

Öffentliches Wirtschaftsrecht

Ein Studienbuch

Bearbeitet von
Prof. Dr. Jan Ziekow

4. Auflage 2017. Buch. XXV, 338 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 70264 8
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Wirtschaftsverwaltungsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

können, was jedenfalls die Gründung der oben (→ Rn. 8 ff.) dargestellten öffentlichen Unternehmen, namentlich derjenigen in Privatrechtsform, in die Überlegungen einschließt.⁸¹ Das Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzip spielt auch in die einschränkenden haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Gründung von bzw. die **Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen** durch die öffentliche Hand hinein, welche mit im Wesentlichen gleichem Inhalt in § 65 I der Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder niedergelegt sind.

Demnach sollen Gründungen bzw. Beteiligungen von Bund und Ländern nur dann **36** erfolgen, wenn die nachstehend genannten Bedingungen erfüllt sind:

- Es liegt ein **wichtiges Interesse** des Bundes oder des Landes vor, was der Fall ist, wenn hierdurch bedeutsame Aufgaben der jeweiligen Körperschaft erfüllt werden, nicht aber, wenn die Beteiligung ausschließlich der Einnahmenerzielung dient.⁸²
- Hierdurch wird der Bezug zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben hergestellt.⁸³
- Zugleich darf sich der angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lassen. Diese **Subsidiaritätsklausel**⁸⁴ schließt die bereits in § 7 II 3 BHO vorgeschriebene, im Zuge eines Interessenbekundungsverfahrens anzustellende Prüfung ein, ob und inwieweit öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten nicht **mindestens ebenso gut durch private Anbieter** erbracht werden könnten.⁸⁵
- Weiter muss die **Einzahlungsverpflichtung** des Bundes bzw. der Länder auf einen bestimmten Betrag **begrenzt** sein, wodurch mit einer persönlichen Haftung verbundene Beteiligungen etwa an einer GbR, OHG oder KG (als Komplementär) ausscheiden. Die öffentliche Hand muss außerdem einen **angemessenen Einfluss** erhalten, womit wiederum der Gedanke der **Beherrschung des Unternehmens** (→ Rn. 7) in Geltung tritt.⁸⁶ Schließlich sind für Aufstellung und Prüfung von Jahresabschluss und Lagebericht die §§ 264 ff. HGB anzuwenden.

4. Wettbewerbsrecht

Wettbewerbsrechtlich sind zunächst die Vorgaben des AEUV einzuhalten **37** (→ Rn. 21 ff.). Hinsichtlich der Anwendbarkeit deutschen Wettbewerbsrechts enthält § 185 I GWB eine eindeutige Regelung und erstreckt den **Geltungsbereich des GWB** auch auf öffentliche Unternehmen. Bedeutsame Vorgaben für wettbewerbswirksames Handeln des Staates als Auftraggeber enthält das Vergaberecht (→ § 9).

Im Unterschied zum GWB fehlt im **UWG** eine entsprechende Vorschrift zur Anwendbarkeit auf öffentliche Unternehmen. Die Rspr. wendet jedoch § 3 UWG (§ 1 UWG a. F.) seit jeher auch auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand an, soweit das **Verhalten im Wettbewerb**, d. h. die Art und Weise (das „Wie“) ihrer Wettbewerbsbeteiligung betroffen ist.⁸⁷ Die Frage, inwieweit das UWG die Privatwirtschaft darüber hinaus vor dem **Zugang der öffentlichen Hand zum Markt** schützen will, mithin auch das „Ob“ staatlicher Wettbewerbsteilnahme erfasst, wird hingegen in

⁸¹ C. Helm, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, 2. Aufl. Stand Februar 2015, § 7 BHO Rn. 16.

⁸² Vgl. „Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen“, Beschluss der Bundesregierung v. 24.9.2001, Tz. 7; D. Ehlers, Jura 1999, 212 (214).

⁸³ BVerfGE 61, 82 (107 f.).

⁸⁴ Ruthig/Storr, ÖffWiR Rn. 710.

⁸⁵ Vgl. „Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen“, Beschluss der Bundesregierung v. 24.9.2001, Tz. 8.

⁸⁶ Zu den Mitteln der Einflussnahme vgl. „Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen“, Beschluss der Bundesregierung v. 24.9.2001, Tz. 13, 46 ff., 141 ff.

