

Die Veröffentlichung des Werkes

„Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft –
Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden im System des Privatrechts und
Verwaltungsrechts“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

VERWALTUNG UND WIRTSCHAFT

*Schriftenreihe der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademien Bochum, Dortmund und Hagen,
der Verwaltungsakademie Ostwestfalen-Lippe in Detmold, der Verwaltungsakademie
für Westfalen in Hagen-Bathey und der Westfälischen Verwaltungsakademie in Münster*

Herausgegeben von Studienleiter Dr. Franz Günnicker, Professor Dr. Friedrich Klein,
Professor Dr. Peter Heinz Seraphim und Professor Dr. Hans J. Wolff

Heft 30

Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft

Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden
im System des Privatrechts und Verwaltungsrechts

Von

Dr. iur. Heinrich Siedentopf

W. KOHLHAMMER VERLAG

MEINEN ELTERN

Vorwort

Die Grundlagen der Verwaltungsrechtswissenschaft wurden im bürgerlichen Rechtsstaat gelegt, als sich die Verwaltung auf die hoheitliche Sicherung und Durchführung der öffentlichen Ordnung, auf die Sorge für die freie Entfaltung der bürgerlichen Gesellschaft beschränkte. In dieser Zeit erschöpfte sich die wirtschaftliche Tätigkeit der Verwaltungsträger in eigener Bedarfsdeckung. Mit dem Fortschritt der Industrialisierung gingen der Staat und die Gemeinden aber von einer Kontrolle der Privatwirtschaft zur aktiven eigenen Teilnahme am Wirtschaftsprozess über. Heute tritt uns die wirtschaftliche Betätigung der Verwaltungsträger in den mannigfaltigsten Leistungs- und Organisationsformen und mit den verschiedenen Zwecken entgegen. Staatliche und kommunale Unternehmen sind selbstverständlich geworden, wenn auch ihre Zahl und ihre Größe zuweilen kritisiert werden. Die Systematik des Verwaltungsrechts hat sich bisher nicht diesem veränderten Tätigkeitskreis der Verwaltungsträger entsprechend weiterentwickelt. Es gilt deshalb, unter Fortentwicklung dieser Systematik die Formen staatlicher und kommunaler Wirtschaftstätigkeit zu erfassen. Dabei beschränkt sich diese Schrift auf die Kommunalwirtschaft.

Die Anregung zur Behandlung dieser Fragen ging von meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. iur. *Hans J. Wolff*, aus. Für seine wertvollen Hinweise und Hilfen bin ich ihm aufrichtig dankbar. Diese Schrift ist aus meiner Dissertation hervorgegangen, die im Sommer 1963 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität angenommen worden ist. Herrn Prof. Wolff und den anderen Mitherausgebern dieser Schriftenreihe, die die Veröffentlichung ermöglicht haben, bin ich zu großem Dank verpflichtet.

Bad Oeynhausen, im September 1963

Heinrich Siedentopf

Inhalt

Schrifttum	9
Abkürzungen	12
Einleitung	15

ERSTES KAPITEL

Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Gemeindeverbände

§ 1 Die geschichtliche Entwicklung	16
§ 2 Die Begriffsbestimmung	18
I. Die wirtschaftswissenschaftliche Begriffsbestimmung	18
1. Der Betrieb	19
2. Das Unternehmen	19
3. Die Einrichtung	20
II. Die rechtswissenschaftliche Begriffsbestimmung	20
1. Der Betrieb	21
2. Das Unternehmen	21
III. Die Geltung dieser Begriffe für das Kommunalrecht	22
§ 3 Rechtsformen kommunaler Wirtschaftsunternehmen	22
I. Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit	22
1. Der Regiebetrieb	22
2. Der Eigenbetrieb	23
II. Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit	24
1. Rechtsformen des Privatrechts	24
2. Rechtsform des Verwaltungsrechts	26
III. Besondere Rechtsform kommunaler Wirtschaftsunternehmen?	27
IV. Eigengesellschaft und gemischt-wirtschaftliches Unternehmen	27
V. Eigenbedarfs- und Hilfsbetriebe	28
§ 4 Abgrenzung der kommunalen Wirtschaftsunternehmen	29
I. zu dem Gemeindevermögen	29
II. zu sonstigen kommunalen Unternehmen und Einrichtungen	32
1. Unternehmen kraft gesetzlicher Verpflichtung	32
2. Einrichtungen vorwiegend gemeinnütziger Art	33
3. öffentliche Einrichtungen (§ 18 nwGO)	33
§ 5 Definition des kommunalen Wirtschaftsunternehmens	36

ZWEITES KAPITEL

Die Kommunalwirtschaft als Teil der Kommunalverwaltung

§ 6 Die Schranken der Kommunalwirtschaft	39
I. Die Voraussetzungen der kommunalen Wirtschaftstätigkeit gem. § 69 I nwGO	39
1. Die Bindung an den öffentlichen Zweck	40
2. Die Subsidiarität	43

3. Das Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zu der voraussichtlichen Belastung	44
II. Die Geltung der Voraussetzungen für Eigenbetriebe, Eigengesellschaften und gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	45
§ 7 Die öffentliche Verwaltung	48
I. Die Definition	49
II. Die Kommunalverwaltung	50
§ 8 Die Kommunalwirtschaft als Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben	51
§ 9 Die kommunalen Wirtschaftsunternehmen als Subjekte und Träger öffentlicher Verwaltung	55
I. Die Eigenbetriebe	56
1. als nicht-rechtsfähige öffentliche Anstalten	56
2. Die Werkleitung des Eigenbetriebes als Organ der Gemeinde	59
II. Die Eigengesellschaften und gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen	59
1. als Organe der Gemeinde?	60
2. als Verwaltungsträger?	60
3. als Beliehene?	61
a) Aufgabentheorie	61
b) Rechtsstellungstheorie	62
4. als privatrechtlich organisierte Verwaltungsträger	63

DRITTES KAPITEL

Das Recht der Leistungsverhältnisse in der Kommunalwirtschaft

§ 10 Die Rechtsformen der öffentlichen Verwaltung	70
I. nach Siebert	72
II. nach Wolff	73
III. Zusammenfassung: unmittelbare und mittelbare Zweckverfolgung	74
§ 11 Die generelle Geltung des öffentlichen oder privaten Rechts für die Leistungsverhältnisse der Kommunalwirtschaft	76
I. Der Kontrahierungszwang	78
II. Der Benutzungsanspruch aus § 18 II nwGO	79
III. Der Anschluß- und Benutzungszwang	80
§ 12 Die Differenzierung nach den Organisationsformen der Wirtschaftsunternehmen	82
I. Die Eigengesellschaft und das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	82
1. ausschließlich privatrechtliche Leistungsverhältnisse	83
2. Verträge aus sozialtypischem Verhalten	83
II. Der Eigenbetrieb	84
1. Privatrechtliche Leistungsverhältnisse	84
2. Anstaltsgewalt und privatrechtliches Leistungsverhältnis	85
3. Öffentlich-rechtliches Leistungsverhältnis	86
4. Unterscheidungskriterien	87

VIERTES KAPITEL

Die Sicherung der institutionalisierten Zweckbindung

§ 13 Die Sicherung in der Rechtsform des Unternehmens	89
§ 14 Die Sicherung durch Abwehrrechte der Privatwirtschaft	90

§ 15 Die Sicherung im Recht der Leistungsverhältnisse	91
I. bei öffentlich-rechtlichem Leistungsverhältnis	92
II. bei privatrechtlichem Leistungsverhältnis	94
§ 16 Das Verwaltungsprivatrecht in der Kommunalwirtschaft	94
I. seine Begründung	95
1. aus dem Verbot des „venire contra factum proprium“	95
2. aus dem Geltungsbereich der Grundrechte	96
a) die wertausfüllenden Grundrechte	96
b) die „vollziehende Gewalt“ in Art. 1 III GG	97
II. seine Wirkung	100

Schrifttum

- Adam, Klaus*, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Privatwirtschaft, bayVwBl. 1962, 140–141.
- Bachof, Otto*, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: gelöste und ungelöste Probleme, DÖV 1953, 417–424.
- Ballerstedt, Kurt*, Zur Frage der Rechtsform gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen, DÖV 1951, 449–453.
- Becker, Erich*, „Anstalten des öffentlichen Rechts“, HdSW, S. 208–210.
- Berkenhoff*, Die nordrhein-westfälische Gemeinde im Rechtsverkehr, „Die Gemeinde“ 1954, 153–158 und 176–178.
- Blaum, Kurt*, Öffentliche Verwaltung und wirtschaftliche Unternehmen, DVBl. 1958, 666 bis 670.
- Brügelmann, Hermann – Ludwig, Wolfgang*, Kommunale Versorgungswirtschaft, KomHdb. III, 655–701.
- Depenbrock, Johannes*, Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Bd. 12, München-Berlin 1961.
- Dürig, Günter*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, „Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung“, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiascky, München 1956.
- Derselbe*, Die Geltung der Grundrechte für den Staatsfiskus und sonstige Fiskalate, bayVwBl. 1959, 201–203.
- Eyermann, Erich – Fröhler Ludwig*, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Aufl., München-Berlin 1961.
- Fischerhof, Hans*, Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957, 305–316.
- Derselbe*, „Daseinsvorsorge“ und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1960, 41–46.
- Forsthoff, Ernst*, Die Verwaltung als Leistungsträger, Königsberger Rechtswissenschaftliche Forschungen, Bd. 2, Stuttgart-Berlin 1938.
- Derselbe*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, Heft 1, Stuttgart 1959.
- Derselbe*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München-Berlin 1961.
- Frentzel, Gerhard*, Die gewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand, Schriftenreihe des Deutschen Industrie- und Handelstages, Heft 56, Bonn 1958.
- Fröhler, Ludwig*, Landesgesetzliche Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand?, bayVwBl. 1956, 135–140.
- Göbel, Kurt*, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar, Stuttgart 1956.
- Helmreich, Karl – Widtmann, Julius*, Bayerische Gemeindeordnung, Kommentar, München 1959.
- Heymann, Wilhelm*, Wesen und Notwendigkeit der öffentlichen Anstalt, Berlin 1950.
- Hölzl, Josef*, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Kommentar, München 1960.
- Huber, Ernst Rudolf*, Beliehene Verbände, DVBl. 1952, 456–460.
- Hüttl, Adolf*, Sind die gemeindlichen Versorgungsbetriebe den „wirtschaftlichen Unternehmen“ in § 67 DGO zuzuordnen?, DÖV 1958, 198–201.

Hurst, Karl, Gemeindeeinrichtungen, KomHdb. II, 833-900.

Ipsen, Hans Peter, Kollision und Kombination von Prüfungsvorschriften des Haushalts- und des Aktienrechts, JZ 1955, 593-601.

Johns, Rudolf, „Betriebe, öffentliche“, HdSW, 48-59.

Klebe, Walter, Möglichkeiten und Folgen der Wahl eines Trägers öffentlicher Verwaltung zwischen Gestaltungsformen des öffentlichen und privaten Rechts, Dissertation, Marburg 1960.

Koehler, Alexander, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Berlin-Frankfurt 1960.

Köttgen, Arnold, Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht, Recht und Staat, Heft 59, Tübingen 1928.

Derselbe, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden - Eine verfassungsrechtliche Untersuchung, Sonderdruck aus: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I, Karlsruhe 1960, 577-618.

Derselbe, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 34, Göttingen 1961.

Kottenberg, Kurt, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 6. Aufl., Siegburg 1961.

Krane, W., Benutzungsregelungen für öffentliche Einrichtungen in Nordrhein-Westfalen, „Die Gemeinde“ 1962, 47-48.

Kratzer, Jakob, Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbeschäftigung, bayVwBl. 1962, 133-134.

Kunze, Richard - Schmid, Carl, Die Gemeindeordnung für Baden-Württemberg vom 25. Juli 1955, Kommentar, Stuttgart-Köln 1956.

Leisner, Walter, Grundrechte und Privatrecht, Münchner öffentlich-rechtliche Abhandlungen, 1. Heft, München-Berlin 1960.

Linde, Jürgen, Verfassungsrechtliche Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand unter besonderer Berücksichtigung der Gemeinden, „Kommunalwirtschaft“ 1962, 83-87.

Lindemann, Kurt, Die niedersächsische Gemeindeordnung, Kommentar, Hannover 1955.

Löw, Konrad, Fiskalgestaltung der Grundrechte?, DÖV 1957, 879-881.

Mallmann, Walter, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, 165-207.

Masson, Christoph, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Kommentar, München 1952.

Derselbe, Kommunale Beteiligung an „privatwirtschaftlichen Unternehmen“, bayVwBl. 1960, 369-372.

Maunz, Theodor - Dürig, Günter, Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, München-Berlin.

Menger, Christian-Friedrich, Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1960, 297-303.

Muntzke, Hans - Schlempp, Hans, Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung, Bad Homburg v. d. H.-Berlin 1954.

Nicklisch, Hellmut, Das Recht der kommunalen Wirtschaftsbetriebe in der Bundesrepublik und in Westberlin, Textsammlung amtlicher Vorschriften, Loseblattsammlung, Düsseldorf 1962.

Obermayer, Klaus, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, 1956.

Odenbreit, Walter - Hensel, August-Wilb., Gemeindeordnung, Amtsordnung und Kommunalwahlgesetz in Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 11. Aufl., Münster 1961.

Pagenkopf, Hans, Einführung in die Kommunalwissenschaft, Münster 1960.

Raabe, Klaus, Der Rechtscharakter gemeindlicher Versorgungsbetriebe und deren Verhältnis zum Leistungsempfänger, Dissertation, Göttingen 1951.

Riemerschmid, Anton, Einheit der Verwaltung und Eigenbetrieb, „Der Städtetag“ 1958, 502-504.

Ritschl, Hans, „Unternehmungen, öffentliche“, HdSW, 506-518.

Ruberg, Carl, Gemeinde-Wirtschaftsbetriebe, Das Gemeinderecht in Nordrhein-Westfalen, Bd. III, Siegburg 1955.

Schaumann, Wilfried, Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, JuS 1961, 110 bis 116.

Schnettler, Albert, Öffentliche Betriebe, Essen 1956.

Seraphim, H. P., Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie, Bochum 1957. Referatsammlung.

Siebert, Wolfgang, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, 215-247.

Derselbe, Zulässigkeit des Rechtsweges und richterliche Prüfungszuständigkeit, Sonderdruck der Einleitung zu Soergel-Siebert: Kommentar zum BGB, 9. Aufl., Stuttgart 1959.

Derselbe, Zur neueren Rechtsprechung über die Abgrenzung von Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, DÖV 1959, 733-737.

Stern, Klaus, Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbeschäftigung, bayVwBl. 1962, 129-133.

Surén, Friedrich, Karl - Loschelder, Wilhelm, Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, Kommentar, 2 Bde., Berlin 1940.

Surén, Friedrich, Karl, Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Bd. II: Gemeindefirtschaftsrecht, Köln-Berlin-München-Bonn 1960.

Torz, Robert, Die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz, DÖV 1958, 205-211.

Vogel, Klaus, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand. Abhandlungen aus dem Seminar für Öffentliches Recht der Universität Hamburg, Heft 47, Hamburg 1959.

Wertenbruch, Wilhelm, Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, JuS 1961, 105 bis 110.

Wolff, Hans J., Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR 76 (1950/51), 205-217. Verwaltungsrecht I, 4. Aufl., München-Berlin 1961. Verwaltungsrecht II, München-Berlin 1962.

Zeidler, Karl, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19, 208-241.

Zeiß, Friedrich, Kommunales Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, KomHdb. III 611.

Derselbe, Die Versorgungs- und Verkehrsbetriebe als wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden nach den Deutschen Gemeindeordnungen, DÖV 1958, 201-205.

Derselbe, Das Eigenbetriebsrecht der gemeindlichen Betriebe unter besonderer Berücksichtigung der Eigenbetriebsordnung Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., Stuttgart 1962.

Zuhorn, Karl - Hoppe, Werner, Gemeindeverfassung - Das Gemeinderecht in Nordrhein-Westfalen, Bd. I, Siegburg 1962, 2. Aufl.

Abkürzungen

AktG	Aktiengesetz vom 30. 1. 1937 (BGBl. III Nr. 4121-1)
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (zitiert nach Band und Seite)
Art.	Artikel
bayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 25. 1. 1952 (SaBl. 172)
bayVf.	Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. 12. 1946 (bayBS I, S. 3)
bayVGHE	Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (Teil I) mit Entscheidungen des bayerischen Verfassungsgerichtshofs (Teil II) (zitiert nach Band und Seite)
bayVwBl.	„Bayerische Verwaltungsblätter“
Bd.	Band
berlEigG	Gesetz über die Eigenbetriebe des Landes Berlin vom 11. 12. 1959 (GVBl. S. 1229)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
BVfG	Bundesverfassungsgericht
BVfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
bwEigG	baden-württembergisches Gesetz über die Eigenbetriebe der Gemeinden vom 19. 7. 1962 (GBl. S. 67)
bwGO	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg vom 25. 7. 1955 (SaBl. 1003)
DGO	Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935 (RGBl. I S. 49)
DöD	„Der öffentliche Dienst“
DOV	„Die öffentliche Verwaltung“
DVBl.	„Deutsches Verwaltungsblatt“
EigVO	Eigenbetriebsverordnung vom 21. 11. 1938 (RGBl. I S. 1650)
EnergG	Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiewirtschaftsgesetz) vom 13. 12. 1935 (RGBl. I S. 1451)
ESVGH	Entscheidungssammlung hessischer Verwaltungsgerichtshof, Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (zitiert nach Band und Seite)
GenG	Reichsgesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften i. d. F. vom 20. 5. 1898
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949 (BGBl. III Nr. 100-1)
GmbHG	Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung von 1892 i. d. F. vom 20. 5. 1898 (BGBl. III Nr. 4123-1)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HandwO	Bundeshandwerksordnung vom 17. 9. 1953 (SaBl. 1478)
HdbFinW	Handbuch der Finanzwissenschaft 2. Aufl., Tübingen, I. Bd.: 1952, II. Bd.: 1956 (zitiert nach Band und Seite)
HdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, hg. von <i>Erwin v. Beckerath</i> u. a. Stuttgart - Tübingen - Göttingen seit 1956 (zitiert nach Artikel und Seite)
heDVOEigG	hessische Durchführungsverordnung zum Eigenbetriebsgesetz vom 9. 4. 1957 (GVBl. S. 41)
heEigG	hessisches Eigenbetriebsgesetz vom 9. 3. 1957 (GVBl. S. 19)

heGO	hessische Gemeindeordnung vom 25. 2. 1952 i. d. F. vom 1. 7. 1960 (SaBl. 1372)
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 (BGBl. III Nr. 4100-1)
JuS	„Juristische Schulung“
KomHdb.	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hg. von <i>Hans Peters</i> , 3 Bde, Berlin - Göttingen - Heidelberg I. Bd., Kommunalverfassung, 1956 II. Bd., Kommunale Verwaltung, 1957 III. Bd., Kommunale Finanzen und kommunale Wirtschaft, 1959
ndsGO	niedersächsische Gemeindeordnung vom 4. 3. 1955 (SaBl. 315)
NJW	„Neue Juristische Wochenschrift“
nwEigVO	nordrhein-westfälische Eigenbetriebsverordnung vom 22. 12. 1953 (nwGS Nr. 2020, S. 181)
nwGO	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen von 1952 i. d. F. vom 28. 10. 1952 (nwGS Nr. 2020, S. 167)
nwGS	Sammlung des bereinigten Landesrechts Nordrhein-Westfalen
nwGkG	nordrhein-westfälisches Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit vom 26. 4. 1961 (GVBl. S. 190)
nwVwVollstrG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 23. 7. 1957 (SaBl. 1606)
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg (zitiert nach Band und Seite)
RdNr.	Randnummer
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RMBliv	Ministerialblatt des Reichs- und Preussischen Ministers des Innern
rhp/saarAS	Amtliche Sammlung von Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Rheinland-Pfalz und Saarland (zitiert nach Band und Seite)
rhpGO	Gemeindeordnung für Rheinland-Pfalz, Teil A des Selbstverwaltungsgesetzes von 1948 i. d. F. vom 5. 10. 1954 (SaBl. 1115)
RHO	Reichshaushaltsordnung vom 31. 12. 1922 (RGBl. 1923 II S. 17)
RZwVG	Reichszweckverbandsgesetz vom 7. 7. 1939 (RGBl. I S. 979)
saarlEigVO	saarländische Eigenbetriebsverordnung vom 14. 11. 1954 (Abl. S. 1415)
saarlGO	saarländische Gemeindeordnung vom 10. 7. 1951 (Abl. S. 995)
SaBl.	Sammelblatt für Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder
schlhGO	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein vom 24. 1. 1950 (SaBl. 217)
VfG	Verfassungsgericht
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (zitiert nach Heft und Seite)
VwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht (zitiert nach Band und Seite)
ZfSchweizR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge (zitiert nach Band und Seite)

Einleitung

Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden ist ein Teil, ein sehr wesentlicher Teil der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand¹. Statistische Angaben aus dem Jahre 1956 ergeben, daß 798 Versorgungs- und Verkehrsbetriebe mit einem Nominalkapital von 5,5 Mrd. DM sich ganz oder teilweise in kommunalem Besitz befinden².

Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand wurde nach 1920 zum Mittelpunkt einer politischen und wissenschaftlichen Diskussion. Das Ergebnis dieser Diskussion war einerseits die Regelung der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit in der DGO, andererseits die Privatisierung staatlicher Unternehmen.

Auch unter der Geltung des Grundgesetzes sind diese Wirtschaftsunternehmen Ziel wissenschaftlicher Auseinandersetzungen geblieben. Eine spezielle Regelung der öffentlichen Wirtschaft ist trotz verschiedener Versuche einer Kodifizierung nicht Gesetz geworden³.

Weiterhin gelten aber die Nachfolgebestimmungen der DGO, die wesentlich die frühere Regelung übernommen haben, die jedoch ausschließlich die Gemeindegewirtschaft betreffen.

In der Diskussion um die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand wird häufig nicht genügend unterschieden zwischen den Unternehmen des Bundes und der Länder einerseits und denen der Gemeinde andererseits. Das ist aber geboten, weil allein für die Kommunalwirtschaft eingehende gesetzliche Vorschriften bestehen⁴. Die folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb auf die kommunale Wirtschaftstätigkeit.

Die Diskussion wird darüber hinaus zu oft in primär wirtschaftspolitische Bahnen gelenkt. Im Vordergrund steht dann die Frage nach den Vor- und Nachteilen der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit⁵. Diese Frage soll hier unberücksichtigt bleiben.

Es geht vielmehr darum, die kommunale Wirtschaft als eine Lebensstatsache in dem System des öffentlichen und privaten Rechts zu erfassen. Diese Schrift will deshalb die kommunale Wirtschaftstätigkeit in ihren durch das geltende Recht gezogenen Grenzen und Bindungen untersuchen und ihren Standort in der Rechtssystematik bestimmen.

¹ Der Begriff der „öffentlichen Hand“ findet sich schon in der DVO vom 30. 3. 1933 (RGBl. I S. 180) zu der VO des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 6. 10. 1931 (RGBl. I S. 562); dort auch der Versuch einer Umschreibung.

² Münch, Entwicklung des Bilanzbildes der Finanzierung bei den kommunalen Unternehmen von 1948 bis 1956, „Der Städtertag“ 1961, Heft 7.

³ FDP-Entwurf eines Gesetzes über die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, abgedruckt bei Frenzels: Gewerbliche Betätigung, S. 41-45.

⁴ Torz DÖV 1958, 206-208; Kötzgen: Wirtschaftliche Betätigung, S. 595, Anm. 70; Stern in bayVwBl. 1962, 130 zitiert den bayVfGH vom 23. 12. 1957: „Die kommunalen Wirtschaftsunternehmen sind nach ihrer gesetzgeberischen Konzeption ein Gebilde sui generis, und zwar nicht nur gegenüber vergleichbaren Unternehmen der privaten, sondern auch der öffentlichen Wirtschaft.“

⁵ Linde in „Kommunalwirtschaft“ 1962, S. 83.

Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Gemeindeverbände

§ 1 Die geschichtliche Entwicklung

Bereits in der mittelalterlichen Stadtwirtschaft findet sich eine der heutigen Kommunalwirtschaft vergleichbare Wirtschaftsform. Die Schwerpunkte der kommunalen Betätigung sind jedoch im Laufe der geschichtlichen und sozialen Entwicklung andere geworden¹.

Die Stadt des frühen Mittelalters war sowohl geistiger als auch wirtschaftlicher Mittelpunkt. Die Geschichte der Kommunalwirtschaft ist deshalb zugleich eine Geschichte der Stadtgründungen und der Grundlagen der Stadtverfassung². Ihrer Aufgabe als Warenumsatz- und Wartentauschzentrale konnte die Stadt nur gerecht werden, wenn sie für den Wirtschaftsverkehr einen rechtlichen, aber auch einen tatsächlichen Rahmen schuf³.

Grundlage des wirtschaftlichen Verkehrs waren die an die Stadtherren verliehenen Privilegien. Durch sie wurden die Stadtherren ermächtigt, innerhalb ihrer Städte Märkte zu errichten. Das Marktprivileg war zumeist verbunden mit dem Münz-, Zoll- und Stapelrecht. Den Städten wurde der Königsbann verliehen, so daß sie zur Sicherung und Geordnetheit des Marktwesens Vergehen ahnden konnten, die mit dem Marktbetrieb zusammenhingen. Den in der Stadt wohnenden oder sich niederlassenden Kaufleuten verlieh der Stadtherr Vorrechte und Freiheiten, aus denen sich das *jus mercatorum* als spezifisches Kaufmannsrecht entwickelte, das ebenfalls den Wirtschaftsverkehr regelte⁴.

Außer diesem rechtlichen Rahmen mußten aber auch die tatsächlichen Voraussetzungen eines geordneten Wirtschaftsverkehrs geschaffen werden. Der Bau von Verkaufshallen, Zeughäusern, Kornhäusern und Lagerhallen wurde zu einer wichtigen Aufgabe der mittelalterlichen Stadtverwaltung. Diese Bauten dienten der Sicherung eines geordneten Wirtschaftsverkehrs, sie wurden den handelnden Kaufleuten zur Verfügung gestellt⁵.

Die mittelalterliche Marktwirtschaft besteht deshalb weniger in einer eigenen wirtschaftlichen, auf Erwerb gerichteten Betätigung, als vielmehr in einer ordnen-

den und sichernden Wirtschaftspolitik und in der Erfüllung der Aufgaben, die der Stadt als Gemeinwesen zusammenlebender Menschen erwachsen⁶.

Erst der Merkantilismus führt die Stadtwirtschaft, darüber hinaus aber auch alle andere Wirtschaftsbetätigung der öffentlichen Hand, aus dem Bereich der Sorge für das öffentliche, allgemeine Wohl heraus. Der öffentlichen Hand werden jetzt Wirtschaftsgebiete erschlossen, die bisher ausschließlich privater Unternehmerinitiative überlassen waren: Tuchfabriken, Spinnereien, Eisenwerke, Porzellanmanufakturen, Reedereien und Banken werden von der öffentlichen Hand betrieben⁷. Die Motive für diese Ausweitung der öffentlichen Wirtschaft sind einerseits der Wunsch, der Privatwirtschaft wirtschaftliche Vorbilder und Musterbetriebe zu erstellen, andererseits und vor allem aber auch der Wunsch, sich durch diese auf Gewinn und Erwerb ausgerichteten Betriebe eine neue, eigene Einnahmequelle zu erschließen⁸.

Der „ökonomische Automatismus“, das System natürlicher Freiheit in der Wirtschaft, die Inhalt des Liberalismus waren, vertrugen sich aber nicht mit einer weitreichenden staatlichen und kommunalen Wirtschaftstätigkeit⁹. Es war der Erfolg dieses wirtschaftlichen Individualismus und des Strebens nach Wirtschafts- und Gewerbefreiheit, daß sich Staat und Gemeinden aus weiten Gebieten ihrer erst kurz vorher gewonnenen wirtschaftlichen Tätigkeit zurückgezogen¹⁰. Die Überzeugung dieser Zeit war, daß sich System, Aufbau und Grundhaltung des Berufsbeamtentums nicht dazu eigneten, den Platz fortschrittsbewußter selbständiger und eigenverantwortlicher Unternehmer einzunehmen¹¹.

Zum Ende des 19. Jahrhunderts jedoch setzte wiederum eine Gegenbewegung ein, die diesmal und bis in unsere Zeit der öffentlichen Wirtschaftsbetätigung vorwiegend unter dem Zeichen der Daseinsvorsorge und der Sozialgestaltung¹² ihren dauernden Platz im Bereich der Wirtschaft einräumte und bestimmte. Nicht mehr der Erwerbzweck allein, sondern wirtschafts- und sozialpolitische Gründe rechtfertigten jetzt die öffentliche Wirtschaftstätigkeit, so wenn eine Gemeinde ein Versorgungsunternehmen gründete, sei es, weil private Finanzmittel nicht in ausreichendem Maße vorhanden waren, sei es, weil nur durch die gemeindliche Wirtschaftsführung eine geregelte und ständige Versorgung der Bevölkerung gesichert war¹³.

Dabei ist interessant, daß viele Unternehmen aus dem Bereich der Versorgung

¹ Schnettler: Öffentliche Betriebe, S. 302.

² Planitz: Die deutsche Stadt im Mittelalter, Graz-Köln 1954, S. 161-165.

³ v. Maurer: Geschichte der Städteverfassung in Deutschland, Erlangen 1869, Bd. I, S. 282 ff.; Planitz, Die deutsche Stadt im Mittelalter, S. 87-89.

⁴ Nabholz: Ausgewählte Aufsätze zur Wirtschaftsgeschichte, Zürich 1954, S. 23; Planitz: Die deutsche Stadt im Mittelalter, S. 332-335.

⁵ Röig: Die europäische Stadt im Mittelalter, Göttingen 1955, S. 109 ff., bes. S. 116; Weber, Max, Wirtschaftsgeschichte - Abriss der universalen Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, Berlin 1958, S. 190.

⁶ Schnettler: Öffentliche Betriebe, S. 303; Gönnerwein AöR 87 (1962), S. 118 nennt diese Zweckrichtung die „cura promovendi salutis“.

⁷ Brandt, Jürgen, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, Dissertation, Jena 1929, S. 17 f.

⁸ Conrad: Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, S. 441, 454; Bechtel: Wirtschaftsgeschichte, S. 273 f.; Becker in KomHdb. I, S. 92; Schnettler: Öffentliche Betriebe, S. 303-305; Keller in HdbFinW II, S. 167; Tautscher in HdbFinW I, S. 393-397.

⁹ Mann: Art. „Smith“ in HdSW, S. 292; Heffter: Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrh., Stuttgart 1950, S. 269 ff.

¹⁰ Lotz: Finanzwissenschaft, 2. Aufl., Tübingen 1931, § 77 I, S. 782.

¹¹ Brandt, Diss., S. 19, zitiert Lorenz von Stein: „Der Staat ist seiner Natur nach weder berufen noch seinem Organismus nach fähig, Unternehmen zu leiten.“

¹² Forsthoff: Rechtsfragen, S. 26; Wolff: Verwaltungsrecht I, § 9 II b, S. 37.

¹³ Schnettler: Öffentliche Betriebe, S. 306; Brandt: Diss., S. 20; Keller in HdbFinW II, S. 169; Blaum DVBl. 1958, 666.

und der staatlichen und kommunalen Daseinsvorsorge private Vorgänger gehabt haben. Die zentrale Wasserversorgung, die Gas- und Elektrizitätswirtschaft, sogar die Post, beruhen in ihren Anfängen auf privater Unternehmerinitiative und dem Wagemut einiger – zum Teil ausländischer – Firmen¹⁴. Darin wird deutlich, daß Aufgaben, deren Erfüllung in dem sozialen Rechtsstaat wie selbstverständlich von dem Staat und von den Gemeinden erwartet wird, früher durchaus nicht zum Bereich staatlicher Aufgaben gehörten.

Die Verwaltungsaufgaben erwachsen aus der sozialen Wirklichkeit und unterliegen wie diese einem steten Wandel.

§ 2 Begriffsbestimmung

Die Grenzen kommunaler Wirtschaftsbetätigung und darüber hinaus die Wirtschaft der öffentlichen Hand sind bisher vorrangig das Ziel wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchungen gewesen. Die Begriffe und Ergebnisse dieser wirtschaftlichen Forschungen müssen für den rechtswissenschaftlichen Gebrauch nicht notwendig nutzbar sein, sei es, daß sie juristisch nicht faßbar sind, sei es, daß der Gesetzgeber sich die wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse nicht zu eigen gemacht hat.

Umgekehrt ist sich die Wirtschaftsforschung seit *Liefmann*¹ darüber einig, daß zwischen Wirtschaft und Recht tiefgreifende Unterschiede bestehen und juristische Unterschiede für die Wirtschaftsforschung häufig nicht maßgebend sein können². Ebenso kann aber eine Argumentation, die sich wesentlich auf wirtschaftliche Kriterien stützt, in ihrer juristischen Aussage zu verzerrten, ja falschen Ergebnissen kommen³.

Dennoch ist es im Interesse einer mehrseitigen Prüfung gerechtfertigt, auch die Aussagen der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung mit heranzuziehen. Das gilt in besonderem Maße für die Klärung von Gesetzesbegriffen, für die der Gesetzgeber selbst keine Definition gegeben hat. Hier kann eine rechtswissenschaftliche Untersuchung von Wirtschaftsbegriffen ausgehend den Gesetzsbegriff bestimmen.

I. Die wirtschaftswissenschaftliche Begriffsbestimmung

Seit der Untersuchung von *Liefmann* über die Unternehmungsformen im Jahre 1912 gehört die Unterscheidung zwischen Betrieb und Unternehmen zum festen Bestand der Wirtschaftswissenschaft. In der neueren Literatur⁴ allerdings wird – zwar aufbauend auf der bisher gültigen Unterscheidung – versucht, gerade die

¹⁴ *Vogel*: Wirtschaftseinheiten, S. 63; *Depenbrock*: Versorgungswirtschaft, S. 2, 4, 6, 9; *Fischerhof* DÖV 1957, 305 f.

¹ *Liefmann, Robert*: Die Unternehmungsformen mit Einschluß der Genossenschaften und der Sozialisierung, Stuttgart 1912.

² *Hüttl*, DÖV 1958, 198.

³ Gerade diesen Vorwurf macht *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 593 Anm. 59 den Ausführungen von *Hüttl*, DÖV 1958, 198.

⁴ *Schnettler*: Öffentliche Betriebe, S. 28 ff.

staatlichen und die gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen in besonderen Begriffen deutlich zu machen.

1. Der Betrieb

Der Betrieb ist nach überwiegender Ansicht nur der technische Apparat, der Leistungsapparat, dessen sich der Mensch im Zuge der Bereitstellung von Sachgütern bedient⁵. Dabei macht es innerhalb dieser Definition keinen Unterschied, ob der Betrieb von einem Privatmann oder von der öffentlichen Hand geleitet wird. Wenn aber der Betrieb nur das Mittel, das Instrumentarium des Wirtschaftens ist, so wird damit gleichzeitig gesagt, daß dieser Begriff wirtschaftlich indifferent ist. Der Betriebszweck ist nicht etwa auf Gewinn oder Erwerb gerichtet und doch umfaßt der Ausdruck nach heutiger Auffassung mehr als die aus den Produktionsmitteln gebildete Sachgesamtheit.

Zu Recht bezeichnet deshalb *Schnettler*⁶ den Betrieb als einen Wirtschaftsorganismus, wenn er damit andeuten will, daß der Zweck des Betriebes nur die Gütererstellung ist, somit ausschließliche Innentendenz hat. Der Betrieb ist ein wirtschaftlich neutraler und indifferenter, einheitlicher Komplex einer fortdauernden wirtschaftlichen Tätigkeit, die zwar von einem zielstrebenden und planmäßigen Willen getragen wird, der seinerseits aber nur auf Herstellung und Produktion, auf organisierte Werkverrichtung gerichtet ist⁷.

2. Das Unternehmen

Demgegenüber sieht die Wirtschaftswissenschaft in dem Unternehmen – oder synonym: in der Unternehmung – einen selbständigen, auf Erwerb gerichteten, einen durch sein Gewinnstreben ausgezeichneten Betrieb. Mittelpunkt des Unternehmensbegriffes ist deshalb das Gewinn- oder Erwerbsstreben. Hinzukommen muß aber nach *Schnettler*⁸ die Möglichkeit eines selbständigen wirtschaftlichen Handelns sowie die Übernahme der damit verbundenen Risiken. Das Unternehmen ist deshalb „ein Betrieb, der von einem Unternehmer benützt, in den Dienst seiner Erwerbsabsicht gestellt wird“⁹. Wird das Erwerbsstreben derart in den Mittelpunkt der Unternehmensdefinition gestellt, so müssen sich Schwierigkeiten ergeben, wenn Betriebe mit vorwiegend gemeinnütziger oder gemeinwirtschaftlicher¹⁰ Zielsetzung eingeordnet werden sollen. *Passow*¹¹ unterstellt auch diese Betriebe dem

⁵ *Schneider*: Einführung in die Wirtschaftstheorie I, 9. Aufl., Tübingen 1961, S. 3; über die Entwicklung des Begriffes „Betrieb“ *Schnettler*: Öffentliche Betriebe, S. 17 Anm. 4.

⁶ Öffentliche Betriebe, S. 16 f.; *Schäfer*: Die Unternehmung – Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 4. Aufl., Köln 1961, S. 102.

⁷ *Leitner*: Wirtschaftslehre der Unternehmung, Berlin-Leipzig 1926, S. 23; *Ruberg*: Gemeinde-Wirtschaftsbetriebe, S. 15 f. mit weiteren Literaturnachweisen.

⁸ Öffentliche Betriebe, S. 18.

⁹ *Rieger* zitiert bei *Hüttl* DÖV 1958, 198.

¹⁰ Über den Begriff des gemeinwirtschaftlichen Unternehmens und seine internationale Terminologie *Schnettler*: Öffentliche Betriebe, S. 24 Anm. 16.

¹¹ Betrieb, Unternehmung, Konzern, Beiträge zur Lehre von den Unternehmungen, Heft 11, Jena 1925, S. 41; ähnlich auch *Schnettler*: Öffentliche Betriebe, S. 19–28 mit ausführlicher Darstellung der verschiedenen Meinungen.

Unternehmensbegriff, weil es nicht erforderlich sei, daß das Gewinnstreben primäres oder gar einziges Motiv der unternehmerischen Tätigkeit sei. Ein Betrieb ist auch dann ein Unternehmen, wenn er vorwiegend kulturelle, politische oder soziale Zwecke verfolgt und die Erwerbsabsicht in dieser Zweckerreichung ihre Begrenzung findet¹². Diese Meinung hat jedoch keine ungeteilte Zustimmung gefunden¹³.

Wie wenig die Einordnung staatlicher und kommunaler Wirtschaftstätigkeit für die Wirtschaftswissenschaft geklärt ist, zeigt sich in dem Versuch, einen Sonderbegriff der öffentlichen Unternehmung zu schaffen¹⁴.

3. Die Einrichtung

Der Begriff der öffentlichen Einrichtung, der im Zusammenhang mit § 18 nWGO wichtig wird, ist von *Schmettler*¹⁵ in die Wirtschaftswissenschaft eingeführt worden.

Die öffentliche Einrichtung steht im Gegensatz zu den öffentlich betriebenen Wirtschaftseinheiten, die sich auf Grund ihrer kaufmännischen Organisation und des zugrunde liegenden erwerbswirtschaftlichen Prinzips als Unternehmen in dem oben geschilderten Sinne darstellen. Die öffentliche Einrichtung ist ein Organismus mit vorwiegend nicht-erwerbswirtschaftlicher Zielsetzung. Öffentliche Zwecke sozialer, kultureller oder hygienischer Art führen zu der Gründung von öffentlichen Einrichtungen. Diese Zwecke können auch die Einführung eines Benutzungszwanges rechtfertigen. Auch die öffentliche Einrichtung unterliegt der wirtschaftlichen Führung; ein Entgelt kann nach der Meinung von *Ritschl*¹⁶ jedoch nur im Rahmen eines Kostendeckungsprinzips verlangt werden.

Die Trennung zwischen Unternehmen und öffentlicher Einrichtung ist nicht immer scharf zu vollziehen, zumal sich wirtschaftliche Zielsetzung oder öffentlicher Zweck häufig nicht klar erkennen lassen.

II. Die rechtswissenschaftliche Begriffsbestimmung

Die Rechtswissenschaft hat sich erst spät und in Nachfolge der Wirtschaftswissenschaft um eine Klärung der Begriffsinhalte „Betrieb“ und „Unternehmen“ bemüht¹⁷. Das kann darin begründet sein, daß zwar viele gesetzliche Vorschriften

diese Begriffe verwenden, sie diese aber zu häufig in einer nur auf die spezielle Regelung bezogenen Bedeutung verstanden wissen wollen¹⁸.

Obwohl es demnach schwierig erscheint, einen für alle Rechtsgebiete zutreffenden Inhalt zu finden, so ist dennoch eine Begriffsdefinition versucht worden.

1. Der Betrieb

Ausgehend von den sächlichen und persönlichen Betriebsmitteln, zu denen die immateriellen Betriebsmittel wie Organisation, Fabrikationsmethode oder gesicherte Absatzgelegenheit gehören, bestimmt *Jacobi*¹⁹ den objektiven Begriff des Betriebes als eine Vereinigung der Betriebsmittel zur fortgesetzten Verfolgung eines von einem oder mehreren Rechtssubjekten gemeinsam gesetzten technischen Zwecks. Der Betrieb kennzeichnet demnach eine zur Verfolgung „eines technischen Zwecks“ organisierte Sachgesamtheit, eine technische Einheit, die selbst keine Rechtssubjektivität hat²⁰.

2. Das Unternehmen

Davon unterscheidet sich der objektive Begriff des Unternehmens²¹ nur darin, daß nicht – wie beim Betrieb – die unmittelbar technischen Zwecke der Tätigkeit, sondern ein entfernteres Ziel verfolgt wird, „um deswillen der Unternehmer das Unternehmen unternimmt“²². Dieses Ziel ist immer die Befriedigung eines Bedürfnisses, das jedoch nicht – wie in der Wirtschaftswissenschaft – ein erwerbswirtschaftliches sein muß²³. Das Unternehmen im Rechtssinne ist deshalb eine Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln für das von einem Rechtssubjekt verfolgte Ziel, bestimmte Bedürfnisse zu befriedigen²⁴.

Zu Recht wird der Betrieb als Produktionseinheit, das Unternehmen als Wirt-

¹⁸ *Passow*: Betrieb, Unternehmung, Konzern, S. 18–32 führt die verschiedensten Fälle an, in denen der Gesetzgeber von einer Gleichsetzung der Begriffe ausgeht oder sie in einem den damaligen wissenschaftlichen Erkenntnissen widersprechenden Sinne verwendet; *Jacobi*: Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, Festgabe für Viktor Ehrenberg, Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 21, S. 35–39; bestimmte Vorschriften der Gewerbeordnung sind z. B. nur als Schutzbestimmungen zugunsten der technisch-organisatorischen Betriebseinheit denkbar; dazu *Gieseke*: Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, Festschrift für Ernst Heymann, Weimar 1940, S. 140.

