

# Teil 1: Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen

## I. Einführung und aktuelle Ausgangslage

### 1. Problemstellung

Wirtschaftliche Betätigungen/Unternehmen der Gemeinden sind für die Wahrnehmung der vielfältigen kommunalen Aufgaben ein zentraler „Baustein“, **kommunale Unternehmen** unverzichtbare Instrumente für deren Erfüllung. Sie gehören zum Wesen, zum prägenden Bild und zum „**vitalen Kern**“ der **kommunalen Selbstverwaltung**, auch wenn sie nicht unbegrenzt möglich sind und in den Randbereichen „Grauzonen“ aufweisen (vgl. *Lange*, Kommunalrecht, S. 720 f.; *Püttner DVBl.* 2010, 1189 ff.). Zweck und Ziel sowie Strukturen, Aufgaben und Funktionsweisen öffentlicher und insbesondere kommunaler Wirtschaftstätigkeit sind seit Mitte der 90er Jahre verstärkt in Veränderung, im Wandel begriffen, der nach wie vor anhält. Nicht zuletzt ausgelöst durch die europäische und nationale Liberalisierungs- und Privatisierungsgesetzgebung (Bahn, Post, Telekommunikation, Energie, Abfall, Wasser, ÖPNV usw.; Trend: „**Privat vor Staat**“) und die heute eher gegenläufige Entwicklung der **Rekommunalisierung** ist vieles im Umbruch. Wissenschaft und Praxis, Gesetzgebung und Rechtsprechung haben Schwierigkeiten und sind mitunter unsicher, die Entwicklungen und Konsequenzen der globalen und internationalen Liberalisierung, d. h. die Ausrichtung der den kommunalen Unternehmen ambivalent innewohnenden **wettbewerbsorientierten und marktgerechten Verhaltensmaximen** rechtlich in den Griff zu bekommen und mit den Rahmenbedingungen der kommunalen Selbstverwaltung zu „harmonisieren“ (vgl. etwa *Bauer DÖV* 2012, 329 ff.; *Budäus/Hilgers DÖV* 2013, 701 ff.; *Guckelberger VerwArch* 2013, 161 ff.). Diese Diskussion darf nicht belastet werden mit unreflektierter Privatisierungs- oder Rekommunalisierungseuphorie, einseitigen, emotionsgeladenen Diskussionen wie etwa staatlich/kommunale Aktivitäten im Wirtschaftsleben seien grundsätzlich ineffektiv und mit großen Gefahren/Risiken für Wettbewerb und Steuerzahler verbunden (nach einer PWC-Studie aus 2014 ist die Rentabilität in etwa gleich!). Auch pauschale Aussagen, dass diese expandierenden Betätigungen die zentrale „hoheitliche Ordnungsfunktion“ der öffentlichen Hand stark schwächen, die hoheitlichen und gesetzlich als Pflichtaufgaben den Kommunen überantworteten Aufgaben vernachlässigen oder keiner wirksamen Effizienzkontrolle unterliegen würden, sind unzutreffend. Zweifellos muss neben der Sicherung der Privatautonomie einschließlich der Unternehmerfreiheit und dem durch staatlichen Schutzauftrag zu gewährenden fairen, diskriminierungsfreien und Monopole vermeidenden Wettbewerb (Modell der ordsozialen Marktwirtschaft) eine Balance mit den einwohnerdienenden Gemeinwohlinteressen als vorgegebene Funktionen kommunaler Wirtschaftstätigkeit hergestellt werden. Es muss ein angemessener Ausgleich zwischen kommunaler Selbstverwaltung einerseits und einem durch Gesetzesvorgaben begrenzten wirtschafts- und marktpolitischen „Vorrangvorbehalt“ für die Privatwirtschaft andererseits, eine mit Augenmaß austarierte „Balance“ zwischen wirtschaftlicher, unternehmerischer Ver-

1

antwortung und öffentlichem/kommunalpolitischem/demokratisch legitimiertem Auftrag hergestellt werden. Dabei dürfen die mit einer kommunalwirtschaftlichen Tätigkeit verbundenen Vorteile der Rechtsformwahl wie stärkere Flexibilität, Produktivität, Wettbewerb und Effizienzorientierung, schnelleres Handeln und Reagieren, zügigere Entscheidungsprozesse usw. nicht „erstickt“ werden (vgl. Art. 3 Abs. 3 EUV; BT-DS 17/7181S. 24 f.; *Mühlenkamp*, Speyerer Vorträge, Heft 82, S. 1 ff. und 25 ff.; *Katz* VBIBW 2011, 1 ff.; *Thomas* JZ 2011, 485 ff.; *Burgi* NdsVBl. 2012, 225 ff.; *Lange*, a. a. O., Kap. 14 Rdn. 9 ff.; unten Rdn. 46).

