

Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Privatisierung in Deutschland

*Yrd. Doç Dr. Bülent KENT**

ABSTRACT

In accordance with Article 28 of the German Federal Constitution, municipalities are public administrations, charged with the duty of meeting the needs of the locals, within the frame of their responsibilities and the laws. Therefore, unless they are banned by an additional law or unless that particular activity is given to another public juridical person, again by another law, the municipalities are warranted to any action or enterprise, in order to meet the needs of the local residents. But the Federal Constitution includes no regulations on this topic.

Economic activities of municipalities were first stated in Article 67 of the 1935 Municipal Laws by the Nazi government. This article defines under which conditions and within which limits the municipalities can carry out economic activities.

ÖZET

Almanya'da belediyeler, eyaletlerin özerk kurumları ("Selbstverwaltungskörperschaft des Landes") olarak, Federal Anayasa'nın 28. maddesinin 2. fıkrası gereğince, yasalar çerçevesinde, kendi sorumluluklarının temelinde yerel topluluğun tüm işlerini düzenleme hakkına sahiptirler. Belediyeler yerel topluluğun bu işlerini yerine getirirken, sadece idare hukuku düzenlemelerinden değil, özel hukuk düzenlemelerinden de yararlanmaktadırlar. Bu konular da daha çok belediyelerin ekonomik faaliyetleri ile ilgilidir. Bundan dolayı bu çalışmada hem idare hukuku hem de özel hukuk ile ilgili düzenlemeler incelenecektir.

* *Başkent University, Assistant Professor of Administrative Law.*

Nasyonal Sosyalist rejim döneminde, 1935 yılında çıkarılan ve yerel yönetimlerin birliğini sağlayan "Alman Belediyeler Yönetmeliği" ile "Deutsche Gemeindeordnung" (DGO) ilk kez belediyelerin ekonomik faaliyetleri ile ilgili farklılıklar ortadan kaldırılarak bu konuda da birlik sağlanmıştır. Bugün belediyelerin ekonomik faaliyetleri konusundaki düzenlemeler Alman Belediyeler Yönetmeliğinin 67. maddesine dayanmaktadır.

KEYWORDS: *Economic activities of municipalities, privatization in Germany.*

ANAHTAR KELİMELER: *Belediyelerin ekonomik faaliyetleri, Almanya'da özelleştirme.*

EINLEITUNG

Im Laufe der Zeit, vor allem seit Mitte des 19. Jahrhunderts nahm die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in Deutschland stetig zu. Dies wird in der einschlägigen Literatur vor allem mit der industriellen Revolution und den damit einhergehenden Entwicklungen wie dem technischen Fortschritt und zunehmender Verstädterung in Verbindung gebracht¹.

Eine sprunghafte Zunahme der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden erfolgte schließlich in Krisenzeiten, insbesondere während und nach dem Ersten Weltkrieges, als die Gemeinden auch Aufgaben übernehmen mußten, die wenig mit ihrer eigentlichen Arbeit zu tun hatten, wie das Betreiben von Bäckereien und Friseurbetrieben².

Während des Nationalsozialismus wurde 1935 die „Deutsche Gemeindeordnung“ (DGO) erlassen, nach der einheitliche Bestimmungen für die wirtschaftliche Betätigung festgelegt wurden. Die heutigen Formulierungen über die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen basieren in den wesentlichen Grundzügen auf der in § 67 der Deutschen Gemeindeordnung enthaltenen Regelung:

(1) Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen nur errichten oder wesentlich erweitern, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,

¹ Waechter, Rdnr. 594; Meyer, Rdnr. 597.

² Pagenkopf, S. 146; Waechter, Rdnr. 594.

2. *das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht,*

3. *der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.*

(2) *Wirtschaftliche Unternehmen im Sinne dieses Abschnitts sind nicht*

Unternehmen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,

Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs-, und Bildungswesens, der körperlichen Ertüchtigung, der Kranken-, Gesundheits- und Wohlfahrtspflege.

Auch diese Unternehmen und Einrichtungen sind nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten.

(3) *Bankunternehmen darf die Gemeinde nicht errichten.*

(4) *Für das öffentliche Sparkassenwesen verbleibt es bei den besonderen Vorschriften.*

In dieser Regelung werden zwar die Zulässigkeit, Grenzen und Voraussetzungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit festgelegt, doch wird keine Definition der wirtschaftlichen Betätigung an sich gegeben. Eine solche Definition findet sich in der gegenwärtigen Gemeindeordnung des Landes Brandenburg, nach der die wirtschaftliche Betätigung in § 100 Abs. 1 folgend definiert wird: „Wirtschaftliche Betätigung im Sinne dieses Gesetzes ist das Herstellen, Anbieten oder Verteilen von Gütern, Dienstleistungen oder vergleichbaren Leistungen die ihrer Art nach auch mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnten“³.

Jedoch darf die Gewinnerzielung bei der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde nicht alleiniger oder Hauptzweck sein⁴, weil die Kommunen sich

³ Der Landtag beschloß am 15. 10. 1993 das Gesetz über die Kommunal-verfassung des Landes Brandenburg, das in der Form eines Artikel-Gesetzes die Gemeindeordnung (Art.1 Bbg. Kommunalverfassung), die Landeskreisordnung (Art. 2 Bbg. Kommunalverfassung) und die Amtsordnung für das Land Brandenburg (Art. 3 Bbg. Kommunalverfassung) enthält. Nierhaus, LKV 1995, 6 (6)

⁴ Gern, Rdnr. 719.

vorwiegend nur von Abgaben finanzieren dürfen⁵. Da aber diese Einkommen der Kommunen für die Aufgabenbewältigung in der Praxis nicht ausreichend sind, bedienen sich die Kommunen anderer Einkommensquellen, wie die von wirtschaftlichen Betätigungen, um eine wirtschaftliche und kostenbewußte Verwaltungsführung und Daseinvorsorge zu sichern⁶. Im Einzelfall kann aber die Gemeinde, aus Gründen des öffentlichen Interesses, auch auf eine Einkommen verzichten (z.B. bei manchen kulturellen Veranstaltungen).

Nach dem § 100 Abs. 1 BbgGO ist jede Leistung, wie beispielsweise die Reinigung von kommunalen Gebäuden, das Drucken oder Kopieren von Sitzungsvorlagen, die Leistungen eines kommunalen Bauhofs, eine wirtschaftliche Betätigung⁷. Selbst pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben, wie der Abwasser- und Abfallbereich, der bisher dem nicht wirtschaftlichen Bereich zugeordnet wurde, sind dieser wirtschaftlichen Betätigung zuzuordnen und unterliegen demnach allen Regelungen über die Möglichkeit und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden⁸. Auch alle Tätigkeitsbereiche, die sich mit den Begriffen Kultur (z.B. Privat-, Theater-, Musicalbühnen), Bildung (z.B. private Weiterbildungs- und Qualifizierungseinrichtungen), Gesundheit (z.B. private Kliniken, Sanatorien), Sport (z.B. Sportschulen, Fitnesscenter) verbinden, sind hierunter zu fassen⁹. Diese wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinde kann auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung wahrgenommen werden; ob eine Konkurrenz zu einem Privatunternehmer besteht ist hier nicht entscheidend¹⁰.

Die Gemeinde genießt bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung keinen Grundrechtsschutz, wie der private Rechtsträger. Denn die Grundrechte finden nur bei staatlichem Eingriffen gegenüber der Privatwirtschaft Anwendung¹¹. Die Gemeinde steht auch als Selbstverwaltungskörperschaft in der Hierarchie der staatlichen Verwaltung. Außerdem genießt die Gemeinde im Prinzip auch keine rechtliche Bevorzugung gegenüber Privaten¹². Sie muß sich auch grundsätzlich den Regeln des Rechtsverkehrs unterwerfen wie Private.

⁵ Waechter, Rdnr. 596.

⁶ Badura, DÖV 1998, 818 (819).

⁷ Muth, §100 BbgGO, S. 2-3.

⁸ Seeberg, LKV 1995, 353 (353); Muth, §100 BbgGO, S. 2-3.

⁹ Seeberg, LKV 1995, 353 (354); Muth, §100 BbgGO, S. 3.

¹⁰ Schmidt-Aßmann, Rdnr. 118; Stober, S. 336.

¹¹ Hösch, DÖV 2000, 393 (393).

¹² Waechter, Rdnr. 596.

I. DER BEGRIFF DER WIRTSCHAFLICHEN BETÄTIGUNG UND SELBSTVERWALTUNGSGARANTIE

Die Gemeindegewirtschaft gehört im Rahmen der Gesetze, wie die gemeindliche Daseinsvorsorge und die Verwaltung der öffentlichen Einrichtungen wirtschaftlicher, kultureller und sozialer Art zum Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltung¹³. Sie gehört zur Selbstverwaltungsgarantie des Grundgesetzes (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG). Hiernach wird den Gemeinden das Recht gewährleistet, im Rahmen der Gesetze alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln. Aber diese Regelung enthält keinen konkreten Aufgabenkatalog, sondern knüpft an den Begriff der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ an¹⁴.

Das BVerfG versteht unter „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ in einer Entscheidung folgendes: „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG sind 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, in dem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen; auf die Verwaltungskraft der Gemeinde kommt es hierfür nicht an“¹⁵. Daraus ergibt sich, daß die Rechte der Gemeinde umso weiter gehen, je enger die wirtschaftliche Betätigung an örtliche Angelegenheiten gebunden ist¹⁶.

Das bedeutet nicht, dass die Gemeinde eine unbeschränkte wirtschaftliche Kompetenz hat. Wie weit den Gemeinden eine gewerbliche, unternehmerische oder sonstige wirtschaftliche Betätigung freisteht, muß das Gesetz entscheiden und abgrenzen¹⁷.

Die Gemeinde darf jedoch überörtliche Angelegenheiten, die nicht zu den örtlichen Angelegenheiten gehören, nicht wahrnehmen. Nach Stern/Püttner ist aber der Begriff „überörtlich“ doppeldeutig¹⁸. Er kann zum einen bedeuten, daß eine Angelegenheit nicht eine einzige Gemeinde, sondern mehrere Nachbargemeinden zusammen oder einen Landkreis betrifft; ein Beispiel hierfür wäre die Versorgung mit Strom und Wasser oder

¹³ Badura, DÖV 1998, 818 (818).

¹⁴ Meyer, LKV 2000, 321 (322).

¹⁵ BVerfG 79, 127.

¹⁶ Stern/Püttner, S. 167.

¹⁷ Stern/Püttner, S. 167.

¹⁸ Stern/Püttner, S. 168.

