



Bundesverband der Deutschen Industrie · 11053 Berlin

**Wettbewerb, Öffentliche  
Aufträge und Verbraucher**

Ausschussbüro  
Innen- und Rechtsausschuss  
Landtag Schleswig-Holstein  
z. Hd. Frau Dörte Schönfelder

*Datum*  
17. November 2015

*Seite*  
1 von 2

**Gesetzentwurf der Landesregierung zur Stärkung der Kommunalwirtschaft (Drucksache 18/3152)**

Sehr geehrte Damen und Herren,  
sehr geehrte Frau Schönfelder,

den Gesetzesentwurf der schleswig-holsteinischen Landesregierung zur Stärkung der Kommunalwirtschaft (Drucksache 18/3152) sieht der BDI als besorgniserregendes Zeichen zur Ausweitung kommunaler riskanter Investitionen in Schleswig-Holstein zu Lasten des Steuerzahlers. Der BDI warnt davor, bei der Energieerzeugung grundsätzlich einen öffentlichen Zweck anzunehmen und damit die wohldurchdachte Schrankentrias weiter auszuhebeln. Schon jetzt ist das schleswig-holsteinische Gemeindefirtschaftsrecht ordnungspolitisch insofern verfehlt, als es nur eine einfache Subsidiaritätsklausel enthält und die Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit schon jetzt bedeutende Wirtschaftsbereiche umfasst. Auch finden sich bereits gegenwärtig Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip und es fehlt an einer dauerhaften Betätigungskontrolle. Die avisierte Novellierung passt deshalb ins Bild einer weiteren „Verstaatlichung“ privatwirtschaftlicher Leistungsbereiche. Schleswig-Holstein übernimmt mit dieser Gesetzesinitiative sogar eine Vorreiterrolle.

Seit etwa 10 Jahren entfalten Städte und Gemeinden insbesondere in den Bereichen der Energieversorgung, der Abfallentsorgung und der Wasserwirtschaft, aber auch in zahlreichen weiteren Branchen, die über den Kernbereich der sogenannten Daseinsvorsorge weit hinausreichen, wieder zunehmend wirtschaftliche Aktivitäten. Zudem besteht ein Trend zur Re-Kommunalisierung bereits privatisierter Leistungen. Die neu erstarkte Wirtschaftstätigkeit der Kommunen wird durch das Gemeindefirtschaftsrecht der Bundesländer erst ermöglicht, das in den letzten Jahren vielfältige Änderungen erfahren hat. Seiner Aufgabe, der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen Grenzen zu ziehen, wird das Gemeindefirtschaftsrecht daher in vielen Fällen nicht mehr gerecht. Im Gegenteil,

**Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.**  
Mitgliedsverband  
BUSINESSEUROPE

*Hausanschrift*  
Breite Straße 29  
10178 Berlin

*Postanschrift*  
11053 Berlin

*Telekontakte*  
T: +493020281408  
F: +493020282408

*Internet*  
www.bdi.eu

*E-Mail*  
U.Suchsland@bdi.eu

Kommunen werden vielfach mit Hilfe dieser Ländergesetze gewinnträchtige Bereiche zugesichert, ohne dass Fragen nach Effizienz und Wirtschaftlichkeit gestellt werden und ohne dass die Privatwirtschaft eine Chance hätte, ihre Leistungen im Wettbewerb anzubieten. Für die Privatwirtschaft wird es zunehmend schwieriger, die durch Reformen dieser Gesetze aufgebauten Hürden zu nehmen. Im Ergebnis wird die Privatwirtschaft letztlich zunehmend aus Geschäftsfeldern, deren Dynamik sie in der Vergangenheit selbst geprägt hat, wieder verdrängt. Dadurch gehen Steuereinnahmen in beträchtlicher Höhe verloren und Kommunen nehmen erhebliche Folgebelastrungen für ihre Haushalte in Kauf.

Dem Staat obliegt die Aufgabe, durch geeignete Regeln den Rahmen zu bestimmen, innerhalb dessen sich die Marktteilnehmer im freien Wettbewerb wirtschaftlich betätigen können. Da der Staat den Wirtschaftsprozess nicht selbst durchführen soll, bedürfen staatliche Markteingriffe stets einer besonderen Rechtfertigung. Aus ordnungspolitischer Sicht muss sich der Staat als wirtschaftlicher Akteur zurückziehen, wenn für eine Leistung ein tragfähiger Markt vorhanden ist und kein zwingendes Erfordernis für eine Betätigung der öffentlichen Hand besteht. Auch das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden gewährt jedenfalls keine unbeschränkten Freiräume für jegliche wirtschaftliche Betätigung.

Da das Gemeindefirtschaftsrecht in Deutschland auf Landesebene gesetzlich geregelt ist, konnte eine aussagekräftige Analyse nur auf der Grundlage eines Vergleichs der Rechtsordnungen in den 16 Bundesländern erfolgen. Die gesetzlichen Grundlagen sind in den 16 Bundesländern inzwischen so weit auseinander „gedriftet“, dass eine Harmonisierung heute mehr denn je geboten ist. Das Gemeindefirtschaftsrecht muss wieder anknüpfen an die überzeugenden Reformen, die bis zur Mitte der 2000er Jahre eingeleitet worden sind und sich auf die ordnungspolitischen Grundprinzipien rückbesinnen. Von diesem Ausgangspunkt gilt es, eine moderne und wettbewerbsfreundliche Rechtsordnung zu entwickeln, die es den privaten Wirtschaftsteilnehmern ermöglicht, durch die Steuerungskräfte des Marktes Güter in ausreichendem Umfang, zu angemessenen Preisen und in hoher Qualität anzubieten. Dies erfordert je nach Bundesland mehr oder weniger umfangreiche Reformen.

Für den BDI war dies Anlass, die Vorschriften der 16 Bundesländer zu untersuchen, inwieweit die Voraussetzungen für einen fairen Wettbewerb zwischen Staat und Privatwirtschaft noch vorliegen, und hofft, mit der vorliegenden Broschüre einen Beitrag zur Verwirklichung dieses Ziels zu leisten.

Mit freundlichen Grüßen



Lau



Dr. Suchsland

**Anlage**



# BDI

Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.



## **Wettbewerbsbarometer: Gemeindewirtschaftsrecht**

- Eine vergleichende Analyse der Gemeindeordnungen -

Die Vorschriften der 16 Bundesländer auf dem Prüfstand:  
Fairer Wettbewerb zwischen Staat und Privatwirtschaft?



## Vorwort

---

Seit etwa 10 Jahren ist auf kommunaler Ebene eine erneute Ausweitung der zuvor schrittweise verringerten staatlichen Wirtschaftstätigkeiten zu beobachten. Städte und Gemeinden entfalten insbesondere in den Bereichen der Energieversorgung, der Abfallentsorgung und der Wasserversorgung, aber auch in zahlreichen weiteren Branchen, die über den Kernbereich der sogenannten Daseinsvorsorge weit hinausreichen, wieder zunehmend wirtschaftliche Aktivitäten.

Zudem besteht ein Trend zur Re-Kommunalisierung bereits privatisierter Leistungen, zuweilen unter dem Vorwand, dass die Versorgungssicherheit nur durch eigene wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und deren demokratische Kontrolle durch die Staatsbürger gewährleistet sei. Kommunale Gebietskörperschaften gehen daher oftmals dazu über, eigene Strukturen neben den bestehenden privaten aufzubauen oder private Dienste wieder in hoheitliche Führung zurückzuziehen.

Die neu erstarbte Wirtschaftstätigkeit der Kommunen wird durch das Gemeindegewirtschaftsrecht der Bundesländer erst ermöglicht, das in den letzten Jahren vielfältige Änderungen erfahren hat. Als ordnungspolitisch besonders bedenklich bewertet es der BDI, dass lukrative Wirtschaftsbereiche der Daseinsvorsorge von einigen Landesgesetzgebern grundsätzlich als „nicht wirtschaftlich“ klassifiziert worden sind. Kommunen werden dadurch von vornherein gewinnträchtige Bereiche zugesichert, ohne dass Fragen nach Effizienz und Wirtschaftlichkeit gestellt werden und ohne dass die Privatwirtschaft eine Chance hätte, ihre Leistungen anzubieten. Selbst bei der Einstufung als „wirtschaftlich“ wird es für die Privatwirtschaft zunehmend schwieriger, die durch Reformen des Gemeindegewirtschaftsrechts aufgebauten Hürden zu nehmen. Gemeinden müssen sich in einigen Bundesländern kaum noch rechtfertigen, selbst wirtschaftlich tätig zu werden. Private Unternehmen müssen nun oft zeigen, dass sie besser wirtschaften als die kommunalen Unternehmen und nicht nur ebenso gut. Wirtschaften private Unternehmen besser, scheitern sie häufig daran, dass sie sich selbst nicht auf das Gemeindegewirtschaftsrecht eines Bundeslandes berufen können, wenn dieses nicht explizit auch den privaten Wettbewerber „schützt“. Damit wird die Privatwirtschaft aus Geschäftsfeldern, deren Dynamik sie in der Vergangenheit selbst geprägt hat, verdrängt. Dadurch gehen Steuereinnahmen in beträchtlicher Höhe verloren und Kommunen nehmen erhebliche Folgebelastungen für ihre Haushalte in Kauf.

Der BDI steht der zunehmenden wirtschaftlichen Betätigung des Staates – in allen Bereichen der sogenannten Daseinsvorsorge – kritisch gegenüber. Effizientes Wirtschaften und bezahlbare Leistungen sind am besten im Wettbewerb zu erreichen. Ein der Privatwirtschaft offen stehender fairer Wettbewerb ist unverzichtbare Voraussetzung für eine qualitativ hohe flächendeckende Versorgung der Bürger mit notwendigen und wichtigen Dienstleistungen.



**Ulrich Grillo**  
Präsident  
Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.

## Inhaltsverzeichnis

---

<b>A. Einleitung</b> .....	6
<b>B. Das Gemeindefirtschaftsrecht</b> .....	8
I. Kommunale Wirtschaftstätigkeit und Gemeindefirtschaftsrecht im Wandel der Zeit .....	8
1. Kommunalwirtschaft und Daseinsvorsorge: Die Erfahrungen der Weimarer Zeit .....	8
2. Die Deutsche Gemeindeordnung von 1935 .....	9
3. Privatisierung und Re-Kommunalisierung .....	9
II. Das Gemeindefirtschaftsrecht:	
Ein wichtiger Mosaikstein im Gefüge der rechtlichen Vorgaben für die Kommunalwirtschaft .....	11
III. Die Struktur der gemeindefirtschaftsrechtlichen Vorgaben .....	12
1. Die „Schränkentrias“ .....	12
a. Öffentlicher Zweck .....	12
b. Kommunale Leistungsfähigkeit .....	13
c. Subsidiarität .....	13
2. Weitere Zulässigkeitskriterien .....	14
a. Örtlichkeitsprinzip .....	14
b. Dauerhafte Betätigungskontrolle .....	15
3. Einschränkungen der Zulässigkeitskriterien .....	15
a. Nicht-wirtschaftliche Betätigungen und deren gesetzliche Fiktion .....	15
b. Annex Tätigkeiten und freie Kapazitäten .....	15
IV. Rechtsschutzmöglichkeiten der privaten Konkurrenten .....	17
V. Kommunalaufsicht .....	18

---

<b>C. Die Gemeindeordnungen der deutschen Bundesländer im Vergleich</b> .....	19
I. Baden-Württemberg .....	19
II. Bayern .....	22
III. Berlin .....	26
IV. Brandenburg .....	28
V. Bremen .....	33
VI. Hamburg .....	35
VII. Hessen .....	37
VIII. Mecklenburg-Vorpommern .....	42
IX. Niedersachsen .....	46
X. Nordrhein-Westfalen .....	50
XI. Rheinland-Pfalz .....	56
XII. Saarland .....	60
XIII. Sachsen .....	63
XIV. Sachsen-Anhalt .....	66
XV. Schleswig Holstein .....	70
XVI. Thüringen .....	73
<b>D. Fazit und rechtspolitische Empfehlungen</b> .....	77
I. Fazit und rechtspolitische Empfehlungen .....	78
II. Empfehlungen für eine Modernisierung des Gemeindefirtschaftsrechts .....	80
<b>Impressum</b> .....	82

## A. Einleitung

---

Aus ordnungspolitischer Sicht obliegt dem Staat die Aufgabe, durch geeignete Regeln den Rahmen zu bestimmen, innerhalb dessen sich die Marktteilnehmer im freien Wettbewerb wirtschaftlich betätigen können. Da der Staat den Wirtschaftsprozess nicht selbst (durch-)führen soll, bedürfen staatliche Markteingriffe stets einer besonderen Rechtfertigung. Auch durch seine eigene wirtschaftliche Betätigung greift der Staat in den Markt ein. Sofern der Staat hierfür nicht eine besondere Rechtfertigung anführen kann, muss er sich der wirtschaftlichen Betätigung enthalten. Auf Gemeindeebene gewährleistet das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden zwar eine eigenständige Verwaltung der gemeindlichen Binnenstruktur. Diese ist jedoch nicht schrankenlos und gewährt keinen Freibrief für jegliche wirtschaftliche Betätigung. Aus ordnungspolitischer Sicht muss sich der Staat zurückziehen, wenn für eine Leistung ein funktionierender Markt vorhanden ist und kein zwingendes Erfordernis für eine Betätigung der öffentlichen Hand besteht.

In den letzten 30 Jahren ist die Wirtschaftspolitik in Europa zunehmend an diesen ordnungspolitischen Grundvorstellungen ausgerichtet worden. Schrittweise trennen sich die Staaten von ihren Unternehmensbeteiligungen. Auch wenn dieser Prozess noch bei weitem nicht abgeschlossen ist, scheint sich dieses ordnungspolitische Leitbild immer weiter durchzusetzen. Vor diesem Hintergrund verwundert es umso mehr, dass sich in jüngster Zeit auf der Ebene der kleinsten Gebietskörperschaften des Staates, den Gemeinden bzw. Kommunen, ein gegenläufiger Trend herausgebildet hat. In der öffentlichen Diskussion hat sich für diese Erscheinung der Begriff der „Re-Kommunalisierung“ eingebürgert. Die bisweilen angezweifelte Existenz dieses Trends steht angesichts neuerer empirischer Untersuchungen mittlerweile außer Frage.<sup>1</sup> Zwischen 2000 und 2011 hat sich demnach der Umsatzanteil der kommunalen Unternehmen am nominalen BIP von sechs auf zehn Prozent erhöht. Diese Entwicklung ist nicht nur für den BDI Anlass zu großer Sorge.

So befürchtet das *Bundeskartellamt*, dass sich aus der Doppelrolle des Staates als Marktteilnehmer und Hoheitsträger ein erhöhtes Diskriminierungspotential gegenüber privaten Wettbewerbern ergibt. Es hat deshalb im Oktober 2014 die Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht unter den Titel „Der Staat als Unternehmer – Re-Kommunalisierung im wettbewerbsrechtlichen Kontext“ gestellt und hebt die Notwendigkeit einer konsequenten Anwendung des Kartellrechts auf die wirtschaftlichen Tätigkeiten der Kommunen hervor.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Siehe hierzu: *DSi*, Staat vor Privat? – Risiken kommunaler Wirtschaftstätigkeit, Sonderinformation 2, April 2014 (abrufbar im Internet unter: [http://www.steuerzahlerinstitut.de/files/20363/DSi-Sonderinf\\_2\\_fuer\\_Web.pdf](http://www.steuerzahlerinstitut.de/files/20363/DSi-Sonderinf_2_fuer_Web.pdf)); *Handelsblatt Research Institute*, Re-Kommunalisierung zwischen Wunsch und Wirklichkeit, Oktober 2014.

<sup>2</sup> *Bundeskartellamt*, Der Staat als Unternehmer – Re-Kommunalisierung im wettbewerbsrechtlichen Kontext, Arbeitspapier vom 2.10.2014 (abrufbar im Internet unter: [http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/ArbeitskreisKartellrecht/arbeitskreiskartellrecht\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/ArbeitskreisKartellrecht/arbeitskreiskartellrecht_node.html)).

---

Gleichzeitig sorgt sich das *Deutsche Steuerzahlerinstitut* um die Risiken kommunaler Wirtschaftstätigkeit.<sup>3</sup> Denn die Kommunen haften in vielen Fällen für die Verbindlichkeiten ihrer Unternehmen und nehmen daher erhebliche Folgebelastungen für ihre Haushalte in Kauf.

Vor diesem Hintergrund wendet sich der BDI mit der vorliegenden Studie dem aktuellen Stand des Gemeindefirtschaftsrechts zu. Dessen Aufgabe besteht darin, der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen Grenzen zu ziehen. Da das Gemeindefirtschaftsrecht in Deutschland auf Landesebene gesetzlich geregelt ist, kann eine aussagekräftige Analyse nur auf der Grundlage eines Vergleichs der Rechtsordnungen in den 16 Bundesländern erfolgen.

**Dabei sind zwei Aspekte im Blick zu behalten:**

Das Gemeindefirtschaftsrecht ist gewachsenes Recht. Seine vielfach gebrochene, von Ausnahmen und Erweiterungen geprägte Struktur gibt beredtes Zeugnis von intensiven Auseinandersetzungen zwischen den Interessenvertretern der Kommunalwirtschaft und der mit ihr konkurrierenden Privatwirtschaft. Ein Blick auf die wechselvolle Geschichte des Kommunalwirtschaftsrechts erleichtert nicht nur das Verständnis seiner derzeitigen Struktur. Es verdeutlicht auch, dass in der mehr als achtzig Jahre währenden Kontroverse viele Argumente in wechselnden Gewändern immer wieder ins Feld geführt worden sind – ohne je einer befriedenden Lösung zugeführt worden zu sein. Deshalb nimmt die vorliegende Studie einen kurzen Rückblick auf die Geschichte des Gemeindefirtschaftsrechts zum Ausgangspunkt der vergleichenden Analyse.

Das Gemeindefirtschaftsrecht ist zersplittertes Recht. Auch wenn es auf eine gemeinsame Wurzel zurückgeht, sind in den vergangenen Jahren die Rechtsordnungen der Bundesländer immer weiter auseinander gedriftet. Die unterschiedlichen politischen Kräfteverhältnisse in den einzelnen Ländern und ihre häufigen Wechsel haben einen rechtlichen Flickenteppich entstehen lassen. Deshalb ist es unumgänglich, die Rechtsordnung jedes Bundeslandes einzeln zu analysieren und zu bewerten.

<sup>3</sup> DSI, Staat vor Privat? – Risiken kommunaler Wirtschaftstätigkeit, Sonderinformation 2, April 2014 (abrufbar im Internet unter: [http://www.steuerzahlerinstitut.de/files/20363/DSi-Sonderinf\\_2\\_fuer\\_Web.pdf](http://www.steuerzahlerinstitut.de/files/20363/DSi-Sonderinf_2_fuer_Web.pdf)).

## B. Das Gemeindefirtschaftsrecht

### I. Kommunale Wirtschaftstätigkeit und Gemeindefirtschaftsrecht im Wandel der Zeit

Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinwesen blickt auf eine lange und wechselvolle Geschichte zurück, die sich zurückverfolgen lässt bis zu den ersten Ansätzen staatlicher Strukturen in der Antike<sup>4</sup>. Seitdem hat sie in stets wechselnden Formen über das Mittelalter<sup>5</sup>, den Merkantilismus<sup>6</sup>, die Industrialisierung<sup>7</sup> und den Sozialismus<sup>8</sup> bis zum heutigen Zeitpunkt das Wirtschaftsleben mehr oder weniger intensiv beeinflusst.<sup>9</sup> Der kurze Blick auf die Geschichte staatlicher Wirtschaftstätigkeit verdeutlicht, wie stark sich die ihr zugrunde liegenden politischen Leitbilder immer wieder gewandelt und den Umfang der Staatswirtschaft beeinflusst haben.

#### 1. Kommunalwirtschaft und Daseinsvorsorge: Die Erfahrungen der Weimarer Zeit

In Deutschland entfällt seit jeher ein großer Teil der staatlichen Wirtschaftstätigkeit auf die Gemeinden. Dabei engagieren sich die Kommunen im Wesentlichen in den Bereichen, die in der öffentlichen Diskussion mit dem von *Ernst Forsthoff*<sup>10</sup> geprägten Begriff der „Daseinsvorsorge“ bezeichnet werden. Auch wenn eine Konturierung dieses Begriffs nach einem mehr als 70 Jahre währenden

wissenschaftlichen Diskurs noch nicht gelungen ist,<sup>11</sup> besteht doch zumindest weitgehend Einigkeit, dass die Versorgung mit Wasser und Energie, die Entsorgung von Abwässern und Abfällen und die Erbringung von Dienstleistungen im Gesundheitswesen und dem Personennahverkehr von ihm erfasst sein sollen.

Dass diese Dienstleistungen herkömmlich überwiegend von den Gemeinden erbracht werden, ist das Ergebnis einer wechselvollen Entwicklung<sup>12</sup>: Mit dem Beginn der Industrialisierung wuchsen zahlreiche Dörfer rasch und unkoordiniert zu größeren Siedlungen. Um die Versorgung der Bevölkerung mit den für ein geregeltes Zusammenleben notwendigen Dienstleistungen zu sichern, übernahmen die Gemeinden zunehmend Aufgaben der Ver- und Entsorgung. Die kommunale Wirtschaftstätigkeit wurde nach dem Ersten Weltkrieg auf die Lebensmittelversorgung und die Befriedigung vielfältiger Grundbedürfnisse ausgedehnt. Dem lag ein Bündel von Motiven zugrunde, das sich in ähnlicher Form immer wieder in der Geschichte der Kommunalwirtschaft gezeigt hat: Einerseits wollten die Gemeinden den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Bevölkerung in den Nachkriegsjahren Rechnung tragen. Andererseits erschlossen sie sich so eine zusätzliche Einnahmequelle, die es ihnen ermöglichte, der durch die sog. Erzbergersche Finanzreform von 1920 entstandenen kommunalen Finanznot zu begegnen. Die Finanznot beeinflusste auch die Art, in der die Kommunen ihre Unternehmen führten: Die meisten Gemeinden versuchten, möglichst hohe Einnahmen zu erwirtschaften, und unterließen notwendige Investitionen in ihre Unternehmen. Die Weimarer Erfahrungen widerlegen somit nicht nur die Behauptung, dass Kommunen nachhaltiger wirtschaften würden als die Privatwirtschaft. Sie zeigen auch eine weitere Gefahr auf: Indem die Kommunen im Zuge der Weltwirtschaftskrise schließlich dazu übergingen, aus politischen Gründen insolvente Unternehmen zu übernehmen, brachten sie sich selbst in immer größere wirtschaftliche Bedrängnis.

<sup>4</sup> Beispielhaft sei verwiesen auf die umfassende königliche Monopolwirtschaft der Ptolemäer, die alle wesentlichen Wirtschaftszweige (insbesondere die Ölproduktion, die Weberei, den Bergbau und die Papyrusfabrikation) umfasste; siehe hierzu: *H. Bengtson*, Griechische Geschichte, 1976, S. 422 ff.

<sup>5</sup> Im Mittelalter war es üblich, dass Verwaltungseinrichtungen nicht durch öffentlich-rechtliche Abgaben finanziert wurden, sondern aus einem ihnen gewidmeten Vermögen (Domänen oder Regalien) zur Aufgabenerfüllung ausreichende Erträge erwirtschaften mussten. Dies zwang den Staat, sich wirtschaftlich zu betätigen. Insbesondere die Teilnahme der Städte am Wirtschaftsleben erreichte beträchtliche Ausmaße. Siehe hierzu auch: *K. Stern/G. Püttner*, Die Gemeindefirtschaft – Recht und Realität, 1965, S. 11 f.

<sup>6</sup> Bekannte Beispiele sind die in der Regel königlichen Manufakturen, in denen Luxusgüter wie Porzellan oder Gobelins, aber auch Gegenstände des alltäglichen Bedarfs (z.B. Tuche oder Eisenwaren) erzeugt wurden.

<sup>7</sup> Aufgrund des raschen Wachstums der Städte betätigten sich viele Gemeinden im Bereich der Gas-, Wasser- und Elektrizitätsversorgung, die heute noch ein zentrales Element der Kommunalwirtschaft bilden.

<sup>8</sup> Zu nennen sei hier nur die Überführung eines Großteils der Wirtschaft in volkseigene Betriebe.

<sup>9</sup> *W. Neutz*, in: *Wurzel/Schram/Becker* (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2. Auflage, 2010, S. 51 f., m. w. Nw.

<sup>10</sup> Grundlegend: *E. Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938 (später teilweise abgedruckt in: *E. Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959).

<sup>11</sup> Mit „Daseinsvorsorge“ wird zuweilen die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit wichtigen Wirtschaftsgütern zu gleichen Bedingungen bezeichnet. Von Anderen werden nur die Kernbereiche staatlicher Aufgaben, d.h. die öffentliche Sicherheit, Landesverteidigung und Justiz, zur „Daseinsvorsorge“ gerechnet. „Daseinsvorsorge“ wird aber auch dahingehend verstanden, dass von ihr praktisch alles umfasst sein soll, was dem Dasein eines Menschen im weitesten Sinne dient. Gerade das letztere Verständnis dehnt den Begriff der „Daseinsvorsorge“ nahezu ins Uferlose aus. Ausführlich hierzu: *W. G. Leisner*, in: *GewArch Beilage WiVerw* Nr. 02/2011, S. 55-77.

<sup>12</sup> Ausführlich hierzu: *K. Stern/G. Püttner*, Die Gemeindefirtschaft – Recht und Realität, 1965, S. 25 ff. Siehe auch: *W. Neutz*, in: *Wurzel/Schram/Becker* (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2. Auflage, 2010, S. 51 f.; *M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller*, in: *Hoppe/Uechtritz/Reck* (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 68 f.

## 2. Die Deutsche Gemeindeordnung von 1935

Dieser Wildwuchs der kommunalen Wirtschaftstätigkeit in den 1920er und frühen 1930er Jahren führte zu einer Gegenbewegung: Die Klagen der Privatwirtschaft über die Verzerrung des Wettbewerbs durch die kommunale Konkurrenz mischten sich mit der Sorge um die Gemeindehaushalte, die durch die wirtschaftlichen „Abenteuer“ vieler Städte und Gemeinden in Schieflage gerieten. In einzelnen Ländern wurden daher zum Schutz der Privatwirtschaft Vorschriften zur Beschränkung der kommunalen Wirtschaft eingeführt.<sup>13</sup> Die Vorschriften sollten gleichzeitig Kommunen vor der Übernahme zu großer finanzieller Risiken bewahren. Dem Vorbild dieser Vorschriften folgend wurden mit der Deutschen Gemeindeordnung (DGO) vom 30.01.1935 schließlich für ganz Deutschland allgemeine Grenzen der Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Betätigung geregelt (§§ 67 ff. DGO).

Die Vorschriften der DGO bildeten nach dem Zweiten Weltkrieg ihrerseits das Vorbild für die gemeindefirtschaftlichen Vorschriften der einzelnen Bundesländer. Trotz der Einführung dieser Beschränkungsvorschriften ist die Kommunalwirtschaft im „Dritten Reich“ und den Nachkriegsjahren jedoch faktisch weitgehend unangetastet geblieben.<sup>14</sup>

## 3. Privatisierung und Re-Kommunalisierung

Erst in der jüngeren Vergangenheit erlangten die Beschwerden der Privatwirtschaft über die Verzerrung des Wettbewerbs durch die kommunalen Unternehmen wieder Gehör und führten zu einer allmählichen Neuausrichtung der Politik. So zeichneten sich die vergangenen Jahrzehnte zunächst durch eine schrittweise Verringerung der staatlichen Wirtschaftstätigkeit aus. Der insbesondere in den 1980er und 1990er Jahren herrschende Trend zur Privatisierung, der durch Bestrebungen zur Liberalisierung und Deregulierung staatlich kontrollierter Wirtschaftsbereiche flankiert wurde, führte zu einer kontinuierlichen Verringerung der Staatsunternehmen. Im Zuge der Liberalisierung netzbasierter Infrastrukturdienstleistungen (Telekommunikation, Postdienstleistungen, Schienenverkehr und Energieversorgung), die maßgeblich von dem

europapolitischen Ziel der Verwirklichung eines europäischen Binnenmarktes vorangetrieben wurde, erfasste die Privatisierung schließlich auch den Bereich der Daseinsvorsorge und damit den Kernbereich kommunaler Wirtschaftstätigkeit. Die Privatisierung folgte der Erkenntnis, dass die Aufgabenerfüllung den Marktbedingungen unterworfen werden sollte, um durch den Wettbewerbsdruck eine bessere, effizientere und kostengünstigere Versorgung der Bürger zu erreichen. In der Tat haben private Unternehmen daraufhin den Beweis angetreten, dass sie die Leistungen der Daseinsvorsorge im Wettbewerb in der Regel dynamischer, innovativer und günstiger als öffentliche Unternehmen anbieten können. Das haben die Liberalisierungserfolge, vor allem in den ehemals hoheitlich organisierten Märkten der Netzinfrastrukturen deutlich gezeigt. Allerdings litt die Privatisierungsbewegung von Anfang an unter dem Problem, dass die in sie gesetzten Hoffnungen utopische Ausmaße erreichten.<sup>15</sup> Zudem verstärkte sich im Zuge der Finanzkrise von 2007 in Teilen der Bevölkerung ein ebenso tief sitzendes wie diffuses Misstrauen gegenüber privat- und marktwirtschaftlichen Lösungen. Auf der anderen Seite gerieten viele Kommunen im Zuge der Finanzkrise, die auch eine Krise chronisch überschuldeter öffentlicher Haushalte darstellte, in immer größere wirtschaftliche Schwierigkeiten. Somit erweist sich die aktuelle Welle der Re-Kommunalisierung – wie schon in der Weimarer Zeit – in erster Linie als krisenhaftes Phänomen.

Aus der fiskalischen Not heraus geboren und von dem Rückenwind der neuen öffentlichen Skepsis gegenüber marktwirtschaftlichen Lösungen begünstigt, gelingt es den Kommunen seit Mitte der 2000er Jahre wieder, ihre zuvor schrittweise verringerten Wirtschaftstätigkeiten auszubauen. Der neu entdeckte „Unternehmergeist“ der Städte und Gemeinden treibt immer häufiger kuriose Blüten: Kommunen betreiben „Freizeit- und Badeparadiese“ (einschließlich Saunalandschaften und Fitnessstudios), Kinos, Nachhilfeeinrichtungen für Schüler, „Heimat-Tierparks“, Zuchtanlagen für Meeresfische (auch weit im Binnenland), Reisebüros, Biosphären für tropische Pflanzen und Tiere, Weingüter, Schlachthöfe, Gesellschaften für Sport- und Eventcatering und sogar „Pommesbuden“.<sup>16</sup> Noch bedenklicher ist die Neigung vieler Kommunen, ihre marktbeherrschenden Stellen

<sup>13</sup> Hervorzuheben sind insbesondere Art. 61 Bayerische Gemeindeordnung vom 17.10.1927 und § 87 des Preußischen Gemeindefinanzgesetzes vom 15.12.1933.

<sup>14</sup> K. Stern/G. Püttner, Die Gemeindefirtschaft – Recht und Realität, 1965, S. 37 ff.

<sup>15</sup> M. Ronellenfitch, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 30.

<sup>16</sup> Alle Beispiele sind ausführlich dokumentiert in der vom Deutschen Steuerzahlerinstitut im April 2014 veröffentlichten „Sonderinformation 2: Staat vor Privat? – Risiken kommunaler Wirtschaftstätigkeit“, S. 14 ff.

bei der Vergabe von Konzessionen<sup>17</sup> und ihre Kompetenzen als Aufsichtsbehörden<sup>18</sup> zur Verdrängung privater Konkurrenz zu missbrauchen.