⁸⁷ BGHZ 82, 375 (397); BGH NJW 1974, 1333; MDR 1987, 114; NJW 2002, 2645 (2648); NJW 2003, 752 (754).

der neueren Judikatur des BGH restriktiver beantwortet als zuvor.⁸⁸ Zur damit verbundenen Rechtsweg- und Drittschutzproblematik → Rn. 59 ff.

III. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden

1. Art. 28 II GG als Legitimationsgrundlage wirtschaftlicher Betätigung

- 39 Art. 28 II 1 GG sichert den Gemeinden im Rahmen der Gesetze einen grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassenden Aufgabenbereich sowie die Befugnis zu eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte in diesem Bereich.⁸⁹ Diese **institutionelle Garantie kommunaler Selbstverwaltung** schließt zum einen die Befugnis ein, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ohne speziellen Kompetenztitel anzunehmen („Universalität“ des gemeindlichen Wirkungskreises, „Allzuständigkeit“ der Gemeinde) und begründet folglich ein Aufgabenfindungsrecht.⁹⁰ Zum anderen beinhaltet sie die Entscheidungsbefugnis über die **Art und Weise** der Erledigung der örtlichen Angelegenheiten.⁹¹
- 40 Insbesondere letztgenannte Berechtigung bildet eine verfassungsrechtliche Legitimationsgrundlage für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden.⁹² Sie deutet auf zwei aus Art. 28 II GG abgeleitete Gemeindehoheiten hin, nämlich die **Organisationshoheit** und die **Finanzhoheit**. Erstere räumt den Gemeinden einen Spielraum hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer Organisation, der Abläufe und Entscheidungszuständigkeiten ein.⁹³ Letztere garantiert die Befugnis zur eigenverantwortlichen Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft⁹⁴ sowie eine aufgabenadäquate Finanzausstattung (Art. 28 II 3 GG).⁹⁵ Zu Recht werden Gemeindegewirtschaft, Daseinsvorsorge und Verwaltung der öffentlichen Einrichtungen als essentielle Bestandteile der kommunalen Selbstverwaltung betrachtet.⁹⁶
- 41 Die aus Art. 28 II GG abgeleitete Befugnis zu wirtschaftlicher Betätigung gilt jedoch nicht schrankenlos. In sachlicher Hinsicht setzt Verfassungsrecht, wie bereits dargelegt (→ Rn. 39), insofern eine Grenze, als wirtschaftliches Staatshandeln stets unmittelbar mit der **Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe** verknüpft sein muss, die im Vordergrund zu stehen hat. Hierbei ist im kommunalen Bereich freilich nicht zwingend erforderlich, dass es sich um eine Aufgabe der Daseinsvorsorge handelt.⁹⁷ Allerdings sind rein erwerbswirtschaftliche, nur auf Gewinnerzielung ausgerichtete, Gemeinwohlzwecken allenfalls mittelbar dienende Tätigkeiten nach h. M. auch auf kommunaler Ebene unzulässig.⁹⁸ Selbst eine entgegen Art. 28 II 3 GG unzureichende Finanzausstattung gestattet es den Gemeinden nicht, sich losgelöst von ihrem Aufgabenkreis unter Berufung auf die – nur im Rahmen dieses Aufgabenkreises gewährte – Finanzhoheit beliebig neue Einnahmequellen zu erschließen.

⁸⁸ BGH NJW 2002, 2645 (2646 ff.).

⁸⁹ BVerfGE 26, 228 (237 f.); 79, 127 (143); 91, 228 (236).

⁹⁰ BVerfGE 79, 127 (146); A. Schink, NVwZ 2002, 129 (133).

⁹¹ BVerfGE 79, 127 (143).

⁹² A. Schink, NVwZ 2002, 129 (133).

⁹³ BVerfGE 38, 258 (278 ff.); 91, 228 (236).

⁹⁴ BVerfGE 26, 228 (244).

⁹⁵ BVerfGE 106, 282 (289).

⁹⁶ D. Sterzel, in: Blanke/Trümner, Handbuch Privatisierung, 1998, Rn. 277 mwN.

⁹⁷ BVerfGE 39, 329 (333 f.).

