aber sonstige wettbewerbs- und strukturpolitische bzw. soziale Aspekte berufen<sup>1191</sup>.

Wie auch beim Erfordernis der guten Sitten im UWG gelten für die öffentliche Hand auch hinsichtlich der Unbilligkeit keine Maßstabsverschärfungen oder Milderungen<sup>1192</sup>.

Darüber hinaus ist es marktbeherrschenden und marktstarken Unternehmen nach § 20 GWB verboten, andere Unternehmen in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr ohne sachlichen gerechtfertigten Grund unterschiedlich zu behandeln bzw. zu diskriminieren. Der Begriff der unterschiedlichen Behandlung ist dabei ebenso weit wie der der Behinderung, so dass auch hier die entscheidende Einschränkung erst mit dem Erfordernis des sachlich gerechtfertigten Grundes erfolgt. Ob ein sachlich gerechtfertigter Grund vorliegt, beurteilt sich dabei nach denselben Kriterien, wie sie für die Beurteilung der Unbilligkeit einer Behinderung i.S. des § 20 Abs. I GWB maßgebend sind. Auch hier bedarf es einer

<sup>1185</sup> *Bechthold*, GWB, § 19 Rn. 61

<sup>1186</sup> Vgl. *Enkler*, ZG 1998, S. 328 ff., S. 342

<sup>1187</sup> *Ronellenfitsch*, in: *Isensee/Kirchhof*, HBdStR, Band III, § 84 Rn. 51; *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 95

<sup>1188</sup> *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 95; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 414 f.

<sup>1189</sup> Auch gegenüber dem Erfordernis der Unbilligkeit werden im Schrifttum vereinzelt dieselben Bedenken erhoben, wie gegenüber dem Erfordernis der guten Sitten. Vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 525

<sup>1190</sup> Vgl. *Bechthold*, GWB, Einführung Rn. 45 ff.; *Emmerich*, Kartellrecht, S. 225

<sup>1191</sup> *Immenga*, NJW 1995, S. 1921 ff., S. 1923; vgl. *Emmerich*, Kartellrecht, S. 225

<sup>1192</sup> *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 415

einzelfallbezogenen Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks des GWB<sup>1193</sup>.

Während § 1 UWG im Vergleich zum GWB in weitem Umfang Abwehransprüche gegen wettbewerbsrelevante Staatstätigkeit eröffnet, sieht das GWB individuelle Abwehransprüche nur über § 33 GWB in Verbindung mit einer Schutznorm des GWB vor. Darüber hinaus sind die Vorschriften des GWB meist mit einer Vielzahl von eingrenzenden Tatbestandsmerkmalen versehen<sup>1194</sup>. Schließlich deckt sich auch der mit ihnen zum Ausdruck kommende Verhaltensmaßstab regelmäßig mit den grundrechtlichen Verhaltensmaßstäben, so dass die Anwendung des GWB im wesentlichen keine zusätzlichen Begrenzungen einer wirtschaftlichen Betätigung ergibt<sup>1195</sup>. Nicht zuletzt deswegen hat das GWB im Vergleich zum UWG, zumindest hinsichtlich der wettbewerbsrelevanten Staatstätigkeit, eine bisher eher unbedeutendere Rolle gespielt<sup>1196</sup>.

Dies könnte sich jedoch mit den §§ 6, 6a EnWG ändern. Das dortige System des verhandelten Netzzugangs für die Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze steht in Gesetzeskonkurrenz zum kartellrechtlichen Tatbestand des § 19 Abs. IV Nr. 4 GWB. Dieser gilt zwar nicht allein für die leitungsgebundene Energiewirtschaft, er hat hier jedoch einen deutlichen Anwendungsschwerpunkt. Die aus dem Nebeneinander von energie- und kartellrechtlichen Vorschriften entstehenden Rechtsfragen sollen hier nicht weiter vertieft werden. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass mitunter davon ausgegangen wird, dass die energierechtlichen Sondertatbestände im Rahmen der Durchleitungsregelungen eine Ausstrahlungswirkung auf § 19 Abs. IV Nr. 4 GWB hätten, da dem energierechtlichen Netzzugangstatbestand materiell eine kartellrechtliche Qualität zukomme<sup>1197</sup>.

## II. Inhaltliche Prüfungspunkte des UWG

Für die gemeindliche Wirtschaft ist insbesondere § 1 UWG bedeutsam, nach dem auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen.

### 1. Tatbestandsmerkmal „geschäftlicher Verkehr“

Unter dieses Erfordernis fällt jede geschäftliche Betätigung im weitesten Sinne. Also alle Tätigkeiten, die objektiv der Förderung eines beliebigen Geschäftszwecks dienen, der auch ein fremder sein kann. Nicht dem geschäftlichen Verkehr unterfallen dagegen rein private oder rein amtliche bzw. hoheitliche Betätigungen<sup>1198</sup>. Gleiches gilt für Handlungen, denen (noch) keine Außenwirkung zukommt wie beispielsweise ein Gemeinderatsbeschluss<sup>1199</sup>. Für den Bereich der nichthoheitlichen bzw. privatwirtschaftlichen Handlungsformen liegt das Tatbestandsmerkmal des Handelns im

<sup>1193</sup> *Emmerich*, Kartellrecht, S. 227 f.

<sup>1194</sup> *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 413 u. S. 422; vgl. *Bechthold*, GWB, § 33 Rn. 1 f.

<sup>1195</sup> Vgl. *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 96; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 422

<sup>1196</sup> *Immenga*, NJW 1995, S. 1921 ff., S. 1921 f.; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 417; *Enkler*, ZG 1998, S. 328 ff., S. 242

<sup>1197</sup> Vgl. *Büdenbender*, EnWG, Einleitung Rn. 23; vgl. *Baur/Henk-Merten*, Kartellbehördliche Preisaufsicht über den Netzzugang, S. 34 m.w.N.

<sup>1198</sup> *Baumbach/Hefermehl*, UWG Einl. UWG Rn. 208

<sup>1199</sup> BGH, NJW 1988, S. 772 f.

geschäftlichen Verkehr regelmäßig vor. Bezüglich der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit ist hier insbesondere an den Betrieb von Gemeinunternehmen in privatrechtlicher Form im Bereich der Leistungsverwaltung bzw. der Daseinsvorsorge zu denken. Für den Bereich der hoheitlichen Handlungsformen dürfte bezüglich der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit schwerpunktmäßig der schlicht-hoheitliche Bereich bedeutsam sein. Wenn die Gemeinde hier Leistungen im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringt, liegt regelmäßig ein Handeln im geschäftlichen Verkehr vor. Dies gilt wie oben bereits ausgeführt auch dann, wenn die vertikale Leistungsbeziehung zu den Mitgliedern oder Benutzern öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist. Durch die Wahl der Handlungsform kann sich die Gemeinde nicht ihrer wettbewerbsrechtlichen Verantwortung entziehen<sup>1200</sup>. Unter das Erfordernis des Handelns im geschäftlichen Verkehr fallen auch die nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten i.S. der Gemeindeordnungen, denn die dortigen Fiktionen befreien nur von den gemeinewirtschaftlichen Kautelen<sup>1201</sup>.

## 2. Tatbestandsmerkmal „zu Zwecken des Wettbewerbs“

Ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs liegt dann vor, wenn das Verhalten äußerlich geeignet ist, den Absatz oder den Bezug einer Person zum Nachteil einer anderen Person zu fördern und der Handelnde subjektiv die Absicht hat, eigenen oder fremden Wettbewerb zum Nachteil eines anderen Mitbewerbers zu fördern, wobei diese Absicht nicht völlig hinter anderen Beweggründen zurücktreten darf<sup>1202</sup>. Kein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs liegt somit bei einer wirtschaftlichen Betätigung im Rahmen eines Anschluss- und Benutzungszwangs vor<sup>1203</sup>.

Für den Bereich der nichthoheitlichen bzw. privatrechtlichen Handlungsformen besteht eine tatsächliche Vermutung für ein Handeln zu Wettbewerbszwecken. Darüber hinaus ist eine Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich und es ist grundsätzlich unerheblich, wofür die erzielten Einnahmen verwendet werden<sup>1204</sup>.

Bei den hoheitlichen Handlungsformen ist dagegen grundsätzlich davon auszugehen, dass die öffentliche Hand lediglich ihre öffentliche Aufgabe erfüllen will. Ein Handeln zu Wettbewerbszwecken ist damit nicht ohne weiteres zu bejahen, es wird aber durch die öffentliche Aufgabenverfolgung auch nicht ausgeschlossen. Vielmehr ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob neben der öffentlichen Aufgabenverfolgung gleichzeitig eine Wettbewerbsabsicht vorliegt, die dabei nicht völlig hinter andere Beweggründe zurücktreten darf<sup>1205</sup>.

Wenn die Gemeinde Leistungen im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringt, wird regelmäßig die Absicht, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern, hinter dem Zweck der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe nicht völlig zurücktreten<sup>1206</sup>. Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsabsicht ergeben sich oftmals aus der Art und dem Umfang der Tätigkeit der öffentlichen Hand. So wird eine Wettbewerbsabsicht regelmäßig verneint, wenn die Tätigkeit nach Art und Umfang erforderlich erscheint, um den gesetzten Zweck zu erreichen und die öffentliche Hand sich damit in den gesetzlich gezogenen Grenzen bewegt. Hier ist die Wettbewerbswirkung regelmäßig nur notwendige Begleiterscheinung der öffentlichen Zweckerfüllung. Umgekehrt ist

<sup>1200</sup> Vgl. Köhler/ Piper, UWG, § 1 Rn. 549 f. m.w.N.; vgl. Baumbach/ Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn. 211

<sup>1201</sup> Vgl. David, NVwZ 2000, S. 738 ff., S. 739

<sup>1202</sup> Baumbach/ Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn. 214 f m.w.N.

<sup>1203</sup> Vgl. Baumbach/ Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn. 245

<sup>1204</sup> Vgl. Köhler/ Piper, UWG, § 1 Rn. 553 m.w.N.

<sup>1205</sup> Köhler/ Piper, UWG, § 1 Rn. 554

<sup>1206</sup> Köhler/ Piper, UWG, § 1 Rn. 555

eine Wettbewerbsabsicht regelmäßig erheblich, wenn die Tätigkeit in Anbetracht der Zwecksetzung nach Art und Umfang nicht erforderlich erscheint<sup>1207</sup>.

Ein Wettbewerbsverhältnis kann selbst zwischen zwei gemeindlichen Unternehmen bestehen. Nicht zuletzt durch die in jüngerer Zeit wachsenden grenzüberschreitenden gemeindlichen Wirtschaftsaktivitäten (cross border competition) dürfte diese Fallgruppe bedeutsamer werden. Auch hier gelangt das UWG zur Anwendung<sup>1208</sup>.

### 3. Tatbestandsmerkmal „gute Sitten“

Das letzte Tatbestandsmerkmal des § 1 UWG erfordert einen Verstoß gegen die guten Sitten bzw. die Sittenwidrigkeit der betreffenden Wettbewerbshandlung. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff stellt den Beurteilungsmaßstab für die Abgrenzung der lautereren von den unlauteren Wettbewerbshandlungen dar. Da im Rahmen dieses Tatbestandsmerkmals nicht nur vieles, sondern fast alles streitig ist<sup>1209</sup>, soll im Rahmen der hier vorzunehmenden Untersuchung nur eine grobe Linie gezogen werden.

Die Konkretisierung des Begriffes der guten Sitten erfolgt durch die Rechtsanwendung im Wege einer einzelfallbezogenen umfassenden Güter- und Interessenabwägung durch den Richter. Diese muss hierbei auf der Grundlage der Wertordnung des Grundgesetzes einerseits dem Prinzip der Marktfreiheit, Waren und Leistungen frei und ungehindert anbieten und nachfragen zu können, Rechnung tragen und andererseits dem Schutzzweck des Wettbewerbsrechts, die Lauterkeit des Wettbewerbs im Interesse der Mitbewerber, der sonstigen Marktteilnehmer und der Allgemeinheit zu gewährleisten, gerecht werden<sup>1210</sup>.

Diese Einzelfallwertung soll klären, ob die zu beurteilende Wettbewerbshandlung mit Sinn und Funktion eines an Qualität und Preiswürdigkeit orientierten Leistungswettbewerbs in Einklang steht. Sie ist damit grundsätzlich rein wettbewerbsbezogen. Trotz der ethischen Einfärbung des Begriffes der guten Sitten ist dieser nicht unmittelbar an Kriterien der Sittlichkeit oder Moral zu messen. Soweit sich aber gesinnungsethisches-moralische Wertungen bzw. Anstandsgefühle in allgemeinen Wertvorstellungen, Handelsbräuchen oder Gesetzen positiviert haben, können diese jedoch mittelbar in die Konkretisierung des Begriffes einfließen<sup>1211</sup>.

Um die Weite und Unbestimmtheit des Begriffes der guten Sitten zu systematisieren, wurden durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft bestimmte Grundsätze und Fallgruppen entwickelt, um hierdurch insbesondere Rechtssicherheit und eine Berechenbarkeit der Rechtsprechung zu erreichen<sup>1212</sup>.

Vereinzelt finden sich im Schrifttum grundsätzliche Bedenken dahingehend, dass der Maßstab der guten Sitten kein geeignetes Kriterium darstelle, um der Sonderstellung der öffentlichen Hand gerecht zu werden. So sei der Maßstab der Sittenwidrigkeit mit dem Freiheits- und Privatautonomieprinzip verbunden. Während die Privatautonomie ein Korrektiv am Maßstab der guten Sitten bedinge, schöpfe staatliches Handeln seine Legitimation jedoch nicht aus Freiheit, sondern aus der Rechtsordnung und sei damit reglementiert, so dass der Maßstab der guten Sitten nicht den Hand-

<sup>1207</sup> Vgl. BGH, WRP 1993, S. 106 ff., S. 108; vgl. Köhler/ Piper, UWG, § 1 Rn. 554

<sup>1208</sup> Baumbach/ Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 Rn. 927; Schünemann, WRP 2000, S. 1001 ff., S. 1007

<sup>1209</sup> Vgl. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 343 m.w.N.; vgl. Baumbach/ Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Einl. UWG Rn. 66 ff.

<sup>1210</sup> Köhler/ Piper, UWG, Einf. Rn. 260

<sup>1211</sup> Köhler/ Piper, UWG, Einf. Rn. 261 m.w.N.; vgl. BGH, NJW 2002, S. 2645 ff., S. 2646

<sup>1212</sup> Vgl. BVerfGE 32, 311 (316)

lungsrahmen abstecken könne<sup>1213</sup>. Des Weiteren vermöge der bei der Maßstabsbestimmung vorzunehmende Rückgriff auf einen durchschnittlichen privaten Geschäftsmann dem Regelungsbedürfnis in einem grundrechtssensiblen Bereich wie dem öffentlichen Wettbewerbsrecht nicht gerecht zu werden<sup>1214</sup>.

Dies vermag, insbesondere aufgrund der hier vertretenen Auffassung, nach der die Güter- und Interessenabwägung rein wettbewerbsbezogen erfolgt und die zu untersuchende Handlung nicht unmittelbar an Kriterien der Sittlichkeit oder Moral zu messen ist, nicht zu überzeugen. Nicht nur die Privatautonomie bedarf einer Begrenzung, sondern auch das staatliche Handeln. Warum die Begrenzung der öffentlichen Hand nicht auch durch objektivierte Handlungsmaßstäbe aus dem Bereich der Privatautonomie erfolgen kann, erscheint nicht einsichtig. Darüber hinaus kommt es im Rahmen der Einzelfallbewertung auch insbesondere darauf an, ob der verfassungsrechtliche Anspruch privater Unternehmer auf wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeiten, Chancengleichheit, Berufsfreiheit und Gewährleistung des Eigentums durch die Betätigung der öffentlichen Hand verletzt wird<sup>1215</sup>. Dies wurde beispielsweise im Fall der Zulassung einer Gebäude-Feuerversicherungsanstalt mit öffentlich-rechtlichem Zwangscharakter zur Mobiliarfeuerversicherung verneint. So sei hier die Miteinbeziehung des Mobiliars im Interesse der Zwangsversicherten und damit auch im öffentlichen Interesse gelegen und damit nicht willkürlich erfolgt, so dass Art. 3 Abs. 1 GG nicht verletzt sei. Auch die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 GG sei nicht tangiert, da die Miteinbeziehung von vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls getragen sei, nämlich dem Bedürfnis der Versicherungsnehmer, verwandte Risiken bei demselben Versicherer zu versichern. Auch eine Verletzung von Art. 14 GG liege nicht vor, da dieser nicht vor dem Auftritt neuer Konkurrenten schütze<sup>1216</sup>.

### III. Der Gleichbehandlungsgrundsatz der öffentlichen Hand

Soweit wie oben festgestellt die Gemeinde bzw. die gemeindlichen Unternehmen dem Wettbewerbsrecht unterliegen, hat dies zur Folge, dass sie damit auch in grundsätzlich gleicher Weise wie private Unternehmen den Verhaltensanforderungen des UWG und den Verboten des GWB unterfallen<sup>1217</sup>. Allein durch die Tatsache, dass sie öffentliche Aufgaben und Zwecke verfolgen kommt ihnen grundsätzlich keine Sonderstellung im Sinne einer Privilegierung zu. Umgekehrt ist die Gemeinde bzw. ihre Unternehmen aber auch nicht besonderen Verhaltensanforderungen unterworfen<sup>1218</sup>. Lediglich im Einzelfall kann die Verfolgung öffentlicher Aufgaben und Zwecke bei der Beurteilung einer Wettbewerbsmaßnahme zu berücksichtigen sein<sup>1219</sup>.

Abweichend von diesem Grundsatz der Gleichbehandlung werden vereinzelt – bezüglich der Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit - grundsätzliche Maßstabsmilderungen und Maßstabsverschärfungen für die öffentliche Hand gefordert.

<sup>1213</sup> *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 363 f.; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 499

<sup>1214</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 500

<sup>1215</sup> Vgl. *Köhler/ Piper*, UWG, Einf. Rn. 284

<sup>1216</sup> Vgl. BVerwGE 17, 306 (311 f.)

<sup>1217</sup> *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 248

<sup>1218</sup> *Baumbach/ Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 Rn. 929; *Köhler/ Piper*, UWG, § 1 Rn. 560; vgl.

*Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 95

<sup>1219</sup> Vgl. *Piper*, GRUR 1986, S. 574 ff., S. 576; BGH, WRP 1998, S. 857 ff., S. 859

So wird mitunter die Auffassung vertreten, die Verfolgung öffentlicher Aufgaben und Zwecke sei mildernd zu berücksichtigen<sup>1220</sup>. Umgekehrt finden sich auch Forderungen nach Maßstabsverschärfungen für die öffentliche Hand, die mit ihrer Vorbildfunktion begründet werden sowie mit der Tatsache, dass ihre wirtschaftliche Betätigung kein Selbstzweck sei, sondern einem öffentlichen Zweck zu dienen und die Grundrechte Dritter zu beachten habe, so dass die Generalklauseln von öffentlichen Unternehmen nicht ausgereizt werden könnten<sup>1221</sup>.

Diesen grundsätzlichen Maßstabsmodifikationen für die öffentliche Hand ist zu widersprechen. Das Wettbewerbsrecht geht von der Gleichbehandlung aller Unternehmen aus. Es stellt allgemeine Verhaltensmaßstäbe bereit und kein Sonderrecht des Staates. Es dient auch nicht speziell der Disziplinierung des Staates, sondern lediglich der Einordnung seiner Tätigkeit in den von ihm geschaffenen Ordnungsrahmen<sup>1222</sup>. Abgesehen hiervon sind die Begriffe des öffentlichen Zwecks bzw. der öffentlichen Aufgabe aufgrund ihrer Weite mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Die mit diesen Begrifflichkeiten begründete Sonderstellung würde ein Einfallstor dafür bilden, die grundsätzliche Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand durch spezielle Maßstabsmodifikationen welcher Art auch immer zu konterkarieren. Hier wäre es konsequenter, das Wettbewerbsrecht gar nicht oder teilweise analog anzuwenden, wenn man die Kontrollmaßstäbe für unpassend erachtet.

Oftmals sollen durch die Maßstabsverschärfungen auch Tätigkeiten erfasst werden, die bereits durch öffentliches Recht allein unzulässig sind. Hier genügt die öffentlich-rechtliche Regelung und es gibt keinen Grund, sie durch falsche Auslegung des Wettbewerbsrechts zu verdoppeln<sup>1223</sup>. Auch liegt dem Ruf nach Maßstabsmodifikationen ein falsches Verständnis vom Wettbewerbsrecht zu Grunde. Insbesondere beim Begriff der guten Sitten i.S. des § 1 UWG geht es nicht primär um einen sittlichen Unwert oder um eine Verletzung des kaufmännischen Anstandes. Richtiger Ansicht nach transportiert das Wettbewerbsrecht keine Moralität, sondern dient auch mit dem Begriff der guten Sitten lediglich der Funktionsfähigkeit der marktwirtschaftlichen Ordnung<sup>1224</sup>.

Da das Wettbewerbsrecht keine wirtschaftspolitische Entscheidung für oder gegen die Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb beinhaltet, ist davon auszugehen, dass es ihr grundsätzlich erlaubt ist, sich wettbewerblich zu betätigen. Der öffentlichen Hand stehen grundsätzlich dieselben Wettbewerbsmittel wie ihren Mitbewerbern zu und sie unterliegt damit den für alle Wettbewerber geltenden Grundsätzen. So gilt auch bei der Beurteilung des Verhaltens der öffentlichen Hand der allgemeine Grundsatz, nach dem die wettbewerbliche Ausgangslage, der Anlass und Zweck des Handelns, die Begleitumstände und die Auswirkungen auf den Leistungswettbewerb berücksichtigt werden<sup>1225</sup>. Bestimmte Umstände, wie vor allem auf die öffentliche Hand zugeschnittene Gesetzesvorschriften und ihre natürlichen Wettbewerbsvorteile, verleihen ihr in mancherlei Hinsicht gleichwohl eine Sonderstellung. So sind auch die Vorteile, die gemeindlichen Unternehmen zukommen, indem

<sup>1220</sup> So wohl *Gerke*, Jura 1985, S. 349 ff., S. 357; für situationsabhängige strengere oder mildere Maßstäbe *Gusy*, JA 1995, S. 253 ff., S. 254

<sup>1221</sup> *Bross*, Überlegungen zum Wettbewerb der öffentlichen Hand, in: FS für *Piper*, S. 107 ff., S. 111; *ders.*, VerwArch 1996, S. 731 ff., S. 738; für situationsabhängige strengere oder mildere Maßstäbe *Gusy*, JA 1995, S. 253 ff., S. 254; *Ulmer*, ZHR 1982, S. 466 ff., S. 486 f.

<sup>1222</sup> Vgl. *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 95

<sup>1223</sup> *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 95

<sup>1224</sup> Vgl. *Köhler/Piper*, UWG, Einf. Rn. 256 u. Rn. 261

<sup>1225</sup> Vgl. *Köhler/Piper*, UWG, § 1 Rn. 559 m.w.N.

sie als Hoheitsträger über andere und weitergehende Mittel – besonders auch finanzieller Art - verfügen können ein vorgesehener, durch das Gemeindefirtschaftsrecht gesetzlich legitimer Vorteil, der von den Wettbewerbern hinzunehmen ist und der ohne das Hinzutreten weiterer Umstände die Annahme einer Sittenwidrigkeit nicht zu begründen vermag<sup>1226</sup>.

Nicht zuletzt deswegen wurden für die Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit des Handelns der öffentlichen Hand mit der Zeit bestimmte Grundsätze und Fallgruppen entwickelt<sup>1227</sup>. So werden hier regelmäßig Missbrauch von Hoheitsbefugnissen, Ausnutzung amtlicher Beziehungen zum Wettbewerb, Preisunterbietungen und unentgeltliche Zuwendungen, Autoritäts- und Vertrauensmissbrauch sowie Normverstöße als Fallgruppen unterschieden<sup>1228</sup>.

Da fast alle diese Fallgruppen mittlerweile mehr oder weniger anerkannt und oftmals unstrittig sind - meist nicht zuletzt deswegen, weil sie sich auf die Art und Weise des Handelns der öffentlichen Hand beschränken<sup>1229</sup> - soll diesen einzelnen Fallgruppen hier nicht weiter nachgegangen werden. Lediglich die letztgenannte Fallgruppe der Normverstöße bzw. der Gesetzesverletzungen, die den Marktzutritt und damit die Frage nach dem Ob der wirtschaftlichen Betätigung umfasst erweist sich, insbesondere für den Bereich der gemeindlichen Wirtschaft, als am virulentesten und soll daher einer genaueren Untersuchung zugeführt werden.

#### IV. Wettbewerbswidrigkeit durch Gesetzesverstöße

Grundsätzlich stellt nicht jeder Gesetzesverstoß der öffentlichen Hand, auch wenn er in den Rahmen eines Wettbewerbsverhältnisses fällt und zu Wettbewerbszwecken begangen wird, eine Verletzung der guten Sitten des Wettbewerbs dar<sup>1230</sup>. Ein gesetzeswidriges Verhalten impliziert damit nicht automatisch auch ein sittenwidriges Handeln i.S. des UWG. § 1 UWG ist keine Sanktionsnorm bzw. eine Blankettnorm für Gesetzesverstöße<sup>1231</sup>. Die vereinzelt im Schrifttum anzutreffende Ansicht, nach der jeder Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften als Sittenwidrigkeit i.S. des § 1 UWG zu bewerten sei, da sich die öffentliche Hand nicht einfach über ihre selbst erlassenen Kompetenzschränken hinwegsetzen dürfe<sup>1232</sup>, ist abzulehnen.

Abgesehen von den bereits genannten Gründen, die für eine grundsätzliche Gleichbehandlung der öffentlichen Hand sprechen sowie der Gefahr der schleichenden Etablierung eines wettbewerbsrechtlichen Gesetzesvollziehungsanspruches, gilt in kommunalrechtlicher Hinsicht zu beachten, dass im Gemeindefirtschaftsrecht nicht die Gemeinden Normgeber des Gemeindefirtschaftsrechts sind, sondern vielmehr als Normadressat der vom Landesgesetzgeber erlassenen Gemeindeordnungen in Erscheinung treten. Eine solche Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen wäre eine Schlechterstellung der öffentlichen Hand, die sich auch nicht durch die eventu-

<sup>1226</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, NVwZ 2000, S. 111 ff., S. 112

<sup>1227</sup> Vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 500, der ein case-law konstatiert, das im deutschen Recht seinesgleichen sucht.

<sup>1228</sup> Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 931 ff.; vgl. *Köhler/Piper*, UWG, § 1 Rn. 560 ff.

<sup>1229</sup> Vgl. *Ehlers*, Gutachten E, S. 88; vgl. *Köhler*, GRUR 2001, S. 777 ff., S. 777

<sup>1230</sup> Vgl. BGH, NJW 1982, S. 2125 f., S. 2127

<sup>1231</sup> Vgl. *Köhler/Piper*, UWG, § 1 Rn. 726; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 646

<sup>1232</sup> *Emmerich*, Recht des unlauteren Wettbewerbs, S. 34; vgl. *Broß*, VerwArch 1996, S. 731 ff., S. 747; vgl. *ders.*, in: FS für *Piper*, S.107 ff., S. 113 f.

elle Gefährlichkeit ihrer Wettbewerbsteilnahme oder ihre Machtstellung begründen lässt<sup>1233</sup>.

