

**Stellv. Hauptgeschäftsführer des Deutschen Landkreistages
Honorarprofessor an der Universität Osnabrück
Professor Dr. Hans-Günter Henneke**



7. April 1999 He/K-W

An den
Präsidenten des Landtags Nordrhein-Westfalen
Referat II.1.F.1 - Herrn Fröhlecke
Postfach 101143
40002 Düsseldorf

**Erstes Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung;
hier: Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Verwaltungsstrukturreform
und des Ausschusses für Kommunalpolitik am 28. und 29.4.1999**

Sehr geehrter Herr Landtagspräsident!

Haben Sie herzlichen Dank dafür, mich unter der laufenden Ziffer 18 zu der o.g. Anhörung eingeladen zu haben. Leider ist es mir wegen eines kollidierenden Termins in Bremen nicht möglich, persönlich an der Anhörung teilzunehmen. Dies bedaure ich sehr. Ich erlaube mir aber, in der Anlage einen einschlägigen Beitrag von mir, der in den Niedersächsischen Verwaltungsblättern abgedruckt worden ist, beizufügen. Die rechtliche Bewertung zur Weiterentwicklung des Kommunalrechts ergibt sich dort insbesondere aus S. 21 ff. Auf den gesamten Beitrag, insbesondere auf diese Seiten, darf ich daher verweisen. Besonders möchte ich auf einen verfahrensmäßigen Aspekt hinweisen und sodann kurz auf die vorgeschlagene Gesetzesänderung der §§ 107 ff. GO NW eingehen:

Zum Verfahren:

Am 3. Dezember 1998 hat eine gemeinsame Erörterung der Ministerpräsidentenkonferenz auf Einladung ihres Vorsitzenden, Ministerpräsident Stolpe, mit der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände stattgefunden. Das Land Nordrhein-Westfalen war indes an diesem Gespräch nicht beteiligt. Von Länderseite haben teilgenommen: Ministerpräsident Stolpe, Ministerpräsidentin Simonis, Ministerpräsident Teufel, Ministerpräsident Glogowski und Erster Bürgermeister Runde. Dort ist vereinbart worden, daß die kommunale Seite der Länderseite

eine Problemliste zum Thema „Zukunft der kommunalwirtschaftlichen Betätigung“ zur Verfügung stellt. Die Länderseite hat zugesagt, der Innenministerkonferenz die Empfehlung zu geben, das Thema zu behandeln. Diese Empfehlung geht auf eine Vorabstimmung der kommunalen Spitzenverbände zurück. Vertreter der drei Hauptgeschäftsstellen der kommunalen Spitzenverbände haben am 25.11.1998 vereinbart, die Ministerpräsidentenkonferenz zu bitten, die Innenministerkonferenz zu beauftragen, sich in enger Abstimmung mit den kommunalen Spitzenverbänden mit der Thematik der Weiterentwicklung des kommunalen Wirtschaftsrechts weiter intensiv zu befassen, *um eine abgestimmte Rechtsfortentwicklung zwischen den einzelnen Ländern zu gewährleisten.*

Die Ministerpräsidentenkonferenz wurde zudem gebeten, ein erstes Gespräch zwischen der Innenministerkonferenz und den kommunalen Spitzenverbänden stattfinden zu lassen.

Mit dem vorgelegten Gesetzentwurf der Landesregierung (Drucksache 12/3730) kommt es dagegen zu einem isolierten Vorpreschen einer Gesetzesinitiative im Lande Nordrhein-Westfalen, die einer abgestimmten Rechtsfortentwicklung zwischen den einzelnen Ländern in gar keiner Weise Rechnung trägt. Dies halte ich vom Procedere für außerordentlich bedenklich, da eine Erörterung zwischen der Innenministerkonferenz und den kommunalen Spitzenverbänden bisher nicht stattgefunden hat.

In inhaltlicher Hinsicht bin ich - insofern kann ich auf den beigegeführten Beitrag im einzelnen verweisen - der Auffassung, daß mit der Weiterentwicklung der §§ 107 ff. ein ordnungspolitisch falscher und verfassungsrechtlich bedenklicher Weg eingeschlagen wird. Art. 28 Abs. 2 GG begrenzt die kommunale Betätigung auf das Örtlichkeitsprinzip, sofern nicht Formen interkommunaler Kooperation vorliegen. Dies habe ich in dem beigegeführten Beitrag auf S. 8 sowie 10 ff. näher dargelegt. Insofern ist die bisher in § 107 Abs. 1 vorzufindende Wendung der „Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ rein deklaratorisch. Mit der beabsichtigten Neuregelung in § 107 Abs. 3 wird dieses Örtlichkeitsprinzip aufgegeben und für betroffene kommunale Gebietskörperschaften sogar zu ihrem Nachteil eine Beweislastumkehr vorgenommen, weil sie es sind, die darlegen müssen, daß ihre betroffenen Interessen „berechtigt“ sind. Hinsichtlich der Energieversorgung werden sogar noch weitere Einschränkungen vorgesehen. Außerdem wird die Aufgabe des Örtlichkeitsprinzips in § 107 Abs. 4 besonders augenfällig, wenn die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung oder einer nichtwirtschaftlichen Betätigung auf ausländischen Märkten der Genehmigung der Kommunalaufsicht unterworfen wird. Vor dem Hintergrund des Art. 28 Abs. 2 GG ist dies nur zu rechtfertigen, weil ausländische Kommunen nicht den Schutz des Art. 28 Abs. 2 GG genießen. Prozedural erscheint es daher angezeigt, jedenfalls eine Genehmigung durch die Landesregierung und nicht durch die Kommunalaufsichtsbehörde zu fordern.

Auch halte ich die differenzierte Subsidiaritätsklausel in § 107 Abs. 1 S. 1 Ziff 3, die Sonderregelungen für die Bereiche Energieversorgung, Wasserversorgung, ÖPNV und den Betrieb von Telekommunikationsleitungsnetzen vorsieht, für verfehlt, wengleich nicht für verfassungswidrig.

Mit freundlichen Grüßen



Henneke

Anlage

NdsVBl. Niedersächsische

Verwaltungsblätter

Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung

Redaktion

Heinrich Albers

Beigeordneter beim Niedersächsischen
Landkreistag

Peter Blum

Ministerialdirigent, Gesetzgebungs- und
Beratungsdienst beim
Niedersächsischen Landtag

Wolfgang Göke

Ministerialrat, Gesetzgebungs- und
Beratungsdienst beim
Niedersächsischen Landtag

Dr. Jörn Ipsen

Professor für öffentliches Recht an
der Universität Osnabrück, Direktor
des Instituts für Kommunalrecht

Michael Munk

Richter am Niedersächsischen
Oberverwaltungsgericht

Inhalt

Abhandlungen

Henneke, Gewinnerzielung und Arbeitsplatzsicherung als Legitimation
kommunalwirtschaftlicher Betätigung?
– Verfassungsrechtliche Aspekte –

Henneke, Das Recht der Kommunalwirtschaft in Gegenwart und Zukunft

(Veröffentlicht in Heft 12/1998 S. 273 ff.

und

in Heft 1/1999 S. 1 ff.)

Herausgeber

Elmar BERNDT, Ministerialdirigent a. D., Niedersächsisches Innenministerium

Dr. Friedrich DEHNE, Rechtsanwalt, Mitglied des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs

Manfred FLOTHO, Präsident des Oberlandesgerichts Braunschweig, Präsident des Landesjustizprüfungsamts

Prof. Dr. Volkmar GÖTZ, Universität Göttingen

Dr. Werner GREIFELT, Staatssekretär, Hannover

Dr. Wulf HAACK, Niedersächsischer Städte- und Gemeindebund

Heiner HERBST, Präsident des Niedersächsischen Landesrechnungshofs

Dr. Dietrich H. HOPPENSTEDT, Präsident des Deutschen Sparkassen- und Giroverbands, Bonn

Michael KOCH, Hauptgeschäftsführer der Vereinigung der Handwerkskammern Niedersachsen

Dr. Gert-Albert LIPKE, Präsident des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen

Prof. Jens MARTENS, Fachbereichsleiter der Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege

Dr. Eckehart PEIL, Niedersächsischer Städtetag

Dr. Wilfried PREWO, Hauptgeschäftsführer der Vereinigung der Niedersächsischen Industrie- und Handelskammern

Prof. Dr. Manfred-Carl SCHINKEL, Präsident des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts

Dr. Gernot SCHLEBUSCH, Niedersächsischer Landkreistag

Prof. Dr. Gunther SCHWERDTFEGER, Universität Hannover

Prof. Dr. Siegbert SEEGER, Präsident des Niedersächsischen Finanzgerichts

Dr. Eckhart von VIETINGHOFF, Präsident des Landeskirchenamts der Ev.-luth. Landeskirche Hannovers

Dr. Axel WICHMANN, Ministerialdirigent, Niedersächsisches Justizministerium

Reinold WIECHERT, Ministerialdirigent a. D., Niedersächsischer Landtag

Dr. Gerhard ZELLER, Präsident der Oberfinanzdirektion Hannover

Redaktioneller Beirat

Dr. Gerhard DRONSCH, Landesbeauftragter für den Datenschutz

Dr. Theodor ELSTER, Oberkreisdirektor des Landkreises Uelzen

Dierk FITTSCHEN, Ministerialdirigent, Niedersächsischer Landesrechnungshof

Prof. Dr. Hans-Günter HENNEKE, Stellv. Hauptgeschäftsführer des Deutschen Landkreistages

Prof. Dr. Klaus Peter JANK, Honorarprofessor an der Universität Osnabrück, Vorsitzender Richter am OVG a. D.

Prof. Dr. Jörg-Detlef KÜHNE, Universität Hannover

Prof. Dr. Jörg Manfred MÖSSNER, Universität Osnabrück

Burckhard NEDDEN, Ministerialdirigent, Niedersächsisches Innenministerium

Hedwig RATERING, Ministerialdirigent, Niedersächsisches Sozialministerium

Dr. Gerhard SIEGMUND-SCHULTZE, Ltd. Ministerialrat a. D., Niedersächsisches Innenministerium

Niedersächsische Verwaltungsblätter (NdsVBl.)

Verantwortliche Redakteure:

Heinrich ALBERS, Beigeordneter,
Carl-Orff-Weg 19, 31157 Sarstedt, Tel. (05 11) 8 79 53-0, Dw. 34,
Fax: (05 11) 8 79 53 50

Peter BLUM, Niedersächsischer Landtag
Postfach 44 07, 30044 Hannover, Tel. (05 11) 30 30-0, Dw.: 21 21,
Fax: (05 11) 30 30 28 24

Wolfgang GÖKE, Niedersächsischer Landtag
Postfach 44 07, 30044 Hannover, Tel. (05 11) 30 30-0, Dw.: 21 47,
Fax: (05 11) 30 30 28 24

Prof. Dr. Jörn IPSEN, Universität Osnabrück,
Institut für Kommunalrecht,
Martinstraße 12, 49069 Osnabrück, Tel. (05 41) 9 69-0,
Dw.: 61 69 o. 61 58, Fax: (05 41) 9 69 61 70

Michael MUNK, Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht,
Uelzener Straße 40, 21335 Lüneburg,
Tel. (0 41 31) 7 18-0, Dw.: 1 15, Fax (0 41 31) 71 82 08

Sämtliche mit Verfasserangabe versehenen Beiträge stellen die Meinung des Verfassers, nicht die der Redaktion dar. Die veröffentlichten Lösungsskizzen zu den Prüfungsaufgaben der juristischen Staatsprüfungen sind die von den Verfassern dieser Aufgaben gefertigten Musterlösungen; die Redaktion übernimmt für ihre inhaltliche Richtigkeit keine Gewähr.

Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Gewähr übernommen. Beiträge werden nur angenommen, wenn sie ausschließlich den Niedersächsischen Verwaltungsblättern zum Abdruck angeboten sind.

Alle Urheber- und Verlagsrechte bleiben vorbehalten. Die Auswertung für Datenträger, die Vervielfältigung jeder Art und der Nachdruck von Beiträgen und Gerichtsentscheidungen sind nur mit vorheriger Genehmigung des Verlags gestattet. Die Genehmigung ist in jedem Fall einzuholen.

Rezensionsexemplare und Informationen über Neuerscheinungen werden an den Redakteur Prof. Dr. Jörn Ipsen erbeten. Unaufgefordert übersandte Rezensionsexemplare können nicht zurückgesandt werden.

Zum Abdruck bestimmte Gerichtsentscheidungen sind an den Redakteur Michael Munk zu senden.

Verlag: Richard Boorberg Verlag GmbH & Co.
Scharfstraße 2, 70563 Stuttgart
Telefon (07 11) 73 85-0
Telefax (07 11) 73 85-319

Konten: Landesgirokasse Stuttgart (BLZ 600 501 01) Nr. 2 173 753; Postbank Stuttgart (BLZ 600 100 70) Nr. 24 323-708

Anzeigenverwaltung: AWG Agentur für Verlags- und Wirtschaftswerbung GmbH, Barbarossastraße 21, 63517 Rodenbach, Telefon (0 61 84) 95 08-0, Telefax (0 61 84) 5 45 24

Verantwortlich für den Anzeigenteil: Roland Schulz

Anzeigenpreisliste Nr. 1 vom 1. 10. 1994 ist zur Zeit gültig.

Erscheinungsweise: am 1. jeden Monats.

Der Bezugspreis beträgt monatlich im Abonnement 23,00 DM. Vorzugspreis für Studenten und Referendare (gegen Nachweis) monatlich im Abonnement 15,60 DM (jeweils inkl. Zustellgebühr). Die Berechnung des Abonnements erfolgt jährlich im voraus. Einzelheft 26,50 DM zuzüglich Versandkosten.

Bestellungen nehmen der Verlag und alle Buchhandlungen entgegen. Abbestellungen können frühestens zum nächsten Quartalsende gültig werden, wenn sie sechs Wochen vorher dem Verlag vorliegen.

Papier: Säurefrei und aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff (TCF).

Herstellung: LISKOW DRUCK und Verlag GmbH, Hannover.

Abhandlungen

Gewinnerzielung und Arbeitsplatzsicherung als Legitimation kommunalwirtschaftlicher Betätigung?*

– Verfassungsrechtliche Aspekte –

Von Professor Dr. Hans-Günter Henneke, Bonn/Osnabrück

I. Relevanz und Aktualität der Fragestellung

Sind die Kommunen in der Pflicht, neue Finanzierungsquellen zu suchen, um die Erfüllung defizitärer Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge zu sichern? Diese Frage bejaht nicht nur *Dietmar Thieser*, Oberbürgermeister der Stadt Hagen i. W., in vielen Kommunen – in den Städten weit mehr als in den Landkreisen, in größeren Städten weitaus häufiger als in kleineren Gemeinden – „boomt“ seit einiger Zeit die unternehmerische Betätigung in Aufgabenbereichen, die nicht gerade zum klassischen Aufgabenfächer kommunaler Daseinsvorsorgeleistungen für die eigenen Bürger zu zählen sind. Als „Erschließung neuer Geschäftsfelder“ wird dieses Phänomen gegenwärtig benannt; *Ehlers*³ hat in vielen Kommunen derzeit so etwas wie eine Goldgräbermentalität ausgemacht. In der Absicht, Gewinne zu erzielen bzw. kommunale Arbeitsplätze zu sichern, geschieht in zahlreichen Kommunen derzeit u. a. folgendes:

Kommunen erschließen sich den Telekommunikations- und Multimedia-Markt auch über das Gemeindegebiet hinaus. Kommunale Energieversorgungsunternehmen führen Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten durch und beschränken sich bei der Belieferung mit Strom und Gas ebenfalls nicht mehr auf das Gemeindegebiet. Stadtwerke bieten Paketlösungen für Dienstleistungsangebote an, stellen sich als zentrale Dienstleister dar und beteiligen sich an kommunalen Unternehmen in den neuen Ländern.

Kommunale Verkehrsbetriebe warten bundesweit ungarische Busse, bieten Fahrzeugreparaturen und sonstige Werkstattleistungen für Dritte im Kfz-Bereich ebenso an, wie sie Autos recyceln und Abschleppdienste vorhalten. Hinzutreten Tourismusdienstleistungen und Ausflugsfahrten, das Betreiben von Taxen, das Vertreiben von Fahrzeugen und die Bereitstellung der eigenen Waschanlage für Außenstehende. Kommunale Wohnungsunternehmen verwalten und verwalten Wohnungen, üben Maklertätigkeiten aus und betreiben neben einem Umzugsservice auch Fingernagelstudios.

Kommunale Gartenbaubetriebe⁴ bieten gärtnerische Leistungen im Bereich der privaten Garten- und Grünpflege an, verkaufen Grünpflanzen, betreiben ökologischen Garten- und Landbau und beteiligen sich am Weinbau. Kom-

munale Druckereien bieten Druckarbeiten zu fairen Preisen an und drucken Geburts- und Todesanzeigen ebenso wie Hochzeitseinladungen für Trauungen, die Standesämter als Ambiente-Trauungen gegen Aufpreis veranstalten, für die wiederum städtische Kantinen einen Partyservice vorhalten.

Städtische Bauhöfe stellen Maschinen und Werkzeuge wie den kommunalen Baukran auch Privaten zur Verfügung. Consulting- und Planungstätigkeiten außerhalb des Gemeindegebiets, auch im Ausland (wie in Polen, Moldawien, Lettland und Litauen), werden ebenso angeboten, wie eine Software-Firma, die auch sanitäre Erzeugnisse und dekorative Baumaterialien vertreiben sollte, in Südindien gegründet. Tochtergesellschaften einer kommunalen Messegesellschaft befinden sich in Tokio, Singapur, Chicago und Warschau. Reisebüros, Sonnenstudios, Hotels, Gaststätten und Campingplätze werden betrieben sowie Fahrräder und Sonnenschirme verliehen. Service- und Reinigungsarbeiten werden Privaten genauso von kommunaler Seite angeboten wie Vermessungs- und Katasterleistungen. Auch Nachhilfeunterricht für Schüler durch Volkshochschulen⁵ darf da nicht fehlen⁶.

* Fortsetzung der Abhandlung erfolgt unter dem Thema „Das Recht der Kommunalwirtschaft in Gegenwart und Zukunft“ in NdsVBl. 1999, Heft 1, S. 1 ff.

1 *Thieser*, der gemeinderat 3/1997, 22.

2 Dazu ausf.: Bericht des Unterausschusses „Kommunale Wirtschaft“ des AK III der IMK: Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in neuen Geschäftsfeldern, März 1998; daraus ist hervorgegangen: *Enkler*, Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in neuen Geschäftsfeldern, ZG 1998, 328 (329 f.). S. a. *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1997, 265; *ders.*, Der Gemeindehaushalt 1998, 131.

3 *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (498).

4 OLG Hamm, DVBl. 1998, 792.

5 OLG Düsseldorf, NWVBl. 1997, 35 m. Anm. *Moraing*.

6 Zu den Beispielen: *Hill*, Betriebs-Berater 1997, 425 (425); *Ehlers*, DVBl. 1997, 137 (138); *ders.*, DVBl. 1998, 497 (498, 504); *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (265); *ders.*, Der Gemeindehaushalt 1998, 131 (131); *Mörschel*, FAZ Nr. 124 v. 30. 5. 1998, S. 15, *Enkler*, ZG 1998, 328 (329 f.); *Dedy/Sonnenschein*, Stadt und Gemeinde 1998, Heft 7-8, 1 (2); *Oebbecke*, in: Kommunale Selbstverwaltung am Ende dieses Jahrhunderts. Ist das politische Konzept noch tragfähig?, Ein Cappenberger Gespräch am 2. 10. 1997, Köln 1998, S. 39 (57); *ders.*, ebenda, S. 86 (86 f.); *Felix Zimmermann*, ebenda, S. 71 (75); *Held*, in: Henneke (Hrsg.), Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet?, 1998, S. 181 ff.

Dagegen beschränkten sich die Kommunen in der Vergangenheit regelmäßig auf die klassischen Bereiche der Ver- und Versorgungswirtschaft, d. h. auf die Versorgung der örtlichen bzw. kreislichen Bevölkerung mit Strom, Gas, Wasser, Fernwärme und öffentlichem Personennahverkehr sowie die Entsorgung des Abfalls und Abwassers. Fragt man nach den Motiven für die Ausweitung kommunaler Betätigung in den vorgenannten Bereichen, liefert die schwierige kommunale Finanzlage das Hauptmotiv. Allen vorgenannten neuen Aktivitäten ist gemeinsam, daß sie nicht in erster Linie der Deckung eines Bedarfs der Bevölkerung dienen, sondern primär zur Erzielung von Einnahmen für die kommunalen Haushalte bzw. das Fachbereichsbudget aufgenommen worden sind⁷.

Die nordrhein-westfälische Landesregierung hatte aufgrund Kleiner Anfragen jüngst zweimal Gelegenheit, sich zur Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung von Kommunen zu äußern. Den Anlaß dafür bildete in einem Fall die Gründung der „Innovatio-Gesellschaft für modernes Gebäudemanagement“, die in den Geschäftsbereichen Sicherheitstechnik, Elektroanlagen, Heizung/Klima, Sanitärtechnik, Aufzüge/Fördertechnik tätig werden sollte⁸; zum anderen ging es um den Erwerb von Anteilen der Gas- und Elektrizitätswerke der Stadt Köln an den Gesellschaften Brunata und Metrona-Polska, deren Unternehmensgegenstand die Vermietung und Wartung von Meßgeräten für den Wärme- und Wasserverbrauch sowie die Erstellung von Heizkostenabrechnungen im privaten Bereich ist⁹. Beides hält die nordrhein-westfälische Landesregierung für unzulässig.

