

Die Veröffentlichung des Werkes

„Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

Studien zum öffentlichen
Wirtschaftsrecht

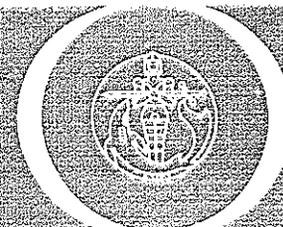
Herausgegeben von Professor Dr. jur. Rolf Stober



Winfried Kluth

Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme

Heymanns Verlag KG
Berlin Bonn München



16
R12

416

K 17

88 K 11/109

Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Professor Dr. jur. Rolf Stober

Band 5

Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme

Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden
und Gemeindeverbänden im Wettbewerb mit Privaten
im Bereich der Sozialwirtschaft
Zur Dogmatik der wirtschaftlichen Betätigung des
Staates

Von Dr. jur. Winfried Kluth



Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München



Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Kluth, Winfried:

Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme: Grenzen wirtschaftl. Betätigung von Gemeinden u. Gemeindeverb. im Wettbewerb mit Privaten im Bereich d. Sozialwirtschaft; zur Dogmatik d. wirtschaftl. Betätigung d. Staates / von Winfried Kluth. – Köln; Berlin; Bonn; München: Heymann, 1988

(Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht; Bd. 5)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1987

ISBN 3-452-21302-1

NE: GT

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung, der Wiedergabe auf photomechanischem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung vorbehalten.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Sommersemester 1987 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen worden.

Ihr Thema betrifft einen Bereich der Ordnungspolitik, in dem rechtliche Konturen zwar von vielen Ansatzpunkten aus entwickelt, nicht aber in einer systematischen Zusammenschau vereint worden sind. Es wird deshalb der Versuch unternommen, das Zusammentreffen wirtschaftlicher Aktivitäten des Staates und Privater übergeordneten Ordnungsprinzipien zuzuweisen. So sollen vereinheitlichende Kriterien für die Auslegung der öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normenkomplexe gewonnen werden, die die wirtschaftliche Betätigung steuern. Zugleich werden Elemente einer Dogmatik der wirtschaftlichen Betätigung des Staates entwickelt, die über die Kommunalwirtschaft hinaus allgemeine Bedeutung haben.

Die Beschäftigung mit dem Thema der Arbeit geht zurück auf Anregungen, die ich Herrn Professor Dr. *Wolfgang Harms* verdanke. Mein Dank gilt vor allem Herrn Professor Dr. *Hans-Uwe Erichsen*, der die Arbeit betreut und durch vielfachen kritischen Rat gefördert hat. Herrn Professor Dr. *Dirk Ehlers* danke ich für die Begutachtung als Zweitberichterstatter. Schließlich habe ich der Konrad-Adenauer-Stiftung für die Gewährung eines Promotionsstipendiums und Herrn Prof. Dr. *Rolf Stober* für die Aufnahme in die Schriftenreihe »Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht« zu danken.

Münster, im Mai 1988

Winfried Kluth

D 6

© Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988

ISBN 3-452-21302-1

Gedruckt von MVR-Druck, Köln

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
A) EINLEITUNG	1
I. UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND, METHODE UND BEGRIFFSKLÄRUNGEN	1
1. <i>Untersuchungsgegenstand und Methode</i>	1
2. <i>Begriffsklärungen</i>	3
a) <i>Wirtschaftliche Betätigung</i>	3
b) <i>Wirtschaftliches Unternehmen</i>	5
c) <i>Sozialwirtschaft</i>	7
d) <i>Wettbewerb</i>	7
II. GANG DER UNTERSUCHUNG	7
B) HAUPTTEIL	9
I. EINORDNUNG UND CHARAKTERISIERUNG DER WIRTSCHAFT- LICHEN BETÄTIGUNG UND DES WIRTSCHAFTLICHEN UNTER- NEHMENS IM STAATLICHEN HANDLUNGSINSTRUMENTARIUM	9
1. <i>Strukturmerkmale des Staats- und Verwaltungshandelns: Das Zweck-Mittel-Schema</i>	9
2. <i>Zwecke und Mittel der wirtschaftlichen Betätigung</i>	10
a) <i>Wirtschaftliche Betätigung als selbständiger Zweck</i>	10
b) <i>Typologie der Zwecke wirtschaftlicher Betätigung</i>	11
(1) <i>Elementarversorgung</i>	11
(2) <i>Sozialleistungen</i>	12
(3) <i>Kultur - Freizeit - Erholung</i>	12
(4) <i>Eigenbedarf und Randnutzung</i>	12
c) <i>Wirtschaftliche Betätigung und wirtschaftliches Unternehmen</i>	12
3. <i>Das wirtschaftliche Unternehmen im Verwaltungsaufbau</i>	13
a) <i>Rechtlich unselbständige Unternehmensformen: Regie- und Eigenbetrieb</i>	13
(1) <i>Der Regiebetrieb</i>	13
(2) <i>Der Eigenbetrieb</i>	14
b) <i>Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Unternehmensträger</i>	14
c) <i>Eigengesellschaften</i>	16

(1) Staatsgewalt und Privatrechtsform	16
(a) Begriff und Funktion der juristischen Person	17
(b) Gründungsformen juristischer Personen	17
(2) Handlungsqualität der Eigengesellschaften	18
(3) Organisatorische Verortung der Eigengesellschaften	19
d) Beteiligungsgesellschaften	21
(1) Gemischt-öffentliche Beteiligungsgesellschaften	21
(2) Gemischt-wirtschaftliche Beteiligungsgesellschaften	21
III. DIE WIRTSCHAFTLICHE BETÄTIGUNG DER KOMMUNEN IM SPANNUNGSFELD VON STAAT UND GESELLSCHAFT	23
I. Staat und Gesellschaft - Rechtsinstitute zu ihrer Abgrenzung	23
a) Zur Erforderlichkeit der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft	23
b) Die verfassungsgeschichtliche Entwicklung und Wandlung	23
c) Die einzelnen Rechtsinstitute	26
d) Partizipation und Markt als Ordnungsprinzipien von Staat und Gesellschaft	26
e) Markt und Partizipation im Bereich der Sozialwirtschaft	29
f) Die Kommune als Wettbewerber	31
2. Die konkurrierende Zuständigkeit von Staat und Privaten im Bereich der Sozialwirtschaft	33
3. Das Verhältnis staatlicher und gesellschaftlicher Gestaltungsmittel im Bereich der Sozialwirtschaft	34
4. Zwischenergebnis und weiterer Gang der Untersuchung	36
III. DIE KOMPETENTIELLE LEGITIMATION DER WIRTSCHAFTLICHEN BETÄTIGUNG DER KOMMUNEN	37
1. Einfachgesetzliche Regelungen	37
a) Die drei Regelungsebenen der Gemeinde und Kreisordnung	37
b) Der Wirkungsbereich der Gemeinden und Kreise und die Verbandskompetenz	38
(1) Angelegenheiten der "örtlichen Gemeinschaft" im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung	38
(2) Die "überörtlichen Angelegenheiten" der Kreise im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung	39
(3) Grenzen der Verbandskompetenz von Gemeinden und Kreisen in den Kompetenzen von Bund und Land	40

c) Die öffentlichen Einrichtungen gemäß § 18 GO und § 16 KrO	41
d) Die "wirtschaftliche Betätigung und privatrechtliche Beteiligung" gemäß §§ 88 ff. GO	43
e) Das Verhältnis von wirtschaftlicher Betätigung, wirtschaftlichem Unternehmen und öffentlicher Einrichtung	44
2. Verfassungsrechtliche Legitimation der Kommunalwirtschaft aus Art. 28 Abs. 2 GG	46
a) Regelungsgehalt und Schutzfunktion der Selbstverwaltungsgarantie	46
(1) Regelungsgehalt	46
(2) Schutzrichtung	47
b) Abweichende Ansichten	48
3. Grundrechtliche Absicherung der Kommunalwirtschaft	49
IV. GRUNDRECHTLICHE GRENZEN KOMMUNALER WIRTSCHAFTS- BETÄTIGUNG IN KONKURRENZ MIT PRIVATEN	51
1. Überblick	51
a) Meinungsstand	51
(1) Rechtsprechung	51
(a) BVerwGE 17, 306: Gebäude-Feuerversicherung	51
(b) BVerwGE 39, 329: Kommunaler Bestattungsordner	52
(c) BVerwG NJW 1978, 1539: Kommunale Wohnungsvermittlung	53
(d) BGHZ 82, 375: Brillen-Selbstabgabestellen	54
(e) Zusammenfassung	55
(2) Literatur	55
b) Fragestellungen	56
2. Die Grundrechtsgebundenheit der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen oder die Frage nach der Fiskalgeltung der Grundrechte	56
a) Begriffsklärungen	57
b) Der Normgeltungsanspruch des Art. 1 Abs. 3 GG	58
3. Art. 12 Abs. 1 GG: Grundrecht der Berufsfreiheit	59
a) Regelungs- und Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG hinsichtlich der wirtschaftlichen Betätigung Privater	59
b) Schutzbereichsbegrenzungen	61

c) Schutzbereichsbeschränkung durch Kommunalwirtschaft.....	63
(1) Die Grundrechtsrelevanz kommunaler Wettbewerbsteilnahme.....	63
(2) Rechtmäßigkeit der Beeinträchtigung.....	66
(a) Gesetzesvorbehalt.....	66
(aa) Die Allgemeinheit des Gesetzes.....	66
(bb) Das Gesetzgebungsverfahren.....	68
(b) Rechtsgrundlagen in der Gemeinde- und Kreisordnung.....	69
(aa) Die maßgeblichen Normen.....	69
(bb) § 18 Abs. 1 GO und Parlamentsvorbehalt.....	69
(aaa) Die Eingriffsintensität kommunaler Wettbewerbsteilnahme.....	70
(bbb) Kommunale Regelungskompetenz im grundrechtsrelevanten Raum.....	71
(ccc) Kriterienkatalog.....	72
(3) Grenzen der Einschränkung: das Übermaßverbot.....	73
(a) Regelungsgehalt.....	73
(b) Geeignetheit des Mittels.....	75
(c) Erforderlichkeit.....	75
(d) Verhältnismäßigkeit i. e. S.....	76
4. Gewährleistung des Eigentums: Art. 14 GG.....	77
a) Meinungsstand.....	77
b) Der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG.....	77
(1) Das Recht am Gewerbebetrieb.....	78
(2) Rechtspositionen bei der wirtschaftlichen Betätigung.....	79
c) Beeinträchtigung des Eigentums durch staatliche Wettbewerbsteilnahme.....	82
d) Gesetzesvorbehalt.....	84
e) Übermaßverbot.....	84
(1) Geeignetheit und Erforderlichkeit.....	84
(2) Verhältnismäßigkeit i. e. S.....	85
f) Enteignung.....	86

V. KOMMUNALRECHTLICHE GRENZEN DER WIRTSCHAFTLICHEN BETÄTIGUNG.....	87
1. Der Begriff des "wirtschaftlichen Unternehmens" in §§ 88 GO.....	87
a) Systematische Interpretation.....	87
b) Historisch-genetische Interpretation.....	88
c) Folgerungen.....	88
2. Die sogenannte Schrankentrias des § 88 Abs. 1 GO.....	89
a) "Dringender öffentlicher Zweck".....	89
b) Sog. Subsidiaritätsklausel.....	89
c) Leistungsfähigkeit und Bedarf.....	90
3. Schutzrichtung der Schrankentrias.....	90
4. Ausnahmen gemäß § 88 Abs. 2 GO.....	91
5. Grundsätze der Unternehmensführung.....	91
VI. BEGRENZUNG DER KOMMUNALWIRTSCHAFT DURCH DAS ALLGEMEINE WIRTSCHAFTSRECHT.....	93
1. Regelungsgegenstand und -umfang des allgemeinen Wirtschaftsrechts.....	93
a) Das allgemeine Wirtschaftsrecht als Marktordnungsrecht.....	93
b) UWG und GWB - Inhalts- und Verhältnisbestimmung.....	93
2. Grenzen der Kommunalwirtschaft aus dem GWB.....	94
a) Anwendbarkeit des GWB.....	94
b) Unbillige Behinderung gem. §§ 22, 26 Abs. 2 GWB.....	95
3. Der "unlautere Wettbewerb" der kommunalen Unternehmen.....	96
a) Anwendbarkeit des UWG auf kommunale Unternehmen.....	96
(1) Die grundsätzliche Anwendbarkeit des UWG auf staatliches Handeln.....	96
(2) Die Anwendbarkeit des UWG auf die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen.....	100
b) Fallgruppen unlauteren Wettbewerbs.....	101
(1) Mißbrauch amtlicher Autorität.....	101
(2) Unlautere Verquickung.....	102
(3) Vorsprung durch Rechtsbruch.....	102

(4) Marktstörung.....	103
C) ERGEBNISSE.....	105
LITERATUR.....	109

Abkürzungen

a.A.....	anderer Ansicht
AfK.....	Archiv für Kommunalwissenschaft
AG.....	Die Aktiengesellschaft
AöR.....	Archiv des öffentlichen Rechts
Bay.VBl.....	Bayerische Verwaltungsblätter
BB.....	Der Betriebs-Berater
BGBI.....	Bundesgesetzblatt
BGHZ.....	Bundesgerichtshof, Entscheidungssammlung in Zivilsachen
BVerfGE.....	Bundesverfassungsgericht, Entscheidungssammlung
BVerwGE.....	Bundesverwaltungsgericht, Entscheidungssammlung
DB.....	Der Betrieb
Diss. jur.....	juristische Dissertation
DÖV.....	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.....	Deutsches Verwaltungsblatt
EuGRZ.....	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EVU.....	Energieversorgungsunternehmen
Fn.....	Fußnote
FS.....	Festschrift
GG.....	Grundgesetz
GO.....	Gemeindeordnung
GRUR.....	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS.....	Gedächtnisschrift
Hrsg.....	Herausgeber
JA.....	Juristische Arbeitsblätter
JurA.....	Juristische Analysen
Jura.....	Juristische Ausbildung
JuS.....	Juristische Schulung
JZ.....	Juristenzeitung
KrO.....	Kreisordnung
LS.....	Leitsatz
m.w.N.....	mit weiteren Nachweisen
NJW.....	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ.....	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NW.....	Nordrhein-Westfalen
OVG.....	Oberverwaltungsgericht
SGB.....	Sozialgesetzbuch
SGb.....	Sozialgerichtsbarkeit
StGH.....	Staatsgerichtshof
Urt. v.....	Urteil vom
VerfGH.....	Verfassungsgerichtshof
VerwArch.....	Verwaltungsarchiv
VGH.....	Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL.....	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
VwR.....	Verwaltungsrecht
WiVerw.....	Wirtschaft und Verwaltung
WRP.....	Wettbewerb in Recht und Praxis

ZBR.....	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZHR.....	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZögU.....	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZRP.....	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR.....	Zeitschrift für Sozialreform

A) EINLEITUNG

I. UNTERSUCHUNGS-GEGENSTAND, METHODE UND BEGRIFFSKLÄRUNGEN

1. Untersuchungsgegenstand und Methode

Es "gehört zu den Eigenarten der gemeindlichen Selbstverwaltung in Deutschland, daß die deutschen Gemeinden auf der Grundlage der Unbeschränktheit ihres Wirkungskreises ... schon sehr früh und in verhältnismäßig weitem Umfang neben ihren Aufgaben auf dem Gebiet der öffentlichen Verwaltung auch rein wirtschaftliche Aufgaben übernommen haben." Diese Worte der amtlichen Begründung zu § 67 DGO, dem Vorläufer des heutigen § 88 GO NW und der vergleichbaren Regelungen anderer Gemeindeordnungen, belegen den historischen Stellenwert der Kommunalwirtschaft.¹ Wurzelnd in den grundlegenden Reformbewegungen der kommunalen Selbstverwaltung zu Beginn des 19. Jahrhunderts², nahm die Kommunalwirtschaft heutigen Zuschnitts ihren Ausgang in einigen sozialen Einrichtungen wie dem Leihamt und den Sparkassen, die zur damaligen Zeit noch Instrumente der Armenpflege waren³, erstreckte sich in der Mitte des 19. Jahrhunderts auf das Krankenhauswesen und die Bäder, um dort Sozialtarife zu ermöglichen⁴, übernahm dann überwiegend auch die Wasserversorgung in Eigenregie und baute schließlich die Versorgungs- und Verkehrsbetriebe aus, die vom Umsatz und Umfang den größten Anteil der Kommunalwirtschaft darstellen.⁵ Diese Entwicklung nahm bis in die Gegenwart einen ungebrochenen Fortgang.

Heute spricht man davon, daß die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden den letzten Bereich "wirklicher funktioneller Eigenständigkeit" der kommunalen Selbstverwaltung ausmacht.⁶ Dabei reicht das Spektrum tatsächlicher Betätigungsfelder von der Versorgung mit Wasser, Gas und Elektrizität über die Entsorgung von Müll und Abwasser, die verschiedenen Verkehrssysteme wie Nahverkehr, Hafen und Flugplatz, aber auch Bergbahnen und Lifte, bis zu den vielfältigen kulturellen und sozialen Engagements wie Theater, Oper, Stadtbücherei, Computerschule, Videothek, Wohnungsvermittlung und Pfandleihe. Anzutreffen sind weiter die Sparkassen, Lagerhäuser, Reisebüros, Speditionsunternehmen, Versicherungen und Saunabetriebe.⁷

Die Reklamation dieser Betätigungsfelder zugunsten der kommunalen Selbstverwaltung darf aber nicht vergessen lassen, daß auch kommunale Agenden staatliche Aufgaben und Zuständigkeiten bedeuten. Dabei sind die Versorgungs- und Verkehrsunternehmen auf lokaler Ebene durchweg Monopole⁸, an deren Tätigkeit zwar auch Private beteiligt werden, ohne daß ihnen aber Entscheidungszuständigkeiten zustehen. Die meisten anderen Dienstleistungen und Warenangebote werden im Wettbewerb zu privaten Unternehmen angeboten. Bezüglich der

¹ Vgl. *Surén*, Die Gemeindeordnungen der BRD, Bd. 2, S. 139.

² Vgl. *Stern/Püttner*, Die Gemeindegewirtschaft, S. 13.

³ *Stern/Püttner*, Die Gemeindegewirtschaft, S. 14.

⁴ *Stern/Püttner*, Die Gemeindegewirtschaft, S. 16.

⁵ *Stern/Püttner*, Die Gemeindegewirtschaft, S. 19. Ausschlaggebend für die Übernahme dieser Agenden war dabei die Monopolkontrolle und die Nutzung der Gemeindegassen.

⁶ *Scholz*, DÖV 1976, 441 (444).

⁷ Nachweise zu den einzelnen Betätigungen finden sich z.B. im 5. Band des HkWP und bei *Hidien*, Gemeindliche Betätigungen, S. 35 ff.

⁸ Der Gesamtanteil kommunaler EVU liegt z.B. bei der Elektrizitätsversorgung insgesamt bei 27,9 %, bezogen auf die Versorgung privater Haushalte bei 50 %, vgl. *Ludwig*, HkWP, Bd. 5, S. 241 ff.

Marktanteile der Kommunen liegen für die Wettbewerbsbereiche nur spärliche Zahlen vor. So nehmen die Kommunen durch ihre Sparkassen ein Drittel des Kredit- und Sparvolumens für sich in Anspruch⁹ und besitzen bei den Wohnungsbauunternehmen einen Marktanteil von ca. 7,6 %.¹⁰

Besondere Auswirkungen der kommunalen Wettbewerbsteilnahme auf die privaten Anbieter werden durch die öffentlichen Zuschüsse verursacht, die kommunalen Unternehmen zufließen. Alleine das Land Nordrhein-Westfalen hat in seiner kommunalen Finanzplanung für 1987 463.769 Mio DM an Zuschüssen und Zuweisungen für öffentliche wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden und Gemeindeverbände vorgesehen.¹¹ Die volkswirtschaftliche Bedeutung der kommunalen Unternehmen zeigt sich weiter darin, daß alleine in den Wirtschaftsunternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit 1980 43.909 Beschäftigte zu verzeichnen waren.¹² Der Anteil aller öffentlichen Unternehmen an der Nettowertschöpfung beträgt ca. 10 - 12 %.¹³

In ihrer rechtlichen und politischen Würdigung ist die Kommunalwirtschaft seit jeher großen Schwankungen unterworfen.¹⁴ Gepeist wird die Auseinandersetzung um diese Betätigungen ausgehend von ideologischen Bekenntnissen bis hin zu rein betriebswirtschaftlichen Überlegungen zur Effizienz der Aufgabenerfüllung.¹⁵ So verwundert es auch nicht, daß die juristische Diskussion unter den verschiedensten verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Vorgaben von solchen vorrechtlichen Positionen überlagert und geprägt ist, die es oft schwer machen, den rechtlichen und politisch-ideologischen Gehalt sauber voneinander zu scheiden. Die in den letzten Jahren verstärkt geführte Privatisierungsdiskussion hat das erneut gezeigt.¹⁶ Es handelt sich dabei jedoch um ein Phänomen, das im Bereich ordnungspolitischer Grundfragen immer anzutreffen ist. Für die juristische Betrachtung ist zunächst die Feststellung dieses Sachverhaltes von Bedeutung. So wird der Blick geschärft für mögliche vorrechtliche Wertungen. Sie freizulegen und nur mithilfe der "juristischen Methode"¹⁷ die Probleme aufzuarbeiten, ist so leichter möglich.

⁹ Ludwig, HkWP, Bd. 5, S. 241 ff.

¹⁰ Maußner/Kaltsche, Kommunale Unternehmen als Instrument der regionalen Strukturpolitik, S. 27 und 158 ff.

¹¹ Landesamt für Datenverarbeitung und Statistik NRW, Statistische Berichte - Kommunale Finanzplanung in NRW 1983 - 1987, S. 54.

¹² Schneider, ZöGU 1981, 171 (177). Der Gesamtanteil der Beschäftigten in öffentlichen Unternehmen liegt bei ca. 7,5 %, vgl. Blankart, Ökonomie der öffentlichen Unternehmen, S. 4.

¹³ Nemik, ZöGU 1981, 317 (318); Blankart, Ökonomie der öffentlichen Unternehmen, S. 4.

¹⁴ Vgl. Stern, AfK 1964, 80 (84 f.); Stern/Püttner, Die Gemeindefinanzwirtschaft, S. 11 ff.; Grupp, ZHR 140 (1976), S. 367 mit Fn. 2; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 4 ff.; Backhaus, Öffentliche Unternehmen, S. 58 ff.

¹⁵ Einen Überblick über die verschiedenen Argumentationsfelder findet sich bei Scholz/Pitschas, Gemeindefinanzwirtschaft zwischen Verwaltungs- und Unternehmensstruktur, m.w.N. und in der Schrift: Öffentliche Unternehmen in der sozialen Marktwirtschaft, Bd. 26 der Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeindefinanzwirtschaft, 1984; vgl. auch Himmelmann, ZöGU 1986, 395 ff.; Rieger, Unternehmen und öffentliche Verwaltungsbetriebe, 1983; Burmeister, HkWP, Bd. 5, S. 8 konstatiert eine Beruhigung der ordnungspolitischen Konfrontation zugunsten einer "realitätsgerechten" Betrachtung.

¹⁶ Vgl. z.B. Grabbe, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben; Vitahum, AfR 104 (1979), S. 580 ff.; v. Loesch, Privatisierung öffentlicher Unternehmen, 1983; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 15; Knauss, ZöGU 1986, 90 ff.

¹⁷ Daß es sich dabei im strengen Sinne nicht um eine Methode handelt, braucht nicht eigens erwähnt zu werden, vgl. den Überblick bei Schlink, Der Staat 19 (1980), S. 73 ff.

Ziel dieser Untersuchung ist es, die rechtlichen Ordnungsvorgaben für das Aufeinandertreffen kommunaler und privater Unternehmen herauszuarbeiten. Dabei soll insbesondere das Ineinandergreifen der verschiedenen Ebenen rechtlicher Vorgaben, angefangen von der Verfassung über die speziellen einfachgesetzlichen Regelungen bis hin zu den dogmatischen Grundbegriffen ausgeleuchtet werden.

Der Untersuchungsgegenstand kann damit folgendermaßen umschrieben werden: Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen im Hinblick auf ihre Einordnung in das allgemeine System des Staats- und Verwaltungshandelns, die daran anknüpfenden Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen und die daraus folgenden Grenzziehungen im Verhältnis zur wirtschaftlichen Betätigung Privater im gleichen Marktsektor.

2. Begriffsklärungen

Themenstellung und Untersuchungsgegenstand beinhalten eine Reihe von Begriffen, die aufgrund ihrer Verwendung in verschiedenen Wissenschaften und gesetzlichen Regelwerken keinen eindeutigen bzw. einheitlichen Bedeutungsgehalt aufweisen. Da sie im Verlauf der Untersuchung immer wieder gebraucht werden, bedarf es einer vorgängigen begrifflichen Klärung, soweit dies zu Beginn der Untersuchung möglich ist, dient sie ja selbst in großen Teilen der Begriffsbestimmung. Zu definieren sind insbesondere die Begriffe "wirtschaftliche Betätigung", "wirtschaftliches Unternehmen", "Sozialwirtschaft" und "Wettbewerb".

a) Wirtschaftliche Betätigung

Der Begriff der wirtschaftlichen (oder auch unternehmerischen) Betätigung steht in gesetzlichen Regelungen und allgemeinen Lehren der Rechtswissenschaft unter dem Vorzeichen der Trennung und Unterscheidung von (Lebens-) Bereichen. Die wirtschaftliche Betätigung soll geschieden werden vom "rein" oder "eigentlich" Privaten oder Staatlichen. Im Privatbereich geschieht das z.B., um den Geltungsbereich von Normen, die nur den Wirtschaftsverkehr bzw. die berufliche Tätigkeit betreffen, richtig anzuwenden. So bestehen z.B. steuerliche Regelungen sowie Haftungs- und Genehmigungsbestimmungen, die nur für die berufliche und wirtschaftliche Betätigung gelten.¹⁸

Im Staatsbereich trifft man in ähnlicher Weise auf die Unterscheidung von Verwaltung und Wirtschaft, wobei unter Verwaltung die "eigentliche" Staatstätigkeit verstanden wird.¹⁹ Der Abgrenzung liegen dabei vor allem zwei Gesichtspunkte zugrunde, die unterschiedlicher Herkunft und Bedeutung sind. Einmal handelt es sich um eine vom Staatsverständnis geprägte Unterscheidung, bei der das Staatliche und der Staat auf die Hoheitsverwaltung beschränkt werden. Wirtschaft und Wirtschaften werden ihrer Natur nach als Tätigkeiten verstanden, die dem privaten, gesellschaftlichen Bereich vorbehalten sein sollen. Die wirtschaftliche Betätigung erscheint als ein Herausbrechen des Staates aus der ihm zugewiesenen Sphäre, das grundsätz-

¹⁸ Vgl. § 12 EStG, §§ 21, 22 BGB und umgekehrt § 1357 BGB.

¹⁹ Mehr oder weniger deutlich findet sich diese Gegenüberstellung z.B. bei Schmidt-Aßmann, in: v. Münch, Bes. VwR, S. 168; Pagenkopf, S. 145; auch die amtl. Begr. zu § 67 DGO spricht den Gegensatz an wenn es heißt, daß die Gemeinden rein wirtschaftliche Aufgaben "neben" ihren Aufgaben auf dem Gebiet der öffentlichen Verwaltung übernommen haben. Vgl. Stürén, Die Gemeindeordnungen der BRD, Bd. 2, S. 139.

lich mißbilligt wird. Diese Unterscheidung findet sich auch heute noch bei Vertretern der sog. neoliberalen Schule und prägt untergründig einen Großteil auch der juristischen Argumentation. Kennzeichnend ist insbesondere die Formulierung, die staatliche Eigenbeteiligung stelle einen Fremdkörper im Wirtschaftssystem dar.²⁰

Ein anderer Unterscheidungsansatz, für den die wirtschaftliche Betätigung grundsätzlich eine legitime Erscheinungsform des leistenden Verwaltungshandelns ist, orientiert sich an den organisatorischen Merkmalen der Betätigung. Von einer wirtschaftlichen Betätigung soll deshalb die Rede sein, wenn das Verwaltungshandeln den Ordnungs- und Organisationsprinzipien des Kaufmanns unterliegt, also z.B. dem Rationalprinzip und der doppelten Buchführung, der Markt- und/oder Gewinnorientierung etc.²¹

Bei näherem Zusehen liegt allen diesen Versuchen, zwischen Wirtschaft und Verwaltung zu unterscheiden, gemeinsam die Orientierung an den Normen und Verhaltensmustern zugrunde, die das private Wirtschaften, wie es durch den Typus des Kaufmanns und Unternehmers gekennzeichnet ist, charakterisieren. Darin werden typusbildende Formen und Muster gesehen, die zur Beschreibung einer bestimmten Staatstätigkeit übernommen werden.²² Besonders auffallend ist dieser Prozeß, wenn der Staat, wie z.B. bei den preußischen Manufakturen, dabei auch den privatwirtschaftlichen Tätigkeitsstil beibehält. Die neu entstandenen Agenden behielten auf diese Weise das Merkmal der Okkupation privater Betätigungsfelder.

Wichtig für das Begriffsverständnis ist auch ein weiterer historischer Aspekt. So wurden die heute als geradezu klassische Domäne der Kommunalwirtschaft angesehene Versorgung der Einwohner mit Wasser, Strom und Gas, die Müllabfuhr und die Schlachthöfe in ihrer Entstehungsphase im 19. Jahrhundert zunächst in vielen Städten bewußt den Privaten überlassen, da die Kommunen das damit verbundene finanzielle Risiko scheuten.²³ Erst nachdem genauere technische und betriebswirtschaftliche Erkenntnisse vorlagen, übernahmen die Kommunen diese Bereiche in eigener Regie, wobei vergleichende Analysen verschiedener Städte²⁴ und Länder²⁵ zeigen, daß das Selbstverständnis der kommunalen Selbstverwaltung²⁶ sowie die jeweilige Sozialstruktur großen Einfluß darauf hatten, welche Tätigkeiten in kommunale Regie übernommen wurden. Die historische Betrachtung zeigt weiter, daß die Kommunen zunächst gewinnbringende Tätigkeiten übernahmen und erst später aus sozialpolitischen Gründen auch verlustträchtige Bereiche anpackten.²⁷ Nach dem ersten Weltkrieg nimmt zeitweilig auch die sog. Kriegswirtschaft einen bedeutsamen Platz in der Kommunalwirtschaft ein. Die

²⁰ Vgl. z.B. Papier, in: HdBdVerfR, S. 626; Dickersbach, WiVerw 1983, 187 (198).