Ein Wettbewerbsverstoß liegt in einer Gesetzesverletzung daher regelmäßig nur dann vor, wenn es sich bei dem verletzten Gesetz um eine unmittelbar wertbezogene Norm handelt, die Vorschrift dem Kläger ein subjektives Recht verleiht und dieser deshalb einen Anspruch auf Gesetzesbeachtung hat oder der Gesetzesverstoß in der Absicht erfolgt, sich einen Vorsprung vor den Mitbewerbern zu verschaffen.

### 1. Wertneutrale Vorschriften

Die überwiegende Mehrzahl der Vorschriften räumt keine subjektiven Rechte ein und ist auch nicht werteorientiert. Diese Vorschriften sind lediglich Ausdruck ordnender Zweckmäßigkeit. Sie dienen der Verwirklichung verwaltungs- oder wirtschaftspolitischer Zielsetzungen und werden als sog. wertneutrale Normen bezeichnet<sup>1234</sup>.

Ein schlichter Verstoß gegen wertneutrale Normen ist lediglich gesetzeswidrig und vermag keinen Sittenwidrigkeitsvorwurf bzw. eine Wettbewerbswidrigkeit zu begründen. Für die Annahme einer Sittenwidrigkeit müssen vielmehr zusätzlich weitere wettbewerbsrelevante Umstände hinzutreten. So ist die Verletzung einer wertneutralen Vorschrift regelmäßig erst dann sitten- bzw. wettbewerbswidrig, wenn der Verstoß bewusst und planmäßig erfolgt und der Verstoßende erkennt, dass er dadurch einen sachlich ungerechtfertigten Vorsprung im Wettbewerb gegenüber den gesetzestreuen Mitbewerbern erlangen kann und er somit einen sog. Vorsprung durch Rechtsbruch erzielt<sup>1235</sup>. Ein solcher Vorsprung ist grundsätzlich nur möglich, wenn das Gesetz, gegen das verstoßen wurde, auch für alle Mitbewerber gilt. Von diesem Erfordernis kann jedoch abgewichen werden, wenn der Schutzzweck der konkreten Vorschrift die Norm zu einer wertbezogenen Vorschrift macht. So etwa, wenn der gesetzgeberische Zweck u.a. auch dem Schutz der Allgemeinheit gegenüber den Gefahren einer bestimmten Form von Wettbewerb dient<sup>1236</sup>.

Hier soll zunächst festgestellt werden, ob die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften als wertbezogene Normen qualifiziert werden können.

### 2. Wertbezogene Vorschriften

Für die Beantwortung der Frage, wann eine wertneutrale oder eine wertbezogene Norm vorliegt, gilt nichts anderes als im Wettbewerb privater Konkurrenten untereinander. Die sog. wertbezogenen Normen sind eine Art Sammelbezeichnung für werteorientierte Vorschriften.

Unter wertbezogenen Normen versteht man sittlich fundierte Normen, unmittelbar wettbewerbsbezogene Regelungen sowie Vorschriften, die besonders wichtige Gemeinschaftsgüter schützen. Diese drei Untergruppierungen stehen sich jedoch regelmäßig nicht scharf abgegrenzt gegenüber, sondern überschneiden sich und fallen teilweise sogar zusammen<sup>1237</sup>. Zwar indiziert eine Verletzung dieser wertbezogenen Normen regelmäßig auch ein wettbewerbswidriges bzw. sittenwidriges Verhalten i.S.

<sup>1233</sup> Vgl. *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 252; *Baumbach/ Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 931; *Otting*, Steuerungsmodell, S. 234

<sup>1234</sup> *Baumbach/ Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 630 f.; *Köhler/ Piper*, UWG, § 1 Rn. 785

<sup>1235</sup> *Köhler/ Piper*, UWG, § 1 Rn. 785; vgl. *Baumbach/ Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 646 f.

<sup>1236</sup> Vgl. *Baumbach/ Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 646; BGH, GRUR 1965, S. 373 f., S. 375

<sup>1237</sup> Vgl. *Köhler/ Piper*, UWG, § 1 Rn. 745

des § 1 UWG, es besteht jedoch kein diesbezüglicher Automatismus, sondern es sind grundsätzlich die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen<sup>1238</sup>. Die Gruppe der wertbezogenen Normen stellt insgesamt betrachtet die Ausnahme aller Vorschriften dar.

### a) Sittlich fundierte Normen

Zweifellos dürfte es sich bei den gemeinderechtlichen Vorschriften um keine Normen handeln, die Ausdruck einer sittlichen Grundanschauung und damit als sittlich fundiert anzusehen sind. Als sittlich fundiert i.S. des Wettbewerbsrechts wurden beispielsweise strafrechtliche Normen oder Vorschriften des Tierschutzgesetzes angesehen<sup>1239</sup>.

Es ist nicht erkennbar, dass eine Verletzung der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften nach dem Unwertgehalt der Normen dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit widerspricht und eine Freistellung des wettbewerblichen Verhaltens von diesem Unwerturteil mit der Einheit der Rechtsordnung nicht vereinbar wäre.

### b) Schutz besonderer Rechtsgüter

Als wertbezogene Normen gelten auch solche Vorschriften, die dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen. Auch sie indizieren bei ihrer Verletzung regelmäßig eine Wettbewerbswidrigkeit. Als in diesem Sinne wertbezogen wurden durch die Rechtsprechung Normen eingestuft, die den Verbraucher, die Volksgesundheit, die Rundfunkfreiheit, den Umweltschutz, die Rechtspflege oder den Wettbewerb als Institution schützen<sup>1240</sup>.

Auf den ersten Blick wird man sicher bezweifeln können, ob die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften neben anderen gesetzgeberischen Motiven tatsächlich auch den Wettbewerb als Institution schützen. Da aber ein Wettbewerb, der an die Grundlagen und an die Existenz eines anerkannten und schützenswerten Berufsstandes rührt und in einem nicht unerheblichen Umfang zur Ausschaltung des Leistungswettbewerbs oder zu einer ernsthaften Gefahr für dessen Bestand führt, mit § 1 UWG nicht zu vereinbaren ist<sup>1241</sup>, dürfte dies - insbesondere nach einem Blick auf die Formulierungen der Privatschutzklauseln, nach denen die gemeindlichen Unternehmen keine wesentliche Schädigung oder Aufsaugung mittelständischer Unternehmen bewirken dürfen - nicht mehr ganz so leicht von der Hand zu weisen sein.

Immerhin hat auch der Bundesgerichtshof den Schutz der privaten Wirtschaft gegenüber der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden bereits explizit als besonders wichtiges Gemeinschaftsinteresse bezeichnet<sup>1242</sup>, so dass den gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften durchaus unter diesem Gesichtspunkt Wertbezogenheit zugesprochen werden kann.

### c) Unmittelbar wettbewerbsbezogene Normen – Lehre vom sekundären Marktbezug

Weitaus schwieriger fällt dagegen die Einordnung der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften hinsichtlich der sog. unmittelbar wettbewerbsbezogenen Normen.

<sup>1238</sup> *Baumbach/ Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 611; *Köhler/ Piper*, UWG, § 1 Rn. 727 f.

<sup>1239</sup> *Köhler/ Piper*, UWG, § 1 Rn. 746 m.w.N.

<sup>1240</sup> Vgl. *Köhler/ Piper*, UWG, § 1 Rn. 749 f. mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung.

<sup>1241</sup> Vgl. BGH, GRUR 1979, S. 321 f.; BGH, GRUR 1982, S. 425 f.

<sup>1242</sup> Vgl. BGH, GRUR 1973, S. 655 f., S. 657

Diese Art von Normen zielen bereits selbst, zum Schutz von Individualinteressen oder im Hinblick auf die Auswirkungen der Normen, auf den Schutz des Wettbewerbs und haben damit wettbewerbsregelnde Funktion<sup>1243</sup>. Auch bei dieser Untergruppierung hat man sich noch einmal zu vergegenwärtigen, dass ein Verstoß gegen eine unmittelbar wettbewerbsbezogene Norm eine wettbewerbswidrige Handlung zwar regelmäßig indiziert, diesbezüglich jedoch kein Automatismus besteht. Selbst wenn es sich somit um eine Vorschrift handelt, die den Wettbewerb zwischen Unternehmen unmittelbar regelt, braucht ihre Verletzung nicht automatisch einen Verstoß gegen § 1 UWG darzustellen. Sittenwidrig ist eine gegen eine wettbewerbsrelevante Vorschrift verstoßende Wettbewerbshandlung erst dann, wenn die Umstände des Einzelfalls ergeben, dass ihre Einhaltung einem sittlich-rechtlichen Gebot entspricht bzw. ihre Missachtung dem sittlich-rechtlichen Empfinden der Allgemeinheit widerspricht<sup>1244</sup>.

Dass die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften grundsätzlich nahe am Bereich des Wettbewerbs liegen ist offensichtlich, da mit ihnen zumindest auch das Ziel verfolgt wird, dass die Gemeinden nicht in Wettbewerb zu privaten Mietanbietern treten.

Bereits im Rahmen der Erörterung des drittschützenden Charakters wurde erkennbar, dass das Ziel des Schutzes der Privatwirtschaft bzw. der privaten Mitbewerber auf dem Wege ist, zum fast gleichrangigen gesetzgeberischen Motiv neben den bereits dargestellten anderen Schutzfunktionen zu werden. Selbst wenn man der hier vertretenen Auffassung nicht folgen mag und einen öffentlich-rechtlichen drittschützenden Charakter verneint, wird man zumindest einen Schutz der privaten Mitbewerber insgesamt in Anbetracht der Subsidiaritäts- und Privatschutzklauseln, der Mittelstandsförderungsgesetze und einzelner Gesetzesbegründungen nicht verneinen können. Die für die gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften gebräuchliche Klassifizierung als Marktzutrittsregelungen legt es allein aufgrund des Wortlauts schon nahe, von einem Wettbewerbsbezug der Vorschriften auszugehen.

Ob, abgesehen von einem eventuell hinzukommenden, besonders sittenwidrigen Verhalten, die schlichte Missachtung der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften in Form der Überschreitung aber auch dem sittlich-rechtlichen Empfinden der Allgemeinheit widerspricht, kann sicherlich unterschiedlich bewertet werden<sup>1245</sup>.

Wenn man jedoch berücksichtigt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung den Schutz der privaten Wirtschaft gegenüber der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden bereits explizit als besonders wichtiges Gemeinschaftsinteresse bezeichnet hat<sup>1246</sup> und man darüber hinaus in die Erwägungen mit einbezieht, was durch die Rechtsprechung bereits alles als dem sittlich-rechtlichen Empfinden widersprechend angesehen wurde<sup>1247</sup>, indem man meist lediglich darauf abgestellte, ob die Vorschriften, vergleichbar mit den Schutzgesetzen i.S. des § 823 Abs. II BGB, den Schutz einzelner Gruppen im oder gegen den Wettbewerb bezwecken<sup>1248</sup>, fällt eine nicht-wertbezogene Kategorisierung schwer.

<sup>1243</sup> Köhler/ Piper, UWG, § 1 Rn. 747

<sup>1244</sup> Baumbach/ Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 611 u. Rn. 614

<sup>1245</sup> Dagegen etwa Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht/1, Rn. 217 f.; Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, S. 92; Tomerius, LKV 2000, S. 41 ff., S. 46 f.; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 139 f.; Pünder, DVBl 1997, S. 1153 ff., S. 1160; vgl. Schneider, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1259; Köhler, GRUR 2001, S. 777 ff. S. 778 f.

<sup>1246</sup> Vgl. BGH, GRUR 1973, S. 655 f., S. 657

<sup>1247</sup> Vgl. OLG Koblenz, NJW-RR 1996, S. 366 f.; BGH, NJW-RR 1997, S. 1468 f.; BGH, NJW-RR 1991, S. 1258 f.

<sup>1248</sup> Vgl. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 316

Vergegenwärtigt man sich weiter die bereits dargestellte Grundrechtsrelevanz der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften, die darin besteht, dass ein abstrakter Ausgleich zwischen Art. 28 Abs. II GG und Art. 12 Abs. I GG bzw. zwischen privater und öffentlicher Wirtschaft bewerkstelligt wird, indem der öffentlichen Hand gesetzliche Grenzen gezogen werden, um die private Wirtschaft vor einem unkontrollierten Ausweiten ihrer wirtschaftlichen Betätigung zu schützen, liegt die Annahme einer Wertbezogenheit nahe<sup>1249</sup>.

Die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften sind eben nicht nur bloße Ordnungsvorschriften durch die lediglich ein Schutz der Gemeinden bezweckt wird, sondern sie beinhalten mittlerweile annähernd gleichberechtigt weitergehende wirtschaftspolitische bzw. gesellschaftspolitische Grundsatzentscheidungen, mit denen die Landesgesetzgeber einen Ordnungsrahmen zwischen privater und gemeindlicher Wirtschaft zur Verfügung stellen.

Nicht nachvollziehbar erscheint der vereinzelt anzutreffende Einwand, eine Wertbezogenheit der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften scheide deswegen aus, weil durch die gemeinderechtlichen Vorschriften die wirtschaftliche Betätigung grundsätzlich vorausgesetzt und lediglich an bestimmte Bedingungen geknüpft werde. Damit werde sie aber nicht wie erforderlich von vornherein verwehrt<sup>1250</sup>.

Dass dies kein entscheidendes Kriterium sein kann zeigt sich, abgesehen von der Rechtsprechung, die soweit ersichtlich auch nicht dahingehend differenziert, bereits an der Bezeichnung der hier streitgegenständlichen sog. Marktzutrittsregelungen. Zwar gibt es in der Tat auch Regelungen, die grundsätzlich einen Zutritt verweigern, aber bereits die Bezeichnung „Marktzutrittsregelung“ impliziert doch, dass mit dieser Art von Regelungen grundsätzlich auch ein Zutritt unter bestimmten Voraussetzungen reglementiert wird<sup>1251</sup>. Selbst wenn es solch ein Erfordernis eines totalen Zutrittsverbotes gäbe, würde dies kaum überzeugen können. Es erscheint nicht einsichtig, dass die Entscheidung, den Zutritt nur unter bestimmten Bedingungen zuzulassen, weniger wertbezogen sein soll als die Entscheidung, den Zutritt überhaupt nicht zu gestatten.

Die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften sind damit als wertbezogene Normen zu qualifizieren. Ob hieraus aber auch zwingend eine Sittenwidrigkeit für den Fall eines schlichten Verstoßes folgen muss, bedarf einer genaueren Prüfung insbesondere unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Rechtsprechung.

In der Rechtsprechung ist es schwer eine einheitliche Linie hinsichtlich der Wertbezogenheit der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften auszumachen. Dies nicht zuletzt auch aufgrund der unterschiedlichen länderspezifischen Ausgestaltung der Vorschriften. Oftmals standen auch Konstellationen zur Entscheidung, in denen planmäßig und bewusst gegen die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften verstoßen wurde, so dass die Frage der Wertbezogenheit gar nicht entschieden werden musste.

---

<sup>1249</sup> Für eine Wertbezogenheit etwa *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 822; *ders.*, in: *Schmidt-Aßmann*, BesVerwR, 3. Abschnitt Rn. 123; *Cosson*, DVBl 1999, S. 891 ff., S. 896; *David*, NVwZ 2000, S. 738 ff., S. 740 f.; *Frenz*, DÖV 2000, S. 802 ff., S. 809; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 932 f. u. Rn. 220; *Hübschle*, GewArch 2000, S. 186 ff., S. 188; *Otting*, DÖV 1999, S. 549 ff., S. 554; *Rennert*, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff., S. 344; *Ehlers*, Gutachten E, S. 87 f.; vgl. aber auch *ders.*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 503; *Gröning*, WRP 2002, S. 17 ff., S. 27; *Dreher*, ZIP 2002, S. 1648 ff., S. 1650; *Köhler/Piper*, UWG, § 1 Rn. 747; a.A. *Tomerius*, LKV 2000, S. 41 ff., S. 46 f.; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 139 f.; wohl auch *Pünder*, DVBl 1997, S. 1153 ff., S. 1160; wohl auch *Köhler*, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 10 f.

<sup>1250</sup> So aber *Tomerius*, LKV 2000, S. 41 ff., S. 46 f.; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 139 f.

<sup>1251</sup> Vgl. auch *Köhler*, GRUR 2001, S. 777 ff., S. 777

Grob skizziert macht die Rechtsprechung jedoch die Frage der Wertbezogenheit entscheidend vom Schutzzweck der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften abhängig. So wird, je nach den länderspezifischen Ausgestaltungen und Akzentuierungen, die Wertbezogenheit mit der Frage verbunden, ob die streitgegenständliche Vorschrift zumindest auch den Schutz privater Mitbewerber bezweckt oder nicht, was freilich nicht immer einheitlich beantwortet wird.

Sei der besondere Schutz der privaten Mitbewerber bezweckt, reiche ein schlichter Verstoß gegen die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften ohne das Hinzutreten weiterer besonderer Umstände aus. Sei dies nicht der Fall, reiche ein alleiniger Verstoß ohne das Hinzutreten weiterer Umstände nicht aus<sup>1252</sup>.

Vor dem Hintergrund des immer bedeutsamer werdenden Motivs des Schutzes der privaten Wirtschaft durch diese Vorschriften und seiner zunehmenden Manifestierung in den Gesetzesbegründungen der Länder, in den Vorschriften selbst, insbesondere durch Privatschutz- und Subsidiaritätsklauseln, aber auch durch die Mittelstandsförderungsgesetze haben insbesondere die zitierten Oberlandesgerichte regelmäßig auf einen drittschützenden Charakter und damit auf eine Sittenwidrigkeit des übertretenden Verhaltens geschlossen.

Abweichend hiervon hat der Bundesgerichtshof in einem neueren Urteil<sup>1253</sup> einen schlichten Verstoß einer Gemeinde gegen Art. 87 BayGO als nicht zugleich sittenwidrig i.S. des § 1 UWG bewertet. Dies verwundert nicht zuletzt deshalb, da der Bundesgerichtshof die Annahme der Revision gegen die *Gelsengrün*-Entscheidung des OLG Hamm<sup>1254</sup>, in der aufgrund des Schutzzwecks von § 107 NWGO ein schlichter Verstoß bereits als sittenwidrig bewertet wurde, wegen fehlender grundsätzlicher Bedeutung und aufgrund fehlender Erfolgsaussichten nicht angenommen hatte<sup>1255</sup>.

In dieser neueren *Elektroarbeiten*-Entscheidung führte der Bundesgerichtshof aus, ein Anspruch aus § 1 UWG sei nicht immer schon dann gegeben, wenn ein Wettbewerber Vorschriften verletze, bei deren Einhaltung er aus dem Markt ausscheiden müsste. Auch bei Marktzutrittsregelungen sei anhand einer – am Schutzzweck des § 1 UWG auszurichtenden – Würdigung des Gesamtcharakters des Verhaltens zu prüfen, ob diesem Verhalten durch die Gesetzesverletzung das Gepräge eines wettbewerbsrechtlich unlauteren Verhaltens zukomme. Ein Gesetzesverstoß allein genüge bei Art. 87 BayGO nicht, da diese Vorschrift keine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion beinhalte. Soweit es zu den Zielen von Art. 87 BayGO gehöre, die Privatwirtschaft vor einem gemeindlichen Wettbewerb zu schützen, gehe es nicht um die Lauterkeit des Wettbewerbs, sondern allenfalls um die Erhaltung einer Marktstruktur, die von privaten Unternehmen geprägt ist. § 1 UWG bezwecke aber nicht den Erhalt bestimmter Marktstrukturen. Auch auf die Art und Weise des Verstoßes komme es nicht an; soweit sich früheren Entscheidungen des Senats etwas anderes entnehmen ließe, werde hieran nicht mehr festgehalten<sup>1256</sup>.

<sup>1252</sup> Vgl. BGH, GRUR 1965, S. 373 f.; BGH, GRUR 1974, S. 733 f.; LG München, GewArch 1999, S. 413 f.; LG Wuppertal, NWVBl 1999, S. 275 f.; LG Offenburg, NVwZ 2000, S. 717 f.; OLG Düsseldorf, NWVBl 1997, S. 353 f.; OLG Karlsruhe, VBIBW 2001, S. 234 f.; OLG Hamm, JZ 1998, S. 576 f.; OLG Düsseldorf, NVwZ 2000, S. 111 f.

<sup>1253</sup> BGH, NJW 2002, S. 2645 ff. (Elektroarbeiten); bestätigt durch BGH, NJW 2003, S. 586 f. (Altautoverwertung)

<sup>1254</sup> OLG Hamm, JZ 1998, S. 576 f.

<sup>1255</sup> BGH, Beschluß v. 8.10.1998 – I ZR 284/ 97 (nicht veröffentlicht)

<sup>1256</sup> BGH, NJW 2002, S. 2645 ff., S. 2647; vgl. BGH, NJW 2003, S. 586 f., S. 587

Abgesehen hiervon ist auffällig, dass auch in dieser Entscheidung nicht mehr auf die herkömmliche Differenzierung zwischen wertbezogenen und wertneutralen Normen eingegangen wird<sup>1257</sup>. So wird nur noch darauf abgestellt, dass ein Gesetzesverstoß zugleich eine unlautere Störung des Wettbewerbs bewirken müsse, was in Übereinstimmung mit der jüngeren, restriktiveren Praxis des Bundesgerichtshofs regelmäßig dann der Fall sei, wenn der verletzten Norm eine zumindest sekundäre marktbezogene Schutzfunktion zukomme<sup>1258</sup>.

Was dieses neuerdings zu konstatierende Schweigen hinsichtlich der Differenzierung in wertbezogene und wertneutrale Normen bedeutet ist unklar. Es liegen zwei Deutungsmöglichkeiten nahe: Die stillschweigende Annahme einer Wertbezogenheit der bayerischen Gemeindeordnung scheidet nach dem Inhalt des Urteils, das ja einen UWG-Anspruch verneint, aus. Möglich erscheint damit entweder die stillschweigende Aufgabe dieser bisherigen Differenzierung, oder aber ihre als selbstverständlich angesehene Beibehaltung und die stillschweigende Annahme einer wertneutralen Norm. Da beide Möglichkeiten wohl einen nicht unerheblichen Rechtsprechungsumschwung bedeuten würden, verwundert die fehlende Begründung<sup>1259</sup>. Zusätzlich pikant macht die Entscheidung, dass ihr gerade die bayerische Gemeindeordnung zu Grunde lag. So wird doch gerade in den Gesetzesbegründungen zum neuen bayerischen kommunalen Unternehmensrecht ausgeführt, dass keine subjektiven öffentlichen Rechte eingeräumt werden, wohl aber wettbewerbsrechtliche Unterlassungsklagen ermöglicht werden sollen<sup>1260</sup>.

Ob durch dieses neuere BGH-Urteil ein Umschwung der wiedergegebenen Rechtsprechung zum gemeindlichen Wirtschaftsrecht begründet wurde, ist noch nicht absehbar. Bei einer genaueren Betrachtung erscheint es jedoch vielmehr wahrscheinlich, dass ein schon seit längerer Zeit zu konstatierender allgemeiner Rechtsprechungsumschwung nun auch erstmals den Bereich des gemeindlichen Wirtschaftsrechts erfasst<sup>1261</sup>.

So ist die zitierte *Elektroarbeiten*-Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht die erste Entscheidung, in der die Wertbezogenheit keine entscheidende Rolle mehr spielt<sup>1262</sup>. Besonders deutlich wurde dieser Wandel mit der *Abgasemissions*-Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>1263</sup>. Hier wurde festgestellt, dass es im Einklang mit dem deliktischen Grundcharakter des § 1 UWG nicht zulässig sei, durch diese Norm – vergleichbar einer Popularklage – schlichte Verstöße gegen gesetzliche Bestimmungen im Vorfeld des Wettbewerbshandelns zu verfolgen, die zwar in irgendeiner Weise Auswirkungen auf die Wettbewerbschancen der Mitbewerber hätten, aber für sich gesehen nicht selbst als Wettbewerbsverhalten zu qualifizieren seien und dem eigentlichen Wettbewerbsverhalten auch keinen unlauteren Charakter geben könnten. Auch ein Verstoß gegen eine wertbezogene Norm könne einen wettbewerbsbezogenen Sittenverstoß nicht allein begründen. Entscheidend sei vielmehr

<sup>1257</sup> Ebenfalls ohne diese Differenzierung beispielsweise BGH, WRP 2001, S. 255 f.; BGH, WRP 2000, S. 1116 f.

<sup>1258</sup> Vgl. BGH, NJW 2002, S. 2645 ff., S. 2646 f.; vgl. BGH, NJW 2001, S. 2089 f.; vgl. BGHZ 144, 255 (264 ff.); BGH, NJW 2001, S. 2089 f.; *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 313

<sup>1259</sup> *Dreher*, ZIP 2002, S. 1648 ff. S. 1649; vgl. auch *Ehlers*, JZ 2003, S. 318 f., S. 319; *Haslinger*, WRP 2002, S. 1023 ff., S. 1026

<sup>1260</sup> LT-Drs. Bay 13 / 10828, S. 19; vgl. OLG München, NVwZ 2000, S. 835 f.

<sup>1261</sup> Einen Rechtsprechungsumschwung legt auch eine neuere, die *Elektroarbeiten*-Entscheidung bestätigende BGH-Entscheidung nahe, vgl. BGH, NJW 2003, S. 586 f.; vgl. auch *Steckert*, DfK 2002, S. 61 ff., S. 73; *ders.*, Kommunalwirtschaft im Wettbewerb, S. 34; vgl. *Ehlers*, JZ 2003, S. 318 f., S. 319 f.

<sup>1262</sup> Vgl. BGH, WRP 2001, S. 255 f.; BGH, WRP 2000, S. 1116 f.; BGH, GRUR 2000, S. 1076 ff.

<sup>1263</sup> BGH, GRUR 2000, S. 1076 ff.

eine am Schutzzweck des § 1 UWG auszurichtende Würdigung des Gesamtcharakters des Verhaltens nach seinem konkreten Anlass, seinem Zweck, den eingesetzten Mitteln, seinen Begleitumständen und Auswirkungen. Die grundsätzliche Indizierung der Sittenwidrigkeit für den Fall des Verstoßes gegen eine Norm, die dem Schutz wichtiger Rechtsgüter diene, gelte aber nicht für die Fälle, in denen der Gesetzesverstoß dem wettbewerblichen Handeln vorausgehe. Die grundsätzliche Indizierung der Sittenwidrigkeit könne hier nicht übertragen werden, weil hier der Gesetzesverstoß nicht mit dem Wettbewerbsverhalten zusammenfalle, sondern nur in lediglich mehr oder weniger engem Zusammenhang stehe<sup>1264</sup>.

Erforderlich sei vielmehr auch in diesen Fällen, dass der Verstoß gerade in seinem Bezug auf das Wettbewerbsgeschehen als sittenwidrig i.S. des § 1 UWG anzusehen sei. Die verletzte Norm müsse in solchen Fällen eine zumindest sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion haben. Eine solche sekundäre Schutzfunktion bestehe dann, wenn durch die konkrete Norm zumindest auch die Grundgegebenheiten eines Marktes und gleiche rechtliche Voraussetzungen für die Mitbewerber festgelegt würden<sup>1265</sup>.

An diese Ausführungen scheint sich auch die *Elektroarbeiten*-Entscheidung des Bundesgerichtshofs anzuschließen. Zwar ist zuzugeben, dass die in der *Abgasemissions*-Entscheidung des Bundesgerichtshofs streitgegenständlichen Immissionsschutzvorschriften bei Weitem weniger Bezug zum Wettbewerb haben als die hier zu untersuchenden gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften. Auch dürfte es sich bei den Immissionsschutzvorschriften zumindest nicht um eine Marktzutrittsregelung im engeren Sinne handeln.

