

Alfred Katz

# **Kommunale Wirtschaft**

Leitfaden für die Praxis

2., erweiterte und  
überarbeitete Auflage

**Kohlhammer**

*150 Jahre*  
**Kohlhammer**



Prof. Dr. Alfred Katz

# **Kommunale Wirtschaft**

Leitfaden für die Praxis

**Unter Mitarbeit von**

**Dr. Jan Seidel**

Rechtsanwalt, KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

**Dr. Nicolas Sonder**

Rechtsanwalt, KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

2., erweiterte und überarbeitete Auflage

Verlag W. Kohlhammer

*Alfred Katz:* Nach Ablegung des Dipl.-Verwaltungswirts (FH), Studium der Rechtswissenschaft, Politik und Wirtschaftswissenschaft in Tübingen und München, Assessorexamen 1972, bis 1975 wissenschaftlicher Assistent an der Universität Tübingen, von 1975 bis 1984 in verschiedenen Funktionen für Staats-, Wissenschafts-, Innen- und Finanzministerium des Landes Baden-Württemberg tätig, von 1984 bis 2000 Erster Bürgermeister der Stadt Ulm/Donau, seither Rechtsanwalt und Kommunalberater sowie Partner bei der SGP Schneider Geiwitz & Partner in Neu-Ulm. Er ist mit einer Vielzahl von Veröffentlichungen vor allem in den Bereichen Verfassungsrecht, Verwaltungswissenschaft, kommunales Wirtschafts- und Abgabenrecht sowie Finanzwissenschaft hervorgetreten. Seit 1991 ist er Honorarprofessor an der Hochschule für Öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

Im Einzelnen haben die 2. Auflage folgende Autoren bearbeitet:

Dr. N. Sonder: II 4 und 9, III 3 a (zus. mit Seidel), VI 6 und IX (im Teil 1).

Dr. J. Seidel: III 3 a (zus. mit Sonder), VIII (zus. mit Katz) und X (im Teil 1).

Prof. Dr. A. Katz: alle übrigen Teile und Abschnitte.

2. Auflage 2017

Alle Rechte vorbehalten

© W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart

Gesamtherstellung: W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart

Print:

ISBN 978-3-17-030494-9

E-Book-Formate:

pdf: ISBN 978-3-17-030495-6

epub: ISBN 978-3-17-030496-3

mobi: ISBN 978-3-17-030497-0

Für den Inhalt abgedruckter oder verlinkter Websites ist ausschließlich der jeweilige Betreiber verantwortlich. Die W. Kohlhammer GmbH hat keinen Einfluss auf die verknüpften Seiten und übernimmt hierfür keinerlei Haftung.

## Vorwort zur 2. Auflage

Die kommunale Wirtschaft kommt nicht zur Ruhe. Sie ist bei stets wachsender Bedeutung weiter im stetigen Umbruch begriffen. Die kommunalen Daseinsvorsorge- und Infrastrukturaufgaben, aber auch die sog. nichtwirtschaftlichen kommunalen Betätigungen werden zunehmend vielfältiger und komplexer. Ausgelöst durch Liberalisierung, Privatisierung, Regulierung, Rekommunalisierung und „Auslagerung“ ist vieles im Fluss. Die Energiewende und der Umweltschutz, die rasante Digitalisierung und technischen Entwicklungen, aber auch der „Rekommunalisierung“ und besonders die „schleichende“ Europäisierung des Wirtschaftsrechts, des Wettbewerbs-, Vergabe- und Beihilferechts tragen dazu bei.