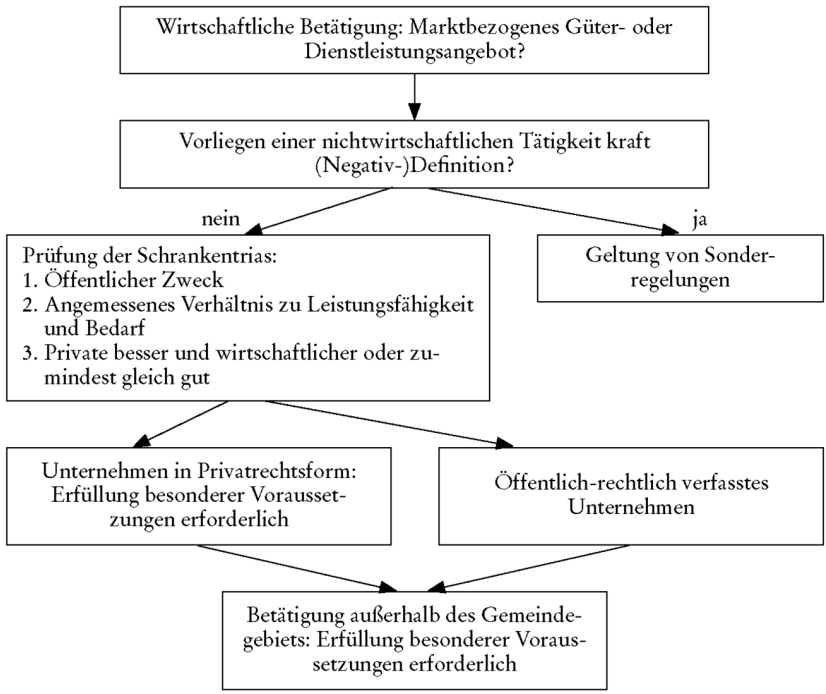
⁹⁸ BVerfGE 61, 82 (107 f.); P. Badura, DÖV 1998, 818 (821); K. Rennert, Verw. 2002, 319 (334); A. Schink, NVwZ 2002, 129 (134).

Darüber hinaus enthält Art. 28 II GG in räumlicher Hinsicht eine Kompetenzgrenze für **wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets**, da „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ nur solche sind, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben (→ Rn. 51 ff.).

2. Kommunalverfassungsrechtliche Beschränkungen in sachlicher Hinsicht

Konkrete Vorgaben zu Umfang und Grenzen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung als gesetzliche Rahmenbedingungen iSv Art. 28 II 1 GG enthalten die Gemeindeordnungen. In sachlicher Hinsicht bestimmen die Gemeindeordnungen zunächst, unter welchen **Bedingungen eine wirtschaftliche Betätigung** in der Form eines öffentlichen Unternehmens an sich zulässig ist. Sodann normieren sie zusätzliche Voraussetzungen für die Führung von Unternehmen in Privatrechtsform.

Übersicht Prüfung der Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Betätigung einer Gemeinde



a) Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung im Allgemeinen

aa) Zum Begriff „wirtschaftliche Betätigung“

Wie bereits dargelegt (→ Rn. 6) finden sich (nur) in einigen Gemeindeordnungen Begriffsdefinitionen für „wirtschaftliche Betätigung“, während sämtliche Kommunalverfassungen **Negativtatbestände** enthalten, die bestimmte Tätigkeiten über eine Fiktion vom Geltungsbereich der Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung ausnehmen. Den **Positivbestimmungen** zufolge handelt es sich bei wirtschaftlicher Betätigung um das Herstellen, Anbieten oder Verteilen von Gütern oder Dienstleistungen am Markt,

sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden könnte.⁹⁹ Nicht als wirtschaftlich, wenngleich sie nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu führen sind, gelten nach den Gemeindeordnungen regelmäßig Unternehmen, zu denen die Gemeinde verpflichtet ist, ferner zahlreiche Einrichtungen der Daseinsvorsorge (namentlich aus den Bereichen Kultur/Erziehung/Bildung, Sport/Erholung und Gesundheits-/Sozialwesen, z. T. auch Umweltschutz) sowie Hilfsbetriebe zur Deckung des Eigenbedarfs.¹⁰⁰