Trotz dieser Unterschiede gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass auch bei den gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften die Gesetzesverletzung, die ja regelmäßig in Form der Errichtung, der Übernahme oder der wesentlichen Erweiterung eines Unternehmens erfolgt, nicht mit dem konkreten Wettbewerbsverhalten des Unternehmens am Markt zusammenfällt.

Auch die den Marktzutritt regelnden gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften haben zwar zweifellos einen Wettbewerbsbezug, indem sie den Schutz privater Mitbewerber bezwecken, aber eben nicht in dem Sinne, dass sie das Handeln bzw. das Verhalten im Wettbewerb bestimmen. Sie reglementieren keine Grundgegebenheiten des Marktes und legen keine gleichen rechtlichen Voraussetzungen für alle Mitbewerber fest. Mit diesen Vorschriften soll eben nicht vermieden werden, dass sich ein Unternehmen, unter Missachtung einer für alle Wettbewerber geltenden Vorschrift, einen Vorteil gegenüber seinen Mitbewerbern verschafft. Die gemeindrechtlichen Wirtschaftsvorschriften regeln nur den Marktzutritt, nicht das Marktverhalten. Damit sind sie aber nicht in dem Sinne sekundär wettbewerbsbezogen, dass ihnen im Hinblick auf den Normzweck des § 1 UWG eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion zukommt<sup>1266</sup>.

Daran vermögen auch die teilweise eingeführten Privatschutzklauseln nichts zu ändern, nach denen die gemeindlichen Unternehmen keine Aufsaugung oder wesentliche Schädigung mittelständischer Betriebe bewirken dürfen. Zwar sind hier durchaus auch verhaltensbezogene Elemente zu finden, diese beziehen sich jedoch primär auf das Verhalten hinsichtlich der Errichtung, der Übernahme und der wesentlichen Erweiterung gemeindlicher Unternehmen und damit auch wieder auf den Marktzutritt.

<sup>1264</sup> Vgl. BGH, GRUR 2000, S. 1076 ff., S. 1078

<sup>1265</sup> BGH, GRUR 2000, S. 1076 ff., S. 1078 f.

<sup>1266</sup> Vgl. BGH, NJW 2002, S. 2645 ff., S. 2647; BGH, NJW 2003, S. 586 f., S. 587

Die Einordnung der Regelungen insgesamt als Marktzutrittsregelungen vermögen sie jedenfalls nicht zu ändern.

Durch die herkömmliche Lehre vom Vorsprung durch Rechtsbruch wurden jedoch auch die bloßen Marktzutrittsregelungen einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung zugänglich gemacht. Ein solcher Vorsprung durch Rechtsbruch setzt jedoch voraus, dass das verletzte Recht für alle gilt, da sich nur so durch den Rechtsbruch ein Vorsprung gegenüber den anderen ebenfalls gesetzgebundenen aber gesetzestreuem Mitbewerbern erzielen lässt.

Die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften gelten nun aber gerade nicht für alle Mitbewerber wie beispielsweise die Immissionschutzvorschriften, sondern offensichtlich nur für die gemeindlichen Unternehmen.

Sie binden ausschließlich die öffentliche Hand und nicht private Mitbewerber, so dass ein gemeindliches Unternehmen durch einen schlichten Verstoß gegen diese Vorschriften allein keinen Wettbewerbsvorsprung gegenüber seinen privaten Mitbewerbern erzielen kann. So fehlt es im Verhältnis zu den bereits am Markt tätigen privaten Unternehmen an der Normgeltung für alle Wettbewerber (*par condicio concurrentium*), im Verhältnis zu den (noch) außerhalb des Marktes stehenden privaten Unternehmen am Wettbewerbsvorsprung<sup>1267</sup>. Darüber hinausgehend findet sich vereinzelt im Schrifttum auch die Auffassung, die kommunalrechtlichen Vorschriften seien nicht Teil einer allgemein gültigen Wettbewerbsordnung, sondern reines Binnenrecht, dessen Verletzung ausschließlich für andere Träger staatlicher Gewalt rechtlich relevant sei<sup>1268</sup>. Dass diese Klassifizierung als reines Binnenrecht unzutreffend ist, wurde bereits im Rahmen der Feststellung des drittschützenden Charakters dargelegt<sup>1269</sup>.

Nach der herkömmlichen Lehre vom Wettbewerbsverstoß durch Rechtsbruch wäre die auf gemeindliche Unternehmen beschränkte Normgeltung zwar unschädlich, wenn man der hier vertretenen Auffassung folgt und davon ausgeht, dass es sich bei den gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften um wertbezogene Vorschriften handelt, die dem Schutz des Wettbewerbs bzw. dem Schutz der Allgemeinheit vor den Gefahren einer bestimmten Form von Wettbewerb dienen. Bei dieser Art von Vorschriften wird nach vorherrschender Auffassung auf das Erfordernis der Normgeltung für alle Wettbewerber (*par condicio concurrentium*) verzichtet<sup>1270</sup>.

Diese Auffassung wird aber dem Schutzzweck des Wettbewerbsrechts nicht gerecht. Das Wettbewerbsrecht reglementiert das Marktverhalten nicht aber den Marktzutritt. Es ist nicht die ordnungspolitische Intention des Wettbewerbsrechts bestehende Märkte vor dem Zutritt weiterer Unternehmen abzuschotten. Die Frage, welche einzelnen Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen können ist grundsätzlich keine Frage des Wettbewerbsrechts, sondern quasi eine Vorfrage, da das Wettbewerbsrecht

---

<sup>1267</sup> Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 252; Köhler, GRUR 2001, S. 777 ff., S. 780; Otting, DÖV 1999, S. 549 ff., S. 551

<sup>1268</sup> Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht S. 449; vgl. Erichsen, Kommunalrecht NW, S. 290 f.; vgl. Waechter, Kommunalrecht, Rn. 622

<sup>1269</sup> Vgl. bereits oben 5. Teil E. V. 3.

<sup>1270</sup> Vgl. BGH, GRUR 1965, S. 373 f., S. 375; BGHZ 82, 375 (384 ff.); BGHZ 110, 278 (291); BGH, WRP 1995, S. 475 ff., S. 479; OLG Hamm, NJW 1998, S. 3504 f.; OLG München, GewArch 2000, S. 279 ff., S. 281; OLG Düsseldorf, NVwZ 2000, S. 111, ff., S. 113; OLG Düsseldorf, NVwZ 2000, S. 714 ff., S. 716; vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 646; vgl. Ulmer, ZHR 1982, S. 466 ff., S. 497; David, NVwZ 2000, S. 738 ff., S. 740; vgl. Lerche, Juristische Analysen 1970, S. 821 ff., S. 833 f.; a.A. Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, S. 102 f.; vgl. Otting, Steuerungsmodell, S. 234 f.; vgl. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 394 u. S. 449; Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 503; Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 513

den Marktzutritt von Unternehmen und damit das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses voraussetzt. Das Wettbewerbsrecht hat dagegen die Aufgabe, unlautere Verhaltensweisen von Unternehmen zum Nachteil anderer Mitbewerber in bestehenden Märkten zu verhindern bzw. zu sanktionieren. Auf den Schutzzweck der gemeinderechtlichen Vorschriften kommt es insoweit nicht entscheidend an, da sie dadurch nicht ihren Charakter als bloße Marktzutrittsregelungen verlieren<sup>1271</sup>.

Im Schrifttum wird in Bezug auf die wiedergegebenen neueren BGH-Entscheidungen deshalb wohl zu Recht konstatiert, dass sich diese herkömmliche Lehre vom Vorsprung durch Rechtsbruch derzeit Zeit in einem Umbruch befindet<sup>1272</sup>.

Die in den neueren BGH-Entscheidungen zu Tage tretende neue Lehre vom sekundären Marktbezug, nach der es nicht mehr entscheidend auf die Wertbezogenheit bzw. auf die Neutralität der Normen ankommt, sondern lediglich auf die zumindest sekundäre wettbewerbs- bzw. marktbezogene Schutzfunktion der Normen, bietet gegenüber der herkömmlichen Sichtweise gleich eine Reihe von Vorteilen.

Zum einen verhilft sie dem eigentlichen Schutzzweck des Wettbewerbsrechts - dem lauterem Verhalten im Wettbewerb - wieder zu einer verstärkten Geltung, indem sie sich bei der Kategorisierung von Normen nicht an der Wertbezogenheit, sondern am Schutzzweck des Wettbewerbsrechts orientiert. Zum anderen kommt es nicht mehr entscheidend auf die Kriterien der Wertbezogenheit bzw. der Wertneutralität von Normen an. Diese herkömmliche Unterscheidung ist nicht zuletzt deshalb zu kritisieren, da hiermit quasi durch die Hintertür der Normkategorisierung die eigentlich anvisierte, primär wettbewerbsbezogene und nicht nach ethisch-moralischen Kriterien zu bestimmende, wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeit doch wieder ethisch-moralisch aufgeladen wird und damit dem oftmals kritisierten Moraltransport durch das UWG Vorschub geleistet wird.

Abgesehen hiervon, wird vor allem im Schrifttum immer wieder berechtigt Kritik an der Differenzierung in wertbezogene und wertneutrale Normen geäußert, da es Lehre und Rechtsprechung in nur sehr unzureichendem Maße gelungen sei, diesbezüglich nachvollziehbare Abgrenzungskriterien zu entwickeln<sup>1273</sup>.

Zwar wird auf der anderen Seite zu Recht vor einer überstürzten Änderung der gewachsenen und bewährten Beurteilungsmaßstäbe zur Handhabung der Generalklausel des § 1 UWG gewarnt ohne gleichzeitig verlässliche neue Beurteilungsmaßstäbe aufzuzeigen<sup>1274</sup>, dem gilt es jedoch entgegenzuhalten, dass mit der Marktbezogenheit bzw. der Wettbewerbsbezogenheit ein deutlich restriktiveres Erfordernis zur Verfügung steht. Immerhin haben die gewachsenen und bewährten Beurteilungsmaßstäbe - je nach Perspektive - keineswegs zu einer zufriedenstellenden Handhabung der Generalklausel des § 1 UWG geführt. Nicht nur im Bereich des gemeindlichen Wirtschaftsrechts schickt sich die Generalklausel seit geraumer Zeit an, für Mitbewerber zu einem eigenen, allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch gegenüber unliebsamen Konkurrenten zu mutieren, indem eine kaum mehr zu übersehende Vielzahl von

---

<sup>1271</sup> Köhler, GRUR 2001, S. 777 ff., S. 780 f.

<sup>1272</sup> Köhler, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 99 ff., S. 100; vgl. Dreher, ZIP 2002, S. 1648 ff., S. 1649

<sup>1273</sup> Schneider, DVBl 2000, S. 1250 ff., S. 1259; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 312 m.w.N.; Stolterfoth, in: FS für Rittner, S. 695 ff., S. 702 f.; vgl. auch Schünemann, in: Stober/ Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 41 ff., S. 72

<sup>1274</sup> Köhler/ Piper, UWG, § 1 Rn. 732

Vorschriften für den Fall der Übertretung durch § 1 UWG sanktioniert werden kann, was schließlich auch zum „Unwesen der Abmahnvereine“<sup>1275</sup> geführt hat.

Wie bereits ausgeführt ist aber ein solcher allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch dem geltenden Recht (zumindest noch) fremd. Nicht zuletzt führte diese Rechtspraxis – vereinzelt ungewollt unterstützt durch eigentlich zuständige, aber überforderte, den Mitbewerbern jedenfalls meist zu langsamen Behörden – zu einer immer stärkeren Ausdehnung des Anwendungsbereiches und zu einer zunehmenden Einschränkung der unternehmerischen Freiheit im Wettbewerb<sup>1276</sup>.

Einen weiteren Vorteil der Fixierung auf die Wettbewerbsbezogenheit bzw. die Marktbezogenheit der verletzten Norm stellt die Tatsache dar, dass sich mit diesem Kriterium wohl leichter der Anwendungsbereich des UWG bzw. die Zuständigkeiten der unterschiedlichen Rechtsprechungs Zweige harmonisieren lässt. Insbesondere der Kompetenzkonflikt mit den Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichtsbarkeit, auf den noch im Zusammenhang mit den Rechtsschutzmöglichkeiten genauer einzugehen sein wird, könnte hierdurch entschärft werden.

Auch die *Elektroarbeiten*-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vermittelt den Eindruck, dass der Bundesgerichtshof von der Diskussion um den Schutzzweck der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften wegkommen möchte, wurde doch auf den Schutzzweck der Vorschriften nur sehr marginal eingegangen<sup>1277</sup>. Man hat vielmehr das Gefühl, dass der Bundesgerichtshof ostentativ auf die klassische Linie hinsichtlich der begrenzten wettbewerbsrechtlichen Beurteilung einschwenken möchte.

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs findet sich schon immer der Hinweis auf die Grenzen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung. So wurde in seinen Entscheidungen regelmäßig festgestellt, dass die Frage, ob sich die öffentliche Hand bzw. die Gemeinde überhaupt wirtschaftlich betätigen dürfe und welche Grenzen sie hierbei zu beachten habe, eine allgemeinpolitische und wirtschaftspolitische Fragestellung sei, deren Lösung Aufgabe der Gesetzgebung, der Verwaltung, der parlamentarischen Kontrolle und gegebenenfalls der Kommunalaufsicht obliege, nicht aber den ordentlichen Gerichten. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung müsse sich damit grundsätzlich auf die Art und Weise der Betätigung, auf das Wie der öffentlichen Hand bzw. der Gemeinde beschränken<sup>1278</sup>.

Da sich die Unterscheidung nach dem Ob und dem Wie richtigerweise nicht immer scharf voneinander trennen lässt<sup>1279</sup>, wurden von diesem Grundsatz Ausnahmen anerkannt, die auch eine Prüfung des Ob zuließen<sup>1280</sup>.

Um diese Erstreckung bzw. diese Ausnahmen dogmatisch zu begründen, griff der Bundesgerichtshof regelmäßig auf die im Rahmen der Lehre vom Rechtsbruch getroffenen Unterscheidung zwischen wertbezogenen und wertneutralen Normen zurück. Ein Verstoß gegen eine öffentlich-rechtliche Marktzutrittsregelung wurde für

---

<sup>1275</sup> *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 310; vgl. *Köhler/ Piper*, UWG, § 13 Rn. 55. Insbesondere der Missbrauchstatbestand des § 13 Abs. V UWG dürfte dem „Unwesen“ etwas Einhalt geboten haben.

<sup>1276</sup> *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 312 f.

<sup>1277</sup> Vgl. BGH, NJW 2002, S. 2645 ff., S. 2647; ähnlich BGH NJW 2003, S. 586 ff., S. 587

<sup>1278</sup> BGH, GRUR 1971, S. 168 f., S. 169; BGH, GRUR 1974, S. 733 f., S. 734; BGH, GRUR 1987, S. 60 f., S. 61; BGH, GRUR 1996, S. 213 f., S. 216

<sup>1279</sup> *Dreher*, ZIP 2002, S. 1648 ff., S. 1649; *Schmahl*, LKV 2000, S. 47 ff., S. 52; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 494; *Ehlers*, Gutachten E, S. 86; *Püttner*, GRUR 1964, S. 359 ff., S. 362 f.; vgl. *Schünemann*, in: *Stober/ Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 41 ff., S. 44; vgl. *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 307 f.; vgl. *Harms*, BB 1986, Beilage 17, S. 18

<sup>1280</sup> Vgl. BGH, WRP 1995, S. 475 ff., S. 479; BGH, GRUR 1974, S. 733 ff., S. 735; BGH, GRUR 1987, S. 116 ff., S. 118; *Köhler*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 99 ff., S. 101

den Fall, dass sie auch den Schutz privater Mitbewerber vor der Aufnahme von Wettbewerb bezweckte<sup>1281</sup> als wertbezogen kategorisiert bzw. vom Erfordernis der allgemeinen Normgeltung beim Vorsprung durch Rechtsbruch suspendiert. Hiermit wurde erreicht, dass Vorschriften, die regelmäßig dem Bereich des Marktzutritts unterfallen auf einmal durch das Marktverhaltensrecht des UWG kontrolliert werden konnten. Hinsichtlich der gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften bedeutete dies, dass der Normzweck der jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften regelmäßig über die wettbewerbsrechtliche Sanktionierbarkeit entschied<sup>1282</sup>.

Dass dies kein wünschenswertes Ergebnis sein konnte liegt auf der Hand. Durch die neuere Lehre vom Marktbezug wird dieses Ergebnis vermieden.

Da die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften - unabhängig vom Schutzzweck - als nicht markt- bzw. wettbewerbsbezogen zu klassifizieren sind, kommt eine bundeseinheitliche Anwendbarkeit des UWG für den Fall der schlichten Überschreitung der gemeinderechtlichen Vorschriften nicht in Betracht<sup>1283</sup>. § 1 UWG gelangt damit für den bloßen Marktzutritt der Gemeinden bzw. ihrer Unternehmen nicht zur Anwendung<sup>1284</sup>.

#### d) Drittschützende Gesetze

Auch wenn der Schutzzweck einer Norm den Schutz von Mitbewerbern intendiert handelt es sich um eine wertbezogen Norm, deren schlichte Verletzung sittenwidrig sein kann.

Ein solcher drittschützender Charakter i.S. des Wettbewerbsrechts ist grundsätzlich nicht davon abhängig, ob der betreffenden Norm ein drittschützender Charakter im öffentlich-rechtlichen Sinne zukommt, sich ihr also ein subjektives öffentliches Recht entnehmen lässt oder sie ein Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. II BGB darstellt<sup>1285</sup>.

Damit kann aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ein Drittschutz auch dann angenommen werden, wenn man einen Drittschutz aus öffentlich-rechtlicher Sicht verneint. Da nach der hier vertretenen Auffassung jedoch bereits ein Drittschutz aus öffentlich-rechtlicher Sicht bejaht wurde, fällt es schwer, einen geringeren Anforderungen unterliegenden wettbewerbsrechtlichen Drittschutz zu verneinen.

<sup>1281</sup> Köhler, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 99 ff., S. 102

<sup>1282</sup> Köhler, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 99 ff., S. 103; vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 933

<sup>1283</sup> Inwieweit dieses Ergebnis auch für andere Marktzutrittsregelungen Geltung beanspruchen kann, soll hier nicht untersucht werden. Es sei jedoch angemerkt, dass es nicht konsequent, sondern vielmehr ergebnisorientiert erscheint, Marktzutrittsregelungen im Bereich des Gesundheitswesens, die im Interesse der Allgemeinheit den Marktzutritt von einer fachlichen Qualifikation abhängig machen, gleichzeitig auch als Marktverhaltensregelungen einzustufen. So aber Köhler, GRUR 2001, S. 777 ff., S. 781; BGH, NJW 2002, S. 2645 f., S. 2647 m.w.N.

<sup>1284</sup> Erichsen, Gemeinde und Private im Wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 39 ff., Kluth, Grenzen kommunaler Wettbewerbssteuern, S. 100 f.; Hill, BB 1997, S. 425 ff., S. 428; Grawert, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 136; vgl. Darsow, LKV 2002, S. 1 ff., S. 3; Tettinger, NJW 1998, S. 3473 f., S. 3473 f.; Pagenkopf, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 182; Tomerius, LKV 2000, S. 41 ff., S. 46 f.; Otting, DVBl 1997, S. 1258 ff., S. 1263; Gronemeyer, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 167 ff., S. 181; Badura, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 822; Warneke, JuS 2003, S. 958 ff., S. 960

<sup>1285</sup> LG München, GewArch 1999, S. 413 f.; David, NVwZ 2000, S. 738 ff., S. 741; Hübschle, GewArch 2000, S. 186 ff., S. 188 f.; vgl. Cosson, DVBl 1999, S. 891 ff., S. 896; vgl. Badura, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 822; vgl. Otting, DÖV 1999, S. 549 ff., S. 553 f.; vgl. Heintzen, Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung, S. 107 ff.; a.A. Otto, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung, S. 261

Da sich der unlautere Wettbewerbsvorsprung hier daraus ergibt, dass allgemein eine vom Gesetzgeber vorgegebene Begünstigung der Mitbewerber übergangen wird, ist die Definition des Schutzgesetzes bzw. eines drittschützenden Gesetzes i.S. des Wettbewerbsrechts i.d.R. auch weiter als die Definition des Schutzgesetzes i.S. des § 823 Abs. II BGB. Es reicht aus, dass die Vorschrift nach ihrer Zielsetzung auch Außenwirkung zu Gunsten privater Mitbewerber entfaltet<sup>1286</sup>. Dies wurde bereits im Zusammenhang mit der Bejahung des Schutzzwecks der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften zu Gunsten privater Unternehmen bejaht<sup>1287</sup>.

Damit kommt den gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften grundsätzlich ein drittschützender Charakter i.S. des Wettbewerbsrechts zu, so dass sich auch unter diesem Gesichtspunkt eine Wertbezogenheit ergibt<sup>1288</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung ist jedoch die Wertbezogenheit, unabhängig davon, ob man sie nun aus dem Gesichtspunkt des drittschützenden Charakters oder aus dem Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes ableitet, nicht entscheidend. Da es nach der hier vertretenen Auffassung entscheidend auf einen zumindest sekundären Markt- bzw. Wettbewerbsbezug ankommt, der jedoch bereits oben für die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften verneint wurde, vermag dem wettbewerbsrechtlichen Drittschutz hier keine eigenständige Bedeutung zukommen.

---

<sup>1286</sup> Meckel, in: Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, E 3 Rn. 91

<sup>1287</sup> Vgl. bereits oben 5. Teil E. V. 3.

<sup>1288</sup> So auch Hübschle, GewArch 2000, S. 186 ff., S. 190; vgl. Cosson, DVBl 1999, S. 891 ff., S. 896; vgl. Badura, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 822; Meckel, in: Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, E 3 Rn. 92; a.A. Köhler, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 10 f.

## 7. Teil

### Rechtsschutzfragen

Nachdem in den vorangegangenen Teilen der Untersuchung die Grenzen der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung herausgearbeitet wurden, gilt es nun festzustellen, welche Rechtsschutzmöglichkeiten sich konkurrierenden Privatunternehmen bieten. Wie bereits im wettbewerbsrechtlichen Teil angeklungen geht es hier im Kern um eines der schwierigsten, unbewältigten Probleme der Rechtswissenschaft: der Abgrenzung der bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit von der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit<sup>1289</sup>.

#### A. Außergerichtlicher Rechtsschutz - Einschalten der Kommunalaufsicht

Die Kommunalaufsicht ist notwendiges Gegenstück zum gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden unterliegt dabei der Rechtsaufsicht<sup>1290</sup>. Es wird also ausschließlich die Gesetzmäßigkeit, nicht aber die Zweckmäßigkeit des Handelns der Gemeinde kontrolliert. Der Aufsicht kommt auch bei der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde eine wichtige Rolle zu, da die Aufnahme, Beteiligung oder Erweiterung der wirtschaftlichen Betätigung in der Regel genehmigungsbedürftig oder zumindest anzeigepflichtig ist<sup>1291</sup>. Darüber hinaus kann die Kommunalaufsicht eine unzulässige wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde beanstanden und untersagen.

Privatrechtliche organisierte gemeindliche Wirtschaftsunternehmen unterliegen zwar nicht unmittelbar der Kommunalaufsicht, jedoch erstreckt sich die Kommunalaufsicht auf die Ingerenz- bzw. Einwirkungspflicht der Gemeinden in Bezug auf solche Unternehmen. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Instruktionen für die Vertreter der Gemeindeinteressen in den Unternehmen, so dass auch diese Art von gemeindlichen Unternehmen zumindest mittelbar erfasst werden<sup>1292</sup>.

Für einen privaten Unternehmer, der sich gegen die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde wehren möchte, erscheint der Weg über die Kommunalaufsicht allerdings nicht sehr erfolgversprechend.

So gilt zum einen hinsichtlich des Tätigwerdens der Kommunalaufsicht das Opportunitätsprinzip<sup>1293</sup>, d.h. es liegt im pflichtgemäßen Ermessen (Entschließungs- und Auswahlermessen) der Aufsichtsbehörde, ob und inwieweit sie gegen die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde einschreitet oder nicht. Zum anderen dient die Kommunalaufsicht der objektiven Rechtskontrolle, erfolgt also nur im öffentlichen Interesse und nicht im Interesse des Bürgers.

---

<sup>1289</sup> Vgl. Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 118, m.w.N.

<sup>1290</sup> Knemeyer/ Kempfen, in: Achterberg/ Püttner/ Würtenberger, BesVerwR II, § 17 Rn. 28; Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 92; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; Ruffert, VerwArch 2001, S. 27 ff., S. 31; Grawert, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 133; Jarass, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 79 f.

<sup>1291</sup> Vgl. Art. 96 BayGO; § 108 BWGO

<sup>1292</sup> Waechter, Kommunalrecht, Rn. 599

<sup>1293</sup> Beckmann/ David, DVBl 1998, S. 1041 ff., S. 1046; Tomerius, LKV 2000, S. 41 ff., S. 43

Bürger, Organe oder Organteile der Gemeinde haben somit kein subjektives öffentliches Recht auf ein Einschreiten der Kommunalaufsicht<sup>1294</sup>. Allenfalls kann durch den Bürger ein Einschreiten der Kommunalaufsicht angeregt werden. Eine solche Anregung vermag jedoch - abgesehen von einer möglichen Amtspflicht den Bürger zu bescheiden<sup>1295</sup> - keine Rechtswirkungen zu entfalten.

Darüber hinaus erscheint der Weg über die Kommunalaufsicht wenig erfolgversprechend, da die Kommunalaufsichtsbehörden bei Verstößen gegen das gemeinderechtliche Wirtschaftsrecht bislang - wohl nicht zuletzt aufgrund der durch die zahlreichen Einschätzungsprärogativen geringen Kontrolldichte - relativ großzügig reagierten<sup>1296</sup>. Zwar dient die Kommunalaufsicht der objektiven Rechtskontrolle, ihre Schutzrichtung ist jedoch auf die Gemeinden und nicht auf die private Wirtschaft bezogen<sup>1297</sup>. Dies ergibt sich bereits aus den Gemeindeordnungen selbst, nach denen die Aufsicht so auszuüben ist, dass Entschlusskraft und Verantwortungsfreude der Gemeinden nicht beeinträchtigt werden bzw. die Gemeinden gefördert und geschützt werden<sup>1298</sup>. Auch werden sich die Aufsicht führenden Landesbehörden, die wissen, dass der staatliche Finanzausgleich nicht zu befriedigen vermag, sich der Begründung der wirtschaftlichen Betätigung mit dem Argument, sich selbst Haushaltsmittel zu verschaffen, oftmals nicht verschließen<sup>1299</sup>. So soll ein hoher Beamter der Kommunalaufsicht in Nordrhein-Westfalen die Leitlinie ausgegeben haben: „Wir schützen die Gemeinden und nicht die Wirtschaft“<sup>1300</sup>. Die Fälle eines Einschreitens der Kommunalaufsicht, die es zweifellos auch gibt, so etwa im Fall *Gelsengrün*, bei der Gründung einer Software-Vertriebsfirma in Südindien durch die Stadt Leverkusen sowie bei der bundesweiten Wartung ungarischer *Ikarus*-Busse durch die Stadt Wuppertal<sup>1301</sup>, dürften daher insgesamt als Ausnahmeerscheinungen zu bewerten sein<sup>1302</sup>. Die bereits oben dargelegte reichliche Ansammlung von Einschätzungsprärogativen und unscharfen gesetzlichen Kontrollmaßstäben lässt zumindest aus der Sicht von privaten Unternehmen eine uferlose Grauzone entstehen, die ein Tätigwerden der Kommunalaufsicht - selbst wenn sie wollte - auf extreme Überschreitungen begrenzt bzw. auf eine reine Missbrauchskontrolle reduziert<sup>1303</sup>. Dies dürfte insbesondere für die nur schwer zu handhabenden Subsidiaritätsklauseln gelten. Der hier auftauchende Begriff der Wirtschaftlichkeit, dem als qualitatives Element das „Besser-Prinzip“ zugeordnet werden kann, begründet die Gefahr, dass die Kommunalaufsicht bei der Kontrolle der Wirtschaftlichkeit von einer Rechtsaufsicht in eine Zweckaufsicht umschlägt, da Wirtschaftlichkeitskontrolle im Sinne von Ökonomie und Verwaltungs-

<sup>1294</sup> BVerwG DÖV 1972, S. 723 f.; *Ennuschat*, WRP 1999, S. 405 ff., S. 405; *Gern*, Kommunalrecht BW, Rn. 435; *Stober*, Kommunalrecht, S. 151; *Oebbecke*, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 389; *Püttner*, Kommunalrecht Baden-Württemberg, Rn. 130; *Kahl*, Die Staatsaufsicht, S. 282, S. 538 u. S. 548

<sup>1295</sup> Vgl. BGH, NJW 1971, S. 1699 f.