Der sich vollziehende Funktionswandel ist in vollem Gange (auch ordnungspolitisch). Der Glaube an neoliberale Marktkräfte und die Privatisierungseuphorie sind vor allem seit 2007 einer deutlichen Skepsis gewichen (vgl. etwa *Stober* NJW 2008, 2301; *Bauer* DÖV 2012, 329 ff.). Es wird seit einigen Jahren um ein politisch verantwortungsbewusstes und sachgerechtes **Konzept der Daseinsvorsorge** gerungen (vgl. Art. 28 Abs. 2 GG; Art. 101 ff., 119 Abs. 1 AEUV; GOen). Das klassische Bild öffentlicher Wirtschaftstätigkeit kann deshalb nicht statisch verstanden werden, sondern ist aufgrund dieser Rahmenbedingungen dynamisch weiter zu entwickeln („**neues Leitbild**“ aus Aspekten bzw. Ausgleichsmechanismen von regulierendem Staat, aus wettbewerbsrechtlich handelnden Leistungserbringern, aus konsumierenden Verbrauchern, aus demokratisch legitimierten und einwohnerdienenden Tätigkeiten; vgl. etwa *Katz* GemHH 2016, 73 ff.). Die Vielzahl von spezialgesetzlichen Regelungen, die den kommunalen Bereich seit Anfang der 90er Jahre, insbesondere im Energiewirtschafts- und Umweltrecht, im Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, im Wasserversorgungsrecht, im Telekommunikations- und Personennahverkehrsrecht maßgeblich beeinflussen und ganz überwiegend durch EU-Recht ausgelöst und überlagert wurden bzw. werden, machen dies augenfällig. Die letzten Jahre waren aber auch geprägt von einer Vielzahl von „Auslagerungen“ aus den Kommunalhaushalten und einem deutlichen Trend zu kommunaler Tätigkeit in Privatrechtsform (meist bloße Organisationsprivatisierung in die GmbH). Generell sind unreflektierte ordnungspolitische Glaubensbekenntnisse wie „Privat vor Staat“/„Kommunal vor Staat“ oder unverhohlener Argwohn/überhöhter Glaube an die Marktkräfte nicht weiterführend. Privatisierung und Rekommunalisierung sind i. S. von komplementären Strategien zur Modernisierung der Aufgabenerfüllung der Kommunen wichtig, stehen prinzipiell gleichberechtigt nebeneinander und sind im **Einzelfall** unvoreingenommen und möglichst ideologiefrei aufgaben-, sach- und situationspezifisch und unter Berücksichtigung der vielschichtigen Gestaltungsmöglichkeiten zu analysieren, abzuwägen und zu entscheiden. Der Staat hat für beide Alternativen sachgerechte, adäquate Rahmenbedingungen zur Verfügung zu stellen, das öffentliche Wirtschaftsrecht hat dabei eine Schlüsselrolle (Entscheidungs-, Handlungs- und Organisationsoptionen zur zeitgemäßen, effizienten, effektiven, flexiblen und möglichst optimalen Wahrnehmung der Kommunalaufgabe, aber auch Berücksichtigung kommunal- und sozialpolitischer Belange der Daseinsvorsorge und der Gewährleistungsverantwortung; vgl. unten Rdn. 113 ff.; *Mühlenkamp/Schöneich*, in: *Wirtschaftsdienst* 11/2007, 707 ff. und 716 ff.; *Brüning* VerwArch 2009, 453 ff.; *Collin* JZ 2011, 274 ff.; *Bauer* DÖV 2012, 329 ff. m. w. N.; *Guckelberger* VerwArch 2013, 161 ff.; *Podszun/Palzer* NJW 2015, 1496 ff.; *Lorson/Haustein/Albrecht/Perlick* DB 2015, 2705 ff.; *Fehling* JZ 2016, 540).

Die Bundesländer haben mit einer Reihe von GO-Novellen versucht, einen Teil dieser Entwicklungen mit mehr oder weniger großem Erfolg aufzuarbeiten. Zwar ist im Grundsatz unbestritten, dass es sich bei diesen Tätigkeiten um die Erzeugung, die Bereitstellung oder den Verkauf von Gütern und Dienstleistungen zur Befriedigung materieller Grundbedürfnisse der Einwohner handeln muss. Die „**wettbewerbsbedingten**“ **Forderungen**, insbesondere die Eindämmung der „Ausweitung“ des öffentlichen Zwecks (neue Geschäftsfelder usw.), des Subsidiaritäts- und des Territorialprinzips, wurden nach meist intensiven Diskussionen in den Ländern nur zum Teil berücksichtigt und zudem unter politischen Aspekten auch unterschiedlich geregelt. Viele der außerordentlich komplexen Probleme blieben ungelöst bzw. wurden nur vage geregelt und oft im praktischen Alltag eher ignoriert. Trotz verschiedener Anläufe konnten sich bisher aber auch weder die Kommunalen Spitzenverbände noch die Länderinnen- und -wirtschaftsminister untereinander in wesentlichen Punkten inhaltlich verständigen. Grund dafür war und ist insbesondere, dass sich nicht zuletzt ordnungspolitisch sehr extreme, fast „unversöhnliche“ Positionen gegenüber standen und stehen, die sich stark politisch „neutralisieren“ (vor allem die Kommunen, große öffentlich/kommunale Betriebe und VKU einerseits sowie die Wirtschaft, kleinere und mittlere Privatbetriebe, IHK und Handwerkskammern andererseits; vgl. *Ehlers* DVBl. 1998, 497 ff.; *Britz* NVwZ 2001, 380 ff.; *Katz* GemHH 2003, 1 ff.; *Dünchheim/Schöne* DVBl. 2009, 146 ff.). Dies und auch die z. T. zwangsläufig nur relativ „unbestimmt“ festgelegten Gesetzesregelungen führen dazu, dass mitunter von den Kommunen und der Rechtsaufsicht weniger rechtlich gesteuert, sondern mehr das kommunalpolitische Wollen und das finanzpolitische Können für kommunale Wirtschaftstätigkeit entscheidend sind (vgl. *Schoch* DÖV 1993, 377, 383; *Henneke* NdsVBl. 1999, 1, 6; *Broß* JZ 2003, 874 ff.; *Lattmann* IR 2004, 31 ff.; *Knirsch* GemHH 2016, 28 ff.; vgl. etwa Teil 2 § 102 Rdn. 41).