Dieser „Trend zur Re-Kommunalisierung bereits privatisierter Leistungen“<sup>19</sup> war für den BDI Anlass, bereits im November 2007 mit der Schrift „Daseinsvorsorge: Nutznießer Staat? – Für einen fairen Wettbewerb zwischen Staat und Privatwirtschaft und mehr Investitionen, höhere Effizienz und Gebührenoptimierung“ (BDI-Drucksache Nr. 403) anzumahnen, dass Wettbewerb und Daseinsvorsorge nicht als Gegensätze zu begreifen sind. Vielmehr ist der BDI überzeugt, dass ein der Privatwirtschaft offen stehender fairer Wettbewerb unverzichtbare Voraussetzung für eine qualitativ hohe flächendeckende Versorgung der Bürger mit notwendigen und wichtigen Dienstleistungen ist. Doch auch acht Jahre später bleibt zu konstatieren, dass

trotz aller Mahnungen der „Trend zur Re-Kommunalisierung“ ungebrochen andauert.

Die rasch aufeinander folgenden Wellen der Privatisierung und Re-Kommunalisierung haben auch im Gemeindefirtschaftsrecht der einzelnen Bundesländer ihre Spuren hinterlassen. Die ursprünglich einheitliche Regelung der DGO von 1935 hat in den einzelnen Ländern wiederholt starke Änderungen erfahren, die dem schnell wechselnden Zeitgeist Rechnung tragen sollten. Nach dem Scheitern aller Harmonisierungsversuche<sup>20</sup> ist heute im Ergebnis eine weitreichende Zersplitterung des Gemeindefirtschaftsrechts zu konstatieren. Die vorliegende Studie unternimmt es, in Form einer Momentaufnahme den derzeitigen Stand des Gemeindefirtschaftsrechts in den einzelnen Bundesländern zu dokumentieren und wertend zu vergleichen.

<sup>17</sup> Jüngst hat insbesondere die Re-Kommunalisierung von Stromnetzen durch den Abschluss von Konzessionsverträgen die Missbrauchspotentiale deutlich aufgezeigt. Mit den Entscheidungen Heiligenhafen (BGH, Urt. v. 17.12.2013, Az.: KZR 65/12) und Berkenthin (BGH, Urt. v. 17.12.2013, Az.: KZR 66/12) hat der BGH nunmehr eine Rechtsprechungslinie entwickelt, die vom BDI ausdrücklich befürwortet wird. Die neu gewonnene Rechtssicherheit droht jedoch durch neue Vorschläge für Gesetzesänderungen wieder unterminiert zu werden.

<sup>18</sup> Das Problem lässt sich sehr gut an der Entsorgungswirtschaft verdeutlichen: So legt der Monitoringbericht der Bundesregierung zum Kreislaufwirtschaftsgesetz aus dem Jahr 2014 dar, dass in den Ländern, in denen die für die Aufsicht zuständigen Behörden gleichzeitig am Markt teilnehmen, private Abfallsammlungen häufiger untersagt werden und die Verwaltungsverfahren durch umfangreiche Beibringungspflichten, strenge Befristungen und Auflagen sowie eine überlange Verfahrensdauer zur Waffe gegen privatwirtschaftliche Konkurrenten umfunktioniert werden. Vgl.: BT-Drs. 18/800, Bericht über die Auswirkungen der Regelungen zur Anzeigepflicht gewerblicher und gemeinnütziger Sammlungen gemäß den §§ 17 und 18 des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (Monitoring-Bericht), 2014. Siehe hierzu auch: *Bundeskartellamt, Der Staat als Unternehmer – Re-Kommunalisierung im wettbewerbsrechtlichen Kontext*, Arbeitspapier vom 2.10.2014, S. 24 f.

<sup>19</sup> So schon: J. Thumann, in: Daseinsvorsorge: Nutznießer Staat?, BDI-Drucksache Nr. 403 (November 2007), S. 3.

<sup>20</sup> So wurde insbesondere im Jahr 1999 von der Innenministerkonferenz der Versuch unternommen, einen GO-Musterentwurf zu erstellen, der die gemeinderechtlichen Vorschriften fortentwickeln und vereinheitlichen sollte. Diesem Versuch war ebenso wenig Erfolg beschieden wie dem Unterfangen des Arbeitskreises III „Kommunale Angelegenheiten“, im Jahr 2001 einen „Abschließenden Sachstandsbericht“ zum Gemeindefirtschaftsrecht vorzulegen. Vergleiche hierzu: W. Neutz, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2. Auflage, 2010, S. 55 f.

## II. Das Gemeindefirtschaftsrecht: Ein wichtiger Mosaikstein im Gefüge der rechtlichen Vorgaben für die Kommunalwirtschaft

---

Die kommunale Wirtschaftstätigkeit bewegt sich in einer komplexen Matrix rechtlicher Vorgaben: Die normativen Vorgaben sind vertikal gegliedert, da sie sich aus dem Europarecht ebenso wie aus dem Verfassungsrecht und aus einfachgesetzlichen Normen jeweils auf Bundes- und Landesebene ergeben. Gleichzeitig entstammen die Normen, die sich auf die kommunale Wirtschaftstätigkeit auswirken, in horizontaler Sicht ganz unterschiedlichen Rechtsgebieten: Neben den gemeindefirtschaftsrechtlichen Vorschriften, die in einem Spannungsverhältnis zu den kommunalen Selbstverwaltungsgarantien stehen, sind vor allem die Vorgaben des Wettbewerbs-, Beihilfe-, Vergabe- und Steuerrechts zu nennen.

Die in Art. 28 Abs. 2 GG verankerte Garantie der kommunalen Selbstverwaltung gewährt den Kommunen keinen Freibrief, sich unbeschränkt unternehmerisch zu betätigen. Das auf Landesebene in einfachgesetzlicher Form normierte Gemeindefirtschaftsrecht setzt der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen Grenzen, es entscheidet also in erster Linie über das „Ob“ der kommunalen Wirtschaftstätigkeit. In diesen Vorgaben zeigt sich das bis in die Weimarer Zeit zurückreichende Anliegen, die private Wirtschaft vor Wettbewerbsverzerrungen durch die Kommunalwirtschaft zu schützen. Daneben statuiert das Gemeindefirtschaftsrecht auch Vorgaben, die die Führung der kommunalen Unternehmen betreffen und vor allem den Schutz der Gemeinden vor zu großen wirtschaftlichen Risiken bezwecken.

Demgegenüber entfalten andere Rechtsgebiete hauptsächlich Einfluss auf die Frage, welchen Regeln die Kommunen bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung unterworfen sind, determinieren also das „Wie“ der kommunalen Wirtschaftstätigkeit. So kommt dem Kartellrecht unter anderem die Rolle zu, im Hinblick auf das Marktverhalten und die Veränderung der Marktstruktur durch Zusammenschlüsse für eine wettbewerbliche „Waffengleichheit“ zwischen kommunalen und privaten Unternehmen zu sorgen. Daneben sind weitere Rechtsgebiete von erheblicher Bedeutung, um ein „level playing field“ für den Wettbewerb zwischen kommunalen und privaten Unternehmen herzustellen: Vor allem muss durch eine konsequente Ausgestaltung und Anwendung des Beihilfen- und Vergaberechts sowie des Steuerrechts der Gefahr einer Verzerrung des Wettbewerbs zu Lasten privater Unternehmen entgegengewirkt werden.

Der vorliegende Vergleich ist ausschließlich dem Gemeindefirtschaftsrecht der einzelnen Bundesländer gewidmet. Für einen Überblick über die Vorgaben des Wettbewerbs-, Beihilfe-, Vergabe- und Steuerrechts weist der BDI auf seine Schrift *„Daseinsvorsorge: Nutznießer Staat? – Für einen fairen Wettbewerb zwischen Staat und Privatwirtschaft und mehr Investitionen, höhere Effizienz und Gebührenoptimierung“* hin.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> BDI, Daseinsvorsorge: Nutznießer Staat?, BDI-Drucksache Nr. 403 (November 2007).

### III. Die Struktur der gemeindefirtschaftsrechtlichen Vorgaben

Vor einer Analyse der einzelnen landesrechtlichen Vorschriften zum Gemeindefirtschaftsrecht wird im Folgenden zunächst die übergreifende Struktur dieser Normen erläutert. Das so entfaltete Panorama des Gemeindefirtschaftsrechts ermöglicht einen klareren Blick auf die streitigen Aspekte der Kommunalwirtschaft und die daraus gewachsene Vielfalt der Rechtsvorschriften.

#### 1. Die „Schrankentrias“

Strukturell knüpfen die gemeindefirtschaftsrechtlichen Regelungen der Länder ausnahmslos an die bereits in § 67 Abs. 1 DGO (1935)<sup>22</sup> statuierte sogenannte „Schrankentrias“ an, d.h. sie stellen die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen unter einen dreifachen Vorbehalt. Die wirtschaftliche Betätigung muss (1) durch einen *öffentlichen Zweck* gerechtfertigt sein, (2) in einem angemessenen Verhältnis zur *Leistungsfähigkeit* der Kommune stehen und (3) das Prinzip der *Subsidiarität* gegenüber der privatwirtschaftlichen Leistungserbringung beachten.

#### a. Öffentlicher Zweck

Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen muss durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt oder sogar erfordert werden. Der öffentliche Zweck ist eine zentrale Zulässigkeitsvoraussetzung, die allen landesrechtlichen Regelungen gemeinsam ist. Sie soll nach ihrer historischen Zwecksetzung eine ordnungspolitische Balance zwischen privater und kommunaler Wirtschaft ermöglichen.<sup>23</sup> Indem die Leistungen und Lieferungen der kommunalen Unternehmen unmittelbar eine im öffentlichen Interesse der Einwohner liegende Zielsetzung verfolgen müssen, wird klargestellt, dass es den Gemeinden „nie erlaubt sein [kann], zu wirtschaften, wenn ihr einziges Ziel dabei das der Gewinnerzielung ist“, wie schon die amtliche Begründung der DGO von 1935 in begrüßenswerter Deutlichkeit festhielt. Auch

wenn jede lukrative Wirtschaftstätigkeit der Gemeinden dem Gemeindehaushalt zu Gute kommt und die Kommunen ihre Einnahmen nur im öffentlichen Interesse verwenden dürfen, ist ein solcher bloß mittelbarer Gemeinwohlnutzen nach der zutreffenden herrschenden Auffassung<sup>24</sup> keine ausreichende Legitimation für die Entfaltung kommunaler Wirtschaftstätigkeiten.

Über den Ausschluss der bloßen Gewinnerzielung hinaus ist jedoch der Gehalt des Rechtsbegriffs „öffentlicher Zweck“ immer diffus geblieben. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts<sup>25</sup> ist die Entscheidung über den Umfang der wirtschaftlichen Betätigung eine „Frage sachgerechter Kommunalpolitik“. Durch diese Rechtsprechung wird den Kommunen eine Einschätzungsprärogative eingeräumt, und die Aufgabe der Judikative verlagert sich auf die Kontrolle der verfassungs- und einfachgesetzlich bestimmten Grenzen öffentlicher Zwecksetzung.<sup>26</sup> Damit werden die definitorischen Probleme jedoch nur verschoben, nicht gelöst. Alle bisher ins Spiel gebrachten Definitionsversuche haben es aber nicht vermocht, dem unbestimmten Rechtsbegriff „öffentlicher Zweck“ die nötige Trennschärfe zu verschaffen. Sofern die Definitionen an die Begriffe der „Daseinsvorsorge“ oder des „Gemeinwohls“ anknüpfen,<sup>27</sup> wird bloß eine amorphe Chiffre durch eine andere ersetzt.

Mehr Trennschärfe versprechen auf den ersten Blick Versuche, unter Rückgriff auf die ökonomische Theorie einen „öffentlichen Zweck“ nur dort anzuerkennen, wo ein Fall von Marktversagen vorliegt. Denn nur dann, wenn Märkte in ihrer Funktionsweise beeinträchtigt sind, besteht die Möglichkeit, durch staatliche Eingriffe

<sup>22</sup> § 67 Abs. 1 DGO (1935) hatte folgenden Wortlaut:

„Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen nur errichten oder wesentlich erweitern, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis 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.“

<sup>23</sup> M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 89.

<sup>24</sup> Für die herrschende Meinung: VerfGH Rh.-Pf., Urt. v. 28.3.2000, Az.: VGH N 12/98, in: DVBI 2000, 992 (994 f.); D. Ehlers, DVBI 1998, 497 (499); H.-J. Papier, DVBI 2003, 686 (688 f.); A. Schink, NVwZ 2002, 129 (133 f.). Dass die Gewinnerzielungsabsicht als solche keinen öffentlichen Zweck darstellt, ergibt sich schon aus der Systematik der Regelungen in der Gemeindeordnung; vergleiche hierzu: M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 90 f. Allerdings soll an dieser Stelle nicht verschwiegen werden, dass die Vertreter der Kommunalwirtschaft auch diesen Ausgangspunkt des Gemeindefirtschaftsrechts immer wieder angreifen und dafür eintreten, reine Erwerbstätigkeiten in „Ausnahmesituationen“ (O. Otting, Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommunen, 1997, S. 161 ff.) oder stets (U. Steckert, Kommunalwirtschaft im Wettbewerb – durch Liberalisierung zur Sinnkrise?, 2002, S. 89) für zulässig zu erklären.

<sup>25</sup> BVerwG, Urt. v. 22.2.1972, Az.: I C 24.69, in: BVerwGE 39, 329 (334).

<sup>26</sup> M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 92 f.

<sup>27</sup> Vergleiche hierzu mit weiterführenden Nachweisen: M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 93 f.

in den Markt Wohlfahrtssteigerungen zu erzielen. Auch das Vorliegen eines Marktversagens bedeutet dabei nicht zwingend, dass Kommunen selbst wirtschaftlich tätig werden müssen: als Alternativen kommen oft Ausschreibungen, Konzessionsvergaben und regulatorische Vorgaben in Betracht. Die Notwendigkeit einer kommunalen Wirtschaftstätigkeit ist demnach stets – bezogen auf den konkreten Einzelfall – kritisch zu prüfen. So richtig diese Feststellungen auch sind, so ist aber doch zu konstatieren, dass eigentlich das Subsidiaritätskriterium dazu dient, diese notwendige Abgrenzung vorzunehmen und eine Verschmelzung der Subsidiarität und des „öffentlichen Zwecks“ in eine einheitliche Voraussetzung wenig überzeugend erscheint.<sup>28</sup> Richtigerweise ist das Vorliegen eines Marktversagens daher im Rahmen der Subsidiarität zu prüfen. Dem „öffentlichen Zweck“ kommt die Aufgabe zu, darüber hinaus die Wirtschaftstätigkeit der Kommunen auf die Bereiche zu begrenzen, in denen die Korrektur von Marktversagen durch kommunale Wirtschaftstätigkeiten nicht nur möglich ist, sondern auch ein gesteigertes öffentliches Interesse an dem reibungslosen Funktionieren des Marktes besteht (etwa weil die Versorgung mit dem betreffenden Gut von existentieller Bedeutung ist).

Dem Dilemma der Eingrenzung des Rechtsbegriffs „öffentlicher Zweck“ hat der Landesgesetzgeber in einigen Bundesländern zu begegnen versucht, indem er für bestimmte Tätigkeitsbereiche positiv festgestellt hat, dass diese der Erfüllung eines öffentlichen Zwecks dienen. Auf diese Weise wird zumindest teilweise Rechtsklarheit geschaffen. Es bleibt aber kritisch anzumerken, dass aufgrund des Fehlens eines korrespondierenden Negativkataloges stets die Überdehnung des kommunalen Tätigkeitsbereiches droht.

Zum Ausgleich der kommunalen Einschätzungsprärogativen und der materiellen Unsicherheit bei der Eingrenzung des „öffentlichen Zweckes“ sind prozedurale Anforderungen an den Abwägungsvorgang der Kommunen zu stellen.<sup>29</sup> Dieser muss transparent, plausibel und nachvollziehbar sein. Zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen prozeduralen Ablaufs haben daher mehrere Bundesländer explizite Vorgaben zum Entscheidungsverfahren (z.B. Vorverfahren, Branchendialoge, Markterkundungsverfahren, Anhörungen der örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen

von Handwerk, Industrie und Handel, usw.) in ihren Gemeindeordnungen statuiert.

## b. Kommunale Leistungsfähigkeit

Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen muss in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen. In einigen Gemeindeordnungen wird darüber hinaus präzisiert, dass der Umfang der unternehmerischen Betätigung im Verhältnis zum voraussichtlichen Bedarf angemessen sein muss. Das Kriterium der Leistungsfähigkeit, das eine spezielle Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darstellt, soll die Gemeinden vor einer Überforderung ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Kräfte schützen.<sup>30</sup> Die praktische Bedeutung des Leistungsfähigkeits-Kriteriums ist angesichts des weiten Beurteilungsspielraums, den die Rechtsprechung den Kommunen bei der Bestimmung ihrer Verwaltungs- und Finanzkraft zugesteht, sehr überschaubar geblieben. Allerdings sollte die zum Teil extrem gewachsene Überschuldung der Gemeinden in Zukunft zu einem Bedeutungszuwachs des Kriteriums führen: Kommunen, die so hoch verschuldet sind, dass sie Haushaltssicherungskonzepte aufstellen müssen, dürfen nicht erst risikoreiche Wirtschaftstätigkeiten aufnehmen.<sup>31</sup> Es ist Aufgabe der Kommunalaufsicht, die Beachtung dieser Voraussetzung zu sichern.

## c. Subsidiarität

Das wahre Zentrum der gemeindefirtschaftsrechtlichen Regelungen bildet die dritte Voraussetzung, d.h. das Prinzip der Subsidiarität kommunaler Wirtschaftsaktivitäten. Die Ausführungen zum öffentlichen Zweck haben bereits gezeigt, dass in Wirklichkeit nicht dieser Voraussetzung, sondern der Subsidiaritätsklausel die Aufgabe zukommt, eine ordnungspolitische Balance zwischen privater und kommunaler Wirtschaft herzustellen. Dementsprechend ist das Subsidiaritätsprinzip zum zentralen Schauplatz der Auseinandersetzungen um Privatisierung und Re-Kommunalisierung geworden. Es ist derzeit in den Gemeindeordnungen der einzelnen Bundesländer unterschiedlich stark ausgeprägt und bis in jüngste Zeit Gegenstand permanenter Änderungen geblieben.

<sup>28</sup> So auch: M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, a.a.O., S. 97 f.

<sup>29</sup> M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 95 f.

<sup>30</sup> W. Neutz, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2. Auflage, 2010, S. 79.

<sup>31</sup> D. Ehlers, DVBl 1998, 497 (503).

Im Wesentlichen lassen sich zwei Arten von Subsidiaritätsklauseln unterscheiden: Die „einfache“ oder „unechte“ Subsidiaritätsklausel verlangt, dass der vom kommunalen Unternehmen verfolgte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher von anderen erreicht werden kann. Die „echte“ oder „verschärfte“ Subsidiaritätsklausel geht darüber hinaus, indem sie kommunale Wirtschaftstätigkeiten nur dann zulässt, wenn der mit ihnen verfolgte Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Die verschärfte Subsidiaritätsklausel, die nach den überzeugenden Ausführungen des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz<sup>32</sup> mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Einklang steht, statuiert somit einen absoluten Vorrang der Privatwirtschaft und kehrt die Beweislast zu Lasten der Kommunen um.<sup>33</sup> Auf diesem Wege setzt sie die ökonomische Theorie, nach der nur Fälle von Marktversagen staatliche Eingriffe in den Markt rechtfertigen können, wobei die Eingriffe auch nur unter besonderen Umständen in Form eigener staatlicher Wirtschaftstätigkeit erfolgen dürfen, in eine rechtliche Schranke der Kommunalwirtschaft um. Demgegenüber erklärt die einfache Subsidiaritätsklausel auch bei einer Leistungsparität zwischen öffentlicher und privater Wirtschaft die kommunale Wirtschaftstätigkeit für zulässig. Gerade in Verbindung mit der verbreiteten Annahme einer Einschätzungsprärogative der Gemeinde hinsichtlich der Marktgegebenheiten<sup>34</sup> kann die einfache Subsidiaritätsklausel in der Praxis leicht leerlaufen. Sie schreibt gerade nicht den Vorrang der privaten Wirtschaft und die Subsidiarität des wirtschaftlichen Tätigwerdens der Gemeinde fest, sondern verkehrt diesen Grundsatz in sein Gegenteil. Von einer schwach wirkenden (einfachen) und für private Wettbewerber oftmals nicht durchsetzbaren Subsidiaritätsklausel ist in der Praxis generell keine Steuerungswirkung zu erwarten. Bei beiden Varianten der Subsidiaritätsklausel ist es erforderlich, einen Vergleich zwischen den Leistungen der Kommune und der privaten Konkurrenten durchzuführen. Wie dieser Vergleich durchzuführen ist, ist in den Gemeindeordnungen nur unzureichend geregelt. Es besteht zwar Einigkeit, dass nicht nur der Preis, sondern auch qualitative Kriterien das Ergebnis des Vergleichs bestimmen. Die Dauerhaftigkeit und Zuverlässigkeit der Leistung sind legitime Qualitätskriterien. Allerdings besteht in der Praxis eine in aller

Schärfe zu kritisierende Tendenz, diese schwer messbaren Qualitätskriterien zur Benachteiligung privater Unternehmen zu nutzen. Wenn privaten Unternehmen entweder zum Vorwurf gemacht wird, ihre Angebote seien nicht günstig genug, oder ihre Angebote seien günstiger als die der Kommune und daher offensichtlich nicht „nachhaltig“ genug, werden die Privaten in ein auswegloses Dilemma gestürzt. Dadurch wird das gesamte Gemeindefirtschaftsrecht seiner praktischen Effektivität beraubt. Dem kann nur dadurch entgegengewirkt werden, dass die qualitativen Voraussetzungen die Nebenbedingungen bilden, in deren Rahmen das beste Angebot durch den Preis bestimmt werden muss. Dabei mag die Kommune innerhalb gewisser Grenzen über das angestrebte Qualitätsniveau befinden; sie sollte aber umgekehrt den Beweis erbringen müssen, dass die günstigeren Angebote der Privaten das festgelegte Qualitätsniveau nicht einhalten.

## 2. Weitere Zulässigkeitskriterien

Die gemeindefirtschaftsrechtlichen Regelungen sind nicht bei der Schrankentrias der DGO stehengeblieben, sondern haben – zumindest in einigen Ländern – Erweiterungen in Form weiterer Zulässigkeitskriterien erfahren.

### a. Örtlichkeitsprinzip

Eine besonders umstrittene weitere Zulässigkeitsvoraussetzung betrifft den örtlichen Aktionsradius von Unternehmen. Dieses Problem wurde durch die DGO nicht geregelt. Konsequenterweise betrachtet kommt der in Art. 28 Abs. 2 GG verankerten Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nicht nur die Funktion einer Schutznorm, sondern auch die einer Beschränkungsnorm zu.<sup>35</sup> Demgemäß müssen sich Kommunen auf die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft beschränken und dürfen sich nicht über die Gemeindegrenzen hinweg betätigen. Während einige Länder dieses Örtlichkeitsprinzip ausdrücklich verankert haben, sind andere Länder – auf Druck der Kommunalwirtschaft – diesem Vorbild nicht gefolgt. In einigen Gemeindeordnungen finden sich inzwischen auch vermittelnde Lösungen, die nur für bestimmte Tätigkeitsfelder überörtliche Aktivitäten zulassen. Wenn sich Gemeinden grenzüberschreitend wirtschaftlich betätigen wollen, ist dies grundsätzlich nur in Form der interkommunalen Zusammenarbeit oder als Arbeitsgemeinschaft, Zweckverband oder

<sup>32</sup> VerfGH Rh.-Pf., Urt. v. 28.3.2000, Az.: VGH N 12/98, in: DVBl 2000, 992 ff.

<sup>33</sup> W. Neutz, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2. Auflage, 2010, S. 81.

<sup>34</sup> Vergleiche hierzu: M. Ruffert, VerwArch 92 (2001), 27 (45 f.)

<sup>35</sup> A. Schink, NVwZ 2002, 129 (133).

durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung zulässig<sup>36</sup>. Eine Ausweitung dieser Ausnahmen stößt zudem unter Konkurrenz Gesichtspunkten und als Ausfluss der verfassungsrechtlich geschützten Selbstverwaltungsrechte auf Bedenken. Gemeinden sollen vor Übergriffen seitens der Nachbargemeinden geschützt werden. Auch hier sind aber neuerdings Aufweichungen zu Lasten dieses Grundsatzes und der Betätigungsfelder privater Anbieter zu beobachten.

### **b. Dauerhafte Betätigungskontrolle**

In Anlehnung an die DGO gelten die Vorschriften der Gemeindeordnungen in den meisten Bundesländern nach wie vor nur für die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung und für die wesentliche Erweiterung kommunaler Unternehmen. Somit werden bestehende Unternehmen im Rahmen ihrer angestammten Tätigkeit von der gemeindefirtschaftlichen Kontrolle ausgeklammert und genießen faktisch Bestandsschutz.<sup>37</sup> Einige Gemeindeordnungen haben inzwischen auf die Kritik an dieser Privilegierung reagiert und die Reichweite der gemeindefirtschaftsrechtlichen Vorschriften erweitert, um eine permanente Betätigungskontrolle kommunaler Unternehmen zu ermöglichen.

## **3. Einschränkungen der Zulässigkeitskriterien**

Die Voraussetzungen der Gemeindeordnungen sind im Laufe der wechselvollen Auseinandersetzungen um die Privatisierung und Re-Kommunalisierung nicht nur erweitert, sondern auf zahlreiche Arten wieder eingeschränkt worden. Auch dies hat der Zersplitterung des Gemeindefirtschaftsrechts Vorschub geleistet.

### **a. Nicht-wirtschaftliche Betätigungen und deren gesetzliche Fiktion**

Zwischen den Gemeindeordnungen bestehen bereits Unterschiede hinsichtlich der Frage, ob der Geltungsanspruch auf die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden zu beschränken ist. Da der Begriff der wirtschaftlichen Betätigung sehr weit verstanden wird, hätten diese Unterschiede aber nur geringes Gewicht. In der Praxis sind vor allem die gesetzlichen Fiktionen bedeutsam, die in zahlreichen Gemeindeordnungen ausdrücklich festlegen, dass bestimmte Tätigkeiten als

nicht-wirtschaftlich gelten. Die in Form von Katalogen aufgelisteten Tätigkeiten, deren Nichtwirtschaftlichkeit fingiert wird, unterscheiden sich zwischen den einzelnen Bundesländern erheblich und sind Gegenstand intensiver Auseinandersetzungen. Es muss als höchst fraglich gelten, warum beispielsweise der Betrieb von Einrichtungen, die der Straßenreinigung, der Abfallentsorgung oder Abwasserbeseitigung dienen, schon nicht als wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde gelten sollen, obwohl diese Bereiche erhebliche wirtschaftliche Werte erwirtschaften und teilweise auch bereits durch die Privatwirtschaft erbracht werden. Der Aufgabenbereich der Gemeinden wird somit noch erweitert. Zum Beispiel lassen sich in der Abfallentsorgung, die zu Recht zunehmend als „Wertstoffwirtschaft“ bezeichnet wird, heute erhebliche Gewinne erzielen. Angesichts weiter Ausnahmereiche von der „Wirtschaftlichkeit“ wird das Erfordernis eines „öffentlichen Zwecks“ und die Subsidiaritätsklausel von vornherein „ad absurdum“ geführt, da diese Kontrollelemente in den beispielhaft genannten lukrativen Wirtschaftsbereichen erst gar nicht zur Anwendung gelangen. Dies gilt auch für das Gesundheits- und Sozialwesen, den Bildungssektor oder Sporteinrichtungen. Auch wenn in diesen Bereichen kommunale Betätigungen oft einen nichtwirtschaftlichen Charakter aufweisen mögen, ist dies doch keineswegs immer der Fall. Die „wirtschaftliche Betätigung“ sollte daher in jedem Einzelfall geprüft werden.

Ferner gibt es in einigen Gemeindeordnungen Ausnahmekataloge für wirtschaftliche Bereiche, wie beispielsweise die Energieversorgung, die Wasserversorgung, den öffentlichen Verkehr, die Abfallentsorgung, die Abwasserbeseitigung, die Wohnungswirtschaft, den Betrieb von Telekommunikationsnetzen einschließlich Telefondienstleistungen sowie die Versorgung mit Breitbandübertragungsnetzen, die von vornherein – obwohl wirtschaftlich – nicht unter den Vorbehalt eines öffentlichen Zwecks gestellt werden und nicht unter die Subsidiaritätsklausel fallen.

### **b. Annextätigkeiten und freie Kapazitäten**

Hochumstritten ist zudem die Frage, ob kommunale Wirtschaftstätigkeiten, die nicht den Vorgaben des Gemeindefirtschaftsrechts entsprechen, stets unzulässig sind oder ob sie als reine „Annextätigkeiten“ ausnahmsweise doch erlaubt sein können. Unter Annextätigkeiten werden Nebenleistungen verstanden, die selbst keinem öffentlichen Zweck dienen, aber eine Hauptleistung, die einem öffentlichen Zweck dient,

<sup>36</sup> A. Schink, a.a.O., 136

<sup>37</sup> M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 110.

ergänzen. Nachdem zunächst die Rechtsprechung die Figur der Annex Tätigkeiten entwickelt hatte, um die als zu starr empfundenen Vorschriften des Gemeindegewirtschaftsrechts aufzuweichen, haben nunmehr einige Bundesländer in ihren Gemeindeordnungen ausdrückliche Regelungen zu Annex Tätigkeiten aufgenommen. Auch bei diesem Thema zeigen die Vorschriften der Gemeindeordnungen eine erhebliche Variationsbreite.

Mit den Annex Tätigkeiten eng verwandt ist die Frage, ob kommunale Unternehmen ihre ungenutzten Ressourcen auch außerhalb des von einem öffentlichen Zweck getragenen Tätigkeitsfeldes einsetzen dürfen, um ihre Rentabilität zu steigern. Ein klassisches Beispiel sind Hilfsbetriebe der Verwaltung, die eigentlich nur den Eigenbedarf der Gemeinde decken sollen, aber in Zeiten

mangelnder Auslastung ihre freien Kapazitäten auf den in Betracht kommenden Märkten anbieten. Inzwischen finden sich in einigen Gemeindeordnungen auch erste Ansätze zur rechtlichen Erfassung dieses Problems.

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die Phänomene der Annex Tätigkeit und der Nutzung freier Kapazitäten nur besondere Spielarten einer ordnungspolitisch problematischen Expansion in Drittmärkte sind. Wenn wegen einer rückläufigen Geschäftsentwicklung übermäßige Kapazitäten existieren, müssen diese abgebaut werden. Ob das Eindringen in Drittmärkte, die durch das Gemeindegewirtschaftsrecht den Kommunen eigentlich versperrt sind, Folge des Ausbaus neuer Kapazitäten oder des Nichtabbaus vorhandener Kapazitäten ist, macht aus ökonomischer Sicht keinen Unterschied.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> In diesem Sinne auch: M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 108.

## IV. Rechtsschutzmöglichkeiten der privaten Konkurrenten

Wenn die vorstehend skizzierten gemeindefirtschaftsrechtlichen Zulässigkeitschranken ein wirksames Instrument zur Wahrung der ordnungspolitischen Balance zwischen privater und kommunaler Wirtschaft bilden sollen, ist es unerlässlich, dass sich die privaten Konkurrenten vor Gericht auf diese Vorschriften berufen können. Denn ein allzu großes Vertrauen in die Steuerungskraft der Kommunalaufsicht erweist sich schon angesichts der schier Vielfalt kommunaler Wirtschaftstätigkeiten und der nicht unbedeutlichen Interessenverflechtungen innerhalb der Verwaltung als realitätsfern. So bleibt es bei dem alten Sprichwort: *nulla actore, nullus iudex* – wo kein Kläger, da kein Richter.