²¹ Vgl. Scholz/Pitschas, Gemeindefirtschaft zwischen Verwaltungs- und Unternehmensstruktur, passim; Hiden, Gemeindliche Betätigungen, S. 14 ff. Eine Zusammenführung beider Ansätze gelangt schließlich zu der weiteren Unterscheidung zwischen erwerbswirtschaftlicher und verwaltungsersetzender wirtschaftlicher Betätigung, deren juristische Bedeutsamkeit jedoch nicht klar wird, vgl. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 164.

²² So auch Scholz, ZHR 132 (1969), S. 97 (107) der betont, daß der Begriff der Wirtschaft in erster Linie als empirisch zu begreifender gesellschaftlicher Tatbestand zu verstehen ist.

²³ Vgl. Krabbe, Kommunalpolitik und Industrialisierung, S. 23 ff.

²⁴ Krabbe, Kommunalpolitik und Industrialisierung, S. 103 ff. vergleicht z.B. Dortmund und Münster.

²⁵ Zu verweisen ist insbesondere auf Frankreich, das eine vergleichbare Entwicklung kommunaler (und staatlicher) Aktivitäten im Bereich der Versorgung lange Zeit nicht kannte.

²⁶ Krabbe, Kommunalpolitik und Industrialisierung, S. 77 verweist in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Entwicklung des sog. Municipalismus und bringt ihn in Verbindung mit einem sozialen Wandel der in den Vertretungsorganen der Kommunen aktiven gesellschaftlichen Gruppen.

²⁷ Stern, AfK 1964, 81; Scholz, DÖV 1976, 441 (445).

idealisierende Verkürzung der Kommunalwirtschaft auf defizitäre Versorgung einerseits oder gewinnträchtige Erwerbswirtschaft andererseits ist deshalb historisch unhaltbar.²⁸ Für die Begriffsanalyse ergibt sich daraus, daß die wirtschaftliche Betätigung unabhängig von solchen Merkmalen zu definieren ist, da sie nicht in notwendiger Beziehung zum Begriff der wirtschaftlichen Betätigung stehen.

Etwas ähnliches gilt für die Orientierung am Tätigkeits- und Organisationsstil. Spätestens seit der Anwendung betriebswirtschaftlicher und organisationswissenschaftlicher Erkenntnisse auf den gesamten staatlichen Verwaltungsapparat²⁹ ist deutlich geworden, daß die Beibehaltung der traditionellen Verfahrensgrundsätze des Verwaltungsbetriebes in vielen Bereichen nicht erforderlich ist, um die rechtsstaatlichen Vorgaben zu gewährleisten. Leistungs- und wettbewerbsorientierte Arbeits- und Führungsstrukturen lassen sich vielmehr auch in der Leistungsverwaltung einführen, ohne daß der besondere öffentliche Versorgungsauftrag gefährdet wird.

Wirtschaftliche Betätigung erscheint als Beschreibung eines Sektors des Verwaltungshandelns demnach nicht als konturscharfer (Rechts-) Begriff. Es handelt sich vielmehr um einen Topos, durch den dieser Sektor ausgehend von seiner äußerlichen Erscheinungsform erfasst wird, wobei als Anknüpfungspunkt die Orientierung an den Verhaltensmustern und Organisationsformen dient, die von Privaten bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung als Kaufmann oder Unternehmer verwendet werden. Sucht man nach einem gemeinsamen Begriffskern dieser kaufmännischen und unternehmerischen Betätigung Privater und der staatlichen Tätigkeit, so kann unter wirtschaftlicher Betätigung alles gefasst werden, was mit der Produktion, der Verteilung und dem Austausch von Waren und (gewerblichen) Dienstleistungen zu tun hat. Hinzu kommt in der Regel, daß Güter am Markt angeboten und dabei ein gewisses (Absatz-) Risiko in Kauf genommen wird, sowie das Streben nach Gewinn bzw. Erträgen.³⁰

b) Wirtschaftliches Unternehmen

Dem Begriff "wirtschaftliches Unternehmen" kommt im Abschnitt der Gemeindeordnung³¹ über die wirtschaftliche Betätigung und privatrechtliche Beteiligung eine Schlüsselposition zu. Die meisten dieser Regelungen knüpfen an diesen Begriff an, der im ersten Begriffsmerkmal den Begriff der wirtschaftlichen Betätigung mit umfaßt und somit voraussetzt.

Die bisher in der Literatur vorgelegten Definitionen des wirtschaftlichen Unternehmens orientieren sich überwiegend an der vorläufigen Ausführungsanordnung zu § 67 DGO, dem Vorgänger der Regelungen zur wirtschaftlichen Betätigung in allen deutschen Gemeindeordnungen. Danach sind unter wirtschaftlichen Unternehmen solche Anlagen und Einrichtungen der Gemeinde zu verstehen, die auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung

²⁸ Vgl. Scholz, DÖV 1976, 441 (445).

²⁹ Vgl. insbes. Rieger, Unternehmen und öffentliche Verwaltungsbetriebe, 1983.

³⁰ Vgl. Erichsen, Kommunalrecht, S. 174; Dickersbach, WiVerw 1983, 187 (190).

³¹ Wenn nachfolgend von Gemeindeordnung (GO) oder Kreisordnung (KrO) gesprochen wird, so ist immer die GO NW bzw. die KrO NW gemeint.

betrieben werden können.³² Daß das Kriterium der Gewinnerzielung sich bei dieser Definition nicht auf den Tätigkeitsstil der Kommunen bezieht, ist dabei heute allgemein anerkannt.³³

Im Vordergrund neuerer Definitionsversuche steht demgegenüber die organisatorische Verselbständigung kommunaler Wirtschaftseinheiten. So sprechen *Stern/Püttner*³⁴ von einem wirtschaftlichen Unternehmen bei "jede(r) nachhaltig betriebenen und nicht völlig untergeordnete(n) Wirtschaftstätigkeit, die eine gewisse Eigenständigkeit erfordert." *Rocke*³⁵ und ihm folgend *Wolff/Bachof*³⁶ definieren die Unternehmen als "wertschaffende organisierte Einheiten von Dauer mit Eigenverantwortlichkeit und eigener Wirtschaftsrechnung einer Gemeinde zur Fremdbedarfsdeckung." *Emmerich*³⁷ und *Lindner*³⁸ gehen von einem Begriffskern aus, der subjektiv im Willen zur Teilnahme am Geschäftsverkehr und objektiv in einer gewissen organisatorischen Selbständigkeit liegen soll. Schließlich finden sich bei *Hidien*³⁹ und *Püttner*⁴⁰ "Merkmale", die als notwendige Elemente eines öffentlichen Unternehmens angesehen werden. *Hidien* zählt dazu einen materiellen Unternehmensbegriff mit den Merkmalen Wertschöpfung, dauerhafte Organisationseinheit, Selbständigkeit, Fremdbedarfsdeckung und Anwendung wirtschaftlicher Arbeitsmethoden sowie eine dem formalen Popitz-Kriterium⁴¹ dienende Tätigkeit. *Püttner* stellt vier Kernelemente des Begriffs heraus: 1. produzierende, verteilende oder dienstleistende Tätigkeit in einem Wirtschaftszweig zur Befriedigung materieller Lebensbedürfnisse mit wirtschaftlicher Wertschöpfung; 2. Teilnahme am geschäftlichen Verkehr; 3. faktische oder rechtliche Eigenständigkeit gegenüber der nicht-wirtschaftlichen Verwaltung; 4. Inhaberschaft der öffentlichen Hand.

Gemeinsam ist allen diesen Definitionsversuchen das Element der organisatorischen Verselbständigung einer kommunalen Wirtschaftseinheit. Die weiteren angeführten Kriterien dienen demgegenüber in den meisten Fällen auf den Begriff der wirtschaftlichen Betätigung ab. Da es, wie *Emmerich* nachgewiesen hat⁴², keinen allgemeingültigen Begriff des Unternehmens gibt, hängt auch der Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens in seinen Einzelheiten von den genauen Regelungen der GO und KrO ab. Maßgeblich ist dabei vor allem der Regelungszweck des jeweiligen Gesetzes, in diesem Falle also der §§ 88 ff. GO, den es im einzelnen zu klären gilt.

Für die weitere Untersuchung muß daher zunächst von einem vorläufigen Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens ausgegangen werden, dessen Hauptmerkmal in einer gewissen rechtlichen oder faktischen Verselbständigung und Verfestigung zu sehen ist.

³² Vgl. *Gerke*, Jura 1985, 349 (350).

³³ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: v. Münch, Bes. VwR, S. 169; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rdnr. 665; *Püttner*, DÖV 1983, 697 (700). *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 11 spricht von einem "Regelkriterium kommunaler wirtschaftlicher Betätigung".

³⁴ Die Gemeindevirtschaft, S. 67 f.

³⁵ Nebentätigkeiten kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen, S. 32.

³⁶ VwR II, § 86 VII b) 4).

³⁷ Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 63.

³⁸ Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeiten, S. 20 ff.

³⁹ Gemeindliche Betätigungen, S. 34 f.

⁴⁰ Die öffentlichen Unternehmen, S. 35.

⁴¹ So wird die oben angeführte Definition der Ausführungsanordnung zu § 67 DGO nach ihrem Verfasser genannt.

⁴² *Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 50; *Scholz* ZHR 132 (1969), S. 97 (126 ff.).

c) Sozialwirtschaft

Drittes Element der Themenstellung ist der Begriff der Sozialwirtschaft. Er wurde erstmals durch *Scholz* verwendet, der damit staatliche Wirtschaftsaktivitäten bezeichnete, die aufgrund der dem Staat eigenen sozialen (sozialstaatlichen) Verantwortung durchgeführt werden und von ihm zu den sog. fiskalischen oder erwerbswirtschaftlichen Betätigungen abgegrenzt werden.⁴³ Durch ihn soll lediglich zum Ausdruck gebracht werden, daß die sogenannten rein erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten aus der Untersuchung ausgeschlossen werden.⁴⁴

d) Wettbewerb

Der Begriff des Wettbewerbs oder der Konkurrenz beschreibt schließlich die Tatsache, daß sich Kommune und Private als Anbieter der gleichen Ware oder Dienstleistung an denselben Abnehmerkreis richten.

II. GANG DER UNTERSUCHUNG

Ziel der Arbeit ist es, die Grenzen der (sozial-) wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen im Verhältnis zu konkurrierenden privaten Unternehmen aufzuzeigen. Um den Rechtmäßigkeitsmaßstab für dieses kommunale Handeln und Verhalten zu gewinnen, ist zunächst seine Einordnung in das allgemeine System des Staats- und Verwaltungshandelns erforderlich (Kapitel I). Dabei ist sowohl der jeweils verfolgte Zweck, als auch die organisatorische Einordnung der jeweils verwendeten Handlungsmittel zu untersuchen.

Da es sich bei der Konkurrenz von kommunalen und privaten Unternehmen zugleich um eine Begegnung von Staat und Gesellschaft handelt, ist anschließend zu untersuchen, welche Grundsätze die allgemeine Lehre zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft für den Bereich der wirtschaftlichen Betätigung bereitstellt. Insbesondere ist zu prüfen, inwiefern die wirtschaftliche Betätigung Staat oder Gesellschaft vorrangig zugeordnet wird. Es geht mit anderen Worten um die positive Bestimmung der Staatskompetenz im Bereich der Sozialwirtschaft (Kapitel II).

Auf der Grundlage und im Rahmen der so ermittelten Staatskompetenz ist dann anhand der positivrechtlichen Regelungen der Gemeinde- und Kreisordnung die Kompetenz und Legitimation der Kommunen zur wirtschaftlichen Betätigung darzustellen (Kapitel III).

Die so begründete Zuständigkeit der Kommunen zur wirtschaftlichen Betätigung ist weiter unter dem Gesichtspunkt zu untersuchen, inwiefern sie zu Eingriffen in die grundrechtlich geschützte Freiheit der privaten Unternehmen führt. Dazu ist der Regelungsgehalt der einschlägigen Grundrechte zu ermitteln und weiter zu untersuchen, ob und inwiefern die Wettbewerbsteilnahme staatlicher Unternehmen sich als grundrechtsrelevantes Verhalten darstellt (Kapitel IV).

⁴³ *Scholz*, NJW 1974, 781; ebenso: *Grupp*, ZHR 140 (1976), S. 372 (376); *Ulmer*, ZHR 146 (1982), S. 466 (469).

⁴⁴ Vgl. dazu *Hidien*, Gemeindliche Betätigungen, passim.

Abschließend sind die weiteren Grenzen darzustellen, die das Kommunalrecht (Kapitel V) und das allgemeine Wirtschaftsrecht (Kapitel VI) der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen ziehen.

B) HAUPTTEIL

I. EINORDNUNG UND CHARAKTERISIERUNG DER WIRTSCHAFTLICHEN BETÄTIGUNG UND DES WIRTSCHAFTLICHEN UNTERNEHMENS IM STAATLICHEN HANDLUNGSINSTRUMENTARIUM

1. Strukturmerkmale des Staats- und Verwaltungshandelns: Das Zweck-Mittel-Schema

"Alles Staatshandeln muß, wenn es rechtlich gebunden und gerichtlich kontrolliert werden soll, als zweckgerichtete und mitteleinsatzende Struktur vorausgesetzt werden."¹ Diese, für die Beschreibung und Erfassung jeglicher menschlicher Handlung erforderliche Strukturierung nach dem Zweck-Mittel-Schema², besitzt bei der Beschreibung und Analyse des staatlichen Handelns eine besondere Funktion. Denn im Gegensatz zum Handeln der natürlichen menschlichen Person, das grundsätzlich keiner besonderen Rechtfertigung oder Legitimation bedarf³, ist das Handeln des Staates als eines Rechtsstaates grundsätzlich legitimationsbedürftig: "Als Rechtsstaat gilt nur ein Staat, dessen gesamte Tätigkeit restlos in einer Summe von genau umschriebenen Zuständigkeiten erfaßt ist."⁴ Man spricht insofern auch von einem allgemeinen rechtsstaatlichen Legitimationserfordernis.⁵ Dieses zielt unter anderem darauf ab, das staatliche Handeln kontrollierbar⁶ zu machen: "Der Rechtsstaat ist mit anderen Worten der Staat, dessen Handeln sich an seinen Zielen kontrollieren läßt".⁷

Die Kontrolle des staatlichen Handelns an seinen Zielen bzw. Zwecken⁸ verlangt auf der einen Seite, daß es ausgehend von den jeweils verfolgten Zielen beschrieben⁹ und erfaßt wird. So muß auch die wirtschaftliche Betätigung anhand der durch sie verfolgten Zwecke beschrieben werden. Auf der anderen Seite kann das staatliche Handeln selbst als "Zwecksetzung" verstanden werden, denn die Verfolgung bzw. Verwirklichung bestimmter Zwecke kennzeichnet

¹ Schlink, EuGRZ 1984, 457 (459).

² Vgl. schon Aristoteles, Nikomachische Ethik, 1139 a 30 - b 3: "Das Denken für sich allein bewegt nichts, sondern nur das auf einen Zweck gerichtete praktische Denken. Dieses ist auch der Ursprung des hervorbringenden Denkens. Denn jeder Hervorbringende tut dies zu einem bestimmten Zweck, und sein Werk ist nicht Zweck an sich, sondern für etwas und von etwas." (zitiert nach der Übersetzung von Gigon, 5. Aufl. 1984, S. 183).

³ Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 131. Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 1 verweist insofern auf die Privatautonomie: "Die Privatautonomie ist ein Teil des allgemeinen Prinzips der Selbstbestimmung des Menschen. Dieses Prinzip ist nach dem Grundgesetz als ein der Rechtsordnung vorgegebener und durch sie zu verwirklichender Wert durch die Grundrechte anerkannt."

⁴ C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 131.

⁵ Barbey, Bundesverfassungsgericht und einfaches Gesetz, S. 21 f.

⁶ Vgl. dazu Krebs, Kontrolle, S. 4 ff.; Kontrolle zielt auf eine Rationalisierung von Entscheidungsprozessen ab und dient darüberhinaus der Machtbegrenzung, denn unkontrollierte Entscheidungen erscheinen in einem Rechtsstaat als blanke Machtansprüche, Krebs, Kontrolle, S. 50 ff.

⁷ Haverkate, S. 19 und 11 ff.

⁸ Zweck bedeutet nach seinem Wortsinn "Ziel oder erstrebte Wirkung". Das Wort kommt von mittelhochdeutschen "zwec" und bedeutet zunächst allgemein Nagel oder Bolzen, bezeichnet dann speziell den Nagel in der Mitte einer Zielscheibe für Schützen und erhält von daher seine allgemeine Bedeutung. Vgl. Hoffmeister, Wörterbuch der Philosophischen Begriffe, S. 682.

⁹ Vgl. Menger, Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, S. 180 ff.

auch das staatliche Handeln. Die wirtschaftliche Betätigung ist insofern Zwecksetzung, als die Verwaltung durch sie bestimmte Zwecke realisiert.

Komplementärbegriff des Zweckes ist das Mittel. Darunter versteht man die Instrumente, die zur Zweckverwirklichung eingesetzt werden.¹⁰ Zweck und Mittel stehen in einer engen Verbindung: die Legitimität des Zweckes erstreckt sich auf das (in sich rechtmäßige) Mittel und das Mittel ist nur insoweit "legitimiert", als es der Verwirklichung des vorgegebenen Zweckes dient. Diese Anforderungen sind im Übermaßverbot genauer ausgeformt.

Die Einordnung der wirtschaftlichen Betätigung in das System des Staats- und Verwaltungshandelns verlangt demnach zunächst, daß die Zwecke analysiert werden, die bei einer wirtschaftlichen Betätigung verfolgt werden. Im Anschluß daran ist zu untersuchen, welche Mittel dabei eingesetzt werden. Die so gewonnene Strukturierung ermöglicht es dann, sowohl die verfolgten Zwecke, wie auch die eingesetzten Mittel auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu untersuchen und daraus einen Katalog an Rechtmäßigkeitserfordernissen für die wirtschaftliche Betätigung zu erstellen, der die allgemeinen Rechtmäßigkeitserfordernisse für dieses staatliche Handeln zusammenfasst und dadurch auch seine Kontrolle erleichtert.¹¹

2. Zwecke und Mittel der wirtschaftlichen Betätigung

a) Wirtschaftliche Betätigung als selbständiger Zweck ?

Die wirtschaftliche Betätigung wurde in der Einleitung als Topos beschrieben, durch den ein Bereich des Verwaltungshandelns in Anlehnung an private Verhaltensweisen, die man als Wirtschaften bezeichnet, erfaßt wird. Damit wurde jedoch nur der gegenständliche Bereich festgelegt, der unter dem Stichwort wirtschaftliche Betätigung erfaßt wird. Eine systematische Verortung innerhalb des Verwaltungshandelns ist damit noch nicht geleistet. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob es sich bei der wirtschaftlichen Betätigung um einen selbständigen, von anderen Zielen klar abgrenzbaren Zweck im Bereich des Verwaltungshandelns handelt.

Anhaltspunkte für die Selbständigkeit der wirtschaftlichen Betätigung als besonderem Zweck des Verwaltungshandelns könnten sich aus der häufig anzutreffenden Unterscheidung und Abgrenzung von Wirtschaft und Verwaltung¹² oder der Abgrenzung z.B. von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen öffentlichen Einrichtungen¹³ ergeben. Auch die gesonderte Behandlung der wirtschaftlichen Betätigung in den Lehrbüchern des Kommunalrechts sowie in der Gemeindeordnung selbst könnte zu einer solchen Annahme führen. Ausdrücklich wird auf diese Frage jedoch nicht eingegangen. Auch bei der Auslegung des Begriffs "öffentlicher Zweck" in § 88 GO finden sich keine entsprechenden Hinweise. Doch läßt sich aus der Tatsache, daß der öffentliche Zweck in § 88 GO durchweg im Sinne einer rechtfertigenden öffent-

¹⁰ "Dasjenige, was dem Menschen zum Erreichen eines Zweckes dient", *Hoffmeister*, Wörterbuch der Philosophischen Begriffe, S. 405.

¹¹ Zur Funktion einer solchen Typisierung der Rechtmäßigkeitserfordernisse vgl. *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs- und System, S. 12; *Brohm*, VVDStRL 30 (1972), S. 245 (246 ff., 254, 263 ff.).

¹² Vgl. dazu: *Scholz/Pitschas*, Gemeindegewirtschaft zwischen Verwaltungs- und Unternehmensstruktur, m.w.N.

¹³ So die Einteilung bei *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, § 15.

lichen Aufgabe verstanden wird, wie sie generell zur Legitimation staatlichen Handelns erforderlich ist, schließen, daß die wirtschaftliche Betätigung bzw. die durch sie verfolgten Zwecke in die allgemeinen Zwecke des Verwaltungshandelns eingegliedert sind. Die von Püttner eingeführte Bezeichnung der sog. verwaltungsersetzenden Unternehmen¹⁴ führt zum selben Ergebnis, daß nämlich hier "normale" Verwaltungsaufgaben wahrgenommen werden, bei denen sich nur der Tätigkeitsstil von der klassischen, bürokratischen Verwaltung unterscheidet.

Handelt es sich bei der wirtschaftlichen Betätigung um ein Verwaltungshandeln, das auf die Versorgung der Bürger mit Waren und Dienstleistungen abzielt, so liegt darin für die Leistungsverwaltung etwas durchaus Normales. Erst dadurch, daß diese Leistung in Konkurrenz zu privaten Anbietern oder in Organisations- und Rechtsformen erfolgt, die in der Regel von Privaten benutzt werden, treten sie in ein besonderes Licht, das Zweifel an ihrer Zuordnung aufkommen läßt. Stellt man nur auf den Zweck ab, was für die Beurteilung staatlichen Handelns in erster Linie maßgeblich ist, so zeigen sich keine Besonderheiten gegenüber sonstigem Verwaltungshandeln. Der Begriff der wirtschaftlichen Betätigung bereitet nur deshalb Zuordnungsschwierigkeiten, weil er Zwecksetzung und Ausführungsmodus verbindet. Die in ihm zusammengefaßten Handlungen der Verwaltung stellen als solche einen normalen Teilbereich der Verwaltung im materiellen Sinne dar und nicht etwa einen selbständigen, einheitlichen Zweck. Mit dem Begriff der wirtschaftlichen Betätigung werden vielmehr eine Vielzahl von Zwecken zu einer Einheit zusammengefasst, insofern sie auf eine bestimmte Art und Weise realisiert werden. Um das damit angesprochene Betätigungsfeld näher zu kennzeichnen, ist es hilfreich, die unter dem Topos wirtschaftliche Betätigung typischerweise verfolgten öffentlichen Zwecke darzustellen.

b) Typologie der Zwecke wirtschaftlicher Betätigung

Da es nicht möglich ist, die Zwecke der wirtschaftlichen Betätigung vollständig und abschließend aufzuzählen, erscheint es angebracht, zumindest eine Typologie zu erstellen, der dann weitere Zwecke, die nicht ausdrücklich genannt werden, zugeordnet werden können. In jedem der genannten Bereiche kann der Zweck der wirtschaftlichen Betätigung sowohl in der bloßen Erbringung der jeweiligen Leistung liegen, wie auch in der Erbringung der Leistung zu ganz bestimmten Konditionen. In seltenen Ausnahmen kann mit der wirtschaftlichen Betätigung auch ein von der Versorgung oder Vorsorge gelöster Zweck verfolgt werden, so z.B. die Schaffung oder Erhaltung von Arbeitsplätzen, oder eine sonstige strukturpolitische Zielsetzung. An einzelnen Feldern können unterschieden werden:

(1) Elementar-Versorgung

Zur Elementar-Versorgung gehören typische Infrastrukturleistungen wie die Versorgung mit Wasser, Elektrizität, Gas, Fernwärme, Strom, dann die Nahverkehrssysteme, die Entsorgung durch Müllabfuhr und in anderen Bereichen (z.B. Tierkörperbeseitigung).

¹⁴ *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 164.

(2) Sozialleistungen

Zu den Sozialleistungen zählen z.B. Wohnungsvermittlung, Bestattungswesen, Kurheime, Krankenhäuser und Krankentransport, Alten- und Studentenheime, Bauträgergesellschaften für sozialen Wohnungsbau.

(3) Kultur - Freizeit - Erholung

Das Angebot in diesem Sektor reicht von Theater, Oper, Museum und Bücherei¹⁵ über Hallen- und Freibäder, evtl. mit Solarium, Sauna und Massage, Computerschulen, Freizeitparks bis hin zu Reisebüros.

(4) Eigenbedarf und Randnutzung

Hierzu gehören Bauhöfe, Schreinereien, Schlossereien etc. die ausschließlich der Erstellung und Instandhaltung kommunaler Anlagen dienen,¹⁶ sowie die Nutzung kommunaler Gebäude und Fahrzeuge etc. als Werbefläche.

c) Wirtschaftliche Betätigung und wirtschaftliches Unternehmen

Die wirtschaftliche Betätigung als Typus des Verwaltungshandelns umgreift nicht nur eine Vielzahl von Zwecken, sondern ebenso eine Mehrzahl von Mitteln (Instrumenten, Organisations- und Verfahrensmöglichkeiten), die die Verwaltung nutzen kann, um ihr Ziel zu erreichen. In den selteneren Fällen erbringt die Verwaltung Sach- und Dienstleistungen ohne größere organisatorische Vorkehrungen, indem etwa Kraftfahrzeugkennzeichenschilder in einem Nebenraum der Zulassungsstelle verkauft werden.¹⁷ Häufiger, vor allem dann, wenn es um ein beträchtlicheres Ausmaß an Leistungen geht, wählt sie jedoch organisatorisch und z.T. auch rechtlich verselbständigte Organisationseinheiten, um ihre wirtschaftliche Betätigung durchzuführen. Diese Einheiten werden z.T. als wirtschaftliche Unternehmen bezeichnet und auch die Gemeindeordnung verwendet in den §§ 88 ff. diesen Terminus. Daher ist näher zu untersuchen, welche organisatorischen Formen das Kommunalrecht für diese wirtschaftlichen Unternehmen bereitstellt und in welchem Verhältnis sie zur übrigen Kommunalverwaltung stehen. Bedenkt man, daß Organisationsfragen und -entscheidungen schon alleine wegen der "natürlichen Beharrungstendenzen des Apparats" von großer materieller Tragweite sind¹⁸, so wird deutlich, daß es sich dabei keineswegs um eine Randfrage des hier zu behandelnden Themas handelt.

¹⁵ Gegen die Einbeziehung dieser kulturellen Leistungen könnte sprechen, daß sie überwiegend staatliche subventioniert werden. Das ändert aber nichts daran, daß es sich um die Erbringung einer Leistung handelt. Die Art der Finanzierung tritt demgegenüber zurück.

¹⁶ Dabei handelt es sich zwar nicht um eine Versorgung der Einwohner, doch sind auch diese Tätigkeiten bei der Behandlung der wirtschaftlichen Konkurrenz zu beachten, da sie ebensogut von privaten Unternehmen erbracht werden können.

¹⁷ Vgl. BGH GRUR 1974, 733; ähnlich im Falle des Bestattungsordners jetzt BGH NJW 1987, 60, 63.

¹⁸ So *Schmid-Apfmann*, in: FS Ipsen, 1977, S. 333 (337); vgl. zur Bedeutung organisationsrechtlicher Regelungen auch *Schnapp*, Jura 1980, 68 f. Zu beachten ist auch, daß der Auflösung verselbständigter Unternehmen erhebliche Rückführungskosten entgegenstehen, vgl. dazu *Reffken*, die niedersächsische Gemeinde, 1986, 162 ff.

3. Das wirtschaftliche Unternehmen im Verwaltungsaufbau

Die "rechtswissenschaftliche Klassifizierung einer organisatorischen Einheit gilt nicht ein für alle mal, sondern nur je nach der in Frage stehenden Rechtsbeziehung"¹⁹, so daß das rechtliche Bezugssystem gekennzeichnet werden muß, innerhalb dessen die Verortung der kommunalen Unternehmen erfolgen soll. Dabei handelt es sich um das Verwaltungsrecht, genauer um das Verwaltungsorganisationsrecht, dessen Bezugspunkt der *Verwaltungsträger* und nicht der (Gesamt-) Staat ist.²⁰

Die dem Verwaltungsorganisationsrecht eigenen Systembegriffe wie Organ, Behörde, Amt etc. beziehen sich auf einen Verwaltungsträger als Zurechnungssubjekt.²¹ Damit ist zugleich verdeutlicht, daß es um Verwaltung im organisatorischen und formellen Sinne geht²², um Wahrnehmungszuständigkeiten im Gegensatz zu sachlich-inhaltlicher Zurechnung, um Verwaltungs- im Gegensatz zu Sachverantwortung.²³

Unterschieden wird im Folgenden weiter zwischen den Begriffen Verwaltungseinheit, Verwaltungsträger und Organisation. Unter einer Verwaltungseinheit wird in einem allgemeinen soziologischen Sinne eine Handlungseinheit verstanden, die organisatorisch eine gesonderte Einheit darstellt, ohne daß damit besondere rechtliche Anforderungen an die Verselbständigung gestellt werden.²⁴ Unter einem Verwaltungsträger wird eine rechtsfähige Verwaltungseinheit verstanden, die Zurechnungssubjekt von Handlungen ist.²⁵ Unter Organisation wird schließlich die durch eine Verbandskompetenz (einen eigenen Aufgabenbestand) gekennzeichnete Verwaltungseinheit verstanden, die unter Umständen mehrere Verwaltungsträger umfaßt.²⁶ Zu beachten ist auch, daß der nachfolgend zugrundegelegte Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens auf einer allgemeinen Definition beruht und deshalb noch keine Aussage darüber trifft, was unter einem wirtschaftlichen Unternehmen iSd §§ 88 ff. GO zu verstehen ist.

a) Rechtlich unselbständige Unternehmensformen: Regie- und Eigenbetrieb

(1) Der Regiebetrieb

Der Regiebetrieb stellt gegenüber dem bloßen Mitvollzug einer wirtschaftlichen Betätigung im Rahmen der normalen Verwaltungsgeschäfte und Abläufe die Organisationsform mit den

¹⁹ *Schnapp*, Jura 1980, 68 (74); vgl. *Wolff/Bachof*, VwR II, § 74 II b 1; *Böckenförde*, in: FS H.-J. Wolff, 1973, S. 269 (287 ff.).

²⁰ Vgl. *Wolff/Bachof*, VwR II, § 74 II b 1.

²¹ Dabei geht es um die rechtstechnische Verhältniszurechnung, die von der Aufgabenzurechnung zu unterscheiden ist.

²² Vgl. v. *Münch*, in: *Erichsen/Martens*, Allg. VwR, § 1 I; *Mauer*, Allg. VwR, § 1 I 1 (Rdnr. 2).

²³ Vgl. zu dieser Terminologie: *Schmid-ortzig*, Kommunalrecht, Rdnr. 553.