¹⁹ Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, S. 9.

²⁰ *Jacobi*: Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, S. 15; *Gieseke*: Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, S. 121; dagegen genießt er als sog. eingerichteter Gewerbebetrieb Rechtsschutz in § 823 I BGB und Art. 14 GG: BGH NJW 1959, 479 f.; BVfGE 1, 264 = NJW 1952, 865.

²¹ Zum theoretischen Unternehmensbegriff *Vogel*: Wirtschaftseinheiten, S. 216–220.

²² *Jacobi*: Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, S. 16; ähnlich auch *Gieseke*: Der Rechtsbegriff des Unternehmens und seine Folgen, Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950, Berlin-Tübingen 1950, S. 609.

²³ A. A. *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 453.

²⁴ *Jacobi*: Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, S. 20; ähnlich bezeichnet *Gieseke*: Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, S. 122 das Unternehmen als eine unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten gesehene Einheit mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht.

¹² Ein Beispiel einer derartig limitierten Gewinnerzielungsabsicht war § 72 DGO und ist § 76 I nWGO.

¹³ *Johns*: Art. „Betriebe, öffentliche“ in HdSW, S. 51.

¹⁴ *Ritschl*: Art. „Unternehmungen, öffentliche“ in HdSW, S. 507 f.; *Schmettler*: Öffentliche Betriebe, S. 27.

¹⁵ *Schmettler*: Öffentliche Betriebe, S. 28–32; neben den weiteren, von *Schmettler* genannten Merkmalen der öffentlichen Einrichtung (Benutzungszwang, Gebühren als Entgelt von Leistungen) gilt auch das öffentlich-rechtliche Leistungsverhältnis als Kriterium; die öffentliche Einrichtung berührt sich mit der öffentlichen Anstalt des Verwaltungsrechts; dazu s. u. S. 35.

¹⁶ *Ritschl*: Art. „Unternehmungen, öffentliche“ in HdSW, S. 508.

¹⁷ *Passow*: Betrieb, Unternehmen, Konzern, S. 1 Anm. 1.

schaftseinheit gesehen²⁵. Diese Begriffsbestimmung in der Rechtswissenschaft ist aber nur von scheinbarer Allgemeingültigkeit. Die Unterscheidung zwischen Betrieb und Unternehmen kann schon deshalb für die Gesetzesanwendung nicht allgemein übernommen werden, weil der Gesetzgeber die Verschiedenartigkeit der Begriffe häufig nicht beachtet oder verwechselt hat²⁶. Deshalb gibt es, wie *Gieseke* feststellt²⁷, nicht einmal einen einheitlichen, für alle Rechtsgebiete geltenden Unternehmensbegriff.

III. Die Geltung dieser Begriffe für das Kommunalrecht

Wenn die Unterscheidung zwischen Betrieb und Unternehmen im Bereich der Wirtschaftswissenschaft in dem das Unternehmen auszeichnenden Erwerbsstreben gesehen wird, so kann das für den Bereich der Kommunalwirtschaft und für ihre gesetzliche Regelung in der GO nicht gelten. § 69 nwGO spricht generell und unterschiedslos von den wirtschaftlichen Unternehmen. § 1 nwEigVO bestimmt, daß die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde ohne Rechtspersönlichkeit als Eigenbetriebe geführt werden²⁸. Offensichtlich hat sich die Gesetzessprache nicht an die von der Wissenschaft herausgearbeiteten Begriffe gehalten, sondern eigene Unterscheidungen und Kriterien, z. B. in § 1 nwEigVO das der Rechtspersönlichkeit, gebraucht²⁹.

§ 3 Rechtsformen gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen

Die deutsche Gemeindeordnung von 1935 und – ihr weitgehend folgend – die Gemeindeordnungen der Länder der Bundesrepublik Deutschland überlassen die Wahl der Rechtsform für die kommunalen Wirtschaftsunternehmen den Gemeinden. In der Zahl der möglichen Rechtsformen müssen zunächst die wirtschaftlichen Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit von denen mit eigener Rechtspersönlichkeit unterschieden werden.

I. Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit

1. Der Regiebetrieb

Ein unselbständiger, nicht ausgegliederter Teil des allgemeinen kommunalen Verwaltungs- und Finanzapparates ist der Regiebetrieb. Die Erfolgsermittlung des

²⁵ *Rummel*: Zur Terminologie des Wortes „Betrieb“, als Manuskript gedruckt, Wetzlar 1952, S. 20; *Krause*: Unternehmer und Unternehmung, Schriftenreihe der Wirtschaftshochschule Mannheim, Heft 4, Heidelberg 1954, S. 15 f.; dabei stellt die Wirtschaftswissenschaft auf die Erwerbsabsicht, die Rechtswissenschaft auf die Bedürfnisbefriedigung ab.

²⁶ *Gieseke*: Der Rechtsbegriff des Unternehmens, S. 609.

²⁷ Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, S. 140; *ders.*: Der Rechtsbegriff des Unternehmens, S. 607 f.

²⁸ Ebenso § 74 nwGO, der auf die nwEigVO verweist.

²⁹ *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 98 II b, zu 2 und 3, S. 261; *Hüttel* DÖV 1958, 199.

Regiebetriebes geschieht nach den Formen der Kameralistik und seine Rechnungsführung bildet einen Teil der Haushaltsrechnung der Gemeinde¹. Eine schematische Übertragung der Grundsätze der Verwaltung auf die Regiebetriebe, die sich u. a. in der Stellenbesetzung durch wirtschaftlich nicht vorgebildete Beamte äußert, kann dem Einbruch privatwirtschaftlichen Denkens und Handelns nicht gerecht werden. Die vertikale Abhängigkeit der Regiebetriebe von Verwaltungsaufsichtsstellen und die horizontale Abhängigkeit von und Zusammenarbeit mit gemeindlichen Dienststellen, hindert den Wirtschaftsbetrieb².

Den Erfordernissen eines wirtschaftlichen Betriebes kann die Rechtsform des Regiebetriebes als eines Teils der Verwaltung nicht genügen. Eine neue, praktischere Rechtsform schuf schon die Eigenbetriebsverordnung von 1938.

Aber auch heute noch ist die Rechtsform des Regiebetriebes innerhalb der gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen gebräuchlich³. § 25 EigVO befreit die Wirtschaftsunternehmen von geringer Größe von einer Anwendung der Vorschriften über die Eigenbetriebe. Allerdings kennt das Land Nordrhein-Westfalen nach Erlaß der nwEigVO die Rechtsform des Regiebetriebes nicht mehr, da gem. § 1 nwEigVO ausschließlich alle wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde ohne Rechtspersönlichkeit als Eigenbetriebe geführt werden⁴.

2. Der Eigenbetrieb

Eigenbetriebe sind wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden ohne eigene Rechtspersönlichkeit⁵; dieser Satz läßt sich auch in der Weise umkehren, daß die Rechtsform des Eigenbetriebes nur für wirtschaftliche Unternehmen bestimmt ist, ein nicht-wirtschaftliches Unternehmen demnach in einer anderen Rechtsform als der des Eigenbetriebes geführt werden muß. Allerdings haben die Gemeindeordnungen von Hessen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein auch für nicht-wirtschaftliche Unternehmen die Möglichkeit einer Führung nach den Vorschriften der Eigenbetriebe vorgesehen.

Die rechtliche Unselbständigkeit des Eigenbetriebes bewirkt, daß auch er ein Teil der Verwaltung und des Vermögens der Gemeinde ist. Allerdings wird der Eigenbetrieb gegenüber der Gemeindeverwaltung organisatorisch stark verselbständigt, ohne jedoch bis zu einer rechtlichen Verselbständigung geführt zu werden. Diese Rechtsform sollte in ihrer neuen Ausgestaltung den Erfordernissen, die die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr an ein Unternehmen stellt, gerecht werden⁶.

¹ *Zeiß* in *KomHdb.* III, S. 640.

² *Ludwig*: Die Werkleitung – ihre Stellung auf Grund der Gemeindeordnung und der Eigenbetriebsverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln 1958, S. 10; *Blaum* DVBl. 1958, S. 666; *Schnettler*: Öffentliche Betriebe, S. 57, 66–70.

³ Die Regiebetriebe auf Bundesebene sind in § 15 RHO erfaßt; ein Beispiel ist die Bundesdruckerei; *Schnettler*: Öffentliche Betriebe, S. 72; *Vialon*: Haushaltsrecht, 2. Aufl., Berlin-Frankfurt 1959, S. 433.

⁴ *Surén*: Gemeindefinanzrecht, S. 255; *Zeiß* in *KomHdb.* III, S. 641.

⁵ *Riemerschmid* „StädteTag“ 1958, 502; *Zeiß* DÖV 1957, 465; *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 454.

⁶ *BayVGHE* 13, 78 f.; *Hettlage* (zitiert bei *Bullinger*: Vertrag und Verwaltungsakt, res

Kennzeichen dieses Bestrebens ist die starke finanzielle und organisatorische Selbständigkeit des Eigenbetriebes gegenüber der Gemeindeverwaltung, wie sie z. B. in den §§ 2 I, 3, 8, 10, 17 nWEigVO⁷ deutlich wird. Wichtig ist die selbständige Leitung des Eigenbetriebes durch den Werkleiter (§ 2 I nWEigVO), ist ferner auch die Rechnungsführung nach den Regeln einer kaufmännischen Buchführung oder einer entsprechenden Verwaltungsbuchführung, die eine zwangsläufige Fortschreibung der Vermögens- und Schuldenseite ermöglicht (§ 17 I nWEigVO). Da der Eigenbetrieb nur ein rechtlich unselbständiger Teil des Gemeindevermögens, ein Sondervermögen der Gemeinde⁸ ist, ergibt sich, daß einerseits die Gemeinde Dritten gegenüber für die Schulden des Eigenbetriebes ohne Beschränkung auf dessen Vermögen haftet, andererseits ein Gläubiger der Gemeinde auch auf das Vermögen des Eigenbetriebes Zugriff nehmen kann⁹.

„Eigenbetriebe sind somit wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde, die zwar keine eigene, von der Gemeinde losgelöste Rechtspersönlichkeit besitzen, aber durch die für ihre Verfassung, ihr Vermögen und ihre Wirtschafts-, Kassen- und Rechnungsführung aufgestellten besonderen Grundsätze eine Sonderstellung innerhalb der gemeindlichen Einrichtungen einnehmen.“¹⁰

II. Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit

Neben den Unternehmensformen ohne rechtliche Selbständigkeit, bei denen das Unternehmen nicht selbst Träger von Rechten und Pflichten sein kann, gibt es für die Gemeinde noch die Möglichkeit, ihre wirtschaftlichen Unternehmen in den Formen rechtlicher Selbständigkeit, mit eigener Rechtspersönlichkeit zu organisieren. Dabei muß zwischen den Formen des Privatrechts, insbesondere denen des Handelsrechts, und denen des öffentlichen Rechts unterschieden werden.

1. Rechtsformen des Privatrechts

Die Wahl, von der Rechtsform des Eigenbetriebes in eine Rechtsform des Privatrechts auszuweichen¹¹, wird in einem noch stärkeren Maße als die nWEigVO dem Erfordernis gerecht, daß auch das Unternehmen einer Gemeinde im Wirtschaftsverkehr der Schnelligkeit und Wirtschaftlichkeit der übrigen wirtschaftlichen Unternehmen gewachsen sein muß und deshalb auch über eine kaufmännische Rechts-

publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, Heft 9, Stuttgart 1962, S. 92) vertritt zu Recht die Meinung, daß nur der Eigenbetrieb und Kapitalgesellschaft dieses Ziel erreichen.

⁷ Die EigVO ist noch in Kraft: in Bayern, Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein; in den übrigen Ländern gelten: berlEigG, bwEigG, heEigG, nWEigVO, saarlEigVO.

⁸ Zeiß: Eigenbetriebsrecht, S. 37 und 136; Ludwig: Die Werkleitung, S. 36; Odenbreit-Hensel: Kommentar, S. 388; Kottenberg: Kommentar, S. 356.

⁹ Hölzl: Kommentar, S. 321; Helmreich-Widmann: Kommentar, S. 573; Lindemann: Kommentar, S. 182; Göbel: Kommentar, S. 260; vgl. § 114 I nWGO.

¹⁰ Bischoff AöR 81 (1956), 77; Schnettler: Öffentliche Betriebe, S. 60.

¹¹ Die nWGO kennt die restriktive Bestimmung des § 87 I Ziff. 2 bWGO nicht, daß der öffentliche Zweck nicht ebensogut durch einen Eigenbetrieb erfüllt werden darf.

form verfügen sollte. Als weitere Vorzüge¹² der privatrechtlichen Rechtsformen dürfen besonders die personalpolitische Befreiung von den Bindungen des Beamtenrechts und die Belastbarkeit der Vermögensgegenstände nicht vergessen werden¹³.

Die Gemeindeordnungen lassen in ihren Bestimmungen über die wirtschaftliche Betätigung nur indirekt erkennen, welche Rechtsformen des Privatrechts der Gemeinde für eine Organisation ihrer Unternehmen zur Wahl offenstehen. Im Gegensatz zu § 48 RHO¹⁴, der die möglichen privatrechtlichen Rechtsformen auf die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Abs. I) und die Genossenschaft (Abs. V) beschränkt, kann im Kommunalrecht eine Begrenzung der möglichen Rechtsformen nur aus § 71 I nWGO entnommen werden. Danach darf sich eine Gemeinde „an wirtschaftlichen Unternehmen nur beteiligen, wenn für die Beteiligung eine Form gewählt wird, die die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt“.

Aus dieser einschränkenden Bestimmung folgt, daß sich die Gemeinde nur an Aktiengesellschaften, an Gesellschaften mit beschränkter Haftung, an eingetragenen Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht, sowie mit Aktien an Kommanditgesellschaften auf Aktien und mit Einlagen als stiller Gesellschafter nach § 335 HGB an dem Handelsgewerbe eines anderen beteiligen kann¹⁵. Die offene Handelsgesellschaft, die eingetragene Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht, die Kommanditgesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien für den Komplementär kennen keine Haftungsbegrenzung. Eine Beteiligung der Gemeinde an diesen Unternehmen ist deshalb unzulässig¹⁶.

Eine Beteiligung im Sinne des § 71 nWGO ist auch dann gegeben, wenn die Gemeinde alle Anteile des Unternehmens in ihrer Hand vereinigt und „alleiniges Mitglied wird“¹⁷. Die Begründung dafür ist: die Gemeinde kann allein ein rechtlich selbständiges Unternehmen der genannten Rechtsformen nicht begründen, weil § 2 AktG, § 2 GmbHG, § 4 GenG und § 221 AktG eine Gründung jeweils nur durch zwei oder mehrere natürliche oder juristische Personen zulassen. Auch bei der Gründung des Unternehmens mit einem oder mehreren Stroh Männern¹⁸ besteht im Zeitpunkt der Unternehmungsgründung selbst dann nur eine Beteiligung der Gemeinde, wenn sich durch – vorher vereinbarte – Übertragung alle Anteile in der Hand der Gemeinde vereinigen¹⁹.

¹² Eine gute Zusammenstellung findet sich bei Bremme DÖV 1952, 684 f.

¹³ Forsthoff: Lehrbuch, S. 359.

¹⁴ Die RHO ist für den Bundesbereich durch die vorläufige Haushaltsordnung vom 7. 6. 1950 (BGBl. S. 199) in Kraft gesetzt worden.

¹⁵ Die Haftungsbegrenzung folgt aus: § 1 AktG, § 13 II GmbHG, § 2 GenG, § 219 AktG, § 335 HGB.

¹⁶ Surén-Loschelder: Kommentar II, S. 116; Kottenberg: Kommentar, S. 348; Kunze-Schmid: Kommentar, S. 540 f.; Pagenkopf: Einführung, S. 161.

¹⁷ Surén-Loschelder: Kommentar II, S. 113.

¹⁸ Zeiß in KomHdb. III, S. 645; Forsthoff: Lehrbuch, S. 457 Anm. 1; Bremme DÖV 1952, 684; BGHZ 21, 378.

¹⁹ Kerl-Weidemann: Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1937, S. 487; Kunze-Schmid: Kommentar, S. 537.

Die Vorschrift des § 71 nWGO, die eine Beteiligung nur an Unternehmensformen mit Haftungsbeschränkung zuläßt, gilt deshalb auch für die Unternehmen, deren sämtliche Anteile sich durch die Beteiligung in der Hand der Gemeinde vereinigen²⁰.

2. Rechtsform des Verwaltungsrechts

Es besteht aber auch die Möglichkeit, das gemeindliche Wirtschaftsunternehmen in einer Rechtsform des Verwaltungsrechts mit eigener Rechtspersönlichkeit zu führen: in der des Zweckverbandes, dessen Rechtsform in dem Reichszweckverbandsgesetz vom 7. 6. 1939 seine Regelung gefunden hat. Dabei beschränkt sich diese Rechtsform nicht nur auf den Fall, daß mehrere Gemeinden gemeinschaftlich bestimmte Aufgaben erfüllen wollen²¹.

Der Zweckverband ist seiner rechtlichen Gestalt nach eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 4 RZwVG). Zwar sieht § 26 RZwVG bei Zweckverbänden, die überwiegend wirtschaftlichen Aufgaben dienen, eine Anpassung der Verwaltung und Verfassung an das handelsrechtliche Gesellschaftsrecht vor, so daß „bei aller Wahrung der gemeinwirtschaftlichen Bindungen sowohl die Beweglichkeit der Wirtschaftsführung des Zweckverbandes als auch die berechtigten Belange der einzelnen Verbandsmitglieder sowie von Gruppen von Verbandsmitgliedern nach Maßgabe ihrer wirtschaftlichen Beteiligung gesichert werden“. Dennoch haftet dem Zweckverband aber die Schwerfälligkeit eines rechtlich verselbständigten Verwaltungsunternehmens an²².

In Nordrhein-Westfalen ist am 1. 7. 1961 das Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit in Kraft getreten. Eine Form der kommunalen Gemeinschaftsarbeit ist weiterhin der Zweckverband. Nach § 18 II nWGkG kann die Verbandsatzung eines Zweckverbandes, der den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens zum Hauptzweck hat, bestimmen, daß auf die Wirtschaftsführung und das Rechnungswesen die Vorschriften der Eigenbetriebe sinngemäß Anwendung finden. Gem. § 71 IV nWGO und Art. 77 II bayGO gelten die Vorschriften für die Beteiligung der Gemeinde an wirtschaftlichen Unternehmen nicht für die Beteiligung der Gemeinde an Zweckverbänden²³. Der Gesetzgeber glaubte, davon absehen zu können, da jede Bildung eines Zweckverbandes unter maßgeblicher Einflußnahme der staatlichen Aufsichtsbehörden steht und diese auch die laufende Aufsichtsführung über den Zweckverband haben²⁴.

²⁰ BayVGH bayVwBl. 1962, 320; *Masson* bayVwBl. 1960, 370: „unter Beteiligung ist daher . . . jeder Erwerb einer Mitgliedschaft an einem wirtschaftlichen Unternehmen zu verstehen, gleichgültig in welchem Umfang und zu welchem Zweck er geschieht.“

²¹ Nach § 3 RZwVG und § 4 Abs. 2 nWGkG können auch andere Verwaltungsträger sowie natürliche und juristische Personen Mitglieder des Zweckverbandes werden.

²² *Helmreich-Widmann*: Kommentar, S. 437; *Surén-Loschelder*: Kommentar II, S. 118; *Zeiß* in *KomHdb.* III, S. 643, 680; *Surén*: Gemeindefirtschaftsrecht, S. 199.

²³ Nach Art. 77 II bayGO gelten sie aber nur dann nicht, wenn dem Zweckverband ausschließlich Körperschaften des öffentlichen Rechts angehören.

²⁴ *Hölzl*: Kommentar, Art. 77 Anm. 6; *Helmreich-Widmann*: Kommentar, Art. 77 Anm. 7; *Kottenberg*: Kommentar, § 71 Anm. III.

III. Besondere Rechtsform kommunaler Wirtschaftsunternehmen?

Bereits seit Jahren wird eine Diskussion über die Frage geführt, ob es erforderlich ist, für die wirtschaftlichen Unternehmen öffentlicher Körperschaften eine besondere Rechtsform zu finden und zu entwickeln. Der wissenschaftliche Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft hat einen entsprechenden Gesetzesentwurf ausgearbeitet²⁵. In ihm sollen die Erfahrungen mit den bisher verwendeten Rechtsformen berücksichtigt werden. Dieser Entwurf ist bisher noch nicht Gesetz geworden.

In seinen über die Kommunalwirtschaft hinausgehenden Ausführungen auf dem 39. Deutschen Juristentag hat sich *Reinhardt* für einen besonderen Typus des gemeinwirtschaftlichen Unternehmens eingesetzt²⁶. Aber auch dies ist nur als Appell an den Gesetzgeber zu verstehen.

IV. Eigengesellschaft und gemischtwirtschaftliches Unternehmen

Von einer Eigengesellschaft der Gemeinde kann nur dann gesprochen werden, wenn sich sämtliche Anteile, Beteiligungen oder Kapitalanteile, eines Unternehmens in Privatrechtsform in der Hand der Gemeinde befinden²⁷. Die Eigengesellschaft ist stets nur der Endpunkt einer rechtlichen Entwicklung, die bei der Gründung des Unternehmens beginnt. Es ist der Gemeinde nicht möglich, allein ein wirtschaftliches Unternehmen in privater Rechtsform zu gründen²⁸.

Das Unternehmen ist aber bereits dann keine Eigengesellschaft mehr, wenn auch andere Gemeinden Kapitalanteile der Gesellschaft innehaben. *Vogel*²⁹ bezeichnet die Unternehmen mit einer Beteiligung mehrerer Gebietskörperschaften als gemischt-öffentliche Unternehmen.

Da die Eigengesellschaft ausschließlich mit dem formalen Kriterium der Vereinigung aller Anteile in der Hand der Gemeinde bestimmt wird, ist es falsch, auch die Gesellschaften als Eigengesellschaften zu bezeichnen, bei denen die Gemeinde auf Grund ihrer Kapital- oder Stimmrechtsanteile eine beherrschende Stellung einnimmt.

Nach *Pagenkopf*³⁰ ist deshalb die Eigengesellschaft ein wirtschaftliches Unternehmen in Privatrechtsform, das sich durch Vereinigung aller Anteile in der Hand der Gemeinde zu einer Einmanngesellschaft entwickelt hat.

Begriff und Definition der gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen sind um-

²⁵ *Zeiß* in *KomHdb.* III, S. 646; *Bremme* in „Kommunalpolitische Blätter“ 1955, 73; *Frentzel*: Gewerbliche Betätigung, S. 35 unter Hinweis auf *Zeiß*: „Neue Rechtsformen für öffentliche Unternehmen“; *Zeiß*: Formen kommunaler Wirtschaftsbetätigung, Grundfragen der öffentlichen Wirtschaft, hg. vom Hauptvorstand der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr, Stuttgart 1954, S. 98–101, gibt nähere Ausführungen über den Entwurf dieser Gesellschaft.

²⁶ Zitiert bei *Kötzing*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 612.

²⁷ Abs. I der Ausführungsanweisung zu § 1 nWigVO vom 14. 4. 1954 (MBl. Sp. 615).

²⁸ S. o. S. 25.

²⁹ Wirtschaftseinheiten, S. 189.

³⁰ Einführung, S. 160.

stritten. Nach den wohl überwiegenden Meinungen der Literatur ist ein Unternehmen nur dann gemischt-wirtschaftlich, wenn an ihm neben der Gemeinde – oder auch mehreren Gemeinden – auch natürliche oder juristische Personen des Privatrechts beteiligt sind³¹. Nicht erfaßt werden dabei die Unternehmen, an denen ausschließlich Gemeinden und Gemeindeverbände beteiligt sind. Vogel³² nennt diese gemischt-öffentliche Unternehmen. Es besteht jedoch kein Anlaß, diese Gesellschaften von den gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen abzusondern. Die Beteiligung mehrerer Gemeinden an einem Unternehmen unterscheidet sich nicht von der einer Gemeinde und verschiedener Privatrechtssubjekte.

Die Literatur ist sich auch nicht einig in der Frage, welche Form und welche Ausmaße die Beteiligung der Gemeinde an dem Unternehmen haben muß, um von einem gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen sprechen zu können. Einige lassen jede, auch noch so geringe Beteiligung genügen³³, andere fordern eine Beteiligung an der Verwaltung³⁴ oder setzen sogar einen beherrschenden, maßgebenden Einfluß voraus³⁵. Die kapitalmäßige Beteiligung geringen Umfangs, z. B. der Besitz weniger Aktien, kann allein nicht genügen, weil dann keine Beteiligung, sondern eine Kapitalanlage gewollt ist³⁶. Die Beteiligungsrechte werden dann nicht ausgeübt.

Vielmehr muß die Gemeinde neben anderen Rechtssubjekten des privaten oder des öffentlichen Rechts an dem Unternehmen kapitalmäßig beteiligt sein und auf Grund dieser Beteiligung an der Verwaltung und Wirtschaftsführung des Unternehmens teilnehmen³⁷. Nur dann ist ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen gegeben.

V. Eigenbedarfs- und Hilfsbetriebe

Eigenbedarfsbetriebe oder Eigenbedarfsunternehmen sind solche Einrichtungen, die ausschließlich für den eigenen, internen Bedarf einer Gemeinde arbeiten. Unter diese Kategorie fallen die gemeindlichen Druckereien und Reparaturwerkstätten für den Fuhrpark, soweit sie keine Aufträge Dritter übernehmen.

Es ist bestritten, ob auch diese Eigenbedarfsbetriebe den einschränkenden Vorschriften der wirtschaftlichen Unternehmenstätigkeit der Gemeinden unterfallen. Sinn dieser Vorschriften ist es, einen großen Raum des wirtschaftlichen Wettbewerbs für die private Wirtschaft freizuhalten. Es kann aber nicht geleugnet werden, daß auch durch die Existenz des Eigenbedarfsbetriebes der Bereich privater Wirtschafts-

³¹ Pagenkopf: Einführung, S. 161; Vogel: Wirtschaftseinheiten, S. 154.

³² Wirtschaftseinheiten, S. 189.

³³ Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, S. 124; Sigloch: Die Unternehmungen der öffentlichen Hand, 1929, S. 130 f.

³⁴ Passow: Die gemischt-privaten und öffentlichen Unternehmungen auf dem Gebiete der Elektrizitäts- und Gasversorgung und des Straßenbahnwesens, 2. Aufl., Jena 1912, S. 1 f.

³⁵ Lohmann zitiert bei Schmettler: Öffentliche Betriebe, S. 33 Anm. 33.

³⁶ Näher dazu u. S. 31 f.

³⁷ Forsthoff: Lehrbuch, S. 458; Vogel: Wirtschaftseinheiten, S. 154; Schmettler: Öffentliche Betriebe, S. 34.

tätigkeit eingeengt wird³⁸. Richtigerweise werden deshalb auch die Eigenbedarfsbetriebe zu den wirtschaftlichen Unternehmen gerechnet³⁹. Sie dürfen mit der Rechtsform des Eigenbetriebes nicht verwechselt werden.

§ 85 bwGO aber nimmt die Eigenbedarfsbetriebe ausdrücklich von den Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde aus⁴⁰.

Hilfsbetriebe oder interne Zulieferungsbetriebe sind nur solche Unternehmungen und Einrichtungen, die der Versorgung der Hauptbetriebe mit Energie und anderen Leistungen dienen⁴¹. Die Zulieferungs- und Hilfsbetriebe der wirtschaftlichen Unternehmen sind vorwiegend Reparaturwerkstätten für gemeindliche Fuhrparks oder Stadtwerke, die Hilfsbetriebe der Verwaltung sind vorwiegend gemeindeinterne Buchbindereien⁴². Zwischen den Hilfsbetrieben und den Eigenbedarfsbetrieben besteht kein sachlicher Unterschied. Diese Betriebe werden nach den gleichen Vorschriften geführt wie die Hauptbetriebe.

Die Nebenbetriebe der Gemeinden dienen dem Hauptbetrieb in der Verwertung der Abfallprodukte oder Nebenerzeugnisse und in anderen Leistungen, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Hauptbetrieb stehen. Die Nebenbetriebe sind organisatorisch, rechtlich und finanziell von dem Hauptbetrieb getrennt⁴³.

Die Nebenbetriebe sind unmittelbar am Wirtschaftsverkehr beteiligt, sie treten deshalb auch in Wettbewerb mit der privaten Wirtschaft. Für sie gelten ebenfalls die einschränkenden Bestimmungen der nwGO über die wirtschaftliche Betätigung.

§ 4 Abgrenzung der kommunalen Wirtschaftsunternehmen

Der Versuch, eine rechtliche Definition der wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde zu finden, muß von einer Gegenüberstellung dieser Unternehmen mit anderen Erscheinungsformen kommunaler Verwaltung, insbesondere mit dem Gemeindevermögen und mit den kommunalen Einrichtungen und Anstalten ausgehen.

1. Abgrenzung zu dem Gemeindevermögen

Die Gegenüberstellung von wirtschaftlichen Unternehmen und Gemeindevermögen rechtfertigt sich daraus, daß für einzelne Teile des Gemeindevermögens besondere

³⁸ In Ziff. 11 des Erlasses des schleswig-holsteinischen Innenministers zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden vom 9. 8. 1955 (abgedruckt bei Nickelisch: Das Recht der kommunalen Wirtschaftsbetriebe, S. 221–224) vertritt die Landesregierung die Ansicht, „daß der Eigenbedarf der öffentlichen Hand grds. nicht in eigenen Nebenbetrieben befriedigt werden darf, es sei denn, daß der öffentliche Zweck dies rechtfertigt und der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen Unternehmer erfüllt werden kann.“

³⁹ Surén: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 142; Zeiß in KomHdb. III, S. 615; a. A. Masson: Kommentar, S. 104 f.

⁴⁰ § 85 III 3 bwGO nennt sie Hilfsbetriebe.

⁴¹ Zeiß: Eigenbetriebsrecht, S. 81; vgl. § 3 III HandwO.

⁴² Surén-Loschelder: Kommentar II, S. 104; Zeiß: Eigenbetriebsrecht, S. 39.

⁴³ Surén-Loschelder: Kommentar II, S. 105.

Nutzungsvorschriften gelten, die sich von denen für andere Teile wesentlich unterscheiden¹.

So ist die erste Trennung des Gemeindevermögens in freies und Sondervermögen danach durchzuführen, daß die Gemeinde für das Sondervermögen zwar Eigentümerin ist, sie aber hinsichtlich ihrer Verfügungsbefugnis und ihrer Nutzungsrechte Beschränkungen unterworfen ist. Die typischen Fälle des gemeindlichen Sondervermögens sind das Gemeindegliedervermögen und das Vermögen rechtlich unselbständiger Stiftungen².

Auch das Vermögen der Eigenbetriebe könnte dem Bereich des Gemeindegliedervermögens zugerechnet werden, weil § 8 I nWEigVO³ vorschreibt, den Eigenbetrieb „als Sondervermögen der Gemeinde ... zu verwalten“. *Surén*⁴ rechnet deshalb auch solche Eigenbetriebe, die nach den besonderen Bestimmungen der Eigenbetriebsverordnung geführt werden, zum Gemeindegliedervermögen. Dem kann aber dann nicht zugestimmt werden, wenn das Kriterium dieses Vermögensteils in einer beschränkten Verfügungs- und Nutzungsbefugnis der Gemeinde gesehen wird. Die Bestimmungen der nWEigVO über die Wirtschaftsführung stellen solche Beschränkungen nicht dar. Der Gesetzgeber geht in § 8 I nWEigVO vielmehr von einem finanzwirtschaftlichen⁵, steuerrechtlichen Begriff des Sondervermögens aus⁶. *Pagenkopf*⁷ zählt deshalb die Vermögensgegenstände des Eigenbetriebes nicht zum Gemeindegliedervermögen, sondern zum freien Vermögen.

Im Bereich des freien Gemeindevermögens stehen der Gemeinde das Eigentum und im Rahmen der Gesetze auch die freie Verwaltung, insbesondere die Nutzung und Verfügung, zu. Ähnlich der Unterscheidung im allgemeinen Verwaltungsrecht⁸ wird auch hier das Verwaltungsvermögen vom Finanzvermögen getrennt.

Entscheidendes Kriterium des Verwaltungsvermögens ist es, daß seine Gegenstände in der Hand eines Verwaltungsträgers unmittelbar durch ihren Gebrauch seitens der Öffentlichkeit oder eines Organwalters des Verwaltungsträgers der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen⁹. Ein gemeindlicher Vermögensgegenstand kann deshalb nur dann zum Verwaltungsvermögen gezählt werden, wenn seine Nutzung in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erfüllung eines Verwaltungszwecks steht^{10 11}. Das Finanzvermögen umfaßt dagegen nur Gegenstände, die

¹ *Surén*: Gemeindegliedervermögen, S. 8.

² *Pagenkopf*: Einführung, S. 134 f.

³ = § 7 EigVO.

⁴ Gemeindegliedervermögen, S. 9 und S. 10 Anm. 18.

⁵ Der Wortlaut des § 8 I nWEigVO: „der Eigenbetrieb ist finanzwirtschaftlich als Sondervermögen ... zu verwalten“.

⁶ *Zeiß*: Eigenbetriebsrecht, S. 169.

⁷ Einführung, S. 134 und S. 160.

⁸ *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 55 I b, S. 306, und § 55 III a, S. 307.

⁹ *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 55 III a, S. 307; *Pagenkopf*: Einführung, S. 133, bringt anschauliche Beispiele aus diesem Bereich; *Surén*: Gemeindegliedervermögen, S. 10 Anm. 17; *Dubmer* in KomHdb. III, S. 78.

¹⁰ *Ballerstedt*: DVV 1951, 449 f.

¹¹ In dem Gemeindehaushaltsplan werden Gegenstände des Verwaltungsvermögens in den Einzelplänen 0-7 (Muster 3 a GemHVO) angeführt.

im privaten Eigentum des Verwaltungsträgers stehen, und die nur mittelbar durch ihren wirtschaftlichen Wert und ihre Erträge, nicht aber unmittelbar durch ihren Gebrauch der Erfüllung bestimmter Verwaltungszwecke dienen¹².

Zum Finanzvermögen zählen insbesondere das allgemeine Kapitalvermögen und das allgemeine Grund- oder Liegenschaftsvermögen¹³. Zweckbestimmung und Zweckerfüllung tragen diese Unterscheidung¹⁴.

Eine Einordnung der gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen in dieses System des freien Gemeindevermögens muß deshalb Schwierigkeiten bereiten, weil die Unternehmen einerseits gem. § 69 nWGO von einem öffentlichen Zweck gefordert sein müssen und deshalb durch ihre Leistungen unmittelbar der Erfüllung dieses Zwecks dienen müssen¹⁵, andererseits aber gem. § 76 I nWGO in den durch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks gezogenen Grenzen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen und damit der nur mittelbaren Erfüllung anderer Verwaltungszwecke dienen sollen¹⁶. Diese Doppelzweckbestimmung der Wirtschaftsunternehmen der Gemeinde sowie praktische Erwägungen haben deshalb dazu geführt, im Bereich des Kommunalrechts eine dritte Vermögensgruppe als Betriebsvermögen zu kennzeichnen. Das Betriebsvermögen dient sowohl durch seine Leistungen unmittelbar als auch durch seine Erträge mittelbar der Erfüllung öffentlicher Zwecke. Es steht deshalb zwischen Verwaltungs- und Finanzvermögen¹⁷.

Die Eigenbetriebe und die privatrechtlich organisierten Wirtschaftsunternehmen sind, jedenfalls soweit es sich bei den letzteren um Eigengesellschaften handelt, dem Betriebsvermögen zuzurechnen¹⁸.

Umstritten ist die Einordnung der Beteiligung der Gemeinde an gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen. *Pagenkopf*¹⁹ rechnet „das der wirtschaftlichen Betätigung dienende Beteiligungskapital“ zum allgemeinen Kapitalvermögen. Damit gibt er aber eine im Bereich der Vermögenstrennung zu Recht gemachte Unterscheidung auf. *Pagenkopf*²⁰ zählt an anderer Stelle die Anteile an einem gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen zum Finanzvermögen, „es sei denn, daß die Beteiligung zum Zwecke der dauernden Einflußnahme auf die Betriebsführung erfolgte“. Diese Unterscheidung ist zutreffend, sollte aber deshalb anders formuliert werden,

¹² *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 55 I b, S. 306; *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 326; *Pagenkopf*: Einführung, S. 134; *Surén*: Gemeindegliedervermögen, S. 10 f.

¹³ In dem Gemeindehaushaltsplan werden Gegenstände des Finanzvermögens in den Einzelplänen 8-9 (Muster 3 a GemHVO) angeführt.

¹⁴ *Dubmer* in KomHdb. III, S. 78.

¹⁵ Auf den Inhalt des § 69 nWGO wird in Kapitel II näher eingegangen; s. u. S. 39 ff.

¹⁶ *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 55 III a, S. 308: „Dient ein Vermögensteil eines Verwaltungsträgers dessen unmittelbarer Zweckerfüllung, zugleich aber auch der Gewinnerzielung, so geht die Eigenwirtschaft als Verwaltungsvermögen vor.“

¹⁷ *Pagenkopf*: Einführung, S. 134; *Dubmer* in KomHdb. III, S. 78; *Surén*: Gemeindegliedervermögen, S. 10 Anm. 18; *Kottenberg*: Kommentar § 62 Anm. I; *Helmreich-Widmann*: Kommentar, S. 473; für das allgemeine Verwaltungsrecht *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 55 I b, S. 306, und § 55 III a, S. 308.

¹⁸ *Pagenkopf*: Einführung, S. 161.

¹⁹ Einführung, S. 161.

²⁰ Einführung, S. 134.

weil das Gesetz – wie dargestellt – davon ausgeht, daß grundsätzlich jede Beteiligung zu einer solchen Einflußnahme erfolgt. Das Beteiligungskapital der Gemeinde an einem privatrechtlich organisierten, gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen gehört zum Betriebsvermögen, es sei denn, daß diese Beteiligung nachweislich und ausschließlich zu Zwecken einer Kapitalanlage erworben wurde und die Gemeinde an der Verwaltung der Gesellschaft nicht teilnimmt²¹. Die Bestimmung einer solchen Beteiligung sollte weder von der Dauer noch von der Höhe der Anteile abhängig gemacht werden²².

Die wirtschaftlichen Unternehmen sind im Ergebnis in allen ihren Erscheinungsformen dem Bereich des Betriebsvermögens zuzurechnen.

II. Abgrenzungen zu sonstigen kommunalen Unternehmen und Einrichtungen

Zahlreich sind auch die anderen Unternehmen und Einrichtungen, die nicht als wirtschaftliche bezeichnet werden oder für die die Vorschriften über die wirtschaftlichen Unternehmen kraft gesetzlicher Bestimmung keine Geltung haben²³. Auch insoweit muß eine Abgrenzung getroffen werden.

1. Unternehmen kraft gesetzlicher Verpflichtung

§ 69 II nwGO²⁴ bestimmt, daß als wirtschaftliche Unternehmen im Sinne des Abschnitts über die wirtschaftliche Betätigung die Unternehmen nicht gelten, „zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist“. Die Vorschrift selbst erwähnt keine Beispiele. Dennoch besteht Einigkeit darüber, daß es sich immer um eine konkrete, gesetzliche Bestimmung handeln muß, die die Gemeinde zur Errichtung dieses Unternehmens verpflichtet, und daß eine generalklauselartige Verpflichtung nicht genügen kann²⁵.

Beispiele derartiger Unternehmen kraft gesetzlicher Verpflichtung sind die Tierkörperbeseitigungsanlagen²⁶ und waren die Wasserversorgungs- und Abfallbeseitigungsanlagen²⁷. Aber auch diese Unternehmen sind gem. § 69 II nwGO „nach

²¹ *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 10 Anm. 18; *Duhmer*: KomHdb. III, S. 78.

²² *Duhmer* in KomHdb. III, S. 79.

²³ Auch diese Unternehmen und Einrichtungen sind zunächst wirtschaftliche Unternehmen; *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 590.

²⁴ Auch schon § 67 II 1 DGO.

²⁵ *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 147 Anm. 23.

²⁶ § 5 Tierkörperbeseitigungsgesetz vom 1. 2. 1939 (RGBl. I S. 185), der gem. § 80 Ziff. 3 des Bundesseuchengesetzes vom 18. 7. 1961 (BGBl. I S. 1012) nicht aufgehoben ist, allerdings nur Landkreise und kreisfreie Städte verpflichtet.

²⁷ § 35 des Gesetzes betreffend die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten (Reichseuchengesetz) vom 30. 6. 1900 (RGBl. S. 306) ist gem. § 85 I Bundesseuchengesetz außer Kraft getreten. Er verpflichtete die Gemeinden, „für die Beseitigung der vorgefundenen gesundheitsgefährlichen Mißstände Sorge zu tragen“. Die Gemeinden konnten zur Herstellung von Einrichtungen für die Versorgung mit Trink- oder Wirtschaftswasser und für die Fortschaffung der Abfallstoffe „jederzeit angehalten werden“. Es erscheint zweifelhaft, ob § 12 I des Bundesseuchengesetzes eine gleichartige Errichtungspflicht der Gemeinden festlegt.

wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten und können entsprechend den Vorschriften über die Eigenbetriebe geführt werden“.

2. Einrichtungen vorwiegend gemeinnütziger Art

Von den Vorschriften über die wirtschaftlichen Unternehmen sind in § 69 II nwGO ebenfalls ausgenommen die sog. Einrichtungen vorwiegend gemeinnütziger Art²⁸. Dies sind „Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der körperlichen Ertüchtigung der Kranken-, Gesundheits- und Wohlfahrtspflege und öffentlicher Einrichtungen ähnlicher Art“²⁹. Der Bereich der öffentlichen Einrichtungen ähnlicher Art muß im Sinne des Gesetzgebers stark begrenzt werden. So unterfallen ihm die Kanalisationsbetriebe als Teil der Stadtentwässerung; die Wasserversorgungsanlage hat das OVG Münster dagegen in seinem Urteil vom 18. Februar 1953³⁰ zu Recht als ein wirtschaftliches Unternehmen der Gemeinde angesehen, da sie „insbesondere auch die mit fortschreitender Technisierung immer größer werdenden Bedürfnisse der Gemeindeangehörigen hinsichtlich Bequemlichkeit und Arbeitersparung befriedigt“. Für die Verwaltung und Wirtschaftsführung der gemeinnützigen Einrichtungen gilt dasselbe wie für die Unternehmen kraft gesetzlicher Verpflichtung.