In dem auf Individualrechtsschutz hin ausgelegten deutschen Verwaltungsprozess kann aber eine Person, die nicht an dem konkreten Verwaltungsverfahren einer Behörde beteiligt ist (m.a.W.: ein „Dritter“), nur dann eine bestimmte Vorschrift als Schutznorm für sich mobilisieren, wenn sich aus dieser Vorschrift ein *subjektiv-öffentliches Recht* gewinnen lässt.<sup>39</sup> Da die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen zwar ein Wettbewerbsverhältnis aber kein Verwaltungsverfahren mit den betroffenen privaten Konkurrenten begründet, können diese sich nur dann vor den Verwaltungsgerichten zur Wehr setzen, wenn die gemeindefirtschaftsrechtlichen Vorschriften solche subjektiv-öffentlichen Rechte beinhalten.

Die Verwaltungsgerichte haben jedoch lange Zeit auf unrühmliche Art und Weise alle im Gemeindefirtschaftsrecht angelegten Ansätze subjektiv-öffentlicher Rechte verkannt. So ist dem Staatsrechtslehrer *Friedrich Schoch* uneingeschränkt darin zuzustimmen, dass jahrzehntelang für den Konkurrentenschutz im kommunalen Wirtschaftsrecht ein „Totalausfall des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes“ zu konstatieren war.<sup>40</sup> In den letzten Jahren haben sich die Rechtsschutzmöglichkeiten der privaten Konkurrenten jedoch wiederholt sprunghaft verändert.<sup>41</sup> Als Reaktion auf die Rechtsschutzverweigerung der Verwaltungsgerichte sprang zunächst die Zivilgerichtsbarkeit in die Bresche und gewährte privaten Konkurrenten auf der Grundlage des Gesetzes gegen den

unlauteren Wettbewerb Rechtsschutz. Anfang der 2000er Jahre trat dann ein doppelter Paradigmenwechsel ein: Die Verwaltungsgerichte begannen – wenn auch zögerlich, mit divergierenden Begründungen und mit großen Unterschieden zwischen den einzelnen Bundesländern – den gemeindefirtschaftsrechtlichen Vorschriften einen drittschützenden Gehalt beizumessen; gleichzeitig nahmen die Zivilgerichte wieder Abstand davon, am Maßstab des Lauterkeitsrechts das „Ob“ der kommunalen Wirtschaftstätigkeit zu messen. Dessen ungeachtet haben Vergabekammern und Vergabesenate in der Folgezeit weiterhin die Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigungen im Rahmen des Vergaberechts geprüft.

Letztlich bleibt festzuhalten, dass das Gemeindefirtschaftsrecht ohne Anerkennung eines drittschützenden Charakters ein „Papiertiger“ ist und stets bleiben wird. Die Anerkennung subjektiv-öffentlicher Rechte ist nicht nur zwingend notwendig, um die Vorschriften mit Leben zu erfüllen. Sie ist auch der einzige Weg, um den aus der Rechtsschutzverweigerung der Verwaltungsgerichte gewachsenen gordischen Knoten der Rechtsschutzmöglichkeiten wieder aufzulösen.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung einen durch die Grundrechte vermittelten Konkurrentenschutz seit jeher ablehnt. Die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) und die Wettbewerbsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) sollen nach ständiger Rechtsprechung nicht vor Konkurrenz, auch nicht der öffentlichen Hand, schützen, es sei denn, die private Wirtschaftstätigkeit würde unmöglich gemacht oder unzumutbar beeinträchtigt.<sup>42</sup> Dabei wird der Maßstab von den Gerichten so hoch angelegt, dass die Voraussetzungen bis heute in keinem Fall als erfüllt angesehen worden sind. Diese Rechtsprechung mutet angesichts der grundrechtsdogmatischen Fortentwicklung der Figur des „faktischen Grundrechtseingriffs“ seltsam antiquiert an. Ob die im Schrifttum geäußerte Kritik<sup>43</sup> an der oberflächlichen Argumentation der Rechtsprechung in Zukunft Früchte tragen wird, bleibt jedoch abzuwarten.

<sup>39</sup> *F. Schoch*, Konkurrentenschutz im kommunalen Wirtschaftsrecht, in: Appel/Hermes/Schönberger (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat – Festschrift für Rainer Wahl, 2011, S. 573.

<sup>40</sup> *F. Schoch*, Konkurrentenschutz im kommunalen Wirtschaftsrecht, in: Appel/Hermes/Schönberger (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat – Festschrift für Rainer Wahl, 2011, S. 573 (574).

<sup>41</sup> Eingehend zu diesen im Folgenden skizzierten Entwicklungslinien: *F. Schoch*, Konkurrentenschutz im kommunalen Wirtschaftsrecht, in: Appel/Hermes/Schönberger (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat – Festschrift für Rainer Wahl, 2011, S. 573 (578 ff.).

<sup>42</sup> Siehe hierzu: *F. Schoch*, Konkurrentenschutz im kommunalen Wirtschaftsrecht, in: Appel/Hermes/Schönberger (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat – Festschrift für Rainer Wahl, 2011, S. 573 (592 f.).

<sup>43</sup> *D. Ehlers*, Gutachten E zum 64. Deutschen Juristentag, 2002, S. 40 f., 89 f.; *K.-J. Faßbender*, DÖV 2005, 89 (98); *C. Scharpf*, GewArch 2005, 1 (4 ff.); *E. Schmidt-Aßmann*, Verfassungsschranken der Kommunalwirtschaft, in: Festschrift für Peter Ulmer, 2003, S. 1015 (1019 f.); *F. Schoch*, Konkurrentenschutz im kommunalen Wirtschaftsrecht, in: Appel/Hermes/Schönberger (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat – Festschrift für Rainer Wahl, 2011, S. 573 (593).

## V. Kommunalaufsicht

---

Zur Praxis der Kommunalaufsicht im Bereich des Gemeindegewirtschaftsrechts liegen keine empirischen Studien vor. Aus der Rechtsprechung sind nur extrem wenige Fälle bekannt, die zudem untypische Situationen betreffen.<sup>44</sup> Die knappen personellen Ressourcen der Aufsichtsbehörden und die sich aus den vielfältigen Interessenverflechtungen innerhalb der Verwaltung ergebende politische Steuerungsschwäche lassen nur den Schluss zu, dass auch in Zukunft von der Kommunalaufsicht keine Beiträge zur Rechtsdurchsetzung im Gemeindegewirtschaftsrecht zu erwarten sind.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Eine der wenigen Entscheidungen betraf die Beanstandung der Beteiligung einer Gemeinde an einer Beratungsfirma: VG Leipzig, Beschl. v. 13.4.2000, Az.: 6 K 193/00, in: LKV 2001, 327.

<sup>45</sup> Zu diesem Befund kommt auch: F. Schoch, Konkurrentenschutz im kommunalen Wirtschaftsrecht, in: Appel/Hermes/Schönberger (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat – Festschrift für Rainer Wahl, 2011, S. 573 (593 f.).

## C. Die Gemeindeordnungen der deutschen Bundesländer im Vergleich

Die derzeitige Rechtslage der gemeindegewirtschaftsrechtlichen Vorschriften in den 16 Bundesländern der Bundesrepublik Deutschland stellt sich wie folgt dar:

### I. Baden-Württemberg

Landeshauptstadt	Anzahl der Landkreise	Anzahl der Gemeinden
Stuttgart	35	1.101

#### Gemeindeordnung Baden-Württemberg (GO BW)

(in der Fassung vom 24. Juli 2000, zuletzt geändert durch Gesetz vom 16. April 2013)

#### Dritter Teil: Gemeindegewirtschaft

#### 3. Abschnitt: Unternehmen und Beteiligungen

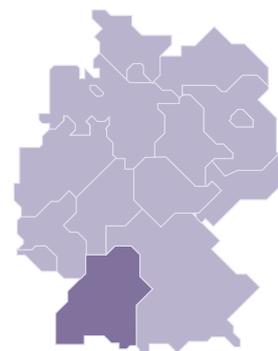
#### § 102 Zulässigkeit wirtschaftlicher Unternehmen

(1) Die Gemeinde darf ungeachtet der Rechtsform wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
3. bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Anbieter erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

(2) Über ein Tätigwerden der Gemeinde nach Absatz 1 Nr. 3 entscheidet der Gemeinderat nach Anhörung der örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel.

(3) Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde sind so zu führen, dass der öffentliche Zweck erfüllt wird; sie sollen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen.



→ keine Betätigungskontrolle

→ öffentliche Zweckbindung

→ Leistungsfähigkeit / Bedarf

→ echte Subsidiaritätsklausel (Ausnahme: Daseinsvorsorge)

→ Anhörungspflicht örtlicher IHKs und Handwerkskammern

## → Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit

(4) Wirtschaftliche Unternehmen im Sinne der Absätze 1 und 2 sind nicht

1. Unternehmen, zu deren Betrieb die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,
2. Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der Kunstpflege, der körperlichen Ertüchtigung, der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege sowie öffentliche Einrichtungen ähnlicher Art und
3. Hilfsbetriebe, die ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen.
4. Auch diese Unternehmen, Einrichtungen und Hilfsbetriebe sind nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu führen.

(5) Bankunternehmen darf die Gemeinde nicht betreiben, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Für das öffentliche Sparkassenwesen verbleibt es bei den besonderen Vorschriften.

(6) Bei Unternehmen, für die kein Wettbewerb gleichartiger Privatunternehmen besteht, dürfen der Anschluss und die Belieferung nicht davon abhängig gemacht werden, dass auch andere Leistungen oder Lieferungen abgenommen werden.

(7) Die Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets ist zulässig, wenn bei wirtschaftlicher Betätigung die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen Gemeinden gewahrt sind. Bei der Versorgung mit Strom und Gas gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach den maßgeblichen Vorschriften eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen.

## → Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip

Das baden-württembergische Gemeindegewirtschaftsrecht kann im Ergebnis als relativ wettbewerbsfreundlich eingestuft werden. Zu befürworten ist vor allem die *strenge Ausgestaltung der Subsidiaritätsklausel*. Erst im Jahr 1999 ist – gegen große Widerstände der kommunalen Interessenvertreter – eine Subsidiaritätsklausel in die baden-württembergische Gemeindeordnung eingefügt worden. Die zunächst einfach ausgestaltete Subsidiaritätsklausel hat schließlich mit Wirkung vom 1.1.2006 die derzeitige „verschärfte“ Fassung erhalten.<sup>46</sup> Die Gesetzesbegründung stellte ausdrücklich klar, dass „die Neuregelung des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GO [...] *entsprechend ihrer Intention, einer übermäßigen Ausweitung erwerbswirtschaftlicher Betätigungen der Gemeinden entgegenzuwirken und die Privatwirtschaft auf grundsätzlich ihr vorbehaltenen Geschäftsfeldern vor kommunaler Konkurrenzbeschäftigung zu schützen, Drittschutzwirkung für private Anbieter [entfalten soll]. Betroffene Unternehmer sollen daher [...] die Verwaltungsgerichte anrufen können.*“<sup>47</sup> Damit hat der baden-württembergische Gesetzgeber durch Begründung eines subjektiv-öffentlichen Rechts in vorbildlicher Weise eine Klagemöglichkeit für private Konkurrenten geschaffen.

Positiv zu bewerten ist auch die Pflicht zur Anhörung örtlicher IHKs und Handwerkskammern, die einen Beitrag zur Versachlichung der Konflikte um kommunale Wirtschaftstätigkeiten leisten kann.

Gleichwohl ist festzuhalten, dass auch die baden-württembergische Gemeindeordnung noch Raum für Verbesserungen aufweist. Bedenklich ist erstens die *Ausnahme der kommunalen Daseinsvorsorge* von der Subsidiaritätsklausel. Diese Vorschrift ist noch ein Relikt der ersten Fassung der Subsidiaritätsklausel aus dem Jahr 1999 und war seinerzeit ein Zugeständnis an die Interessenvertreter der Kommunalwirtschaft. Angesichts der mangelnden Trennschärfe, die dem bis heute nicht hinreichend konkretisierten Begriff der Daseinsvorsorge zu eigen ist, erweist sich diese Ausnahme als

„Achillesferse“ der baden-württembergischen Subsidiaritätsklausel. Wenn mit einer vereinzelt vertretenen, aber im Ergebnis abzulehnenden Auffassung der „öffentliche Zweck“ mit der „Daseinsvorsorge“ gleichgesetzt würde, liefe die Subsidiaritätsklausel sogar leer, da sie nur dann eingriffe, wenn die kommunale Wirtschaftsbe- tätigung ohnehin unzulässig ist. Dieses Ergebnis kann nicht gewollt sein. Ein Konzept für eine klare Differenzierung zwischen den beiden diffusen Termini ist jedoch ebenfalls nicht ersichtlich. Diese Widersprüchlichkeit verdeutlicht, dass die Ausnahme der kommunalen Daseinsvorsorge eine konzeptionell nicht genügend durchdachte Konzession an die Kommunalwirtschaft darstellt.

Kritisch ist darüber hinaus die in § 102 Abs. 4 GO BW statuierte pauschale Ausnahme ganzer Wirtschaftszweige aus dem Begriff der „wirtschaftlichen Betätigung“. Diese *Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit* erfasst bedeutende Wirtschaftsbereiche wie das Gesundheits- und Sozialwesen, den Bildungssektor oder Sporteinrichtungen. Auch wenn in diesen Bereichen kommunale Betätigungen oft einen nichtwirtschaftlichen Charakter aufweisen mögen, ist dies doch keineswegs immer der Fall. Die „wirtschaftliche Betätigung“ sollte daher in jedem Einzelfall geprüft werden.

Schließlich ist auch die *Lockerung des Örtlichkeitsprinzips* in § 102 Abs. 7 GO BW zu kritisieren. Das Örtlichkeitsprinzip als verfassungsimmanente Grenze der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG gebietet es, dass sich die Kommunen auf die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft beschränken. Nur nach den strengen Regeln über die kommunale Zusammenarbeit sollten kommunale Unternehmen auf fremden Gemeindegebieten tätig werden dürfen.

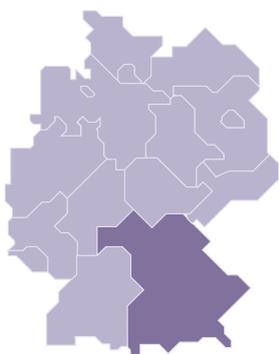
Wünschenswert wäre schließlich entsprechend des Vorbilds anderer Bundesländer auch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 102 Abs. 1 GO BW im Sinne einer dauerhaften Betätigungskontrolle der Gemeinden.

<sup>46</sup> Zu den Reformen des Gemeindegewirtschaftsrechts in Baden-Württemberg vergleiche die ausführliche Darstellung bei: M. Schmidt-Leithoff, Gemeindegewirtschaft im Wettbewerb, 2011, S. 60 ff.

<sup>47</sup> LT-Drs. (BW) 13/4767, S. 9.

## II. Bayern

Landeshauptstadt	Anzahl der Landkreise	Anzahl der Gemeinden
München	71	2.056



→ Anwendung auf wirtschaftliche Unternehmen

→ öffentliche Zweckbindung

→ Leistungsfähigkeit / Bedarf

→ echte Subsidiaritätsklausel (Ausnahme: Daseinsvorsorge)

→ kein öffentlicher Zweck bei Absicht der Gewinnerzielung

### Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (BayGO)

(in der Fassung vom 22. August 1998, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Juli 2014)

#### 3. Teil: Gemeindefirtschaft

#### 4. Abschnitt: Gemeindliche Unternehmen

#### Art. 87 Allgemeine Zulässigkeit von Unternehmen und Beteiligungen

(1) Die Gemeinde darf ein Unternehmen im Sinne von Art. 86 nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn

1. ein öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert, insbesondere wenn die Gemeinde mit ihm gesetzliche Verpflichtungen oder ihre Aufgaben gemäß Art. 83 Abs. 1 der Verfassung und Art. 57 dieses Gesetzes erfüllen will,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht,
3. die dem Unternehmen zu übertragenden Aufgaben für die Wahrnehmung außerhalb der allgemeinen Verwaltung geeignet sind,
4. bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Alle Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche, mit denen die Gemeinde oder ihre Unternehmen an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilnehmen, um Gewinn zu erzielen, entsprechen keinem öffentlichen Zweck. Soweit Unternehmen entgegen Satz 2 vor dem 1. September 1998 errichtet oder übernommen wurden, dürfen sie weitergeführt, jedoch nicht erweitert werden.



- (2) Die Gemeinde darf mit ihren Unternehmen außerhalb des Gemeindegebietes nur tätig werden, wenn dafür die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Bei der Versorgung mit Strom und Gas gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach den Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen.
- (3) Für die Beteiligung der Gemeinde an einem Unternehmen gilt Absatz 1 entsprechend. Absatz 2 gilt entsprechend, wenn sich die Gemeinde an einem auch außerhalb ihres Gebietes tätigen Unternehmen in einem Ausmaß beteiligt, das den auf das Gemeindegebiet entfallenden Anteil an den Leistungen des Unternehmens erheblich übersteigt.
- (4) Bankunternehmen darf die Gemeinde weder errichten noch sich an ihnen beteiligen. Für das öffentliche Sparkassenwesen verbleibt es bei den besonderen Vorschriften. Die Gemeinde kann einen einzelnen Geschäftsanteil an einer eingetragenen Kreditgenossenschaft erwerben, wenn eine Nachschusspflicht ausgeschlossen oder die Haftsumme auf einen bestimmten Betrag beschränkt ist.

→ Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip

#### **Art. 95 Grundsätze für die Führung gemeindlicher Unternehmen**

- (1) Eigenbetriebe und Kommunalunternehmen sind unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze und des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit so zu führen, dass der öffentliche Zweck erfüllt wird. Entsprechendes gilt für die Steuerung und Überwachung von Unternehmen in Privatrechtsform, an denen die Gemeinde mit mehr als 50 v.H. beteiligt ist; bei einer geringeren Beteiligung soll die Gemeinde darauf hinwirken.
- (2) Gemeindliche Unternehmen dürfen keine wesentliche Schädigung und keine Aufsaugung selbständiger Betriebe in Landwirtschaft, Handwerk, Handel, Gewerbe und Industrie bewirken.

→ Verbot der Schädigung der Privatwirtschaft

#### **Art. 96 Anzeigepflichten**

- (1) Entscheidungen der Gemeinde über
  1. die Errichtung, Übernahme und wesentliche Erweiterung sowie die Änderung der Rechtsform oder der Aufgaben gemeindlicher Unternehmen,
  2. die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung der Gemeinde an Unternehmen,
  3. die gänzliche oder teilweise Veräußerung gemeindlicher Unternehmen oder Beteiligungen,



→ Pflicht zur Anzeige bei Rechtsaufsichtsbehörde

4. die Auflösung von Kommunalunternehmen sind der Rechtsaufsichtsbehörde rechtzeitig, mindestens aber sechs Wochen vor ihrem Vollzug, vorzulegen. In den Fällen des Satzes 1 Nrn. 2 und 3 besteht keine Anzeigepflicht, wenn die Entscheidung weniger als den zwanzigsten Teil der Anteile des Unternehmens betrifft. Aus der Vorlage muss zu ersehen sein, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Unternehmenssatzung von Kommunalunternehmen ist der Rechtsaufsichtsbehörde stets vorzulegen.

(2) Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 und die Sätze 2 und 3 gelten entsprechend für Entscheidungen des Verwaltungsrats eines Kommunalunternehmens.

Die aktuelle Fassung der Bayerischen Gemeindeordnung geht im Wesentlichen auf Gesetze vom 26.7.1995 und 24.7.1998 zurück, die eine vollständige Neuausrichtung des Gemeindegewirtschaftsrechts vorgenommen haben. Es stellt sich im Ergebnis als moderne und relativ wettbewerbsfreundliche Regelung dar.

Eines der modernen und uneingeschränkt zu befürwortenden Elemente der bayerischen Gemeindeordnung ist der *Verzicht auf eine Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Unternehmen*. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht bereits im Jahr 1972 entschieden hatte, dass „als wirtschaftliches Unternehmen [...] jede Einrichtung anzusehen [sei], die auch von einem Privaten mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden könnte“, <sup>48</sup> kam dem Kriterium des „wirtschaftlichen Unternehmens“ ohnehin nur noch eine geringe Steuerungskraft zu. Der bayerische Gesetzgeber hat dem Druck widerstanden, durch eine gesetzliche Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit die in der Sache überholte Trennung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Aktivitäten in die neue Gemeindeordnung „hinüberzuretten“, und hat sich damit für eine im Grundsatz überzeugende Modernisierung des bayerischen Gemeindegewirtschaftsrechts entschieden.

Die bayerische Subsidiaritätsklausel ist hingegen ambivalent. Positiv hervorzuheben ist zunächst die *strenge Ausgestaltung der Subsidiaritätsklausel*. Im Unterschied zur Rechtslage in Baden-Württemberg geht die bayerische Gesetzesbegründung jedoch davon aus, dass die (im Prinzip wortgleiche) Klausel private Konkurrenten nicht schützen soll. <sup>49</sup> Dieses Ergebnis steht in Einklang mit einer Entscheidung des Bayerischen Verwaltunggerichtshofs aus dem Jahr 1976. <sup>50</sup> Gleichwohl muss die Frage nach der drittschützenden Wirkung der bayerischen Subsidiaritätsklausel im Ergebnis

<sup>48</sup> BVerwG, Urt. v. 22.2.1972, Az.: I C 24.69, in: BVerwGE 39, 329 (333). Diese Definition entspricht exakt der Formulierung der Ausführungsanweisung zu § 67 Deutsche Gemeindeordnung (DGO).

<sup>49</sup> LT-Drs. 13/10828, S. 19.

<sup>50</sup> BayVGh, Urt. v. 23.7.1976, Az.: 32 V 75, in: BayVBl. 1976, 628 (629).

als offen angesehen werden.<sup>51</sup> Die bayerische Gesetzesbegründung aus dem Jahr 1998 geht nämlich – seinerzeit zutreffend – davon aus, dass private Konkurrenten bereits vor den ordentlichen Gerichten ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten haben. Durch den wenige Jahre später erfolgten doppelten Paradigmenwechsel der zivil- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>52</sup> ist dieser Auffassung des bayerischen Gesetzgebers jedoch der Boden entzogen worden. Bis heute haben die bayerischen Verwaltungsgerichte die drittschützende Wirkung der Subsidiaritätsklausel stets dahinstehen lassen.<sup>53</sup>

Zu kritisieren ist darüber hinaus die *Ausnahme der kommunalen Daseinsvorsorge* von der Subsidiaritätsklausel, die letztlich auf eine Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs aus dem Jahr 1957 zurückzuführen ist.<sup>54</sup> Ebenso wie für die parallele Ausnahme im baden-württembergischen Gemeindefirtschaftsrecht gilt auch hier, dass angesichts der mangelnden Trennschärfe, die dem bis heute nicht hinreichend konkretisierten Begriff der Daseinsvorsorge zu eigen ist, diese Ausnahme die „Achillesferse“ der bayerischen Subsidiaritätsklausel darstellt. Wenn mit einer vereinzelt vertretenen, aber im Ergebnis abzulehnenden Auffassung der „öffentliche Zweck“ mit der „Daseinsvorsorge“ gleichgesetzt würde, liefe die Subsidiaritätsklausel sogar leer, da sie nur dann eingriffe, wenn die kommunale Wirtschaftstätigkeit ohnehin unzulässig ist. Dieses Ergebnis kann nicht gewollt sein. Ein Konzept für eine klare Differenzierung zwischen den beiden diffusen Termini ist jedoch ebenfalls nicht ersichtlich. Diese Widersprüchlichkeit verdeutlicht, dass die Ausnahme der kommunalen Daseinsvorsorge eine konzeptionell nicht genügend durchdachte Konzession an die Kommunalwirtschaft darstellt.

Während die Subsidiaritätsklausel trotz ihrer strengen Ausgestaltung somit insgesamt als wenig gelungen erscheint, weist die bayerische Gemeindeordnung an anderer Stelle eine positive Klarstellung auf: So wird in Art. 87 Abs. 1 Satz 2 BayGO zu Recht klargestellt, dass bloße oder überwiegende fiskalische Interessen ein

kommunales Unternehmen nicht rechtfertigen.<sup>55</sup> Die Vorschrift geht aber sogar darüber hinaus, indem sie klarstellt, dass die *Gewinnerzielung generell kein legitimer Grund* für kommunale Wirtschaftstätigkeiten sein darf, also auch nicht als ergänzendes Kriterium Beachtung finden darf.<sup>56</sup>

Eine sinnvolle Ergänzung der gemeindefirtschaftsrechtlichen Vorschriften stellt das *Schädigungsverbot* des Art. 95 Abs. 2 BayGO dar. Das Schädigungsverbot besagt, dass ein kommunales Unternehmen keine selbstständigen Betriebe wesentlich schädigen oder „aufsaugen“ darf. Diese Vorschrift ist entgegen anderslautenden Behauptungen<sup>57</sup> keineswegs überflüssig, da sie die nach Art. 87 Abs. 1 BayGO auf die Errichtung und Erweiterung von kommunalen Unternehmen gerichtete Kontrolle durch eine dauerhafte Betätigungskontrolle ergänzt.

Auch die Pflicht zur Anzeige bei der Rechtsaufsichtsbehörde ist ein begrüßenswerter Ansatz, der die Kommunalaufsicht zumindest theoretisch in die Lage versetzt, ihren Aufgaben nachzukommen. Ob diese Anzeigepflicht angesichts der begrenzten Ressourcen der Aufsichtsbehörden in der Praxis Früchte trägt, bleibt jedoch abzuwarten.

Bedenken weckt hingegen die *Lockerung des Örtlichkeitsprinzips* in Art. 87 Abs. 2 BayGO. Für diese Vorschrift gilt dasselbe wie für ihr Pendant in § 102 Abs. 7 GO BW: Das Örtlichkeitsprinzip als verfassungsimmanente Grenze der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG gebietet es, dass sich die Kommunen auf die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft beschränken. Nur nach den strengen Regeln über die kommunale Zusammenarbeit sollten kommunale Unternehmen auf fremden Gemeindegebieten tätig werden dürfen.

<sup>51</sup> So auch: M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 121. Für einen Drittschutz argumentiert C. Scharpf, GewArch 2004, 317 (319 f.).

<sup>52</sup> Siehe hierzu die vorstehenden Ausführungen unter B., IV.

<sup>53</sup> VG Ansbach, Urt. v. 7.7.2005, Az.: AN4 K 04.03378; VG München, Urt. v. 27.9.2007, Az.: M 12 K 06.2141.

<sup>54</sup> BayVerfGH, Entscheidung v. 23.12.1957, Az.: VF 107, 114, 117 – VII – 56, in: BayVerfGHE 10, 113 ff.

<sup>55</sup> Insoweit übereinstimmend: G. Lissack, Bayerisches Kommunalrecht, 3. Auflage, 2009, S. 215.

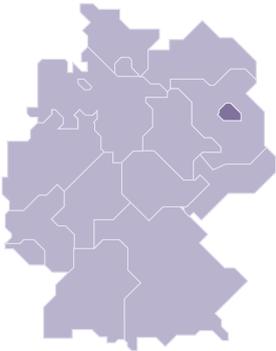
<sup>56</sup> A.A.: G. Lissack, Bayerisches Kommunalrecht, 3. Auflage, 2009, S. 215.

<sup>57</sup> G. Lissack, Bayerisches Kommunalrecht, 3. Auflage, 2009, S. 217.

## III. Berlin

### Anzahl der Bezirke

12



→ Interessenbindung

→ rudimentäre Subsidiaritätsklausel

### Landeshaushaltsordnung Berlin (LHO)

(in der Fassung vom 30. Januar 2009, zuletzt geändert durch Gesetz vom 04. November 2013)

#### Teil III: Ausführung des Haushaltsplans

#### § 65 Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen

#### Art. 87 Allgemeine Zulässigkeit von Unternehmen und Beteiligungen

(1) Berlin soll sich, außer in den Fällen des Absatzes 4, an der Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder an einem bestehenden Unternehmen in einer solchen Rechtsform nur beteiligen, wenn

1. ein wichtiges Interesse Berlins vorliegt und sich der von Berlin angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt,
2. die Einzahlungsverpflichtung Berlins auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist,
3. Berlin einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan, erhält,
4. gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden,
5. gewährleistet ist, dass der Anhang in entsprechender Anwendung der Vorschriften des § 285 Satz 1 Nummer 9 Buchstabe a Satz 5 bis 9 des Handelsgesetzbuchs für börsennotierte Gesellschaften aufgestellt und geprüft wird,



6. bei Mehrheitsbeteiligungen gewährleistet ist und bei Minderheitenbeteiligungen darauf hingewirkt wird, dass für jedes namentlich benannte Mitglied aller Organe des jeweiligen Unternehmens die für eine Tätigkeit im Geschäftsjahr gewährten Gesamtbezüge, jeweils einzeln aufgliedert nach festen und variablen Bestandteilen und Auflistung der Einzelbestandteile

(Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen und Nebenleistungen jeder Art, vertragliche Vereinbarungen über Ruhegehälter), im Anhang zum Jahresabschluss oder an anderer geeigneter Stelle abgegeben werden. Dies gilt auch für Abfindungen, gewährte Zulagen und Kredite.

In den Stadtstaaten Berlin, Hamburg und Bremen werden die Kommunalverfassungen durch die jeweiligen Landesverfassungen überlagert, da dort Gemeinde- und Landesebene zusammenfallen. Dass vorstehend § 65 Abs. 1 LHO als Berliner Gemeindefirtschaftsrecht wiedergegeben worden ist, stellt einen Kompromiss dar: Strenggenommen hätte auch auf die Wiedergabe jedes Gesetzestextes verzichtet werden können. Denn während das Kommunalrecht aller Flächenländer eine Begrenzung der kommunalen Wirtschaftstätigkeit durch eine mehr oder weniger stark erweiterte oder durchbrochene Fassung der sogenannten Schrankentrias (1. *Öffentlicher Zweck*, 2. *Leistungsfähigkeit* der Kommune, 3. *Subsidiaritätsprinzip*) vorsieht, fehlt in Berlin, das als Stadtstaat nicht über eine Gemeindeordnung verfügt, eine gesetzliche Regelung völlig. Als äußerste Grenze fungieren lediglich die Grundrechte, die jedoch angesichts der restriktiven Praxis der Rechtsprechung<sup>58</sup> keine hinreichende Steuerungskraft entfalten können und bestenfalls eine Plausibilitäts- und Willkürkontrolle zu leisten vermögen.<sup>59</sup> Die private Konkurrenz steht so weitgehend ungeschützt der „Berliner Staatswirtschaft“ gegenüber, die jedenfalls hinsichtlich des „Ob“ der Betätigung von allen Fesseln befreit ist. Entsprechend unverblümt stellt § 3 Abs. 1 S. 3 BerlBG für die in Form von Anstalten des öffentlichen Rechts geführten Unternehmen Berlins fest: *„Die Anstalten können am marktwirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen“*.

Das Berliner Recht statuiert in § 65 LHO lediglich rechtsformbezogene Schranken der wirtschaftlichen Betätigung. Die Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen wird durch § 65 Abs. 1 LHO materiellen Voraussetzungen unterworfen. Das *Erfordernis eines wichtigen Interesses*

gemäß § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO ähnelt zwar äußerlich der Bindung an einen öffentlichen Zweck, wie sie in den Gemeindeordnungen der Flächenländer enthalten ist. Es besteht jedoch ein bedeutender Unterschied, da sich das „wichtige Interesse“ nur auf die Betätigung in privater Rechtsform bezieht, während der öffentliche Zweck die Betätigung als solche rechtfertigen muss.<sup>60</sup> Gleiches gilt für die *rudimentären Ansätze einer Subsidiaritätsklausel* in § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO. Auch insoweit lautet die Testfrage nur, ob die Betätigung in anderer Form – etwa als Anstalt des öffentlichen Rechts – besser und wirtschaftlicher geführt werden kann. Da die haushaltsrechtlichen Vorschriften nur dazu dienen, den Landeshaushalt zu schützen, kann ihnen zudem keine drittschützende Wirkung zukommen.