²⁴ Vgl. *Schnapp*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 72 ff.

²⁵ Vgl. *Wolff/Bachof*, VwR I, § 34 I b 2; *Mauer*, Allg. VwR, § 21 (Rdnr. 2).

²⁶ Vgl. *Wolff/Bachof*, VwR I, § 32 II; *Böckenförde*, in: FS H.-J. Wolff, 1973, S. 269 (292 ff.).

geringsten Abweichungen dar. Regelmäßig ist ein Regiebetrieb nichts anderes als eine Abteilung einer Behörde, die eine wirtschaftliche Betätigung nach den allgemeinen organisatorischen und haushaltsrechtlichen Prinzipien des Verwaltungshandelns durchführt.²⁷ Als Regiebetrieb werden heute nur noch Kleinbetriebe geführt. Für die nach außen gerichtete wirtschaftliche Betätigung kommt ihnen kaum mehr Bedeutung zu.²⁸

(2) Der Eigenbetrieb

Der Eigenbetrieb ist eine öffentlich-rechtliche Sonderform eines nicht-rechtsfähigen, aber organisatorisch und finanzwirtschaftlich weitgehend verselbständigten Unternehmenstypus.²⁹ Als nicht rechtsfähige Verwaltungseinheit ist der Eigenbetrieb Bestandteil der jeweiligen Kommunalverwaltung, Teil des Verwaltungsträgers Gemeinde oder Kreis. Er wird finanzwirtschaftlich als Sondervermögen geführt und stellt eine organisationsrechtliche Sonderform der Kommunalverwaltung mit eigenen (jedoch nicht autonomen) Leitungs- und Vertretungsorganen dar.³⁰ Seine interne Organisationsstruktur wird in den Einzelheiten durch eine vom Rat zu erlassende Satzung geregelt. Gemäß § 93 GO iVm den Vorschriften der Eigenbetriebsverordnung ist die kommunale Leitungsgewalt abweichend von den allgemeinen Vorschriften der GO geregelt. Das gilt für die Willensbildung, die gem. § 93 Abs. 2 GO iVm §§ 2, 4, 5 EigBetrVO weitgehend auf die Werksleitung zu übertragen ist, für die Außenvertretung, die gem. § 3 EigBetrVO der Werksleitung obliegt, wie auch für die Wirtschaftsführung, die gem. §§ 2, 8 ff. EigBetrVO ebenfalls Aufgabe der Werksleitung ist. Laufende Betriebsführung und Personalwirtschaft, als zentrale Schaltstellen "wirtschaftlichen" Verhaltens sind damit weitgehend verselbständigt und von der als zu schwerfällig empfundenen politischen Verwaltung distanziert, ohne daß deren grundsätzliche Weisungs- und Kontrollmöglichkeiten und -rechte geschmälert werden.³¹ Der Eigenbetrieb stellt damit einen auf die besonderen Sachgesetzmäßigkeiten einer wirtschaftlichen Betätigung hin orientierten, organisatorisch modifizierten Bestandteil der Kommunalverwaltung dar.³²

b) Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Unternehmensträger

Unter den Unternehmensformen kommunaler Unternehmen werden durchweg die Juristischen Personen des öffentlichen Rechts genannt.³³ Genau genommen handelt es sich um Juristische Personen des öffentlichen Rechts, die (ausschließlich) Träger eines wirtschaftlichen

²⁷ Vgl. *Pagenkopf*, S. 160 f.; *Wolff*, AfK 1963, 149 (157 ff.); *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 59; *Schmidt-Aßmann*, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 171.

²⁸ Vgl. *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 59 f.

²⁹ *Schmidt-Aßmann*, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 172; *Pagenkopf*, S. 161 f.; *Wolff*, AfK 1963, 149 (162 ff.); *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 60.

³⁰ *Pagenkopf*, S. 163; *Schmidt-Aßmann*, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 172.

³¹ Vgl. zu Einzelheiten: *Scholz/Pitschas*, Gemeindeführung zwischen Verwaltungs- und Unternehmensstruktur. Zu neuen Vorschlägen für spezielle Rechtsformen öffentlicher Unternehmen mit einer größeren Eigenständigkeit s. *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 383 ff.

³² Zu weiteren Einzelheiten des Eigenbetriebsrechts vgl. *Zeiss*, Das Eigenbetriebsrecht gemeindlicher Betriebe, 3. Aufl. 1980.

³³ Vgl. *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 59 ff.; *Pagenkopf*, S. 169 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 171.

Unternehmens sind, wie z.B. die gem. § 5 Abs. 1 GkG als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisierten Zweckverbände, die Träger eines Unternehmens nach den Vorschriften des Eigenbetriebsrechts sind; teilweise aber auch um spezialgesetzlich ausgestaltete Unternehmensformen, die zugleich Juristische Person des öffentlichen Rechts sind, wie z.B. die Sparkassen, die gem. § 2 SparkG NW rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts sind.

Da gem. Art 77 Verf.NW iVm § 18 ff. LOG die rechtlich selbständigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts nur durch oder aufgrund eines Gesetzes errichtet werden können, sind die Wahl- und Gestaltungsmöglichkeiten der Kommunen durch die gesetzlichen Vorgaben bestimmt. Ihnen steht nur bei den Zweckverbänden die Möglichkeit offen, rechtlich selbständige Unternehmen in öffentlicher Rechtsform für von ihnen bestimmbare Unternehmenszwecke zu gründen.

Die Rechtsfähigkeit der Zweckverbände und Sparkassen, um nur die gängigsten Erscheinungsformen zu nennen, läßt die Frage aufkommen, wie diese Unternehmen in die Kommunalverwaltung einzuordnen sind. Für die Zweckverbände ergibt sich die Antwort aus § 5 Abs. 2 GkG, wonach der Zweckverband ein Gemeindeverband und damit auch ein eigenständiger Verwaltungsträger ist. Die Zweckverbände führen Aufgaben der sie gründenden Verwaltungsträger aus und nicht eigene, sind also nicht Endsubjekt sachlich-inhaltlicher Zurechnung. Sie sind deshalb auch als Glied³⁴ der Kommunalverwaltung anzusehen.

Die Sparkassen als Anstalten des öffentlichen Rechts sind ebenfalls einem Verwaltungsträger zugeordnet, der aufgrund seiner haftungsrechtlichen Verantwortung gem. § 5 SparkG NW Gewährsträger genannt wird. Wie die Erwähnung der Sparkassen in § 89 Abs. 4 GO und die Reklamation der Tätigkeit der Sparkassen für den Kerngehalt der Selbstverwaltungsgarantie³⁵ zeigen, führen die Sparkassen kommunale Aufgaben aus und sind insofern wie die Zweckverbände nicht Endsubjekte sachlich-inhaltlicher Zurechnung. Folgt man der heute gebräuchlichen Definition des Verwaltungsträgers³⁶ als rechtsfähige Verwaltungseinheit, so sind die Sparkassen Verwaltungsträger und zugleich Glied der Kommunalverwaltung, da sie umfangreichen Weisungs- und Leitungsrechten der Gemeinde bzw. des Kreises unterliegen.

Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind als Unternehmensträger daher regelmäßig selbst Verwaltungsträger und beim Vorliegen von kommunalen Weisungs- und Leitungsbefugnissen Glied der Kommunalverwaltung. Die sachlich-inhaltliche Zurechnung bezieht sich in allen diesen Fällen jedoch auf die Kommunen selbst, da ihre Aufgaben ausgeführt werden.

³⁴ Nach *Wolff/Bachof*, VwR II, § 74 II sind "Glieder einer Organisation solche juristischen Personen, die Angelegenheiten einer anderen juristischen Person im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und in eigener rechtstechnischer Trägerschaft wahrnehmen".

³⁵ Vgl. nur *Stern/Burmeister*, Die kommunalen Sparkassen, S. 94. Neuerdings: VerfGH NW, JZ 1987, 242.

³⁶ Ob die Definition des Verwaltungsträgers nur durch die Rechtsfähigkeit heute noch eine angemessene dogmatische Basis für das Verwaltungsorganisationsrecht abgibt, muß stark bezweifelt werden. Die Trennung von rechtstechnischer und sachlich-inhaltlicher Zurechnung, die ihrerseits maßgeblich für die (demokratische) Legitimationsfrage ist, legt eine Neuorientierung nahe.

c) Eigengesellschaften

Unter Eigengesellschaften sind von einer Kommune gegründete juristische Personen des Privatrechts in der Rechtsform der GmbH oder AG zu verstehen - sieht man von vereinzelt auftretenden anderen Rechtsformen einmal ab. Sie machen heute vor allem in größeren Städten im Bereich der Elementar-Versorgung durch Stadtwerke die am häufigsten anzutreffende Organisationsform aus.³⁷ Die (organisations-) rechtliche Zuordnung der Eigengesellschaften zur öffentlichen Verwaltung ist noch weitgehend ungeklärt. Einigkeit besteht lediglich darüber, daß die von ihnen wahrgenommenen Aufgaben - zumindest im Bereich der Sozialwirtschaft - materielle Verwaltungstätigkeit sind.³⁸ Voraussetzung für die Klärung der organisationsrechtlichen Zuordnung ist die Feststellung, ob und in welcher Art und Weise es sich bei der Existenz und dem Handeln der Eigengesellschaften um die Ausübung von Staatsgewalt handelt.

(1) Staatsgewalt und Privatrechtsform

Der Existenz von zwei grundlegend verschiedenen originären Quellen und Arten der Handlungsfähigkeit, der Staatsgewalt und der Privatgewalt,³⁹ entsprechen grundsätzlich auch zwei Arten organisatorischer Gebilde: die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie die juristischen Personen des Privatrechts, neben den ohnehin existierenden natürlichen Personen und ihrem Zusammenwirken in nicht rechtsfähigen Personengemeinschaften, die hier zu vernachlässigen sind. Dementsprechend korrespondiert der Staatsgewalt grundsätzlich die öffentlich-rechtliche und der Privatgewalt die privatrechtliche Organisationsform. Diese aus der Epoche des liberalen Rechtsstaates stammende eindeutige Zuordnung ist heute in einer Richtung stark relativiert. Da ihre dogmatische Basis aber unverändert beibehalten wurde, kommt es immer wieder zu Zuordnungsschwierigkeiten, wenn der Staat private Rechtsformen nutzt oder Private von öffentlich-rechtlichen Rechtsformen Gebrauch machen. So üben die Kirchen trotz ihrer Organisation als Körperschaften des öffentlichen Rechts keine Staatsgewalt aus.⁴⁰ Bei der Wahl privatrechtlicher Organisationsformen durch den Staat tritt das gleiche Problem in umgekehrter Richtung auf. Doch ergeben sich im Einzelnen wesentliche Unterschiede, weil die Systeme der Bildung und Errichtung juristischer Personen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts erhebliche Unterschiede aufweisen. Daher ist näher auf die Eigenheiten und Bildungsgesetze der juristischen Personen des Privatrechts einzugehen.

37 So waren 1984 in den 31 Städten der Bundesrepublik mit mehr als 200 000 Einwohnern nur noch 8 Verkehrsbetriebe als Eigenbetrieb organisiert, dafür aber 14 als GmbH und 22 als AG. (Die Gesamtzahl der Betriebe übersteigt die der Städte, da in einigen Städten verschiedene Verkehrsbereiche getrennt organisiert sind.) Vgl. Statistisches Jahrbuch Deutscher Gemeinden, 1985, S. 330 ff.; Rohm, Zeitung für kommunale Wirtschaft, 10/1980.

38 Forsthoff, Lehrbuch, § 25 (S. 510); Maurer, Allg. VwR, § 3 II 3 (Rdnr. 9); BGHZ 52, 325; 65, 284; 79, 111.

39 Während die Rechts- und Handlungsfähigkeit der natürlichen Person dem Grunde nach mit deren Existenz gegeben ist und durch die positive Rechtsordnung lediglich ihrem Umfang nach gestaltet wird - vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, § 5 I; Wiedemann, Gesellschaftsrecht Bd. 1, § 4 II 2 (S. 208); Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 1 -, ist die Rechts- und Handlungsfähigkeit des Staates und damit die Staatsgewalt im demokratischen Verfassungsstaat erst die Folge ihrer rechtlichen Konstituierung durch die Verfassung und durch verfassungsmäßiges Recht - vgl. Barby, Bundesverfassungsgericht und einfaches Gesetz, S. 20, 23; Erichsen, Staatsrecht I, S. 114. Da innerhalb des konstituierten Verfassungsstaates regelmäßig nicht auf den vorstaatlichen Zustand rekurriert wird, ist es zulässig, im Rahmen rechtlicher Überlegungen unter einer bestimmten Verfassung von Privatgewalt und Staatsgewalt als den beiden ursprünglichen Handlungsquellen auszugehen, auf die alles Handeln (rechtlich) zurückzuführen ist.

40 Dürig, in: Maunz/Dürig, Komm.z.GG., Art. 19 III Rdnr. 41.

(a) Begriff und Funktion der juristischen Person

Mit dem Begriff der juristischen Person wird die Rechtsfähigkeit einer Organisation bezeichnet.⁴¹ Rechtsfähigkeit ist dabei die Fähigkeit, in einem System vor Rechtssätzen im Verhältnis zu anderen Rechtssubjekten Träger von Pflichten und Rechten und damit Endsubjekt rechtstechnischer Zurechnung zu sein.⁴² Während die natürliche Person als sittliche Person und aufgrund ihrer ursprünglichen Würde gegenüber der positiven Rechtsordnung einen Anspruch auf prinzipielle Zuerkennung von Rechtsfähigkeit besitzt, der auch in Art 1 Abs. 1 GG abgesichert ist⁴³, liegt die Verleihung der Rechtsfähigkeit an Organisationen prinzipiell im Ermessen des Gesetzgebers.⁴⁴ Aufgabe des Begriffs der juristischen Person ist es dabei, vielgliedrige Organisationen oder bloße Sachgesamtheiten⁴⁵ zu selbständigen Zuordnungsobjekten im Rechtsverkehr zu erheben und diesen dadurch zu vereinfachen. Historisch geschah dies zunächst - und zwar schon im Mittelalter - in Bezug auf selbständige Vermögen (Stiftungen), ab dem Ende des 17. Jahrhundert auch für Korporationen.⁴⁶ Da eine zureichende Klärung des "Wesens" der juristischen Person - bis heute - nicht gelang⁴⁷, begnügt sich die neuere Diskussion, vor allem im öffentlichen Recht, mit der von Wolff begründeten rechtstechnischen Betrachtungsweise.⁴⁸ Danach handelt es sich bei der juristischen Person um eine Person im rechtstechnischen Sinne, gedacht als einheitliches Zurechnungssubjekt einer zugrundeliegenden realen Organisation.⁴⁹ Handelt es sich bei der juristischen Person somit in erster Linie um eine rechtstechnische Konstruktion, die unter anderem der Vereinfachung des Rechts und des Rechtsverkehrs dient⁵⁰, so ist damit noch keine Aussage über die materiale Qualität hinsichtlich der Zuordnung zur Privat- und Staatsgewalt getroffen. Darüber gibt erst eine nähere Betrachtung der (verschiedenen) Entstehungsweisen der juristischen Personen Aufschluß.

(b) Gründungsformen juristischer Personen

Maßgeblich für die materiale Zuordnung der juristischen Personen und ihres Handelns ist, in welcher Weise Staats- und Privatgewalt bei den Gründungsakten zusammenwirken. Denn daß der Staat bei jeder Schaffung einer juristischen Person beteiligt ist, ergibt sich schon daraus, daß es sich um eine Schöpfung der Rechtsordnung handelt.⁵¹ Weiter ist begriffsnotwendig - und positivrechtlich so normiert -, daß die juristischen Personen des öffentlichen Rechts durch den Staat geschaffen werden, da sie ausgehend vom staatlichen Gründungsakt

41 Wolff/Bachof, VwR I, § 32 I, § 34.

42 Wolff/Bachof, VwR I, § 32 III b.

43 Vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 1. Dem Menschen als natürlicher Person steht z.B. immer das Recht auf Leben aus Art 2 Abs. 2 GG zu und zwar schon vor der Geburt, vgl. BVerfGE 39, 1 (36); v. Mutius, Jura 1987, 109 ff.

44 Vgl. Schnapp, Jura 1980, 68 (70 f.).

45 Wie z.B. bei einer rechtsfähigen Stiftung oder Anstalt.

46 Vgl. Wolff, Organschaft und juristische Person, Bd. 1, S. 187 f.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht Bd. 1, S. 191.

47 Zu den einzelnen Versuchen vgl. Wiedemann, Gesellschaftsrecht Bd. 1, S. 192 ff.

48 Wolff, Organschaft und Juristische Person, Bd. 1, S. 131 ff.; vgl. auch Schnapp, Jura 1980, 68 (70).

49 Wolff, Organschaft und Juristische Person, Bd. 1, S. 192 f., 230. Wolff betont, daß diese rechtstechnische Operation scheitern würde, wenn nicht hinter diesem konstruktiven Zurechnungssubjekt echte Pflichtsubjekte stünden, S. 194.

50 Wolff/Bachof, VwR I, § 34 I a.

51 Schnapp, Jura 1980, 68 (70 f.).

definiert werden.⁵² Anders verhält es sich bei den juristischen Personen des Privatrechts. Bei ihnen begnügt sich der Staat mit der Bereitstellung bestimmter Organisationstypen - etwa der AG, GmbH, Genossenschaft, des rechtsfähigen Vereins - und der Mitwirkung am Gründungsakt durch Registrierung, Genehmigung oder Verleihung.⁵³ Grund der Entstehung der juristischen Personen des Privatrechts ist der durch die gesetzliche Typenbildung allgemein ermöglichte (idR vertragliche) Gründungsakt der tätigen Rechtssubjekte.⁵⁴ Es ist jedoch nicht haltbar, diesen Gründungsakt in jedem Fall als privatautonom zu bezeichnen.⁵⁵ Denn Privatautonomie ist Kennzeichen einer bestimmten materialen Handlungsqualität, Ausdruck des Handelns Privater bzw. von Privatgewalt. Bedient sich demgegenüber ein Träger staatlicher Gewalt der allgemein zugänglichen Kurationsmechanismen des Privatrechts⁵⁶, so geschieht dies aufgrund der bzw. in Ausübung von Staatsgewalt, genauer gesagt: in Ausübung staatlicher Organisationsgewalt.⁵⁷ Es wäre daher ebenfalls verfehlt, dem Staat in solchen Fällen Privatautonomie zuzusprechen oder von privatautonomer Gestaltung zu sprechen.⁵⁸ Privatautonomie besagt ja in diesem Zusammenhang gerade, daß es staatlicher Mitwirkung zur Gründung der juristischen Person nicht bzw. nur in einem "ordnenden Rahmen" bedarf, daß privater Rechtsgestaltung also neben dem staatlichen Rechtsetzungsanspruch Freiraum eingeräumt ist. Es handelt sich bei der Privatautonomie also um einen das Staat-Bürger-Verhältnis spiegelnden Begriff und es wäre folglich sinnwidrig, bei einem Staatshandeln von Privatautonomie und damit von Staatsfreiheit zu sprechen. Die Gründung einer juristischen Person des Privatrechts durch den Staat ist damit nie Ausdruck von Privatautonomie, sondern Ausübung von Staats- bzw. Organisationsgewalt.

(2) Handlungsqualität der Eigengesellschaften

Mit dieser Einordnung des Gründungsaktes ist noch nichts darüber gesagt, welche Qualität dem Handeln der Eigengesellschaften zukommt. Hier nehmen selbst diejenigen Autoren, die den Gründungsakt als kompetenzgetragenes Staatshandeln qualifizieren, die Existenz eines privaten und damit privatautonomes Rechtssubjektes an.⁵⁹ Die gleiche Ansicht liegt wohl auch der Lehre vom Verwaltungsprivatrecht zugrunde, da sie die Art der ausgeführten Aufgabe und nicht das Handlungsobjekt zum Anknüpfungspunkt der öffentlich-rechtlichen Bindung macht, bzw. das öffentliche Recht erst in einem zweiten Schritt und damit nachträglich zur Geltung bringt.⁶⁰

Mit der Gründung der juristischen Person des Privatrechts wird ein Rechtssubjekt geschaffen, das fortan Zurechnungssubjekt von Pflichten und Rechten sein kann. Da es sich bei diesem Zurechnungsvorgang - wie gezeigt - um eine rechtstechnische Operation handelt, geht

⁵² Wolff/Bachof, VwR I, § 34 II b 2.

⁵³ Vgl. Wolff/Bachof, VwR I, § 34 II b 1; Wiedemann, Gesellschaftsrecht Bd. I, S. 204 ff.

⁵⁴ Wolff/Bachof, VwR I, § 34 II b 1; Ritter, Die werdende juristische Person, S. 244 ff.; Lorenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, § 9 I; Ehlers, JZ 1987, 218 (225).

⁵⁵ So aber: Wolff/Bachof, VwR I, § 34 II b 1; Ritter, Die werdende juristische Person, S. 245.

⁵⁶ Wozu er eine Kompetenz benötigt, vgl. Barbey, WiVerw 1978, 77 (91); Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 85 ff.

⁵⁷ Vgl. auch Erichsen, Staatsrecht I, S. 114; ders., Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 27.

⁵⁸ So aber z.B. Betermann, in: FS E. Hirsch, 1969, S. 2 f.; Emmerich, JuS 1970, 332; Barbey, WiVerw 1978, 77 (93).

⁵⁹ So z.B. Barbey, WiVerw 1978, 77 (93); Dickersbach, WiVerw 1983, 187 (207).

⁶⁰ Vgl. Wolff/Bachof, VwR I, § 23 II; Maurer, Allg.VwR, § 3 (Rdnr. 9); Ehlers, DVBl. 1983, 422 (423 f.).

von ihr kein Einfluß auf die materiale Handlungsqualität aus, die der Organisation und dem Gründungsakt zugrundeliegt. Weder Privatgewalt noch Staatsgewalt ändern daher ihren Charakter, wenn sie sich nach den Maßgaben des Privatrechts, d.h. nach Maßgabe der für alle Rechtssubjekte geltenden Rechtsnormen⁶¹, organisieren und diese Organisation von der Rechtsordnung als eigenständiges Zurechnungssubjekt anerkannt wird. Stellt sich der Gründungsakt Privater dabei als Akt der Privatautonomie dar und kommt der gegründeten juristischen Person deshalb ebenfalls private Handlungsqualität und Privatautonomie zu, so stellt sich umgekehrt der Gründungsakt eines Trägers staatlicher Gewalt als Ausübung von Staatsgewalt und die kreierte juristische Person gleichfalls als Träger von Staatsgewalt sowie ihr Handeln als Ausübung von Staatsgewalt dar.⁶²

Da die Eigenart der privatrechtlichen Gründungssysteme darin besteht, die Organisationsakte den handelnden Rechtssubjekten zu überlassen und von Seiten des Staates bzw. der Rechtsordnung lediglich formale Anforderungen an sie zu stellen, bleibt die materiale Handlungsqualität als dem gesetzgeberischen Regelungszugriff vorausliegende Größe völlig unberührt. Gerade darin liegt der freiheitliche, die Privatautonomie der natürlichen Person ermöglichende Charakter der privatrechtlichen Gründungssysteme.

Für die Inanspruchnahme einer privatrechtlichen Organisationsform durch die Kommune folgt daraus, daß sich weder die Kommune bei der Gründung noch die Eigengesellschaft bei ihrem Handeln auf Privatautonomie berufen kann. Vielmehr stellt sich sowohl der Gründungsakt wie auch das Handeln der Eigengesellschaft als Ausübung von Staatsgewalt dar. Die Eigengesellschaft ist daher Privatrechtssubjekt aber nicht privates Rechtssubjekt. Eine Flucht ins Privatrecht durch die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform kann es bei genauer Betrachtung deshalb nicht geben, weil die Organisationsform die materiale Handlungsqualität voraussetzt, sie lediglich organisiert. Eigengesellschaften sind gemäß ihrem "gesetzlich vorgesehenen Status" daher nicht als Private⁶³, sondern als Staat zu betrachten.

(3) Organisatorische Verortung der Eigengesellschaften

Mit der Feststellung, daß Eigengesellschaften privatrechtlich organisierte Staatsgewalt darstellen, ist noch keine Aussage über ihre Einordnung in den Verwaltungsaufbau getroffen. In der Literatur werden sie teilweise als Bestandteile der Gemeindeverwaltung⁶⁴, als kommunale Erfüllungsgehilfen⁶⁵, in Einzelfällen als Beliehene⁶⁶, vorwiegend aber als nicht näher qualifizierte mittelbare Gemeindeverwaltung⁶⁷ eingestuft. Ausschlaggebend für die Zuordnung der

⁶¹ Vgl. Erichsen, Jura 1982, 537 (541).

⁶² Vgl. Ehlers, DVBl. 1983, 422 (424); ders., JZ 1987, 218 (224 f.); Erichsen, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 25 ff. (27).

⁶³ So aber Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 120, 234. Völlig unklar bleibt dieser Zusammenhang z.B. bei Kraft, Das Verwaltungsgesellschaftsrecht, S. 41 ff.

⁶⁴ Kraft, Das Verwaltungsgesellschaftsrecht, S. 56 ff. m.w.N.

⁶⁵ Frotscher, HkWP Bd. 3, S. 147.

⁶⁶ Vgl. Kraft, Das Verwaltungsgesellschaftsrecht, S. 48 ff.

⁶⁷ So z.B. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 234; Maurer, Allg.VwR, § 21 I (Rdnr. 13).

Eigengesellschaften ist zunächst, ob sie als Privatrechtssubjekt überhaupt Teil der öffentlichen Verwaltung im organisatorischen Sinne und insbesondere Verwaltungsträger sein können.

Das Meinungsspektrum reicht in dieser Frage von der selbstverständlichen und z.T. ohne nähere Begründung vollzogenen Einordnung der Eigengesellschaften unter die Verwaltungsträger,⁶⁸ bis zu der Feststellung, daß Einigkeit darüber bestehe, daß die privatrechtlichen Einrichtungen der Verwaltung nicht zur allgemeinen Verwaltung zu zählen sind.⁶⁹ Die Dogmatik des Verwaltungsorganisationsrechts hält keine Aussagen dazu bereit.⁷⁰

Für eine rein organisationsrechtliche Betrachtungsweise mit einer Definition des Verwaltungsträgers durch das Merkmal der Rechtsfähigkeit⁷¹ ergeben sich keine Hindernisse, die privaten Organisationsformen in die Verwaltungsorganisation zu integrieren. Bedenken ergeben sich erst, wenn man den Legitimationsaspekt mit einbezieht und berücksichtigt, daß die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen zugleich der Gewährleistung der Anforderungen des Demokratieprinzips an die Legitimation des Verwaltungshandelns dienen, indem auf demokratisch legitimierte Leitungsorgane rückführbare Legitimationsketten ermöglicht werden.⁷² Ohne daß diesen Erwägungen hier im einzelnen nachgegangen werden kann, ist anzunehmen, daß eine Qualifizierung der Eigengesellschaften als Verwaltungsträger aufgrund der angeführten Bedenken ausscheidet, da die privaten Organisationsformen nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen bruchlose Weisungsmöglichkeiten und damit demokratische Legitimationsketten zulassen.

Es bleibt deshalb nur die Möglichkeit, die Eigengesellschaften als Glied der Kommunalverwaltung einzustufen, durch das kommunale Aufgaben in Weisungsabhängigkeit und mit eigener rechtstechnischer Zurechnung erfüllt werden. Diese Einstufung entspricht auch der Tatsache, daß die Eigengesellschaften als ein Instrument kommunaler Aufgabenerfüllung in §§ 88 ff. GO vorgesehen sind. Diese Erwähnung und die von den Kommunen in §§ 89 ff. geforderte Einrichtung von Einwirkungsmöglichkeiten zeigen, daß die Eigengesellschaften innerhalb der Kommunalverwaltung nur teilweise verselbständigt werden sollen und daß insbesondere die demokratisch legitimierte Leitungsmacht weiterhin von den Leitungsorganen der Kommune ausgehen soll. Da die Eigengesellschaften keine eigenständigen Verwaltungsträger sind, findet bei der Aufgabenverlagerung auf sie auch keine Kompetenzübertragung statt, da Kompetenzträger immer nur ein Träger öffentlicher Verwaltung sein kann.⁷³ Sie stellen daher auch unter

⁶⁸ Maurer, Allg. VwR, § 21 I 4 (Rdnr. 15 ff.); Rudolf, in: Erichsen/Martens, § 56 II 3.

⁶⁹ Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 155.

⁷⁰ Bei Wolff/Bachof, VwR I, § 34 I b 2 findet sich alleine der Hinweis, daß Träger der öffentlichen Verwaltung (nur?) die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind.

⁷¹ So z.B. Maurer, Allg. VwR, § 21 I 4 (Rdnr. 2).

⁷² Vgl. dazu jetzt VerfGH NW, JZ 1987, 242 ff. und dazu Ehlers, JZ 1987, 218 (219 ff.).

⁷³ Dieser Aussage liegt die Vorstellung zugrunde, daß sich beim heutigen Stande des Organisationsrechts und der Bedeutung der Rechtsfähigkeit die formale rechtstechnische Zurechnung und die materiale Zurechnung an unterschiedlichen Merkmalen orientieren. Der Kompetenzbegriff ist dabei an der materialen Zurechnung orientiert, denn er dient zunächst der Ermächtigung und Legitimation von Zweckverfolgungen. Die maßgebliche Zurechnungseinheit ist dabei der Verwaltungsträger, der charakterisiert ist durch ein demokratisch legitimates Leitungsorgan und einen Bestand eigener Angelegenheiten, die Verbandskompetenz. Untergliederungen dieses Verwaltungsträgers gehören dabei auch dann zu seinem Kompetenzbereich und unterfallen mithin seiner materialen Zurechnungssphäre, wenn sie zwar selbst rechtsfähig sind, aber Aufgaben des Verwaltungsträgers wahrnehmen (und nicht eigene) und durch ihn gesteuert werden. Da die Zulässigkeit einer Gründung oder Beteiligung nach § 89 Abs. 1 GO davon abhängt, ob die

diesem Gesichtspunkt eine lediglich technisch-motivierte Verselbständigung⁷⁴ innerhalb der Verwaltungsorganisation dar.

d) Beteiligungsgesellschaften

Bei den Beteiligungsgesellschaften handelt es sich um ein Zusammenwirken entweder mehrerer Träger öffentlicher Verwaltung - sog. gemischt-öffentliche Unternehmen - oder um ein Zusammenwirken eines oder mehrerer Träger öffentlicher Verwaltung mit Privaten - sog. gemischt-wirtschaftliche Unternehmen.⁷⁵ Unter dem Gesichtspunkt des Verwaltungsorganisationsrechts weisen beide Formen unterschiedliche Probleme auf.