3. Öffentliche Einrichtungen (§ 18 nwGO)

Die nwGO verwendet nicht nur den Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens, ohne eine klare Definition desselben zu geben, sondern räumt auch den Bewohnern einer Gemeinde in § 18 II nwGO ein Benutzungsrecht an den öffentlichen Einrichtungen ein, auch ohne hier diese Einrichtungen hinreichend zu bestimmen. Rechtsprechung und Schrifttum blieb es deshalb bis heute überlassen, diese Begriffe mit den Erscheinungsformen des kommunalen Lebens zu füllen und gleichzeitig die Grenzen dieser Begriffe aufzuzeigen. So ist es verständlich, wenn bis heute gerade im Rahmen des § 18 II nwGO Streit über die öffentliche Einrichtung und ihren Begriffsumfang bestimmt.

*Raabe*³¹ weist darauf hin, daß das in § 18 II nwGO festgelegte Benutzungsrecht der Gemeindebewohner nicht nur im Sinne eines „In-die-Hand-Nehmens oder Betretens, ... einer engen räumlichen Beziehung“ der öffentlichen Einrichtung verstanden werden darf. Unstreitig gelten auch Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke³² als öffentliche Einrichtungen, obwohl von einer Benutzung der Einrichtung selbst

²⁸ Die Gemeinnützigkeit ist hier kein Rechtsbegriff; *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 143 Anm. 11.

²⁹ Einen Überblick über die möglichen gemeinnützigen kommunalen Einrichtungen bringt die Ausführungsanweisung zu § 1 EigVO (abgedruckt bei *Zeiß*: Eigenbetriebsrecht, S. 79 f.).

³⁰ Zitiert in *Kottenberg-Steffens*: Rechtsprechung zum kommunalen Verfassungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, GO § 69, Nr. 1, und *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 149 Anm. 29, unter Bezug auf die Ausführungsanweisung zu § 1 EigVO; anders kraft gesetzlicher Bestimmung § 98 II heGO; *Hurst* in „Kommunalwirtschaft“ 1961, 232.

³¹ Diss., S. 91.

³² Vgl. auch § 6 V EnergG.

im eigentlichen, sprachlichen Sinne nicht gesprochen werden kann. „Wesentlich ist nur der Zusammenhang mit den sachlichen Mitteln . . . , d. h. eine Teilhabe“ an den sachlichen Mitteln der öffentlichen Einrichtung, sei es durch Benutzung dieser Mittel, sei es durch Empfang von Leistungen³³. In dem Begriff „benutzen“ kann deshalb eine sachliche Begrenzung der möglichen öffentlichen Einrichtungen nicht gesehen werden. Als Kriterien einer solchen Begrenzung sind die verschiedensten Merkmale vorgeschlagen worden.

Dabei hat eine Meinung zunächst auf das bei allen öffentlichen Einrichtungen fehlende oder herabgesetzte Erwerbsstreben abgestellt, das diese öffentlichen Einrichtungen von anderen Einrichtungen und Unternehmen unterscheiden sollte. Im Vordergrund einer derartigen Einrichtung stehe die Wahrnehmung und Erfüllung öffentlicher Aufgaben und Zwecke³⁴. Dieses Kriterium muß sich aber schon deshalb als unbrauchbar erweisen, weil öffentliche Zweckerfüllung und begrenztes Gewinnstreben gerade auch Zeichen jedes gemeindlichen Wirtschaftsunternehmens sind³⁵.

Unzutreffend ist auch die Meinung, die das wesentliche Kriterium in einem Leistungs- oder Benutzungsverhältnis sehen will, das sich ausschließlich nach öffentlichem Recht gestaltet³⁶. Der Begriff „öffentlich“ in § 18 II nWGO steht in keinerlei Zusammenhang mit dem öffentlichen Recht als einem Sonderrecht der Hoheitsträger. Ähnlich wie in § 2 II EnergG steht hier das Adjektiv „öffentlich“ nur im Sinne einer allgemeinen Zugänglichkeit und Benutzbarkeit. Es kann deshalb für die Bestimmung einer gemeindlichen Einrichtung als einer öffentlichen Einrichtung im Sinne der nWGO nicht entscheidend sein, ob diese in einem privatrechtlichen oder einem öffentlich-rechtlichen Leistungs- oder Benutzungsverhältnis zu den Gemeindebewohnern steht³⁷.

Hurst³⁸ versucht, den Kreis der möglichen Organisationsformen der öffentlichen Einrichtung zu erweitern, indem er auch privatrechtlich organisierte Einrichtungen dazu zählt. Es bestehen aber bereits aus der gesetzlichen Regelung des § 18 nWGO Bedenken dagegen, auch ein in der Rechtsform einer AG oder GmbH betriebenes Gas- oder Elektrizitätswerk als eine öffentliche Einrichtung der Gemeinde anzusehen – selbst dann, wenn alle Anteile dieser Gesellschaft in der Hand der Gemeinde liegen.

§ 18 II nWGO ist keine gesetzliche Fixierung des allgemeinen Kontrahierungszwanges – wie etwa § 6 I EnergG –, der unabhängig von der Organisation des

³³ Raabe: Diss., S. 91 f.

³⁴ Küchenhoff-Berger zitiert bei Surén-Loschelder: Kommentar I, S. 283 f.

³⁵ Köhler: Kommentar, § 40 XI 2 b, dd; Köttgen: Daseinsvorsorge, S. 59.

³⁶ Schattenfroh, Zeidler-Bitter-von Derschau und Kerl-Weidemann zitiert bei Surén-Loschelder: Kommentar I, S. 284 f.

³⁷ Surén-Loschelder: Kommentar I, S. 285; Helmreich-Widtmann: Kommentar, Art. 21 Anm. 3; Kottenberg: Kommentar, § 18 Anm. II; Muntzke-Schlempp: Kommentar, § 19 Anm. IV; Hurst in KomHdb. II, S. 835; Köttgen: Daseinsvorsorge, S. 58 Anm. 7; heVGH ESVG 2, 175; OVG Münster in Kottenberg-Steffens: Rechtsprechung, Nr. 1 zu § 69 GO; BGH NJW 1954, 1323; bayVGH bayVwBl. 1955, 59; bayVGH DVBl. 1955, 754; bayVfGH bayVwBl. 1956, 275 = DOV 1956, 499; heVGH VwRspr. 10, 114 f.; bayVGH bayVwBl. 1958, 283; rhpOVG VwRspr. 13, 707.

³⁸ In KomHdb. II, S. 837.

Rechtsträgers rein aus tatsächlichen Umständen³⁹ besteht, sondern stellt einen öffentlich-rechtlichen Anspruch des Gemeindebewohners gegen die Gemeinde auf Begründung eines Leistungs- oder Benutzungsverhältnisses dar⁴⁰. Gegen eine Verletzung dieses Rechtes ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben⁴¹. Dabei ist es unerheblich, ob das zu begründende Verhältnis nach den Vorschriften der öffentlichen Einrichtung dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehört wird⁴². Benutzungsanspruch aus § 18 II nWGO und zu begründendes Leistungsverhältnis stehen in keinerlei rechtlicher Wechselbeziehung⁴³.

Da sich somit der öffentlich-rechtliche Benutzungsanspruch immer gegen die Gemeinde richtet, könnte dieser im Falle eines rechtlich selbständigen, privatrechtlich organisierten Rechtssubjektes nicht durchgreifen. Hurst⁴⁴ will in diesen Fällen einerseits den Anspruch gegen die Gemeinde aus § 18 II nWGO bestehen lassen und will gleichzeitig aus dem Gedanken eines Kontrahierungszwanges einen privatrechtlichen Anspruch gegen die privatrechtlich organisierte „Einrichtung“ geben. Dabei übersieht Hurst aber den grundlegenden Unterschied zwischen dem Benutzungsanspruch des § 18 II nWGO einerseits, der unabhängig von der sonstigen tatsächlichen Lage immer dann eingreift, wenn die Gemeinde eine öffentliche Einrichtung unterhält, und dem Kontrahierungszwang andererseits, der bestimmte tatsächliche Gegebenheiten voraussetzt⁴⁵.

Die öffentliche Einrichtung muß „im öffentlich-rechtlichen Organismus der Gemeinde fest verankert“⁴⁶ sein. Diese Voraussetzung ist aber nur bei den rechtsfähigen und nicht-rechtsfähigen öffentlichen Anstalten, insbesondere bei der Organisationsform des Eigenbetriebes, gegeben. Nimmt eine rechtlich selbständige Gesellschaft des Privatrechts diese Aufgaben wahr, so bleibt sie Anspruchsgegnerin des Gemeindebewohners. Ihr gegenüber „entfällt aber eine Berufung auf das Recht . . . zur Benutzung der öffentlichen Einrichtungen“⁴⁷. Privatrechtssubjekte können keine öffentlichen Einrichtungen sein.

Deshalb sind nur diejenigen wirtschaftlichen Unternehmen des § 69 I nWGO⁴⁸ zugleich öffentliche Einrichtungen im Sinne des § 18 II nWGO, die als Eigenbetriebe

³⁹ Etwa aus einer Monopolstellung oder wegen der lebensnotwendigen Leistungen der Gesellschaft.

⁴⁰ BayVGH bayVwBl. 1955, 60; Krane in „Die Gemeinde“ 1962, 47.

⁴¹ Köhler: Kommentar, § 40 Anm. XI 2 b, dd; s. u. S. 79 f.

⁴² BayVfGH bayVwBl. 1956, 275 = DOV 1956, 499 f.; Hurst in KomHdb. II, S. 842; Wolff: Verwaltungsrecht II, § 98 II i 2, S. 263.

⁴³ Der öffentlich-rechtliche Benutzungsanspruch selbst ist kein Kriterium der Einrichtung, da diese jenen erst bewirkt.

⁴⁴ In KomHdb. II, S. 837.

⁴⁵ Auch wenn eine Monopolsituation nicht gegeben ist, wenn etwa an einem Ort zwei Gaswerke bestehen, bleibt der Anspruch aus § 18 II nWGO weiterhin begründet.

⁴⁶ Köttgen: Daseinsvorsorge, S. 58.

⁴⁷ Köttgen: Daseinsvorsorge, S. 60; Krane in „Die Gemeinde“ 1962, 47; Zeiß: Eigenbetriebsrecht, S. 67 f.; Köttgen: Wirtschaftliche Betätigung, S. 611.

⁴⁸ Die Unternehmen kraft gesetzlicher Verpflichtung der Gemeinde und die Einrichtungen kultureller und sozialer Art des § 69 II nWGO werden ebenfalls als öffentliche Einrichtungen nach § 18 nWGO betrieben. Für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde gelten sie aber nicht als wirtschaftliche Unternehmen, § 69 II nWGO.

organisiert sind. Der öffentlich-rechtliche Benutzungsanspruch und die Klage-möglichkeit vor dem Verwaltungsgericht sind keine Kriterien, sondern Folgen einer bestehenden öffentlichen Einrichtung.

Der bayVGH hat in seiner eingehend begründeten Entscheidung vom 21. Juni 1954⁴⁹ ein weiteres Merkmal der öffentlichen Einrichtung herausgestellt. Er sieht dies darin, daß die Gemeinde die Einrichtung in einem öffentlich-rechtlichen Akt einer für alle Bewohner gleichen Benutzung im öffentlichen Interesse zur Verfügung stellt. Eine derartige öffentlich-rechtliche Willenserklärung kann einerseits ausdrücklich, besonders in einer Satzung⁵⁰ abgegeben werden; sie kann andererseits aber auch stillschweigend, etwa in der gegebenen Zweckbestimmung erfolgen⁵¹.

Ob in dieser öffentlichen Zweckbindung wirklich ein Unterscheidungskriterium zu dem wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde gesehen werden kann, ob nicht vielmehr die öffentliche Zweckbindung konstitutives Merkmal für jedes Unternehmen der Kommunalwirtschaft ist, kann erst die folgende Untersuchung ergeben⁵².

§ 5 Definition des kommunalen Wirtschaftsunternehmens

Weder brachte die DGO noch bringen die neuen Gemeindeordnungen eine gesetzliche Umschreibung des „wirtschaftlichen Unternehmens“. Nur § 69 II nWGO legt fest, daß die Unternehmen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist, und die sog. gemeinnützigen Unternehmen nicht als wirtschaftliche Unternehmen im Sinne der Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde gelten. Daraus ergibt sich aber, daß der Begriff diese „Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens ... und öffentliche Einrichtungen ähnlicher Art“ mit umfaßt und daß gemeindliche Wirtschaftsunternehmen „nicht bereits per definitionem auf die Befriedigung materieller Bedürfnisse beschränkt ist“¹.

Damit entfällt aber auch die Möglichkeit, das wirtschaftliche Unternehmen allein von der wahrgenommenen Aufgabe her zu bestimmen. Da das Gemeinderecht zudem der Gemeinde die Wahl der Organisationsform des Unternehmens überläßt, kann auch von der Rechtsform einer Einrichtung nicht auf ein wirtschaftliches Unternehmen geschlossen werden².

Nach § 86 prGemFinG waren wirtschaftliche Unternehmen „Einrichtungen, die gegen Entgelt Anlagen vorhalten oder Leistungen bewirken, die auch durch private Unternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung den Abnehmern zur Verfügung gestellt werden können“. Diese Darstellung der kommunalwirtschaftlichen Unter-

nehmen findet sich auch in der Ausführungsanweisung zu § 67 DGO³: „... sind als wirtschaftliche Unternehmen solche Einrichtungen und Anlagen der Gemeinde zu verstehen, die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können (z. B. Versorgungsbetriebe, Verkehrsbetriebe, Industrie- und Handwerksbetriebe).“⁴ Auch die Rechtswissenschaft ist bisher immer von dieser Formulierung ausgegangen⁵. Eine mehr beispielhafte, nicht abschließende Aufzählung der möglichen Unternehmenszweige enthält die Ausführungsanweisung zu § 1 EigVO⁶.

Sicherlich ist der Tätigkeitsbereich der Kommunalwirtschaft nicht gegenständlich zu umschreiben. Das verbieten die fortschreitende Entwicklung und die praktischen Bedürfnisse⁷. Zudem würde eine Beschränkung der Definition auf die Unternehmen der örtlichen Bedarfsversorgung dem tatsächlichen Umfang der Kommunalwirtschaft nicht gerecht werden⁸. Die Gemeindeordnung regelt „nicht etwa die wirtschaftliche Betätigung selbst, sondern das wirtschaftliche Unternehmen.“⁹

Das wirtschaftliche Unternehmen der Gemeindeordnung ist eine institutionelle Kategorie¹⁰, ein Organisationsprinzip¹¹. Ein „Unternehmen“ im Sinne der in der Wirtschafts- und Rechtswissenschaft vertretenen Ansichten¹² ist es nicht: das Gewinnstreben und die Absicht der Bedürfnisbefriedigung werden erst in den §§ 76 I und 69 I 1 nWGO zu dem eigentlichen Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens hinzugefügt. In § 69 I nWGO bezeichnet das wirtschaftliche Unternehmen nur einen Leistungsapparat, dessen Zweck auf Herstellung, Produktion und organisierte Werkverrichtung gerichtet ist¹³. In der Beschränkung des „wirtschaftlichen Unternehmens“ auf eine Vereinigung der Betriebsmittel zur fortgesetzten Verfolgung eines technischen Zwecks zeigt sich aber, daß die Gemeindeordnung von dem institutionellen Begriff des Leistungsapparates und von dem Begriff „Betrieb“ ausgeht. Das wirtschaftliche Unternehmen der Gemeindeordnung ist in Wahrheit ein „Betrieb“.

Erst in der Teilnahme am Wirtschaftsverkehr, die mit der Bindung an einen öffentlichen Zweck in § 69 I nWGO und mit dem relativen Ertragsstreben in § 76 nWGO geregelt wird, kann die technische Funktionseinheit zu einem Unternehmen werden. Das tätige Unternehmen der Gemeinde muß so definiert werden, daß darin der Inhalt der §§ 69 I und II sowie 76 nWGO enthalten ist.

³ Zitiert bei Kottenberg: Kommentar, S. 341.

⁴ Ähnlich der 1. RdErl. über die Ausführung der bwGO vom 15. 11. 1955 (GABl. S. 465) Nr. 1 zu § 85 bwGO, Ausführungsbestimmung zu § 69 ndsGO vom 2. 8. 1955 (MBl. S. 646).

⁵ Dazu Stern bayVwBl. 1962, 129 Anm. 3.

⁶ (RMBIIV S. 633).

⁷ Surén: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 141 f.

⁸ Jacobi in Seraphim: Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, S. 10 und 14.

⁹ Köttgen: Wirtschaftliche Betätigung, S. 589.

¹⁰ Köttgen: Wirtschaftliche Betätigung, S. 589.

¹¹ Stern bayVwBl. 1962, 129.

¹² S. o. S. 19 und 21.

¹³ Ungenau bezeichnet Köttgen: Wirtschaftliche Betätigung, S. 589, den Zweck als eine „auf Dauer berechnete wirtschaftliche Betätigung“.

⁴⁹ In bayVwBl. 1955, 59.

⁵⁰ So sieht § 1 II der Musterbetriebssatzung der kommunalen Eigenbetriebe der größeren Städte in Nordrhein-Westfalen (abgedruckt bei Zeiß: Eigenbetriebsrecht, S. 382) eine ausdrückliche Festsetzung des Eigenbetriebszweckes vor.

⁵¹ Krane in „Die Gemeinde“ 1962, 47.

⁵² Siehe unten S. 40 ff.

¹ Köttgen: Wirtschaftliche Betätigung, S. 590.

² Surén: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 143.

Wirtschaftliche Unternehmen sind diejenigen kommunalen Unternehmen, zu deren Betrieb die Gemeinde nicht gesetzlich verpflichtet ist, sofern sie von einem Privatunternehmer in gleicher Weise mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können, jedoch mit Ausnahme der Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der körperlichen Ertüchtigung, der Kranken-, Gesundheits-, Wohlfahrts-, Jugend- und sonstiger Sozialpflege.

Die Kommunalwirtschaft als Teil der Kommunalverwaltung

§ 6 Die Schranken der Kommunalwirtschaft

Die heute in den Gemeindeordnungen festgelegten Voraussetzungen kommunaler Wirtschaftsbetätigung sind das Ergebnis einer längeren gesetzgeberischen Entwicklung. Nach dem I. Weltkrieg lösten Übergriffe der Gemeindegewirtschaft auf Gebiete bisher ausschließlich privater Wirtschaftsbetätigung heftige Proteste der Privatwirtschaft und ihrer Organisationen aus¹. Zwar hatte das prOVG schon in seinem Urteil vom 30. September 1904² ausgesprochen: „jedes Unternehmen einer Gemeinde soll einen öffentlichen Zweck haben“, doch folgte eine gesetzliche Regelung und Beschränkung erst in der Verordnung des Reichspräsidenten aus dem Jahre 1931³ und auf Landesebene in der bayGO von 1927⁴ und dem preußischen Gemeindefinanzgesetz von 1933⁵. Bis zu dieser Zeit vollzog sich die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden ohne eingehende gesetzliche Regelung⁶.

Die DGO hat dann im Jahre 1935 in § 67 die Vorschriften des pr. Gemeindefinanzgesetzes weitgehend wortgetreu übernommen. In § 67 DGO wurden die Grenzen festgestellt, die eine Gemeinde bei der Errichtung oder bei wesentlichen Erweiterungen wirtschaftlicher Unternehmen zu beachten hatte: ein öffentlicher Zweck mußte das Unternehmen rechtfertigen, welches nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen mußte und dessen Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden durfte.

Die Gemeindeordnungen der Bundesländer haben diese Bestimmung – teils lockernd, teils verschärfend – übernommen⁷.

I. Die Voraussetzungen der kommunalen Wirtschaftsbetätigung gem. § 69 I nwGO

§ 69 I nwGO stellt strengere Anforderungen an die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden als die DGO. „Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn

¹ Unter dem Stichwort der „kalten Sozialisierung“; vgl. Ziff. 1 der amtl. Begründung zu § 67 DGO (abgedruckt bei *Surén-Loschelder*: Kommentar II, S. 88); *Sogemeier*: Die öffentliche Hand in der privaten Wirtschaft, Berlin 1926; *Köttgen*: Daseinsvorsorge, S. 56.

² prOVGE 46, 156.

³ Kap. VIII Teil V der 3. Verordnung des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen vom 6. 10. 1931 (RGBl. I S. 537).

⁴ BayVfGH DÖV 1958, 217.

⁵ §§ 86–102 prGemFinG vom 15. 2. 1933 (prGS S. 442).

⁶ *Depenbrock*: Versorgungswirtschaft, S. 20; *Fischerhof* DÖV 1957, 306.

⁷ Art. 75 bayGO, § 85 bwGO, § 98 heGO, § 89 ndsGO, § 69 nwGO, § 77 rhpfGO, § 89 saarlGO, § 82 schlhGO.

1. ein dringender öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert und dieser Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann und
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zur voraussichtlichen Belastung steht.“

Nunmehr muß ein dringender öffentlicher Zweck das Unternehmen nicht nur rechtfertigen, sondern auch erfordern. Nicht das Verhältnis zum voraussichtlichen Bedarf, sondern zur voraussichtlichen Belastung soll entscheidend sein. Die Regelung gilt auch für die Übernahme, insbesondere den Erwerb bestehender wirtschaftlicher Unternehmen⁸.

Die Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden lassen sich somit in drei verschiedene Komplexe aufgliedern:

1. die Bindung an den öffentlichen Zweck,
2. die Subsidiarität gegenüber anderen Unternehmen,
3. das Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde.

Diese Voraussetzungen der Kommunalwirtschaft müssen kumulativ erfüllt sein, um ein wirtschaftliches Unternehmen der Gemeinde rechtfertigen zu können⁹.

1. Die Bindung an den öffentlichen Zweck

Jede gemeindliche Wirtschaftsbetätigung muß aus einem dringenden öffentlichen Zweck erforderlich sein. Für die kommunalen Wirtschaftsunternehmen bedeutet dies, daß ihr Primärzweck immer ein öffentlicher sein muß. Dieser Zweck muß nicht nur die Existenz, sondern auch die Art der Betätigung rechtfertigen; eine Unterscheidung, deren Notwendigkeit im folgenden ersichtlich wird. Einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde soll das Unternehmen nur abwerfen, „soweit das mit der Erfüllung des dringenden öffentlichen Zwecks in Einklang zu bringen ist“ (§ 76 I nwGO)¹⁰. Ein Erwerbszweck des Unternehmens muß sekundärer Natur sein und wird durch den öffentlichen Zweck begrenzt. Worin liegt jedoch dieser öffentliche Zweck, und wie läßt er sich bestimmen?

Die kommunalrechtliche Literatur bestimmt den Gehalt der öffentlichen Zweckbindung zumeist negativ, indem sie dieser Bindung eine allein erwerbswirtschaftlich-fiskalische Zielsetzung des Unternehmens gegenüberstellt. Die Errichtung eines wirtschaftlichen Unternehmens soll der Gemeinde dann nicht erlaubt sein, wenn ihr einziges Ziel das der Gewinnerzielung ist¹¹. Gemeindegewirtschaft ist nach *Surén*

deshalb dann nicht zulässig, wenn ihr einziges Motiv „die Aussicht oder auch nur die Erwartung ist, durch das Unternehmen Erträge für den Gemeindehaushalt zu erwirtschaften“¹². Gegen diese allein negative Abgrenzung der öffentlichen Zweckbindung bestehen aber schon deshalb Bedenken, weil der Nachweis nur schwer zu führen sein wird, daß einzig Gewinnerzielungsabsichten die Gründung des Unternehmens veranlaßt haben.

Ein weiteres Bedenken ergibt sich daraus, daß in dieser Abgrenzung die Zweckbindung in keine Beziehung zu der Art der ausgeübten Tätigkeit gesetzt wird. Eine öffentliche Zweckbindung ohne einen solchen Bezugspunkt würde aber auch ein Unternehmen rein erwerbswirtschaftlicher Natur rechtfertigen, das durch seine Erträge über den Gemeindehaushalt der Erfüllung anderweitiger, außerhalb des Unternehmens und seiner Leistungen selbst liegender öffentlicher Zwecke dient.

Dem einschränkenden Gehalt der Bestimmung wird man jedoch nur dann gerecht, wenn das Unternehmen in seinen Leistungen und Lieferungen an den öffentlichen Zweck gebunden wird, diese also selbst und unmittelbar der Erfüllung eines öffentlichen Zwecks dienen müssen. Inhaltlich steht dieser öffentliche Zweck dem öffentlichen Interesse der gesamten Einwohnerschaft gleich¹³. Negativ formuliert dient ein Wirtschaftsunternehmen nur dann einem öffentlichen Zweck, wenn ohne seine Errichtung oder seinen Betrieb öffentliche Interessen geschädigt werden würden¹⁴.

Die Voraussetzung des § 69 I nwGO, daß das Unternehmen von einem dringenden öffentlichen Zweck gefordert sein muß, ist deshalb nur dann erfüllt, wenn die Leistungen und Lieferungen dieses Unternehmens unmittelbar der Erfüllung des vorgegebenen Zwecks dienen¹⁵. Dieses ist das formelle Element der Zweckbindung, zu dem noch das materielle, den Inhalt des öffentlichen Zwecks bestimmende Element hinzutreten muß. Diese bereits in der DGO geltenden Grundsätze¹⁶ hat der Gesetzgeber in Nordrhein-Westfalen übernommen und bekräftigt. Das zeigt ein Blick in die Beratungsprotokolle zu dieser Bestimmung¹⁷.

Der in § 69 I nwGO erforderliche öffentliche Zweck muß auch in einem engen Zusammenhang mit § 1 I 2 nwGO gesehen werden, der die Gemeinden zur Förderung des Wohls der Gemeindeeinwohner verpflichtet. Der verfolgte Zweck wird nur dadurch zu einem öffentlichen, daß die Gemeinde innerhalb ihres Aufgabebereichs als öffentliche Gebietskörperschaft tätig wird¹⁸. Die wirtschaftliche Betäti-

S. 154; *Hözl*: Kommentar, Art. 75 Anm. 2 b, aa; *Kottenberg*: Kommentar, § 69 Anm. II; *Muntzke-Schlempp*: Kommentar, § 98 Anm. IV 4; *Linde* in „Kommunalwirtschaft“ 1962, 86.

⁸ *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 154.

⁹ *Hözl*: Kommentar, Art. 75 Anm. II b.

¹⁰ *Helmreich-Widtmann*: Kommentar, Art. 75 Anm. 7.

¹¹ *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 154; *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 599; *Göbel*: Kommentar, § 85 Anm. 2.

¹² Ziff. 1 a der amtl. Begründung zu § 67 DGO, zitiert bei *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 154.

¹³ Stenografischer Bericht über die 14. Sitzung des Ausschusses zur Beratung der Gemeinde-, Amts- und Kreisordnung vom 16. 3. 1951, Landtag NW – 2. Wahlperiode.

¹⁴ *Kunze-Schmid*: Kommentar, § 85 Anm. IV 1.

⁸ Ziff. 1 des RdErl. des Innenministers vom 23. 6. 1953 (MBl. S. 1047).

⁹ *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 152; *Kottenberg*: Kommentar, S. 342.

¹⁰ Diese einschränkenden Bestimmungen des § 69 I nwGO gelten allerdings nicht für den „vorgefundenen Besitzstand“ der Kommunalwirtschaft. Die Gemeinden sind aber gehalten, in eigener Verantwortung zu prüfen, „ob die bestehenden Betriebe nach den Vorschriften des § 69 GO in der kommunalen Hand verbleiben müssen“ (Ziff. 2 des RdErl. des Innenministers vom 23. 6. 1953 über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden [MBl. 1953 S. 1047]); *Köttgen*: Betätigung, S. 591.

¹¹ Ziff. 1 a der amtl. Begründung zu § 67 DGO zitiert bei *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht,

gung in Verfolgung des öffentlichen Zwecks muß deshalb eine nach der ganzen Entwicklung und den herrschenden Anschauungen im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohnerschaft zum Gegenstand haben¹⁹. Eine Beschränkung auf die Versorgungswirtschaft ist damit jedoch nicht gemeint²⁰.

Die institutionalisierte Zweckbindung²¹ ist eine dem Gemeinewirtschaftsrecht eigentümliche Regelung. Kein anderer Zweig der Wirtschaft der öffentlichen Hand hat eine derartige Bindung erfahren. Die kommunalen Wirtschaftsunternehmen unterscheiden sich damit nicht nur von den Unternehmen der Privatwirtschaft, sondern auch von anderen Staatsunternehmen, bei denen diese Zweckbindung nicht institutionalisiert worden ist²².

Die öffentliche Zweckbindung ist damit zu dem begrifflichen Essentiale, dem zentralen Kriterium der gesamten Kommunalwirtschaft geworden²³. *Köttgen*²⁴ und *Stern*²⁵ weisen zu Recht darauf hin, daß mit dieser gesetzlichen Regelung die kommunalwirtschaftlichen Unternehmen unabhängig von ihrer organisatorischen Rechtsform in die Nähe „der dem privaten wie dem öffentlichen Recht geläufige Figur der Stiftung“²⁶ gerückt sind.

Ballerstedt betont zwar, daß auch privatwirtschaftliche Unternehmen an einen öffentlichen Zweck gebunden seien oder doch diesen zu beachten hätten²⁷, und *Becker* wendet ein, daß jede staatliche Tätigkeit, auch die der Staatsunternehmen, öffentlichen Zwecken dienen müsse²⁸. Der grundsätzliche Unterschied zur Kommunalwirtschaft liegt jedoch darin, daß bei dieser das Unternehmen in seinen Leistungen und Lieferungen selbst durch einen öffentlichen Zweck gefordert sein muß. Die öffentliche Zweckbindung wird in der Wahrnehmung der sich aus dem Wesen der Gebietskörperschaft und der Verpflichtung zur Förderung des Wohls der Gemeindegewohner ergebenden Aufgaben erfüllt. Die in der Privatwirtschaft mögliche Änderung des Unternehmenszwecks oder auch nur die Gleichwertigkeit von Erwerbszweck und öffentlichem Zweck ist der Kommunalwirtschaft verschlossen. Die öffentliche Zweckbindung der Gemeindegewirtschaft ist jeder Kombination mit

einer gleichwertigen Gewinnerzielungsabsicht begrifflich unzugänglich²⁹. Jede erwerbswirtschaftliche Tätigkeit, jeder kommerzielle Wettbewerb ist den Gemeinden mit dieser institutionalisierten Zweckbindung untersagt³⁰.

Damit ist die begriffliche Trennung von Wirtschaft und Verwaltung in verschiedene Funktionen³¹ für den Bereich des Kommunalrechts und der Kommunalwirtschaft aufgehoben³².

Auch in § 70 AktG findet sich eine für alle Unternehmen in der Rechtsform der AG geltende Verpflichtung, die Interessen der Allgemeinheit und das Gemeinwohl in der Unternehmensführung zu berücksichtigen. Dem Interesse des Unternehmers und dem der Aktionäre ist in jedem Falle das Gemeinwohl übergeordnet³³. Schließlich enthält auch Art. 14 GG eine Eigentumsbindung, nach der der Gebrauch des Eigentums zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen soll. Dennoch ist die Zweckbindung der Kommunalwirtschaft eine wesentlich andere. Sie ist ausgezeichnet durch ihr formelles Element und die Begrenzung des Gewinnstrebens durch die Zweckerfüllung. Beide sind gesetzlich festgelegt³⁴.

Zu dem formellen Element der öffentlichen Zweckbindung muß ein materielles hinzutreten. Eine Definition des materiellen öffentlichen Zwecks oder auch nur seine Inhaltsangabe sollen hier nicht versucht werden³⁵. Sie lassen sich nur aus den tatsächlichen Umständen erkennen. Öffentliche Zwecke und öffentliche Aufgaben erwachsen aus der sich wandelnden sozialen Wirklichkeit. Sie entziehen sich damit einer abschließenden Aufzählung³⁶.

2. Die Subsidiarität

Die Gemeinde darf sich wirtschaftlich nur betätigen, wenn der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann. Das prGemFinG bestimmte in § 87 I Ziff. 2, daß diese Subsidiarität auch gegenüber einem öffentlich rechtlichen Unternehmensträger zu gelten habe. Zwar haben weder die DGO noch die nwGO diese ausdrückliche Einbeziehung der anderen öffentlichen Aufgabenträger übernommen, doch muß von einer zweifach orientierten Subsidiarität ausgegangen werden. Diese besteht einerseits gegenüber anderen öffentlichen Aufgabenträgern, insbesondere den Gemeindeverbänden und Zweck-

¹⁹ Ziff. 1 a der aml. Begründung zu § 67 DGO zitiert bei *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 154.

²⁰ *Kunze-Schmid*: Kommentar, § 85 Anm. IV 1.

²¹ *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 600; der Zweck des Eigenbetriebes z. B. ist nach § 1 II der Musterbetriebsatzung für kommunale Eigenbetriebe der größeren Städte in NW (abgedruckt bei *Zeiß*: Eigenbetriebsrecht, S. 382), nach § 1 II der Musterbetriebsatzung für kommunale Eigenbetriebe in NW (abgedruckt bei *Zeiß*: Eigenbetriebsrecht, S. 389) und nach § 1 II der Musterbetriebsatzung für kommunale Eigenbetriebe (abgedruckt bei *Nidélisch*: Das Recht der kommunalen Wirtschaftsbetriebe, S. 163) in der Betriebsatzung zu bezeichnen.

²² Eine Zweckbindung für alle Unternehmen der öffentlichen Hand sieht nur der FDP-Entwurf vor; s. o. S. 15 Anm. 3.

²³ *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 591.

²⁴ *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 591.

²⁵ *BayVwBl* 1962, 130.

²⁶ *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 591.

²⁷ *DOV* 1951, 451.

²⁸ *Diskussionsbeitrag in VVDStRL* 19, S. 249 f.

²⁹ *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 98 II b 1, S. 260; *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 594 f.

³⁰ *Köttgen*: Daseinsvorsorge, S. 66; *Stern*: *bayVwBl* 1962, 130.

³¹ *Fischerhof* *DOV* 1957, 308; *Bischoff* *AöR* 81 (1956), 70.

³² *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 592 und 594.

³³ *Gadow-Heimichen*: Kommentar zum AktG, § 70 Anm. 11; *Baumbach-Hueck*: Kommentar zum AktG, § 70 Anm. 3 A.

³⁴ *Köttgen*: Daseinsvorsorge, S. 59; *Pagenkopf*: Einführung, S. 158.

³⁵ Dazu *Keller*: Gewinn- und Gemeinwohl als Ziele der wirtschaftlichen Tätigkeit öffentlicher Gemeinwesen, in: *Individuum und Gemeinschaft*, Festschrift zur 50-Jahrfeier der Handelshochschule St. Gallen, St. Gallen 1949, S. 263–278.

³⁶ Wenn *Hölzl*: Kommentar, Art. 75 Anm. 2 b, aa, den öffentlichen Zweck mit den öffentlichen Interessen der Einwohnerschaft gleich setzt, so tauscht er nur eine Unbekannte gegen eine andere aus.

verbänden gegenüber³⁷, andererseits aber auch und gerade gegenüber der Privatwirtschaft³⁸.

Unter Bezugnahme auf Art. 28 GG macht aber *Köttgen*³⁹ für die Subsidiarität gegenüber Bund und Ländern eine Einschränkung. Im Bereich der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft kann nach seiner Meinung allein die Privatwirtschaft „anderer“ im Sinne des § 69 I nWGO sein. Das umfassende Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden in den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft dulde keine Subsidiarität gegenüber Bund und Ländern. Die Subsidiarität erfordert aber dennoch eine Prüfung, „ob nach Lage der Verhältnisse eine überörtliche Wirtschafts- betätigung vor einer rein örtlichen den Vorzug verdient, weil sie besser und wirtschaftlicher durchzuführen ist“⁴⁰. Eine aus diesen Gründen notwendig überörtliche Wahrnehmung der Aufgaben kann das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht nicht verletzen. Das hat insbesondere Geltung für die Versorgungswirtschaft⁴¹.

Die Subsidiarität gegenüber der Privatwirtschaft erfordert, daß objektiv und nicht nur potentiell die Möglichkeit der Aufgabenwahrnehmung durch ein Privatunternehmen besteht und daß „subjektiv ein Privatunternehmer vorhanden ist, der darauf anträgt und dazu bereit ist“⁴². Außerdem wird die Gemeinde zu prüfen haben, ob der öffentliche Zweck nicht durch die privatwirtschaftliche Übernahme beeinträchtigt wird⁴³. Es ist somit nicht richtig, wenn *Köttgen*⁴⁴ die Sperrwirkung der Subsidiarität unabhängig von einer „effektiven Kapazität der Privatwirtschaft“ eingreifen läßt und deshalb rechtstechnische Schwierigkeiten voraussieht. Das Subsidiaritätsprinzip greift nur ein, wenn die Übernahme und die Durchführung der öffentlichen Aufgabe durch die Privatwirtschaft unmittelbar realisierbar ist.

3. Das Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zu der voraussichtlichen Belastung

Das angemessene Verhältnis von Art und Umfang des Unternehmens und Leistungsfähigkeit der Gemeinde soll einerseits eine ständige Versorgung der Gemeindegewohner sicherstellen, andererseits die Gemeinde vor unwirtschaftlichen, unrentablen Unternehmen bewahren⁴⁵. Diese Voraussetzung, die bereits bei Beginn eigener wirtschaftlicher Tätigkeit zu berücksichtigen ist, berührt sich mit dem Rentabilitätsgrundsatz des § 76 nWGO, der nur verwirklicht werden kann, „wenn die

Gemeinde von vornherein bei der Errichtung eines wirtschaftlichen Unternehmens hierauf hinreichend Rücksicht nimmt“⁴⁶.

§ 69 I nWGO stellt im Gegensatz zu der früheren Regelung und zu der in den übrigen Bundesländern nicht auf den voraussichtlichen Bedarf, sondern auf die voraussichtliche Belastung ab. Eine sachliche Änderung ist dadurch aber nicht eingetreten. „Belastung“ ist die Inanspruchnahme des Unternehmens durch die Nachfrage der Leistungsempfänger, nicht etwa nur die voraussichtliche Belastung des Gemeindehaushalts⁴⁷. Einem gesunden Verhältnis zur voraussichtlichen Belastung der Gemeindefinanzen ist bereits in dem Begriff der „Leistungsfähigkeit“ Rechnung getragen. Die Erfüllung dieser Voraussetzung ist stets eine rein tatsächliche Frage.

II. Die Geltung der Voraussetzungen für Eigenbetriebe, Eigengesellschaften und gemischt-wirtschaftliche Unternehmen

Obwohl § 69 I nWGO generell und unabhängig von der Rechtsform des Unternehmens der Gemeinde für dessen Errichtung, Übernahme oder Erweiterung die beschriebenen Bedingungen auferlegt, beschränkt der überwiegende Teil der Kommentatoren des kommunalen Wirtschaftsrechts⁴⁸ den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 69 I nWGO doch auf die Eigenbetriebe. Sieht man mit *Helmreich-Widmann*⁴⁹ die Errichtung eines Unternehmens als dessen rechtliche Gründung und die Übernahme als den Erwerb oder die Pachtung eines bisher in fremder Hand befindlichen Unternehmens definiert, so wird in der Tat die Gemeinde selbst in jedem Falle Trägerin dieses Unternehmens.

Es ist somit für eine unmittelbare Anwendung des § 69 I nWGO erforderlich, daß die Gemeinde selbst Trägerin dieses Unternehmens ist. Das ist aber weder bei den Eigengesellschaften, noch bei den gemischtwirtschaftlichen Unternehmen der Fall. In dieser starren Auslegung der gesetzlichen Vorschrift macht *Surén*⁵⁰ nur insofern eine Ausnahme gegenüber der überwiegenden Meinung, als er für die Erweiterung eines zur Eigengesellschaft gewordenen Unternehmens die Vorschriften des § 69 I nWGO unmittelbar anwendet. Er will damit einer sonst möglichen Gesetzeslücke entgegenwirken; denn für die Erweiterung einer Beteiligungsgesellschaft gelten die Vorschriften des § 69 I nWGO auch mittelbar über § 71 nWGO nicht⁵¹. Für die Eigengesellschaften und die gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen gelten die Voraussetzungen kommunaler Wirtschafts betätigung deshalb nach der über-

³⁷ *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 160.

³⁸ *Surén-Loschelder*: Kommentar, § 67 Anm. 3 c; *Hölzl*: Kommentar, Art. 75 Anm. 2 b, cc; *Kottenberg*: Kommentar, § 69 Anm. II erkennt diese doppelte Subsidiarität nicht.

³⁹ Wirtschaftliche Betätigung, S. 597 f.

⁴⁰ *Surén-Loschelder*: Kommentar, § 67 Anm. 3 c, aa.

⁴¹ Versorgungswirtschaft: *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 160 Anm. 58.

⁴² *Hölzl*: Kommentar, Art. 75 Anm. 2 b, cc.

⁴³ *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 160; *Surén-Loschelder*: Kommentar, § 67 Anmerkung 3 c, bb.

⁴⁴ Wirtschaftliche Betätigung, S. 598.

⁴⁵ *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 158; *Kunze-Schmid*: Kommentar, § 85 Anm. IV 2.

⁴⁶ *Muntzke-Schlepp*: Kommentar, § 98 Anm. IV 4; aml. Begründung zu § 67 DGO, Ziff. 1 b.

⁴⁷ *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 158 Anm. 51; *Zeiß*: Eigenbetriebsrecht, S. 60; *Feldscher* in „Kommunalpolitische Blätter“ 1954, 635.

⁴⁸ *Helmreich-Widmann*: Kommentar, Art. 75 Anm. 6; *Surén-Loschelder*: Kommentar II, § 67 Anm. 2 e; *Kunze-Schmid*: Kommentar, § 85 Anm. II 3; *Muntzke-Schlepp*: Kommentar, § 98 Anm. III; *Masson* in Anm. zu bayVGH bayVwBl. 1959, 92; a. A. *Hölzl*: Kommentar, Art. 75 Anm. 3 und Art. 77 Anm. 2.

⁴⁹ Kommentar, Art. 75 Anm. 6.

⁵⁰ Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 146 Anm. 19.

⁵¹ *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 145 Anm. 18.

wiegenden Meinung nur so, wie sie sich aus entsprechender Anwendung gem. § 71 I nwGO ergeben.

Der Streit über die mittelbare oder unmittelbare Geltung des § 69 I nwGO für die Beteiligungsgesellschaften wäre wesentlich theoretischer Natur, wenn die beschränkenden Vorschriften in ihrer mittelbaren Anwendung über § 71 I nwGO die gleichen Auswirkungen hätten. Die zitierten Kommentatoren verstehen jedoch die entsprechende Anwendung dahin, daß nunmehr nur noch die Beteiligung selbst von einem dringenden öffentlichen Zweck gefordert sein muß⁵².

