NWVBl. 5/2006
Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung

ABHANDLUNGEN

Rechtsgrundlagen der Kommunalwirtschaft

Von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück, und Verw.-Dipl. (VWA), Verwaltungsfachwirt Uwe Schmalenbach, Herscheid*

Europarechtliche Vorgaben mit einer Liberalisierung vor allem im Bereich der Versorgungswirtschaft und grundlegend veränderte Marktbedingungen haben die Kommunen vor neue Herausforderungen gestellt. Der Gesetzgeber hat hierauf mehrfach mit Novellen des Kommunalrechts reagiert. Der Beitrag informiert über die aktuellen Rechtsgrundlagen der Kommunalwirtschaft und zeigt Tendenzen der noch keinesfalls abgeschlossenen Entwicklung auf. Zugleich wird über eine Verlagerung der Rechtsschutzmöglichkeiten betroffener Konkurrenten vom Privatrecht auf das öffentliche Recht berichtet.

Fragen der kommunalen Wirtschaftstätigkeit werden in jüngster Zeit wieder verstärkt erörtert[1]. Dies entspricht den starken Veränderungen, die durch intensive Aktivitäten des Gesetzgebers in das Gemeindewirtschaftsrecht gekommen sind. Auch die Rechtsprechung zum kommunalen Wirtschaftsrecht ist in Bewegung geraten. Ursachen sind die desolate Finanzsituation der Städte und Gemeinden und die tief greifenden Änderungen in den Rahmenbedingungen der Tätigkeitsfelder durch Vorgaben der Europäischen Union. Hier ist insbesondere die Liberalisierungswelle im Bereich der Energiewirtschaft zu nennen. Bisher staatliche und gemeindliche Monopole wurden abgeschafft und für den Wettbewerb geöffnet. Um die Einnahmeverluste aus ihren angestammten Geschäftsfeldern aufzufangen, versuchen die Gemeinden, ihre Kapazitäten gewinnbringend auszulasten und erschließen neue Geschäftsfelder. Gemeindliche Druckereien fertigen Geburtstags- und Hochzeitseinladungen, Kantinen halten einen Partyservice vor, Gemeinden betreiben Online-Informationsportale[2] und städtische Bauhöfe stellen Maschinen und sonstiges Gerät gegen Entgelt Außenstehenden zur Verfügung. Darüber hinaus bieten Energieversorgungsunternehmen eine Rundumversorgung einschließlich der Installation und Wartung der Anlagen an. Gefördert wird diese Entwicklung auch durch das Neue Steuerungsmodell, mit dem verstärkt betriebswirtschaftliche Handlungsweisen in die Kommunalverwaltung eingezogen sind. Eine in diesem Zusammenhang kontrovers behandelte Frage ist, ob die Gemeinden sich auch außerhalb ihrer Gebietsgrenzen wirtschaftlich betätigen dürfen.

Gegen die kommunale Wirtschaftstätigkeit regt sich Widerstand der privaten Konkurrenz. Diese kämpft politisch und juristisch gegen deren Ausweitung. Nachdem der BGH die Beurteilung der kommunalen Wirtschaftstätigkeit durch die Zivilgerichtsbarkeit im Rahmen des Wettbewerbsrechts beendet hat, können private Konkurrenten nun nach einer neueren Entscheidung des OVG Münster mit öffentlich-rechtlichen Abwehransprüchen gegen die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde vor den Verwaltungsgerichten vorgehen.

I. Historische Entwicklung kommunaler Wirtschaftstätigkeit

Die heutige wirtschaftliche Tätigkeit der Kommunen findet ihren Ursprung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Damals begannen die Gemeinden mit der Gründung von Leihstellen und Sparkassen. Später folgte die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Gas und Strom. Diese Versorgungsaufgaben wurden zunächst von privaten Unternehmen erfüllt. Monopolpreise, eine Konzentration der Leitungsnetze in Wohngebieten der zahlungskräftigen Bevölkerung und heruntergewirtschaftete Anlagen waren die Gründe für einen Übergang auf kommunale Unternehmen. Um die Versorgung ihrer Bevölkerung mit Dingen des täglichen Bedarfs sicherzustellen, wurden in Notzeiten u. a. auch kommunale Bäckereien eröffnet.[3] Nach dem Ersten Weltkrieg erfolgte eine Ausweitung der Kommunalwirtschaft aufgrund des Art. 156 der Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919[4]. Dieser sog. Gemeinwirtschaftsartikel erlaubte die Kommunalisie-

* *Stüer* lehrt an den Universitäten Münster und Osnabrück das öffentliche Baurecht, Fachplanungsrecht, Umweltrecht und Kommunalrecht. Er ist zugleich Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Richter am BGH-Anwaltssenat. *Schmalenbach* ist Kämmerer der Gemeinde Herscheid.

1 *Badura*, DÖV 1998, 818; *Ehlers*, DVBl. 1998, 497; *ders.*, NJW 2002, Beilage zu Heft 23, 33; *Frenz*, WRP 2002, 1367; *Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, FS Blümel, Köln 1999, 119; *Held*, NWVBl. 2000, 201; *Henneke*, NdsVBl. 1999, 1; *ders.*, Der Landkreis 2002, 644; *Ipsen*, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden als kommunalrechtliche und verfassungsrechtliche Fragestellung, in: FS Rauschning, 2001, 645; *Meyer*, LKV 2000, 321; *Püttner*, StädteT 1990, 877; *ders.*, DÖV 2002, 731; *Schoch*, DVBl. 1994, 962; *Thomalla*, Verwaltungsorganisation 1992, Nr. 10, 21; *Zacharias*, VR 2000, 271.

2 *Stapel-Schulz*, VBlBW 2003, 90 am Beispiel der CityMail 21 in Esslingen.

3 *Waechter*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 1995, Rn. 594; *Kloosterhuis*, Kommunalwirtschaft des Provinzialverbandes Westfalen am Beispiel der Kanalbauten von 1893 bis 1906 als Mittel der westfälischen Integrationspolitik; *Großmann/Brees/Schachner*, Gemeindebetriebe in der Schweiz, in Belgien und Australien, Leipzig 1909; *Lücker*, Die Gemeindebetriebe in den Städten, Kreisen und Landgemeinden des Oberschlesischen Industriebezirks, Leipzig 1910.

4 Reichsgesetzblatt 1919, S. 1413.

rung privatwirtschaftlicher Unternehmungen. Vor diesem Hintergrund wurde 1935 die Deutsche Gemeindeordnung (DGO)[5] erlassen, um die Zulässigkeit kommunaler Wirtschaftstätigkeit zu begrenzen. Danach durfte die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, wenn

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

An die Regelungen der DGO knüpfte nach dem Zweiten Weltkrieg auch die GO NRW an. Jedoch gab es insoweit eine Änderung, als die Betätigung einen *dringenden* öffentlichen Zweck erforderte[6]. In den letzten Jahren wurden die Bestimmungen über die wirtschaftliche Betätigung – insbesondere im Hinblick auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen – mehrfach geändert. Mit dem Gesetz zur Änderung der Kommunalverfassung vom 17. 5. 1994[7] entfiel die sog. Subsidiaritätsklausel, nach der der dringende öffentliche Zweck nicht durch andere Unternehmen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden konnte. Zentrale Vorschrift der Zulässigkeitsvoraussetzungen wurde § 107 GO NRW. Durch das Gesetz zur Stärkung der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden und Gemeindeverbänden im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen vom 25. 11. 1997 wurden die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine wirtschaftliche Betätigung auf dem Gebiet der Telekommunikation erweitert. Mit dem 1. Modernisierungsgesetz NRW vom 15. 6. 1999 wurde die 1994 gestrichene Subsidiaritätsklausel wieder in das Gesetz aufgenommen[8]. Hinsichtlich des öffentlichen Zwecks ist der Zusatz „*dringend*" entfallen.[9] Am 9. 4. 2003 beschloss der Landtag NRW das Gesetz zur finanziellen Entlastung der Kommunen in Nordrhein-Westfalen. Bestandteil des Gesetzes ist eine Änderung des § 107 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GO NRW, nach der die Wörter „*als Hilfsbetriebe*" gestrichen wurden. Damit wurde jedoch lediglich der organisatorische Gestaltungsspielraum der Kommunen, nicht jedoch ihr wirtschaftlicher Betätigungsspielraum erweitert.[10]

II. Umbruchsituation der Kommunalwirtschaft

Durch die Liberalisierungspolitik insbesondere der Europäischen Union, in deren Visier auch die Kommunen geraten sind[11], haben sich die Rahmenbedingungen für die Kommunalwirtschaft erheblich verändert[12]. Dabei stehen die Kommunen vor dem Problem, auf der einen Seite den Anforderungen des Wettbewerbs gerecht zu werden[13] und auf der anderen Seite dem Gemeinwohl zu dienen[14]. Die letzten Jahre sind auch von einem Trend zur Ausgliederung von Aufgaben aus dem Kernbereich der Kommunalverwaltung geprägt. Deshalb hat der Landesgesetzgeber den Kommunen mit der Anstalt des öffentlichen Rechts die Möglichkeit eingeräumt, wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Betätigung in einer eigenständigen rechtsfähigen Organisationsform zu betreiben. Vor allem in der jüngsten Zeit zeichnet sich verstärkt ab, dass der Trend zur Ausgliederung auch die sog. nichtwirtschaftlichen Einrichtungen in Städten und Gemeinden aller Größenklassen erfasst.[15] Dabei ist zu berücksichtigen, dass durch die Ausgliederung die politische Steuerungs- und Kontrollmöglichkeit verloren geht. Die Steuerung und Kontrolle der Kommunalunternehmen durch Aufbau einer Beteiligungsverwaltung als Bestandteil des Neuen Steuerungsmodells wird somit notwendig[16]. Aber auch tragende Haushaltsgrundsätze, wie z. B. der Grundsatz der Vollständigkeit, Einheitlichkeit und Öffentlichkeit, werden durch Ausgründungen relativiert. Während vor einem Vierteljahrhundert noch in der öffentlichen Ratssitzung über die Fahrpreise in den Straßenbahnen abgestimmt wurde, werden sie heute nichtöffentlich im Aufsichtsrat festgelegt.