<sup>1296</sup> vgl.: *Grawert*, Kommunale Wirtschaftsbeteiligung im Wettbewerb, in: *Kommunen am Markt*, S. 9 ff., S. 16; *Held*, NWVBl 2000, S. 201 ff., S. 205 m.w.N.; *Krölls*, GewArch 1992, S. 281 ff., S. 285; vgl. *Ruffert*, VerwArch 2001, S. 27 ff., S. 37 ff.; vgl. *Pielow*, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 375 m.w.N.; vgl. *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 211; *Dolde*, ZHR 2002, S. 515 ff., S. 521

<sup>1297</sup> Vgl. *Moraing*, der städtetag 1997, S. 285 ff., S. 286

<sup>1298</sup> Vgl. etwa § 118 Abs. 3 BWGO; Art. 108 BayGO; § 11 NWGO

<sup>1299</sup> *Grawert*, Kommunale Wirtschaftsbeteiligung im Wettbewerb, in: *Kommunen am Markt*, S. 9 ff., S. 26

<sup>1300</sup> Zitat wiedergegeben bei *Gronemeyer*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 167 ff., S. 169 f.

<sup>1301</sup> Vgl. *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 505; *Held*, WiVerw 1998, S. 264 ff., S. 275

<sup>1302</sup> Vgl. *Kluth*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 23 ff., S. 38, der zumindest bei größeren Städten von Kontrollproblemen der Kommunalaufsicht aufgrund eines politischen Machtgefälles spricht.

<sup>1303</sup> Vgl. *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; vgl. *Ruffert*, VerwArch 2001, S. 27 ff., S. 46; vgl. *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für *Blümel*, S. 119 ff., S. 133

wissenschaft unter Verwendung einer Zweck-Mittel-Relation immer Zweckmäßigkeitsskontrolle ist<sup>1304</sup>. Auch hier wird man die Kommunalaufsicht, um ein ungewolltes Umschlagen in eine unzulässige Zweckmäßigkeitsskontrolle zu verhindern, auf eine reine Missbrauchskontrolle, mit der nur ein völlig unververtretbares Verwaltungshandeln unterbunden werden kann, beschränken müssen<sup>1305</sup>.

## B. Gerichtlicher Rechtsschutz

### I. Die Ausgangssituation – Die Frage nach dem Rechtsweg

Da bei den hier zu untersuchenden Konstellationen mit der Gemeinde bzw. den gemeindlichen Unternehmen ein Träger hoheitlicher Gewalt an den Streitigkeiten beteiligt ist, gilt es bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten von öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten abzugrenzen.

Ausgangspunkt für die Frage nach dem Rechtsweg ist zum einen § 13 GVG, nach dem für den Fall des Vorliegens einer bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit die Zivilgerichte zuständig sind, wenn nicht die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist. Dementsprechend sind zum anderen nach § 40 Abs. I VwGO - für den Fall des Vorliegens einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art - die Verwaltungsgerichte zuständig, soweit die Streitigkeit nicht durch Gesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist.

Für die Abgrenzung des Zivilrechtsweges vom Verwaltungsrechtsweg nach § 13 GVG bzw. § 40 Abs. I VwGO kommt es – vorbehaltlich hier nicht vorliegender besonderer Rechtswegzuweisungen - auf die „wahre“ Natur des streitigen Rechtsverhältnisses an, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Ausschlaggebend für die „wahre“ Natur des streitigen Rechtsverhältnisses ist der zu Grunde liegende Sachverhalt, wie er sich nach dem Sachvortrag des Klägers darstellt. Irrelevant sind hierbei Rechtsmeinungen des Klägers und ob sich der Kläger auf eine zivilrechtliche oder auf eine öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlage beruft<sup>1306</sup>.

Der traditionelle deutsche Dualismus zwischen privatem und öffentlichem Recht hat eine Vielzahl von Abgrenzungstheorien hervorgebracht, die aber allesamt kein für alle Zweifelsfragen tragfähiges Abgrenzungskriterium entwickeln konnten. Die Rechtsprechung legt sich damit zu Recht auf keine bestimmte Theorie fest, sondern bemüht sich um eine im Einzelfall sachgerechte Zuordnung, indem sie verschiedene Theorien berücksichtigt und mitunter auch mehrere theoretische Ansätze kombiniert<sup>1307</sup>.

So kommt es bei der Qualifikation des streitigen Rechtsverhältnisses nach der sog. Subordinationstheorie darauf an, ob die an der Streitigkeit beteiligten Parteien zueinander in einem Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen. Die vorherrschende sog. modifizierte Subjektstheorie stellt dagegen darauf ab, ob sich der Träger hoheitlicher Gewalt der besonderen, nur ihm zugeordneten Rechtsätze des öffentlichen

<sup>1304</sup> Ruffert, VerwArch 2001, S. 27 ff., S. 45 f.; vgl. Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; vgl. auch Schoch, DÖV 1976, S. 441 ff., S. 445

<sup>1305</sup> Vgl. Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; Ruffert, VerwArch 2001, S. 27 ff., S. 46; vgl. Reichard, Gemeinden als Marktteilnehmer, in: Kommunen am Markt, S. 61 ff., S. 69 m.w.N.; Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 442

<sup>1306</sup> BVerwGE 96, 71 (73); BGHZ 97, 312 (313 f.); BGHZ 108, 284 (286); BGH, WRP 1998, S. 624 f.; BGH, WRP 1998, S. 55 f.; vgl. Köhler/Piper, UWG, Vor § 13 Rn. 247; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 917; vgl. Eyer mann/Rennert, VwGO, § 40 Rn. 31 f.

<sup>1307</sup> Eyer mann/Rennert, VwGO, § 40 Rn. 41

Rechts bedient oder ob er sich den für jedermann geltenden zivilrechtlichen Regelungen unterstellt<sup>1308</sup>.

Bei der Klage eines privaten Konkurrenten suggeriert bereits die Bezeichnung Konkurrent, dass gemeindliches und privates Unternehmen gleichrangig auf einem Markt um die Gunst der Kunden werben. Diese grundsätzlich gleichbleibende Ausgangssituation legt auf den ersten Blick eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit nahe, da zunächst eine grundsätzliche Gleichordnung zu erkennen ist und kein Verhältnis der Über- und Unterordnung i.S. einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit. Diese erste Einschätzung könnte sich jedoch relativieren, wenn man berücksichtigt, dass regelmäßig nicht das konkurrierende gemeindliche Unternehmen, sondern die Gemeinde Klagegegner ist<sup>1309</sup>.

Eine genauere Spezifizierung des Sachvortrages des privaten Konkurrenzunternehmens vermag dann jedoch regelmäßig eine Weichenstellung hinsichtlich des Rechtsweges zu bewirken. Diese Weichenstellung richtet sich danach, welcher Vorwurf dem gemeindlichen Unternehmen gemacht wird. Hier lassen sich grundsätzlich drei Konstellationen unterscheiden: Entweder wird dem gemeindlichen Unternehmen die Betätigung an sich vorgeworfen, also die Frage nach dem „Ob“ der Betätigung, oder dem gemeindlichen Unternehmen wird lediglich die Art und Weise der Betätigung vorgeworfen, also die Frage nach dem „Wie“. Schließlich ist auch denkbar, dass dem gemeindlichen Unternehmen beides vorgeworfen wird.

In der ersten Konstellation, der Frage bzw. dem Vorwurf nach dem Ob, liefern die gängigsten Abgrenzungstheorien unterschiedliche Ergebnisse. Die Ausgangssituation prägenden Gleichordnung beider konkurrierenden Unternehmen dürfte nach der Subordinationstheorie zunächst eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit nahe legen. Die Frage nach dem Ob der Betätigung findet ihre Beantwortung aber in den Regeln der Gemeindeordnungen. Da diese ausschließlich die gemeindlichen Unternehmen bzw. die Gemeinde und nicht die privaten Unternehmen berechtigen und verpflichten<sup>1310</sup>, gehören diese Regelungen unstreitig dem öffentlichen Recht an, so dass nach der modifizierten Subjektstheorie eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit angenommen werden muss.

In der zweiten Konstellation, der Frage bzw. dem Vorwurf nach dem Wie liefern beide Theorien dasselbe Ergebnis. So legt wiederum die Ausgangssituation der Gleichordnung beider Unternehmen nach der Subordinationstheorie eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit nahe. Die Frage nach dem Wie der Betätigung findet ihre Beantwortung nun jedoch im Wettbewerbsrecht, das dem privaten Recht zuzuordnen ist, so dass die modifizierte Subjektstheorie, in Ermangelung einer streitentscheidenden Norm, die ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet, ebenfalls eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit nahe legt.

In der dritten Konstellation legt die Ausgangssituation wiederum eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit nahe. Die kombinierten Fragen bzw. Vorwürfe nach dem Ob und dem Wie vermögen dagegen kein einheitliches Ergebnis zu liefern.

---

<sup>1308</sup> Köhler/ Piper, UWG, Vor § 13 Rn. 247; vgl. Eyer mann/ Rennert, VwGO, § 40 Rn. 42 f.

<sup>1309</sup> Vgl. dazu unten 7. Teil B. III 1. c) u. 7. Teil B. III 2.

<sup>1310</sup> Vgl. Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 121

## 1. Behandlung dieser Ausgangssituation durch Rechtsprechung und Schrifttum

Diesen denkbaren Konstellationen begegneten die Rechtsprechung<sup>1311</sup> und weite Teile des Schrifttums<sup>1312</sup> wie folgt:

In der ersten Konstellation, in der das Ob der konkreten gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung streitgegenständlich war, wurde regelmäßig eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit und damit der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. I VwGO bejaht. In der zweiten Konstellation, in der das Wie der konkreten gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung streitgegenständlich war, wurde dagegen meist eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit und damit der Zivilrechtsweg nach § 13 GVG bejaht.

Diese fast klassisch gewordene grundsätzliche Trennung nach dem Ob und dem Wie wurde jedoch nicht streng durchgehalten, sondern, insbesondere durch die dritte Konstellation, in der das Ob und das Wie in Frage stehen, mitunter dahingehend relativiert, dass in manchen Fällen bereits das Ob, also die Frage nach dem Marktzutritt ein unzulässiges Wie darstellen kann. So wurde mit der *Brillenselbstabgabe*-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom Grundsatz der Trennung der Frage nach dem Ob von der Frage nach dem Wie abgewichen. Hier wurde im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Streitigkeit, die sich grundsätzlich auf das Wie beschränkt, ein wettbewerbsrechtliches Tätigkeitsverbot ausgesprochen und damit die Frage nach dem Ob mitgeregelt<sup>1313</sup>. Vor allem bei diesen Gemengelagen zwischen den Vorwürfen des Ob und des Wie der wirtschaftlichen Betätigung wird der Rechtsweg auch oftmals danach bestimmt, ob der Schwerpunkt der zu behandelnden Rechtsfragen im öffentlichen Recht oder im allgemeinen Wettbewerbsrecht zu verorten ist<sup>1314</sup>.

Diese Grundsätze werden nunmehr als Konsequenz der Doppelqualifikation bzw. der Doppelnatur auch unabhängig davon angewandt, ob die vertikalen Leistungsbeziehungen der öffentlichen Unternehmen zu ihren Nachfragern bzw. Kunden privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind.

Das horizontale Wettbewerbsverhältnis zwischen dem öffentlichen Unternehmen und seinen Mitbewerbern beurteilt sich damit unabhängig vom vertikalen Leistungsverhältnis des öffentlichen Unternehmens zum privaten Nachfrager bzw. Kunden. So kann nach der Theorie der Doppelnatur dieselbe Handlung im vertikalen Leistungsverhältnis öffentlich-rechtlich und im horizontalen Wettbewerbsverhältnis privatrechtlich zu qualifizieren sein, wenn das öffentliche Unternehmen auf dem Boden der Gleichordnung im Wettbewerb mit anderen Unternehmen auf einem bestimmten

---

<sup>1311</sup> BVerwGE 39, 329 (331 f.); BVerwG, NJW 1978, S. 1539 f.; BGH, GRUR 1971, S. 168 f., S. 169; BGH, GRUR 1974, S. 733 f., S. 734; BGH, GRUR 1987, S. 60 f., S. 61; BGH, GRUR 1996, S. 213 f., S. 216

<sup>1312</sup> Vgl. *Knemeyer/Kempfen*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 55 f.; *Köhler*, BayVBl 2000, S. 1 ff., S. 10; *Otting*, DÖV 1999, S. 549 ff., S. 550; vgl. *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 182; *Stober*, Kommunalrecht, S. 350 f.; *Vogelgesang/Lübking/Jahn*, Kommunale Selbstverwaltung, Rn. 630; *Zilkens*, NWVBl 1999, S. 34 ff., S. 34; *Hill*, Kommunen auf Abwegen, Speyerer Arbeitshefte Nr. 118, S. 70 f.; vgl. *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 245; *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 278; *Eyermann/Rennert*, VwGO, § 40 Rn. 86; v. *Mutius*, Kommunalrecht, Rn. 517 f.; *Köhler/Piper*, UWG, § 1 Rn. 541 f.; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 920 f.

<sup>1313</sup> BGH, GRUR 1982, S. 425 f., S. 427

<sup>1314</sup> Vgl. *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 522; vgl. *Detterbeck*, JuS 2001, S. 1099 ff., S. 1200

Markt Leistungen anbietet, zwischen denen die Kunden bzw. Nachfrager frei wählen können<sup>1315</sup>.

## 2. Die Auswirkungen dieser Behandlung in der Praxis

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. I VwGO, entsprechend den geschilderten Grundsätzen der eigentlich zuständige Rechtsweg für die Frage nach dem Ob der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung, stellt sich jedoch bis heute dem konkurrierenden privaten Unternehmen regelmäßig als nicht sehr erfolgversprechend dar.

Dies liegt darin begründet, dass - wie im grundrechtlichen Teil bereits ausgeführt - die Wirtschaftsgrundrechte nach der Rechtsprechung nicht vor Konkurrenz im Allgemeinen und auch nicht vor Konkurrenz der öffentlichen Hand im Besonderen schützen<sup>1316</sup> und den Vorschriften zur wirtschaftlichen Betätigung in den Gemeindeordnungen - so unterschiedlich sie auch in den einzelnen Bundesländern ausgestaltet sein mögen - ein drittschützender Charakter abgesprochen wird. Die Klagen privater Konkurrenten werden daher meist als unbegründet, wenn nicht gar schon als unzulässig abgewiesen bzw. verworfen<sup>1317</sup>. Darüber hinaus werden von den Rechtssuchenden oftmals schnellere und leichtere Entscheidungen der Zivilgerichte konstatiert, so dass diese auch deswegen bevorzugt werden<sup>1318</sup>.

Weitaus erfolgversprechender stellt sich dagegen seit einiger Zeit der Zivilrechtsweg für konkurrierende private Unternehmen dar.

Während sich die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und einiger Oberlandesgerichte eher zurückhaltend hinsichtlich der Frage der Gleichsetzung eines bloßen Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften mit einem sittenwidrigen bzw. wettbewerbswidrigen Verhalten äußerte, hatte zwischenzeitlich ein Wandel stattgefunden.

Insbesondere mit den Entscheidungen des OLG Hamm (verbunden mit einer diesbezüglichen Nichtannahme der Revision durch den Bundesgerichtshof), des OLG Düsseldorf, wie auch des LG München wurde ein schlichter Verstoß gegen die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften mit einem sittenwidrigen Wettbewerbsverhalten gleichgesetzt und wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche bejaht, ohne dabei regelmäßig auf die Frage der Zuständigkeit einzugehen<sup>1319</sup>.

Inwieweit diesem jüngeren Wandel durch die *Elektroarbeiten*-Entscheidung des Bundesgerichtshofs wieder ein Riegel vorgeschoben wurde, indem dort der schlichte Verstoß gegen die gemeinderechtlichen Vorschriften als für einen wettbewerbsrechtlichen Sittenverstoß nicht mehr ausreichend angesehen wurde<sup>1320</sup>, ist noch nicht absehbar.

<sup>1315</sup> BGH, GRUR 1976, S. 658 f., S. 659; BGH, GRUR 1993, S. 917 f., S. 919; BGH, GRUR 1982, S. 425 f., S. 427; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 919; *Köhler/Piper*, UWG, § 1 Rn. 539 f.; *Knemeyer/Kempfen*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 56

<sup>1316</sup> BGH, NJW 2002, S. 2645 ff.

<sup>1317</sup> Vgl. BVerwGE 39, 329 (336); BayVGh, JZ 1976, S. 641 ff., S. 642; VGh BW, NJW 1984, S. 251 ff., S. 252; VGh BW, NJW 1995, S. 274; VGh BW, VBIBW 1983, S. 78 f.; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1990, S. 507; BVerwG, NJW 1995, S. 2938 ff., S. 2939; a.A. VerfGH Rh.-Pf., DÖV 2000, S. 682 ff., S. 686; OVG NW, DÖV 1986, S. 339 ff., S. 341

<sup>1318</sup> *Ehlers*, Gutachten E, S. 92 u. S. 152; *Köhler*, in: *Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts*, S. 99 ff., S. 113

<sup>1319</sup> Vgl. OLG Hamm, JZ 1998, S. 576 f.; BGH, Beschluß v. 8.10.1998 - I ZR 284/97 (nicht veröffentlicht) OLG Düsseldorf, NWVBI 1997, S. 353 f.; LG München, GewArch 1999, S. 413 f.

<sup>1320</sup> BGH, NJW 2002, S. 2645 ff.; vgl. BGH, NJW 2003, S. 586 ff.

Nachvollziehbarerweise bemühten konkurrierende Privatunternehmen in der jüngsten Zeit erst gar nicht mehr die Verwaltungsgerichte, sondern versuchten sich nicht ohne Erfolg lieber gleich auf dem Zivilrechtsweg. Diese Verschiebung ins Zivil- bzw. Wettbewerbsrecht - resultierend aus der Tatsache, dass vergleichbare Sachverhalte durch die Verwaltungsrechtsprechung äußerst zurückhaltend, von der Zivilrechtsprechung dagegen äußerst entscheidungsfreudig und zu Gunsten der Privatunternehmen behandelt wurden - blieb freilich nicht unwidersprochen und wurde mitunter bildhaft kommentiert: So wurde festgestellt, dass sich beide Rechtswege in einem auf den ersten Blick unerwartet heftigen Antagonismus befänden. Gemeinsam sei immerhin, dass beide Gerichtsbarkeiten die Zuständigkeit für Abwehrklagen gegen eine gemeindliche Wirtschaftstätigkeit beanspruchten<sup>1321</sup>. Die restriktive Haltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde als stoisch-langmütige Verweigerung<sup>1322</sup> bezeichnet. Die Dogmatik befände sich gar in einem Dornröschenschlaf<sup>1323</sup>, es erfolge lediglich ein gebetsmühlenartiges Wiederholen<sup>1324</sup> der prinzipiellen Grundrechtsschutzverweigerung bei staatlicher Konkurrenz. Die Haltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit sei an Rechtsverweigerung grenzend<sup>1325</sup>, gar Mittelstandspolitik im Gewande der Rechtsprechung<sup>1326</sup>.

Die mangels Anrufung zu konstatierende Sprachlosigkeit der Verwaltungsgerichte führe dazu, dass sich die Zivilgerichte als Reparaturbetrieb für die Verwaltungsgerichte erweisen müssten<sup>1327</sup>. Da die Verwaltungsgerichte den Konkurrenzschutz und die ordentlichen Gerichte die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen nicht ernst nehmen würden<sup>1328</sup>, käme der neueren Zivilrechtsprechung eine Ventilfunktion<sup>1329</sup> bzw. eine zivilgerichtliche Inkompetenzkompensationskompetenz<sup>1330</sup> zu. Mit Hilfe des Wettbewerbsrechts würde eine Sanktionenerschleichung stattfinden, um das öffentliche Recht zu umgehen und sich Mitbewerbern zu erwehren<sup>1331</sup>. Das Verhalten der entscheidungsfreudigen Zivilgerichtsbarkeit sei eine Rechtswegsursurpation und würde kühne rechtliche Zeugungsakte hervorbringen<sup>1332</sup>. Schließlich versuche die Privatwirtschaft die ihr in die Quere kommende kommunale Selbstverwaltung durch wettbewerbsrechtliche Grabenkämpfe in Lethargie<sup>1333</sup> zu versetzen. Da sich das Verwaltungsrecht als zu stumpf erweise, werde immer mehr der wettbewerbsrechtliche und damit zivilrechtliche Hebel angesetzt<sup>1334</sup>. Darüber hinaus wirft man sich im Schrifttum gegenseitig zivilgerichtliches Dilettieren<sup>1335</sup> und emotionale Ausfälle<sup>1336</sup> vor.

<sup>1321</sup> Gronemeyer, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 167 ff., S. 170

<sup>1322</sup> Gronemeyer, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 167 ff., S. 171 f.

<sup>1323</sup> Schliesky, DVBl 1999, S. 78 ff., S. 81

<sup>1324</sup> Schliesky, DVBl 1999, S. 78 ff., S. 81

<sup>1325</sup> Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 534

<sup>1326</sup> Spieß, SGB. 1984, S. 56 ff., S. 62

<sup>1327</sup> Gronemeyer, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 167 ff., S. 171

<sup>1328</sup> Vgl. Ehlers, Gutachten E, S. 91

<sup>1329</sup> Frenz, DÖV 2000, S. 802 ff., S. 809

<sup>1330</sup> Vgl. Höfling, VVDStRL 61 (2002), S. 287 m.w.N. - Begrifflichkeit der „Inkompetenzkompensationskompetenz“ wohl zurückgehend auf *Ode Marquard*.

<sup>1331</sup> Köhler, in: Zur Reform des Gemeindefinanzrechts, S. 99 ff., S. 113

<sup>1332</sup> Vgl. Steckert, DfK 2002, S. 61 ff., S. 66 m.w.N.; Pagenkopf, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 184

<sup>1333</sup> Pagenkopf, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 185

<sup>1334</sup> Tomerius, LKV 2000, S. 41 ff., S. 42; Selmer, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 75 ff., S. 75 f.; vgl. *Sodan*, DÖV 2000, S. 361 ff., S. 371

<sup>1335</sup> Tettinger, NJW 1998, S. 3473 f., S. 3474

<sup>1336</sup> *Cosson*, DVBl 1999, S. 891 ff., S. 892

### 3. Bewertung dieser Behandlung

Der grundsätzlichen Einteilung der Rechtswegzuständigkeit anhand der Kriterien des Ob und des Wie der wirtschaftlichen Betätigung ist zuzustimmen.

Mit den an die Zweistufen-Theorie im Bereich des Subventions- bzw. Kreditvergabe-rechts erinnernden Kriterien wurden klare Unterscheidungsmerkmale herausgearbeitet, um die zwei Rechtsgebiete und Rechtswege voneinander abzugrenzen<sup>1337</sup>. Den Kritikern der Differenzierung der wirtschaftlichen Betätigung anhand des Wie und des Ob<sup>1338</sup> ist zwar zuzugeben, dass auch hier – wie sich ja bereits an der Existenz der dritten Fallkonstellation erkennen lässt - die Grenzen fließend sind, Fallgestaltungen sich oftmals schwierig zuordnen lassen und einzelfallbezogene Wertungen erfordern<sup>1339</sup>. Da sich jedoch lediglich einzelne Fallgestaltungen schwer kategorisieren lassen, spricht dies nicht gegen eine grundsätzliche Differenzierung anhand der genannten Merkmale, zumal eine wirkliche Alternative hierzu nicht erkennbar ist.

Die Trennung in das Ob und das Wie der wirtschaftlichen Betätigung bietet den Vorteil, dass sie weitgehend mit der Funktion des Wettbewerbsrechts als Marktverhaltensrecht und dem gemeindlichen Wirtschaftsrecht als Marktzutrittsrecht korrespondiert.

Zwar besteht in der ersten Konstellation, also in der Frage bzw. dem Vorwurf des Ob der wirtschaftlichen Betätigung, zunächst eine Situation der Gleichordnung, die wie bereits ausgeführt nach der Subordinationstheorie eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit nahe legt. Streitentscheidende Norm für die Frage nach dem Ob der Betätigung ist jedoch ausschließlich das gemeinderechtliche Wirtschaftsrecht und damit rein öffentliches Recht, da durch diese Vorschriften ausschließlich gemeindliche Unternehmen bzw. die Gemeinde berechtigt und verpflichtet werden. Hierauf ist entscheidend abzustellen, wird doch die wahre Natur des streitigen Rechtsverhältnisses nicht zuletzt durch die streitentscheidende Norm beeinflusst<sup>1340</sup>. Das hier im öffentlichen Recht zu verortende streitgegenständliche Marktzutrittsrecht weist zwar naturgemäß Berührungspunkte mit dem Wettbewerbsrecht auf, fällt jedoch nicht in seinen Regelungsbereich, sondern wird vielmehr von ihm vorausgesetzt. Eine Streitigkeit um öffentlich-rechtliche Begrenzungen bleibt insbesondere auch dann eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, wenn die öffentliche Hand diese Begrenzungen in privater Handlungsform verletzt. Der Rechtsweg muss nicht automatisch nachfolgen bzw. wechseln, nur weil ein Teil der öffentlichen Hand „das Lager wechselt“ und sich zivilrechtlich benimmt oder sein Verhalten auf das Zivilrecht ausstrahlt. Auch im Bereich des Subventionsrechts wird die Rechtmäßigkeit einer Subvention, wenn sie sich unmittelbar auf einen privaten Konkurrenten auswirkt, regelmäßig nicht am Wettbewerbsrecht gemessen, sondern nur am Maßstab des öffentlichen Rechts<sup>1341</sup>.