Mehr als zehn Jahre nach der ersten Auflage der „Kommunalen Wirtschaft“ erscheint nun eine zweite Auflage mit erweitertem Autorenkreis und der Einarbeitung der aktuellen Entwicklungen, der einschlägigen Gesetzesänderungen und der neuen Rechtsprechung sowie dem zunehmenden Einfluss des Europäischen Rechts (Stand: September 2016). Zu all diesen aktuellen Fragen gibt die Neuauflage auf der Basis des der ersten Auflage zugrunde liegenden erfolgreichen Konzepts eine zuverlässige und verständliche Einführung und bietet – wie der neu gewählte Untertitel „Leitfaden für die Praxis“ deutlich unterstreicht – zu den praxisrelevanten Fragen eine vertiefte Darstellung mit sachgerechten Lösungsansätzen. Wie sollen die Aufgaben, Strukturen und Funktionsweisen der Kommunalunternehmen bei Aufrechterhaltung einer aktiven, lebendigen kommunalen Selbstverwaltung gestaltet, wie sollen die Probleme der strategischen Steuerung, des Controllings und der Haftung, der Information und Einflussssicherung, der Energiewende und der Digitalisierung, des Public-Private-Partnerships (ÖPP) und der fortschreitenden wirtschaftsrechtlichen Vorgaben des EU-Rechts – die Schwerpunkte des Leitfadens – sachgerecht gelöst werden? Durch umfassende Hinweise, Fallbeispiele und Muster sowie Satzungs- und Vertragsentwürfe werden der Praxis vielfältige Hilfestellungen und Handlungsanleitungen gegeben. Im Einzelnen wird auch auf das nachstehende Vorwort zur 1. Auflage Bezug genommen und inhaltlich voll verwiesen.

Das Kommunalrecht der Länder ist vielfältig und heterogen. Im Wesentlichen bestehen jedoch einheitliche Strukturen und Vorgaben, die auch das Grundkonzept der 2. Auflage prägen. Einzelne Regelungen sind jedoch durchaus landesspezifisch. Vertieft wird in Teil 1 besonders auf die jeweils landesrechtliche Rechtslage in Bayern, Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen eingegangen. Das Buch eignet sich für Praktiker und Studierende, besonders für Kommunalpolitiker, für die vielen Gemeinderäte als Aufsichtsratsmitglieder und die zahlreich in Kommunalunternehmen Tätigen.

Prof. Dr. *Alfred Katz* ist seit langem mit allen Facetten der kommunalen Wirtschaft beschäftigt. Er war viele Jahre in der Kommunalpolitik und ist heute als *Anwalt bei SGP Schneider, Geiwitz & Partner, Neu-Ulm*, tätig. Als Co-Autoren haben an diesem Buch Dr. *Jan Seidel* und Dr. *Nicolas Sonder* mitgewirkt, beide Rechtsanwälte im Bereich Öffentlicher Sektor bei der *KPMG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH* in Nürnberg bzw. Stuttgart. Die Co-Autoren, *die ausschließlich*

## Vorwort zur 2. Auflage

*ihre persönlichen Ansichten und Meinung wiedergeben*, blicken jeweils auf langjährige Erfahrung aus ihrer Praxis bei der Beratung der öffentlichen Hand, insbesondere in den Bereichen des kommunalen Wirtschaftsrechts, des Vergaberechts und des EU-Beihilferechts zurück.

Vielen, die an der völlig überarbeiteten Neuauflage unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren, sagen wir schlicht danke. Dies gilt zuvörderst dem Kohlhammer Verlag, der sie in Druck gesetzt hat, und Herrn *Bahnert*, der uns rund um die Neuauflage bestens betreut hat. Dies gilt aber ebenso der SGP Schneider Geiwitz & Partner, Neu-Ulm, allen voran Herrn Wirtschaftsprüfer *Werner Schneider*. Ferner bedanken sich die Co-Autoren für die wertvollen Anregungen und Hinweise von Frau *Hübner* und Herrn *Lenk*. Last not least ganz herzlichen Dank an *Marita*.