Zusammenfassend kann man daher nur konstatieren, dass in Berlin die kommunal- bzw. landeswirtschaftliche Betätigung in einem nahezu „gemeindefirtschaftsrechtlich freien Raum“ existiert, in dem die Belange der privaten Wettbewerber keinerlei Berücksichtigung erfahren haben. Einzig die für alle Marktteilnehmer geltenden Regeln z.B. des Wettbewerbs- und Vergaberechts setzen der „Berliner Staatswirtschaft“ Grenzen.

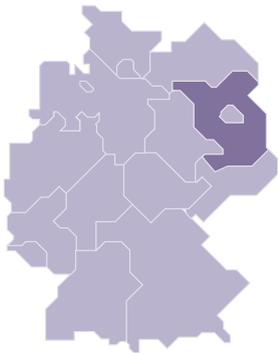
<sup>58</sup> Siehe hierzu die vorstehenden Ausführungen unter B., IV.

<sup>59</sup> A. Musil/S. Kirchner, Das Recht der Berliner Verwaltung, 3. Auflage, 2012, S. 258 f.

<sup>60</sup> A. Musil/S. Kirchner, Das Recht der Berliner Verwaltung, 3. Auflage, 2012, S. 260.

## IV. Brandenburg

Landeshauptstadt	Anzahl der Landkreise	Anzahl der Gemeinden
Potsdam	14	419



- Betätigungskontrolle
- keine Ausnahmen von der Wirtschaftlichkeit
- Ausschluss jeder drittschützenden Wirkung
- öffentliche Zweckbindung mit Gewinnausschlussklausel
- Leistungsfähigkeit / Bedarf
- einfache Subsidiaritätsklausel
- Ausnahme vom Subsidiaritätsgrundsatz
- Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip

### Kommunalverfassung des Landes Brandenburg (BbgKVerf)

(in der Fassung vom 18. Dezember 2007, zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. Juli 2014)

#### Kapitel 3: Gemeindefirtschaft

#### Abschnitt 3: Wirtschaftliche Betätigung

#### § 91 Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung

- (1) 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. Die nachfolgenden Regelungen dienen ausschließlich dem Schutz der Leistungsfähigkeit der Gemeinden.
- (2) Die Gemeinde darf sich zur Erledigung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft wirtschaftlich betätigen, wenn
  1. der öffentliche Zweck dies rechtfertigt, wobei die Gewinnerzielung allein keinen ausreichenden öffentlichen Zweck darstellt, und
  2. die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht.
- (3) Die Gemeinde hat im Interesse einer sparsamen Haushaltsführung dafür zu sorgen, dass Leistungen, die von privaten Anbietern wirtschaftlicher erbracht werden können, diesen Anbietern übertragen werden. Dazu sind Angebote einzuholen oder Vergleichsberechnungen vorzunehmen, die der Gemeindevertretung oder in den Fällen des § 50 Absatz 2 dem Hauptausschuss vorzulegen sind. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, wenn die Gemeindevertretung oder in den Fällen des § 50 Absatz 2 der Hauptausschuss eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde im öffentlichen Interesse für erforderlich hält; die Entscheidung ist zu begründen.
- (4) Eine wirtschaftliche Betätigung außerhalb der Versorgung der örtlichen Gemeinschaft sowie der Nutzung von Einrichtungen beziehungsweise Angeboten in der Gemeinde ist zulässig →

1. für die Versorgung mit Elektrizität, Gas und Fernwärme,
2. im Rahmen von Vereinbarungen oder Konzession der betroffenen Gemeinden, Gemeindeverbände oder kommunalen Unternehmen.

Die wirtschaftliche Betätigung im Ausland ist unter den Voraussetzungen der Absätze 2 und 3 zulässig, wenn Interessen des Bundes oder des Landes Brandenburg nicht entgegenstehen; die Kommunalaufsichtsbehörde ist rechtzeitig vor Aufnahme der Betätigung zu unterrichten.

- (5) Im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung dürfen Nebenleistungen nur erbracht werden,

1. die im Wettbewerb üblicherweise zusammen mit der Hauptleistung angeboten werden und den öffentlichen Hauptzweck nicht beeinträchtigen; mit der Durchführung dieser Nebenleistung sollen private Anbieter beauftragt werden, es sei denn, dies ist mit berechtigten Interessen der Gemeinde oder des Unternehmens nicht vereinbar, oder

→ Zulässigkeit von Annexstätigkeiten

2. die der Ausnutzung bestehender, sonst brachliegender Kapazitäten bei der Gemeinde oder dem Unternehmen dienen.

→ Zulässigkeit der Nutzung freier Kapazitäten

- (6) Im Beteiligungsbericht gemäß § 82 Absatz 2 Satz 2 Nummer 5 oder § 83 Absatz 4 Satz 2 Nummer 5 soll erstmalig für das 2012 beginnende Wirtschaftsjahr, danach alle zehn Jahre ein ausführlicher Nachweis über die fortdauernde Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen nach Absatz 2 Nummer 1, Absatz 3 Satz 1 und 3 sowie Absatz 5 geführt werden.

→ Beteiligungsberichte

- (7) Keine wirtschaftliche Betätigung ist die Verwaltung des Gemeindevermögens, insbesondere das unmittelbare oder mittelbare Halten von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, wenn mit dem Vermögen keine kommunale Aufgabenerfüllung verbunden ist.

### § 92 Kommunale Unternehmen

- (1) Die Gemeinde kann unter den Voraussetzungen des § 91 zur wirtschaftlichen Betätigung auf der Grundlage eines Beschlusses der Gemeindevertretung Unternehmen gründen.

- (2) Unternehmen der Gemeinde können sein:

1. Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit,
2. rechtsfähige kommunale Anstalten des öffentlichen Rechts (kommunale Anstalten), die sich in alleiniger Trägerschaft der Gemeinde befinden,



→ Pflicht zur Wirtschaftlichkeitsanalyse

→ Anhörungspflicht örtlicher IHKs und  
Handwerkskammern

→ Regelungen zur Kommunalaufsicht

3. Gesellschaften in privater Rechtsform, deren Anteile vollständig der Gemeinde gehören (Eigengesellschaften),

4. trägerschaftliche Beteiligungen an kommunalen Anstalten nach dem Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit im Land Brandenburg (gemeinsamen kommunalen Anstalten) und Beteiligungen an Gesellschaften in privater Rechtsform, deren Anteile der Gemeinde teilweise gehören.

(3) Vor der Gründung eines Unternehmens gemäß Absatz 2 Nummer 2 bis 4 soll die Gemeinde dieses Vorhaben in geeigneter Form öffentlich bekannt machen, verbunden mit der Aufforderung an private Anbieter, eigene Angebote vorzulegen, oder in einer unabhängigen sachverständigen Wirtschaftlichkeitsanalyse Unternehmensgründungen und Privatisierungsmöglichkeiten vergleichen und bewerten; die Wirtschaftlichkeitsanalyse kann auch durch die Gemeinde erstellt werden, wenn die Unternehmensgründung für die Gemeinde eine geringe wirtschaftliche Bedeutung hat und die Wirtschaftlichkeitsanalyse durch das Rechnungsprüfungsamt der Gemeinde oder in den Fällen des § 101 Absatz 2 des Landkreises auf Kosten der Gemeinde geprüft wird. Satz 1 gilt nicht, wenn die Gemeindevertretung die Unternehmensgründung im öffentlichen Interesse für erforderlich hält; die Entscheidung ist zu begründen. Der örtlichen Industrie- und Handelskammer beziehungsweise Handwerkskammer ist im Rahmen ihres jeweiligen Zuständigkeitsbereiches Gelegenheit zur Stellungnahme zu der beabsichtigten Gründung zu geben. Vor der Beschlussfassung über die Unternehmensgründung sind der Gemeindevertretung die nach den Sätzen 1 bis 3 erforderlichen Unterlagen vorzulegen.

(4) Soweit die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird und andere gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstehen, soll ein Jahresgewinn erwirtschaftet werden, der mindestens einer marktüblichen Verzinsung des Eigenkapitals entspricht.

(5) Die wesentliche Erweiterung des Unternehmensgegenstandes steht der Unternehmensgründung gleich.

(6) Bankunternehmen darf die Gemeinde nicht gründen, übernehmen oder betreiben. Für das öffentliche Sparkassenwesen gelten die dafür erlassenen besonderen Vorschriften.

### § 100 Genehmigungspflichten

(1) Entscheidungen der Gemeinde über

1. die Gründung oder Übernahme eines Unternehmens in privater Rechtsform nach § 92 Absatz 2 Nummer 3 und 4 sowie die wesentliche Erweiterung des Gegenstandes eines solchen Unternehmens



oder einer kommunalen Anstalt, soweit keine Genehmigungspflicht nach Absatz 2 besteht, und

2. die Umwandlung eines Unternehmens in eine andere Rechtsform

sind der Kommunalaufsichtsbehörde unter Nachweis der gesetzlichen Voraussetzungen anzuzeigen.

- (2) Einer Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde bedürfen Entscheidungen der Gemeinde über

1. die Errichtung einer kommunalen Anstalt,
2. die Umwandlung eines kommunalen Unternehmens in eine kommunale Anstalt und
3. die Änderung der Anstaltssatzung, soweit der Bestand der übertragenen pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben, Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung oder Auftragsangelegenheiten verändert wird.

Das Land Brandenburg hat seine Kommunalverfassung in jüngster Zeit stark überarbeitet, insbesondere durch das am 10.1.2012 in Kraft getretene „Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge“. Die derzeitige Fassung des brandenburgischen Gemeindefirtschaftsrechts weist zwar einige Elemente auf, die oberflächlich betrachtet dem Schutz der Privatwirtschaft zu dienen scheinen. Bei genauerer Betrachtung stellt das brandenburgische Gemeindefirtschaftsrecht aber einen bedauerlichen Irrweg dar.

Als besonders problematisch erweist sich, dass durch § 91 Abs. 1 S. 2 BbgKVerf allen gemeindefirtschaftsrechtlichen Vorschriften ausdrücklich jedwede *drittschützende Wirkung abgesprochen* wird. Diese regressive Entwicklung des brandenburgischen Kommunalrechts ist ein höchst bedauerlicher Rückschritt hinter die Errungenschaften, die der verwaltungsgerichtliche Drittschutz von Konkurrenten im vergangenen Jahrzehnt erringen konnte. Er steht auch in einem befremdlichen Spannungsverhältnis zu der Subsidiaritätsklausel in § 91 Abs. 3 BbgKVerf, deren Wortlaut bei unbefangener Betrachtung für eine drittschützende Wirkung zu streiten scheint.

Auch die *Subsidiaritätsklausel* selbst ist zu kritisieren. Bis zu der Gesetzesänderung vom 10.1.2012 nahm Brandenburg noch eine Sonderstellung ein, da es als einziges Flächenland keine klassisch formulierte Subsidiaritätsklausel vorsah. Vielmehr schrieb § 91 Abs. 3 BbgKVerf a.F. vor, dass Leistungen die von privaten Anbietern „in mindestens gleicher Qualität und Zuverlässigkeit bei gleichen oder geringeren Kosten erbracht werden können“, diesen übertragen werden, „sofern dies mit dem öffentlichen Interesse vereinbar

ist“. Im Ergebnis wurde damit dieselbe Regelungswirkung erzielt, die einer echten Subsidiaritätsklausel zu eigen ist.<sup>61</sup> Die seit dem 10.1.2012 in § 91 Abs. 3 BbgKVerf enthaltene Subsidiaritätsklausel ist nicht mehr streng, sondern einfach formuliert: Privaten Anbietern sind nur noch solche Leistungen zu überlassen, die von ihnen wirtschaftlicher als von der Gemeinde erbracht werden können. Zu allem Überfluss sind hiervon auch noch Ausnahmen zulässig, wenn die Gemeindevertretung oder der Hauptausschuss die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde für im öffentlichen Interesse erforderlich halten. Da weder das Gesetz definiert, wann eine solche Erforderlichkeit vorliegt, noch an die seitens der Gemeindevertretung abzugebende Begründung besondere Voraussetzungen gestellt werden, können die Gemeinden durch Berufung auf ein „gefühltes öffentliches Interesse“ die Subsidiaritätsklausel jederzeit ins Leere laufen lassen.

Auch die *Aufweichung des Örtlichkeitsprinzips* in § 91 Abs. 4 BbgKVerf durch pauschale Ausnahmen ist mit Skepsis zu betrachten. Als verfassungsimmanente Grenze der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG verlangt das Örtlichkeitsprinzip, dass sich die Kommunen auf die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft beschränken. Dem trägt § 91 Abs. 2 BbgKVerf grundsätzlich Rechnung. Die Schaffung pauschaler Ausnahmen, die weit über die strengen Regeln zur kommunalen Zusammenarbeit hinausgehen, läuft dem zuwider.

<sup>61</sup> M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 102.

Als problematisch ist auch die Regelung zu *Nebenleistungen und freien Kapazitäten* in § 91 Abs. 5 BbgKVerf anzusehen. Es ist zwar grundsätzlich zu begrüßen, dass diese Problematik nicht der Rechtsprechung überlassen, sondern einer gesetzlichen Regelung zugeführt wird. Die Vorschrift des § 91 Abs. 5 BbgKVerf ist aber nicht ausreichend trennscharf und gewährt den Kommunen zu viel Spielraum. Während vor dem 10.1.2012 nur Annex Tätigkeiten von untergeordneter Bedeutung legitimiert wurden, ist diese Beschränkung nunmehr entfallen. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, dass die Maßstäbe für die Bemessung der Bedeutung nicht hinreichend klar gewesen seien.<sup>62</sup> Statt aber die unklaren Maßstäbe durch quantitative Vorgaben zu präzisieren, entschied sich der brandenburgische Gesetzgeber dafür, Annex Tätigkeiten ohne entsprechende Einschränkung zu legitimieren und schüttete so „das Kind mit dem Bade“ aus. Die Regelung zur Nutzung freier Kapazitäten ist eine Besonderheit des brandenburgischen Rechts, die sich in keiner anderen Gemeindeordnung findet. Ihre Schwachstelle besteht darin, dass sie die zentrale Frage, wie lange Kommunen Überkapazitäten aufrechterhalten dürfen bzw. wie schnell sie die vorhandenen Überkapazitäten abbauen müssen, nicht adressiert und somit einer auf Kosten der Privatwirtschaft gehenden Perpetuierung überkommener Strukturen Vorschub leistet.<sup>63</sup>

Die brandenburgische Entscheidung gegen eine dritt-schützende Wirkung des Gemeindegewirtschaftsrechts geht einher mit einer *starken Betonung der Kommunalaufsicht*. Insbesondere § 100 BbgKVerf sieht umfangreiche Genehmigungs- und Anzeigepflichten

für sämtliche Vorhaben der öffentlichen Hand vor. Nur durch die starke Bedeutung der Kommunalaufsicht ist zu erklären, dass die Gemeinden zwingend eine sachverständige Wirtschaftlichkeitsanalyse durchführen lassen müssen, bevor sie wirtschaftliche Aktivitäten entfalten (§ 92 Abs. 3 BbgKVerf). Überdies müssen sie laufende Beteiligungsberichte erstellen (§ 91 Abs. 6 BbgKVerf). Ohne derartige Analysen und Berichte wäre der Kommunalaufsicht die Kontrolle praktisch nahezu unmöglich. Ob die Ressourcen und die Steuerungskraft der Kommunalaufsicht aber ausreichen, um der ihr zugeordneten Aufgabe gerecht zu werden, steht auf einem anderen Blatt. Die Erfahrung zeigt, dass insoweit Skepsis geboten ist.

Zu den wenigen ordnungspolitischen „Lichtblicken“ des brandenburgischen Gemeindegewirtschaftsrechts zählt hingegen erstens die in § 91 Abs. 2 Nr. 1 BbgKVerf festgeschriebene *öffentliche Zweckbindung* mit dem *Ausschluss reiner Fiskalinteressen* aus diesem Zweckbegriff. Zweitens ist positiv hervorzuheben, dass § 91 BbgKVerf eine *dauerhafte Betätigungskontrolle* vorsieht. Drittens sieht § 91 BbgKVerf *keine pauschalen Ausnahmen von der Wirtschaftlichkeit* der Betätigungen vor. Dies ist ein begrüßenswerter Kontrapunkt zu den überkommenen Ausnahmeregelungen in den Gemeindeordnungen vieler anderer Bundesländer. Viertens versucht die in § 92 Abs. 3 S. 3 BbgKVerf geregelte *Pflicht zur Anhörung örtlicher IHKs und Handwerkskammern* einen Beitrag zur Versachlichung der Konflikte um kommunale Wirtschaftstätigkeiten zu leisten.

<sup>62</sup> M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 106 f.

<sup>63</sup> In diese Richtung argumentieren auch: M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 109.

## V. Bremen

### Anzahl der Bezirke

5

### Haushaltsordnung der Freien Hansestadt Bremen (LHO)

(in der Fassung vom 25. Mai 1971, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. Mai 2012)

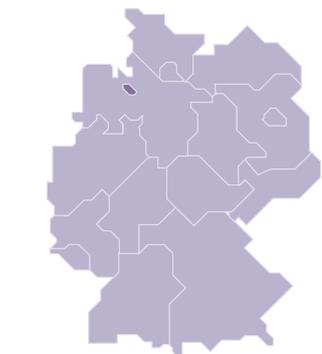
#### Teil III

#### Ausführung des Haushaltsplans

#### § 65 Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen

(1) Die Freie Hansestadt Bremen soll sich, außer in den Fällen des Absatzes 5, an der Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder an einem bestehenden Unternehmen in einer solchen Rechtsform nur beteiligen, wenn

1. ein wichtiges Interesse der Freien Hansestadt Bremen vorliegt und sich der von der Freien Hansestadt Bremen angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt;
2. die Einzahlungsverpflichtung der Freien Hansestadt Bremen auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist;
3. die Freie Hansestadt Bremen einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan erhält;
4. gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden.



→ Interessenbindung

→ rudimentäre Subsidiaritätsklausel

Im Stadtstaat Bremen fällt - wie in Berlin und Hamburg - die Gemeinde- und Landesebene zusammen. Auch für Bremen gilt daher, dass strenggenommen auf die Wiedergabe jedes Gesetzestextes hätte verzichtet werden können. Denn während das Kommunalrecht aller Flächenländer eine Begrenzung

der kommunalen Wirtschaftstätigkeit durch eine mehr oder weniger stark erweiterte oder durchbrochene Fassung der sogenannten Schrankentrias vorsieht, fehlt auch in Bremen, das als Stadtstaat nicht über eine Gemeindeordnung verfügt, eine gesetzliche Regelung völlig. Es besteht lediglich eine Grundrechtsbindung ohne hinreichende Steuerungskraft, die die private Konkurrenz nicht hinreichend zu schützen vermag<sup>64</sup>.

Das Bremer Recht statuiert in § 65 LHO lediglich rechtsformbezogene Schranken der wirtschaftlichen Betätigung. Die Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen wird durch § 65 Abs. 1 LHO materiellen Voraussetzungen unterworfen. Das *Erfordernis eines wichtigen Interesses* gemäß § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO ähnelt zwar äußerlich der Bindung an einen öffentlichen Zweck, wie sie in den Gemeindeordnungen der Flächenländer enthalten ist. Es besteht jedoch ein bedeutender

Unterschied, da sich das „wichtige Interesse“ nur auf die Betätigung in privater Rechtsform bezieht, während der öffentliche Zweck die Betätigung als solche rechtfertigen muss. Gleiches gilt für die *rudimentären Ansätze einer Subsidiaritätsklausel* in § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO. Auch insoweit lautet die Testfrage nur, ob die Betätigung in anderer Form – etwa als Anstalt des öffentlichen Rechts – besser und wirtschaftlicher geführt werden kann. Da die haushaltsrechtlichen Vorschriften nur dazu dienen, den Landeshaushalt zu schützen, kann ihnen zudem keine drittschützende Wirkung zukommen.

Die für die privaten Wettbewerber negativen Folgen der für das Stadtstaatenkonzept erdachten Regelungen lassen sich bei näherer Betrachtung des Kapitels zu Berlin entsprechend für Bremen nachvollziehen (B., IV).

<sup>64</sup> Siehe hierzu die vorstehenden Ausführungen unter B., IV.

## VI. Hamburg

### Anzahl der Bezirke

7

### Haushaltsordnung der Freien und Hansestadt Hamburg (HLO)

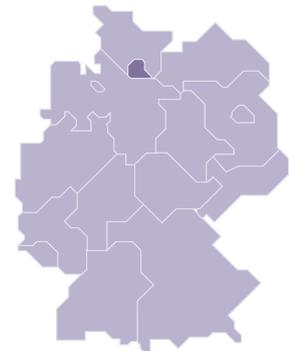
(in der Fassung vom 23. Dezember 1971, zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Dezember 2012)

#### Teil III

#### Ausführung des Haushaltsplans

#### § 65 Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen

- (1) Die Freie und Hansestadt Hamburg soll sich, außer in den Fällen des Absatzes 4, an der Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder an einem bestehenden Unternehmen in einer solchen Rechtsform nur beteiligen, wenn
1. ein wichtiges staatliches Interesse vorliegt und sich der angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt,
  2. ihre Einzahlungsverpflichtung auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist,
  3. ihr ein angemessener Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan, eingeräumt wird,
  4. gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden.



→ Interessenbindung

→ rudimentäre Subsidiaritätsklausel

Im Stadtstaat Hamburg fehlen - wie in Berlin und Bremen - die Gemeinde- und Landesebene zusammen. Für Hamburg gilt insofern dasselbe wie für Berlin und Bremen: Es fehlen in Hamburg, das als Stadtstaat nicht über eine Gemeindeordnung verfügt, gesetzliche Regelungen für das Gemeindefirtschaftsrecht völlig. Als äußerste Grenze fungieren lediglich die Grundrechte,

die jedoch angesichts der restriktiven Praxis der Rechtsprechung<sup>65</sup> keine hinreichende Steuerungskraft entfalten können und bestenfalls eine Plausibilitäts- und Willkürkontrolle zu leisten vermögen.<sup>66</sup>

Das Hamburger Recht statuiert in § 65 LHO lediglich rechtsformbezogene Schranken der wirtschaftlichen Betätigung. Die Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen wird durch § 65 Abs. 1 LHO materiellen Voraussetzungen unterworfen. Das *Erfordernis eines wichtigen staatlichen Interesses* gemäß § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO ähnelt zwar äußerlich der Bindung an einen öffentlichen Zweck, wie sie in den Gemeindeordnungen der Flächenländer enthalten ist. Es besteht jedoch ein bedeutender Unterschied, da sich das „wichtige staatliche Interesse“ nur auf die Betätigung in privater

Rechtsform bezieht, während der öffentliche Zweck die Betätigung als solche rechtfertigen muss. Gleiches gilt für die *rudimentären Ansätze einer Subsidiaritätsklausel* in § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO. Auch insoweit lautet die Testfrage nur, ob die Betätigung in anderer Form – etwa als Anstalt des öffentlichen Rechts – besser und wirtschaftlicher geführt werden kann. Da die haushaltsrechtlichen Vorschriften nur dazu dienen, den Landeshaushalt zu schützen, kann ihnen zudem keine drittschützende Wirkung zukommen.

Die für die privaten Wettbewerber negativen Folgen der für das Stadtstaatenkonzept erdachten Regelungen lassen sich bei näherer Betrachtung des Kapitels zu Berlin entsprechend für Hamburg nachvollziehen (B.,IV).

<sup>65</sup> Siehe hierzu die vorstehenden Ausführungen unter B., IV.

<sup>66</sup> Siehe hierzu die vorstehenden Ausführungen unter B., IV.

## VII. Hessen

Landeshauptstadt	Anzahl der Landkreise	Anzahl der Gemeinden
Wiesbaden	21	426

### Hessische Gemeindeordnung (HGO)

(in der Fassung vom 1. April 2005, zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Juli 2014)

#### Sechster Teil: Gemeindefirtschaft

#### Dritter Abschnitt: Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde

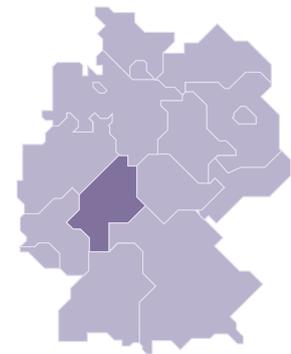
#### § 121 Wirtschaftliche Betätigung

(1) Die Gemeinde darf sich wirtschaftlich betätigen, wenn

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

Soweit Tätigkeiten vor dem 1. April 2004 ausgeübt wurden, sind sie ohne die in Satz 1 Nr. 3 genannten Einschränkungen zulässig.

(1a) Abweichend von Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 5 Nr. 1 und § 122 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 dürfen Gemeinden sich ausschließlich auf dem Gebiet der Erzeugung, Speicherung und Einspeisung und des Vertriebs von Strom, Wärme und Gas aus erneuerbaren Energien sowie der Verteilung von elektrischer und thermischer Energie bis zum Hausanschluss wirtschaftlich betätigen, wenn die Betätigung innerhalb des Gemeindegebietes oder im regionalen Umfeld in den Formen interkommunaler Zusammenarbeit und unter Beteiligung privater Dritter erfolgt. Die wirtschaftliche Beteiligung der Einwohner soll ermöglicht werden. Die wirtschaftliche Betätigung nach dieser Vorschrift ist in besonderer Weise dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu unterwerfen. Die wirtschaftlichen Ergebnisse dieser Betätigung sind einmal jährlich der Gemeindevertretung vorzulegen.



→ Betätigungskontrolle

→ öffentliche Zweckbindung

→ Leistungsfähigkeit / Bedarf

→ strenge Subsidiaritätsklausel

→ Ausnahme für Altfälle

→ Ausnahme für erneuerbare Energien

→ gesetzliche Verankerung des Drittschutzes

(1b) Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 1a dienen auch dem Schutz privater Dritter, soweit sie sich entsprechend wirtschaftlich betätigen oder betätigen wollen. Betätigungen nach § 121 Abs. 1 Satz 2 bleiben hiervon unberührt.

→ Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit

(2) Als wirtschaftliche Betätigung gelten nicht Tätigkeiten

1. zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,
2. auf den Gebieten des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Abfall- und Abwasserbeseitigung, der Breitbandversorgung sowie
3. zur Deckung des Eigenbedarfs.

Auch diese Unternehmen und Einrichtungen sind, soweit es mit ihrem öffentlichen Zweck vereinbar ist, nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten und können entsprechend den Vorschriften über die Eigenbetriebe geführt werden.

→ Zulässigkeit von Annexstätigkeiten

(3) Die für das Kommunalrecht zuständige Ministerin oder der hierfür zuständige Minister kann durch Rechtsverordnung bestimmen, dass Unternehmen und Einrichtungen, die Tätigkeiten nach Abs. 2 wahrnehmen und die nach Art und Umfang eine selbständige Verwaltung und Wirtschaftsführung erfordern, ganz oder teilweise nach den für die Eigenbetriebe geltenden Vorschriften zu führen sind; hierbei können auch Regelungen getroffen werden, die von einzelnen für die Eigenbetriebe geltenden Vorschriften abweichen.

→ Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip

(4) Ist eine Betätigung zulässig, sind verbundene Tätigkeiten, die üblicherweise im Wettbewerb zusammen mit der Haupttätigkeit erbracht werden, ebenfalls zulässig; mit der Ausführung dieser Tätigkeiten sollen private Dritte beauftragt werden, soweit das nicht unwirtschaftlich ist.

(5) Die Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes ist zulässig, wenn

1. bei wirtschaftlicher Betätigung die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen und
2. die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Bei gesetzlich liberalisierten Tätigkeiten gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach den maßgeblichen Vorschriften eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen.

→ Pflicht zur Marktanalyse

(6) Vor der Entscheidung über die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung von wirtschaftlichen Unternehmen sowie über eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung ist die Gemeindevertretung auf der Grundlage einer Markterkundung umfassend über die Chancen und Risiken der beabsichtigten unternehmerischen



Betätigung sowie über deren zu erwartende Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft zu unterrichten. Vor der Befassung in der Gemeindevertretung ist den örtlichen Handwerkskammern, Industrie- und Handelskammern sowie Verbänden Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, soweit ihr Geschäftsbereich betroffen ist. Die Stellungnahmen sind der Gemeindevertretung zur Kenntnis zu geben.

→ Pflicht zur Anhörung örtlicher IHKs und Handwerkskammern

- (7) Die Gemeinden haben mindestens einmal in jeder Wahlzeit zu prüfen, inwieweit ihre wirtschaftliche Betätigung noch die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllt und inwieweit die Tätigkeiten privaten Dritten übertragen werden können.

→ Pflicht zur permanenten Betätigungskontrolle

- (8) Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde sind so zu führen, dass sie einen Überschuss für den Haushalt der Gemeinde abwerfen, soweit dies mit der Erfüllung des öffentlichen Zwecks in Einklang zu bringen ist. Die Erträge jedes Unternehmens sollen mindestens so hoch sein, dass

→ Gewinnerzielungsklausel

1. alle Aufwendungen und kalkulatorischen Kosten gedeckt werden,
2. die Zuführungen zum Eigenkapital (Rücklagen) ermöglicht werden, die zur Erhaltung des Vermögens des Unternehmens sowie zu seiner technischen und wirtschaftlichen Fortentwicklung notwendig sind und
3. eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erzielt wird.

Lieferungen und Leistungen von anderen Unternehmen und Verwaltungszweigen der Gemeinde an das Unternehmen sowie Lieferungen und Leistungen des Unternehmens an andere Unternehmen und Verwaltungszweige der Gemeinde sind kostendeckend zu vergüten.

- (9) Bankunternehmen darf die Gemeinde nicht errichten, übernehmen oder betreiben. Für das öffentliche Sparkassenwesen verbleibt es bei den besonderen Vorschriften.

#### § 122 Beteiligung an Gesellschaften

→ Beteiligungskontrolle

- (1) Eine Gemeinde darf eine Gesellschaft, die auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist, nur gründen oder sich daran beteiligen, wenn

1. die Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 vorliegen,

[...]



→ Pflicht zur Anzeige bei der  
Aufsichtsbehörde

(5) Abs. 1 bis 3 gelten entsprechend, wenn eine Gesellschaft, an der Gemeinden oder Gemeindeverbände mit insgesamt mehr als 50 vom Hundert beteiligt sind, sich an einer anderen Gesellschaft beteiligen will.

[...]

### § 127a Anzeige

(1) Entscheidungen der Gemeinde über

1. die Errichtung, die Übernahme oder die wesentliche Erweiterung eines wirtschaftlichen Unternehmens,
2. die Gründung einer Gesellschaft, die erstmalige Beteiligung an einer Gesellschaft sowie die wesentliche Erhöhung einer Beteiligung an einer Gesellschaft,
3. den Erwerb eines Geschäftsanteils an einer eingetragenen Genossenschaft,
4. Rechtsgeschäfte im Sinne des § 124 Abs. 1

sind der Aufsichtsbehörde unverzüglich, spätestens sechs Wochen vor Beginn des Vollzugs, schriftlich anzuzeigen. Aus der Anzeige muss zu ersehen sein, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

(2) Abs. 1 gilt für Entscheidungen über mittelbare Beteiligungen im Sinne von § 122 Abs. 5 entsprechend.