Die öffentliche institutionalisierte Zweckverbindung würde damit ihren Bezug auf die unmittelbaren Leistungen und Lieferungen des Unternehmens verlieren. Im Sinne einer derartigen auf die Beteiligung allein bezogenen Anwendung des § 69 I nwGO würde die Beteiligung von den Voraussetzungen abhängig sein, daß die Beteiligung der Gemeinde selbst und nicht das Unternehmen in seinen Leistungen von einem öffentlichen Zweck erfordert werden, ferner, daß der Zweck der Beteiligung nicht durch einen anderen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann und daß schließlich die Beteiligung in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zur voraussichtlichen Belastung steht⁵³. In der ausschließlichen Bezugnahme auf die Beteiligung kann eine Erfüllung eines öffentlichen Zwecks auch dann vorliegen, wenn die Leistungen dieses Unternehmens nicht unmittelbar einen öffentlichen Zweck verfolgen.

Bei einer derartigen Auslegung der gesetzlichen Bestimmung wäre den Gemeinden eine erwerbswirtschaftliche Betätigung wiederum erschlossen, die gerade durch die Regelung des § 69 I nwGO verhindert werden sollte. Damit könnten sich die Gemeinden durch die Wahl der Rechtsform des Unternehmens von den unmittelbaren Bindungen befreien.

Aus den aufgezeigten Gründen kann aber diese Auslegung des § 71 I nwGO mit seinem Verweis auf § 69 I nwGO nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Der Abgeordnete *Schwering* sagte im Landtag ausdrücklich: „Gleiche Beschränkungen gelten auch für die Beteiligung an Wirtschaftsunternehmen.“^{54 55} Dem Willen des Gesetzgebers kommt vielmehr nur die Auslegung entgegen, die ausschließlich eine Beteiligung an solchen Wirtschaftsunternehmen zuläßt, die auch als Eigenbetriebe unter den Voraussetzungen des § 69 I nwGO betrieben werden

⁵² *Hölzl*: Kommentar, Art. 77 Anm. 4 a; *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 188.

⁵³ In dieser Auslegung sind besonders deutlich *Hölzl*: Kommentar, Art. 77 Anm. 4 a; *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 188 f. Widersprüchlich sind die Ausführungen bei *Surén-Loschelder*: Kommentar, § 69 Anm. 2 b, wonach die Beteiligung von einem öffentlichen Zweck erfordert sein muß, andererseits die Gemeinde das Unternehmen auch als Eigenbetrieb führen können muß, die Leistungen des Unternehmens somit unmittelbar und selbst einen öffentlichen Zweck verfolgen müssen.

⁵⁴ Stenographische Berichte des Landtags NW - 2. Wahlperiode - 50. Sitzung am 23. 4. 1952, S. 1856.

⁵⁵ So auch Ziff. 9 des Erlasses des schleswig-holsteinischen Innenministers zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden vom 9. 8. 1955 (abgedruckt bei *Nicklisch*: Das Recht der kommunalen Wirtschaftsbetriebe, S. 221-224).

können⁵⁶. Der öffentliche Zweck des Beteiligungsunternehmens muß eine Beteiligung erfordern⁵⁷. Der notwendige öffentliche Zweck bestimmt sich nicht aus dem Innenverhältnis von Gemeinde und Unternehmen, sondern ausschließlich nach der Zielsetzung des Unternehmens, an dem sich die Gemeinde beteiligen will⁵⁸. Das aber bedeutet, daß die Leistungen und Lieferungen dieses Unternehmens unmittelbar einen öffentlichen Zweck verfolgen müssen und daß dieser Zweck eine Beteiligung der Gemeinde erfordern muß. Entgegen der überwiegenden Meinung sind deshalb für die Frage, ob ein dringender öffentlicher Zweck die Beteiligung an einem wirtschaftlichen Unternehmen erfordert, nicht der durch die Beteiligung selbst geförderte öffentliche Zweck entscheidend, sondern allein das Ziel und die Aufgabe, welche das Beteiligungsunternehmen verfolgt.

Der Geltungsbereich der gesetzlichen Voraussetzungen für die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung ist auch durch das Urteil des bayVfGH vom 23. 12. 1957⁵⁹ in Frage gestellt worden. In seinem Urteil führt der bayVfGH aus, daß die örtlichen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe nicht zu den wirtschaftlichen Unternehmen im Sinne des Art. 75 I bayGO gehören.

Der bayVfGH beruft sich bei seiner Entscheidung zunächst auf Art. 83 I bayVf, wonach die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht und Gas und elektrischer Kraft in den eigenen Wirkungskreis der Gemeinden fällt. Eine Anwendung der einschränkenden Bestimmungen des Art. 75 bayGO über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden würde deshalb nach Meinung des bayVfGH im Widerspruch mit dem durch die Verfassung eingeräumten Recht⁶⁰ auf Versorgung der Bevölkerung stehen. Nach den Worten des bayVfGH gehört „sonach die Daseinsvorsorge zum Funktionsbereich der Gemeindeverwaltung“⁶¹. Eine Anwendung des Art. 75 bayGO würde das verfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden in seinem Wesenskern beeinträchtigen. In verfassungskonformer Auslegung des Art. 75 I bayGO versteht der bayVfGH nur solche Unternehmen als wirtschaftliche Unternehmen, „deren Zweck in erster Linie darauf gerichtet ist, an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilzunehmen und dabei Gewinn zu erzielen“⁶².

Bereits vor der Entscheidung des bayVfGH vertraten *Masson*⁶³ und *Hüttl*⁶⁴ die Ansicht, daß die Unternehmen der kommunalen Daseinsvorsorge nicht von Art. 75 bayGO umfaßt werden. Die Auslegung des Art. 75 I bayGO durch den

⁵⁶ *Kunze-Schmid*: Kommentar, § 87 Anm. III 1 a; *Muntzke-Schlemp*: Kommentar, § 99 Anm. III; *Feldscher* in „Kommunalpolitische Blätter“ 1954, 635.

⁵⁷ *Rambeck* in „Der bayerische Bürgermeister“ 1957, S. 128.

⁵⁸ LVG Köln vom 14. 8. 1956 zitiert bei *Rambeck* in „Der bayrische Bürgermeister“ 1957, 128.

⁵⁹ BayVwBl. 1958, 51 = DOV 1958, 216.

⁶⁰ Der bayVfGH spricht sogar davon, daß der Gemeinde gewisse Gebiete der Daseinsvorsorge als Pflichtaufgabe zugewiesen seien, in BayVwBl. 1958, 53.

⁶¹ BayVwBl. 1958, 53.

⁶² BayVwBl. 1958, 53.

⁶³ BayVwBl. 1956, 328.

⁶⁴ DOV 1958, 200; ebenso *Fröhler* BayVwBl. 1956, 135-140.

bayVfGH, insbesondere aber auch ihre Begründung haben kritische und ablehnende Stellungnahmen erfahren⁶⁵.

Soweit sich die Entscheidung auf Art. 83 I bayVf bezieht, kann sie für die anderen Bundesländer keine Bedeutung haben, weil in diesen Länderverfassungen gleichartige Vorschriften nicht enthalten sind, die die Versorgung der Gemeindeglieder zum eigenen Wirkungskreis der Gemeinden erklären⁶⁶. *Stern* hat die Anwendung des Art. 83 bayVf kritisiert, weil dieser nur die Funktion einer Abgrenzung des eigenen vom übertragenen Wirkungskreis für den Fall hat, daß eine Gemeinde die dort aufgezählten Tätigkeiten wahrnimmt⁶⁷. Keinesfalls bestimmt er aber eine Pflichtaufgabe der Gemeinde.

Der bayVfGH begründet seine Ansicht aber auch mit dem Begriff der Daseinsvorsorge, der den Kreis der Wirtschaftsunternehmen in der Weise differenzieren soll, daß der Art. 75 I bayVGO nur die am wettbewerblichen Wirtschaftsleben teilnehmenden, auf Gewinnerzielung ausgerichteten Unternehmen, nicht aber die der Daseinsvorsorge dienenden Versorgungsunternehmen umfassen soll. Die Entscheidung unterschiebt hier zu Unrecht dem Begriff der Daseinsvorsorge ein normatives Kriterium – zu Unrecht auch deshalb, weil selbst *Forsthoff*, der den Begriff der Daseinsvorsorge in das Verwaltungsrecht einführte, diese als einen notwendig sachbezogenen und jeder rechtlichen Systematik unzugänglichen Begriff sieht⁶⁸.

Für das Gesetzesrecht der außerbayrischen Gemeindeordnungen gilt deshalb weiterhin, daß auch die Unternehmen zur Versorgung der Bevölkerung mit Gas, Wasser, Elektrizität als wirtschaftliche Unternehmen im Sinne der Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden gelten⁶⁹.

§ 7 Die öffentliche Verwaltung

Der Inhalt der öffentlichen Verwaltung ist lange Zeit hindurch ausschließlich negativ als die Tätigkeit des Staates bestimmt worden, die nicht Gesetzgebung oder Justiz ist¹. Sollen jedoch im folgenden die öffentliche Verwaltung und die kommunale Wirtschaftsbetätigung in gegenseitige Beziehung zueinander gesetzt und miteinander verglichen werden, so kann diese negative Begriffsbestimmung nicht ausreichen.

Einer der ersten Versuche einer positiven, an der Tätigkeit des Staates orientierten Definition stammt von *E. Kaufmann*, der in der öffentlichen Verwaltung

⁶⁵ *Fischerhof* DÖV 1960, 42, 45; *Stern* bayVwBl. 1962, 129; nur teilweise ablehnend *Zeiß* DÖV 1958, 201.

⁶⁶ HeVfGH DÖV 1961, 345 = VwRspr. 14, 595.

⁶⁷ BayVwBl. 1962, 131.

⁶⁸ *Forsthoff*: Rechtsfragen, S. 12.

⁶⁹ RdErl. des Innenministers NW vom 23. 6. 1953 zu § 69 nWGO (MBl. S. 1047).

¹ *O. Mayer*: Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., München-Leipzig 1924, S. 7; *Hatschek-Kurtzig*: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7. und 8. Aufl., Leipzig 1931, S. 5; *Jellinek*: Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offenburg 1948, S. 6.

den „Inbegriff der Leistungen des Staates“² sah. In dieser Definition und in ähnlichen Formulierungen drückt sich zugleich auch das Bild einer gewandelten öffentlichen Verwaltung aus: War in der Zeit des liberalen Rechtsstaates die Verwaltung am hoheitlichen Eingriff orientiert³ und erschöpfte sich ihre Aufgabe in der Sorge „für die freie Entfaltung und Sozialgestaltung der bürgerlichen Gesellschaft“⁴, so wird diese öffentliche Verwaltung nunmehr zur leistenden und verteilenden Verwaltung und wird der Staat zum selbsttätigen Träger und Gestalter der Sozialordnung⁵.

I. Die Definition

Diese Erweiterung des Aufgabenkreises und die sich daraus ergebende Verschiedenartigkeit der Tätigkeiten öffentlicher Verwaltung muß jede Definition berücksichtigen. Sie darf nicht mehr von einer bestimmten Handlungsform ausgehen, weil jetzt allgemein anerkannt ist, daß die Verwaltungsträger ihre Aufgaben auch in privatrechtlichen Formen vollziehen können, ohne daß sich der Inhalt der Aufgabe ändert⁶. Andererseits bedingt gerade diese Aufgabenerweiterung ein genaues Abgrenzungskriterium gegenüber einer gleichgerichteten Tätigkeit privater Unternehmen. Es gibt außerhalb der hoheitlich-obrigkeitlichen Maßnahmen des Staates keine spezifisch staatlichen Aufgaben⁷. Um so bedeutungsvoller wird die Bestimmung des Verwaltungsträgers, denn viele der nicht-hoheitlichen Aufgaben können und werden auch von privaten Unternehmen wahrgenommen und erfüllt⁸.

Der weite Kreis staatlicher und kommunaler Aufgaben erfordert in materieller Richtung eine Bestimmung der öffentlichen Verwaltung, die jede überindividuell bezogene Tätigkeit umfaßt, erfordert zugleich jedoch ein formelles Element in dieser Bestimmung, das eine Abgrenzung der öffentlichen Verwaltung von privater der Öffentlichkeit dienender und auf sie bezogener Tätigkeit erlaubt⁹.

*Wolff*¹⁰ bestimmt die öffentliche Verwaltung als „... Wahrnehmung der Angelegenheiten von Gemeinwesen und ihrer Mitglieder als solcher durch die dafür bestellten Organe des Gemeinwesens.“

Diese Definition enthält in dem Begriff des Organs des Gemeinwesens auch das notwendige formelle Kriterium. Sie soll deshalb den weiteren Ausführungen zugrundegelegt werden.

² Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, begründet von *Karl Freiherrn von Stengel*, 2. Aufl., hg. von *Max Fleischmann*, III. Bd., Tübingen 1914, S. 688; zu den verschiedenen Versuchen einer positiven Formulierung bringt *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 2 I b, S. 8, eine Darstellung und Kritik; *Maunz* VwArch. 50 (1959), 316 f.

³ *Forsthoff*: Rechtsfragen, S. 9; *Maunz* VwArch. 50 (1959), 316 f.

⁴ *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 9 I b, S. 35; *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 31 ff.

⁵ *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 3; *Maunz* VwArch. 50 (1959), 317.

⁶ *Maunz-Dürig*: Kommentar, Art. 1 Abs. III, RdNr. 136.

⁷ *Vogel*: Wirtschaftseinheiten, S. 78–81.

⁸ Die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde sind gerade die Einrichtungen, die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können; Ausführungsanweisung zu § 67 DGO (zitiert bei *Kottenberg*: Kommentar, S. 341).

⁹ *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 2 II, S. 11.

¹⁰ Verwaltungsrecht I, § 2 II e, S. 12.

II. Die Kommunalverwaltung

Die vorstehende, zugrundegelegte Definition der öffentlichen Verwaltung bezieht sich vornehmlich nur auf den Staat als das Gemeinwesen und auf die Tätigkeit der staatlichen Organe¹¹. Um den Begriff aber auch auf die Gemeindeverwaltung anwenden zu können, muß die Verschiedenartigkeit der von den Gemeinden durchzuführenden Verwaltungsaufgaben berücksichtigt werden.

Den Gemeinden sind einerseits örtliche, eigene Angelegenheiten des Gemeinwesens zur autonomen Selbstverwaltung überlassen und andererseits fremde öffentliche (Landes- oder Bundes-)Angelegenheiten enumerativ oder speziell zur weisungsabhängigen Verwaltung zugewiesen worden¹². Für die zugewiesenen Verwaltungsaufgaben des übergeordneten Gemeinwesens (Land oder Bund) sind die Gemeinden Teile der mittelbaren Staatsverwaltung¹³, d. h. rechtlich selbständige, aus dem Instanzenzug der unmittelbaren Staatsbehörden ausgegliederte Verwaltungsträger, denen im Wege einer dezentralisierenden Gewaltenteilung staatliche Aufgaben zugewiesen sind, die aber einem Aufsichtsrecht der staatlichen Organe unterliegen¹⁴.

In den örtlichen, eigenen Angelegenheiten – und die Kommunalwirtschaft muß schon auf Grund ihres Subsidiaritätsprinzips dazugerechnet werden¹⁵ – dagegen hat die Gemeinde das Recht einer autonomen Selbstverwaltung^{16 17}. Die Staatsaufsicht, die hier zwar nur in einer Rechtsaufsicht besteht, verwischt allerdings die Unterschiede zur mittelbaren Staatsverwaltung¹⁸. Jedenfalls aber bildet die Gemeinde für die örtlichen Angelegenheiten ein eigenes, abgegrenztes Gemeinwesen, so daß in diesem Bereich die Definition der öffentlichen Verwaltung als einer Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Gemeinwesens auch auf die Gemeinde als bezogenes Gemeinwesen¹⁹ angewandt werden kann.

Öffentliche Verwaltung ist deshalb in den Fällen autonomer, gemeindlicher

Selbstverwaltung die Wahrnehmung von Angelegenheiten der Gemeinde als einem Gemeinwesen und ihrer Einwohner als solcher durch die dafür bestellten Organe der Gemeinde. So fragt es sich, ob auch die Kommunalwirtschaft öffentliche Verwaltung in diesem Sinne ist.)

§ 8 Die Kommunalwirtschaft als Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben

Wenn es darum geht, bestimmte Tätigkeiten des modernen Staates als öffentliche Verwaltung zu erfassen, wird sowohl von der Literatur als auch von der Rechtsprechung immer wieder auf den von *Forsthoff* geprägten und entwickelten Begriff der „Daseinsvorsorge“¹ zurückgegriffen, ohne daß jedoch im einzelnen feststeht, wie er zu verstehen ist. *Forsthoff* selbst hat nicht unbedingt zur Begriffsklarheit beigetragen, weil er die Grenzen der Daseinsvorsorge zu verschiedenen Zeiten verschieden gezogen hat².

Forsthoff geht davon aus, daß der infolge Arbeitsteilung, Verstädterung und Bevölkerungszunahme „von den Lebensgütern getrennte Mensch“ unserer Zeit sich die notwendigen oder darüber hinaus erstrebten Lebensgüter nicht durch Nutzung seiner eigenen Sachen, sondern im Wege der Appropriation zugänglich machen muß³. Die „Veranstaltungen, die zur Befriedigung dieses Appropriationsbedürfnisses getroffen werden“, nennt er Daseinsvorsorge⁴. *Forsthoff* entnimmt der geschichtlichen Entwicklung, daß die Daseinsverantwortung, die Verantwortung für die Befriedigung der Appropriationsbedürfnisse, auf den Träger der politischen Gewalt, und zwar auf die Träger öffentlicher Verwaltung übergegangen sei. Schließlich begrenzt er die Daseinsvorsorge auf „die Darbringung von Leistungen, auf welche der in die modernen massentümlichen Lebensformen verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist“⁵. Beispiele aus diesem Bereich sind die Versorgung mit Gas, Wasser und Elektrizität, aber auch die Bereitstellung von Verkehrsmitteln aller Art, die Post, der Fernspreverkehr, die Vorsorge für Alter, Invalidität, Krankheit und Arbeitslosigkeit⁶. Diese Beispiele zeigen, daß die Daseinsvorsorge nur mit Hilfe einer umfangreichen Kasuistik umrissen werden kann. Der Begriff ist „nicht formal bestimmbar, sondern ausschließlich sachbezogen“⁷; er entzieht sich deshalb einerseits einer formalen Systematik und ist andererseits in seinem Umfang und Inhalt ständigen Schwankungen unterworfen.

Gegenüber der pauschalen Aussage von 1938, daß die Daseinsvorsorge im vollen

¹ Ausgangspunkt der Überlegungen von *Forsthoff* dürfte *Jaspers* „Die geistige Situation der Zeit“ (1931) gewesen sein, wo dieser (S. 29) von der „Daseinsfürsorge“ spricht.

² Über die Entwicklung des Begriffs bei *Forsthoff* vgl. *Weidner, Viktor*: Zur Problematik privater und öffentlicher Daseinsvorsorge, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 50 (1961), 141–238, S. 169–180; *Depenbrock*: Versorgungswirtschaft, S. 24–26.

³ Rechtsfragen, S. 24–26.

⁴ Rechtsfragen, S. 26, wo die Schrift „Die Verwaltung als Leistungsträger“ (1938) abgedruckt ist.

⁵ Rechtsfragen, S. 27 unter Ziff. 3.

⁶ Leistungsträger, S. 7.

⁷ *Forsthoff*: Rechtsfragen, S. 11.

¹¹ *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 2 IV, S. 13.

¹² *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 86 I b, S. 146.

¹³ Zur geschichtlichen Entwicklung des Begriffs aus § 69 II 10 ALR *Peters*: Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, Berlin 1926, S. 121 ff.; *Cantner* in *KomHdb. I*, S. 449; *Bachof* AöR 83 (1958), 231 f.; *Linckelmann* DÖV 1959, 564–569.

¹⁴ *Gönnenwein*: AöR 81 (1956), 226 f.; *ders.* in *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, München 1955, S. 511 ff.; *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 419.

¹⁵ S. o. S. 43.

¹⁶ Zur geschichtlichen Entwicklung des Begriffs *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 412 ff.; *bayVfGH VfGH* 2, 162 f.

¹⁷ Auf den Streit, ob dieses Selbstverwaltungsrecht ursprünglich oder nur eingeräumt ist, braucht nicht eingegangen zu werden. Für ein ursprüngliches Selbstverwaltungsrecht: *Zuborn-Hoppe*: Gemeindeverfassung, S. 44 ff.; *Pagenkopf*: Einführung, S. 2 f. und 222–224; *Gönnenwein* AöR 81 (1956), 222; *von Hausen* DÖV 1959, 407; dagegen: *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 86 I b, S. 146; *Becker* in *KomHdb. I*, S. 117 ff.; *Rietdorf* DÖV 1959, 671 f.; *Muntzke-Schlempf*: Kommentar, S. 209.

¹⁸ *Köttgen*: Art. „Selbstverwaltung“ in *HdSW*, S. 225; *Becker* in *KomHdb. I*, S. 120 f.; *Elleringmann*: Grundlagen der Kommunalverfassung und Kommunalaufsicht, Stuttgart 1957, S. 40; *Weber*: Art. „Verwaltungsorganisation“ in *HdSW*, S. 278.

¹⁹ *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 4 I 2, S. 21, sieht in den Gemeinden unterstaatliche Gemeinwesen.

Umfange der staatlichen Verwaltung zugefallen sei, macht *Forsthoff* 1959 bestimmte Einschränkungen: einen großen Teil der Stabilisierung und Sicherung des individuellen Daseins leistet die industrielle Gesellschaft. *Forsthoff* bezeichnet diese Funktion der industriellen Gesellschaft nicht als *Daseinsvorsorge*, weil ihr das öffentlich-rechtliche, verwaltungsmäßige Element derselben fehlt, sondern als *Daseinssicherung*. Diese Daseinssicherung durch gesellschaftliche Kräfte besteht primär, die staatliche Daseinsvorsorge hat demgegenüber nur eine Komplementärfunktion⁸.

Forsthoff hat mit diesen Ausführungen sicherlich eine Quelle vieler Mißverständnisse und Angriffe beseitigt; so etwa für den Vorwurf von *Fischerhof*⁹ und *Maunz*¹⁰, daß nach der bisherigen Deutung der Daseinsvorsorge durch *Forsthoff* auch Bäcker und Kohlenhändler Daseinsvorsorge betreiben. *Forsthoff* hat nunmehr deutlich gemacht, daß ausschließlich die Tätigkeit von Verwaltungsträgern als Daseinsvorsorge, die inhaltlich gleiche Tätigkeit von Privaten zum Unterschied dazu aber nur als Daseinssicherung bezeichnet werden darf. Diese Mißverständnisse waren nur möglich, wenn die früheren Ausführungen von *Forsthoff* an anderer Stelle übersehen wurden, wonach nur alles, „was von seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuß nützlicher Leistungen zu versetzen“¹¹, Daseinsvorsorge ist.

Aus dem von ihm geprägten Begriff leitet *Forsthoff* ganz konkrete Rechtsfolgen ab. Die Daseinsvorsorge ist öffentliche Verwaltung und untersteht in einem jeweils zu ermittelnden Umfang dem öffentlichen Recht. Das gilt auch dann, wenn sie in privaten Rechtsformen ausgeübt wird¹². Auch Privatrechtssubjekte können, wenn sie als öffentliche Unternehmen öffentlich-rechtlichen Bindungen und Verpflichtungen unterworfen sind, funktionell Daseinsvorsorge betreiben¹³.

Der Begriff der Daseinsvorsorge ist immer wieder angegriffen und seine Verwendbarkeit bezweifelt worden¹⁴.

Daseinsvorsorge ist primär ein soziologischer, der Wirklichkeit der gegebenen Umstände entnommener Begriff, dem erst nachträglich bestimmte Rechtsfolgen angehängt werden¹⁵. Der Begriff kann formal nicht erfaßt werden, die in ihm bezeichnete Verwaltungstätigkeit nicht insgesamt dem öffentlichen oder privaten Recht zugeschrieben werden. Selbst der materielle Gehalt dieses Begriffes kann nicht eindeutig erkennbar bezeichnet werden. Nach den eigenen Worten von *Forst-*

hoff ist es unmöglich, „den Begriff Daseinsvorsorge unter irgendwelchen quantitativen oder qualitativen Gesichtspunkten zu begrenzen“¹⁶. Der Gedanke liegt nahe, daß hier nur für eine Teilfunktion der öffentlichen Verwaltung ein neuer Begriff geprägt wurde, daß aber bei seiner Definition dieselben Schwierigkeiten auftreten, wie sie schon bei der Definition der öffentlichen Verwaltung selbst vorliegen.

Zu Recht sieht *Dietz* deshalb in der Daseinsvorsorge „keine Definition der Verwaltung, sondern eine Umschreibung der Verwaltung als einer staatlichen Funktion“¹⁷. Wenn sich die Daseinsvorsorge damit aber – wie *Forsthoff* selbst einsteht¹⁸ – also notwendig sachbezogener Begriff jeder Systematik entzieht, so kann sie auch nur als Kennzeichnung eines soziologischen, rechtlich bedeutsamen Phänomens angesehen werden, als Schlagwort der sich wandelnden Staats- und Verwaltungsfunktionen¹⁹. Ein solcher Rückgriff auf die Realität der modernen Verwaltung ist aber „nicht Verwaltungsrechtswissenschaft, sondern Verwaltungslehre“²⁰. In diesem Bereich sollte der Begriff als Teil der Verwaltungslehre aber auch verbleiben²¹.

Es ist jedenfalls nicht berechtigt, aus ihm konkrete Rechtsfolgen abzuleiten²². Die rechtliche Bedeutung, die *Forsthoff* der Daseinsvorsorge zuspricht, läßt sich vielmehr nur aus dem Oberbegriff der öffentlichen Verwaltung ableiten, deren Teilfunktion die Daseinsvorsorge bezeichnet²³.

Deshalb darf auch daraus, daß große Teile der Kommunalwirtschaft sich als Daseinsvorsorge kennzeichnen lassen, noch nicht geschlossen werden, daß die Kommunalwirtschaft materiell öffentliche Verwaltung ist. Das kann sich vielmehr nur aus einer Gegenüberstellung der zugrundegelegten Definition und der gesetzlichen Vorschriften der nWGO ergeben.

In dieser Definition ist das materielle Element in der Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten, d. h. der Angelegenheiten des Gemeinwesens zu sehen. In ihrer Gesamtheit kann die Kommunalwirtschaft nur dann der öffentlichen Verwaltung zugerechnet werden, wenn sie tatsächlich oder kraft Gesetzes Wahrnehmung gemeindlicher oder auch nur bestimmter gemeindlicher Angelegenheiten darstellt. Eine solche Zurechnung rechtfertigt sich aus der öffentlichen Zweckbindung der Kommunalwirtschaft. „Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen errichten,

¹⁶ Rechtsfragen, S. 12.

¹⁷ In Festschrift für *Alfred Hueck*, München-Berlin 1959, S. 129.

¹⁸ Rechtsfragen, S. 12.

¹⁹ Erst die Eignung zur Systematisierung und Klassifizierung macht den verwendbaren juristischen Begriff aus: *Rupp* DVBl. 1958, 115; *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 2, Tübingen 1961, S. 182; *Loschelder* DVBl. 1957, 825 f.

²⁰ *Forsthoff*: Rechtsfragen, S. 55.

²¹ *Eiser-Riederer*: Energiewirtschaftsrecht, Kommentar, 2. Aufl., München-Berlin 1958, VIII, S. 14 Anm. 3.

²² *Fischerhof* DOV 1957, 312 f.; *Ballerstedt* in „Die Grundrechte“ III 1, S. 54 Anm. 142; *Fischerhof* DOV 1960, 43 f.; *Sieder-Zeitler*: Kommentar, Art. 40 Anm. 4; *Maunz* VwArch. 50 (1959), 319; *von Gamm* NJW 1957, 1055.

²³ S. u. S. 74 f.

⁸ „Die Daseinsvorsorge in heutiger Sicht“ (1959) in Rechtsfragen, S. 20–21.

⁹ DOV 1960, 42 f.

¹⁰ VwArch. 50 (1959), 319.

¹¹ Lehrbuch, S. 322 und 359.

¹² Lehrbuch, S. 322; ders.: Rechtsfragen, S. 11.

¹³ Lehrbuch, S. 359.

¹⁴ *Depenbrode*: Versorgungswirtschaft, S. 50 ff.; *Fischerhof* DOV 1960, 41 ff.; ders. DOV 1957, 305 ff.; *Vogel*: Wirtschaftseinheiten, S. 29.

¹⁵ *Forsthoff*: Rechtsfragen, S. 55; *Maunz* in VwArch. 50 (1959), S. 319; *Fischerhof* DOV 1957, 313; *Dürig* bayVwBl. 1959, 203; *Sieder-Zeitler*: Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, Kommentar, München 1960, Art. 40 Anm. 4.

übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn ein dringender öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert“ (§ 69 I nWGO).

Der öffentliche Zweck erweist sich für die Kommunalwirtschaft als „begriffliches Essentiale, ja zentrales Kriterium“²⁴, die Ertrags- oder Gewinnerzielungsabsicht wie das Streben nach planmäßigen Überschüssen dagegen lediglich als „Akzidenz“²⁵. Diese öffentliche Zweckbindung ist damit aber auch ein Unterscheidungsmerkmal zwischen einem gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen und einem privaten Unternehmen. Die öffentliche Zweckbindung manifestiert sich darin, daß die Wirtschaftstätigkeiten zum Inhalt haben muß, „die nach der ganzen Entwicklung und den herrschenden Anschauungen eine im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohnerschaft zum Gegenstand haben. Die Leistungen und Lieferungen des gemeindlichen Wirtschaftsunternehmens müssen selbst unmittelbar einem öffentlichen Zweck dienen“²⁶.

Wenn aber die Leistungen und Lieferungen der Kommunalwirtschaft unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen²⁷ und das materielle Element der oben angeführten Begriffsbestimmung der öffentlichen Verwaltung gerade die Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten ist, kann zwischen den öffentlichen Zwecken im Sinne des § 69 I nWGO und den öffentlichen Angelegenheiten im Sinne dieser Definition ein Unterschied nicht gefunden werden. Jede gemeindliche Wirtschaftstätigkeit, die in Befolgung der §§ 69 ff. nWGO erfolgt, erfüllt damit gleichzeitig auch das materielle Element der öffentlichen Verwaltung. Die Kommunalwirtschaft ist damit nicht nur „kein Kontrastbegriff mehr zur Verwaltung“²⁸ und ist nicht nur „in den Leistungszusammenhang der gemeinwohlverpflichteten öffentlichen Verwaltung überführt“²⁹, sondern erfüllt aus sich heraus den materiellen Teil der Voraussetzungen jeder öffentlichen Verwaltung. Deshalb muß auch *Fischerhof*³⁰ widersprochen werden, der unter Bezug auf *Schnettler* „Wirtschaften“ und „Verwalten“ als verschiedene Funktionen ansieht und die gemeindliche Versorgung mit Wasser, Gas und Elektrizität aus dem Bereich der öffentlichen Verwaltung ausklammern will. Seine Ansicht gilt jedenfalls nicht, soweit diese Versorgung von gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen durchgeführt wird.

Die Kommunalwirtschaft erfüllt somit, soweit sie im Rahmen des § 69 I nWGO erfolgt, das materielle Element der zugrundegelegten Definition der öffentlichen Verwaltung.

²⁴ *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 591.

²⁵ *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 593; *Linde* in „Kommunalwirtschaft“ 1962, 86 Anm. 32.

²⁶ Ziff. 1 a der amtlichen Begründung zu § 67 DGO abgedruckt bei *Surén-Loschelder*: Kommentar II, S. 89; *Muntzke-Schlempp*: Kommentar, S. 874; *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 592 bezeichnet diesen ganzen Bereich der Gemeindegewirtschaft als Daseinsvorsorge. *Deppenbrock*: Versorgungswirtschaft, S. 25 betont die notwendige Unmittelbarkeit der Zweckverfolgung; *Stern bayVwBl.* 1962, 130; *Vogel*: Wirtschaftseinheiten, S. 110 und 176 f.

²⁷ *Surén*: Gemeindegewirtschaftsrecht, S. 154 ff.

²⁸ *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 530.

²⁹ *Stern bayVwBl.* 1962, 130.

³⁰ *DOV* 1957, 308; ähnlich auch *Ballerstedt* *BB* 1958, 126; *Zeiß* *DOV* 1958, 201 ff.; *ders.*: Eigenbetriebsrecht, S. 53.

Diese Definition enthält jedoch auch ein formelles Element: die Aufgaben müssen von Organen des Gemeinwesens wahrgenommen werden. In diesem Punkt allein ist es auf vielen Gebieten möglich, öffentliche Verwaltung von einer gleichgerichteten und gleichartigen Tätigkeit Privater abzugrenzen.

§ 9 Die kommunalen Wirtschaftsunternehmen als Subjekte und Träger öffentlicher Verwaltung

In der Prüfung dieses formellen Elements muß unterschieden werden zwischen den Subjekten und den Trägern öffentlicher Verwaltung.

Träger öffentlicher Verwaltung¹ können zunächst nur juristische Personen des öffentlichen Rechts sein. Stets ist der Träger des Rechts und der Pflicht zur Wahrnehmung öffentlicher Verwaltung juristisch personifiziert, ein selbständiger Rechtsträger. In der ersten Reihe der Verwaltungsträger steht das Gemeinwesen selbst, der Staat oder die Gemeinde als unterstaatliches Gemeinwesen. Dazu zählen aber auch die anderen rechtsfähigen Verwaltungseinheiten², die als Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen ebenfalls rechtlich selbständige Verwaltungsträger sind³. Inwieweit auch Privatrechtssubjekte neben den bisher genannten juristischen Personen des öffentlichen Rechts als Verwaltungsträger angesehen werden dürfen, soll erst unter Bezug auf die Eigengesellschaften und die gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen geklärt werden⁴.

Als Subjekte öffentlicher Verwaltung⁵ bezeichnet man neben den eben genannten Verwaltungsträgern auch die juristisch nicht personifizierten Organe der Gemeinwesen und der unterstaatlichen rechtsfähigen Verwaltungseinheiten. Diese Organe sind nach *Wolff* Subjekte transitorische Wahrnehmungszuständigkeiten, denn ihr Verhalten wird rechtlich unmittelbar dem Verwaltungsträger zugerechnet, dem sie angehören⁶. Aber auch sie sind Zuordnungsobjekte von Rechtssätzen und können deshalb auch neben den Verwaltungsträgern zu den Verwaltungssubjekten gerechnet werden⁷.

Die bisher angewandte Definition der öffentlichen Verwaltung bezieht sich nur auf die Tätigkeit von Organen des Gemeinwesens. Die Tätigkeit der rechtsfähigen Verwaltungseinheiten, der rechtlich selbständigen Anstalten, Körperschaften und Stiftungen, sowie die Tätigkeit der sog. Beliehenen werden aber auch als öffent-

¹ *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 4 I a, S. 20 f.

² *Köttgen*: Die rechtsfähige Verwaltungseinheit, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Reichsverwaltung, Berlin 1939, S. 1 hat den Begriff der rechtsfähigen Verwaltungseinheit eingeführt.

³ Diese Verwaltungseinheiten sind keine Organe des Gemeinwesens, sondern Glieder der Organisation. *Wolff* hat den Begriff des Organ im weiteren Sinne aus Verwaltungsrecht I, § 4 I a 2, S. 21 in Verwaltungsrecht II, § 74 II a 1, S. 40 aufgegeben.

⁴ S. u. S. 82 ff.

⁵ *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 4 II a, S. 24.

⁶ *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 74 I f 6, S. 36 unter Hinweis auf *nWVGfH*, *DOV* 1955, 248-250 = *OVGE* 9, 74.

⁷ *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 4 II a, S. 24.

liche Verwaltung anerkannt. Organe des Gemeinwesens sind sie wegen ihrer rechtlichen Selbständigkeit nicht. *Wolff* bezeichnet diese Personen, die „Angelegenheiten einer anderen Juristischen Person im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und in eigener rechtstechnischer Trägerschaft“⁸ wahrnehmen als Glieder einer Organisation.

Aus dieser Überlegung ergibt sich für die Definition der öffentlichen Verwaltung folgende Umänderung:

Öffentliche Verwaltung ist die Wahrnehmung der Angelegenheiten von Gemeinwesen und ihrer Mitglieder als solcher durch die dafür bestellten Organe des Gemeinwesens oder eines Gliedes des Gemeinwesens.

Bei der nachfolgenden Prüfung, ob auch die kommunalen Wirtschaftsunternehmen Verwaltungssubjekte sind, müssen die nicht-rechtsfähigen Eigenbetriebe von den rechtsfähigen Eigengesellschaften und gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen, die Funktionseinheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit von denen mit einer solchen getrennt werden. Dabei muß auch die Frage beantwortet werden, ob der Kreis der privatrechtlich organisierten Glieder einer Organisation, der von *Wolff* auf die mit hoheitlicher Gewalt Beliehenen beschränkt wird⁹, erweitert werden muß und auch nicht-beliehene, privatrechtliche Funktionseinheiten als Verwaltungsträger und Glieder des Gemeinwesens umfaßt¹⁰.

1. Die Eigenbetriebe

Eigenbetriebe sind die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Die Wirtschaftsführung und die Leitung des Eigenbetriebes wird in der *nwEigVO* und der jeweiligen Betriebssatzung des Eigenbetriebes geregelt. Geleitet wird der Betrieb durch die Werkleitung; das gilt insbesondere für die laufende Betriebsführung und für alle anderen Geschäfte, soweit nicht durch die *nwGO*, die *nwEigVO* oder die Betriebssatzung eine andere Kompetenzverteilung bestimmt wird.

1. als nicht-rechtsfähige öffentliche Anstalten

Die Eigenbetriebe sind nicht-rechtsfähige Verwaltungs- und Vermögensteile der Gemeinde, die durch die *nwEigVO* eine ausgeprägte verfassungs- und vermögensrechtliche Sonderstellung erhalten haben¹¹. Sie werden deshalb zu Recht auch als ein organisatorisch und wirtschaftlich sehr stark verselbständigtes Sondervermögen der Gemeinde angesehen¹². Damit ist aber über die Organisationsform des Eigen-

⁸ Verwaltungsrecht II, § 74 II a, S. 39.

⁹ Verwaltungsrecht II, § 74 II c, S. 41.

¹⁰ Dazu s. u. S. 63–69.

¹¹ *Surén*: Gemeindefirtschaftrecht, S. 255.

¹² *Pagenkopf*: Einführung, S. 160; *Riemerschmid*: „Der Städtetag“ 1958, 502; *Zeiß DOV* 1957, 465. Die Verselbständigung ist nur wirtschaftlicher, nicht rechtlicher Art, *Weber*: Art. „Verwaltungsorganisation“ in *HdSW*, S. 278.

betriebes selbst noch nichts gesagt, insbesondere nicht darüber, ob der Eigenbetrieb als Verwaltungssubjekt angesehen werden kann.

Verwaltungsträger kann ein als Eigenbetrieb organisiertes wirtschaftliches Gemeindeunternehmen schon deshalb nicht sein, weil ihm dazu die notwendige selbständige und eigene Rechtspersönlichkeit fehlt. Kraft Gesetzes haben nur die kommunalen Wirtschaftsunternehmen die Rechtsform des Eigenbetriebes, die ohne eigene Rechtspersönlichkeit sind, § 74 *nwGO*.

Der Eigenbetrieb könnte aber als Organ der Gemeinde dennoch Verwaltungssubjekt sein.

Der Eigenbetrieb ist eine nicht-rechtsfähige öffentliche Anstalt. So jedenfalls äußert sich die Literatur, soweit sie sich überhaupt mit dieser Frage befaßt¹³. Dieser Meinung ist auch zuzustimmen. Dabei wird von der Ansicht ausgegangen, die in der öffentlichen Anstalt eine bestimmte, erkennbare Organisationsform des öffentlichen Rechts sieht¹⁴. Deshalb können der Rechtscharakter der Leistungsbeziehungen des Eigenbetriebes zu den Leistungsempfängern, die öffentliche Zweckbindung und die Gewinnerzielungsabsicht bei dieser Betrachtung unberücksichtigt bleiben. Der Eigenbetrieb ist in der Wahl der Rechtsform seiner Leistungsbeziehungen frei¹⁵. Die öffentliche Zweckbindung aber beherrscht die Kommunalwirtschaft in jeder Organisationsform¹⁶, und die Gewinnerzielungsabsicht ist als Kriterium der öffentlichen Anstalt nicht verwendbar¹⁷.

Entscheidend ist vielmehr die Feststellung, daß der Eigenbetrieb als Funktionseinheit und als Bestand von sächlichen und persönlichen Mitteln durch organisatorische und trägerschaftliche Rechtssätze, die dem öffentlichen Recht angehören, mit der Gemeinde verbunden ist¹⁸. Es würde nicht genügen, wenn sich das Unternehmen nur durch privatrechtlichen Vertrag gegenüber der Gemeinde zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und Verfolgung öffentlicher Zwecke verpflichten würde.

Die organisatorischen Rechtssätze, die das Verhältnis zwischen der Gemeinde und dem Eigenbetrieb bestimmen, ergeben sich aus der *nwEigVO*. Während der Regiebetrieb ein rechtlich und tatsächlich ungetrennter Teil der Gemeindeverwaltung war und mangels organisatorischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Selbständigkeit nicht als öffentliche Anstalt angesehen werden konnte, ist dem Eigenbetrieb diese Selbständigkeit eingeräumt worden. Die Werkleitung führt den Eigenbetrieb

¹³ *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 98 II b 3, S. 261; *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 441 Anm. 3; *Becker*: Art. „Anstalten des öffentlichen Rechts“ in *HdSW*, S. 208; *Weber*: Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts – Rechtswissenschaftliche Schriften der Wirtschaftshochschule Berlin, Heft 2, 2. Aufl., München-Berlin 1943, S. 15.

¹⁴ *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 98 I a 5, S. 256; *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 437 ff.; *Huber*: Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 2. Aufl., Tübingen 1953, S. 115.

¹⁵ S. u. S. 84 f.

¹⁶ S. o. S. 42.

¹⁷ *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 439.

¹⁸ *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 98 I a 6, S. 256; *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 441; *Huber*: Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 115; *Becker*: Art. „Anstalten des öffentlichen Rechts“ in *HdSW*, S. 208 ff.

weitgehend selbständig, § 75 nwGO und § 2 I nwEigVO, und vertritt die Gemeinde in den Angelegenheiten des Eigenbetriebes, die der Kompetenz der Werkleitung unterliegen, § 3 I nwEigVO. Finanzwirtschaftlich wird der Eigenbetrieb als Sondervermögen der Gemeinde gesondert verwaltet und nachgewiesen, § 8 I nwEigVO. Diese Sonderung hat jedoch nur innerorganisatorische Bedeutung ohne zivilrechtliche Wirkungen¹⁹: Das Sondervermögen bleibt Vermögen der Gemeinde und haftet zusammen mit dem übrigen Gemeindevermögen für die Gläubiger sowohl der Gemeinde als auch des Eigenbetriebes selbst.