In der zweiten Konstellation, also der Frage bzw. dem Vorwurf des Wie der wirtschaftlichen Betätigung, legt wiederum die von der Gleichordnung geprägte Ausgangssituation nach der Subordinationstheorie eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit

<sup>1337</sup> Vgl. *Püttner*, GRUR 1964, S. 359 ff., S. 361; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 304

<sup>1338</sup> Vgl. etwa *Schünemann*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 41 ff., S. 44; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 307 f.; *Harms*, BB 1986, Beilage 17, S. 18

<sup>1339</sup> *Schmahl*, LKV 2000, S. 47 ff., S. 52; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 494; *Ehlers*, Gutachten E, S. 86; *Dreher*, ZIP 2002, S. 1648 ff., S. 1649; *Püttner*, GRUR 1964, S. 359 ff., S. 362 f.; *Otting*, DÖV 1999, S. 549 ff., S. 552; *Otto*, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung, S. 257

<sup>1340</sup> Vgl. *Eyermann/Rennert*, VwGO, § 40 Rn. 86; vgl. *Ehlers*, Gutachten E, S. 91; vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 917; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 40 Rn. 30

<sup>1341</sup> *Brohm*, NJW 1994, S. 281 ff., S. 288 m.w.N.; *Gronemeyer*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 167 ff., S. 175

nahe. Hiermit korrespondiert nun auch die modifizierte Subjektstheorie im Ergebnis. Das hier Streitgegenständliche und Streitentscheidende Marktverhaltensrecht ist nicht im gemeinderechtlichen Wirtschaftsrecht normiert, sondern findet seine Regelungen im UWG und GWB, die dem Bereich des Zivilrechts zuzuordnen sind, da sie jedermann und nicht nur den Staat berechtigen oder verpflichten.

Bei der dritten Konstellation, in der sich quasi das Wie und das Ob überschneiden, indem bereits das Ob ein verbotenes Wie darstellt - mit anderen Worten also die Fälle, in denen die Wettbewerbsteilnahme für sich gesehen bereits wettbewerbswidrig ist - gestaltet sich die Zuordnung schwieriger. Diese dritte Konstellation kann beispielsweise dann auftreten, wenn besondere strukturelle Vorteile der öffentlichen Hand die Gefahr begründen, dass bereits durch den Marktzutritt der Leistungswettbewerb auf einem bestimmten Markt zum Erliegen kommt bzw. private Konkurrenten völlig aus dem Markt verdrängt werden<sup>1342</sup>.

Dass die grundsätzliche Trennung in die Bereiche des Wie und des Ob hier durchbrochen werden muss resultiert letztlich daraus, dass beide Rechtsordnungen nicht exklusiv und beziehungslos nebeneinander stehen, sondern vielfach miteinander verwoben sind und organisch ineinander greifen. Wie bereits gesehen sind die Grenzen des Ob und des Wie der wirtschaftlichen Betätigung in dieser Konstellation schwierig zu bestimmen, da sie oftmals fließend verlaufen und beide Fragen in vielfältiger Weise aufeinander bezogen und teilweise untrennbar miteinander verknüpft sind. Hieraus resultiert, dass sich die Differenzierung nach dem Ob und dem Wie nicht immer strikt durchhalten lassen wird.

Da diesen Fällen der dritten Konstellation jedoch insgesamt betrachtet ein Ausnahmecharakter zukommt, kann das Auftauchen dieser Fallkonstellationen nicht gegen eine grundsätzliche Trennbarkeit von zwei Sachverhalten sprechen, zumal andere überzeugende Differenzierungskriterien nicht erkennbar sind.

In diesen Konstellationen ist es daher auch hinzunehmen, dass die ordentlichen Gerichte im Rahmen der Prüfung der Art und Weise der wirtschaftlichen Betätigung, also bei der Behandlung des Wie, durch die Untersagung eines wettbewerbsrechtlichen Handelns bzw. durch die Aussprechung eines wettbewerbsrechtlichen Tätigkeitsverbots mittelbar in den hoheitlichen Tätigkeitsbereich eingreifen, wenn wettbewerbsrechtskonforme Zustände nur durch die Untersagung geschaffen werden können<sup>1343</sup>.

Ein unmittelbares Eingreifen in den hoheitlichen Tätigkeitsbereich kommt dagegen nicht in Betracht. Im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle darf nicht gegen das öffentlich-rechtliche Handeln als solches vorgegangen werden, indem beispielsweise hoheitliche Anordnungen aufgehoben werden. Hierfür sind die Verwaltungsbehörden bzw. die Verwaltungsgerichte zuständig. Jedoch ist es den Zivilgerichten nicht verwehrt, wettbewerbsrechtliche Verbote auszusprechen, die sich als Folge der Doppelnatur wettbewerbsrechtlicher Handlungen der öffentlichen Hand in beiden Rechtsbereichen auswirken, so dass die wettbewerbsrechtlichen Verbote der Sache nach nicht nur auf das Verbot von Wettbewerbsmaßnahmen hinauslaufen, sondern auch den öffentlich-rechtlichen Tätigkeitsbereich eines Verwaltungsträgers berühren<sup>1344</sup>.

<sup>1342</sup> Otting, DVBl 1997, S. 1258 ff., S. 1263; Selmer, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 75 ff., S. 100; Köhler/Piper, UWG, § 1 Rn. 542 m.w.N.

<sup>1343</sup> Vgl. BGH, GRUR 1982, S. 425 f., S. 427; Köhler/Piper, UWG, § 1 Rn. 250; Piper, GRUR 1986, S. 574 ff., S. 577; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 919; vgl. Otting, DÖV 1999, S. 549 ff., S. 552; Stober, Kommunalrecht, S. 351; Gusy, JA 1995, S. 253 ff., S. 256; Schüinemann, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 41 ff., S. 72; Hübschle, GewArch 2000, S. 186 ff., S. 189; Cosson, DVBl 1999, S. 891 ff., S. 896; a.A. Schliesky, DVBl 1999, S. 78 ff., S. 83 f.; Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, S. 105; wohl auch Pagenkopf, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 184 f.

<sup>1344</sup> Köhler/Piper, UWG, § 1 Rn. 542

Nach der hier vertretenen Auffassung, der sich mit der *Elektroarbeiten*-Entscheidung wohl auch wieder der Bundesgerichtshof anschließt, wird diese dritte Konstellation ohnehin kaum mehr zu einer zivilgerichtlichen Behandlung gelangen. Da die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften wie bereits ausgeführt keine zumindest sekundär markt- bzw. wettbewerbsbezogenen Regelungen darstellen, führt der schlichte Verstoß gegen gemeinderechtliches Wirtschaftsrecht regelmäßig nicht mehr zu einem Sittenverstoß bzw. zu einem wettbewerbswidrigen Verhalten. Folgt man dieser neueren Auffassung, sind auch die Entscheidungen der bereits erwähnten Oberlandesgerichte Hamm und Düsseldorf, die einen schlichten Verstoß gegen die gemeinderechtlichen Vorschriften mit einer Wettbewerbswidrigkeit gleichsetzen, nicht mehr haltbar. Die inhaltlichen Bedenken hiergegen wurden bereits im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Grenzen erörtert. Unterstützt wird diese Auffassung aber auch durch eine Vielzahl prozessualer Überlegungen.

Zum einen ist die Tatsache nicht zu unterschätzen, dass mit dem Kriterium der zumindest sekundären Wettbewerbs- bzw. Marktbezogenheit ein dem Schutzzweck des UWG gerecht werdendes Kriterium zur Verfügung steht, welches die Einordnung der gemeinderechtlichen Vorschriften als Marktverhaltensrecht ermöglicht und damit auch mit der Rechtswegzuständigkeit konform geht. Zum anderen erscheint es, wie *Gronemeyer*<sup>1345</sup> zu Recht bemerkt, bereits auf den ersten Blick nahe liegender bzw. als die natürlichere Argumentation, die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit anzunehmen und die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand auch an öffentlich-rechtlichen Normen zu messen. Die dagegen über Vorfragen bzw. inzidente Tatbestandsmerkmale in die Zivilgerichtsbarkeit mäandernde Lösung erscheint demgegenüber eher als konstruiert. Auch ist es nur schwer verständlich zu machen, wie es sein kann, dass die sachnäheren und deshalb auch grundsätzlich zuständigen Verwaltungsgerichte genau den gerichtlichen Schutz versagen, der von den sachfremden Zivilgerichten leichtfertig zugebilligt wird<sup>1346</sup>.

Die geschilderte jüngere Rechtsprechung, insbesondere die Entscheidungen der Oberlandesgerichte Hamm und Düsseldorf, bewirkt eine Rechtswegverschiebung und eine Kompetenzüberschreitung in der Sache<sup>1347</sup>. Mitunter wird sogar von einer kompetentiellen Aufsaugungstendenz der Zivilgerichte gesprochen<sup>1348</sup>. Dem ist im Kern zuzustimmen, da die Ausnahmefälle der dritten Konstellation, in der die Frage nach dem Ob und nach dem Wie gemeinsam auftreten, quasi zur Regel gemacht werden, indem bereits bei einem schlichten Verstoß gegen die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften ein wettbewerbsrechtliches Tätigkeitsverbot erstritten werden kann und die Zivilgerichte damit in einem Bereich agieren, in dem eigentlich die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte zuständig wären.

Zwar kann man diesen Kompetenzüberschreitungen und Aufsaugungstendenzen aus zivilrechtlicher Sicht entgegenhalten, dass die Frage des Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften regelmäßig lediglich zum Gegenstand einer Vorfrage gemacht wird, so dass hierüber im Rahmen einer bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit gar nicht rechtskräftig entschieden werden kann<sup>1349</sup>. Trotz dieser Berufung auf die Vor-

<sup>1345</sup> *Gronemeyer*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 167 ff., S. 170 u. S. 174

<sup>1346</sup> *Köhler*, in: *Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts*, S. 99 ff., S. 111

<sup>1347</sup> *Pagenkopf*, *GewArch* 2000, S. 177 ff., S. 183; vgl. *Rennert*, *Die Verwaltung* 2002, S. 319 ff., S. 343

<sup>1348</sup> So *Schliesky*, *DVB1* 1999, S. 78 ff., S. 86

<sup>1349</sup> So *Broß*, in: *FS für Piper*, S. 107 ff., S. 113 f.; *Baumbach/Hefermehl*, *Wettbewerbsrecht*, § 1 UWG Rn. 920; vgl. *BGH*, *NJW* 1995, S. 2295 f.; krit. *Tettinger*, *NJW* 1998, S. 3473 f., S. 3473

frageneigenschaft kann es jedoch gleichwohl zu einer inneren Aushöhlung der Zuständigkeit kommen<sup>1350</sup>. Darüber hinaus vermag auch das verfassungsrechtliche Gebot des effektiven Rechtsschutzes Bedenken gegenüber der Entscheidungsverlagerung ins Wettbewerbsrecht zu begründen. So legt es dieses Gebot doch zumindest nahe, Streitigkeiten über wettbewerbsrelevantes Staatshandeln vor den Verwaltungsgerichten zu entscheiden. Im Fall einer bürgerlich-rechtlichen Entscheidung kann aus der Sicht des Rechtsschutzsuchenden nicht vollständig und effektiv entschieden werden, da durch die bürgerlich-rechtliche Entscheidung regelmäßig nicht rechtlich verbindlich festgestellt werden kann, dass der Rechtsschutzsuchende mit der angegriffenen staatlichen Tätigkeit - also der Frage des Ob der Tätigkeit - in der Zukunft nicht mehr zu rechnen braucht<sup>1351</sup>.

Die Rechtsprechung, die Rechtsschutz über das Wettbewerbsrecht gewährt, ist auch aus folgendem Grund bedenklich: Die Begrenzungen - das Ob - der gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung sind abschließend im öffentlichen Recht geregelt und in den Gemeindeordnungen zu verorten. Ein Rückgriff auf das Wettbewerbsrecht in dieser Fragekonstellation führt zu falschen bzw. konterkarierenden Ergebnissen. Folgt man der hier vertretenen Auffassung und spricht den gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften einen drittschützenden Charakter zu, ist ein Rückgriff auf das Wettbewerbsrecht in Konstellationen, in denen das Ob streitgegenständlich ist überflüssig. Verneint man dagegen einen solchen drittschützenden Charakter der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften, ist ein Rückgriff auf das Wettbewerbsrecht gleichwohl überflüssig und insbesondere falsch, da hierdurch dem privaten Unternehmen über das Wettbewerbsrecht Rechte zugestanden werden, die ihm das speziellere und diese Frage abschließend regelnde öffentliche Recht versagt<sup>1352</sup>.

Auch wenn hier - entgegen der wohl noch herrschenden Auffassung in der Verwaltungsrechtsprechung und im öffentlich-rechtlichen Schrifttum - ein drittschützender Charakter der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften bejaht wird, erscheint es gleichwohl nicht hinnehmbar, dass dieses zweifellos zu beklagende, aber eben doch vertretbare Ergebnis der Drittschutzverweigerung ausgerechnet durch die Zivilgerichtsbarkeit korrigiert wird. Mögen Kompetenzanmaßungen von Gerichten heutzutage auch keine Seltenheit mehr sein, ist es gleichwohl befremdlich, dass die eigentlich zuständigen Aufsichtsbehörden und Verwaltungsgerichte umgangen werden und die von öffentlich-rechtlicher Seite mehrheitlich als nicht drittschützend angesehenen Normen durch das Wettbewerbsrecht subjektiv-rechtlich aufgeladen werden<sup>1353</sup>.

*Ehlers*<sup>1354</sup> weist zu Recht darauf hin, dass auch andere „öffentlich-rechtliche Figuren“ wie Landesanstalten, einzelne Bundesländer, Staatsbauämter und Landesbauverwaltungen Dienstleistungen anbieten und damit zu privaten Unternehmen in Konkurrenz treten würden. Da der Gesetzgeber, bis auf das Kartellrecht, keine Vorsorge in Form von die Erwerbswirtschaft begrenzenden Vorschriften getroffen habe, könnten Abwehransprüche der privaten Unternehmen nur auf verfassungsrechtlichen und gegebenenfalls europarechtlich abgeleiteten Bindungen der öffentlichen Hand ge-

<sup>1350</sup> *Köhler*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 99 ff., S. 104

<sup>1351</sup> Vgl. *Schliesky*, DVBl 1999, S. 78 ff., S. 85 f.; *ders.*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 308 u. 475 f.

<sup>1352</sup> *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 512

<sup>1353</sup> *Selmer*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 75 ff., S. 100 f.; *Püttner*, Rechtliche Vorgaben für kommunale Unternehmen: Bremse oder Wettbewerbsvorteil?, in: *Kommunale Wirtschaft im Wandel - Chancen und Risiken*, S. 27 ff., S. 32

<sup>1354</sup> *Gronemeyer*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 167 ff., S. 175

stützt werden, die ebenfalls nach § 40 Abs. I VwGO auf dem Verwaltungsrechtsweg zu verfolgen seien. Auch hier komme es auf die wahre Natur des streitigen Rechtsverhältnisses an und ein Abwehranspruch gegen die Staatswirtschaft sei im Kern ebenfalls ein öffentlich-rechtlicher Streit.

Dem ist zwar zuzustimmen, aber es ist einschränkend hinzuzufügen, dass in diesen angeführten Konstellationen in Ermangelung begrenzender Vorschriften auch gar keine Möglichkeit und damit keine Versuchung besteht, diese über den Zivilrechtsweg subjektiv-rechtlich aufzuladen.

Diese subjektiv-rechtliche Aufladung der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften mithilfe des § 1 UWG verhilft dem Wettbewerbsrecht auch zu einem Inhalt bzw. zu einer Bedeutung, die von der diesbezüglichen Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das Sachgebiet der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. I Nr. 11 GG nicht mehr gedeckt ist.

So tritt Art. 74 Abs. I Nr. 11 GG gegenüber spezielleren Regelungen, und soweit ein stärkerer Sachzusammenhang zur Gesetzgebungskompetenz der Länder besteht, zurück. So verhält es sich auch für das kommunale Organisationsrecht, das sich auch auf die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden erstreckt. Art. 74 Abs. I Nr. 11 GG umfasst somit nicht Sonderregelungen von Wirtschaftsbefugnissen öffentlich-rechtlicher Rechtsträger. Dies wäre aber zumindest faktisch im Falle einer zulässigen subjektiv-rechtlichen Aufladung der gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften der Fall<sup>1355</sup>.

Ein weiterer Nachteil einer Verlagerung gemeinderechtlicher Streitigkeiten in das Wettbewerbsrecht liegt in der zu befürchtenden Rechtszersplitterung. Eine solche Rechtszersplitterung droht daraus zu entstehen, dass ein schlichter Verstoß gegen gemeinderechtliche Wirtschaftsvorschriften bzw. ein bloßer gemeindlicher Marktzutritt - abhängig vom Schutzzweck der jeweiligen landesrechtlichen Wirtschaftsvorschriften - in einem Bundesland als sitten- bzw. wettbewerbswidrig bewertet wird, in einem anderen dagegen nicht. Nach einer gewissen Zeit könnten sich durch die Verbindung des § 1 UWG mit den landesrechtlichen Gemeindeordnungen unterschiedliche Wettbewerbsordnungen entwickeln. Dass sich diese unterschiedlichen rechtlichen Ausgangslagen nicht gerade vorteilhaft für den Wirtschaftsstandort Deutschland auswirken dürften, hieraus mitunter Wettbewerbsverzerrungen entstehen und Investitionsentscheidungen beeinflusst werden könnten, ist offensichtlich<sup>1356</sup>.

Zwar ist zuzugeben, dass auch ohne diese Verlagerung ins Wettbewerbsrecht und mit einer rein öffentlich-rechtlichen Lösung durch die verschiedenen Gemeindeordnungen unterschiedliche rechtliche Ausgangslagen bestehen, dies vermag jedoch zumindest in kompetentieller Hinsicht keine Bedenken hervorzurufen. Dagegen erscheint die Verlagerung in das Wettbewerbsrecht unter diesem Gesichtspunkt bedenklich, wenn man davon ausgeht, dass i.S. des Art. 74 Abs. I Nr. 11 GG mit dem UWG eine abschließende, bundesweite und damit einheitliche Regelung über den unlauteren Wettbewerb getroffen werden sollte.

Ob die Ungleichbehandlung gemeindlicher Unternehmen in ihren wettbewerbsrechtlichen Aktivitäten durch die Wettbewerbsgerichte mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz

---

<sup>1355</sup> Vgl. *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 74 Rn. 24; vgl. *Grawert*, Kommunale Wirtschaftsbetätigung im Wettbewerb, in: *Kommunen am Markt*, S. 9 ff., S. 28

<sup>1356</sup> *Otting*, DVBl 1997, S. 1258 ff., S. 1263; *Gronemeyer*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 167 ff., S. 175 f.; *Köhler*, in: *Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts*, S. 99 ff., S. 112; vgl. *Tettinger*, *Besonderes Verwaltungsrecht*/1, Rn. 224; *ders.*, NJW 1998, S. 3473 f., S. 3474; *ders.*, DVBl 1999, S. 679 ff., S. 686; vgl. *Werner*, VBIBW 2001, S. 206 ff., S. 212

privater und öffentlicher Unternehmen kollidiert<sup>1357</sup>, darf wie oben bereits ausgeführt<sup>1358</sup> bezweifelt werden. Auch die Ungleichbehandlung der gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen durch die unterschiedlichen Gemeindeordnungen untereinander kann, da die Ungleichbehandlung nicht durch denselben Normgeber erfolgt bzw. nur jeweils die landeseigenen Unternehmen erfasst werden, nicht unter Gleichheitsgesichtspunkten geltend gemacht werden.

Ebenfalls als unpassend für die Beurteilung einer Streitigkeit im Gemeindegewirtschaftsrecht erweist sich die Besetzung der regelmäßig zur Entscheidung berufenen Zivilgerichte. So entscheidet regelmäßig eine Kammer für Handelsachen des LG nach §§ 93, 95 Abs. I Nr. 5 GVG, die nach § 105 GVG mit einem Mitglied des LG und zwei ehrenamtlichen Handelsrichtern besetzt ist, die jeweils gleiches Stimmrecht haben. Da beide ehrenamtlichen Richter nach § 108 GVG auf gutachterlichen Vorschlag der Industrie- und Handelskammer ernannt werden und sie unter anderem nach § 109 GVG Kaufleute sein müssen, wird regelmäßig kaum davon auszugehen sein, dass dieser Personenkreis der gemeindlichen Wirtschaft besonders wohlwollend bzw. unvoreingenommen gegenübersteht. Vielmehr dürfte dieser Personenkreis regelmäßig die Belange der privaten Wirtschaft im Auge haben. Jedenfalls erscheinen Interessenkonflikte damit programmiert<sup>1359</sup>.

*Quack* spricht gar davon, dass die Ergebnisse der Zivilgerichtsbarkeit dank der Dispositions- und Verhandlungsmaxime manipulierbar seien. Die Rechtsverfolgung sei selektiv, erfolge dabei teils interessengesteuert, teils recherchegebunden und es fehle den Zivilgerichten an Professionalität im Umgang mit öffentlich-rechtlichen Normen, weswegen sich die Zivilgerichtsbarkeit aus dem Wirtschaftsverwaltungsrecht heraushalten sollte<sup>1360</sup>.

Auch wenn man diese pauschale Kritik *Quacks* für überzogen hält, ist ihm doch zuzustimmen, dass es einen Unterschied macht, ob öffentlich-rechtliche Vorschriften von der Verwaltung bzw. der Verwaltungsgerichtsbarkeit oder von der Zivilgerichtsbarkeit exekutiert werden.

Während die Wettbewerbsgerichte regelmäßig nur danach fragen, ob die Norm abstrakt eine Anwendung rechtfertigt, macht demgegenüber die Verwaltung ihr Verwaltungshandeln von Erwägungen der Praktikabilität, der Verhältnismäßigkeit, der sachgerechten Schonung und der Wertung des Einzelfalls im Vergleich zum Ganzen abhängig. Jedenfalls dürfte der den Verwaltungsbehörden durch Vollzugsermessen und durch unbestimmte Rechtsbegriffe eingeräumte Handlungsspielraum, der regelmäßig zu einem flexiblen Vollzugspragmatismus führt, durch eine zivilrechtliche Sichtweise zumindest gefährdet sein. So besteht die Gefahr, dass zivilgerichtliche Entscheidungen diese Ermessenvorschriften und Beurteilungsspielräume unterlaufen oder eine Duldung von rechtswidrigen Zuständen aus verwaltungspolitischen Gründen beseitigen<sup>1361</sup>.

Gegen eine Verschiebung der Streitigkeiten in das Zivilrecht spricht auch der dort geltende Verhandlungsgrundsatz. Da davon auszugehen ist, dass der Staat für Handlungen, die geeignet sind Grundrechte zu beeinträchtigen grundsätzlich einer gesetz-

<sup>1357</sup> So aber *Köhler*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 99 ff., S. 112

<sup>1358</sup> Vgl. bereits oben 3. Teil B. I. und 4. Teil E. II. 4.

<sup>1359</sup> *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 183; vgl. *Ehlers*, Gutachten E, S. 152, der sich für eine gemischte Besetzung, vergleichbar den bei den ordentlichen Gerichten bestehenden Baulandkammern, ausspricht.

<sup>1360</sup> *Quack*, in: FS für *Trinkner*, S. 265 ff., S. 266

<sup>1361</sup> *Quack*, in: FS für *Trinkner*, S. 265 ff., S. 274 f.; *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 184; *Köhler*, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 99 ff., S. 104 f.; *Brohm*, NJW 1994, S. 281 ff., S. 287; vgl. *Gaa*, WRP 1997, S. 837 ff., S. 839

lichen Ermächtigungsgrundlage bedarf und die Wahrnehmung dieser Ermächtigung nicht unverhältnismäßig zu erfolgen hat, liegt es nahe, die Darlegungslast dem sich wirtschaftlich betätigenden Staat aufzuerlegen. Hiermit korrespondiert die verwaltungsprozessuale Untersuchungsmaxime nach § 86 VwGO wesentlich besser als die zivilrechtliche Verhandlungsmaxime. Eine Bestätigung findet diese Annahme durch die §§ 110 Abs. I, 120 Abs. II i.V.m § 70 Abs. I GWB, die für die Nachprüfung von Vergabeentscheidungen den Untersuchungsgrundsatz vorschreiben<sup>1362</sup>.

Auch hinsichtlich der Gefahr von Rechtsprechungsdivergenzen ist die neue Zurückhaltung des Bundesgerichtshofs hinsichtlich der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften zu begrüßen.

Da die Revision zum Bundesverwaltungsgericht nach § 137 Abs. I VwGO nur auf die Verletzung von Bundesrecht gestützt werden kann, wird die Frage, ob den gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften drittschützender Charakter zukommt oder nicht, wegen fehlender Revisibilität von dem jeweils zur Auslegung des Landesrechts berufenen Oberverwaltungsgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof beantwortet. Dem Bundesverwaltungsgericht blieb diese Frage deshalb grundsätzlich verwehrt<sup>1363</sup>.

Demgegenüber entscheidet der Bundesgerichtshof in der Revision gemäß § 549 Abs. I ZPO neben der Verletzung von Bundesrecht auch über die Verletzung von Vorschriften, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckt. Damit kann in den Bundesländern, die wie Nordrhein-Westfalen über mehrere Oberlandesgerichte verfügen und kein oberstes Landesgericht eingerichtet haben, die Verletzung von Landesrecht Revisionsgrund sein. In Bundesländern, in denen dagegen nur ein Oberlandesgerichtsbezirk besteht (z.B. Berlin, Bremen, Hamburg, Thüringen, Saarland, Schleswig-Holstein) wäre demnach die Kontrolle der Auslegung des Gemeinderechts durch die Untergerichte nicht möglich<sup>1364</sup>.

Problematisch ist, dass keine prozessualen Möglichkeiten zur Koordinierung bzw. zum Abgleich auftretender Rechtsprechungsdifferenzen – hier der unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich des drittschützenden Charakters der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften - zwischen Zivilgerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit bestehen. Weder für Differenzen zwischen Oberverwaltungsgericht und Bundesgerichtshof (in Bundesländern mit mehreren Oberlandesgerichten), noch für Differenzen zwischen Oberverwaltungsgericht und Oberlandesgericht (in Bundesländern mit einem Oberlandesgericht) existiert ein entsprechendes Verfahren. Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder eine vergleichbare Instanz kann in diesen Konstellationen nicht angerufen werden<sup>1365</sup>. Eine Annäherung bzw. eine zivilgerichtliche Zurückhaltung, wie sie mit den neueren BGH-Urteilen zum Ausdruck kommt, kann daher nur begrüßt werden.

Die grundsätzliche Einteilung der Rechtswegzuständigkeiten anhand der Kriterien des Ob und des Wie der wirtschaftlichen Betätigung sowie die neuere Rechtsprechungslinie des Bundesgerichtshofs, die bei einem schlichten Verstoß gegen ge-

<sup>1362</sup> Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 128 f.

<sup>1363</sup> Abweichend von diesem Grundsatz kam man in Baden-Württemberg dennoch zu einer Auslegung der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften durch das Bundesverwaltungsgericht, da das Bundesverwaltungsgericht nach ständiger Rechtsprechung auch solche Normen selbstständig anwenden kann, die zwar zum irrevisiblen Recht gehören, mit denen sich jedoch das Berufungsgericht nicht befasste, vgl. BVerwGE 39, 329 (329 f.); Pagenkopf, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 183

<sup>1364</sup> Köhler, in: Zur Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts, S. 99 ff., S. 112; ders, WRP 1999, S. 1205 ff., S. 1206

<sup>1365</sup> Vgl. Art. 95 Abs. III GG, § 137 Abs. I VwGO und § 549 Abs. I ZPO; Ehlers, Gutachten E, S. 92; vgl. Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 390 f.; vgl. Gronemeyer, in: Stober/ Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 167 ff. S. 179 f.

meinderechtliche Wirtschaftsvorschriften nicht automatisch einen UWG-Verstoß bejaht, verdient somit Zustimmung. Dass die Zivilgerichtsbarkeit ausnahmsweise im Rahmen der Prüfung der Art und Weise der wirtschaftlichen Betätigung, also der Behandlung des Wie, durch die Untersagung eines wettbewerblichen Handelns bzw. durch die Aussprechung eines wettbewerbsrechtlichen Tätigkeitsverbots mittelbar in den hoheitlichen Tätigkeitsbereich eingreift, ist hinzunehmen.