Nahverkehrsunternehmen. In einem solchen Fall verliere die Angelegenheit nicht ihren örtlichen Charakter, sondern werde „mehr-örtlich“.

Zum anderen kann aber der Begriff „überörtlich“ auch bedeuten, „daß eine Angelegenheit jeden maßgeblichen Anknüpfungspunkt an das „Örtliche“ vermissen läßt und im staatlichen Bereich zur Landes- oder Bundessache sowie im wirtschaftlichen Bereich Domäne der Groß- oder nicht ortsgebundenen Unternehmen ist.“¹⁹ In solch einem Fall steht die Angelegenheit nicht unter dem Schutz des Art. 28 Abs. 2 GG.

A. Kommunalrechtliche Voraussetzungen der wirtschaftlichen Betätigung

Die Gemeinde darf sich § 100 Abs. 2 BbgGO unter bestimmten Voraussetzungen wirtschaftlich betätigen. Nach dieser Vorschrift muß das gemeindliche Unternehmen:

- 1. Durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein,*
- 2. die Leistungsfähigkeit der Gemeinde und der voraussichtliche Bedarf müssen beachtet werden und,*
- 3. das Subsidiaritätsprinzip berücksichtigt sein.*

Wenn eine dieser Voraussetzungen nicht vorhanden ist, darf die Gemeinde sich in dem jeweiligen Bereich nicht wirtschaftlich betätigen.

1. Öffentlicher Zweck

Kommunale wirtschaftliche Unternehmen dürfen nur errichtet oder wesentlich erweitert werden, wenn es durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist. Er liegt immer vor, wenn die Leistungen und Lieferungen eines Unternehmens im Aufgabenbereich der Gemeinde liegen und eine im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohner als Ziel gesetzt ist²⁰. „Damit sind vor allem Dienstleistungen im Rahmen der Daseinvorsorge²¹ gemeint, die immer schon zum Aufgabenbereich einer Gemeinde gehört haben,

¹⁹ Stern/Püttner, S. 169.

²⁰ Muth, § 100 Abs. 2 BbgGO S. 4.

²¹ Nach Gerke (Gerke, Jura 1985, 349 (352) ist „die Daseinvorsorge schon fast konturenlos und eher zu einem soziologischen Begriff geworden, der sich als Anknüpfungspunkt für Rechtsfolgen kaum noch eignet.“

wie etwa Verkehrsbetriebe²². Also je mehr sich die Zwecksetzung des Unternehmens als Daseinsvorsorge für die Einwohner darstellt, desto mehr spricht die Vermutung für den öffentlichen Zweck²³.

Wenn eine privat wirtschaftliche Bedürfnisbefriedigung nicht oder nicht mit zufriedenstellenden Ergebnissen erfolgt, gleichzeitig aber eine soziale Anwesenheit der Bürger auf diese Leistungen besteht, ist ein Daseinsvorsorgebedürfnis vorhanden²⁴. In diesem Sinne sind die Infrastrukturvorsorge, der öffentliche Personennahverkehr, die Wasserversorgung eine Daseinsvorsorge. Bei der gegenwärtigen Entwicklung sind die Energieversorgung und die Telekommunikation jedoch zu umstrittenen Bereiche geworden²⁵.

Ein öffentlicher Zweck liegt auch vor, wenn das gemeindliche Unternehmen die Einwohner gegen eine Ausnutzung der Monopolstellung schützen und eine krisenfeste und ungestörte Versorgung der Bevölkerung zu gewährleisten hat²⁶.

Die reine Gewinnerzielung darf keinen öffentlichen Zweck begründen. Das Unternehmen muß unmittelbar durch seine Leistung und nicht nur mittelbar durch seine Gewinne und Erträge dem Wohle der Gemeindebürger dienen²⁷. Beispielsweise ist es der Gemeinde nicht erlaubt auf dem Markt als ein Anbieter von privatwirtschaftstypischen Leistungen aufzutreten, wie etwa als Betreiber einer Gärtnerei, um nur Gewinne für den Haushalt der Gemeinde zu erzielen²⁸.

Die Einschätzung des öffentlichen Zwecks obliegt der gemeindliche Volksvertretung, die nach der gemeindeinternen Zuständigkeitsverteilung für den Errichtungsbeschluß zuständig ist²⁹. Rechtsaufsichtsbehörden und Rechtsprechung können solche Entscheidungen kaum beeinflussen. Denn den Gemeinden wird bei der Festlegung der Zweckbestimmung im Einzelfall eine Einschätzungsprärogative zuerkannt, die richterlicher Überprüfung weitgehend

²² OLG Hamm, NJW 1998, 3504 (3505) – „Gelsengrün“.

²³ Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rdnr. 727.

²⁴ Hösch, DÖV 2000, 393 (404).

²⁵ Hösch, DÖV 2000, 393 (404).

²⁶ Gerke, Jura 1985, 349 (352).

²⁷ Badura, DÖV 1998, 818 (821).

²⁸ OLG Hamm, NJW 1998, 3504 – „Gelsengrün“.

²⁹ Waechter, Rdnr. 604.

entzogen ist³⁰. Tatsächlich ist es eine politische Entscheidung, ob eine Gemeinde eine erwerbswirtschaftliche Betätigung aufnimmt oder fortführt.

Der öffentliche Zweck muss bei der Unternehmensgründung hinreichend und deutlich festgeschrieben und erläutert werden³¹. In diesem Fall hat die Gemeindevertretung keinen Einfluß mehr darauf, welche einzelnen Maßnahmen ausgeführt werden sollen. Denn die Gemeinde verliert mit der Gründung (auch) eines eigenen Unternehmens oder Beauftragung eines Dritten zur Aufgabenerfüllung zum Teil ihre direkte und umfassende Entscheidungskompetenz. Daher behält sich die Gemeindevertretung meistens ein Rückholrecht oder Mitentscheidungsrecht, wenn es sich um die Realisierung der einzelnen Projekte handelt³².

2. Leistungsfähigkeit und Bedarf

Laut § 100 Abs. 2 Nr. 2 BbgGO hat die Gemeinde bei einer eigenwirtschaftlichen Betätigung ihre Leistungsfähigkeit und den voraussichtlichen Bedarf hierbei zu berücksichtigen. Das Vorliegen dieser Voraussetzung soll die Kommunen vor Aktivitäten bewahren, die sowohl ihre finanzielle als auch personale Leistungsfähigkeit überschreiten³³. Das Ziel dabei ist, daß jede wirtschaftliche Betätigung der Kommune sich in Grenzen halten muß³⁴.

Ein Nahverkehrsnetz zu errichten, wäre nach Gern beispielsweise für eine kleine Gemeinde unangemessen, wenn sie ständig auf Zuschüsse angewiesen bliebe und für weitere Projekte kein Geld mehr zur Verfügung hätte³⁵.

Die wirtschaftliche Betätigung muss auch dem Bedarf angemessen sein. Sie sollte dabei voraussichtliche wirtschaftliche Entwicklungen mit einbeziehen, aber auch „Überkapazitäten“³⁶ vermeiden, d.h. nicht mehr als für den tatsächlichen Bedarf produzieren. Wo diese Grenzen liegen, kann nur von Fall

³⁰ Stober, S. 439; Gerke, Jura 1985, 349 (352).

³¹ Muth, § 100 Abs. 2 BbgGO S. 5.

³² Muth, §100 Abs. 2 BbgGO S. 5.

³³ Stober, S. 340; Seeberg, LKV 1995, 353 (353); Gern, Rdnr. 728.

³⁴ Seeberg, LKV 1995, 353 (353).

³⁵ Gern, Rdnr. 728.

³⁶ Muth, §100 BbgGO, S. 5.

zu Fall entschieden werden und verbleibt im jeweiligen „Beurteilungsspielraum“ der Gemeinde³⁷.

3. Subsidiaritätsklausel

§ 100 III BbgGO enthält als letzte Zulässigkeitsvoraussetzung das Subsidiaritätsprinzip. Das Prinzip der Subsidiarität entstammt aus der katholischen Gesellschaftslehre. Eine besonders umfangreiche Formulierung dieses Prinzips enthält die Enzyklika „Quadragesimo Anno“ Papst Pius' XI. vom 15. Mai 1931³⁸:

„Wenn es nämlich auch zutrifft, was ja die Geschichte deutlich bestätigt, daß unter den veränderten Verhältnissen manche Aufgaben, die früher leicht von kleineren Gemeinwesen geleistet wurden, nun mehr von großen bewältigt werden können, so muß doch allzeit unverrückbar jener oberste sozialphilosophische Grundsatz („gravissimum illud principium“) festgehalten werden, an dem nicht zu rütteln noch zu deuteln ist: wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen; zugleich ist es überaus nachteilig und verwirrt die ganze Gesellschaftsordnung. Jedwede Gesellschaftstätigkeit ist ja ihrem Wesen und Begriff nach subsidiär: sie soll die Glieder des Sozialkörpers unterstützen, darf sie aber niemals zerschlagen oder aufsaugen.“

Der Gedanke der Subsidiarität geht von der Selbstverantwortlichkeit und der Eigenzuständigkeit des Einzelnen und der Gemeinschaften in zugehörigen Lebensbereichen aus und will die Eigenständigkeit des Einzelnen gegenüber der Gemeinschaft betonen³⁹. Hinzu kommt noch, dass der Staat seinen Bürgern als Basis für ihre eigenständige Daseinsgestaltung den gewissen materiellen Rahmen eines menschenwürdigen Lebens zu sichern hat⁴⁰. Die umfassende Gemeinschaft wird erst dann verantwortlich, wenn die Kräfte des ursprünglichen Zuständigkeitsträgers für die Bewältigung der Aufgaben nicht ausreichen⁴¹.

³⁷ Muth, §100BbgGO, S. 5.

³⁸ Schmidt-Jortzig/Schink, S. 5.

³⁹ Schmidt-Jortzig/Schink, S. 16-17.

⁴⁰ Schmidt-Jortzig/Schink, S. 16.

⁴¹ Wolff/Bachof/Stober, § 85, Rdnr. 20-21.

Das Subsidiaritätsprinzip fand in § 67 Abs. 1 Nr. 3 DGO Eingang, wonach die Gemeinden wirtschaftliche Unternehmen nur errichten oder wesentlich erweitern durften, wenn der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden konnte⁴². Diese „anderen“ können noch den Vorgaben des deutschen Wirtschaftssystems nur private Mitbewerber am Markt sein⁴³. Dies kann als Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips im Gemeindefinanzierungsrecht verstanden werden⁴⁴.