Trotz dieser relativen Selbständigkeit des Eigenbetriebes und seiner Leitung bestehen jedoch zwischen diesen und der Gemeinde enge organisatorische Verbindungen. Dazu gehört insbesondere das Recht des Gemeinderates, eine Betriebsatzung für den Eigenbetrieb zu erlassen, § 28 Ig nwGO. Die Betriebsatzung regelt nicht das Verhältnis des Eigenbetriebes zu den Leistungsempfängern²⁰, sondern legt seine Aufgaben und die Kompetenzverteilung zwischen dem Werksausschuß, dem Gemeinderat, dem Gemeindedirektor und der Werkleitung fest²¹. Sie hat somit ausschließlich organisatorische Bedeutung. Schließlich bestimmt § 4 nwEigVO noch besondere Kompetenzen des Gemeinderates, die neben der Entscheidungsbefugnis in den Angelegenheiten bestehen, die der Gemeinderat nach der nwGO nicht übertragen kann. Der Gemeinderat bildet einen Werksausschuß, der die allgemeinen Lieferbedingungen des Eigenbetriebes festsetzt und in Eilfällen an Stelle des Gemeinderates entscheiden kann, § 5 nwEigVO. Am deutlichsten wird die organisatorische Verflechtung zwischen Eigenbetrieb und Gemeinde in der Person des Gemeindedirektors, der nicht nur Dienstvorgesetzter der Dienstkräfte des Eigenbetriebes ist, sondern auch der Werkleitung im Interesse der Einheitlichkeit der Verwaltungsführung Weisungen erteilen kann, § 6 II nwEigVO²². Mit diesen Bestimmungen hat der Gesetzgeber einerseits dem Eigenbetrieb die zur Teilnahme am Wirtschaftsverkehr erforderliche Selbständigkeit und Wendigkeit eingeräumt, andererseits aber auch enge organisatorische Bindungen zwischen dem Eigenbetrieb und der Gemeindeverwaltung festgelegt.

Diese organisatorischen Bestimmungen, insbesondere und gerade auch soweit sie in der Betriebsatzung geregelt werden, gehören dem öffentlichen Recht an²³. Der Eigenbetrieb wird deshalb zu Recht als interne Ausgliederung innerhalb des Muttergemeinwesens der Gemeinde in der Rechtsform einer rechtlich unselbständigen öffentlichen Anstalt bezeichnet²⁴.

Der Eigenbetrieb kann kein Verwaltungsträger sein, weil ihm die zur Rechts-

trägerschaft erforderliche rechtliche Personifizierung fehlt. Als Organ eines Verwaltungsträgers und damit als Verwaltungssubjekt kann der Eigenbetrieb jedoch angesehen werden. Der Eigenbetrieb ist als nicht-rechtsfähiges Sondervermögen zwar nicht Subjekt eigenzuständiger Verpflichtungen oder Berechtigungen, wohl aber nicht-rechtsfähige Funktionseinheit und Organ²⁵ der Gemeinde als der Trägerin der nicht-rechtsfähigen Anstalt²⁶.

2. Die Werkleitung des Eigenbetriebes als Organ der Gemeinde

Auch die Werkleitung kann als Organ angesehen werden, zwar nicht des Eigenbetriebes, wohl aber der Gemeinde. Die Werkleitung hat in dem durch die nwGO, die nwEigVO und die Betriebsatzung gezogenen Rahmen eine eigene Wahrnehmungszuständigkeit und eine eigene Vertretungsbefugnis für die Gemeinde. Sie wird damit in diesem Zuständigkeitskomplex zum verfassungsmäßig berufenen Organ der Gemeinde²⁷. Die Werkleitung ist abhängiges Gemeindeorgan²⁸, weil sie weitgehend den Weisungen und Beschlüssen des Gemeindedirektors und des Gemeinderates unterworfen ist. Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß die Werkleitung neben dem Gemeinderat und Gemeindedirektor ein weiteres Organ der Gemeinde ist²⁹.

Soweit die kommunalen Wirtschaftsunternehmen in der Rechtsform des Eigenbetriebes geführt werden, erfüllt ihre Tätigkeit auch das formelle Element der zugrundegelegten Definition der öffentlichen Verwaltung. Damit ist aber auch der Beweis geführt, daß die kommunale Wirtschaftstätigkeit der Eigenbetriebe öffentliche Verwaltung ist.

II. Die Eigengesellschaften und gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen

Die Eigengesellschaften und gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen sind juristische Personen des Privatrechts und besitzen deshalb eine eigene, selbständige Rechtspersönlichkeit. Die möglichen Formen dieser privatrechtlich organisierten Unternehmen wurden bereits erwähnt. Diese Unternehmen sind von der Gemeinde recht-

¹⁹ Der Eigenbetrieb und seine Organe „sind dezentrierte und dezentralisierte Organe des Anstaltsträgers und nur transitorische Zuordnungseinheiten ohne eigenständige Verpflichtungen und Berechtigungen“, Wolff: Verwaltungsrecht II, § 98 II a 3, S. 259.

²⁰ Wolff: Verwaltungsrecht II, § 98 II a 3, S. 259. Der Eigenbetrieb bedarf als Organ keiner Rechtsfähigkeit, da er Pflichten und Rechte der Gemeinde wahrnimmt; Wolff: Verwaltungsrecht II, § 74 I f 7, S. 37.

²¹ Die Werkleitung ist nicht etwa nur Vertreterin der Gemeinde, sie ist vielmehr in die gemeindliche Organisation einbezogen, Wolff: Verwaltungsrecht II, § 76 I d 2, S. 64; Muntzke-Schlempp: Kommentar, S. 747; mißverständlich Berkenhoff „Die Gemeinde“ 1954, 154; Schubknecht DÖV 1961, 135 f.

²² Die Bezeichnung „mittelbares Organ“ ist irreführend; so aber nwVfGH DÖV 1955, 248 ff.; Berkenhoff „Die Gemeinde“ 1954, 154; Ludwig: Werkleitung, S. 159 f.; dagegen Muntzke-Schlempp: Kommentar, S. 747.

²³ Ludwig: Werkleitung, S. 158 f.; Muntzke-Schlempp: Kommentar, S. 767; Zeiß: Eigenbetriebsrecht, S. 100; Riemerschmid „Der Städtetag“ 1958, 504; a. A. Surén: Gemeindevirtschaftsrecht, S. 261 f., wonach die Werkleitung nur Dienststelle der Gemeindeverwaltung ist.

¹⁹ Pagenkopf: Einführung, S. 160; Surén: Gemeindevirtschaftsrecht, S. 255; Zeiß: Eigenbetriebsrecht, S. 168.

²⁰ BayVGH bayVwBl. 1959, 30.

²¹ Dazu die Musterbetriebsatzung für kommunale Eigenbetriebe der größeren Städte in NW des Städtetages NW und die Musterbetriebsatzung für kommunale Eigenbetriebe in NW des nw Städtetages (abgedruckt bei Zeiß: Eigenbetriebsrecht, S. 382 bis 393).

²² Zeiß: Eigenbetriebsrecht, S. 151 f.

²³ Pagenkopf: Einführung, S. 160.

²⁴ Forstboff: Lehrbuch, S. 441 Anm. 3; Becker: Art. „Anstalten des öffentlichen Rechts“ in HdSW, S. 208; Weber: Körperschaften, Anstalten und Stiftungen, S. 15.

lich unabhängig; eine Verbindung zwischen der Gemeinde und den Unternehmen besteht darin, daß die Gemeinde Inhaberin aller oder eines Teiles der Anteile des Unternehmens ist. Bei diesen Eigengesellschaften und gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen ist der Nachweis, daß auch sie Verwaltungsobjekte sind und ihre Tätigkeit deshalb materiell öffentliche Verwaltung darstellt, ungleich schwerer zu führen.

1. als Organe der Gemeinde?

Die privatrechtlich organisierten Unternehmen können schon deshalb nicht Organe der Gemeinde sein, weil sie eine eigene selbständige Rechtspersönlichkeit haben³⁰. Sie sind juristisch personifiziert und deshalb nicht nur Subjekte transitorischer Wahrnehmungszuständigkeiten. Die rechtsgeschäftlichen Erklärungen und Handlungen der Eigengesellschaften und der gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen werden deshalb auch rechtlich diesen selbst und nicht der Gemeinde zugerechnet³¹. Sie können nicht als Organe der Gemeinde angesehen werden.

2. als Verwaltungsträger?

Die privatrechtlich organisierten Unternehmen der Kommunalwirtschaft könnten aber Verwaltungsträger sein, weil sie als juristisch personifizierte Rechtssubjekte öffentliche Angelegenheiten wahrnehmen. Es ist deshalb zu fragen, ob diese Unternehmen unter die Begriffe der rechtsfähigen Verwaltungseinheiten³² oder der Glieder der Verwaltungsorganisation³³ zu subsumieren sind. Diese Begriffe umfassen in der Verwaltungsrechtswissenschaft sowohl die Anstalten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts als auch die sog. Beliehenen³⁴.

Als Anstalten des öffentlichen Rechts können die Eigengesellschaften und die gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen nicht erfaßt werden, weil sie eine privatrechtliche Organisations- und Rechtsform haben. Es wird zwar immer wieder die Meinung vertreten, daß der Anstaltsbegriff unabhängig von der Organisationsform der zu beurteilenden Funktionseinheit bestimmt werden könnte, daß also auch die in Privatrechtsform auftretenden Unternehmen der öffentlichen Hand öffentliche Anstalten sein könnten³⁵. Dabei wird häufig nicht genau genug zwischen der Organisationsform und der Rechtsform der Leistungsbeziehungen der öffentlichen Anstalt unterschieden. So spricht *Becker*³⁶ mißverständlich davon, daß öffentliche Anstalten „entweder öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich betrieben“ werden können. Auch *Hurst*³⁷ schreibt von den „in Privatrechtsform betriebenen öffent-

³⁰ Sie können nur Glieder der Verwaltungsorganisation oder rechtsfähige Verwaltungseinheiten sein; zum Unterschied Organ – Glied vgl. *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 74 II, S. 39–41.

³¹ *NwVGH* DÖV 1955, 248–250.

³² *Köttgen*: Verwaltungseinheit, S. 1.

³³ *Wolff*, Verwaltungsrecht II, § 74 II a 1, S. 40 f.

³⁴ *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 104 I d, S. 305.

³⁵ *Hurst* in *KomHdb.* II, S. 844 f.; *Huber*: Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 121, 161.

³⁶ Art. „Anstalten des öffentlichen Rechts“ in *HdSW*, S. 208.

³⁷ In *KomHdb.* II, S. 844.

lichen Einrichtungen der Gemeinde“, die „zumeist zugleich öffentliche Anstalten“ sind, und von den „in Privatrechtsform auftretenden Unternehmen der öffentlichen Hand“, die aus dem Anstaltsbegriff nicht ausgeklammert werden dürfen.

Es besteht Einigkeit darüber, daß die Anstalten des öffentlichen Rechts ihre Leistungsbeziehungen privatrechtlich gestalten können³⁸. Privatrechtliche Organisationsform und Anstalt des öffentlichen Rechts schließen sich jedoch strengstens aus³⁹. Der Begriff der öffentlichen Anstalt ist ein organisationsrechtlicher Begriff des Verwaltungsrechts, der eine öffentlich-rechtliche Organisation der aus sachlichen und persönlichen Mitteln bestehenden Funktionseinheit voraussetzt. (Die privatrechtlich organisierten Unternehmen der Kommunalwirtschaft können deshalb nicht als öffentliche Anstalt der Verwaltungsorganisation eingegliedert werden^{40, 41}.)

3. als Beliehene?

Privatrechtssubjekte, sowohl natürliche als auch juristische Personen des Privatrechts, sind aber dann Verwaltungsträger, wenn sie als Beliehene, beliehene Unternehmen oder Verbände, auftreten. Die Beliehenen sind unstreitig als Glieder der Verwaltungsorganisation auch Verwaltungsträger⁴². Bestritten ist dagegen, welche rechtlichen Merkmale ein Privatrechtssubjekt zum Beliehenen machen und welche es rechtfertigen, den Beliehenen trotz seiner verbleibenden Qualität als Privatrechtssubjekt zum Glied der Verwaltungsorganisation zu erklären. Die umstrittene Theorie der Beleihung läßt sich in zwei großen Meinungsgruppen erfassen⁴³.

a) Aufgabentheorie

Ein Teil der Lehre sieht das Wesentliche des Rechtsinstituts der Beleihung in der Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen und staatlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte⁴⁴. Deshalb ist nach *Stern*⁴⁵ die Beleihung vorerst eine Funktionsverschiebung in der Weise, daß Aufgaben aus der unmittelbaren Staatsverwaltung herausgenommen und Privatrechtssubjekten übertragen werden. Diese Beliehenen werden damit zu Teilern der mittelbaren Staatsverwaltung. Auch *Bachof*⁴⁶ macht die Erfüllung öffentlicher Funktionen zum Kriterium des beliehenen Verbandes⁴⁷.

³⁸ S. u. S. 84; a. A. *Köttgen* in *VVDStRL* 6, S. 125.

³⁹ *Weber*: Körperschaften, Anstalten und Stiftungen, S. 69; *Wolff* AöR 76 (1950/51), 216 Anm. 16; *ders.*: Verwaltungsrecht II, § 98 I c 1, S. 258; *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 441; *Vogel*: Wirtschaftseinheiten, S. 101 f.; *Köttgen* in *VVDStRL* 6, S. 110 f.

⁴⁰ Die noch häufig verwandte Definition von *O. Mayer*: Verwaltungsrecht II, S. 268 f.: „Die öffentliche Anstalt ist ein Bestand von Mitteln, sachlichen und persönlichen, welchen in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt ist“, erfährt damit eine wesentliche Einschränkung.

⁴¹ *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 609.

⁴² *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 4 I a 2, S. 21; *ders.*: Verwaltungsrecht II, § 104 I b, S. 304.

⁴³ *Vogel*: Wirtschaftseinheiten, S. 48–59 führt noch die Meinung von *O. Mayer* als besondere, mit dem geltenden Recht aber nicht zu vereinbarende Gruppe an.

⁴⁴ *Fleiner*: Institutionen, S. 345; *Richter* in *VVDStRL* 6, S. 89 ff.; *Obermayer*: Verwaltungsakt, S. 61, 146; *Menger* AöR 78 (1952/53), 160; *Deppenbrock*: Versorgungswirtschaft, S. 57 f.; *Fischerhof* DÖV 1957, 311; *Hurst* in *KomHdb.* II, S. 851 f.

⁴⁵ AöR 84 (1959), 156.

⁴⁶ AöR 83 (1958), 242.

⁴⁷ *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 4 a 2, S. 21 spricht von den mit Aufgaben öffentlicher Verwaltung beliehenen Personen; anders *ders.*: AöR 76 (1950/51), 209, 216.

Sieht man mit diesen Ansichten das Wesen der Beleihung in der Funktionsverschiebung, in der Wahrnehmung staatlicher, öffentlicher Aufgaben, so ergibt sich: Die öffentliche Verwaltung ist Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten durch Verwaltungsträger. Verwaltungsträger aber sind die Gemeinwesen und die Teile mittelbarer staatlicher Verwaltung, die rechtsfähigen Verwaltungseinheiten und die sog. Beliehenen. Wenn nun aber jedes Privatrechtssubjekt Beliehener ist, das öffentliche Aufgaben wahrnimmt, so entscheidet eben doch nur das materielle Element über die Qualität einer Tätigkeit als öffentliche Verwaltung. Damit aber hat der Begriff sein formelles Element und jede systematische Schärfe verloren, weil es außerhalb eines hoheitlichen Bereichs keine spezifisch und ausschließlich staatlichen Aufgaben gibt⁴⁸. Die Aufgaben- oder Funktionstheorie kann aus diesem Grunde für den Begriff des Beliehenen nicht maßgebend sein.

b) Rechtsstellungstheorie

Richtiger und prägnanter erscheint es deshalb, nur die Privatrechtssubjekte als Beliehene anzusprechen, denen zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben Hoheitsrechte und öffentliche Gewalt eingeräumt worden sind⁴⁹.

Trotz dieser Übertragung von hoheitlichen Rechten bleiben die Beliehenen ihrem Grunde nach weiterhin Privatrechtssubjekte. Die Hoheitsübertragung und die Eingliederung in die mittelbare Staatsverwaltung hat deshalb auch nur in den Fällen Geltung, in denen die Tätigkeit des Beliehenen zur Wahrnehmung der mit hoheitlicher Gewalt übertragenen öffentlichen Aufgaben erfolgt. Wird der Beliehene in seiner Qualität als Privatrechtssubjekt zu eigenen, nicht-öffentlichen Zwecken tätig, so steht ihm deshalb die übertragene hoheitliche Gewalt auch nicht zur Verfügung.

Nicht die Übertragung der Hoheitsrechte allein ist aber entscheidend, sondern die Einräumung dieser Rechte zur Wahrnehmung ganz bestimmter, sachlich begrenzter Verwaltungsaufgaben⁵⁰. Mit der Ansicht von *Huber*⁵¹ ist der Beliehene deshalb ein Privatrechtssubjekt, dem durch Gesetz oder gesetzlich fundierten Verleihungsakt *Verwaltungsaufgaben und -befugnisse* delegiert sind. Typische, immer wieder angeführte Beispiele des Beliehenen sind die Technischen Überwachungsvereine, die Seeschiffskapitäne und die Jagdaufseher⁵².

⁴⁸ *Vogel*: Wirtschaftseinheiten, S. 60–81, besonders S. 66, 81; *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 2 II, S. 10 f.

⁴⁹ *Weber*: Körperschaften, Anstalten und Stiftungen, S. 72; *Hatschek-Kurtzig*: Lehrbuch, S. 386; *Bettermann* in „Die Grundrechte“ III 2, S. 793; *Maunz VwArch.* 50 (1959), 329; *Heymann*: Wesen der öffentlichen Anstalt, S. 45 ff.; *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 104 I b, S. 304 f. spricht davon, daß den Beliehenen die Zuständigkeit eingeräumt ist, hoheitliche Kompetenzen im eigenen Namen wahrzunehmen.

⁵⁰ *Siebert*: Rechtsstellung und Haftung der Technischen Überwachungsvereine im Kraftfahrzeugprüfungswesen, Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht Bd. 4, Heidelberg 1957, S. 26 f.

⁵¹ DVBl. 1952, 456; ähnlich von *Turegg-Kraus*: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Berlin 1962, S. 95; bayVfGH bayVGHE 13, II, S. 57; *Wolff*, Verwaltungsrecht II, § 104 I b, S. 304 f.; *ders.* AöR 76 (1950/51), 209; *Obermayer*: Verwaltungsakt, S. 61.

⁵² *Vogel*: Wirtschaftseinheiten, S. 82 f.; *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 104 a, S. 304; *Huber* DVBl. 1952, 457 ff.

Die kommunalen Wirtschaftsunternehmen könnten nur dann als Beliehene und deshalb als Verwaltungsträger gelten, wenn auch ihnen auf Grund von Gesetz hoheitliche Befugnisse⁵³ übertragen worden wären oder zumindest das Gesetz eine derartige Übertragung durch Verwaltungsakt vorsehen würde. Wie *Vogel*⁵⁴ und *Maunz*⁵⁵ nachgewiesen haben, besteht jedoch eine solche Übertragung von Hoheitsrechten oder auch nur die gesetzliche Möglichkeit dazu bei den privatrechtlich organisierten Unternehmen nicht.

Das gilt auch für die unter Konzessionsverträgen errichteten Versorgungs- und Verkehrsunternehmen in privatrechtlicher Organisationsform⁵⁶.

Nach dem bisherigen Ergebnis würde die Tätigkeit eines Teiles der kommunalen Wirtschaftsunternehmen – die der privatrechtlich organisierten Unternehmen – nicht als öffentliche Verwaltung angesehen werden können. Es fehlt an dem formellen Element. Diese Unternehmen können nicht Verwaltungsträger sein, da sie weder als öffentliche Anstalten noch als Beliehene in die Verwaltungsorganisation eingegliedert sind. Dieses Ergebnis befriedigt wegen seiner Überbetonung des formellen Elementes nicht, da die öffentliche Verwaltung kein lediglich formeller Begriff ist⁵⁷. Dieselbe Tätigkeit, die Verfolgung öffentlicher Zwecke, wäre in der Hand eines Eigenbetriebes öffentliche Verwaltung, in der Hand einer Eigengesellschaft oder eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens aber nicht.

Das kommunale Wirtschaftsunternehmen ist jedoch auch in seiner privatrechtlichen Organisationsform an einen öffentlichen Zweck gebunden; und zwar auch dann, wenn nur eine Beteiligung der Gemeinde an dem Unternehmen besteht. Es muß öffentliche Angelegenheiten wahrnehmen. Diese Institutionalisierung der öffentlichen Zweckbindung hebt die kommunalen Eigengesellschaften und die gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen aus dem Kreis der Privatunternehmen heraus und rechtfertigt die Überlegung, ob nicht auch diese privatrechtlich organisierten, kommunalen Wirtschaftsunternehmen als Träger öffentlicher Verwaltung angesehen werden können⁵⁸.

4. als privatrechtlich organisierte Verwaltungsträger?

Soweit sich die Verwaltungsrechtswissenschaft damit befaßt, ob auch Privatrechtssubjekte, die nicht Beliehene sind, Verwaltungsträger sein können, wird dies überwiegend angenommen⁵⁹. Die dogmatische Begründung dafür ist aber durchaus nicht

⁵³ Die Übertragung und Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ergibt sich schon aus der Bindung an einen öffentlichen Zweck in § 69 I nWGO.

⁵⁴ Wirtschaftseinheiten, S. 83 ff., hier Seite 85.

⁵⁵ VwArch. 50 (1959), 329 ff.

⁵⁶ Die privatrechtliche Natur der Verträge und die fehlende Übertragung von Hoheitsrechten in den Konzessionsverträgen ist nicht unbestritten, wird aber in der Literatur und Rechtsprechung überwiegend vertreten; dazu *Fischerhof* DÖV 1957, 307 f.

⁵⁷ *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 2 II, S. 8; *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 457.

⁵⁸ Diese Frage zeigt auch über den Rahmen des Kommunalrechts hinaus. Es geht darum, ob die verwaltungsrechtliche Dogmatik diese Funktionseinheiten einzuordnen vermag.

⁵⁹ *Gerth* DöD 1955, 3 f.; *Bachof* AöR 83 (1958), 232; *ders.* DÖV 1953, 423; *Köttgen*: Verwaltungseinheit, S. 16; *Huber*: Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 54; *Forsthoff*: Lehr-

übereinstimmend. Es mag schwierig sein, diese privatrechtlich organisierten Unternehmen der Kommunalwirtschaft von den übrigen Privatunternehmen mit gleichartiger Tätigkeit abzugrenzen und sie zwischen den anderen Verwaltungsträgern einzuordnen.

*Siebert*⁶⁰ hält aber eine solche Einordnung nur dann für sinnvoll, „wenn die Träger öffentlicher Verwaltung rechtlich in der Lage sind, an Stelle der privatrechtlichen Mittel auch hoheitliche Mittel, einschließlich der sog. schlichthoheitlichen Tätigkeit einzusetzen“. Damit wird aber der Kreis der Verwaltungsträger im Bereich der Privatrechtssubjekte notwendig auf die Beliehenen beschränkt. Ist ein Privatrechtssubjekt ausschließlich mit privatrechtlichen Befugnissen ausgestattet, so ist für *Siebert* seine „rechtliche Einbeziehung in die öffentliche Verwaltung und damit in einen öffentlich-rechtlichen Rahmen wertlos und daher unzulässig“⁶¹. Bei dieser Argumentation muß die Gleichsetzung und gegenseitige Beziehung von öffentlicher Verwaltung und öffentlich-rechtlichem Rahmen überraschen, zumal *Siebert* darauf hinweist, daß nach der mit Recht allgemein herrschenden Ansicht „privatrechtliche Rechtsinstitute und Rechtsverhältnisse auch im Dienste öffentlicher Verwaltung eingesetzt werden können“⁶². An anderer Stelle sagt *Siebert* auch, daß „auch die privatrechtlich organisierten Verkehrs- und Versorgungsunternehmen funktionell der daseinsvorsorgenden Verwaltung angeschlossen sind, so daß der öffentliche Verkehrs- und Versorgungszweck auch durch die privatrechtliche Organisationsform des Trägers hindurch das Leistungsverhältnis erfassen kann“⁶³.

*Forsthoff*⁶⁴ untersucht im Rahmen der mittelbaren Staatsverwaltung, inwieweit nicht-beliehene Privatrechtssubjekte Träger öffentlicher Verwaltung sein können. Er schaltet zunächst den möglichen Einwand aus, Verwaltung könne nur dort stattfinden, „wo der Staat in hoheitlichen Formen . . . tätig werde“⁶⁵. Öffentliche Verwaltung ist nicht länger an eine öffentlich-rechtliche Handlungsform gebunden. Unter dem Rechtsbegriff der öffentlichen Unternehmung will *Forsthoff* die öffentliche Verwaltung erfassen, die „am Wirtschaftsleben als Erzeuger und Verteiler von Bedarfsgütern aktiv teilnimmt“⁶⁶. Dabei wirkt sich der von ihm geprägte Begriff der Daseinsvorsorge aus. *Forsthoffs* „öffentliche Unternehmung ist eine Organisationsform der öffentlichen Verwaltung, ihre Tätigkeit ist Verwaltung im funktionellen Sinne“⁶⁷. „Die Unternehmung heißt dann eine öffentliche, wenn sie von der Verwaltung getragen wird.“⁶⁸ Wenn *Forsthoff* dann aber in die öffent-

liche Unternehmung auch den Eigenbetrieb einbezieht, so wird deutlich, daß dieser Begriff ihm weniger zur dogmatischen Einordnung der Privatrechtssubjekte in den Kreis der Verwaltungsträger als vielmehr zu einer einheitlichen Bestimmung der daseinsvorsorgenden Leistungseinheiten und Leistungsträger dient. Für den Bereich der Daseinsvorsorge gilt es deshalb auch, daß hier die Tätigkeiten „in jedem Falle im Funktionsbereich des Muttergemeinwesens als dessen Verwaltungsgeschäfte“⁶⁹ bleiben, auch dann, wenn sie von einem öffentlichen Unternehmen als selbständigem Privatrechtssubjekt ausgeübt werden. Die Verbindung zu der übrigen Verwaltungstätigkeit der Gemeinde wird durch die Staatsaufsicht hergestellt, deren Adressat aber immer nur die Gemeinde als Muttergemeinwesen und eigentlicher Verwaltungsträger sein kann⁷⁰.

Es erscheint aber zweifelhaft, ob die Begründungen ausreichen, um Privatrechtssubjekte dogmatisch konsequent in den Kreis der Verwaltungsträger einordnen zu können. Die Bedenken ergeben sich einmal aus dem zugrundeliegenden Begriff der Daseinsvorsorge, der zu unbestimmt ist, um die öffentlichen Unternehmungen aus ihrer Tätigkeit heraus genügend scharf abgrenzen zu können⁷¹. Die Staatsaufsicht allein kann zudem für die gewünschte Einordnung nicht genügen: Es gibt auf zahlreichen Gebieten eines mit dem Begriff der Daseinsvorsorge zu bezeichnenden Tätigkeitsbereichs auch über rein privatwirtschaftliche Unternehmen eine Staatsaufsicht; z. B. auf dem Gebiet der Energiewirtschaft⁷². Zu Recht lehnt deshalb auch *Köttgen* den Begriff des Muttergemeinwesens als für das Gesellschaftsrecht wesensfremd ab⁷³. Die Ausführungen von *Forsthoff* können deshalb die Eingliederung der Privatrechtssubjekte in die Verwaltungsträger allein nicht rechtfertigen.

Köttgen stellt in seiner verfassungsrechtlichen Untersuchung über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden die Frage, „ob die privatrechtlich organisierten Wirtschaftsunternehmen etwa über das Institut der Kommunalaufsicht in den Gesamtzusammenhang mittelbarer Staatsverwaltung eingegliedert werden“⁷⁴. Das aber ist die Frage nach der Qualität dieser Privatrechtssubjekte als Verwaltungsträger. *Köttgen* führt dann aus, daß die Mitgliedschaftsrechte der Gemeinde an der privatrechtlichen Gesellschaft allein einen die öffentliche Zweckbindung wirksam garantierenden „organischen Zusammenhang“⁷⁵ zwischen der Gemeinde und der Gesellschaft nicht herstellen können. Die Gemeinde stehe der Gesellschaft nicht

buch, S. 359, S. 457; *Köttgen*: Daseinsvorsorge, S. 8 Anm. 17 a; *Siebert*: Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung, S. 230; *Schaumann* JuS 1961, 115; *Bremme* DOV 1952, 684 f. Dies kann auch dem Urteil des BVerfG BVfGE 10, 324 und dem Fernseh-Urteil des BVerfG NJW 1961, 549 entnommen werden.

⁶⁰ Technische Überwachungsvereine, S. 39.

⁶¹ Technische Überwachungsvereine, S. 39.

⁶² Technische Überwachungsvereine, S. 27.

⁶³ Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, S. 230.

⁶⁴ Lehrbuch, S. 448 bis 460.

⁶⁵ Lehrbuch, S. 449.

⁶⁶ Lehrbuch, S. 452.

⁶⁷ Lehrbuch, S. 452.

⁶⁸ Lehrbuch, S. 454. Dabei sieht *Forsthoff* drei mögliche Formen: der Regiebetrieb ohne

eigene Rechtspersönlichkeit, die rechtsfähige öffentliche Anstalt, hinter der ein Verwaltungsträger als Muttergemeinwesen steht, und die rechtsfähige Gesellschaft des Privatrechts.

⁶⁹ Lehrbuch, S. 457.

⁷⁰ Lehrbuch, S. 458.

⁷¹ So sollen bloße Industrie-Unternehmungen wie die Preußag und Viag nicht dazu gehören, *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 457 Anm. 2. Was aber unterscheidet eine Industrieunternehmung von einer öffentlichen Unternehmung? *Forsthoff* bleibt die Antwort schuldig.

⁷² § 1 EnergG bestimmt die Energieaufsichtsbehörden, die ohne Rücksicht auf den Träger des Energieunternehmens ihre Aufsicht ausüben.

⁷³ Wirtschaftliche Betätigung, S. 611; ebenso *Bachof* AÖR 83 (1958), 234.

⁷⁴ Wirtschaftliche Betätigung, S. 610. Ein Hinweis auf privatrechtlich organisierte Verwaltungsträger findet sich bereits bei *Köttgen*: Verwaltungseinheit, S. 16.

⁷⁵ Wirtschaftliche Betätigung, S. 611.

andere gegenüber als jeder andere Anteilhaber. Es gäbe von § 72 nwGO abgesehen, dessen Rechtsgültigkeit verschiedentlich bezweifelt wird⁷⁶, keine Vorschriften, die der Gemeinde eine andere Gesellschafterstellung einräumen könnten als jedem anderen Gesellschafter auch. Wenn *Köttgen* dann aber ohne Differenzierung der Organisationsformen zu der wirtschaftlichen Betätigung ausführt, „daß über ihre substantielle Zugehörigkeit zur Gemeindeverwaltung kein Zweifel bleibt“⁷⁷, so kann dies nur als Widerspruch zu der angeführten Ausklammerung der privatrechtlichen Unternehmen aus dem Kreis der Verwaltungsträger gesehen werden.

Auch in den eingehenderen Untersuchungen von *Ballerstedt*⁷⁸ und *Ipsen*⁷⁹ werden die wahrzunehmenden Aufgaben und die aus ihnen begründete Zweckbindung des Privatrechtssubjekts einerseits und die von der Gemeinde auszuübende, erhöhte Aufsicht und die besonderen Einflußrechte andererseits als Kriterien dafür gewählt, daß sich auch die privatrechtlich organisierten Wirtschaftsunternehmen als Verwaltungsträger darstellen.

Ausgehend von der Ausrichtung der Unternehmenstätigkeit, der wirtschaftlichen Gebarung und Leistung, auf einen bestimmten öffentlichen Zweck sieht *Ballerstedt* in der Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinde durch privatrechtlich organisierte Unternehmen eine Widmung und Indienststellung dieser Unternehmen. Die Vorschriften über die Weisungsgebundenheit der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, die von der Gemeinde für diese Unternehmen bestellt werden, bilden zwar „einen tiefen Einbruch in die Organisationsprinzipien des Aktienrechts“⁸⁰, doch ist er gerade durch die öffentliche Widmung und Indienstnahme dieser Unternehmen gerechtfertigt. Diese Vorschriften der Gemeindeordnungen bilden organisationsrechtliche, öffentlich-rechtliche Bindungen zwischen der Gemeinde und dem Unternehmen, so daß „die Einheit der Gemeindeverwaltung durch die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform nicht gefährdet“⁸¹ sein muß. Damit aber zählt *Ballerstedt* auch diese Unternehmen zu den Verwaltungsträgern. Für *Ipsen*⁸² ist die Weisungsgebundenheit der von der Gemeinde bestellten Mitglieder der Gesellschaften mit Gemeindebeteiligung, wie sie § 72 I 2 nwGO vorseht, ebenfalls eine Durchbrechung des allgemeinen Aktienrechts. Deshalb kann auch „jener Satz von der uneingeschränkten Anwendbarkeit des allgemeinen Gesellschaftsrechts insoweit keine Geltung beanspruchen“⁸³. Für die Eigengesellschaften und gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen gilt, daß „eine handelsrechtliche Gesellschaft des Zivilrechts durch das Faktum der öffentlichen Beteiligung trotz ihrer weitgehend unverändert zivilrechtlichen Funktionalisierung im Kern ihrer Aufgabenstellung gewandelt“ wird, und daß die Beteiligung „aus-

⁷⁶ Nähere Angaben hierzu finden sich bei *Vogel*: Wirtschaftseinheiten, S. 170–179; *Ballerstedt* DÖV 1951, 452; Blank „Der Städtetag“ 1958, 106, s. u. S. 68 Anm. 99.

⁷⁷ Wirtschaftliche Betätigung, S. 594.

⁷⁸ DÖV 1951, 449–453.

⁷⁹ JZ 1955, 593–601; ders.: Diskussionsbeitrag in VVDStRL 19, S. 258.

⁸⁰ *Ballerstedt* DÖV 1951, 452.

⁸¹ *Ballerstedt* DÖV 1951, 452.

⁸² JZ 1955, 597.

⁸³ *Ipsen* JZ 1955, 597.

schließlich aus dem öffentlichen Interesse an der Erledigung von Verwaltungsaufgaben“ legitimiert ist^{84, 85}.

*Vogel*⁸⁶ hat schließlich die verschiedenen Erscheinungsformen der in den Dienst der Verwaltung gestellten privaten Unternehmungen untersucht und unter dem Begriff der öffentlichen Wirtschaftseinheiten in privater Hand zusammengefaßt. Der von ihm untersuchte Unternehmenskreis geht jedoch über den Bereich der Kommunalwirtschaftsunternehmen weit hinaus, umfaßt er doch auch die Indienststellung⁸⁷ durch Gesetz, Konzessionsvertrag, Gesellschaftsvertrag und durch sonstigen „Vertrag“. Für die Kommunalwirtschaft haben die Ausführungen Bedeutung, die *Vogel* zu den durch Gesellschaftsvertrag in einen öffentlichen Dienst gestellten Unternehmen macht, an denen die Gemeinde als Gesellschafter beteiligt ist⁸⁸. Das Wesen der Indienststellung der kommunalen Beteiligungsunternehmen liegt in der Widmung des Unternehmens für einen bestimmten öffentlichen Zweck⁸⁹. Diese Widmung wird bei den kommunalwirtschaftlichen Unternehmen durch die gesteigerten Einflußrechte der Gemeinde gem. §§ 70, 71 DGO (= §§ 72, 73 nwGO) gesichert⁹⁰. Die Meinung von *Vogel*, daß in der Widmung der Wirtschaftseinheit jeder Zweck enthalten sein kann, „der einem Unternehmen durch Widmung gesetzt wird, jeder Zweck, der über den allgemeinen hinausgeht, eine möglichst hohe Kapitalrente zu erbringen“⁹¹, kann aber für die Kommunalwirtschaft nicht zutreffen. Die institutionalisierte Zweckbindung des § 69 I nwGO zwingt die Gemeinde, das Unternehmen einer unmittelbaren Verfolgung eines öffentlichen Zwecks zu widmen.

Dennoch zeigt *Vogel* in den Rechtsinstituten der Widmung und der gesteigerten Einflußrechte der Gemeinde zugleich den Weg, um die kommunalen Wirtschaftsunternehmen den Verwaltungsträgern einreihen zu können. Diese Rechtsinstitute gleichen der Widmung und der öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft bei den öffentlichen Sachen⁹². Im Sinne des durch die öffentliche Zweckbestimmung modifizierten

⁸⁴ *Ipsen* JZ 1955, 598.

⁸⁵ *Ipsen* JZ 1955, 598 will diese Grundsätze unter Hinweis auf *Schürmann* in ZfSchweizR 72 (1953), 181 a–187 a aber auch auf die Beteiligungsunternehmen des Bundes ausdehnen; ebenso in seinem Diskussionsbeitrag in VVDStRL 19, S. 258. Dafür fehlt allerdings der Nachweis, daß nicht nur die Beteiligung des Bundes im öffentlichen Interesse erfolgen muß, sondern auch die Leistungen dieser Unternehmen von einer institutionalisierten Zweckbindung erfaßt werden; *Vogel*: Wirtschaftseinheiten, S. 179.

⁸⁶ Wirtschaftseinheiten, S. 230–234.

⁸⁷ Die von *Ipsen* dargestellte „Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungszwecke“, in Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart-Köln 1950, S. 141–161 soll einen Vorgang kennzeichnen, „in dem der Staat in Ermangelung oder zur Schonung verwaltungseigener Mittel die persönlichen oder sachlichen Kräfte Privater kraft Gesetzes in Anspruch nimmt, um durch sie öffentliche Aufgaben erledigen zu lassen“ (S. 141). Die kommunalen Wirtschaftsunternehmen sind jedoch nicht wie bei *Ipsens* gesetzlicher Indienstnahme verwaltungsfremd, sondern verwaltungseigen.

⁸⁸ Wirtschaftseinheiten, S. 152–186.

⁸⁹ *Vogel*: Wirtschaftseinheiten, S. 211 f.

⁹⁰ *Vogel*: Wirtschaftseinheiten, S. 170–179.

⁹¹ Wirtschaftseinheiten, S. 213.

⁹² *Vogel*: Wirtschaftseinheiten, S. 227–234; *Ballerstedt* DÖV 1951, 450; *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 55 IV, S. 310 und § 56, S. 310–313.

Privateigentums für die öffentlichen Sachen⁹³ ist auch ein kommunales Wirtschaftsunternehmen etwas ganz anderes als ein Unternehmen, dessen Vermögen allein in privater Hand liegt⁹⁴.

Private Beteiligungen an dem kommunalwirtschaftlichen Unternehmen erfahren durch die öffentliche Zweckbindung eine Modifizierung der Art, daß der Unternehmenszweck nicht mehr der freien Unternehmerinitiative überlassen bleibt. „Das Gemeindefirtschaftsunternehmen ist der Fiskalsphäre entrückt und in den Leistungszusammenhang der gemeinwohlverpflichteten öffentlichen Verwaltung überführt . . . Die Bindung des Wirtschaftsunternehmens an einen öffentlichen Zweck stellt eine Durchdringung des Unternehmenscharakters mit der Gemeinwohlfunktion dar.“⁹⁵

Die privatrechtliche Organisation der kommunalen Wirtschaftsunternehmen und die fehlende Übertragung von Hoheitsrechten können aus diesen Gründen kein Hindernis sein, in diesen Unternehmen ebenfalls Verwaltungsträger zu sehen⁹⁶. Sie stehen „in einer spezifischen Nähe zur übrigen Gemeindeverwaltung“⁹⁷. Diese Erweiterung des Kreises der Verwaltungsträger entspricht der Entwicklung der Verwaltungsrechtslehre: Waren die privatrechtlich organisierten Verwaltungsträger bisher auf die Beliehenen beschränkt, denen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben hoheitliche Rechte übertragen worden sind, so muß dieser Kreis der Verwaltungsträger erweitert werden, weil die öffentliche Verwaltung nicht mehr länger auf die hoheitliche, öffentlich-rechtliche Rechtsform beschränkt ist.

Die privatrechtlichen Verwaltungsträger⁹⁸ ohne übertragene Hoheitsrechte unterscheiden sich von gleichorganisierten Privatunternehmen durch die Widmung zugunsten einer bestimmten öffentlichen Zweckbindung und Zweckverfolgung und durch die erhöhten Mitgliedschaftsrechte der Gemeinde⁹⁹. Die Gemeinde ist das Gemeinwesen, das den privatrechtlichen Verwaltungsträger zur Erfüllung seiner

⁹³ BGHZ 21, 327.

⁹⁴ *Bremme* DÖV 1952, 684 f.; *Ballerstedt* DÖV 1951, 450.

⁹⁵ *Stern bayVwBl.* 1962, 130.

⁹⁶ *Bachof* AöR 83 (1958), 233 f.

⁹⁷ *Stern bayVwBl.* 1962, 132.

⁹⁸ *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 458 f. will die gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen aus dem Bereich der öffentlichen Verwaltung und der öffentlichen Unternehmung ausklammern, weil bei diesen eine Staatsaufsicht fehlt. Das kann zumindest für die kommunalen Unternehmen nicht gelten, da auch sie der Zweckbindung und erhöhten Einflußrechten der Gemeinde unterliegen.

⁹⁹ Zu dem Weisungsrecht der Gemeinde gegenüber ihren Vertretern in den Beteiligungsunternehmen hat der BGH in seinem Urteil vom 29. 1. 1962 – II ZR 1/61 – folgenden Rechtssatz aufgestellt: „Entsandte Aufsichtsratsmitglieder haben dieselben Pflichten wie die gewählten Aufsichtsratsmitglieder. Als Angehörige eines Gesellschaftsorgans haben sie den Belangen der Gesellschaft den Vorzug vor denen des Entsandungsberechtigten zu geben und die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen, ohne an Weisungen des Entsandungsberechtigten gebunden zu sein.“

Die Zeitschrift „Der Städtetag“ 1962, 305 hat dazu folgende zutreffende Bemerkung veröffentlicht: „Es muß jedoch beachtet werden, daß diese Entscheidung einen Fall der Entsendung von Vertretern Hamburgs in den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft betrifft. Im Gegensatz zu den meisten übrigen Bundesländern gilt nämlich im Stadtstaat Hamburg eine dem § 70 der vormaligen Deutschen Gemeindeordnung (DGO) entsprechende Bestimmung nicht, wonach die von einer Gemeinde entsandten Aufsichtsratsmitglieder den Weisungen der Gemeinde unterliegen.“

Aufgaben einsetzt. Unter Anwendung des Begriffs der privatrechtlichen Verwaltungsträger, der neben den Beliehenen auch die nicht mit hoheitlicher Gewalt ausgestatteten Funktionseinheiten umfaßt, erfüllt auch die Tätigkeit der privatrechtlich organisierten Eigengesellschaften und gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen das formelle Element der zugrundegelegten Definition der öffentlichen Verwaltung. Die Kommunalwirtschaft ist deshalb auch in diesen Unternehmen öffentliche Verwaltung.