1. Unzureichende kommunale Finanzausstattung

Die Entwicklung der kommunalen Einnahmen hat mit der Ausgabenentwicklung im pflichtigen Bereich nicht Schritt gehalten¹⁰. Neben seit einigen Jahren stagnierenden Steuereinnahmen ist insbesondere auf ebenfalls stagnierende bzw. sogar rückläufige Kostenerstattungen und Finanzausgleichsleistungen der Länder zu verweisen¹¹, so daß in zahlreichen Kommunen selbst bei einem Verzicht auf alle freiwilligen Leistungen die laufenden Einnahmen die laufenden Ausgaben nicht zu decken vermögen. Zwar hat die landesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung¹² in jüngerer Zeit zutreffend herausgearbeitet, daß der Anspruch der Kommunen auf eine aufgabenangemessene Finanzausstattung auch bei fehlender Leistungsfähigkeit des Landes die vom Land zu gewährleistende Mindestausstattung, die so bemessen werden muß, daß damit unter Einbeziehung der kommunalen Steuereinnahmen bei wirtschaftlicher Aufgabenerledigung alle Pflichtaufgaben und ein Mindestmaß an freiwilligen Aufgaben bestritten werden können, nicht unterschreiten darf. Hinzu tritt in den meisten Ländern ein Anspruch der Kommunen auf Kostenerstattung bei der Übertragung von Aufgaben¹³. Indes: Es hapert bei der landesrechtlichen Umsetzung dieser Verfassungsgebote! Überdies hat der VerfGH NW¹⁴ mit seiner – von der Begründung her nachdrücklich zu kritisierenden¹⁵ – Entscheidung vom 9. 7. 1998 den Finanzausstattungsanspruch der Kommunen unter den Vorbehalt der Finanzierungsmöglichkeiten und -willigkeiten des Landes gestellt und einen Kostenerstattungsanspruch für übertragene Aufgaben schlechterdings in Abrede gestellt.

M. a. W.: Diverse Länder lassen ihre Kommunen bei der Finanzierung der ihnen bundes- und landesseitig übertragenen Aufgaben faktisch schlicht im Stich, was bei zahlreichen Kommunen nach dem Motto: „Hilf dir selbst, sonst hilft dir keiner – nur den Findigen gehört die Zukunft“ nicht

nur Überlegungen zum Aufgabenabbau und zur Effizienzsteigerung, sondern auch zur Erschließung neuer Einnahmequellen forciert hat, um mit den so erwirtschafteten Mitteln klassische kommunale Aufgaben im pflichtigen, vor allem aber auch im freiwilligen Bereich, insbesondere für Soziales, Gesundheit, Jugend, Schule und Kultur, zu erwirtschaften bzw. einen Beitrag zur Konsolidierung des Haushalts zu leisten. Die Kommunalpolitik hofft mithin nach dem Motto: „Der Zweck heiligt die Mittel“, die kommunale Haushaltswirtschaft durch unternehmerische Betätigung sanieren zu können (= Kommunen als Profit Center)¹⁶.

7 Otting, DVBl. 1997, 1258 (1259).

8 NW-Landtags-Drucks. 12/3161. Darin führt der Minister für Inneres und Justiz aus: „Wenn Kommunen bzw. kommunale Unternehmen neue Geschäftsfelder besetzen, treten sie in Konkurrenz zu privaten Unternehmen. Mögliche negative Arbeitseffekte, z. B. für mittelständische Unternehmen, dürfen hierbei nicht unterschätzt werden. ... Ist die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen und kommunalen Unternehmen nur unter den strengen Voraussetzungen der GO zulässig. Hieran hält die Landesregierung fest, sie steht daher Forderungen nach einer generellen Ausweitung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten von Kommunen zurückhaltend gegenüber.“

Mit dem breiten Angebot von der Sanitärtechnik über Vertrags- und Mahnwesen bis zu Hausmeister-, Post- und Druckereidiensten ist das Gebiet der Daseinsvorsorge eindeutig verlassen. Ein dringender öffentlicher Zweck ... liegt nicht vor. ... Änderungen der Rahmenbedingungen im Bereich des Abfallrechts und im Bereich des Energiewirtschaftsrechts ... privatwirtschaftliche Konkurrenz auf Aufgabenfeldern ermöglichen, die bisher den Kommunen und ihren Unternehmen vorbehalten waren. ... Umsatzeinbußen in den herkömmlichen Geschäftsfeldern können nach dem damit bestätigten Recht nicht dazu führen, daß das Ausweichen auf neue Geschäftsfelder gemeinderechtlich zulässig wird. ... Unabhängig von dieser rechtlichen Bewertung darf nicht übersehen werden, daß die Teilnahme am Wettbewerb für jede Kommune finanzielle Risiken birgt, für die nach geltendem Recht der kommunale Steuerzahler und das Land eintreten müssen.“

9 NW-Landtags-Drucks. 12/3237. Darin führt der Minister für Inneres und Justiz aus: „Die beschriebenen Aktivitäten sind nach Auffassung der Landesregierung mit der Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen nicht vereinbar. Mit diesen mittelbaren Beteiligungen verläßt die Stadt Köln den Bereich der Daseinsvorsorge. Zwar mögen die Beteiligungen betriebswirtschaftlich attraktiv sein, einen dringenden öffentlichen Zweck im Sinne des § 107 GO kann dies aber nicht begründen. Bei den Auslandsaktivitäten ist zudem offenkundig die Beschränkung auf das eigene Gemeindegebiet nicht beachtet. Diese Beschränkung wird von den Innenministerien aller Länder – mit Ausnahme von Bayern und Thüringen – sowie von der herrschenden Meinung in der Wissenschaft als eine – auch mit Blick auf Art. 28 GG – entscheidende Grenze angesehen (vgl. Bericht über das Professorengespräch des Deutschen Landkreistages im März 1998, DVBl. 1998, 685 ff.).“

Die genannten Aktivitäten haben auch keinerlei Bezug zu den Aufgaben der Stadt Köln und sind selbst mit dem Unternehmensgegenstand der GEW AG nicht zu vereinbaren. Der Hinweis auf die Städtepartnerschaft der Stadt Köln mit Klauenburg kann nicht zu einer anderen Beurteilung führen. Städtepartnerschaften können keine über das rechtlich zulässige Maß hinausgehende eigenständige kommunale Kompetenz begründen.

Vor diesem Hintergrund teilt die Landesregierung die Auffassung der Bezirksregierung Köln, daß die beschriebenen Aktivitäten der Stadt Köln mit dem Kommunalverfassungsrecht nicht vereinbar sind.“

10 Dazu ausf.: Henneke, NdsVBl. 1998, 25; ders., DÖV 1998, 330; ders., Der Landkreis 1998, 150.

11 Henneke, Der Landkreis 1998, 136 sowie 150.

12 NdsStGH, NdsVBl. 1998, 43, in Anknüpfung an BayVerfGH, BayVBl. 1997, 303 sowie 336; dazu ausf.: Henneke, DÖV 1998, 330 (330 ff.).

13 Dazu ausf.: Henneke, NdsVBl. 1998, 25 (27 f., 33 ff.).

14 VerfGH NW, NWVBl. 1998, 390.

15 Dazu ausf.: Henneke, DVBl. 1998, 1158 ff.

16 Hill, Betriebs-Berater 1997, 425 (426); Ehlers, DVBl. 1997, 137 (138); ders., DVBl. 1998, 497 (497); Cronauge, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (266); ders., Der Gemeindehaushalt 1998, 131 (132); Otting, DVBl. 1997, 1258 (1258 f.); Strütmatter, Verwaltung & Management 1997, 221 (221); Badura, DÖV 1998, 818 (819 f.); Enkler, ZG 1998, 328 (330); Möschel, FAZ Nr. 124 v. 30. 5. 1998, S. 15; Oebbecke (Fn. 6), S. 39 (56); Sliedentopf, ebenda, S. 66 (69).

Die Kommunen praktizieren also nicht nur intelligentes Sparen, sondern mit vielfältigen Strategien eine kreative Finanzpolitik, durch eine Kombination der Reduktion von Ausgaben, der inneren Modernisierung der eigenen Verwaltung durch Managementmethoden und der Erschließung neuer Einnahmequellen¹⁷. Die Haushaltskrise hat mithin viele Kommunen sozusagen auf den Geschmack gebracht, den Hauptlösungsbeitrag in einer Ausweitung unternehmerischer Tätigkeit zu suchen¹⁸, zumal vielen Kommunalpolitikern die bisherige restriktive Politik der Kommunalwirtschaft nicht mehr einsichtig erscheint¹⁹. Eine ähnliche Entwicklung hatte es bereits in den zwanziger Jahren gegeben²⁰ – die letztlich zur Statuierung des § 67 DGO führte –, nachdem insbesondere im Kaiserreich, welches – anders als die nachfolgende Weimarer Republik – noch keinen Steuerstaat darstellte, die wirtschaftlichen Staats- und Kommunaleinnahmen noch die entscheidende Haushaltsvorgabe und damit zugleich eine natürliche Ausgabenbegrenzung bildete²¹.

Während die Kommunalwirtschaft vor dem Ersten Weltkrieg auf die Daseinsvorsorge für die Gemeindebürger fixiert war, daneben allerdings auch beträchtliche Gewinne für die kommunalen Haushalte abwarf, weitete sich die kommunale Wirtschaftstätigkeit in der Weimarer Republik auch in den Bereich der reinen Erwerbswirtschaft aus²² – ein Phänomen, dem wir nun erneut begegnen!

2. Verwaltungsmodernisierung bei Ausschluß betriebsbedingter Kündigungen

Die Finanzkrise der öffentlichen Hand hat fraglos der Intensivierung der Verwaltungsmodernisierung im kommunalen Bereich, der Modernisierung der inneren Strukturen vor allem durch die Umsetzung des Neuen Steuerungsmodells²³ mit der Folge nachdrücklich Schub verliehen, daß die dezentrale Ressourcenverantwortung gestärkt, d. h. den Fachbereichen der Verwaltung mehr Autonomie und Verantwortung verliehen wird. Betriebswirtschaftliche Steuerungs- und Managementinstrumente haben Einzug gehalten. Seither bekommen die Fachbereiche (Zuschuß-) Budgets zur Verfügung gestellt, können innerhalb ihres Budgets eigenverantwortlich wirtschaften und in diesem Rahmen auch darüber entscheiden, ob sie die benötigten Dienstleistungen von den Servicebereichen der eigenen Verwaltung, die bisher den Querschnittsämtern zugeordnet waren, erbringen lassen oder sie am Markt „einkaufen“. Die Fachbereiche werden aber durch das Saldoprinzip bei der Budgetierung nicht nur zur Ausgabenreduzierung, sondern auch zur Erzielung eigener Einnahmen angeregt, was erhebliche Kreativität freisetzt, die nicht nur darauf ausgerichtet ist, wie die bestehenden Strukturen verbessert werden können, sondern auch darauf, wie durch Erschließung neuer Geschäftsfelder neue Einnahmen erzielt werden können.

Das Konkurrieren der Serviceeinheiten (Bauhof, Druckerei, Rechtsberatung etc.) mit privaten Konkurrenten hat zudem zur Folge, daß die kommunalen Anbieter im eigenen Hause gegenüber privaten Dienstleistern vielfach bei Durchführung von Vollkostenrechnungen nur dann noch wettbewerbsfähig sind, wenn ihnen auch der private Markt offensteht, um vorhandene Kapazitäten auszulasten. Können sie ihre Leistung nicht zu wettbewerbsfähigen Konditionen anbieten, laufen sie Gefahr, vollständig aus dem Leistungsspektrum der jeweiligen Kommune verdrängt zu werden²⁴.

Viele Kommunen haben auf diese Weise durch die Einführung neuer Managementmethoden und ein stärkeres betriebswirtschaftliches Denken ganz erhebliche Rationalisierungserfolge zu verzeichnen, auch setzt verändertes Recht, etwa der Wegfall des Erfordernisses von Baugenehmigungen für Regelvorhaben, erhebliche Personalkapazitäten frei – der „Haken“ bei alledem ist, daß die Kommunen bei Beginn des jeweiligen Modernisierungs- und Umstrukturierungsprozesses – um die Mitarbeiter für ein aktives Mitwirken zu gewinnen („Mitarbeiterorientierung“) –, in aller Regel auf betriebsbedingte Kündigungen verzichtet haben. Um die vorhandenen, indes freigewordenen Kapazitäten auszulasten, gilt es mithin, „Arbeit aufzusaugen“²⁵ und insbesondere mit bisher ausschließlich intern angebotenen Dienstleistungen an den Markt zu gehen²⁶.

Dabei können – jedenfalls solange, wie sonst ungenutzte Kapazitäten eingesetzt werden – diese Leistungen auch bei streng betriebswirtschaftlicher Kalkulation zu sehr günstigen Konditionen angeboten werden, weil die Grenzkosten sehr niedrig sind²⁷. Vorübergehende Minderauslastungen führen mithin nicht zu Personalfreisetzungen, wie es das Gebot der Wirtschaftlichkeit eigentlich vorgeben würde²⁸, sondern werden durch neue Aktivitäten aufgefangen und dienen damit der Arbeitsplatzsicherung, zumal man sich dabei auf qualifizierte Mitarbeiter, vorhandenes Know-how und bewährte Strukturen stützen kann²⁹.

Zudem wird bisweilen die Vorbildfunktion der öffentlichen Arbeitgeber angeführt und angemahnt, für die ein erhöhtes Anforderungsprofil bestehe³⁰ und ergänzend darauf hingewiesen, daß als Kehrseite Fehlentwicklungen am Arbeitsmarkt letztendlich die Kommunen als Träger der Sozialhilfe unmittelbar träfen³¹.

Von anderen³² wird sogar darauf abgestellt, daß die Vermarktung überschüssiger Kapazitäten aus Rentabilitätsgesichtspunkten geboten sei, um sonst brachliegendes Wirtschaftspotential auszunutzen. Die Wahrnehmung dieser gewinnorientierten Annextätigkeiten werde gleichsam durch das kommunalverfassungsrechtliche Rentabilitätsgebot gefordert. Gewinnmitnahmen bei Gelegenheit einer

17 Hill, *Verwaltung & Management* 1998, 81 (82).

18 Strittmatter, *Verwaltung & Management* 1997, 221 (221).

19 Otting, DVBl. 1997, 1258 (1259); Ehlers, DVBl. 1998, 497 (499).

20 Zutreffend Ehlers, DVBl. 1997, 137 (138).

21 Dazu Ellwein, in: Cappenberger Gespräch (Fn. 6), S. 18 (22).

22 Wieland, in: Henneke (Hrsg.), *Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet?*, 1998, S. 193 ff.

23 Dazu ausf.: Otting, *Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommunen*, 1997, S. 4 ff.

24 Hill, *Betriebs-Berater* 1997, 425 (426); Ehlers, DVBl. 1997, 137 (138); ders., DVBl. 1998, 497 (498); Cronauge, *Der Gemeindehaushalt 1997*, 265 (266); ders., *Der Gemeindehaushalt 1998*, 131 (132); Strittmatter, *Verwaltung & Management* 1997, 221 (221); Otting, DVBl. 1997, 1258 (1258); Enkler, ZG 1998, 328 (330); Badura, DÖV 1998, 818 (819).

25 Wirtschaftswoche vom 10. 8. 1995, S. 14 f.

26 Hill, *Betriebs-Berater* 1997, 425 (426); Strittmatter, *Verwaltung & Management* 1997, 221 (221); Otting (Fn. 23), S. 47 ff.; ders., DVBl. 1997, 1258 (1258); Enkler, ZG 1998, 328 (330); Badura, DÖV 1998, 818 (819); Ehlers, DVBl. 1998, 497 (497); Oebbecke (Fn. 6), S. 39 (57).

27 Oebbecke (Fn. 6), S. 39 (57).

28 Dedy/Sonnenschein, *Stadt und Gemeinde* 1998, Heft 7-8, 1 (4).

29 Enkler, ZG 1998, 328 (330); Cronauge, *Der Gemeindehaushalt 1997*, 265 (266); ders., *Der Gemeindehaushalt 1998*, 131 (132).

30 Cronauge, *Der Gemeindehaushalt 1997*, 265 (266); ders., *Der Gemeindehaushalt 1998*, 131 (132).

31 Cronauge, *Der Gemeindehaushalt 1997*, 265 (266); ders., *Der Gemeindehaushalt 1998*, 131 (132); ebenso Dedy/Sonnenschein, *Stadt und Gemeinde* 1998, Heft 7-8, 1 (4).

32 Moraing, *Der Städtetag* 1998, 523 (524); dazu ausf. Henneke, NdsVBl. 1999, 1 ff. sub I. 5..

durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigten Betätigung seien solange und soweit statthaft, wie das Rentabilitätsgebot verlange, daß vorhandene Produktivitätsreserven voll ausgelastet und sinnvoll genutzt würden.

Schließlich wird gerade für die Stadtwerke geltend gemacht, daß sie in den herkömmlichen Geschäftsfeldern an Wachstumsgrenzen mit der Folge stoßen, daß bei der Versorgung mit Energie und Wasser insbesondere aufgrund des gestiegenen Umweltbewußtseins nur noch geringe oder gar keine Wachstumserwartungen mehr bestehen, was ebenfalls zu unausgelasteten Ressourcen im personellen Bereich führt³³.

Daraus resultiert die Forderung, daß die Kommunen ganz normale Mitspieler am Markt werden müßten und ihre Geschäftspolitik demnach ebenso wie private Unternehmen nach seinen Gesetzen ausrichten müßten³⁴. Gleiches Recht für alle und Herstellung von Waffengleichheit³⁵ lautet daher die Devise³⁶; die Identität der Kommunen³⁷ wird beschworen, während andere insoweit von einer krisenhaften Entwicklung sprechen³⁸.

3. Entmonopolisierung

Erschwert wird die Situation der Kommunen weiter durch eine zunehmende Abschaffung bisheriger staatlicher und kommunaler Monopole. Das den Wettbewerb betonende EG-Recht und seine nationalrechtliche Umsetzung dringen immer tiefer in das kommunale Wirtschaftsrecht mit der Folge ein³⁹, daß zunehmend historisch gewachsene, angestammte Aufgabenfelder der Kommunen zur Disposition stehen, indem bislang den Kommunen zur alleinigen Erledigung zugewiesene Aufgaben für den Wettbewerb geöffnet werden. Die Kommunen sehen sich insoweit mit einer völlig veränderten, die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ihres Handelns verschlechternden Wettbewerbssituation und einem neuen Ordnungsrahmen konfrontiert und entwickeln auch von daher Strategien, wie sie mit ihren bisherigen exklusiven Tätigkeitsfeldern etwa in der Energieversorgung oder der gewerblichen Abfallentsorgung in einem dynamischen Änderungsprozeß bestehen und sich behaupten können⁴⁰.

So hat die Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts im Frühjahr 1998⁴¹ den Schutz geschlossener Versorgungsgebiete mit der Folge beseitigt, daß Ausschließlichkeitsvereinbarungen in Konzessionsverträgen unzulässig werden und fremde EVU Großkunden aus dem bisherigen Kundenkreis der Stadtwerke herausbrechen können, was sich – neben der Gefahr des Rückgangs des Konzessionsabgabekommens – massiv auf die Ertragslage der Stadtwerke auswirken dürfte⁴².

Auch diese, seit längerer Zeit erkennbare – wie aber zu betonen ist: erst jetzt in die konkrete Umsetzungsphase tretende – Veränderung führt bei vielen Kommunen ebenfalls zu dem Bedürfnis, ihren Standort bei der Teilnahme am Wirtschaftsleben mit dem Ziel zu modifizieren, sich und ihren Unternehmen neue Märkte – auch über kommunale Gebietsgrenzen hinaus – zu erschließen und neue Geschäftsfelder aufzutun⁴³. So verlautbart der DStGB⁴⁴: „Es darf nicht dazu kommen, daß den Kommunen und ihren Unternehmen lediglich die kostenintensiven Aufgaben der Daseinsvorsorge verbleiben, die für die Privatwirtschaft uninteressant sind, weil sich mit ihnen kein Geld verdienen läßt.“ Bund und Länder müßten den zunehmenden Trend zur Privatisierung der Gewinne und Sozialisierung der Verluste beenden.

4. Klassifizierung neuer kommunalwirtschaftlicher Betätigung

Versucht man, die neu hinzutretende wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zu klassifizieren, lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden: Zum einen werden gänzlich neue Geschäftsfelder wie der Telekommunikationssektor erschlossen und wahrgenommen, die die Kommunen bisher weder für interne (Eigenbedarfsdeckung) noch für externe Zwecke (Fremdbedarfsdeckung) ausgeübt haben, und die Leistungen Dritten angeboten. Hierfür müssen in der Regel neue Ressourcen aufgebaut werden; ausnahmsweise mögen vorhandene Ressourcen umgewidmet werden können.

Zum anderen werden Tätigkeiten, die bisher ausschließlich internen Zwecken dienten und nunmehr erstmalig Dritten auf dem Markt angeboten werden, ausgeübt, die überwiegend mit vorhandenen, aber nicht mehr oder nicht mehr im bisherigen Umfang notwendigen Ressourcen erbracht werden⁴⁵. Während manche davon ausgehen, daß die breitgefächerte wirtschaftliche Betätigung bisherigen Umfangs aufrechterhalten bleiben muß⁴⁶, weil sie zum Kernbereich kommunaler Aktivitäten gezählt wird⁴⁷ und sich als Ausdruck kommunaler Selbstgestaltung erweist, mit der ein Ableiten der Kommunalverwaltung in eine bloße Voll-

33 *Enkler*, ZG 1998, 328 (330); *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (266) = Der Gemeindehaushalt 1998, 131 (132).

34 *F. Zimmermann* (Fn. 6), S. 71 (74). An Christian Morgensterns Palmström („Weil, so schließt er messerscharf, nicht sein kann, was nicht sein darf“) knüpft unmittelbar *Weigt*, Der Gemeindehaushalt 1998, 74 (77) an: „Es kann nicht sein, daß die Gemeinden und ihre Versorgungsunternehmen nach Energie- und Kartellrecht den Wettbewerb privater Versorgungsunternehmen auf ihrem Gebiet hindern, Stadtwerke demgegenüber nach Kommunalrecht aber nicht in der Lage sind, jenseits der Gemeindegrenzen Wettbewerb zu treiben und damit einen Ausgleich für einen entgangenen Absatz im Gemeindegebiet zu schaffen.“ Ebenso nunmehr auch *Moraing*, Der Gemeindehaushalt 1998, 223 (223).

35 *F. Zimmermann* (Fn. 6), S. 71 (78).

36 Zu dieser Beschreibung kommen auch *Hill*, Betriebs-Berater 1997, 425 (426) und *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (498), ohne sich selbst dieser Bewertung im Ergebnis anzuschließen.

37 *Ellwein* (Fn. 21), S. 82 (84).

38 *Badura*, DÖV 1998, 818 (819).

39 *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (497).

40 *Enkler*, ZG 1998, 328 (329 f.); *Dedy/Sonnenschein*, Stadt und Gemeinde 1998, Heft 7-8, 1 (2); *F. Zimmermann* (Fn. 6), S. 71; *Moraing*, Der Städtetag 1998, 523 (523); *ders.*, Der Gemeindehaushalt 1998, 223 (223 ff.); *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (265).