Nach § 100 III BbgGO sind wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden nur dann zulässig, wenn die Leistungen nicht in gleicher Qualität und Zuverlässigkeit bei gleichen oder geringeren Kosten von privaten Anbietern erbracht werden können. Das heißt, wenn der von der Gemeinde verfolgte Zweck von einem privaten Anbieter besser und wirtschaftlicher wahrgenommen werden kann, dann hat dieser Vorrang vor dem gemeindlichen Unternehmen⁴⁵.

Nach dieser Regelung hat die Gemeinde zu prüfen, ob sie im Rahmen der beabsichtigten wirtschaftlichen Betätigung ihre Leistungen in mindestens gleicher Qualität zu gleichen oder günstigeren Kosten erbringen kann. In diesem Fall ist es der Gemeinde gestattet, ein wirtschaftliches Unternehmen zu gründen oder zu erweitern.

Mit dieser Subsidiaritätsklausel soll sichergestellt werden, daß sich die Gemeinden auf ihre eigentlichen Aufgaben konzentrieren. Das finanzielle Risiko soll kalkulierbar gemacht und die Privatwirtschaft soll vor einer zu massiven Konkurrenz der Kommunalwirtschaft geschützt werden⁴⁶.

Das Subsidiaritätsprinzip existiert jedoch nicht in allen Gemeindeordnungen - so enthalten die Nordrhein-WestfalenGO, Schleswig-HolsteinGO, HessenGO und Baden-WürttembergGO keine Subsidiaritätsklausel - da es strittig ist. Im nordrhein-westfälischen Gemeindefinanzierungsrecht wurde, durch die Novelle von 1994, die Subsidiaritätsklausel abgeschafft, um mehr Raum für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden zu bringen⁴⁷.

Nach Badura hat diese Abschaffung keine Lücke hinterlassen, weil nun der öffentliche Zweck dieselbe Aufgabe erfüllt. „Es ist damit lediglich eine

⁴² Mutius, Rdnr. 293.

⁴³ Gerke, Jura 1985, 349 (351).

⁴⁴ Mutius, Rdnr. 293.

⁴⁵ Cronauge, Rdnr. 472.

⁴⁶ Stober, S. 340; Gerke, Jura 1985, 349 (352).

⁴⁷ Badura, DÖV 1998, 818 (821).

selbständige Prüfung der Subsidiaritätsklausel entfallen und diese Prüfung ist jetzt in dem übergreifenden Kriterium aufgegangen, daß ein dringender öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde erfordern muß⁴⁸.

Nach Gerke bedeutet das Subsidiaritätsprinzip „dass ein soziales Gebilde (hier: gemeindliches Wirtschaftsunternehmen) seiner ganzen Struktur nach darauf angelegt sein muß, durch die Tätigkeit, die es entfaltet, seinen Gliedern (hier: Gemeindeeinwohner und ortsansässige Vereinigungen) nur das zu bieten, was sie durch ihre eigene Tätigkeit nicht zu leisten vermögen“⁴⁹. Auch Gerkes Definition unterscheidet sich nicht wesentlich von Baduras. In seiner Auffassung spiegelt sich die oben dargelegte Begriffsbestimmung für die Bejahung eines (dringenden) öffentlichen Zweckes wider. Zum Teil wird das Subsidiaritätsprinzip schon in die Begriffsbestimmung des wirtschaftlichen Unternehmens einbezogen⁵⁰. Da nur ein öffentlicher Zweck die Gemeindegewirtschaft rechtfertigen kann, sollten die Gemeindeordnungen, die das Subsidiaritätsprinzip „wörtlich“ enthalten, es abschaffen⁵¹.

II. WIRTSCHAFTLICHE UNTERNEHMEN DER GEMEINDEN

Im vorhergehenden Kapitel wurde der Begriff der „wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden“ erläutert und der Zusammenhang zwischen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden und ihrer im GG verankerten Selbstverwaltungsgarantie dargelegt. Weiterhin wurden die in der BbgGO aufgeführten Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Betätigung diskutiert. Für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden ist des weiteren der Begriff des „wirtschaftlichen Unternehmens“ bedeutsam. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden erfolgt nämlich mit Hilfe der wirtschaftlichen Unternehmen. Im folgenden soll der Begriff des „wirtschaftlichen Unternehmens“ in Abgrenzung zum nicht-wirtschaftlichen Unternehmen definiert werden. Anschließend werden die unterschiedlichen Rechtsformen der für die wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden relevanten wirtschaftlichen Unternehmen besprochen.

⁴⁸ Badura, DÖV 1998, 818 (822).

⁴⁹ Gerke, Jura 1985, 349 (355).

⁵⁰ Gerke, Jura 1985, 349 (355).

⁵¹ So auch Gerke, Jura 1985, 349 (356).

A. Wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Unternehmen

Zwar werden „Daseinsvorsorge“ und „Infrastrukturverwaltung“ häufig mit Hilfe wirtschaftlicher Unternehmen der Gemeinde wahrgenommen, doch wird der Begriff „wirtschaftliches Unternehmen“ in den Gemeindeverordnungen nicht genau definiert. § 100 Abs. 1 BbgGO gibt lediglich eine Bestimmung der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde. Danach ist darunter „das Herstellen, Anbieten oder Verteilen von Gütern, Dienstleistungen oder vergleichbaren Leistungen, die ihrer Art nach auch mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnten“ zu verstehen. Aus dieser Bestimmung der wirtschaftlichen Betätigung kann man auch eine Bestimmung des wirtschaftlichen Unternehmens ableiten, nach der das wirtschaftliche Unternehmen der Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern, Dienstleistungen oder vergleichbaren Leistungen wäre⁵².

In der wissenschaftlichen Literatur wird das wirtschaftliche Unternehmen unterschiedlich definiert⁵³. Eine relativ präzise Begriffsbestimmung findet sich bei Cronauge: „Erforderlich ist die planmäßige, auf Beteiligung am Markt ausgerichtete Produktion und/oder die Bereitstellung sowie der Vertrieb von Waren und Dienstleistungen (sog. Wertschöpfung) durch eine mit gewisser organisatorischer Festigkeit, Dauer und Selbständigkeit ausgestattete Betriebseinheit, also dem Unternehmen⁵⁴.

Die Einteilung von Einrichtungen, Betrieben und Unternehmen einer Gemeinde in nichtwirtschaftliche oder wirtschaftliche Unternehmen erfolgt in den verschiedenen Gemeindeordnungen auf unterschiedliche Weise. Herkömmlicherweise wird unter der nichtwirtschaftlichen Betätigung der gesamte Bereich der Hoheitsverwaltung (z.B. Polizei) verstanden. Außerdem zählen zu nichtwirtschaftlichen Unternehmen solche für Versorgung, Leistungsangebot und Einrichtungsvorhaltung, bei denen sie von vornherein aus sozialpolitischen Gründen auf Rentabilität (d.h. auf eine Rendite des Unternehmenskapitals) verzichten⁵⁵.

⁵² Ähnlich auch: § 107 Abs. 1 Satz 2 GO NW.

⁵³ Vgl. Gerke, Jura 1985, 349 (350-351).

⁵⁴ Cronauge, Rdnr. 445.

⁵⁵ Schmidt-Jortzig, Rdnr. 666.

Nach manchen Gemeindeordnungen⁵⁶ sind nichtwirtschaftliche Unternehmen⁵⁷:

- 1. Unternehmen, zu deren Betrieb die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist (Pflichtaufgabe z.B. öffentliche Abwasserbeseitigung, Wohnheim für Asylbewerber),*
- 2. Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesen, der Kunstpflege, der körperlichen Ertüchtigung, der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege sowie öffentliche Einrichtungen ähnlicher Art (z.B. Schulen, Volkshochschulen, Museum, Theater, Sportlagen),*
- 3. Hilfsbetriebe, die ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen.*

In der BbgGO wird nicht nach wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Unternehmen unterschieden. Jede Tätigkeit, die vorstellbar von Privaten zur Erzielung von Gewinn ausgeübt werden kann, ist eine zulässige wirtschaftliche Betätigung. Deshalb fallen darunter im Gegensatz zur herkömmlichen Abgrenzung auch die Bereiche Bildung, Sport, Kultur und Gesundheit⁵⁸. Dies ist eine neue Auffassung, da diese Bereiche traditionell zu den nichtwirtschaftlichen Unternehmen gezählt wurden⁵⁹.

B. Rechtsformen wirtschaftlicher Unternehmen

Die Gemeinden können aufgrund der Organisationshoheit, die aus ihrem Selbstverwaltungsrecht entspringt, ihre wirtschaftlichen Unternehmen als öffentlich-rechtliche oder als privatrechtliche Organisationen gründen. Je nach gewählter Organisationsform können sie privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich handeln. Darüber hinaus haben die Gemeinden die Möglichkeit, sich an Gesellschaften zu beteiligen. Im folgenden werden diese von den Gemeinden in Anspruch genommenen Organisationsformen vorgestellt und besprochen.

1. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen

Bei den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen kann die Gemeinde zwischen selbständigen und unselbständigen Formen wählen. Als selbständige

⁵⁶ § 103 Abs. 2 Baden-WürttembergGO, § 121 Abs. 2 HessenGO, § 68 Abs. 2 Mecklenburg-VorpommernGO, § 108 Abs. 3 NiedersachsenGO.

⁵⁷ Vgl. Gern, Rdnr. 726.

⁵⁸ Seeberg, LKV 1995, 353 (353-354).

⁵⁹ Vgl. Seeberg, LKV 1995, 353 (354).

Formen kommen die örtlichen Anstalten des öffentlichen Rechts und die Körperschaften des öffentlichen Rechts vor. Bei den unselbständigen wird zwischen den Eigenbetrieben und Regiebetrieben unterschieden.

a. Selbständige Formen

Als selbständige öffentlich-rechtlichen Organisationsformen sind vor allem auf den Gemeindeebenen die Sparkassen als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts und die wirtschaftlichen Zweckverbände als Körperschaft des öffentlichen Rechts bedeutsam⁶⁰.

Diese selbständigen öffentlich-rechtlichen Einrichtungen können von den Gemeinden nur auf der Grundlage sondergesetzlicher Ermächtigungen errichtet und betrieben werden (z.B. Brandenburgisches Sparkassengesetz (BbgSpkG - vom 26. 6. 1996).

aa. Örtliche Anstalten des öffentlichen Rechts

Örtliche Anstalten des Öffentlichen Rechts sind eine „von einer Hoheitsperson gemeinschaftlich getragene, mit Hoheitsgewalt ausgestattete, rechtlich subjektivierte und institutionalisierte, d.h. mit eigenen Personal- und Sachmitteln versehene, Organisation, durch die der Träger (Anstaltsherr) eigene oder ihm gesetzlich auferlegte fremde, sachlich zusammenhängende öffentliche Angelegenheiten wahrnimmt und auf die er daher - soweit dies nicht gesetzlich ausgeschlossen ist - dauernd maßgebenden Einfluß ausübt“⁶¹.