In seinem Urteil ließ der BGH es dahingestellt, „ob das Berufungsgericht darin recht hat, daß Personen, die im Geltungsbereich des § 70 DGO von einer Gemeinde in den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft entsandt worden sind, an keine Weisungen der Gemeinde gebunden sind und dem Aktienrecht entsprechend in ihrer Unabhängigkeit nicht beeinträchtigt werden dürfen. Das Gegenteil wird jedenfalls im öffentlich-rechtlichen Schrifttum vertreten . . . Dort wird angenommen, daß § 70 DGO Vorrang vor der Ungebundenheit von Vorstand und Aufsichtsrat und ein das allgemeine Gesellschaftsrecht durchbrechendes Prinzip enthalte. Derselbe Standpunkt wird für die seit 1945 erlassenen landesgesetzlichen Gemeindeordnungen vertreten, die sich den § 70 DGO zum Vorbild genommen haben und ihm entsprechen . . . Nach der Amtlichen Begründung zu § 70 DGO war es jedenfalls der Zweck dieser Bestimmung, die bis dahin in der Rechtsprechung streitige Frage, ob die von einer Gemeinde entsandten Aufsichtsratsmitglieder an Weisungen der Gemeinde gebunden seien, im bejahenden Sinne zu klären.“

Das Recht der Leistungsverhältnisse in der Kommunalwirtschaft

§ 10 Die Rechtsformen der öffentlichen Verwaltung

Eine Untersuchung der Kommunalwirtschaft kann bei der Feststellung nicht stehen bleiben, daß die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden als Verwaltungsträger materiell öffentliche Verwaltung ausüben. Es stellt sich vielmehr die Frage nach den Rechtsformen, in denen die Gemeinde und ihre rechtlich selbständigen Unternehmen die Verwaltungsaufgaben durchführen. Bei der Kommunalwirtschaft ist das aber die Frage nach dem Recht der Leistungsverhältnisse, dem Recht der Beziehungen zwischen der Gemeinde oder ihren selbständigen Unternehmen einerseits und den aus ihren Leistungen und Lieferungen begünstigten Rechtssubjekten andererseits.

Form und Inhalt einer Verwaltungstätigkeit stehen, soweit es zunächst nur um die Trennung in öffentliches und privates Recht geht, in keiner Wechselbeziehung zueinander. Bereits in seinem Urteil vom 26. März 1953 führt der BGH¹ aus, daß es „bei der Entscheidung der Frage, ob ein Unternehmen der öffentlichen Hand hoheitlicher Natur ist“, nicht darauf ankommt, „welcher Zielsetzung es dient, sondern wie es im Verhältnis zu denjenigen, denen es gegenübertritt, organisiert ist...“²

In den Lehren des Verwaltungsrechts von O. Mayer, Fleiner und W. Jellinek wurden jedoch Inhalt und Form der Tätigkeit eines Verwaltungsträgers in gegenseitige Beziehung gesetzt. Jedes Handeln der Verwaltung war obrigkeitliche oder fiskalische Verwaltung seinem Inhalt und damit öffentliches oder privates Recht seiner Form nach³. Obrigkeitliche Verwaltung ist nach dieser Lehre die Verwaltung mit den Mitteln des Befehls und des Zwanges. Der einzelne ist dem staatlichen Willen untergeordnet. Der Staat handelt mit imperium und wird zur potentior persona gegenüber dem einzelnen⁴. Auch dort, wo der Staat in seiner fürsorgenden und schützenden Funktion tätig wird, sieht diese Lehre obrigkeitliche Verwaltung, weil Einseitigkeit und gesteigerte Glaubwürdigkeit der staatlichen Rechtsakte und staatlicher Zwang als ultima ratio auf diesen Gebieten den Staat nicht zum gleichgeordneten Rechtssubjekt machen, sondern der Staat auch hier als Träger obrigkeitlicher Macht handelt⁵. Der ganze Bereich der obrigkeitlichen Verwaltung gehört dem öffentlichen Recht an⁶.

Der obrigkeitlichen Verwaltung steht die fiskalische⁷ Verwaltung gegenüber.

¹ BGHZ 9, 146 = VwRspr. 5, 683.

² Das Wort „organisieren“ ist hier fehl am Platze. Gemeint ist die Form, in der das Unternehmen seine Rechtsbeziehung zu den Gegenüberstehenden gestaltet.

³ W. Jellinek: Verwaltungsrecht, S. 21; O. Mayer: Verwaltungsrecht I, S. 116.

⁴ Fleiner: Institutionen, S. 5, 51.

⁵ Fleiner: Institutionen, S. 51.

⁶ O. Mayer: Verwaltungsrecht II, S. 274.

Fiskalisch handelt ein Verwaltungsträger, der in den Formen des Privatrechts ausschließlich zum Zwecke der Gewinnerzielung oder zur Deckung des Verwaltungsbedarfs mit dem einzelnen auf einer gleichen Ebene rechtsgeschäftlich tätig wird. Zwar gelten für den privatrechtlich handelnden Staat bestimmte, einzelne Sonderregelungen⁸, sonst jedoch gelten ausschließlich die Normen der Privatrechtsordnung⁹.

Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns ist immer von der Frage nach den Bindungen, insbesondere nach den Grundrechtsbindungen des tätigen Verwaltungsträgers beeinflusst worden¹⁰. Die fiskalische Tätigkeit des Verwaltungsträgers erschöpfte sich zur Zeit der geschilderten Lehre in der Bedarfsdeckung innerhalb des durch Angebot und Nachfrage auf wirtschaftlicher Seite und durch die Vertragsfreiheit auf rechtlicher Seite gebildeten Rahmens. Damit entfiel aber auch die Möglichkeit „krypto-obrigkeitlicher“ Eingriffe im Mantel des Privatrechts¹¹. Diese Lehre mußte sich umstellen, als die fiskalische Tätigkeit des Staates inhaltlich und ihrem Umfang nach über die Bedarfsdeckung hinausging und zur unmittelbaren Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben mit privatrechtlichen Mitteln wurde. Der Verwaltungsträger benutzt die privatrechtliche Form nicht mehr nur allein zum Einkauf von Kohlen und Bleistiften¹², sondern er wird in dieser Form auch als Leistungsträger und Sozialgestalter tätig¹³. Die Förderung des Allgemeinwohls, die Fürsorge und die Wohlfahrtspflege, kurz die sog. Leistungsverwaltung ist aber nicht auf die Formen des Privatrechts beschränkt, sondern bedient sich auch öffentlicher-rechtlicher Formen, ohne aber obrigkeitliche Zwangsmittel einzusetzen. Diese Tätigkeit nannte schon W. Jellinek¹⁴ im Gegensatz zur obrigkeitlichen Verwaltung die schlichte Hoheitsverwaltung.

Dieser Vorgang Jellinek's wurde zum Einbruch in die formalistische, auf obrigkeitliche und fiskalische Verwaltung beschränkte Systematik der bisherigen Verwaltungsrechtslehre¹⁵. Zahlreich sind seitdem die Versuche einer neuen Systematisierung des Verwaltungshandelns. Aus ihnen sollen nur die Aufteilungen von Siebert und Wolff herausgenommen und auf die kommunalwirtschaftlichen Leistungsverhältnisse bezogen werden.

⁷ „Fiskalisch“ ist hier zunächst kein teleologischer, sondern ein systematisch-formeller Begriff des Verwaltungshandelns und berührt sich nicht mit der Fiskustheorie. Zum Fiskusbegriff: Wertenbruch JuS 1961, 108; Zeidler in VVDStRL 19, S. 221–225.

⁸ W. Jellinek: Verwaltungsrecht, S. 25; O. Mayer: Verwaltungsrecht I, S. 118 f.

⁹ O. Mayer: Verwaltungsrecht II, S. 50 ff.

¹⁰ Zeidler in VVDStRL 19, S. 223.

¹¹ Leisner: Grundrechte und Privatrecht, S. 198 f.

¹² Maunz-Dürig: Kommentar, Art. 1 Abs. III, RdNr. 135 a.

¹³ ForsthoFF: Rechtsfragen; ders.: Lehrbuch, S. 35 und 320 ff.

¹⁴ Verwaltungsrecht, S. 22 f.

¹⁵ Die von W. Jellinek: Verwaltungsrecht, S. 22 aufgeführten Beispiele sind allerdings unsystematisch zusammengestellt worden; dazu Obermayer: Verwaltungsakt, S. 59; Mallmann in VVDStRL 19, S. 169 f.; Siebert DÖV 1959, 734.

I. nach Siebert

Der erste Tätigkeitsbereich eines Verwaltungsträgers ist nach *Siebert*¹⁶ das Gebiet der fiskalischen Betätigung, des rein fiskalischen Handelns. Siebert erkennt dieser Handlungsform und ihrem materiellen Gehalt nicht das Prädikat der öffentlichen Verwaltung zu, denn fiskalisches Handeln dient nur mittelbar der Erfüllung öffentlicher Zwecke¹⁷. Das gilt insbesondere für die Erwerbswirtschaft¹⁸ eines Verwaltungsträgers und für die privatrechtlichen Verwaltungshilfsgeschäfte, die den Verwaltungsträger mit den für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Mitteln ausrüsten sollen. Damit wird diese fiskalische Betätigung aus dem Gebiet der öffentlichen Verwaltung ausgeschlossen.

Von der fiskalischen Betätigung muß die öffentliche Verwaltung in privatrechtlichen Formen klar unterschieden werden, denn allein diese privatrechtlichen Verwaltungshandlungen dienen unmittelbar öffentlichen Zwecken¹⁹. Der Verwaltungsträger bedient sich der privatrechtlichen Gestaltungsmittel zur Erfüllung seiner Aufgaben, um seine Handlungen besser in den allgemeinen Rechtsverkehr einzufügen. Als Abgrenzungskriterium der beiden ersten Handlungsformen erwähnt *Siebert* die Mittelbarkeit bzw. Unmittelbarkeit der Zweckerfüllung; im übrigen verweist er auf die Kasuistik der Rechtsprechung²⁰. Das Privatrecht als Mittel der öffentlichen Verwaltung wird besonders für die „pflegende, fördernde, schützende Verwaltung, insbesondere Daseinsvorsorge“ eingesetzt. Während *Siebert* 1953²¹ noch die Meinung vertrat, daß das öffentliche Interesse und die Beteiligung eines Verwaltungsträgers in den Privatrechtsverhältnissen eine modifizierende Wirkung äußert, hat er dies 1959 nicht mehr ausdrücklich aufrecht erhalten²².

Die dritte Kategorie der Handlungsformen ist der Bereich der nicht-obrigkeitlichen hoheitlichen Verwaltung. *Siebert*²³ setzt sich hier bewußt in Gegensatz zu dem überkommenen System des Verwaltungsrechts, das nur eine fiskalische oder eine obrigkeitliche Verwaltung kannte, lehnt sich aber an die schlichte Hoheitsverwaltung von *Jellinek* an²⁴. Die nicht-obrigkeitliche hoheitliche Verwaltung wird dadurch gekennzeichnet, daß in ihr die Über- und Unterordnung der Beteiligten und die Befehls- und Zwangsbefugnis der Behörde fehlen. Materiell umfaßt

dieser Bereich – ähnlich der Verwaltung in privatrechtlichen Formen – die pflegende, fördernde, schützende Verwaltung, die sich jedoch hier in den Formen des öffentlichen Rechts, aber ohne Zwang und Befehl, vollzieht. Die Rechtsform ist das öffentlich-rechtliche vertragsähnliche Verhältnis²⁵.

Die Systematik von *Siebert* wird abgeschlossen durch die obrigkeitliche hoheitliche Verwaltung²⁶. Hier bedient sich der Verwaltungsträger zur Erfüllung seiner Aufgaben obrigkeitlicher Machtmittel – des Befehls und des Zwanges.

II. nach Wolff

Die Handlungsformen der Verwaltungsträger unterscheidet *Wolff* zuerst danach, ob sich die Träger der öffentlichen Verwaltung der Formen des Privatrechts oder der des Verwaltungsrechts bedienen. Verwaltung in öffentlich-rechtlichen Formen ist hoheitliche Verwaltung²⁷.

Dem Verwaltungsträger steht es aber frei, „sich wie jedermann der privatrechtlichen Formen zu bedienen“²⁸. Dabei ist aber seine Tätigkeit auch in den Formen des Privatrechts immer öffentliche Verwaltung, denn jede Tätigkeit eines Verwaltungsträgers dient den gemeinsamen Interessen aller Mitglieder des Gemeinwesens²⁹. „Da der Staat als Privatrechtssubjekt ‚Fiskus‘ genannt wird“, bezeichnet *Wolff* die Tätigkeit eines Verwaltungsträgers in privatrechtlichen Formen als fiskalische Verwaltung im weiteren Sinne³⁰.

Sondert *Wolff* damit die fiskalische Verwaltung im weiteren Sinne durch das formelle Kriterium der angewandten Rechtsform von der hoheitlichen Verwaltung ab, so benutzt er für die weitere, nur auf die fiskalische Verwaltung im weiteren Sinne bezogene Unterteilung ein materielles, sich aus dem Inhalt der Tätigkeit ergebendes Element. Formell und materiell „fiskalisch“ handelt der Verwaltungsträger, der am allgemeinen Wirtschafts- und Erwerbsleben teilnimmt, „um das Finanz- und das Verwaltungsvermögen als solches zu erhalten, zu vermehren oder zu veräußern (z. B. Materialbeschaffung; Bewirtschaftung staatlichen Waldbesitzes, staatliche oder gemeindliche Brauerei)“³¹.

Verfolgt dagegen der Verwaltungsträger mit seiner Tätigkeit unmittelbar Zwecke einer öffentlichen Leistungs- oder Lenkungsverwaltung und bedient er sich dabei privatrechtlicher Formen, so ist das zwar noch formell fiskalische Verwaltung – mit Mitteln des Privatrechts –, nicht aber auch materiell – als Teilnahme am Erwerbs- oder Wirtschaftsleben. Beispiele einer derartigen, unmittelbaren Verfolgung von

¹⁶ Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung; *ders.* DÖV 1959, 733–737; *ders.*: Zulässigkeit des Rechtsweges, RdNr. 79–83.

¹⁷ Zulässigkeit des Rechtsweges, RdNr. 80; *ders.*: Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung, S. 221.

¹⁸ Erwa die Domänenverwaltung; VGH Kassel DVBl. 1958, 875; a. A. *Menger* DVBl. 1960, 301.

¹⁹ *Siebert* DÖV 1959, 735 f.; *ders.*: Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung, S. 222, 219.

²⁰ Zulässigkeit des Rechtsweges, RdNr. 80; Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung, S. 221.

²¹ Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung, S. 222.

²² DÖV 1959, 736. *Siebert* beschränkt sich auf die Bindung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 GG.

²³ Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung, S. 222; *ders.* DÖV 1959, 734 f.

²⁴ DÖV 1959, 734 Anm. 10.

²⁵ Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung, S. 220. Als Beispiel bringt *Siebert* das öffentlich-rechtliche Krankenhausbehandlungsverhältnis; dazu die Angaben zur BGH-Rechtsprechung bei *Siebert*: Zulässigkeit des Rechtsweges, RdNr. 76.

²⁶ Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung, S. 222.

²⁷ Verwaltungsrecht I, § 23 III b, S. 88.

²⁸ Verwaltungsrecht I, § 23 I a, S. 84.

²⁹ Verwaltungsrecht I, § 23 II S. 85; *Wolff* bezieht sich auf seine Definition der öffentlichen Verwaltung.

³⁰ Verwaltungsrecht I, § 23 I a, S. 85.

³¹ Verwaltungsrecht I, § 23 II a, S. 85.

Verwaltungszwecken sind die Wirtschaftslenkungsmaßnahmen durch Bürgschaften, Subventionen und Wohnungsbaudarlehen und die Versorgung mit Wasser, Gas und Strom als Teil der staatlichen Daseinsvorsorge. Nach *Wolff* gilt in diesem Bereich ein durch etliche öffentlich-rechtliche Bindungen des Verwaltungsträgers modifiziertes Privatrecht, das Verwaltungsprivatrecht³².

Der fiskalischen Verwaltung im weiteren Sinne steht die hoheitliche Verwaltung gegenüber, die sich in den Formen des Verwaltungsrechts, des Sonderrechts der Subjekte hoheitlicher Gewalt³³, vollzieht. Bedient sich der Verwaltungsträger dabei der Mittel obrigkeitlicher Gewalt, indem er „verbietend, gebietend, entscheidend, Zwang androhend oder anwendend (z. B. durch Polizeibefehl, Ordnungsanordnung, Steuerbescheid und deren Durchsetzung) in die Freiheitssphäre der Verwaltung eingreift“, so rechnet diese Form als obrigkeitliche Verwaltung mit zur hoheitlichen Verwaltung³⁴. Der andere Teil der hoheitlichen Verwaltung ist die schlichte Hoheitsverwaltung (*Jellinek*) oder pflegende und fördernde Verwaltung³⁵. In dieser Rechtsform errichtet der Verwaltungsträger Schulen, Krankenhäuser und ähnliche Anstalten, unterhält Wege und treibt Wohlfahrtspflege. Er wird „zwar auf Grund öffentlichen Rechtes, aber nicht obrigkeitlich tätig“³⁶. Die Form dieser Verwaltungstätigkeit gehört ebenfalls dem öffentlichen Recht an.

III. Zusammenfassung: unmittelbare und mittelbare Zweckerfolgung

Jede Systematik der Handlungsformen eines Verwaltungsträgers muß von der Trennung in privates und öffentliches Recht ausgehen, die unserem Recht zugrunde liegt und schon für die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts oder des Verwaltungsgerichts entscheidend ist. Diese Trennung wird gekennzeichnet durch den fiskalischen, privatrechtlichen und den hoheitlichen, öffentlich-rechtlichen Bereich. Dabei sollte sich aber der Begriff der fiskalischen Verwaltung auf seine formelle Bedeutung beschränken und allein die privatrechtliche Form der Verwaltungstätigkeit bezeichnen. Mag es früher gerechtfertigt gewesen sein, fiskalische Verwaltung und erwerbswirtschaftliche oder hilfsgeschäftliche Tätigkeit zu identifizieren, so kann diese Gleichsetzung heute in einer Zeit, in der der Staat viele Leistungs- und Lenkungsaufgaben in privatrechtlichen Formen wahrnimmt, nur zu einer begrifflichen Unklarheit führen. Es ist deshalb erforderlich, daß das „Fiskalische“ von seinem erwerbswirtschaftlichen Beiklang gereinigt und auf die privatrechtlichen Handlungsformen beschränkt wird.

Ist es für den hoheitlichen Bereich auch möglich, die nächste Unterscheidung

³² Verwaltungsrecht I, § 23 II b, S. 87; ähnlich *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 450: „auch in die privatrechtlich gestalteten Leistungsverhältnisse wirken die besonderen Bindungen und Verantwortlichkeiten staatlichen Verhaltens hinein.“

³³ Verwaltungsrecht I, § 22 II c, S. 82.

³⁴ Verwaltungsrecht I, § 23 III b 1, S. 89.

³⁵ Verwaltungsrecht I, § 23 III b 2, S. 89.

³⁶ Verwaltungsrecht I, § 23 III b 2, S. 89. Die rechtlichen Formen der schlichten Hoheitsverwaltung erwähnt *Wolff* nicht ausdrücklich, doch könnte an den öffentlich-rechtlichen Vertrag gedacht werden; dazu *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 44 I, S. 230-232.

zwischen schlicht-hoheitlicher und obrigkeitlicher Verwaltung wiederum nach der angewandten Rechtsform zu treffen, so kann dies für die fiskalische Verwaltung nicht gelten. Im Bereich des Privatrechts gilt nur ein einheitliches, durch das Prinzip der Vertragsfreiheit gekennzeichnetes Recht. Hier gibt es keine verschiedenen Rechtsformen³⁷.

Die für die fiskalische Verwaltung zu treffende Unterscheidung muß somit auf den Inhalt der Tätigkeit zurückgreifen: dort bestehen inhaltliche, teleologische Differenzen³⁸, die eine Trennung erforderlich und möglich machen. Der Betrieb einer staatlichen oder kommunalen Brauerei kann schwerlich mit einer kommunalen Gas- oder Wasserversorgung oder einem staatlichen Verkehrsunternehmen verglichen werden. In dem zugrundegelegten Begriff der öffentlichen Verwaltung als Wahrnehmung der Angelegenheiten von Gemeinwesen und ihrer Mitglieder kann der Unterschied jedoch nicht gefunden werden.

Das unterscheidende Kriterium liegt in dem Verhältnis der Leistungen und Lieferungen dieser Betriebe zu der Erfüllung des Interesses und der öffentlichen Angelegenheiten des Gemeinwesens und ihrer Mitglieder³⁹. Die Lieferungen der staatlichen oder kommunalen Brauerei haben selbst nur einen individuell bezogenen Zweck, nicht aber einen gemeinsamen überindividuellen Zweck. Nur mittelbar, durch ihre Gewinne und Erträge⁴⁰, die an anderer Stelle für andere Aufgaben eingesetzt werden, können diese Leistungen der Brauerei einem überindividuellen Zweck des Gemeinwesens und der Mitglieder gerade in dieser ihrer Eigenschaft dienstbar gemacht werden⁴¹. Dagegen dienen die Leistungen und Lieferungen eines staatlichen oder kommunalen Versorgungsunternehmens selbst und unmittelbar dem Individuum in seiner Eigenschaft als Mitglied des Gemeinwesens, weil sie ein gemeinsames, allgemeines und somit überindividuelles Interesse an einem bestimmten Lebensstandard unmittelbar befriedigen⁴².

Die Mittelbarkeit und die Unmittelbarkeit der auf die Angelegenheiten des Gemeinwesens und ihrer Mitglieder bezogenen Zweckerfolgung bilden deshalb das materielle Kriterium, um den Bereich der fiskalischen Verwaltung zu differenzieren. Fiskalische Verwaltung in unmittelbarer Zweckerfolgung ist damit die Tätigkeit eines Verwaltungsträgers, die selbst, als Leistung oder Lieferung der Erfüllung eines öffentlichen Zwecks dient. Dienen die Leistungen oder Lieferungen des Verwal-

³⁷ Zu den unterschiedlichen Grundrechtsbindungen s. u. S. 94 ff.

³⁸ *Böckenförde, Werner*: Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters – Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, Heft 5, Berlin 1957, S. 4 Anm. 1 führt die Unterscheidung von hoheitlichem und fiskalischem Verwaltungshandeln nicht formal, sondern teleologisch durch.

³⁹ *Klebe*: Diss., S. 67.

⁴⁰ Die mittelbare oder unmittelbare Zweckerfolgung ist für die Trennung von Finanz- und Verwaltungsvermögen anerkannt; *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 55 I b, S. 306 und § 55 III a, S. 307.

⁴¹ Da aber die Unmittelbarkeit der Wahrnehmung und Verfolgung des öffentlichen Zwecks nicht zur Definition der öffentlichen Verwaltung gehört, ist auch dies öffentliche Verwaltung.

⁴² Häufig wird der Begriff der öffentlichen Verwaltung – zum Teil unbewußt – auf diesen Bereich beschränkt.

tungsträgers dagegen nur in ihren Gewinnen einem öffentlichen Zweck, so sind sie fiskalische Verwaltung in mittelbarer Zweckverfolgung^{43, 44}.

§ II Die generelle Geltung des öffentlichen oder privaten Rechts für die Leistungsverhältnisse der Kommunalwirtschaft

An dem vorangestellten System der Verwaltungsrechtsformen müssen auch die Leistungsverhältnisse der Kommunalwirtschaft als materiell öffentliche Verwaltung gemessen werden. Dabei genügt ein globaler Hinweis auf die angeführten möglichen Rechtsformen deshalb nicht, weil in der Verwaltungsrechtswissenschaft immer wieder die These vertreten wird, die Kommunalwirtschaft unterstehe als Teil der Leistungsverwaltung und der Daseinsvorsorge in ihren Leistungsbeziehungen ausschließlich dem öffentlichen Recht¹.

Rupp begründet diese These mit der Feststellung, „daß die Daseinsvorsorge des modernen Staates öffentlich-rechtlicher Natur ist“². Der Kommentar von *Eyermann-Fröhler*³ führt aus, daß „das Teilhaben an den öffentlichen Versorgungseinrichtungen eine Lebensnotwendigkeit für den einzelnen“ sei. „Weder die Bereitstellung der Versorgungseinrichtungen durch die öffentliche Hand noch die Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses können daher der Privatrechtssphäre zugerechnet werden; das Tätigwerden der öffentlichen Hand auf diesen Gebieten ist der Daseinsvorsorge für die Allgemeinheit zuzurechnen und gehört daher dem öffentlichen Recht an.“ Dies soll auch gelten, „wenn die Versorgungsbetriebe der öffentlichen Hand als selbständige Rechtssubjekte des privaten Rechts (AG usw.) ausgestaltet werden“⁴. Auch *Kratzer*⁵ folgert daraus, daß die gemeindliche Versorgungs- und Verkehrswirtschaft „in unlösbarem Zusammenhang mit der Erfüllung anderer öffentlich-rechtlicher Aufgaben“ steht, „daß die genannten gemeindlichen Versorgungs- und Verkehrsunternehmen durchweg aus der Privatrechtssphäre herauszunehmen und dem öffentlichen Recht zu unterstellen sind ... Die Daseinsvorsorge von Staat und Gemeinde ist als eine Angelegenheit der (schlichten) Hoheitsverwaltung ihrem Wesen nach ausschließlich öffentlich-rechtlicher Natur. Dies muß ... nicht nur für die gemeindlichen Eigenbetriebe gelten, ... sondern

auch für die sog. Eigengesellschaften“. An anderer Stelle sieht *Kratzer*⁶ in der Unterstellung der gemeindlichen Daseinsvorsorge unter das öffentliche Recht „eine den öffentlichen Interessen nützliche und der Rechtsklarheit dienliche Weiterentwicklung unseres Verwaltungsrechts“.

In diesen Begründungen wird deutlich, daß der Begriff Daseinsvorsorge zum Mittel geworden ist, um über den Unterschied zwischen Inhalt und Form einer Verwaltungstätigkeit hinwegzugehen und aus der existenziellen Notwendigkeit einer Leistung die öffentlich-rechtliche Natur des Leistungsverhältnisses zu begründen. Das ist erstaunlich, weil *Forsthoff* selbst die Daseinsvorsorge als „nicht formal bestimmbar, sondern ausschließlich sachbezogen“ angesehen hat und ihre Ausübung in privaten Rechtsformen – allerdings mit einem öffentlich-rechtlichen Element – zugelassen hat⁷. Der Satz von *Kratzer*, daß „die Daseinsvorsorge ... als eine Angelegenheit der (schlichten) Hoheitsverwaltung ihrem Wesen nach ausschließlich öffentlich-rechtlicher Natur“⁸ sei, zeigt, in welcher Weise Inhalt und Form einer Tätigkeit verwechselt werden.

*Wertenbruch*⁹ aber erkennt den Unterschied zwischen (materiell) öffentlicher Zweckverfolgung und (rein formal) privatrechtlicher Gestaltung. Er verlegt dann jedoch den Akzent auf den Inhalt und unterstellt konsequent den gesamten Bereich der unmittelbaren Verfolgung öffentlicher Zwecke dem öffentlichen Recht.

Es ist aber nicht gerechtfertigt, dem Inhalt einer Verwaltungstätigkeit ein derartiges Gewicht zu geben, so daß sich die Trennung in privates und öffentliches Recht danach bestimmen müßte. Wie *Schaumann*¹⁰ zu Recht sagt, verläßt derjenige den Boden der geltenden Rechtsordnung, der „sich für eine Identität von öffentlicher und öffentlich-rechtlicher Verwaltung ausspricht“. Das würde auch dem allgemeinen anerkannten Grundsatz widersprechen, daß die öffentliche Verwaltung auch in privatrechtlichen Formen ausgeübt werden kann¹¹. Die These, die die Leistungsverhältnisse der kommunalen Wirtschaftsunternehmen zu den Leistungsempfängern generell dem öffentlichen Recht zurechnen will, muß aus diesen Gründen abgelehnt werden.

*Bachof*¹² und *Dürig*¹³ schlagen in der Frage, ob im Bereich der Verkehrs- und Versorgungseinrichtungen die Leistungsbeziehungen generell dem öffentlichen oder dem privaten Recht zugezählt werden können, noch eine andere Konstruktion vor. Sie sind der Meinung, daß dort „wo der Staat als Vergeber existentieller Leistungen auftritt oder wo er rechtliche oder faktische Monopole innehat, die Entscheidung über das ‚Ob‘ der Leistungsgewährung dem öffentlichen Recht“¹⁴ an-

⁶ BayVwBl. 1962, 134.

⁷ *Forsthoff*: Rechtsfragen, S. 11; *ders.*: Lehrbuch, S. 322, 359.

⁸ DVBl. 1961, 604.

⁹ JuS 1961, 109.

¹⁰ JuS 1961, 111 Anm. 12.

¹¹ *Ipsen* DVBl. 1956, 465; *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 437. Das gilt gerade auch für die Kommunalverwaltung; *Schneider* in Anm. zum Urteil des KG NJW 1957, 1076.

¹² DOV 1953, 423; *ders.* in VVDStRL 12, S. 63.

¹³ *Dürig* in *Maunz-Dürig*: Kommentar, Art. 1 III, RdNr. 137 Anm. 1.

¹⁴ *Dürig* in *Maunz-Dürig*: Kommentar, Art. 1 III, RdNr. 137 Anm. 1.

⁴³ *Ipsen* DVBl. 1956, 465 f.; *Dürig* JZ 1953, 199; *Becker* in VVDStRL 14, S. 109, 112; *Hauelsen* DVBl. 1961, 837; *Menger* VwArch. 53 (1962), 279 f.; *Bullinger*: Vertrag und Verwaltungsakt, S. 97 f.; BGHZ 29, 76 = NJW 1959, 431; BGH DVBl. 1962, 298 mit Anm. *Zeidler* = NJW 1962, 196 = JZ 1962, 176 mit Anm. von *Stern*; BVwGE 5, 325; BVwGE 7, 180.

⁴⁴ *Becker* in VVDStRL 14, S. 109, besonders aber *Zeidler* in VVDStRL 19, S. 238 und DVBl. 1962, 302 haben auf die praktischen Schwierigkeiten in der Durchführbarkeit dieser Unterscheidungen hingewiesen. *Menger* VwArch. 53 (1962), 280 weist aber zu Recht darauf hin, daß sich auch aus einer Kasuistik systemgerechte Kriterien entwickeln lassen können.

¹ Nähere Angaben bei *Vogel*: Wirtschaftseinheiten, S. 251 Anm. 68.

² DVBl. 1958, 115.

³ Kommentar, § 40 Anm. 52.

⁴ *Eyermann-Fröhler*: Kommentar, § 40 Anm. 53.

⁵ DVBl. 1961, 604; ähnlich *Bischoff* AöR 81 (1956), 71.

gehöre. Hier übt der Staat nach ihrer Meinung öffentliche Gewalt aus, „gleichgültig welcher Rechtsformen er sich bedient“¹⁵. Auch wenn die Leistungsbeziehungen sich nach den Normen des Privatrechts beurteilen lassen, soll doch die Ablehnung, ein Leistungsverhältnis zu begründen¹⁶, bzw. die Frage, ob der Staat überhaupt derartige Leistungen gewähren muß¹⁷, allein dem öffentlichen Recht angehören.

Diese Ausführungen schließen sich eng an die sog. Zweistufentheorie an, die für die Bewilligung von Subventionen und die Zusage einer Bürgschaftsübernahme durch Verwaltungsträger sowie den jeweiligen Vollzug entwickelt wurde und in diesen Vorgängen eine Kombination von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Tatbeständen sieht¹⁸. Nach *Stern*¹⁹ vermag die Zweistufentheorie jedoch nur dann zu helfen, wenn normative Regeln des öffentlichen Rechts das Leistungsverhältnis determinieren. Eine solche Determination findet sich für das Kommunalwirtschaftsrecht nur in § 18 II nWGO. Danach sind alle Bewohner einer Gemeinde berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen. Diese Vorschrift gilt deshalb nur für die wirtschaftlichen Unternehmen, die zugleich öffentliche Einrichtungen im Sinne des § 18 II nWGO sind²⁰. Die von *Bachof* und *Dürig* für das kommunale Wirtschaftsrecht vorgeschlagene Zweistufentheorie läßt zudem das eigentliche Leistungsverhältnis unberührt und rechnet nur die Entscheidung über das „Ob“ der Leistungsgewährung dem öffentlichen Recht zu. Die Leistungsbeziehungen selbst können sich danach auch nach dem privaten Recht bestimmen.

I. Der Kontrahierungszwang

*Deppenbrock*²¹ hat die Zusammenhänge zwischen Versorgungswirtschaft und Kontrahierungszwang untersucht. Der Inhaber einer bestimmten Rechtsstellung kann im Interesse der Allgemeinheit verpflichtet sein, „Verträge bestimmten Inhalts mit jedermann oder mit bestimmten Vertragspartnern abzuschließen“²². Dieser Kontrahierungszwang kann sich aus der monopolartigen Stellung eines Unternehmens ergeben, er kann aber auch für bestimmte typisierte Unternehmensbereiche seine Festlegung im Gesetz finden. Das gilt z. B. für die Energieversorgung in § 6 EnergG²³.

Der Kontrahierungszwang ist ein im Bereich des Privatrechts ausgebildetes

¹⁵ *Bachof* DVV 1953, 423.

¹⁶ *Dürig* sieht in der Ablehnung einen Verwaltungsakt, der über das subjektive öffentliche Recht auf Zulassung entscheidet.

¹⁷ *Bachof* DVV 1953, 423.

¹⁸ Zur sog. Zweistufentheorie: *Siebert*: Zulässigkeit des Rechtsweges, RdNr. 84–86 mit weiteren Literatur- und Rechtsprechungsangaben.

¹⁹ In Anm. zum Urteil des BGH JZ 1962, 182; ebenso *Bullinger*: Vertrag und Verwaltungsakt, S. 100 f.

²⁰ Näher zu dieser Frage s. u. S. 80.

²¹ *Versorgungswirtschaft*, S. 55–57.

²² *Palandt-Dandekmann*: Kommentar zum BGB, 18. Aufl. 1959, München-Berlin, Einf. vor § 145 Anm. 3.

²³ *Deppenbrock*: *Versorgungswirtschaft*, S. 55; *Eiser-Riederer*: Kommentar, § 6 Anm. 1; *Wolff*: *Verwaltungsrecht I*, § 23 II b 3, S. 88.

Rechtsinstitut, dessen Ziel es ist, einen obligatorischen Vertrag des Privatrechts zu schaffen²⁴. Den Vorschriften des § 6 EnergG wird das Unternehmen aber auch dann gerecht, wenn ein Versorgungs- oder Leistungsverhältnis öffentlich-rechtlicher Art zustande kommt²⁵. Der Kontrahierungszwang mit nachfolgendem, öffentlich-rechtlichem Leistungsverhältnis, wie er für § 6 EnergG gelten kann, muß unterschieden werden von dem öffentlich-rechtlichen Benutzungsanspruch des Gemeindegewohners oder dem Zulassungszwang des Verwaltungsträgers, wie ihn § 18 II nWGO bestimmt. Der Kontrahierungszwang ist ein Institut des Privatrechts, der Zulassungszwang eine nur verwandte Figur des öffentlichen Rechts²⁶. Den Ausführungen *Deppenbrocks*, nach denen der Kontrahierungszwang stets zu einem privatrechtlichen Vertragsverhältnis führen muß und der Zulassungszwang das öffentlich-rechtliche Gegenstück ist²⁷, kann deshalb nicht zugestimmt werden, soweit sie die dem Kontrahierungszwang nachfolgenden Leistungsbeziehungen auf privatrechtliche Verträge beschränken. Das Kommunalrecht kennt keinen alle kommunalen Wirtschaftsunternehmen betreffenden Kontrahierungszwang²⁸. Besteht aber ein solcher für einen typisierten Unternehmensbereich, wie für die Energieversorgung, so hat er für die Form des Leistungsverhältnisses nicht notwendig bestimmende Bedeutung.

II. Der Benutzungsanspruch aus § 18 II nWGO

Der in § 18 II nWGO bestimmte Zulassungszwang der Gemeinde ergibt für den Bewohner der Gemeinde das Recht, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde im Rahmen des geltenden Rechts zu benutzen. Die Leistungsbeziehungen zwischen dem Gemeindegewohner und der öffentlichen Einrichtung können öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sein²⁹. Umstritten ist jedoch, welcher Rechtsweg dem Gemeindegewohner offensteht, wenn er eine Verletzung seines Benutzungsanspruchs aus § 18 II nWGO geltend machen will. Übereinstimmend wird nur die Meinung vertreten, daß bei einer öffentlich-rechtlichen Regelung der Leistungsverhältnisse einer öffentlichen Einrichtung der Benutzungsanspruch im Wege einer Verwaltungsklage durchgesetzt werden kann³⁰. *Kottenberg*³¹ und *Hölzl*³² sind der Ansicht, daß bei einem privatrechtlichen Leistungsverhältnis ausschließlich die ordentlichen Gerichte für die Durchsetzung des Benutzungsanspruchs zuständig sind.

²⁴ *Nipperdey*: Kontrahierungszwang, S. 23, s. u. Anm. 41; *Deppenbrock*: *Versorgungswirtschaft*, S. 57.

²⁵ *Eiser-Riederer*: Kommentar IV, S. 7; *Brügelmann-Ludwig* in *KomHdb.* III, S. 697.

²⁶ *Nipperdey*: Kontrahierungszwang, S. 26, 28; *Hurst* in *KomHdb.* II, S. 841 f.

²⁷ *Versorgungswirtschaft*, S. 57.

²⁸ *Köttgen*: *Wirtschaftliche Betätigung*, S. 611 f.

²⁹ *Zeiß*: *Eigenbetriebsrecht*, S. 68; *Wolff*: *Verwaltungsrecht I*, § 23 II b, S. 87; *Bullinger*: *Vertrag und Verwaltungsakt*, S. 109 f.

³⁰ *Kottenberg*: Kommentar, § 18 Anm. II; *Hölzl*: Kommentar, Art. 21 Anm. 3 b, bb.

³¹ *Kottenberg*: Kommentar, § 18 Anm. II.

³² *Hölzl*: Kommentar, Art. 21 Anm. 3 c.

Der Anspruch auf Benutzung einer öffentlichen Einrichtung nach § 18 II nwGO steht jedoch in keiner die Rechtsform bestimmenden Beziehung zur Regelung der Benutzung oder Leistung selbst³³. § 18 II nwGO verpflichtet allein die Gemeinde als Hoheitsträgerin; sie ist Zuordnungssubjekt dieses Rechtssatzes. Der Zulassungszwang der Gemeinde und – ihm entsprechend – der Benutzungsanspruch des Gemeindebewohners gehören deshalb dem öffentlichen Recht an. Auch wenn das zu vereinbarende Leistungsverhältnis selbst dem privaten Recht unterliegen sollte, so kann doch eine Verletzung des § 18 II nwGO nur auf dem Verwaltungsgerichtsweg geltend gemacht werden³⁴. Der Anspruch aus § 18 II nwGO ist ein im Verwaltungsgerichtsweg verfolgbares subjektives öffentliches Recht³⁵.

Nur der Anspruch auf Zulassung zur Benutzung der öffentlichen Einrichtung, nicht notwendig das Benutzungsverhältnis selbst, unterfallen somit dem öffentlichen Recht. Im Rahmen des § 18 II nwGO ist deshalb auch die Meinung von *Bachof* und *Dürig* gerechtfertigt, daß die Entscheidung über das „Ob“ der Leistungsgewährung ein verwaltungsrechtlicher Vorgang ist. Für die Rechtsform des Leistungsverhältnisses hat aber auch § 18 II nwGO keine entscheidende Bedeutung.

III. Der Anschluß- und Benutzungszwang

Zugunsten bestimmter öffentlicher Einrichtungen kann gem. § 19 nwGO durch Satzung ein Anschluß- und Benutzungszwang angeordnet werden. Auf diesem Wege kann sich ergeben, daß der Leistungsempfänger eines wirtschaftlichen Unternehmens gezwungen wird, die Leistungen des Unternehmens entgegenzunehmen. Das OVG Münster hat in seinem Urteil vom 18. 2. 1953³⁶ entschieden, daß eine gemeindliche Wasserleitung ihren Charakter als wirtschaftliches Unternehmen nicht dadurch verliert, daß für die Benutzung ein Anschluß- und Benutzungszwang eingeführt wird. Auch die Begriffe „wirtschaftliches Unternehmen“ und „Anschluß- und Benutzungszwang“ überschneiden sich. Die Frage lautet deshalb auch hier: Ist das Leistungsverhältnis im Falle eines durch Satzung angeordneten Anschluß- und Benutzungszwanges dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen. Einige Stimmen im Schrifttum³⁷ halten ein privatrechtliches Leistungs- oder Benutzungsverhältnis auch dann für möglich, wenn durch Satzung ein Anschluß- und Benutzungszwang angeordnet worden ist. Diese Meinung steht aber im Gegensatz zu

³³ WühoVGH DÖV 1952, 184 f.; *Hurst* in KomHdb. II, S. 841 f.; *ders.* in „Kommunalwirtschaft“ 1961, 173.

³⁴ *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 98 II i 2, S. 263; *Helmreich-Widmann*: Kommentar, Art. 21 Anm. 2; bayVfGH DÖV 1956, 499 = bayVwBl. 1956, 275; *Muntzke-Schlemp*: Kommentar, § 19 Anm. XII.

³⁵ WühoVGH DÖV 1952, 184 f.; *Hurst* in KomHdb. II, S. 842. Das Verwaltungsgericht spricht in seinem Urteil die Verpflichtung der Gemeinde auf Zulassung des Benutzers aus.

³⁶ In *Kottenberg-Steffens*: Rechtsprechung, Ziff. 1 zu § 69 nwGO; *Surén*: Gemeindefirtschaftsrecht, S. 142.

³⁷ *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 361; *Surén-Loschelder*: Kommentar I, S. 307 f.; *Hurst* in KomHdb. II, S. 839 f. *Zeiß*: Eigenbetriebsrecht, S. 70 erhebt diese Meinung ohne Begründung unter Hinweis auf *Hurst* zur herrschenden.

der in Wissenschaft³⁸ und Rechtsprechung³⁹ überwiegend vertretenen Ansicht, nach der in diesem Falle nur ein öffentlich-rechtliches Leistungsverhältnis möglich ist.