41 G.v. 28. 4. 1998, BGBl. I S. 730.

42 *Enkler*, ZG 1998, 328 (329 f.); *F. Zimmermann* (Fn. 6), S. 71 (71); *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (265 f.); *ders.*, Der Gemeindehaushalt 1998, 131 (131 f.).

43 *Enkler*, ZG 1998, 328 (329 f.); *Dedy/Sonnenschein*, Stadt und Gemeinde 1998, Heft 7-8, 1 (2 ff.); *F. Zimmermann* (Fn. 6), S. 71 (75); *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (265 f.); *Moraing*, Der Städtetag 1998, 523 (523); *ders.*, Der Gemeindehaushalt 1998, 223 (223 ff.).

44 Pressemitteilung Nr. 39/98 v. 8. 7. 1998.

45 *Enkler*, ZG 1998, 328 (330); *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (266); *ders.*, Der Gemeindehaushalt 1998, 131 (132).

46 *Laux*, in: Cappenberger Gespräch (Fn. 6), S. 80 (81); *Ellwein* (Fn. 21), S. 82 (84).

47 *F. Zimmermann* (Fn. 6), S. 71 (72). Insofern beruft man sich heute auf einen Beitrag von *Rupert Scholz* (DÖV 1997, 441, 442), der darauf hingewiesen hat, daß die Gemeindevirtschaft, die gemeindliche Daseinsvorsorge und die Verwaltung der gemeindlichen Einrichtungen seit jeher das Wesen der kommunalen Selbstverwaltung prägen. Vor allem sie bestimmten das Maß politisch aktueller Selbstverwaltungspotenz und gerade im System einer sozialstaatlichen verfaßten Selbstverwaltung sei ihr Mandat schlechthin typusbestimmend für die kommunale Selbstverwaltung insgesamt. In diesem Sinne gehöre die Gemeindevirtschaft und gehörten die gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen zum funktionellen Kern der gemeindlichen Selbstverwaltung. Darauf beziehen sich gegenwärtig *Hill*, Betriebs-Berater 1997, 425 (427) und *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (266); *ders.*, Der Gemeindehaushalt 1998, 131 (132.).

zugsverwaltung verhindert werden kann⁴⁸, so daß man der kommunalwirtschaftlichen Betätigung erhebliche Freiräume offenlassen müsse, damit sich die Selbstverwaltung in diesem „etwas ruppigen Gelände“ überhaupt noch etablieren könne⁴⁹, sind andere hinsichtlich der Zielrichtung offener. So mahnt *Oebbecke*⁵⁰ an: „Was nach wie vor aussteht, ist eine breite, aus den Interessenzwängen der Einzelentscheidung gelöste Diskussion über Sinn und Unsinn kommunaler Aufgabenerfüllung am Markt und in Bereichen, in denen private Unternehmen tätig sein könnten.“

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Dies leitet über zu der Frage, inwieweit die gebotene Diskussion verfassungsrechtlich determiniert ist. Fünf verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte bedürften insoweit der Ausleuchtung.

1. Wirtschaftsverfassung und Subsidiaritätsprinzip

Der Rückgriff auf eine im GG enthaltene Wirtschaftsverfassung führt zur Begrenzung kommunalwirtschaftlicher Betätigung erkennbar nicht entscheidend weiter. Wie das BVerfG⁵¹ im sog. Mitbestimmungsurteil hervorgehoben hat, gibt das GG keine bestimmte Wirtschaftsordnung vor, sondern legt insbesondere durch Art. 9, 12 und 14 GG nur einen groben Ordnungsrahmen fest. Im übrigen geht es vom Grundsatz der wirtschaftspolitischen Neutralität in dem Sinne aus, daß sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat. Das GG enthält eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Offenheit, um dem Wandel des wirtschaftlichen Lebens Rechnung zu tragen und die normierende Kraft der Verfassung nicht aufs Spiel zu setzen. Dabei hat sich das GG gegen extreme Wirtschaftsformen entschieden; es schließt sowohl ein rein liberalistisches, kapitalistisches Wirtschaftssystem als auch eine totale vergesellschaftete Planwirtschaft aus. Hinsichtlich der kommunalwirtschaftlichen Betätigung folgt aus diesen Darlegungen lediglich, daß staatliche Einflußnahmen auf die Privatwirtschaft verfassungsrechtlich zur Ausnahme werden, aber nicht von vornherein den Makel der Verfassungswidrigkeit in sich tragen.

Auch das Subsidiaritätsprinzip ist im GG positiv-rechtlich nicht verankert. Jedenfalls läßt sich die kommunalwirtschaftliche Betätigung dadurch nicht präzise eingrenzen. Weiterführen kann nur die Überprüfung kommunalwirtschaftlicher Betätigung an einzelnen verfassungsrechtlichen Regelungen, und zwar sowohl am Maßstab der Kompetenzordnung als auch der Grundrechte, wie an dem Prinzip des Abgaben- bzw. Steuerstaates⁵². Darüber hinaus präzisieren einfachgesetzliche Regelungen des kommunalen Wirtschaftsrechts Voraussetzungen und Grenzen der kommunalwirtschaftlichen Betätigung.

2. Wirtschaftsfreiheitsgrundrechte

Die Frage, ob sich Schranken für die wirtschaftliche Betätigung von Bund, Ländern und Kommunen aus Grundrechten ergeben, wird nicht einheitlich beantwortet. Anknüpfend an die viel zitierte Aussage des BVerwG⁵³, daß Art. 12 Abs. 1 GG nicht vor Konkurrenz, auch nicht vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand schütze, läßt sich argumentieren, daß das GG mit der Grundrechtsordnung der Privatwirtschaft nicht die Ausschließlichkeit des wirtschaftlichen Handelns garantiere. Im übrigen mache die öffentliche Hand nicht jede private Konkurrenz unmöglich; eine wirtschaftliche Betätigung von Bund, Ländern und Kommunen

mindere lediglich die Erwerbchancen anderer Unternehmen. Dadurch werde weder die Wettbewerbsfreiheit noch die Chancengleichheit verletzt. Auch Art. 14 GG schütze nicht vor dem Auftreten neuer Konkurrenten.

Durch die wirtschaftliche Tätigkeit von Bund, Ländern und Kommunen wird weder die Berufsausübung noch der Eigentumserwerb Privater rechtlich verboten bzw. eingeschränkt. Verengt man entsprechend der traditionellen, heute überwundenen Sichtweise die Funktion der Grundrechte auf die bloße Abwehr gezielt hoheitlicher Eingriffe, setzen Grundrechte der wirtschaftlichen Betätigung von Staat und Kommunen kaum Grenzen. Die wirtschaftliche Betätigung von Bund, Ländern und Kommunen führt indes zu erheblichen faktischen Grundrechtsbeeinträchtigungen. Gerade für die Berufsfreiheit ist seit längerem geklärt, daß Art. 12 Abs. 1 GG auch Schutz vor faktischen Eingriffen bietet⁵⁴. Das führt dazu, daß private Unternehmen vor solchen Beeinträchtigungen geschützt werden, die nicht durch (dringende) öffentliche Zwecke gerechtfertigt sind. Die wirtschaftliche Tätigkeit von Staat und Kommunen bedarf somit einer besonderen Legitimation, deren Anforderungen abgestuft werden können. Führt die wirtschaftliche Tätigkeit von Staat und Kommunen zu einem öffentlichen Monopol, besteht ein objektives Tätigkeitshindernis für Private. Ein solches Monopol ist, wenn überhaupt, nur durch ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zu rechtfertigen⁵⁵. Entsprechendes gilt, wenn nach und nach eine Monopolstellung entsteht, oder die öffentliche Hand einen Vernichtungswettbewerb führt, dessen Wirkung der Monopolisierung gleichkommt. Ein staatlicher Verdrängungswettbewerb gegen ganze Berufsgruppen bedarf der gleichen Legitimation wie die Statuierung eines hoheitlichen Berufsverbotes. Gegenüber nicht gezielt betroffenen privaten Konkurrenten reichen vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls zur Legitimation wirtschaftlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand aus⁵⁶.

Aufgrund Art. 14 GG kommt es nicht zu weitergehenden Einschränkungen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates und der Kommunen, da Erwerbsmöglichkeiten, Gewinnaussichten, Chancen und Hoffnungen, die sich noch nicht zu Vermögensbestandteilen verdichtet haben, in den Schutzbereich nicht einbezogen werden. Zum Schutzbereich der in Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit gehört unzweifelhaft auch die wirtschaftliche Betätigung. Dieses Auffanggrundrecht kommt jedoch nur zum Tragen, wenn durch grundrechtsrelevantes Verhalten weder die Eigentumsgarantie noch die Berufsfreiheit in ihrem jeweiligen Schutzbereich betroffen sind. Im übrigen ermöglicht die weitgefaßte Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung dem Gesetzgeber bei der Grundrechtsbeschränkung einen weitgefaßten Gestaltungsspielraum. Gerade durch Art. 2 Abs. 1 GG wird aber der bestehende Rechtfertigungszwang für die wirtschaftliche Staatstätigkeit und damit ihr Ausnahmecharakter bestätigt.

48 *Dedy/Sonnenschein*, Staat und Gemeinde 1998, Heft 7-8, 1 (2).

49 *Laux* (Fn. 46), S. 80 (81); *Ellwein* (Fn. 21), S. 82 (84).

50 *Oebbecke* (Fn. 6), S. 39 (60).

51 BVerfGE 50, 296 (336 ff.).

52 Dazu ausf.: *Henneke*, Öffentliches Finanzwesen. Finanzverfassung 1990, Rdn. 20 ff., 445 ff.

53 BVerwGE 39, 329 (336 f.).

54 Dazu ausf.: *Henneke* (Fn. 52), Rdnr. 346 f. sowie *ders.*, Landwirtschaft und Naturschutz, 1986, S. 154 ff.; *Erichsen*, Kommunalrecht des Landes NW, 2. Aufl. 1997, S. 277.

55 BVerwGE 39, 329 (334, 337).

56 Hierzu ausf.: *Ronellenfisch*, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: *Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, Das Handeln des Staates, 1988, § 84 Rdnr. 34 ff.

3. Kompetenzverteilung im Bundesstaat

Bei der wirtschaftlichen Betätigung von Staat und Kommunen ist umstritten, ob die Kompetenzverteilung im Bundesstaat mit der Begrenzung der Kommunen auf die Wahrnehmung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auch für diesen Bereich strikt heranzuziehen ist. Es wird die Auffassung vertreten⁵⁷, für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand sei das bundesstaatliche Kompetenzgefüge gemäß Art. 30, 83 ff., 28 Abs. 2 GG nicht verbindlich bzw. seien diese Normen nur für verwaltungsersetzende Unternehmen, bei denen die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand in unmittelbar verwaltende Tätigkeit übergeht, nicht aber für verwaltungsergänzende Unternehmen anzuwenden. Diese Auffassung⁵⁸ fußt auf der These, daß es insoweit einen durch Art. 30 GG nicht erfaßten Sonderbereich gibt.

Für die Kommunen und ihre gebietsübergreifende wirtschaftliche Betätigung hauptsächlich mit dem Ziel einer verbesserten Kapazitätsauslastung und Gewinnerzielung ist diese These insbesondere von *Wieland*⁵⁹ in abgewandelter Form neu belebt worden, was vor allem im Bereich kommunaler Unternehmen und ihrer Interessenvertreter auf große Resonanz gestoßen ist. Während die Verwaltungstätigkeit des Staates das Prinzip der Ausschließlichkeit des Gebiets voraussetze, sei die wirtschaftliche Betätigung auf Wettbewerb und Konkurrenz ausgerichtet. Wenn den Kommunen durch den Gesetzgeber grundsätzlich das Tor zum Wettbewerb geöffnet werde, könne man sie nicht auf ein bestimmtes Gebiet beschränken. Wenn Art. 28 Abs. 2 GG den Weg zur wirtschaftlichen Betätigung eröffne, verlasse man den Bereich der Verwaltung und komme in den Bereich der Wirtschaft. Die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune greife – auch bei einem weiten Eingriffsverständnis – nicht in das Selbstverwaltungsrecht anderer Gebietskörperschaften ein und sei daher in ihrem Angebot nicht auf das Gemeindegebiet begrenzt. Nur hoheitliches Handeln setze Kompetenzen voraus, welche die Handlungsbefugnisse verschiedener Hoheitsträger gegeneinander abgrenzen müßten. Wirtschaftliches Handeln erfolge demgegenüber im Wettbewerb einer theoretisch unbeschränkten Anzahl von Unternehmen und werde insoweit auch durch Art. 28 Abs. 2 GG nicht beschränkt⁶⁰. Jedenfalls im Rahmen der Erwerbswirtschaft sei den Kommunen ein Tätigwerden jenseits des örtlichen Wirkungskreises gestattet⁶¹. Auf der Grundlage dieser Position wird einfachgesetzlich eine Neufassung der kommunalverfassungsrechtlichen Bestimmungen dahingehend gefordert, die Kommunalwirtschaft nicht mehr an die Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu binden⁶².

Diese Verfassungsinterpretation ist – m. E. zu Recht – auf heftigen Widerspruch gestoßen⁶³. Vielmehr kann es keinen staatlichen bzw. dem Staat zuzurechnenden Aufgabenbereich geben, der nicht der Legitimation durch das GG bedarf. Wenn es aber die Wahrnehmung staatlicher wie kommunaler Zuständigkeiten und Befugnisse außerhalb des GG nicht geben kann, sind die auf eine trennscharfe Abgrenzung der Zuständigkeiten ausgerichteten Regelungen des GG über die Verteilung der Verwaltungskompetenzen unter Einbeziehung der Kommunen auch auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand anzuwenden⁶⁴, auch wenn der Teilnahme am Wirtschaftsleben eine Tendenz zur Expansion zur Grenzüberschreitung immanent ist und sich dafür bei Bund, Ländern und Kommunen gleichermaßen Beispiele⁶⁵ finden lassen.

Für die Gesamtheit staatlichen und kommunalen Wirkens unter Einschluß der Teilnahme am Wirtschaftsverkehr gilt, daß die Träger von Staatsgewalt unter Einschluß der kommunalen Rechtsträger nur innerhalb ihres Wirkungskreises tätig werden dürfen⁶⁶, da es kein außerhalb des GG liegendes Reservat staatlichen Wirkens gibt, auch wenn sich Bund, Länder und Kommunen dabei einer Organisationsform des privaten Rechts bedienen. Die öffentliche Verwaltung bleibt auch dann Verwaltung, wenn sie wirtschaftet. Schließlich stellen öffentliche Unternehmen lediglich rechtstechnisch abgeleitete Formen von Staatsgewalt dar⁶⁷. Bund, Länder und Kommunen dürfen sich daher nicht unbegrenzt wirtschaftlich Konkurrenz machen, sondern müssen ihren jeweiligen Wirkungskreis beachten bzw. sich in gesetzlich zugelassene Formen der Kooperation begeben.

Für die kommunalwirtschaftliche Betätigung bedeutet dies: Kommunale Aufgabenerfüllung einschließlich der wirtschaftlichen Betätigung erfolgt also nicht im Wettbewerb untereinander, sondern grundsätzlich im Nebeneinander abgegrenzter Zuständigkeitsbereiche⁶⁸. Die Kommunen und ihre Unternehmen sind bereits kraft Verfassungsrechts aus Art. 28 Abs. 2 GG, der zugleich eine Verbandskompetenz einräumt und sie in räumlicher und sachlicher Hinsicht⁶⁹ einschränkt, auf die Tätigkeiten in ihrem Gebiet begrenzt, sofern sie nicht ihre Aufgaben zusammen mit anderen Rechtssubjekten in den Rechtsformen interkommunaler Zusammenarbeit wahrnehmen wollen. Neben der Kompetenzbegründung enthält Art. 28 Abs. 2 GG also zugleich im Sinne einer kompetenznegierenden Ne-ultra-vires-Regel eine Beschränkung auf die Erledigung der örtlichen Aufgaben⁷⁰. Es liegt daher auch nicht in der Regelungsbefugnis des einfachen Gesetzgebers, den – derzeit bisweilen deklaratorisch aufgenommenen – Ortsbezug der wirtschaftlichen Betätigung aufzulockern, zumal die Kompetenzerweiterung zugunsten einer Kommune stets zu Lasten einer anderen geht. Dieser Eingriff in die Gebiets-

57 *H.H. Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, S. 195; *Dickersbach*, WiVerw. 1983, 187 (192 ff.); *Ossenbühl*, Bestand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost, 1980, S. 3; *Püttner*, Die Öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 164.

58 Wie Fn. 57.

59 Dazu *Henneke*, in: ders. (Hrsg.), Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung 1998, S. 265 (280 f.); *ders.*, DVBl. 1997, 1270 (1275); *ders.*, DVBl. 1998, 685 (690, 695); *Wieland* (Fn. 22), S. 193 ff..

60 *Enbos Moraing*, Der Städtetag 1998, 523 (525); *ders.*, Der Gemeindehaushalt 1998, 223 (227 f.).

61 *Oting* (Fn. 23), S. 198 f.

62 *Dieckmann*, in: SPD-Landtagsfraktion NRW (Hrsg.), Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, 1997, S. 21 (23); *Dedy/Sonnenschein*, Stadt und Gemeinde 1998, Heft 7-8, 1 (2 f.); *Moraing*, Der Städtetag 1998, 523 (525); *ders.*, Der Gemeindehaushalt 1998, 223 (227 f.).

63 Dazu *Henneke*, DVBl. 1997, 1270 (1275); *ders.*, DVBl. 1998, 685 (695 f.); *ders.* (Fn. 59), S. 265 (281, 284); *Held* (Fn. 6), S. 181 ff.; skeptisch auch *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (268). Grundlegend: *Ericksen* (Fn. 54), S. 273 f.

64 *Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 83 Rdn. 42; *Held* (Fn. 6), S. 181 ff.; *Oebbecke* (Fn. 6), S. 39 (60).

65 Vgl. z.B. *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (504); *Wieland* (Fn. 22), S. 193 ff.

66 *Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1095); *ders.*, DVBl. 1997, 137 (138); *ders.*, DVBl. 1998, 497 (498); *Enkler*, ZG 1998, 328 (336 f.).

67 *Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1095 f.); *ders.*, DVBl. 1998, 497 (504).

68 *Enkler*, ZG 1998, 328 (338); *Burmeister*, in: Püttner (Hrsg.), HdKWP, Bd. 5, 2. Aufl. 1984, S. 3 (42).

69 *Enkler*, ZG 1998, 328 (336); *Löwer*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 1995, Art. 28 Rdn. 37 f.; *Oldiges*, DÖV 1989, 873 (881); *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 28 Rdn. 32; *Oebbecke* (Fn. 6), S. 86 (86 f.).

70 BVerwGE 87, 228 (236); *Enkler*, ZG 1998, 328 (336); *Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1096); *ders.*, DVBl. 1998, 497 (504); vgl. auch ausf.: *Henneke*, DVBl. 1998, 685 (695 f.).

hoheit anderer Kommunen bedürfte aber der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, wofür der Gesichtspunkt besserer Kapazitätsauslastung oder höherer Rendite, ohne daß damit eine unmittelbare Versorgungsleistung für die eigene Bevölkerung erbracht wird, nicht hinreicht^{71, 72}.

4. Garantie kommunaler Selbstverwaltung

Daß die kommunalwirtschaftliche Betätigung grundsätzlich von der Garantie kommunaler Selbstverwaltung umfaßt wird, steht außer Frage. Höchst umstritten ist indes, was dies in concreto bedeutet.

a) Reine Erwerbswirtschaft als Teil der kommunalen Finanzhoheit?

Eine bewunderswert kühne Argumentation⁷³ hat jüngst *Otting*⁷⁴ vorgestellt. Da die reine Erwerbswirtschaft der Kommunen lediglich eine Finanzierungsfunktion für die Wahrnehmung örtlicher Angelegenheiten habe, könne ihre verfassungsrechtliche Garantie nur der finanziellen Komponente des kommunalen Selbstverwaltungsrechts, nämlich der Finanzhoheit, zu entnehmen sein. Zutreffend hebt *Otting* hervor, daß die Kommunen einen gegen das Land gerichteten Anspruch auf eine aufgabenangemessene Finanzausstattung haben; er fügt aber hinzu, daß Konstellationen denkbar seien, in denen der Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung durch den Mangel an finanziellen Ressourcen bedroht sei, ohne daß mit Aussicht auf Erfolg Finanzausgleichsansprüche gegen das Land geltend gemacht werden könnten. Zum Finanzausgleich sei das Land nämlich nur im Rahmen seiner eigenen finanziellen Leistungsfähigkeit verpflichtet, eine Rechtsauffassung, der sich inzwischen der Nordrhein-Westfälische Verfassungsgerichtshof angeschlossen hat⁷⁵, nachdem er bereits in der Vergangenheit entsprechende Positionen eingenommen hatte⁷⁶. *Otting* zeigt ein – vermeintliches – Dilemma auf: In einer allgemeinen staatlichen Finanzkrise könnten Finanzausgleichsansprüche einer Kommune gegen das Land bis unter das Maß der aufgabenadäquaten Mindestfinanzausstattung sinken. Außerdem könnten Kommunen wegen der zulässigen Pauschalierungen im Finanzausgleich in die Situation kommen, in der die eigenen Steuereinnahmen und die Landeszuweisungen zur Finanzierung der Pflichtaufgaben auch bei sparsamsten Ausführungsstandards nicht hinreichten. Die Kommunen stünden dann vor der Wahl, entweder die haushaltsrechtlichen Gebote des Haushaltsausgleichs zu mißachten oder sich über zwingende rechtliche Standards kommunaler Aufgabenerfüllung hinwegzusetzen. Hierfür hat *Oebbecke*⁷⁷ die Lösung in der entsprechenden Anwendung der Regeln des strafrechtlichen Notstandes gesehen. Der Haushaltsausgleich sei das wesentlich überwiegende Interesse, welches eine Abweichung von sonstigen gesetzlichen Regeln legitimieren könne⁷⁸. Dem schließt sich *Otting* nicht an, statt dessen geht er davon aus, daß in dieser Situation sorgfältig zu prüfen sei, ob das Spektrum der kommunalen Einnahmemöglichkeiten überhaupt ausgeschöpft worden sei. Von einer Unterfinanzierung könne nämlich nicht bereits dann gesprochen werden, wenn die tatsächlichen Einnahmen die Ausgaben mittelfristig nicht mehr deckten, sondern erst, wenn auch bei Ausschöpfung aller Einnahmemöglichkeiten diese Deckung ausgeschlossen erscheine. Dabei erstrecke sich der kommunale Einnahmespielraum neben hoheitlichen Einnahmen auch auf Einkünfte aus Vermögensverwaltung und erwerbswirtschaftlicher Betätigung. Daraus schlußfolgert *Otting*⁷⁹: Wenn die Beteiligung am staatlichen Steueraufkommen nicht ausreicht, die Erfüllung aller Pflichtauf-

gaben trotz Ausschöpfung aller internen Rationalisierungsmöglichkeiten sicherzustellen, darf die Selbstverwaltungsgarantie die Möglichkeit zur Erschließung sonstiger, nicht-hoheitlicher Einnahmequellen nicht nur nicht verbieten, sondern muß sie sogar garantieren. Um einer Kommune die für die Aufrechterhaltung des Kernbereichs der Selbstverwaltung, mithin für alle Pflichtaufgaben und ein Minimum an freiwilligen Aufgaben, notwendigen Mittel zu sichern, erscheint die Erschließung zusätzlicher nichthoheitlicher Einnahmequellen gegenüber dem von *Oebbecke* vorgeschlagenen Gesetzesbruch bei den Ausgabeverpflichtungen als das mildere Mittel. Die daraus abgeleitete Folgerung ist auf den ersten Blick einfach: Ist der einfache Gesetzgeber nicht in der Lage, die Kommunen ausreichend mit Finanzmitteln auszustatten, dürfe er ihnen durch das kommunale Wirtschaftsrecht nicht die Ausschöpfung an sich vorhandener Einnahmepotentiale verweigern. Die mittelbare Förderung von Gemeinwohlaufgaben durch Erzielung von Einnahmen für den Gemeindehaushalt sei nicht nur zulässig, sondern verfassungsrechtlich sogar geboten.