Unverkennbar haben auch eher betriebswirtschaftliche Handlungsweisen Platz gegriffen[17]. Teilweise wird eine Annäherung an eine vollständig unternehmerische Haltung kommunaler Wirtschaftstätigkeit gefordert. Die Kommunalverwaltung ist jedoch kein privatwirtschaftliches Unternehmen. Zugleich werden Private an den Aufgaben der Daseinsvorsorge beteiligt. Angesichts sich rasch verändernder Marktgegebenheiten ist eine solche Zusammenarbeit mit privaten Unternehmen oder Kooperationen kommunaler Unternehmen erforderlich, um Synergieeffekte zu nutzen und die Herausforderungen der Zukunft zu meistern. In vielen Bereichen wandelt sich der Staat vom leistenden zum gewährleistenden Staat.

III. Rechtliche Rahmenbedingungen

Die wirtschaftliche Betätigung findet ihre rechtliche Grundlage in verfassungsrechtlichen Vorgaben und den kommunalwirtschaftsrechtlichen Regelungen in §§ 107 ff. GO NRW.

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die Gemeinden haben ein in Art. 28 Abs. 2 GG garantiertes Selbstverwaltungsrecht. Gewährleistet werden die Existenz von Gemeinden (Rechtssubjektsgarantie), ein eigener Aufgabenbereich (Rechtsinstitutionsgarantie) und ein subjektives öffentliches Recht zur Abwehr von Eingriffen in den gewährleisteten Bereich (subjektive Rechtsstellungsgarantie)[18]. Die Rechtsinstitutionsgarantie ermöglicht es den Gemeinden, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Eine entsprechende Gewährleistung enthält auch Art. 78 Verf. NRW. Die Gewährleistung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft beinhaltet aber gleichzeitig eine Beschränkung der Handlungsbefugnisse auf diesen Bereich.[19] Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind solche Angelegenheiten, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder

5 Reichsgesetzblatt 1935 I, S. 49; *Büsch* (Hrsg.), Geschichte der Berliner Kommunalwirtschaft in der Weimarer Epoche, Berlin 1960.
6 Zur Eröffnungsbilanz des Kommunalverfassungsrechts in den neuen Ländern *Schützenmeister*, LKV 1991, 25, 213; *Kunze*, StuGB 1990, 194.
7 GV NRW S. 270; zum Vorfeld der Gesetzesberatungen *Mohl*, Gemeindehaushalt 1993, 231.
8 Zu den Folgen dieser Verschärfung des Kommunalwirtschaftsrechts *Henneke*, DVBl. 2000, 997.
9 *Ehlers*, NWVBl. 2000, 1; *Lux*, NWVBl. 2000, 7; *Umlandt*, DNV 2000, Nr. 5, 12.
10 LT-Drs. 13/3177. Zu Neuregelungen des Kommunalwirtschaftsrechts in Bayern *Schulz*, DNV 2000, Nr. 4, 22, zu Sachsen *Pommer/Tintelnot*, SächsVBl. 2003, 205; für Brandenburg *Schmahl*, LKV 2000, 47.
11 *Ahrens-Salzsieder*, StuGR 2000, Nr. 8, 20.
12 *Burgi*, Der Landkreis 2003, 26; *Katz*, Gemeindehaushalt 2003, 1; *Müller/Müller*, Gemeindehaushalt 2003, 54.
13 *Berg*, WiVerw. 2000, 141; *Ennuschat*, WRP 1999, 405; *Held*, DNV 2000, Nr. 2, 8; *Hösch*, WiVerw. 2000, 159; *Weiblen*, BWGZ 2000, 177.
14 *Ipsen* (Hrsg.), Kommunalwirtschaft im Umbruch, Kommunale Wirtschaftsunternehmen zwischen öffentlicher Aufgabe und Wettbewerb, 11. Bad Iburger Gespräche, Osnabrück 2001; *Hill*, Kommunalwirtschaft, Speyer 1998; Die Zukunft der Kommunalwirtschaft, Tagungsbericht, Bonn 1998; *Moraing*, StG 1999, 316.
15 *Weiblen*, in: Fabry/Augsten (Hrsg.), Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, 2002, 443 (446); *Steckert*, Kommunalwirtschaft im Wettbewerb, Baden-Baden 2002.
16 Zur kommunalwirtschaftlichen Betätigung nach der Reform des Gemeindewirtschaftsrechts am Beispiel der Stadt Düsseldorf *Zilkens*, NWVBl. 2002, 294; zu Erfahrungen aus Erfurt *Ruge*, DNV 2001, Nr. 6, 25.
17 *Werner*, VBlBW 2001, Nr. 1, 20.
18 *Ipsen*, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden als kommunalrechtliche und verfassungsrechtliche Fragestellung, in: FS Rauschning, 2001, 645; *Stern*, Kommunalwirtschaft und Verfassungsrecht, Köln, 1970; *Stüer*, Funktionalreform und kommunale Selbstverwaltung, 1980, 1; *ders.*, Kommunalrecht in NRW, 1997, 1.
19 *Schmidt-Aßmann*, in: ders., Besonderes Verwaltungsrecht, 1. Abschn., Rn. 15; *Rennert*, Die Verwaltung 35 (2002), 319.

auf die örtliche Gemeinschaft einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen.[20]

2. Begriff der wirtschaftlichen Betätigung

Die GO NRW unterscheidet zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Betätigung. Seit 1994 enthält sie eine Legaldefinition[21] für den Begriff der wirtschaftlichen Betätigung. Darunter ist „der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen[22] am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte"[23].

Der Begriff der wirtschaftlichen Betätigung ist betriebs-, nicht handlungsbezogen.[24] Es ist daher auf den Betrieb eines Unternehmens abzustellen, nicht jedoch durch eine Einzelbetrachtung auf jede unternehmerische Tätigkeit. Maßgeblich für den Unternehmensbegriff ist eine faktische oder rechtliche Selbstständigkeit gegenüber der Kernverwaltung. Außerdem wird ein nach kaufmännischen Gesichtspunkten eingerichtetes Rechnungswesen für erforderlich gehalten. Dieses Abgrenzungskriterium dürfte mit der Einführung des neuen kommunalen Finanzmanagements auf der Grundlage der kaufmännischen Buchführung jedoch seine Aussagekraft verlieren.

Weitere Voraussetzung ist, dass die Gemeinde am Markt tätig wird. Nicht erforderlich ist in diesem Zusammenhang, dass bereits ein Markt besteht.[25] Übereinstimmend wird davon ausgegangen, dass zur Marktteilnahme die Produktion von Gütern und Dienstleistungen für externe Kunden gehört (z. B. der Verkauf von Grünpflanzen durch einen städtischen Gartenbaubetrieb). Umstritten ist, ob auch die Versorgung der Verwaltung selbst mit Gütern oder Dienstleistungen unter die Marktaktivitäten der Gemeinde fällt. Dazu wird in der Literatur überwiegend die Auffassung vertreten, dass das Kriterium der Marktteilnahme mit der Fremdbedarfsdeckung gleichzusetzen ist. Nach anderer Auffassung bedürfe es keiner Einordnung der Hilfsbetriebe unter den Katalog des § 107 Abs. 2 GO NRW (nichtwirtschaftliche Einrichtungen), wenn diese Einrichtungen von vornherein schon nicht als wirtschaftliche Unternehmen anzusehen wären.[26] Das Kriterium der Marktteilnahme sei daher auch dann erfüllt, wenn die Dienstleistungen oder Güter innerhalb der Verwaltung vertrieben würden. Die Anwendung der kommunalverfassungsrechtlichen Zulässigkeitsvorschriften auf die genannten Tätigkeiten wird aber durch die Aufnahme in den Katalog des § 107 Abs. 2 GO NRW verhindert.

Als weiteres Merkmal ist zu überprüfen, ob die betreffende Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte. Es existiert eigentlich keine Tätigkeit, die nicht auch von einem Privaten erbracht werden könnte. Beispielsweise lassen sich Schulen, Krankenhäuser, Abfallentsorgung, Verkehrsüberwachung auch privat betreiben. Daher ist auf das rechtliche Können abzustellen.[27] So ist die Verkehrsüberwachung durch eigene Kräfte der Behörde rechtlich vorgeschrieben. Jede nicht der Kommune ausdrücklich zugewiesene Tätigkeit ist bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen wirtschaftliche Betätigung. Hinsichtlich der Gewinnerzielungsabsicht kommt es lediglich darauf an, ob die Tätigkeit typischerweise dazu geeignet ist, Gewinne zu erzielen, nicht auf die tatsächliche Wahrscheinlichkeit.

Das Gebiet der wirtschaftlichen Betätigung ist überaus vielgestaltig. Beispiele sind Altersheime, Bäckereien, Bestattungsunternehmen, Buchbindereien, Eisfabriken, Freizeitunternehmen, Gärtnereibetriebe, Hotels, Parkhausgesellschaften, Reisebüros, Schlachthöfe, Seilbahngesellschaften, Verkehrsbetriebe, Versorgungsunternehmen, Weinkeller, Wirtschaftsförderungsgesellschaften, Wohnungsbauunternehmen u. v. m.[28] Eine wirtschaftliche Betätigung ist nur unter den Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 107 Abs. 1 GO NRW möglich. Im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung verwendet die GO den Begriff „Unternehmen", während für die nichtwirtschaftliche Betätigung der Terminus „Einrichtungen" verwandt wird. Es handelt sich daher bei Stadtwerken[29] um Unternehmen, während Museen Einrichtungen sind.

Nach herrschender Meinung erstreckt sich die verfassungsrechtliche Garantie der Selbstverwaltung auch auf die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Eine primär oder ausschließlich gewinnorientierte Wirtschaftsbetätigung der Gemeinden steht allerdings nicht unter dem Schutz des Art. 28 Abs. 2 GG.[30] Nach anderer Auffassung enthält das GG aber auch keine Inhibition oder Begrenzung der kommunalen Wirtschaftstätigkeit, auch nicht der rein erwerbswirtschaftlichen Betätigung.[31] Andere sehen im Rechtsstaatsprinzip, das für sämtliches Handeln der Träger von Staatsgewalt eine Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck verlangt, ein Verbot rein erwerbswirtschaftlicher Betätigung.[32]

Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich das GG nach herrschender Meinung nicht für eine bestimmte Wirtschaftsverfassung entschieden hat. Die Soziale Marktwirtschaft ist nur eine zulässige Wirtschaftsordnung. Aus Sicht der Finanzwissenschaft soll der Staat in einer Marktwirtschaft jedoch nur die Aufgaben übernehmen, „die er nach gesicherter Erfahrung besser als das System der Märkte oder private Unternehmer erfüllen kann"[33]. Als notwendig wird das Vorliegen von Marktversagen und dessen Bekämpfung mit geeigneten, erforderlichen und verhältnismäßigen Mitteln angesehen. Das GG sieht jedoch keinen Vorrang der Privatwirtschaft vor der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit vor. Vereinzelt wird in der Literatur die Auffassung vertreten, die Verfassung enthalte implizit ein allgemein geltendes Subsidiaritätsprinzip. Dem GG lässt sich das Subsidiaritätsprinzip als Schranke wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand jedoch nicht entnehmen.[34]

20 BVerfG, Beschl. v. 2 BvR 1619/83 – BVerfGE 79, 127 = DVBl. 1989, 300; *Diekmann*, Kommunale Selbstverwaltung, in: 50 Jahre BVerwG, Köln 2003, 815.