Im September 2016

Alfred Katz

## Vorwort zur 1. Auflage (Auszug)

Zweck und Ziel sowie Strukturen, Aufgaben und Funktionsweisen öffentlicher und insbesondere kommunaler Wirtschaftstätigkeit sind seit Mitte der 90er Jahre verstärkt in Veränderung, im Wandel, in einem Umbruchprozess begriffen. Nicht zuletzt ausgelöst durch die europäische und nationale Liberalisierungs- und Privatisierungsgesetzgebung (Bahn, Post, Telekommunikation, Energie, Abfall, Wasser, ÖPNV usw.) ist vieles in Bewegung. 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 kommunaler Unternehmen an wettbewerbsorientierten und marktgerechten Verhaltensmaximen rechtlich in den Griff zu bekommen. Der sich vollziehende Funktionswandel ist in vollem Gange (auch ordnungspolitisch). Das klassische Bild öffentlicher Wirtschaftstätigkeit darf dabei nicht statisch verstanden werden, sondern ist nicht zuletzt aufgrund der europäischen Rahmenbedingungen dynamisch weiter zu entwickeln („neues Leitbild“). Die Vielzahl von spezialgesetzlichen Regelungen die den kommunalen Raum seit Anfang der 90er Jahre 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, von einem deutlichen Trend zu kommunaler Tätigkeit in Privatrechtsform, sowie von vielfältigen Kooperationsformen in Privat-Public-Partnership-Projekten (PPP), von neuen wettbewerbsorientierten Handlungsformen und von Trends zur Privatisierung.

Der davon ausgehende Anpassungs- und Veränderungsdruck, der noch durch die enormen Finanzprobleme verschärft wird, ist gerade auf der kommunalen Ebene besonders evident und vielfältig. Es wird immer schwieriger, „Gemeinwohlinteressen“, die Sicherung einer nachhaltigen Aufgabenerfüllung durch die Kommunen und die Gewährleistung einer modernen, leistungsfähigen Infrastruktur und Daseinsvorsorge mit knappen Ressourcen, einem „Lean-Management“ und dem durch Globalisierung, Wettbewerb und Privatisierung entstandenen Handlungsbedarf in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen und mindestens in „Konfliktsituationen“ angemessene Einflussrechte der Anteilseigner, der demokratisch legitimierten und letztlich über Steuern sich refinanzierenden Selbstverwaltungsorgane, zu sichern. Die kommunale Wirtschaft als zentraler Eckpfeiler der kommunalen Selbstverwaltung muss, will sie überleben und zukunftsfähig bleiben, diesen Veränderungs- und Modernisierungsdruck aktiv aufgreifen und konstruktiven, innovativen Lösungen zuführen, aber auch nachhaltig von EU, Bund und Ländern kommunalverträgliche Rahmenbedingungen einfordern.

Das vorliegende Buch will dazu einen Beitrag leisten. Es greift die breite Palette der aktuellen Problemstellungen auf und stellt sie in verständlicher, übersichtlicher und praxisorientierter Form dar. Im Teil 1 werden die einschlägigen Themen und Handlungsfelder im Gesamtzusammenhang dargestellt. Dabei wird zur Vertiefung auf eine umfangreichere Darstellung von weiterführenden Fund-

## Vorwort zur 1. Auflage (Auszug)

stellen, praktischen Hinweisen usw. ebenso wie auf anschauliche Abbildungen und eine gute Textgestaltung besonderer Wert gelegt. Der Teil 2 enthält die ausführliche und profunde Kommentierung des Rechts der wirtschaftlichen Betätigung des Landes Baden-Württemberg (Kunze/Bronner/Katz, a. a. O., Loseblattausgabe, Erl. zu §§ 102 bis 108 GemO BW). Mit einer synoptischen Darstellung der GO-Bestimmungen aller dreizehn Flächenbundesländer wird der Zugang zu der aktuellen, auf den neuesten Stand gebrachten Kommentierung (GemO BW) bundesweit ermöglicht und stark erleichtert (vgl. unten Teil 2, Abschnitt I). Im Teil 3 werden die Ausführungen durch drei Anlagen abgerundet (Muster einer Eigenbetriebsatzung und eines GmbH-Gesellschaftsvertrags; IDW-Prüfungskatalog zu § 53 HGrG).

Das Buch wendet sich an die Repräsentanten und Vertreter der Anteilseigner der kommunalen Unternehmen. Den demokratisch legitimierten Entscheidungsträgern der kommunalen Wirtschaft, den Räten, Oberbürgermeistern, Bürgermeistern und Verwaltungen, sollen sowohl ein verständlicher Gesamtüberblick als auch praxisorientierte Arbeitshilfen gegeben werden. Aber auch für die Kommunalunternehmen und ihre Geschäftsführungen sowie für alle Kommunalberater und -interessierten wird ein breiter Einstieg in die Gesamtproblematik und ein aktuelles Nachschlagewerk geboten.