Wasser auf die Mühlen dieser Interpretation ist die jüngste Entscheidung des VerFGH NW⁸⁰, der indes inhaltlich nicht gefolgt werden kann⁸¹. Unzutreffend ist nämlich bereits die Prämisse: Der Vorbehalt der Leistungsfähigkeit des Landes bezieht sich nur auf die freiwilligen Aufgaben der Kommunen, nicht aber auf deren pflichtige Aufgaben⁸². Beim verfassungsrechtlich gebotenen Volumen des kommunalen Finanzausgleichs ist zutreffenderweise zwischen dem zu unterscheiden, was zum unantastbaren Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung mit der Folge zu zählen ist, daß dem Gesetzgeber Eingriffe insoweit völlig untersagt sind, und dem Randbereich, wo dem Gesetzgeber Gestaltungsspielräume unter Beachtung des Übermaßverbots zustehen. Die finanzielle Mindestausstattung gehört dabei zum unantastbaren Kernbereich. Dieser umfaßt unabhängig von der Leistungsfähigkeit des Landes die erforderlichen Mittel zur Erfüllung aller Pflichtaufgaben und eines Mindestmaßes an freiwilligen Aufgaben. Im Randbereich der Selbstverwaltungsgarantie liegt demgegenüber der Anspruch auf aufgabenangemessene Finanzausstattung zur

71 *Enkler*, ZG 1998, 328 (333); *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (504).

72 Nach der bisherigen Rechtslage in Bayern und Thüringen bedurften Unternehmen einer Kommune, die nicht auf das Gebiet der Kommune beschränkt bleiben, der Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde. In Bayern ist jüngst eine Änderung dahingehend vorgenommen worden (BayGVBl. 1998, S. 424), daß eine Kommune mit ihren Unternehmen außerhalb des eigenen Gebiets nur tätig werden darf, wenn dafür neben den allgemeinen Voraussetzungen die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Bei der Versorgung mit Strom und Gas gelten Interessen nur insoweit als berechtigt, die nach den Vorschriften des EnergiewirtschaftsG eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen. Zur Rechtslage in Bayern und Thüringen: *Enkler*, ZG 1998, 328 (340 ff., 348); *Schulz*, BayVBl. 1998, 449 (449 ff.).

73 So zutreffend *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (499).

74 *Otting* (Fn. 23), S. 168 ff.; *ders.*, DVBl. 1997, 1258 (1261 f.).

75 VerFGH NW, NWVBl. 1998, 390 ff.

76 VerFGH NW, DVBl. 1989, 151 (152); DVBl. 1993, 1205 (1206); dazu ausf.: *Henneke*, DÖV 1994, 1.

77 *Oebbecke*, Die Verwaltung 1996, 323 (329 ff.).

78 *Oebbecke*, Die Verwaltung 1996, 323 (331 f.).

79 *Otting* (Fn. 23), S. 180 ff. sowie *ders.*, DVBl. 1997, 1258 (1262).

80 VerFGH NW, NWVBl. 1998, 390 ff.

81 Dazu ausf.: *Henneke*, DVBl. 1998, 1158 ff.

82 BayVerfGH, BayVBl. 1997, 303 (304 f.); NdsStGH, NdsVBl. 1998, 43 (44); *Henneke*, DÖV 1998, 330 (332 f.); unzutreffend dagegen *Schwarz*, KStZ 1998, 145 (145 ff.).

Erfüllung auch freiwilliger Aufgaben. Nur hier gilt wegen der Gleichwertigkeit der Aufgaben von Bund, Ländern und Kommunen das Gebot der Verteilungssymmetrie⁸³. Keineswegs wird entgegen der Annahme von *Ottig*⁸⁴ damit gegen den Grundsatz verstoßen: *ultra posse nemo obligatur*, denn bei fehlender finanzieller Leistungsfähigkeit des Landes wird nichts Unmögliches von ihm verlangt, sondern nur, daß er insoweit von seinem Flexibilisierungspotential hinsichtlich des Bestandes kommunaler Pflichtenaufgaben Gebrauch macht. Kann er den Kommunen keine hinreichende Finanzausstattung zur Verfügung stellen, hat er diese nicht in eine erwerbswirtschaftliche Betätigung zu treiben, sondern einen Abbau von den Kommunen gesetzlich auferlegten Aufgaben und eine Senkung gesetzlich vorgegebener kostentreibender Standards vorzunehmen. Da es den Ländern mithin *stets* möglich ist, eine aufgabenangemessene Finanzausstattung entweder durch Pflichtenreduzierung oder Finanzmittelzuweisung sicherzustellen, geht bereits die von *Ottig* zugrunde gelegte Prämisse ins Leere. Die kommunale Finanzhoheit ist staatsgerichtet und kann deswegen nicht im Wege der Uminterpretation als verfassungsrechtliche Gewährleistung der kommunalen Erwerbswirtschaft mit der Konsequenz verstanden werden, daß die der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen gesetzlich gezogenen Schranken zurückgedrängt werden, um die Ausstattung der Kommunen mit Finanzmitteln verbessern zu können⁸⁵.

Die primär auf Gewinnerzielung ausgerichtete kommunalwirtschaftliche Betätigung kann sich mithin nicht auf die durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützte kommunale Finanzhoheit stützen.

b) Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalwirtschaftlichen Betätigung

Statt dessen nimmt die kommunalwirtschaftliche Betätigung an der verfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung teil. Ihrem sachlichen Schutzgehalt entsprechend erfaßt und sichert die Selbstverwaltungsgarantie die kommunale Wirtschaftstätigkeit nur, soweit sie gegenständlich und räumlich eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft ist und durch ein sie begründendes öffentliches Interesse, das nicht in einem reinen Gewinnstreben bestehen kann, der öffentlichen Verwaltung zuzurechnen ist⁸⁶.

Dabei ist von der neuen Dogmatik des Art. 28 Abs. 2 GG, wie sie das BVerfG im Rastede-Beschluß entwickelt hat⁸⁷, auszugehen. Die Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen hat eine entfaltete kommunale Wirtschaftstätigkeit vorgefunden und in die Verbürgung eines grundsätzlich für Entwicklungen offenen Aufgabenbereichs der Kommunen aufgenommen⁸⁸. Die Kommunalwirtschaft prägt seit jeher das Wesen der kommunalen Selbstverwaltung und ist für sie typusbestimmend⁸⁹. Was heißt das nun aber konkret für Schutzbereich und Begrenzungsmöglichkeiten der kommunalwirtschaftlichen Betätigung?

Von manchen⁹⁰ wird immer noch angenommen, daß die Kommunalwirtschaft zum historisch gewachsenen „eisernen Bestand“ kommunaler Selbstverwaltung zähle und daher dem Kernbereich zuzuordnen sei. Letztlich seien die Kommunen sowohl durch die Gewährleistung der Selbstverwaltungsgarantie des GG als auch durch den tatsächlich historisch gewachsenen Aufgabenbestand als umfassendes örtliches Dienstleistungsunternehmen ausgestaltet. Kommunale Unternehmen seien daher gegenüber der Privatwirtschaft als gleichwertige Versorgungsträger anzuerkennen. Wegen Art. 28 Abs. 2 GG enthalte die Verfassung

nicht nur kein Verbot der Wirtschaftstätigkeit kommunaler Unternehmen, sondern gewähre diesen sogar einen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz⁹¹. Zwar gebe Art. 28 Abs. 2 GG den Kommunen kein Monopolrecht auf bestimmte wirtschaftliche Betätigungen, er sichere ihnen aber ein Spontaneitätsrecht zu⁹². Gesetzliche Regelungen hätten die gemeindliche Wirtschaftshoheit zu achten und auf einschneidende und gravierende Eingriffe in die Substanz der Gemeindegewirtschaft zu verzichten.

Diese Auffassung übersieht die zentralen Aussagen des Rastede-Beschlusses. Danach gehört zum Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltung *kein gegenständlich bestimmter* oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer *Aufgabenkatalog*, wohl aber die Befugnis, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die nicht durch Gesetz bereits anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen sind, ohne besonderen Kompetenztitel anzunehmen („Universalität“ des gemeindlichen Wirkungskreises)⁹³. Aber auch außerhalb dieses engsten Bereichs entfaltet die Gewährleistung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG Rechtswirkungen, die sich aus ihrer normativen Intention herleiten, den Gemeinden einen grundsätzlich *alle* Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassenden Aufgabenbereich zu sichern⁹⁴. Daher postuliert das BVerfG⁹⁵, daß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG auch außerhalb des Kernbereichs der Garantie ein verfassungsrechtliches Aufgabenverteilungsprinzip hinsichtlich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zugunsten der Gemeinden enthält. Aus der doppelten Sicherungsfunktion des in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zum Ausdruck gebrachten Aufgabenverteilungsprinzips (einerseits Abgrenzung gegen den Zuständigkeitsbereich der allgemeinen Politik; andererseits Zuordnung des Betätigungsfeldes der grundgesetzlich gewollten Teilnahme der Bürger an der öffentlichen Verwaltung) leitet das BVerfG die Begriffsbestimmung der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ ab. Hiernach sind dies diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen. Das BVerfG fügt hinzu, daß es bei dieser Bestimmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auf die Verwaltungskraft der Gemeinden hierfür nicht ankommt. Zudem stellt es klar, daß es auf der Hand liegt, daß diese Angelegenheiten *keinen* ein für allemal feststehenden Aufgabenkreis bilden; ebenso sei deutlich, daß dieser Aufgabenkreis auch nicht für alle Gemeinden unerachtet etwa ihrer Einwohnerzahl, flächenmäßigen Ausdehnung und Struktur gleich sein könne⁹⁶.

83 Dazu ausf.: Henneke, DÖV 1998, 330 (334).

84 *Ottig*, DVBl. 1997, 1258 (1261).

85 In diesem Sinne zutreffend *Badura*, DÖV 1998, 818 (823).

86 *Badura*, DÖV 1998, 818 (821).

87 BVerfGE 79, 127 (141 ff.).

88 *Enkler*, ZG 1998, 328 (331).

89 *Schoiz*, DÖV 1976, 441; *Enkler*, ZG 1998, 328 (331).

90 *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (266). Ebenso *Moraing*, Möglichkeiten und Grenzen kommunalwirtschaftlicher Betätigung unter besonderer Berücksichtigung der Telekommunikation, VKU, Beiträge zur kommunalen Versorgungswirtschaft, Heft 84, 1995, 38.

91 *Moraing*, Der Städtetag 1998, 523 (523); *ders.*, Der Gemeindehaushalt 1998, 223 (224).

92 *Moraing* (Fn. 90), 39.

93 BVerfGE 79, 127 (146).

94 BVerfGE 79, 127 (146).

95 BVerfGE 79, 127 (150).

96 BVerfGE 79, 127 (152).

Es kann mithin keine Rede davon sein, daß die kommunalwirtschaftliche Betätigung einen unantastbaren Kernbereichsschutz nach Art. 28 Abs. 2 GG genießt. Umgekehrt wird deutlich, daß sich der Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ausschließlich auf Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft beschränkt. Eine Kommune kann öffentliche Zwecke, die eine staatliche Tätigkeit legitimieren, mithin nur verfolgen, wenn die entsprechenden Aktivitäten grundsätzlich auf den örtlichen Wirkungskreis bezogen sind. Diese Erwägungen bestätigen, daß Art. 28 Abs. 2 GG nicht nur eine die Kommunen schützende Garantienorm darstellt, sondern zugleich eine Umschreibung der begrenzten Verbandskompetenz der Kommunen in räumlicher und sachlicher Hinsicht beinhaltet. Nur soweit eine Aufgabe als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft zu werten ist, erwächst den Gemeinden die Befugnis, sich dieser ohne besonderen Kompetenztitel anzunehmen⁹⁷. Die vom BVerfG geforderte spezifische Ortsbezogenheit liegt nicht schon dann vor, wenn sich z. B. eine kommunale Regelung ausschließlich an die Einwohner der Gemeinde richtet, weil auf diese Weise dem kompetenzrechtlichen Zuordnungskriterium jede abgrenzende Wirkung genommen würde. Notwendig ist vielmehr eine spezifische, über den reinen Sachbezug hinausgehende Ortsbezogenheit, welche voraussetzt, daß die Aufgabe in der örtlichen Gemeinschaft wurzelt⁹⁸. Art. 28 Abs. 2 GG enthält damit sowohl eine vertikale wie eine horizontale Abgrenzung von Aufgabenbereichen, wobei sich das BVerfG bisher lediglich mit der vertikalen Abgrenzung zu befassen hatte. Die horizontale Zuständigkeitsabgrenzung, also die Trennung der Zuständigkeitsbereiche der einzelnen Gemeinden untereinander, spielte demgegenüber in der sog. Krabbenkamp-Entscheidung des BVerwG⁹⁹ eine Rolle. Die dort zur kommunalen Planungshoheit angestellten Erwägungen zur interkommunalen Geltung der Selbstverwaltungsgarantie mit dem daraus folgenden interkommunalen Rücksichtnahmegebot gelten auch für die kommunalwirtschaftliche Betätigung¹⁰⁰. Eine gemeindegebietsüberschreitende kommunalwirtschaftliche Betätigung ist mithin nur auf der Grundlage interkommunaler Absprachen und Vereinbarungen zulässig.

Nicht gefolgt werden kann demgegenüber der Auffassung¹⁰¹, daß die Gebietsüberschreitung schon dann durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sei bzw. von ihm sogar erfordert werde, wenn in wettbewerblich strukturierten Märkten jedenfalls solange und soweit, wie mit dem Hauptzweck des wirtschaftlichen Unternehmens die Wahrnehmung einer einwohnernützigen Aufgabe verfolgt werde, die Fremdversorgung dann nicht nur zulässig, sondern sogar unabdingbar sei, wenn dadurch eine bessere Auslastung vorhandener eigener Anlagen oder eine Förderung bzw. Sicherung der Rentabilität des eigenen Unternehmens die Folge sei. Mit einer derartigen Aufweichung wird jeglicher spezifische unmittelbare Örtlichkeitsbezug der Aufgabenerfüllung preisgegeben und einer rein erwerbswirtschaftlich motivierten, vom Örtlichkeitsprinzip abgelösten Marktorientierung Tür und Tor geöffnet. Die bloße Auslastung vorhandener Kapazitäten vermag keineswegs das „Wildern in fremden Revieren“ zu rechtfertigen!

Kann man das Vorliegen einer so definierten örtlich radierten Aufgabe feststellen, so ist diese von dem verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG umfaßt. Sodann stellt sich die weitere Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber befugt ist, eine derartige, bisher im Wege kommunalwirtschaftlicher Betätigung wahrgenommene Aufgabe durch gesetzliche

Regelung der Privatwirtschaft zu übertragen, insbesondere sog. Entmonopolisierungen vorzunehmen. Es ist also die Frage zu klären, ob die grundgesetzliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung die Kommunen auch gegenüber Privatisierungsvorhaben schützt, ob daher der gesetzliche Entzug von kommunalen Aufgaben zugunsten der Privatwirtschaft und der Steuerung durch den Wettbewerb in den Schutzbereich von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG eingreift; ob sich der Gesetzgeber auch dann vor Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG rechtfertigen muß, wenn er bisherige kommunalwirtschaftlich wahrgenommene Aufgaben nicht auf eine andere staatliche Ebene hochzont, sondern sie zugunsten der Privatwirtschaft in den Wettbewerb entläßt. Die Rastede-Entscheidung des BVerfG ist insoweit nicht unmittelbar heranzuziehen.

Wieland¹⁰², Hellermann¹⁰³ und Moraing¹⁰⁴ sind in jüngerer Zeit mehrfach mit der Auffassung hervorgetreten, daß die Selbstverwaltungsgarantie den Schutz dieser nach außen gerichteten, das Verhältnis zum privatwirtschaftlichen Sektor betreffenden Betätigung der Kommunen gegenüber dem staatlichen Gesetzgeber erfordert. Die Entstaatlichung bestimmter Tätigkeiten in die rein privatwirtschaftliche Erledigung durch den Gesetzgeber hindere die Kommunen ebenso wie die Höherzonung von staatlichen Aufgaben an der eigenverantwortlichen Wahrnehmung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Eben diese Entscheidungsbefugnis darüber, welche Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft die Kommune in welcher Weise wahrnehmen wolle, mache aber die gemeindliche Selbstverwaltung aus. Daher müßten an die gesetzgeberische Privatisierung bislang gemeindlicher Aufgaben gleich hohe Rechtfertigungsanforderungen wie an eine staatliche Hochzonung gestellt werden. Auch hier gehe es um den gemeindlichen Aufgabenkreis, um die Kompetenz der Gemeinden, bestimmte Interessen und Bedürfnisse der örtlichen Gemeinschaft aufzugreifen. Aus der gemeindlichen Perspektive stimmten die Verlagerung zu übergeordneten staatlichen Stellen und der Vorbehalt zugunsten der Privatwirtschaft in der Wirkung des Aufgabenentzugs überein. Das Prinzip der gemeindlichen Allzuständigkeit für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft erfordere auch insoweit, daß die Entscheidung über das kommunale Engagement in der örtlichen radierten Daseinsvorsorge prinzipiell bei den Gemeinden verbleibe und der staatliche Gesetzgeber Beschränkungen nur um der Verfolgung konkreter, überwiegender Interessen des Gemeinwohls vornehmen dürfe, d. h. vor allem dann, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen sei. Ein bloßer gesetzgeberischer Aufgabenentzug zugunsten der Privatwirtschaft aus Gründen bloßer Verwaltungseffizi-

97 Enkler, ZG 1998, 328 (331).

98 OVG NW, Der Gemeindehaushalt 1997, 137 (139); Enkler, ZG 1998, 328 (333, 337).

99 BVerwGE 40, 323 (329).

100 Hill, Betriebs-Berater 1997, 425 (430); Henneke, DVBl. 1997, 1270 (1276) unter Bezugnahme auf Schmidt-Aßmann; Glaußen, ZG 1997, 148 (153); Enkler, ZG 1998, 328 (337).

101 Moraing, Der Städtetag 1998, 523 (525); ders., Der Gemeindehaushalt 1998, 223 (228); Weigt, Der Gemeindehaushalt 1998, 74 (78).

102 Wieland/Hellermann, Der Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen gegenüber Einschränkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigung im nationalen und europäischen Recht, VKU, Beiträge zur kommunalen Versorgungswirtschaft, Heft 85, 1995, 26 ff.; dies., DVBl. 1996, 401 (407 ff.).

103 Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, Habil. Schrift, Bielefeld 1998, S. 142 ff.

104 Moraing (Fn. 90), S. 40 f.; ders., Der Städtetag 1997, 285 (287 f.); ders., NWVBl. 1997, 355 (356)

enz oder -ökonomie sei danach nicht zulässig¹⁰⁵. Aus der Sicht der Kommunen sei die in einer Beschneidung ihrer Aufgabenfelder liegende Gefährdung des Selbstverwaltungsrechts durch gesetzliche Privatisierungsvorgaben eine Bedrohung von gleichem Gewicht wie die Verkleinerung ihres Wirkungskreises durch die Höherzonung von Aufgaben. Allein durch das Abstellen auf das Schutzbedürfnis der Kommunen könne die Funktion gemeindlicher Selbstverwaltung auch unter heutigen Bedingungen gewährleistet werden. Träten durch gesetzliche Privatisierungsgebote neuartige Gefährdungen der kommunalen Selbstverwaltung auf, erweise sich die Stärke der institutionellen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung gerade darin, daß sie in ihrem Gewährleistungsgehalt auch gegen diese Bedrohungen Schutz vermittele. Fordere man indes eine gesetzliche Ermächtigung kommunalwirtschaftlicher Betätigung, laufe dies auf einen verfassungsrechtlich nicht vorgesehenen Totalvorbehalt hinaus¹⁰⁶.