(1) Gemischt-öffentliche Beteiligungsgesellschaften

Die Zulässigkeit der Gründung gemischt-öffentlicher Unternehmen durch Kommunen ergibt sich sowohl aus § 89 GO wie aus § 1 Abs. 3 GKG.⁷⁶ Für sie gilt, wie für die Eigengesellschaften, daß sowohl bei ihrer Errichtung als auch bei ihrem Handeln Staatsgewalt ausgeübt wird. Auch die Beteiligungsgesellschaft sind daher als Glied der an ihr beteiligten Kommunalverwaltungen aufzufassen, ohne selbst Verwaltungsträger zu sein.

(2) Gemischt-wirtschaftliche Beteiligungsgesellschaften

Finden sich Träger öffentlicher Verwaltung und Private zusammen, um eine privatrechtsförmige Gesellschaft zu gründen, so stellt sich zunächst die Frage, welche Qualität dem Resultat des gemeinsamen Handelns zukommt. Da es ein Zwischending zwischen Privat- und Staatsgewalt nicht gibt, kommt nur die Zuordnung zu einer der beiden Handlungspotentiale in betracht.

Für den Gründungsakt ergibt sich aus dem Zusammenwirken von Staats- und Privatgewalt kein Problem. Aufgrund der Neutralität der privaten Gründungsformen gegenüber der materialen Handlungsqualität kommt es zu keinerlei Konflikten. Problematisch ist erst die Zuordnung der neu entstandenen Gesellschaft und ihres Handelns.

Daß das Zusammenwirken von Staat und Privaten in juristischen Personen weder unzulässig noch dogmatisch fraglich ist, zeigen beispielsweise die Regelungen der §§ 2 Abs. 1 und 4 Abs. 2 GKG. Die Beteiligung einer Privatperson an einem Zweckverband unterscheidet sich von dem Zusammenwirken in einer privatrechtlichen Gesellschaft aber insofern, als der Zweckverband durch Staatsakt errichtet wird und dabei die Privaten in die Ausübung von Staatsgewalt einbezogen werden. Infolgedessen wird auch ihr Handeln den für den Staat geltenden Rechtsbin-

Kommune die beabsichtigte Aufgabe wahrnehmen darf, nehmen die Eigengesellschaften Aufgaben der Kommunen wahr und sie unterliegen auch deren Steuerung.

⁷⁴ Vgl. zu diesem Gesichtspunkt auch Schmidt-Aßmann, in: FS Ipsen, 1977, S. 333 (348). Er folgert daraus, daß solche Organisationsakte nicht dem Gesetzesvorbehalt unterfallen.

⁷⁵ Konkrete Beispiele für beide Unternehmensformen finden sich regelmäßig als Unternehmensportrait in der Rubrik Kurzbeiträge der ZögU.

⁷⁶ Vgl. dazu allgemein: Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 335 ff.

dungen unterworfen.⁷⁷ Der Zweckverband ist deshalb auch bei der Mitwirkung von Privatpersonen nicht nur Träger öffentlicher Verwaltung, sondern auch sein Handeln stellt sich bruchlos als Ausübung von Staatsgewalt dar.

Bei den Beteiligungsgesellschaften wird in der Literatur insofern nach den Beteiligungsverhältnissen unterschieden. Bei Mehrheitsbeteiligungen der öffentlichen Verwaltung wird dabei eine Grundrechtsbindung der Gesellschaft und damit die Ausübung von Staatsgewalt angenommen.⁷⁸ Die Konsequenz dieser Auffassung wäre jedoch, daß die beteiligten Privaten ohne hinreichende gesetzliche Ermächtigung in ihrer Handlungsfreiheit beschränkt werden, indem sie z.B. der Grundrechtsbindung unterworfen werden. Eine gemischt-wirtschaftliche Beteiligungsgesellschaft übt deshalb immer nur Privatgewalt aus, es sei denn, es liegt ein Fall der Beleihung vor.⁷⁹ Aus diesem Grunde sind die gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen auch kein Bestandteil der Kommunalverwaltung. Die Ausübung von Staatsgewalt beschränkt sich bei ihnen auf die Tätigkeit der von den beteiligten Kommunen gem. § 55 GO entsandten Vertreter in den Organen der Gesellschaften. Deren Handeln ist deshalb an die Grundrechte und die anderen öffentlich-rechtlichen Normen gebunden, die auch sonst für die entsprechende Aufgabenausführung durch die Kommune gelten.⁸⁰ Pflichtsubjekt ist in diesen Fällen die Kommune und nicht die Gesellschaft. In Fällen einer Mehrheitsbeteiligung ergibt sich auf diese Weise eine indirekte Grundrechtsbindung der Gesellschaft, die durch die Geltendmachung eines Einwirkungsanspruchs⁸¹ gegenüber der Kommune durchzusetzen ist.

⁷⁷ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 249 Fn. 443.

⁷⁸ Vgl. Zeidler, VVDStRL 19 (1961), S. 251 ff.; Wolff/Bachof, VwR I, § 23 II b; Wallerath, Verwaltungsrecht, S. 34 Fn. 79; Dickersbach, WiVerw 1983, 187 (191).

⁷⁹ So auch Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 249.

⁸⁰ So auch Erichsen, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 28 f.

⁸¹ Vgl. dazu: Püttner, DVBl. 1973, 353 ff.

II. DIE WIRTSCHAFTLICHE BETÄTIGUNG DER KOMMUNEN IM SPANNUNGSFELD VON STAAT UND GESELLSCHAFT

Die Bestimmung der Zwecksetzungskompetenz der Kommunen im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung muß ausgehen von der Bestimmung der Staatskompetenz in diesem Sektor des Staatshandelns. Als grundlegende Ordnungskategorie ist dabei auf die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft zurückzugreifen, durch die auch Grundsätze für die konkurrierende Betätigung von Staat und Privaten bei der Gestaltung von Lebensräumen vermittelt werden.

Als Kategorie der allgemeinen Staatslehre kann die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft nicht unmittelbar für die Lösung positivrechtlicher Zweifelsfragen herangezogen werden. Die Bedeutung des Theorems liegt vielmehr darin, einzelne Rechtsinstitute, wie z.B. die Grundrechte, in einen größeren Wirkungs- und Sinnzusammenhang zu stellen und damit vereinheitlichende Maßgaben für ihre Auslegung zu liefern. Mikroskopische und makroskopische Sicht werden durch sie vermittelt. Damit wird zugleich die wichtige Aufgabe der Rechtsordnung erfüllt, einen vernünftigen allgemeinen Rahmen für das Zusammenleben zu schaffen, bei dem sowohl Gemeinwohl wie auch Individualinteressen angemessene Berücksichtigung finden. Für das Thema der wirtschaftlichen Betätigung ist dies umso wichtiger, weil Rückgriffe auf Argumente wie den Primat gesellschaftlicher Aktivität und das Subsidiaritätsprinzip hier besonders häufig Verwendung finden, ihr rechtlicher Stellenwert aber meistens ungeklärt bleibt, sodaß rechtliche und politische Argumentation verschwimmen. Dabei büßt vor allem das Recht einen Teil seiner ordnenden Funktion ein, da der Eindruck entsteht, als seien ganze Lebensbereiche fast beliebiger politischer Gestaltungsfreiheit überlassen.

1. Staat und Gesellschaft - Rechtsinstitute zu ihrer Abgrenzung

a) Zur Erforderlichkeit der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft

Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft wird als notwendige Bedingung für die Sicherung individueller Freiheit angesehen, da sie die Totalität eines gesellschaftlichen oder staatlichen Herrschaftsanspruchs ausschließt.¹ Insofern herrscht allgemeines Einvernehmen.² Umstritten ist jedoch, welche Konsequenzen die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft darüberhinaus für den Freiheitsschutz haben kann. Vor allem die Auffassungen von Ernst-Wolfgang Böckenförde und Konrad Hesse stehen sich hier gegenüber. Während Böckenförde auch im Sozialstaat die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft für ein wesentliches Moment der Freiheitssicherung hält³, sieht Hesse im Sozialstaat gerade die Überwindung dieser Unterscheidung und die Sicherung von Freiheit im Zusammenwirken beider Bereiche.⁴

¹ Vgl. dazu ausführlich: Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit; Bettermann, DVBl. 1977, 180 (181).

² Das weist W. Schmidt, AöR 101 (1976), S. 24 ff. jedenfalls für die meisten Beiträge zum Thema nach.

³ Dazu insbesondere Böckenförde, Staat und Gesellschaft, S. 185 ff. Siehe auch E.R. Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, S. 589 (611 ff.).

⁴ DÖV 1975, 437 ff.

Eine nähere Klärung dieser Zusammenhänge und Fragen verlangt zunächst einen Blick auf die historisch-verfassungsrechtliche Genese der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft.

b) Die verfassungsgeschichtliche Entwicklung und Wandlung

Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft kann nicht abstrakt, d.h. losgelöst von den historischen und vor allem verfassungsrechtlichen Grundlagen erfolgen.⁵ Sie ist eine je andere im Spätkonstitutionalismus, im liberalen Rechtsstaat und im sozialen Verfassungsstaat. So bezeichnet sie im deutschen Spätkonstitutionalismus die Zuerkennung einzelner politischer Freiheiten und Selbstverwaltungsrechte an das Bürgertum sowie Kontroll- und Mitspracherechte bei der Wahrnehmung bestimmter Staatsfunktionen - wie z.B. der Haushaltsfestlegung - durch den Monarchen. Es kommt zu einem Dualismus von Staat und Gesellschaft in Gestalt von zwei Verbänden, dem regierenden König mit seinem Beamtentum und dem aufstrebenden Bürgertum. Der Dualismus dient hier der Sicherung von Freiheiten des Bürgertums vor Übergriffen und Einflußnahmen der monarchischen Staatsgewalt.⁶

Im liberalen Rechtsstaat, der (staatstheoretisch) nur noch einen Verband auf der Grundlage allgemeiner bürgerlicher Freiheit und Gleichheit (in bezug auf die staatspolitischen Mitwirkungsrechte) kennt⁷, bezeichnet die Gegenüberstellung von Staat und Gesellschaft eine Funktionsreduzierung der Staatsgewalt zugunsten der in den Menschen- und Bürgerrechten fundierten gesellschaftlichen Freiheit.⁸ Die Gesellschaft wird nun als dem Staat vorausliegend⁹, ihn hervorbringend und legitimierend¹⁰ verstanden. Als Freiraum garantiert wird dabei vor allem die freie Erwerbsgesellschaft.¹¹ Aufgrund der gleichzeitig praktizierten Begrenzung des Staates auf den Erhalt von Ordnung und Sicherheit und damit auf Hoheitliches im Sinne von polizeilich-repressivem Handeln¹², erscheint in diesem Stadium der Dualismus von Staat und Gesellschaft als Gegenspiel von Staat und Wirtschaft und die wirtschaftliche Betätigung wird folglich als Kern gesellschaftlicher Freiheit begriffen.¹³ Die Gesellschaft gestaltet sich als Privatrechtsgesellschaft. Öffentliches und privates Recht grenzen beide Sphären ab.¹⁴

⁵ Böckenförde, Staat und Gesellschaft, S. 186; Hesse, DÖV 1975, 437 (438).

⁶ Vgl. Böckenförde, Staat und Gesellschaft, S. 190 f.; Koslowski, Gesellschaft und Staat, S. 193 ff. In diesem Zusammenhang ist auf die Selbstverwaltungskörperschaften zu verweisen, die diesem Ziel in besonderer Weise dienen.

⁷ Vgl. Kriele, Einführung in die Staatslehre, S. 224 ff.

⁸ Böckenförde, Staat und Gesellschaft, S. 188 f., 198; Koslowski, Gesellschaft und Staat, S. 193 ff.

⁹ Böckenförde, Staat und Gesellschaft, S. 189, 205; kritisch: Hesse, DÖV 1975, 437 (439 f.).

¹⁰ Das gilt in zweifacher Hinsicht: 1. bezüglich der verfassungsgebenden Gewalt, vgl. dazu: Böckenförde, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes - Ein Grenz begriff des Verfassungsrechts, passim; Kriele, Einführung in die Staatslehre, S. 259 ff. 2. hinsichtlich der fortdauernden Staatshervorbringung im politischen Prozeß, vgl. Böckenförde, Staat und Gesellschaft, S. 199 ff.; Hesse, Grundzüge, § 1 II (Rdnr. 12), § 5 II 2 c (Rdnr. 149 f.).

¹¹ Böckenförde, Staat und Gesellschaft, S. 189; W. Schmidt, AöR 101 (1976), S. 24 (29).

¹² Diese Gleichsetzung von hoheitlich und repressiv klingt in der Kennzeichnung des leistenden Verwaltungshandelns als schlicht-hoheitlich nach.

¹³ Böckenförde, Staat und Gesellschaft, S. 189 f.; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, § 3 (S. 45).

¹⁴ Die Merkmale dieser Phase, nämlich die Gleichsetzung von Gesellschaft, Wirtschaft und Privatrecht, findet sich auch heute noch in vielen Argumentationszusammenhängen. Damit wird jedoch ein historisch und staatsrechtlich überholtes Staats- und Rechtsverständnis zugrundegelegt. Besonders deutlich wird dies in der Arbeit von Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, die von dieser Gleichsetzung geradezu lebt.

Der spätestens¹⁵ mit dem Grundgesetz vollzogene Übergang zum sozialen Versorgungsstaat, der ordnend und (um-) verteilend auch in gesellschaftliche Abläufe eingreift, führt schließlich zu einem dritten Stadium (innerhalb unserer Betrachtung), in dem Staat und Gesellschaft sich weder als eigenständige Verbände, noch als getrennte Zuständigkeitsbereiche gegenüberstehen, sondern letztlich alternative Ordnungsmechanismen des Zusammenlebens darstellen, deren Konzepte kurz mit den Stichworten Partizipation (bzw. juristisch gefaßt: Repräsentation) und Markt gekennzeichnet werden können.¹⁶ Das gilt zumindest für den Bereich öffentlicher Aufgaben¹⁷, der nicht durch die Verfassung oder aufgrund seiner sonstigen Eigenart ausschließlich staatlicher oder privater Zuständigkeit zugewiesen ist.¹⁸ Dieses Stadium ist weiter gekennzeichnet durch eine zunehmende Identifizierung von Staat und Wirtschaft, indem der Staat als Sozialstaat eine seiner wichtigsten Aufgaben in der Sicherung und Förderung des allgemeinen Wohlstandes als Basis persönlicher (realer) Freiheit seiner Bürger ansieht.¹⁹ Die konditionierte²⁰ Leistungsverteilung in Form von Subventionen, Unterstützungen und Vergünstigungen nach Maßgabe sozialpolitischer Wertungen kennzeichnet das staatliche Handeln.²¹ Ob die Gesellschaft auch in diesem Stadium als dem Staat vorausliegend zu verstehen ist, mag angesichts der vielfältigen gegenseitigen Einflußnahmen als fraglich erscheinen.²² Die Tatsache, daß das Grundgesetz auch den Sozialstaat als Rechtsstaat konstituiert und die Grundrechte in nie gekannter Stärke als Abwehrrechte individuell-gesellschaftliche Freiheit vor staatlichem Zugriff schützen²³, läßt aber den Schluß zu, daß auch hier die Gesellschaft als ein dem Staat vorausliegender Lebensraum verstanden wird.²⁴

¹⁵ Sozialpolitische Maßnahmen hat es natürlich auch schon früher gegeben, doch verstand sich der Staat als solcher nicht als Organisator der Gesellschaft.

¹⁶ Allgemein zu dieser Entwicklung: Böckenförde, Staat und Gesellschaft, S. 203 ff.; Hesse, DÖV 1975, 437 (440 f.). Speziell zur Auffassung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als alternativen Ordnungsmechanismen: Koslowski, Gesellschaft und Staat, S. 256 ff.

¹⁷ Zum Begriff: W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff. Zur Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang: Böckenförde, Staat und Gesellschaft, S. 200 ff.; Kluth, DVBl. 1986, 716 (717 f.). Unter einer öffentlichen Aufgabe werden dabei solche Aufgaben verstanden, die der Erfüllung durch eine Gemeinschaft zugänglich oder darauf angewiesen sind. Dabei wird nicht bestimmt, wer Träger der Aufgabe ist. Dies können sowohl der Staat wie auch Private sein. Den öffentlichen Aufgaben stehen die genuin staatlichen und privaten Aufgaben gegenüber, die nur durch den Staat oder Private erfüllt bzw. ausgeübt werden können. Zu den genuin staatlichen Aufgaben gehört alles, was mit dem staatlichen Gewaltmonopol in Verbindung steht. Zu den genuin privaten "Aufgaben" zählt z.B. die Religionsfreiheit.

¹⁸ Man kann insoweit von sog. konkurrierenden Staatsaufgaben sprechen, vgl. Mronz, Körperschaften und Zwangsmitgliedschaft, S. 123, 135 ff.

¹⁹ Böckenförde, Staat und Gesellschaft, S. 207.

²⁰ Ehlers, DVBl. 1986, 912 (916): "... wenn man sich vor Augen hält, daß es in der Leistungsverwaltung gerade auf eine Verhaltenssteuerung des Bürgers ankommt."

²¹ Tragend ist dabei die Erkenntnis, daß rechtlich gewährleistete Freiheit für den Einzelnen nur dann etwas wert ist, wenn er über die ökonomischen Voraussetzungen für den Freiheitsgebrauch verfügt. Bekannt ist insofern das Wort des Lorenz von Stein: "Die Freiheit ist erst eine wirkliche in dem, der die Bedingungen derselben, den Besitz der materiellen und geistigen Güter als die Voraussetzungen der Selbstbestimmung, besitzt". Vgl. Schmidt, AöR 101 (1976), 24, 31; Hesse, DÖV 1975, 437 (441).

²² Vgl. Häberle, VVDStRL 30 (1972), S. 43 (91); Erichsen, Staatsrecht I, S. 76.

²³ Vgl. Schlunk, EuGRZ 1984, 457 ff.

²⁴ Barbey, Bundesverfassungsgericht und einfaches Gesetz, S. 20 spricht differenzierend von der "vorrrechtlich gegebene(n) Grundlage für die rechtliche Anerkennung und rechtliche Gewährleistung personaler Freiheit". Damit wird der Einwand ausgeräumt, es handle sich um eine "Ausgrenzung" vorstaatlicher, natürlicher Handlungsfreiheit, wie z.B. Erichsen, Staatsrecht I, S. 76 meint. Wie hier auch Schlunk, EuGRZ 1984, 457.

c) Die einzelnen Rechtsinstitute

Als von der Verfassung positiviert Rechtsinstitute, in denen die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft zum Ausdruck kommt bzw. verankert ist, erscheinen damit vor allem die (Freiheits-) Grundrechte.²⁵ Sie werden auch als negative Kompetenznormen bezeichnet²⁶, da sie Bereiche kennzeichnen, die staatlichem Zugriff entweder ganz entzogen - wie etwa bei Art 5 Abs. 3 und Art 4 Abs. 1 GG - oder nur unter erschwerten Voraussetzungen - Gesetzesvorbehalt, Übermaßverbot etc. - zugänglich sind. Weiter sind die rechtsstaatlichen Grundsätze, ausgehend vom allgemeinen rechtsstaatlichen Legitimationserfordernis, dem Bestimmtheitsgrundsatz und dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt bis hin zum Rechtsschutzerfordernis zu nennen. Indem sie die Ausübung von Staatsgewalt an bestimmte Voraussetzungen binden, die wiederum der Kontrolle unterliegen, wird diese ebenfalls begrenzt und damit gesellschaftliche Freiheit verbürgt.

Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft erscheint hier als Schutzmechanismus zugunsten der Gesellschaft, durch den Eingriffe des Staates in die gesellschaftliche Sphäre abgewehrt bzw. begrenzt werden können. Diese Eingriffe beziehen sich aber nicht nur auf belastende staatliche Maßnahmen in dem Sinne, daß der Staat von seinen Bürgern ein bestimmtes Verhalten verlangt, sondern umfassen auch die positive Gestaltung des gesellschaftlichen Lebens. So schützen die Grundrechte etwa in Art 5 Abs. 1 und 2, Art 12, 14 und 2 Abs. 1 GG die Freiheit der Bürger bzw. der Gesellschaft zur freien Gestaltung des gesellschaftlichen Lebens im Bereich der Medien und der Wirtschaft. Auch mit dieser, die bloße Abwehr von Eingriffen bereits transzendierenden Funktion, wird der Bedeutungsgehalt der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft jedoch noch nicht vollständig erfaßt: enthält sie doch darüber hinaus positive Gestaltungsprinzipien, die es näher darzustellen gilt.

d) Partizipation und Markt als Ordnungsprinzipien von Staat und Gesellschaft

Individuum, Gesellschaft²⁷ und Staat²⁸ zielen als Wirkeinheiten auf die Gestaltung des gemeinsamen Lebensraumes ab. Da ihr Handeln durch die Rechtsordnung unterschiedlichen Bindungen unterworfen wird und folglich nach je anderen Grundsätzen und Ordnungsprinzipien abläuft, verkörpern sie auch unterschiedliche Ordnungsmodelle zur Gestaltung eines sozialen Lebensraumes.

Diese durch Staat und Gesellschaft repräsentierten unterschiedlichen Ordnungsmodelle können in einem demokratischen Verfassungsstaat als Markt und Partizipation gekennzeichnet werden. Beide stellen auf unterschiedliche Art und Weise die individuelle Freiheit achtende soziale Gestaltungsprinzipien dar.²⁹ Nach *Kosłowski* kann dabei "als Markt ... jede soziale

²⁵ *Erichsen*, Staatsrecht I, S. 76 f.

²⁶ *Ossenbühl*, Bestand, S. 23.

²⁷ Genauer: Gesellschaftliche Instanzen wie Gruppen, Verbände, Unternehmen etc.

²⁸ Genauer: Einzelne Träger von Staatsgewalt durch ihre Organe.

²⁹ In diesem Punkt liegt einer der wichtigsten Unterschiede der Gegenüberstellung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Verfassungsstaat zu allen konstitutionellen Systemen. Der Staat selbst ist im demokratischen Verfassungsstaat freiheitlich organisiert und achtet nicht nur ihm vorausliegende Freiheitsräume.

Koordinationsform angesehen werden, die es ermöglicht, Bedürfnisse indirekt durch Abwanderung durchzusetzen, weil Anbieter durch Abwanderung für unbefriedigende Leistungen oder Zustände bestraft, durch Zuwanderung aber belohnt werden. ... Partizipation ist dagegen die Abstimmung einer Handlung mit allen Betroffenen vor der Markteinführung und die Berücksichtigung ihrer Bedürfnisse nach Zustimmung und Widerspruch".³⁰

Versucht man, die wichtigsten unterscheidenden Merkmale von Markt und Partizipation aufzuzeigen, so ist zunächst darauf hinzuweisen, daß beide von dem freien und sozial gebundenen Individuum ausgehen, wie es auch dem in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden Menschenbild des Grundgesetzes entspricht.³¹ Weiter ist zu bemerken, daß es sich nicht um Prinzipien für den Bereich der rein individuellen Lebensentfaltung bis hin zur Ebene der Familie handelt, sondern um Gestaltungsprinzipien des sozialen, öffentlichen Lebens. Unterschiedlich sind dabei vor allem die Vorstellungen über das beste Verfahren, um die vorhandenen divergierenden Einzelinteressen und das Gemeinwohl zum Ausgleich zu bringen. Partizipation will diesen Ausgleich vermitteln, indem alle Betroffenen - oder eine von ihnen gewählte Vertretung (Repräsentationsprinzip) - nach ihren Präferenzen gefragt werden und auf dieser Grundlage eine für alle verbindliche Entscheidung getroffen wird.³² Jeder hat dabei die (formal) gleiche Möglichkeit der Mitwirkung. Der Markt überläßt demgegenüber den Ausgleich von Einzelinteresse und Gemeinwohl einem Wettbewerbsprozeß, in dem die Initiative vom Unternehmer ausgeht. Die vom Unternehmer ausgehenden Angebote werden durch den Markt, d.h. die Abnehmer bewertet. Da man davon ausgeht, daß Preis und Qualität bei der Kaufentscheidung ausschlaggebend sind, wird auf diese Weise eine Optimierung der Bedürfnisbefriedigung erwartet. Der Markt ist damit ein offener Prozeß in dem Sinne, daß das Ergebnis nicht vorher feststeht und sich zudem ständig ändern kann. Auch ist die formale Gleichheit nicht verbürgt, da der große oder gut organisierte Nachfrager den Markt und damit das Angebot stärker beeinflussen kann. Marktprozesse führen zu einer Pluralisierung der Initiativen und Ergebnisse auf der einen und der Kontrolle und Bewertung auf der anderen Seite. Kontrolle findet im Wettbewerbsprozeß sowohl zwischen den verschiedenen Konzeptionen und Produkten der Anbieter als auch im Verhältnis zum Abnehmer statt.

Übertragen auf das Verhältnis von Staat und Gesellschaft ist Partizipation das Grundmuster der Herrschaftslegitimation des demokratischen Verfassungsstaates, Markt dagegen das Ordnungs- und Legitimationsprinzip des gesellschaftlichen Gestaltungsprozesses. Um die Wirkweise und Unterschiede beider Muster besser zu verstehen, ist es jedoch erforderlich, weitere Einzelheiten zu betrachten.

Partizipation ist unter dem Grundgesetz durch das Rechtsstaatsprinzip geprägt. Mit seinen Ausformungen im allgemeinen rechtsstaatlichen Legitimationserfordernis, der Funktionszuweisung nach Verbands- und Organkompetenz, den Grundrechten und den einfachgesetzlichen Ermächtigungs- und Zuständigkeitsnormen stellt sich das Rechtsstaatsprinzip als ein wichtiges Gestaltungsprinzip dar, an das der Staat bei seinem Handeln gebunden ist. Die Gestaltung eines Lebensraumes durch den Staat geschieht so auf der Grundlage allgemeiner Gesetze,

³⁰ *Kosłowski*, Gesellschaft und Staat, S. 296.

³¹ Vgl. BVerfGE 4, 7 (15 f.); 8, 274 (329); *Hesse*, Grundzüge, § 4 (Rdnr. 116).

³² Auf die Verschränkung von Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz kann hier nur hingewiesen werden.

unter Beachtung der Grundrechte, der Verbands- und Organkompetenz des jeweiligen Trägers von Staatsgewalt etc. Das Handeln des Staates ist auf genau bestimmte Zwecke und Handlungsmittel festgelegt. Es gewährt Minderheitenschutz, Beteiligungsrechte und Kontrollmöglichkeiten und unterliegt dem Verbot willkürlicher, ungleicher Behandlung. Insofern ist es in besonderer Weise transparent und voraussehbar. Es läßt zugleich aber keine alternativen Ordnungskonzepte für einen Lebensbereich zu, und ist auf die Berücksichtigung vieler verschiedener Bedürfnisse und Konfliktlagen und damit auf den Kompromiß angewiesen und infolge der oft langwierigen Entscheidungs- und Legitimationsprozesse deshalb schwerfällig. Diese Merkmale übertragen sich auf den durch das staatliche Handeln beherrschten Lebensraum.

Die Gestaltung eines Lebensraumes durch gesellschaftliche Kräfte steht demgegenüber - abgesehen von gesetzlichen Rahmendaten - vor allem unter dem Gesetz des Marktes, das über die Orientierung an Angebot und Nachfrage hinaus, eine Pluralität von Konzeptionen in einem Lebensbereich ermöglicht, also nicht lediglich der Erreichung eines ökonomisch effizienten Ergebnisses dient.³³ Dadurch wird - einen intakten Markt vorausgesetzt - eine relativ hohe Lern- und Anpassungsfähigkeit an wechselnde Bedürfnisse und Rahmenbedingungen erreicht, da divergierende (Ordnungs-) Modelle im Wettbewerb miteinander stehen, die sich Bewähren können und müssen, während im staatlichen Bereich in der Regel nur ein Nacheinander verschiedener Ordnungsmodelle zu erwarten ist und es oft erst gesetzlicher Regelungen bedarf, um einen Wandel herbeizuführen. Als Sanktionsmechanismus tritt beim Markt an die Stelle der gerichtlichen Kontrolle (Widerspruch), die beim Partizipationsmodell diese Aufgabe erfüllt, vor allem die Abnahmeverweigerung bzw. Abwanderung zum Konkurrenten, während die öffentliche Kritik beiden Modellen eignet.³⁴

Markt und Partizipation unterscheiden sich demnach vor allem darin, daß Initiative und Kontrolle anders verteilt sind. Der Markt lebt von der Pluralität freier Initiative und zugleich von der Pluralität und freien Dynamik der Kontrollprozesse des Wettbewerbs mit seinen Mechanismen von Zuspruch und Abwanderung. Partizipation zentralisiert und institutionalisiert demgegenüber sowohl die Initiative wie auch die Kontrolle und schafft feste Richtlinien für Handeln und Verhalten. Aus einem anderen Blickwinkel dargestellt: Lebt der Marktprozeß von der Initiative der Wenigen, dann die Partizipation (theoretisch) von der Beteiligung aller Betroffenen.³⁵ Beide Betrachtungsweisen stehen jedoch nebeneinander und haben ihre Berechtigung. Gerade daran zeigt sich, daß es sich um echte Alternativen handelt, deren Wahl als Ordnungsprinzip für einen Lebensbereich ein kontingentes politisches Urteil darstellt, das von vielen Prognosen und Wertungen durchdrungen ist.

Sowohl Markt als auch Partizipation werden vom Grundgesetz als begrenzt leistungsfähige Ordnungsmodelle angesehen. So wie es Marktversagen geben kann und gibt, ist auch ein

³³ Vgl. *Koslowski*, Gesellschaft und Staat, S. 246 ff., inbes. S. 250 f.

³⁴ Die genaue Wirkung von Widerspruch als Kontrollinstrument gegenüber dem Staat und gegenüber dem Anbieter am Markt ist in der Staatslehre bisher kaum berücksichtigt worden; vgl. dazu: *Hirschman*, Abwanderung und Widerspruch, S. 27 ff.

³⁵ Insofern ist auf die Aussage von *Hermann Heller* zu verweisen, daß auch in der Demokratie für die Machtausübung das "Gesetz der kleinen Zahl" gilt, Staatslehre, S. 279.