Soweit die Kompetenzen und die Organisation der Anstalt nicht durch Gesetz geregelt sind, werden sie durch den Anstaltsträger bestimmt. Anstaltsträger, welche für die Verbindlichkeiten (rechtsfähiger) öffentlicher Anstalten haften, heißen Gewährträger; z.B. ist eine Gemeinde oder ein Gemeindeverband Haftungsträger ihrer Sparkasse⁶².

Nach der rechtlichen Selbständigkeit werden Anstalten in selbständige und unselbständige gegliedert⁶³. Rechtlich selbständige Anstalten sind durch Gesetz geschaffene oder zugelassene juristische Personen des öffentlichen Rechts. Das

⁶⁰ Stober, S. 344.

⁶¹ Wolff / Bachhoff / Stober, § 98, Rdnr. 6 h.

⁶² Wolff / Bachhoff / Stober, § 98 Rdnr. 8.

⁶³ Wolff / Bachhoff / Stober, §98 Rdnr. 17 ff.

heißt, daß sie nicht zu einem anderen Verwaltungsträger gehören, sondern selbst Verwaltungsträger sind (z.B. Sparkasse)⁶⁴.

Rechtlich unselbständige Anstalten sind nur organisatorisch selbständig oder rechtlich noch Teil eines anderen Verwaltungsträgers.

Die unselbständige öffentliche Anstalt wird auch „öffentliche Einrichtung“ genannt und findet in der kommunalen Leistungsverwaltung vielfältige Verwendung (z.B. im kommunalen Bereich: Schulen, Krankenhäuser, Stadtwerke, Friedhöfe)⁶⁵.

Die verfassungsrechtliche Basis des kommunalen Sparkassenwesens bildet der Art. 28 Abs. 2 GG zusammen mit den entsprechenden Regelungen der Landesverfassungen über die kommunale Selbstverwaltung⁶⁶. Bankunternehmen mit Ausnahme der Sparkassen darf die Gemeinde wegen der großen Haftungsrisiken nicht betreiben (§ 101 Abs. 5 BbgGO).

Die Stellung der Sparkasse als Glied ihres Gewährträgers sowie ihre Aufgabe der kreditwirtschaftlichen Versorgung der Bevölkerung des kommunalen Raumes sind verfassungsrechtlich durch die Rechtsstellung der Trägerkörperschaften mitbestimmt⁶⁷. Darin ist die Verbürgung enthalten, daß Gemeinden alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung regeln können. Bei der Errichtung sowie dem Betrieb kommunaler Sparkassen handelt es sich um eine Angelegenheit, die nach ihrer geschichtlichen Entwicklung sowie dem Betrieb kommunaler Sparkassen in der örtlichen Gemeinschaft in aller Regel eigenverantwortlich und selbständig bewältigt werden kann⁶⁸. Nach dem BbgSpkG können Landkreise, kreisfreie Städte und von ihnen gebildete Zweckverbände Sparkassen errichten.

Der Gewährträger einer Sparkasse sind die Körperschaften des öffentlichen Rechts, die eine Sparkasse errichtet haben. Der Gewährträger haftet für die Verbindlichkeiten der Sparkasse unbeschränkt⁶⁹.

⁶⁴ Gern, Rdnr. 750.

⁶⁵ Wolff / Bachof / Stober, § 98 Rdnr. 21.

⁶⁶ Nierhaus, DÖV 1984, 662 (665).

⁶⁷ Nierhaus, DÖV 1984, 662 (665).

⁶⁸ Nierhaus, DÖV 1984, DÖV 662 (665).

⁶⁹ Gern, Rdnr. 752.

Die Verwaltung der Sparkasse wird zum Teil durch die Vertretung des Gewährträgers, zum Teil durch die Organe der Sparkasse wahrgenommen. Die Vertretung des Gewährträgers bestellt die Mitglieder des Verwaltungsrates und ihre Vertreter (§ 6 Abs. 1 BbgSpkG).

bb. Körperschaft des öffentlichen Rechts

Auf der Gemeindeebene ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts vor allem der Zweckverband wichtig. Er wird entweder als gesetzlicher Verband unmittelbar durch Gesetz oder als Freiverband durch freiwillige Vereinbarung der Beteiligten über den Zweck des Verbandes und über die Verbandssatzung mit anschließender Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde gegründet⁷⁰. Nach Maßgabe der zu beschließenden Verbandssatzung übernimmt der Zweckverband die bisherigen oder neuen Aufgaben seiner Mitglieder. Demnach ist er sowohl mit hoheitlicher als auch wirtschaftlicher Zielsetzung zulässig⁷¹.

Hauptorgane des Zweckverbandes sind Verbandversammlung und Vorstandsvorsteher. Die Zweckverbandsversammlung wird als Repräsentativorgan von Verbandsmitgliedern gewählt. Der Zweckverbandsvorsteher führt die laufenden Geschäfte des Zweckverbandes, bereitet die Beschlüsse dem anderen Organ vor und vertritt den Zweckverband gerichtlich und außergerichtlich⁷². Wasserversorgung, Abfallbeseitigung, Energieversorgung, Krankenhausträgerschaft sind Beispiele für Zweckverbände.

b. Unselbständige Formen

aa. Regiebetrieb

Regiebetrieb hat als Organisationsform keine eigene Rechtspersönlichkeit und wirtschaftliche Selbständigkeit, sondern ist lediglich eine Abteilung innerhalb des allgemeinen Verwaltungsaufbaus in der Gemeinde⁷³; deswegen kann die Gemeinde jederzeit und umfassend in den Regiebetrieb eingreifen.

Den Regiebetrieb gibt es in den verschiedensten Formen und Bereichen; z.B. bei den Einrichtungen der Stadtreinigung, Müllabfuhr, bei den Schlacht- und Viehhöfen oder bei den Friedhöfen. Aber der Regiebetrieb findet sich insbesondere im Bereich der kommunalen Hilfsbetriebe (z.B. Bauhof,

⁷⁰ Cranauge, Rdnr. 397 ff.

⁷¹ Pagenkopf, S. 170.

⁷² Cronauge, Rdnr. 402 ff.

⁷³ Pagenkopf, S. 160.

Reparatur-betriebe) wieder⁷⁴. Die Hilfsbetriebe sind Einrichtungen, die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs von Gemeinden oder Gemeindeverbänden dienen⁷⁵. Das heißt, daß die Hilfsbetriebe einen inneren Bedarf der Kommune leisten. Sie erbringen keine konkurrenzwirtschaftliche Leistungen für Dritte⁷⁶.

Die Bedeutung des Regiebetriebes ist für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde gering, weil er an die strenge Form des Verwaltungsrechts gebunden und auch kein gewinnbringendes Unternehmen ist⁷⁷. In der BbgGO wird der Regiebetrieb nicht erwähnt.

bb. Eigenbetrieb

Die in § 100 Abs. 3 Nr. 1 BbgGO geregelten Eigenbetriebe sind wirtschaftliche teilweise auch nichtwirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Das heißt, daß im Verhältnis zu Dritten, also auch etwa gegenüber dem Bürger, immer die Kommune selbst handelt, die zu dem mit ihrem gesamten Vermögen haftet⁷⁸.

Die interne Organisationsstruktur ist im Rahmen des Eigenbetriebsrechts⁷⁹ durch eine Betriebssatzung zu regeln.

Der Eigenbetrieb ist im Gegensatz zu den Regiebetrieben weitgehend wirtschaftlich und organisatorisch selbständig mit eigenem Sondervermögen und einem selbständigen Haushalt- und Wirtschaftsplan, der den strengen kommunalrechtlichen Bindungen entzogen ist. Nur das wirtschaftliche Endergebnis erscheint im Haushalt⁸⁰. Seine Selbständigkeit ist nicht rechtlich, sondern nur organisatorisch. Die Gemeinde bleibt Träger von Rechten und Verbindlichkeiten⁸¹. Wegen dieser Verbindlichkeiten haftet die Gemeinde unmittelbar und unbeschränkt⁸². Aber daneben verfügt der Eigenbetrieb auch

⁷⁴ Pagenkopf, S. 160; Gern, Rdnr. 747.

⁷⁵ § 107 Abs. 2 Nr. 4 Nordrhein-WestfalenGO.

⁷⁶ Badura, DÖV 1998, 818 (821).

⁷⁷ Gern, Rdnr. 747.

⁷⁸ Cronauge, Rdnr. 233.

⁷⁹ In Brandenburg ist mit Datum vom 28.3.1995 die Eigenbetriebsverordnung in Kraft getreten.

⁸⁰ Pagenkopf, S. 162; Stober, S. 345.

⁸¹ Stober, S. 345.

⁸² Pagenkopf, S. 163.

ein Vermögen, das als Sondervermögen nach besonderen Vorschriften verwaltet wird⁸³.

Die Geschäftsführung eines Eigenbetriebes wird von der Werksleitung wahrgenommen, doch kann die jeweilige Gemeindeordnung, die Eigenbetriebsverordnung oder die Betriebssatzung dies auch anders bestimmen⁸⁴.

Die Hauptaufgabe der Werksleitung liegt in der Verwaltung und Leitung des Eigenbetriebes. Sie handelt eigenverantwortlich, führt die laufenden Geschäfte und vertritt den Betrieb nach außen. Der Umfang der Außenvertretung der Werkleitung ist im Eigenbetriebsrecht der einzelnen Länder unterschiedlich geregelt⁸⁵. Außerdem ist der Hauptverwaltungsbeamte ermächtigt, im Interesse der Einheitlichkeit der Verwaltungsführung Weisungen an die Werksleitung zu erteilen⁸⁶.

Ein anderes wichtiges Organ des Eigenbetriebes ist der Werksausschuß. „Die Werksausschüsse sind Ausschüsse der Gemeindevertretung und haben sowohl beratende als auch beschließende Funktionen“⁸⁷. Sie bilden die Verbindung zwischen politischer Führung und ökonomischer Betriebstätigkeit und beschließen über die wichtigen Angelegenheiten des Betriebs, die über die laufenden Geschäfte hinausgehen und bei denen sich der Gemeinderat auch nicht die Entscheidung allgemein vorbehält oder sie im Einzelfall an sich zieht⁸⁸. Neben seiner Stellung als Verwaltungs- und Beschlusorgan des Eigenbetriebes kommt dem Werksausschuß eine Kontrollfunktion gegenüber der Werksleitung zu⁸⁹.