21 § 107 Abs. 1 S. 3 GO NRW. Zur Kommunalwirtschaft und Landeswirtschaftsverfassung *Ruffert*, NVwZ 2000, 763.

22 Kommunalwirtschaft, Dienstleistungen für die kommunale Wirtschaft, Wuppertal 2000; *Gertler*, DNV 2000, Nr. 2, 27.

23 *Schink*, NVwZ 2002, 129.

24 OVG Münster, Beschl. v. 13. 8. 2003 – 15 B 1137/03 – NWVBl. 2003, 399; a. A. *Rehn/Cronauge/von Lennep*, Gemeindeordnung für NRW, Stand: 2002, § 107 Anm. II/1.

25 *Oebbecke*, in: Wallerath (Hrsg.), Kommunen im Wettbewerb, 2001, 15.

26 *Otting*, Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommunen, 1997, 99; *Otto*, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung, 2001, 223; *Skyba*, Problemfelder der Kommunalwirtschaft, Zeitschrift für Gemeinwirtschaft 1994, 38, 1/2.

27 *Oebbecke*, in: Wallerath (Hrsg.), Kommunen im Wettbewerb, 2001, 15.

28 *Hidien*, Gemeindliche Betätigung rein erwerbswirtschaftlicher Art und „öffentlicher Zweck" kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen, 1981, 34 ff. mit weiteren Beispielen.

29 *Steckert*, ZFK 2003, 257.

30 *Hidien*, Gemeindliche Betätigung rein erwerbswirtschaftlicher Art und „öffentlicher Zweck" kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen, 1981, 125; *Stern/Püttner*, Die Gemeindewirtschaft – Recht und Realität, 161.

31 *Otting*, Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommunen, 1997, 137 ff. (160).

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

33 *Grossekettler*, in: Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Band 1, 7. Aufl. 1999, 519 ff. (522).

34 *Moraing*, Der Gemeindehaushalt 1998, 223 (224); *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, 98 f.

IV. Kommunalrechtliche Bestimmungen

Die maßgeblichen kommunalrechtlichen Vorschriften über die wirtschaftliche und auch nichtwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden sind in den §§ 107 – 115 GO NRW enthalten[35]. Die rechtlichen Grundlagen der Kommunalwirtschaft nehmen dabei von der Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Betätigung ihren Ausgangspunkt. Als wirtschaftliche Betätigung gelten nach § 107 Abs. 2 GO NRW bestimmte Einrichtungen, bei denen die Erfüllung des gemeindlichen Kerngeschäfts im Vordergrund steht und die typischerweise auch nicht mit einer Gewinnerzielung verbunden sind. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb dieses Aufgabenbereichs ist an die weiteren Voraussetzungen des § 107 Abs. 1, 3 bis 7 GO NRW geknüpft.

1. Nichtwirtschaftliche Betätigung (§ 107 Abs. 2 GO NRW)

Der Katalog des § 107 Abs. 2 GO NRW enthält eine Aufzählung der Einrichtungen, die nicht als wirtschaftliche Betätigung gelten. Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Fiktion[36], für deren Bereich eine Freistellung von den Restriktionen für die wirtschaftliche Betätigung erfolgt.[37] Zur nichtwirtschaftlichen Betätigung gehören

- Einrichtungen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,
- Einrichtungen, die für die soziale und kulturelle Betreuung der Einwohner erforderlich sind (z. B. Volkshochschulen, Museen, Schwimmbäder, Krankenhäuser),
- Einrichtungen, die der Straßenreinigung, der Wirtschaftsförderung, der Fremdenverkehrsförderung oder der Wohnraumversorgung dienen,
- Einrichtungen des Umweltschutzes sowie des Messe- und Ausstellungswesens (insbesondere Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung),
- Einrichtungen, die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs dienen (z. B. Gemeindedruckereien, Immobilienmanagementeinrichtungen, Baubetriebshöfe).

Von der Rechtsprechung wurden auch gemeindliche Kfz-Recyclinganlagen (§ 107 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GO NRW)[38] und Saunaanlagen in gemeindlichen Frei- und Hallenbädern (§ 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GO NRW)[39] als nichtwirtschaftliche Betätigung anerkannt[40]. Ebenso gehören Einrichtungen der Hoheitsverwaltung zur nichtwirtschaftlichen Betätigung. Auf die Rechtsform der Organisation kommt es hier nicht an.

Fraglich ist, ob die nichtwirtschaftlichen Einrichtungen von den besonderen Zulässigkeitsschranken kommunaler Wirtschaftstätigkeit ausgenommen sind. Hierzu wird die Auffassung vertreten, dass die Einrichtungen i. S. von § 107 Abs. 2 GO NRW auch einer öffentlichen Zwecksetzung bedürfen.[41] Nach anderer Ansicht sind die einschränkenden Zulässigkeitsvoraussetzungen auf die nichtwirtschaftlichen Einrichtungen auch dann nicht anzuwenden, wenn sie von einem Privaten mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden können.[42] Es bedürfe weder eines öffentlichen Zwecks noch komme es auf ein angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde an. Würde man einen öffentlichen Zweck für solche Unternehmen verlangen, die nach § 107 Abs. 2 GO NRW gerade als nichtwirtschaftliche Einrichtungen gelten, würde die Vorschrift mit ihrer gesetzlichen Fiktion praktisch leer laufen.[43] Allerdings ist die Gemeinde nicht völlig freigestellt. Sie darf solche Einrichtungen nur errichten und betreiben, wenn sich dies mit ihrer allgemeinen Leistungsfähigkeit verträgt. Allerdings besteht hier ein weiter kommunalpolitischer Spielraum, der erst überschritten ist, wenn ein grobes Missverhältnis zwischen Aufwand und (auch kommunalpolitischem) Ertrag besteht oder ein Haushaltssicherungskonzept zu besonderen Einschränkungen zwingt. Denn soll die Einrichtung in einer Rechtsform des privaten Rechts betrieben werden, verlangt § 108 Abs. 1 Nr. 2 GO NRW durch den Verweis auf § 8 Abs. 1 GO NRW, dass die Einrichtung erforderlich ist und innerhalb der Grenzen der gemeindlichen Leistungsfähigkeit bleibt. Außerdem muss ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Gründung oder der Beteiligung vorliegen. Ein wichtiges Interesse ist u. a. dann erfüllt, wenn die Kommune Private an der Aufgabenerfüllung beteiligen will.[44]

2. Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung (§ 107 Abs. 1 GO NRW)

Grundlage für die Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung ist § 107 GO NRW. Die Vorschrift ist in ihrer Grundstruktur § 67 der DGO von 1935 nachgebildet. Allerdings ergeben sich heute zum Teil erhebliche, teils lockernde, teils verschärfende Abweichungen. So wurden in der letzten Zeit Regelungen in die Gemeindeordnung aufgenommen, die eine exterritoriale wirtschaftliche Betätigung unter bestimmten Voraussetzungen erlauben.

a) Erfüllung einer gemeindlichen Aufgabe

Bis 1999 setzte eine wirtschaftliche Betätigung voraus, dass es sich um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft handelte. Dadurch sollte der örtliche Bezug als Zulässigkeitsvoraussetzung hervorgehoben werden.[45] Heute kann die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde „zur Erfüllung ihrer Aufgaben" erfolgen. Auch diese Formulierung nimmt Bezug auf die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG. Die GO NRW verweist damit auf die von der Verfassung gezogene Grenze der kommunalen Betätigung[46].

Die Erfüllung einer gemeindlichen Aufgabe und damit vor allem einer Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft stellt einerseits eine Ermächtigung dar, andererseits aber auch eine Begrenzung auf den Zuständigkeitsbereich der Gemeinde. Die Begrenzung aller Gemeinden auf ihre Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ist erforderlich, um gleichzeitig den Schutz der örtlichen Angelegenheiten jeder Gemeinde zu garantieren. Die Zuständigkeitskompetenzen der Gemeinden begrenzen sich somit gegenseitig.[47] *Forsthoff* stellte deshalb fest, dass der Verwaltungsträger an den ihm durch seine Rechtsgrundlagen eröffneten Wirkungskreis gebunden sei.[48] Der Auffassung, dass Art. 28 Abs. 2 GG die kommunale Wirtschaftstätigkeit nicht begrenze, weil die Vorschrift sich nur auf den öffentlich-rechtlichen Aufgabenbereich der Gemeinde beziehe[49], ist daher nicht zu folgen.[50] Die Trennung der Träger von Staatsgewalt in zwei Rechtspersönlichkeiten (sog. Fiskustheorie) muss als überholt gelten. „Die öffentliche Verwaltung bleibt auch dann Verwaltung, wenn sie wirt-

35 *Ehlers*, NWVBl. 2000, 1.
36 *Rehn/Cronauge/von Lennep*, Gemeindeordnung für NRW, Stand: 2002, § 107 Anm. VII/3.
37 *Keßler*, in: Ossola-Haring (Hrsg.), Die GmbH mit kommunaler Beteiligung und die gemeinnützige GmbH, 2002, 59.
38 OLG Düsseldorf, Urt. v. 28. 10. 1999 – 2 U 7/99 – NVwZ 2000, 111.
39 OVG Münster, Urt. v. 2. 12. 1985 – 4 A 2214/84 – OVGE 38, 200 = DÖV 1986, 339.
40 Zu Electronic Government – Internet und Verwaltung *Boehme-Neßler*, NVwZ 2002, 374.
41 *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (498); a. A. OVG Münster, Beschluss v. 12. 10. 2004 – NWVBl. 2005, 133.
42 Zu den Übergängen zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden *Stüer*, Städte- und Gemeindebund 1984, 174 (175).
43 OVG Münster, Urt. v. 2. 12. 1985 – 4 A 2214/84 – DÖV 1986, 399 (340).
44 *Steckert*, Kommunalwirtschaft im Wettbewerb – Durch Liberalisierung zur Sinnkrise?, 2002, 61.
45 LT-Drs. 11/4983 S. 24 f.
46 *Heilshorn*, Gebietsbezug der Kommunalwirtschaft, Stuttgart 2003.
47 *Oebbecke*, in: Wallerath (Hrsg.), Kommunen im Wettbewerb, 2001, 28.
48 *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl. 1973, 482.
49 *Wieland*, Stadt und Gemeinde 1998, 4.
50 *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (504); *Erichsen*, Kommunalrecht des Landes NRW, 2. Aufl. 1997, 273 f.

schaftet."[51] Damit unterliegen die Kommunen einer rechtlichen Begrenzung, die einen deutlichen Nachteil gegenüber der privaten Konkurrenz darstellt. Deshalb wird vereinzelt die Gleichbehandlung kommunaler und privater Wirtschaftstätigkeit gefordert.[52] Dabei wird jedoch der maßgebliche Unterschied zwischen kommunaler Wirtschaftstätigkeit in Ausübung staatlicher Kompetenzen und dem privatwirtschaftlichen Handeln in Ausübung individueller Freiheiten übersehen.[53] Während für die Privatwirtschaft eine freie Wahl der Tätigkeitsfelder und Handlungsziele besteht, unterliegt die öffentliche Wirtschaftstätigkeit einer umfassenden Gemeinwohlverpflichtung.