## 2. Uneinheitliche, kontroverse Standpunkte

Das Recht der öffentlichen/kommunalen Unternehmen ist beginnend mit dem Inkrafttreten der **DGO 1936** bis Ende der 80er Jahre trotz vielfältigen Diskussionen und unterschiedlichen Positionen in Einzelfragen in den Grundzügen doch weitgehend einheitlich bewertet worden. Seit **Anfang/Mitte der 90er Jahre** hat sich dies stark verändert und zwar auf EU-, Bundes-, Landes- und Kommunalebene. Die Konsequenzen aus diesen Veränderungen werden auf den einzelnen Ebenen und der Wirtschaft leider sehr unterschiedlich bewertet. Vor allem die **Landesebene** glaubt, das bisherige öffentliche Wirtschaftsrecht mit einigen begrenzten Änderungen beibehalten zu können. Von den großen Kommunalunternehmen, dem Verband kommunaler Unternehmen (VKU), verschiedenen Großstädten und einem Teil der Literatur wird dagegen das Recht der öffentlichen/kommunalen Unternehmen terminologisch, definitorisch und inhaltlich als wenig schlüssig und zukunftsfruchtig sowie als zu kompliziert und konzeptionslos bezeichnet (*Cronauge* GemHH 1998, 131 ff.; *Moraing* GemHH 1998, 223 ff.; *Stober* NJW 2002, 2357 ff.; *Schöneich*, in: Wirtschaftsdienst 11/2007, 716 ff.). Die Grundprobleme, die sich vor allem aus der unterschiedlichen Sicht und den **divergierenden Konzepten der Ordnungs- und der Wettbewerbspolitik**, dem geltenden Kommunalrecht und der praktizierten

Kommunalpolitik sowie dem Management und der Geschäftspolitik der Unternehmen ergeben, manifestieren sich etwa in der außerordentlich divergierenden und zum Teil kaum verständlichen Diskussion auf dem 64. Deutschen Juristentag (vgl. dazu die Beschlüsse, in: NJW 2002, 3073, 3079 ff.; Meyer NVwZ 2002, 1479 ff.; Katz GemHH 2003, 1 ff.; vgl. auch Monopolkommission, Hauptgutachten XX, 07/2014, S. 439 ff.). Das breite Meinungsspektrum zur kommunalen Wirtschaftsbetätigung lässt sich vereinfacht in **drei Grundströmungen** umschreiben: (1) Die Vertreter der Privatwirtschaft verweisen darauf, dass in einer marktwirtschaftlichen Ordnung ihr der Vorrang gebührt (insb. kostengünstigere, bessere und effizientere Aufgabenerfüllung), für öffentliche/kommunale Unternehmen – auch wenn einige der Privatisierungserwartungen nicht erfüllt wurden – grundsätzlich keine Berechtigung zu wirtschaftlicher Betätigung vorliege (eine von PWC durchgeführte Studie zeigt allerdings, dass Kommunalunternehmen nicht unrentabler arbeiten, ZfK 2014, S. 17). (2) Die öffentliche Hand verfolgt keine einheitliche Strategie. Während der Bund eher auf eine materielle Privatisierungspolitik setzt, lässt sich ein eindeutiger Trend in den Ländern und vor allem in den Kommunen nicht feststellen. Insgesamt herrscht die Meinung vor, dass an dem Kriterium des „öffentlichen Zwecks“, festgehalten werden muss, und der Wettbewerbsgedanke nicht überstrapaziert werden dürfe. (3) Die großen Kommunalunternehmen und ihre Verbände fordern gleiche Wettbewerbsbedingungen und eine Beseitigung kommunalrechtlicher „Hürden“ (insbes. Öffentlichkeits-, Territorial- und Subsidiaritätsprinzip; vgl. Rdn. 18 f.; Mann JZ 2002, 819 ff.; Tomerius/Breitkreuz DVBl. 2003, 426 ff.; Broß JZ 2003, 874 ff.; Steckert ZfK 2003, 257 ff.). Diese Grundpositionen bzw. -strömungen gelten mit gewissen „Ausschlägen“ bis heute (vgl. etwa Bauer DÖV 2012, 329 ff.).