Im März 2004

Alfred Katz

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort. . . . .	V
Inhaltsverzeichnis . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis. . . . .	XIV

## Teil 1: Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen

	Seite
<b>I. Einführung und aktuelle Ausgangslage. . . . .</b>	<b>1</b>
1. Problemstellung . . . . .	1
2. Uneinheitliche, kontroverse Standpunkte. . . . .	3
3. Ausgangslage . . . . .	4
4. Aktuelles Koordinatensystem. . . . .	6
<b>II. Kommunale Selbstverwaltung und Kommunalunternehmen . . . . .</b>	<b>7</b>
1. Kommunalrechtliche Ausgangslage. . . . .	7
2. Verfassungsrechtliche Absicherung (Art. 28 Abs. 2 GG und LV) . . . . .	9
3. Landesrechtliche Vorgaben (Kommunalrecht) . . . . .	11
4. Europarechtliche Vorgaben (unionsrechtlicher Rahmen) . . . . .	13
5. Erscheinungsformen kommunaler Wirtschaftstätigkeit. . . . .	16
6. Faktische Bedeutung der kommunalen Wirtschaftstätigkeit . . . . .	19
7. „Konzern Stadt“ . . . . .	21
8. Herausforderungen und Zielsetzungen . . . . .	23
9. Aktuelle Entwicklungen kommunalwirtschaftlicher Betätigung . . . . .	24
a) Allgemeine Trends . . . . .	24
b) Die Rolle der Energiewende . . . . .	26
c) Weitere Sektoren . . . . .	26
<b>III. Zulässigkeitsvoraussetzungen und Grenzen. . . . .</b>	<b>28</b>
1. Begriff „wirtschaftliches Unternehmen“ (wirtschaftliche Betätigung der Kommunen) . . . . .	28
2. Voraussetzungen und Grenzen (insb. „Schrankentrias“ und Territorialprinzip) . . . . .	31
a) Öffentlicher Zweck. . . . .	32
b) Leistungsfähigkeit und Bedarf . . . . .	40
c) Subsidiaritätsklausel . . . . .	41
d) Einzelfälle . . . . .	44
3. Weitere begrenzende Rechtsgrundlagen (insbes. europäisches und nationales Wettbewerbsrecht) . . . . .	44

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
a) Europäisches Unionsrecht . . . . .	44
b) Verfassungsrechtliche Grenzen . . . . .	48
c) Wettbewerbsrechtliche Grenzen (insb. §§ 1 und 3 Abs. 1 UWG) . . . . .	49
d) Kartellrechtliche Grenzen (insbes. GWB) . . . . .	52
<b>IV. Rechts- und Organisationsformen kommunaler Wirtschaftstätigkeit . . . . .</b>	<b>53</b>
1. Überblick . . . . .	53
2. Kompetenz für die Rechtsformwahl . . . . .	54
3. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen . . . . .	55
a) Regiebetrieb . . . . .	55
b) Eigenbetrieb . . . . .	55
c) Rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts (Kommunalunternehmen) . . . . .	58
d) Zweckverband . . . . .	61
e) Stiftungen des öffentlichen Rechts . . . . .	62
4. Privatrechtliche Organisationsformen . . . . .	63
a) Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) . . . . .	66
b) Aktiengesellschaft (AG) . . . . .	71
c) Sonstige privatrechtliche Organisationsformen . . . . .	74
5. Organisationsformen interkommunaler Zusammenarbeit . . . . .	74
a) Öffentlich-rechtliche Vereinbarung . . . . .	75
b) Zweckverband . . . . .	75
c) Gemeinsames Kommunalunternehmen/Anstalt des öffentlichen Rechts . . . . .	76
d) Vergaberecht bei interkommunaler Zusammenarbeit . . . . .	77
e) Umsatzsteuer bei interkommunaler Zusammenarbeit . . . . .	79
6. Kriterien für die Rechtsformentscheidung . . . . .	79
<b>V. Einflussssicherung in Kommunalunternehmen (Ausgestaltung der Steuerungs- und Controllingrechte und -pflichten) . . . . .</b>	<b>84</b>
1. Gewährleistung der kommunalen Aufgabenerfüllung (öffentlicher Auftrag) . . . . .	84
2. Einflussssicherung bei der GmbH . . . . .	89
a) Grundpositionen, Kollisionskonzept . . . . .	89
b) Einzelne Fallgruppen (Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat und Geschäftsführung) . . . . .	95
c) Einwirkungsrechte auf die Geschäftsführung . . . . .	106
d) Sonstige Einflussssicherung . . . . .	107
e) Effiziente Unternehmensführung . . . . .	107
3. Einflussssicherung in der AG . . . . .	108