"Wahlversagen" denkbar.³⁶ Für den Markt ist die begrenzte Leistungsfähigkeit schon durch die im Sozialstaatsprinzip verankerte staatliche Korrekturfunktion angesprochen. Für die Partizipation findet sie ihren Niederschlag in der Aufrechterhaltung des Dualismus von Staat und Gesellschaft, wie er vor allem durch die Grundrechte in wichtigen Bereichen des öffentlichen Lebens verbürgt wird.³⁷ Dieser wenig beachtete Zusammenhang macht deutlich, daß für das Grundgesetz die Lösung von gesellschaftlichen Machtproblemen nicht generell durch eine Ausweitung von Partizipation auf die Gesellschaft zu erreichen ist.³⁸ Vielmehr muß die spezifische Leistung von Markt und Partizipation jeweils im Zusammenhang mit dem konkret zu lösenden Machtproblem und der jeweiligen Gemeinwohlzielsetzung und den spezifischen Sachgesetzlichkeiten gesehen werden. Die Entscheidung für das richtige Ordnungsmuster ist mithin eine Sache der Klugheit und Erfahrung, nicht der Prinzipien.³⁹

e) Markt und Partizipation im Bereich der Sozialwirtschaft

Die Sozialwirtschaft stellt einen Sektor der wirtschaftlichen Betätigung dar, in dem staatliche Einflußnahme aus sozialpolitischen Gründen besonders häufig zu verzeichnen ist. Der Frage, welchen Ordnungsprinzipien dabei der Vorzug zu geben ist, kommt deshalb eine besondere Bedeutung zu. Inhaltlich kommt es in erster Linie auf das Angebot bestimmter Waren und Dienstleistungen zu einem allgemeinverträglichen Preis an, also zu einem Preis, der auch wirtschaftlich schwächeren Personengruppen einen Zugang ermöglicht.⁴⁰ Für welche Arten von Waren und Dienstleistungen ein solcher allgemeiner Zugang ermöglicht werden soll, ist eine Frage politischer Entscheidung. Betrachtet man unter diesen Gesichtspunkten die Leistungen von Markt und Partizipation, so können - ausgehend von der Leistungserbringung durch den Markt - grob folgende Fallgruppen unterschieden werden:

1. Ein funktionierender⁴¹ Markt erbringt die Leistung zu einem Preis, der keinen allgemeinen Zugang zur Leistung ermöglicht oder aus anderen (sozialpolitischen) Gründen als zu hoch angesehen wird.
2. Ein nicht oder schlecht funktionierender Markt erbringt entweder die Leistung quantitativ oder qualitativ unzureichend oder zu überhöhten Preisen.
3. Ein privater Monopolanbieter erbringt die Leistung zu sozialpolitisch unangemessenen Preisen.

Die sozialwirtschaftliche Betrachtung eines Marktes unterscheidet sich von der rein volkswirtschaftlichen oder wettbewerbsrechtlichen insofern, als die Marktergebnisse nicht funktions-

³⁶ *Koslowski*, Gesellschaft und Staat, S. 298 f.

³⁷ Hinzuzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch darauf, daß eine der wichtigsten Legitimationsfunktionen im Partizipationsverfahren gerade der Wettbewerb der Parteien im politischen Prozeß ist und von insofern Partizipation auf Markt beruht. Vgl. *Hirschman*, Abwanderung und Widerspruch, S. 13 ff., 25 ff., 53 ff.

³⁸ Vgl. *Böckenförde*, Staat und Gesellschaft, S. 199.

³⁹ Vgl. auch Hesse, DÖV 1975, 437 (440); Schmidt, A8R 101 (1976), S. 24 (27). Die Regel: "So viel Staat wie notwendig, so viel Gesellschaft wie möglich", hilft insoweit nicht weiter, als sie keine Sachkriterien vermittelt.

⁴⁰ Vgl. *Grupp*, ZHR 140 (1976), S. 367 (373 ff.).

⁴¹ Unter einem funktionierenden Markt soll hier ein Markt verstanden werden, auf dem ein normaler Leistungswettbewerb herrscht.

sondern ergebnisbezogen betrachtet werden. Kommt es bei der funktionsbezogenen Betrachtungsweise alleine darauf an, daß ein unverfälschtes Wettbewerbsergebnis entsteht, das als optimale Nutzung der Marktkräfte anzusehen ist und ein qualitativ wie preislich gutes Angebot hervorbringt, so geht es bei der ergebnisbezogenen Betrachtungsweise alleine darum, ob die Leistung in einer bestimmten Qualität und zu einem bestimmten Preis angeboten wird, unabhängig davon, ob dieser Preis marktbezogen ist.⁴²

Die Alternative von Markt oder Partizipation muß in diesen Fällen außerdem in zwei verschiedenen Ebenen betrachtet werden. Die erste Ebene bezieht sich auf die Frage, ob ein bestimmtes Waren- oder Dienstleistungsangebot qualitativ und preislich besser durch Markt oder durch Partizipation erbracht werden kann. Dabei geht es um eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise, wobei Partizipation zugleich Monopol bedeutet, dieses Monopol jedoch einer öffentlich-rechtlichen Kontrolle unterliegt.⁴³ Die zweite Ebene bezieht sich auf die Frage, in welcher Weise sozialpolitisch unzureichende Marktergebnisse korrigiert werden, wie also Markt und Partizipation zusammenwirken können und sollen.⁴⁴ Dieser Aspekt steht bei der Wettbewerbsteilnahme der Kommunen im Bereich der Sozialwirtschaft im Vordergrund.⁴⁵

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die angeführten Fallgruppen, so ergeben sich folgende Erkenntnisse:

1. Bei Fallgruppe 1 liegt kein Marktversagen im eigentlichen Sinne vor. Das Marktergebnis entspricht jedoch nicht den sozialpolitischen Vorstellungen. Marktkorrektur ist hier nur durch Umverteilung möglich, indem nämlich die Differenz zwischen Marktpreis und sozial erwünschtem Preis aus dem allgemeinen Steueraufkommen (oder sonstigen Abgaben) ausgeglichen wird.⁴⁶

2. Bei Fallgruppe 2 kann die Ursache für den zu hohen Preis in ganz verschiedenen Bereichen liegen. Von der schlechten Unternehmensführung, verfehlten Marketing- und Produktionsentscheidungen über Mischkalkulationen bis hin zu fehlendem Wettbewerb ist alles denkbar. Die Schwierigkeiten einer genauen Fehleranalyse und Fehlerbekämpfung sind hier ebenso zu beachten wie die Schwierigkeit nachzuweisen, daß ein funktionierender Markt

⁴² Wie weit eine solche Vorgehensweise mit Grundsätzen der Haushaltspolitik und Finanzwirtschaft vereinbar ist, ist eine Frage, auf die hier nicht eingegangen werden kann. Hier geht es nur um die systematischen Unterschiede.

⁴³ Eines der bekannten Beispiele ist die Tätigkeit der Deutschen Bundespost im Fernmeldebereich, insbesondere bei den sog. Endgeräten. Vgl. dazu: *Kretschmar*, BB 1981, 621 ff.

⁴⁴ Die Alternative Markt/Partizipation und das Zusammenwirken beider findet sich auch im Bereich des Rundfunks, wobei der Außenpluralismus dem Markt- und der Binnenpluralismus dem Partizipationsmodell entspricht. Vgl. BVerfG EuGRZ 1986, 577 (585 ff.).

⁴⁵ Bei der Argumentation muß deshalb sorgfältig getrennt werden zwischen den rein wirtschaftlichen Vor- und Nachteilen von reinem Markt und reiner Partizipation und den Fragen der Einflußnahme auf den Marktprozeß. Auch in diesem Zusammenhang ist zu betonen, daß keines der beiden Modelle an sich besser geeignet ist, sondern daß es auf die konkreten Umstände, Zielsetzungen und Ausgestaltungen ankommt. Vgl. auch insofern die grundlegenden Gedanken und Beispiele bei *Hirschman*, Abwanderung und Widerspruch, passim.

⁴⁶ Offen bleiben muß hier, wie man den Marktpreis bestimmt, insbesondere, inwiefern dabei der Unternehmergewinn zu berücksichtigen ist. Daß die Feststellung des reinen Produktionspreises von außen sehr schwierig ist, dürfte allgemein bekannt sein. So scheitert die Mißbrauchsaufsicht wegen überhöhter Preise oft an dieser Hürde, da Gerichte und Behörden die wahren Kosten für ein Produkt kaum bestimmen können.

bessere (welche?) Ergebnisse erbringt. In der idealtypischen Betrachtung kann dennoch von dieser Fallgruppe gesprochen werden.

3. In der dritten Fallgruppe, dem privaten Monopolisten, stellt sich schließlich die Frage der Monopolkontrolle. Dabei stellen sich beim Nachweis des Mißbrauchs der Monopolstellung die gleichen Probleme wie bei Fallgruppe 2. Im vorliegenden Zusammenhang ist diese Fallgruppe jedoch insofern von eigener Bedeutung, als Kommunen auch mit der Begründung als Wettbewerber auftreten, dadurch einen privaten Monopolisten kontrollieren und den Wettbewerbsmechanismus in Gang setzen zu können.

Unter den angeführten Fällen stellen die des (sozialpolitisch indizierten) Marktversagens die wichtigsten Bereiche der (eigen-) wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen dar.⁴⁷ Die Kommune bietet dann in der Regel die Leistung zu geringeren Preisen an als ihre privaten Wettbewerber. Nur am Rande sei dabei angemerkt, daß die Frage nach der Qualität der Leistung, die für den Verbraucher genauso wichtig ist wie der Preis, dabei nicht erfaßt wird.

Um genauere Erkenntnisse darüber zu gewinnen, in welcher Weise die Ordnungsprinzipien Markt und Partizipation bei einer kommunalen Wettbewerbsteilnahme interferieren und welche Veränderungen dabei eintreten, müssen die strukturellen Folgen kommunaler Wettbewerbsteilnahme näher untersucht werden.

f) Die Kommune als Wettbewerber

Tritt eine Kommune als Wettbewerber in einen Markt ein, so geschieht etwas grundlegend anderes als im vergleichbaren Fall des Markteintritts eines neuen privaten Unternehmens. Der neue Wettbewerber bestimmt sein Leistungsangebot und Marktverhalten nicht (in erster Linie) nach dem Marktprozeß (Angebot und Nachfrage), sondern nach dem (politisch) antizipierten Versorgungsbedürfnis, wie es durch die (kommunalen) Leitungsorgane festgestellt und bestimmt wurde. In vielen Fällen bedeutet dies, daß auch die Preisbildung nicht durch den Markt, sondern durch eine (sozial-) politische Entscheidung erfolgt.

Das Eintreten eines Marktteilnehmers, der nicht an die Marktgesetze gebunden ist, führt zu einer Beeinträchtigung des Marktprozesses und der ihm eigenen Kontrollmechanismen. Das gilt besonders für ein Marktverhalten kommunaler Unternehmen, das auf Preiskorrekturen abzielt. Da die objektive Feststellung des Marktpreises in der Regel nicht möglich ist und insbesondere auch von der Unternehmensstruktur abhängt, kann in diesen Fällen nie genau gesagt werden, ob das Verhalten des kommunalen Unternehmens nur das Funktionieren des Marktes belebt oder die anderen Anbieter zu unrentablen Angeboten zwingt, die eventuell ihre Grenzkosten unterschreiten. Auf einem Markt mit mehreren Anbietern unterschiedlicher Unternehmensstruktur und Größe wirkt sich ein solches Verhalten im übrigen insofern ungleichmäßig aus, als größere Unternehmen eher zu Mischkalkulationen in der Lage sind, die

⁴⁷ Vgl. insofern die Aufzählung der einzelnen Bereiche bei *Hidien*, Die positive Konkretisierung der öffentlichen Zweckbindung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, S. 155 ff.

es ihnen erlauben, bei einzelnen Angeboten auch unter Einstandspreis anzubieten, während für andere Anbieter in diesen Fällen ein ruinöser Wettbewerb droht.

Das Gesagte beruht auf der Annahme, daß der Marktprozeß in der Regel aufgrund der ihm eigentümlichen Mechanismen des Wettbewerbs und der Orientierung an Angebot und Nachfrage funktioniert, wobei staatliche Kontrolle und Eingriffe lediglich eine Korrektur- und Sicherungsfunktion zum Erhalt eben dieser Prinzipien darstellen. Eine dezidiert andere Meinung vertritt in diesem Zusammenhang jedoch *Herbert Krüger*.⁴⁸ Für ihn ist das Staatsunternehmen ein nützlicher und sogar notwendiger Bestandteil einer Marktordnung. Es Sorge dafür, daß redlich gewirtschaftet und Marktmacht nicht mißbraucht werde. "Gerade eine freie Wirtschaft bedarf daher der herrschaftslosen Anwesenheit des Staates innerhalb der Wirtschaft, damit die Freiheit diejenigen Früchte hervorbringt, die sie der Allgemeinheit schuldet".⁴⁹ Auch wenn die dabei von *Krüger* zugrundegelegte These, das Grundgesetz gehe von einem schwachen Menschen aus und glaube nicht an den Automatismus der stets positiven Selbstregulierung des Marktes durch Wettbewerb, kaum anzweifelbar ist⁵⁰, so vernachlässigt er doch seinerseits die Analyse der Auswirkungen des von ihm selbst als Fremdkörper bezeichneten Staatsunternehmens auf die vorhandenen, wenn auch begrenzt wirksamen Regelungsmechanismen des Marktes. *Krügers* Modell setzt nämlich voraus, daß das marktgerechte Ergebnis antizipiert werden kann, denn nur so sind regulative Verhaltensweisen eines Staatsunternehmens denkbar, die auf die Korrektur und nicht auf die Aufhebung des Marktprozesses abzielen sollen. Markt-konformes Verhalten ohne Marktorientierung erscheint aber als *contradictio in adjecto*: Markt und Wettbewerb als Entdeckungsverfahren und immer wieder offener Prozeß⁵¹ lassen eine Prognose bzw. Vorwegnahme des richtigen Marktergebnisses nicht zu.⁵² Daher stellt auch die Anwesenheit eines Staatsunternehmens keine "herrschaftslose Anwesenheit" des Staates dar,⁵³ sondern letztlich eine Intervention, die die Planbarkeit von Wirtschaftsabläufen voraussetzt und damit von einer der Marktkonzeption entgegengesetzten Grundauffassung ausgeht. Gerade die Sozialwirtschaft zeigt, daß es dem Staat oft nicht um die Funktionsfähigkeit des Marktes geht, sondern um ein Ergebnis, das der Markt gerade nicht erbringen kann. So sehr *Krüger* auch darin beizupflichten ist, daß auch das Staatsunternehmen Staat ist⁵⁴, so wenig trifft seine Einschätzung des Marktmechanismus im allgemeinen und erst recht im Falle der Sozialwirtschaft zu.⁵⁵

Der Markteintritt eines kommunalen Unternehmens führt damit zu einer potentiellen Schwächung des Marktmechanismus und seiner Kontrollfunktionen. Aus dem Blickpunkt der Ordnungsprinzipien und ihrer Funktion erscheint die kommunale Wettbewerbsteilnahme

48 ZBR 1979, 157 ff. Kritisch zu *Krügers* Konzeption: *Mestmäcker*, in: FS Böhm, 1975, S. 383 (394 ff.).

49 ZBR 1979, 157 (166).

50 Und von Vertretern der sozialen Marktwirtschaft weder angezweifelt noch als Übel angesehen wird.

51 Diese Offenheit bezieht sich sowohl auf den Erfolg als auch auf das Ergebnis. Am Markt kann der einzelne Anbieter scheitern, es gibt keine Bestandsgarantie.

52 *Kosłowski*, Gesellschaft und Staat, S. 252.

53 Davon kann man allenfalls sprechen, wenn man Herrschaft auf den Einsatz von Befehl und Zwang verkürzt.

54 ZBR 1979, 157.

55 Im übrigen muß auch angezweifelt werden, daß sich staatliche Unternehmen als bessere und ehrlichere Marktteilnehmer erweisen. Die Erfahrung lehrt vielmehr, daß Fehlverhalten und Mißwirtschaft bei ihnen eher häufiger auftreten und daß sie aufgrund der politischen Verflechtung in den Leitungsorganen sogar weniger öffentlicher Kontrolle unterliegen.

deshalb als wenig geeignetes Mittel, um Marktdefizite auszugleichen. Da Markt und Marktmechanismus nicht als rechtlich verbindliche Ordnungsmechanismen durch das Grundgesetz vorgegeben sind⁵⁶, handelt es sich dabei um einen vernünftigen, jedoch nicht rechtsverbindlichen Gesichtspunkt. Er ist aber für die Rechtsanalyse insofern beachtlich, als im Rahmen der Auslegung z.B. der wirtschaftlichen Grundrechte, auf die realen Bedingungen der Freiheitsausübung abzustellen ist. Konkrete Maßgaben folgen aus der Kompetenzordnung, die den grundsätzlich zulässigen Bereich sozialwirtschaftlicher Aktivitäten des Staates bestimmt. Auszugehen ist dabei vom Sozialstaatsprinzip, mit dem die Aktivitäten des Staates in diesem Bereich auf Verfassungsebene legitimiert werden.

2. Die konkurrierende Zuständigkeit von Staat und Privaten im Bereich der Sozialwirtschaft

Im Bereich der Sozialstaatlichkeit gibt es kein dem staatlichen Gewaltmonopol entsprechendes Sozialmonopol.⁵⁷ Ebenso wenig gibt es im Bereich der Wirtschaft von Verfassungen wegen ein Privatmonopol. Es handelt sich vielmehr um einen Bereich konkurrierender Zuständigkeiten von Staat und Privaten.⁵⁸

Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes als Staatszielbestimmung bezieht sich genau genommen auf das Gemeinwesen Bundesrepublik Deutschland.⁵⁹ Darin liegt eine zunächst banal wirkende, bei genauerer Betrachtung indes weitreichende Einsicht. Geht es doch beim Sozialstaatsprinzip nicht darum, daß der Staat ein bestimmtes Paket an Leistungen und Vorsorge bereithält, sondern um die Grundsätze einer Staats- und Gesellschaftsordnung, um eine Lebensordnung also, die den im Sozialstaatsprinzip zusammengefaßten und vom Gesetzgeber zu entfaltenden Leitvorstellungen entspricht. Diese können auch durch privates Handeln und Engagement erreicht werden. Der Staat hat als Sozialstaat (in erster Linie) die Aufgabe, auf eine entsprechende Sozialordnung hinzuwirken; er ist aber nicht verpflichtet oder gehalten, dies vorrangig durch eigene Maßnahmen zu tun. Das Bundesverfassungsgericht hat dies in seiner Entscheidung zum Jugendwohlfahrtsgesetz zum Ausdruck gebracht: "Wenn Art 20 Abs. 1 GG ausspricht, daß die Bundesrepublik ein sozialer Bundesstaat ist, so folgt daraus nur, daß der Staat die Pflicht hat, für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen; dieses Ziel wird er in erster Linie im Wege der Gesetzgebung zu erreichen suchen. Keineswegs folgt aus dem Sozialstaatsprinzip, daß der Gesetzgeber für die Verwirklichung dieses Ziels nur behördliche Maßnahmen vorsehen darf. Art 20 Abs. 1 GG bestimmt nur das "Was", das Ziel, die gerechte Sozialordnung; er läßt aber für das "Wie", d.h.

56 Vgl. nur *Badura*, in: v.Münch, Bes.VwR, S. 267 ff. Falsch ist es jedoch, deshalb von einer wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes zu sprechen, denn in den Grundrechten und auch in der Kompetenzordnung sind der Wirtschaftspolitik sehr wohl wirksame Grenzen gesetzt. Es ist daher besser, von der wirtschaftspolitischen Offenheit des Grundgesetzes zu sprechen.

57 Vgl. v. *Maydell/Scholz*, Grenzen der Eigenwirtschaft, S. 109.

58 Vgl. v. *Maydell/Scholz*, Grenzen der Eigenwirtschaft, S. 108; *Scholz*, Grenzen staatlicher Aktivität, S. 113 (114, 120, 123); *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Komm.z.GG., Art 20 VII Rdnr. 63; *Grupp*, ZHR 140 (1976), S. 367 (383).

59 Vgl. *Hesse*, Grundzüge, § 1 III (Rnr. 16 ff.). Der Begriff Gemeinwesen umfasst zugleich Staat und Gesellschaft.

für die Erreichung des Ziels alle Wege offen⁶⁰. Bringen gesellschaftliche Gestaltungsprozesse sozial gerechte Ergebnisse hervor, dann besteht kein Grund für staatliches Handeln. Der Sozialstaat kann also ebenso gut durch privates wie durch staatliches Handeln verwirklicht werden. Grundsätzlich ist daher von einer gleichrangigen Zuständigkeit oder Kompetenz staatlicher wie privater Stellen auszugehen.⁶¹ Dem Staat verbleibt allerdings die Beurteilungskompetenz darüber, ob ein Lebensbereich den Anforderungen an soziale Gerechtigkeit genügt.⁶²

Auf der einfachen Gesetzesebene wird dieser allgemeine Grundsatz durch verschiedene Modi der Aufgabenzuweisung an staatliche und private Instanzen konkretisiert, wobei sowohl ausschließliche Zuweisungen, gleichrangige Zuständigkeiten und gestufte (subsidiäre) Zuständigkeiten festzustellen sind.⁶³ So sind Rundfunk und Wissenschaft gem. Art. 5 GG der Gesellschaft, Erziehung und (schulische) Bildung Staat und Eltern in gestuftem Verhältnis gem. Art. 6, 7 GG, Jugendpflege⁶⁴ und Aufgaben im Bereich des Rettungswesens⁶⁵ vorrangig den staatlichen Stellen zugewiesen. Eine gleichrangige Zuständigkeit findet sich z.B. im Personenbeförderungsgesetz und im Krankenhausgesetz.⁶⁶ Für den Bereich der kommunalen Wirtschaftsbe- tätigung könnte eine vergleichbare Regelung in den §§ 88 ff. GO NW getroffen worden sein. Ob dies zutrifft und inwiefern diese Regelung den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügt, ist aber noch zu untersuchen.

Als Ergebnis ist zunächst festzuhalten, daß sich die Zuständigkeitsbereiche von staatlichen und gesellschaftlichen Instanzen im Bereich sozialstaatlicher Maßnahmen überschneiden. Dabei ist - wie bei allen öffentlichen Aufgaben - von einer generellen, nicht begründungsbedürftigen Zuständigkeit der Gesellschaft und einer begrenzten, jeweils begründungspflichtigen Zuständigkeit des Staates auszugehen. Die Eigenart der je unterschiedlichen Handlungslegitimation von Staats- und Privatgewalt entfaltet also auch im Bereich des Sozialstaates ihre Wirkung.

3. Das Verhältnis staatlicher und gesellschaftlicher Gestaltungsmittel im Bereich der Sozialwirtschaft

In die Betrachtung staatlichen Handelns muß neben dem Zweck auch das Handlungsmittel einbezogen werden, so daß nun nach den Gestaltungsmitteln zu fragen ist, die staatlichen und gesellschaftlichen Instanzen zur Verfügung stehen. Abzustellen ist dabei auf den Zweck, der

⁶⁰ BVerfGE 22, 180 (204); 29, 221 (236); vgl. auch Scheuener, in: Essener Gespräche 8 (1974), S. 43 (63 ff.); Erichsen/Reuter, Elternrecht-Kinderwohl-Staatsgewalt, S. 109 f.; v. Maydell/Scholz, Grenzen der Eigenwirtschaft, S. 109.

⁶¹ Vgl. BVerfGE 22, 180 (204).

⁶² Erichsen/Reuter, Elternrecht-Kinderwohl-Staatsgewalt, S. 109.

⁶³ Wenn im folgenden von Aufgabenzuweisung gesprochen wird, so muß zwischen Aufgabenträgerschaft und Ausführungszuständigkeit unterschieden werden. Da mit der Aufgabenträgerschaft die Zwecksetzungskompetenz verbunden ist, stellt sie das maßgebliche Moment dar und ist jeweils gemeint. Auf die Beteiligung Privater an staatlicher Aufgabenausführung wird später eingegangen.

⁶⁴ Vgl. § 1 JWG.

⁶⁵ Vgl. §§ 2, 9 RettG NW. Ebenso § 1 FAG.

⁶⁶ Beide Gesetze unterscheiden nicht nach der Inhaberschaft durch Staat oder Private.

durch eine wirtschaftliche Betätigung verfolgt wird, und es ist zu fragen, welche Gestaltungsmittel staatlichen und welche gesellschaftlichen Instanzen zur Verfolgung dieses Zweckes überhaupt zur Verfügung stehen.

Die Zwecke, die der Staat mit einer wirtschaftlichen Betätigung verfolgt, beziehen sich in aller Regel auf die Versorgung der Bevölkerung mit wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leistungen. In vielen Fällen dienen sie der Versorgung zu ganz bestimmten Konditionen oder von ganz bestimmten Bevölkerungskreisen.⁶⁷ Hier ergibt sich nun die Besonderheit, daß die Zweckverwirklichung in diesen Fällen zwar immer auf eine wirtschaftliche Betätigung (zu bestimmten) Konditionen hinausläuft, daß aber gerade im Hinblick auf die Beteiligung staatlicher und gesellschaftlicher Instanzen ganz unterschiedliche Beteiligungsmöglichkeiten offenstehen. Die Variationsmöglichkeiten liegen dabei vor allem auf staatlicher Seite, denn durch die Möglichkeit der Rechtsetzung besitzt der Staat ein Instrument allgemeinverbindlicher Verhaltenssteuerung, das ihm gerade im Bereich der Sozialgestaltung ermöglicht, bestimmte Ziele zu verwirklichen, ohne selbst Aufgabenträger zu werden oder zumindest die Ausführungszuständigkeit der Gesellschaft zu überlassen. Im Bereich der Sozialwirtschaft ist Zweckverwirklichung für den Staat so z.B. durch die gesetzliche Regelung bestimmter Waren- und Dienstleistungsangebote, Preisfestsetzungen, Subventionen, Zuschüsse und sonstige Anspruchsgewährleistungen möglich. Der Staat gewährt z.B. Wohngeld, legt Miethöchstpreise fest, gewährt Kostenübernahme⁶⁸, Zuschüsse oder Steuervergünstigungen für die Befriedigung bestimmter Bedürfnisse⁶⁹ oder subventioniert einzelne Wirtschaftszweige, die Waren und Dienstleistungen anbieten und die Gegenstand der Sozialpolitik sind.⁷⁰

Private sind demgegenüber bei der Sozialgestaltung darauf beschränkt, die Leistungen selber zu erbringen und dabei durch die Festlegung des Preises und die Bestimmung der Art und Weise der Leistungserbringung Einfluß zu nehmen. Dies geschieht nicht allgemeinverbindlich, sondern nur für diejenigen Personen, die sich selbst darauf einlassen und das Angebot annehmen. Sozialgestaltung unter Privaten unterliegt also einer doppelten Option der Gesellschaft: des privaten Anbieters bei der Ausgestaltung des Angebotes und des privaten Abnehmers bei der Auswahl des Angebotes.

Auch in diesem Fall sagt die Darstellung der allgemeinen Prinzipien noch sehr wenig darüber aus, wie sich die Wahl der einzelnen Handlungsmittel auf den jeweils zu gestaltenden Lebensbereich auswirkt. Welches Mittel z.B. die Freiheit sowohl der Abnehmer der Leistung wie auch der privaten Anbieter weniger beeinträchtigt, kann nur im Einzelfall festgestellt werden, da nicht zuletzt die wirtschaftlichen Rahmendaten, die Marktstruktur und die konkrete Art der Zwecksetzung von erheblicher Bedeutung sind. Der Aufweis der Staat und Gesellschaft zur Verfügung stehenden Gestaltungsmittel verweist deshalb zunächst nur auf den Horizont, vor dem im Einzelfall die Legitimität einer konkreten staatlichen Zweckverfolgung im Bereich der Sozialwirtschaft überprüft werden kann.

⁶⁷ Vgl. dazu die Typologie, oben Kap. I S. 11 f.

⁶⁸ So z.B. im Bereich der Versicherungen.

⁶⁹ Z.B. beim Wohngeld.

⁷⁰ Z.B. im Agrarsektor und bei Badeanstalten.

4. Zwischenergebnis und weiterer Gang der Untersuchung

Die Staatskompetenz im Bereich der sozialwirtschaftlichen Betätigung stellt sich als konkurrierende Zuständigkeit zu gesellschaftlichen Aktivitäten dar. Sie ist geordnet durch die Rechtsinstitute, die allgemein das Verhältnis von Staat und Gesellschaft (zu-) ordnen, vor allem die Grundrechte. Aufgrund des Wandels zum sozialen Leistungsstaat und der von ihm ausgehenden neuen Gefahren für individuelle Freiheit, bedarf es jedoch einer Erweiterung des überkommenen Verständnisses von Staat und Gesellschaft, das nur auf den eingreifenden Staat abstellt. Als Ansatzpunkt kommt dabei ein Verständnis der Grundrechte als Verbürgung gesellschaftsbezogener Gestaltungsmacht Privater in betracht, die der staatlichen Gestaltungsmacht gegenübersteht. Zu beachten ist weiter, daß der Staat im Vergleich zu Privaten über ein größeres Arsenal an Handlungsmitteln verfügt, um einen Lebensbereich zu gestalten, während dem Privaten nur die konditionierte Leistungserbringung zur Verfügung steht. Welche Art der Gestaltung dabei die Freiheit der Gesellschaft weniger beeinträchtigt, kann nicht allgemein, sondern nur für den Einzelfall bestimmt werden.

Auf der Grundlage dieser Verhältnisbestimmung sind nun die angesprochenen Elemente im einzelnen zu untersuchen. Dafür ist zunächst erforderlich, die von der Verfassung und einfachen Rechtsordnung geregelten Zuständigkeiten der Kommunen im Bereich der Sozialwirtschaft zusammenzustellen (Kapitel III.). Diese müssen dann vor dem Hintergrund der grundrechtlich gesicherten privaten Zuständigkeiten auf ihre Zulässigkeit und Angemessenheit hin überprüft werden (Kapitel IV.).

III. DIE KOMPETENTIELLE LEGITIMATION DER WIRTSCHAFTLICHEN BETÄTIGUNG DER KOMMUNEN

"Jede Ausübung von Staatsgewalt bedarf ... der ... rechtlichen Legitimation durch eine durch die Verfassung oder verfassungsgemäßes Recht zugewiesene, inhaltlich bestimmte und begrenzte Kompetenz".¹ Diesem, auch für die wirtschaftliche Betätigung als materiellem Verwaltungshandeln geltenden Erfordernis², ist im Hinblick auf die Regelungen der Verfassung(en) sowie der Kreis- und Gemeindeordnung nachzugehen. Dabei ist die Legitimation im Hinblick auf die verfolgten Zwecke von der Regelung der einzusetzenden Mittel zu unterscheiden und bei der Normanalyse zu berücksichtigen.

1. Einfachgesetzliche Regelungen

a) Die drei Regelungsebenen der Gemeinde- und Kreisordnung NW

Die Gemeindeordnung - und analog die Kreisordnung³ - bietet für die kompetentielle Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung normative Ansatzpunkte auf drei Regelungsebenen: Der in § 1 Abs. 1 S. 2 GO⁴ erteilte Auftrag, das Wohl der Einwohner in freier Selbstverantwortung durch die von der Bürgerschaft gewählten Organe zu fördern; die in § 18 Abs. 1 GO⁵ verankerte Aufgabe, die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung der Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen zu schaffen; und schließlich die in §§ 88 ff. GO⁶ geregelte Errichtung und Erweiterung wirtschaftlicher Unternehmen.