### 3. Ausgangslage

- 4 Bei der Analyse und Bewertung von öffentlichen/kommunalen Unternehmen sind vor allem folgende Punkte zu berücksichtigen:
- 5 – Die **außerordentliche Aufgabenvielfalt** der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand (Gemeinwohlaufgaben; öffentlicher Zweck): Ver- und Entsorgungsaufgaben, soziale und kulturelle Einrichtungen, bedarfsdeckende und freiheitssichernde Aufgaben, infrastrukturelle, strukturpolitische, konjunkturpolitische, wirtschaftspolitische, wettbewerbsfördernde, technische und ökologische Aufgaben. Dabei sind im Sinne der öffentlichen Daseinsvorsorge und Stadtentwicklung die Verfassungsgrundsätze des Demokratie-, Sozial- und Rechtsstaates sowie die Grundrechte zu gewährleisten, aber auch der technische Fortschritt (z. B. IT) und die sich wandelnden Bedürfnisse der Einwohner zu berücksichtigen.
- 6 – Das Recht der öffentlichen/kommunalen Unternehmen ist schon dadurch einem beachtlichen Spannungsverhältnis ausgesetzt, weil es als „Schnittmaterie“ im **Grenzbereich zwischen öffentlichem und privatem Recht**, zwischen Wirtschaftswissenschaft und Verwaltungswissenschaft einschließlich öffentlicher Betriebswirtschaftslehre, New Public Management, Corporate Governance und Good Governance, zwischen Wirtschaftsprivatrecht und

Wirtschaftsstrafrecht, zwischen Gesellschafts-, Wettbewerbs-, Kartellrecht und Kommunalrecht, zwischen Arbeitsrecht und öffentlichem Dienstrecht, zwischen internationalem und nationalem Recht, zwischen EU-Gemeinschaftsrecht und Verfassungsrecht, zwischen Bundesrecht und Landeskommunalrecht, zwischen allgemeinem und besonderem Verwaltungsrecht, zwischen materiellem, Organisations- und Haushaltsrecht, zwischen Leistungs- und Gewährleistungsverwaltungsrecht, zwischen einer Vielzahl von Public-Private-Partnership-Lösungsansätzen (PPP), zwischen Technisierung und Haushaltskonsolidierung, zwischen Regionalisierung und Globalisierung angesiedelt ist (vgl. dazu *Stober NJW* 2002, 2357). In besonderer Weise wurde in den letzten Jahren das Spannungsverhältnis durch EU-Recht (Art. 106 Abs. 2 AEUV usw.), durch den Vorrang des Wettbewerbsprinzips und der Marktöffnung, durch Wettbewerbs-, Kartell-, Vergabe- und Beihilferechtsnormen im Hinblick auf das weitgehend unveränderte kommunalwirtschaftliche Landesrecht stark belastet, eine Entwicklung, die in der Praxis zunehmend bei großen kommunalen Unternehmen auf Kritik und auf kommunalrechtliche „Barrieren“ stößt.

- Neben der und verursacht durch die Aufgabenvielfalt hat sich für die wirtschaftliche Betätigung eine große Formenvielfalt für öffentliche und vor allem kommunale Unternehmen entwickelt. Für die Unternehmensheterogenität ist auch die Wahlfreiheit der öffentlichen/kommunalen Träger für die konkrete Rechtsform verantwortlich (öffentlich-rechtliche Unternehmenstypen wie Regiebetrieb, Eigenbetrieb, Kommunalunternehmen, Zweckverbände, Stiftungen; privatrechtliche Organisationsformen wie AG, GmbH, GmbH & Co. KG, rechtsfähiger Verein, private Stiftungen usw.; vgl. unten Rdn. 77 ff.).
7
  
- Neben der **Aufgaben- und Rechtsformenvielfalt** sind für die Analyse und Bewertung der Kommunalunternehmen aber auch zahlreiche weitere Kriterien zu berücksichtigen: Die örtlichen, sachlichen, personellen und politischen Gegebenheiten, die spezifischen Rahmenbedingungen, die **Größe der Kommune** und der Unternehmen, die örtlichen Ziele, Motive und Argumente für die Rechtsformenwahl, die Finanzsituation der Kommune usw. (vgl. *Püttner*, Zur Reform des Gemeindefinanzrechts, 2002, S. 143 ff.; *Wolff/Bachhof/Stober/Kluth*, AllgVerwR, Bd. 1, 11. Aufl., § 23 II).
8
  