	Seite
4. Steuerung und Controlling durch Rechnungslegung, Jahresabschlussprüfung usw. . . . .	108
a) Allgemeine Bedeutung. . . . .	109
b) Gesetzessystematik und allgemeine Anforderungen . . . .	109
c) Jahresabschlussprüfung, insbes. Prüfung nach §§ 316 ff. HGB . . . . .	112
d) Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung. .	113
e) Prüfung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage . . . . .	114
f) Risikomanagement und dessen Prüfung . . . . .	115
5. Berichtswesen und Zielvereinbarung. . . . .	116
<b>VI. Beteiligungsmanagement und -Controlling . . . . .</b>	<b>118</b>
1. Inhalt und Funktionen . . . . .	118
2. Organisation und Zuständigkeiten . . . . .	120
3. Beteiligungsbericht. . . . .	121
4. Beteiligungscontrolling. . . . .	122
5. Erfolgsfaktoren und Instrumente . . . . .	124
6. Compliance in öffentlichen Unternehmen . . . . .	125
<b>VII. Betriebsführung wirtschaftlicher Unternehmen . . . . .</b>	<b>128</b>
1. Besondere Wirtschaftsgrundsätze . . . . .	128
2. Rechnungswesen . . . . .	131
3. Wirtschaftsplanung . . . . .	131
4. Steuerliche Fragen der Kommunalunternehmen . . . . .	133
5. Personalfragen (kommunale Mitarbeiter) . . . . .	137
6. Kommunale Haftung und Insolvenz . . . . .	139
a) Ausgangslage. . . . .	139
b) Problemstellung . . . . .	140
c) Insolvenzfähigkeit der Kommunen und ihrer Unternehmen . . . . .	141
d) Vertrags- oder vertragsähnliche Haftung der Kommunen für ihre Unternehmen . . . . .	144
e) „Durchgriffshaftung“ auf die Kommunen für ihre Unternehmen. . . . .	145
f) Zusammenfassung . . . . .	149
<b>VIII. Privatisierung kommunaler Aufgaben (PPP usw.) . . . . .</b>	<b>151</b>
1. Ausgangslage . . . . .	151
a) Ursachen und Motivation von Privatisierung und Re-kommunalisierung . . . . .	152
b) Aufgabenbereiche . . . . .	153
c) Rechtlicher Rahmen . . . . .	154
d) Privatisierungsdiskussion . . . . .	155

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
2. Begriffliches, Systematik, Fallgruppen . . . . .	157
a) Die Begriffe „Privatisierung“ und „kommunale Aufgaben“ . . . . .	157
b) Formen der formellen und materiellen Privatisierung . . . . .	159
c) „Regulierungsintensität“ kommunaler Aufgaben . . . . .	160
3. Entwicklungslinien und Trends . . . . .	161
a) Pro und Contra der kommunalen Aufgabenprivatisierung . . . . .	161
b) Wandel und Veränderungen . . . . .	162
c) Generelle strategische Optionen . . . . .	164
d) Regulierungserfordernisse im Einzelnen . . . . .	164
4. Kommunale Bedingungen und Ziele . . . . .	166
a) Kommunalrechtliche Vorgaben . . . . .	166
b) Sicherstellung des „Kommunalwohls“ . . . . .	168
5. Gestaltungsvarianten von Public-Private-Partnerships (ÖPP/PPP) . . . . .	169
<b>IX. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse . . . . .</b>	<b>171</b>
1. Europäisches Daseinsvorsorge-Konzept . . . . .	171
2. Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Auftrag und Wettbewerb . . . . .	176
3. Nichtwirtschaftliche Dienstleistungen . . . . .	177
4. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) und Europäisches Beihilfenrecht . . . . .	178
a) „Altmark-Trans“-Rechtsprechung des EuGH . . . . .	178
b) Das „Almunia“-Paket der EU-Kommission . . . . .	179
c) Die Betrauung mit DAWI . . . . .	180
d) Sektorenspezifische Regelungen, insbesondere die VO/1370/2007 . . . . .	182
5. Offene Fragen . . . . .	183
<b>X. Vergaberecht (öffentliches Auftragswesen) . . . . .</b>	<b>184</b>
1. Bedeutung . . . . .	184
2. Rechtsquellen . . . . .	185
3. Struktur und Grundprinzipien . . . . .	187
4. Öffentliche Auftraggeber und Aufträge . . . . .	189
5. Vergabeverfahren . . . . .	191
6. Nachprüfungsverfahren, Rechtsschutz (§§ 155 bis 184 GWB) . . . . .	193
7. Aktuelle Problembereiche . . . . .	194
<b>XI. Entwicklungsperspektiven der Kommunalunternehmen . . . . .</b>	<b>195</b>