Die erste Regelungsebene beschreibt zusammen mit dem in § 2 GO⁷ festgelegten "Wirkungskreis der Gemeinden" die sachgegenständliche Verbandskompetenz der Kommunen. Durch die Formulierung "fördern das Wohl der Einwohner" wird schon an dieser grundlegenden und sehr allgemeinen Regelung deutlich, daß die Kommunen in besonderer Weise (auch) zur Daseinsvorsorge berufen sind. Die §§ 1, 2 GO⁸ stellen daher den normativen Ansatzpunkt zur Bestimmung der Verbandskompetenz im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung dar, durch die alle weiteren Regelungen bestimmt und begrenzt werden.

¹ Barbey, Bundesverfassungsgericht und einfaches Gesetz, S. 23.

² Die von Pütner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 161 ff. vertretene Ansicht, daß im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung die allgemeine Kompetenzordnung des Grundgesetzes nicht gelte, kann nicht geteilt werden. Vgl. auch Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 113 ff.; Lerche, in: Maunz/Dürig, Komm.z.GG., Art. 83, Rdnr. 42; v. Loebell/Decker, GO, § 88, Erl. 2; Erichsen, Kommunalrecht, S. 174.

³ Gemeinde- und Kreisordnung sind in den nachfolgend untersuchten Regelungsgegenständen sachlich fast identisch. Zur sprachlichen Vereinfachung wird im Text deshalb nur von der Gemeindeordnung gesprochen und nur ergänzend auf die jeweiligen Regelungen der Kreisordnung hingewiesen.

⁴ Vgl. § 1 Abs. 1 KrO.

⁵ Vgl. § 16 Abs. 1 KrO.

⁶ Vgl. § 42 KrO, der auf die Vorschriften der GO verweist.

⁷ Vgl. § 2 KrO.

⁸ Vgl. §§ 1, 2 KrO.

b) Der Wirkungskreis der Gemeinden und Kreise und die Verbandskompetenz

Die Verbandskompetenz bezeichnet den Bereich der einem Träger öffentlicher Verwaltung zugewiesenen Wahrnehmungszuständigkeiten. Mit der Beschreibung der Verbandskompetenz werden daher zugleich Grenzen der kommunalen Wahrnehmungszuständigkeiten im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung spezifiziert.

(1) Angelegenheiten der "örtlichen Gemeinschaft" im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung

Die Verbandskompetenz der Gemeinden wird allgemein durch den Begriff der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft beschrieben. Art. 78 Abs. 2 Verf.NW und § 2 GO bestimmen insofern, daß die Gemeinden in ihrem Gebiet die alleinigen Träger der öffentlichen Verwaltung sind, soweit nicht die Gesetze etwas anderes vorschreiben. Durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG wird diese Zuständigkeit verfassungsrechtlich gewährleistet.⁹ Maßgeblich für die Bestimmung der Verbandskompetenz ist damit zunächst der in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ausdrücklich enthaltene Begriff der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft.

Unter Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft oder "örtlichem Wirkungskreis"¹⁰ werden solche Aufgaben verstanden, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben.¹¹ Ohne daß hier auf die grundsätzliche Kontroverse über die Angemessenheit der in den Verfassungen und der Gemeinde- und Kreisordnung vorgenommenen Aufgabenverteilung eingegangen werden kann¹², der zuletzt das BVerwG durch seine Rastede-Entscheidung¹³ neuen Auftrieb gegeben hat, ist als verbindliches Kriterium die Örtlichkeit als gebiets- und raumbezogenes Merkmal zu beachten. Für eine Verwaltungstätigkeit in Form der wirtschaftlichen Betätigung läßt sich daraus als erstes maßgebliches Merkmal die Begrenzung auf die örtliche, d.h. die auf das Gemeindegebiet bezogene Versorgung mit Waren und/oder Dienstleistungen, ableiten. Eine von der Gemeinde betriebene wirtschaftliche Betätigung muß sich daher, zumindest ihrer Intention und ihrem Schwerpunkt nach, auf die Versorgung vor Ort (im Gemeindegebiet) richten. Als gerechtfertigt erscheinen aus dem Gesichtspunkt der Verbandskompetenz deswegen auch Leistungen gegenüber Nicht-Einwohnern, insofern diese im Gemeindegebiet erbracht werden und einen spezifisch örtlichen Bezug haben, wie z.B. bei Kureinrichtungen. Nicht zum Regelungsgehalt der Verbandskompetenz gehört demgegenüber das Merkmal der Leistungs- und Verwaltungskraft. Für den Bereich der wirtschaftlichen Betätigung (durch wirtschaftliche Unternehmen) liegt darin jedoch schon deshalb kein Mangel, weil dieser Aspekt in § 88 Abs. 1 GO berücksichtigt ist.

⁹ Der Begriff "regeln" geht weiter als "wahrnehmen" und deutet auf die kommunale Rechtsetzungsbefugnis (Satzungsautonomie) hin.

¹⁰ v. Mutius, in: FS v. Unruh, 1983, S. 227 (245).

¹¹ BVerfGE 8, 122 (134); StGH Bad.-Württ., DÖV 1976, 595 ff.; Schmid-Aßmann, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 107; v. Mutius, in: FS v. Unruh, 1983, S. 227 (245); Stern, HkWP Bd. 2, S. 212; Erichsen, Kommunalrecht, S. 117 f.; kritisch dazu: Roters, in: v. Münch, Kommentar zum GG, Art. 28 Rdnr. 40 ff. m.w.N.

¹² Vgl. dazu grundlegend: Burmeister, Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltung; Richter, Verfassungsprobleme der kommunalen Funktionalreform; weitere Nachweise bei Blümel, VerwArch 75 (1984), S. 197 ff., 297 ff.

¹³ BVerwGE 67, 321; dazu u.a.: Knemeyer, DVBl. 1984, 23; Erichsen, Kommunalrecht, S. 123.

(2) Die "überörtlichen Angelegenheiten" der Kreise im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung

Den Kreisen ist gem. § 2 Abs. 1 KrO die Wahrnehmung der auf ihr Gebiet begrenzten überörtlichen¹⁴ Angelegenheiten als freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe zugewiesen. Damit ist als obere Grenze ihrer Zuständigkeit zur wirtschaftlichen Betätigung das Angebot von Leistungen an die Einwohner des Kreises bzw. im Kreisgebiet vorgezeichnet.

Schwieriger gestaltet sich dagegen die Beantwortung der weiteren Frage, wann von einer überörtlichen im Gegensatz zu einer örtlichen Angelegenheit gesprochen werden kann. In der kommunalrechtlichen Literatur wurde dazu eine Dreiteilung der Aufgaben herausgebildet, bei der zwischen übergemeindlichen, ergänzenden und ausgleichenden überörtlichen Angelegenheiten unterschieden wird.¹⁵ Unter übergemeindlichen Aufgaben werden solche verstanden, die kraft Natur der Sache¹⁶ bzw. weil sie notwendig auf die gemeinsamen Bedürfnisse der Kreisbewohner insgesamt bezogen sind¹⁷ und deshalb über den Verwaltungsraum einer bzw. aller kreisangehörigen Gemeinde(n) hinausreichen¹⁸, durch den Kreis wahrzunehmen sind. Eine solche Aufgabe ist z.B. der kreisweite Nahverkehrsbetriebe für den Personenverkehr zwischen den kreisangehörigen Gemeinden.¹⁹

Fraglich ist, ob auch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (eine wirtschaftlich sinnvolle Betriebsgröße wird erst erreicht, wenn der ganze Kreis zentral versorgt wird) das Vorliegen einer übergemeindlichen Aufgabe begründen können.²⁰ Dagegen könnte sprechen, daß auch die sog. ergänzenden Aufgaben an wirtschaftlichen Kriterien orientiert sind²¹, im Gegensatz zu den übergemeindlichen Aufgaben aber keine ausschließliche Zuständigkeit des Kreises begründen.²² Da es der einzelnen Gemeinde überlassen werden muß zu entscheiden, ob sie eine Aufgabe auch unter wirtschaftlich weniger effizienten Bedingungen wahrnehmen will²³, ist die Zuordnung der aus rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten überörtlich wahrzunehmenden Aufgaben zu den ergänzenden Aufgaben vorzuziehen.

Teilweise wird bei den übergemeindlichen Aufgaben auch ein Vorrang der Wahrnehmung durch kommunale Gemeinschaftsarbeit erwogen.²⁴ Dem steht aber sowohl die Gesetzessystematik des Art. 78 Abs. 2 Verf.NW iVm § 2 Abs. 1 KrO und § 1 Abs. 1 GkG, die übergemeindliche Aufgaben den Kreisen zuweisen und nur als Ausnahme davon in § 2 Abs. 1 S. 3 KrO eine Zuständigkeit der Gemeinden und damit der kommunalen Gemeinschaftsarbeit

¹⁴ Die vom BVerwG im Rastede-Urteil (E 67, 321 (324 f.)) vorgenommene Differenzierung zwischen lokal-örtlichen und übergemeindlich-örtlichen Aufgaben ist weder überzeugend noch sachlich haltbar. Ebensovienig die dort angenommene Gleichwertigkeit der Selbstverwaltung in Kreis und Gemeinden. Vgl. dazu: Blümel, VerwArch 75 (1984), S. 297 m.w.N.; Knemeyer, DVBl. 1984, 23; Erichsen, Kommunalrecht, S. 123; Schnur, Die Verwaltung, 19 (1986), S. 39 ff.

¹⁵ Vgl. Erichsen, Kommunalrecht, S. 121 f. m.w.N.

¹⁶ Schmidt-Aßmann, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 177.

¹⁷ v. Mutius, in: FS v. Unruh, 1983, S. 227 (245).

¹⁸ Oebbecke, Gemeindeverbandsrecht NW, S. 41.

¹⁹ Vgl. Erichsen, Kommunalrecht, S. 122.

²⁰ So z.B. Pagenkopf, Kommunalrecht, Bd. 1, S. 290.

²¹ Vgl. Oebbecke, Gemeindeverbandsrecht NW, S. 48.

²² Vgl. Oebbecke, Gemeindeverbandsrecht NW, S. 50.

²³ Der Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gem. § 62 Abs. 2 GO bewirkt hier kein Verbot; vgl. Oebbecke, Gemeindeverbandsrecht NW, S. 48.

²⁴ Vgl. Schmidt-Aßmann, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 178.

eröffnen, als auch der Gesichtspunkt entgegen, daß eine Wahrnehmung durch unmittelbar legitimierte Verwaltungsträger derjenigen durch nur mittelbar legitimierte vorzuziehen ist.

Im Bereich der sog. ergänzenden Aufgaben, also derjenigen, die die Leistungsfähigkeit einer Gemeinde übersteigen²⁵, bzw. die die Gemeinden nicht standesgemäß²⁶ wahrnehmen können, ist es kaum möglich, einzelne Aufgaben beispielhaft zu nennen, da sich hier zu große Unterschiede aus der konkreten Situation ergeben.

Den sog. Ausgleichsaufgaben schließlich, die in rein finanziellen Leistungen bestehen, kommt in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu.

(3) Grenzen der Verbandskompetenz von Gemeinden und Kreisen in den Kompetenzen von Bund und Land

Die grundsätzlich umfassende, durch Art. 78 Abs. 2 Verf.NW iVm § 2 GO und § 3 KrO verbürgte Verwaltungskompetenz der Gemeinden und Kreise in ihrem Gebiet, sowie die im Bereich der Selbstverwaltungsangelegenheiten korrespondierende und durch Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 78 Abs. 1 Verf.NW geschützte Regelungskompetenz können begrenzt werden und sind begrenzt durch Kompetenzen von Bund und Ländern.²⁷ Offensichtlich ist dies dort, wo aufgrund einer solchen Kompetenz Sonderverwaltungen bis auf die Kreis- und Gemeindeebene eingerichtet werden. Weniger Beachtung finden demgegenüber kompetentielle Begrenzungen, insofern die Kompetenzausübung unter Inanspruchnahme unterschiedlicher Gestaltungsmittel erfolgt.²⁸ So kann sich der Bundesgesetzgeber z.B. zur Verfolgung des Zweckes: "Förderung der Wohnqualität sozial schwacher Bevölkerungsschichten" für eine finanzielle Unterstützung anstelle eines eigenwirtschaftlichen Vollzuges von Wohnungsvermittlung entscheiden.²⁹ Besteht eine solche bundesgesetzliche Regelung und ist diese als abschließende Zweckverfolgung anzusehen, so fehlt es der Kommunalverwaltung an der Regelungskompetenz, um eine eigenwirtschaftliche Betätigung durchzuführen.³⁰

Die Verbandskompetenz der Kommunen kann somit auch durch Regelungen von Bund und Land begrenzt werden, die den gleichen Zweck durch ein anderes Gestaltungsmittel verfolgen. Da die Kommune an das Gesetz und damit auch an die Entscheidung des Gesetzgebers gebunden ist, zur Zweckverfolgung in diesen Fällen ein ganz bestimmtes Mittel einzusetzen, besitzt sie keine eigene Zwecksetzungskompetenz, um eine wirtschaftliche Betätigung durchzuführen.

²⁵ So: *Schmidt-Aßmann*, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 177; v. *Mutius*, in: FS v. Unruh, 1983, S. 227 (248); *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rdnr. 592; *Erichsen*, Kommunalrecht, S. 122.

²⁶ *Oebbecke*, Gemeindeverbandsrecht NW, S. 48.

²⁷ Zur Begrenzung von Kompetenznormen vgl. *Stettner*, Grundfragen einer Kompetenzlehre, S. 378 ff.

²⁸ Zu den verschiedenen Gestaltungsmitteln des Staates vgl. Kap. II, 3, S. 34.

²⁹ Zur kommunalen Wohnungsvermittlung vgl. BVerwG NJW 1978, 1539; *Engelbrecht-Grewe*, Wohnungsvermittlung als kommunale Aufgabe, Diss. jur. Kiel 1978.

³⁰ Vgl. auch BVerwG DVBl. 1987, 845, (847): "Die Einrichtung von Fernmeldelinien ist aber nicht Angelegenheit des gemeindeeigenen, durch Art. 28 Abs. 2 geschützten Wirkungskreises, sondern gehört zu den staatlichen Aufgaben. Das Fernmeldewesen und damit auch die Breitbandverkabelung fallen in die Verwaltungszuständigkeit der Bundespost (Art. 87 Abs. 1 GG)." Vgl. auch *Mauz*, BayVBl. 1984, 417 (419).

Bei der Kompetenzbestimmung muß deshalb ebenfalls zwischen der Zweck- und der Mittelebene unterschieden werden. Eine abschließende Regelung des Gesetzgebers, zur Zweckverfolgung ein bestimmtes Mittel einzusetzen, das nicht in einer Verwaltungstätigkeit besteht oder die Zuständigkeit eines anderen Trägers öffentlicher Verwaltung als der Kommunen begründet, schließt eine Zweckverfolgung durch die Kommunen aus.

c) Die öffentlichen Einrichtungen gemäß § 18 GO und § 16 KrO

Durch die Bestimmung der Verbandskompetenz von Gemeinde und Kreis sowie ihrer Begrenzung durch Kompetenzen von Bund und Land wurde der potentielle Wirkungskreis der Gemeinden und Kreise im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung umschrieben. Nun gilt es, die konkreten Aufgaben aufzuzeigen, die den Gemeinden und Kreisen in diesem Bereich durch Gesetz zugewiesen sind. In Frage kommen die Regelungen über die öffentlichen Einrichtungen und die wirtschaftlichen Unternehmen.³¹

"Die Gemeinden schaffen innerhalb der Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohner notwendigen öffentlichen Einrichtungen". Dieser in § 18 Abs. 1 GO niedergelegte Leistungsauftrag, den § 16 Abs. 1 KrO wortgleich für die Kreise übernimmt, wird als "Grundpflicht gemeindlicher Selbstverwaltung"³² bezeichnet und umgreift sachlich das gesamte Spektrum der hier betrachteten sozialwirtschaftlichen Aktivitäten der Gemeinden.

Das "Recht der öffentlichen Einrichtungen", das sich um den § 18 GO und die vergleichbaren Vorgänger³³ und Parallelvorschriften entwickelt hat, befasst sich vor allem mit der Frage, wie der Zulassungsanspruch und das Nutzungsverhältnis bei den verschiedenen Träger-schaften³⁴ und Rechtsformen auszugestalten ist, in denen öffentliche Einrichtungen vorkommen.³⁵ Daher erklärt es sich auch, daß die Diskussion um die öffentliche Einrichtung in älterer Zeit teilweise mit derjenigen um das Anstaltsbenutzungsverhältnis zusammenfällt³⁶ und in neuerer Zeit von den Problemen überlagert ist, die bei der Wahl privatrechtlicher Organisations- und Handlungsformen auftreten.³⁷ Relativ unberührt blieb dabei das Verständnis der öffentlichen Einrichtung als gewidmeter Personen- und/oder Sachgesamtheit³⁸, wobei die Widmung durch Ratsbeschluß, aber auch konkludent, etwa durch anhaltende Nutzung erfolgen

³¹ Dazu unten d).

³² *Schmidt-Aßmann*, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 160.

³³ § 17 DGO.

³⁴ Gemeint ist hier der Organisationsträger, denn Aufgabenträger einer öffentlichen Einrichtung ist immer die Kommune. Organisationsträger können sein: die Kommune selbst und unmittelbar bei rechtlich unselbständigen Einrichtungen, die Kommune selbst und mittelbar, bei rechtlich selbständigen Einrichtungen in öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Organisationsformen, die Kommune zusammen mit Privaten und schließlich Private alleine.

³⁵ Vgl. dazu *Scholz*, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, insbes. S. 21 ff. und *Ossenbühl*, DVBl. 1973, 289 ff. der zugleich interessante alternative Lösungskonzepte vorträgt. Weiter: *Frotscher*, in: HkWP, Bd. 3, S. 135 ff.; *Erichsen*, Jura 1986, 148 ff., 196 ff. und *Schmidt-Aßmann*, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 159 ff. m.w.N.

³⁶ Vgl. dazu z.B. *Scholz*, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, S. 195 ff.; *Lange*, VVDStRL 44 (1986), S. 169 (180 ff.).

³⁷ Vgl. dazu *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, passim.

³⁸ Vgl. auch v. *Loebell/Oerter*, GO, § 18 Erl. 2: "gesonderter und dauerhaft verfasster Bestand an Verwaltungsmitteln der Gemeinde zur Erbringung bestimmter Leistungen an die Bewohner."

kann.³⁹ Neben das Problemgeflecht, das sich aus der Vielfalt der Trägerschafts- und Nutzungsformen ergibt, tritt als zweiter Regelungs- und Diskussionschwerpunkt die Lastentragungspflicht, die bei den öffentlichen Einrichtungen dem allgemeinen Nutzungsrecht durch die Einwohner korrespondiert.⁴⁰ Darin kommt in besonders markanter Weise der sozialstaatliche Gedanke zum Ausdruck, daß eine allgemeine Zugänglichkeit von Leistungen durch Umverteilung der Lasten erreicht wird. Doch stellt diese Art der Finanzierung der Leistungen öffentlicher Einrichtungen nicht die Regel dar.

Hinter dieser Vielzahl organisatorischer Fragen ist der eigentliche Inhalt, um dessentwillen die Kommunen öffentliche Einrichtungen schaffen, zumindest in seiner normativen Bedeutung in § 18 GO in Vergessenheit geraten. Die Tatsache, daß am Anfang der Regelung der Auftrag der Kommunen zur wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Betreuung ihrer Einwohner steht, hat für die Legitimation der durch die öffentlichen Einrichtungen vollzogenen "Daseinsvorsorge" jedoch entscheidende Bedeutung. Läge etwa nur eine dem § 4 GO vergleichbare formale Regelung⁴¹ des Inhaltes vor, daß die Gemeinden auch öffentliche Einrichtungen errichten dürfen, können oder müssen, so würde es an einer ausdrücklichen materialen Ermächtigung zur Leistungserbringung in den genannten Bereichen fehlen.⁴²

Projiziert man auf dieses Regelungsgefüge das Zweck-Mittel-Raster, so stellt sich die erwähnte sachliche Ermächtigung zur Daseinsvorsorge als die maßgebliche Zweckbestimmung dar, während die übrigen Regelungen - zumindest unter dem hier relevanten Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Betätigung - der Mittel-Ebene zuzuordnen sind. Da es für die kompetentielle Legitimation staatlichen Handelns in erster Linie auf den verfolgten Zweck ankommt⁴³, liegt die maßgebliche Ermächtigung zur Versorgung der Einwohner mit Waren und Dienstleistungen durch die Kommunen in § 18 Abs. 1 GO. Es werden dort die Bereiche genannt, in denen die Kommunen durch leistendes Verwaltungshandeln das Wohl der Einwohner, wie es § 1 Abs. 1 S. 2 GO bestimmt, fördern sollen. Zugleich wird die Ermächtigung zur wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Betreuung in den Rahmen der Verbandskompetenz integriert, indem die Einwohner als Adressaten - und durch § 18 Abs. 2 GO gewissermaßen auch als Berechtigte - dieser Maßnahmen genannt werden.⁴⁴

Die Bestimmungen über die öffentlichen Einrichtungen in § 18 GO und § 16 KrO stellen somit eine materiale kompetentielle Ermächtigung (Legitimation) zur Durchführung von Maßnahmen der Leistungsverwaltung (auch) im Bereich der Sozialwirtschaft dar.

³⁹ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 161; *Erichsen*, Jura 1986, 148 (149); v. *Loebell/Oeter*, GO, § 18 Erl. 2 m.w.N.

⁴⁰ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 160.

⁴¹ Damit ist angesprochen, daß sich aus dem Recht der Gemeinden, ihre Angelegenheiten durch Satzungen zu regeln, noch keine Rechte zur Wahrnehmung von bestimmten Aufgaben ergeben, insbesondere dann nicht, wenn es dazu einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf. § 4 GO stellt keine solche Ermächtigung dar, auch nicht eine Generalklausel. Vgl. insofern auch *Scholz*, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, S. 16 f. der auf die universale Verwendbarkeit und die daraus folgende "Zweckneutralität" der Einrichtung verweist.

⁴² An einer solchen Ermächtigung fehlt es in § 14 GO Rh.-Pf. der nur den Benutzungsanspruch und die Lastentragungspflicht regelt.

⁴³ Siehe oben Kap. I, S. 9 f.

⁴⁴ Daß die Regelungen des § 18 GO und § 16 KrO in der Literatur fast ausschließlich in organisatorischer Hinsicht und bezüglich des Nutzungsverhältnisses betrachtet werden, hängt damit zusammen, daß die Frage nach der kompetentiellen Legitimation der dabei ausgeführten Tätigkeit nicht gestellt wird.

d) Die "wirtschaftliche Betätigung und privatrechtliche Beteiligung" gemäß § 88 ff. GO

Im sechsten Teil der Gemeindeordnung finden sich im dritten Abschnitt, den §§ 88 bis 96, auf die wiederum § 42 KrO verweist, die Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung und privatrechtliche Beteiligung der Gemeinden. Sie werden gewöhnlich als maßgebliche Regelung der wirtschaftlichen Betätigung angesehen und unter den entsprechenden Überschriften erläutert.

Die im dritten Abschnitt getroffenen Regelungen können in drei Komplexe untergliedert werden⁴⁵:

1. Vorschriften über Errichtung/Beteiligung an/Veräußerung von wirtschaftlichen Unternehmen in den §§ 88, 89, 91, die gemäß § 89 Abs. 2, 92 (abgewandelt) auch für Unternehmen gelten, die keinen wirtschaftlichen Zwecken dienen.
2. Vorschriften über die Führung und Kontrolle der Unternehmen in §§ 89 Abs. 3, 93, 94, 95.
3. Die Anzeigepflicht in § 96.

Die §§ 88 ff. GO regeln im Schwerpunkt organisatorische und finanzwirtschaftliche Fragen, die sich aus der Errichtung verselbständigter Verwaltungseinheiten ergeben. So wird durch die sog. Schrankentrias des § 88 Abs. 1 und die Haftungsregelung des § 89 Abs. 1 Nr. 2 die wirtschaftliche Belastung der Kommune begrenzt. Durch die §§ 88 Abs. 2, 89 Abs. 3, 4, 90 werden die für die Kommunalverwaltung geltenden Finanzwirtschaftsgrundsätze - im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten - auch auf die organisatorisch und vor allem die rechtlich verselbständigten Unternehmen übertragen. Die Verselbständigung soll dabei nicht zu einer Abweichung von den für kommunale Verwaltungstätigkeit geltenden allgemeinen Grundsätzen führen, wie sie z.B. in den §§ 62 ff. niedergelegt sind. Dies entspricht der systematischen Stellung der §§ 88 ff. im 6. Teil der Gemeindeordnung, der in seinem ersten Abschnitt die allgemeinen Grundsätze der Haushaltswirtschaft und in seinem zweiten und dritten Abschnitt spezielle Regelungen für organisatorisch selbständige Untergliederungen der Kommunalverwaltung trifft. So stellt § 94 eine spezielle Regelung zu § 62 dar und § 91 zu § 77. Die Orientierung dieser Regelungen an allgemeinen Grundsätzen zeigt sich außerdem darin, daß nicht nur die wirtschaftlichen Unternehmen, sondern durchweg alle organisatorischen und vor allem rechtlichen Verselbständigungen innerhalb der Kommunalverwaltung erfaßt werden.

Diese Schwerpunktssetzung schließt es als solche nicht aus, daß in den §§ 88 ff. auch eine materiale Ermächtigung der Kommunen zur wirtschaftlichen Betätigung vorliegt. Doch muß diese, insbesondere nach dem Ergebnis der systematischen Auslegung, positiv nachgewiesen und nicht bloß aus der Kapitelüberschrift erschlossen werden. Zu denken gibt dabei zunächst die Tatsache, daß die §§ 88 ff. nur diejenige wirtschaftliche Betätigung erfassen können, die durch wirtschaftliche Unternehmen erfolgt. Das ist der Großteil, aber nicht die gesamte wirtschaftliche Betätigung. Als Anknüpfungspunkt für eine materiale Ermächtigung bleibt nur der in § 88 Abs. 1 Nr. 1 erwähnte öffentliche Zweck. An ihn knüpfen denn auch alle Erwägungen

⁴⁵ Zum Inhalt der Regelungen im einzelnen vgl. unten Kap. V. S. 87 ff.

über die Legitimität einer wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen an.⁴⁶ Das Regelungsmerkmal öffentlicher Zweck kann in § 88 Abs. 1 Nr. 1 aber nur eine Stellvertreterfunktion wahrnehmen, denn der öffentliche Zweck bezeichnet das allgemeinste und grundlegendste Legitimationskriterium staatlichen Handelns überhaupt und kann deshalb nicht als materiale Ermächtigung für irgend ein konkretes Handeln herangezogen werden. Das Merkmal öffentlicher Zweck ist noch allgemeiner als die in § 1 Abs. 1 GO getroffene Aufgabenbestimmung der Gemeinden und auch deshalb als Legitimationsgrundlage einzelner, konkreter Maßnahmen ungeeignet. Der Regelungsgehalt des § 88 Abs. 1 Nr. 1 kann folglich nur darin liegen, daß der konkret verfolgte Zweck eben "dringend" ein kommunales Handeln "erfordert", wobei dieses Handeln an anderer Stelle legitimiert sein muß. Geregelt wird mit anderen Worten, unter welchen Voraussetzungen der vorausgesetzte Zweck durch den Einsatz des Handlungsmittels "wirtschaftliches Unternehmen" verfolgt werden darf. Dies wird sogleich bestätigt durch § 88 Abs. 2, denn auch dort werden die genannten Zwecke, bei deren Verfolgung die Begrenzungen des Abs. 1 nicht gelten sollen, vorausgesetzt. Besonders deutlich ist dies in den Fällen, daß die Gemeinde durch Gesetz zur Aufgabenerfüllung verpflichtet ist. Und auch in den weiteren Beispielen, wie den Sport- und Kulturbetrieben, der Abfall- und Abwasserbeseitigung wird deutlich, daß die Gemeinde zu diesen Maßnahmen nicht in § 88 Abs. 2 sondern an anderer Stelle ermächtigt wird.

Diese zuletzt genannten Felder weisen zugleich auf die eigentliche materiale Ermächtigung in der Gemeindeordnung hin, nämlich § 18 Abs. 1. Die dort ausdrücklich genannte Betreuung der Einwohner im wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Sektor spiegelt sich in §§ 88 ff. wieder. Und auch die Regelung des § 19, die auf das Nutzungsverhältnis gerichtet ist, zeigt, daß die Leistungserbringung dort geregelt ist und nicht in den §§ 88 ff. GO. § 19 stellt unter dem Gesichtspunkt des Parlamentsvorbehaltes die Sonderregelung zu § 18 Abs. 1 dar, indem diejenigen Leistungen, die der Einwohner abnehmen muß, mit größerer Bestimmtheit geregelt werden. Schließlich zeigt auch die systematische Stellung des § 18 an der Spitze des 4. Teils "Einwohner und Bürger", daß diese Regelung die Leistungserbringung im Verhältnis Kommune - Einwohner regelt.

e) Das Verhältnis von wirtschaftlicher Betätigung, wirtschaftlichem Unternehmen und öffentlicher Einrichtung

Hat man demnach die materiale Ermächtigung zur wirtschaftlichen Betätigung in § 18 Abs. 1 und in den §§ 88 ff. GO nur eine Regelung über das dabei einsetzbare Mittel, das wirtschaftliche Unternehmen, zu sehen⁴⁷, so stellt sich noch die Frage, ob damit alle Formen der wirtschaftlichen Betätigung erfaßt sind und welche Bedeutung der öffentlichen Einrichtung dabei zukommt.⁴⁸

⁴⁶ Vgl. insbes. *Hidien*, Gemeindliche Betätigungen, mit umfangreichen Nachweisen. Weiter: *Pittner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 128 f.; *Badura*, in: FS Schlochauer 1981, S. 3 (5 f.); *Dickersbach*, WiVerw 1983, 187 (198 f.).

⁴⁷ Vgl. auch *Scholz*, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, S. 137, der für den Fall der "Kongruenz von öffentlicher Einrichtung und öffentlichem Wirtschaftsunternehmen" keine (formale) Unterscheidungsmöglichkeit sieht.

⁴⁸ Diese Frage stellt sich in gleicher Weise, wenn man die materiale Ermächtigung in § 88 GO sieht, denn auch § 88 erfasst direkt nur solche Betätigungen, die mit größeren organisatorischen Aufwand erfolgen.