- Öffentliche/kommunale Unternehmen haben ihr Handeln nicht maßgeblich am Gewinn zu orientieren („Shareholder value“), sondern sind primär auf die Erfüllung des **Gemeinwohls**, auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben verpflichtet (**öffentlicher Zweck**). Ihre Entscheidungen müssen letztlich demokratisch legitimiert sein (Demokratieprinzip). Nach dem Kommunalverfassungsrecht ist – bildlich gesprochen – das **Rathaus der Mittelpunkt der politischen Gemeinde**, der Gemeinderat das Entscheidungszentrum vor allem für strategische Fragen sowie die Kommunalverwaltung die generelle, für örtliche Angelegenheiten zuständige Anlaufstelle für den Bürger. Dem können sich die Kommunalunternehmen grundsätzlich nicht entziehen (*Knemeyer*, Der Städtetag 1992, 317 ff.; OVG Schl.-Holst. ZKF 1999, 273 f.; BerlVerfGH NVwZ 2000 794 ff.; unten Teil 2, § 103 Rdn. 22 ff.).
9

#### 4. Aktuelles Koordinatensystem

- 10** Für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen sind im Koordinatensystem zwischen demokratischem Rechtsstaat und freier Marktwirtschaft, zwischen Gesetzesvorbehalten (Gemeinwohl) und Wettbewerb für die Kommunen als Teil der öffentlichen Hand gegenwärtig besonders folgende **sieben Punkte** entscheidend und deshalb zu berücksichtigen (vgl. *Katz BWGZ 1998*, 687 ff.; *Mann JZ 2002*, 819 ff.; *Eichhorn u. a.*, Rollenwechsel kommunaler Unternehmen, 2002, S. 5 ff.; Monopolkommission, Hauptgutachten XX, 07/2014, S. 439 ff.):
- 11** – Der ständige **Wandel in Politik, Technologie und Bedürfnissen** sowie den faktischen Verhältnissen. In den letzten Jahren hat sich etwa die Beurteilung der Betätigung der Kommunen in den Bereichen Arbeitsmarkt, Wirtschaftsförderung, Telekommunikation grundlegend gewandelt; im Gegensatz zu früher werden diese Sachbereiche mindestens zum Teil als kommunale Aufgabenfelder betrachtet werden müssen.
- 12** – Änderung zahlreicher **bundesrechtlicher Rahmenbedingungen** (Bahn, Post, Telekommunikation/IT; Energiewende, Energiewirtschaftsrecht, Abfallrecht, Wasserrecht usw.).
- 13** – Stärkere Durchdringung der kommunalen Aufgabenfelder durch **EU-Recht** (vor allem des Wettbewerbs-, Kartell-, Vergabe- und Beihilferechts; sog. Unbundling usw.).
- 14** – Änderung des **Verbraucherverhaltens**. Die Abnehmer kommunaler Leistungen wollen zudem über den bloßen Leistungsempfang hinaus umfassend beraten und bedient werden („Full-Service“, ganzheitliche Dienstleistungen).
- 15** – Die angespannte **Finanzsituation der Kommunen**. Die z. T. großen Finanzprobleme „inspirieren“ zur Ausschöpfung aller Einnahmemöglichkeiten (z. T. „boomende“ Kommunalwirtschaft, „Goldgräbermentalität“ auch durch Verkauf).
- 16** – Verwaltungsreform, „Neues Steuerungsmodell“, **New Public Management**, Kommunale Doppik und Budgetierung, Beteiligungsmanagement im „Konzern Stadt“, aber auch verstärkt Förderung des wirtschaftlichen Denkens in den Kommunen und Betonung von Konkurrenz und Wettbewerb als wichtige kommunale Handlungsstrategien.
- 17** – Anpassungen in den **Kommunalunternehmen** (endogene Faktoren wie Kundenorientierung, Verbesserung der betriebswirtschaftlichen, technischen und ökologischen Kompetenzen, Nachhaltigkeit sichern; Transparenz und Effizienz erhöhen).
- 18** Die Konsequenzen, die aus diesen veränderten Rahmenbedingungen zu ziehen sind, werden unterschiedlich bewertet. Das **breite Meinungsspektrum** reicht von der Auffassung, dass sich die Kommunen auf wenige notwendige Bereiche zurückziehen sollen (z. B. Bund der Steuerzahler: „Städte bleibt bei euren Leis-

ten. Überlässt das Wirtschaften der Wirtschaft“; Monopolkommission: Re-kommunalisierungstrend drehen), über die Auffassung, dass sich die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in einer Grauzone abspiele („neue Unübersichtlichkeit“), die wenig überzeugenden Privatisierungen durch Re-kommunalisierung abgelöst werden müssten, bis zu der Ansicht, dass die in verschiedenen Aufgabenfeldern eingetretene Liberalisierung und Deregulierung und später verstärkte Regulierung (z. B. Energiewende und Energiemarkt) die Kommunen unvorbereitet treffe und sie dazu noch die finanziellen Auswirkungen zu verkraften hätten. Die Kommunen und ihre Unternehmen dürften nicht allein gelassen werden. Sie müssten auf solche Entwicklungen mit entsprechenden Strategien reagieren können (vgl. oben Rdn. 3; *Lattmann* IR 2004, 31 ff.; Monopolkommission, Hauptgutachten XX, 07/2014, S. 439 ff.).