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
Teil 2: Kommunales Landesrecht mit Kommentierung (§§ 102 bis 108 GemO BW)	
I. Synoptische Darstellung der GO-Bestimmungen (Landesrecht der kommunalen Unternehmen: BW, Bay, Brand, Hess, MeVo, Nds, NRW, RhPf, Saarl, Sachs, SachsAnh, SchlH und Thür) . . . . .	203
II. Kommentierung der §§ 102 bis 108 GemO BW (mit ergänzenden Gesetzestexten) . . . . .	208
Teil 3: Anlagen	
I. Anlage 1: Mustersatzung für Eigenbetriebe. . . . .	413
II. Anlage 2: Muster-Gesellschaftsvertrag für eine Kommunale GmbH	421
III. Anlage 3: Muster einer Organisationssatzung für Kommunalunternehmen (Anstalt des öffentlichen Rechts – KU/AöR –). . .	431
IV. Anlage 4: IDW Prüfungsstandard: Berichterstattung über die Erweiterung der Abschlussprüfung nach § 53 HGrG (IDW PS 720). . . . .	437
Literaturverzeichnis . . . . .	447
Stichwortverzeichnis . . . . .	453

# Abkürzungsverzeichnis

A.A.	Anderer Ansicht
a. a. O.	am angeführten Ort
ABL	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung(en)
AO	Abgabenordnung
AÖR	Anstalt des öffentlichen Rechts (Kommunalanstalt)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versorgungsbedingungen
Az.	Aktenzeichen
Bad.-Württ./BW	Baden-Württemberg
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz	Bundesanzeiger
BAT	Bundes-Angestellentarifvertrag
Bay	Bayern/bayerisch
BayBgm	Der Bayerische Bürgermeister (Zeitschrift)
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBesG	Bundesbesoldungsgesetz
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BgA	Betrieb gewerblicher Art
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BiRiLiG	Bilanzrichtliniengesetz
BMF	Bundesfinanzministerium
Bran	Brandenburg
BR-DS	Bundesratsdrucksache

## Abkürzungsverzeichnis

BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts
BStBl.	Bundessteuerblatt (Zeitschrift)
BT-DS	Bundestagsdrucksache
BV	Verfassung des Freistaats Bayern
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWGZ	Die Gemeinde (Baden-Württemberg, Zeitschrift)
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
DGO	Deutsche Gemeindeordnung 1936
d. h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
Drs./DS	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis (Zeitschrift)
EBV/EigBVO	Eigenbetriebsverordnung
EG (-V)	Europäische Gemeinschaft (Vertrag zur Gründung der ...)
EigBG	Eigenbetriebsgesetz
EnWG	Energiewirtschaftsrecht
Erl.	Erläuterungen
EStG	Einkommensteuergesetz
EStR	Einkommensteuer-Richtlinien
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgende (Seiten)
ff.	fortfolgende (Seiten)
FAG	Gesetz über den kommunalen Finanzausgleich
Fn.	Fußnote
FSt	Die Fundstelle (Zeitschrift)
GBL	Gesetzblatt (Bad.-Württ.)
GemHH	Der Gemeindehaushalt (Zeitschrift)
GemHVO	Gemeindehaushaltsordnung
GemO BW	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg
GeschO	Geschäftsordnung
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GewO	Gewerbeordnung
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GF	Geschäftsführer/Geschäftsführung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GK	Gemeindekasse (Zeitschrift)
GKZ	Gesetz über kommunale Zusammenarbeit