Forsthoff will die Möglichkeit eines privatrechtlichen Benutzungsverhältnisses bei bestehendem Anschluß- und Benutzungszwang mit einem Hinweis auf den Kontrahierungszwang und den diktierten Vertrag im Privatrecht rechtfertigen⁴⁰. Die von *Nipperdey* in seiner Schrift „Kontrahierungszwang und diktiertem Vertrag“⁴¹ als Beispiele eines diktierten Vertrages genannten⁴² und von *Hurst*⁴³ aufgegriffenen gesetzlichen Bestimmungen betreffen jedoch gesetzgeberische Ausnahmebestände, die für einen Vergleich mit der gestellten Rechtsfrage nicht herangezogen werden können⁴⁴. Der Kontrahierungszwang geht von einem ganz bestimmten Sachverhalt aus und ist eher dem öffentlich-rechtlichen Benutzungsanspruch vergleichbar. Aus dem Hinweis auf den diktierten Vertrag und den Kontrahierungszwang läßt sich für die Möglichkeit eines privatrechtlichen Leistungsverhältnisses im Bereich des Anschluß- und Benutzungszwanges nichts entnehmen.

Auch wenn *Hurst*⁴⁵ darauf hinweist, daß in Ziff. 2 der 2. Verwaltungsverordnung zu § 19 nwGO⁴⁶ die Gemeinden verpflichtet werden, in der von der Aufsichtsbehörde zu genehmigenden Satzung auch das für den Anschluß und die Benutzung zu entrichtende Entgelt zu regeln, so kann daraus doch nicht das von ihm vertretene Ergebnis gewonnen werden. Zwar kann man unter „Entgelt“ sowohl die öffentlich-rechtliche Gebühr als auch das privatrechtliche Entgelt verstehen. Doch besagt diese Stelle in der Verwaltungsverordnung nicht, daß der Begriff notwendig beides möglich machen will. *Krane*⁴⁷ ist der Ansicht, daß in der oben zitierten Verwaltungsverordnung nur eine öffentlich-rechtliche Gebühr gemeint sein kann. Die von *Surén-Loschelder*⁴⁸ vertretene Meinung, nach der eine öffentlich-rechtliche Pflicht mit einem privatrechtlichen Entgelt verbunden werden kann, geht davon aus, daß die öffentlichen Einrichtungen des § 17 DGO (= § 18 II nwGO) zwar auf Grund öffentlichen Rechts benutzt werden könne, für die Benutzung aber ein privatrechtliches Entgelt verlangt werden kann. Gleiches muß nach dieser Ansicht auch für eine Benutzungspflicht gelten. Die Festsetzung des Entgeltes in der den Zwang anordnenden Satzung wird nicht als Ortsrecht, sondern als Angebot auf Vertragsabschluß angesehen, „das der Benutzer . . . annehmen muß“⁴⁹.

³⁸ *Hölzl*: Kommentar, Art. 24 Anm. II; *Helmreich-Widmann*: Kommentar, Art. 24 Anm. III; *Muntzke-Schlemp*: Kommentar, § 19 Anm. VII 4; *Huber*: Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 161; *Krane* in „Die Gemeinde“ 1962, 48; *Köttgen*: Daseinsvorsorge, S. 83 f.

³⁹ BayVGH VGHE 8, 19 f.; VGH Freiburg DVBl. 1955, 746; BGH JZ 1956, 489 mit zustimmender Anm. von *Wolff*; OVG Berlin DVBl. 1958, 253; OVG Münster OVGE 14, 84, 89; bayVGH bayVwBl. 1959, 125.

⁴⁰ Lehrbuch, S. 361; *Hurst* in KomHdb. II, S. 840; *Hauelsen* DVBl. 1961, 838.

⁴¹ Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena, Nr. 1, Jena 1920.

⁴² S. 116 ff.

⁴³ In KomHdb. II, S. 840 Anm. 2.

⁴⁴ *Nipperdey*: Kontrahierungszwang, S. 5.

⁴⁵ In KomHdb. II, S. 840.

⁴⁶ Vom 4. 2. 1953 (MBINW 1953, S. 193).

⁴⁷ „Die Gemeinde“ 1962, 48.

⁴⁸ Kommentar I, § 18 Anm. 3 c.

⁴⁹ *Surén-Loschelder*: Kommentar, § 18 Anm. 3 c.

Zwar ist der Hinweis auf die Unabhängigkeit von Benutzungsanspruch und Leistungsverhältnis zutreffend. Die Regelung des Anschluß- und Benutzungszwanges in einer Satzung enthält jedoch nach der Verwaltungsverordnung vom 4. 2. 1953 nicht nur die Benutzungspflicht, sondern auch, wie die Verwaltungsverordnung verlangt, die Regelung der Benutzungsmodalitäten, die das Leistungsverhältnis ausmachen⁵⁰. Mit der Anordnung eines Anschluß- und Benutzungszwanges wird deshalb in diesen Fällen immer zugleich auch das Leistungsverhältnis selbst gestaltet. Die einseitige, hoheitliche Gestaltung eines Rechtsverhältnisses durch Satzung führt aber notwendig zu der öffentlich-rechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses, weil die Satzung das spezifisch öffentlich-rechtliche Gestaltungsmittel der Gemeinde ist⁵¹. Führt eine Satzung zugleich mit der Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwanges auch die Leistungsmodalitäten (Entgelt, Art und Umfang der Leistung) auf, so ist das daraus entstehende Rechtsverhältnis zwischen der Einrichtung und dem Leistungsempfänger notwendig öffentlich-rechtlich. Für ein privatrechtliches Leistungsverhältnis bleibt daneben kein Raum⁵².

§ 12 Die Differenzierung nach den Organisationsformen der Unternehmen

Da es nicht möglich ist, von der Sache oder einem bestehenden Benutzungsanspruch her die Zugehörigkeit der Leistungsverhältnisse zum privaten oder zum öffentlichen Recht generell zu bestimmen, muß eine solche Bestimmung von der Unternehmensform her versucht werden. Diese soll von der Unterteilung in privatrechtliche (Eigengesellschaften und gemischt-wirtschaftliche Unternehmen) und in öffentlich-rechtliche Unternehmensorganisationsformen (Eigenbetriebe) ausgehend erfolgen.

I. Die Eigengesellschaft und das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen

Die wirtschaftlichen Unternehmen mit privatrechtlicher Organisationsform sind Rechtssubjekte des Privatrechts. Öffentlich-rechtlich handeln können sie nur dann, wenn sie zugleich Subjekte des öffentlichen Rechts sind, Rechtssubjekte, denen durch Rechtssatz hoheitliche Gewalt eingeräumt worden ist¹. Die hoheitliche Gewalt findet ihre Entsprechung in der Möglichkeit des Rechtsträgers, öffentlich-rechtlich handeln zu können². Die Eigengesellschaften und gemischt-wirtschaftlichen Unter-

nehmen sind aber nicht Inhaber hoheitlicher Gewalt³. Sie können deshalb ihre Rechtsbeziehungen zu dem Leistungsempfänger auch nicht öffentlich-rechtlich gestalten.

1. ausschließlich privatrechtliche Leistungsverhältnisse

Ein in privatrechtlicher Rechtsform organisiertes wirtschaftliches Unternehmen der Gemeinde kann nur in den Vertragsformen des Privatrechts mit den Leistungsempfängern in Rechtsbeziehungen eintreten. Die Leistungsverhältnisse sind in diesem Falle immer privatrechtlich und unterliegen den Vorschriften und Regelungen des BGB.

2. Verträge aus sozialtypischem Verhalten

Die Voraussetzung des BGB⁴, daß Verträge nur durch übereinstimmende Willenserklärungen, durch Angebot und Annahme, zustande kommen, kann nur schwer mit den tatsächlichen Gegebenheiten des heutigen Wirtschaftsverkehrs – gerade im Bereich der Versorgungswirtschaft – in Einklang gebracht werden. In vielen Fällen des Massenverkehrs ist es nur eine Fiktion, in der Benutzung einer öffentlichen Einrichtung oder der Entgegennahme einer Leistung eine – wenn auch nur konkludente, schlüssige – Willenserklärung des Benutzers oder Empfängers zu sehen. Regelmäßig kann nur der Wille zur tatsächlichen Benutzung oder Entgegennahme einer Leistung, nicht aber der Wille zum Abschluß eines Leistungsvertrages nachgewiesen werden. Nimmt jemand Versorgungsleistungen an oder benutzt er eine öffentliche Einrichtung jeweils mit dem ausdrücklich erklärten Willen, sich vertraglich und rechtsgeschäftlich nicht binden zu wollen, so zeigen sich die Schwierigkeiten der Vertragstheorie des BGB⁵.

• Um aber auch hier eine vertragliche Bindung bejahen zu können und Fiktionen über vertragsbegründende Willenserklärungen zu vermeiden, entwickelte Haupt unter Bezug auf Siebert die Lehre von den „faktischen Vertragsverhältnissen“, die von Larenz zu der des „Schuldverhältnisses aus sozialtypischem Verhalten“ ausgebildet worden ist⁶. Der Leistungs- oder Benutzungsvertrag beruht in diesen Fällen nicht auf Angebot und Annahme, sondern kommt zustande durch das „tatsächliche öffentliche Angebot einer Leistung (nebst Veröffentlichung des Tarifs) und die tatsächliche Inanspruchnahme dieser Leistung durch einen Verkehrsteilnehmer“⁷. Die Rechtsprechung⁸ hat sich dieser Theorie weitgehend angeschlossen.

Die Theorie vom Vertrag aus sozialtypischem Verhalten hat das Anliegen, die

⁵⁰ Köttgen: Daseinsvorsorge, S. 79.

⁵¹ RhpfOVG VwRSpr. 13, 707 = AS 8, 96; bayVGH bayVwBl. 1955, 59; bayVfGH bayVwBl. 1956, 275 = DÖV 1956, 499 f.; Siebert in DÖV 1959, 735; ders.: Zulässigkeit des Rechtsweges, RdNr. 74; ders.: Privatrecht in dem Bereich öffentlicher Verwaltung, S. 231 f.

⁵² Köttgen: Daseinsvorsorge, S. 79, Anm. 63 und S. 83 f.

¹ Wolff AöR 76 (1950/51), 208; ders.: Verwaltungsrecht I, § 22 II c, S. 82.

² Siebert: Technische Überwachungsvereine, S. 27.

³ S. o. S. 62. ⁴ § 151 BGB.

⁵ BGH VwRSpr. 12, 149 f.: Der Stromabnehmer ist auch dann zur Zahlung der von dem Elektrizitätsversorgungsunternehmen festgesetzten Entgelte verpflichtet, wenn er erklärt, daß er sich diesen Strompreisen nicht unterwerfen wolle.

⁶ Auf die ausführliche Darstellung und auf die Literaturangaben bei Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts I, 4. Aufl., 1960, München-Berlin, S. 31–33, wird hingewiesen.

⁷ Larenz: Schuldrecht I, S. 31; Wolff: Verwaltungsrecht I, § 23 II b 2, S. 88.

⁸ RGZ 111, 310; BGHZ 21, 319; BGHZ 23, 175 = NJW 1957, 627; BGH VwRSpr. 12, 149 f.

rechtsgeschäftliche Willenserklärung als fiktive Grundlage eines Vertrages über massentümliche Leistungen des Wirtschaftsverkehrs auszuschließen und dem entstandenen Schuldverhältnis in dem sozialtypischen Verhalten eine neue Grundlage zu geben. Sie ist zunächst eine Theorie der Vertragsentstehung; sie will aber das auf dem sozialtypischen Verhalten beruhende Schuldverhältnis nicht einem besonderen Recht oder speziellen Rechtsregeln unterstellen. Für den Bereich der Kommunalwirtschaft ist diese Lehre von *Larenz* von Bedeutung, weil sie eine dogmatische Begründung für das Zustandekommen der privatrechtlichen Leistungsbeziehungen zwischen Unternehmen und Leistungsempfänger gibt.

II. Der Eigenbetrieb

Der Eigenbetrieb ist als rechtlich unselbständige öffentliche Anstalt erkannt worden. Als solche ist der Eigenbetrieb selbst nicht Träger von Rechten und Pflichten. Der Eigenbetrieb hat zwar seine eigene Wirtschafts- und Vermögensführung, doch hat diese funktionale Abtrennung gegenüber der übrigen Gemeindeverwaltung im Außenverhältnis keine rechtliche Bedeutung, sondern gilt ausschließlich für das Innenverhältnis⁹. Weiter folgt aus dem Begriff des Eigenbetriebes als einer öffentlichen Anstalt, daß das Leistungsverhältnis zu den Leistungsempfängern entweder nach privatem oder nach öffentlichem Recht gestaltet werden kann¹⁰. Die Wahl der Rechtsform ist dabei in das Ermessen der Gemeinde gestellt^{11,12}.

1. Privatrechtliche Leistungsverhältnisse

Im Falle einer privatrechtlichen Regelung kann das Leistungsverhältnis nur in einem Vertrag privatrechtlicher Art bestehen. Vertragspartner sind einerseits die Gemeinde, die bei Vertragsschluß gem. § 3 I nW eigVO durch die Betriebsleitung vertreten wird, und andererseits der Leistungsempfänger¹³. Der Inhalt dieser privatrechtlichen Leistungs- oder Lieferungsverträge bestimmt sich nach den allgemeinen Lieferungsbedingungen, die der Werkausschuß des Eigenbetriebes gem.

⁹ *Weber*: Körperschaften, Anstalten und Stiftungen, S. 15.

¹⁰ BGH NJW 1954, 1323; badVGH DVBl. 1955, 745; bayVGH bayVwBl. 1956, 275; BVwG NJW 1958, 395; BGH DOV 1960, 551; rhpfOVG VwRspr. 13, 707; *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 99 V a, S. 274; *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 437; *Hurst* in KomHdb. II, S. 838 Anm. 4; *Sonntag* „Die Gemeinde“ 1958, 23; *Eyermann-Fröhler*: Kommentar, § 40 Anm. 51.

¹¹ OVG Münster „Der Städtetag“ 1955, 122.

¹² Dabei gehen *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 99 V a, S. 274, von einem im Zweifel privatrechtlichen, *Becker*: Art. „Anstalten des öffentlichen Rechts“ in HdSW, S. 209, *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 444, und *Muntzke-Schlempf*: Kommentar, § 19 Anm. VIII, von einem im Zweifel öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnis aus. *Becker*: „Eine privatrechtliche Nutzungsform setzt hierüber ausdrückliche Erklärung voraus.“ BGH JZ 1962, 217: Die Gemeinde muß „ihren Willen, das wirtschaftliche Unternehmen hoheitlich zu führen, gegenüber der Allgemeinheit ausdrücklich und deutlich kundgetan“ haben. HeVGH VwRspr. 10, 114 f.; bayVGH MDR 1960, 349.

¹³ *Blaum* DVBl. 1958, 669. Auch hier gilt, was zu den Verträgen aus sozialtypischem Verhalten gesagt wurde; *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 99 V b, S. 275.

§ 5 V nW eigVO festzusetzen hat¹⁴. Zwar vertritt gem. § 55 2 nW GO der Gemeindedirektor die Gemeinde nach außen; durch § 3 I nW eigVO ist diese Bestimmung aber insoweit abgeändert, als der Werkleitung in den Angelegenheiten ein eigenes Vertretungsrecht eingeräumt wird, die ihrer Entscheidung unterliegen. Die Formvorschriften der §§ 54–56 nW GO¹⁵ gelten auch für die Werkleitung, wobei aber die zweite Unterschrift bei mehreren Werkleitern ebenfalls von einem Werkleiter geleistet werden muß.

Inhalt und Umfang der durch den Begriff der laufenden Betriebsführung bestimmten Vertretungsmacht gleichen inhaltlich den einfachen Geschäften der laufenden Verwaltung für den Vertretungsbereich des Gemeindedirektors in § 28 III nW GO. Es muß sich dabei um zwar zahlenmäßig nicht bestimmbar¹⁶ Geschäfte handeln, die jedoch nach Art und Umfang regelmäßig und häufig wiederkehren¹⁷. Die Ausführungsanweisung zu § 2 nW eigVO¹⁸ versucht, den Kreis der Geschäfte der laufenden Betriebsführung als die im täglichen Betrieb ständig wiederkehrenden Maßnahmen zu bestimmen, die zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig sind. Zu den Verpflichtungserklärungen der laufenden Betriebsführung privatrechtlicher Art gehört auch der Abschluß von Leistungs- und Lieferungsverträgen. Nach § 3 nW eigVO handelt die Werkleitung dabei in gesetzlicher Vertretung der Gemeinde^{19,20}.

2. Anstaltsgewalt und privatrechtliches Leistungsverhältnis

Die Frage nach den gegenseitigen Beziehungen zwischen der öffentlich-rechtlichen Anstaltsgewalt und dem privatrechtlichen Leistungsverhältnis oder Benutzungsverhältnis wird häufig nicht klar genug beantwortet. So sieht *Vogel*²¹ in der Aufnahme privatrechtlicher Leistungsbeziehungen bei den öffentlichen Wirtschaftseinheiten nicht so sehr einen Vertragsschluß als vielmehr eine Zulassung des Leistungsempfängers. *Forsthoff*²² nimmt dagegen zwar an, daß Anstaltsgewalt und Leistungsverhältnis nebeneinander bestehen. Bei privatrechtlichen Leistungsbeziehungen leistet nach seiner Meinung die Anstaltsgewalt jedoch Verzicht auf ihre hoheitlichen Befugnisse. Damit wäre die Anstaltsgewalt nur das einem jeden Hoheitsträger zustehende Recht, seine Rechtsbeziehungen zu Dritten öffentlich-rechtlich oder auch privatrechtlich zu regeln. Diese Ansicht läßt sich nur rechtfertigen,

¹⁴ Dabei müssen die besonderen Anordnungen für einzelne Betriebszweige berücksichtigt werden. *Zeiß*: Eigenbetriebsrecht, S. 136, erwähnt u. a. die allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Elektrizität und Gas.

¹⁵ *Zeiß*: Eigenbetriebsrecht, S. 98; *Surén*: Gemeindefinanzrecht, S. 284–290; *Berkenhoff* „Die Gemeinde“ 1954, 176 f.

¹⁶ *Zeiß*: Eigenbetriebsrecht, S. 87.

¹⁷ OVG Münster OVGE 10, 28; OVG Münster „Der Städtetag“ 1956, 469 = DOV 1957, 866.

¹⁸ Ausführungsanweisung zur nW eigVO vom 14. 4. 1954 (MBL Sp. 615 ff.).

¹⁹ Die Werkleitung ist nicht Vertreterin des Eigenbetriebes, wie *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 454, anzunehmen scheint.

²⁰ *Berkenhoff* „Die Gemeinde“ 1954, 154; *Zeiß*: Eigenbetriebsrecht, S. 100.

²¹ Wirtschaftseinheiten, S. 252.

²² Lehrbuch, S. 443 f.; ähnlich *Hurst* in KomHdb. II, S. 840.

wenn – wie bei *Forsthoff*²³ – die Regelung des Verhältnisses zwischen Anstalt und Leistungsempfänger Inhalt der Anstaltsgewalt ist²⁴.

Die Anstaltsgewalt ist jedoch nicht auf den Abschluß des Leistungsverhältnisses gerichtet, sondern ist ein hoheitliches Recht der Anstalt „zur Sicherung und Gewährleistung der anstaltlichen Zwecke innerhalb der allgemeinen Rechtsordnung (Zwecksicherungsrecht, Abwehrrecht zur Sicherung des Anstaltsbetriebes)“²⁵. Der Anstaltsgewalt unterfällt der Benutzer, weil und soweit er sich in den Machtbereich der Anstalt begeben hat und nunmehr durch die von ihr gesetzten Normen ergriffen wird²⁶. Die Anstaltsgewalt begründet für den Anstaltsbenutzer ein besonderes Gewaltverhältnis; die Einzelanordnungen in diesem hoheitlichen Verhältnis sind gegenüber dem Benutzer Verwaltungsakte²⁷. Die Anstaltsgewalt und das durch sie begründete besondere Gewaltverhältnis stehen aber nicht über, sondern neben den Leistungsbeziehungen zwischen der Anstalt und dem Benutzer. Während die hoheitliche Anstaltsgewalt auf die Sicherung der Anstaltszwecke gerichtet ist, hat das privatrechtliche Leistungsverhältnis den Austausch von Leistungen zwischen Anstalt und Leistungsempfänger zum Inhalt²⁸.

3. Öffentlich-rechtliche Leistungsverhältnisse

Der Eigenbetrieb kann als Verwaltungssubjekt und als Organ der hinter ihm stehenden Gemeinde, der Anstaltsträgerin, seine Rechtsbeziehungen zu den Leistungsempfängern auch öffentlich-rechtlich gestalten²⁹. Bei öffentlich-rechtlicher Regelung der Benutzung ist ein vertragliches Leistungsverhältnis und damit ein Vertragsabschluß durch Angebot und Annahme ausgeschlossen³⁰. Die Zulassung zur Benutzung oder der Beginn eines Leistungsverhältnisses besteht in diesen Fällen zumeist in einem konkludenten Verwaltungsakt seitens der Anstalt³¹. Die Modalitäten der Benutzung, das zu entrichtende Entgelt³² und die gegenseitigen Rechte und Pflichten, werden in einer Benutzungsordnung festgelegt. In dieser Benutzungsordnung konkretisiert sich die dem Benutzer gegenüber bestehende Anstalts-

²³ Lehrbuch, S. 443.

²⁴ *Becker*: Art. „Anstalten des öffentlichen Rechts“ in HdSW, S. 209.

²⁵ *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 99 II, S. 266.

²⁶ *von Turegg-Kraus*: Lehrbuch, S. 89.

²⁷ Dazu und zu den Schranken im Anstaltsverhältnis *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 99 IV a und b, S. 270 f.

²⁸ Nach *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 99 IV b 2. S. 271, treten die Äußerungen der Anstaltsgewalt um so mehr zurück, „als sich die Anstaltsbenutzung in einem Leistungs- und Forderungsverhältnis erschöpft.“ Das gilt in hohem Maße für die kommunalwirtschaftlichen Versorgungsunternehmen.

²⁹ Eine Besonderheit gilt für Berlin: gem. § 1 II a berlEigG gehören die Einrichtungen, die ihre Entgelte auf öffentlich-rechtlicher Grundlage erheben, nicht zu den wirtschaftlichen Unternehmen. Dem entspricht die Rechtsprechung des OVG Berlin DVV 1959, 790.

³⁰ *Becker*: Art. „Anstalten des öffentlichen Rechts“ in HdSW, S. 209; OVG Lüneburg OVG 12, 387.

³¹ *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 99 III a, S. 267, und V b, S. 274; OVG Münster OVG 14, 84.

³² Die Benutzungsgebühr muß den Verhältnisgrundsatz berücksichtigen; bwVGH DVV 1959, 466.

gewalt, der er sich durch Eintritt in das Benutzungsverhältnis unterwirft. Der Funktionsbereich der Anstaltsgewalt bedarf grundsätzlich keiner gesetzlichen Grundlage oder Festsetzung; ihre Ausübung muß sich jedoch auf die Sicherung einer geordneten Benutzung und auf die Aufrechterhaltung des Anstaltszweckes beschränken³³.

*Hurst*³⁴ sieht in der Anstaltsordnung, die zwar Verwaltungsverordnung, aber dennoch objektives materielles Recht sei, eine Regelung einseitig hoheitlicher Art für die Voraussetzungen der Benutzung, für die Rechte und Pflichten der Benutzer gegenüber dieser Anstalt bzw. dem Anstaltsträger³⁵.

In der Möglichkeit einer öffentlich-rechtlichen Regelung der Leistungsbeziehungen müssen für die Eigenbetriebe die Betriebsatzung und die Benutzungsordnung unterschieden werden³⁶. Die Leistungsverhältnisse eines Eigenbetriebes werden durch die Satzung in allen Beziehungen dem öffentlichen Recht unterstellt. Die Leistungsentgelte nehmen den Charakter von Gebühren an³⁷. Diese rechtlichen Beziehungen zwischen der Gemeinde und den Personen, die Lieferungen oder Leistungen des Eigenbetriebes in Anspruch nehmen, können nicht durch die Betriebsatzung geregelt werden, da diese allein die organisatorischen Beziehungen zwischen der Gemeinde und dem Eigenbetrieb bestimmt. Sollten dennoch auch die Leistungsbeziehungen in der Betriebsatzung geregelt worden sein, so handelt es sich dabei rechtlich um zwei verschiedene Satzungen: eine Eigenbetriebsatzung gem. § 74 nWGO und eine Ortssatzung zur Festsetzung der Benutzungsgebühren³⁸.

4. Unterscheidungskriterien

Rechtsprechung und Wissenschaft haben bestimmte Kriterien aufgestellt, die es möglich machen, das anstaltliche Leistungsverhältnis dem einen oder dem anderen Rechtsgebiet zuzurechnen. Nicht entscheidend können die Art der Einrichtung und die Zielsetzung des Unternehmens sein³⁹. Allerdings ist für die Rechtsnatur auch die geschichtliche Entwicklung der Einrichtung bedeutungsvoll⁴⁰. Dieses Kriterium kann jedoch nur subsidiär und in Zweifelsfällen verwandt werden.

Hat die Gemeinde die Leistungsbedingungen (Voraussetzungen, Umfang, Entgelt usw.) näher für alle Fälle geregelt, so wird man diese schriftlichen Bedingungen eingehender auf ihren Rechtscharakter prüfen müssen. Das Leistungsverhältnis ist dann öffentlich-rechtlich, wenn diese Bedingungen in einer Satzung geregelt sind und diese Satzung im förmlichen ordnungsmäßigen Wege erlassen worden ist⁴¹.

³³ *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 365 f.; *Becker*: Art. „Anstalten des öffentlichen Rechts“ in HdSW, S. 209.

³⁴ In KomHdb. II, S. 845 f.; *Wolff*: Verwaltungsrecht II, § 99 I, S. 266.

³⁵ Verwaltungsgerichtliche Klagen, z. B. bei Wassergebührenerhebung, sind gegen die Werkleitung zu richten, weil die Gebührenerhebung zur laufenden Betriebsführung gehört; OVG Münster VwRspr. 12, 728.

³⁶ *Heymann*: Wesen der öffentlichen Anstalt, S. 141.

³⁷ Dabei ist es gleichgültig, ob die Gemeinde sie in der Satzung als Gebühren bezeichnet.

³⁸ BayVGH bayVwBl. 1959, 30; *Zeiß*: Eigenbetriebsrecht, S. 113 f.

³⁹ BGHZ 16, 111; BGH JZ 1962, 217.

⁴⁰ BadVGH DVBl. 1955, 745; heVGH VwRspr. 10, 115.

⁴¹ *Zeiß*: Eigenbetriebsrecht, S. 137.

Die Satzung ist das eigentliche öffentlich-rechtliche Gestaltungsmittel der Gemeinde, mit dem sie die Rechtsbeziehungen zu den Leistungsempfängern hoheitlich regelt. Ein durch eine Satzung geregeltes Benutzungsverhältnis ist deshalb immer öffentlich-rechtlich⁴². Sind die näheren Bedingungen dagegen nur in allgemeinen Geschäftsbedingungen festgelegt, so gehört das Leistungsverhältnis dem privaten Recht an⁴³. Dem als Eigenbetrieb organisierten Wirtschaftsunternehmen der Gemeinde ist es wie jedem privaten Wirtschaftsunternehmen möglich, eine generelle, allen Vertragsbeziehungen zugrunde liegende Regelung zu treffen. Der Hinweis auf eine vorhandene generelle Festlegung der Benutzungsbedingungen genügt nicht, um daraus auf ein öffentlich-rechtliches Leistungsverhältnis schließen zu können⁴⁴. Vielmehr muß bestimmt werden, ob die Festlegung eine förmliche Satzung oder eine Zusammenfassung der allgemeinen Geschäftsbedingungen darstellt.

Zur Bestimmung des Leistungsverhältnisses wird häufig der Rechtscharakter der Gegenleistung herangezogen. Wenn diese Gegenleistung als „Gebühr“ bezeichnet und für ihre Beitreibung auf die Möglichkeit des Verwaltungszwanges hingewiesen wird, soll auch das zugrunde liegende Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht zuzurechnen sein. Diese Begründung ist in zweifacher Hinsicht unsicher. Aus dem Rechtscharakter der Gegenleistung läßt sich das Rechtsverhältnis häufig deshalb nicht bestimmen, weil gerade die Gegenleistung in ihrem Rechtscharakter zweifelhaft ist⁴⁵. Eine „Gebühr“ muß nicht immer die öffentlich-rechtliche Gebühr, sondern kann auch ein privatrechtliches Entgelt bezeichnen⁴⁶.

Die Beitreibung im Verwaltungszwangsverfahren zur Vollstreckung von Geldforderungen bietet auch nur ein unvollkommenes Kriterium, weil nach § 1 nWVw-VollstrG auch die Beitreibung privatrechtlicher Forderungen möglich und zulässig ist, soweit diese Beitreibung gesetzlich vorgesehen ist⁴⁷. Wird dagegen der ordentliche Rechtsweg für die Gegenleistung vorgesehen, so spricht dies mit Sicherheit für ein privatrechtliches Leistungsverhältnis⁴⁸.

Ohne nähere Begründung stellt *Forsthoff*⁴⁹ fest, daß ein privatrechtlicher Nutzungscharakter zu vermuten ist, wenn ein Unternehmen der Eigenbetriebsverordnung untersteht. Umgekehrt glaubt *Bischoff*⁵⁰, daß im Rahmen der Daseinsvorsorge für den Eigenbetrieb nur ein öffentlich-rechtliches Leistungsverhältnis möglich ist. Die Prüfung der Leistungsbeziehungen der Eigenbetriebe hat aber ergeben, daß diese Rechtsverhältnisse öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich sein können.

⁴² BayVGH bayVwBl. 1955, 59; heVGH VwRspr. 10, 115; rhpOVG VwRspr. 13, 707; *Siebert* DOV 1959, 735.

⁴³ Diese werden meist allgemeine Lieferungsbedingungen genannt: *Zeiß*: Eigenbetriebsrecht, S. 135.

⁴⁴ BayVfGH bayVwBl. 1956, 275.

⁴⁵ *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 439.

⁴⁶ *Wolff* AöR 76 (1950/51), 216.

⁴⁷ Ein Fall einer gesetzlich ausdrücklich zugelassenen Verwaltungsvollstreckung privatrechtlicher Forderungen ist § 90 KAG; OVG Münster DVBl. 1960, 180 f. = VwRspr. 12, 509.

⁴⁸ *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 361.

⁴⁹ Lehrbuch, S. 360 Anm. 4.

⁵⁰ AöR 81 (1956), 71.

Die Sicherung der institutionalisierten Zweckbindung

§ 13 Die Sicherung in der Rechtsform des Unternehmens

Die Bindung der Kommunalwirtschaft an einen öffentlichen Zweck und die Qualifizierung kommunaler Wirtschaftstätigkeit als öffentliche Verwaltung sind nur dann von einem über das Theoretische hinausgehenden Wert, wenn sich aus ihnen praktisch wirksame und wirkende Rechtsfolgen ableiten lassen. Es stellt sich deshalb die Frage nach der Effektivierung und Sicherung der institutionalisierten Zweckbindung der Kommunalwirtschaft¹.

Das Kommunalrecht selbst sieht dafür nur die Anzeigepflicht der Gemeinden in § 70 nWGO vor. Wenn die Gemeinde sich wirtschaftlich betätigen will, so muß sie dies mindestens 6 Wochen vorher der Aufsichtsbehörde anzeigen. Aus der Anzeige muß zu ersehen sein, ob die gesetzlichen Voraussetzungen des § 69 I nWGO erfüllt sind. Dadurch wird die Aufsicht der kommunalen Aufsichtsbehörde im Rahmen einer Rechtmäßigkeitskontrolle erleichtert².

Die Organisationsform der kommunalen Wirtschaftsunternehmen kann selbst nicht als Sicherung der Zweckbindung angesehen werden. Die nWGO schreibt kein verbindliches Organisationsmodell für die Unternehmen vor, so daß die Gemeinde auf die möglichen Organisationsformen des Privatrechts ausweichen kann³. Aber auch der Eigenbetrieb ist als nicht-rechtsfähige öffentliche Anstalt nicht schon kraft dieser Unternehmensform auf die Verfolgung öffentlicher Zwecke oder die Ausschaltung des Erwerbsprinzips beschränkt, denn das gehört nicht zu den Elementen der öffentlichen Anstalt⁴. Auch die in der nWEigVO festgelegten Grundsätze der Wirtschaftsführung eines Eigenbetriebes sind rein technischer Art und dienen allein der Befreiung dieser Unternehmen von den Fesseln des Kameralismus⁵. Die privatrechtlichen Unternehmensformen schließlich bieten ebenfalls keine Gewähr für die Sicherung der institutionalisierten Zweckbindung.

Die Rechtsformen der kommunalen Wirtschaftsunternehmen können aus diesen Gründen nicht als wirksame Sicherung der in § 69 I ausgesprochenen Zweckbindung angesehen werden.

¹ *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 600; *Schürmann* ZfSchweizR 72 (1953), 168 a ff.

² Jede wirtschaftliche Betätigung ohne die Voraussetzungen des § 69 I nWGO kann von der Aufsichtsbehörde als Rechtsverletzung beanstandet werden; *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 592; *Blawn* DVBl. 1958, 668.

³ Allerdings läßt § 87 I Ziff. 2 bWGO eine Bevorzugung des Eigenbetriebes erkennen, denn die Beteiligung an rechtlich selbständigen Unternehmen ist nur zulässig, wenn „der öffentliche Zweck nicht ebensogut durch einen Eigenbetrieb erfüllt wird oder erfüllt werden kann“.

⁴ S. o. S. 57.

⁵ *Köttgen*: Wirtschaftliche Betätigung, S. 605.

Köttgen⁶ will schließlich in den Einflußrechten der Gemeinde auf die Unternehmensführung, gerade bei den in die Gesellschaftsorgane entsandten Kommunalvertretern, eine Garantie dafür sehen, „daß sie den vom Gesetzgeber mit der Bindung an einen öffentlichen Zweck geforderten Verwaltungsstil wirksam zu garantieren vermögen“. Diese Argumentation Köttgens wird aber der wahren Interessenslage nicht gerecht: Da die Gemeinde zu den Beteiligten gehört, die möglicherweise die öffentliche Zweckbindung der Kommunalwirtschaft durchbrechen könnten, dürfen die Einflußrechte der Gemeinde auf die Wirtschaftsführung nicht als Garantie dieser Zweckbindung angesehen werden.

§ 14 Die Sicherung durch Abwehrrechte der Privatwirtschaft

Zur Sicherung der öffentlichen Zweckbindung der Kommunalwirtschaft und der Einhaltung der Vorschriften des § 69 I nwGO würde es notwendig beitragen, wenn die Privatwirtschaft oder einzelne betroffene Privatunternehmer gegen eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb ihrer durch § 69 I nwGO gezogenen Grenzen Abwehrrechte geltend machen könnten. Die Frage, ob solche Rechte bestehen und wie und wo sie geltend gemacht werden können¹, wäre es wert, ihr bis in die Einzelheiten nachzugehen. Eine solche Untersuchung würde sich jedoch, da sie auf die Lehre von den Berechtigungen der Zivilpersonen² eingehen müßte, zu sehr von den in dieser Schrift gestellten Problemen entfernen.

Das Urteil des bayVGh vom 16. 1. 1957³ und das des BGH vom 2. 5. 1961⁴, die sich beide mit dem Rechtscharakter der einschränkenden Vorschriften über die Kommunalwirtschaft befassen, erfordern dennoch eine kurze Stellungnahme.

Der bayVGh prüft, ob der Gesetzgeber dem einzelnen Gewerbetreibenden eine im Klagewege verfolgbare Rechtsstellung gegenüber Verletzungen der einschlägigen Bestimmungen durch die Gemeinde hat einräumen wollen. Das ist nach Meinung des Gerichts nur möglich, wenn „die Norm dem einzelnen ein subjektives öffentliches Recht verleiht“⁵. Art. 75 bayGO „enthält jedoch nur allgemeine Grundsätze, räumt aber keine subjektiven Rechte ein“⁶. Hiergegen kann aber eingewandt werden, daß die Rechtsprechung⁷ und die überwiegende Meinung⁸ auch Berechtigungen und rechtlich geschützte Interessen als Rechte im Sinne der VwGO ansehen und bei ihrer Verletzung eine Klage für zulässig und begründet halten.

⁶ Wirtschaftliche Betätigung, S. 609–611.

¹ Es könnte z. B. eine Unterlassungsklage vor dem Zivil- oder Verwaltungsgericht möglich sein: Rupp DVBl. 1958, 113; BGH (GZS) NJW 1961, 661.

² Dazu Wolff: Verwaltungsrecht I, § 43, S. 216–230.

³ BayVwBl. 1959, 90 = DOV 1959, 238.

⁴ JZ 1962, 218 = DVBl. 1962, 104.

⁵ BayVwBl. 1959, 91.

⁶ BayVwBl. 1959, 92.

⁷ BVwG DVBl. 1959, 63.

⁸ Koehler: Kommentar, § 42 Anm. C IV 4 mit zahlreichen weiteren Angaben; Eyermann-Fröhler: Kommentar, § 42 Anm. 97, 113; Maunz-Dürig: Kommentar, Art. 19 IV, RdNr. 33.

Der BGH hat in seinem Urteil zu § 69 I nwGO entschieden, daß diese Bestimmung kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB ist und der durch das kommunale Unternehmen geschädigte Privatunternehmer deshalb auch keine Schadensersatzansprüche gegen die Gemeinde geltend machen kann. Der BGH begründet dies damit, daß § 69 I nwGO kein bestimmtes, dem Schutzzweck dienendes Ge- und Verbot enthält.

Zu Recht hat der BGH nur die Vorschriften als Schutzgesetze im Sinne des § 823 BGB angesehen, die neben dem Schutz der Allgemeinheit zumindest auch einen solchen individuell bestimmbarer natürlicher oder juristischer Personen bezwecken. Das Gesetz muß für einen bestimmten Personenkreis gerade den Schutz verfolgen, der von dem Kläger vor Gericht beansprucht wird⁹. Die Gesetzesgeschichte des § 69 I nwGO zeigt aber – auch nach Meinung des BGH¹⁰ –, daß die einschränkenden Bestimmungen auch zum Schutze der Privatwirtschaft aufgestellt wurden und die Verschärfung in § 69 I nwGO gegenüber § 67 DGO auf starke Vorstellungen und Einflüsse der Privatwirtschaft zurückgeht. Aus § 69 I nwGO kann auch entgegen der Ansicht des BGH ein Verbot entnommen werden: Die Gemeinden dürfen sich wirtschaftlich nicht betätigen, wenn die genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind¹¹. Eine strafrechtliche Sanktion ist nicht Voraussetzung eines Verbotsgesetzes nach § 823 II BGB.

Private Unternehmen, die durch eine kommunale Wirtschaftsbeschäftigung außerhalb des § 69 I nwGO geschädigt worden sind, sollen von der Gemeinde über § 823 II BGB Schadensersatz verlangen können¹². Das OLG München¹³ schließlich nimmt einen Eingriff in einen gem. § 823 I BGB geschützten Gewerbebetrieb an, wenn sich die öffentliche Hand außerhalb des gesetzlich normierten Wirkungsbereiches des Trägers des öffentlichen Unternehmens wirtschaftlich betätigt.

§ 15 Die Sicherung im Recht der Leistungsverhältnisse

Köttgen fragt in seiner Schrift über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, „ob wenigstens die Vollzugsbedingungen einer wirtschaftlichen Betätigung ... so gestaltet wurden, daß sie den vom Gesetzgeber mit der Bindung an einen öffentlichen Zweck geforderten Verwaltungsstil wirksam zu garantieren vermögen“¹.

⁹ BGHZ 28, 360.

¹⁰ JZ 1962, 218 f.; a. A. bayVGh bayVwBl. 1959, 92.

¹¹ Gönnerwein in Anm. zu BGH JZ 1962, 219.

¹² Masson in Anm. zu bayVGh bayVwBl. 1959, 93; Adam bayVwBl. 1962, 141; Helmreich-Widmann: Kommentar, Art. 75 Anm. 11. Gönnerwein in Anm. zu BGH JZ 1962, 219 gibt eine Amtshaftungsklage gem. § 839 BGB/Art. 34 GG gegen die Kommunalaufsichtsbehörde. Köttgen: Daseinsvorsorge, S. 66 Anm. 29, hält eine Verfassungsbeschwerde beim BVfG unter Berufung auf Art. 2 GG für möglich. Bobley bayVwBl. 1959, 323, sieht in Art. 75 bayGO den Schutz zwar der Privatwirtschaft insgesamt, nicht aber des einzelnen Gewerbetreibenden.

¹³ NJW 1958, 1298.

¹ Wirtschaftliche Betätigung, S. 611.

Wenn Kötting² für die Kommunalwirtschaft „ihre substantielle Zugehörigkeit zur Gemeindeverwaltung“ proklamiert, so will er doch daraus für das Recht der Leistungsverhältnisse keine Folgerungen ziehen. Ein Verwaltungsprivatrecht, das sich für einen Verwaltungsträger als ein durch den verfolgten öffentlichen Zweck modifiziertes Recht der Leistungsverhältnisse darstellen könnte, lehnt er ab, weil es den geltenden Rechtsgrundsätzen nicht bekannt sei³. Zwar erfordere der Grundsatz der Zweckbindung ein besonderes Recht der kommunalen Wirtschaftsunternehmen, doch habe der Gesetzgeber bisher nicht die daraus gebotenen Konsequenzen gezogen. Bei Kötting scheint deshalb der öffentliche Zweck nur eine „zeichenhafte Bedeutung“ zu haben⁴.

Im folgenden soll die Frage nach den Vollzugsbedingungen, den Leistungsverhältnissen⁵ einer Kommunalwirtschaft im Rahmen des § 69 I nWGO erneut gestellt und unter dem bisherigen Ergebnis beantwortet werden, daß Kommunalwirtschaft entweder öffentlich-rechtliche Verwaltung oder aber auch privatrechtliche, fiskalische Verwaltung in unmittelbarer Zweckverfolgung ist.

I. bei öffentlich-rechtlichem Leistungsverhältnis

Das Problem der Sicherung der öffentlichen Zweckbindung wird bei einem öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnis zu der Frage nach dem Rechtsschutz für den Leistungsempfänger. Wurde früher im besonderen Gewaltverhältnis – die öffentlich-rechtlichen Leistungsbeziehungen zu einer Anstalt begründen ein solches Verhältnis⁶ – jeder Verwaltungsrechtsschutz grundsätzlich versagt⁷, so geht es heute viel mehr um den Umfang dieses Schutzes⁸.