Das hessische Gemeindegewirtschaftsrecht ist im Wesentlichen durch die Kommunalrechtsnovelle aus dem Jahr 2005 und eine Überarbeitung aus dem Jahr 2011 in seine derzeitige Form gebracht worden. Mit der HGO-Novelle von 2005 verfolgte der hessische Landesgesetzgeber ausdrücklich das Ziel, der privatwirtschaftlichen Betätigung den Vorrang vor der gemeindlichen wirtschaftlichen Betätigung einzuräumen.<sup>67</sup> Trotz massiver Kritik der kommunalwirtschaftlichen Interessenvertreter hat der hessische Landesgesetzgeber auch in der Folgezeit grundsätzlich an dieser zu befürwortenden Linie festgehalten. Der Druck der Kommunalwirtschaft führte aber auf dem Sektor der erneuerbaren Energien zu einer kompromisshaften Durchbrechung des zunächst klaren gemeindegewirtschaftsrechtlichen Konzepts. Im Ergebnis ist dem hessischen Gemeindegewirtschaftsrecht aber – trotz gewisser Abstriche – zu attestieren, dass es eine ebenso moderne wie wettbewerbsfreundliche Regelung darstellt.

Zu begrüßen ist vor allem die vorbildlich gelungene Ausgestaltung der Subsidiaritätsklausel. Hessen verfügte bis zur Kommunalrechtsnovelle von 2005 über keinen eigenen Subsidiaritätsvorbehalt. Es war somit das letzte Flächenland, das

<sup>67</sup> LT-Drs. 16/2463, S. 59.

einen solchen Vorbehalt eingeführt hat. Die 2005 endlich in der hessischen Gemeindeordnung verankerte Subsidiaritätsklausel überzeugt inhaltlich durch ihre strenge Ausgestaltung: Eine Gemeinde darf sich nur dann wirtschaftlich betätigen, wenn der von ihr verfolgte öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Darüber hinaus hat Hessen im Dezember 2011 durch den neu eingeführten § 121 Abs. 1b HGO ausdrücklich klargestellt, dass die Subsidiaritätsklausel für private Konkurrenten drittschützende Wirkung entfalten soll. Dieser in den Rechtsordnungen der Bundesländer einzigartige Schritt beseitigt auf erfreuliche Weise den jahrelangen Streit um den Drittschutz. Die hessischen Verwaltungsgerichte hatten bereits zuvor unter Rückgriff auf die Begründung der Gesetzesnovelle von 2005 begonnen, die konkurrenzsichernde Wirkung des § 121 Abs. 1 Nr. 3 HGO anzuerkennen.<sup>68</sup>

Kritisch anzumerken ist jedoch, dass es der Kommunalwirtschaft 2011 gelang, eine sektorale Bresche in die ansonsten mustergültig ausgestaltete Subsidiaritätsklausel zu schlagen. Mit dem fragwürdigen Argument, dass eine Blockade der Energiewende drohe,<sup>69</sup> ist im Hinblick auf erneuerbare Energien durch § 121 Abs. 1a HGO die strenge Subsidiaritätsklausel ausgehebelt worden. Ursprünglich versuchte diese Vorschrift wenigstens noch, die Abkehr vom Subsidiaritätsprinzip zu begrenzen: Indem eine Beteiligung Privater vorgeschrieben und der Beteiligungsanteil der öffentlichen Hand auf maximal 50 % begrenzt wurde, sollte einer vollständigen Verdrängung der privatwirtschaftlichen Marktteilnehmer entgegengewirkt werden. Mit der jüngsten Novelle des hessischen Gemeindefirtschaftsrechts vom Juli 2014 ist aber bedauerlicherweise auch diese Schranke beseitigt worden. So muss für den Bereich der erneuerbaren Energien die vollständige Aushebelung des Subsidiaritätsprinzips bemängelt werden.

Anlass zu Bedenken gibt auch die in § 121 Abs. 2 HGO statuierte, weitgehend mit § 102 Abs. 4 GO BW übereinstimmende pauschale Ausnahme ganzer Wirtschaftszweige aus dem Begriff der „wirtschaftlichen Betätigung“. Diese *Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit* erfasst bedeutende Wirtschaftsbereiche wie das Gesundheits- und Sozialwesen, den Bildungssektor oder Sporteinrichtungen. Auch wenn in diesen Bereichen kommunale Betätigungen oft einen nichtwirtschaftlichen Charakter aufweisen mögen, ist dies

doch keineswegs immer der Fall. Die „wirtschaftliche Betätigung“ sollte daher in jedem Einzelfall geprüft werden.

Uneingeschränkt positiv sind hingegen die verfahrensrechtlichen Anforderungen des hessischen Gemeindefirtschaftsrechts zu beurteilen. § 121 Abs. 6 HGO schreibt ein Vorverfahren vor, in dessen Rahmen eine umfassende Marktanalyse durchzuführen ist und den IHKs und Handwerkskammern Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden muss. Dadurch wird versucht, einen Beitrag zur Versachlichung der Konflikte um kommunale Wirtschaftstätigkeiten zu leisten.

Ausdrücklich zu begrüßen ist auch, dass § 121 Abs. 1 HGO eine *dauerhafte Betätigungskontrolle* vorsieht, die durch § 121 Abs. 7 HGO verfahrensrechtlich abgesichert wird. Demnach müssen die Gemeinden jedenfalls einmal pro Legislaturperiode die Notwendigkeit ihrer bereits vorhandenen wirtschaftlichen Tätigkeiten überprüfen. Diese *regelmäßige Selbstkontrolle* gibt den Gemeinden zumindest die Möglichkeit zur zeitnahen Korrektur kommunalwirtschaftlicher Irrwege.

Ambivalent fällt die Bewertung der Regelung zu *Annexstätigkeiten* in § 121 Abs. 4 HGO aus. Es ist zunächst grundsätzlich zu begrüßen, dass diese Problematik nicht der Rechtsprechung überlassen, sondern einer gesetzlichen Regelung zugeführt wird. Dass die Kommunen angehalten werden, Annexstätigkeiten soweit wie möglich durch private Dritte durchführen zu lassen, ist ebenfalls überzeugend. Problematisch ist aber, dass keine Begrenzung des Umfangs der zulässigen Annexstätigkeiten in der Norm angelegt ist. Annexstätigkeiten müssen aber von untergeordneter Bedeutung gegenüber der Haupttätigkeit sein, da sie sonst ihren Charakter als Nebengeschäft verlieren. Hier wären klarere quantitative Vorgaben zum Umfang der zulässigen Annexstätigkeiten wünschenswert.

Die *Lockerung des Örtlichkeitsprinzips* in § 121 Abs. 4 HGO vermag ebenfalls nicht zu überzeugen. Für diese Vorschrift gilt dasselbe wie für ihre Pendanten in § 102 Abs. 7 GO BW und Art. 87 Abs. 2 BayGO: Das Örtlichkeitsprinzip als verfassungsimmanente Grenze der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG gebietet es, dass sich die Kommunen auf die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft beschränken. Nur nach den strengen Regeln über die kommunale Zusammenarbeit sollten kommunale Unternehmen auf fremden Gemeindegebieten tätig werden dürfen.

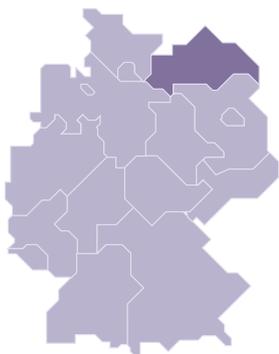
Trotz dieser Einschränkungen kann die hessische Gemeindeordnung im Ergebnis anderen Bundesländern als Vorbild dienen.

<sup>68</sup> VG Frankfurt a.M., Beschl. v. 22.10.2008, Az.: 7 L 2444/08, NVwZ-RR 2009, 396 (397).

<sup>69</sup> Siehe zu den politischen Hintergründen der Gesetzesänderung: D. Rauber, in: Rauber u.a. (Hrsg.), Hessische Gemeindeordnung: Kommentar, 2012, S. 495 f.

## VIII. Mecklenburg-Vorpommern

Landeshauptstadt	Anzahl der Landkreise	Anzahl der Gemeinden
Schwerin	12	818



→ Betätigungskontrolle

→ keine Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit

→ öffentliche Zweckbindung

→ Leistungsfähigkeit / Bedarf

→ einfache Subsidiaritätsklausel

→ Gewinnausschlussklausel

→ Ausnahme vom Örtlichkeitsprinzip

### Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern (KV M-V)

(in der Fassung vom 13.07.2011)

#### Teil 1: Gemeindeordnung

#### Abschnitt 6: Wirtschaftliche Betätigung

#### § 68 Zulässigkeit wirtschaftlicher Unternehmen und Einrichtungen

(1) Als wirtschaftliche Betätigung ist der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte. Als wirtschaftliche Betätigung im Sinne des Satzes 1 gilt auch der Betrieb von Einrichtungen nach Absatz 3.

(2) Unternehmen der Gemeinde sind nur zulässig, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
3. die Gemeinde die Aufgabe ebenso gut und wirtschaftlich wie Dritte erfüllen kann.

Tätigkeiten, mit denen die Gemeinde an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben ganz überwiegend mit dem Ziel der Gewinnerzielung teilnimmt, entsprechen keinem öffentlichen Zweck. Die wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung dient auch bei Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets einem öffentlichen Zweck.

(3) Einrichtungen im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 sind:



1. Einrichtungen, zu deren Betrieb die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,
2. Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der Kunstpflege, der körperlichen Ertüchtigung, der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege sowie öffentliche Einrichtungen ähnlicher Art,
3. Einrichtungen, die ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen und
4. Einrichtungen zur Erzeugung von Energie, insbesondere erneuerbarer Art, soweit diese nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen.

Auch Einrichtungen sind nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu führen.

- (4) Die Gemeinde kann Unternehmen und Einrichtungen außerhalb ihrer allgemeinen Verwaltung, soweit sich aus diesem Gesetz und den hierzu erlassenen Rechtsverordnungen nichts anderes ergibt, in folgenden Organisationsformen betreiben:

1. als Eigenbetrieb,
2. als Kommunalunternehmen,
3. in Organisationsformen des Privatrechts.

Die Errichtung einer Aktiengesellschaft sowie die Umwandlung von bestehenden Unternehmen und Einrichtungen in eine solche sind ausgeschlossen.

- (5) Bankunternehmen darf die Gemeinde nicht betreiben. Für das öffentliche Sparkassenwesen gelten die spezialgesetzlichen Regelungen.
- (6) Bei Unternehmen und Einrichtungen, für die kein Wettbewerb gleichartiger Privatunternehmen besteht, dürfen der Anschluss und die Belieferung nicht davon abhängig gemacht werden, dass auch andere Leistungen oder Lieferungen abgenommen werden.
- (7) Bei der Entscheidung der Gemeindevertretung zur wirtschaftlichen Betätigung im Sinne von § 77 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 sind die Auswirkungen der beabsichtigten wirtschaftlichen Betätigung auf die mittelständische Wirtschaft und auf das Handwerk zu berücksichtigen. Zu diesem Zweck soll den örtlich zuständigen Industrie- und Handelskammern sowie den Handwerkskammern seitens der Gemeinde vor der Entscheidung die Möglichkeit zur schriftlichen Stellungnahme unter Setzung einer Frist von vier Wochen eingeräumt werden.

→ Anhörung örtlicher IHKS und Handwerkskammern



### § 69 Unternehmen und Einrichtungen in Privatrechtsform

(1) Die Gemeinde darf Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts nur errichten, übernehmen, sich daran beteiligen oder auf andere Wirtschaftsbereiche ausdehnen, wenn

bei Unternehmen die Voraussetzungen des § 68 Absatz 2 Satz 1 gegeben sind,

[...].

### § 77 Anzeigepflichten

(1) Entscheidungen der Gemeinde über

1. die Errichtung, Übernahme und wesentliche Erweiterung sowie die Änderung der Organisationsform oder die wesentliche Änderung der Aufgaben gemeindlicher Unternehmen und Einrichtungen,
2. die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung der Gemeinde mit mehr als 20 Prozent an Unternehmen und Einrichtungen,
3. die Auflösung von Eigenbetrieben und Kommunalunternehmen

sind der Rechtsaufsichtsbehörde anzuzeigen. Sie werden wirksam, wenn die Rechtsaufsichtsbehörde die Verletzung von Rechtsvorschriften nicht innerhalb von zwei Monaten nach Eingang der erforderlichen Unterlagen geltend gemacht oder wenn sie vor Ablauf der Frist erklärt hat, dass sie keine Verletzung von Rechtsvorschriften geltend macht. Rechtsgeschäfte auf der Grundlage von Entscheidungen der Gemeinde nach Satz 1 dürfen erst vollzogen werden, wenn das Anzeigeverfahren nach Satz 2 abgeschlossen ist.

(2) Gleiches gilt für Rechtsgeschäfte, die ihrer Art nach geeignet sind, den Einfluss der Gemeinde auf das Unternehmen oder die Einrichtung zu mindern, zu beseitigen oder die Ausübung von Rechten aus einer Beteiligung zu beschränken.

→ Pflicht zur Anzeige bei der  
Aufsichtsbehörde

Die in Mecklenburg-Vorpommern geltenden Vorschriften zur wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen gehen maßgeblich auf die Novellierung der Kommunalverfassung aus dem Jahr 2011 zurück. Diese nahm zahlreiche Anleihen bei den Gemeindeordnungen aus Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen, die zu einer eigenständigen Regelung zusammengefügt wurden. Trotz einiger positiv zu bewertender Elemente vermag der so entstandene Rechtsrahmen im Ergebnis nicht zu überzeugen.

Ausgangspunkt des mecklenburg-vorpommerischen Gemeindefirtschaftsrechts ist die nicht zu beanstandende *Definition der wirtschaftlichen Betätigung*. Im Gegensatz zu den Gemeindeordnungen mehrerer anderer Bundesländer (wie z.B. Hessen) hat sich der mecklenburg-vorpommerische Gesetzgeber von der kritikwürdigen Fiktion nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten gelöst. So wird nach § 68 Abs. 1 Satz 2 KV M-V i.V.m. § 68 Abs. 3 KV M-V auch im Gesundheits- und Sozialwesen, dem Bildungssektor und dem Bereich von Einrichtungen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist, das Vorliegen einer wirtschaftlichen Betätigung nach den allgemeinen Regeln bestimmt. Der Ausgangspunkt des mecklenburg-vorpommerischen Gemeindefirtschaftsrechts ist somit ebenso modern wie überzeugend. Bedauerlicherweise wird das auf diesem Fundament errichtete Rechtsgebäude nicht der dadurch begründeten Erwartungshaltung gerecht.

Im Zentrum der Kritik steht die Subsidiaritätsklausel, die nur eine einfache Ausgestaltung erfahren hat. Damit hat der Landesgesetzgeber ungeachtet der fundierten Kritik der Vertreter der Privatwirtschaft sowie der IHKs und Handwerkskammern an dem bisherigen Wortlaut, der auf eine Novelle aus dem Jahr 1998 zurückgeht, festgehalten.<sup>70</sup> Daher dürfen sich in Mecklenburg-Vorpommern weiterhin Gemeinden schon dann wirtschaftlich betätigen, wenn sie die Leistung genauso wirtschaftlich und gut wie Dritte erbringen können. Diese Formulierung und die darauf bezogene Gesetzesbegründung bringen zudem kein Licht in das Dunkel der Frage nach der drittschützenden Wirkung der Vorschrift. Ausgehend von der Formulierung „wie Dritte“ wird im Schrifttum teilweise eine drittschützende Wirkung bejaht,<sup>71</sup> teilweise wird § 68 Abs. 2 KV M-V aber auch als bloße wertneutrale Ordnungsvorschrift ohne drittschützenden Charakter eingestuft.<sup>72</sup> Im Ergebnis hat der mecklenburg-vorpommerische Gesetzgeber die Entscheidung bei den Verwaltungsgerichten abgeladen.

Diese Haltung zeigt sich auch bei dem bewussten Verzicht auf eine gesetzliche Regelung des Problems der

*Annexstätigkeiten*<sup>73</sup> und auf eine ausdrückliche Regelung der Zulässigkeit überörtlicher Wirtschaftstätigkeiten.<sup>74</sup> Nach § 68 Abs. 2 Satz 3 KV M-V sollen kommunale Betätigungen im Bereich der Strom-, Gas-, und Wasserversorgung außerhalb des Gemeindegebiets ohne weiteres einem öffentlichen Zweck entsprechen. Umgekehrt ist dieser Vorschrift jedoch nicht zu entnehmen, dass andere Betätigungen nur innerhalb des Gemeindegebiets zulässig sind.<sup>75</sup> Damit wird im Ergebnis das *Örtlichkeitsprinzip* teilweise ausgehebelt und teilweise seine Durchsetzung der Rechtsprechung überlassen. Bei zutreffender Betrachtung verlangt das *Örtlichkeitsprinzip* als verfassungsimmanente Grenze der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG, dass sich die Kommunen auf die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft beschränken. Nur nach den strengen Regeln über die kommunale Zusammenarbeit sollten kommunale Unternehmen auf fremden Gemeindegebieten tätig werden dürfen.

Das mecklenburg-vorpommerische Gemeindefirtschaftsrecht enthält aber auch einige positive Aspekte, die freilich die negative Gesamtbewertung nicht entscheidend zu ändern vermögen: So ist positiv hervorzuheben, dass § 68 KV M-V eine *dauerhafte Betätigungskontrolle* vorsieht. Uneingeschränkt zu begrüßen ist auch das in § 68 Abs. 2 Satz 2 KV M-V enthaltene *Verbot ausschließlicher Gewinnerzielung*. Mit Einschränkungen vermögen auch die verfahrensrechtlichen Anforderungen des mecklenburg-vorpommerischen Gemeindefirtschaftsrechts zu überzeugen: Nach § 68 Abs. 7 KV M-V soll den IHKs und Handwerkskammern Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden. Durch dieses Verfahren wird grundsätzlich versucht, einen Beitrag zur Versachlichung der Konflikte um kommunale Wirtschaftstätigkeiten zu leisten. Bedauerlicherweise hat der mecklenburg-vorpommerische Gesetzgeber aus Gründen der „Deregulierung“ jedoch auf die Festschreibung einer Anhörungspflicht verzichtet.

Die mecklenburgischen Vorschriften zur kommunalen Wirtschaftstätigkeit sind durchwachsen. Trotz einiger positiver Ansätze fehlt es an einem klaren Bekenntnis zu einer wettbewerbsfreundlichen Gemeindeordnung.

<sup>70</sup> Siehe hierzu: T. Darsow, in: Darsow u.a. (Hrsg.), *Schweriner Kommentierung der Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern*, 4. Auflage, 2014, S. 393.

<sup>71</sup> M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), *Handbuch Kommunale Unternehmen*, 3. Auflage, 2012, S. 122.

<sup>72</sup> T. Darsow, in: Darsow u.a. (Hrsg.), *Schweriner Kommentierung der Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern*, 4. Auflage, 2014, S. 394.

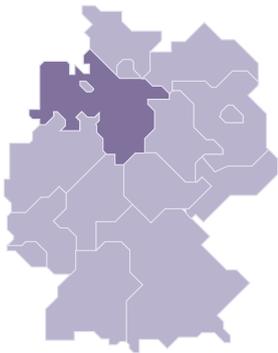
<sup>73</sup> Amtl. Begründung zum Gesetzentwurf, LT-Drs. 5/4173, 146.

<sup>74</sup> Nach Ansicht des mecklenburg-vorpommerischen Gesetzgebers sind Zulässigkeit und Grenzen der überörtlichen Betätigung durch die Rechtsprechung hinreichend klar ausgestaltet: LT-Drs. 5/4173, 147.

<sup>75</sup> So auch: T. Darsow, in: Darsow u.a. (Hrsg.), *Schweriner Kommentierung der Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern*, 4. Auflage, 2014, S. 392. Dies stimmt mit der amtlichen Begründung zum Gesetzentwurf überein: LT-Drs. 5/4173, 147.

## IX. Niedersachsen

Landeshauptstadt	Anzahl der Landkreise	Anzahl der Gemeinden
Hannover	37	804



→ öffentliche Zweckbindung

→ Leistungsfähigkeit / Bedarf

→ strenge Subsidiaritätsklausel mit sektoralen Ausnahmen

→ gesetzliche Verankerung des Drittschutzes

**Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz (NKomVG)**

(vom 17. Dezember 2010, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Oktober 2014)

**Sechster Teil: Gemeindefirtschaft****4. Abschnitt: Unternehmen und Einrichtungen****§ 136 Wirtschaftliche Betätigung**

(1) Die Kommunen dürfen sich zur Erledigung ihrer Angelegenheiten wirtschaftlich betätigen. Sie dürfen Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn und soweit

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
2. die Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Kommunen und zum voraussichtlichen Bedarf stehen und
3. bei einem Tätigwerden außerhalb der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Personennahverkehrs sowie des Betriebes von Telekommunikationsleitungsnetzen einschließlich der Telefondienstleistungen der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Die Beschränkung nach Satz 2 Nr. 3 dient auch dem Schutz privater Dritter, die sich entsprechend wirtschaftlich betätigen oder betätigen wollen.

(2) Unternehmen der Kommunen können geführt werden

1. als Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Eigenbetriebe),
2. als Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, deren sämtliche Anteile den Kommunen gehören (Eigengesellschaften), oder
3. als kommunale Anstalten des öffentlichen Rechts.



(3) Unternehmen im Sinne dieses Abschnitts sind insbesondere nicht

1. Einrichtungen, zu denen die Gemeinden gesetzlich verpflichtet sind,
2. Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, des Sports und der Erholung, des Gesundheits- und Sozialwesens, des Umweltschutzes sowie solche ähnlicher Art und
3. Einrichtungen, die als Hilfsbetriebe ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs der Kommune dienen.

→ sektorale Beschränkung des Anwendungsbereichs

(4) Abweichend von Absatz 3 können Einrichtungen der Abwasserbeseitigung und der Straßenreinigung sowie Einrichtungen, die aufgrund gesetzlich vorgesehenen Anschluss- und Benutzungszwangs, gesetzlicher Überlassungspflichten oder gesetzlicher Andienungsrechte Abfälle entsorgen, als Eigenbetriebe oder kommunale Anstalten des öffentlichen Rechts geführt werden. Diese Einrichtungen können in einer Rechtsform des privaten Rechts geführt werden, wenn die Kommune allein oder zusammen mit anderen Kommunen oder Zweckverbänden über die Mehrheit der Anteile verfügt. Andere Einrichtungen nach Absatz 3 können als Eigenbetriebe oder kommunale Anstalten des öffentlichen Rechts geführt werden, wenn ein wichtiges Interesse daran besteht. Diese Einrichtungen dürfen in einer Rechtsform des privaten Rechts geführt werden, wenn ein wichtiges Interesse der Kommune daran besteht und wenn in einem Bericht zur Vorbereitung des Beschlusses der Vertretung (§ 58 Abs. 1 Nr. 11) unter umfassender Abwägung der Vor- und Nachteile dargelegt wird, dass die Aufgabe im Vergleich zu den zulässigen Organisationsformen des öffentlichen Rechts wirtschaftlicher durchgeführt werden kann. In den Fällen der Sätze 2 und 4 ist § 137 mit Ausnahme des Absatzes 1 Nr. 1 entsprechend anzuwenden.

(5) Bankunternehmen dürfen die Kommunen nicht errichten. Für das öffentliche Sparkassenwesen bleibt es bei den besonderen Vorschriften.

### § 137 Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts

(1) Die Kommunen dürfen Unternehmen im Sinne von § 136 in einer Rechtsform des privaten Rechts nur führen oder sich daran beteiligen, wenn

→ Beteiligungskontrolle

1. die Voraussetzungen des § 136 Abs. 1 erfüllt sind,

[...].



→ permanente Berichtspflicht

### § 151 Beteiligungsbericht

(1) Die Kommune hat einen Bericht über ihre Unternehmen und Einrichtungen in der Rechtsform des privaten Rechts und über ihre Beteiligungen daran sowie über ihre kommunalen Anstalten (Beteiligungsbericht) zu erstellen und jährlich fortzuschreiben. Der Beteiligungsbericht enthält insbesondere Angaben über

1. den Gegenstand des Unternehmens oder der Einrichtung, die Beteiligungsverhältnisse, die Besetzung der Organe und die von dem Unternehmen oder der Einrichtung gehaltenen Beteiligungen,
2. den Stand der Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch das Unternehmen oder die Einrichtung,
3. die Grundzüge des Geschäftsverlaufs, die Lage des Unternehmens oder der Einrichtung, die Kapitalzuführungen und -entnahmen durch die Kommune und die Auswirkungen auf die Haushalts- und Finanzwirtschaft sowie
4. das Vorliegen der Voraussetzungen des § 136 Abs. 1 für das Unternehmen.

Die Einsicht in den Beteiligungsbericht ist jedermann gestattet. Wird der Beteiligungsbericht durch den konsolidierten Gesamtabschluss nach § 128 Abs. 6 Satz 4 ersetzt, so ist die Einsichtnahme nach Satz 3 auch hierfür sicherzustellen. Auf die Möglichkeit zur Einsichtnahme ist in geeigneter Weise öffentlich hinzuweisen.

### § 152 Anzeige und Genehmigung

(1) Folgende Entscheidungen der Kommune sind der Kommunalaufsichtsbehörde unverzüglich schriftlich anzuzeigen:

1. Entscheidungen über die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung von Unternehmen und Einrichtungen in der Rechtsform des Eigenbetriebs oder einer Eigengesellschaft (§§ 136, 137 Abs. 1),
2. Entscheidungen über die Beteiligung an Unternehmen und Einrichtungen in der Rechtsform des privaten Rechts ( § 136 Abs. 4, § 137 Abs. 1),

[...]

→ Pflicht zur Anzeige bei der Aufsichtsbehörde

In Niedersachsen hat das Gemeindefirtschaftsrecht in jüngerer Zeit wiederholte Änderungen erfahren. Die Gesetzesänderungen vom 1.1.2006 und vom 1.11.2011 hatten insbesondere die Subsidiaritätsklausel zum Gegenstand. Die

so entstandene Regelung weist einige wettbewerbsfreundliche Elemente auf, kann aber nicht uneingeschränkt positiv bewertet werden.

Die Entwicklung der Subsidiaritätsklausel hat in den letzten Jahren in die richtige Richtung gewiesen, wird aber durch weitreichende Ausnahmeregelungen teilweise konterkariert. Ursprünglich verfügte Niedersachsen nur über eine einfache Subsidiaritätsklausel, nach der die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden erst dann unzulässig war, wenn ein anderer den öffentlichen Zweck besser und wirtschaftlicher erfüllte. Mit dem am 1.1.2006 in Kraft getretenen „Gesetz zur Neuordnung des Gemeindehaushaltsrechts und zur Änderung der gemeindefirtschaftsrechtlichen Vorschriften“ hat sich der niedersächsische Landesgesetzgeber dafür entschlossen, eine echte Subsidiaritätsklausel einzuführen. Nunmehr ist die kommunale Betätigung schon dann unzulässig, wenn der Zweck ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Diese sehr zu befürwortende Entwicklung des niedersächsischen Gemeindefirtschaftsrechts erfuhr jedoch einen Rückschlag durch die Rechtsprechung des OVG Lüneburg, die entgegen dem Trend in den meisten anderen Bundesländern der Subsidiaritätsklausel keine drittschützende Wirkung zuerkannte.<sup>76</sup> Der niedersächsische Gesetzgeber hat diese anachronistisch anmutende Rechtsprechung durch einen Federstrich in Form des § 136 Abs. 1 S. 3 NKomVG Makulatur werden lassen: Der Kampf um den Drittschutz der Subsidiaritätsklausel hat somit in Niedersachsen zu einem aus Sicht der Privatwirtschaft erfreulichen Ende geführt.

Bedauerlicherweise sind die Erfolge bei der Verschärfung der Subsidiaritätsklausel und ihrer drittschützenden Wirkung aber um den Preis sektoraler Ausnahmeregelungen errungen worden. So werden die Energie- und Wasserversorgung sowie der öffentliche Personennahverkehr und Telekommunikationsdienstleistungen von der Anwendung der Subsidiaritätsklausel ausgeklammert. Nach dem Willen des niedersächsischen Gesetzgebers sollte dadurch die Tätigkeit der Kommunen im Bereich der Daseinsvorsorge privilegiert werden.<sup>77</sup> Als problematisch erweist sich diese Privilegierung auch deshalb, weil der Drittschutz ausdrücklich auf die Subsidiaritätsklausel beschränkt worden ist: Private Konkurrenten können sich also vor Gericht nicht mit Aussicht auf Erfolg darauf berufen, dass die

kommunalen Betätigungen in den Ausnahmesektoren keinem öffentlichen Zweck dienen.<sup>78</sup>

Zu kritisieren ist darüber hinaus die in § 136 Abs. 3 NKomVG statuierte *pauschale Ausnahme ganzer Wirtschaftszweige* aus dem Anwendungsbereich des Gemeindefirtschaftsrechts. Diese Ausnahme hat dieselbe Wirkung wie die Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit, die sich in einigen anderen Gemeindeordnungen (z.B. § 102 Abs. 4 GO BW) findet. Sie erfasst bedeutende Wirtschaftsbereiche wie das Gesundheits- und Sozialwesen, den Bildungssektor und die – wie auch immer abzugrenzende – „Umweltschutzbranche“. Auch wenn in diesen Bereichen kommunale Betätigungen im Einzelfall einen nichtwirtschaftlichen Charakter aufweisen mögen, ist dies doch keineswegs immer der Fall. Die pauschale Ausnahme ganzer Wirtschaftszweige ist daher nicht überzeugend.

Ansonsten fällt das niedersächsische Gemeindefirtschaftsrecht durch eine große *Zurückhaltung bei der Regelung aktueller Streitfragen* auf. Regelungen zu dem Problem der Annexstätigkeiten und der Nutzung freier Kapazitäten und zu der Zulässigkeit überörtlicher Betätigungen sucht man vergebens. Allerdings darf aus dem Wegfall der früher in § 108 Abs. 1 Satz 1 NGO enthaltenen Beschränkung auf „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ nicht gefolgert werden, dass Niedersachsen nunmehr schrankenlos überörtliche kommunale Wirtschaftstätigkeiten legitimieren wollte.<sup>79</sup> Denn der niedersächsische Gesetzgeber beabsichtigte offensichtlich keine inhaltliche Änderung.<sup>80</sup> Eine klarere Positionierung des Gesetzgebers (im Sinne einer strikten Beachtung des Örtlichkeitsprinzips) wäre aber vorzuzugewürdigt, da ansonsten die Klärung vieler Streitfragen den Verwaltungsgerichten aufgebürdet wird.

Wünschenswert wäre schließlich entsprechend dem Vorbild anderer Bundesländer auch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 136 NKomVG im Sinne einer *dauerhaften Betätigungskontrolle* der Gemeinden. Die Pflicht zur permanenten Erstellung öffentlich einsehbarer *Beteiligungsberichte* stellt aber einen begrüßenswerten ersten Schritt in Richtung einer echten Betätigungskontrolle dar.

<sup>76</sup> Die drittschützende Wirkung der Subsidiaritätsklausel in § 108 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 NdsGO i.d.F. des Gesetzes vom 15.11.2005 (NdsGVBl 205, 342) offen lassend: OVG Nds., Beschl. v. 14.8.2008, Az.: 10 ME 280/08, in: NVwZ 2009, 258.

<sup>77</sup> LT-Drs. 16/3110, S. 106 und LT-Drs. 16/3147, S. 22.

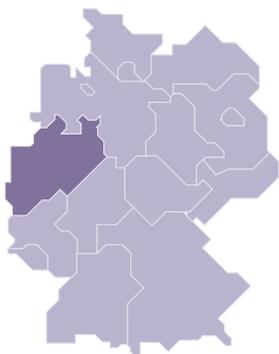
<sup>78</sup> H. Freese, in: Blum u.a. (Hrsg.), Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz: Kommentar, 3. Auflage, 2014, S. 693.