## Abkürzungsverzeichnis

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GO/GemO	Gemeindeordnung (für jeweiliges Bundesland)
GoB	Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
GrStG	Grundsteuergesetz
GuV	Gewinn- und Verlustrechnung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hess	Hessen
HGB	Handelsgesetzbuch
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
HKWP	Handbuch der kommunalen Wirtschaft und Praxis
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F./idF	in der Fassung
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
IM/IMK	Innenminister/Innenministerkonferenz
insbes./insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
IR	Infrastrukturrecht (Zeitschrift)
i. S.	im Sinne
IuK	Informations- und Kommunikationstechnik
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
jPdöR	juristische Personen des öffentlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KA	Kommunalanstalt
KAG	Kommunalabgabengesetz
KAV	Kommunaler Arbeitgeberverband
KG	Kommanditgesellschaft; Kammergericht
KHBV	Krankenhausbuchführungsverordnung
KHG	Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausgesetz)
KommHV	Verordnung über das Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden, der Landkreise und der Bezirke (Kommunalhaushaltsverordnung)
KommJur	Kommunaljurist (Zeitschrift)
KommZG	Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbetrieb
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KStG	Körperschaftssteuergesetz
KStR	Körperschaftsteuer-Richtlinien
KU	Kommunalunternehmen
KUV	Verordnung über Kommunalunternehmen
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht

## Abkürzungsverzeichnis

LHO	Landeshaushaltsordnung
LIFG	Landesinformationsfreiheitsgesetz
LKrO	Landkreisordnung
LT-DS	Landtagsdrucksache
LV	Landesverfassung
MeVo	Mecklenburg-Vorpommern
MFG	Mittelstandsförderungsgesetz
MitbestG m. w. N.	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer mit weiteren Nachweisen
Nds.	Niedersachsen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NKomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz
NKomZG	Niedersächsisches Gesetz über die kommunale Zusammenar- beit
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NW/NRW	Nordrhein-Westfalen
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PVG	Personalvertretungsgesetz
PPP/ÖPP	Public Private Partnership
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rdn.	Randnummer(n)
RP/RhPf	Rheinland-Pfalz
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite(n)
Saarl	Saarland
Sachs/sächs	Sachsen/sächsisch
SachsAnh	Sachsen-Anhalt
SchlH	Schleswig-Holstein
SGB	Sozialgesetzbuch
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
StAnz	Staatsanzeiger
StGH	Staatsgerichtshof
str.	streitig
StT	Städtetag
Thür	Thüringen
TransPuG	Transparenz- und Publizitätsgesetz
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
UmwG	Umwandlungsgesetz
unstr.	unstreitig

## Abkürzungsverzeichnis

UStG	Umsatzsteuergesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom
V/VO	Verordnung
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VHS	Volkshochschule
VKU	Verband Kommunalen Unternehmen
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen
VR	Verwaltungsrundschau (Zeitschrift)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WuV	Wirtschaft und Verwaltung (Zeitschrift)
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
Zfk	Zeitschrift für kommunale Wirtschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZKF	Zeitschrift für Kommunalfinanzen
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZPO	Zivilprozessordnung

Allgemein informiert umfassend und zuverlässig: *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl. 2015.

# 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 gewährleistenden 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-

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 zukunftssträchtig 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 Versorgungsaufgaben, 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, Teilnehmungsmanagement 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.).

19

## 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

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 **23** 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.
- **Finanzpolitische Zielsetzung:** Die Vorschriften bezwecken den Schutz der **24** 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).
- **Wirtschaftspolitische Zielsetzung:** Im Verhältnis zur Privatwirtschaft soll **25** 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. drittschützenscharf); 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.).