Der Grundsatz der räumlichen Begrenzung kommunaler Aktivitäten schließt jedoch Wirkungen auf fremdes Gemeindegebiet nicht aus. Beispiele sind Freizeitbäder, Theater, Museen, die gerade auch Einwohnern aus anderen Gemeinden zur Verfügung stehen. Gebietsüberschreitende Aktivitäten sind aber auch im Rahmen von Kooperationen und interkommunaler Zusammenarbeit möglich. Grundlage bildet das Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit (GkG). Bei der Auslegung des Begriffs der „gemeindlichen Aufgabe" ist ausschlaggebend, wo die eigentliche Wertschöpfung erfolgt. Hinsichtlich des örtlichen Charakters ist darauf abzustellen, wo der Schwerpunkt der Betätigung liegt. Der Schwerpunkt der Einrichtung muss in der Gemeinde liegen. Es ist notwendig, dass die Einrichtung in der Gemeinde bereitgestellt und betrieben wird.[54] Die Ausstrahlung über die Gemeindegrenzen hinaus kann jedoch nicht ins Gewicht fallen. Daher ist die Beteiligung an einer Flughafengesellschaft mit überregionalem Charakter oder nach Maßgabe des SpK NRW an kommunalen Sparkassenorganisationen zulässig.[55] Im Übrigen bedarf es der interkommunalen Abstimmung[56], die vertragliche Regelungen oder ein kommunales Einvernehmen einschließt.

b) Erfordernis eines öffentlichen Zwecks

Eine Hauptvoraussetzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit stellt die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks dar. Bis 1999 war sogar ein *dringender* öffentlicher Zweck notwendig. Diesem Zusatz kam jedoch kein materielles Erfordernis zu, sodass ein öffentlicher Zweck nicht daran gescheitert wäre.[57] Der Begriff des öffentlichen Zwecks lässt sich inhaltlich nicht positiv bestimmen. Der öffentliche Zweck verlangt aber, dass die wirtschaftliche Betätigung dem Gemeinwohl dient. Dazu gehört jeder Gemeinwohlbelang, der im Aufgabenbereich der Gemeinde liegt.[58] Beispielsweise die Sicherung des Eigenbedarfs der Gemeinde sowie ihrer Einwohner, des ortsansässigen Gewerbes und der Industrie mit öffentlichen Versorgungsleistungen, die Bereitstellung der öffentlichen Infrastruktur oder die kommunale Siedlungspolitik mit dem Ziel einer Wohnungsversorgung für breite Schichten der Bevölkerung.[59] Damit wird der Begriff letztlich inhaltlich jedoch kaum fassbarer. Folgerichtig steht den Gemeinden bei dessen Auslegung eine Einschätzungsprärogative zu.[60] Die Beurteilung des öffentlichen Zwecks ist damit in erster Linie den Anschauungen und Entschließungen der maßgeblichen Gemeindeorgane überlassen und hängt von den örtlichen Verhältnissen, finanziellen Möglichkeiten, Bedürfnissen der Einwohner und anderen Faktoren ab.[61] Da es sich letztlich nicht um rechtliche, sondern um kommunalpolitische Erwägungen handelt, ist der gemeindliche Spielraum bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „öffentlicher Zweck" der Überprüfung durch die Kommunalaufsicht und die Gerichte weitgehend entzogen. Aufgabe der Aufsichtsbehörden oder der Gerichte kann es nämlich nicht sein, kommunalpolitische Einschätzungen zu korrigieren, sondern lediglich zu überprüfen, ob eine Förderung des Wohls der Einwohnerschaft durch die konkrete wirtschaftliche Betätigung gänzlich ausgeschlossen ist.

Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur besteht dahingehend, dass ein öffentlicher Zweck nicht vorliegt, wenn die kommunale Wirtschaftstätigkeit primär dazu dient, Gewinne zu erzielen.[62] Das gilt u. a. auch dann, wenn die Gewinnerzielung der Konsolidierung des Haushalts dient.[63] Das öffentliche Unternehmen muss nämlich unmittelbar durch seine Leistungen dem Gemeinwohl dienen. Reines Gewinnstreben verbietet bereits die kommunale Aufgabenstellung, die in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und Förderung des Gemeinwohls liegt.

Es wird allerdings auch vertreten[64], dass der öffentliche Zweck eine reine Erwerbswirtschaft nicht zwingend ausschließt. In einer Situation kommunaler Unterfinanzierung garantiere das Selbstverwaltungsrecht den Kommunen auch die Erzielung von Gewinnen durch rein erwerbswirtschaftliche Betätigung. Dagegen spricht die Vorschrift des § 109 Abs. 1 Satz 2 GO NRW, die zur Einnahmeerzielung verpflichtet, soweit dadurch der öffentliche Zweck nicht beeinträchtigt wird. Aus der Gegenüberstellung von öffentlicher Zwecksetzung und Ertragsstreben wird deutlich, dass die Einnahmeerzielung nicht selbst schon öffentlicher Zweck ist.

Anerkannt ist ein öffentlicher Zweck in den traditionellen Bereichen der Daseinsvorsorge. Dieser Begriff wurde geprägt von *Forsthoff*, der Daseinsvorsorge als „alle Leistungen der Verwaltung an die Staatsgenossen"[65] umschrieben hat, wobei dies nicht auf lebensnotwendige Leistungen beschränkt ist. Hierzu gehört die Errichtung und Unterhaltung kommunaler Einrichtungen für die Allgemeinheit (Wasserversorgung, Krankenhäuser, Freizeitbäder). Das Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Zwecks geht aber über den Rahmen der Daseinsvorsorge hinaus. Zur Verdeutlichung sind nachfolgend drei Praxisbeispiele für einen öffentlichen Zweck aufgeführt:[66]

- Sichere und sozial verantwortbare Wohnungsversorgung der breiten Schichten der Bevölkerung,
- Die Einrichtung und der Betrieb eines Verkehrsflughafens sowie die Förderung der zivilen Luftfahrt und des Flugsports sowie alle im Zusammenhang mit der Vermietung und Verpach-

51 *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (504).
52 *Wieland*, Stadt und Gemeinde 1998, 4 (6).
53 *Otto*, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung, 2001, 26.
54 *Rehn/Cronauge/von Lennep*, Gemeindeordnung für NRW, Stand 2002, § 107 Anm. VIII/2.
55 *Heinrichs/Schwabedissen*, Städte- und Gemeinderat 1998, 160 (162).
56 BVerwG, Urt. v. 8. 9. 1972 – IC V 17.71 – BVerwGE 40, 323 DVBl. 1973, 34; Urt. v. 15. 12. 1989 – BVerwGE 84, 209 NVwZ 1990, 154; Urt. v. 1. 8. 2002 – 4 C 5.01 – BVerwGE 117, 25 = DVBl. 2003, 35.
57 *Koehler*, VR 2000, 44 f.
58 OVG Münster, Beschl. v. 13. 8. 2003 – 15 B 1137/03 – NWVBl. 2003, 399.
59 *Enkler*, ZG 1998, 328 (333 f.).
60 BVerwG, Urt. v. 22. 2. 1972 – I C 24/69 – BVerwGE 39, 329 (334) = MDR 1972, 804: „Die Beurteilung des öffentlichen Zwecks für die Errichtung und Fortführung eines Gemeindeunternehmens ist daher der Beurteilung durch den Richter weitgehend entzogen. Im Grunde handelt es sich um eine Frage sachgerechter Kommunalpolitik, die – wie jedes sinnvolle wirtschaftliche Handeln – in starkem Maße von Zweckmäßigkeitsüberlegungen bestimmt wird."
61 *Hill*, BB 1997, 425 (429).
62 BVerfG, Beschl. v. 8. 7. 1982 – 2 BvR 1187/80 – BVerfGE 61, 82 (107) = DVBl. 1982, 940; VerfGH Koblenz, Urt. v. 28. 3. 2000 – VGH N 12/98 – DVBl. 2000, 992 (994); *Waechter*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 1995, Rn. 604; *Rehn/Cronauge/von Lennep*, Gemeindeordnung für NRW, Stand 2002, § 107 Anm. III/1; *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (499).
63 *Schönershofen/Binder-Flacke*, VR 1997, 109 (111).
64 *Otting*, Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommunen, 1997, 112 ff.
65 *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl. 1973, 370 f.; vgl. auch *Fuest/Kroker/Schatz*, Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen und die Daseinsvorsorge, Köln 2002; *Groth*, Zur Reform der Kommunalwirtschaft unter Berücksichtigung rechtlicher und wirtschaftpolitischer Grundsätze, in: Schiller-Dickhut, Kommunale Unternehmen auf der Flucht nach vorn, Bielefeld 1999, S. 39; *Held*, Reform der Strukturprinzipien kommunalwirtschaftlicher Betätigung, ebenda, S. 23; *Henneke*, DNV 2002, Nr. 4, 19; *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb oder Daseinsvorsorge?, Tübingen 2000.
66 Stadt Münster, Beteiligungsbericht 2001/2002, 2002.

tung stehenden Geschäfte einschließlich der Versorgung Dritter mit elektrischer Energie für den Bereich des Flughafens,
- Betrieb eines zoologischen Gartens. Die Gesellschaft soll die Liebe zum Tier und zur Natur und die Kenntnis von ihnen wecken und fördern. Es gehört zu ihren Aufgaben, die Zootiere nach dem neuesten Stand tiergärtnerischer Kenntnis zu halten und Arterhaltung zu betreiben. Ihre Einrichtungen sollen der naturwissenschaftlichen Belehrung und der zoologischen Forschung dienen.