Die Diskussion über eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen lässt sich nicht mit Schlagworten führen; eine nüchterne, sachliche Analyse ist im Rahmen der rechtlichen Vorgaben und der kommunalen Erfordernisse notwendig. Die veränderten Rahmenbedingungen zwingen zweifellos zu einer Neubesinnung und in weiten Teilen auch zu einer umfassenden **strategischen und operativen Neuausrichtung** (stärkere Markt- und Kundenorientierung; Veränderungen durch veränderte Rahmenbedingungen wie vor allem Marktliberalisierung, damit einhergehendem größeren Wettbewerb und Konkurrenz). Die kommunalen Gesellschaften und Betriebe müssen mit viel Phantasie, Tatkraft und entschlossenem Handeln diese schwierigen Probleme der Umstrukturierung und Neuorientierung auf der Grundlage der jeweils geltenden Rechtsordnung angehen und lösen. Die unreflektierte pauschale Forderung, zur Lösung der schwierigen Situation alle Voraussetzungen und „Fesseln“ für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zu beseitigen, ist genauso unverantwortlich wie ein bloß reagierendes, passives Abwarten (vgl. dazu Rdn. 1, und 63 f.).

## II. Kommunale Selbstverwaltung und Kommunalunternehmen

### 1. Kommunalrechtliche Ausgangslage

Die Kommunalwirtschaft, die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden zur Gewährleistung und Erfüllung der „**Daseinsvorsorge**“ zum Wohle ihrer Einwohner, zur Sicherstellung der für das menschliche Dasein notwendigen Grundbedürfnisse, gehört seit jeher zum **typusprägenden Bild** und zum Wesenskern der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG: verbürgte, eigenverantwortliche Wahrnehmung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft). Was im Einzelnen unter dem System Daseinsvorsorge zu verstehen ist und wie die Abgrenzung zu nichtwirtschaftlichen öffentlichen Einrichtungen vorzunehmen ist, wird unterschiedlich beurteilt, ist auch zwischen den Bundesländern im Fluss, hat sich den veränderten Entwicklungen anzupassen und unterliegt in begrenztem Umfang auch politischen Entscheidungen (kommunalem Gestaltungsspielraum; vgl. Rdn. 37 ff.; Teil 2 § 102 Rdn. 1 ff. und 42; Mühlenkamp/Schöneich, in: *Wirtschaftsdienst* 11/2007, 707 ff. und 716 ff.; Bauer DÖV 2012, 329 ff.). Die Teilnahme von Unternehmen der öffentlichen Hand am Wirtschaftsverkehr ist ein **legitimes Instrument zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben**. Zwar gibt es keinen

19

20

verfassungskräftigen Subsidiaritätsgrundsatz zu Gunsten privater Unternehmen. Gleichwohl ist unbestritten, dass die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand nur unter Beachtung der Grundrechte, des europäischen und nationalen Wettbewerbsrechts sowie sonstiger bundes- und landesrechtlicher, insbesondere kommunalrechtlicher Vorgaben zulässig ist und damit vor allem dem kommunalen Spielraum Grenzen setzt, ihn faktisch einengt. Dabei stehen die unterschiedlichen Interessen zueinander in einem beachtlichen Spannungsverhältnis. Wichtig ist, dass diese Einzelinteressen zu einem **funktionsgerechten Gesamtausgleich** gebracht werden (Interessen der Kommunen, ihrer öffentlichen Unternehmen und der Daseinsvorsorgenutzer sowie der Privatwirtschaft; Wirtschaftlichkeit, Nachhaltigkeit und Qualität; Gewährleistung einer Binnenmarktfreiheit und eines fairen, unverfälschten Wettbewerbs sowie der Bindung an einen öffentlichen Zweck; vgl. *Scholz*, DÖV 1976, 441 ff.; *Tettinger* NJW 1998, 3473 f.; *Püttner* DVBl. 2010, 1189 ff.; *Blanke* DVBl. 2015, 1333 ff.).

- 21** Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze wurden in der **deutschen Gemeindeordnung 1936 (DGO)** Art, Maß und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen festgelegt (§§ 67 ff. DGO). Die Gemeindeordnungen der Länder haben nach 1945 die DGO-Regelungen im Wesentlichen übernommen und der Gemeindegewirtschaft bis Anfang der 90er Jahre, abgesehen von länderspezifischen Besonderheiten, trotz einigen definitorischen und inhaltlichen Unklarheiten eine erstaunliche Festigkeit gegeben. Durch Vorgaben des Europarechts ist diese Rechtssituation seit den 90er Jahren allerdings deutlich überlagert (vgl. dazu unten Rdn. 66 ff.; *Blanke* DVBl. 2015, 1333 ff.). Im Kern gilt die DGO-Grundordnung aber im Grundsatz im nationalen Recht bis zur Gegenwart.