## II. Die Doppelspurigkeit des Rechtsschutzes

In Abhängigkeit davon, wie sich die Gemeinde bzw. das gemeindliche Unternehmen wirtschaftlich betätigt und was der betroffene private Unternehmer vorträgt, kann der private Konkurrent unter Umständen - insbesondere in den Fällen der genannten dritten Konstellation, in denen der Vorwurf des Wie und des Ob der wirtschaftlichen Betätigung quasi zusammenfällt – zumindest theoretisch zwischen dem Zivilrechtsweg und dem Verwaltungsrechtsweg wählen<sup>1366</sup>. Gegen diese vereinzelt auftretende Doppelspurigkeit des Rechtsschutzes sind vor dem Hintergrund der gegenseitigen Ergänzungs- und Auffangfunktion beider Teilrechtsordnungen auch keine grundsätzlichen Vorbehalte anzumelden<sup>1367</sup>.

Eine Doppelkontrolle i.S. einer synchronen bzw. gleichzeitigen Kontrolle dürfte jedoch regelmäßig ausscheiden. Zwar ließe sich durchaus daran denken, die Frage des Ob der Betätigung und die Frage des Wie auch als verschiedene Streitgegenstände zu bewerten, gleichwohl dürfte sich die Möglichkeit einer solchen gleichzeitigen Doppelkontrolle relativieren, da das zuständige Gericht nach § 17 Abs. II S. 1 GVG umfassend zu entscheiden hat. So ist beispielsweise im Falle des Anrufens der Verwaltungsgerichtsbarkeit den Zivilgerichten - aufgrund entgegenstehender Rechtshängigkeit - keine Kontrolle möglich<sup>1368</sup>.

Nach § 17 Abs. II S. 1 GVG entscheidet das Gericht des zulässigen Rechtswegs den Streitgegenstand unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten. Das angerufene Gericht hat also den Rechtsstreit grundsätzlich umfassend zu entscheiden, wenn der zu ihm beschrittene Rechtsweg auch nur für einen Klagegrund zulässig ist.

Diese umfassende Sachkompetenz des Gerichts gilt jedoch nur bei einem gemischten Rechtsverhältnis, bei dem der geltend gemachte Anspruch auf mehrere Klagegründe gestützt wird oder gestützt werden kann und wo sich der eingeschlagene Rechtsweg nur auf einen Teil der Klagegründe erstreckt, während im Übrigen ein anderer Rechtsweg gegeben ist. Es muss sich also ein und derselbe Streitgegenstand nach mehreren materiellrechtlichen Anspruchsgrundlagen beurteilen lassen<sup>1369</sup>. Dies ist beispielsweise in der bereits beschriebenen dritten Konstellation regelmäßig der Fall, in der die Frage bzw. die Streitgegenstände des Ob und des Wie einer gemeindlichen Wirtschaftsbeschäftigung zusammenfallen und so miteinander verzahnt sind, dass sie einen einheitlichen Lebenssachverhalt darstellen. Liegen dagegen mehrere Streitge-

<sup>1366</sup> Köhler/ Piper, UWG, § 1 Rn. 540; GemS-OGB BGHZ 102, 280 (285); Ehlers, Gutachten E, S. 90 u. S. 92; vgl. Gronemeyer, in: Stober/ Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 167 ff., S. 170; vgl. Lerche, Juristische Analysen 1970, S. 821 ff., S. 829 f.; vgl. Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 207; vgl. Wolff/ Bachof/ Stober, Verwaltungsrecht Bd. 1, § 43 Rn. 20 f.; a.A. vgl. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 281 ff.; Ulmer, ZHR 1982, S. 466 ff., S. 480; Baumbach/ Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rn. 916

<sup>1367</sup> Vgl. Kluth, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 207

<sup>1368</sup> Vgl. Vitzthum/ Kämmerer, VBIBW 1997, S. 395 ff., S. 398; vgl. Ehlers, Gutachten E, S. 152

<sup>1369</sup> Kissel, GVG, § 13 Rn. 69 u. § 17 Rn. 48 f.; Eyer mann/ Rennert, VwGO, § 41 Rn. 18 u. § 40 Rn.

genstände vor, greift § 17 Abs. II GVG nicht ein. In diesem Fall müssen bei unterschiedlichen Rechtswegen grundsätzlich mehrere Klagen erhoben werden<sup>1370</sup>.

Der Versuch, mit § 17 GVG eine Art Wahlrecht zu begründen<sup>1371</sup>, erscheint jedoch nicht folgerichtig. So ergibt sich doch die eigentliche Weichenstellung bereits aus § 13 GVG bzw. aus § 40 Abs. I VwGO. Zunächst hat jedes angerufene Gericht erster Instanz von Amts wegen die Zulässigkeit des eingeschlagenen Rechtswegs als Prozessvoraussetzung zu prüfen und gegebenenfalls darüber zu entscheiden. Dies erfolgt anhand den bereits dargestellten Entscheidungskriterien der Rechtsprechung und des Schrifttums. Dabei wird regelmäßig auch darauf abzustellen sein, ob sich der Schwerpunkt der streitigen Fragen im Bereich des öffentlichen Rechts oder im Bereich des Zivilrechts bewegt<sup>1372</sup>.

Bejaht die angerufene Zivilgerichtsbarkeit die Rechtswegzuständigkeit nach § 13 GVG, ergibt sich aus § 17 Abs. II S. 1 GVG nichts anderes. Gleiches gilt für den Fall, dass die angerufene Verwaltungsgerichtsbarkeit die Rechtswegzuständigkeit nach § 40 Abs. I VwGO bejaht. In beiden Fällen wird durch § 17 Abs. II S. 1 GVG kein anderer Rechtsweg geöffnet, sondern lediglich eine Mitentscheidungskompetenz über rechtswegfremde Klagegründe eingeräumt<sup>1373</sup>. § 17 Abs. II S. 1 GVG begründet damit nicht originär die Zuständigkeit des Verwaltungs- oder Zivilrechtsweges, sondern setzt diese grundsätzliche Rechtswegentscheidung bereits voraus und erweitert lediglich die Zuständigkeit des zulässigen Rechtswegs.

Wird nach den von Rechtsprechung und Schrifttum herausgearbeiteten Entscheidungskriterien der falsche bzw. der unzulässige Rechtsweg beschritten, also die Verwaltungsgerichtsbarkeit angerufen, obwohl eigentlich die Zivilgerichtsbarkeit zuständig wäre oder umgekehrt, wird nunmehr die Klage mangels Unzulässigkeit nicht mehr wie früher abgewiesen. Das angerufene Gericht spricht vielmehr nach Anhörung der Parteien von Amts wegen die Unzulässigkeit aus und verweist von Amts wegen den Rechtsstreit an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs, § 17a Abs. II S. 1 GVG<sup>1374</sup>. Eine solche Verweisung ist jedoch nur zulässig, wenn der beschrittene Rechtsweg schlechthin, d.h. für den Klageanspruch mit allen in Betracht kommenden Klagegründen, unzulässig ist. Wenn aber auch nur für einen in Frage kommenden Klagegrund der angerufene Rechtsweg zulässig ist, liegt keine die Verweisung rechtfertigende Unzulässigkeit des Rechtswegs vor<sup>1375</sup>.

Eine Teilverweisung wegen eines Klagegrundes ist damit nicht vorgesehen, da der Rechtsweg in diesem Fall dann bereits zulässig ist<sup>1376</sup>.

Eine zumindest theoretische Wahlmöglichkeit zwischen den Rechtswegen besteht damit nur in der bereits geschilderten dritten Konstellation, in der die Fragen des Wie und des Ob zusammentreffen. In der Praxis wird man jedoch, bedingt durch die zu-

<sup>1370</sup> Eyermann/ Rennert, VwGO, § 40 Rn. 35

<sup>1371</sup> So wohl aber Ehlers, Gutachten E, S. 92

<sup>1372</sup> Vgl. Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 522; vgl. Detterbeck, JuS 2001, S. 1099 ff., S. 1200

<sup>1373</sup> Vgl. Gronemeyer, in: Stober/ Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 167 ff., S. 173 f.

<sup>1374</sup> Vereinzelt wird im Schrifttum die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 VwGO unter der Geltung von § 17a Abs. II GVG nicht mehr als Zulässigkeitsvoraussetzung angesehen, vgl. etwa Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 10 Rn. 1 u. § 11. Rn. 96. Richtiger erscheint es jedoch, die Rechtswegfrage auch weiterhin als Zulässigkeitsproblem zu anzusehen, vgl. Detterbeck, JuS 2001, S. 1099 ff., S. 1099 (Fn.1) und Kissel, GVG, § 17 Rn. 7

<sup>1375</sup> BVerfG, NVwZ 1993, S. 358 f.; Kissel, GVG, § 17 Rn. 35; Kopp/ Schenke, VwGO, § 41 Rn. 15; Redeker/ v. Oertzen, VwGO, § 41 Rn. 6

<sup>1376</sup> Kopp/ Schenke, VwGO, § 41 Rn. 15 m.w.N.; vgl. Kissel, GVG, § 17 Rn. 35; vgl. Redeker/ v. Oertzen, VwGO, § 41 Rn. 6 m.w.N.

rückhaltende Verwaltungsgerichtsbarkeit, kaum von einer echten Wahlmöglichkeit sprechen können<sup>1377</sup>.

Auch führt § 17 Abs. II S. 1 GVG nicht zu einer Hinfälligkeit der von Rechtsprechung und Schrifttum herausgearbeiteten Entscheidungskriterien des Ob und des Wie, da § 17 Abs. II S.1 GVG wie gesehen eben nur regelmäßig in der dritten Konstellation, in der sich beide Fragen miteinander verbinden bzw. bei gemischten Rechtsverhältnissen, zur Anwendung gelangt.

In den geschilderten Konstellationen dürfte nicht zuletzt § 17 Abs. II S. 1 GVG aber dazu führen, dass die rechtswegfremden Fragen nicht lediglich als bloße Vorfrage behandelt werden<sup>1378</sup>. Damit relativiert sich aber auch die Möglichkeit einer zeitlich nacheinander erfolgenden Doppelkontrolle, da nunmehr auch rechtswegfremde Ansprüche in Rechtskraft erwachsen können.

Unabhängig davon, ob der Verwaltungs- oder der Zivilrechtsweg beschritten wird, steht dem angerufenen Gericht die sog. Vorfragenkompetenz zu. Diese Vorfragenkompetenz erlaubt die Entscheidung aller – auch rechtswegfremder - Fragen, die für den geltend gemachten Anspruch präjudiziell sind. Die Rechtsnatur solcher Vorfragen vermag daher die Rechtswegfrage nicht zu beeinflussen. Vorfragen werden regelmäßig nicht rechtshängig und sind nicht der Rechtskraft fähig<sup>1379</sup>. Die Vorfragenkompetenz endet aber da, wo die Vorfrage für das klägerische Interesse eigentlich die Hauptfrage ist, also eine missbräuchliche Rechtswegerschleichung vorliegt<sup>1380</sup>.

Für Konstellationen, in denen rechtswegfremden Fragen ein nicht lediglich präjudizieller Charakter zukommt, ermöglicht und verpflichtet § 17 Abs. II S.1 GVG eine verbindliche, der Rechtskraft fähige Entscheidung. Verfehlt erscheint es jedoch, in jedem Fall der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand – also auch in Konstellationen, in denen das bloße Wie der wirtschaftlichen Betätigung streitgegenständlich ist – automatisch als Vorfrage festzustellen, ob sich die öffentliche Hand überhaupt wirtschaftlich betätigen darf<sup>1381</sup>. Das Institut der Vorfragenentscheidung ist nicht dazu da, automatisch öffentlich-rechtliche Fragestellungen mitzuentcheiden, die unter Umständen gar nicht präjudiziell sind<sup>1382</sup>.

Während sich die Verwaltungsgerichte früher mit ihrer gerichtlichen Kontrolle auf das Ob der wirtschaftlichen Betätigung beschränkten und den Kläger hinsichtlich des Wie auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen<sup>1383</sup>, führt die heutige Regelung des § 17 Abs. II S. 1 GVG dazu, dass das angerufene Verwaltungsgericht den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen und damit auch wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten entscheidet, wenn der zu ihm beschrittene Rechtsweg auch nur für einen Klagegrund des geltend gemachten Anspruchs gegeben ist<sup>1384</sup>. Aufgrund der geschilderten zurückhaltenden Verwaltungsgerichtspraxis hinsichtlich eines dritt-schützenden Charakters und eines Grundrechtsschutzes dürfte diese Konstellation im

<sup>1377</sup> A.A. Ehlers, Gutachten E, S. 92

<sup>1378</sup> Vgl. Ehlers, Gutachten E, S. 92

<sup>1379</sup> Vgl. Eyermann/Rennert, VwGO, § 41 Rn. 15 u. § 40 Rn. 39 f.; vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn. 42; vgl. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 465 m.w.N.; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 163

<sup>1380</sup> Eyermann/Rennert, VwGO § 40 Rn. 39

<sup>1381</sup> So aber wohl Broß, in: FS für Piper, S. 107 ff., S. 113 f.; vgl. aber auch Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 465 f., der eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit und nicht eine bloße Vorfrage annimmt.

<sup>1382</sup> Erichsen, Kommunalrecht NW, S. 291; ders., Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 48

<sup>1383</sup> Köhler/Piper, UWG, § 1 Rn. 541; vgl. BVerwGE 39, 329 (331f.); BVerwG NJW 1978, S. 1539 f.

<sup>1384</sup> Vgl. Köhler/Piper, UWG, § 1 Rn. 541; vgl. VGH BW, NJW 1995, S. 274 f.; BVerwG, DVBl 1996, S. 152 f., S. 153; vgl. Ehlers, Gutachten E, S.92

Bereich des gemeindlichen Wirtschaftsrechts - in Ermangelung der Anrufung der Verwaltungsgerichte durch private Unternehmen - nur sehr selten vorkommen.

### III. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen beider Rechtswege

#### 1. Verwaltungsrechtsweg

##### a) Statthafte Klageart

Errichtung, Betrieb und die regelmäßig begehrte Einstellung eines gemeindlichen Unternehmens sind in Ermangelung einer rechtlichen Wirkung nach außen schlichtes Verwaltungshandeln bzw. interne Organisationsakte. Statthafte Klageart ist somit die allgemeine Leistungsklage in der Form der Unterlassungsklage<sup>1385</sup>.

Die Durchführung bzw. die Einhaltung eines Vorverfahrens und einer Frist sind bei der Leistungsklage nicht erforderlich.

##### b) Klagebefugnis

§ 42 Abs. II VwGO setzt voraus, dass der Kläger die Verletzung eines subjektiven Rechts geltend macht. Dabei gilt § 42 VwGO bereits nach seinem Wortlaut nur für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen. Die Rechtsprechung und das überwiegende Schrifttum wenden jedoch § 42 Abs. II VwGO für die Leistungsklage richtigerweise analog an<sup>1386</sup>. Dies überzeugt deswegen, weil auch bei der allgemeinen Leistungsklage Popularklagen zu verhindern sind, was durch § 42 Abs. II VwGO erreicht wird. Zudem steht nach Art. 19 Abs. IV GG demjenigen der Rechtsweg offen, der durch die öffentliche Gewalt in *seinen* Rechten verletzt wird. Da alle anderen Klagenarten der VwGO besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen zur Vermeidung von Popularklagen erfordern, muss für die allgemeine Leistungsklage, der eine gewisse Affinität zur Verpflichtungsklage nicht abgesprochen werden kann, § 42 Abs. II VwGO analog herangezogen werden.

Vereinzelt wird im Schrifttum die für eine Analogie erforderliche planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes verneint, da die Klagebefugnis nach § 42 Abs. II VwGO nichts anderes als die spezielle, normativ vorgenommene Ausformung des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses sei, so dass für eine analoge Anwendung von § 42 Abs. II VwGO kein Raum verbleibe, da bei der allgemeinen Leistungsklage dieser Zweck durch die Sachentscheidungsvoraussetzung des allgemeinen Rechtsschutzinteresses erreicht werde<sup>1387</sup>. Da diese dogmatischen Differenzen letztlich jedoch zu einem vergleichbaren Ergebnis führen, soll hierauf nicht weiter eingegangen werden. Nach der Möglichkeitstheorie hat der Kläger darzulegen, dass die Verletzung seiner Rechte zumindest als möglich erscheint. Der Vortrag des Klägers muss also ergeben, dass nicht offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise die vom Kläger behaupteten Rechte nicht bestehen oder ihm nicht zustehen können<sup>1388</sup>. Dies gilt unabhängig davon, ob man den hier geltend zu machenden Abwehr- bzw. Unterlas-

<sup>1385</sup> *Knemeyer/ Kempfen*, in: *Achterberg/ Püttner/ Würtenberger*, BesVerwR II, § 17 Rn. 57; *Lindner*, Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeit, S. 33; *Lerche*, Juristische Analysen 1970, S. 821 ff., S. 863; v. *Mutius*, Kommunalrecht, Rn. 519; *Zilkens*, NWVBl 1997, S. 34 ff., S. 34; *Pagenkopf*, GewArch 2000, S. 177 ff., S. 183; *Gerke*, Jura 1985, S. 349 ff., S. 358

<sup>1386</sup> BVerwG, NVwZ-RR 1992, S. 371 f.; BVerwGE 36, 192 (199); *Eyermann/ Happ*, VwGO, § 42 Rn. 80; *Kopp/ Schenke*, VwGO, § 42 Rn. 62; *Ehlers*, Jura 1999, S. 212 ff., S. 214; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 17 Rn. 13 f.; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 492

<sup>1387</sup> Vgl. *Erichsen*, Jura 1994, S. 385 ff., S. 386

<sup>1388</sup> Vgl. BVerwGE 95, 133 (133 f.); *Eyermann/ Happ*, VwGO, § 42 Rn. 93

sungsanspruch als öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch, als Folgenbeseitigungsanspruch oder bei grundrechtlicher Fundierung als Fiskusabwehranspruch bezeichnet<sup>1389</sup>.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Klagebefugnis unproblematisch gegeben. Sie ergibt sich unmittelbar aus den drittschützenden Vorschriften des gemeindlichen Wirtschaftsrechts. Darüber hinaus könnte nach der hier vertretenen Auffassung und je nach Fallkonstellation im Rahmen eines ausgeweiteten Grundrechtsschutzes auch auf die Grundrechte der Art. 12 und 14 GG zurückgegriffen werden. Von der Rechtsprechung wird ein grundrechtlicher Abwehranspruch wie bereits ausgeführt dagegen nur unter engen Voraussetzungen anerkannt. Er beschränkt sich regelmäßig auf die Fälle, in denen die Wettbewerbsfreiheit des privaten Konkurrenten in unerträglichem Maße eingeschränkt wird, eine Auszehrung der Konkurrenz vorliegt oder eine Monopolstellung besteht<sup>1390</sup>. Hinzukommend hält die überwiegende Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung den grundrechtlichen Abwehranspruch richtigerweise für subsidiär und geht von einem Anwendungsvorrang des einfachen Rechts aus<sup>1391</sup>. Da nach der hier vertretenen Auffassung den gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften drittschützender Charakter zukommt, besteht auch keine Notwendigkeit festzustellen, ob ausnahmsweise ein Rückgriff auf grundrechtliche Vorschriften möglich ist, wenn der Gesetzgeber die Interessen der privaten Unternehmen nicht ausreichend berücksichtigt hat, indem beispielsweise verfassungswidrig subjektive Rechte vorenthalten werden und es damit an einer einfachgesetzlichen Regelung fehlt oder diese lückenhaft ist<sup>1392</sup>. Dies wird vereinzelt für den Fall fehlender Subsidiaritätsklauseln in Betracht gezogen<sup>1393</sup>.

Zwar ist zuzugeben, dass sich bei einem ausgedehnteren Grundrechtsschutz der Vorteil einer flächendeckenden bzw. bundesweiten Zuständigkeit und Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte ergeben würde, so dass der drittschützende Charakter der differierenden landesrechtlichen Gemeindeordnungen nicht mehr ausschlaggebend wäre<sup>1394</sup>. Diese ergebnisorientierte, prozessuale Erwägung allein vermag einen ausgedehnten grundrechtlichen Schutz jedoch nicht zu begründen. Ein solcher ausgedehnter Grundrechtsschutz ist aber grundsätzlich auch nicht erforderlich, wenn man wie hier vertreten von einem drittschützenden Charakter der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften und einem Anwendungsvorrang des einfachen Rechts ausgeht.

Neben diesen subjektiven Rechten aus den gemeindlichen Wirtschaftsvorschriften und den Grundrechten könnte möglicherweise auch ein subjektives Recht gegen die Entleerung von Wahlentscheidungen bestehen.

So hat das Bundesverfassungsgericht im *Maastricht-Urteil* Art. 38 Abs. I GG ein subjektives Recht des Wählers darauf entnommen, die durch die Wahl bewirkte Legitimation nicht durch Zuständigkeitsübertragungen zu entleeren<sup>1395</sup>. Diesen Gedan-

<sup>1389</sup> Vgl. zur uneinheitlichen Terminologie in Rechtsprechung und Schrifttum *Rüfner*, in: *Erichsen*, AllgVerwR, § 49 Rn. 22 f.; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, S. 285 ff.; *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 29 Rn. 13 f.; *Schlacke*, JA 2002, S. 48 ff., S. 51 f.; *Detterbeck*, JuS 2001, S. 1199 ff., S. 1200

<sup>1390</sup> Vgl. BVerwG, DÖV 1978, S. 851 f.; BVerwG, DÖV 1996, S. 250 f.; BVerwGE 39, 329 (337)

<sup>1391</sup> BVerwG, DVBl 2000, S. 1614 f., S. 1615; *Eyermann/Happ*, VwGO, § 42 Rn. 83a m.w.N.; *Schliesky*, DVBl 1999, S. 78 ff., S. 85; vgl. *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 46 f.; *Wernsmann*, Die Verwaltung 2003, S. 67 ff., S. 85; *Zilkens*, NWVBl 1999, S. 34 ff., S. 35 m.w.N.; für eine nicht vollständige Verdrängung der Grundrechte dagegen *Ehlers*, Gutachten E, S. 91; *Selmer*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 75 ff., S. 99

<sup>1392</sup> Vgl. *Schliesky*, DVBl 1999, S. 78 ff., S. 85; *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 46 f.

<sup>1393</sup> Vgl. *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 46 f.

<sup>1394</sup> *Tettinger*, NJW 1998, S. 3473 f., S. 3474; *ders.*, DVBl 1999, S. 679 ff., S. 686

<sup>1395</sup> BVerfGE 89, 155 (182 f.)

ken könnte man auch dann übertragen, wenn die Grenzen der gemeindlichen und damit auch der demokratischen Legitimation überschritten werden. Gegen eine grenzüberschreitende gemeindliche Wirtschaftstätigkeit jenseits der Grenzen des Art. 20 Abs. II GG und des Art. 28 Abs. II GG könnte sich der Wähler dann unter Berufung auf das Wahlrecht wehren<sup>1396</sup>. Die Möglichkeit der Verletzung subjektiver Rechte kann damit insgesamt kaum mehr verneint werden.

### c) Klagegegner

Da sich die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften nicht an die gemeindlichen Unternehmen, sondern an die Gemeinden wenden, ist nach dem für Leistungsklagen geltenden Rechtsträgerprinzip bzw. nach § 78 VwGO analog die Gemeinde Klagegegner. Für den Fall der privatrechtlichen Unternehmensorganisation hat die Gemeinde auf die Unternehmen einzuwirken<sup>1397</sup>. Der Private kann daher in diesem Fall beantragen, dass die beklagte Gemeinde mit geeigneten Mitteln auf das Unternehmen in der Weise einwirkt, dass der Anspruch des Klägers auf Befolgung der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften erfüllt wird<sup>1398</sup>.

Eine unmittelbare verwaltungsgerichtliche Klage gegen ein gemeindliches Unternehmen in Privatrechtsform scheidet dagegen aus. Die Tätigkeit von juristischen Personen des Privatrechts unterfällt selbst dann dem Privatrecht, wenn sie in den Dienst der Daseinsvorsorge des Staates gestellt sind<sup>1399</sup>. Das privatrechtlich organisierte gemeindliche Unternehmen ist aber regelmäßig nach § 65 Abs. II VwGO notwendig beizuladen<sup>1400</sup>.

## 2. Zivilrechtsweg

Auch zivilrechtlich ist eine Unterlassungsklage, gerichtet auf die Unterlassung der Fortführung des gemeindlichen Unternehmens, statthafte Klageart.

Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen wie etwa die verwaltungsgerichtliche Klagebefugnis bestehen dagegen grundsätzlich nicht. Da jedoch die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen grundsätzlich nicht den Behörden übertragen, sondern der privaten Initiative überlassen wurde, liegt die Bekämpfung von Wettbewerbsverstößen auch im allgemeinen Interesse der Verbraucher und der Wirtschaft und damit im Allgemeininteresse. Deshalb und um die Wettbewerbsverstöße rasch, effektiv und umfassend abzuwehren, wurde auch anderen Personen als den unmittelbar Verletzten die Klagebefugnis durch § 13 UWG eingeräumt<sup>1401</sup>.

Die Klagebefugnis für einen von gemeindlicher Konkurrenz betroffenen privaten Unternehmer ergibt sich aus § 13 Abs. II Nr. 1 UWG, daneben kommt auch eine Verbandsklage nach § 13 Abs. II Nr. 4 UWG für Industrie-, Handels- und Handwerkskammern in Betracht<sup>1402</sup>. Je nach Organisationsform des gemeindlichen Unter-

<sup>1396</sup> Oebbecke, ZHR 2000, S. 375 ff., S. 390; ders., NVwZ 1988, S. 393 ff., S. 398

<sup>1397</sup> Zilkens, NWVBl 1997, S. 34 ff., S. 34; vgl. Püttner, Rechtliche Vorgaben für kommunale Unternehmen: Bremse oder Wettbewerbsvorteil?, in: Kommunale Wirtschaft im Wandel - Chancen und Risiken, S. 27 ff., S. 32 f.; vgl. Ehlers, Gutachten E, S. 91; vgl. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 11 Rn. 45; Detterbeck, JuS 2001, S. 1099 ff., S. 1200 f.; vgl. Schlacke, JA 2002, S. 48 ff., S. 51; vgl. Jarass, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, S. 51 f. u. S. 79 f.

<sup>1398</sup> Püttner, DVBl 1975, S. 353 ff., S. 357

<sup>1399</sup> Detterbeck, JuS 2001, S. 1099 ff., S. 1204

<sup>1400</sup> Vitzthum/Kämmerer, VBIBW 1997, S. 395 ff., S. 396; vgl. BVerwG, NJW 1990, S. 134 f., S. 134; Kelm, JA 1999, S. 217 ff., S. 222

<sup>1401</sup> Köhler/Piper, UWG, § 13 Rn. 3

<sup>1402</sup> Vgl. GmS-OG BGHZ 102, 280 ff.; vgl. Gröning, WRP 2002, S. 17 ff., S. 24 m.w.N.

nehmens kommt das Unternehmen selbst bzw. die Gemeinde als Klagegegner in Frage<sup>1403</sup>.