So anschaulich die Argumentation auch ist, zutreffend ist sie nicht. Die Grundrechtsordnung wie das sogleich zu behandelnde Prinzip des Abgaben- oder Steuerstaates belegen, daß Art. 28 Abs. 2 GG ein staatsorganisatorisches Prinzip darstellt, das Kompetenzen der Kommunen im Verhältnis zum Staat verfassungsrechtlich absichert und vor allem vor einer Aufgabenhochzonung schützt. Für die Aufgabenabgrenzung im Verhältnis zum privaten Sektor enthält Art. 28 Abs. 2 GG hingegen keine Maßgaben. Die Selbstverwaltungsgarantie vermittelt keine Befugnisse zu Eingriffen in den Aufgabenbestand Privater¹⁰⁷ und hindert deshalb grundsätzlich auch nicht den Gesetzgeber an einer Entkommunalisierung in Richtung einer Privatisierung von Aufgaben. Art. 28 Abs. 2 GG ist staatsgerichtete Kompetenz-, nicht aber bürgerorientierte Befugnisnorm¹⁰⁸. Die Vorschrift und der von ihr umfaßte Grundsatz der Allzuständigkeit betrifft damit den Staatsaufbau und die Grenze staatlicher Organisations- und Ordnungsvollmacht, ohne Befugnisse für die Reichweite ihres Wirkungskreises im Verhältnis zu den einzelnen und zur Privatwirtschaft zu beinhalten¹⁰⁹. Die Abgrenzung der Aufgaben des Staates im Verhältnis zu den grundrechtlich geschützten privatwirtschaftlich wahrgenommenen Aufgaben fällt in die Kompetenz des Gesetzgebers. Dies läuft entgegen *Wieland* und *Hellermann*¹¹⁰ nicht auf einen Totalvorbehalt hinaus. Die Aufgabenallzuständigkeitsvermutung des Art. 28 Abs. 2 GG darf indes nicht gegen ausdrückliche gesetzgeberische Wertungsentscheidungen getroffen werden. Letztlich bleibt es bei dem von *Schoch*¹¹¹ herausgearbeiteten Befund: „Bei Städten, Gemeinden und Landkreisen bewirken Privatisierungen rasch eine Schwächung der kommunalen Selbstverwaltung¹¹². Aufgrund der gesetzlichen Ingerenzrechte schützt das Selbstverwaltungsrecht jedoch, was die materielle Seite angeht, nur im äußersten Kernbereich vor einem Aufgabenzug. Von daher ist das Eintreten für eine Wahrung des Aufgabenbestandes verständlich.“

5. Prinzip des Abgaben- oder Steuerstaates

Das GG enthält zwar keine unmittelbare Festlegung und Gewährleistung einer bestimmten Wirtschaftsordnung, es setzt jedoch die Existenz des Abgaben- bzw. Steuerstaates als selbstverständlich voraus. Die Entscheidung für den Abgaben- bzw. Steuerstaat wird von der Finanzverfassung im X. Abschnitt des GG unterstellt. Soll die Finanzverfassung Wirksamkeit entfalten, müssen die staatlichen und kommunalen Einnahmen überwiegend in dem bestehen, was durch die Finanzverfassung geregelt ist. Der Verfassungsgeber ist davon ausgegangen, daß Bund, Länder und

Kommunen auf die Abgabenerhebung angewiesen sind, weil sie ansonsten über keine nennenswerten Möglichkeiten der Einnahmeerzielung verfügen. Durch das Abgabenprivileg werden Bund, Länder und Kommunen gerade von der Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb aus Gründen der Aufgabenfinanzierung freigestellt. Diesem Freistellungsgedanken würde es widersprechen, wenn sich die öffentliche Hand bei den Möglichkeiten der Einnahmeerzielung auf wirtschaftliche Tätigkeiten unter Vernachlässigung der Abgabenerhebung konzentrieren würde und dürfte. Bei der Schaffung der Finanzverfassung und der Statuierung der Grundrechtsordnung ist der Verfassungsgeber also davon ausgegangen, daß sich die öffentliche Hand vor allem aus Abgaben, insbesondere Steuern, und nicht durch die Selbstbewirtschaftung von Eigentum oder durch Gewerbebetriebe finanziert.

Das BVerfG¹¹³ hat mehrfach ausgeführt, daß die Finanzierung der staatlichen Aufgaben in Bund und Ländern einschließlich der Kommunen in erster Linie der Steuer vorbehalten bleiben müsse. Die grundgesetzliche Finanzverteilung verlore Sinn und Funktion, wenn daneben beliebig andere Abgaben erhoben werden können. Wenn aber die Erhebung sonstiger Abgaben von Verfassungs wegen limitiert ist, muß auch der Erzielung von Einkünften durch eine ausschließlich erwerbswirtschaftlich motivierte, der reinen Gewinnerzielung dienende wirtschaftliche Betätigung des Staates wie der Kommunen ein Riegel vorgeschoben werden¹¹⁴.

Die Entscheidung für den Abgaben- bzw. Steuerstaat findet auch außerhalb der Finanzverfassung im GG ihre Bestätigung. Aus den Garantien privatnützigen Eigentums und privatnütziger Berufstätigkeit ergibt sich, daß der Staat nur am Ertrag des privaten Wirtschaftens teil hat, die Verfassung also auf eine Verstaatlichung des Wirtschaftswesens verzichtet hat. Die in Art. 14 und 12 GG gewährleisteten grundrechtlichen Freiheiten hat der Gesetzgeber bei der Ordnung der Wirtschaft zu respektieren. Auch die in den Strukturprinzipien der Verfassung nach Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG enthaltene Entscheidung für den sozialen Staat schließt die Privatwirtschaft ein; schließlich geht auch Art. 109 Abs. 2 GG mit seiner Festlegung auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht von einer Trennung von Staat und Wirtschaft aus. Demgegenüber handelt es sich bei den Möglichkeiten der Art. 15, 110 Abs. 1 und 135 Abs. 6 GG um Ausnahmebestimmungen.

Zudem muß eine solche wirtschaftliche Tätigkeit des Staates durch öffentliche Zwecke legitimiert sein. Eine ausschließliche oder überwiegende erwerbswirtschaftliche Orientierung ist unzulässig. Zwar liegt die Erzielung von Einnahmen mittelbar im öffentlichen Interesse, wenn die in den Haushalt eingestellten Erträge zur Erfüllung recht-

105 *Wieland/Hellermann*, DVBl. 1996, 401 (408); *Hellermann* (Fn. 103), S. 146 ff.

106 *Wieland/Hellermann* (Fn. 102), S. 29; *dies.*, DVBl. 1996, 401 (407 f.); *Hellermann* (Fn. 103), S. 139 ff.

107 *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinden und Wirtschaft, 1989, S. 217 ff.; *ders.*, DVBl. 1991, 132 (140); *Schmidt-Aßmann*, in: Fs. für Fabricius, 1989, S. 251 (254 f.); *ders.*, in: Fs. für Sendler, 1991, S. 121 (131).

108 Vgl. Fn. 107.

109 *Badura*, DÖV 1998, 818 (823).

110 Vgl. Fn. 106.

111 *Schoch*, DVBl. 1994, 962 (970).

112 DLT-Präsidium, Der Landkreis 1994, 244 (249).

113 BVerfGE 78, 249 (266 f.); 82, 159 (178); 93, 319 (342).

114 *Püttner* (Fn. 57), S. 128 ff.; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 92 ff.; *ders.*, JZ 1990, 1089 (1091); *ders.*, DVBl. 1998, 497 (499 f.); *Berg*, GewArch 1990, 225 (228).

mäßiger staatlicher und kommunaler Aufgaben verwendet werden. Jedoch ist die lediglich mittelbare Gemeinwohlförderung in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig¹¹⁵. Sähe man das rein erwerbswirtschaftliche Gewinnstreben bereits als Gemeinwohlbelang an, könnte nicht nur die Finanzverfassung des GG jederzeit unterlaufen werden, auch ließe sich das Tätigwerden des Staates einschließlich der Kommunen mit der Folge überhaupt nicht mehr eingrenzen, daß die Erforderlichkeit staatlichen Handelns keiner Rechtfertigung mehr bedürfte¹¹⁶. Die aus dem Prinzip des Abgaben- bzw. Steuerstaates gegen ein rein erwerbswirtschaftliches Gewinnstreben herzuleitenden Argumente richten sich hingegen nicht gegen eine bloße Gewinnmitnahme, solange dadurch die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird – was einfachgesetzlich in den Kommunalverfassungen in den Grundsätzen zur Wirtschaftsführung seine Bestätigung findet¹¹⁷. Das GG läßt damit eine staats- und kommunalwirtschaftliche Tätigkeit zwar zu, setzt aber voraus, daß sie die Ausnahme bleibt¹¹⁸.

Das Prinzip des Abgaben- bzw. Steuerstaates beruht auf dem Primat der wirtschaftlichen Betätigung Privater bei Vermeidung unbegrenzter finanzieller Risiken durch die öffentliche Hand. Bei der Abgabenerhebung besteht das Risiko des Staates lediglich in der Realisierung der prognostizierten Einnahmehöhe. Bei eigener wirtschaftlicher Betätigung kommt das Verlustrisiko hinzu. Eintretende Verluste können nur durch Aufgabenverzicht oder Abgabenerhöhung ausgeglichen werden, welche u. a. durch private

Konkurrenten zusätzlich zu den bei ihnen ohnehin anfallenden Abgabelasten aufzubringen wären¹¹⁹.

6. Zwischenergebnis¹²⁰

Hinsichtlich der Ausgangsfrage der Gewinnerzielung und Arbeitsplatzsicherung als Legitimation kommunalwirtschaftlicher Betätigung strukturiert das Verfassungsrecht die einfachgesetzlichen Gestaltungsmöglichkeiten deutlich vor:

- Die bloße Gewinnerzielung vermag eine kommunalwirtschaftliche Betätigung verfassungsrechtlich nicht zu legitimieren.
- Eine örtlich nicht radizierte, kommunalgebietsüberschreitende kommunalwirtschaftliche Betätigung ist von Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich nicht geschützt.
- Verfassungsrechtlichen Schutz gegen gesetzgeberische Privatisierungsentscheidungen bietet Art. 28 Abs. 2 GG nur im äußersten Kernbereich.

115 Ehlers, DVBl. 1998, 497 (499).

116 Ehlers, DVBl. 1998, 497 (499 f.).

117 Ehlers, JZ 1990, 1089 (1091).

118 Dazu ausf.: Henneke (Fn. 52), Rdn. 30 ff., 445 ff.; Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 10. Aufl. 1996, S. 222 f.; Ehlers, JZ 1990, 1089 (1091).

119 Dazu ausf.: Henneke (Fn. 52), Rdn. 445 ff.; Stober (Fn. 118), S. 222 f.

120 Zu den einfachgesetzlichen Schlußfolgerungen im kommunalen Wirtschaftsrecht und Wettbewerbsrecht: Henneke, NdsVBl. 1999, 1 ff.

Abhandlungen

Das Recht der Kommunalwirtschaft in Gegenwart und Zukunft*

Von Professor Dr. Hans-Günter Henneke, Bonn/Osnabrück

I. Kommunales Wirtschaftsrecht

1. Schrankentrias des § 67 DGO

Die heutigen kommunalverfassungsrechtlichen Bestimmungen, die die Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung regeln, sind in ihrer Grundstruktur alle § 67 DGO nachgebildet, wobei allerdings z. T. nicht unerhebliche, teils lockernde, teils verschärfende Abweichungen zu verzeichnen sind¹. Nach der Mehrzahl der Gemeindeordnungen ist eine wirtschaftliche Betätigung zulässig, wenn

- der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
- das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinden und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
- der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden kann.

Einige landesgesetzliche Regelungen weichen hiervon in einzelnen Merkmalen ab, gerade im letzten Jahr hat es Modifizierungen mit gegenläufigen Zwecksetzungen gegeben². Die Abweichungen betreffen sowohl die konkrete Fassung des Erfordernisses des öffentlichen Zwecks als auch die Subsidiaritätsklausel³. In der Regel bezieht sich die Schrankentrias nur auf die Neuaufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung i. S. einer Momentaufnahme, z. T.⁴ wird sie aber i. S. einer ständigen Aufgabenkritik auf die wirtschaftliche Betätigung schlechthin bezogen und kommt damit einem Auftrag zur Dauerprüfung gleich⁵. Angesichts der gerade in den letzten Jahren in den einzelnen Ländern auseinanderspreizenden Normierungen lassen sich im Anschluß an § 67 DGO nicht mehr länderübergreifend allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen auf der Normgeltungsebene formulieren⁶.

Die sog. Schrankentrias bezieht sich regelmäßig nur auf *wirtschaftliche* Unternehmen, für die sich eine Legaldefinition nur in den Kommunalverfassungen Brandenburgs und Nordrhein-Westfalens findet. Mit Ausnahme Thüringens ist dagegen in allen Bundesländern eine Bestimmung darüber getroffen worden⁷, welche kommunalen Einrichtungen mit der Folge nicht als wirtschaftliche Unternehmen anzusehen sind, daß sich die Schrankentrias auf sie nicht bezieht. Im einzelnen sind auch diese Bestimmungen

unterschiedlich gefaßt, wobei in der Regel – wenn auch nicht in allen Ländern – an folgende Kriterien angeknüpft wird:

Unternehmen, zu deren Betrieb die Kommunen gesetzlich verpflichtet sind, Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der Kunstpflege, der körperlichen Ertüchtigung, des Kranken-, Gesundheitswesens und der Wohlfahrtspflege sowie öffentliche Einrichtungen ähnlicher Art sind danach nichtwirtschaftliche Unternehmen. Bisweilen ist auch die Abfall- und Abwasserentsorgung ausdrücklich ausgenommen. Schließlich sind – worauf noch vertiefend einzugehen ist⁸ – in einigen Ländern auch Hilfsbetriebe genannt, die ausschließlich zur Deckung des kommunalen Eigenbedarfs dienen.

2. Subsidiarität

Die divergierendsten Abweichungen von § 67 DGO sind hinsichtlich der sog. Subsidiaritätsklausel festzustellen, die jüngst in Mecklenburg-Vorpommern gelockert, in Rheinland-Pfalz hingegen verschärft worden ist. Manche Länder sehen gar keine ausdrücklich normierte Subsidiaritätsklausel mehr vor⁹. Hier ist der Versuch unternommen worden, diese Klausel über das Kriterium der Zweckerforderlichkeit in das Kommunalverfassungsrecht hineinzuinterpretieren. Auch wenn dies in dieser Form unzulässig sein dürfte¹⁰, ist festzustellen, daß sich in diesen Ländern durch den Wegfall der Subsidiaritätsklausel nicht viel geändert

* Fortsetzung der Abhandlung von Henneke, „Gewinnerzielung und Arbeitsplatzsicherung als Legitimation kommunalwirtschaftlicher Betätigung? – Verfassungsrechtliche Aspekte –“, NdsVBl. 1998, 273.

1 Schoch, DÖV 1993, 377 (379 f.), Moraing, Möglichkeiten und Grenzen kommunalwirtschaftlicher Betätigung unter besonderer Berücksichtigung der Telekommunikation, VKU, Beiträge zur kommunalen Versorgungswirtschaft, Heft 84, 1995, 11.

2 In Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Mecklenburg-Vorpommern.

3 Schoch, DVBl. 1994, 962 (972).

4 Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen.

5 Schoch, DVBl. 1994, 962 (972).

6 Zutreffend Schoch, DÖV 1993, 377 (379 f.).

7 Dazu Henneke, Kreisrecht in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland, 1994, Synopse 3, S. 40.

8 Dazu I.5

9 Baden-Württemberg, Hessen, Nordrhein-Westfalen.

10 Schoch, DÖV 1993, 377 (380).

hat. Wenn Private die Aufgabe besser und wirtschaftlicher erfüllen, fehlt es an der Erforderlichkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung, was den öffentlichen Zweck entfallen läßt¹¹.

Besonders ausgeprägt ist die Subsidiaritätsklausel seit jeher in Bayern und daran anknüpfend in Thüringen. Auch in Rheinland-Pfalz ist die „gängige“ Subsidiaritätsklausel jüngst zu Lasten der Kommunen verändert worden, danach ist das kommunalwirtschaftliche Unternehmen bereits unzulässig, wenn der Zweck ebensogut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt werden kann. Bei dieser gesetzlichen Verschärfung, die in Mecklenburg-Vorpommern zuvor wieder abgeschafft wurde, setzt die Wirtschaftstätigkeit der Kommune voraus, daß diese die öffentliche Aufgabe besser und wirtschaftlicher als Dritte erfüllen kann. Eine solche Klausel findet z. T. ihre verfahrensmäßige Unterstützung darin, daß ein Markterkundungsverfahren vorgeschrieben wird¹². Zum Teil wird eine solche Einschränkung wegen Verstoßes gegen Art. 28 Abs. 2 GG für verfassungswidrig erachtet¹³. Dem ist nicht zu folgen. Für die herkömmliche Subsidiaritätsklausel ist es unstrittig, daß dadurch die Kommunalwirtschaft keineswegs übermäßig zugunsten der Privatwirtschaft eingeengt wird, da es insoweit nicht darauf ankommt, daß die Privatwirtschaft ökonomischer agiert, sondern darauf, ob sie den öffentlichen Zweck ebensogut oder besser erfüllen kann. Für die Kommunalaufsicht ist es daher schwierig handhabbar, eine vergleichende Abwägung der Gemeinden zu überprüfen¹⁴. Zudem steht den kommunalen Vertretungskörperschaften bei diesen wie bei den übrigen wertausfüllungsbedürftigen Merkmalen eine Einschätzungsprärogative zu¹⁵. Wenngleich an die Erforderlichkeit neuartiger kommunalwirtschaftlicher Betätigung höhere Anforderungen zu stellen sind als an hergebrachte Aktivitäten, so kann doch die Kommunalaufsicht diese bei Geltung der herkömmlichen Subsidiaritätsklausel nicht allein deshalb verbieten, weil es private Wettbewerber gibt¹⁶. Aber auch die verschärften Subsidiaritätsklauseln i. S. eines Besser-Prinzips belassen den Kommunen einen erheblichen Gestaltungsspielraum, da sie nicht auf einen bloßen Kosten- oder Rentabilitätsvergleich abstellen und die kommunale Einschätzungsprärogative auch bei Statuierung als „Besser-Prinzip“ Geltung beansprucht. Von einer Verletzung des Art. 28 Abs. 2 GG kann mithin auch bei verschärften Subsidiaritätsklauseln keine Rede sein¹⁷, was als Kehrseite dazu geführt hat, daß die Subsidiaritätsklausel als geradezu „zahnlos“ bezeichnet worden ist¹⁸. Ebenfalls nicht verfassungswidrig, aber für die Subsidiaritätsklausel konturschärfend und zähneverleihend sind prozedurale Regelungen, wie etwa die an das Interessenbekundungsverfahren in § 7 Abs. 2 BHO anknüpfenden Markterkundungsverfahren, da sie der Transparenz dienen und dazu beitragen, daß die kommunalen Vertretungskörperschaften nachvollziehbare und verantwortete Entscheidungen treffen können¹⁹.

3. Leistungsfähigkeit und Bedarf

Die Frage der Leistungsfähigkeit der Kommunen und ihres Bedarfs bezieht sich nicht nur auf die finanzielle Leistungskraft, sondern auch auf die Frage angemessener personeller Ressourcen²⁰. Auch insoweit besteht eine Einschätzungsprärogative der kommunalen Vertretungskörperschaften, wobei es der Kommunalaufsicht zukommt, darauf zu achten, daß die Kommune angesichts der mit dem Markteintritt verbundenen Risiken den Bedarf, den die kommunalwirtschaftliche Betätigung decken soll, sorgfältig erkundet – etwa in Form der bereits genannten Markt-

analyse – und die notwendigen Abwägungen angestellt hat²¹. Gerade das Merkmal der Leistungsfähigkeit und Bedarfsorientierung ist es, in welchem die Folgenverantwortung der kommunalen Vertretungskörperschaft ihren besonderen Ausdruck findet, gilt es doch, die Leistungsfähigkeit nicht nur hier und jetzt, sondern auch für die Zukunft zu sichern. Dabei ist hinsichtlich der Auslastung bestehender Kapazitäten zu berücksichtigen, ob das Einsteigen in neue Geschäftsfelder unter Umständen zur Perpetuierung für die öffentliche Aufgabenerfüllung an sich nicht mehr notwendiger Teilbereiche beiträgt. Hinsichtlich der beschäftigungspolitischen Motive sind insoweit Möglichkeiten der Befristung von Beschäftigungsverhältnissen zu prüfen. Das Gebot der Leistungsfähigkeit und der Bedarfsorientierung zwingt also dazu, eine nicht nur gegenwartsbezogene Betrachtung anzustellen, sondern zu fragen, welche Strukturen sich eine Kommune auch langfristig leisten kann²².

4. Hauptmerkmal: Öffentlicher Zweck

Damit rückt als die eigentlich maßgebliche Grenze für die kommunalwirtschaftliche Betätigung der öffentliche Zweck in den Mittelpunkt der Zulässigkeitsprüfung, wobei nach der nordrhein-westfälischen Regelung ein dringender öffentlicher Zweck die kommunalwirtschaftliche Betätigung nicht nur rechtfertigen, sondern sogar erfordern muß. Durch das – für alles Staatshandeln geltende – Erfordernis der öffentlichen Zwecksetzung wird die Kommunalwirtschaft auf – nicht abschließend zu beschreibende – Gemeinwohlbelange festgelegt²³. Es müssen Zielsetzungen verfolgt werden, die aus der Verpflichtung der Kommunen zur Förderung des gemeinsamen Wohls ihrer Einwohnerschaft zu rechtfertigen sind²⁴. Das ist der Fall, wenn die Lieferungen und Leistungen der kommunalen Unternehmen sachlich und räumlich grundsätzlich im gemeindlichen Wirkungskreis liegen und dazu dienen, Bedürfnisse der Gemeindeeinwohner zu befriedigen²⁵. So sind vielfältige öffentliche Zwecke sozial-, umwelt- und wettbewerbspolitischer Art bis hin zu wirtschaftsfördernden und arbeitsplatzsichernden Aktivitäten denkbar²⁶.

11 Ehlers, DVBl. 1998, 497 (501); Badura, DÖV 1998, 818 (822).

12 Schoch, DVBl. 1994, 962 (972).

13 Wieland/Hellermann, Der Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen gegenüber Einschränkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigung im nationalen und europäischen Recht, VKU, Beiträge zur kommunalen Versorgungswirtschaft, Heft 85, 1995, 44 ff., 63 f.; F. Zimmermann, in: Kommunale Selbstverwaltung am Ende dieses Jahrhunderts. Ist das politische Konzept noch tragfähig?, Ein Cappenberger Gespräch am 2. 10. 1997, Köln 1998, S. 71 (74).