Was den Legitimationsbereich angeht, so spricht § 18 Abs. 1 davon, daß die Gemeinden die öffentlichen Einrichtungen schaffen, die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohner erforderlich sind. Nicht erfaßt könnten dabei die Fälle sein, in denen eine wirtschaftliche Betätigung ohne besondere organisatorische Vorkehrung erfolgt. Im Wege der teleologischen Auslegung dürfte aus § 18 Abs. 1 jedoch zu schließen sein, daß er erst Recht zur Betreuung der Einwohner in den genannten Bereichen ermächtigt, wenn es dazu besonderer organisatorischer Vorkehrungen nicht bedarf. Anders nämlich als die §§ 88 ff., die gerade auf die organisatorische Besonderung abstellen, geht es bei § 18 ja um die Erbringung der Leistung und die Verpflichtung der Gemeinde, öffentliche Einrichtungen zu schaffen, dient - wie die Analyse des Regelungsmechanismus gezeigt hat - in erster Linie der Sicherung des allgemeinen Zugangs der Einwohner zu einer bestimmten Leistung. Die praktische Analyse zeigt zudem, daß die wirtschaftliche Betätigung durchweg in organisatorisch besonderen Formen erfolgt und es ist auch möglich, z.B. die eigens eingerichtete Verkaufsstelle für Kraftfahrzeugkennzeichen neben der Zulassungsstelle als gewidmete Sachgesamtheit aufzufassen. Der Begriff der öffentlichen Einrichtung ist so weit gefaßt, daß es in dieser Hinsicht kaum zu Lücken in der Erfassung der wirtschaftlichen Betätigung kommt.

Die weitere Frage nach dem Verhältnis von öffentlicher Einrichtung und wirtschaftlichem Unternehmen beantwortet sich demnach folgendermaßen: Als organisatorische Einheit ist jedes wirtschaftliche Unternehmen eine formierte Sachgesamtheit. Fraglich kann deshalb nur sein, ob auch eine öffentlich-rechtliche Widmung vorliegt. An einer ausdrücklichen Widmung wird es in den meisten Fällen fehlen, insbesondere bei Eigengesellschaften. Doch genügt auch eine konkludente Widmung.⁴⁹ Diese kann jedenfalls in dem Ratsbeschuß gesehen werden, ein wirtschaftliches Unternehmen zu errichten oder zu erwerben, denn Inhalt dieses gem. § 28 Abs. 1 lit. m GO erforderlichen Beschlusses ist es, durch die Tätigkeit des wirtschaftlichen Unternehmens die Einwohner zu versorgen. Da sich das Angebot des Unternehmens seiner Natur nach an alle potentiellen Abnehmer wendet, ist auch ein allgemeiner Zugang beabsichtigt, womit die Voraussetzungen für eine öffentlich-rechtliche Widmung vorliegen.⁵⁰

Für die kompetentielle Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung ergibt sich damit folgendes Bild:

1. Die sachliche Ermächtigung für jegliche wirtschaftliche Betätigung, für die nicht eine spezialgesetzliche Ermächtigung vorliegt, ist in § 18 Abs. 1 GO bzw. § 16 Abs. 1 KrO zu sehen.

2. Die §§ 88 ff. GO regeln die Voraussetzungen, unter denen eine wirtschaftliche Betätigung durch das Handlungsmittel "wirtschaftliches Unternehmen" erfolgen darf. Es handelt sich dabei um organisatorisch-finanzwirtschaftliche Regelungen.

⁴⁹ *Ericksen*, Jura 1986, 148 (149).

⁵⁰ Zu eng insofern *Scholz*, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, S. 243, der eine öffentliche Einrichtung nur bei einer besonderen Verdichtung des Benutzungsverhältnisses annimmt. Damit werden aber Ursache und Wirkung vertauscht, denn die Verdichtung im Sinne der Gewährung eines Benutzungsanspruches ist die Folge und nicht die Grundlage der Qualifizierung als öffentliche Einrichtung. Unbrauchbar ist zudem das von *Scholz* in diesem Zusammenhang eingeführte Kriterium der "sozialen Abhängigkeit" von der konkreten Leistung.

3. Durch die Rechtsfigur der öffentlichen Einrichtung wird das Verhältnis der Kommune zu den Einwohnern im Zusammenhang mit der Leistungserbringung geregelt. Kommunale Leistungserbringung ist grundsätzlich nur in der Form der öffentlichen Einrichtung zulässig. Bei den wirtschaftlichen Unternehmen, auch in privater Rechtsform, die zur Kommunalverwaltung gehören⁵¹, liegt in der Regel zumindest eine konkludente öffentlich-rechtliche Widmung vor. Sie findet ihre Grundlage in dem gem. § 28 Abs. 1 lit. m GO erforderlichen Ratsbeschuß.

2. Verfassungsrechtliche Legitimation der Kommunalwirtschaft aus Art. 28 Abs. 2 GG

Über die kompetentielle Legitimation der Kommunalwirtschaft durch die Gemeinde- und Kreisordnung sowie andere spezialgesetzliche Regelungen hinaus, kommt ihre verfassungsrechtliche Legitimation im Rahmen der in Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 78 Abs. 1 Verf.NW verbürgten Selbstverwaltungsgarantie in betracht.

a) Regelungsgehalt und Schutzfunktion der Selbstverwaltungsgarantie

Der Versuch, eine kompetentielle Legitimation der Kommunalwirtschaft aus Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 78 Abs. 1 Verf.NW herzuleiten, setzt voraus, daß sich aus dem Regelungs- und Schutzgehalt der Selbstverwaltungsgarantie(en) eine solche, im Staat-Bürger-Verhältnis wirkende Legitimation überhaupt herleiten läßt.

(1) Regelungsgehalt

Gemäß Art. 28 Abs. 2 GG ist den Gemeinden das Recht gewährleistet, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Nach Satz 2 haben auch die Gemeindeverbände⁵² im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches das Recht der Selbstverwaltung. Art. 28 Abs. 2 GG spricht damit sowohl bestimmte Aufgaben, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, wie auch einen bestimmten Verwaltungstypus, die Selbstverwaltung, an. Dies muß zunächst berücksichtigt werden, wenn der Regelungs- und Schutzgehalt der Norm untersucht wird.

Der spezifische Regelungsgehalt des Art. 28 Abs. 2 GG als Gewährleistungsnorm liegt in den einzelnen "Garantiefunktionen", durch die die kommunale Selbstverwaltung als Organisationstypus geschützt wird, wobei dieser Typus selbst vom Grundgesetz vorausgesetzt und nicht konstituiert wird.⁵³ Dies ist vielmehr Aufgabe der Landesverfassungen und der Landesgesetzgebung. Bei den Garantiefunktionen⁵⁴ kann zwischen der Rechtssubjekts-garantie, der Rechtsinstitutsgarantie, der subjektiven Rechtsstellungsgarantie und den

51 Nicht erfaßt sind deshalb gemischt-wirtschaftliche Beteiligungsgesellschaften.

52 Dazu gehören in NRW neben den Kreisen die Landschaftsverbände.

53 Vgl. v. Mutius, in: FS v. Unruh, 1983, S.227 (241).

54 Vgl. Schmidt-Aßmann, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 104 ff.

Erstreckungsgarantien⁵⁵ unterschieden werden⁵⁶, auf deren Inhalt hier jedoch nicht näher eingegangen werden kann.⁵⁷

Ungeklärt ist dabei jedoch, in welcher Weise die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft durch Art. 28 Abs. 2 GG "geschützt" werden. Aus den Garantiefunktionen kann man insoweit zunächst nur schließen, daß es jedenfalls einen "vernünftigen" bemessenen Aufgabenbereich geben muß, auf den sich das Selbstverwaltungsrecht beziehen kann, denn ohne einen solchen Aufgabenbestand würde die Garantie zu einem nudum ius. Unabhängig von und vor der nicht leicht zu beantwortenden Frage, was inhaltlich zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gehört⁵⁸, ist festzuhalten, daß es sich bei den örtlichen Angelegenheiten nur um staatliche bzw. verstaatlichte Aufgaben handeln kann⁵⁹, also um Aufgaben, die durch die Rechtsordnung in die Zuständigkeitssphäre des Staates gewiesen sind. Mit "örtlichen Angelegenheiten" wird dabei ein bestimmter Kreis staatlicher Aufgaben, ausgehend vom Gesichtspunkt seiner Wahrnehmbarkeit durch die Verwaltung bestimmt, ohne daß diese Aufgaben inhaltlich näher qualifiziert werden. Deshalb ist es auch nicht möglich, in der Bestimmung selbst eine Aufgabenverstaatlichung zu sehen, da sie insofern viel zu unbestimmt ist. Durch das Merkmal der örtlichen Gemeinschaft kann nämlich nicht die Zuständigkeit von Staat und Gesellschaft, sondern nur die verschiedener Verwaltungsebenen abgegrenzt werden. Daraus folgt, daß die Selbstverwaltungsgarantie nur die Aufgaben- bzw. Kompetenzverteilung betrifft, nicht aber die Kompetenzbegründung. In den landesrechtlichen Regelungen wird dies durchweg deutlicher, insofern Selbstverwaltungsrecht und Verbandskompetenz getrennt sind. So regelt Art. 78 Verf.NW in Abs. 1 das Selbstverwaltungsrecht und bestimmt in Abs. 2, daß die Gemeinden und Gemeindeverbände in ihrem Gebiet die alleinigen Träger der öffentlichen Verwaltung sind, soweit die Gesetze nichts anderes bestimmen. Zusammen mit der systematischen Stellung im Abschnitt "Die Verwaltung" wird deutlich, daß es hier nur um die Zuweisung von Aufgaben und Regelungsbefugnissen innerhalb der verschiedenen Ebenen der Staatsorganisation und nicht um die inhaltliche Begründung von Zuständigkeiten geht.

(2) Schutzrichtung

Art. 28 Abs. 2 GG "garantiert" die kommunale Selbstverwaltung, indem er den Zugriff des Bundes- oder Landesgesetzgebers, insofern dieser Aufgaben auf andere Verwaltungsträger verlagern oder den Regelungsfreiraum der Kommunen beschneiden will⁶⁰, bestimmten Anforderungen unterwirft oder gänzlich ausschließt. Er schützt absolut vor Eingriffen in den sog. Kernbereich der Selbstverwaltung und im übrigen nach Maßgabe des Übermaßverbotes.⁶¹ Aus dem Anspruchsgegner ergibt sich auch die Schutzrichtung der Selbstverwaltungsgarantie. Die Frage, durch welchen Verwaltungsträger eine verstaatlichte Aufgabe wahrgenommen wird, hat im Bürger-Staat-Verhältnis nur insofern Bedeutung, als man in der Wahl der Selbstverwaltung

55 Darunter werden der Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens und aus dem Kompensationsgedanken fließende Mitwirkungsrechte verstanden.

56 Vgl. Stern, Staatsrecht Bd. I, § 12 II b.

57 Vgl. nur Schmidt-Aßmann, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 104 ff. m.w.N.

58 Vgl. dazu v. Mutius, in: FS v. Unruh, 1983, S. 227 (244 ff.).

59 Zur Terminologie vgl. Kluth, DVBl. 1986, 716 (718).

60 Die interkommunale Geltung kann hier vernachlässigt werden.

61 Zum Kernbereich vgl. Blümel, in: FS v. Unruh, 1983, S. 265 ff.; zum Schutz durch das Übermaßverbot Schmidt-Aßmann, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 111.

das "mildere Mittel" gegenüber der Aufgabenerfüllung durch die unmittelbare Staatsverwaltung sieht.⁶² Aber auch in diesem Zusammenhang folgt daraus keine Legitimation von Aufgaben, sondern lediglich von Organisationsformen. Die Art. 28 Abs. 2 GG und 78 Abs. 1 Verf.NW weisen selbst keine (konkreten) Aufgaben zu, sondern regeln die Verwaltungszuständigkeit für die Aufgabenerfüllung. Nur auf die Verwaltungszuständigkeit bezieht sich deshalb auch die Verfassungsgarantie und der Verfassungsrang. Da aber der Schutz der Verwaltungszuständigkeit ausschließlich staatsgerichtet ist - und sein kann -, fehlt es in doppelter Hinsicht an einer Legitimationswirkung der Selbstverwaltungsgarantie im Bürger-Staat-Verhältnis, denn weder ist eine Schutz- und Legitimationswirkung gegenüber dem Bürger hinsichtlich der Verwaltungszuständigkeit festzustellen, noch eine Erfassung konkreter Aufgaben durch die Selbstverwaltungsgarantie.⁶³

b) Abweichende Ansichten

Dieser systematisch entwickelten Ansicht steht die in der Literatur sowohl für die kommunalen Aufgaben allgemein⁶⁴ wie auch speziell für die wirtschaftliche Betätigung⁶⁵ vertretene Meinung gegenüber, aus der Selbstverwaltungsgarantie ließen sich auch Wirkungen im Staat-Bürger-Verhältnis herleiten. Die Begründungsansätze weichen aber stark voneinander ab.

*Stern*⁶⁶ will in Art. 28 Abs. 2 GG die Ausgrenzung eines Rechtsträgers aus dem staatlich-gesellschaftlichen Raum erblicken und die Gemeinde als ein dem Bürger ähnliches Rechtssubjekt dem Staat gegenüberstellen. Etwaige Kollisionen mit den Grundrechten der Privatwirtschaft seien daher bereits auf Verfassungsebene harmonisiert und die Privatwirtschaft könne sich folglich nicht unter Berufung auf ihre Grundrechte gegen die Kommunalwirtschaft zur Wehr setzen.

Demgegenüber sieht *Schmidt-Jortzig*⁶⁷ in der Einrichtungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung, die ähnlich wie die Grundrechte eine Drittwirkung gegenüber Privaten entfalte.

Schließlich sieht *Erichsen*⁶⁸ in der Garantie der Kommunalwirtschaft als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft durch Art. 28 Abs. 2 GG ein Rechtsgut von Verfassungsrang, das den Grundrechten Privater als Kollisionsgut auf Verfassungsebene entgegentrete und somit auch im Staat-Bürger-Verhältnis Wirkung entfalte.

Da die Einstufung der Gemeinden als dem Staat wie der Bürger gegenüberstehendes Rechtssubjekt, wie sie von *Stern* zugrundegelegt wird, heute als überwunden anzusehen ist,⁶⁹

62 Vgl. *Kluth*, DVBl. 1986, 716 (720).

63 Ebenso *Schmitt-Aßmann*, in: v. Münch, Bes. VwR, S. 104.

64 *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rdnr. 523.

65 *Stern*, AfK 1964, 81 (91 ff.); *Erichsen*, Kommunalrecht, S. 176.

66 Bei *Stern* muß allerdings bezweifelt werden, ob er diese 1964 aufgestellte Ansicht auch heute noch vertritt, da in seinen neueren Stellungnahmen zum Themenkreis entsprechende Hinweise fehlen, vgl. z.B. *Stern*, Staatsrecht, Bd. 1, S. 408 ff.; *ders.*, HkWP, Bd. 2, S. 204 ff.

67 Kommunalrecht, Rdnr. 523.

68 Kommunalrecht, S. 176.

69 Vgl. *Bethge*, in: FS v. Unruh, 1983, S. 149 (158); *Blümel*, VVDSiRL 36 (1979), S. 189.

kommt als verfassungstheoretische Grundlage nur die vom Bundesverfassungsgericht unter weitläufiger Beistimmung der Literatur vertretene These in betracht, daß die Grundrechte auf Verfassungsebene durch "kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte" begrenzt werden.⁷⁰ Ansatzpunkt sind dabei auch Kompetenznormen, denen eine materielle Wirkung beigemessen wird.⁷¹ Faßt man Art. 28 GG auch als Kompetenznorm⁷² auf, so können sich aus ihm Auswirkungen für die Grundrechte auf Verfassungsebene und damit Wirkungen im Staat-Bürger-Verhältnis ergeben.

Abgesehen davon, daß die Ableitung kollidierender Rechtswerte von Verfassungsrang aus Kompetenznormen höchst bedenklich ist⁷³ und einen tiefen Einschnitt in die Verfassungssystematik, insbesondere die Stellung der Grundrechte bewirkt, setzt aber auch diese Begründung voraus, daß überhaupt ein Kollisionsgut vorliegt. Im Falle des Art. 28 Abs. 2 GG bedeutet das, daß er aus sich heraus schon einen Regelungsgehalt besitzen muß, der auf die Einschränkung der Grundrechte und damit auf das Staat-Bürger-Verhältnis gerichtet ist. Man kann für den Nachweis dieses Regelungsmomentes nicht auf die angeführte These des Bundesverfassungsgerichts zurückgreifen. Vielmehr setzt ihre Anwendbarkeit diesen Nachweis voraus. Da nach den obigen Ausführungen ein solcher Regelungsgehalt des Art. 28 Abs. 2 GG nicht feststellbar ist und auch anderweitig keine Argumente für das Gegenteil vorgetragen werden, ist auch unter Berufung auf die Einrichtungsgarantie oder das Vorliegen eines Rechtswertes von Verfassungsrang - den die Selbstverwaltungsgarantie ohne Zweifel darstellt - eine kompetentielle Legitimation der Kommunalwirtschaft aus Art. 28 Abs. 2 GG im Verhältnis zum Bürger allgemein und zu privaten Konkurrenten nicht möglich.

3. Grundrechtliche Absicherung der Kommunalwirtschaft ?

Zur kompetentiellen Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden und Kreisen könnte schließlich auf Grundrechte, vornehmlich auf Art. 14 GG zurückgegriffen werden. Das setzt zunächst voraus, daß die Kommunen überhaupt Grundrechtsfähigkeit gemäß Art. 19 Abs. 3 GG besitzen.

In der Auseinandersetzung um diese Frage ist bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts⁷⁴ die Meinungsfront klar abgesteckt. Das BVerfG verneint in ständiger Rechtsprechung die Grundrechtsfähigkeit der Kommunen, ausdrücklich zumindest immer dann,

70 BVerfGE 28, 243 (261); 19, 135 (138); 30, 173 (193); 32, 98 (107 f.); 41, 29 (50); 47, 46 (76); 49, 24 (56); 52, 223 (246); 57, 70 (99); aus der Literatur z.B.: *Erichsen*, Staatsrecht I, S. 158 ff.; *Hesse*, Grundzüge, § 2 Rdnr. 70 ff., § 10 Rdnr. 311 ff.; *Schmidt*, AöR 106 (1981), S. 497 (506 ff.).

71 Vgl. zuletzt: BVerfGE 69, 1 (21 ff.); sowie: 1, 14 (52); 12, 45 (50 ff.); 28, 243 (261); 32, 40 (46); 34, 129 (144); 38, 154 (167); 41, 205 (227 f.). Daß das Gericht allerdings auch nicht blind auf Kompetenznormen zurückgreift zeigt BVerfGE 39, 302 (315). Aus der Literatur vgl. *Bleckmann*, DÖV 1983, 129 ff.; *Pestalozza*, Der Staat 1972, S. 161.

72 Was hinsichtlich der Kompetenzverteilung im Bereich der Verwaltung zutreffend ist.

73 Hier ist dem Sondervotum der Richter *Böckenförde* und *Mahrenholz* in BVerfGE 69, 1 (57 ff.) voll zuzustimmen. Vgl. auch die Kritik bei *Hamann/Lenz*, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 1970, Art. 73, a; *Schnapp*, JuS 1978, 729 (734); *Menzel*, DÖV 1983, 805.

74 Nur um diese geht es hier, denn für die Frage der kompetentiellen Legitimation der Kommunalwirtschaft kommt es schon alleine wegen des gemäß § 28 Abs. 1 lit. m GO erforderlichen Ratsbeschlusses auf die Kompetenz der Kommune selbst an, auch wenn sie die wirtschaftliche Betätigung durch eine Eigengesellschaft ausführen will. Diese besitzt jedoch keine eigene Kompetenz und ist, da auch sie Staatsgewalt ausübt, an die Grundrechte gebunden.

wenn es um die Erfüllung von Aufgaben öffentlicher Verwaltung geht, wie es im Bereich der Sozialwirtschaft durchweg der Fall ist.⁷⁵ Eine beachtliche Zahl von Autoren hält demgegenüber eine Grundrechtsträgerschaft auch der juristischen Personen des öffentlichen Rechts und namentlich der Kommunen für möglich, insofern eine grundrechtstypische Gefährdungslage vorliege.⁷⁶

Jenseits dieser Differenzen besteht aber Einigkeit darüber, daß die Befürwortung der Grundrechtsgeltung zugunsten der Kommunen nur im Rahmen bestehender Kompetenzen möglich ist. Mit anderen Worten: die Kompetenzen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts können nicht unter Berufung auf Grundrechte begründet oder erweitert werden.⁷⁷ Damit ist aber die grundrechtliche Absicherung der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen auf keinen Fall geeignet, sie kompetentiell zu legitimieren.⁷⁸

⁷⁵ Vgl. BVerfGE 61, 82 (100 ff. m.w.N.); 21, 362 (370); 39, 302 (314); 45, 63 (79); 59, 231 (254 ff.); zustimmend: *Dürig*, in: *Maunz/Dürig, Komm.z.GG, Art. 19 III, Rdnr. 48*; *Bethge*, in: *FS v. Unruh, 1983, S. 149 ff.*; vgl. auch den Überblick bei *Bethge*, *AöR* 104 (1979), 265 ff., 554 ff.

⁷⁶ Z.B. v. *Mutius*, in: *Bonner Kommentar zum GG, Art. 19 Abs. 3, Rdnr. 114* (Zweitbearbeitung); *Bettermann*, in: *FS E. Hirsch, 1968, S. 1* (4 ff.); *Erichsen*, *Staatsrecht I, 2. Aufl. 1976, S. 173 f.*; *Kimminich*, *Der Schutz kommunaler Unternehmen gegen konfiskatorische Eingriffe, passim*; *Scholler/Broß, DÖV 1978, 238*; *Backhaus*, *Öffentliche Unternehmen, S. 138*; *Pütner*, *Die öffentlichen Unternehmen, S. 120 f.*

⁷⁷ *Bettermann*, *NJW 1969, 1321* (1326); v. *Mutius*, in: *Bonner Kommentar zum GG, Art. 19 Abs. 3, Rdnr. 113* (Zweitbearbeitung); *Erichsen*, *Staatsrecht I, 2. Aufl. 1976, S. 175 f.*; *Dürig*, in: *Maunz/Dürig, Komm.z.GG., Art. 19 III, Rdnr. 40*.

⁷⁸ Erst recht lassen sich aus einer Grundrechtsfähigkeit der Kommunen keine Einschränkungen der Grundrechte Privater ableiten, vgl. *Dickersbach, WiVerw 1983, 187* (205).

IV. GRUNDRECHTLICHE GRENZEN KOMMUNALER WIRTSCHAFTSBETÄTIGUNG IN KONKURRENZ MIT PRIVATEN

1. Überblick: Meinungsstand und Fragestellungen

a) Meinungsstand

In der Frage der grundrechtlichen Grenzen staatlicher Wirtschaftsbetätigung hat sich die These herausgebildet, daß Grundrechte nicht vor Konkurrenz schützen, auch nicht vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand. Zusammen mit dem Verweis auf die "wirtschaftspolitische Neutralität" des Grundgesetzes¹ dominiert sie die meisten Stellungnahmen und rechtfertigt den Verzicht auf eine in die Einzelheiten vordringende Behandlung von Sachfragen. Erst in jüngerer Zeit finden sich differenzierende Ansätze.

(1) Rechtsprechung

Gerichtsverfahren zwischen konkurrierenden staatlichen und privaten Unternehmen betreffen in den meisten Fällen die Verletzung von wettbewerbsrechtlichen Vorschriften.² Verfahren, in denen die Verletzung von Grundrechten gerügt und die Klage im Schwerpunkt darauf gestützt wird³, sind weitaus seltener. So hatte das Bundesverwaltungsgericht bisher nur in drei Fällen über diese Frage zu entscheiden. Die Instanzgerichte haben sich der vom BVerwG in diesen Verfahren eingeschlagenen Linie durchweg angeschlossen, so daß ihrer Spruchpraxis kein eigenes Gewicht zukommt. Das Bundesverfassungsgericht hatte bisher noch keine Gelegenheit zu einer Stellungnahme.

(a) BVerwGE 17, 306: Gebäude-Feuerversicherung

In der ersten Entscheidung des BVerwG vom 19.12.1963 ging es um die Zulassung einer Gebäude-Feuerversicherung mit öffentlich-rechtlichem Zwangscharakter zur Mobilienfeuerversicherung. Im Mittelpunkt der Argumentation des BVerwG steht die von ihm in Art. 2 Abs. 1 GG verortete Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit der privaten, in diesem Marktsektor tätigen Versicherungsunternehmen. Da das Gericht zu diesem Zeitpunkt zu Art. 2 Abs. 1 GG der sog. Persönlichkeitskerntheorie folgte⁴, hält es eine Verletzung dieses Grundrechts überhaupt nur dann für möglich, wenn die wirtschaftliche Freiheit der privaten Versicherer in ihrem Wesensgehalt angetastet wird. Zu klären ist dabei, ob das BVerwG die Tätigkeit der Feuerversicherungsanstalt als eine den grundrechtlichen Schutzbereich nicht tangierende Maßnahme oder als rechtmäßige Schutzbereichsbeschränkung ansieht.⁵ Aus dem Hinweis, daß die grundgesetzlich garantierte wirtschaftliche Handlungsfreiheit der privaten Unternehmer

¹ Vgl. dazu *Kriete*, *ZRP 1974, 105 ff.*; *Tettinger*, *BB 1977, 1617 ff.*

² Vgl. dazu ausführlich unten, Kap. VI.

³ Beiläufig findet sich der Verweis auf (mögliche) Grundrechtsverletzungen häufig, doch eher als unbedeutender Anhang, von dem man keine wesentlichen Auswirkungen für den Ausgang des Verfahrens erwartet. Vgl. z.B. *BayVGH, JZ 1976, 641* (643); *VGH Mannheim, NJW 1984, 251* (252 f.); *OVG NW, DÖV 1986, 339* (342).

⁴ *BVerwGE 17, 306* (309); vgl. zu dieser Theorie: *Erichsen*, *Staatsrecht I, S. 138 f.*

⁵ Zur Terminologie vgl. *Erichsen*, *Jura Extra, S. 238 ff.*

Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit zuläßt⁶, ergibt sich jedoch, daß die wirtschaftliche Konkurrenz als Grundrechtseinschränkung verstanden wird. Nach einer ausführlichen Erörterung der Frage, ob im konkreten Fall ein Eingriff in den Kern der Wettbewerbsfreiheit zu befürchten ist, was das Gericht verneint, bestätigt sich in den anschließenden Ausführungen zu Art. 12 GG die Annahme, daß das Gericht die Wettbewerbsteilnahme der öffentlichen Hand als Grundrechtseinschränkung einstuft. Das BVerwG nimmt nämlich eine Beschränkung der Freiheit der Berufsausübung an, die im konkreten Fall durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gedeckt und somit rechtmäßig sei.⁷ Bei der Prüfung des Art. 14 GG liegt nach Ansicht des BVerwG demgegenüber keine den Schutzbereich nachteilig betreffende Maßnahme vor, da durch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht vor dem Auftreten neuer Konkurrenten geschützt werde. Das sei nur dann der Fall, wenn dieser durch eine behördliche Maßnahme eine Monopolstellung erlange.⁸

Faßt man die tragenden Gründe dieser Entscheidung zusammen, so gelangt man zu einer Einstufung der Wettbewerbsteilnahme der öffentlichen Hand als einer bezüglich Art. 2 und 12 GG grundrechtsrelevanten Maßnahme, die jedenfalls dann rechtmäßig ist, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage erfolgt, nicht den Wesensgehalt der wirtschaftlichen Freiheit antastet und durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt ist.

(b) BVerwGE 39, 329: Kommunalen Bestattungsordner

Die zweite einschlägige Entscheidung des BVerwG datiert vom 22.2.1972 und betrifft die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden auf dem Gebiet des Bestattungswesens.⁹ Nach einer ausführlichen Erörterung der gemeinderechtlichen Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung und vor allem ihre Schutzrichtung¹⁰, folgen im Rahmen der Erörterung der Grundrechte die bekannten, thesenartigen Ausführungen, auf die seither immer wieder zurückgegriffen wird: "Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht vor Konkurrenz, auch nicht vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand; das Grundgesetz garantiert der Privatwirtschaft nicht die Ausschließlichkeit des wirtschaftlichen Handelns".¹¹ Das Gericht fährt dann fort mit einem wörtlichen Zitat aus der sog. Lumpensammler-Entscheidung des BVerfG: "Ein subjektives verfassungskräftiges Recht eines Geschäftsmannes auf die Erhaltung des Geschäftsumfanges und die Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten besteht in der freien Erwerbswirtschaft nicht."¹²

Die Urteilsanalyse zeigt, daß das BVerwG auch in dieser Entscheidung die Wettbewerbsteilnahme als grundrechtsrelevante Maßnahme einstuft, genauer: als Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung.¹³ Nur so ergibt nämlich die nach dem Zitat der Lumpensammler-Ent-

6 BVerwGE 17, 306 (309) mit Verweis auf BVerwGE 6, 134 (141).

7 BVerwGE 17, 306 (313).

8 BVerwGE 17, 306 (313 f.); die abschließende Prüfung des Art. 15 GG kann hier vernachlässigt werden.

9 Private Bestattungsunternehmen wehrten sich dabei gegen die Tätigkeit des städtischen Bestattungsordners im Bereich der für ein Begräbnis erforderlichen Nebenleistungen, wie den Verkauf von Bestattungartikeln sowie die Erbringung von Dienstleistungen in diesem Zusammenhang. Vgl. dazu jetzt auch BGH NJW 1987, 60 und 62.

10 Vgl. dazu unten Kap. V 3) S. 90 ff.

11 BVerwGE 39, 329 (336).

12 BVerfGE 24, 236 (251).

13 Das Gericht sieht also hier schon Art. 12 als *lex specialis* gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG für den Schutz der wirtschaftlichen Betätigung an. Das wird vielfach übersehen.

scheidung folgende geraffte Wiederholung der Argumentation der Entscheidung zur Gebäude-Feuerversicherung mit dem Verweis auf das Vorliegen rechtfertigender Gründe des Gemeinwohls einen Sinn.¹⁴

Die einführende Bemerkung des Gerichts, daß Art. 12 Abs. 1 GG nicht vor Konkurrenz schütze, darf daher nicht so verstanden werden, daß die Grundrechte durch die Wettbewerbsteilnahme der Kommune nicht berührt werden, wie bei der Rezeption dieses Satzes wohl oft angenommen wird. Sein genauer Aussagegehalt liegt vielmehr darin, daß erstens Art. 12 Abs. 1 GG nicht schon an sich jedwede wirtschaftliche Betätigung bzw. Wettbewerbsteilnahme verbietet und daß zweitens eine Grundrechtsverletzung aus materiellen Gründen¹⁵ erst bei einer bestimmten Intensität der Auswirkungen in Betracht zu ziehen ist. Das ist aber die normale Rechtslage, wie sie bei den meisten grundrechtsrelevanten Maßnahmen anzutreffen ist, denn die Grundrechte stellen in der Regel keine Bereichssperren in dem Sinne dar, daß bestimmte Tätigkeitsfelder dem Staat ganz verschlossen sind, sondern verlangen nur besondere Legitimationen für ein staatliches Handeln in dem betreffenden Bereich.¹⁶

Auch die zweite Entscheidung des BVerwG geht daher von der Grundrechtsrelevanz der staatlichen Wettbewerbsteilnahme aus.