<sup>79</sup> J. Seybold/W. Neumann/F. Weidner, Niedersächsisches Kommunalrecht, 3. Auflage, 2013, S. 75.

<sup>80</sup> LT-Drs. 16/3147, S. 22. Siehe hierzu auch: H. Freese, in: Blum u.a. (Hrsg.), Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz: Kommentar, 3. Auflage, 2014, S. 690 f.

## X. Nordrhein-Westfalen

Landeshauptstadt	Anzahl der Landkreise	Anzahl der Gemeinden
Düsseldorf	31	396



→ Betätigungskontrolle

→ öffentliche Zweckbindung

→ Leistungsfähigkeit / Bedarf

→ einfache Subsidiaritätsklausel mit sektoraler Ausnahme

→ Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit

### Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW)

(in der Fassung vom 14. Juli 1994, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. Dezember 2013)

#### 11. Teil

#### Wirtschaftliche Betätigung und nichtwirtschaftliche Betätigung

##### § 107 Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung

(1) Die Gemeinde darf sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen, wenn

1. ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert,
2. die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht und
3. bei einem Tätigwerden außerhalb der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs sowie des Betriebes von Telekommunikationsnetzen einschließlich der Telekommunikationsdienstleistungen der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann.

Das Betreiben eines Telekommunikationsnetzes umfasst nicht den Vertrieb und/oder die Installation von Endgeräten von Telekommunikationsanlagen. Als wirtschaftliche Betätigung ist der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte.

(2) Als wirtschaftliche Betätigung im Sinne dieses Abschnitts gilt nicht der Betrieb von

1. Einrichtungen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,
2. öffentlichen Einrichtungen, die für die soziale und kulturelle Betreuung der Einwohner erforderlich sind, insbesondere Einrichtungen auf den Gebieten



- Erziehung, Bildung oder Kultur (Schulen, Volkshochschulen, Tageseinrichtungen für Kinder und sonstige Einrichtungen der Jugendhilfe, Bibliotheken, Museen, Ausstellungen, Opern, Theater, Kinos, Bühnen, Orchester, Stadthallen, Begegnungsstätten),
  - Sport oder Erholung (Sportanlagen, zoologische und botanische Gärten, Wald-, Park- und Gartenanlagen, Herbergen, Erholungsheime, Bäder, Einrichtungen zur Veranstaltung von Volksfesten),
  - Gesundheits- oder Sozialwesen (Krankenhäuser, Bestattungseinrichtungen, Sanatorien, Kurparks, Senioren- und Behindertenheime, Frauenhäuser, soziale und medizinische Beratungsstellen),
3. Einrichtungen, die der Straßenreinigung, der Wirtschaftsförderung, der Fremdenverkehrsförderung oder der Wohnraumversorgung dienen,
  4. Einrichtungen des Umweltschutzes, insbesondere der Abfallentsorgung oder Abwasserbeseitigung sowie des Messe- und Ausstellungswesens,
  5. Einrichtungen, die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs von Gemeinden und Gemeindeverbänden dienen.

Auch diese Einrichtungen sind, soweit es mit ihrem öffentlichen Zweck vereinbar ist, nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten und können entsprechend den Vorschriften über die Eigenbetriebe geführt werden. Das für Inneres zuständige Ministerium kann durch Rechtsverordnung bestimmen, dass Einrichtungen, die nach Art und Umfang eine selbständige Betriebsführung erfordern, ganz oder teilweise nach den für die Eigenbetriebe geltenden Vorschriften zu führen sind; hierbei können auch Regelungen getroffen werden, die von einzelnen der für die Eigenbetriebe geltenden Vorschriften abweichen.

- (3) Die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets ist nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung auf ausländischen Märkten ist nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 vorliegen. Die Aufnahme einer solchen Betätigung bedarf der Genehmigung.
- (4) Die nichtwirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets ist nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Diese Voraussetzungen gelten bei in den Krankenhausplan des Landes aufgenommenen Krankenhäusern als erfüllt. Die Aufnahme einer

→ Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip für wirtschaftliche Betätigungen

→ Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip für nichtwirtschaftliche Betätigungen



nichtwirtschaftlichen Betätigung auf ausländischen Märkten ist nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 vorliegen. Die Aufnahme einer solchen Betätigung bedarf der Genehmigung.

→ Pflicht zur Marktanalyse

(5) Vor der Entscheidung über die Gründung von bzw. die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 ist der Rat auf der Grundlage einer Marktanalyse über die Chancen und Risiken des beabsichtigten wirtschaftlichen Engagements und über die Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft zu unterrichten. Den örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel und der für die Beschäftigten der jeweiligen Branche handelnden Gewerkschaften ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Marktanalysen zu geben.

→ Anhörungspflicht örtlicher IHKs und Handwerkskammern

(6) Bankunternehmen darf die Gemeinde nicht errichten, übernehmen oder betreiben.

(7) Für das öffentliche Sparkassenwesen gelten die dafür erlassenen besonderen Vorschriften.

→ vereinfachte Voraussetzungen für die energiewirtschaftliche Betätigung

#### **§ 107a Zulässigkeit energiewirtschaftlicher Betätigung**

(1) Die wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung dient einem öffentlichen Zweck und ist zulässig, wenn sie nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht.

(2) Mit den Bereichen Strom-, Gas- und Wärmeversorgung unmittelbar verbundene Dienstleistungen sind zulässig, wenn sie den Hauptzweck fördern. Die Gemeinde stellt sicher, dass bei der Erbringung dieser Dienstleistungen die Belange kleinerer Unternehmen, insbesondere des Handwerks, berücksichtigt werden.

(3) Die Aufnahme einer überörtlichen energiewirtschaftlichen Betätigung ist zulässig, wenn die Voraussetzung des Absatzes 1 vorliegt und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Bei der Versorgung mit Strom und Gas gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach den Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen. Die Aufnahme einer energiewirtschaftlichen Betätigung auf ausländischen Märkten ist zulässig, wenn die Voraussetzung des Absatzes 1 vorliegt. Die Aufnahme einer solchen Betätigung bedarf der Genehmigung.

(4) Vor der Entscheidung über die Gründung von bzw. die unmittelbare Beteiligung an Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 ist der Rat über die Chancen und Risiken des beabsichtigten wirtschaftlichen



Engagements zu unterrichten. Den örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel und der für die Beschäftigten der jeweiligen Branche handelnden Gewerkschaften ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, sofern die Entscheidung die Erbringung verbundener Dienstleistungen betrifft.

### § 108 Unternehmen und Einrichtungen des privaten Rechts

(1) Die Gemeinde darf Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts nur gründen oder sich daran beteiligen, wenn

1. bei Unternehmen (§ 107 Abs. 1) die Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 Satz 1 gegeben sind und bei Unternehmen im Bereich der energiewirtschaftlichen Betätigung die Voraussetzung des § 107 a Abs. 1 gegeben ist,

2. bei Einrichtungen (§ 107 Abs. 2) ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Gründung oder der Beteiligung vorliegt,

[...].

### § 115 Anzeige

(1) Entscheidungen der Gemeinde über

a) die Gründung oder wesentliche Erweiterung einer Gesellschaft oder eine wesentliche Änderung des Gesellschaftszwecks oder sonstiger wesentlicher Änderungen des Gesellschaftsvertrages,

b) die Beteiligung an einer Gesellschaft oder die Änderung der Beteiligung an einer Gesellschaft,

c) die gänzliche oder teilweise Veräußerung einer Gesellschaft oder der Beteiligung an einer Gesellschaft,

d) die Errichtung, die Übernahme oder die wesentliche Erweiterung eines Unternehmens, die Änderung der bisherigen Rechtsform oder eine wesentliche Änderung des Zwecks,

[...]

sind der Aufsichtsbehörde unverzüglich, spätestens sechs Wochen vor Beginn des Vollzugs, schriftlich anzuzeigen. Aus der Anzeige muss zu ersehen sein, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Aufsichtsbehörde kann im Einzelfall aus besonderem Grund die Frist verkürzen oder verlängern.

[...]

→ Anhörungspflicht örtlicher IHKs und Handwerkskammern

→ Beteiligungskontrolle

→ Pflicht zur Anzeige bei der Aufsichtsbehörde

Das nordrhein-westfälische Gemeindefirtschaftsrecht war in den vergangenen Jahren Gegenstand eines wechselvollen politischen Tauziehens. Zunächst wurde durch die Kommunalverfassungsreform aus dem Jahr 1994 das Gemeindefirtschaftsrecht in einem eigenen Abschnitt zusammengefasst. Inhaltlich strebte die Reform an, die Handlungsfreiheit der Kommunen ohne Rücksicht auf die Belange der Privatwirtschaft so weit wie möglich zu vergrößern: so wurde insbesondere die seit jeher in Nordrhein-Westfalen bestehende Subsidiaritätsklausel ersatzlos gestrichen.<sup>81</sup> Durch das „1. Modernisierungsgesetz“ aus dem Jahr 1999 wurde § 107 GO NRW völlig neugefasst. Unter anderem wurde die Subsidiaritätsklausel wieder eingeführt, wenn auch mit zahlreichen Durchbrechungen. Nach dem Regierungswechsel im Jahr 2005 wurde dann durch das „Gesetz zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung“ vom 20.9.2007 das Ziel einer „stärkere(n) Betonung eines Vorrangs der privaten Leistungserbringung bei gleichzeitiger Konzentration auf die Kernaufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge“ verfolgt. Diese zu befürwortende Zielsetzung fand ihren Niederschlag in einer doppelten Verschärfung der Vorgaben des § 107 GO NRW: Zum einen musste die wirtschaftliche Betätigung durch einen *dringenden* öffentlichen Zweck *erfordert* sein und zum anderen war erforderlich, dass dieser Zweck nicht durch andere Unternehmen „*ebenso gut und wirtschaftlich*“ erfüllt werden kann. Damit hatte Nordrhein-Westfalen eine geradezu vorbildliche Regelung geschaffen. Nach dem Regierungswechsel im Jahr 2010 wurden von der neuen Regierung die Änderungen des § 107 GO NRW durch das „Gesetz zur Revitalisierung des Gemeindefirtschaftsrechts“ jedoch wieder umgehend rückgängig gemacht. Durch mannigfaltige Ausnahmen, die den Wünschen der Kommunalwirtschaft Rechnung tragen sollten, wurde das Gemeindefirtschaftsrecht zudem immer weiter ausgehöhlt. Nachdem so die einstige ordnungspolitische Bastion des § 107 GO NRW bis auf ihre Grundmauern geschliffen worden ist, kann der übriggebliebene traurige Rest des Regelungsrahmens nur noch in aller Schärfe kritisiert werden.

Die Grundstruktur des nordrhein-westfälischen Rechtsrahmens besteht in einer Dreiteilung zwischen wirtschaftlicher, nichtwirtschaftlicher und

energiewirtschaftlicher Betätigung der Kommunen. Bereits diese Grundstruktur vermag nicht zu überzeugen. Die in § 107 Abs. 2 GO NRW statuierte pauschale Ausnahme ganzer Wirtschaftszweige aus dem Begriff der „wirtschaftlichen Betätigung“ erfasst bedeutende Wirtschaftsbereiche wie das Bildungswesen, das Gesundheits- und Sozialwesen und die Abfallentsorgung. Gerade in Nordrhein-Westfalen ist die Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit den Wünschen der kommunalen Unternehmen folgend im Laufe der Zeit immer weiter und immer beliebiger ausgedehnt worden. So ist nicht nachvollziehbar, warum der Betrieb von Kinos, Herbergen oder Abfallentsorgungseinrichtungen „nichtwirtschaftlich“ sein soll. In diesen Branchen betätigen sich zahlreiche private Konkurrenten und die kommunalen Unternehmen erzielen (z.B. in der Abfallwirtschaft) erhebliche Gewinne. Das Vorliegen einer „nichtwirtschaftlichen Betätigung“ sollte daher im Einzelfall zu prüfen sein.

Die gesonderte Regelung der energiewirtschaftlichen Betätigung in § 107a GO NRW, die sich an § 116 Abs. 2 der Gemeindeordnung Sachsen-Anhalt anlehnt, ist einer der ordnungspolitischen Sündenfälle, die das „Gesetz zur Revitalisierung des Gemeindefirtschaftsrechts“ im Jahr 2010 mit sich gebracht hat. In diesem Bereich ist die Kommunalwirtschaft von allen gemeindefirtschaftsrechtlichen Fesseln befreit worden, um eine Durchbrechung der Marktmacht der großen privaten Energieerzeugungsunternehmen zu erreichen. So wird in der Energiewirtschaft pauschal die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks angenommen, auf jede Subsidiaritätsklausel verzichtet, das Örtlichkeitsprinzip aufgegeben, Annextätigkeiten in weitem Umfang zugelassen und auf das Erfordernis einer Marktanalyse verzichtet. Im Rahmen der Energiewirtschaft folgt Nordrhein-Westfalen somit eindeutig dem Motto: „Staat statt Privat“.

Auch die Rechtsprechung des OVG Münster hat dazu beigetragen, den Anwendungsbereich der wirtschaftlichen Betätigung zu verkleinern. Nach der verfehlten Auffassung des OVG Münster sind wirtschaftliche Betätigungen „betriebs- und nicht handlungsbezogen“.<sup>82</sup> Für sich genommen seien wirtschaftliche Annextätigkeiten zu einer nichtwirtschaftlichen Haupttätigkeit daher nichtwirtschaftliche Betätigungen. Im Ergebnis werden so die Grenzen der Annextätigkeiten (insbesondere:

<sup>81</sup> Siehe zur Reformgeschichte des 11. Teils der GO NW: F. W. Held, in: Held/Winkel (Hrsg.), Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen: Kommentar, 3. Auflage, 2014, S. 515 f. (mit zahlreichen weiterführenden Nachweisen). Vergleiche auch: J. Dietlein/M. Burgi/J. Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 4. Auflage, 2011, S. 258 f.; M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 71.

<sup>82</sup> OVG NRW, Beschl. v. 13.8.2003, Az.: 15 B 1137/03, in: NVwZ 2003, 1520 (1522).

untergeordnete Bedeutung, vorübergehende Natur) einer konkreten Überprüfung entzogen.<sup>83</sup> Die GO NRW hat darauf verzichtet, diese Rechtsprechung des OVG Münster durch eine gesetzliche Regelung in überzeugendere Bahnen zu lenken.

Nur in dem überschaubaren Restbereich der wirtschaftlichen Betätigung kommt die Subsidiaritätsklausel, die das Epizentrum der nordrhein-westfälischen Reformen des Gemeindefirtschaftsrechts bildete, überhaupt zum Tragen. Durch ihre nunmehr nur noch einfache Ausgestaltung kommt ihr heute nicht mehr eine durchgreifende Steuerungskraft zu. Um auch noch letzte Zweifel an der Wirkungslosigkeit der Klausel zu beseitigen, hat der nordrhein-westfälische Gesetzgeber weitere Wirtschaftsbereiche ihrem Anwendungsbereich entzogen: Die Wasserversorgung, der öffentliche Verkehr und der Betrieb von Telekommunikationsleitungsnetzen wurden durch § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NRW ausgeklammert. So ist die nordrhein-westfälische Subsidiaritätsklausel zu einem Papiertiger mutiert.

Angesichts dieses Befundes ist es nur ein geringer Trost, dass das OVG Münster schon frühzeitig § 107 GO NRW eine drittschützende Wirkung zuerkannt hat.<sup>84</sup> Dabei ist darauf hinzuweisen, dass das OVG Münster einen

Sonderweg beschritten hat, indem es im Gegensatz zu der in allen anderen Bundesländern geführten Diskussion den Drittschutz nicht aus der Subsidiaritätsklausel, sondern aus dem in § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO NRW statuierten öffentlichen Zweck hergeleitet hat.

Die *Durchbrechungen des Örtlichkeitsprinzips* in § 107 Abs. 3 und 4 GO NRW runden das düstere Bild ab. Für diese Vorschriften gilt wie für ihre Pendanten in anderen Bundesländern: Das Örtlichkeitsprinzip als verfassungsimmanente Grenze der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG gebietet es, dass sich die Kommunen auf die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft beschränken. Nur nach den strengen Regeln über die kommunale Zusammenarbeit sollten kommunale Unternehmen auf fremden Gemeindegebieten tätig werden dürfen. Die nordrhein-westfälischen Regelungen gehen jedoch weit darüber hinaus.

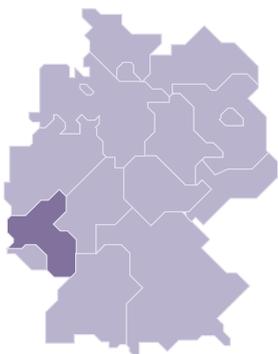
Die aus besseren Tagen überkommenen Regelungen zur *Marktanalyse* und zur *Pflicht der Anhörung örtlicher IHKs und Handwerkskammern* (§ 107 Abs. 5 GO NRW) sowie die permanente *Betätigungskontrolle* (§ 107 Abs. 1 GO NRW) sind zwar positiv zu bewerten, fallen insgesamt aber kaum noch nennenswert ins Gewicht.

<sup>83</sup> Zur Kritik an der Rechtsprechung des OVG Münster zu Annex Tätigkeiten siehe: F. W. Held, in: Held/Winkel (Hrsg.), Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen: Kommentar, 3. Auflage, 2014, S. 547 ff.

<sup>84</sup> OVG NRW, Beschl. v. 13.8.2003, Az.: 15 B 1137/03, in: NVwZ 2003, 1520 ff.

## XI. Rheinland-Pfalz

Landeshauptstadt	Anzahl der Landkreise	Anzahl der Gemeinden
Mainz	24	2.306



- keine Betätigungskontrolle
- öffentliche Zweckbindung
- Leistungsfähigkeit / Bedarf
- strenge Subsidiaritätsklausel mit sektoraler Ausnahme
- vereinfachte Voraussetzungen für die energiewirtschaftliche Betätigung

### Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz (GemO Rh.-Pf.)

(in der Fassung vom 31. Januar 1994, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19. August 2014)

#### 5. Kapitel: Gemeindefirtschaft

#### 3. Abschnitt: Wirtschaftliche Betätigung und privatrechtliche Beteiligung der Gemeinde

##### § 85 Grundsätze

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

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und dem voraussichtlichen Bedarf steht und
3. bei einem Tätigwerden außerhalb der Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wärme (Energieversorgung), der Versorgung mit Wasser, der Versorgung mit Breitbandtelekommunikation und des öffentlichen Personennahverkehrs der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung eines wirtschaftlichen Unternehmens im Bereich Energieversorgung wird stets durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt und ist abweichend von Satz 1 Nr. 2 zulässig, wenn das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht. Satz 2 gilt nicht für die künftige Beteiligung eines wirtschaftlichen Unternehmens der Gemeinde an Anlagen zur Energieerzeugung aus fossilen Energieträgern und Kernbrennstoffen. Davon ausgenommen sind erdgasbasierte Kraftwerke als hocheffiziente GuD-Anlagen, im Rahmen der Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) oder als Erzeuger von Regel- und Ausgleichsenergie für einen stabilen Betrieb des elektrischen Netzes.



(2) Die Betätigung eines wirtschaftlichen Unternehmens der Gemeinde außerhalb des Gemeindegebiets ist zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die berechtigten Interessen aller hiervon unmittelbar betroffenen Gemeinden gewahrt sind. Bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas gelten ausschließlich die Interessen als berechtigt, die nach den Bestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen.

→ Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip

(2a) Die Beteiligung eines wirtschaftlichen Unternehmens der Gemeinde an Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien, die außerhalb der Bundesrepublik Deutschland errichtet werden oder bestehen, bedarf der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Sie ist zulässig, wenn ein öffentlicher Zweck die Beteiligung rechtfertigt und sie in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht.

(3) Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde sind so zu führen, dass der öffentliche Zweck erfüllt wird; sie sollen einen Überschuss für den Haushalt der Gemeinde abwerfen, soweit dies mit der Erfüllung des öffentlichen Zwecks in Einklang zu bringen ist. Die Erträge jedes Unternehmens sollen mindestens so hoch sein, dass

→ Gewinnerzielungsklausel

1. alle Aufwendungen und kalkulatorischen Kosten gedeckt werden,
2. die Zuführungen zum Eigenkapital (Rücklagen) ermöglicht werden, die zur Erhaltung des Vermögens des Unternehmens sowie zu seiner technischen und wirtschaftlichen Fortentwicklung notwendig sind, und
3. eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erzielt wird.

Zu den Aufwendungen im Sinne des Satzes 2 Nr. 1 gehören auch die Steuern, die Konzessionsabgaben und die Zinsen für Fremdkapital. Lieferungen und Leistungen von anderen Unternehmen und Verwaltungszweigen der Gemeinde an das Unternehmen sowie Lieferungen und Leistungen des Unternehmens an andere Unternehmen und Verwaltungszweige der Gemeinde sind angemessen zu vergüten.

(4) Wirtschaftliche Unternehmen im Sinne der Absätze 1 bis 3 sind nicht Einrichtungen, die überwiegend folgenden Zwecken zu dienen bestimmt sind:

→ Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit

1. Erziehung, Bildung und Kultur,
2. Sport und Erholung,
3. Sozial- und Jugendhilfe,



4. Gesundheitswesen,
5. Umweltschutz,
6. Wohnungswesen und Stadtentwicklung sowie
7. Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde.

Auch diese Einrichtungen sind, soweit es mit ihrem öffentlichen Zweck vereinbar ist, nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten.

- (5) Bankunternehmen darf die Gemeinde nicht errichten. Für öffentliche Sparkassen gilt das Sparkassengesetz.
- (6) Die Gemeinde kann durch Satzung, die der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedarf, juristischen Personen des Privatrechts, an denen ausschließlich sie und andere kommunale Körperschaften beteiligt sind, das Recht verleihen, bei der Erfüllung von einzelnen Selbstverwaltungsaufgaben an ihrer Stelle tätig zu werden, wenn Gründe des Gemeinwohls nicht entgegenstehen. Der Beliehene ist insoweit anstelle der Gemeinde Behörde im Sinne des § 2 des Landesverwaltungsverfahrensgesetzes. Er hat das Recht, auf Grund von Satzungen der Gemeinde Verwaltungsakte zu erlassen, insbesondere auch den

Anschluss- und Benutzungszwang durchzusetzen, sowie öffentlich-rechtliche Entgelte zu erheben. Bei Erlass von Verwaltungsakten ist auf die Rechtsverleihung besonders hinzuweisen. Der Hinweis darauf im ersten Bescheid genügt. Über den Widerspruch gegen einen Verwaltungsakt des Beliehenen entscheidet der Kreisrechtsausschuss, sofern die beliehende Gemeinde eine kreisfreie oder große kreisangehörige Stadt ist, der Stadtrechtsausschuss. Auf den Beliehenen finden die Bestimmungen des 6. Kapitels über die Staatsaufsicht entsprechende Anwendung. Das fachlich zuständige Ministerium kann darüber hinaus, wenn Gründe des Gemeinwohls nicht entgegenstehen, juristischen Personen des Privatrechts, die in ausschließlicher Trägerschaft von kommunalen Spitzenverbänden stehen, das Recht verleihen, bei der Wahrnehmung von Aufgaben der kommunalen Datenverarbeitung anstelle der Gemeinden tätig zu werden, die hierzu ihr Einvernehmen erteilen.

- (7) Bei wirtschaftlichen Unternehmen und Einrichtungen, für die kein Wettbewerb gleichartiger Privatunternehmen besteht, dürfen der Anschluss und die Belieferung nicht davon abhängig gemacht werden, dass auch andere Leistungen oder Lieferungen abgenommen werden.

Auch das rheinland-pfälzische Gemeindefirtschaftsrecht ist in den vergangenen Jahren wiederholt überarbeitet worden. Es stellte ursprünglich einen relativ wettbewerbsfreundlichen Rechtsrahmen dar, der aber in jüngster Zeit durch eine wachsende Zahl von Ausnahmen verwässert worden ist und auf die Regelung wichtiger Problemfelder gänzlich verzichtet.

Positiv hervorzuheben ist zunächst die *strenge Ausgestaltung der Subsidiaritätsklausel*, die auf eine Gesetzesänderung aus dem Jahr 1998 zurückgeht. Damit war Rheinland-Pfalz einer der Vorreiter der Entwicklung zu einem modernen, wettbewerbsfreundlichen Gemeindefirtschaftsrecht. Die Entwicklung traf jedoch auf erheblichen Widerstand der Kommunalwirtschaft, die im Hinblick auf die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG eine strenge Subsidiaritätsklausel für verfassungswidrig erachtete. Diese verfassungsrechtlichen Bedenken wurden im Jahr 2000 von dem

rheinland-pfälzischen Verfassungsgerichtshof zurückgewiesen.<sup>85</sup> Damit war zum einen der Weg für den in vielen Bundesländern zu beobachtenden Trend zur Verschärfung der Subsidiaritätsklausel geebnet. Zum anderen hat der rheinland-pfälzische VerfGH im Zuge dieses Verfahrens auch erstmals den gemeindefirtschaftsrechtlichen Vorschriften *Schutznormcharakter* zugebilligt und damit eine neue verwaltungsprozessuale Entwicklung eingeleitet.

Nach der Meilenstein-Entscheidung des rheinland-pfälzischen VerfGH aus dem Jahr 2000 hat sich das rheinland-pfälzische Gemeindefirtschaftsrecht aber eher retrograd entwickelt. Im Jahr 2009 wurden zunächst die *Energie- und Wasserversorgung sowie der öffentliche Personennahverkehr* vom Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel ausgenommen. Im Jahr

<sup>85</sup> VerfGH Rh.-Pf., Urt. v. 28.3.2000, Az.: VGH N 12/98, in: DVBl 2000, 992.

2013 wurde auch die *Versorgung mit Breitbandtelekommunikation* entsprechend privilegiert. Mit der jüngsten Gesetzesänderung von 2013 hat Rheinland-Pfalz durch die Einfügung des neuen § 85 Abs. 1 Satz 2 und 3 GemO Rh.-Pf. sich dem Trend anderer Bundesländer angeschlossen und im Bereich der *Energieversorgung aus erneuerbaren Energien* die gemeindefirtschaftsrechtlichen Schranken weitgehend abgebaut. Diese Entwicklung geht soweit, dass § 85 Abs. 2a GemO Rh.-Pf. nunmehr auch ein internationales Engagement kommunaler Erzeuger erneuerbarer Energien toleriert.

Die in § 85 Abs. 4 GemO Rh.-Pf. normierte Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit nimmt zudem ganze Wirtschaftsbereiche pauschal von den Schranken des Gemeindefirtschaftsrechts aus. Für so bedeutende Wirtschaftsbereiche wie das Gesundheits- und Sozialwesen, den Bildungssektor und das Wohnungswesen kann aber nicht pauschal die Nichtwirtschaftlichkeit behauptet werden. Selbst wenn kommunale Betätigungen in diesen Bereichen in vielen Fällen einen nichtwirtschaftlichen Charakter aufweisen mögen, ist dies aber keineswegs

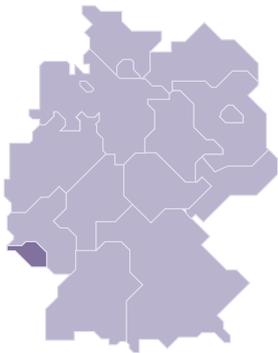
immer der Fall. Die „wirtschaftliche Betätigung“ sollte daher in jedem Einzelfall geprüft werden.

Kritisch ist auch die Durchbrechung des Örtlichkeitsprinzips in § 85 Abs. 2 GemO Rh.-Pf. zu bewerten. Diese erweist sich als zu weitgehend, denn das Örtlichkeitsprinzip als verfassungsimmanente Grenze der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG gebietet es, dass sich die Kommunen auf die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft beschränken. Nur nach den strengen Regeln über die kommunale Zusammenarbeit sollten kommunale Unternehmen auf fremden Gemeindegebieten tätig werden dürfen.

Wenig überzeugend ist auch die *Zurückhaltung des rheinland-pfälzischen Gesetzgebers* im Hinblick auf das Problemfeld der Zulässigkeit von Annexstätigkeiten. Wünschenswert wären darüber hinaus die Einführung einer dauerhaften *Betätigungskontrolle* und prozedurale Absicherungen in Form von *Marktanalysen* und Pflichten zur *Anhörung örtlicher IHKs und Handwerkskammern*.

## XII. Saarland

Landeshauptstadt	Anzahl der Landkreise	Anzahl der Gemeinden
Saarbrücken	6	52



- keine Betätigungskontrolle
- öffentliche Zweckbindung
- Leistungsfähigkeit / Bedarf
- strenge Subsidiaritätsklausel
- Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit
- Zulässigkeit von Annex Tätigkeiten

### Kommunaleselbstverwaltungsgesetz des Saarlandes (KSVG)

(in der Fassung vom 27. Juni 1997, zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. Mai 2014)

#### Teil A: Gemeindeordnung

#### III. Abschnitt: Wirtschaftliche Betätigung und privatrechtliche Beteiligung

##### § 108 Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung

- (1) Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen ungeachtet ihrer Rechtsform nur errichten, übernehmen, erweitern oder sich an solchen beteiligen, wenn
  1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
  2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht,
  3. der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann.
- (2) Als nicht wirtschaftliche Unternehmen im Sinne dieses Abschnitts gelten
  1. Einrichtungen des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Freizeitgestaltung, der Abfallbeseitigung, der Abwasserbeseitigung sowie Einrichtungen ähnlicher Art,
  2. Einrichtungen, die als Hilfsbetriebe ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs kommunaler Körperschaften dienen.
- (3) Durch den öffentlichen Zweck auch gerechtfertigt sind mit der Haupttätigkeit des Unternehmens verbundene Tätigkeiten, die üblicherweise im Wettbewerb zusammen mit der Haupttätigkeit



erbracht werden; mit der Ausführung dieser Tätigkeiten sollen die Unternehmen private Dritte beauftragen. Sind an einem Unternehmen Private beteiligt, reicht es aus, wenn ein Anteil von Leistungen an der Gesamtleistung des Unternehmens, der der Höhe der kommunalen Beteiligung entspricht, durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist. Alle Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche, mit denen die Gemeinde an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilnimmt, um ausschließlich Gewinn zu erzielen, entsprechen keinem öffentlichen Zweck.

→ Gewinnausschlussklausel

(4) Die Gemeinde darf mit ihren Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets tätig werden, wenn

→ Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip

1. die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und

2. keine betroffene kommunale Gebietskörperschaft aus berechtigten Interessen widerspricht. Bei gesetzlich liberalisierten Tätigkeiten gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach den hierfür maßgeblichen Vorschriften eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen.

(5) Vor der Entscheidung über die Errichtung, Übernahme und wesentliche Erweiterung von wirtschaftlichen Unternehmen sowie der unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an ihnen ist der Gemeinderat auf der Grundlage einer Marktanalyse umfassend über die Chancen und Risiken der beabsichtigten unternehmerischen Betätigung sowie über deren Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft zu unterrichten. Vor der Befassung im Gemeinderat ist den Kammern der gewerblichen Wirtschaft und der freien Berufe sowie der Arbeitskammer Gelegenheit zur Stellungnahme zur Marktanalyse zu geben, soweit ihr Geschäftsbereich betroffen ist. Die Stellungnahmen sind dem Gemeinderat zur Kenntnis zu geben.

→ Pflicht zur Marktanalyse

→ Pflicht zur Anhörung der Kammern

(6) Die Gemeinden sollen in regelmäßigen Zeitabständen prüfen, inwieweit wirtschaftliche Unternehmen materiell privatisiert werden können. Hierbei ist privaten Dritten die Möglichkeit zu geben darzulegen, ob und wie sie die dem öffentlichen Zweck dienende wirtschaftliche Betätigung ebenso gut und wirtschaftlich erfüllen können. Über das Ergebnis ist der Kommunalaufsicht zu berichten.