§ 67 Abs. 1 DGO hatte bestimmt, dass die Gründung und Errichtung wirtschaftlicher Unternehmen nur zulässig ist, wenn

- der öffentliche Zweck die Errichtung des Unternehmens rechtfertigt, also dem Wohl der Einwohner dient (**Daseinsvorsorge**),
- das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht sowie die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben nicht beeinträchtigt wird (**Leistungsfähigkeitsfunktion**),
- der durch das Unternehmen verfolgte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen, insbesondere privaten Träger erfüllt werden kann (**Subsidiaritätsklausel**).

- 22** Es spricht für politisches Augenmaß und Elastizität dieses Regelwerkes, dass damit die Gemeinden in einem Zeitraum von ca. 80 Jahren in der Lage waren, ihre Aufgaben mit all ihren expansiven Veränderungen, ihrem fundamentalen sozialstaatlichen und technologischen Wandel bewältigen zu können. Das kluge Konzept der §§ 67 ff. DGO mit ihrer **Schrankentrias** stellte und stellt auch heute noch überwiegend einen funktionsgerechten Kompromiss zwischen den unterschiedlichen Interessenlagen dar. Es entspricht nicht der Stellung der Kommunen als Verwalter öffentlicher Angelegenheiten, sich als Unternehmer schrankenlos zu betätigen. Durch die Bindung der wirtschaftlichen Betätigung an den öffentlichen

Zweck, das Wirtschaftlichkeitserfordernis und die eigene Leistungsfähigkeit soll ausdrücklich festgelegt werden, dass die Kommunalunternehmen nicht Selbstzweck sind, sondern nur der im öffentlichen Interesse gebotenen „Daseinsvorsorge“ zu dienen haben (Gemeinwohlprinzip) und damit ein ausschließlich auf Gewinnerzielung angelegtes Kommunalunternehmen der öffentlichen Zweckgebundenheit zuwider läuft und nicht zulässig ist. Die kommunalrechtliche Ausgangslage ist vor allem von **drei Zielsetzungen** gekennzeichnet („einwohnergünstliche und -befördernde“ kommunale Normzwecke, Schutzfunktionen zu Gunsten der Kommunen selbst; *Ehlers DÖV* 1998, 497 ff.; *Püttner DVBl.* 2010, 1189 ff.; *VKU, Kommunalwirtschaft auf den Punkt gebracht*, 11/2012; *Towfigh DVBl.* 2015, 1015 ff.; unten Teil 2, § 102 Rdn. 8 ff.):

- **Kommunalpolitische Zielsetzung:** Die Begrenzung verfolgt den Zweck, die Entscheidungsfunktion der Gemeindeorgane zu sichern, sich auf die eigentlichen Aufgaben zu konzentrieren und die Verwaltungskraft der Kommune für die zentralen gemeindlichen Verwaltungsaufgaben zu erhalten. Die Gemeinde soll sich nicht „verzetteln“, sondern sich in erster Linie ihren Kernaufgaben auch im Sinne der sich verändernden örtlichen Daseinsvorsorge- und Dienstleistungsfunktionen widmen (Konzentration auf den kommunalen Wirkungskreis; Gemeinwohlfunktion; Wohlfahrtsorientierung). Dabei sollen der Einfluss der Kommunen und deren demokratisch legitimierten Gemeindeorgane gewahrt bleiben.

23
- **Finanzpolitische Zielsetzung:** Die Vorschriften bezwecken den Schutz der Kommunen vor Eingehung übermäßiger wirtschaftlicher Risiken und möglicher finanzieller Verluste. Steuergelder und sonstige Abgaben sollen grundsätzlich nicht für solche Risiken eingesetzt werden (Begrenzung von Risiken und Überforderung im Sinne einer primären Schutzfunktion für die Gemeinde und die wirtschaftlichen Kräfte ihrer Abgabepflichtigen).

24
- **Wirtschaftspolitische Zielsetzung:** Im Verhältnis zur Privatwirtschaft soll einer zu extensiven Erwerbstätigkeit der öffentlichen Hand durch die Anbindung an einen öffentlichen Zweck vorgebeugt werden, die Kommunen neben einer Grundsicherung an Daseinsvorsorge auf eine eher ergänzende Rolle beschränkt werden (ordnungspolitische Subsidiaritätsgesichtspunkte sowie Sicherung von Marktwirtschaft und Wettbewerb aus Gründen ökonomischer Funktionstüchtigkeit, Leistungsfähigkeit und Zweckmäßigkeit, Arbeitsteilung, Effizienz, Innovation usw.). Ob und ggf. in welchem Umfang sich daraus unmittelbar ein Rechtsanspruch der Privatwirtschaft vor kommunalem Wettbewerb ableiten lässt, ist umstritten (vgl. Rdn. 64 und 75; von Land zu Land unterschiedlich; nur z. T. drittschützenscharakter; Trend: Drittschutz in begrenztem, zunehmendem Umfang; vgl. *BGH NJW* 2002, 2645; *OVG NW NVwZ* 2003, 1520 f. und *NVwZ* 2008, 1031 f.; *VGH BW NVwZ* 2008, 1031; *OVG Rh.-Pf. DÖV* 2011, 611; *Papier DVBl.* 2003, 686 ff.; *Lange NVwZ* 2014, 616 f.; Rdn. 63 f.).