Jede Anordnung eines Anstaltsorgans, durch welche der Leistungsempfänger oder Benutzer dieser Anstalt zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet wird, stellt sich als Verwaltungsakt im Sinne der VwGO dar⁹. Gegen diesen Verwaltungsakt kann der Leistungsempfänger auch innerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses seiner Anstaltsbeziehungen zu dem Eigenbetrieb vorgehen. Eine andere Meinung¹⁰ will aber auch im Anstaltsverhältnis – entsprechend dem Beamtenverhältnis – eine Unterscheidung treffen zwischen den Regelungen, die lediglich den Lebensablauf in dem Gewaltverhältnis bestimmen, und denen, die die Begründung, Beendigung, inhaltliche Änderung des Anstaltsverhältnisses herbeiführen. Nur im letzteren Falle seien verwaltungsgerichtlich anfechtbare Verwal-

tungsakte vorhanden. Dieser Lehre vom „Betriebsverhältnis“ im anstaltlichen besonderen Gewaltverhältnis kann aber nicht zugestimmt werden. Sie ist zu formalistisch, um den verschiedenartigen Äußerungen des öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnisses gerecht zu werden, und zu unklar, um eindeutige Entscheidungen treffen zu können¹¹.

Es wird deshalb an der Auffassung festgehalten, daß jede der bezeichneten Anordnungen ein Verwaltungsakt ist. Die Schwierigkeit des Rechtsschutzes liegt erst in der Feststellung, ob der Anstaltsbenutzer durch diesen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt wird¹². Zum Wesen des besonderen Gewaltverhältnisses gehört es, daß in ihm Verpflichtungen bestehen, die über die staatsbürgerlichen Pflichten hinausgehen. Die Inanspruchnahme des Benutzers einer öffentlichen Anstalt auf Grund dieser erhöhten Pflichten kann diesen deshalb in seinen Rechten nicht verletzen.

Die Grenzen der Anstaltsgewalt sind zugleich die Grenzen der erhöhten Pflichtigkeit. Jede darüber hinausgehende Anordnung verletzt die Rechte des Anstaltsbenutzers und Leistungsempfängers. Die Anstaltsgewalt aber ist in ihrer Ausübung an den Zweck der Anstalt und seine Erfüllung gebunden¹³. Zwar ist der Anstalts-träger befugt, kraft seiner Autonomie die Anstaltsordnung und damit die Leistungsbeziehungen zu ändern, doch finden diese Eingriffe ihre Rechtfertigung nur in der Notwendigkeit für die Erreichung des Ziels, dem die Anstalt gewidmet ist¹⁴. Es ist nicht so, wie der BGH noch in seinem Urteil vom 18. 11. 1955 entschieden hat¹⁵, daß es als ausreichend angesehen werden kann, „wenn eine in der Anstaltsordnung getroffene Regelung geeignet ist, dem Anstaltszweck zu dienen“. Nicht die Zweckgeeignetheit, sondern die Zwecknotwendigkeit ist für die Rechtmäßigkeit entscheidend¹⁶.

Diese Ausführungen ergeben, daß sich die Benutzungsordnung und die Einzelweisungen eines Eigenbetriebes an dem dem Eigenbetrieb vorgegebenen Zweck ausrichten müssen. Deshalb ist es unzulässig, mit einer bestimmten Regelung der Benutzungsordnung außerhalb des Anstaltszwecks liegende Verwaltungsziele oder sonstige Aufgaben erfüllen zu wollen¹⁷.

¹¹ Ausführlich Maunz-Dürig: Kommentar, Art. 19 Abs. IV, RdNr. 25: „Da es für die Zulässigkeit einer Klage genügen muß, wenn bei unterstellter Wahrheit des Klagevorbringens eine Rechtsverletzung in Betracht kommt, diese Rechtsverletzung aber auch im besonderen Gewaltverhältnis nicht ausgeschlossen werden kann, sind mithin alle Maßnahmen im besonderen Gewaltverhältnis, die eine potentielle Verletzung der Individual-sphäre in sich tragen, anfechtbar (vgl. BGHZ 10, 297) . . . Über die Begründetheit einer Klage ist damit natürlich noch nichts ausgesagt.“

¹² Wolff: Verwaltungsrecht II, § 99 II c, S. 267, und § 99 IV c, S. 273; Forsthoff: Lehrbuch, S. 371 f.; BVwG VwRspr. 7, 925; OVG Lüneburg OVGE 12, 386 f.; württbadVGH VwRspr. 10, 742 f.

¹³ Wolff: Verwaltungsrecht II, § 99 IV b, S. 270–273, zeigt die verschiedenen Schranken für die einzelnen Anstaltsarten.

¹⁴ BGH DOV 1958, 81 f.; OVG Berlin DVBl. 1958, 255, mit zustimmender Anm. von Kalisch.

¹⁵ NJW 1956, 548–550 = BGHZ 19, 132.

¹⁶ Wolff: Verwaltungsrecht II, § 99 IV c, S. 273.

¹⁷ WürttbadVGH VwRspr. 10, 744 f. mit ausführlichen Literaturangaben und Recht-

² Wirtschaftliche Betätigung, S. 594.

³ Wirtschaftliche Betätigung, S. 611; a. A. Forsthoff: Lehrbuch, S. 450: „auch in die privatrechtlich gestalteten Leistungsverhältnisse wirken die besonderen Bindungen . . . staatlichen Verwaltens hinein.“

⁴ Wirtschaftliche Betätigung, S. 612 f.

⁵ Zum Schweizer Recht gelten die Ausführungen von Schürmann ZfSchweizR 72 (1953), 179 a.

⁶ Wolff: Verwaltungsrecht II, § 99 IV, S. 270.

⁷ OVG Hamburg DVBl. 1956, 417.

⁸ Wolff: Verwaltungsrecht II, § 99 IV a und b, S. 270.

⁹ Forsthoff: Lehrbuch, S. 371; Wolff: Verwaltungsrecht II, § 99 IV a, S. 270.

¹⁰ Koehler: Kommentar, § 42 Anm. A IV 2, mit zahlreichen weiteren Literaturangaben.

II. bei privatrechtlichem Leistungsverhältnis

Die öffentliche Zweckbindung der Kommunalwirtschaft bedarf aber auch im Recht der privatrechtlichen Leistungsbeziehungen zwischen dem kommunalen Unternehmen und den Bewohnern der Gemeinde einer Sicherung. Zwar sind die kommunalen Wirtschaftsunternehmen Verwaltungsträger, doch war es noch unter der Weimarer Verfassung durchaus anerkannt, daß die fiskalische Verwaltung grundrechtsfreie Verwaltung sei. Öffentlich-rechtliche Bindungen standen einem Verwaltungshandeln in den Formen des Privatrechts nicht im Wege¹⁸.

Unter dem Grundgesetz haben aber Verwaltungslehre und Rechtsprechung den Bereich der fiskalischen Verwaltung differenziert. Für den Bereich der fiskalischen Verwaltung in unmittelbarer Verfolgung öffentlicher Zwecke und Aufgaben sollen öffentlich-rechtliche, insbesondere grundrechtliche Bindungen gelten¹⁹, weil sich der Staat und die Verwaltungsträger durch bloße Auswechslung der Rechtsformen nicht ihrer öffentlich-rechtlichen Verantwortung entziehen dürfen. Die „Flucht aus der Hoheitsgewalt“ soll verhindert werden²⁰.

Auch die kommunalwirtschaftliche Betätigung ist, gerade soweit sie sich im privatrechtlichen Leistungsverhältnis vollzieht, fiskalische Verwaltung in dieser unmittelbaren Zweckverfolgung²¹. Für die Kommunalwirtschaft ist deshalb die Lehre vom Verwaltungsprivatrecht als einem modifizierten Privatrecht von entscheidender Bedeutung²².

§ 16 Das Verwaltungsprivatrecht in der Kommunalwirtschaft

Die Kommunalwirtschaft ist kraft ihrer öffentlichen Zweckbindung aus dem Bereich der Erwerbswirtschaft herausgerückt und „in den Leistungszusammenhang der gemeinwohlverpflichteten öffentlichen Verwaltung überführt“¹. Deshalb erfüllt das gemeindliche Wirtschaftsunternehmen in und mit seinen Leistungen bestehende Verwaltungsaufgaben unmittelbar gegenüber dem Leistungsempfänger als Mitglied des Gemeinwesens². Die Entwicklung der Rechtsprechung geht dahin, in diesem

sprechungsnachweisen. So zitiert *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 366 Anm. 1, eine Entscheidung des bayObLG vom 5. 4. 1933: Eine Stadt hatte in einem Nachtrag zu den Benutzungsanordnungen der städtischen Gasanstalt und der städtischen Elektrizitätswerke die Liefersperre gegen solche Abnehmer vorgesehen, welche hartnäckig den Anordnungen des Wohnungsamts zuwider handeln.

¹⁸ Ausführliche Literaturangaben bei *Maunz-Dürig*: Kommentar, Art. 1 Abs. III, RdNr. 134 Anm. 1; *Wertenbruch* JuS 1961, 105; *Zeidler* in VVDStRL 19, S. 216 Anm. 29 und S. 231.

¹⁹ Inzwischen wollen *Löw* DÖV 1957, 880, *Zeidler* und *Mallmann* in VVDStRL 19, S. 165 bis 241, die Grundrechtsbindung über die ganze fiskalische Verwaltung ausdehnen.

²⁰ *Naumann* zitiert bei *Maunz-Dürig*: Kommentar, Art. 1 Abs. III, RdNr. 134; *Forsthoff*: Lehrbuch, S. 450.

²¹ S. o. S. 41.

²² *Linde* in „Kommunalwirtschaft“ 1962, S. 84, sieht in den Grundrechten Ansatzpunkte einer Grenzziehung für die wirtschaftliche Betätigung.

¹ *Stern* bayVwBl. 1962, 130.

² BGH DVBl. 1962, 298, Leitsatz 1.

*Bereich eine Bindung des Verwaltungsträgers anzuerkennen und ein besonderes Verwaltungsprivatrecht³ gelten zu lassen, obwohl sich die Erfüllung der Verwaltungsaufgabe in privatrechtlichen Formen vollzieht⁴.

1. seine Begründung

Diese Bindung des einen Vertragsteils in einem kommunalwirtschaftlichen Leistungsverhältnis an außervertragliche und außerprivatrechtliche Vorschriften bedarf gerade deshalb der Begründung, weil sie das traditionelle Bild des Privat- und Vertragsrechts als eine Rechtsbeziehung zwischen gleichgeordneten Rechtssubjekten zum Teil aufhebt. Es ist die Konsequenz des Verwaltungsprivatrechts, daß das Gericht im Streitfall für den einen Vertragspartner – das Verwaltungsobjekt – ein inhaltlich zum Teil anderes Recht anwendet als für den anderen – den Privatmann⁵. Die Begründung des Verwaltungsprivatrechts wird deshalb auch durchaus nicht einheitlich geführt.

1. aus dem Verbot des „venire contra factum proprium“

*Dürig*⁶ und *Peters*⁷ wollen eine formell privatrechtliche Verwaltung, die unmittelbar öffentlichen Zwecken dient, über das Verbot des „venire contra factum proprium“ und nach den Grundsätzen einer unzulässigen Umgehung der Rechtsform bestimmten öffentlich-rechtlichen Bindungen unterwerfen. Dem privatrechtlich handelnden Verwaltungsträger soll hiermit verwehrt werden, sich auf die Freiheiten des privatrechtlichen Rechtsverkehrs zu berufen, falls er bei hoheitlichem Handeln gerade in den umstrittenen Verhaltensweisen einer verwaltungsrechtlichen Bindung oder einer zwingenden Norm des Verfassungsrechts unterworfen wäre⁸.

*Dürig*⁹ erwähnt als Beispiel einer im Privatrecht durchsetzbaren Bindung des Verwaltungsträgers das Gebot der Gleichbehandlung aus Art. 3 GG, dessen Verletzung er u. a. als Monopolmißbrauch abwehren will. Ein Gleichbehandlungsgrundsatz ist aber kein auf das öffentliche Recht beschränktes Gebot, sondern gilt mit Einschränkungen auch im Privatrecht¹⁰. Außerdem setzt der Vorwurf eines Monopolmißbrauchs eine bestimmte Monopolsituation voraus.

Eine solche Bindung allein aus den Grundsätzen des Privatrechts ist aber auch

³ *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 23 II b, S. 87.

⁴ BGH DVBl. 1962, 299; BVwGE 5, 325; BVwGE 7, 180.

⁵ Mag dies bei einem privatrechtlich handelnden, aber öffentlich-rechtlich organisierten Hoheitsträger noch einleuchten, so bedeutet es bei den privatrechtlich organisierten Eigen-gesellschaften und gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen doch eine erhebliche Umwandlung bisheriger Anschauungen. Zu den Sonderregelungen des Privatrechts für Verwaltungsträger vgl. *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 23 I a 4, S. 84.

⁶ In *Maunz-Dürig*: Kommentar, Art. 1 Abs. III, RdNr. 135 b, besonders RdNr. 138 Anm. 2.

⁷ Diskussionsbeitrag in VVDStRL 19, S. 256.

⁸ *Dürig*: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, S. 189, besonders Anm. 70.

⁹ In *Maunz-Dürig*: Kommentar, Art. 1 Abs. III, RdNr. 138 Anm. 2.

¹⁰ Dazu s. u. S. 100.

nicht möglich, falls sie sich für den fiskalisch handelnden Verwaltungsträger nicht aus der Verfassung unmittelbar selbst ergibt. Der Gesetzgeber hat den Verwaltungsträgern die Wahl einer privatrechtlichen Handlungsform überlassen¹¹, die diese vorwiegend aus Gründen eines einfacheren und schnelleren Wirtschaftsverkehrs, nicht aber zur Umgehung der Grundrechte wählen können. Deshalb liegt auch in der Wahl eines privatrechtlichen Leistungsverhältnisses allein noch keine unzulässige Rechtsausübung und kann das Verbot des „venire contra factum proprium“ nicht angewandt werden¹².

2. aus dem Geltungsbereich der Grundrechte

Des von *Dürig* vorgeschlagenen Umwegs, den privatrechtlich handelnden Verwaltungsträger mittelbar über das Verbot des „venire contra factum proprium“ an die Grundrechte zu binden, bedarf es nicht, wenn die Verfassung selbst eine unmittelbare Bindung der fiskalischen Verwaltung vorsieht, die unmittelbar öffentliche Zwecke verfolgt. Selbst bei der weitgehenden Übereinstimmung in Literatur und Rechtsprechung, diesen Bereich der fiskalischen Verwaltung den Grundrechten zu unterwerfen, bleibt doch der konstruktive Weg umstritten. Für den konstruktiven Weg dieser Grundrechtsbindung werden zwei verschiedene Meinungen vertreten¹³: einerseits die Lehre von den Grundrechten als wertausfüllenden Grundlagen der Generalklauseln des BGB und andererseits die Lehre von der Auslegung der „vollziehenden Gewalt“ in Art. 1 III GG.

a) die wertausfüllenden Grundrechte

Einen konstruktiven Weg zur Sicherung der notwendigen „Einheit des Gesamtrechts in der Rechtsmoral“¹⁴ schlägt *Dürig* vor, durch den er die Eigenständigkeit des Privatrechts unbedingt bewahren will. Eine direkte Grundrechtsanwendung auch für den fiskalisch und in unmittelbarer Zweckverfolgung tätig werdenden Verwaltungsträger lehnt *Dürig* ab, weil es für diese Anwendung auf die Handlungsform des Verwaltungsträgers ankommt und unmittelbar nur privatrechtliche Normen angewandt werden dürfen, wenn sich das Leistungsverhältnis zwischen dem Verwaltungsträger und dem einzelnen Leistungsempfänger in privatrechtlichen

Formen abwickelt. *Dürig*¹⁵ tritt jedoch für eine mittelbare Anwendung der Grundrechte ein. Den Grundrechten soll in dem Bereich, in dem ein Verwaltungsträger in privatrechtlichen Formen unmittelbar öffentliche Zwecke verfolgt, „mittelbar über die wertausfüllungsfähigen und -bedürftigen Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts“ Eingang verschafft werden¹⁶. Einer „doppelten Moral“ der Verwaltungsträger, etwa durch Monopol- oder Rechtsformenmißbrauch, will *Dürig* durch eine extensive Auslegung und eine grundrechtsverbundene Erweiterung z. B. des § 826 BGB begegnen. Er sieht darin eine ausreichende Sicherung der Leistungsempfänger.

Für *Dürig* ist die Trennungslinie zwischen unmittelbarer und mittelbarer Grundrechtsbindung damit die zwischen öffentlicher und privater Rechtsform^{17, 18}.

b) die „vollziehende Gewalt“ in Art. 1 III GG

Der andere Weg zu einer grundrechtlichen Bindung der als unmittelbare öffentliche Verwaltung gekennzeichneten Kommunalwirtschaft in ihren privatrechtlichen Formen führt über eine Auslegung der „vollziehenden Gewalt“ in Art. 1 III GG. Nach dieser Vorschrift binden die Grundrechte die vollziehende Gewalt als unmittelbar geltendes Recht. Das Schrifttum läßt auch hier zwei voneinander verschiedene Meinungsgruppen erkennen, die auch in ihren Ergebnissen erheblich voneinander abweichen können.

Auf der einen Seite steht vor allem *Bachof* mit seiner Interpretation der vollziehenden oder öffentlichen Gewalt. Nach seiner Meinung übt der Staat dort öffentliche Gewalt aus, wo er „als Vergeber existentieller Leistungen auftritt oder wo er rechtliche oder faktische Monopole innehat“¹⁹. Dabei ist es dann gleichgültig, welcher Rechtsformen sich der Staat im einzelnen bedient. Das Kriterium einer Grundrechtsbindung findet *Bachof* in der Vergabe existentieller Leistungen und in den rechtlichen oder faktischen Monopolen der Verwaltungsträger.

Der sich aufräugenden Frage nach den privatwirtschaftlichen Monopolen und ihren existentiellen Leistungen begegnet *Bachof* mit dem Hinweis, daß diese Monopolstellungen kraft eigener wirtschaftlicher Tätigkeit, mit wirtschaftskonformen Mitteln erlangt worden sind, der Staat aber seine wirtschaftliche Macht und kraft seines Besteuerungsrechts und anderer hoheitlicher Befugnisse mit wirtschaftsfremden Mitteln erlangt hat²⁰. Öffentliche und vollziehende Gewalt und öffentliche

¹¹ Das gilt insbesondere für das kommunale Wirtschaftsrecht. Die Freiheit der Organisationsformen bedingt notwendig auch die Freiheit der Handlungsformen.

¹² *Peters* in seinem Diskussionsbeitrag in VVDStRL 19, S. 256; *Löw* DOV 1957, 879.

¹³ Die zuerst von *Nipperdey* und dem 1. Senat des Bundesarbeitsgerichts vertretene Lehre von der sog. „Drittwirkung der Grundrechte“ berührt das Problem der Grundrechtsbindung des privatrechtlich handelnden Verwaltungsträgers nur zum Teil. (Umfangreiche Literaturangaben und eine ablehnende Kritik zur Drittwirkung finden sich bei *Maunz-Dürig*: Kommentar, Art. 1 Abs. III, RdNr. 126-131; für eine Drittwirkung tritt die Monographie von *Leisner*: Grundrechte und Privatrecht, ein.) Die Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte macht aus den Grundrechten als staatsgerichteten öffentlichen Rechten absolute, auch private einzelne und Gruppen bindende Rechte. In der Grundrechtsbindung des fiskalisch, in unmittelbarer öffentlicher Zweckverfolgung handelnden Verwaltungsträgers bleibt die Staatsgerichtetheit der Grundrechte aber erhalten.

¹⁴ *Dürig*: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, S. 177.

¹⁵ In *Maunz-Dürig*: Kommentar, Art. 1 Abs. III, RdNr. 138 und 133.

¹⁶ *Dürig* in *Maunz-Dürig*: Kommentar, Art. 1 Abs. III, RdNr. 138; *ders.*: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, S. 187; ähnlich BVfGE 7, 205 f. = NJW 1958, 257.

¹⁷ *Dürig*: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, S. 188 f.

¹⁸ Bei *Dürig* wird aber nicht deutlich, ob der Verwaltungsträger über diese mittelbare Grundrechtsbindung umfangreicherer und engeren Bindungen unterworfen wird als das Privatrechtssubjekt. Würde *Dürig* das bejahen, so müßte auch er zu einem zweistufigen Privatrecht kommen: das unter Privatrechtssubjekten und das zwischen einem Verwaltungsträger und einem Privatrechtssubjekt.

¹⁹ DOV 1953, 423; *ders.* in VVDStRL 12, S. 63-66; *ders.*: Diskussionsbeitrag in VVDStRL 19, S. 259 f.

²⁰ *Bachof* in VVDStRL 12, S. 64; *ders.* DOV 1953, 423 Anm. 14.

Macht setzt *Bachof* in Art. 1 III und 19 IV GG gleich und sieht diese Macht vor allem in der wirtschaftlichen Macht der Monopole verwirklicht²¹.

Mit der Ansicht von *Bachof* berühren sich auch die Ausführungen von *Leisner*²², der die Grundrechte überall dort eingreifen lassen will, wo ein Verwaltungsträger, „ein von der öffentlichen Hand privatrechtlich organisierter Rechtsträger einen Zustand geschaffen hat, der eine faktische Unterwerfung bedeutet und in den deshalb die Grundrechte eingreifen müssen: die Grundrechte sind nicht mehr gegen ein Mittel der Unterwerfung allein gerichtet, sie müssen immer gelten, wo ein Zustand unentrinnbarer Inferiorität geschaffen wird – dieses Ergebnis löst die Grundrechte aus der ausschließlich technisch der Hoheitsgewalt gegengerichteten Isolierung.“

Bachof und *Leisner* haben damit zu Recht die öffentliche und vollziehende Gewalt aus dem Zusammenhang mit den öffentlich-rechtlichen Handlungsformen gelöst²³ und den Weg für eine unmittelbare Anwendung der Grundrechte auch bei privatrechtlichen Handlungsformen geöffnet. Es geht jedoch zugleich „um die öffentlich-rechtlich zweckmäßigste und systemreinste Verhinderung des Ausweichens der öffentlichen Gewalt“²⁴. Deshalb bestehen einige Bedenken gegen die Lehre von *Bachof*.

Die Monopolstellung staatlicher und kommunaler Unternehmen und ihre existentiellen Leistungen beruhen durchaus nicht immer auf Besteuerungsrechten oder anderen hoheitlichen Befugnissen. Häufig halten sich diese auch finanziell abgetrennten und selbständigen Unternehmen aus ihren Überschüssen und eigenen Erträgen, mögen auch im Hintergrund die Steuermittel zum Auffangen des Unternehmens bereitstehen. Schließlich kann auch außerstaatliche Macht durch andere als „wirtschaftskonforme“ Mittel erlangt werden. Zudem lassen sich in der Lehre von *Bachof* die Fälle nicht erfassen, „in denen das öffentliche Gemeinwesen seine Leistungen nicht unmittelbar gewährt, sondern zwischen sich und den Empfänger einen anderen Rechtsträger, meist des Privatrechts, zwischenschaltet“²⁵.

Weiterhin kann die „Macht“ als politisch-soziologisches Phänomen nur die schon sehr schwierigen Abgrenzungsbemühungen vervielfachen. Die Bestimmung der Grundrechtsbindungen nach einer soziologischen Machtintensität muß zu einer starken Rechtsunsicherheit führen²⁶. Nach welchen Maßstäben soll ein Gericht entscheiden, und wo liegen die Grenzen zwischen dem Fall, in dem „der Staat in einem Laden ein paar Bleistifte kauft“, und dem, in dem er „Großbauten plant und

vergift“ und damit öffentliche Gewalt ausübt?²⁷ Diese von *Bachof* genannten Beispiele sind nur als Extreme eindeutig, bringen aber für andere Fälle kein hinreichendes Kriterium.

Die andere Lehre zur Interpretation der „vollziehenden Gewalt“ in Art. 1 III GG wird von *Wolff*²⁸, *Wertenbruch*²⁹, *Zeidler*³⁰ und *Löw*³¹ vertreten. Ihr hat sich auch die bisherige Rechtsprechung³² angeschlossen. Nach dieser Lehre wird der Begriff der vollziehenden Gewalt sowohl in formeller als auch in materieller Richtung ausgelegt.

„Vollziehende Gewalt“ ist deshalb zunächst jeder Verwaltungsträger. Diese Betrachtung entspricht einer historisch bedingten und anerkannten Gewaltenteilung, deren Funktionsbereiche „formal von der Organen und der diesen Organen positivrechtlich zugewiesenen Kompetenzen her bestimmt werden“³³. Diese formelle Interpretation ist erforderlich, weil allein ein Verwaltungsträger, nicht aber eine materiell bestimmbare Tätigkeit Anspruchspflichteter gegenüber den subjektiven öffentlichen Rechten der Staatsbürger sein kann³⁴. Auch die Grundgesetzänderung im Jahre 1956³⁵, die in Art. 1 III GG statt der „Verwaltung“ nunmehr die vollziehende Gewalt“ einführte, um auch die Streitkräfte zu erfassen, hat die notwendig formelle Interpretation nicht berührt. Über Art. 1 III GG wird deshalb jeder Verwaltungsträger an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden.

Der Begriff der vollziehenden Gewalt hat jedoch auch und vor allem einen materiellen Gehalt. Der Verwaltungsträger wird in der Tätigkeit grundrechtsgebunden, die sich als öffentliche Verwaltung darstellt. Der Bereich dieser materiell vollziehenden Gewalt geht über die öffentlich-rechtlichen Handlungsformen hinaus und erfaßt auch die privatrechtlichen Formen der Verwaltungstätigkeit. Nimmt ein Verwaltungsträger Verwaltungsaufgaben unmittelbar und in den Rechtsformen des Privatrechts wahr³⁶, so ist das vollziehende Gewalt, die an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden ist³⁷. Daß dieser Bereich, der als fiska-

²¹ Beispiele von *Bachof* in VVDStRL 19, S. 260.

²² *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 23 II a und b, S. 86 f.

²³ *Wertenbruch* JuS 1961, 109 f.

²⁴ *Zeidler* in VVDStRL 19, S. 226 f.

²⁵ *Löw* DOV 1957, 880.

²⁶ BGH NJW 1959, 431 = DVBl. 1959, 368; BGH JZ 1962, 176 (mit Anm. *Stern*) = DVBl. 1962, 298 (mit Anm. *Zeidler*) = NJW 1962, 196; OVG Münster DOV 1959, 155 = VwRspr. 11, 305.

²⁷ *Mauz-Dürig*: Kommentar, Art. 1 Abs. III, RdNr. 101.

²⁸ *Böckenförde*: Gleichheitssatz, S. 9.

²⁹ Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 19. 3. 1956 (BGBl. I S. 111).

³⁰ Wenn die Grundrechtsbindung auf die fiskalische Verwaltung in unmittelbarer Zweckverfolgung beschränkt wird, so rechtfertigt sich dies auch aus folgender Überlegung: Die Grundrechte bilden einen Schutz des Staatsbürgers, der von einer Verwaltungstätigkeit betroffen wird. Allein im Bereich der fiskalischen Verwaltung in unmittelbarer Zweckverfolgung ist aber der Staatsbürger als Leistungsempfänger zugleich Objekt der Wahrnehmung überindividueller, öffentlicher Angelegenheiten. Bei der fiskalischen Verwaltung in mittelbarer Zweckverfolgung aber ist der Leistungsempfänger nicht selbst Objekt der überindividuellen Verwaltungstätigkeit.

³¹ OVG Münster VwRspr. 11, 305.

²¹ Besonders deutlich in seinem Diskussionsbeitrag in VVDStRL 19, S. 259.

²² Grundrechte und Privatrecht, S. 207; ähnlich *Linde* in „Kommunalwirtschaft“ 1962, S. 85; *Bullinger*: Vertrag und Verwaltungsakt, S. 101 f.

²³ *Bachof* in VVDStRL 19, S. 260: „Entscheidend für die Grundrechtsbindung ist nicht allein und nicht einmal in erster Linie, ob öffentliche Aufgaben erfüllt werden, sondern die Tatsache, welche Mittel und welche faktischen Machtpositionen der Staat einsetzt.“

²⁴ *Dürig*: Grundrechte und Privatrechtsprechung, S. 187.

²⁵ Darin sieht auch *Bachof* selbst den Mangel seiner Theorie, in VVDStRL 12, S. 64; ders. DOV 1953, 423; dazu auch *Dürig*: Grundrechte und Privatrechtsprechung, S. 188. In VVDStRL 19, S. 260, will *Bachof* dagegen mit seiner Formel der vollziehenden Gewalt gerade auch die Bereiligungsunternehmen erfassen.

²⁶ *Dürig*: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, S. 188.

liche Verwaltung in unmittelbarer Zweckverfolgung gekennzeichnet wurde, direkter Bindung an die Grundrechte unterliegt, wird jetzt überwiegend anerkannt^{38, 39}.

II. seine Wirkung

Die Auswirkungen einer direkten Grundrechtsbindung für die Kommunalwirtschaft auch in ihren privatrechtlichen Leistungsbeziehungen lassen sich am Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG besonders deutlich aufzeigen. Die Entscheidungen des BGH vom 10. Dezember 1958⁴⁰ und des OVG Münster vom 14. Mai 1958⁴¹ sind jeweils zum Gleichheitsprinzip der Verfassung und zu seiner Geltung im Verwaltungsprivatrecht ergangen. Für das Privatrecht wird jedoch auch ein Gleichheitsgrundsatz aus eigener „Dignität“⁴² vertreten.

Die Unterschiede zeigen sich, wenn z. B. in einer Gemeinde ein privatwirtschaftliches und ein kommunalwirtschaftliches Unternehmen desselben Wirtschaftszweiges⁴³ bestehen und auch das Unternehmen der Gemeinde seine Leistungen auf Grund privatrechtlicher Verträge gewährt. Verweigern die Unternehmen einem Interessenten Vertragsabschluß und Leistung unter dem sachfremden Hinweis auf seine nicht genehme politische oder religiöse Einstellung oder auf seine Abstammung⁴⁴, so muß der Vorwurf einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes für beide Unternehmen nach verschiedenen Voraussetzungen geprüft werden.

Rechtsprechung und sonstige Literatur haben – vor allem in dem Gesellschafts- und Arbeitsrecht – ein eigenes Gleichbehandlungsprinzip des Privatrechts entwickelt⁴⁵. Dieses würde allein für das privatwirtschaftliche Unternehmen gelten können. Grundlage dieses Prinzips ist eine bereits bestehende Gemeinschaftsbindung innerhalb einer Mehrheit von Beteiligten⁴⁶ oder die Abhängigkeit einer durch gleichartige Beziehungen gebildeten sozialen Gruppe von den Leistungen eines Part-

ners⁴⁷. Nur in solchen Gruppen, „in denen eine gerechte Verteilung kraft Parteiautonomie wegen der Übermacht des Verteilenden nicht gewährleistet ist“⁴⁸, ist es gerechtfertigt, das dem Privatrecht zugrundeliegende Prinzip der Parteiautonomie durch das Gleichbehandlungsprinzip verdrängen zu lassen. Wenn aber in dem angeführten Beispiel ein weiteres Unternehmen gleicher Art in derselben Gemeinde besteht, ist eine Verletzung des privatrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes nicht gegeben, weil die Abhängigkeit des Interessenten von den Leistungen des Verteilenden, des privatwirtschaftlichen Unternehmens, nicht nachgewiesen werden kann.

Als Grundlage des in der Verfassung in Art. 3 GG begründeten Rechtsprinzips der Gleichbehandlung genügt eine „geometrische Gleichheit“⁴⁹. Dieses verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot ist verletzt, wenn Differenzierungen getroffen werden, für die ein sachlich zutreffender und einleuchtender Grund nicht besteht⁵⁰. Die Bindung an die Grundrechte im Verwaltungsprivatrecht verbietet deshalb für das kommunalwirtschaftliche Unternehmen sachlich nicht gerechtfertigte Unterschiede in der Gestaltung der privatrechtlichen Leistungsverhältnisse.

An diesem Beispiel zeigt sich, daß die Leistungsbeziehungen der kommunalwirtschaftlichen Unternehmen bei der Anwendung des Verwaltungsprivatrechts anderen, stärkeren Bindungen unterliegen als die Leistungsverhältnisse eines Unternehmens der Privatwirtschaft.

³⁸ Ob darüber hinaus auch die fiskalische Verwaltung in nur mittelbarer Zweckverfolgung, die Erwerbswirtschaft und die Hilfsgeschäfte der Verwaltungsträger, einer solchen Bindung unterliegen, ist zur Zeit lebhaft umstritten. Dagegen: *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 23 II a 1, S. 86. Mißverständlich könnte aber die Begründung sein: „weil sie nicht als Träger hoheitlicher Aufgaben und nicht unter Einsatz hoheitlicher Mittel auftritt“. Das Fehlen hoheitlicher Mittel ist gerade auch ein Zeichen des Verwaltungsprivatrechts. Wie *Wolff* auch der BGH NJW 1962, 196; *Wertenbruch* IuS 1961, 108 f. D a f ü r : *Löw* DÖV 1957, 880 f.; *Zeidler* in VVDtSRL 19, S. 232 ff. (*Zeidler* will allerdings die Erwerbswirtschaft herausnehmen); *Mallmann* in VVDStRL 19, S. 194 ff.; *Stern* in Anm. zu BGH JZ 1962, 182.

³⁹ Dieser Kontroverse kommt jedoch für die Kommunalwirtschaft keine Bedeutung zu: Die Kommunalwirtschaft und ihre Leistungsverhältnisse im Rahmen des § 69 I nWGO sind, falls sie sich nach dem Privatrecht bestimmen, immer fiskalische Verwaltung in unmittelbarer Verfolgung des vorgegebenen öffentlichen Zwecks.

⁴⁰ NJW 1959, 431. Das Urteil des BGH JZ 1962, 178, erging zu Art. 12 GG.

⁴¹ In VwRSpr. 11, 305.

⁴² *Raiser* JZ 1959, 422.

⁴³ Für Energieversorgungsunternehmen kann dieses Beispiel nicht gelten, da diese gem. § 6 I EnergG einer allgemeinen Anschluß- und Versorgungspflicht unterliegen.

⁴⁴ Dazu auch die Beispiele bei *Löw* DÖV 1957, 880.

⁴⁵ *Raiser* in Anm. zu BGH JZ 1959, 407 und 422; *Hueck*, *Goetz*: Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München-Berlin, 1958.

⁴⁶ *Hueck*: S. 127, 151, 161.

⁴⁷ *Raiser* in Anm. zu BGH JZ 1959, 407 f.

⁴⁸ *Raiser* JZ 1959, 422.

⁴⁹ *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 33 VI d.

⁵⁰ BVerfG NJW 1954, 65 = JZ 1954, 32; BVerfG DÖV 1957, 477; *Wolff*: Verwaltungsrecht I, § 33 VI c.

Zeiß, Das Eigenbetriebsrecht der gemeindlichen Betriebe

Unter besonderer Berücksichtigung der Eigenbetriebsverordnung Nordrhein-Westfalen. Kommentar von Rechtsanwalt Dr. F. Zeiß. 2. durchgesehene und erweiterte Auflage. 552 Seiten. Leinen DM 49.—

„Dieser Kommentar ist von einer erschöpfenden Vielseitigkeit und Gründlichkeit. Im Anhang finden sich Mustersatzungen und die sonst schwer greifbaren Vorschriften über die Konzessionsabgaben. Auch das Steuerrecht, das Energierecht und das Sozialrecht sind berücksichtigt. — Eine erfreuliche Leistung.“

Der Gemeinderat

Zeiß, Die Vermögensteuer der öffentlichen Unternehmen und Anstalten nach § 3a VStG

Kommentar. Von Rechtsanwalt und Wirtschaftsprüfer Dr. Friedrich Zeiß. Etwa 112 Seiten. DM 14.50

Das Steueränderungsgesetz vom 13. 7. 1961 hat die bisher für eine große Zahl von Unternehmen der öffentlichen Hand noch geltenden Vermögensteuerbefreiungen beseitigt oder doch wesentlich eingeschränkt. Diese Unternehmen, ihre Berater, aber auch die Finanzämter werden sich mit den speziellen Vermögensteuerfragen dieser Betriebe neu beschäftigen müssen. Für die Bearbeitung der allgemeinen Fragen liegen zwar die bekannten großen Kommentare vor. Ebenso wichtig ist aber eine ausführliche Erläuterung der neu eingeführten Befreiungsvorschriften des § 3 a VStG, aus denen sich der Umfang der Befreiung dieser Betriebe, aber auch ihre zukünftige Steuerpflicht ergeben.

Schmid, Gemeindegewirtschaftsrecht

Gemeindehaushaltsverordnung, Kassen- und Rechnungsverordnung, Rücklagenverordnung, Eigenbetriebsverordnung mit Ausführungsanweisungen und anderen Bestimmungen.

Von Präsident a. D. Carl Schmid, Stuttgart. 6. Auflage 1963. 489 Seiten. Kartonierte DM 16.80

Die Neuauflage, die wie bisher auch die zu den Verordnungen ergangenen Ausführungsanweisungen und ein synoptisches Stichwortverzeichnis enthält, beschränkt sich im wesentlichen auf die Wiedergabe der vom Reich erlassenen Bestimmungen. Soweit einzelne Verordnungen in einigen Ländern geändert oder auch neu gefaßt worden sind, sind auch diese Änderungen berücksichtigt. Auf den Abdruck der gänzlich neu gestalteten Verordnungen in Nordrhein-Westfalen und Hessen wird dagegen verzichtet.

Verwaltung und Wirtschaft

Schriftenreihe der Westfälischen Verwaltungs- und Wirtschaftsakademien

— Erschienen im W. Kohlhammer Verlag Stuttgart:

- Heft 3: **Amtsverband und amtsangehörige Gemeinde in ihrem Verhältnis zueinander.** Von Prof. Dr. Dr. R. Elleringmann. 1950.
43 Seiten. Kartonierte DM 3.—
- Heft 6: **Die Fragwürdigkeit der Regelung des Beschlußverfahrens im Lande Nordrhein-Westfalen.** Von Prof. Dr. Dr. R. Elleringmann. 1952.
14 Seiten. Kartonierte DM 2.—
- Heft 7: **Das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 fallenden Personen im Rahmen des Grundgesetzes.** Von Regierungsrat Dr. E. Jess. 1952.
49 Seiten. Kartonierte DM 3.50
- Heft 8: **Landschaftliche Selbstverwaltung. Wiederaufbau in Westfalen 1945 bis 1951.** Im Auftrage der Verwaltung des Provinzialverbandes Westfalen bearbeitet von Landesrat Dr. H. Nautin. 1952.
305 Seiten. 3 Karten. Kartonierte DM 14.—
- Heft 9: **Die niederländische Volkswirtschaft heute.** Von Dr. W. Kohte. 1954.
198 Seiten. Kartonierte DM 11.80
- Heft 10: **Öffentlich-rechtliche Entschädigung bei Nothilfe-Leistungen.** Von Assessor Dr. W. Barkhau. 1951.
126 Seiten. Kartonierte DM 7.50
- Heft 11: **Untersuchungen zur sachlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte im öffentlich-rechtlichen Bereich.** Von Professor Dr. F. Klein. 1954.
78 Seiten. Kartonierte DM 5.40
- Heft 12: **Das Verwaltungshandeln.** Von Prof. Dr. H. A. Simon. 1955.
XII und 162 Seiten. Kartonierte DM 10.80
- Heft 14: **Deutschlands verlorene Montanindustrie.** Herausgegeben von Prof. Dr. P. H. Seraphim. Mit Beiträgen von Berggraf a. D. Seidl, Prof. Dr. P. H. Seraphim und Ingenieur K. Tanzer. 1955.
88 Seiten. Kartonierte DM 5.—
- Heft 15: **Allgemeine und angewandte Volkswirtschaftslehre.** Von Prof. Dr. Dr. A. Hesse und Prof. Dr. P. H. Seraphim. 4. Auflage 1955.
IX und 256 Seiten. Kartonierte DM 7.—
- Heft 16: **Amtsverband und amtsangehörige Gemeinde im nordrhein-westfälischen Amtsbereich.** Von Prof. Dr. Dr. R. Elleringmann. 1956.
41 Seiten. Kartonierte DM 3.—

- Heft 17: **Verwaltung im Ruhrgebiet als Integrationsproblem.** Von Dr. F. Ronneberger. 1957.
X und 154 Seiten mit 13 Karten und einer Tabelle. Kartoniert DM 8.50
- Heft 19: **Der sachkundige Bürger im Gemeinderatsausschuß.** Von Dr. Hermann Fechtrop. 1957.
116 Seiten. Kartoniert DM 6.80
- Heft 20: **Kohlenpreise und Bergarbeiterlöhne im westdeutschen Steinkohlenbergbau.** Von Heinz Rupieper. 1957.
68 Seiten. Kartoniert DM 3.90
- Heft 21: **Die Begriffe „Gebietskörperschaft“ und „Gemeindeverband“ und der „Rechtscharakter der nordrhein-westfälischen Landschaftsverbände“.** Von Dr. W. Hoppe. 1958.
129 Seiten. Kartoniert DM 9.80
- Heft 22: **Grundbegriffe des BGB – Eine Einführung an Hand von Fällen.** Von Prof. Dr. H. Westermann. 2. Auflage 1960.
96 Seiten. Kartoniert DM 6.20
- Heft 23: **Bürgerliches Recht (I.–III. Buch des BGB) – Lehrbuch für Studierende der Verwaltungs- und Wirtschaftswissenschaften.** Von Syndikus Dr. Ernst D'ham. 1958.
233 Seiten. Kartoniert DM 9.80
- Heft 24: **Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung.** Von Dr. G. Janssen. 1961.
223 Seiten. Kartoniert DM 22.–
- Heft 25: **Grundgedanken des Bundesbaugesetzes.** Vier Vorträge von Staatssekretär Prof. Dr. W. Ernst, Liegenschaftsdirektor Prof. Dr. W. Bonczek, Rechtsanwalt Dr. F. Halstenberg, Ministerialrat Dr. W. Zinkahn. 1961.
79 Seiten. Kartoniert DM 5.50
- Heft 26: **Geschichte der Verwaltungsorganisation unter besonderer Berücksichtigung Preußens und der rheinisch-westfälisch-lippischen Lande.** Von M. Knaut. 1961.
100 Seiten. Kartoniert DM 11.80
- Heft 27: **Die gemeindliche Selbstverwaltung in den Vereinigten Staaten von Nordamerika.** Von Egon Körntgen. 1962.
48 Seiten. Kartoniert DM 5.80
- Heft 28: **Satzungsgewalt und Staatsaufsicht.** Eine kommunal- und sparkassenrechtliche Untersuchung. Von V. Lohr. 1963.
163 Seiten. Kartoniert DM 18.–
- Heft 29: **Die Unterbringung Obdachloser in privaten Räumen.** Von Hermann Hegel. 1963.
148 Seiten. Kartoniert DM 16.80



W. Kohlhammer Verlag Stuttgart