→ Regelmäßige Prüfung der Voraussetzungen der wirtschaftlichen Betätigung

(7) Bankunternehmen darf die Gemeinde nicht errichten, übernehmen oder betreiben. Für die öffentlichen Sparkassen gelten die besonderen Vorschriften.

Das saarländische Gemeindefirtschaftsrecht ist im Ergebnis als relativ wettbewerbsfreundlich zu qualifizieren. Im Vergleich mit den anderen Bundesländern erweist sich die saarländische Regelung – trotz einiger Abstriche – als weitgehend gelungen.

Positiv hervorzuheben ist vor allem die *strenge Ausgestaltung der Subsidiaritätsklausel*, die im Jahr 2004 anstelle der zuvor nur einfach ausgestalteten Subsidiaritätsklausel eingeführt worden ist. Der saarländische Gesetzgeber hat damit die Erwartung verbunden, dass der verschärften Subsidiaritätsklausel drittschützende Wirkung zukommt.<sup>86</sup> Dem scheinen inzwischen auch die saarländischen Verwaltungsgerichte zu folgen.<sup>87</sup> Diese Entwicklung ist uneingeschränkt zu befürworten. Das gilt auch für die Entscheidung des saarländischen Gesetzgebers, davon abzusehen, die verschärfte Subsidiaritätsklausel durch vielfältige sektorale Ausnahmen sofort wieder zu „entschärfen“.

Positiv zu bewerten sind auch die prozeduralen Vorgaben des § 108 Abs. 5 KSVG, die eine Pflicht zur Marktanalyse und zur darauf bezogenen Anhörung der Kammern der gewerblichen Wirtschaft und der freien Berufe sowie der Arbeitskammern vorsehen. Diese prozeduralen Vorgaben versuchen eine Versachlichung der Konflikte um kommunale Wirtschaftstätigkeiten.

Als sinnvolle Klarstellung ist auch die Gewinnausschlussklausel in § 108 Abs. 3 Satz 3 KSVG anzusehen. Die Einschränkung des § 108 Abs. 3 Satz 2 KSVG stellt hingegen einen saarländischen Sonderweg dar, der skeptisch zu bewerten ist.

Ambivalent fällt die Bewertung der Regelung zu *Annexstätigkeiten* in § 108 Abs. 3 Satz 1 KSVG aus. Es ist zunächst grundsätzlich zu befürworten, dass diese Problematik nicht der Rechtsprechung überlassen, sondern einer gesetzlichen Regelung zugeführt wird. Dass die Kommunen angehalten werden, Annexstätigkeiten soweit wie möglich durch private Dritte durchführen zu lassen, ist ebenfalls überzeugend. Problematisch ist aber, dass keine Begrenzung des Umfangs der zulässigen Annexstätigkeiten in der Norm angelegt ist. Annexstätigkeiten müssen aber von untergeordneter Bedeutung gegenüber der Haupttätigkeit sein, da sie sonst ihren Charakter als Nebengeschäft verlieren. Hier wären

klarere quantitative Vorgaben zum Umfang der zulässigen Annexstätigkeiten wünschenswert.

Raum für Verbesserungen des saarländischen Gemeindefirtschaftsrechts besteht insbesondere mit Blick auf die in § 108 Abs. 2 KSVG normierte *Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit*. Durch diese werden ganze Wirtschaftsbereiche pauschal von den Schranken des Gemeindefirtschaftsrechts ausgenommen. Für so bedeutende Wirtschaftsbereiche wie das Gesundheits- und Sozialwesen, den Bildungssektor, die Abfallbeseitigung und die „Freizeitgestaltung“ kann aber nicht pauschal die Nichtwirtschaftlichkeit behauptet werden. Selbst wenn kommunale Betätigungen in diesen Bereichen in vielen Fällen einen nichtwirtschaftlichen Charakter aufweisen mögen, ist dies keineswegs immer der Fall. Die „wirtschaftliche Betätigung“ sollte daher in jedem Einzelfall geprüft werden.

Als zu weitgehend erweist sich auch die Durchbrechung des Örtlichkeitsprinzips in § 108 Abs. 4 KSVG. Denn das Örtlichkeitsprinzip als verfassungsimmanente Grenze der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG gebietet es, dass sich die Kommunen auf die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft beschränken. Nur nach den strengen Regeln über die kommunale Zusammenarbeit sollten kommunale Unternehmen auf fremden Gemeindegebieten tätig werden dürfen.

Wünschenswert wäre schließlich entsprechend des Vorbilds anderer Bundesländer auch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 108 KSVG im Sinne einer *dauerhaften Betätigungskontrolle* der Gemeinden. Die in § 108 Abs. 6 KSVG statuierte Pflicht der Kommunen zur regelmäßigen Prüfung von Privatisierungsmöglichkeiten mit der Möglichkeit für Private, hierzu Stellung zu nehmen, stellt aber bereits eine weitgehende Annäherung an eine echte Betätigungskontrolle dar.

<sup>86</sup> LT-Drs. 12/918, 18 f.

<sup>87</sup> In diese Richtung neigend: OVG Saarl., Beschl. v. 22.10.2008, Az.: 3 B 279/08, in: LKRZ 2008, 477.

## XIII. Sachsen

Landeshauptstadt	Anzahl der Landkreise	Anzahl der Gemeinden
Dresden	10	496

### Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen (SächsGemO)

(vom 3. März 2014, zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. April 2014)

#### Vierter Teil: Gemeindefirtschaft

#### Dritter Abschnitt: Unternehmen und Beteiligungen der Gemeinde

#### § 94a Wirtschaftliche Unternehmen

(1) Die Gemeinde darf zur Erfüllung ihrer Aufgaben ein wirtschaftliches Unternehmen ungeachtet der Rechtsform nur errichten, übernehmen, unterhalten, wesentlich verändern oder sich daran unmittelbar oder mittelbar beteiligen, wenn

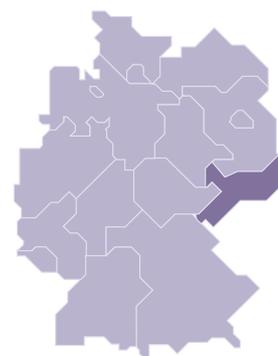
1. der öffentliche Zweck dies rechtfertigt,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
3. der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Vor einer Entscheidung ist den jeweiligen wirtschafts- und berufsständischen Kammern der betroffenen Wirtschaftskreise Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

(2) Im Bereich der Wohnungswirtschaft hat die Gemeinde darüber hinaus darauf hinzuwirken, dass die zur angemessenen Bewirtschaftung des Wohnungsbestandes erforderliche Kredit- und Investitionsfähigkeit gesichert ist und der von ihr unmittelbar oder mittelbar gehaltene Wohnungsbestand keine marktbeherrschende Stellung einnimmt.

(3) Wirtschaftliche Unternehmen im Sinne dieses Gesetzes sind nicht

1. Unternehmen, die Aufgaben wahrnehmen, zu denen die Gemeinde verpflichtet ist,



→ keine Betätigungskontrolle

→ öffentliche Zweckbindung

→ Leistungsfähigkeit / Bedarf

→ einfache Subsidiaritätsklausel (mit Drittschutz)

→ Pflicht zur Anhörung der betroffenen Kammern

→ Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit

→ Gewinnerzielungsklausel

2. Hilfsbetriebe, die ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen.

(4) Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde sind so zu führen, dass der öffentliche Zweck erfüllt wird; sie sollen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen, soweit dadurch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird.

(5) Die Gemeinde darf keine Bankunternehmen betreiben oder Anteile an ihnen halten. Für Sparkassen und eine Beteiligung an der Sachsen-Finanzgruppe gelten die Vorschriften des Gesetzes über die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute im Freistaat Sachsen und die Sachsen-Finanzgruppe vom 13. Dezember 2002 (SächsGVBl. S. 333, 347), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 8. Juni 2012 (SächsGVBl. S. 302, 305), in der jeweils geltenden Fassung. Die §§ 94a bis 102 finden auf Sparkassen, eine Beteiligung an der Sachsen-Finanzgruppe und die sie tragenden Zweckverbände keine Anwendung.

[...]

#### § 102 Anzeige-, Vorlage- und Genehmigungspflichten

[...]

(2) Beschlüsse der Gemeinde über Maßnahmen und Rechtsgeschäfte nach § 94a Abs. 1 und § 101 sind der Rechtsaufsichtsbehörde unter Nachweis der gesetzlichen Voraussetzungen vorzulegen.

[...]

→ Pflicht zur Vorlage bei der Aufsichtsbehörde

Die sächsische Gemeindeordnung ist zuletzt im März 2014 neugefasst worden. Dadurch ist der vormalige § 97 SächsGemO a.F. als § 94a SächsGemO n.F. an den Anfang des Abschnitts zu Unternehmen und Beteiligungen der Gemeinde vorgezogen worden. Inhaltliche Änderungen des Gemeindegewirtschaftsrechts waren mit dieser Gesetzesnovelle jedoch kaum verbunden: Es ist aber positiv hervorzuheben, dass in § 94a Abs. 1 Satz 2 SächsGemO entsprechend dem Vorbild der meisten anderen Bundesländer nunmehr auch eine Anhörung der wirtschafts- und berufsständischen Kammern der betroffenen Wirtschaftskreise vorgesehen ist. Solche Anhörungen können der Versachlichung der Konflikte um kommunale Wirtschaftstätigkeiten dienen.

Der zentrale Kritikpunkt des sächsischen Gemeindegewirtschaftsrechts ist die *Subsidiaritätsklausel* in § 94a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SächsGemO, an deren *einfacher Ausgestaltung* der sächsische Landesgesetzgeber auch im Rahmen der letzten Gesetzesnovelle festgehalten hat. Daher dürfen sich in Sachsen weiterhin Gemeinden schon dann wirtschaftlich betätigen, wenn sie die Leistung genauso wirtschaftlich und gut wie private Dritte erbringen

können. Dieser Schwäche des sächsischen Gemeindefirtschaftsrechts wird allerdings das positive Merkmal zur Seite gestellt, dass der Subsidiaritätsklausel in Sachsen ein *drittschützender Charakter* zukommt. Im Jahr 2003 hatte der sächsische Landesgesetzgeber den Wortlaut der Klausel geändert, indem der Begriff „andere“ durch „private Dritte“ ersetzt worden ist. In der Gesetzesbegründung wurde ausdrücklich klargestellt, dass die neue Klausel dem Schutz privater Konkurrenten dienen soll.<sup>88</sup> Positiv hervorzuheben ist auch, dass Sachsen im Gegensatz zu mehreren anderen Bundesländern davon abgesehen hat, die Subsidiaritätsklausel durch Ausklammerung ganzer Wirtschaftsbereiche einzuschränken.

Ambivalent fällt auch die Bewertung der in § 94a Abs. 3 SächsGemO statuierten *Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit* aus. Generell sind solche pauschalen Fiktionen nicht überzeugend: Vielmehr sollte in jedem Einzelfall das Vorliegen einer „wirtschaftlichen Betätigung“ geprüft werden. Allerdings ist der sächsische Landesgesetzgeber nicht dem schlechten Vorbild vieler anderer Bundesländer gefolgt, die ganze Wirtschaftsbereiche mit teilweise erheblicher Bedeutung als nichtwirtschaftliche Betätigungen fingieren und dadurch von allen gemeindefirtschaftsrechtlichen Schranken befreien. Vielmehr ist der Ausnahmekatalog des § 94a Abs. 3 SächsGemO auf Hilfsbetriebe und die Erfüllung von Pflichtaufgaben beschränkt worden. Dadurch wird die problematische Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit weitgehend entschärft.

Positiv hervorzuheben ist die Entscheidung Sachsens, auf die Gestattung überörtlicher Wirtschaftstätigkeiten zu verzichten und somit am *Örtlichkeitsprinzip* festzuhalten. Dadurch wird in Sachsen das Örtlichkeitsprinzip als verfassungsimmanente Grenze der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG respektiert. Nur nach den Regeln über die kommunale Zusammenarbeit ist den Kommunen die Tätigkeit auf dem Gebiet anderer Gemeinden möglich. Angesichts von Versuchen, durch den Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze das Örtlichkeitsprinzip in mehr oder weniger großem Umfang auszuhebeln,<sup>89</sup> sollte aber in Zukunft darüber nachgedacht werden, zur Klarstellung eine noch deutlichere Fassung des – inhaltlich uneingeschränkt zu befürwortenden – Festhaltens am Örtlichkeitsprinzips in § 94a SächsGemO zu verankern.

Wünschenswert wären schließlich die Einführung einer dauerhaften *Betätigungskontrolle* und eine Regelung des Problems der *Zulässigkeit von Annextätigkeiten*. Die Ausformung dieser wichtigen Rechtsfrage sollte vom Gesetzgeber selbst vorgenommen und nicht bei den Verwaltungsgerichten abgeladen werden.

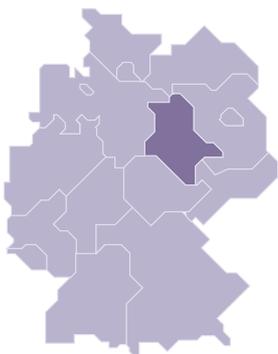
Insgesamt fällt das Fazit zur sächsischen Gemeindeordnung somit verhalten positiv aus. Trotz des Mankos der nur einfachen Ausgestaltung der Subsidiaritätsklausel sind der weitgehende Verzicht auf Ausnahmeregelungen für einzelne Branchen, das Festhalten am Örtlichkeitsprinzip und die Entscheidung für den verwaltungsprozessualen Drittschutz positiv zu würdigen.

<sup>88</sup> Gesetz zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts und des Sächsischen Wassergesetzes v. 4.3.2003, GVBl. S. 158.

<sup>89</sup> Nachweise hierzu finden sich bei: M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 77.

## XIV. Sachsen-Anhalt

Landeshauptstadt	Anzahl der Landkreise	Anzahl der Gemeinden
Magdeburg	11	857



- Betätigungskontrolle
- öffentliche Zweckbindung
- Leistungsfähigkeit / Bedarf
- einfache Subsidiaritätsklausel
- Gewinnausschlussklausel
- sektorale Ausnahmen von der Schrankenregelung
- Regelung zu Annex Tätigkeiten

### Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (KVG LSA)

(in der Fassung vom 17. Juni 2014)

#### Dritter Teil: Gemeindefirtschaft

#### 3. Abschnitt: Unternehmen und Beteiligungen

#### § 128 Zulässigkeit wirtschaftlicher Unternehmen

(1) Die Kommune darf sich in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auch außerhalb ihrer öffentlichen Verwaltung in den Rechtsformen des Eigenbetriebes, der Anstalt des öffentlichen Rechts oder in einer Rechtsform des Privatrechts wirtschaftlich betätigen, wenn

1. ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt,
2. wirtschaftliche Betätigungen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf stehen und
3. der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Alle Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche, mit denen die Kommune an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilnimmt, um ausschließlich Gewinn zu erzielen, entsprechen keinem öffentlichen Zweck.

(2) Betätigungen in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung, der Wasserversorgung, Abfallentsorgung, Abwasserbeseitigung, Wohnungswirtschaft und des öffentlichen Verkehrs dienen einem öffentlichen Zweck und sind unter der Voraussetzung des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 2 zulässig. Dienstleistungen, die mit den in Satz 1 genannten Bereichen verbunden sind, sind zulässig, wenn ihnen im Vergleich zum Hauptzweck eine untergeordnete Bedeutung zukommt und wenn der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden kann.



(3) Die wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung außerhalb des Gebietes der Kommune dient einem öffentlichen Zweck und ist zulässig, wenn sie nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune steht, die Voraussetzung des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 3 vorliegt und die berechtigten Interessen der betroffenen Kommune gewahrt sind. Absatz 2 Satz 2 findet entsprechende Anwendung. Bei Aufgaben, die im Wettbewerb wahrgenommen werden, gelten Interessen nur soweit als berechtigt, als der jeweilige Ordnungsrahmen eine Einschränkung des Wettbewerbs zulässt. Die betroffene Kommune ist so rechtzeitig vor der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit in ihrem Gebiet zu informieren, dass sie ihre berechtigten Interessen geltend machen kann.

→ weitreichende Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip für bestimmte Sektoren

(4) Wirtschaftliche Betätigungen in allen anderen als den in Absatz 3 genannten Wirtschaftsbereichen außerhalb des Gebietes der Kommune sind nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig, wenn ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt, die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune steht und die berechtigten Interessen der betroffenen Kommune gewahrt sind. Absatz 2 Satz 2 findet entsprechende Anwendung. Bei Aufgaben, die im Wettbewerb wahrgenommen werden, gelten Interessen nur soweit als berechtigt, als der jeweilige Ordnungsrahmen eine Einschränkung des Wettbewerbs zulässt. Die betroffene Kommune ist so rechtzeitig vor der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit in ihrem Gebiet zu informieren, dass sie ihre berechtigten Interessen geltend machen kann.

→ engere Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip für andere Sektoren

(5) Die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung im Ausland bedarf der Genehmigung.

→ Genehmigungspflicht für wirtschaftliche Betätigung im Ausland

(6) Bankunternehmen darf die Kommune weder betreiben noch sich an ihnen beteiligen. Für das öffentliche Sparkassenwesen verbleibt es bei den besonderen Vorschriften.

### § 135 Vorlage- und Anzeigepflicht

→ Pflicht zur Anzeige bei der Aufsichtsbehörde

[...]

(2) Entscheidungen der Kommune über

1. die Errichtung, Auflösung, Übernahme und wesentliche Erweiterung sowie die Änderung der Rechtsform oder des öffentlichen Zwecks von Unternehmen der Kommune,
2. die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung der Kommune an Unternehmen,



### 3. die gänzliche oder teilweise Veräußerung von Unternehmen oder Beteiligungen der Kommune

sind einschließlich der Unternehmenssatzung der Kommunalaufsichtsbehörde rechtzeitig, mindestens aber sechs Wochen vor ihrem Vollzug vorzulegen. In den Fällen des Satzes 1 Nrn. 2 und 3 besteht keine

Anzeigepflicht, wenn die Entscheidung weniger als den 20. Teil der Anteile des Unternehmens betrifft. Aus der Vorlage muss zu ersehen sein, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind und ob die Deckung der Kosten tatsächlich und rechtlich gesichert ist.

[...]

Im Juni 2014 hat der sachsen-anhaltische Landesgesetzgeber seine Gemeindeordnung durch das neue Kommunalverfassungsgesetz ersetzt. Diese Gesetzesnovelle hat auch das Gemeindefortschrittsrecht erfasst: Insbesondere hat sich Sachsen-Anhalt dazu entschlossen, die strenge Subsidiaritätsklausel zu einer einfachen Subsidiaritätsklausel abzuschwächen. Somit weist die jüngere Entwicklung des sachsen-anhaltischen Gemeindefortschrittsrechts leider in die falsche Richtung.

Am Beispiel der *Subsidiaritätsklausel* lässt sich verdeutlichen, wie sprunghaft das Recht der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen in Sachsen-Anhalt geändert worden ist.<sup>90</sup> Bis zum Jahr 2003 verfügte Sachsen-Anhalt nur über eine einfache Subsidiaritätsklausel. Im Jahr 2003 entschloss sich der Landesgesetzgeber, dem seinerzeitigen Privatisierungstrend zu folgen und die Klausel zu verschärfen. Demnach musste die Gemeinde nachweisen, dass sie den Zweck besser und wirtschaftlicher als ein anderer erfüllen kann. Trotz dieser Verschärfung weigerte sich das OVG Sachsen-Anhalt zunächst, der Klausel eine drittschützende Wirkung zuzuerkennen,<sup>91</sup> und ließ die Frage des Drittschutzes in späteren Entscheidungen offen.<sup>92</sup> Im Jahr 2014 obsiegte in Sachsen-Anhalt dann der ordnungspolitisch verfehlte Trend zur Re-Kommunalisierung, und die Subsidiaritätsklausel wurde wieder „entschärft“. Damit sind angesichts der bislang restriktiven Rechtsprechungspraxis des OVG Sachsen-Anhalt auch die Chancen auf eine Anerkennung von Drittschutz als äußerst gering einzustufen.

Die Kritik an dem sachsen-anhaltischen Gemeindefortschrittsrecht gilt zudem den in § 128 Abs. 2 KVG LSA normierten *weiten sektoralen Ausnahmen von der Schrankentrias* des § 128 Abs. 1 KVG LSA. Die

Ausnahmevorschrift beinhaltet die gesetzliche Fiktion eines öffentlichen Zwecks, gepaart mit der Befreiung von der – ohnehin abgeschwächten – Subsidiaritätsklausel. Im Ergebnis wirkt diese Ausnahme ganz ähnlich wie die Fiktion nichtwirtschaftlicher Tätigkeiten, die sich in den Rechtsordnungen einiger anderer Bundesländer (z.B. in § 107 Abs. 2 GO NRW) findet. Lediglich das wenig steuerungskräftige und nicht drittschützende Kriterium der Leistungsfähigkeit der Gemeinde bildet eine letzte, äußerst schwache Schranke. Diese Ausnahmeregelung ist insbesondere deshalb scharf zu kritisieren, weil sie zahlreiche bedeutende Wirtschaftsbereiche erfasst: Neben der Strom-, Gas-, Wärme- und Wasserversorgung werden auch die Abfallentsorgung, die Abwasserbeseitigung, die Wohnungswirtschaft und der öffentliche Verkehr auf diese Weise privilegiert.

Auch die *Durchbrechungen des Örtlichkeitsprinzips* in § 128 Abs. 3 und 4 KVG LSA vermögen nicht zu überzeugen. Sachsen-Anhalt hat sich bei der Zulässigkeit überörtlicher Wirtschaftsaktivitäten für einen Sonderweg entschieden, indem zwischen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung auf der einen Seite und allen anderen Wirtschaftsbereichen auf der anderen Seite differenziert wird. Für die Strom-, Gas- und Wärmeversorgung lässt § 128 Abs. 3 KVG LSA die überörtliche Betätigung weitgehend zu, während gemäß § 128 Abs. 4 KVG LSA in den anderen Wirtschaftsbereichen „nur in begründeten Ausnahmefällen“ Kommunen außerhalb ihres Gebietes wirtschaftlich aktiv werden dürfen. Damit wird das Örtlichkeitsprinzip sehr weit ausgehöhlt: dieses verlangt als verfassungsimmanente Grenze der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG, dass sich die Kommunen auf die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft beschränken und nur nach den strengen Regeln über die kommunale Zusammenarbeit auf fremden Gemeindegebieten tätig werden.

Indem der sachsen-anhaltische Landesgesetzgeber in § 128 Abs. 5 KVG LSA eine *Genehmigungspflicht für die*

<sup>90</sup> Siehe hierzu auch: M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 123.

<sup>91</sup> OVG LSA, Urt. v. 29.10.2008, Az.: 4 L 146/05, in: NVwZ-RR 2009, 347 f.

<sup>92</sup> OVG LSA, Urt. v. 17.2.2011, Az.: 2 L 126/09 – über juris.

*wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Ausland* normiert, hat er zudem die verfehlte Grundentscheidung getroffen, dass kommunale Aktivitäten auf Auslandsmärkten nicht per se unzulässig sind, sondern nur einem präventiven Erlaubnisvorbehalt unterliegen sollen.

Als veraltet erweist sich zudem das *Fehlen jeglicher prozeduraler Vorgaben*, etwa in Form von Verpflichtungen zur Durchführung von Marktanalysen oder zur Anhörung von betroffenen IHKs und Handwerkskammern.

Angesichts dieser zahlreichen und schwerwiegenden Kritikpunkte vermögen die positiven Aspekte des sachsen-anhaltischen Gemeindefirtschaftsrechts das düstere Gesamtbild nicht mehr entscheidend aufzuhellen. Positiv ist immerhin zu vermerken, dass § 128 Abs. 1 KVG LSA eine *dauerhafte Betätigungskontrolle* vorsieht und dass mit § 128 Abs. 1 Satz 2 KVG LSA klargestellt wird, dass *reine Gewinnerzielungsabsichten* keinen öffentlichen Zweck darstellen können – jedenfalls außerhalb

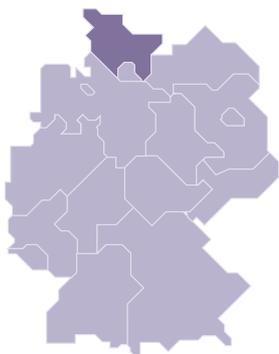
des weiten Kataloges des § 128 Abs. 2 KVG LSA, der selbst in diesen Fällen einen öffentlichen Zweck fingiert.

Besondere Beachtung verdient schließlich die sachsen-anhaltische Regelung zu *Annex Tätigkeiten* in § 128 Abs. 2 Satz 2 KVG LSA, die bundesweit eine Vorreiterstellung einnimmt. Demnach sind Leistungen, die neben den in § 128 Abs. 2 Satz 1 KVG LSA genannten Tätigkeiten erbracht werden, zulässig, wenn ihnen im Vergleich zum Hauptzweck eine untergeordnete Bedeutung zukommt und wenn der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden kann. Angesichts der detaillierten Regelung, die durch Bezugnahmen in § 128 Abs. 3 Satz 2 KVG LSA und § 128 Abs. 4 Satz 2 KVG LSA ein genau abgestimmtes Regelungssystem erkennen lässt, muss im Umkehrschluss gefolgert werden, dass in den nicht privilegierten Bereichen Annex Tätigkeiten gänzlich unzulässig sein sollen.<sup>93</sup> Wünschenswert wäre allerdings eine genauere Quantifizierung der Grenze, bis zu der noch eine untergeordnete Tätigkeit angenommen werden kann.

<sup>93</sup> Zu dieser Ansicht neigt auch: M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 107.

## XV. Schleswig Holstein

Landeshauptstadt	Anzahl der Landkreise	Anzahl der Gemeinden
Kiel	11	1.116



- keine Betätigungskontrolle
- öffentliche Zweckbindung
- Leistungsfähigkeit / Bedarf
- einfache Subsidiaritätsklausel
- Ausnahme vom Örtlichkeitsprinzip

### Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein (GO Schl.-H.)

(in der Fassung vom 28. Februar 2003, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Juli 2014)

#### Sechster Teil: Gemeindegewirtschaft

#### 3. Abschnitt: Wirtschaftliche Betätigung und privatrechtliche Beteiligung der Gemeinde

##### § 101 Wirtschaftliche Unternehmen

- (1) Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn
1. ein öffentlicher Zweck, dessen Erfüllung im Vordergrund der Unternehmung stehen muss, das Unternehmen rechtfertigt,
  2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
  3. der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden kann.
- (2) Die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes ist zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Bei im Wettbewerb wahrgenommenen Aufgaben gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach bundesgesetzlichen Vorgaben eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen. Die betroffene Gemeinde ist so rechtzeitig vor der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit in ihrem Gemeindegebiet zu informieren, dass sie die berechtigten Interessen geltend machen kann. Haben die beteiligten Gemeinden kein Einvernehmen über die Wahrung der berechtigten Interessen erzielt, ist die Kommunalaufsichtsbehörde über den Beschluss, außerhalb des Gemeindegebiets tätig zu werden, zu unterrichten.



(3) Die wirtschaftliche Betätigung außerhalb Schleswig-Holsteins ist unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 zulässig, wenn berechnete Interessen des Bundes oder des Landes Schleswig-Holstein nicht entgegenstehen. Die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung außerhalb Schleswig-Holsteins ist der obersten Kommunalaufsichtsbehörde anzuzeigen; diese kann der wirtschaftlichen Betätigung widersprechen.

→ Anzeigepflicht bei wirtschaftlicher Betätigung außerhalb Schleswig-Holsteins

(4) Als wirtschaftliche Unternehmen im Sinne dieses Abschnitts gelten nicht

→ Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit

1. Unternehmen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,
2. Einrichtungen des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung sowie Einrichtungen ähnlicher Art und
3. Einrichtungen, die als Hilfsbetriebe ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen.

Auch diese Unternehmen und Einrichtungen sind nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu verwalten. Die Gemeinden können diese Unternehmen und Einrichtungen ganz oder teilweise nach den Vorschriften der Eigenbetriebsverordnung vom 15. August 2007 (GVOBl. Schl.-H. S. 404) führen. In diesem Fall ist § 97 Abs. 1 entsprechend anzuwenden.

(5) Die Gemeinde hat das Recht, sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben Dritter zu bedienen.

(6) Bankunternehmen darf die Gemeinde nicht errichten. Für das öffentliche Sparkassenwesen verbleibt es bei den besonderen Vorschriften.

### § 108 Anzeige

(1) Will die Gemeinde

1. eine Gesellschaft gründen, sich an der Gründung einer Gesellschaft oder an einer bestehenden Gesellschaft beteiligen oder über eine wesentliche Änderung des Gesellschaftszwecks oder des Gesellschaftsvertrages entscheiden,

→ Pflicht zur Anzeige bei der Aufsichtsbehörde

[...]

4. ein wirtschaftliches Unternehmen errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern oder über eine wesentliche Änderung des Zwecks entscheiden,



[...]

hat sie dies der Kommunalaufsichtsbehörde spätestens sechs Wochen vor der Beschlussfassung der Gemeindevertretung oder des Hauptausschusses bei einer Übertragung der Entscheidung auf den Hauptausschuss nach § 28 Satz 1 Nr. 18 anzuzeigen. Aus der Anzeige muss zu ersehen sein, ob die gesetzlichen Voraussetzungen, vorbehaltlich der Beschlussfassung der Gemeindevertretung oder des Hauptausschusses nach § 28 Satz 1 Nr. 18, erfüllt sind. Die Entscheidung der

Gemeinde ist der Kommunalaufsichtsbehörde unverzüglich schriftlich anzuzeigen; Satz 2 gilt entsprechend. Die Entscheidung der Gemeinde wird wirksam, wenn die Kommunalaufsichtsbehörde nicht innerhalb von sechs Wochen nach Eingang der Beschlussfassung wegen Verletzung von Rechtsvorschriften widerspricht oder vor Ablauf der Frist erklärt, dass sie nicht widersprechen wird. Die Kommunalaufsichtsbehörde kann die Frist im Einzelfall verlängern.

[...]

Das schleswig-holsteinische Gemeindefirtschaftsrecht ist aus zahlreichen Gründen zu kritisieren und stellt insgesamt eine ordnungspolitische Verfehlung dar.

Im Mittelpunkt der Kritik steht die *Subsidiaritätsklausel* des § 101 Abs. 1 Nr. 3 GO Schl.-H., die nur eine *einfache Ausgestaltung* erfahren hat. Gemeinden dürfen sich in Schleswig-Holstein somit schon dann wirtschaftlich betätigen, wenn zwischen ihnen und privaten Dritten Leistungsparität besteht. Ob der schleswig-holsteinischen Subsidiaritätsklausel drittschützende Wirkung zukommt, ist in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht geklärt. Da der Wortlaut der Klausel weder auf „Private“ noch auf „andere“ abstellt und sich aus den Gesetzesbegründungen kein Anhaltspunkt für einen Drittschutz ergibt, ist die Anerkennung einer drittschützenden Wirkung durch die Rechtsprechung nicht zu erwarten.<sup>94</sup> Von einer schwachen und für private Konkurrenten nicht durchsetzbaren Subsidiaritätsklausel ist in der Praxis aber keine Steuerungswirkung zu erwarten.