Der öffentliche Zweck muss die wirtschaftliche Betätigung auch *erfordern*. Erfordern bedeutet, dass der Zweck nur durch wirtschaftliche Betätigung und nicht auf andere Weise erreicht werden kann. Umstritten ist, ob dem Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Zwecks auch die Wirkung einer Subsidiaritätsklausel zukommt.[67] Da in Nordrhein-Westfalen die Subsidiaritätsklausel wieder in die Gemeindeordnung aufgenommen wurde, soll auf diesen Meinungsstreit nicht weiter eingegangen werden.

c) Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit

Weitere Voraussetzung für die wirtschaftliche Betätigung ist, dass diese in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht. Dieses Kriterium zielt darauf ab, die Gemeinde vor Aktivitäten zu bewahren, die ihre Verwaltungs- und / oder Finanzkraft überfordern.[68] Die Gemeinde soll insbesondere vor solchen wirtschaftlichen Betätigungen geschützt werden, die von der Größenordnung her ein unverhältnismäßiges wirtschaftliches Risiko darstellen oder für die der Kommune die sächlichen und persönlichen Voraussetzungen fehlen. Die Beachtung der finanziellen Leistungsfähigkeit ergibt sich allerdings auch bereits aus dem allgemeinen Haushaltsgrundsatz über die sparsame und wirtschaftliche Führung der Haushaltswirtschaft.[69] Der Frage der Leistungsfähigkeit kommt zunehmend größere Bedeutung zu, da viele Kommunen gezwungen sind, Haushaltssicherungskonzepte zu erstellen. In diesem Fall verfügt die Kommune nur über eine geringere Leistungsfähigkeit, was bestimmte Wirtschaftsaktivitäten ausschließt.

d) Subsidiaritätsklausel

Seit 1999 enthält die GO NRW wieder eine sog. „einfache" Subsidiaritätsklausel oder auch Funktionssperre. Danach darf die Gemeinde sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen, wenn der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann. Es besteht somit kein grundsätzlicher Vorrang der privaten vor der kommunalen Wirtschaftsbetätigung. Die echten Subsidiaritätsklauseln untersagen bereits eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen bei gleich guter und wirtschaftlicher Zweckerfüllung durch Privatunternehmen.[70]

Gegenüber den echten Subsidiaritätsklauseln wird geltend gemacht, dass sie mit Art. 28 Abs. 2 GG nicht vereinbar sind. Dieser enthält die Garantie gemeindlicher Selbstverwaltung, die auch die wirtschaftliche Betätigung umfasst. Allerdings besteht die Gewährleistung des gemeindlichen Aufgabenbestandes nur „im Rahmen der Gesetze". Sie steht somit unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Dem Gesetzgeber sind aber seinerseits Schranken gesetzt. So ist ein Eingriff in den unantastbaren Kernbereich des Selbstverwaltungsrechts generell unzulässig.

Zu dieser Frage liegt inzwischen eine Entscheidung[71] des rheinland-pfälzischen Verfassungsgerichtshofs vor. Der Verfassungsgerichtshof hält die für Rheinland-Pfalz geltende schärfere Subsidiaritätsklausel für verfassungskonform. Nach seiner Auffassung stellt sie weder einen Eingriff in den Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie noch einen Eingriff in den sonstigen Bereich des Selbstverwaltungsrechts dar.

Cronauge/Westermann[72] bezeichnen die Subsidiaritätsklausel als rechtlich fragwürdig, da sie im Grunde einen Vergleich zwischen einem optimal wirtschaftenden Privatunternehmen und einer ebenso optimalen wirtschaftlichen Betätigung der Kommune im Einzelfall voraussetzt. Solche Vergleiche seien aber im Grunde nicht möglich, da die wirtschaftlichen Unternehmen der Kommune gerade nicht ausschließlich der Gewinnerzielung verpflichtet seien, sondern in erster Linie den öffentlichen Zweck erfüllen sollen. Es fragt sich, ob die einfache Subsidiaritätsklausel überhaupt erforderlich ist. Denn können private Unternehmen den Zweck besser und wirtschaftlicher erfüllen, so ist eine kommunalwirtschaftliche Betätigung nicht erforderlich und damit bereits nach § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW unzulässig.

e) Ausnahmen vom Subsidiaritätsprinzip

In NRW gilt die Subsidiaritätsklausel gemäß § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO nicht für die Bereiche der klassischen Daseinsvorsorge. Sie gilt nur außerhalb der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs sowie des Betriebes von Telekommunikationsleitungsnetzen einschließlich der Telefondienstleistungen. Die Gemeinde kann in diesen Bereichen somit auch dann tätig werden, wenn sie den öffentlichen Zweck schlechter und unwirtschaftlicher als andere Unternehmen erfüllen kann.

Noch nicht abschließend beantwortet ist die Frage, ob auch Dienstleistungen, die lediglich im Zusammenhang mit der Energie- und Wasserversorgung sowie des öffentlichen Verkehrs und des Betriebs von Telekommunikationsleitungsnetzen erbracht werden, ebenfalls vom Subsidiaritätsprinzip ausgenommen sind. Diese Frage hat aber gerade für die Praxis eine große Bedeutung, da die Kommunen mit privaten Dienstleistern konkurrieren, die ihren Kunden Komplettpakete bis hin zum Gebäudemanagement anbieten. Soweit Dienstleistungen im Verhältnis zum Kerngeschäft eine untergeordnete Rolle spielen, können sie als zulässig angesehen werden, wenn sie im unmittelbaren Zusammenhang mit den angesprochenen Tätigkeitsfeldern erbracht werden.[73] Alle weitergehenden Dienstleistungen unterliegen daher wie jede andere Form der wirtschaftlichen Betätigung zu Recht dem Subsidiaritätsprinzip, da es dem Gesetzgeber nicht darum gegangen ist, den Kommunen weitere Geschäftsfelder zu eröffnen.

3. Erfordernis einer Marktanalyse

Nach § 107 Abs. 5 GO NRW ist der Rat vor der Entscheidung über die Gründung von bzw. die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung[74] an Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 auf der Grundlage einer Marktanalyse über die Chancen und Risiken des beabsichtigten wirtschaftlichen Engagements und über die Auswirkungen auf das Handwerk[75] und die mittelständische Wirtschaft zu informieren. Den örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel und den für die Beschäftigten der jeweiligen Branche handelnden Gewerkschaften ist darüber hinaus Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Marktanalysen zu geben. In erster Linie handelt es sich bei der Marktanalyse um die Zusammenstellung der notwendigen Entscheidungsgrundlagen für den Gemeinderat. Hierzu ist der Bürgermeister jedoch gemäß §§ 62, 55 GO NRW ohnehin verpflichtet. Fraglich ist, ob die Vorschrift darüber hinaus externen Orga-

67 *Held* u. a., Gemeindeordnung für das Land NRW, Stand: 2005, § 107 Anm. 5.1; a. A. *Rehn/Cronauge/von Lennep*, Gemeindeordnung für NRW, Stand 2002, § 107 Anm. III/3; *Oebbecke*, StuGR 1995, 387 (389); *Moraing*, Der Gemeindehaushalt 1998, 223 (227).

68 *Rehn/Cronauge/von Lennep*, Gemeindeordnung für NRW, Stand: 2002, § 107 Anm. IV/1.

69 § 75 Abs. 1 GO NRW.

70 So etwa in Rheinland-Pfalz.

71 VerfGH Koblenz, Urt. v. 28. 3. 2000 – VGH N 12/98 – DVBl. 2000, 992 ff. mit Besprechung *Neutz*, ZG 2000, 279.

72 *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, 4. Aufl. 2003, Rn. 250; a. A. *Ehlers*, DVBl. 1998, 497 (502).

73 LT-Drs. 12/3947.

74 Zu mittelbaren Beteiligungen *Hueber*, NotBZ 2003, 411.

75 *Meyer*, ViVerw. 2003, 57 zu den Auswirkungen des Kommunalwirtschaftsrechts auf kommunale Handwerkstätigkeiten.

nisationen Mitsprache- und Mitgestaltungsrechte einräumt. Richtig ist, dass die genannten Interessengruppen ein Recht zur Stellungnahme haben. Die Gemeinde ist also nicht verpflichtet, Anregungen und Empfehlungen zu übernehmen. Sie darf aber auch nicht auf die Erstellung verzichten. Eine Ratsentscheidung ohne erforderliche Marktanalyse wäre verfahrensfehlerhaft. Drittschützende Wirkung kommt der Vorschrift allerdings nicht zu.[76]

Problematisch ist die Offenlegung von unternehmerischen Interna der beabsichtigten wirtschaftlichen Betätigung. Maßgeblich ist, dass die Marktanalyse eine Darstellung der gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen wirtschaftlicher Betätigung enthält. Darüber hinaus sind Aussagen zum Unternehmensgegenstand, zum Marktumfeld und zu den finanziellen Chancen und Risiken zu treffen. Einzelheiten, insbesondere wenn es sich um Geschäftsgeheimnisse handelt, können in den Ausführungen zurücktreten.[77] Erforderlich ist die Marktanalyse nur in den Fällen der Gründung von bzw. der erstmaligen Beteiligung an Unternehmen. Der Anwendungsbereich ist somit auf die wirtschaftliche Betätigung nach § 107 Abs. 1 GO NRW beschränkt. In § 107 Abs. 5 GO NRW findet sich keine Aussage darüber, wer die Marktanalyse zu erstellen hat. Dem Erlass des Innenministeriums vom 19. 10. 2000[78] ist zu entnehmen, dass die Marktanalyse von der Kommune selbst erstellt oder erarbeitet werden kann. Die Anforderung externer Gutachten ist nicht erforderlich. Die Kosten der Marktanalyse hat die Gemeinde zu tragen.

4. Gewinnmitnahme

Nach derzeitiger Auffassung ist eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung durch den öffentlichen Zweck ausgeschlossen. Eine Gewinnerzielung ist damit aber nicht gänzlich unmöglich. Zunächst ist zwischen zwei Möglichkeiten der Gewinnmitnahme zu unterscheiden. In dem einen Fall erfolgt die Gewinnmitnahme unmittelbar durch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks, während in dem anderen Fall eine neben dem öffentlichen Zweck stehende selbstständige wirtschaftliche Leistung erbracht wird.