---

<sup>1403</sup> Vgl. auch *Ehlers*, JZ 2003, S. 318 f., S. 319

## **Zusammenfassung der wichtigsten Untersuchungsergebnisse in Thesen**

1. Internationales Wirtschaftsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht stehen einer gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung nicht entgegen. Gleichwohl wird insbesondere durch das europäische Gemeinschaftsrecht ein mitunter erheblicher Privatisierungsdruck ausgeübt.
- 2.1 Die Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes steht einer gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung ebenfalls nicht entgegen.
- 2.2 Eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung ist bereits verfassungsrechtlich unzulässig.
- 2.3 Dem Grundgesetz lässt sich kein Subsidiaritätsprinzip i.S. eines allgemeinen Verfassungsprinzips entnehmen.
- 2.4 Die Gemeinden und ihre Unternehmen sind grundsätzlich nicht grundrechtsberechtigt, sondern grundrechtsgebunden.
- 2.5 Die herkömmliche Schutzbereichsbegrenzung der einschlägigen Wirtschaftsgrundrechte durch Rechtsprechung und Teile des Schrifttums hinsichtlich der staatlichen bzw. gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung ist abzulehnen. Die Eingriffsschwelle ist grundsätzlich vielmehr bereits da zu verorten, wo sich die Gemeinde bzw. das gemeindliche Unternehmen nicht mehr marktkonform oder rechtswidrig verhält.
- 2.6 Das Territorialitätsprinzip im räumlichen Sinn ist bereits auf verfassungsrechtlicher Ebene in Art. 28 Abs. II GG zu verorten und gilt auch für die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung.
- 2.7 Die Dispositionsfreiheit der Landesgesetzgeber hinsichtlich des Territorialitätsprinzips ist äußerst gering. Die eine exterritoriale wirtschaftliche Betätigung zulassenden Expansionsklauseln in den Gemeindeordnungen erscheinen, insbesondere aufgrund der kaum zu gewährleistenden Berücksichtigung der Interessen der von der Expansion betroffenen Gemeinde, verfassungsrechtlich bedenklich.
- 3.1 Die im Rahmen der Subsidiaritätsklauseln vorzunehmenden Vergleichsbeurteilungen zwischen gemeindlichen und privaten Unternehmen sind mit einer Vielzahl von Schwierigkeiten behaftet, die regelmäßig aus dem nur schwer zu bestimmenden Vergleichsmaßstab und den unterschiedlichen Vergleichsgegenständen resultieren. Aufgrund dieser Schwierigkeiten sollte diese Vergleichsentscheidung – soweit noch nicht geschehen - durch die Einführung von verfahrensrechtlichen Regelungen, wie Marktanalysen bzw. Markt-

- erkundungsverfahren und Branchendialoge zumindest transparenter gestaltet werden.
- 3.2 Echte bzw. verschärfte Subsidiaritätsklauseln verstoßen grundsätzlich nicht gegen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie und das Rechtsstaatsgebot in Form des Bestimmtheitsgrundsatzes, soweit der Anwendungsbereich dieser Subsidiaritätsklauseln auf Bereiche außerhalb der Daseinsvorsorge bzw. außerhalb besonders genannter Bereiche begrenzt wird.
  - 3.3 Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ist ihrer Intention nach eine staatsgerichtete Kompetenznorm. Als staatsorganisationsrechtliches Prinzip vermag sie allein gegen eine Hochzonung von Aufgaben zu schützen. Für die Aufgabenabgrenzung zum privaten Bereich ist sie bedeutungslos, da sie keine diesbezügliche Aufgabenverteilungsregel enthält. Insbesondere vermag sie die Gemeinden nicht vor Aufgabenverlagerungen „nach unten“ bzw. in den gesellschaftlichen Bereich zu schützen.
  - 3.4 Den gemeinderechtlichen Privatschutz- und Subsidiaritätsklauseln kommt drittschützender Charakter i.S. des § 42 Abs. II VwGO zu.
  - 4.1 Das Wettbewerbsrecht (UWG/GWB) findet auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und damit auch auf die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden grundsätzlich Anwendung.
  - 4.2 Die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften sind im herkömmlichen Sinne wertbezogen. Diese herkömmliche Differenzierung in wertbezogene und neutrale Vorschriften sollte jedoch zu Gunsten der neueren Lehre vom sekundären Marktbezug, nach der es nicht mehr entscheidend auf die Wertbezogenheit bzw. auf die Neutralität der Normen ankommt, sondern lediglich auf die zumindest sekundäre wettbewerbs- bzw. marktbezogene Schutzfunktion der Normen, überwunden werden.
  - 4.3 Die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften regeln nur den Marktzutritt und nicht das Marktverhalten. Damit sind sie aber nicht in dem Sinne sekundär wettbewerbsbezogen, dass ihnen im Hinblick auf den Normzweck des § 1 UWG eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion zukommt. Auf den Schutzzweck der gemeinderechtlichen Vorschriften kommt es insoweit nicht entscheidend an, da sie dadurch nicht ihren Charakter als bloße Marktzutrittsregelungen verlieren.
  - 4.4 Da die gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften nach der neueren Lehre vom Marktbezug - unabhängig vom Schutzzweck - als nicht markt- bzw. wettbewerbsbezogen zu klassifizieren sind, kommt eine bundeseinheitliche Anwendbarkeit des UWG für den Fall der schlichten Überschreitung der gemeinderechtlichen Wirtschaftsvorschriften nicht in Betracht.
  5. Die neuere Lehre vom sekundären Marktbezug korrespondiert auch mit der herkömmlichen und beizubehaltenden Trennung des Rechtsweges anhand der Kriterien des Wie und des Ob der gemeindlichen Wirtschaftsbeschäftigung.

## Literaturverzeichnis

- Ahrens-Salzsieder, Dirk Holger** Privatwirtschaft kontra öffentliche Wirtschaft! Ist die Kommunalwirtschaft noch zu retten?, der Gemeindehaushalt 8/2000, S. 169 ff.
- von Arnim, Hans Herbert** Rechtsfragen der Privatisierung - Grenzen staatlicher Wirtschaftstätigkeit und Privatisierungsgebote, herausgegeben vom Karl-Bräuer-Institut des Bundes der Steuerzahler e.V., Wiesbaden 1995
- Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 536, Berlin 1988
- Backhaus, Jürgen** Öffentliche Unternehmen: Zum Wirtschaftsrecht, den Funktionen und Rechtsformen öffentlicher Unternehmen, 2. durchgesehene u. erweiterte Auflage, Frankfurt a.M. 1980
- Badura, Peter** Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. neubearb. Auflage, Berlin 1999 (zit.: Badura: in: Schmidt-Aßmann, BesVerwR, 3. Abschnitt)
- Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, DÖV 1998, S. 818 ff.
- Baumbach, Adolf/  
Hefermehl, Wolfgang** Wettbewerbsrecht, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze, 22. neubearbeitete Auflage, München 2001
- Baur, Jürgen F./  
Henk-Merten, Katrin** Kartellbehördliche Preisaufsicht über den Netzzugang, Baden-Baden 2002
- Bechthold, Rainer** Kartellgesetz - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. überarbeitete und aktualisierte Auflage, München 2002
- Becker, Florian** Grenzenlose Kommunalwirtschaft, DÖV 2000, S. 1032 ff.
- Beckmann, Martin** Abfallrecht zwischen staatlicher Lenkung, kommunaler Daseinsvorsorge und privatem Wettbewerb, VerwArch 2003, S. 371 ff.
- Beckmann, Martin/  
David, Hans-Joachim** Kommunale Abfallwirtschaft als unlauter Wettbewerb, DVBl 1998, S. 1041 ff.
- von Bennigsen-Foerder, Rudolf** Beteiligung der öffentlichen Hand im Wettbewerb der Unternehmen, in: Grenzen der Staatstätigkeit in der Marktwirtschaft, FIW-Schriftenreihe Band 93, S. 39 ff., Köln 1980

- Berg, Wilfried**  
Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen - kommunale Selbstverwaltung und Wettbewerb, WiVerw 2000, S. 141 ff.  
  
Die wirtschaftliche Betätigung des Staates als Verfassungsproblem, GewArch 1990, S. 225 ff.
- Bethge, Herbert**  
Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 Grundgesetz, Passau 1985 (zit.: Bethge, Grundrechtsberechtigung)
- Bettermann, Karl August**  
Anmerkung, BGH-Beschluß vom 22.03.1976 – GSZ 1/ 75 -, DVBl 1977, S. 180 ff.  
  
Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger, NJW 1969, S.1321 ff.  
  
Gewerbefreiheit der Öffentlichen Hand, in: Mitglieder der Juristischen Fakultät (Hrsg.), Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, S. 1 ff., Berlin 1968
- Biernat, Stanislaw/  
Hendler, Reinhard/  
Schoch, Friedrich/  
Wasilewski, Andrej**  
Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung: Referate und Diskussionsbeiträge des achten deutsch-polnischen Verwaltungskolloquiums vom 7.-11. September in Krakau, Stuttgart 1994
- Böhmman, Kirsten**  
Privatisierungsdruck des Europarechts, Jenaer Schriften zum Recht, Bd. 27, Stuttgart 2001
- Borrmann, Jörg**  
Die Ausschreibung von Monopolstellungen – Probleme und Lösungsansätze, ZögU 1999, S. 256 ff.
- Braun, Christian**  
Tätigwerden von Stadtwerken außerhalb ihrer Gemeindegrenzen, SächsVBl 1999, S. 25 ff.
- Brede, Helmut**  
In der Zange: Unternehmen der öffentlichen Hand unter dem Druck von Subsidiaritätsprinzip und Marktöffnung in Deutschland, ZögU 2003, S. 176 ff.  
  
Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Heft 47, Baden-Baden 2000/ 2001
- Britz, Gabriele**  
Funktion und Funktionsweise öffentlicher Unternehmen im Wandel: Zu den jüngsten Entwicklungen im Recht der kommunalen Wirtschaftsunternehmen, NVwZ 2001, S. 380 ff.
- Brohm, Winfried**  
Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb, NJW 1994, S. 281 ff.
- Broß, Siegfried**  
Daseinsvorsorge – Wettbewerb – Gemeinschaftsrecht, JZ 2003, S. 874 ff.  
  
Ausgewählte Probleme des Wettbewerbs der öffentlichen Hand, Verwaltungsarchiv 1996, S. 731 ff.  
  
Überlegungen zum Wettbewerbsrecht der öffentlichen Hand, in: W. Erdmann/ W. Gloy/ R. Herber (Hrsg.), Festschrift für Henning Piper, S. 107 ff., München 1996

- Budde, Andreas /  
Stapper, Benedikt** Kommunale Abfallentsorgung –Zulässigkeit der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Städte, der städtetag 1999, S. 93 ff.
- Büdenbender, Ulrich** EnWG, Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, Köln 2003
- Bull, Hans-Peter** Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Auflage, Kronenberg/Ts. 1977
- Burgi, Martin** Funktionelle Privatisierung und Verwaltungshilfe: Staatsaufgabendogmatik – Phänomenologie – Verfassungsrecht, Jus Publicum, Bd. 37, Tübingen 1999
- Kommunale Alleingänge in der Umwelt und Sozialpolitik, VerwArch 1999, S. 70 ff.
- Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 1997, S. 261 ff.
- Burmeister, Joachim** Die Zulässigkeit kommunaler Wirtschaftsbetätigung, § 93 A, in: G. Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 5, 2. Auflage, S. 3 ff., Berlin u.a.1984 (zit.: Burmeister, in: HKWP V)
- Verfassungsrechtliche Grundfragen der kommunalen Wirtschaftsbetätigung, in: A. von Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph Unruh, S. 623 ff., Heidelberg 1983
- Cosson, Rainer** Begrenzung kommunaler wirtschaftlicher Betätigung im Bereich der Abfallwirtschaft, DVBl 1999, S. 891 ff.
- Cronauge, Ulrich** Kommunale Wirtschaft zwischen Recht und Realität, AfK 1999, S. 24 ff.
- Kommunale Unternehmen: Eigenbetriebe-Kapitalgesellschaften-Zweckverbände, 3, überarbeitete u. erweiterte Auflage, Berlin 1997
- Darsow, Thomas** Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Subventionierung kommunaler Unternehmen, LKV 2002, S. 1 ff.
- David, Hans-Joachim** Wettbewerbsrechtliche Ansprüche gegen Betätigungen von Kommunen und deren Gesellschaften, NVwZ 2000, S. 738 ff.
- Degenhart, Christoph** Staatsrecht I, 17. neubearb. Auflage, Heidelberg 2001
- Detterbeck, Steffen** Der praktische Fall – Öffentliches Recht: Die kommunale Heiratsvermittlung, JuS 2001, S. 1199 ff.
- Dickersbach, Alfred** Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Verhältnis zur Privatwirtschaft aus öffentlich-rechtlicher Sicht, WiVerw 1983, S. 187 ff.
- Dolde, Klaus-Peter** Mehr Wettbewerb durch kommunale Unternehmen?, ZHR 2002, S. 515 ff.
- Dolzer, Rudolf/  
Vogel, Klaus/  
Graßhof, Karin** Bonner Kommentar zum Grundgesetz, gegründet 1950, Loseblattsammlung, 102. Lieferung - Stand November 2002, Heidelberg 2002 (zit.: Bearbeiter, in: Bonner Kommentar)

- Döring, Thomas/  
Wohltmann, Matthias**      Ausweitung kommunaler Wirtschaftstätigkeit aus finanzwissenschaftlicher Sicht, AfK 1999, S. 45 ff.
- Dreher, Meinrad**      Anmerkung zum BGH-Urteil v. 25.4.2002, ZIP 2002, S. 1648 ff.
- Dreier, Horst**      Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, Artikel 20-82, Tübingen 1998 (zit.: Bearbeiter, in: Dreier, GG)
- Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, Artikel 1-19, Tübingen 1996 (zit.: Bearbeiter, in: Dreier, GG)
- Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat: Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive, Tübingen 1991
- Dürig, Günter**      Die Geltung der Grundrechte für den Staatsfiskus und sonstige Fiskalakte, BayVBl 1959, S. 201 ff.
- Ehlers, Dirk**      Kommunalrechtliche Wirtschaftsbestimmungen und unlauterer Wettbewerb, BGH-Anmerkung, JZ 2003, S. 318 f.
- Empfiehl es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, Gutachten E zum 64. Deutschen Juristentag Berlin 2002, München 2002 (zit.: Ehlers, Gutachten E)
- Das neue Kommunalwirtschaftsrecht in Nordrhein-Westfalen, NWVBl 2000, S. 1 ff.
- Die Lehre von der Teilrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts und die Ultra-vires-Doktrin des öffentlichen Rechts, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 130, Berlin 2000 (zit.: Ehlers, Lehre von der Teilrechtsfähigkeit und Ultra-vires-Doktrin)
- Die Zulässigkeit einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Jura 1999, S. 212 ff.
- Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl 1998, S. 497 ff.
- Verwaltung in Privatrechtsform, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 464, Berlin 1984
- Eichhorn, Peter/  
Reichard, Christoph/  
Schuppert, Gunnar F.**      Kommunale Wirtschaft im Wandel - Chancen und Risiken, Hrsg.: P. Eichhorn, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Heft 48, Baden-Baden 2000
- Ekey Friedrich L./  
Kotthoff, Jost/  
Klippel, Diethelm/  
Meckel, Astrid/  
Pläß, Gunda**      Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2000 (zit.: Bearbeiter, in: Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht)

- Ellwein, Thomas/  
Oebbecke, Janbernd** Kommunale Selbstverwaltung am Ende dieses Jahrhunderts: ist das politische Konzept noch tragfähig?, ein Cappenberger Gespräch, veranstaltet am 2. Oktober 1997 in Dortmund, Cappenberger Gespräche der Freiherr-vom-Stein-Gesellschaft, Bd. 29, Köln 1998
- Emmerich, Volker** Unlauterer Wettbewerb, 6. Auflage, München 2002  
Kartellrecht, 9. Auflage, München 2001
- Enkler, Claus** Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in neuen Geschäftsfeldern, ZG 1998, S. 328 ff.
- Ennuschat, Jörg** Kommunalwirtschaft und Wettbewerbsrecht, WRP 1999, S. 405 ff.
- Erichsen, Hans-Uwe** Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. neubearbeitete Auflage, Berlin 1998 (zit.: Bearbeiter, in: Erichsen, AllgVerwR)  
Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage, Siegburg 1997 (zit.: Erichsen, Kommunalrecht NW)  
Konkurrentenklagen im öffentlichen Recht, Jura 1994, S. 385 ff.  
Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, Schriftenreihe/ Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heidelberg 1987  
Öffentliches und privates Recht, Jura 1982, S. 537 ff.
- Eyermann, Erich/  
Fröhler, Ludwig** Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 11. überarbeitete Auflage, München 2000 (zit.: Eyermann/ Bearbeiter, VwGO)
- Faber, Angela** Die Zukunft kommunaler Selbstverwaltung und der Gedanke der Subsidiarität in den Europäischen Gemeinschaften, DVBl 1991, S. 1126 ff.
- Faiss, Konrad/  
Giebler, Peter/  
Lang, Manfred/  
Notheis, Klaus/  
Schmid, Hansdieter** Kommunales Wirtschaftsrecht in Baden-Württemberg, 7. neubearb. Auflage, Stuttgart 2002 (zit.: Faiss/ Giebler/ Lang/ Notheis/ Schmid, Kommunales Wirtschaftsrecht BW)
- Fleiner, Fritz** Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 3. Neudr. der 8. Auflage, Tübingen 1928, Aalen 1995
- Forsthoff, Ernst** Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart 1938
- Frenz, Walter** Wettbewerbsrechtliche Absicherung privater Entsorgungsverantwortung, DÖV 2000, S. 802 ff.  
Der Schutz der kommunalen Organisationshoheit, VerwArch 1995, S. 378 ff.

- Fuest, Winfried/  
Kroker, Rolf/  
Schatz, Klaus-Werner** Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen und die Daseinsvorsorge, Beiträge zur Wirtschafts- und Sozialpolitik 269=2001/ 8, herausgegeben vom Institut der deutschen Wirtschaft Köln, Köln 2002
- Gaa, Meinhard** Anwendung privaten Wettbewerbsrecht bei schlicht hoheitlichem Handeln?, WRP 1997, S. 837 ff.
- Gandenberger, Otto** Was ist ein Unternehmen? – Volkswirtschaftliche Überlegungen zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Heidelberg 1963
- Gerke, Jürgen** Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Jura 1985, S. 349 ff.
- Gern, Alfons** Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb des Gemeindegebiets, NJW 2002, S. 2593 ff.
- Kommunalrecht Baden-Württemberg, 8. neubearbeitete Auflage, Baden-Baden 2001 (zit.: Gern, Kommunalrecht BW)
- Deutsches Kommunalrecht, 2. neubearbeitete Auflage, Baden-Baden 1997
- Gersdorf, Hubertus** Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip: eine Studie zur verfassungsrechtlichen Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 821, Berlin 2000 (zit.: Gersdorf, Öffentliche Unternehmen)
- Gönnenwein, Otto** Gemeinderecht, Tübingen 1963
- Grawert, Rolf** Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: Planung-Recht-Rechtsschutz: Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag am 6. Januar 1999, herausgegeben von K. Grupp/ M. Ronellenfisch (Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 772) S. 119. ff., Berlin 1999
- Grimme-Benne, Petra** Die Möglichkeiten einer wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden im Land Sachsen-Anhalt, LKV 1996, S. 54 ff.
- Gröning, Jochem** Kommunalrechtliche Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden und Drittschutz auf dem ordentlichen Rechtsweg, WRP 2002, S. 17 ff.
- Gusy, Christoph** Die wirtschaftliche Betätigung des Staates (Teil 1), JA 1995, S. 166 ff.
- Die wirtschaftliche Betätigung des Staates (Teil 2 ), JA 1995, S. 253 ff.
- Harms, Jens/  
Reichard, Christoph** Die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors: Instrumente und Trends, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Heft 50, Baden-Baden 2003
- Harms, Wolfgang** Unlauterer Wettbewerb durch wirtschaftliche Aktivitäten öffentlicher Hände, Beilage BB 17/ 1986
- Haslinger, Stephanie** Schutzlos gegen rechtswidrigen Marktzutritt der öffentlichen Hand? – „Erwünschte Belebung des Wettbewerbs?“, WRP 2002, S. 1023 ff.

- Heberlein, Horst** Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit auf kommunaler Basis, DÖV 1996, S.101 ff.
- Heintzen, Markus** Zur Tätigkeit kommunaler (Energieversorgungs-) Unternehmen außerhalb der kommunalen Gebietsgrenzen, NVwZ 2000, S. 743 ff.
- Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung, Berlin 1999
- Held, Friedrich Wilhelm** Die Zukunft der Kommunalwirtschaft im Wettbewerb mit der privaten Wirtschaft –Änderungen des Gemeindefinanzrechts in Nordrhein-Westfalen, NWVBl 2000, S. 201 ff.
- Ist das kommunale Wirtschaftsrecht noch zeitgemäß?, WiVerw 1998, S. 264 ff.
- Hellermann, Johannes** Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung - Zum kommunalen Betätigungs- und Gestaltungsspielraum unter den Bedingungen europäischer und staatlicher Privatisierungs- und Deregulierungspolitik, Tübingen 2000 (zit.: Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge)
- Henneke, Hans-Günter** Mit alten Strukturen ins neue Jahrtausend? - Gemeindefinanzrecht auf dem Prüfstand, Gemeindekasse 2000, S. 1 ff.
- Anmerkung zum Urteil des VerfGH Rh.-Pf. vom 28.3.2000, DVBl 2000, S. 997 ff.
- Kommunale Aufgabenerfüllung in Anstaltsform, VBIBW 2000, S. 337 ff.
- Das Recht der Kommunalwirtschaft in Gegenwart und Zukunft, NdsVBl 1999, S. 1 ff.
- Gewinnerzielung und Arbeitsplatzsicherung als Legitimation kommunalwirtschaftlicher Betätigung? – Verfassungsrechtliche Aspekte –NdsVBl 1998, S. 273 ff
- Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet?, DVBl 1998, S. 685 ff.
- Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung:  
Optimierungspotentiale im Spannungsfeld von Demokratie und Effizienz, Professorengespräch des Deutschen Landkreistages, 1997, Schriften zum deutschen und europäischen Kommunalrecht, Bd. 6, Stuttgart u.a. 1998
- Gewinnerzielung und Arbeitsplatzsicherung als Legitimation kommunalwirtschaftlicher Betätigung, NdsVBl 1998, S. 273 ff.
- Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung –  
Optimierungspotentiale im Spannungsfeld von Demokratie und Effizienz, DVBl 1997, S. 1270 ff.
- Hennerkes, Jörg** Für eine Zukunft der Stadtwirtschaft –13 Thesen, AfK 1999, S. 65 ff.
- Die Zukunft der Stadtwerke, der städtetag 1997, S. 499 ff.
- Mit Wettbewerb gegen die kommunale Selbstverwaltung, der städtetag 1997, S. 79 ff.

- Hermes, Georg** Kommunale Energieversorgung zwischen hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung und wirtschaftlicher Betätigung Privater, Der Staat 1992, S. 281 ff.
- Herzog, Roman** Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, Der Staat 1963, S. 399 ff.
- Hidien, Jürgen W.** Das Ermessen der Gemeinden über die Zweckbindung ihrer wirtschaftlichen Unternehmen, DÖV 1983, S. 1002 ff.
- Hill, Hermann** Kommunalwirtschaft, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Speyerer Arbeitshefte 118, Speyer 1998
- In welchen Grenzen ist kommunalwirtschaftliche Betätigung Daseinsvorsorge, Betriebsberater 1997, S. 425 ff.
- Höfling, Wolfram** Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 61, S. 260 ff., Berlin 2002 (zit.: VVDStRL 61)
- Hofmann, Rainer** Privatisierung kommunaler Verwaltungsaufgaben, VBIBW 1994, S. 121 ff.
- Hösch, Ulrich** Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, DÖV 2000, S. 393 ff.
- Der öffentliche Zweck als Voraussetzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit, GewArch 2000, S. 1 ff.
- Wirtschaftliche Betätigung von gemeindlichen Unternehmen und von Privaten - ein Vergleich, WiVerw 2000/ 3, S. 159 ff.
- Die kommunale Wirtschaftstätigkeit: Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb oder Daseinsvorsorge, Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik 164, Tübingen 2000
- Huber, Peter Michael** Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Tübingen 1991
- Hübschle, Wolfgang** Wettbewerbsrechtliche Abwehransprüche gegen die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand, GewArch 2000/ 5, S. 186 ff.
- Hufen, Friedhelm** Verwaltungsprozessrecht, 4., neubearb. Auflage, München 2000
- Immenga, Ulrich** Wettbewerbsrechtliche Grenzen von Standortvorteilen der öffentlichen Hand, NJW 1995, S. 1921 ff.
- Ipsen, Jörn** Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden als kommunalrechtliche und verfassungsrechtliche Fragestellung, in: Recht-Staat-Gemeinwohl, Festschrift für Dietrich Rauschnig, herausgegeben von J. Ipsen und E. Schmidt-Jortzig, S. 645 ff., Köln 2001
- Isensee, Joseph** Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht: Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, 2. Auflage mit Nachtrag: Die Zeitperspektive 2001. Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 80, Berlin 2001

- Jarass, Hans D.** Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht, DÖV 2002, S. 489 ff.
- Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, Eine Analyse aktueller verfassungsrechtlicher, EG-rechtlicher und kommunalrechtlicher Probleme sowie ein Reformvorschlag, Stuttgart 2002
- Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, 3. Auflage, Neuwied u.a. 1997
- Jarass, Hans D./  
Pieroth, Bodo** Grundgesetz, 6. Auflage, München 2002
- Kahl, Wolfgang** Die Staatsaufsicht, Beiträge zum Öffentlichen Recht Band 59, Tübingen 2000
- Kannengießer, Christoph** Zulässigkeit und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung der Industrie- und Handelskammern, WiVerw1998/ 3, S. 182 ff.
- Katz, Alfred** Gemeindefinanzsystem an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, DÖV 2000, S. 235 ff.
- Kelm, Torsten** Das begehrte Hallenbad, JA 1999, S. 217 ff.
- Kissel, Otto Rudolf** Gerichtsverfassungsgesetz, 3., neubearbeitete Auflage, München 2001
- Klein, Hans Hugo** Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, res publica-Beiträge zum öffentlichen Recht, Band 18, Stuttgart 1968
- Kloepfer, Michael** Umweltrecht, in: Achterberg, Norbert/ Püttner, Günter/ Würtenberger, Thomas, Besonderes Verwaltungsrecht, Band I, Wirtschafts-, Umwelt-, Bau-, Kultusrecht, § 6, S. 338 ff., 2. neubearbeitete Auflage, Heidelberg 2000 (zit.: Kloepfer, in: Achterberg/ Püttner/ Würtenberger, BesVerwR I)
- Kluth, Winfried** Eingriff durch Konkurrenz – zur grundrechtsdogmatischen Verortung kommunaler Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb, WiVerw 2000/ 3, S. 184 ff.
- Bundesverfassungsgericht und wirtschaftslenkende Gesetzgebung, ZHR 1998, S. 657 ff.
- Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht, Bd. 5, Köln 1988
- Knemeyer, Franz-Ludwig** Vom kommunalen Wirtschaftsrecht zum kommunalen Unternehmensrecht, BayVBl 1999, S. 1 ff.