14 Hill, Betriebs-Berater 1997, 425 (428).

15 Hill, Betriebs-Berater 1997, 425 (429); Ehlers, DVBl. 1998, 497 (501 f.); Moraing (Fn. 1), 32 ff.

16 Ehlers, DVBl. 1998, 497 (502).

17 Ehlers, DVBl. 1998, 497 (502).

18 Schoch, DVBl. 1994, 962 (972).

19 Hill, Betriebs-Berater 1997, 425 (428 f.); Ehlers, DVBl. 1998, 497 (502).

20 Cronauge, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (268); ders., Der Gemeindehaushalt 1998, 131 (134).

21 Moraing, Der Städtetag 1998, 523 (524).

22 Hill, Betriebs-Berater 1997, 425 (431).

23 Ehlers, JZ 1990, 1089 (1091); ders., DVBl. 1998, 497 (498).

24 BVerwGE 39, 329 (333); Hill, Betriebs-Berater 1997, 425 (429); Strittmatter, Verwaltung & Management 1997, 221 (223); Moraing (Fn. 1), 23 ff.; Cronauge, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (267); Badura, DÖV 1998, 818 (821).

25 Ehlers, JZ 1990, 1089 (1091); Enkler, ZG 1998, 328 (333); Hill, Betriebs-Berater 1997, 425 (429).

26 Hill, Betriebs-Berater 1997, 425 (429); Moraing, Der Städtetag 1997, 285 (288 f.).

Zulässig ist es ferner, die kommunalen Unternehmen als eine „fleet in being“ einzusetzen, die allein durch ihre Existenz wettbewerbsregulierend wirken und im übrigen je nach Situation und Bedarf in den Dienst unterschiedlicher wirtschaftspolitischer Notwendigkeiten gestellt werden können²⁷.

Zum Schutze der kommunalen Selbstverwaltung steht der Vertretungskörperschaft bei der Beurteilung dieses wertausfüllungsbedürftigen, für zeitbedingte Wandlungen in den Anschauungen offenen Rechtsbegriffs ebenfalls eine von der Kommunalwirtschaft wie der Rechtsprechung zu respektierende Einschätzungsprärogative zu²⁸, so daß nicht angenommen werden kann, daß die Kommune de lege lata auf die unabdingbaren Bedürfnisse beschränkt ist, deren Befriedigung durch sie sich als eine leistungsverwaltungsrechtliche Aufgabe darstellt²⁹. Worin die Gemeinde die Förderung des gemeinsamen Wohls ihrer Einwohner sieht, ist nach der im Schrifttum anerkannten³⁰ Rechtsprechung des BVerwG³¹ hauptsächlich den Anschauungen und Entschlüssen ihrer maßgeblichen Organe überlassen und hängt von den örtlichen Verhältnissen, den finanziellen Möglichkeiten der Kommune und den Bedürfnissen ihrer Einwohnerschaft ab, ist also letztlich eine Frage sachgerechter, in starkem Maße von Zweckmäßigkeitserwägungen geprägter Kommunalpolitik, ohne damit vollständig der rechtlich ungebundenen kommunalpolitischen Zweckmäßigkeit überlassen zu sein³². So darf zwar bezweifelt werden³³, ob die massenhafte Errichtung kommunaler Unternehmen in den neuen Ländern zum Abbau der Arbeitslosigkeit und zum Erhalt des kommunalen Spontanitätsrechts auf wirtschaftliche Betätigung sinnvoll oder gar notwendig ist, die Entscheidung hierüber trifft aber grundsätzlich die kommunale Vertretungskörperschaft. Dabei ist zu konzedieren, daß der „Unternehmensgegenstand Arbeitsplatzsicherung“ heute anders als in Zeiten der Vollbeschäftigung zu bewerten ist. Die Bekämpfung der Jugend- und Langzeitarbeitslosigkeit kann insbesondere dann als durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt angesehen werden, wenn sie als Unternehmenszweck festgelegt ist. Um eine solche Konstellation geht es aber dann nicht, wenn mit dem Arbeitsplatzargument die Geschäftstätigkeit kommunaler Unternehmen oder kommunaler Hilfsbetriebe in neue Geschäftsfelder ausgedehnt werden soll³⁴.

Erweist es sich mithin als sehr schwierig, eine positive Begriffsbestimmung der öffentlichen Zwecksetzung vorzunehmen, so fällt die – sich mit dem verfassungsrechtlichen Befund treffende – negative Ausgrenzung sehr viel leichter. Dies gilt zum einen für den Ortsbezug wegen der unmittelbaren Orientierung auf das Einwohnerwohl und zum anderen für den Ausschluß der reinen Gewinnerzielung. Der Amtl. Begr. zu § 67 DGO läßt sich entnehmen, daß es einer Gemeinde nie erlaubt sei zu wirtschaften, wenn ihr einziges Ziel dabei das der Gewinnerzielung sei. Nicht nur die eindeutige Entstehungsgeschichte, auch die Gegenüberstellung der Bestimmungen in den Landesgesetzen über die öffentliche Zwecksetzung einerseits und die Wirtschaftsgrundsätze andererseits, wonach Unternehmen einen Ertrag für den Haushalt der Kommune abwerfen sollen, soweit dadurch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird, spricht für eine Ausklammerung der reinen Erwerbswirtschaft. Hinzu kommt weiter, daß die Beschränkung der Kommunen auf die Verfolgung öffentlicher Zwecke ins Leere ginge, wenn davon auch das reine Erwerbsstreben erfaßt wäre³⁵. Selbstverständlich können auch veränderte Rahmenbedingungen wie etwa durch die Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts die kommunalrechtlichen Vorschriften nicht außer Kraft setzen³⁶.

5. Gewinnmitnahme und Arbeitsplatzsicherung

Legitimiert damit weder das Verfassungsrecht noch das kommunale Wirtschaftsrecht die reine Gewinnerzielungsabsicht kommunalwirtschaftlicher Betätigung, so bleibt der Frage nachzugehen, wie das Spannungsverhältnis von legitimer öffentlicher Zweckverfolgung und Gewinnerzielung sowie Kapazitätsauslastung auszutarieren ist.

Ganz überwiegend werden gewinnorientierte Nebentätigkeiten in gewissem Umfang zugelassen³⁷. Überraschend ist insoweit, daß es angesichts der eingangs geschilderten neuen Geschäftsfelder der Kommunalwirtschaft an aktuellen Systematisierungen fehlt³⁸. Nimmt man diese Systematisierung vor, lassen sich abstrakt sechs Konstellationen voneinander unterscheiden:

- Mit der von einem öffentlichen Zweck getragenen wirtschaftlichen Betätigung werden Gewinne erzielt.
- Mit einer Nebentätigkeit zu einer von einem öffentlichen Zweck getragenen wirtschaftlichen Haupttätigkeit werden unter Auslastung vorhandener, sonst brachliegender, aber noch benötigter Kapazitäten Gewinne erzielt.
- Mit einer Nebentätigkeit zu einer von einem öffentlichen Zweck getragenen wirtschaftlichen Haupttätigkeit werden durch Aufrechterhaltung nicht mehr benötigter oder unter Aufbau neuer Kapazitäten Gewinne erzielt.
- Gewinnerzielung von Hilfsbetrieben, die ausschließlich zur Deckung des kommunalen Eigenbedarfs dienen, scheitert am fehlenden Marktzugang; Gewinnerzielungsabsicht von nichtwirtschaftlichen Unternehmen scheitert am Kostendeckungsprinzip.

27 Ehlers, JZ 1990, 1089 (1091); Moraing, NWVBl. 1997, 355 (357); ders., Der Städtetag 1997, 285 (289).

28 Ehlers, JZ 1990, 1089 (1091); ders., DVBl. 1998, 497 (498 f.); Badura, DÖV 1998, 818 (821); Enkler, ZG 1998, 328 (333); Strittmatter, Verwaltung & Management 1997, 221 (223); Moraing (Fn. 1), 26; ders., NWVBl. 1997, 355 (357); ders., Der Städtetag 1997, 285 (288).

29 So aber Badura, DÖV 1998, 818 (821).

30 Vgl. nur Enkler, ZG 1998, 328 (333); Moraing (Fn. 1), 25; ders., NWVBl. 1997, 355 (357); ders., Der Städtetag 1997, 285 (288); Otting, SächsVBl. 1998, 93 (95); Hill, Betriebs-Berater 1997, 425 (429).

31 BVerwGE 39, 329 (334).

32 Zutreffend Badura, DÖV 1998, 818 (821).

33 In diesem Sinne Strittmatter, Verwaltung & Management 1997, 221 (225).

34 Zutreffend Enkler, ZG 1998, 328 (334); überdehnend Dedy/Sonnenschein, Stadt und Gemeinde 1998, Heft 7-8, 1 (4).

35 Einhelliger Auffassung, vgl. nur Hill, Betriebs-Berater 1997, 425 (429); Ehlers, DVBl. 1998, 497 (499); Enkler, ZG 1998, 328 (334, 346); Dedy/Sonnenschein, Stadt und Gemeinde, Heft 7-8/1998, 1 (4); Badura, DÖV 1998, 818 (819); Moraing (Fn. 1), 27; Hidien, Gemeindliche Betätigungen rein erwerbswirtschaftlicher Art und „öffentlicher Zweck“ kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen, 1981; ebenso Cronauge, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (267); ders., Der Gemeindehaushalt 1998, 131 (133), der allerdings bezweifelt, ob es bei dieser Auslegung bleiben soll; a. A. auf der Grundlage seines abweichenden verfassungsrechtlichen Ansatzes Otting, Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommunen, 1997, S. 192 ff. sowie ders., DVBl. 1997, 1258 (1260).

36 Zutreffend Enkler, ZG 1998, 328 (334).

37 Ablehnend dagegen Otting (Fn. 35), S. 105 ff.; ders., SächsVBl. 1998, 93 (95) wegen der damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten einer Bestimmung der angemessenen Dimension und zudem der abweichenden Zwecksetzungen der kommunalverfassungsrechtlichen Regelungen.

38 Die letzte grundlegende Untersuchung von Rocke, Nebentätigkeiten kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen, Diss. Jur., Kiel 1973, ist ein Vierteljahrhundert alt.

- Mit einer Nebentätigkeit zu einem Hilfsbetrieb werden unter Auslastung vorhandener, sonst brachliegender, aber noch benötigter Kapazitäten durch Marktzutritt Gewinne erzielt bzw. es erfolgt eine untergeordnete Nebentätigkeit zu einem nichtwirtschaftlichen Unternehmen (z. B. Kiosk im Krankenhaus).
- Mit einer nicht nur ergänzenden, unselbständigen oder untergeordneten Nebentätigkeit zu einem Hilfsbetrieb (nichtwirtschaftlichen Unternehmen) werden – ggfs. auch unter Aufrechterhaltung nicht mehr benötigter bzw. bei Aufbau neuer Kapazitäten – Gewinne erzielt.

Die erste Konstellation ist rechtlich völlig unproblematisch. Das Verbot eines ausschließlichen Gewinnstrebens unter dem Gesichtspunkt der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks schließt eine Gewinnmitnahme bei Vorliegen eines anderweitigen öffentlichen Zwecks nicht aus. Nach den verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden, von Art. 90 EGV im wesentlichen sogar geforderten kommunalrechtlichen Wirtschaftsgrundsätzen sollen die wirtschaftlichen Unternehmen und Einrichtungen der Kommunen einen Ertrag für den Haushalt abwerfen. Entscheidend dabei ist aber, daß die Erzielung von Gewinnen nur insoweit zulässig ist, als dadurch die Erfüllung des von der wirtschaftlichen Betätigung verfolgten öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird³⁹. Das heißt: Öffentliche Zwecksetzung einerseits und erwerbswirtschaftliches Gewinnstreben andererseits liegen nicht auf derselben Ebene, statt dessen ist die Gewinnmitnahme erst in zweiter Linie zulässig⁴⁰.

In der vierten Konstellation kommt es nicht zur (angestrebten) Gewinnerzielung, weil Hilfsbetriebe zur ausschließlichen Eigenbedarfsdeckung nicht an den Markt gehen und nichtwirtschaftlichen Unternehmen durch das gebührenrechtliche Kostendeckungsprinzip die Absicht der Gewinnerzielung untersagt ist, was im Einzelfall eintretende Überschüsse nicht ausschließt.

Auch die zweite und fünfte Konstellation sind rechtlich im Grundansatz unproblematisch, ja werden durch die Wirtschaftsgrundsätze, die je nach landesrechtlicher Ausgestaltung auch für nichtwirtschaftliche Unternehmen einschl. der Hilfsbetriebe Geltung beanspruchen können, sogar gefordert, werfen jedoch gravierende Abgrenzungsprobleme auf, wie der vertiefend zu behandelnde Fall „Gelsengrün“⁴¹ eindrucksvoll belegt. Soweit es um sinnvolle und untergeordnete Nebengeschäfte geht, die dazu dienen, vorhandene freie Kapazitäten vorübergehend, d. h. solange sie nicht an den Bedarf angepaßt werden können, zu nutzen, werden sie in der zweiten Konstellation vom öffentlichen Zweck der Haupttätigkeit erfaßt, wenn die Betätigung in engem Zusammenhang mit der Haupttätigkeit steht⁴². Dies gilt auch zum Zwecke der Vollauslastung und sinnvollen Nutzung auch weiterhin benötigter Produktionsreserven – selbst unter Vornahme begrenzter Neuinvestitionen – für solche Tätigkeiten, die bei Gelegenheiten der eigentlichen Aufgabenverwirklichung betrieben werden, um sonst brachliegendes Betriebspotential auszunutzen und den Hauptbetrieb damit sozusagen abzurunden⁴³. In Einzelfällen kann die Nutzung sonst brachliegenden Wirtschaftspotentials auch dadurch erfolgen, daß sie sich auf für die Haupttätigkeit nicht benötigte Ressourcen erstreckt, wie dies etwa bei der Vermietung von Werbeflächen oder dem Verkauf von Lizenzen für Software der Fall ist, die in der Kommune und für diese entwickelt worden ist⁴⁴. Die fünfte Konstellation unterscheidet sich von der zweiten dadurch, daß sich das Wirken von Hilfsbetrieben nicht an der Schrankentrias messen lassen muß. Nebentätigkeiten im vorgenannten Sinne werden daher noch den

Hilfsbetrieben zugeordnet⁴⁵. Die gezielte Werbung für solche Zusatzgeschäfte dürfte mit der Nebentätigkeit kaum vereinbar sein⁴⁶. Dauerhaft unausgelastete Kapazitäten dürfen ebenfalls nicht aufrechterhalten werden, um solche zusätzlichen Aktivitäten zu ermöglichen⁴⁷. Außerordentlich problematisch ist die Erweiterung vorhandener Kapazitäten in dieser Konstellation. Während sie weitgehend für unzulässig erachtet wird, wird sie von manchen dann für zulässig gehalten, wenn sie maßvoll ausfällt, um so Verluste hinsichtlich der Erfüllung der Haupttätigkeit auszugleichen bzw. zu minimieren⁴⁸. In keinem Fall darf allerdings die unmittelbar dem Gemeinwohl dienende Tätigkeit durch die Nebentätigkeit in den Hintergrund treten oder zum Vorwand der Erwerbswirtschaft mißbraucht werden. Auch ist es unzulässig, wenn die gewinnorientierte Nebentätigkeit die öffentliche Zwecksetzung der Kommunalwirtschaft beeinträchtigt⁴⁹. Insofern können gravierende Abgrenzungsprobleme entstehen.

Die dritte und die sechste Konstellation sind schließlich dadurch gekennzeichnet, daß zusätzlich zu der durch einen öffentlichen Zweck legitimierten Haupttätigkeit bzw. zusätzlich zum Hilfsbetrieb entweder unausgelastete Kapazitäten mit dem Ziel der Gewinnerzielung aufrechterhalten werden oder neue Kapazitäten aufgebaut werden, ohne daß damit die Haupttätigkeit abgerundet wird, so daß nicht mehr von einer nur ergänzenden, unselbständigen und untergeordneten Nebentätigkeit gesprochen werden kann. Die Folgerung hierfür ist eindeutig: Die so skizzierte Nebentätigkeit muß sich als solche vollständig vor der jeweiligen landesrechtlichen Zulässigkeitsregelung kommunalwirtschaftlicher Betätigung rechtfertigen und kann sich nicht auf den öffentlichen Zweck der Haupttätigkeit bzw. die Zulässigkeit des Hilfsbetriebes stützen. Dies dürfte in der Regel dazu führen, daß das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks wegen der primären Gewinnerzielungsabsicht dargetan werden kann und die Betätigung folglich unzulässig ist⁵⁰. Entscheidend ist hier in Abgrenzung zu den Konstellationen zwei und fünf, ob die in Aussicht genommenen Aktivitäten zielgerichtet, ggfs. sogar unter Aufbau neuer Strukturen und/oder Kapazitäten erfolgen⁵¹.

Diese abstrakte Systematisierung ist die notwendige Voraussetzung dafür, in der konkreten Konstellation überhaupt sachgerechte Zuordnungen vornehmen zu können. Dennoch sind erhebliche praktische Abgrenzungsschwierigkeiten nicht zu verkennen, zumal nicht von der Hand zu weisen ist, daß in concreto die öffentliche Zweckbindung der

39 Ehlers, JZ 1990, 1089 (1091); Badura, DÖV 1998, 818 (822 f.).

40 Ehlers, DVBl. 1998, 497 (500).

41 Dazu unten II.3

42 Enkler, ZG 1998, 328 (334); Dedy/Sonnenschein, Stadt und Gemeinde, Heft 7-8/1998, I (4).

43 Schmidt-Jortzig, in: Püttner (Hrsg.), HdKWP Bd. 5, 2. Aufl. 1984, S. 50 (63); Moraing (Fn. 1), 20; ders., Der Städtetag 1998, 523 (524); Hill, Betriebs-Berater 1997, 425 (430); Badura, DÖV 1998, 818 (820 f.); Ehlers, DVBl. 1998, 497 (500); Enkler, ZG 1998, 328 (334 f.); Dedy/Sonnenschein, Stadt und Gemeinde, Heft 7-8/1998, I (4).

44 Ehlers, DVBl. 1998, 497 (500); vgl. BVerwGE 82, 29 ff.

45 Enkler, ZG 1998, 328 (335).

46 Enkler, ZG 1998, 328 (335).

47 Enkler, ZG 1998, 328 (335); Dedy/Sonnenschein, Stadt und Gemeinde, Heft 7-8/1998, I (4).

48 Ehlers, DVBl. 1998, 497 (501).

49 Ehlers, DVBl. 1998, 497 (501).

50 Schmidt-Jortzig (Fn. 43), S. 50 (63).

51 Enkler, ZG 1998, 328 (334 f.); Moraing (Fn. 1), 19; Hill, Betriebs-Berater 1997, 425 (430).

Kommunalwirtschaft und das Gebot, nach Möglichkeit Erträge für den Haushalt zu erwirtschaften, in den Konstellationen eins, zwei und fünf gegeneinander ausgespielt werden⁵².

6. Drittschutz

In den Bestimmungen über die Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung kommt die Verfolgung von vier unterschiedlichen Zielsetzungen zum Ausdruck. *Finanzpolitisch* sollen die Kommunen vor wirtschaftlichen Risiken und daraus resultierenden finanziellen Verlusten, die den Haushalt belasten und die Erfüllung der eigentlichen kommunalen Aufgaben in Frage stellen können, geschützt werden. *Kommunalpolitisch* sollen die Kommunen ihre Verwaltungskraft auf die Wahrnehmung der originären und der ihnen zugewiesenen Aufgaben zugunsten der Bevölkerung konzentrieren. *Finanzverfassungsrechtlich* sollen sich die Kommunen vor allem aus den Einnahmen aus Abgaben und dem Finanzausgleich und nicht durch die Selbstbewirtschaftung von Eigentum oder durch Gewerbebetriebe finanzieren. *Wirtschaftspolitisch* schließlich sollen die Kommunen mit Rücksicht auf die Privatwirtschaft von einer uneingeschränkten kommunalen Wirtschaftstätigkeit abgehalten werden⁵³.

Dabei steht unstrittig der Schutz der Kommunen vor den ökonomischen Gefahren des Wirtschaftens im Zentrum⁵⁴. Nach der im Schrifttum überwiegend geteilten⁵⁵ Rechtsprechung des BVerwG⁵⁶ und der übrigen Verwaltungsgerichtsbarkeit⁵⁷ dienen die Vorschriften daher nicht dem Schutz privater Konkurrenz und haben mithin nicht die Funktion als Schutznorm zugunsten der Privatkonkurrenten. Dies hat zur Folge, daß private Konkurrenten mangels Verletzung in einem subjektiven Recht nicht mit Erfolg gegen das „Ob“ einer wirtschaftlichen Betätigung vor dem Verwaltungsgericht klagen können. Verwaltungsgerichtliche Auseinandersetzungen hinsichtlich der Grenzen kommunalwirtschaftlicher Betätigung können mithin nur aus kommunalen Klagen gegen kommunalaufsichtliche Beanstandungen herrühren.

Selbst wenn man dieser Auffassung mit guten Gründen nicht folgt⁵⁸ und sowohl dem Erfordernis eines öffentlichen Zwecks als auch – soweit landesrechtlich normiert – der Subsidiaritätsklausel auch drittschützenden Charakter zuspricht, wäre damit für private Konkurrenten nur in Grenzbereichen etwas gewonnen, da sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit ebenso wie die Kommunalaufsicht über die Einschätzungsprärogativen der Kommunen zur Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe nicht hinwegsetzen darf.

7. Steuerungsintensität des Kommunalrechts

Die Steuerungsintensität der Nachfolgebestimmungen des § 67 DGO für das Verhältnis von kommunalwirtschaftlicher Betätigung zur Privatwirtschaft nimmt sich mithin äußerst gering aus⁵⁹, wobei die Abgrenzbarkeit durch Fragen der Gewinnmitnahme und Arbeitsplatzsicherung noch weiter erschwert wird. Zu diesem Befund muß man nicht erst durch die jüngste kommunalwirtschaftliche Betätigung in neuen Geschäftsfeldern kommen. Bereits 1984 führte *Schmidt-Jortzig*⁶⁰ aus:

„Mögen die Ausführungen auch eine genügende juristische Operationalität der Wirtschaftsklausel erwiesen haben, so läßt ein Blick in die Wirklichkeit erkennen, daß die Vorschrift offenbar nicht sonderlich greift, d. h., die Beachtung der verschiedenen einschränkenden Kautelen in der praktischen Arbeit der Kommunen kaum Schwierigkeiten berei-

tet. Das Realbild zeigt jedenfalls eine gegenständlich nahezu unbegrenzte Palette kommunaler Wirtschaftsunternehmen.“

Dies ist ganz entscheidend darauf zurückzuführen, daß – in welcher konkreten landesrechtlichen Ausgestaltung auch immer – die sog. Schrankentrias durchweg aus unbestimmten Rechtsbegriffen besteht, die wertausfüllungsfähig und -bedürftig sind und nahezu zwangsläufig mit einer kommunalen Einschätzungsprärogative verbunden sind. Die kommunalaufsichtliche Kontrolle läuft damit weitestgehend leer⁶¹. Überdies haben manche Kommunalaufsichtsbehörden selbst in eindeutigen Fällen „ein Auge zugedrückt, Engagements ausdrücklich geduldet“ oder „stillschweigend subkutan erlaubt“⁶².