Eine Gewinnerzielung durch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks ist zulässig. § 109 Abs. 1 S. 2 GO NRW regelt dazu, dass die Unternehmen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen sollen. Entscheidend ist jedoch, dass der öffentliche Zweck dadurch nicht beeinträchtigt wird. Eine Gewinnmitnahme ist somit in zweiter Linie zulässig.

Problematisch ist die Frage der Gewinnmitnahme im Bereich der Nebentätigkeiten. Hier wird zwischen Randnutzungen und Annextätigkeiten unterschieden. Unter einer Randnutzung versteht man die Nutzung sonst brachliegender Potentiale. Dagegen handelt es sich bei Annextätigkeiten um eine Zusatzleistung, die gegenüber der Haupthandlung einen Hilfscharakter hat. Beispielsweise könnten kommunale Energieversorgungsunternehmen auch Installations- und Beratungsleistungen anbieten. Grundsätzlich haben die kommunalen Einrichtungen und Unternehmen ihre personelle und sachliche Ausstattung auf die Erledigung des regelmäßig anfallenden Geschäftsumfangs auszurichten. Überkapazitäten sind daher zu vermeiden. Zur Abdeckung von Spitzenlasten sollen privatwirtschaftliche Betriebe herangezogen werden.

Überwiegend wird die Auffassung vertreten, dass das Rentabilitätsgebot Randnutzungen zur Kapazitätsauslastung rechtfertigt. Solche Randnutzungen sind aber nur insoweit zulässig, als sie im Vergleich zum Hauptzweck über eine untergeordnete Rolle nicht hinausgehen und diesen lediglich abrunden.[79] Da lediglich gegebenes Potential genutzt wird, ist die Randnutzung in die Rechtfertigung des öffentlichen Zwecks der Haupttätigkeit einbezogen. So beurteilte das OVG Münster[80] die Vermietung neu errichteter Gewerberäume auf einem Parkhaus als zulässiges Nebengeschäft zur Parkraumbereitstellung. Nach Auffassung des Gerichts ist nicht jede einzelne unternehmerische Handlung, auch wenn sie nicht vom Gegenstand des Unternehmens erfasst wird, an den Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 107 Abs. 1 Satz 1 GO NRW zu messen. Wenn vorhandene Kapazitäten brachlägen, dürften auch Erwerbschancen außerhalb des Unternehmensgegenstandes wahrgenommen werden. In diesem Zusammenhang seien auch Geschäfte zulässig, die nicht vom Unternehmensgegenstand erfasst würden.

Im Gegensatz dazu handelt es sich bei Annextätigkeiten um die Schaffung neuer Kapazitäten. Die Zulässigkeit von Annextätigkeiten wird mit der engen Verbindung zwischen Haupthandlung und Nebentätigkeit begründet. Es muss also ein Sachzusammenhang zwischen beiden Tätigkeiten bestehen. Die Rechtfertigung der Annextätigkeit durch die Zwecksetzung der Haupttätigkeit ist daher nur erfüllt, wenn sie Voraussetzung für die Haupthandlung ist, diese somit nicht ohne die Annextätigkeit erfüllt werden kann. Neben der Gewinnerzielung unmittelbar durch den öffentlichen Zweck ist eine Gewinnmitnahme auch durch Randnutzungen und Annextätigkeiten zulässig. Gleiches gilt auch für eine Nebentätigkeit, die eine nichtwirtschaftliche Hauptbetätigung unterstützt.

5. Hilfsbetriebe, Eigenbedarfsdeckung und Nebentätigkeiten

Der Betrieb von Einrichtungen, die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs dienen, gilt nach § 107 Abs. 2 Nr. 5 GO NRW nicht als wirtschaftliche Betätigung. Bis zum In-Kraft-Treten des Gesetzes zur finanziellen Entlastung der Kommunen in NRW (EntlKommG) vom 29. 4. 2003 musste es sich noch um Einrichtungen handeln, die *als Hilfsbetriebe* ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs dienen. Dazu gehören die Hausdruckerei, die Hauskantine, der Fuhrpark und der Bauhof. Fraglich ist, inwieweit die Ausschließlichkeit der Eigenbedarfsdeckung Hilfs- oder Annextätigkeiten dieser internen Dienstleister zulässt. So stellt sich etwa die Frage, ob darunter auch die Nutzung von Rest- oder Überschusskapazitäten fällt, wenn z. B. ein als eigenbetriebsähnliche Einrichtung ausgegliederter Bauhof nicht mehr ausgelastet ist, als solcher aber in gleicher Personalstärke insbesondere für Aufgaben des Winterdienstes vorgehalten werden muss. Ebenso stellt sich die Frage, ob nicht Maschinen und Werkgeräte, die in einem Bauhof aufgrund seines vielfältigen Tätigkeitsbereichs zahlreich vorhanden sind, oft jedoch nur wenig ausgelastet werden, verliehen werden können.

Die Beschränkung der Einrichtungen auf die Deckung des kommunalen Eigenbedarfs schließt ein Dienstleistungsangebot dieser Einrichtungen für Dritte aus.[81] Werden die vorhandenen Personal- und Sachmittel auch zur Deckung von Fremdbedarf eingesetzt, liegt eine ausschließliche Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde nicht mehr vor. Zutreffend wird daher eine Zulässigkeit von Nebentätigkeiten bestritten.[82] Entsprechende Tätigkeiten sind als eigenständige Dienstleistung nach den Vorschriften über die Zulässigkeit wirtschaftlicher Unternehmen zu beurteilen.

Da die Ausdehnung interner Dienstleistungen auf private Dritte als unzulässig zu bewerten ist, fragt sich, ob und in welchem Umfang Hilfsbetriebe im Sinne von § 107 Abs. 2 Nr. 5 GO NRW für andere Betriebe der Gemeinde tätig werden dürfen. So könnte der Bauhof nicht nur für die Gemeindeverwaltung selbst,

76 *Ehlers*, NWVBl. 2000, 1 (2).
77 *Held* u. a., Gemeindeordnung für das Land NRW, Stand: 2005, § 107 Anm. 8.2.
78 III B4 – 75.08.01-8118/00.
79 *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, 41.
80 OVG Münster, Beschl. v. 13. 8. 2003 – 15 B 1137/03 – NWVBl. 2003, 399.
81 A. A. *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, 4. Aufl. 2003, Rn. 407.
82 *Otting*, Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommunen, 1997, 106 f.; a. A. *Enkler*, ZG 1998, 328 (335).

sondern auch für den gesamten „Konzern Stadt" mit seinen Schachtelbeteiligungen Aufgaben übernehmen.

Traditionell bezieht sich die Ausschließlichkeit der Eigenbedarfsdeckung auf die Kernverwaltung. Darüber hinaus wird eine Zulässigkeit anerkannt, wenn die Gemeinde deutlich Mehrheitsgesellschafterin ist.[83] Bei anderen Beteiligungen sei die Tätigkeit als wirtschaftliche Betätigung nach § 107 Abs. 1 zu beurteilen. Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass im Zuge des Neuen Steuerungsmodells ein Umbau der Kommunalverwaltung erfolgt ist. Verstärkt durch die schlechte Finanzlage der Gemeinde haben viele Ausgliederungen stattgefunden. Dabei sind auch Zusammenschlüsse von Unternehmen mehrerer Gemeinden erfolgt. Dieser Entwicklung muss Rechnung getragen werden. Für diese zusammengeschlossenen Unternehmen muss eine Aufgabenerfüllung durch einen Hilfsbetrieb einer Gemeinde möglich sein. Gleiches muss gelten, wenn ein Hilfsbetrieb einer Gemeinde für ein kommunales Unternehmen mit Beteiligung durch einen privaten Dritten tätig wird.

6. Überörtliche Betätigung

Angesichts der Beseitigung traditioneller Monopole wird von den Kommunen eine Ausweitung der wirtschaftlichen Betätigung über das Gemeindegebiet hinaus für erforderlich gehalten, um im Wettbewerb bestehen zu können. Durch das Örtlichkeitsprinzip wird die wirtschaftliche Betätigung jedoch von Verfassungs wegen in ihrem Aktionsradius eingeschränkt. Das Örtlichkeitsprinzip gilt allerdings nicht ausnahmslos. Unproblematisch sind die Fälle, in denen die wirtschaftliche Betätigung auf fremdes Gemeindegebiet ausstrahlt oder einvernehmliche Lösungen zwischen den Kommunen erzielt werden. Da die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG unter einem Gesetzesvorbehalt steht, kann der Gesetzgeber andere Regelungen vornehmen, die durch Gemeinwohlgründe gerechtfertigt sein müssen. Solche Regelungen können die gemeindlichen Handlungsmöglichkeiten sowohl einschränken als auch erweitern.

Mit der Neuregelung des § 107 Abs. 3 Satz 1 GO NRW ist eine wirtschaftliche Betätigung auch außerhalb des Gemeindegebietes zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 GO NRW vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Das Einverständnis der betroffenen Gemeinde ist entbehrlich. Somit kann die Betätigung auch gegen den Willen der betroffenen Kommune erfolgen, wenn deren berechtigte Interessen gewahrt sind. Als berechtigtes Interesse gilt vor allem das Interesse der betroffenen Gemeinde an einer eigenen wirtschaftlichen Betätigung in ihrem Gemeindegebiet.[84] Bei der Versorgung mit Strom und Gas gelten jedoch gemäß § 107 Abs. 3 S. 2 GO NRW nur solche Interessen als berechtigt, die nach dem Energiewirtschaftsgesetz eine Einschränkung des Wettbewerbs begründen[85].

Fraglich ist nun, ob eine Erlaubnis gebietsüberschreitender Wirtschaftstätigkeit vor dem Hintergrund des Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsgemäß ist. Zunächst ist der Wirkungsbereich landesgesetzlicher Regelungen auf das Landesgebiet begrenzt. § 107 Abs. 3 GO NRW rechtfertigt daher keine überörtliche Betätigung, die über die Grenzen des Landes Nordrhein-Westfalen hinausgeht.[86] Hinsichtlich betroffener nordrhein-westfälischer Gemeinden kann die Erlaubnis gebietsüberschreitender Wirtschaftstätigkeit einen Eingriff in deren Selbstverwaltungsrecht darstellen.[87] Gleichzeitig eröffnet die Neuregelung aber auch jeder Gemeinde die Möglichkeit, ihre wirtschaftliche Betätigung auszudehnen. Dies stellt allerdings nicht in jedem Fall eine adäquate Kompensation dar, weil gerade kleinere Kommunen die Möglichkeit überörtlicher Betätigung nicht immer nutzen werden.