Im Fall 5 würden die von der S-GmbH erbrachten Leistungen der Daseinsvorsorge mit Ausnahme der Bäder und – je nach Landesrecht – der Entsorgungsleistungen auch kommunalverfassungsrechtlich zur wirtschaftlichen Betätigung zählen, ebenso die als erwerbswirtschaftlich einzustufenden, streitbefangenen Elektroarbeiten. Letztere können nicht als Tätigkeiten im Rahmen eines als nichtwirtschaftlich geltenden Hilfsbetriebs zur Deckung des Eigenbedarfs angesehen werden, da die S-GmbH diese Leistungen losgelöst von jeglicher Eigenbedarfsdeckung der G ausschließlich Dritten wie ein privater Unternehmer anbietet.¹⁰¹

bb) Schrankentrias

- 44 Den Gemeinden ist es nach den Kommunalverfassungen nur gestattet, wirtschaftliche Unternehmen zu errichten, zu übernehmen, wesentlich zu erweitern oder sich daran zu beteiligen, wenn folgende **drei Voraussetzungen** vorliegen (sog. **Schrankentrias**):
- Um die von Art. 28 II GG geforderte Verknüpfung der wirtschaftlichen bzw. unternehmerischen Tätigkeit mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (→ Rn. 41) herzustellen, verlangen die Gemeindeordnungen zum Ersten, dass ein **öffentlicher Zweck** diese Tätigkeit rechtfertigt¹⁰² bzw. erfordert¹⁰³. Eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde wird nicht erst dann „erfordert“, wenn die Betätigung unausweichlich ist. Es genügt, dass die Betätigung vernünftigerweise geboten ist.¹⁰⁴ Bei der Bewertung, was zur Erreichung der verfolgten öffentlichen Zwecke objektiv erforderlich ist, kommt den Gemeinden eine **Einschätzungsprärogative** zu, die der richterlichen Beurteilung weitgehend entzogen ist.¹⁰⁵ Nicht erforderlich ist, dass es sich um die Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge handelt.¹⁰⁶ Allerdings nehmen einige Gemeindeordnungen Aktivitäten, bei denen die **Gewinnerzielung** einziges oder vorrangiges Ziel ist, konsequenterweise von den durch öffentliche Zwecke gerechtfertigten Tätigkeiten aus.¹⁰⁷ Gleichwohl wird die Erzielung von Erträgen, Überschüssen bzw. Gewinnen für den Haushalt als Ergebnis der wirtschaftlichen Tätigkeit ausdrücklich verlangt.¹⁰⁸ Insofern ist eine Gewinn*mitnahme* als zulässig anzusehen.

⁹⁹ § 91 I BbgKVerf; § 107 I 3 GO NW.

¹⁰⁰ § 102 IV GO BW; § 136 III NKomVG; § 85 IV GO RP; § 101 IV GO SH. Zur Reichweite des Begriffs der Daseinsvorsorge in diesem Zusammenhang VGH Mannheim NVwZ-RR 2015, 307 (309f.).

¹⁰¹ Vgl. OLG Hamm NJW 1998, 3504 (3505).

¹⁰² § 102 I Nr. 1 GO BW; § 91 II Nr. 1 BbgKVerf; § 85 I Nr. 1 GO RP; § 101 I Nr. 1 GO SH.

¹⁰³ Art. 87 I 1 Nr. 1 GO BY; § 107 I 1 Nr. 1 GO NW; § 71 II Nr. 1 ThürKO.

¹⁰⁴ OVG Münster NVwZ 2008, 1031 (1035).

¹⁰⁵ BVerwGE 39, 329 (334); OVG Münster NVwZ 2008, 1031 (1035); *Cronauget/Westermann*, Komm. Unt. Rn. 414; einschränkend auf das Verhältnis zum Staat, nicht aber zum Bürger als Grundrechtsträger U. Hösch, DÖV 2000, 393 (400).

¹⁰⁶ BVerwGE 39, 329 (333f.).

¹⁰⁷ § 91 II Nr. 1 BbgKVerf; § 108 III 3 KSVG SL; § 128 I 2 KVG LSA; strenger Art. 87 I 2 GO BY.

¹⁰⁸ § 102 III GO BW; § 92 IV BbgKVerf; § 109 I 2, II GO NW; § 85 III GO RP; unter dem Vorbehalt unterbleibender Beeinträchtigung des öffentlichen Zwecks § 75 I KV MV.