Wenn die normative Steuerungsfähigkeit gegenüber der nahezu unbegrenzten kommunalen Gestaltungsfreiheit erhöht werden soll, die öffentliche Zwecksetzung mehr als „eine Floskel“ oder eine „leerformelhafte Beschwörung“⁶³ sein soll, muß der öffentliche Zweck eindeutiger fixiert und steuerungsstauglich präzisiert werden⁶⁴. Nur so ist eine normgeleitete Verhaltenssteuerung und Erfolgskontrolle kommunaler Entscheidungen über wirtschaftliche Engagements möglich. Die bloße Umschreibung der Gegenstände der Wirtschaftsbetätigung stellt noch keine Zwecksetzung dar. Solange eine Präzisierung der kommunalwirtschaftlich verfolgbarer öffentlichen Zwecke fehlt, ist – zumal angesichts der Zulässigkeit, ja sogar Gebotenheit der Gewinnmitnahme bei Verfolgung öffentlicher Zwecke – der Tatsache nicht beizukommen, daß sich die kommunalwirtschaftliche Betätigung in der Realität häufig statt an der gemeinwohlorientierten Zweckerfüllung an der Gewinnerzielung orientiert und der öffentliche Zweck dabei zu versickern droht⁶⁵.

Hinzu kommt, daß den kommunalrechtlichen Regelungen nach h. M. und st. VerwRspr. keine drittschützende Wirkung beizumessen ist, so daß von Kritikern hinsichtlich der Wirksamkeit verwaltungsgerichtlicher Kontrolle schon von einer an Rechtsverweigerung grenzenden Haltung der Verwaltungsgerichte gesprochen worden ist⁶⁶. Von wirksamen kommunalrechtlichen Regelungen, die Zulässigkeit und Grenzen kommunalwirtschaftlicher Betätigung praktisch faßbar normieren, läßt sich daher in der Tat ernstlich nicht

52 Ehlers, DVBl. 1998, 497 (501).

53 Hill, Betriebs-Berater 1997, 425 (429).

54 Oebbecke, Cappenberger Gespräch (Fn. 13), S. 39 (57).

55 Dazu ausf.: *Schmidt-Abmann*, Kommunalrecht, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, I. Abschn., Rdnr. 120; vgl. auch *Moraing*, Der Städtetag 1997, 285 (286); *ders.*, NWVBl. 1997, 355 (355 f.); *ders.*, Der Städtetag 1998, 523 (526); *ders.* (Fn. 1), 33; *Oebbecke* (Fn. 54), S. 39 (58); *Otting*, SächsVBl. 1998, 93 (94).

56 BVerwGE 39, 329 (336); BVerwG, BayVBl. 1978, 375 (376).

57 BayVGH, BayVBl. 1959, 90 (91); JZ 1976, 641 (641 f.).

58 So etwa *Lerche*, JurA 1970, 821 (856 f.); v. *Mutius*, JuS 1979, 334 (334 f.); *Gerke*, Jura 1985, 349 (356); *Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, 1988, S. 90 f.; *Schoch*, Übungen im öffentlichen Recht II, 1992, S. 216 f.; *Erichsen*, Kommunalrecht des Landes NW, 2. Aufl. 1997, S. 291 f.

59 *Schoch*, DÖV 1993, 377 (380): „Befund ist desillusionierend“; *ders.*, DVBl. 1994, 962 (972).

60 *Schmidt-Jortzig* (Fn. 43), S. 50 (62).

61 *Schoch*, DÖV 1993, 377 (380).

62 *F. Zimmermann* (Fn. 13), S. 71 (79).

63 So *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (500).

64 So *Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1091).

65 *Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1091); *ders.*, DVBl. 1998, 497 (500).

66 *Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1091).

67 *Reiner Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 1990, S. 534; *Schoch*, DÖV 1993, 377 (380).

sprechen. Praktisch gehen die kommunalverfassungsrechtlichen Regelungen nicht über die ohnehin schon bestehenden, allerdings der einfachgesetzlichen Präzisierung bedürftigen verfassungsrechtlichen Vorgaben hinaus, was aber auf eine Abdankung des Kommunalrechts und der Verwaltungsgerichtsbarkeit hinsichtlich der Abgrenzung kommunalwirtschaftlicher Betätigung von der wirtschaftlichen Betätigung Privater hinausläuft. Solange das geltende Kommunalrecht keine präziseren Anforderungen an die Errichtung und den Betrieb von kommunalwirtschaftlichen Unternehmen stellt, werden Grund und Ausmaß der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen weniger rechtlich gesteuert als durch das kommunalpolitische Wollen und das finanzpolitische Können bestimmt⁶⁸ – was nahezu zwangsläufig den Blick auf den wettbewerbsrechtlichen Konkurrentenschutz richtet⁶⁹.

II. Wettbewerbsrecht

1. Abgrenzung kommunales Wirtschaftsrecht / Wettbewerbsrecht

Die Abgrenzung zwischen den kommunalverfassungsrechtlichen Normierungen und § 1 UWG vollzieht sich nach der „Ob-und-Wie-Formel“. Das Wettbewerbsrecht regelt das Marktverhalten, nicht dagegen den Marktzugang⁷⁰. Die Grundentscheidung der öffentlichen Hand, ob sie sich überhaupt am Wettbewerb beteiligen will, ist eine Frage des öffentlichen Rechts. Hinsichtlich des „Ob“ der wirtschaftlichen Betätigung schützt das UWG private Unternehmen grundsätzlich nicht vor Konkurrenz durch die öffentliche Hand überhaupt⁷¹. Dem UWG ist die öffentliche Hand dagegen mit ihrer unternehmerischen Betätigung für den Fall unterworfen, daß sie zu einem Dritten in Wettbewerb tritt und in ihrem Angebots- und Nachfrageverhalten nicht normativ gebunden ist⁷².

So klar diese Grenzziehung in ihrer abstrakten Formulierung erscheinen mag, so sehr geht sie in der Praxis ins Leere. Geradezu blauäugig ist es zu formulieren⁷³, daß zur Überprüfung der kompetenziellen Grenzen öffentlicher Wirtschaftstätigkeit primär die Verwaltungsgerichte berufen seien, die über das „Ob“ zu entscheiden hätten, während den für Wettbewerbssachen zuständigen ordentlichen Gerichten Entscheidungen über das „Wie“ oblägen. Im kommunalen Wirtschaftsrecht sei es zunächst an der Kommunalaufsicht, nach dem Opportunitätsprinzip zu entscheiden, ob sie gegen Übertretungen einschreiten wollten. Erkläre man demgegenüber Kompetenznormen des öffentlichen Rechts zu Individualschutznormen, inkorporiere man deren Schranken in toto in das Wettbewerbsrecht mit der Folge, daß die Kontrollzuständigkeit von Aufsicht und Verwaltungsgerichtsbarkeit unterlaufen werde⁷⁴.

In Untermauerung dieser Abgrenzung wird ausgeführt, daß es aus Sicht der mit kommunalen Unternehmen konkurrierenden Privaten gerade die Ungleichheit der Wettbewerbsbedingungen, nicht dagegen die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr als solche sei, die zu Kritik herausfordere⁷⁵: Steuerliche Bevorzugung, kein Konkursrisiko, Einsatz von Steuermitteln, kein Erfordernis einer Gewinnspanne, Subventionierung, nur Teileinbeziehung der Sach- und Personalkosten, besserer Informations- und Kundenzugang etc.⁷⁶. Nur bei dieser Unterscheidung werde für das Recht der kommunalen Wirtschaft eine Wertungsdivergenz der primär für die Auslegung kommunalrechtlicher Normen zuständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit und der ordentlichen Gerichtsbarkeit vermieden⁷⁷.

Geht es den privaten Konkurrenten wirklich um Fragen der Wettbewerbsverzerrung, um ungleiche Voraussetzungen und unlautere Methoden, trifft der Befund fraglos zu. Diese Konstellationen können aus den nachfolgenden Betrachtungen daher ausgeklammert werden. Damit ist aber nur ein Ausschnitt potentieller Streitigkeiten erfaßt. Entgegen der Annahme *Ottings* geht es den privaten Konkurrenten häufig um die Klärung der Grundfrage des „Ob“ einer kommunalwirtschaftlichen Betätigung. Daß auch diese Frage vor den ordentlichen Gerichten ausgetragen wird, hat seine Ursache in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, den kommunalwirtschaftlichen Betätigungen keinen (auch) drittschützenden Charakter zuzuerkennen. Damit liegt der Rechtsschutz der Konkurrenten gegen kommunalwirtschaftliche Betätigungen in der Praxis nicht bei den Verwaltungsgerichten, sondern bei den Zivilgerichten⁷⁸. Aus Sicht des öffentlichen Rechts ist dabei der Befund von *Schoch*⁷⁹ zu unterstreichen, daß das Ausweichen der privaten Unternehmen auf den wettbewerbsrechtlichen Konkurrentenschutz die offene Flanke des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nicht zu schließen vermag.

2. Verstoß gegen öffentliches Recht und Sittenwidrigkeit

Wettbewerbsrechtlich ist anerkannt, daß nicht jeder öffentlich-rechtliche Gesetzesverstoß automatisch zur Sittenwidrigkeit i. S. von § 1 UWG führt; daher ist es insoweit im allgemeinen nicht entscheidend, daß die Grenzen dieser zulässigen privatwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand überschritten werden. Aufgabe des Wettbewerbsrechts ist es nicht, die Einhaltung sämtlicher Bindungen des öffentlichen Rechts zu sanktionieren⁸⁰. Für die Feststellung der Sittenwidrigkeit ist vielmehr maßgeblich, daß sich die öffentliche Hand durch den Gesetzesverstoß einen ungerechtfertigten Vorsprung vor den gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen sucht⁸¹. Mit der Erwägung, daß Kommunen einen Vorsprung nur erzielen können,

68 *Schoch*, DÖV 1993, 377 (383).

69 Von diesem Befund geht auch der Gesetzentwurf der Bay. Staatsregierung (LT-Drucks. 13/10828 v. 21. 4. 1998, S. 19) aus, wenn es dort heißt: „Mit den zusammenhängenden Vorschriften von S. 1 Nr. 1 (Erfordernis eines öffentlichen Zwecks) und S. 2 (Ausschluß allein auf Gewinnerzielung ausgerichteter Teilnahme am Wettbewerb) will der Gesetzentwurf nicht nur die Kommunen vor den Gefahren überdehnter unternehmerischer Tätigkeit schützen, sondern zugleich auch einer „ungezügelter Erwerbstätigkeit der öffentlichen Hand zu Lasten der Privatwirtschaft vorbeugen“. Auch wenn dieses allgemeine Ziel dem einzelnen Konkurrenten kein subjektiv-öffentliches Recht einräumt, kann es doch einen vor den Zivilgerichten zu verfolgenden, wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch gemäß §§ 1 i. V. m. 13 Abs. 2 UWG begründen (BGH, Betriebs-Berater 1965, 391 – „Blockeis II“; OLG Düsseldorf, NWVBl. 1997, 353; OLG Hamm, DVBl. 1998, 792).“ Das Gesetz ist inzwischen verabschiedet (BayGVBl. 1998, S. 424).

70 *Hill*, Betriebs-Berater 1997, 425 (425); *Moraing*, SächsVBl. 1998, 93 (95); *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (503); *Badura*, DÖV 1998, 818 (822).

71 *Enkler*, ZG 1998, 328 (343 f.).

72 *Badura*, DÖV 1998, 818 (822); *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (502).

73 *Otting*, SächsVBl. 1998, 93 (96).

74 *Otting*, SächsVBl. 1998, 93 (96).

75 *Otting*, SächsVBl. 1998, 93 (96).

76 Dazu ausf.: *Hill*, Betriebs-Berater 1997, 425 (425).

77 *Otting*, SächsVBl. 1998, 93 (96).

78 *Oebbecke* (Fn. 54), S. 39 (58).

79 *Schoch*, DÖV 1993, 377 (380).

80 *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (503, 508); *Otting*, SächsVBl. 1998, 93 (94); *Badura*, DÖV 1998, 818 (822); *Moraing*, NWVBl. 1997, 355 (355); *ders.*, Der Städtetag 1997, 285 (286); *ders.*, Der Städtetag 1998, 523 (526).

81 *Badura*, DÖV 1998, 818 (822); *Otting*, SächsVBl. 1998, 93 (94).

wenn sich die übertretene Norm an alle Wettbewerber richtet, was bei Normen, die – wie die Schrankenbestimmungen des kommunalen Wirtschaftsrechts – nur die kompetenziellen Grenzen öffentlich-rechtlicher Körperschaften festlegen, nie der Fall sei, wird z. T. ein Verstoß gegen § 1 UWG abgelehnt⁸².

Die Rechtsprechung geht demgegenüber mit Unterstützung im Schrifttum⁸³ einen Schritt weiter und kommt in zwei Fallkonstellationen zu einem Verstoß kommunalwirtschaftlicher Betätigung gegen § 1 UWG, nämlich zum ersten, wenn bei einer nach öffentlichem Recht grundsätzlich erlaubten, wenngleich nicht zwingend gebotenen wirtschaftlichen Betätigung zu befürchten ist, daß der Wettbewerber der öffentlichen Hand die Existenz eines anerkannten Berufsstandes bedroht und dadurch zu einer ernststen Gefahr für den Bestand des Wettbewerbs führt und zum zweiten, wenn die Vorschrift, gegen die verstoßen wird, ein wichtiges Gemeinschaftsgut schützen soll, in diesem Sinne daher eine wertbezogene Norm darstellt, so daß der Gesetzesverstoß die wettbewerbsrechtliche Beurteilung beeinflusst. Trotz der h. A., daß die Schrankentrias im kommunalen Wirtschaftsrecht allein den Schutz der Kommunen vor Risiken, nicht aber den Schutz der Mitbewerber bezweckt, ist der BGH⁸⁴ hier zu einem Verstoß gegen § 1 UWG gelangt. Er hat den Schutz der privaten Wirtschaft gegen eine nicht durch einen besonderen öffentlichen Zweck gerechtfertigte kommunalwirtschaftliche Betätigung ausdrücklich als wichtiges Gemeinschaftsinteresse bezeichnet. Die Mißachtung ihres Schutzzwecks widerspreche den guten Sitten im Wettbewerb. Die Verbotsnorm des § 1 UWG, deren Tatbestand auf ein konkretes Wettbewerbsverhältnis abstellt, ergänzt danach die objektiv-rechtliche Schutznorm des Kommunalrechts durch ein subjektives Recht der Konkurrenten der Kommune⁸⁵ mit der Folge einer Gleichsetzung eines Verstoßes gegen die kommunalwirtschaftliche Schrankentrias mit der Sittenwidrigkeit i. S. von § 1 UWG – wobei in dem zugrunde liegenden sog. „Blockeis-II-Fall“ die Besonderheit darin bestand, daß von kommunaler Seite eine Beanstandung durch die Kommunalaufsicht nicht beachtet worden war⁸⁶.

3. Neue Rechtsprechung: VHS-Schülerhelfer und „Gelsengrün“

In jüngerer Zeit sind zwei heftig diskutierte OLG-Entscheidungen hinzugetreten, die beide ausdrücklich auf den Verstoß gegen das kommunale Wirtschaftsrecht zur Begründung der Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG abstellen. Das OLG Düsseldorf⁸⁷ hatte sich mit entgeltlichem Nachhilfeunterricht für Schüler durch eine Volkshochschule zu befassen und qualifizierte diesen als wirtschaftliche Tätigkeit einer außerhalb des Privilegierungsrahmens handelnden – weil die erste Bildungsphase nicht erfassenden – nicht-wirtschaftlichen Einrichtung, die wegen des Vorhandenseins einer hinreichenden Anzahl privater Anbieter weder erforderlich noch von einem dringenden öffentlichen Zweck getragen sei.

Bei „Gelsengrün“⁸⁸ handelt es sich nach der obigen Systematisierung um einen Anwendungsfall der fünften bzw. sechsten Konstellation: Die Kommune wandelte ihr städtisches Grünflächen- bzw. Friedhofsamt in eine in das Handelsregister eingetragene eigenbetriebsähnliche Einrichtung „Gelsengrün“ um. Als Unternehmensgegenstand ist u. a. die Ausführung gärtnerischer und landschaftsbaulicher Arbeiten jeder Art sowie die Durchführung entsprechender Handelsgeschäfte – auch gegenüber Privatpersonen – angegeben. Das OLG Hamm hat der dagegen

gerichteten Konkurrentenklage stattgegeben und im Kern ausgeführt:

„Dieser Grundsatz der freien Entscheidung über das „Ob“ einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, also auch der Gemeinde, erfährt aber eine Ausnahme, wenn gesetzliche Vorschriften die entsprechende Betätigung gerade zum Schutz der privaten Mitbewerber verbieten. Ein solches Verbot erwerbswirtschaftlicher Betätigung spricht hier § 107 GO NW zu Lasten der Beklagten aus ...

§ 107 Abs. 1 GO NW regelt die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinde als Ausnahmetatbestand. Nur wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen, darf sich eine Gemeinde erwerbswirtschaftlich betätigen. Dazu gehört vor allem das Vorliegen eines dringenden öffentlichen Zwecks. Ein Gartenbaubetrieb gehört dazu nicht ... Die bessere Auslastung gemeindlicher Einrichtungen durch eine zusätzliche privatwirtschaftliche Betätigung stellt keinen solchen, die entsprechende Betätigung rechtfertigenden öffentlichen Zweck dar ... Die Gemeinde kann sich den die Betätigung rechtfertigenden Zweck nicht dadurch selbst schaffen, indem sie die entsprechende Einrichtung so dimensioniert, daß sie nur bei zusätzlicher privatwirtschaftlicher Betätigung wirtschaftlich arbeiten kann ...

Die erlaubten Hilfsbetriebe dürfen nur der Deckung des Eigenbedarfs dienen, und zwar, wie § 107 Abs. 2 Ziff. 4 GO NW hervorhebt, ausschließlich. Mit Eigenbedarfsdeckung hat es aber nichts mehr zu tun, wenn die Bekl. über ihre Firma „Gelsengrün“ Dritten gärtnerische Dienste anbieten wie ein privater Gartenbaubetrieb. Die hier verbotene Tätigkeit liegt in jedem Fall außerhalb zulässiger Eigenbedarfsdeckung ...

§ 107 GO NW zieht der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde auch nicht nur im öffentlichen Interesse eine Schranke, um die Gemeinde auf ihre eigentliche Aufgabe, dem öffentlichen Wohl zu dienen und es zu fördern, zu verweisen. Die Vorschrift dient auch dem Schutz der Mitbewerber.“

Das OLG Hamm hat damit die erwerbswirtschaftliche Betätigung nicht der fünften, sondern – unter Verneinung des öffentlichen Zwecks – der sechsten Konstellation zugeordnet und der kommunalverfassungsrechtlichen Bestimmung entgegen der Verwaltungsrechtsprechung drittschützende Wirkung mit der Folge beigemessen, daß – unüberbrückbare – Wertungswidersprüche zwischen der Verwaltungs- und Zivilgerichtsbarkeit entstanden sind. Man mag kritisieren⁸⁹, daß das OLG Hamm den quantitativen Umfang der erwerbswirtschaftlichen Betätigung in Relation zur Eigenbedarfsdeckung nicht gewürdigt hat. Hinsichtlich des Drittschutzes des § 107 GO NW und der entsprechenden Bestimmungen in den anderen Ländern kann man sicherlich nicht von einer „falschen“ Entscheidung sprechen, da die besseren Argumente für die Bejahung eines rechtlich geschützten Interesses streiten. Der BGH hat jüngst die Revision der Beklagten nicht angenommen⁹⁰.

Aus Sicht des öffentlichen Rechts ist der Befund eindeutig: Es bedarf der Reaktion auf die Entwicklung weg vom verwaltungsgerichtlichen hin zum wettbewerbsrechtlichen Rechtsschutz bei „Ob“-Entscheidungen, weil ansonsten die

82 Otting, SächsVBl. 1998, 93 (94).

83 Badura, DÖV 1998, 818 (822); Enkler, ZG 1998, 328 (343 ff.).

84 BGH, GRUR 1965, 373 (374 f.) = Betriebs-Berater 1965, 391.

85 Enkler, ZG 1998, 328 (344); Badura, DÖV 1998, 818 (822).

86 Zutreffend Enkler, ZG 1998, 328 (344).

87 OLG Düsseldorf, NWVBl. 1997, 353 m. Anm. Moraing; dazu

Otting, SächsVBl. 1998, 93; Ehlers, DVBl. 1998, 497 (503).

88 OLG Hamm, DVBl. 1998, 792; dazu Beckmann/David, DVBl. 1998, 1041.

89 OLG Hamm, DVBl. 1998, 792 (793).

90 Cronauge, Der Gemeindehaushalt 1998, 131 (136 f.).

90a BGH I ZR 284/97 v. 8. 10. 1998, BWGZ 1998, 689.

insoweit gebotenen Steuerungswirkungen des öffentlichen Rechts ins Leere gehen. Aus Sicht des öffentlichen Rechts, insbesondere des die Abgrenzung öffentlicher und privater Tätigkeit vornehmenden Gesetzgebers, vermag es nicht zu befriedigen, wenn faktisch für die Abgrenzung der tatsächlichen Spielräume kommunalwirtschaftlicher Betätigung dem landesgesetzgeberischer Entscheidung entzogenen Wettbewerbsrecht eine Korrektivfunktion zukommt⁹¹. Gerade weil das Wettbewerbsrecht Marktverhaltensrecht ist⁹², sind die Marktzugangsregelungen abschließend im öffentlichen Recht zu treffen.