Vor dem Hintergrund der geänderten Rahmenbedingungen für die kommunale Wirtschaftstätigkeit ist der Wunsch nach Chancengleichheit gegenüber den Wettbewerbern verständlich. Die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben können die Kommunen jedoch grundsätzlich auf ihrem eigenen Gemeindegebiet sicherstellen. Insbesondere im Bereich der Strom- und Gasversorgung ist kein wichtiger Gemeinwohlbelang erkennbar, der einen Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht von vornherein rechtfertigt. Eine Erlaubnis gebietsüberschreitender wirtschaftlicher Betätigung gegen den Willen der betroffenen Gemeinde ist ein unzulässiger Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 107 Abs. 3 GO NRW kann daher nur in der Weise erfolgen, dass diese grundsätzlich nur mit der Zustimmung der betroffenen Gemeinde möglich ist.[88] Den Kommunen ist daher zu empfehlen, nach Möglichkeit regelmäßig nur im Einvernehmen mit der betroffenen Gemeinde tätig zu werden.

Eine gebietsüberschreitende Betätigung ist zudem nur unter den Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 GO NRW zulässig. Die Kriterien gemeindlicher Bezug, öffentlicher Zweck, Leistungsfähigkeit und Subsidiarität sind somit zu erfüllen. Die Kommune muss u. a. begründen, dass die gebietsüberschreitende Betätigung unmittelbar dem Wohl der eigenen Einwohner dient. Ein lediglich mittelbarer Nutzen wie die Erhaltung der Rentabilität einer kommunalen Anlage dürfte daher nicht ausreichen.[89] Die umfassende Gemeinwohlverpflichtung unter Beachtung des Verbots reiner Gewinnerzielungsabsicht wird nur in wenigen Fällen nachzuweisen sein.

Einen weitergehenden Fall gebietsüberschreitender kommunaler Wirtschaftsbetätigung regelt § 107 Abs. 4 GO NRW. Danach ist den Kommunen nunmehr auch der Weg für eine Betätigung auf ausländischen Märkten eröffnet. Eine Auslandsbetätigung ist möglich, wenn es sich um eine wirtschaftliche Betätigung oder um eine nichtwirtschaftliche Betätigung in den Bereichen Umweltschutz, Abfallentsorgung, Abwasserbeseitigung sowie des Messe- und Ausstellungswesens handelt. Die ausländische Betätigung bedarf einer Genehmigung. Zuständig ist die Kommunalaufsichtsbehörde.[90] Fraglich ist, ob der Aufsichtsbehörde dabei ein eigenständiger Ermessensspielraum zusteht. Verwiesen wird darauf, dass die Genehmigung neben der Verdeutlichung des Ausnahmecharakters der ausländischen Betätigung auch landespolitische Ziele berücksichtigen soll.[91] Der Aufsichtsbehörde steht ein Ermessen jedoch nur dann zu, wenn sich dies aus der Vorschrift ergibt. § 107 Abs. 4 GO NRW trifft hierzu aber keine Aussage. Das Vorliegen eines Kondominiums, d. h. staatlicher Mitwirkungsrechte, ist im Regelfall zu verneinen, weil dadurch das Selbstverwaltungsrecht unangemessen eingeschränkt würde. Es ist daher von einer bloßen Rechtskontrolle auszugehen. Allerdings könnte die überörtliche Betätigung von kommunalen Unternehmen Auswirkungen auf das Vergabeverfahren haben.[92]

V. Überschreitung der Grenzen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung

Werden die rechtlichen Grenzen überschritten, ist zu beurteilen, welche Folge dies für das kommunale Handeln vor allem im Hinblick auf Rechtsschutzmöglichkeiten von Konkurrenten hat.

83 *Held* u. a., Gemeindeordnung für das Land NRW, Stand: 2005, § 107 Anm. 11.3.
84 *Held*, Der Gemeindehaushalt, 2000, 11 (14).
85 Zur Tätigkeit kommunaler Energieversorgungsunternehmen außerhalb der kommunalen Gebietsgrenzen *Markus Heintzen*, NVwZ 2000, 743.
86 *Ehlers*, NWVBl. 2000, 1 (6).
87 *Heilshorn*, Gebietsbezug der Kommunalwirtschaft, 2003, 165 f.; a. A. *Britz*, NVwZ 2001, 380 (386).
88 So auch *Lux*, NWVBl. 2000, 7 (10).
89 *Ehlers*, NWVBl. 2000, 1 (6).
90 *Held* u. a., Gemeindeordnung für das Land NRW, Stand: 2005, § 107 Anm. 4.2.
91 *Lux*, NWVBl. 2000, 7 (10).
92 *Lehmkühler*, VergabeR 2001, 353.

1. Grundrechtliche Grenze kommunaler Wirtschaftstätigkeit

In der Konkurrenzsituation zwischen kommunaler Wirtschaftstätigkeit und privater unternehmerischer Tätigkeit[93] stellt sich für den Privaten die Frage, ob er durch seine Grundrechte gegen die öffentliche Konkurrenz geschützt ist. In Betracht kommen vor allem die Berufsfreiheit des Art. 12 GG und die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. Nach der Rechtsprechung des BVerwG schützt Art. 12 GG nicht vor Konkurrenz, grundsätzlich auch nicht vor Konkurrenz des Staates.[94] Nach herrschender Meinung wird ein grundrechtlicher Schutz erst dann anerkannt, wenn die private wirtschaftliche Betätigung unzumutbar eingeschränkt wird.[95] Dies ist der Fall, wenn die wirtschaftliche Betätigung unmöglich gemacht wird oder wenn eine rechtswidrige Monopolstellung entsteht. Damit dürfte ein grundrechtlicher Konkurrenzschutz nur selten bestehen.

2. Verstoß gegen §§ 107 ff. GO NRW

Umstritten sind die Konsequenzen bei Verstößen gegen §§ 107 ff. GO NRW. In Betracht kommt hier zunächst ein Einschreiten der Kommunalaufsicht gegen eine unzulässige unternehmerische Betätigung[96]. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde gehört zum Bereich der Selbstverwaltung und unterliegt daher der Rechtsaufsicht gemäß §§ 119 ff. GO NRW. Fraglich ist, ob auch eine Klage privater Konkurrenten auf Unterlassung vor den Verwaltungsgerichten möglich ist. Dies setzt voraus, dass dem Kläger ein subjektives öffentliches Recht zusteht. Die Vorschrift muss somit zumindest auch dem jeweiligen Individualinteresse dienen und nicht ausschließlich in der Verwirklichung öffentlicher Interessen begründet sein.[97]

Eine individualschützende Zweckrichtung lässt sich dem Wortlaut der Bestimmungen des Kommunalwirtschaftsrechts der GO NRW nicht entnehmen. Jedoch besteht nach dem Willen des Gesetzgebers ein Vorrang privatwirtschaftlicher Betätigung vor der Kommunalwirtschaft[98], durch den auch der Schutzzweck der Zulässigkeitsvoraussetzungen zugunsten privater Konkurrenten ausgedrückt wird. In der Literatur wird vielfach die Auffassung vertreten, dass die Vorschriften des Kommunalwirtschaftsrechts nicht dem Schutz konkurrierender Unternehmen dienen.[99] Die Vorschriften sollen vielmehr dem Schutz der Gemeinde vor Gefahren einer übermäßigen Wirtschaftstätigkeit dienen, also lediglich einen Schutz der Gemeinde vor sich selbst bezwecken. Allenfalls sollen die Vorschriften dem Schutz der Privatwirtschaft insgesamt dienen, nicht aber dem Schutz einzelner Konkurrenten, was aber für die Klagebefugnis erforderlich ist.[100] Nach anderer Meinung vermitteln die kommunalrechtlichen Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in verfassungskonformer Auslegung einen Individualschutz.[101] In die gleiche Richtung geht die Auffassung, bei den Zulässigkeitsvoraussetzungen gehe es um einen Ausgleich zwischen verfassungsrechtlicher Garantie kommunaler Wirtschaftstätigkeit und den Grundrechten Privater.[102] Teilweise wird der Drittschutz auch aus der Subsidiaritätsklausel abgeleitet.[103] Dabei ist aber zu beachten, dass die Subsidiaritätsklausel in wesentlichen Bereichen kommunaler Wirtschaftstätigkeit nicht gilt.

Die Verwaltungsgerichte haben früher eine drittschützende Wirkung des Gemeindewirtschaftsrechts verneint. Nunmehr spricht sich jedoch das OVG NRW[104] auch unter Hinweis auf die Gesetzgebungsgeschichte für eine drittschützende Wirkung des § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO NRW (Erfordernis des öffentlichen Zwecks) aus. Die Betätigungsschranke des § 107 GO NRW diene auch dem Schutz der durch die kommunale Wirtschaftstätigkeit betroffenen Wirtschaftsteilnehmer. § 107 GO NRW habe eine Ausgleichsfunktion zwischen den Interessen der Kommunen und den örtlichen Wirtschaftsunternehmen. Nach dem Beschluss des OVG Münster können private Konkurrenten nun mit öffentlich-rechtlichen Abwehransprüchen gegen die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde vor den Verwaltungsgerichten vorgehen. Der Drittschutz erstreckt sich auf alle Wirtschaftsteilnehmer, die durch die wirtschaftliche Betätigung in ihren Marktinteressen beeinträchtigt werden. Auch der VerfGH Rheinland-Pfalz hat unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung einen drittschützenden Charakter der Normen des Kommunalwirtschaftsrechts anerkannt[105].

3. Verstoß gegen Wettbewerbsrecht

Klagen vor den Verwaltungsgerichten sind bisher daran gescheitert, dass die Gerichte einen Drittschutz verneint haben. Deshalb kam den Wettbewerbsverstößen zunehmend größere Bedeutung zu, da die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte für die privaten Konkurrenten sehr viel günstiger war. Gemäß § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden, „wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen". Dies umfasst auch die kommunale Wirtschaftstätigkeit.