Heutzutage werden mehrere Eigenbetriebe zusammengefaßt (sog. kombinierte Eigenbetriebe). Mit dieser Zusammenfassung wird die Einsparung von Abgaben und Verwaltungskosten und eine effektivere Aufgabenerfüllung bezweckt⁹⁰. Beispiele für Eigenbetriebe sind die Stadtwerke (Gas,- Elektrizität,- und Wasserwerk).

⁸³ Stober, S. 345.

⁸⁴ Cronauge, Rdnr. 237.

⁸⁵ Pagenkopf, S. 167; Cronauge, Rdnr. 248; Gerke, Jura 1985, 349 (354).

⁸⁶ Gerke, Jura 1985, 349 (354).

⁸⁷ Pagenkopf, S. 165.

⁸⁸ Stober, S. 345.

⁸⁹ Pagenkopf, S. 164-165; Gerke, Jura 1985, 349 (354).

⁹⁰ Stober, S. 345.

2. Privatrechtliche Organisationsformen

Nach § 102 BbgGO ist die Beteiligung und Gründung des wirtschaftlichen Unternehmens auch in der Rechtsform des privaten Rechts zugelassen. Sie unterliegen in diesem Fall den Bestimmungen des Gesellschaftsrechts (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG; Aktiengesetz - AktG). Denn das Gesellschaftsrecht hat als Bundesrecht gegenüber dem Gemeinderecht Vorrang⁹¹.

Bei Beteiligung an privaten Unternehmen darf diese Beteiligung nicht zu einer unbeschränkten Haftung der Gemeinde führen, daher kommt eine Beteiligung an Unternehmensformen wie z.B. der Offenen Handelsgesellschaft (OHG) und als Komplementär an einer Kommanditgesellschaft (KG) nicht in Frage.

Die Unternehmensform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) trägt für die Gemeinde vielfältige Vorzüge. Nicht nur die Gründung ist leichter, sondern auch die Einflussmöglichkeiten in den verschiedenen Organen sind deutlich größer als bei einer Aktiengesellschaft. Aus diesem Grund wird hier nur die GmbH-Form behandelt.

Die Gründung einer Gemeinde-GmbH ist mit der Novelle von 1981 für die Kommunen einfacher geworden. Hiernach kann eine GmbH durch mindestens eine Person errichtet werden (§ 1 GmbHG).

Die GmbH hat zwei Organe: Geschäftsführer (bestehend aus einer oder mehreren Personen, § 6 GmbHG) und Gesellschafter-versammlung (§ 45ff. GmbHG).

Der/die Geschäftsführer ist/sind nach § 35 und § 36 GmbHG zur Vertretung der Gesellschaft und zu Führung die Geschäfte berufen. Die Gesellschaftsversammlung ist das oberste Organ der Gesellschaft. Die Gemeinde kann ihren Vertretern in der Gesellschaftsversammlung der GmbH Weisungen erteilen⁹².

III. PRIVATISIERUNG WIRTSCHAFTLICHER UNTERNEHMEN DER GEMEINDEN

Eine der meist beachteten und diskutierten Themen bei der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden ist der Bereich der Privatisierung ihrer

⁹¹ Muth, § 102 BbgGO, S. 1.

⁹² Cronauge, Rdnr. 381-382.

wirtschaftlichen Unternehmen. Der Begriff der Privatisierung umfaßt unterschiedliche Modelle. Im allgemeinen wird zwischen formeller, materieller Privatisierung und der Teilprivatisierung unterschieden.

A. Formelle Privatisierung (Organisationsprivatisierung)

Eine formelle Privatisierung liegt vor, wenn die Gemeinde im Einzelfall eine Aufgabenstellung aus dem unmittelbaren Verwaltungsbereich herauslöst und mit ihrer Erfüllung ein kommunales wirtschaftliches Unternehmen in Gestalt einer Gesellschaft des Privatrechts (GmbH, AG) betraut⁹³. Diese privatrechtlichen Gesellschaften sind jedoch weiterhin der Gemeindeverwaltung unmittelbar verbunden, weil sie im Eigentum der Gemeinden stehen und von diesen zur Verwirklichung von Zielen der Gemeindepolitik eingesetzt werden⁹⁴.

Mit dieser formellen Privatisierung wird die Bildung einer Distanz und somit eine „Autonomie“ zur Gemeinde bezweckt. Die Privatisierungsgründe beruhen auf unzureichende Flexibilität und Wirtschaftlichkeit der öffentlich-rechtlichen Organisationsformen⁹⁵.

B. Teilprivatisierung

Von einer Teilprivatisierung spricht man, wenn lediglich die Aufgabenerledigung privatisiert wird. Das bedeutet, daß die Gemeinde „die Aufgabe weiter als eigene betrachtet, aber die Erfüllung der Aufgabe durch Dritte zuläßt“⁹⁶. Die Teilprivatisierung hat gegenüber der noch zu behandelnden Aufgabenprivatisierung (auch materielle oder echte Privatisierung genannt) den Vorteil, daß sie auch bei Pflichtaufgaben der Kommune angewandt werden kann, da diese von Gesetz wegen der Privatisierung entzogen sind⁹⁷.

Zwei in der Praxis besonders bedeutsame Modelle der Teilprivatisierung sind das sogenannte Betreibermodell und das Betriebsführungsmodell.

1. Betreibermodell

Das Betreibermodell findet vor allem dann Anwendung, wenn große Investitionen in die kommunale Infrastruktur nötig sind, die über die

⁹³ Cronauge, Rdnr. 509.

⁹⁴ Waechter, Rdnr. 647 b; Cronauge, Rdnr. 510.

⁹⁵ Schoch, S. 83-84.

⁹⁶ Waechter, Rdnr. 647 c.

⁹⁷ Schoch, S. 69.

Leistungsfähigkeit der Gemeinden hinausgehen⁹⁸. Dieses Modell ist in Niedersachsen für die Abwasserbeseitigung erschaffen worden. Nach ihm wird eine Anlage von einem durch öffentliche Ausschreibung ermittelten privaten Unternehmen errichtet, finanziert und langfristig (20–30 Jahre) selbstständig und zum Teil mit eigenem Personal betrieben⁹⁹. Danach erhebt die Gemeinde von den Benutzern Gebühren, durch die sie das Entgelt, das dem Betreiber zusteht und meist ein laufender Fixbetrag pro cbm Wasser/Abwasser ist, finanziert¹⁰⁰. Die Gemeinde bleibt weiterhin selbst entsorgungspflichtig, also dem Bürger gegenüber verantwortlich, weil Rechtsbeziehungen nur zwischen Bürger und Kommune bestehen. Darüber hinaus muss die Gemeinde sicherstellen, dass ihre Verantwortung für die ordnungsgemäße Erfüllung der Entsorgungspflicht erhalten und ihr infolgedessen eine umfassende Möglichkeit zur Kontrolle und Einflussnahme offen bleibt¹⁰¹.

Als Vorteil werden genannt; Übergang des Investitionsfinanzierungs- und Betriebsrisiko auf den Betreiber. Nachteile sind unter anderem die Monopolbildung durch den privaten Dritten und damit im Ergebnis die Aushöhlung der kommunalen Einflussnahme¹⁰².

Das Betreibermodell hat in der Diskussion privatwirtschaftlicher Finanzierungsmodelle zunehmend auch Bedeutung in den neun Bundesländern erlangt, da gerade hier oftmals finanzintensive Investitionen erforderlich sind¹⁰³.

2. Betriebsführungsmodell

Bei dem Betriebsführungsmodell bleibt die Gemeinde Eigentümerin und Betreiberin der Anlage, während das Privatunternehmen lediglich zu der Betriebsführung verpflichtet ist. Der Betreiber erhält für seine kaufmännische und technische Leistung ein Entgelt¹⁰⁴.

Das Betriebsführungsmodell hat einen wichtigen Vorteil gegenüber dem Betreibermodell, da der Betreibervertrag auf eine kürzere Zeit geschlossen werden kann. Daher wurde die Auswechslung des Betriebsführers ermöglicht,

⁹⁸ Stober, S. 349.

⁹⁹ Schoch, S. 87; vgl. auch Gern, Leipziger Juristische Vorträge, S. 20.

¹⁰⁰ Schoch, S. 86; Gern, Rdnr. 767.

¹⁰¹ Schoch, S. 86.

¹⁰² Schoch, S. 88.

¹⁰³ Schoch, S. 89.

¹⁰⁴ Schoch, S. 89; Gern, Rdnr. 767.

um sich in gewissen Abständen mit Ausschreibungen dem Wettbewerb zu stellen¹⁰⁵.

C. Materielle Privatisierung

Materielle Privatisierung liegt vor, wenn kommunale Aufgaben vollständig und endgültig auf private Personen übertragen werden¹⁰⁶. Dies erfolgt entweder durch Veräußerung eines kommunalen Unternehmens oder durch eine reine Aufgabeverlegung. Man spricht daher auch bei diesem Modell von Aufgabenprivatisierung. Diese führt im Gegensatz zur formellen Privatisierung zu einer wirklichen Verringerung des Leistungsangebots der öffentlichen Verwaltung¹⁰⁷.

Dabei handelt es sich um Gemeindeaufgaben, die die Gemeinde bisher selbst erledigt hatte, aber mit der Privatisierung auf Privatpersonen zur selbständigen Erfüllung überträgt, ohne daß damit die kommunalen Hoheitsrechte auf den privaten Träger übergehen¹⁰⁸. Eine Übertragung von Pflichtaufgaben scheidet aus, „weil die Verantwortung für die Aufgabenerfüllung bei der Gemeinde kraft Gesetzes verbleiben soll“¹⁰⁹. Auch Weisungsaufgaben sind von der materiellen Privatisierung ausgeschlossen¹¹⁰.

D. Zulässigkeit der Privatisierung

Aus dem Art. 28 II 1 ergibt sich die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinde. Danach kann die Gemeinde die Regelung ihrer Angelegenheiten in eigener Verantwortung wahrnehmen. Eigenverantwortlichkeit bedeutet „die grundsätzliche, das Ob, Wann und Wie der Aufgabenwahrnehmung umfassende Entschließungsfreiheit der Gemeinde, die ihrer Verbands-kompetenz unterliegenden Aufgaben ohne staatliche Einflußnahme oder Bevormundung zu erfüllen“¹¹¹.

Daraus resultiert das Recht der Gemeinde „eine Aufgabe nicht mehr in ausschließlich eigener Verantwortung zu erledigen, sondern zukünftig einen

¹⁰⁵ Schoch, S. 89.

¹⁰⁶ Cronauge, Rdnr. 512.