III. Perspektiven der Kommunalrechtsentwicklung

Auch wenn die Meinung vertreten wird⁹³, daß die Grundzüge des geltenden Kommunalwirtschaftsrechts nach wie vor zeitgemäß und daher beizubehalten seien, was insbesondere für das prinzipielle Verbot reiner Erwerbswirtschaft und das Erfordernis der Grenzen des kommunalen Wirkungskreises sowie der Zulässigkeit gewinnorientierter Annextätigkeiten ohne Zugrundelegung eines kleinlichen Maßstabes gelte, wird ganz überwiegend von einem massiven aktuellen Änderungsdruck ausgegangen. Da es eine allgemein-politische und wirtschaftsrechtliche Frage ist, ob und welche Grenzen der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu setzen sind, sind Gesetzgeber und Verwaltung gleichermaßen gefordert⁹⁴; zu konzedieren ist dabei, daß das geltende Recht nicht die verfassungsrechtlich einzig mögliche Lösung darstellt.

Mit den zu erörternden Änderungen wird zugleich über die ordnungspolitische Trennlinie zwischen staatlichen Aufgaben und Aufgaben Privater wie über die Perspektiven der kommunalen Selbstverwaltung entschieden. Drei Grundströmungen lassen sich in der aktuellen Diskussion ausmachen.

1. Dynamische Auslegung des geltenden Rechts

Betrachtet man die aktuellen Stimmen, bildet das Plädoyer für eine dynamische Auslegung des geltenden Rechts⁹⁵ zweifelsohne den Mainstream. Eine Uminterpretation der geltenden Schrankentrias in der jeweiligen landesrechtlichen Erscheinungsform wird das Wort geredet, um so die Zulässigkeit der kommunalwirtschaftlichen Betätigung zu erweitern.

Die Beschränkung der kommunalwirtschaftlichen Betätigung auf die Gemeindegrenzen bei vordringendem Wettbewerb sei anachronistisch. Der Wettbewerb könne sich nicht mehr innerhalb der Gemeindegrenzen abspielen⁹⁶. Die Chancengleichheit für die Kommunen im Wettbewerb könne durch Auslegung und Klarstellung bestehender Regelungen hergestellt werden. Für die Versorgung über die Gemeindegrenzen hinaus biete sich als Lösung an, diese Aktivitäten dann als Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft einzustufen, wenn sie im Interesse der bestmöglichen Einwohnerversorgung notwendig seien, was insbesondere gelte, wenn bei einer Beschränkung auf das Gemeindegebiet die wirtschaftliche Versorgung nicht mehr möglich sei, weil die vorhandenen Kapazitäten nicht mehr ausreichend genutzt werden könnten⁹⁷.

Der öffentliche Zweck müsse so definiert werden, daß kommunale Unternehmen nicht von vornherein in eine strukturelle Unterlegenheit gerieten, zumal die Kunden – die Kundenbindung und Marktdurchdringung fördernde – Komplettangebote aus einer Hand erwarteten⁹⁸. Wenn – wie im

Energiebereich – angestammte Monopole in die Wettbewerbsfreiheit überführt würden, müsse es Kompensationen für die Kommunen geben, da es ihnen vor dem Hintergrund der Selbstverwaltung nicht zuzumuten sei, lediglich tatenlos der Beseitigung angestammter kommunaler Betätigungsfelder durch eine neue Wettbewerbsordnung zuzusehen und einen kontinuierlichen Aufgaben-, Bedeutungs- und Funktionsschwund erdulden zu müssen⁹⁹. Das führe im Lichte der Selbstverwaltungsgarantie zu interpretatorischen Auswirkungen im Rahmen des geltenden Rechts. So sei es unter dem Gesichtspunkt der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks nicht mehr haltbar, die Arbeitsmarktpolitik nicht als kommunale Aufgabe zu qualifizieren. Vielmehr seien die Kommunen in weitem Umfang Arbeitgeber, die i. S. der Erfüllung einer Vorbildfunktion als Arbeitgeber einem erhöhten sozialen Anforderungsprofil zu genügen hätten, zumal Fehlentwicklungen auf dem Arbeitsmarkt die Kommunen als Sozialhilfeträger unmittelbar träfen¹⁰⁰. Beschäftigungsgesellschaften seien daher durch den öffentlichen Zweck der Arbeitsplatzsicherung gerechtfertigt¹⁰¹. Auch die Gewinnerzielungsabsicht sei heute grundsätzlich als öffentliche Zwecksetzung anzuerkennen. Einschränkungen seien allenfalls noch für den Ausnahmefall zu begründen, daß die Gewinnerzielung den alleinigen und ausschließlichen Zweck der Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung darstelle¹⁰². Bei den Hilfsbetrieben müsse die Ausdehnung interner Dienstleistungen auf private Dritte für untergeordnete Fälle wie etwa bei „Gelsengrün“ mit 2,5 % der Gesamtaktivitäten unter Ausschöpfung sonst brachliegender Kapazitäten ohne weiteres zulässig sein¹⁰³.

Insbesondere sechs Einwände sprechen m. E. gegen solche Bestrebungen einer Expansion der Kommunalwirtschaft im Rahmen des geltenden Rechts:

- Angesichts der gravierenden Strukturveränderungen bei sich ändernden rechtlichen Rahmenbedingungen für die Kommunalwirtschaft darf der Wille des Gesetzgebers gerade unter den veränderten Rahmenbedingungen nicht ignoriert werden. Wenn die bundesrechtlich bzw. EG-rechtlich veränderten Rahmenbedingungen der Kommunalwirtschaft Konsequenzen nach sich ziehen sollen, dann ist auch und gerade der Landesgesetzgeber nicht zuletzt unter dem Aspekt der Wesentlichkeitstheorie gefordert¹⁰⁴.
- Da schon bei der gegenwärtigen Interpretation das Kommunalrecht keine hinreichenden Steuerungswirkungen ausübt, würden im Wege der Uminterpretation die Steuerungsdefizite noch erheblich vergrößert.
- Wo EG- und bundesrechtlich bisherige kommunale Monopoltätigkeiten aufgegeben werden, die landesrechtlich

91 So *Otting*, DVBl. 1997, 1258 (1263).

92 *Otting*, DVBl. 1997, 1258 (1263 f.).

93 *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (508).

94 *Badura*, DÖV 1998, 818 (823).

95 Insbesondere *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (269); *ders.*, Der Gemeindehaushalt 1998, 131 (135 f.); *Moraing*, Der Städtetag 1998, 523 (526); *Katz*, BWGZ 1998, 687 (688 f.).

96 *F. Zimmermann* (Fn. 13), S. 71 (72 ff., 79).

97 *Weigt*, Der Gemeindehaushalt 1998, 74 (78).

98 *Moraing*, Der Städtetag 1998, 523 (526).

99 *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (269); *ders.*, Der Gemeindehaushalt 1998, 131 (135).

100 *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (269).

101 *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (270).

102 *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1998, 131 (135).

103 *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1998, 131 (136 f.).

104 Ebenso *Enkler*, ZG 1998, 328 (346).

als nichtwirtschaftliche Tätigkeiten qualifiziert werden, kann es mit einer bloßen Änderung rechtlicher Auslegung nicht sein Bewenden haben. Die bisherigen Regelungen über die nichtwirtschaftliche Tätigkeit bedürfen daher jedenfalls der Neukonzeption.

- Die angestrebte veränderte Definition des öffentlichen Zwecks führt in Wahrheit nicht nur zu einer Zweckerweiterung, sondern zu einer völligen Verwischung der bisher abgeschichteten Ebenen der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks einerseits und der Wirtschaftsgrundsätze, die nicht zu einer Zweckbeeinträchtigung führen dürfen, andererseits.
- Die Überlegungen zur Preisgabe des Örtlichkeitsprinzips sind schlicht mit geltendem Verfassungsrecht nicht vereinbar¹⁰⁵.
- Hinsichtlich der Schutzwürdigkeit von ergänzenden Tätigkeiten zu Hilfsbetrieben würde bei auch künftig nicht anzuerkennendem Drittschutz im öffentlichen Recht nur auf die quantitative Relation zum Hilfsbetrieb, nicht aber auf die Auswirkungen auf das Marktgeschehen abzustellen sein. Damit würde die schon jetzt bestehende Diskrepanz zwischen öffentlichem Recht und Wettbewerbsrecht nur noch erheblich vergrößert.

Aus alledem ergibt sich zwingend, daß dem Mainstream der gegenwärtigen Diskussion nicht zu folgen ist.

2. Gesetzgeberische Erweiterung der kommunalwirtschaftlichen Betätigung

Eine zweite Auffassung, die die bestehende Diskrepanz zwischen kommunalem Wirtschaftsrecht und Wettbewerbsrecht mit dem Ziel ihrer Überwindung zu ihrem Ausgangspunkt nimmt, streitet für eine gesetzgeberische Erweiterung der kommunalwirtschaftlichen Betätigung. Anerkannt wird auch von dieser Auffassung die verfassungsrechtliche Vorgabe, daß ein Recht zu beliebiger wirtschaftlicher Betätigung nicht bestehen kann, sondern es im Hinblick darauf, daß die Staatsgewalt im Rechtsstaat prinzipiell begrenzt ist, immer des Nachweises bedarf, daß Erwägungen des Gemeinwohls das Tätigwerden rechtfertigen. Wenn öffentliche Unternehmen völlig gleichen Bedingungen unterliegen und das gleiche tun können und sollen wie private Unternehmen, können sie aber nicht mehr besonderen öffentlichen Interessen dienen und werden als Instrumente staatlicher und kommunaler Politik untauglich¹⁰⁶. Unter Anerkennung dieser Prämisse sollen aber die bestehenden öffentlich-rechtlichen Einschränkungen zugunsten einer weitestgehenden kommunalpolitischen Entscheidungsprärogative gelockert bzw. ganz aufgegeben werden. Die Vorschläge zur Modifizierung des kommunalen Wirtschaftsrechts beziehen sich insbesondere auf fünf Bereiche, nämlich die

- normative Erweiterung der öffentlichen Zwecksetzung,
- ausdrückliche Erlaubnis von Annexstätigkeiten,
- Lockerung des Territorialprinzips,
- Streichung von Subsidiaritätsklauseln sowie
- Einräumung der kommunalen Wahlfreiheit hinsichtlich der Organisationsformen¹⁰⁷.

Diese Änderungsvorschläge richten sich ausdrücklich an die Landesgesetzgeber, um klare, zeitgemäße, bundesweit harmonisierte und eindeutige gesetzliche Rahmenbedingungen für die kommunalwirtschaftliche Betätigung mit der Folge zu schaffen, daß dadurch die Rechtsprechung der ordentli-

chen Gerichte in Wettbewerbssachen gebunden wird. Streitigkeiten über das „Ob“ kommunalwirtschaftlicher Betätigung können faktisch wegen der Erweiterung der Zulässigkeit nur noch in äußersten Fällen entstehen. Konkurrenzstreitigkeiten müßten sich mithin auf das „Wie“ beschränken, wobei durch klare öffentlich-rechtliche Regelungen insbesondere bei Absicherung von Annexstätigkeiten von der Rechtsprechung im Wettbewerbsrecht nicht auszuhebelnde öffentlich-rechtliche Vorgaben zu beachten wären.

Im einzelnen wird vorgeschlagen, den öffentlichen Zweck so zu definieren, daß damit ausdrücklich jede einwohner-nützige Aufgabenwahrnehmung für die Kommunen zugelassen wird¹⁰⁸. Die Gewinnerzielung allein soll dafür zwar nicht ausreichen, wohl aber soll sie dann eine wirtschaftliche Betätigung rechtfertigen, wenn sie in Verbindung mit anderen einwohner-nützigen Aufgaben steht, etwa, weil die Gewinne notwendig sind, um Verluste aus anderen Infrastrukturaufgaben auszugleichen. Auf Nebenaktivitäten begrenzte Annexstätigkeiten, die dazu führen, daß vorübergehende Minderauslastungen nicht zu Personalfreisetzung führen, sollen ausdrücklich abgesichert werden¹⁰⁹. Nur mit diesen und den anderen vorgeschlagenen ausdrücklichen Änderungen lasse sich – anders als bei einer dynamischen Auslegung – sicherstellen, daß dadurch die jeweiligen Kommunalaufsichtsbehörden in den Ländern und die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte gebunden werden¹¹⁰. Der Entscheidungsspielraum der jeweiligen Kommune würde damit gravierend erweitert, ohne daß den Verantwortung tragenden Vertretungskörperschaften normative Abwägungsleitlinien an die Hand gegeben würden.

Eine solche Erweiterung hin zu den Kommunen als „örtliche Dienstleistungszentren und -unternehmen“¹¹¹ wird weder dem Verfassungsrecht noch der gesetzlichen Ordnung des kommunalen Wirtschaftsrechts und den mit ihr verfolgten Zielsetzungen, nämlich dem Schutz der kommunalen Selbstverwaltung vor sich selbst, aber auch der kommunalpolitischen, wirtschaftspolitischen und finanzverfassungsrechtlichen Zielsetzung gerecht, da sie letztlich die am Gemeinwohl orientierte Leistungsfähigkeit der kommunalen Selbstverwaltung nicht stärkt, sondern in Frage stellt¹¹². Außerdem würde eine derartige normative Reform auch die rechtsstaatlichen Garantien und die Wirtschaftsfreiheitsgrundrechte in erheblichem Maße beeinträchtigen. Normative Regelungen hin zu einer nahezu schrankenlosen kommunalen Gestaltungsfreiheit laufen gerade Gefahr, die wesentlichen Schutzgegenstände, um deretwillen der Garantie kommunaler Selbstverwaltung zu Recht Verfassungsrang eingeräumt wurde, ins Abseits treten zu lassen.

3. Gesetzliche Präzisierung der kommunalwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen

Will man die kommunale Selbstverwaltung in Reaktion auf die veränderten Rahmenbedingungen für kommunales Wirtschaften funktionsgerecht stärken, statt sie sich in Beliebigkeit auflösen zu lassen, muß die Diskussion um die Per-

105 Dazu Henneke, NdsVBl. 1998, 273 (278 f.) sub II.3.

106 Hill, Betriebs-Berater 1997, 425 (430).

107 Dazu ausf.: Dedy/Sonnenschein, Stadt und Gemeinde, Heft 7-8/1998, I (3 ff.).

108 Dedy/Sonnenschein, Stadt und Gemeinde, Heft 7-8/1998, I (3).

109 Dedy/Sonnenschein, Stadt und Gemeinde, Heft 7-8/1998, I (4).

110 Dedy/Sonnenschein, Stadt und Gemeinde, Heft 7-8/1998, I (6).

111 So Cronauge, Der Gemeindehaushalt 1997, 265 (271); ders., Der Gemeindehaushalt 1998, 131 (137).

112 Badura, DÖV 1998, 818 (823).

spektiven der kommunalen Selbstverwaltung intensiv mit dem Ziel der Präzisierung der landesgesetzlichen Regelungen und der Harmonisierung von EG-Recht, Bundes- und Kommunalrecht i. S. einer einheitlichen und in sich konsistenten Rechtsordnung des Gesamtstaates¹¹³ geführt werden, wobei die Betrachtung davon auszugehen hat, daß die Regelungszuständigkeit für das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Nr. 11 GG in der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes liegt, während die Regelungskompetenz für das Kommunalrecht unter Einschuß des kommunalen Wirtschaftsrechts abschließend bei den Ländern liegt. Augenblickliche Umbrüche und u. U. schwierige Umstellungssituationen vor Ort dürfen nicht den Anlaß für falsche Weichenstellungen hinsichtlich der Weiterentwicklung einer starken kommunalen Selbstverwaltung liefern. Die Zukunft der kommunalen Selbstverwaltung entscheidet sich nicht am Markt, sondern in den vielfältigen Aufgabenfeldern der öffentlichen, gemeinwohldienlichen Aufgabenerfüllung, wobei den kommunalen Unternehmen auch weiterhin ein wichtiger Stellenwert zukommt. Umgekehrt kann sich die kommunale Selbstverwaltung aber nicht verengend allein oder vorrangig über die wirtschaftliche Betätigung als nur einer Erscheinungsform ihres Agierens definieren und dafür bewährte Grundprinzipien wie das Territorialprinzip preisgeben. Schon der ungebrochene Trend zur Organisationsprivatisierung hat zu einer fortwährenden Entfernung vom Leitbild des Art. 28 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 2 GG geführt¹¹⁴. Zwischen normativen Vorgaben und der Verwaltungsrealität in vielen Kommunen tut sich hier eine immer größere Kluft auf.

Insoweit ist der Gesetzgeber gefordert, leitbildstärkend tätig zu werden. Dabei ist davon auszugehen, daß es eine Zauberformel, die nur in das Gesetz geschrieben werden muß, nicht gibt¹¹⁵. Dies berücksichtigend sollte sich eine Weiterentwicklung der kommunalen Selbstverwaltung im Bereich der Kommunalwirtschaft an folgenden Gesichtspunkten orientieren:

- Präzisierung der öffentlichen Zwecksetzung evtl. durch Formulierung von Positivkatalogen nach der Regelbeispielermethode, durch die das kommunale Aufgabenzugriffsrecht nicht beseitigt wird. Solche Positivkataloge können Orientierung liefern, Unsicherheiten und Auslegungsdifferenzen massiv vermindern und dennoch den - gesetzesorientierten - kommunalen Gestaltungsspielraum wahren¹¹⁶. Die jüngste bayerische Regelung¹¹⁷, die die Gewinnerzielungsabsicht als öffentliche Zwecksetzung ausdrücklich ausnimmt, ist als ein erster vorsichtig tastender Schritt in die richtige Richtung anzusehen.
- Die Regelungen über nichtwirtschaftliche Unternehmen sollten in diese Positivkataloge mitaufgenommen werden, die Fiktion der öffentlichen Zweckerfüllung also aufgegeben werden¹¹⁸.
- Inbezugsetzung der Zulässigkeitsregelung zur kommunalwirtschaftlichen Betätigung als solche i. S. einer dauernden Aufgabenkritik und nicht nur zur Errichtung, Übernahme und Erweiterung von Unternehmen als Momentaufnahme¹¹⁹.
- Die Zulässigkeit und Begrenzung von Randnutzungen zur Rentabilitätssteigerung sollte ausdrücklich normiert werden, und zwar dort, wo eine solche Regelung ihren richtigen Platz hat, nämlich bei der Ausgestaltung der Wirtschaftsgrundsätze, nicht dagegen bei der Umschreibung des öffentlichen Zwecks.

- Die Subsidiaritätsklauseln sollten beibehalten werden, aber operationalisiert werden. Das bedeutet, daß eine Vergleichbarkeit der Alternativkosten gegeben sein muß, da nur so geprüft werden kann, ob eine Aufgabe besser in eigener oder in fremder Trägerschaft erfüllt werden kann. Eine solche Vergleichbarkeit ist nur gegeben, wenn ein betriebswirtschaftliches Rechnungswesen die tatsächlichen Kosten der Kommunen ausweist. Hier sind in jüngster Vergangenheit erhebliche Fortschritte erzielt worden¹²⁰.

- Dem von *Hill* vorgeschlagenen prozeduralen Ansatz¹²¹, wonach die Entscheidungsprärogative der Vertretungskörperschaft auf der Basis bisheriger Rechts bestehen bleiben soll, dieser aber eine Begründungs- und Abwägungspflicht von Alternativen auferlegt werden soll, führt m. E. nicht wirklich weiter. *Hill* verspricht sich von dieser prozeduralen Pflicht als Kompensation dafür, daß die Entscheidung der Vertretungskörperschaft inhaltlich nur auf offenkundige Ermittlungsdefizite, Fehleinschätzungen und sonstige Abwägungsfehler überprüfbar ist, eine stärkere Begründungsnotwendigkeit und Transparenz. Außerdem fordert *Hill*, daß die Vertretungskörperschaft ausdrücklich legitimierende Entscheidungen bzw. Zielvereinbarungen treffen muß, wenn neue, nicht verwaltungstypische Geschäftsfelder übernommen werden. Durch solche Regelungen würde zwar die Verantwortung der Vertretungskörperschaft gestärkt werden, hinsichtlich der Steuerungswirkungen rechtlicher Regelungen würde der Vorschlag aber eher der zweiten Alternative als den hier unterbreiteten Vorschlägen entsprechen und die Justiziabilität der - nicht normgeleiteten - Entscheidungen nicht erhöhen.

- Schließlich sollte eine Neufassung kommunalwirtschaftlicher Bestimmungen so ausgerichtet sein, daß die Regelungen Drittschutz eröffnen, damit evtl. entstehende Streitigkeiten über die Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung nicht vor den ordentlichen Gerichten, sondern vor den Verwaltungsgerichten auszutragen wären¹²².

Hinsichtlich dieser Eckpunkte bedarf es der Diskussion über Landesgrenzen hinaus, damit möglichst wieder gleichwertige Rahmenbedingungen für die kommunale Selbstverwaltung unter Einschuß der Kommunalwirtschaft in allen deutschen Ländern entstehen. Sie könnten sich überdies befruchtend auf die Weiterentwicklung des dem Kommunalwirtschaftsrecht verwandten Sparkassenrechts auswirken, das aus verschiedenen aktuellen Gründen ebenfalls vor der Richtungsentscheidung steht: stärkere Marktorientierung oder Stärkung und Erweiterung des öffentlichen Auftrages?

113 Zutreffend *Cronauge*, Der Gemeindehaushalt 1998, 131 (132) und *Moraing*, Der Städtetag 1998, 523 (528), die daraus allerdings abweichende Schlussfolgerungen ziehen.

114 Zutreffend *Schoch*, DÖV 1993, 373 (383).

115 Zutreffend *Oebbecke* (Fn. 54), S. 39 (61).

116 Ebenso *Enkler*, ZG 1998, 328 (351), ablehnend dagegen *Strittmatter*, Verwaltung & Management 1997, 306 (309).

117 Art. 87 Abs. 1 S. 2 BayGO sowie Art. 75 Abs. 1 S. 2 BayLKrO i. d. F. v. 24.7.1998 (BayGVBl. 1998, S. 424).

118 Ebenso *Strittmatter*, Verwaltung & Management 1997, 306 (308).

119 Ebenso *Schoch*, DÖV 1993, 377 (380); *ders.*, DVBl. 1994, 962 (972).

120 Ebenso *Strittmatter*, Verwaltung & Management 1997, 306 (308).

121 *Hill*, Betriebs-Berater 1997, 425 (430).

122 Daran anknüpfend: Präsidium des Deutschen Landkreistages, Beschluß v. 1. 10. 1998, Die Neue Verwaltung, Heft 6/1998, 30.