- Knemeyer, Franz-Ludwig/  
Kempen, Bernhard** Kommunales Wirtschaftsrecht, in: Achterberg, Norbert/  
Püttner, Günter/ Würtenberger, Thomas, Besonderes  
Verwaltungsrecht, Band II, Kommunal-, Haushalts-, Abgaben-,  
Ordnungs-, Sozial-, Dienstrecht, § 17, S. 54 ff., 2. neubearbeitete  
Auflage, Heidelberg 2000 (zit.: Knemeyer/ Kempen, in: Achterberg/  
Püttner/ Würtenberger, BesVerwR II)
- Koch, Manfred** Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Schriften zur  
wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts, Band 11, Berlin  
1992
- Koch, Thorsten** Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen - Zur Rekonstruktion  
der Grundrechte als Abwehrrechte, Beiträge zum Öffentlichen Recht  
Band 62, Tübingen 2000
- Koehler, Matthias** Die Reform des Gemeindefinanzrechts in Nordrhein-Westfalen  
– zu Inhalt und Verfassungsmäßigkeit des § 107 GO NW n. F., VR  
2000, S. 44 ff.
- Koenig, Christian/  
Lorz, Ralph Alexander** Stärkung des Subsidiaritätsprinzips, JZ 2003, S. 167 ff.
- Köhler, Helmut** Wettbewerbsverstoß durch rechtswidrigen Marktzutritt?, GRUR  
2001, S. 777 ff.
- Das neue kommunale Unternehmensrecht in Bayern, BayVBl 2000,  
S. 1 ff.
- Wettbewerbsrechtliche Grenzen der Betätigung kommunaler  
Unternehmen, WRP 1999, S. 1205 ff.
- Köhler, Helmut/  
Piper, Henning** Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: mit  
Preisangabenverordnung, 3. Auflage, München 2002
- Kopp, Ferdinand O./  
Schenke, Wolf-Rüdiger** Verwaltungsgerichtsordnung, 12. neubearbeitete Auflage, München  
2000
- Kopp, Ferdinand O./  
Ramsauer, Ulrich** Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 7. wesentlich  
überarbeitete Auflage, München 2000
- Köttgen, Arnold** Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Eine  
verfassungsrechtliche Untersuchung, in: E. von Caemmerer/ E.  
Friesenhahn/ R. Lange (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches  
Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des  
Deutschen Juristentages 1860-1960, Band I, S. 577 ff., Karlsruhe  
1960 (zit.: Köttgen, Wirtschaftliche Betätigung)
- Kühling, Jürgen** Verfassungs- und kommunalrechtliche Probleme  
grenzüberschreitender Wirtschaftstätigkeit der Gemeinden, NJW  
2001, S. 177 ff.
- Kriegbaum, Günther** Grundrechtsschutz für den Staat im Fiskalbereich, BayVBl 1972, S.  
481 ff.
- Krölls, Albert** Grundrechtliche Schranken der wirtschaftlichen Betätigung der  
öffentlichen Hand, GewArch 1992, S. 281 ff.

- Kunze, Richard/  
Bronner, Otto/  
Katz, Alfred**  
Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar, Loseblattsammlung, 12. Lieferung – Stand Mai 2002, 4. Auflage, Band 1, Stuttgart 1956  
Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar, Loseblattsammlung, 12. Lieferung – Stand Mai 2002, 4. Auflage, Band 2, Stuttgart 1956
- Leisner, Walter**  
Steuer- und Eigentumsfrage – Die Einheitswert-Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, S. 2591 ff.
- Lerche, Peter**  
Wirtschaftliche Agenda der Gemeinden und Klagerecht Privater, Juristische Analysen 1970, Öffentliches Recht II, S. 821 ff.
- Lindner, Franz**  
Zur grundrechtsdogmatischen Struktur der Wettbewerbsfreiheit, DÖV 2003, S. 185 ff.
- Lindner, Volker**  
Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeit gegen privatrechtliche kommunale Wirtschaftstätigkeit, Schriften zur öffentlichen Verwaltung, Band 7, Würzburg 1974 (zit.: Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeit)
- Löwer, Wolfgang**  
Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 60, S. 416 ff., Berlin 2001 (zit.: VVDStRL 60)  
Die Stellung der Kommunen im liberalisierten Strommarkt, NWVBl 2000, S. 241 ff.  
Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, DVBl 1991, S. 132 ff.  
Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 53, Köln u.a. 1989
- Lux, Christiana**  
Das neue kommunale Wirtschaftsrecht in Nordrhein-Westfalen, NWVBl 2000, S. 7 ff.
- Masson, Christoph/  
Samper, Rudolf**  
Bayerische Kommunalgesetze, Gemeindeordnung, Landkreisordnung, Bezirksordnung, Kommentar, 4. Auflage, Loseblattsammlung, 79. Ergänzungslieferung – Stand Sept. 2002, 4. Auflage, München 2000
- Maunz, Theodor/  
Dürig, Günter/  
Herzog, Roman/  
Scholz, Ruppert**  
Grundgesetz Kommentar, Loseblattsammlung, 41. Ergänzungslieferung – Stand Oktober 2002, München 2003 (zit.: Bearbeiter, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz)
- Maurer, Hartmut**  
Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. überarbeitete und ergänzte Auflage, München 2000 (zit.: Maurer, Verwaltungsrecht)  
Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, DVBl 1995, S. 1037 ff.

- Maurer, Hartmut/  
Hendler, Reinhard** Baden-Württembergisches Staats- und Verwaltungsrecht, Frankfurt a.M. 1990
- Meyer, Hubert** Kommunalrecht, Recht Kompendien, Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern, 2. Auflage, Baden-Baden 2002
- Nichtwirtschaftliche Betätigung der Kommunen: Spiel ohne Grenzen, LKV 2000, S. 321 ff.
- Miebach, Peter** Die negative öffentlichrechtliche Konkurrentenklage im wirtschaftlichen Wettbewerb, JuS 1987, S. 956 ff.
- Moraing, Markus** Kommunales Wirtschaftsrecht vor dem Hintergrund der Liberalisierung der Märkte - Handlungsbedarf und Handlungsmöglichkeiten aus Sicht der Kommunalwirtschaft-, WiVerw 1998, S. 233 ff.
- Konkurrentenabwehrklagen - Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Subsidiaritätsprinzip, der städtetag 1997, S. 285 ff.
- Möstl, Markus** Zur Zulässigkeit kommunaler Telekommunikationsdienstleistungen, BayVBl 1999, S. 547 ff.
- Müller, Martin** Anmerkung zur Entscheidung des OLG Hamm, JZ 1998, S. 578 ff.
- Müller-Terpitz, Ralf** Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der Telekommunikation, NWVBl 1999, S. 292 ff.
- Münch, Ingo von/  
Kunig, Philip** Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5. neubearbeitete Auflage, München 2000 (zit.: Bearbeiter, in: v. Münch/ Kunig, GG)
- Grundgesetz-Kommentar, Band 2 (Art. 20 bis Art. 69), 4./ 5. neubearbeitete Auflage, München 2001 (zit.: Bearbeiter, in: v. Münch/ Kunig, GG)
- von Mutius, Albert** Kommunalrecht, München 1996
- Nagel, Bernhard** Gemeindeordnung als Hürde?: Zur Reichweite der Betätigung kommunaler Unternehmen nach § 107 der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung vor dem Hintergrund des europäischen Gemeinschaftsrechts und des Grundgesetzes, Schriften der Hans-Böckler-Stiftung, Bd. 39, 1. Auflage, Baden-Baden 1999
- Neutz, Wolfgang** Gemeindefinanzierungsrecht – Verschärfte Subsidiaritätsklausel und Berichtspflicht sind mit der Verfassung von Rheinland-Pfalz vereinbar, ZG 2000, S. 279 ff.
- Oebbecke, Janbernd** Die örtliche Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit, ZHR 2000, S. 375 ff.
- Die unterfinanzierte Kommunalverwaltung, Die Verwaltung 1996, S. 323 ff.
- Individualrechtsschutz gegen Überschreitungen der gemeindlichen Verbandskompetenz, NVwZ 1988, S. 393 ff.
- Oppermann, Thomas** Subsidiarität als Bestandteil des Grundgesetzes, JuS 1996, S. 569 ff.

- Ossenbühl, Fritz**  
Energierrechtsreform und kommunale Selbstverwaltung, Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 76, München 1998 (zit.: Ossenbühl, Energierrechtsreform)
- Staatshaftungsrecht, 5. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, München 1998
- Rechtliche Aspekte der Elektrizitätsversorgung in den neuen Bundesländern, DÖV 1992, S. 1 ff.
- Otting, Olaf**  
Wirtschaftliche Betätigung im Gewande nichtwirtschaftlicher Einrichtungen – Zum Urteil des OLG Düsseldorf vom 28.10.1999, NWVBI 2000, 75 -, NWVBI 2000, S. 206 ff.
- Die Aktualisierung öffentlich-rechtlicher Schranken kommunalwirtschaftlicher Betätigung durch das Wettbewerbsrecht, DÖV 1999, S. 549 ff.
- Unlauterer Wettbewerb zwischen Kommunen und privaten Unternehmen, KommunalPraxis SW 1999, S. 148 ff.
- Sittenwidriger Nachhilfeunterricht in der Volkshochschule? Anmerkungen zu einem Urteil des OLG Düsseldorf, SächsVBI 4/1998, S. 93 ff.
- Öffentlicher Zweck, Finanzhoheit und fairer Wettbewerbsspielräume kommunaler Erwerbswirtschaft, DVBl 1997, S. 1258 ff.
- Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommunen, Stuttgart 1997 (zit.: Otting, Steuerungsmodell)
- Otto, Christian**  
Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung, Aktuelle Beiträge zum Öffentlichen Recht, Band 7, Herbolzheim 2001
- Pagenkopf, Martin**  
Einige Betrachtungen zu den Grenzen für privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden- Grenzen für die Grenzzieher?, GewArch 2000/ 5, S. 177 ff.
- Palandt, Otto/  
Bassenge, Peter/  
Brudermüller, Gerd**  
Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 62. neubearbeitete Auflage, München 2003 (zit.: Bearbeiter, in: Palandt, BGB)
- Pappermann, Ernst**  
Die Zielrichtung der Selbstverwaltungsgarantie, DVBl 1976, S. 766 ff.
- Piduch, Adolf Erwin**  
Bundeshaushaltsrecht, Loseblattsammlung, 37. Ergänzungslieferung - Stand Oktober 2000, Stuttgart 2001
- Pielow, Johann-Christian**  
Gemeindewirtschaft im Gegenwind- Zu den rechtlichen Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme am Beispiel der Telekommunikation-, NWVBI 1999, S. 369 ff.
- Pieroth, Bodo/  
Hartmann, Bernd J.**  
Grundrechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, DVBl 2002, S. 421 ff.
- Pieroth, Bodo/  
Schlink, Bernhard**  
Grundrechte, Staatsrecht II, 17. neubearbeitete Auflage, Heidelberg 2001
- Piper, Henning**  
Zum Wettbewerb der öffentlichen Hand, GRUR 1986, S. 574 ff.

- Pünder, Hermann** Die kommunale Betätigung auf dem Telekommunikationssektor, DVBl 1997, S.1356 ff.
- Püttner, Günter** Neue Regelungen für öffentliche Unternehmen?, DÖV 2002, S. 731 ff.
- Kommunale Aufgaben, Aufgabenwandel und Selbstverwaltungsprinzipien, DfK 2002, S. 52 ff.
- Zur Reform des Gemeindefinanzrechts, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Heft 49, Baden-Baden 2002
- ÖPNV in Bewegung - Konzepte, Probleme, Chancen, Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Heft 46, Baden-Baden 2000
- Verwaltungslehre, 3. Auflage, München 2000
- Kommunalrecht Baden-Württemberg, 2. neubarb. Auflage, Stuttgart u.a.1999
- Zur Reform des Kommunal-Wirtschaftsrechts in Rheinland-Pfalz, Rechtsgutachten für den Verband kommunaler Unternehmen e.V. (VKU), Anlage zum VKU-Nachrichtendienst, Folge 587, Köln 1997
- Subventionierung von Anzeigenblättern – OLG Frankfurt a.M., NVwZ 1993, 706 - , JuS 1995, S. 1069 ff.
- Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Düsseldorf 1995
- Privatisierungen, LKV 1994, S. 193 ff.
- Die kommunale Wirtschaft – Grundpfeiler der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland, der städtetag 1990, S. 877 ff.
- Die Öffentlichen Unternehmen, 2. Auflage, Stuttgart u.a. 1985
- Die Einwirkungspflicht – Zur Problematik öffentlicher Einrichtungen in Privatrechtsform -, DVBl 1975, S. 353 ff.
- Unlauterer Wettbewerb der öffentlichen Hand, GRUR 1964, S. 359 ff.
- Quack, Friedrich** Vom Beitrag des unlauteren Wettbewerbs zur Entwicklung des Wirtschaftsverwaltungsrechts, in: F. Graf von Westphalen (Hrsg.), Lebendiges Recht: von den Sumerern bis zur Gegenwart, Festschrift für Reinhold Trinkner, S. 265 ff., Heidelberg 1995
- Redeker, Konrad/  
von Oertzen, Hans-Joachim** Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 13. überarbeitete Auflage, Stuttgart 2000
- Reichard, Christoph** Kommunen am Markt: aktuelle Fragen der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen, herausgegeben von C. Reichard, Schriftenreihe des kommunalwissenschaftlichen Instituts der Universität Potsdam, Bd. 8, Berlin 2001

- Rennert, Klaus** Der Selbstverwaltungsgedanke im kommunalen Wirtschaftsrecht, JZ 2003, S. 385 ff.
- Kommunalwirtschaft und Selbstverwaltungsgarantie, Die Verwaltung 2002, S. 319 ff.
- Röhl, Hans Christian** Verwaltung und Privatrecht – Verwaltungsprivatrecht?, VerwArch 1995, S. 531 ff.
- Ronellenfitsch, Michael** Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff – Aktuelle Entwicklungen im nationalen und europäischen Recht, in: Ernst Forsthoff, Kolloquium aus Anlass des 100. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff, herausgegeben von Willi Blümel, Berlin 2003 (zit.: Ronellenfitsch, in: Blümel, Kolloquium Forsthoff)
- Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung staatlicher Aufgaben, DÖV 1999, S. 705 ff.
- Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: J. Isensee/ P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 84, Heidelberg 1988
- Eingriffe in Natur und Landschaft bei der wasserwirtschaftlichen Planfeststellung, VerwArch 1986, S. 177 ff.
- Gemeindliches Eigentum und materielle Präklusion – BVerfGE 61, 82, JuS 1983, S. 594 ff.
- Ruffert, Matthias** Grundlagen und Maßstäbe einer wirkungsvollen Aufsicht über die kommunale wirtschaftliche Betätigung, VerwArch 2001, S. 27 ff.
- Kommunalwirtschaft und Landes-Wirtschaftsverfassung, NVwZ 2000, S. 763 ff.
- Rupp, Hans Heinrich** Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: J. Isensee/ P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band I, § 28, Heidelberg 1987
- Sachs, Michael** Grundgesetz Kommentar, 2. Auflage, München 1999 (zit.: Bearbeiter, in: Sachs, GG)
- Die relevanten Grundrechtsbeeinträchtigungen, JuS 1995, S. 303 ff.
- Schachtschneider, Karl Albrecht** Staatsunternehmen und Privatrecht: Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, Berlin u.a. 1986
- Schäfer, Thomas** Die kommunale Selbstverwaltung in der Europäischen Union, Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzverteilung und der Schutzmechanismen nach nationalem Verfassungsrecht und nach Gemeinschaftsrecht, Neue Schriften des Städtetages, Heft 74, Stuttgart 1998
- Schauwecker, Heinz** Kooperation und Gemeinschaftsunternehmen, § 100, in: G. Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 5, 2. Auflage, S. 317 ff., Berlin u.a. 1984 (zit.: Schauwecker, in: HKWP V)
- Schenke, Wolf-Rüdiger** Verwaltungsprozessrecht, 8., neubearbeitete Auflage, Heidelberg 2002
- Schink, Alexander** Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, NVwZ 2002, S. 129 ff.

- Schlacke, Sabine** Konkurrentenklagen gegen die Wirtschaftstätigkeit von Gemeinden, JA 2002, S. 48 ff.
- Schliesky, Utz** Öffentliches Wirtschaftsrecht, Heidelberg, 2000
- Über die Notwendigkeit und Gestalt eines Öffentlichen Wettbewerbsrechts, DVBl 1999, S. 78 ff.
- Öffentliches Wettbewerbsrecht – Verhaltensrechtliche Determinanten von wirtschaftsbezogenem Staatshandeln, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 732, Berlin 1997
- Der Rechtsweg bei wettbewerbsrelevantem Staatshandeln, DÖV 1994, S. 114 ff.
- Schmal, Stefanie** Umfang und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden in Brandenburg, LKV 2000, S. 47 ff.
- Schmidt, Reiner** Wirtschaftspolitik, Wirtschaftsverwaltungsorganisation, Wirtschaftsförderung, in: Achterberg, Norbert/ Püttner, Günter/ Würtenberger, Thomas, Besonderes Verwaltungsrecht, Band I, Wirtschafts-, Umwelt-, Bau-, Kultusrecht, § 1, S. 1 ff., 2. neubearbeitete Auflage, Heidelberg 2000 (zit.: Schmidt, in: Achterberg/ Püttner/ Würtenberger, BesVerwR I)
- Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, Berlin u.a. 1990
- Schmidt-Aßmann, Eberhard** Kommunalrecht, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. neubearb. Auflage, Berlin 1999 (zit.: Schmidt-Aßmann, in: ders., BesVerwR, 1. Abschnitt)
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/  
Klein, Franz** Kommentar zum Grundgesetz, 9. Auflage, Neuwied und Kriftel 1999
- Schmidt-Jortzig, Edzard** Die Zulässigkeit wirtschaftlicher Unternehmen im Einzelnen, § 93 B, in: G. Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Band 5, 2. Auflage, S. 50 ff., Berlin u.a. 1984 (zit.: Schmidt-Jortzig, in: HKWP V)
- Kommunalrecht, Stuttgart 1982
- Schmidt-Jortzig, Edzard/  
Makswit, Jürgen** Handbuch des kommunalen Finanz- und Haushaltsrechts, Aschendorffs Juristische Handbücher, Band 92, Münster 1991
- Schmidt-Jortzig, Edzard/  
Schink, Alexander** Subsidiaritätsprinzip und Kommunalordnung, Köln 1982
- Schmitt Glaeser, Walter** Verwaltungsprozessrecht, 15. neubearbeitete Auflage, Stuttgart u.a. 2000
- Schneider, Jens-Peter** Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Steuerungsakteur, DVBl 2000, S. 1250 ff.
- Schoch, Friedrich** Der Beitrag des kommunalen Wirtschaftsrechts zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben, DÖV 1993, S. 377 ff.

- Scholler, Heinrich** Grundzüge des Kommunalrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage, Heidelberg 1990
- Scholz, Rupert** Neue Entwicklungen im Gemeindegewirtschaftsrecht- Strukturfragen und Verfassungskritik, DÖV 1976, S. 441 ff.  
Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand, ZHR 1969, S. 97 ff.
- Schönershofen, Peter/  
Binder-Falcke, Doris** Zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden, VR 1997, S. 109 ff.
- Schricker, Helmut** Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, 2. Auflage, Köln 1987
- Schulte, Martin** Schlichtes Verwaltungshandeln – Verfassungs- und verwaltungsdogmatische Strukturüberlegungen am Beispiel des Umweltrechts, Jus Publicum, Bd. 12, Tübingen 1995
- Schulz, Norbert** Anmerkungen zur Tätigkeit gemeindlicher Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets, BayVBl 1998, S. 449 ff.  
Wirtschaftliche, nichtwirtschaftliche und nicht wirtschaftliche Unternehmen, BayVBl 1997, S. 518 ff.
- Schünemann, Wolfgang B.** Die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand zwischen öffentlichem und privatem Wettbewerbsrecht, WRP 2000, S. 1001 ff.
- Schwintowski, Hans-Peter** Corporate Governance im öffentlichen Unternehmen, NVwZ 2002, S. 607 ff.
- Seeberg, Hans** Die Möglichkeiten und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen nach den Regelungen der neuen Kommunalverfassung Brandenburg vom 15.10.1993, LKV 1995, S. 353 ff.
- Sodan, Helge** Vorrang der Privatheit als Prinzip der Wirtschaftsverfassung, DÖV 2000, S. 361 ff.
- Spieß, Hans-Jürgen** Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung nach sozialrechtlichen oder wirtschaftsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten?, SGB. 1984, S. 56 ff
- Steckert, Uwe** Liberalisierung, Wettbewerb und Sinnkrise in der Kommunalwirtschaft, DfK 2002, S. 61 ff.  
Kommunalwirtschaft im Wettbewerb, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln, Band 106, Baden-Baden 2002
- Stehlin, Volker** Wirkt die Subsidiaritätsklausel des § 102 I Nr. 3 BadWürttGO drittschützend?, NVwZ 2001, S. 645 ff.
- Steiner, Udo** Besonders Verwaltungsrecht, 6. neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1999 (zit.: Bearbeiter, in: Steiner, BesVerwR)
- Stelkens, Paul/  
Bonk, Heinz Joachim/  
Sachs, Michael** Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 6. neubearbeitete Auflage, München 2001

- Stern, Klaus**  
Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, München 1988 (zit.: Stern, Staatsrecht III/1)  
  
Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Auflage, München 1984 (zit.: Stern, Staatsrecht I)  
  
Der rechtliche Standort der Gemeindewirtschaft, AfK 1964, S. 81 ff.
- Stern, Klaus/  
Püttner, Günter**  
Die Gemeindewirtschaft - Recht und Realität. Zum staats- und kommunalverfassungsrechtlichen Standort der kommunalen Wirtschaft, Schriftenreihe des Vereins für Kommunalwissenschaften e.V. Berlin, Band 8, Stuttgart 1965 (zit.: Stern/ Püttner, Gemeindewirtschaft)
- Stewing, Clemens**  
Kommunale Unternehmen und fairer Wettbewerb – Die Quadratur des Kreises, in: Beiträge zum Wirtschafts-, Europa- und Technikrecht, Festgabe für Rudolf Lukes zum 75. Geburtstag, herausgegeben von K. Vieweg und W. Haarmann, S. 189 ff., München 2000
- Stober, Rolf**  
Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht: Grundlagen und Prinzipien, Wirtschaftsverfassungsrecht, 12., völlig Neubearb. Auflage, Stuttgart u.a. 2000 (zit.: Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht)  
  
Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 3., völlig neu bearb. und erw. Auflage, Stuttgart u.a. 1996 (zit.: Stober, Kommunalrecht)
- Stober, Rolf/  
Hanspeter Vogel**  
Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand – Staat und Kommunen als Konkurrent der Privatwirtschaft, herausgegeben von R. Stober und H. Vogel, Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht, Bd. 45, Köln u.a. 2000 (zit.: Stober/ Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand)
- Stolterfoth, Joachim N.**  
Der Wettbewerbsrichter als Verwaltungsjurist, in: Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Fritz Rittner, herausgegeben von M. Löwisch u.a., S. 695 ff., München 1991
- Storr, Stefan**  
Der Staat als Unternehmer, Öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, Beiträge zum Öffentlichen Recht Band 78, Tübingen 2001
- Suren, Friedrich-Karl/  
Loschelder, Wilhelm**  
Die Deutsche Gemeindeordnung, Kommentar, Band II, Berlin 1940
- Tettinger, Peter J.**  
Besonderes Verwaltungsrecht/1 - Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Neubearb. Auflage, Heidelberg 2001  
  
Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung – Gedanken zur Freiheitsentfaltung am Wirtschaftsstandort Deutschland-, DVBl 1999, S. 679 ff.  
  
Rechtsschutz gegen kommunale Wettbewerbsteilnahme, NJW 1998, S. 3473 ff.  
  
Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung, DVBl 1998, S. 679 ff.

- Tilch, Horst/  
Arloth, Frank** Deutsches Rechts-Lexikon, Band 1, München 2001 (zit.: Bearbeiter in: Tilch/Arloth)
- Deutsches Rechts-Lexikon, Band 2, München 2001 (zit.: Bearbeiter in: Tilch/Arloth)
- Tomerius, Stephan** Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zwischen Gemeindegewirtschafts- und Wettbewerbsrecht, LKV 2000, S. 41 ff.
- Ulmer, Peter** Die Anwendung von Wettbewerbs- und Kartellrecht auf die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand beim Angebot von Waren und Dienstleistungen, ZHR 1982, S. 466 ff.
- Vitzthum, Wolfgang Graf/  
Kämmerer, Axel** Die kommunale Konkurrenzsauna, VBIBW 1997, S. 395 ff.
- Vogelgesang, Klaus/  
Lübking, Uwe/  
Jahn, Helga** Kommunale Selbstverwaltung: Rechtsgrundlagen – Organisation – Aufgaben, Berlin 1991
- Waechter, Kay** Kommunalrecht, 3. überarbeitete Auflage, München 1997
- Warneke, Nikolai** Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden und das Wettbewerbsrecht – BGHZ 150, 343, JuS 2003, S. 958 ff.
- Wassermann, Rudolf** Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, Band 1 (Art. 1-37), 2. Auflage, Neuwied 1989 (zit.: Bearbeiter, in: AK-GG)
- Weiblen, Willi** Das neue kommunale Unternehmensrecht: Freibrief für neue Märkte oder Interessenausgleich?, BWGZ 6/ 2000, S. 177 ff.
- Die Novellierung des Gemeindegewirtschaftsrechts zur besseren Steuerung und zu mehr Verantwortung für die Gemeinden, BWGZ 24/ 99, S. 1005 ff.
- Weidemann, Clemens** Die duale Abfallwirtschaft – moderner Steuerungsansatz oder regulatorische Überforderung, Verwaltungsarchiv 1999, S. 533 ff.
- Werner, Gerhard** Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen- Anmerkungen zur Novellierung des Kommunalwirtschaftsrechts in Baden-Württemberg, VBIBW 2001, S. 206 ff.
- Wernsmann, Rainer** Klagearten und Klagebefugnis im Konkurrentenrechtsstreit, Die Verwaltung 2003, S. 67 ff.
- Wieland, Joachim** Die Stellung der nordrhein-westfälischen Kommunen im liberalisierten Strommarkt, NWVBl 2000, S. 246 ff.
- Wieland, Joachim/  
Hellermann, Johannes** Das Verbot ausschließlicher Konzessionsverträge und die kommunale Selbstverwaltung, DVBl 1996, S. 401 ff.
- Der Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen gegenüber Einschränkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigung im nationalen und europäischen Recht, Rechtsgutachten für den Verband kommunaler Unternehmen e.V. (vku), Beiträge zur kommunalen Versorgungswirtschaft Heft 85, Köln 1995 (zit.: Schutz des Selbstverwaltungsrechts)

**Wolff, Hans J./  
Bachof, Otto/  
Stober/ Rolf**

Verwaltungsrecht, Band 1, 11. neubearbeitete Auflage, München  
1999

**Zacharias, Diana**

Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, VR 2000, S. 271 ff.

**Zilkens, Martin**

Ausbildung und Prüfung: Sauna-Konkurrenz, NWVBl 1997, S. 34  
ff.

**Zimmermann, Norbert**

Zur Grundrechtssubjektivität kommunaler  
Energieversorgungsunternehmen - BVerfG, NJW 1990, 1783, JuS  
1991, S. 294 ff.

## **Lebenslauf**

geboren am 6.12.1971 in Stuttgart

1991           Abitur/ Otto-Hahn-Gymnasium Ostfildern-Nellingen

1991-1993     Zivildienst/ Diakonissen-Krankenhaus Stuttgart

1993-1997     Studium der Rechtswissenschaften in Tübingen

1997           Erste juristische Staatsprüfung in Tübingen

1997-1999     Referendariat in Stuttgart

1999           Zweite juristische Staatsprüfung in Stuttgart