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

Die Gemeindegewirtschaft, Errichtung und Betrieb der öffentlichen Einrichtungen **26** und die wirtschaftliche Betätigung (Aufgaben der örtlichen Daseinsvorsorge,

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, einwohnernützliche, 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

oder Stiftung, AG oder GmbH usw.). Den Gemeindeorganen muss also neben dem „ob“ auch bezüglich des „wie“ der Erledigung kommunaler Aufgaben und damit auch der Rechtsform der wirtschaftlichen Betätigung grundsätzlich eine Wahlfreiheit, mindestens ein gewisser Entscheidungsspielraum verbleiben (kommunale Organisationshoheit; vgl. BVerfGE 91, 228, 236 ff.; BVerwGE 98, 273 ff.; OVG NW DVBl. 2011, 45, 47; *Ruffert* AöR 2001, 27, 32 ff.; *Brüning* VerwArch 2009, 453 ff.).

Die wirtschaftliche Betätigungsgarantie besteht allerdings nur „im Rahmen der Gesetze“ (**Gesetzesvorbehalt**), also nicht im Sinne einer „Unantastbarkeit“ einer ganz bestimmten gesetzlichen Ausprägung, sondern nur i. S. einer „Unantastbarkeit“ wirtschaftlicher Betätigung als solcher, also eines Grundaufgabenbestandes, sowie einer eigenverantwortlichen Aufgabenerledigung, die erforderlich ist, um im örtlichen Wirkungskreis kraftvoll und aktiv die Kommunalpolitik wahrnehmen zu können (vgl. BVerfGE 79, 127, 143 ff.). Dem Gesetzgeber steht dabei ein Regelungsspielraum zu (bei Ausgestaltungsregelungen mehr, bei „Eingriffen“ weniger), der aber in zweifacher Weise begrenzt ist: Zum einen setzt der **Kernbereichsschutz** Schranken (keine Aushöhlung des Wesengehalts der kommunalen Selbstverwaltung); zum anderen sind bei Eingriffen in den „**Randbereich**“ die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Willkürverbots anzuwenden. Den Gemeinden muss stets die Möglichkeit kraftvoller Betätigung und eigenständiger Gestaltungsfähigkeit verbleiben (BVerfGE 79, 127, 143 ff.; 91, 228, 238 ff.; BGH DÖV 2015, 196 ff.; *Papier* DVBl. 2003, 686 ff.; unten Teil 2 § 102 Rdn. 5 ff.).

Gemeinden (Gemeindeverbände) sind ein „Stück Staat“, in den staatlichen Aufbau integriert. Art. 28 Abs. 2 GG ist nicht als Grundrecht gewährleistet, sondern ist eine **Staatsorganisationsnorm**, die die dezentrale Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft bestimmt und die Kommunalebene strukturiert (staatsorganisatorisches Verteilungsprinzip, **Verbandskompetenz**). Das Recht auf wirtschaftliche Betätigung können die Gemeinden folglich ausschließlich aus dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht ableiten (Art. 28 Abs. 2 GG und LV). Eine Berufung auf Art. 12, 14 und 2 Abs. 1 GG, die Berufs-, Gewerbe- und Wettbewerbsfreiheit sowie die Eigentumsgarantie, ist der Gemeinde als staatlichem Hoheitsträger bei der Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben nach ganz h. M. verwehrt. Diese Grundrechte stehen den Kommunen nicht zu. Verfassungsrechtlich ist kommunales Wirtschaftsengagement eben niemals privatautonomes freies Handeln, sondern zweckgebundene Verwaltungstätigkeit, die nur im Rahmen gesetzlich festgelegter Kompetenzen, also nur begrenzt und gebunden ausgeübt werden kann („**gemeinwirtschaftliches Handikap**“ der Kommunalunternehmen; vgl. BVerfGE 79, 129, 148 f.; RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 ff.; *Hösch* DÖV 2000, 393 ff.; *Pieroth/Hartmann* DVBl. 2002, 421 ff.; *Rennert* JZ 2003, 385, 390 ff.; Rdn. 57 f.).

### 3. Landesrechtliche Vorgaben (Kommunalrecht)

Der für die Praxis bedeutsame Rechtsrahmen für die kommunalen Unternehmen ist traditionell und nach Art. 70 ff. GG in den Kommunalgesetzen der Bundesländer geregelt (Gemeindeordnungen). Ausgehend von den in den §§ 67 ff. DGO enthaltenen Grundsätzen sind die Zielsetzungen und die Systematik des Rechts der