- Im Zusammenhang mit der Forderung nach Überschüssen für den Haushalt (→ Rn. 44) sowie den Grundsätzen wirtschaftlicher und sparsamer Haushaltsführung allgemein¹⁰⁹ sehen die Kommunalverfassungen zum Zweiten vor, dass das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur **Leistungsfähigkeit der Gemeinde** und zum voraussichtlichen Bedarf steht.¹¹⁰ Im Falle einer Überforderung durch die wirtschaftliche Betätigung ist der öffentliche Zweck auf andere Weise zu verfolgen.
- Drittens schließlich enthalten die Gemeindeordnungen eine **Subsidiaritätsklausel**, welche die wirtschaftliche Betätigung davon abhängig macht, dass der Zweck nicht mindestens ebenso gut und wirtschaftlich¹¹¹ durch einen privaten Anbieter erfüllt wird oder werden kann. Diese Subsidiaritätsklausel beschränkt sich z. T. auf Aufgabenfelder, die außerhalb der (im Wesentlichen ohnedies bereits vom Anwendungsbereich ausgenommenen) Daseinsvorsorge liegen.¹¹² In einigen Gemeindeordnungen wird zum Nachweis der Vorteilhaftigkeit kommunaler Leistungserstellung oder generell vor Gründung kommunaler Unternehmen eine auf einer **Markterkundung** basierende Analyse der Chancen und Risiken des wirtschaftlichen Engagements gefordert,¹¹³ die dem Gemeinderat vorzulegen ist.

Im Fall 5 liegt mit der Durchführung der Elektroarbeiten auf den Veranstaltungen durch die S-GmbH eine **wesentliche Erweiterung** eines vorhandenen wirtschaftlichen Unternehmens der G vor. Die S-GmbH kann sich nicht darauf berufen, dass diese Arbeiten einen **bloßen Annex-Charakter** zu einer erlaubten Betätigung aufweisen, welche etwa zulässig wäre, um im Sinne des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes nicht ausgelastete Kapazitäten zu nutzen.¹¹⁴ Vielmehr zielt diese Tätigkeit auf die dauerhafte Erschließung neuer, nicht mit dem Unternehmensgegenstand in Verbindung stehender Geschäftsfelder ab, um sich durch eine solche Expansion für den Wettbewerb mit privaten Stromanbietern zu wappnen.¹¹⁵

Damit fehlt in Fall 5 in Bezug auf diese Elektroarbeiten auch der in den Gemeindeordnungen vorgegebene **öffentliche Zweck**. Denn dieser muss sich aus einem Bedürfnis der örtlichen Gemeinschaft ergeben und darf nicht erst durch die Gemeinde selbst geschaffen werden, indem sie öffentliche Unternehmen so dimensioniert, dass diese nur durch ergänzende privatwirtschaftliche Aktivitäten effizient arbeiten können.¹¹⁶ Im Übrigen ordnet die Verkehrsanschauung solche Tätigkeiten wesensmäßig dem Elektrohandwerk und nicht öffentlichen Stromversorgern zu.

cc) Genehmigungs- und Anzeigepflichten

Die Gründung, Übernahme, Erweiterung und Veräußerung von Unternehmen bzw. die Beteiligung an diesen ist gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde anzeigepflichtig;¹¹⁷

¹⁰⁹ Art. 61 II 1 GO BY; § 92 II GO HGO; § 110 II NKomVG; § 98 II KVG LSA.

¹¹⁰ § 102 I Nr. 2 GO BW; § 91 II Nr. 2 BbgKVerf; § 107 I 1 Nr. 2 GO NW; § 101 I Nr. 2 GO SH.

¹¹¹ § 102 I Nr. 3 GO BW; § 91 III 1 BbgKVerf; § 121 I 1 Nr. 3 HGO; § 136 I 1 Nr. 3 NKomVG; § 107 I 1 Nr. 3 GO NW; § 85 I Nr. 3 GO RP.

¹¹² Art. 87 I 1 Nr. 4 GO BY; § 71 II Nr. 4 ThürKO; für Infrastrukturdienstleistungen auch § 107 I 1 Nr. 3 GO NW.

¹¹³ Diese ist nach § 107 V GO NW und § 108 V KSVG SL den Kammern zur Stellungnahme zu unterbreiten (Branchendialog). Ähnliche Analysen sehen §§ 91 III 2 BbgKVerf, §§ 128 I 1 Nr. 3, 135 KVG LSA (ohne Markterkundung), § 71 II Nr. 4 ThürKO sowie bei Unternehmen in Privatrechtsform auch § 95 II SächsGemO vor.

¹¹⁴ Vgl. A. Schink, NVwZ 2002, 129 (134).

¹¹⁵ Vgl. OLG München NVwZ 2000, 835 (836).

¹¹⁶ OLG Hamm NJW 1998, 3504 (3505); OLG München NVwZ 2000, 835 (836).