¹⁰⁷ Schoch, S. 69; vgl. auch Gern, Rdnr. 767.

¹⁰⁸ Stober, S. 346.

¹⁰⁹ Stober, S. 347.

¹¹⁰ Stober, S. 347.

¹¹¹ Nierhaus in: Sachs, Rdnr. 43.

Privaten damit zu betrauen und ihm die Entscheidung über Art und Weise der Aufgabenerfüllung zu überlassen“¹¹².

Doch kann sich die Gemeinde ohnehin durch eine Aufgabenentäußerung nicht gänzlich aus ihren Verpflichtungen in bezug auf die Kompetenz herauslösen. Es besteht eine sogenannte „Integrenz- oder Einwirkungspflicht“, nach der „die Gemeinde entsprechend dem kommunalen Gemeinwohlauftrag verpflichtet [ist], auf den privaten Betreiber einzuwirken“¹¹³. Darüber hinaus trägt die Gemeinde eine Gewährleistungs-, Regelungs- und Kontrollverantwortung¹¹⁴. Außerdem haben die Privaten keine Entscheidungsbefugnis über das „Ob“ der Aufgabenerfüllung, sondern nur über das „Wie“ der Aufgabenerledigung¹¹⁵.

E. Rechtliche Schranken der Privatisierung

Die Privatisierung mancher kommunalen Aufgaben sind durch rechtliche Schranken begrenzt. So darf die Eingriffsverwaltung nicht privatisiert werden, da hierbei mit Geboten, Anordnungen, Verboten der öffentlichen Verwaltung unmittelbar in Freiheit und Eigentum des Bürgers eingegriffen wird. „Solche Eingriffe oder Zugriffe können mit Rücksicht auf den Verfassungsgrundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und der daraus resultierenden Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung nicht Privaten überlassen werden“¹¹⁶. So darf es hiernach weder eine „Privatpolizei“ noch eine „private Bürgerwehr“ mit Eingriffs-befugnissen geben.

Die Privatisierung des Aufgabenbereiches der Leistungsverwaltung ist grundsätzlich möglich¹¹⁷. Die Leistungsverwaltung ist für die Lebensmöglichkeit und Lebensverbesserung der Mitglieder des Gemeinwesens verantwortlich. Diese Interessenverfolgung der Mitglieder werden durch Gewährungen unmittelbar gefördert und verteilt. Die Rechtsposition des Individuums wird durch mittelbare Bereitstellung von Einrichtungen und Dienstleistungen erweitert. Sie gestattet auch eine Kooperation mit der Verwaltung und eine duale Aufgabenerledigung (Bereichsbeispiele für die

¹¹² Kund, S. 49.

¹¹³ Stober, S. 348.

¹¹⁴ Stober, S. 348; vgl. auch Schmidt-Jortzig, S. 741.

¹¹⁵ Kund, S. 50.

¹¹⁶ Cronauge, Rdnr. 518.

¹¹⁷ Craunage, Rdnr. 519.

Infrastruktur-verwaltung sind Verkehr, Telekommunikation, Energie, Bildung, Gewährleistungsverwaltung)¹¹⁸.

Die Privatisierung des Bereichs der Leistungsverwaltung ist jedoch nicht unumschränkt möglich. Folgende verfassungsrechtliche Schranken sind zu beachten:

Das Sozialstaatsprinzip ist bei der materiellen Privatisierung eine wichtige Schranke für die Gemeinde. Dieses Prinzip verpflichtet den Staat, die Lebensumstände der Schwachen zu verbessern und für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen. Besonders muß der Staat die Mindestvoraussetzungen für menschenwürdiges Dasein seiner Bürger schaffen. Das Gestaltungsermessen der Gemeinde ist auf Null reduziert, wenn durch den Staat von der Wahrnehmung seiner Aufgaben Abkehr genommen wird und somit zugleich auch das menschenwürdige Leben in Gefahr gesetzt ist. Aus diesem Grund lässt sich kein generelles Verbot der materiellen Privatisierung von Aufgaben des Staates ableiten. Zugleich ist die soziale Grundsicherung auch von der Privatwirtschaft zu gewährleisten¹¹⁹.

Eine weitere Schranke ist das Rechtsstaatsprinzip, was jedoch nicht in allen Einzelheiten eindeutige Gebote oder Verbote enthält, sondern für jeden Sachverhalt einzeln der Konkretisierung bedarf. Nach dem vom Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, sind die kommunalen Aufgaben in angemessener Art und Weise zu erfüllen, ohne den Bürger unverhältnismäßig zu belasten. Daher ist eine Privatisierung, die zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Bürgers führt, nicht gestattet.

Außerdem ist dem Kommunalgesetzgeber gestattet, aus Gründen des Gemeinwohls eine materielle Privatisierung zu verbieten oder von einschränkenden Voraussetzungen abhängig zu machen. So ist die Veräußerung des Ganzen, eines Teiles oder einer Beteiligung eines wirtschaftlichen Unternehmens nur zulässig, wenn die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht beeinträchtigt wird¹²⁰.

¹¹⁸ Wolff / Bachof / Stober, Verwaltungsrecht I, § 3 II 2, Rdnr. 6.

¹¹⁹ Gern, Leipziger Juristische Vorträge, S. 10.

¹²⁰ Gern, Leipziger Juristische Vorträge, S. 10.

IV. DIE WIRTSCHAFTLICHE BETÄTIGUNG DER GEMEINDEN AM BEISPIEL DER ENERGIEVERSORGUNG

Die Energieversorgung ist Teil der öffentlichen Daseinsvorsorge und somit gemäß Art. 28 Abs. 2 GG eine Aufgabe der Gemeinden¹²¹. Die Gemeinde kann diese Energieversorgung entweder durch ein eigenes gemeindliches Versorgungsunternehmen (Eigenversorgung) oder durch einen mit einem Fremdunternehmen abgeschlossenen Konzessionsvertrag (Fremdversorgung) wahrnehmen. Darüber entscheidet die Gemeinde selbst.

A. Eigenversorgung (Stadtwerk)

Ist die Gemeinde im Besitz eines eigenen Versorgungsunternehmens, das die Kunden über ein Verteilungsnetz unmittelbar beliefert, liegt Eigenversorgung vor. Ob die Gemeinde die Energie selbst erzeugt oder sie von einem anderen Unternehmen bezieht, ist nicht entscheidend¹²². Entscheidet sich die Gemeinde für die Gründung eines solchen Versorgungsunternehmens, so kann sie zwischen verschiedenen Rechtsformen auswählen. Das wird in Art. 3 BbgGO deutlich hervorgehoben (Eigenbetrieb, Eigengesellschaft). Außerdem kann die Gemeinde sich an wirtschaftlichen Unternehmen beteiligen, an denen außer der Gemeinde auch andere Private beteiligt sind¹²³. Bei solchen gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sollten die Kapitalanteile der Gemeinde zumindest 51% betragen, damit die Mehrheit bei der Gemeinde liegt¹²⁴.

Nach Cronauge bietet die Eigenversorgung für die Gemeinde und ihre Bürger eine Reihe von wirtschaftlichen, ökologischen und stadtentwicklungsplanerischen Vorteilen, da eine „optimale Abstimmung versorgungswirtschaftlicher Entscheidungen mit denen der Stadtentwicklungsplanung und dem Städtebau, der Wirtschaftsförderung, der Stadthygiene und dem Umweltschutz“ möglich sei.¹²⁵

B. Fremdversorgung (Konzessionsvertrag)

Die Gemeinde kann die örtliche Energieversorgung auch durch Fremdversorgung wahrnehmen. Dabei wird die Aufgabenerfüllung im Rahmen eines Konzessionsvertrages durch die Gemeinde auf einen Dritten übertragen.

¹²¹ Püttner, DÖV 1990, 461 (463); Cronauge, Rdnr. 568.

¹²² Cronauge, Rdnr. 578.

¹²³ Cronauge, Rdnr. 585.

¹²⁴ Cronauge, Rdnr. 591.

¹²⁵ Cronauge, Rdnr. 603-606.

Doch verbleibt die Gemeinde in originärer Trägerschaft für die Energieversorgung; der Dritte ist lediglich als „kommunaler Erfüllungsgehilfe mit der faktischen Durchführung der Aufgabe beauftragt“¹²⁶.

Dieser Konzessionsvertrag enthält eine Reihe von gegenseitigen Verpflichtungen. Geändert hat sich aber seit der Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998¹²⁷ die Regelung des Wegebenutzungsrechts. Während bis dahin die Kommune dem Dritten ein ausschließliches Wegebenutzungsrecht an den öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen zum Zwecke der Verlegung von Versorgungsleitungen und -einrichtungen einräumte und dabei auf eine anderweitige Regelung der Energieversorgung verzichtete¹²⁸, ist dieses mit der Änderung des Energiewirtschafts-gesetzes nicht mehr möglich. Danach muß „die Gemeinde sowohl den Elektrizitätsunternehmen, die die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern wahrnehmen, als auch den Unternehmen, die die Letztverbraucher versorgen, die nicht der allgemeinen Versorgung zuzuordnen sind, Wegenutzungsrechte einräumen“¹²⁹.

Gemäß §109 BbgGO darf die Gemeinde einen Konzessionsvertrag nur dann abschließen, wenn folgende drei Voraussetzungen erfüllt sind:

- 1. Die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde darf nicht gefährdet werden; hiernach darf der Konzessionsvertrag nichts enthalten, was die gemeindliche Aufgabenerfüllung behindern kann; z.B. muß der Vorrang der gemeindlichen Bauleitplanung vor etwaigen Planungsabsichten des Energieversorgungs-unternehmens gewahrt sein¹³⁰.*
- 2. Die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde müssen gewahrt sein; die vertraglichen Bestimmungen eines Konzessionsvertrages, die unmittelbare finanzielle Auswirkungen haben, müssen einen angemessenen Interessenausgleich zugunsten der Gemeinde sicherstellen¹³¹.*

¹²⁶ Cronauge, Rdnr. 607-608.

¹²⁷ § 10 Abs. 1 des Energiewirtschaftsgesetzes.

¹²⁸ Cronauge, Rdnr. 630-636.

¹²⁹ Muth, § 109 BbgGO, S. 4.

¹³⁰ Cronauge, Rdnr. 621.

¹³¹ Cronauge, Rdnr. 623.

*3. Die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Einwohner der Gemeinde sind zu wahren. Danach hat die Gemeinde eine preisgünstige Energieversorgung der Bevölkerung zu gewährleisten*¹³².