25

## 2. Verfassungsrechtliche Absicherung (Art. 28 Abs. 2 GG und LV)

Die Gemeindegewirtschaft, Errichtung und Betrieb der öffentlichen Einrichtungen und die wirtschaftliche Betätigung (Aufgaben der örtlichen Daseinsvorsorge,

26

Schaffung der kommunalen Infrastruktur, mittelbare Wirtschaftsförderung usw.) prägen seit jeher das Wesen der **kommunalen Selbstverwaltung**. Diese Aufgaben- und Tätigkeitsbereiche bestimmen ganz wesentlich Maß und Inhalt politisch aktueller Selbstverwaltungspotenz, zählen zu dem überkommenen und prägenden Bild einer deutschen Kommune, sind für die Autonomie einer Kommune Typus bestimmend und essentiell. Sie sind folglich Teil der institutionellen **Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG** und der entsprechenden Artikel der einzelnen Landesverfassungen (LV; z. B. Art. 71 ff. LV BW; Art. 78 LV NW). Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden zählt also zum verfassungsrechtlich verbürgten kommunalen Selbstverwaltungsrecht (eigenverantwortlicher „**vitaler Kern**“; zentrale Aufgabenfelder der Kommunalpolitik). Art. 28 Abs. 2 GG manifestiert für „**Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft**“ ein verfassungsrechtliches Aufgabenverteilungsprinzip zu Gunsten der Gemeinden (Allzuständigkeit; BVerfGE 23, 353, 365 ff.; 79, 127, 143 ff.; 91, 228, 236; BVerwGE 98, 273, 275; BGH DÖV 2015, 196 ff.; *Schink NVwZ* 2002, 129 ff.; *Papier DVBl.* 2003, 686 ff.; *Schulz/Tischer GewArch* 2014, 1 ff.; unten Teil 2, § 102 Rdn. 5 ff.). Einen allgemeinen Vorrang der Privatwirtschaft zu Lasten der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung enthält nach ganz h. M. das GG nicht (insoweit kein Subsidiaritätsprinzip, das GG ist wirtschaftspolitisch neutral; Hess OVG NVwZ-RR 2005, 425, 427; *Heilshorn VerwArch* 2005, 88 ff. m. w. N.). Das kommunale Selbstverwaltungsrecht beinhaltet einen doppelten Schutzgehalt (**zweigliedriger Garantieinhalt**):

- 27** – Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistet einmal einen bestimmten Aufgabenbestand. Den Gemeinden werden die **Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft** als eigenständige Aufgabe im Rahmen der staatsorganisatorischen Aufgabenverteilung und damit auch die kommunale Aufgabe „wirtschaftliche Betätigung“ zugewiesen (kommunale Verbandskompetenz; als Zuständigkeiten im gemeindlichen Wirkungskreis; sog. **Universalität**). Diese in der örtlichen Gemeinschaft wurzelnden Aufgaben sind für die Kommunen grundsätzlich verpflichtend und bindend. Für deren Wahrnehmung und Aufrechterhaltung stehen sie in der Verantwortung (**kommunale Gewährleistungsverantwortung**, Garantie- und Sicherstellungspflicht). Für gemeinwohlgeprägte und -dienliche, einwohnerützliche, in den Bedürfnissen der örtlichen Gemeinschaft wurzelnde kulturelle, soziale usw. Aufgaben sind folglich einer unbeschränkten Entledigung, einer materiellen Privatisierung Grenzen gesetzt (vgl. BVerfGE 79, 127 ff. und JZ 2012, 676 f.; BVerwGE 123, 159, 165 und NVwZ 2009, 1305 ff.; *Winkler JZ* 2009, 1169 ff.; *Brüning VerwArch* 2009, 453 ff.; *Katz NVwZ* 2010, 405 ff.).
- 28** – Zum anderen garantiert das Selbstverwaltungsrecht – und darin liegt für die Kommunalwirtschaft in der Praxis der Schwerpunkt – die **Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenerledigung** (sog. **Gemeindeautonomie**), die Art und Weise der selbständigen Wahrnehmung des kommunalen „Wirtschaftens“ (Wahlfreiheit bezüglich geeigneter Organisations- und Handlungsformen). Die Gemeinden können aufgrund ihrer Organisationsgewalt, der ihnen als wesentlicher Teil der Selbstverwaltungsgarantie zustehenden **Organisationshoheit**, die Handlungs- und Organisationsformen zur Erfüllung ihrer Aufgaben im Rahmen der Gesetze bestimmen (Regie- oder Eigenbetrieb, Zweckverband