¹¹⁷ Art. 96 I GO BY; § 127a HGO; § 72 ThürKO; § 118 KSVG SL.

z. T. sind darüber hinaus **Genehmigungspflichten für bestimmte Rechtsgeschäfte** vorgesehen¹¹⁸.

b) Zulässigkeit der Führung von Unternehmen in Privatrechtsform

- 48 Zusätzliche **kommunalverfassungsrechtliche Einschränkungen** bestehen, wenn die Gemeinde Unternehmen in Privatrechtsform gründen, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen möchte. Die sämtlichen Gemeindeordnungen gemeinsamen Voraussetzungen ähneln hierbei denjenigen in § 65 der Bundes- und Landeshaushaltsordnungen (→ Rn. 35f.):
- So wird häufig deklaratorisch auf die Vorschriften verwiesen, welche die **Schrankentrias** normieren,¹¹⁹ z. T. bezogen auf den öffentlichen Zweck weitergehend eine wichtiges Interesse der Gemeinde gefordert¹²⁰. Die ordnungsgemäße Erfüllung dieses Zwecks muss durch eine entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung sichergestellt sein.¹²¹ Ferner existieren **spezielle Subsidiaritätsklauseln**, die entweder die Gleichwertigkeit oder Vorteilhaftigkeit privatrechtlicher gegenüber öffentlich-rechtlichen Organisationsformen verlangen¹²² oder aber die AG unter den Vorbehalt der Gleichwertigkeit gegenüber anderen Gesellschaftsformen stellen¹²³.
 - 49 ■ Die **Einzahlungsverpflichtung und die Haftung der Gemeinde** müssen auf einen ihrer Leistungsfähigkeit entsprechenden Betrag begrenzt werden.¹²⁴ Damit scheidet die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter an Personengesellschaften auch auf kommunaler Ebene aus.
 - 50 ■ Sodann muss der Gemeinde bzw. Kommune ein in den Regelungen des Gesellschaftsvertrags verankerter **angemessener Einfluss** eingeräumt werden, insbesondere über den Aufsichtsrat oder ein entsprechendes Überwachungsorgan.¹²⁵ Dieser Einfluss soll die nachhaltige Erfüllung des öffentlichen Zwecks sicherstellen. In Ergänzung der gesellschaftsrechtlichen Steuerungsinstrumente (→ Rn. 13ff.) sehen die Gemeindeordnungen deshalb weitere Mittel zur Wahrung des öffentlichen Interesses vor, so etwa haushaltsrechtliche Informations- und Prüfungsrechte (§§ 53, 54 HGrG), Teilwises Übernahmen von Eigenbetrieben, die Aufnahme des – ebenso wie bei Unternehmen des Bundes und der Länder nach den §§ 264ff. HGB zu erstellenden – Jahresabschlusses und Lageberichts als Anhang in den Gemeindehaushalt sowie die (allerdings nur im kommunalrechtlichen Innenverhältnis wirksame → Rn. 16) **Weisungsgebundenheit der kommunalen Vertreter** in den Gesellschaftsorganen.¹²⁶ Allerdings ist zu beachten, dass im Konfliktfall das bundesrechtliche Gesellschaftsrecht sich gegenüber den kommunalrechtlichen Bestimmungen

¹¹⁸ § 152 II, III NKomVG.

¹¹⁹ § 122 I 1 Nr. 1 HGO; § 137 I Nr. 1 NKomVG; § 129 I KVG LSA; § 73 I 1 Nr. 1 ThürKO.

¹²⁰ § 110 I Nr. 1 KSVG SL.

¹²¹ § 103 I Nr. 2 GO BW; Art. 92 I 1 Nr. 1 GO BY; § 69 I Nr. 2 KV MV; § 137 I Nr. 5 NKomVG; § 96 I Nr. 1 SächsGemO.

¹²² § 69 I Nr. 1 KV MV; § 129 I Nr. 1 KVG LSA; § 102 I 1 Nr. 1 GO SH.

¹²³ § 103 II GO BW; § 122 III HGO; § 108 IV GO NW; § 87 II GO RP.

¹²⁴ § 96 I Nr. 3 BbgKVerf; § 108 I 1 Nr. 3 bis 5 GO NW; § 87 I 1 Nr. 4 bis 6 GO RP; § 110 I Nr. 2 KSVG SL.

¹²⁵ Art. 92 I 1 Nr. 2 GO BY; § 122 I 1 Nr. 3 HGO; § 137 I Nr. 6 NKomVG; § 129 I Nr. 3 KVG LSA.