V. RECHTSSCHUTZMÖGLICHKEITEN EINES PRIVATEN KONKURRENTEN GEGEN KOMMUNALE WIRTSCHAFTLICHE BETÄTIGUNG

Nach den Gemeindeordnungen können Gemeinden nur unter bestimmten kommunalrechtlichen Voraussetzungen ein Unternehmen gründen¹³³. Ob diese Bedingungen der Unternehmensgründung den privaten Konkurrenten subjektiv-öffentliche Rechte beimessen, ist umstritten¹³⁴. Im Grundgesetz und in den Gemeindeordnungen fehlt ein Paragraph, der dieses Problem umfaßt, d.h. es gibt keine Vorschrift im Grundgesetz, die die privaten Unternehmen vor der Gemeinde schützt. Außerdem schreibt das Grundgesetz kein bestimmtes Wirtschaftsmodell vor, aus dem ein Vorrang des wirtschaftlichen Handelns für den Privaten oder den Staat ableitbar ist¹³⁵.

Verbreitet ist die Meinung, daß der Gesetzgeber in § 67 DGO, auf der die heutigen Gemeindeordnungen beruhen, beabsichtigte, lediglich die Gemeinden zu schützen, indem er ihre wirtschaftlichen Aktivitäten begrenzte, aber keine die Privatwirtschaft schützende Funktion vorsah¹³⁶. Demgemäß sollte die Gemeinde sich auf ihre eigenen Aufgaben konzentrieren und nicht in verwaltungsfremden Bereichen wirtschaftliche Aktivität zeigen (sog. kommunalpolitische Zielsetzung). Die Gemeinden sollten ferner vor wirtschaftlichen Risiken geschützt werden, die den Gemeindeetat belasten könnten (sog. haushalts- und finanzpolitische Zielsetzung)¹³⁷. Selbst für den Fall, daß der Gesetzgeber eine ungehemmte wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden zu Lasten der Privatwirtschaft zu verhindern beabsichtigte (wirtschaftspolitische Zielsetzung), sei keine Schutzfunktion für die Privatwirtschaft ableitbar, „denn allenfalls sei

¹³² Cronauge, Rdnr. 625.

¹³³ S. Kapitel II.2.

¹³⁴ Mutius, Rdnr. 521; Stober, S. 341; Gerke, Jura 1985, 349 (355); Schmahl, LKV 2000, 47 (52).

¹³⁵ Waechter, Rdnr. 596; v. Mutius, Rdnr. 521.

¹³⁶ Waechter, Rdnr. 611.

¹³⁷ Stober, S. 340; v. Mutius, Rdnr. 521; Gerke, Jura 1985, 349 (355); Schmahl, LKV 2000, 47 (51).

eine gesamte Unternehmergruppe geschützt, nicht aber der einzelne Unternehmer¹³⁸.

Doch ist diese Ansicht nicht unproblematisch, da die Regelungen in den heutigen Gemeindeordnungen, die auf § 67 I Nr. 3 DGO, d.h. dem Subsidiaritätsprinzip, beruhen, zeigen, daß sehr wohl darauf abgezielt wurde, private Konkurrenzunternehmen der Gemeinde zu schützen. Denn das Subsidiaritätsprinzip beinhaltet die Anerkennung der Vorrangigkeit privater unternehmerischer Tätigkeit bei wenigstens gleichwertiger Leistungsfähigkeit¹³⁹. Auch die in manchen Gemeindeordnungen (Bayern und Nordrhein-Westfalen) zusätzlich verschärften Regelungen „dringender öffentlicher Zweck“ weisen auf eine klare Entscheidung zugunsten der Privatwirtschaft¹⁴⁰.

Da das Subsidiaritätsprinzip nach mancher Auffassung allein durch die Voraussetzung des „öffentlichen Zwecks“ gegeben ist, ergebe „sich allein aus dem Fehlen des besonders hervorgehobenen Subsidiaritätsprinzip in Hessen, Baden-Württemberg und Schleswig-Holstein keine andere rechtliche Situation“¹⁴¹. Gerke kommt so zu der Schlußfolgerung, „daß private Konkurrenz-unternehmen, gestützt auf die Subsidiaritätsklauseln in den landesrechtlichen Gemeindeordnungen, gerichtlichen Rechtsschutz gegen gemeindliche Wirtschaftstätigkeit erlangen können“¹⁴².

Ein weiterer Diskussionspunkt in diesem Zusammenhang ist der Begriff „andere Unternehmen“, der in der Subsidiaritätsklausel erscheint. Hier stellt sich die Frage, ob mit „anderen Unternehmen“ Einrichtungen über- oder zwischengemeindlicher Verwaltungs-träger oder gezielt die Privatwirtschaft gemeint sei. Eine endgültige Entscheidung der Frage sei nicht erforderlich, da es genüge, daß der Privatunternehmer zumindest ebenfalls mit dem Begriff gemeint sei¹⁴³.

In § 100 III BbgGO stellt sich solch ein Problem von vornherein nicht, da ausdrücklich von den „privaten Anbietern“ gesprochen wird. Deswegen kann

¹³⁸ v. Mutius, Rdnr. 521; vgl. auch Stober, S. 341; Schmahl, LKV 2000, 47 (51).

¹³⁹ v. Mutius, Rdnr. 521.

¹⁴⁰ Stober, S. 341.

¹⁴¹ Gerke, Jura 1985, 349 (356).

¹⁴² Gerke, Jura 1985, 349 (356).

¹⁴³ Gerke, Jura 1985, 349 (356).

man sagen, daß für die BbgGO nach dieser Subsidiaritätsklausel in jedem Fall eine klare Entscheidung zugunsten der Privatwirtschaft gefallen ist¹⁴⁴.

A. Grundrechtsschutz

Eine andere Rechtsschutzmöglichkeit privater Unternehmer wird im Bereich der Unternehmergrundrechte angesiedelt. Hier stellt sich ebenfalls die Frage, ob der private Unternehmer sich durch Berufung auf seine Unternehmergrundrechte wie Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG gegenüber der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde schützen kann¹⁴⁵.

Art. 12 Abs. 1 schützt als einheitliches Grundrecht die Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung, jedoch nicht vor Konkurrenz und dem Wettbewerb der öffentlichen Hand¹⁴⁶. Denn wenn sich eine Gemeinde am Wirtschaftsleben beteiligt, dann hindert das die Berufswahl und Berufsausübung Privater nicht¹⁴⁷.

Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG schützt auch weder Erwerbs- oder Wettbewerbschancen Privater noch gewährt sie Schutz vor unerwünschter Konkurrenz¹⁴⁸. Wenn ein Gemeinde als Konkurrent am Markt auftritt, dann ist das kein Eingriff in den Schutzbereich des Eigentums der Privatunternehmer¹⁴⁹. Außerdem kann jeder Unternehmer in der freien Marktwirtschaft an der wirtschaftlichen Betätigung teilnehmen.

Nach dem Art. 3 Abs. 1, also dem Gleichheitssatz, sind unrechtfertigende Differenzierungen zum Vorteil gemeindlicher Unternehmen verboten, da es nach dem Art. 3 Abs. 1 GG keinen Egalitätsanspruch zwischen den Gemeinden und den privaten Konkurrenten gibt¹⁵⁰. Aber bei der Gewährung von Zuschüssen (Verbot willkürlicher Subventionierung) muß die Gleichstellung der Privatunternehmer und der gemeindlichen Unternehmer berücksichtigt werden¹⁵¹.

¹⁴⁴ Schmahl, LKV 2000, 47 (51).

¹⁴⁵ Stober, S. 341; Gerke, Jura 1985, 349 (357); Schmahl, LKV 2000, 47 (51).

¹⁴⁶ Gerke, Jura 1985, 349 (357); Mutius, Rdnr. 522; Stober, S. 342, Gern, Rdnr. 732.

¹⁴⁷ Gern, Rdnr. 732.

¹⁴⁸ Gern, Rdnr. 732.

¹⁴⁹ Gerke, Jura 1985, 349 (357).

¹⁵⁰ Gerke, Jura 1985, 349 (357).

¹⁵¹ Gern, Rdnr. 733; Schmahl, LKV 2000, 47 (52).

Zusammenfassend kann man sagen, daß die Gemeinden durch ihre wirtschaftliche Betätigung allein nicht in Grundrechte Dritter eingreifen. „Private Mitbewerber müssen [...] grundsätzlich hinnehmen, wenn sich die öffentliche Hand dazu entschließt, erwerbswirtschaftlich tätig zu werden, also in Konkurrenz zu privaten Anbietern zu treten“¹⁵².

Jedoch schützen grundrechtliche Positionen wegen faktischer Grundrechtsbeeinträchtigungen die Privatwirtschaft vor mißbräuchlicher Ausnutzung der wirtschaftlichen Macht der Kommunen. Kommunale Unternehmen dürfen keinen Verdrängungswettbewerb führen, der private Konkurrenten in ihrer Wettbewerbsfähigkeit unzumutbar und willkürlich beeinträchtigen und zu einem gesetzlich nicht verankerten Monopol führen würde¹⁵³.

Auch gebietet das Rechtsstaatsprinzip, dem die Gemeinden verpflichtet sind, die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnis-mäßigkeit. Daraus folgt, daß die Gemeinden, auch wenn sie wirtschaftlich handeln, ihre Aufgaben neutral und objektiv wahrnehmen müssen. Auch darf die öffentliche Wirtschaft insgesamt nicht einen Umfang erreichen, der die private Gewerbefreiheit illusorisch macht¹⁵⁴.

B. Gerichtlicher Rechtsschutz und Rechtsweg

Der Rechtsschutz privater Unternehmen gegen die wirtschaftliche Konkurrenz der Gemeinden ist ein sehr umstrittener Bereich¹⁵⁵. So ist es auch nicht immer leicht zu entscheiden, welcher Rechtsweg in solch einem Fall zu beschreiten ist. Sowohl der zivilrechtliche (nach § 13 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)), als auch der verwaltungsrechtliche (nach § 40 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)) Rechtsweg ist denkbar¹⁵⁶.

Nach einstimmiger Meinung unterliegt die wirtschaftliche Betätigung der kommunalen Unternehmen als Konkurrenten auf dem Markt dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)). Das UWG will die Erlangung von Vorteilen für Wettbewerber durch sitten- oder rechtswidriges Verhalten verhindern¹⁵⁷.

¹⁵² OLG Hamm, NJW 1998, 3504 (3504) - „Gelsengrün“.

¹⁵³ Gern, Rdnr. 733; Stober S. 342; Mutius, Rdnr. 522; Schmahl, LKV 2000, 47 (52).

¹⁵⁴ Gern, Rdnr. 733.

¹⁵⁵ Gerke, Jura 1985, 349 (357); Stober, S. 351.