Aufgabe des Wettbewerbsrechts ist es, das Marktverhalten zu regeln, nicht aber den Marktzutritt. Die grundsätzliche Entscheidung darüber, ob eine Kommune am Wettbewerb teilnehmen darf, ist generell eine öffentlich-rechtliche Entscheidung. Umstritten war bisher, ob Verstöße gegen das Gemeindewirtschaftsrecht zugleich als Verstoß gegen § 1 UWG anzusehen sind. So hat das OLG Düsseldorf[106] einer Stadt im Rahmen des Volkshochschulprogramms untersagt, Nachhilfeunterricht für Schüler der Sekundarstufe I anzubieten. Das Gericht stellte einen Verstoß gegen § 107 GO NRW fest und sah darin gleichzeitig einen Verstoß gegen § 1 UWG. Das OLG Hamm[107] hat in einer unter dem Stichwort „Gelsengrün" bekannt gewordenen Entscheidung landschaftsgärtnerische Arbeiten für private Auftraggeber untersagt. Das Gericht stellte ebenso eine Überschreitung der Vorschriften des Gemeindewirtschaftsrechts und gleichzeitig einen Verstoß gegen § 1 UWG fest.

Der BGH[108] hat in einer neuen Entscheidung die Frage, ob ein Verstoß gegen das Gemeindewirtschaftsrecht zugleich als Verstoß gegen § 1 UWG anzusehen ist, verneint. Der BGH verweist darauf, dass es bei § 1 UWG darum geht, unlauteres Wettbewerbsverhalten zu verhindern. Die Verwehrung des Marktzutritts ist nicht Sinn des UWG. Dies ist eine deutliche Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung der OLG. Die Entscheidung ist zu befürworten, da damit die Beurteilung der kommunalen Wirtschaftstätigkeit durch die Zivilgerichtsbarkeit im Rahmen des Wettbewerbsrechts beendet wird. Den privaten Wettbewerbern bleibt allerdings die Möglichkeit, die Verwaltungsgerichte anzurufen,

93 *Kluth*, WiVerw. 2000, 184.
94 BVerwG, Urt. v. 22. 2. 1972 – I C 24.69 – BVerwGE 39, 329 (336).
95 *Pieroth/Hartmann*, DVBl. 2002, 421 ff.
96 Zu Grundlagen und Maßstäben einer wirkungsvollen Aufsicht über die kommunale wirtschaftliche Betätigung *Ruffert*, VerwArch. 2001, 27.
97 Zu wettbewerbsrechtlichen Abwehransprüchen gegen die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand *Hübschle*, GewArch. 2000, 186.
98 LT-Drs. 12/3947, 94.
99 *Jarass*, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, 2002, 82 ff.; *Rehn/Cronauge/von Lennep*, Gemeindeordnung für NRW, Stand: 2002, § 107 Anm. I/4; *Heinrichs/Schwabedissen*, Städte- und Gemeinderat 1998, 160 (167).
100 *Schlacke*, JA 2002, 48.
101 *Erichsen*, Kommunalrecht des Landes NRW, 2. Aufl. 1997, 292; *v. Mutius*, Kommunalrecht, 1996, Rn. 521 f.
102 *Faber*, DVBl. 2003, 761 (765).
103 *Kluth*, in: Stober/Vogel (Hrsg.), Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, 2000, 33 f.
104 OVG Münster, Beschl. v. 13. 8. 2003 – 15 B 1137/03 – NWVBl. 2003, 399.
105 VerfGH Koblenz, Urt. v. 28. 3. 2000 – VGH N 12/98 – DVBl. 2000, 992 (994).
106 NWVBl. 1997, 353 (355).
107 NJW 1998, 3504 ff.
108 BGH, Urt. v. 25. 4. 2002 – I ZR 250/00 – BGHZ 150, 353.

um Rechtsschutz gegen gemeindeordnungswidrige Wirtschaftstätigkeit zu erhalten.

VI. Kommunalwirtschaft auch künftig kein Spiel ohne Grenzen

Allerdings dürfte der Rechtsschutz nur erfolgreich sein, wenn die Gemeinde ihren durch die kommunalrechtlichen Vorschriften eingeräumten Handlungsspielraum eindeutig überschreitet und die Konkurrenz durch die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand einen erheblichen Schaden erleidet. Zugleich wird durch einen derart begrenzten Rechtsschutz bewirkt, dass die nichtwirtschaftliche Betätigung der Kommunen nicht zu einem Spiel ohne Grenzen wird. [109]

109 *Meyer*, LKV 2000, 321; *Becker*, DÖV 2000, 1032.

Bekenntnisrechtliche Aspekte des nordrhein-westfälischen Bestattungsgesetzes vom 30. Juni 2003

Von Richter am Verwaltungsgerichtshof a. D. Professor Dr. Ludwig Renck, München

Das neue nordrhein-westfälische Bestattungsrecht[1] wirft bekenntnisrechtliche Fragen auf, die in verfassungsrechtlichem Zusammenhang vor dem Hintergrund eines nur rudimentären gemeindeutschen Bestattungsrechts genauer betrachtet werden sollten. So erstaunlich es ist, dass eine immerhin für jedermann bedeutsame Materie bislang auf Rechtsgrundlagen ruhte, die teilweise bis in das 18. Jahrhundert zurückreichen[2], so bemerkenswert es ist, dass selbst gegenwärtig die bekenntnisrechtlichen Implikationen des Bestattungs- und Friedhofsrechts noch nicht zufrieden stellend geklärt sind.

I. Konkurrenz von staatlichen mit religiös-weltanschaulichen Aufgaben

Das Bestattungswesen nimmt eine Zwitterstellung ein, die seine rechtliche Erfassung erschwert. Einerseits ist es eine öffentliche, in der Regel kommunale Aufgabe[3], für eine würdige, und eine staatliche Aufgabe, für eine sicherheitsrechtlich unbedenkliche Bestattung der Toten zu sorgen. Andererseits gehört die Bestattung als Teil des Glaubenslebens zu den genuin kirchlich-religiösen Angelegenheiten. § 1 NWBestG wird diesem Dualismus nur bedingt gerecht. Er begründet in Abs. 1 eine kommunale Pflichtaufgabe im eigenen Wirkungskreis[4]. Daneben bestimmt er in Abs. 2, dass neben den Gemeinden auch korporierte Bekenntnisgemeinschaften Friedhofsträger sein können[5]. Insoweit berücksichtigt das Bestattungsgesetz, dass die Bestattung der Toten und die Totenruhe nach dem kulturellen Herkommen und dem bekenntnisgemeinschaftlichen Selbstverständnis zu den eigenen Angelegenheiten der Kirchen und anderer Bekenntnisgemeinschaften i. S. v. Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV zählen. Das Verhältnis von gemeindlicher zu bekenntnisbestimmter Totenfürsorge bleibt jedoch offen, obwohl es für wichtige Einzelfragen bedeutsam ist. Sicher ist eigentlich nur, dass das kirchliche Friedhofswesen im Bestattungsgesetz nicht ausdrücklich als eine gemeinsame Angelegenheit von Kirchen und Gemeinden ausgewiesen wird[6].

II. Kommunale Friedhöfe

Ihrer letztlich in der kommunalen Allzuständigkeit wurzelnden Aufgabe, für eine der Würde der Verstorbenen angemessene Totenbestattung zu sorgen, werden die Gemeinden dadurch gerecht, dass sie Friedhöfe mit den erforderlichen Einrichtungen vorhalten, in denen die entscheidungsberechtigten Hinterbliebenen ihrer Bestattungspflicht, die von einer eventuellen Benutzungspflicht des Friedhofs[7] zu unterscheiden ist, nachkommen können[8]. Sie sind jedoch nach dem eindeutigen Gesetzestext nur verpflichtet, eine Bestattungs*möglichkeit* zu gewährleisten. Dem genügt es, wenn kirchliche Friedhöfe in ausreichendem Umfang zur Verfügung stehen. Erst wenn und soweit das nicht der Fall ist, haben sie selbst eigene Friedhöfe vorzuhalten. Auf diesen, in der Regel unselbstständigen Anstalten des öffentlichen Rechts, sind die Hinterbliebenen berechtigt, kraft ihrer Bekenntnisfreiheit die Bestattung entsprechend ihren religiösen Bedürfnissen und Vorstellungen zu gestalten und folglich sind die Bekenntnisgemeinschaften im Rahmen der individuellen Bestattungsfeierlichkeiten, aber auch darüber hinaus zu kollektiven Veranstaltungen[9], auf den gemeindlichen Friedhöfen zuzulassen[10]. Dies ergibt sich, ohne dass es auf eine spezielle normative Verdeutlichung ankäme, aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, ist aber durch Art. 140 GG, Art. 141 WRV verfassungsfest abgesichert. Die kommunalen Friedhöfe werden dadurch allerdings nicht, wie vielfach angenommen wird, zu einer gemeinsamen Angelegenheit zwischen den kommunalen Friedhofsträgern und den Bekenntnisgemeinschaften[11], ebenso wenig wie etwa die Strafvollzugsanstalten oder die Krankenhäuser den Charakter einer res mixta dadurch erhalten, dass die Bekenntnisgemeinschaften nach dieser Vorschrift zum Gottesdienst und zur Seelsorge zuzulassen sind. Ob und wie die kommunalen Friedhöfe und ihre Zubehörungen (Leichenhallen, Friedhofskapellen) als Einrichtungen der bekenntnisneutralen öffentlichen Hand bekenntnisneutral auszustatten sind, dürfte ein rechtspolitischer Streitpunkt werden, wie derzeit Auseinandersetzungen

1 Gesetz vom 30. Juni 2003, GVBl. S. 313.
2 S. *Spranger*, NWVBl. 2004, 9.
3 Vgl. Art. 149 Abs. 1 BayerVerf.
4 „Die Gemeinden gewährleisten, dass Tote … auf einem Friedhof bestattet und ihre Aschenreste beigesetzt werden können."
5 „Gemeinden und Religionsgemeinschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, dürfen Friedhöfe und Feuerbestattungsanlagen anlegen und unterhalten (Friedhofsträger)."
6 Generell für eine res mixta *Engelhardt* in: Listl/Pirson (Hg.), HdbStKR, Bd. II, 2. Aufl. 1995, S. 110.
7 Zu unterscheiden vom Benutzungszwang für kommunale Einrichtungen. Ein solcher ist jedenfalls ausgeschlossen, wenn neben dem kommunalen auch ein kirchlicher Friedhof verfügbar ist.
8 Art. 8 NWBestG.
9 Etwa am Totensonntag, an Allerseelen und sonstigen Gedenktagen. Insoweit handeln die Bekenntnisgemeinschaften dann aus eigenem Recht.
10 Unbeschadet ihres eigenen Rechts, auf kommunalen Friedhöfen tätig zu werden.
11 *v. Campenhausen*, Staatskirchenrecht, 3. Aufl. 1996, S. 254 f. mit Nachweisen.