¹²⁶ Vgl. exemplarisch §§ 108 I 1 Nr. 8, II, 112, 113 GO NW.

des Landesrechts durchsetzt (→ Rn. 16). In einigen Bundesländern müssen bei einer GmbH bestimmte Entscheidungen der Gesellschafterversammlung vorbehalten bleiben.¹²⁷

3. Kommunalverfassungsrechtliche Beschränkungen in räumlicher Hinsicht

In den Kommunalverfassungen finden sich ferner Vorgaben für die **wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb ihres Gemeindegebiets**, d. h. ein Ausgreifen auf das Gebiet anderer Gemeinden (ohne Vorliegen einer interkommunalen Zusammenarbeit) oder gar eine Betätigung im Ausland. Eine solche Überschreitung der Gemeindegrenzen unterliegt folgenden Voraussetzungen¹²⁸:

- Zunächst gilt auch hier die **Schrankentrias**, d. h. die Tätigkeit muss durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein, in angemessenem Verhältnis zu Leistungsfähigkeit und Bedarf der Gemeinde stehen und den Anforderungen der Subsidiaritätsklausel im Verhältnis zur privaten Leistungserstellung genügen (→ Rn. 44 ff.).
- Weiterhin müssen die **berechtigten Interessen der Gebietskörperschaften**, auf deren Territorium die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde ausgreift, gewahrt sein. Diese Vorgabe trägt dem ebenfalls auf Art. 28 II GG fußenden Selbstverwaltungsrecht der von der Expansion betroffenen Gemeinden Rechnung. Privilegiert sind hierbei allerdings gebietsüberschreitende Tätigkeiten im Bereich der Versorgung mit Strom und Gas, bei denen nur solche Interessen der betroffenen Gemeinden als berechtigt gelten, die nach den maßgeblichen Vorschriften des Energiewirtschaftsrechts (→ § 15) eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen. Z. T. sieht das Kommunalrecht eine Informationspflicht der expandierenden gegenüber der betroffenen Gemeinde vor.¹²⁹
- Vereinzelt unterliegt die exterritoriale Betätigung der Gemeinde generell einer Genehmigungs- bzw. Anzeigepflicht¹³⁰ oder ist eine Genehmigung für ein Tätigwerden im Ausland notwendig¹³¹.
- Einzelne Kommunalverfassungen kennen **gegenständliche Beschränkungen** der Zulässigkeit einer exterritorialen wirtschaftlichen Betätigung. So ist in Brandenburg eine wirtschaftliche Betätigung außerhalb der Versorgung der örtlichen Gemeinschaft nur bei der Versorgung mit Elektrizität, Gas und Fernwärme sowie einer Tätigkeit im Rahmen öffentlicher Vereinbarungen und Konzessionen zulässig (§ 91 IV BbgKVerf).

Die verfassungsrechtliche **Zulässigkeit exterritorialer wirtschaftlicher Betätigung** an sich sowie im Rahmen der o. g. Regelungen ist umstritten. Die Extrempositionen markieren die Auffassung, wonach den Gemeinden grenzüberschreitende wirtschaftliche Aktivitäten grundsätzlich untersagt seien,¹³² sowie die Gegenansicht, welche Art. 28 II GG im Hinblick auf eine wirtschaftliche Betätigung – im Unterschied zu hoheitlichem Handeln – von vornherein keine beschränkende Wirkung zuerkennt, sondern hierfür allein das Wettbewerbsrecht für maßgeblich hält¹³³. Beide Ansichten

¹²⁷ § 103 a GO BW; § 108 V GO NW; § 87 III GO RP; § 73 I 2 ThürKO.

¹²⁸ Vgl. im Einzelnen § 102 VII GO BW; Art. 87 II GO BY; § 107 III GO NW; § 128 III, IV KVG LSA.

¹²⁹ § 128 III 4, IV 4 KVG LSA.

¹³⁰ § 71 V 3 ThürKO; die Anzeigepflicht gilt für Tätigkeiten im Energiesektor.

¹³¹ § 107 IV GO NW.

¹³² F. Held, NWVBl. 2000, 201 (206); Schliesky, ÖffWiR S. 182.

¹³³ J. Hellermann/J. Wieland, in: Püttner, Zur Reform des Gemeindefortschrittsrechts, 2002, S. 117 (124f.); M. Morawig, WiVerw 1998, 233 (244ff.).

vermögen nicht zu überzeugen; stattdessen bedarf es einer differenzierten Betrachtung.