¹⁵⁶ Gerke, Jura 1985, 349 (357).

¹⁵⁷ Tomerius, LKV 2000, 41 (44).

Nach dem Bundesgerichtshof (BGH) sind für die Beurteilung des Wettbewerbsverhaltens der öffentlichen Unternehmen die Zivilgerichte zuständig. Der Rechtsweg zu den Zivilgerichten ist dann eröffnet, wenn es sich um eine privatrechtliche Streitigkeit handelt. Soweit Gemeinde und private Konkurrenten um die Beachtung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften streiten, ergibt sich aus dem wettbewerbsrechtlichen Grundsatz der Gleichordnung der Parteien die Zuständigkeit der Zivilgerichte¹⁵⁸. So regelt das UWG nicht den Zugang zum Wettbewerb, sondern die Art und Weise der Beteiligung am Wettbewerb; nämlich das „Wie“ der Marktteilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb¹⁵⁹.

Auf der anderen Seite ist eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit dann vorhanden, wenn der Streitgegenstand eine unmittelbare Folge des öffentlichen Rechts ist. Maßgebend hierfür ist die Natur des geltend gemachten Anspruchs¹⁶⁰.

Sieht ein privater Wettbewerber in der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde als solche einen Rechtsverstoß, dann geht es wegen der in den Gemeindeordnungen geregelten Frage der Zulässigkeit wirtschaftlicher Unternehmen unbeschadet der gewählten Organisationsform um die öffentlich-rechtliche Frage, ob sie eine wettbewerbliche Tätigkeit überhaupt aufnehmen und sich allgemein am Wettbewerb beteiligen darf¹⁶¹ (das „Ob“ der Marktteilnahme). Hier ist zu beachten, dass der Mißbrauch von Hoheitsbefugnissen nur durch die Verwaltungsgerichte untersagt werden kann, nicht jedoch durch Zivilgerichte¹⁶².

Eine Unterscheidung kann jedoch im Einzelfall recht schwierig sein. So ist die grundsätzliche Betätigung und die Art und Weise der Ausübung einer Betätigung nicht immer deutlich voneinander trennbar¹⁶³.

In jüngerer Zeit wird über § 1 UWG nicht nur das „Wie“ sondern auch das „Ob“ der wirtschaftlichen Betätigung vor den Zivilgerichten angegriffen. Nach der Rechtsprechung des BGH kann in Extremfällen auch die Aufnahme der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden gemäß § 1 UWG unzulässig sein. Hier müssen besondere Umstände im Marktverhalten der Gemeinde hinzutreten

¹⁵⁸ Gerke, Jura 1985, 349 (358).

¹⁵⁹ Schmahl, LKV 2000, 47 (52).

¹⁶⁰ Gerke, Jura 1985, 349 (357).

¹⁶¹ Stober, S. 351.

¹⁶² Gerke, Jura 1985, 349 (357).

¹⁶³ Schmahl, LKV 2000, 47 (52).

um auch gleichzeitig, die im Rahmen der wettbewerbsrechtlich gebotenen umfassenden Interessenabwägung eine Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG zu begründen¹⁶⁴. In einigen jüngeren Entscheidungen¹⁶⁵ wurde die Verletzung der gemeinewirtschaftlichen Vorschriften über die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung zugleich als einen Verstoß gegen § 1 UWG dargestellt¹⁶⁶ und somit vor Zivilgerichten gerügt.

ZUSAMMENFASSUNG

In Deutschland darf sich die Gemeinde zur Erledigung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft wirtschaftlich betätigen. Jedoch muß sie hierbei die in ihren Gemeindeordnungen festgelegten Voraussetzungen erfüllen. Diese werden aber in den Gemeindeordnungen unterschiedlich geregelt. Hierbei erweist sich als Hauptunterschied das Subsidiaritätsprinzip. Während beispielsweise in Baden Württemberg, Schleswig Holstein und in Hessen das Subsidiaritätsprinzip nicht vorhanden ist, findet es hingegen in Ländern wie Brandenburg Anwendung.

Aus zwei Gründen komme ich selbst in meiner Arbeit schlußfolgernd zu folgendem Fazit:

1. Auch bei Nicht-Vorhandensein des Subsidiaritätsprinzips in der Gemeindeordnung einer Gemeinde wird das kommunale Unternehmen dessen Inhalt erfüllen müssen, da sie durch die Voraussetzung in der Gemeindeordnung, den öffentlichen Zweck rechtfertigen zu müssen, gewahrt und geregelt wird. Denn eine kommunale Unternehmenstätigkeit kann nicht dem Gemeinwohl dienen, wenn deren Zweck anderweitig „besser und wirtschaftlicher“ zu erreichen ist.

2. Gerade ohne das Subsidiaritätsprinzip als wirtschaftliche Schranke wird es der Gemeinde ermöglicht, ihren Haushalt durch unternehmerische Betätigung nachhaltig zu bereichern.

Bezüglich der Privatisierungsunternehmungen der Gemeinde ist abschließend festzustellen, daß es hierzu aus verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich keinerlei Beschränkungen bzw. Verbot gibt; weil unter geregelten Voraussetzungen der sozialen Marktwirtschaft die Grundversorgung der

¹⁶⁴ Tomerius, LKV 2000, 41 (44).

¹⁶⁵ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1470; OLG Hamm, NJW 1998, 3504; LG Wuppertal, NWVB 1999, 275 f., in: Tomerius, LKV 2000, 41 (44).

¹⁶⁶ Andere Ansicht LG Kassel, Urt. v. 18.3. 1999 –11 O 4033-99, in: Tomerius, LKV 2000, 41 (45).

Bevölkerung auch durch die private Wirtschaft zu gewährleisten ist. Doch wird sich durch solch eine Privatisierung die Gemeinde ohnehin nicht gänzlich aus ihren Verpflichtungen in bezug auf die Kompetenz als staatliche Institution herauslösen.

Private Unternehmer können nach herrschender Meinung und der Rechtsprechung zwar keine drittschützende Wirkung aus den Nachfolgevorschriften zu § 67 DGO ableiten, doch genießen sie, gestützt auf das Subsidiaritätsprinzip, Vorrang vor der gemeindlichen wirtschaftlichen Betätigung. Auch die unternehmerrelevanten Grundrechte (Art. 12 und 14 GG) bieten den Privaten als solche keinen Abwehrschutz vor der gemeindlichen Konkurrenz, doch schützen sie wegen der faktischen Grundrechtsbeschränkungen den Privatunternehmer vor Schädigungen, insbesondere vor einem Verdrängungswettbewerb durch die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde.

Für den rechtlichen Streitfall zwischen der Gemeinde und den Privaten in Bezug auf ihre wirtschaftliche Betätigung ist zusammenfassend folgendes festzuhalten:

- 1. Wenn im Einzelfall der jeweils geltend gemachte Abwehrenspruch öffentlich-rechtlicher Natur ist, dann ist nach § 40 Abs. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.*
- 2. Verletzungen von wettbewerbsrechtlichen Vorschriften sind nach § 13 GVG vor den Zivilgerichten geltend zu machen.*

Literaturverzeichnis

- Badura, Peter,** Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, DÖV 1998, S. 818-823.
- Cronauge, Ulrich,** Kommunale Unternehmen, Band 3, 2. Auflage, Berlin 1995.
- Gerke, Jürgen,** Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Jura 1985, S. 349-358.
- Gern, Alfons,** Deutsches Kommunalrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 1997.
- Gern, Alfons (Hrsg.),** Privatisierung in der Kommunalverwaltung, Leipziger Juristische Vorträge, Heft 24, Leipzig 1997.
- Hösch, Ulrich,** Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, DÖV 2000, S. 394-406.
- Kund, Ulrich G.,** Nachwirkende Pflichten der Gemeinden bei der Ausgliederung öffentlicher Aufgaben auf Private, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1988.
- Meyer, Hubert,** Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern: Kommunalrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 1998.
- Meyer, Hubert,** Nichtwirtschaftliche Betätigung der Kommunen: Spiel ohne Grenzen?, LKV 2000, S. 321-324.
- Muth, Michael (Hrsg.),** Kommunalrecht in Brandenburg: Potsdamer Kommentar zur Gemeindeordnung,

- Amtsordnung und Landkreisordnung,
München/Bonn/Potsdam 1999.
- Mutius, Albert von,** Kommunalrecht, München 1996.
- Nierhaus, Michael,** Zur kommunalen Bindung und
Aufgabenstellung der Sparkassen, DÖV 1984,
S. 662-671.
- Nierhaus, Michael,** die Gemeindeordnung des Landes
Brandenburg, LKV 1995, S. 6-12.
- Nierhaus, Michael,** Artikel 28, Kommunale Selbstverwaltung, in:
Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz,
Kommentar, München 1996.
- Pagenkopf, Hans,** *Kommunalrecht, Band 2, Wirtschaftsrecht, 2.
Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1976.*
- Püttner, Günter,** Gemeinden und Kreise in der
Energieversorgung, DÖV 1990, S. 461-467.
- Schmall, Stefanie,** Umfang und Grenzen wirtschaftlicher
Betätigung von Gemeinden in Brandenburg,
LKV 2000, S. 47-54.
- Schmidt-Abmann, Eberhard (Hrsg.),** Besonderes Verwaltungsrecht, 11.
Auflage, Berlin/New York 1999.
- Schmidt-Jortzig, Edzard,** Kommunalrecht, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz
1982.
- Schmidt-Jortzig, Edzard/Schink, Alexander,** Subsidiaritätsprinzip und
Kommunalordnung, Köln/Stuttgart/Berlin/
Hannover/Kiel/Mainz/München 1982.
- Schoch, Friedrich,** *Rechtsfragen der Privatisierung von
Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung, in:
Ipsen, Jörn, Privatisierung öffentlicher
Aufgaben, Köln/ Berlin / Bonn / München
1994.*

-
- Seeberg, Hans,** Die Möglichkeiten und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen nach den Regelungen der neuen Kommunalverfassung Brandenburg vom 15.10.1993, LKV 1995, S. 353-358.
- Stern, Klaus/Püttner, Günter,** Die Gemeindegewirtschaft Recht und Realität, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1965.
- Stober, Rolf,** Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage Stuttgart/Berlin/Köln 1996.
- Tomerius, Stephan,** Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zwischen Gemeindegewirtschafts- und Wettbewerbsrecht, LKV 2000, S. 41-47.
- Waechter, Kay,** Kommunalrecht, 3. Auflage, Berlin/Bonn/München 1997.
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf,** Verwaltungsrecht I, 11. Auflage, München 1999.
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf,** Verwaltungsrecht II, 5. Auflage, München 1987.