Verfehlt ist darüber hinaus die in § 101 Abs. 3 GO Schl.-H. statuierte pauschale Ausnahme ganzer Wirtschaftszweige aus dem Begriff der „wirtschaftlichen Betätigung“. Diese *Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit* erfasst bedeutende Wirtschaftsbereiche wie das Gesundheits- und Sozialwesen, den Bildungssektor oder die Abfallentsorgung. Auch wenn in diesen Bereichen kommunale Betätigungen in manchen Fällen einen nichtwirtschaftlichen Charakter aufweisen mögen, ist dies doch in vielen Fällen anders. So lassen sich in der Abfallentsorgung, die zu Recht zunehmend als „Wertstoffwirtschaft“ bezeichnet wird, heute erhebliche Gewinne erwirtschaften. Die

„wirtschaftliche Betätigung“ sollte daher in jedem Einzelfall geprüft werden.

Die in § 101 Abs. 2 und Abs. 3 GO Schl.-H. statuierten *Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip* vermögen ebenfalls nicht zu überzeugen. Durch diese Ausnahmen wird das Örtlichkeitsprinzip fast vollständig ausgehebelt und den Gemeinden bei der Betätigung außerhalb ihres Gemeindegebietes, außerhalb Schleswig-Holsteins und sogar im Ausland weitgehend freie Hand gelassen. Dies verkennt die zentrale Funktion des Örtlichkeitsprinzips, das als verfassungsimmanente Grenze der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG eine Beschränkung der Kommunen auf die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft gebietet und nur nach den strengen Regeln über die kommunale Zusammenarbeit Tätigkeiten auf fremden Gemeindegebieten zulässt.

Darüber hinaus ist Schleswig-Holstein nicht dem Vorbild zahlreicher anderer Bundesländer, die eine dauerhafte Betätigungskontrolle eingeführt haben, gefolgt. Es hält in dieser Frage vielmehr an der überkommenen Regelung des § 67 Abs. 1 DGO fest.

Angesichts der vielfältigen Schwächen der schleswig-holsteinischen Gemeindeordnung fallen die wenigen positiven Aspekte kaum ins Gewicht. Durch § 101 Abs. 1 Nr. 1 GO Schl.-H. wird immerhin klargestellt, dass die Erfüllung des öffentlichen Zwecks im Vordergrund der Unternehmung stehen muss. Dadurch wird eine ähnliche Wirkung erzielt wie mit dem Ausschluss der bloßen Gewinnerzielung, der sich in den Rechtsordnungen anderer Bundesländer, wie z.B. in Art. 87 Abs. 1 Satz 2 BayGO, findet.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> Zu diesem Ergebnis gelangen auch: M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 123.

<sup>95</sup> M. Uechtritz/O. Otting/U. Olgemöller, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, S. 91.

## XVI. Thüringen

Landeshauptstadt	Anzahl der Landkreise	Anzahl der Gemeinden
Erfurt	17	955

### Thüringer Kommunalordnung (ThürKO)

(vom 28. Januar 2003, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. März 2014)

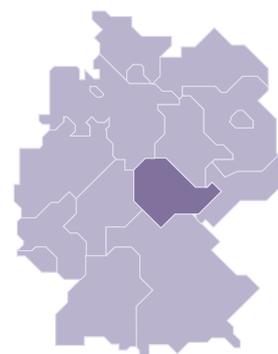
#### Erster Teil: Gemeindeordnung

#### Vierter Abschnitt: Gemeindegewirtschaft

#### Vierter Unterabschnitt: Gemeindliche Unternehmen

#### § 71 Gründung, Übernahme und Erweiterung von Unternehmen

- (1) Die Gemeinde kann außerhalb ihrer allgemeinen Verwaltung Unternehmen
  1. als Eigenbetrieb,
  2. als kommunale Anstalt des öffentlichen Rechts,
  3. in den Rechtsformen des Privatrechts gründen oder übernehmen oder sich an solchen Unternehmen beteiligen.
- (2) Ungeachtet des mit ihnen verfolgten öffentlichen Zwecks darf die Gemeinde Unternehmen nur gründen, übernehmen oder erweitern, wenn
  1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
  2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht,
  3. die dem Unternehmen zu übertragenden Aufgaben für die Wahrnehmung außerhalb der allgemeinen Verwaltung geeignet sind,
  4. der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Dies gilt nicht bei einem Tätigwerden im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge, insbesondere im Bereich der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung



→ keine Betätigungskontrolle

→ öffentliche Zweckbindung

→ Leistungsfähigkeit / Bedarf

→ strenge Subsidiaritätsklausel mit Ausnahme für die Daseinsvorsorge

→ Markterkundungsverfahren

→ Verbot der Schädigung der Privatwirtschaft

→ Ausnahmen vom Örtlichkeitsprinzip

→ Pflicht zur Anzeige bei der Aufsichtsbehörde

einschließlich einer Betätigung auf dem Gebiet der Erzeugung, Speicherung und Einspeisung erneuerbarer Energien sowie der Verteilung von hieraus gewonnener thermischer Energie; hiermit verbundene Dienstleistungen sind zulässig, wenn ihnen im Vergleich zum Hauptzweck eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Gegebenenfalls ist ein Markterkundungsverfahren unter Einbindung der betroffenen örtlichen Betriebe in Landwirtschaft, Handel, Gewerbe und Industrie durchzuführen.

(3) Unternehmen der Gemeinde dürfen keine wesentliche Schädigung und keine Aufsaugung selbständiger Betriebe in Landwirtschaft, Handel, Gewerbe und Industrie bewirken.

(4) Bankunternehmen darf die Gemeinde nicht gründen. Für das öffentliche Sparkassenwesen verbleibt es bei den besonderen Vorschriften.

(5) Die Gemeinde darf mit ihren Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets nur tätig werden, wenn dafür die Voraussetzungen der Absätze 2 und 3 vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Bei gesetzlich liberalisierten Tätigkeiten gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach den maßgeblichen Vorschriften eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen. Tätigkeiten außerhalb des Gemeindegebiets sind von der Rechtsaufsichtsbehörde zu genehmigen, soweit es die Versorgung mit Strom und Gas betrifft, sind sie der Rechtsaufsichtsbehörde anzuzeigen.

### § 72 Anzeigepflicht

(1) Entscheidungen der Gemeinde über

1. die Gründung, Übernahme oder Erweiterung sowie die Änderung der Rechtsform gemeindlicher Unternehmen,
2. die Auflösung von kommunalen Anstalten

sind der Rechtsaufsichtsbehörde rechtzeitig, mindestens sechs Wochen vor Beginn oder Vergabe von Arbeiten oder vor Abschluss des Übernahmevertrages anzuzeigen. In der Anzeige ist darzulegen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind und dass die Deckung der Kosten tatsächlich und rechtlich gesichert ist.

(2) Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 gelten entsprechend für Entscheidungen des Verwaltungsrats einer kommunalen Anstalt.

Thüringen hat sein Gemeindefirtschaftsrecht dem Vorbild der bayerischen Gemeindeordnung nachempfunden. Auf diese Weise ist im Ergebnis eine moderne und relativ wettbewerbsfreundliche Regelung entstanden, die in einigen Punkten inzwischen sogar ihr bayerisches Vorbild übertrifft.

Zu den modernen und uneingeschränkt zu befürwortenden Elementen der thüringischen Kommunalordnung zählt der *Verzicht auf eine Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Unternehmen*. Hierin spiegelt sich die Erfahrung, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der Begriff des „wirtschaftlichen Unternehmens“ so weit gefasst ist, dass ihm ohnehin nur eine geringe Steuerungskraft zukommt.<sup>96</sup> Der thüringische Gesetzgeber hat ebenso wie sein bayerisches Vorbild in lobenswerter Standhaftigkeit dem Druck widerstanden, durch eine gesetzliche Fiktion der Nichtwirtschaftlichkeit eine in der Sache überholte Trennung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Aktivitäten künstlich zu erzwingen. Damit hat sich Thüringen für eine vollauf überzeugende moderne Grundausrichtung seines Gemeindefirtschaftsrechts entschieden.

Die thüringische Subsidiaritätsklausel beruht zwar auf dem bayerischen Vorbild, sie übertrifft dieses jedoch. Positiv hervorzuheben ist vor allem die *strenge Ausgestaltung der Subsidiaritätsklausel*. Im Unterschied zur Rechtslage in Bayern steht in Thüringen die drittschützende Wirkung der Subsidiaritätsklausel zudem außer Frage. Denn schon die thüringische Gesetzesbegründung aus dem Jahr 1993 geht davon aus, dass die Klausel die Privatwirtschaft schützen soll.<sup>97</sup> Damit hat Thüringen in Deutschland eine Vorreiterstellung bei dem Kampf um den Drittschutz des Gemeindefirtschaftsrechts eingenommen.

Doch auch das thüringische Gemeindefirtschaftsrecht ist nicht perfekt. Zu bemängeln ist vor allem die in § 71 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 ThürKO statuierte *Ausnahme der kommunalen Daseinsvorsorge* von der Subsidiaritätsklausel. Im Unterschied zu den weitgehend parallelen Ausnahmen im bayerischen und baden-württembergischen Gemeindefirtschaftsrecht hat der thüringische Landesgesetzgeber durch einen mit „insbesondere“ eingeleiteten Zusatz den Bereich der Strom-, Gas- und

Wärmeversorgung hervorgehoben. Damit ist zwar teilweise Rechtsklarheit geschaffen worden. Aber jenseits dieser Wirtschaftsbereiche verbleibt das Problem, dass angesichts der mangelnden Trennschärfe, die dem bis heute nicht hinreichend konkretisierten Begriff der Daseinsvorsorge die „Achillesferse“ der thüringischen Subsidiaritätsklausel darstellt. Wenn mit einer vereinzelt vertretenen, aber im Ergebnis abzulehnenden Auffassung der „öffentliche Zweck“ mit der „Daseinsvorsorge“ gleichgesetzt wird, liefe die Subsidiaritätsklausel sogar leer, da sie nur dann eingriffe, wenn die kommunale Wirtschaftsbetätigung ohnehin unzulässig ist. Dieses Ergebnis kann nicht gewollt sein. Ein Konzept für eine klare Differenzierung zwischen den beiden diffusen Termini ist jedoch ebenfalls nicht ersichtlich. Diese Widersprüchlichkeit verdeutlicht, dass die Ausnahme der kommunalen Daseinsvorsorge eine konzeptionell nicht genügend durchdachte Konzession an die Kommunalwirtschaft darstellt. Zumindest sollte die Ausnahme des § 71 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 ThürKO so ausgelegt werden, dass sie nur auf die mit „insbesondere“ hervorgehobenen Wirtschaftsbereiche Anwendung findet.

Während die Ausnahme der kommunalen Daseinsvorsorge von der Subsidiaritätsklausel zu bemängeln ist, vermag die thüringische Kommunalordnung in anderer Hinsicht zu überzeugen: So stellt das *Schädigungsverbot* des § 71 Abs. 3 ThürKO eine sinnvolle Ergänzung der gemeindefirtschaftsrechtlichen Vorschriften dar. Das Schädigungsverbot besagt, dass ein kommunales Unternehmen keine selbstständigen Betriebe wesentlich schädigen oder „aufsaugen“ darf. Diese Vorschrift ist entgegen anderslautender Behauptungen<sup>98</sup> keineswegs überflüssig, da sie die nach § 71 Abs. 2 ThürKO auf die Errichtung und Erweiterung von kommunalen Unternehmen gerichtete Kontrolle durch eine dauerhafte Betätigungskontrolle ergänzt.

Auch die Pflicht zur Anzeige bei der Rechtsaufsichtsbehörde ist ein zu befürwortender Ansatz, der die Kommunalaufsicht zumindest theoretisch in die Lage versetzt, ihren Aufgaben nachzukommen. Ob diese Anzeigepflicht angesichts der begrenzten Ressourcen der Aufsichtsbehörden in der Praxis Früchte trägt, bleibt jedoch abzuwarten.

<sup>96</sup> BVerwG, Urt. v. 22.2.1972, Az.: I C 24.69, in: BVerwGE 39, 329 (333). Diese Definition entspricht exakt der Formulierung der Ausführungsanweisung zu § 67 Deutsche Gemeindeordnung (DGO).

<sup>97</sup> LT-Drs. 1/2149, zu § 71 Abs. 1 Nr. 3 ThürKO.

<sup>98</sup> Für die parallele Rechtslage in Bayern: G. Lissack, Bayerisches Kommunalrecht, 3. Auflage, 2009, S. 217.

Generell ist auch die in § 71 Abs. 2 Nr. 4 Satz 3 ThürKO normierte Pflicht zur Durchführung eines Markterkundungsverfahrens als Beitrag zur Versachlichung der Diskussionen um die Aufnahme kommunaler Wirtschaftstätigkeiten positiv hervorzuheben. Etwas bedauerlich ist jedoch, dass durch die im Zuge der jüngsten Änderung des thüringischen Gemeindefirtschaftsrechts erfolgte Einfügung des § 71 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 ThürKO nunmehr auf den ersten Blick fraglich erscheint, ob das Markterkundungsverfahren stets oder nur in diesem Spezialfall durchzuführen ist. Richtigerweise ist das Markterkundungsverfahren stets durchzuführen, da dies der Rechtslage vor Einfügung des § 71 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 ThürKO entspricht und es nicht ersichtlich ist, dass der thüringische Gesetzgeber hieran etwas ändern wollte.

Beachtung verdient schließlich die neue thüringische Regelung zu *Annexstätigkeiten* in § 71 Abs. 2 Nr. 4 Satz 2 Hs. 2 ThürKO. Demnach sind Leistungen, die neben den der kommunalen Daseinsvorsorge dienenden Tätigkeiten erbracht werden, zulässig, wenn ihnen im Vergleich zum Hauptzweck eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Wünschenswert wäre jedoch zum einen eine genauere Quantifizierung der Grenze,

bis zu der noch eine untergeordnete Tätigkeit angenommen werden kann. Zum anderen wirft die thüringische Regelung die Frage auf, ob im Umkehrschluss außerhalb der Daseinsvorsorge Annexstätigkeiten grundsätzlich unzulässig sein sollen. Diese Folgerung wäre zwar naheliegend und zu befürworten. Ein höheres Maß an Rechtssicherheit durch eine klarere Fassung des Gesetztextes wäre jedoch wünschenswert.

Zu den wenigen Kritikpunkten des thüringischen Gemeindefirtschaftsrechts zählt die *Lockerung des Örtlichkeitsprinzips* in § 71 Abs. 5 ThürKO. Für diese Vorschrift gilt dasselbe wie für ihr Pendant in Art. 87 Abs. 2 BayGO: Das Örtlichkeitsprinzip als verfassungsimmanente Grenze der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG gebietet es, dass sich die Kommunen auf die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft beschränken. Nur nach den strengen Regeln über die kommunale Zusammenarbeit sollten kommunale Unternehmen auf fremden Gemeindegebieten tätig werden dürfen.

Trotz der vorgenannten Einschränkungen kann die thüringische Kommunalordnung im Ergebnis anderen Bundesländern als Vorbild dienen.

## D. Fazit und rechtspolitische Empfehlungen

---

Ausgehend von den Ergebnissen der detaillierten Analyse des Gemeindefirtschaftsrechts in den 16 Bundesländern ist abschließend das Gesamtbild in den Blick zu nehmen. Dabei wird deutlich: Der Trend zur Re-Kommunalisierung betrifft nicht nur das Ausmaß der kommunalen Wirtschaftstätigkeiten, er hat längst auch das Gemeindefirtschaftsrecht erfasst. Insbesondere in Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt sind die Spielräume der kommunalen Unternehmen in jüngster Zeit wieder erweitert worden, teilweise sogar in sehr weit reichendem Maße. In anderen Bundesländern wie z.B. in Baden-Württemberg konnten derartige Vorstöße bislang noch abgewendet werden. Wieder andere Bundesländer hatten sich ohnehin stets der Privatisierung widersetzt. Hier ist insbesondere auf den völligen Verzicht auf ein Gemeindefirtschaftsrecht in den Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg hinzuweisen. Eine ordnungspolitischen Vorstellungen ausgerichtete Verschärfung des Gemeindefirtschaftsrechts hat seit der Finanzkrise des Jahres 2007 kein Bundesland mehr in Angriff genommen. So drohen alle Errungenschaften, die die Liberalisierung und Deregulierung im Bereich der Kommunalwirtschaft erzielen konnten, wieder zu zerrinnen.

## I. Fazit und rechtspolitische Empfehlungen

Doch worauf gründet sich die Hoffnung, dass durch ein verstärktes wirtschaftliches Engagement des Staates Märkte besser funktionieren? Und warum soll das auf Ebene der Nationalstaaten weitgehend verworfene Modell der Staatswirtschaft auf der Ebene der kleinsten staatlichen Gebietskörperschaften, d.h. der Gemeinden bzw. Kommunen, ein Allheilmittel für angebliches Marktversagen sein? Oder steht am Ende hinter dem Trend zur Re-Kommunalisierung doch nur der Wunsch, die maroden Finanzen der Kommunen auf Kosten der Privatwirtschaft und mit hohen Risiken für den Steuerzahler zu sanieren?

Nach der vorherrschenden ökonomischen Theorie sollte der Staat nur dann in das Wirtschaftsgeschehen eingreifen, wenn auf diese Weise Wohlfahrtssteigerungen erzielt werden können. Dabei ist Zurückhaltung geboten: Oft fehlen staatlichen Entscheidungsträgern relevante Informationen und die Motive für Staatseingriffe sind nicht nur vom reinen Ziel der Mehrung des Gemeinwohls sondern auch von Eigen- und Partikularinteressen getragen. Diese Gefahr des Staatsversagens ist immer im Blick zu behalten, wenn die Beseitigung von behauptetem Marktversagen als Rechtfertigung für staatliche Eingriffe ins Feld geführt wird.

Dies gilt in besonderem Maße, wenn der Staat selbst wirtschaftlich tätig werden möchte. Denn nicht jede Form des Marktversagens sollte mit einem eigenen wirtschaftlichen Engagement des Staates beantwortet werden. Oft kann der Staat durch rechtliche Gebote und Verbote, Subventionen, Ausschreibungen, Konzessionen oder Regulierungsmaßnahmen so in den Markt eingreifen, dass gewährleistet wird, dass das betroffene Gut in ausreichendem Umfang, zu angemessenen Preisen und in hoher Qualität angeboten wird. Dass der Staat selbst Güter auf dem Markt anbieten muss, um Marktversagen zu korrigieren, ist nach der ökonomischen Theorie nur unter ganz außergewöhnlichen Bedingungen vorstellbar. In aller Regel ist die private Erbringung von Leistungen vorzugswürdig.<sup>99</sup>

Denn jede staatliche Wirtschaftstätigkeit lässt die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen entstehen. Als problematisch erweist sich vor allem die Doppelrolle des

Staates als Wirtschaftsteilnehmer und Regulierer: Wer sich zum Schiedsrichter in eigener Sache macht, darf sich über den Vorwurf der parteilichen Einflussnahme auf das freie Spiel der Marktkräfte nicht wundern. Aber nicht nur bewusstes Fehlverhalten staatlicher Entscheidungsträger ist eine Gefahr für den Wettbewerb. Schon die Tatsache, dass öffentliche Unternehmen dank der sie stützenden Steuerkraft der Bürger ein geringeres Insolvenzrisiko tragen, verfälscht den Wettbewerb auf vielfältige Weise: Das geringere Insolvenzrisiko führt im Vergleich zu privaten Konkurrenten zu günstigeren Refinanzierungskonditionen und senkt gleichzeitig die Anreize, effizient zu wirtschaften.

Diese Erkenntnis wird seit etwa 30 Jahren auf nationaler Ebene schrittweise in die Tat umgesetzt. Dabei gilt: Was im Großen richtig ist, ist auch im Kleinen nicht falsch. Auch im Hinblick auf das wirtschaftliche Engagement der Kommunen ist daher aus ökonomischer Sicht höchste Zurückhaltung geboten. Doch das Gemeindefirtschaftsrecht spiegelt diese Erkenntnis nicht wieder und weist eine zunehmend regressive Tendenz auf. Die Gründe für diesen Befund sind vielschichtig:

1. Das Gemeindefirtschaftsrecht ist ein altes Rechtsgebiet, das nicht geschaffen worden ist, um das grundsätzliche Verhältnis von staatlicher und privater Wirtschaftstätigkeit festzulegen und um der Kommunalwirtschaft auf dieser Basis Grenzen zu ziehen. Es ist vielmehr als Reaktion auf den Wildwuchs der kommunalen Wirtschaftstätigkeit in der Weimarer Zeit entstanden und stellt den Versuch dar, praxisorientiert die drängenden Probleme der damaligen Zeit zu adressieren. Da Rechtsordnungen oft ein gewisses Beharrungsvermögen aufweisen, verwundert es nicht, dass die so entstandene Regelung der DGO von 1935 im Kommunalrecht der Bundesländer zunächst einfach fortgeführt worden ist.
2. Die Kommunen nehmen eine gewisse Sonderstellung unter den staatlichen Gebietskörperschaften ein. Einerseits sind sie Teil der Staatsverwaltung. Andererseits gewährt die in Art. 28 Abs. 2 GG statuierte Selbstverwaltungsgarantie den Kommunen eine „Abwehrstellung“ gegenüber Übergriffen anderer staatlicher Stellen. Zwar ist konsentiert, dass die Selbstverwaltungsfreiheit als innerstaatliche Kompetenzverteilungsregel kein allgemeines Prinzip für das Verhältnis von Staat und Privatwirtschaft formuliert. Trotzdem sind die Grenzen der

<sup>99</sup> Zu diesem Ergebnis gelangt auch: Bundeskartellamt, Der Staat als Unternehmer – Re-Kommunalisierung im wettbewerbsrechtlichen Kontext, Arbeitspapier vom 2.10.2014, S. 8 f. (abrufbar im Internet unter: [http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/ArbeitskreisKartellrecht/arbeitskreiskartellrecht\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Veranstaltungen/ArbeitskreisKartellrecht/arbeitskreiskartellrecht_node.html)). Hinter diesem Ergebnis stehen Erkenntnisse der ordnungspolitisch orientierten Ökonomie, aber auch der Neuen Politischen Ökonomie.

---

Selbstverwaltungsfreiheit verfassungsrechtlich nur schwer zu ziehen. Dies ermöglicht den Kommunen immer wieder, in der öffentlichen Diskussion die Selbstverwaltungsgarantie als Argument zu mobilisieren, um ein Recht auf ungehinderte wirtschaftliche Betätigung einzufordern. Das ist zwar in der Sache nicht überzeugend und wirtschaftspolitisch völlig verfehlt, hat sich aber leider oft als erfolgreiche Strategie erwiesen.

3. Wirtschaftsunternehmen sind für die kommunalen Entscheidungsträger auch Mittel zur Verfolgung unternehmensfremder Ziele. Die Hoffnung auf eine Sanierung der vielerorts maroden kommunalen Haushalte bildet eine nicht zu unterschätzende Triebfeder des kommunalen Unternehmergeists. Aber auch in der alltäglichen Kommunalpolitik können sich die Ressourcen kommunaler Unternehmen für politische Entscheidungsträger als

hilfreich erweisen: Posten und Aufträge können Mittel effektiver Machtpolitik sein. So ist das vehemente Engagement der Kommunen für mehr wirtschaftliche Betätigungsfreiheit auch Ausdruck eines Ringens um politischen Einfluss.

4. Trotz dieser ungünstigen Ausgangsbedingungen haben sich auch im Kommunalwirtschaftsrecht zaghafte Ansätze einer Privatisierung entwickeln können. Doch ungeachtet der zahlreichen Erfolge der Privatisierung und Liberalisierung ist im Zuge der Finanzkrise von 2007 in Teilen der Bevölkerung ein diffuses Misstrauen gegenüber marktwirtschaftlichen Lösungen entstanden. Diese Gelegenheit haben die Interessenvertreter der Kommunalwirtschaft umgehend zum Gegenangriff genutzt. So wird das Gemeindefirtschaftsrecht derzeit auf breiter Front wieder zurückversetzt in längst überwunden geglaubte Zustände.

## II. Empfehlungen für eine Modernisierung des Gemeindefirtschaftsrechts

Vor dem Hintergrund dieser besorgniserregenden Entwicklung tritt der BDI für eine Rückbesinnung auf die ordnungspolitischen Grundprinzipien ein. Das Gemeindefirtschaftsrecht muss wieder anknüpfen an die überzeugenden Reformen, die bis zur Mitte der 2000er Jahre eingeleitet worden sind. Von diesem Ausgangspunkt ist es weiterzuentwickeln zu einer modernen und wettbewerbsfreundlichen Rechtsordnung, die es den privaten Wirtschaftsteilnehmern ermöglicht, durch die Steuerungskräfte des Marktes Güter in ausreichendem Umfang, zu angemessenen Preisen und in hoher Qualität anzubieten. Dies erfordert je nach Bundesland mehr oder weniger umfangreiche Reformen, die im vorstehenden Teil der vergleichenden Analyse für jedes Bundesland detailliert aufgezeigt worden sind. An dieser Stelle sollen noch einmal die Grundlinien der notwendigen Reformschritte zusammengefasst werden:

1. Der Anwendungsbereich des Gemeindefirtschaftsrechts darf nicht künstlich verengt werden. Die gesetzliche Fiktion nichtwirtschaftlicher Betätigungen ist verfehlt. In jedem Einzelfall sollte das Vorliegen einer „wirtschaftlichen Betätigung“ geprüft werden. Dabei ist jede Einrichtung, die von einem Privaten mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden könnte, als wirtschaftliches Unternehmen anzusehen.
2. Die Kontrolle der kommunalen Wirtschaftstätigkeit muss permanent erfolgen. Eine Beschränkung auf die Aufnahme und wesentliche Erweiterung kommunaler Wirtschaftsaktivitäten ist unzureichend.
3. Die traditionellen Bindungen der Kommune an einen öffentlichen Zweck und die Grenzen der kommunalen Leistungsfähigkeit sind grundsätzlich zu befürworten. Sie entfalten aber nur eine sehr geringe Steuerungskraft und sollten deshalb in ihrer praktischen Bedeutung nicht überschätzt werden. Dies gilt auch für die gesetzliche Klarstellung, dass eine reine Gewinnerzielungsabsicht keinen öffentlichen Zweck darstellt.
4. Entscheidendes Steuerungsinstrument für das Verhältnis von Privatwirtschaft und Staatswirtschaft ist die Subsidiaritätsklausel. Diese sollte unbedingt eine strenge Ausgestaltung erfahren, also bei Leistungsparität Privaten den Vorrang vor der Kommunalwirtschaft gewähren. Denn wenn die Kommunen die Leistungen nicht besser als die Privatwirtschaft erbringen können, ist ein staatlicher Eingriff in das Wirtschaftsgeschehen nicht zu rechtfertigen.
5. Dabei sollten die Kommunen den Nachweis zu führen haben, dass sie den öffentlichen Zweck besser erreichen können als die Privaten. Dies entspricht dem allgemeinen ordnungspolitischen Verhältnis von Regel und Ausnahme.
6. Der Anwendungsbereich des Subsidiaritätskriteriums sollte nicht künstlich verengt werden. Diese Forderung gilt insbesondere auch für jene Bundesländer, die zwar strenge Subsidiaritätsklauseln eingeführt haben, im Gegenzug aber bedeutende Wirtschaftsbereiche ganz vom Prinzip der Subsidiarität ausgenommen haben. Durch diese Ausnahmen werden die Vorteile strenger Subsidiaritätsklauseln konterkariert. Es besteht kein überzeugender Grund, irgendwelche Ausnahmen vom Subsidiaritätsprinzip einzuführen. Das absolute Minimum bestände aber darin, die Branchen, die der Landesgesetzgeber aus verschiedenen Gründen nicht dem strengen Subsidiaritätsprinzip aussetzen will, wenigstens einer einfachen Subsidiaritätsklausel zu unterwerfen, d.h. ein zweistufiges System einzuführen. Der vollständige sektorale Verzicht auf das Subsidiaritätsprinzip grenzt hingegen an Augenwischerei.
7. Das Gemeindefirtschaftsrecht darf nicht nur auf dem Papier stehen, es muss auch in der Praxis gelebt werden. Die effektive Durchsetzung kann aber nicht von der Kommunalaufsicht getragen werden, da deren personelle Ressourcen zu klein und die Interessenverflechtungen innerhalb der Verwaltung zu stark sind. Deshalb führt kein Weg daran vorbei, den Vorschriften des Gemeindefirtschaftsrechts – und hier insbesondere der Subsidiaritätsklausel – drittschützende Wirkung zuzuerkennen. Die drittschützende Wirkung sollte im Idealfall im Gesetz selbst, zumindest aber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich klargestellt werden.
8. Die von der Rechtsprechung entwickelten „Schlupflöcher“ der Annexstätigkeiten und der Nutzung freier Kapazitäten sollten vom Landesgesetzgeber adressiert werden. Insofern muss mindestens klargestellt werden, dass nur bei einer im Verhältnis zum Hauptzweck ganz untergeordneten Bedeutung, die durch klare quantitative Vorgaben einzugrenzen ist, Annexstätigkeiten ausgeübt werden können. Freie Kapazitäten müssen umgehend abgebaut werden

---

und dürfen nicht durch gesetzliche Ausnahmen verfestigt werden.

9. Das Örtlichkeitsprinzip bildet die verfassungsimmanente Grenze der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG. Es gebietet, dass sich die Kommunen auf die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft beschränken. Nur nach den strengen Regeln über die kommunale Zusammenarbeit sollten Gemeinden auf fremden Gemeindegebieten Wirtschaftstätigkeiten entfalten dürfen. Auslandsaktivitäten sollten der Kommunalwirtschaft ohnehin nicht gestattet sein.
10. Prozedurale Vorgaben können klare gesetzliche Rahmenbedingungen nicht ersetzen. Markterkundungsverfahren oder Anhörungen von IHKs und Handwerkskammern vermögen für sich genommen wenig zu bewirken. Sie können einen überzeugenden Regelungsrahmen aber sinnvoll ergänzen, indem sie die Diskussion um kommunale Wirtschaftsaktivitäten versachlichen.
11. Sektorale Sonderregelungen des Gemeindefirtschaftsrechts, die in jüngster Zeit insbesondere für den Strom-, Gas- und Wärmemarkt geschaffen worden sind, vermögen nicht zu überzeugen. Ein nach den vorstehenden Prinzipien ausgestaltetes Gemeindefirtschaftsrecht kann auf alle Wirtschaftsbranchen uneingeschränkt Anwendung finden.
12. Das Gemeindefirtschaftsrecht in den 16 Bundesländern ist inzwischen so weit auseinander gedriftet, dass eine Harmonisierung heute mehr denn je geboten ist. Die Ersetzung des gemeindefirtschaftsrechtlichen Flickenteppichs durch eine moderne, wettbewerbsfreundliche und homogene Regelung wäre ein großer Schritt in Richtung offener und effizienter Märkte. Dies würde umfangreiche Wachstumsimpulse freisetzen und das Gemeinwohl nachhaltig fördern.

Der BDI hofft, mit der vorliegenden Studie einen Beitrag zur Verwirklichung dieses Ziels zu leisten.

## Impressum

---

**Herausgeber**

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI)  
Breite Straße 29  
10178 Berlin  
T: +49 30 2028-0  
*www.bdi.eu*

**Redaktion**

Dr. Ludger Breuer  
Abteilung Wettbewerb, Öffentliche Aufträge und Verbraucher

**Gesamtredaktion**

Dr. Ulrike Suchsland  
Abteilung Wettbewerb, Öffentliche Aufträge und Verbraucher

Niels Lau

Abteilung Wettbewerb, Öffentliche Aufträge und Verbraucher

**Konzeption & Umsetzung**

Sarah Pöhlmann  
Abteilung Marketing, Online und Veranstaltungen

**Layout**

Michel Arencibia  
*www.man-design.net*

**Druck**

Das Druckteam Berlin  
*www.druckteam-berlin.de*

**Verlag**

Industrie-Förderung GmbH, Berlin

**Bildnachweis**

Cover: 64745833 / © Burkhard Kuster - fotolia.com

**Stand**

Dezember 2014  
BDI-Publikations-Nr. 0025