- 56 So sind wirtschaftliche Aktivitäten der Gemeinde kraft Verfassungsrechts nur im Zusammenhang mit der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe zulässig (→ Rn. 41); andernfalls bewegt sich die Gemeinde außerhalb ihres eigentlichen Aufgabenbereichs.¹³⁴ Da die Gemeinden auch im Falle wirtschaftlicher Betätigung als Träger öffentlicher Verwaltung handeln, gilt die **Bindung an die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung** (Art. 20 III, Art. 28 II GG) unverändert.¹³⁵ Dieser an die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ iSv Art. 28 II GG gebundene Wirkungskreis umfasst nach der Rspr. des BVerfG nur diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben.¹³⁶ Art. 28 II GG enthält somit eine **Kompetenzgrenze** auch in räumlicher Hinsicht, indem er die Aufgabenwahrnehmung der Gemeinden **örtlich radiziert**.
- 57 Dies impliziert freilich keine starre geographische Beschränkung der Wirkungen und die Unzulässigkeit einer „Ausstrahlung“ gemeindlichen Handelns auf benachbarte Gebietskörperschaften,¹³⁷ ebenso wenig wie etwa die Einstufung der in ihren Wirkungen notwendigerweise über das Gemeindegebiet hinausreichenden interkommunalen Zusammenarbeit als überörtlich¹³⁸. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob die **Wertschöpfung der kommunalen Leistungen** auf dem Gemeindegebiet erfolgt bzw. auf die Gemeindebevölkerung und ihr Zusammenleben bezogen ist oder nicht.¹³⁹
- 58 Überschreitet die ausgreifende Gemeinde im obigen Sinne ihre Kompetenzen, steht den **betroffenen Gemeinden** unter Berufung auf den ihnen durch Art. 28 II GG eingeräumten Zuständigkeitsbereich ein **Abwehrrecht** hiergegen zu, welches eine Klagebefugnis gemäß § 42 II VwGO begründet.¹⁴⁰ Der Gesetzgeber ist zwar gemäß Art. 28 II GG („im Rahmen der Gesetze“) zur Ausgestaltung der kommunalen Kompetenzverteilung befugt, unterliegt hierbei jedoch strengen Grenzen, die bei der Auslegung der kommunalverfassungsrechtlichen Bestimmungen (→ Rn. 39 ff.) zu beachten sind. Insbesondere darf der Gesetzgeber nicht in den Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung eingreifen. Außerhalb des Kernbereichs müssen – in Übertragung der vom BVerfG für eine Hochzonung gemeindlicher Aufgaben aufgestellten Grundsätze¹⁴¹ – bei einem Aufgabenzug Gründe des Gemeinwohls vorliegen, die gegenüber dem verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilungsprinzip überwiegen. Ausgestaltungen unterhalb des Aufgabenzugs müssen zumindest durch tragfähige Gemeinwohlgründe gerechtfertigt sein und vor dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie dem Willkürverbot bestehen.¹⁴²

IV. Rechtsschutzfragen

- 59 Über ihre öffentlichen Unternehmen tritt die öffentliche Hand vielfach in den Wettbewerb mit Unternehmen der Privatwirtschaft ein. Dies wirft die Frage auf, welche Rechtsschutzmöglichkeiten privaten Konkurrenten gegen eine wirtschaftliche Betäti-

¹³⁴ So explizit BVerfGE 61, 82 (108).

¹³⁵ A. Guckelberger, BayVBl. 2006, 293 (294f.); C. Lux, NWVBl. 2000, 7 (9); A. Schink, NVwZ 2002, 129 (135f.).

¹³⁶ BVerfGE 8, 122 (134); 79, 127 (152).

¹³⁷ A. Gern, NJW 2002, 2593 (2594f.).

¹³⁸ BVerwGE 87, 237 (238).

¹³⁹ OVG Koblenz GewArch 2006, 288 (289); J. Kübling NJW 2001, 177 (178); A. Schink, NVwZ 2002, 129 (137).

¹⁴⁰ A. Guckelberger, BayVBl. 2006, 293 (295ff.) mwN; J. Kübling, NJW 2001, 177 (179f.).

¹⁴¹ BVerfGE 79, 127 (153).

¹⁴² A. Gern, NJW 2002, 2593 (2596f.).