(c) BVerwG NJW 1978, 1539: Kommunale Wohnungsvermittlung

In seiner dritten und bisher letzten einschlägigen Entscheidung vom 1.3.1978 hatte das BVerwG über die Vereinbarkeit einer kommunalen Wohnungsvermittlung mit den Grundrechten der konkurrierenden privaten Makler zu befinden.¹⁷ Dieser nicht wie die beiden ersten Entscheidungen vom ersten, sondern vom siebten Senat gefaßte Beschluß weicht in der Begründung erheblich ab, was in der Literatur bis heute - wohl wegen des gleichen Endergebnisses - übersehen wird. Der siebte Senat knüpft in seiner Begründung an die von ihm ebenfalls geformte Entscheidungspraxis in den Fällen der Konkurrentenklage bei Subventionsbewilligungen an.¹⁸ Durch diese Bezugnahme auf die Subventionsfälle wird auf der einen Seite - wie in den beiden anderen Urteilen - kein Zweifel an der Grundrechtsrelevanz der Wettbewerbsteilnahme gelassen, zugleich jedoch eine abgeschwächte Form der Grundrechtsrelevanz angenommen. Die Parallelisierung zu den Subventionsfällen führt nämlich zu einer grundrechtsdogmatischen Umorientierung bei der Bestimmung des sog. Beeinträchtigungsmodus.

14 BVerwGE 39, 329 (337).

15 D.h. wenn die formellen Gründe wie Gesetzesvorbehalt etc. beachtet sind.

16 Vgl. dazu schon oben, Kap. I, S. 9 f. Irreführend ist bei den Ausführungen des BVerwG allerdings der Verweis auf die Lumpensammler-Entscheidung, der sicher erheblich zu der Fehleinschätzung der anderen Aussagen beigetragen hat. So richtig die dortige Ausführung auch ist, daß es kein subjektives Recht auf einen bestimmten Geschäftsumfang gibt, so wenig besagt das für die Frage, welchen grundrechtlichen Anforderungen die staatliche Wettbewerbsteilnahme unterliegt. Ausschlaggebend ist dabei auch nicht, wie etwa *Isensee* (DB 1979, 145 (149 mit Fn. 34)) meint, daß in der Lumpensammler-Entscheidung ein Fall der Konkurrenz unter Privaten vorlag, sondern daß es sich dabei nicht um das zentrale und maßgebliche Begründungselement des Urteils handelt, da die nachfolgenden Ausführungen des BVerwG ja von der Grundrechtsrelevanz des Wettbewerbs ausgehen. Zu klagen ist deshalb in erster Linie die falsche Einschätzung des Urteils durch die Literatur und nicht das in sich zutreffende, wenn auch zweideutige Zitat im Urteil.

17 Vorinstanz: BayVGH JZ 1976, 641; vgl. zum Thema auch *Engelbrecht-Grebe*, Wohnungsvermittlung als kommunale Aufgabe, Diss. jur. Kiel 1978.

18 Vor allem BVerwGE 30, 191 (198 f.).

Müssen die beiden ersten Entscheidungen so gedeutet werden, daß die Wettbewerbsteilnahme als unmittelbare Beeinträchtigung anzusehen sind, so legt die Orientierung an den Subventionsfällen eine Einstufung als Fall der sog. mittelbaren Beeinträchtigung nahe. Abgesehen von der terminologischen und dogmatischen Unklarheit, die mit diesem Begriff noch immer verbunden ist, bedeutet dies aber jedenfalls, daß Grundrechtsrelevanz erst bzw. nur bei "schweren und unerträglichen" Auswirkungen der Maßnahme angenommen wird.¹⁹ Da in der Literatur - vor allem von *Kirchhof*²⁰ - aus diesem Ansatz weitreichende Konsequenzen gezogen werden, liegt in den unterschiedlichen Begründungsansätzen eine wichtige Differenz zwischen den Urteilen des ersten und siebten Senats, die für die Gesamtbeurteilung von großer Bedeutung sind. Auf sie wird daher ausführlich einzugehen sein.

(d) BGHZ 82, 375: Brillen-Selbstabgabestellen

Ein viertes höchstrichterliches Urteil mit Grundrechtsbezug stellt schließlich die Brillen-Selbstabgabestellen-Entscheidung des BGH vom 18.12.1981 dar, die vielfach als "Wendemarke" der Rechtsprechung eingestuft wird.²¹ Darin wird einer AOK untersagt, selbst in Konkurrenz zu den privaten Augenoptikern Brillen an ihre Mitglieder (Versicherten) abzugeben.²² Die auf § 1 UWG gestützte Untersagung der Brillen-Selbstabgabe wurde vom BGH materiell im wesentlichen auf die Verletzung von Art. 12 GG gestützt, wobei allerdings der Zusammenhang von Grundrechtsverstoß und Wettbewerbswidrigkeit im Dunkeln bleibt.²³ Für die hier interessierende Frage der Grundrechtsverletzung²⁴ muß zunächst die unorthodoxe Vorgehensweise des BGH berücksichtigt werden. Er geht nämlich nicht - wie bei einer Grundrechtsprüfung üblich - von der Frage aus, ob das betreffende Verhalten überhaupt grundrechtsrelevant ist, sondern untersucht zunächst, ob die Brillen-Selbstabgabe durch die sozialversicherungsrechtlich einschlägigen Vorschriften - es handelt vor allem um § 182 RVO - gedeckt ist.²⁵ Da der BGH die sozialrechtliche Zulässigkeit der Selbstabgabe verneint und auch die weiteren, von der AOK ins Spiel gebrachten Zwecke²⁶ nach seiner Ansicht keine ausreichende kompetentielle Legitimation bieten, gelangt er zu der Feststellung, daß die Selbstabgabe sozialversicherungsrechtlich nicht gedeckt ist. Daraus folgt nach Ansicht des BGH wiederum eine Verletzung von Art. 12, der es der öffentlichen Hand verwehrt, "über das sachlich Gebotene und verfassungsrechtlich Zulässige hinaus in den Bereich der privaten beruflichen Betätigung Dritter zu deren Nachteil einzugreifen (Art. 12 Abs. 1 GG)."²⁷ Der BGH ist wohl so zu verstehen, daß es sich bei der Selbstabgabe um eine grundrechtsrelevante Maßnahme handelt, für die die gesetzliche Ermächtigung fehlt.

¹⁹ So jedenfalls die überwiegende Ansicht. Vgl. Ramsauer, *VerwArch.* 72 (1980), 89 (104 f.); ausführlich dazu unten c).

²⁰ Verwalten durch mittelbares Einwirken, S. 356 ff.

²¹ Vgl. z.B. *Emmerich*, AG 1985, 293.

²² Von Verkauf ist hier deshalb nicht die Rede, weil die Kasse - auch bei Einschaltung der privaten Augenoptiker nach dem sog. Sachleistungsprinzip verfährt.

²³ So auch *Ulmer*, ZHR 146 (1982), S. 466 (499); *Hams*, S. 14 ff.

²⁴ Zur wettbewerbsrechtlichen Einordnung dieser Entscheidung vgl. unten Kap. VI.

²⁵ Ein Grund für dieses Vorgehen mag in dem für das Sozialrecht geltenden positivrechtlichen Gesetzesvorbehalt für alle Leistungen gem. § 30 SGB AT liegen.

²⁶ Es wurde u.a. auf das Ziel der Kostendämpfung hingewiesen, vgl. BGHZ 82, 375 (387 f.).

²⁷ BGHZ 82, 375 (390).

Irritierend ist dann jedoch, daß der BGH sich mit dieser Feststellung nicht begnügt, sondern weiter nachzuweisen versucht, daß es sich um einen Fall des Verdrängungswettbewerbs handelt.²⁸ Unter Verweis auf die Gefahr einer "bundesweiten Nachahmung" sieht der BGH eine Bestandsgefahr für die privaten Augenoptiker und damit in der Selbstabgabe einen Eingriff in die Freiheit der Berufswahl. Diese Ausweitung der Urteilsbegründung kann plausibel wohl nur damit erklärt werden, daß über dem Verfahren die Frage der gesetzlichen Verankerung der Selbstabgabe schwebte, die nicht durch die Einstufung als Berufsausübungsregelung, wohl aber als Berufswahlregelung abzuwehren war.²⁹

(e) Zusammenfassung

Die höchstrichterliche Rechtsprechung nimmt damit überwiegend an, daß es sich bei der staatlichen Wettbewerbsteilnahme um ein grundrechtserhebliches Verhalten handelt, wobei die einzelnen dogmatischen und methodischen Fragen unbeantwortet bleiben. Falsch ist es jedenfalls anzunehmen, das BVerwG sehe in der Wettbewerbsteilnahme - jedenfalls in derjenigen ohne Verdrängungsgefahr - eine die Grundrechte nicht tangierende Maßnahme. Der Satz, daß Grundrechte nicht vor der Konkurrenz der öffentlichen Hand schützen, ist daher nur mit großer Vorsicht zu gebrauchen. Er wird vom BVerwG nur so verstanden, daß aus den Grundrechten nicht die prinzipielle Unzulässigkeit der staatlichen Wettbewerbsteilnahme folgt.

(2) Literatur

Bei den Stellungnahmen der Literatur zu den grundrechtlichen Grenzen der kommunalen Wettbewerbsteilnahme sind drei Gruppen zu unterscheiden.³⁰ Zunächst sind diejenigen Autoren zu nennen, die sich ohne (zumindest ohne ausführliche) eigene Begründung auf die These berufen, daß Grundrechte nicht vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand schützen.³¹ Eine zweite Gruppe ist dadurch gekennzeichnet, daß zwar längere Ausführungen zur Frage der Grundrechtsrelevanz staatlicher Wettbewerbsteilnahme vorliegen, dabei aber überwiegend auf Strukturfragen, wie z.B. die Wirtschaftsverfassung, nicht so sehr auf konkrete Fragen der Grundrechtsdogmatik eingegangen wird. Besonders die um 1969 verfaßten Arbeiten gehören hierhin.³² Eine dritte Gruppe bilden schließlich diejenigen Autoren, die den Schwerpunkt ihrer Argumentation auf grundrechtsdogmatische Fragen legen und vor allem der Frage nach dem Beeinträchtigungsmodus und der Anwendung des Übermaßverbotes nachgehen.³³ Da eine

²⁸ *Spieß*, SGB 1984, 56 (64) hat darauf hingewiesen, daß diese Annahme des BGH unzutreffend ist, Vielmehr sei ein ständiger Rückgang der Selbstabgabe zu verzeichnen.

²⁹ Die Urteilsdeutungen von *Lerche/Pestalozza*, Die Bundespost als Wettbewerber, S. 114 f. und *Schmittat*, ZHR 148 (1984), S. 428 (445 ff.) sind daher, möglich aber nicht zwingend.

³⁰ Vgl. auch den Überblick bei *Emmerich/Steiner*, S. 26 ff.

³¹ Vgl. z.B. *Papier*, in: HdBdVerfR, S. 625 f.; ders. DVBl. 1984, 801 (809); *Schmidt-Aßmann*, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 170; *Stober*, ZHR 145 (1981), S. 565 (578 f.); *Dickerbach*, WiVerw 1981, 187 (208); *Stober*, NJW 1984, 449 (456); *Heckelmann*, in: FS zum 125 jährigen Bestehen der Juristischen Studiengesellschaft zu Berlin, 1984, S. 245 (254).

³² Vgl. z.B. *H. Klein*, Die Teilnahme des Staates am Wettbewerb, S. 108 ff.; *Emmerich*, Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, S. 113 ff.; *Grupp*, ZHR 140 (1976), S. 367 ff.

³³ *Kirchhof*, Verwalten durch mittelbares Einwirken, S. 356 ff.; *Ossenbühl*, Bestand, S. 113 ff.; v. *Maydell/Scholz*, Grenzen der Eigenwirtschaft, S. 119 ff.; *Scholz*, Grenzen staatlicher Aktivität, S. 113 (119 ff.); *Hoffmann-Becking*, in: FS H.-J. Wolff, 1973, S. 445 (457 ff.); *Schmittat*, ZHR 148 (1984), S. 428 ff.

detaillierte Darlegung der in der Literatur vorgetragene Argumente und Begründungszusammenhänge wegen ihrer Fülle und Vielfalt hier in kurzer und übersichtlicher Form kaum möglich ist, soll auf die Einzelheiten erst im Zusammenhang mit der Diskussion der einzelnen Sachfragen eingegangen werden. Bevor dies geschieht, sollen aber die im einzelnen zu behandelnden Fragen dargestellt und systematisiert werden.

b) Fragestellungen

Gesucht sind die Grenzen, die die Grundrechte privater Unternehmer und Marktteilnehmer der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen ziehen. Das führt zunächst zu der Frage, ob und inwiefern es sich bei der wirtschaftlichen Betätigung um eine grundrechtsgebundene Tätigkeit handelt. Diese Frage wird insbesondere in den Fällen der Verwendung privatrechtlicher Handlungs- und Organisationsformen relevant.³⁴ Im Anschluß an die Geltungsfrage ist der materiale Schutzgehalt aufzuzeigen, den die Einzelgrundrechte der Privaten gegenüber einer konkurrierenden wirtschaftlichen Betätigung durch die Kommunen aufweisen. Dazu ist nach der Bestimmung der thematisch einschlägigen Grundrechte deren Regelungs- und Schutzbereich bezüglich der wirtschaftlichen Betätigung zu untersuchen.³⁵ Dabei ist auch auf eventuelle Schutzbereichsbegrenzungen auf Verfassungsebene einzugehen.³⁶ Einen Schwerpunkt der Untersuchung bilden dann die Bestimmung des Beeinträchtigungsmodus³⁷ und die Herausarbeitung der Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen für die wirtschaftliche Betätigung.³⁸ Insbesondere die Reichweite der zulässigen Regelungen durch die Kommunen selbst, vornehmlich durch Regelungen in einer Satzung, ist dabei vor dem Hintergrund der Lehre vom Parlamentsvorbehalt zu untersuchen. Schließlich ist nach der Bedeutung des Übermaßverbotes im Bereich der wirtschaftlichen Konkurrenz zu fragen, vor allem danach, welche Bedeutung dem Grundsatz der Erforderlichkeit in diesem Zusammenhang zukommt.³⁹

2. Die Grundrechtsgebundenheit der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen oder die Frage nach der Fiskalgeltung der Grundrechte

Die wirtschaftliche Betätigung im hier zugrundegelegten Verständnis als Produktion und Angebot von Waren oder Darbietung von Dienstleistungen wird in der Literatur häufig als sog. fiskalische Tätigkeit bezeichnet. Zugleich wird für die fiskalische Tätigkeit des Staates die Grundrechtsbindung in Abrede gestellt. Daher ist der Frage nachzugehen, was unter fiskalischer Tätigkeit zu verstehen ist, welcher juristische Eigenwert diesem Begriff zukommt und inwiefern sich daraus Konsequenzen für die Grundrechtsbindung ergeben können.

34 Dazu unter 2.

35 Dazu unter 3. a) und 4. b).

36 Dazu unter 3. b).

37 Dazu unter 3. c) (1) und 4. c).

38 Dazu unter 3. c) (2) und 4. d).

39 Dazu unter 3. c) (2) (d) und 4. e).

a) Begriffsklärungen

Die "Fiskalgeltung der Grundrechte" taucht als Stichwort in vielen Lehrbüchern und Abhandlungen auf und wird als ein Mittel präsentiert, einer Flucht der Verwaltung in das Privatrecht materiell-rechtliche Grenzen zu ziehen.⁴⁰ Unschärf bzw. uneinheitlich sind dabei jedoch die Begriffsbestimmungen bzw. -verwendungen von Fiskus und fiskalisch.⁴¹ So wird als fiskalisch einmal diejenige Tätigkeit des Staates angesehen, die nicht hoheitlich ist, also nicht mit dem Instrumentarium von Befehl und Zwang arbeitet.⁴² Eine andere Begriffsbestimmung setzt fiskalisch mit privatrechtlich gleich und faßt unter dem Begriff fiskalisch folglich die privatrechtlich organisierte und/oder handelnde Verwaltung.⁴³ Schließlich werden im Zusammenhang mit der Lehre vom Verwaltungsprivatrecht noch Unterscheidungen nach der Art der Tätigkeit und dem verfolgten Zweck getroffen und (nur) Bedarfsdeckungsgeschäfte, Hilfsgeschäfte der Verwaltung und die erwerbswirtschaftliche Betätigung als fiskalisches Handeln im engeren Sinne eingestuft, für das ein besonderes (gelockertes) Handlungsregime gelten soll.⁴⁴ Da nach ganz herrschender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung privatrechtliches Handeln jedenfalls dann grundrechtsgebunden ist, wenn es um die Verfolgung einer "öffentlichen" bzw. Verwaltungsaufgabe geht⁴⁵, was im Bereich der Sozialwirtschaft durchweg der Fall ist, könnte eigentlich auf eine vertiefte Behandlung der Frage verzichtet werden. Nicht zuletzt wegen der Schwierigkeit der Abgrenzung der Sozial- von der Erwerbswirtschaft, vor allem aber wegen der dogmatischen Unklarheiten bei der Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen, muß hier dennoch auf diese Frage eingegangen werden.

Zu beachten ist auch folgendes: Die Theorie des fiskalischen Verwaltungshandelns beruht auf normativ nicht abgesicherten Begriffsbildungen und Typisierungen.⁴⁶ Das ist bei dogmatischen Grundbegriffen nicht selten. Doch bleibt dafür nur Raum im Rahmen der bestehenden normativen Vorgaben, d.h. in den Grenzen ihrer Interpretationsmöglichkeiten. Dogmatische Konstruktionen dürfen mit anderen Worten nicht ein Instrument zur Umgehung oder Ausweitung klarer normativer Regelungen werden. Maßgeblicher Ansatzpunkt in der Frage des Fiskusbegriffs und der Fiskalgeltung der Grundrechte ist daher Art. 1 Abs. 3 GG, der den Geltungsbereich der Grundrechte bestimmt und somit den normativen Rahmen auch für die Entwicklung eines Fiskusbegriffs bzw. einer Typologie fiskalischen Handelns abgibt.

40 Vgl. nur Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 212 ff. m.w.N.

41 Auf die historische Entstehung des Fiskusbegriffs zur Ermöglichung einer haftungsrechtlichen Verantwortung des Staats wird hier nicht näher eingegangen. Vgl. dazu z.B. Erichsen, Staatsrecht I, S. 112 f. sowie Burmeister, DÖV 1975, 695 (699 ff.).

42 Vgl. Wilke/Schachel, WiVerw 1978, 95; Wolff/Bachof, VwR I, § 23 (S. 104).

43 Vgl. Maurer, All.VwR, § 3 (Rdnr. 11); Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 212 ff.; Hesse, Grundzüge, § 11 (Rdnr. 345 ff.); Erichsen, Staatsrecht I, S. 107; v. Münch, in: Erichsen/Martens, Allg.VwR, § 2 III 1, § 3 II 2; Erichsen/Martens, Allg.VwR, § 32; Burmeister, DÖV 1975, 695 (697 m.w.N.).

44 Vgl. Maurer, Allg.VwR, § 3 (Rdnr. 7 f.); v. Münch, in: Erichsen/Martens, Allg.VwR, § 2 III 2, § 3 II 2; Hesse, Grundzüge, § 11 (Rdnr. 346 f.); Wilke/Schachel, WiVerw 1978, 95 (96 ff.); siehe auch die ausführliche Darstellung bei Dürig, in: Maurz/Dürig, Komm.z.GG., Art. 3 Rdnr. 476 ff.

45 Daß die Verwaltung nur solche Verwaltungsaufgaben verfolgen kann und darf und die Absetzung der Bedarfsdeckung und erwerbswirtschaftlichen Betätigung keine sachliche und dogmatische Rechtfertigung besitzt, soll hier nur erwähnt werden.

46 So Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 214; vgl. auch Burmeister, DÖV 1975, 695 (700 f.), der vor allem auf die mangelnde Aussagekraft des Fiskusbegriffs hinweist.

b) Der Normgeltungsanspruch des Art. 1 Abs. 3 GG

Der Geltungsbereich der Grundrechte wird in Art. 1 Abs. 3 GG mit den Worten umschrieben: "Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht." Da die (privatrechtlich) vollzogene wirtschaftliche Betätigung der Kommunen offensichtlich weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung ist, hängt ihre Bindung an die Grundrechte davon ab, ob es sich um eine Erscheinungsform der vollziehenden Gewalt handelt.

Geht man vom Wortlaut aus, so stellt sich der Begriff "vollziehende Gewalt" als deutsche Entsprechung zum Begriff der Exekutive dar, der vor allem im klassischen Schema der Gewaltenteilungslehre zur Bezeichnung einer Staatsfunktion verwendet wird.⁴⁷ Nähere Aufschlüsse für den Begriffsinhalt ergeben sich daraus aber schon deshalb nicht, weil die "Teilung" der Gewalten eine Sache der konkreten Verfassung ist und die Einzelbegriffe keine festen Funktionsbereiche umfassen.

Unergiebig und ohne greifbares Ergebnis ist es nach heute allgemeiner Ansicht weiter, vom Begriff Gewalt auf ein Handeln durch Befehl und Zwang zu schließen⁴⁸, zumal der Begriff der (Staats-) Gewalt in seiner spezifisch juristischen Tradition im Rahmen des neuzeitlichen Staates immer schon in erster Linie auf die latente, im Gewaltmonopol wurzelnde Macht bezogen war, die eine Befolgung von Regeln im Normalfall gerade ohne den Einsatz von Befehl und Zwang ermöglichte bzw. ermöglichen sollte.⁴⁹ Es ist daher zutreffend, wenn heute auch die leistende Verwaltungstätigkeit des Staates als ebenbürtige Aktualisierung von Staatsgewalt begriffen wird.⁵⁰

Entstehungsgeschichtlich⁵¹ wird dies insofern bestätigt, als der Begriff "vollziehende Gewalt" erst im Rahmen der Einfügung der Wehrverfassung in das Grundgesetz⁵² anstelle des Ausdrucks "Verwaltung" in Art. 1 Abs. 3 GG verwendet wurde, um klarzustellen, daß auch die Bundeswehr an die Grundrechte gebunden ist.⁵³ Die Entstehungsgeschichte bzw. die Ersetzung von "Verwaltung" durch "vollziehende Gewalt" führt aber zu einem wichtigen systematischen Gesichtspunkt. Durch die Wahl des Begriffs "vollziehende Gewalt" wurde nämlich in Art. 1 Abs. 3 GG der Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 GG übernommen.⁵⁴ Dort heißt es: "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und Rechtsprechung ausgeübt". Es besteht daher kein Zweifel, daß mit der Funktionentrias Gesetzgebung, vollziehende Gewalt, Rechtsprechung - sieht man einmal von den Wahlen und Abstimmungen ab - das Insgesamt

47 Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 182 ff.

48 Vgl. Erichsen, Staatsrecht I, S. 112; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 214.

49 Dieser Zusammenhang wird verdeckt, wenn man nur auf die Definition von Staat, Staatsgewalt, Souveränität und Gewaltmonopol achtet, dabei jedoch ihren Zweck außer acht läßt: eine Herrschaftsordnung ohne ständig aktuell wirksame physische Gewalt als dauernde Ordnung zu errichten. Vgl. dazu auch Kriele, Einführung in die Staatslehre, S. 47 ff., 84 ff.

50 Vgl. Erichsen, DVBl. 1983, 289 ff.

51 Keine Anhaltspunkte ergeben sich aus den Materialien des Parlamentarischen Rates, vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 215.

52 Gesetz v. 19.3.1956, BGBl. I, S. 111.

53 Vgl. W. Martens, Grundgesetz und Wehrverfassung, 1961, S. 107 f.

54 Darauf weist Erichsen, Staatsrecht I, S. 112 hin.

der Staatsgewalt und damit staatlicher Tätigkeit erfaßt wird. Da es keinen erkennbaren Grund gibt, warum der gleichen Funktionentrias in Art. 1 Abs. 3 GG eine andere, davon abweichende Bedeutung zukommen soll⁵⁵, bleibt bei der Grundrechtsbindung für eine Differenzierung nach Handlungs- und Organisationsformen bzw. nach den verfolgten Zwecken kein Raum, damit aber auch kein Raum für dogmatische Konstruktionen, die darauf hinauslaufen. Maßgeblich für die Grundrechtsbindung ist nach der insoweit eindeutigen Regelung des Art. 1 Abs. 3 GG allein, ob Staatsgewalt ausgeübt wird.

Auf der anderen Seite bedeutet es, daß nur dann eine Grundrechtsbindung eintreten kann, wenn und wo Staatsgewalt ausgeübt wird. Darauf ist vor allem bei den unterschiedlichen Organisationsformen in privater Rechtsform bzw. unter Beteiligung von Privaten zu achten. Nach den obigen Zuordnungen der verschiedenen Gesellschaftstypen⁵⁶ sind die Eigengesellschaften demnach an die Grundrechte gebunden, während die gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen nicht an die Grundrechte gebunden sind. Bei ihnen ist nur das Handeln der Vertreter der Kommunen in den Organen der Gesellschaft grundrechtsgebunden.

3. Art. 12 Abs. 1 GG: Grundrecht der Berufsfreiheit

a) Regelungs- und Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG hinsichtlich der wirtschaftlichen Betätigung Privater

Art. 12 Abs. 1 GG schützt das Recht der freien Berufswahl und -ausübung, seit dem Apotheken-Urteil des BVerfG verstanden als "einheitliches Recht" der Berufsfreiheit.⁵⁷ Ansatzpunkt für den Schutz der wirtschaftlichen Betätigung ist die damit einhergehende personale, berufliche Tätigkeit. Unter Beruf wird allgemein jede auf Dauer berechnete, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit verstanden.⁵⁸ Ebenso einvernehmlich werden sowohl selbständige wie auch unselbständige Tätigkeiten als von Art. 12 Abs. 1 GG erfaßt angesehen.⁵⁹

Der Schutz der selbständigen beruflichen Tätigkeit, zu der die hier betrachteten Bereiche besonders häufig zählen, wird regelmäßig durch den Begriff der Gewerbefreiheit zum Ausdruck gebracht, wie er z.B. in Art. 151 Abs. 3 WRV Verwendung fand. Daß Art. 12 Abs. 1 GG nicht von Gewerbefreiheit spricht, ist aber nicht als Minus, sondern als Plus gegenüber Art. 151 Abs. 3 WRV zu verstehen: Die Berufsfreiheit reicht weiter als die Gewerbefreiheit⁶⁰ und in der Berufsfreiheit ist auch die Freiheit enthalten, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit, insbesondere ein Gewerbe zu betreiben.⁶¹ In diesem Zusammenhang hat das BVerfG auch die

55 So auch Erichsen, Staatsrecht I, S. 99, 113.

56 Vgl. Kap. I, 3. S. 13 ff.

57 BVerfGE 7, 377 (401 ff.); vgl. Erichsen, Jura 1980, 551 ff.; Scholz, Rdnr. 14 ff.

58 BVerfGE 7, 377 (397); 50, 290 (362); Erichsen, Jura 1980, 551; Scholz, Rdnr. 18 m.w.N.; Papier, DVBl. 1984, 801 (802).

59 BVerfGE 7, 377 (398 f.); Bachof, in: Bettermann/ Nipperdey/Scheuner, (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. III/1, S. 160; Erichsen, Jura 1980, 551; Scholz, Rdnr. 7.

60 BVerfGE 50, 290 (362).

61 BVerfGE 21, 261 (266); 22, 380 (383); 41, 205 (228); BVerwGE 71, 183 (189): "Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG ist auch die Erwerbszwecken dienende freie Unternehmerische Betätigung. Bestandteil dieser Betätigung ist auch das

Unternehmerfreiheit als durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Betätigung eingestuft, zugleich aber darauf verwiesen, daß es sich dabei eigentlich nur um einen Sammelbegriff handelt, dem "sehr verschiedene wirtschaftliche Sachverhalte" unterfallen, wie die Gründung und Führung eines Klein- oder Mittelbetriebes, aber auch die Tätigkeit eines Großunternehmers.⁶²

Ist damit die grundsätzliche Garantie der wirtschaftlichen Betätigung durch Art. 12 Abs. 1 GG aufgezeigt, so bedarf es für eine nähere Bestimmung des Schutzgehaltes einer Unterscheidung zwischen der individuellen und sozialen Dimension dieses Grundrechts und seiner Schutzfunktion.⁶³

In individueller Hinsicht wird das Grundrecht der Berufsfreiheit verstanden als Garantie selbstverantwortlicher Existenzgestaltung, individueller Persönlichkeitsbildung und sozialer Statusbestimmung des Einzelnen.⁶⁴ Art. 12 Abs. 1 GG konkretisiert so - im Systemdenken des BVerfG - das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzerhaltung.⁶⁵

Diese (vorwiegend vertretene) Inhaltsbestimmung der Berufsfreiheit darf jedoch nicht als abschließend oder umfassend verstanden werden. Dafür ist sie zu stark von der Rechtsprechung und den von ihr zu behandelnden Fallgruppen geprägt. Vor allem das BVerfG hatte es in erster Linie mit berufslenkenden Maßnahmen gegenüber den sog. freien Berufen sowie Maßnahmen der Wirtschaftslenkung zu tun. Die Berufsfreiheit z.B. der Arbeitnehmer⁶⁶ und die großunternehmerische Betätigung⁶⁷ sprechen ganz andere Dimensionen und Funktionszusammenhänge an. In gleicher Weise darf das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht auf seine individuelle Dimension verkürzt werden. Ihm eignet vielmehr eine soziale Dimension. Diese wird jedoch häufig allzusehr in die objektiv-rechtliche Ebene abgedrängt, um dort zu wirkungslosen Programmsätzen, etwa im Zusammenhang mit der Frage nach der Wirtschaftsverfassung des GG, zu verebben.⁶⁸ Damit wird die soziale Dimension des Individualgrundrechts als Freiheitsrecht aber verkannt. Wie im Abschnitt über Staat und Gesellschaft gezeigt wurde⁶⁹, kommt es den Grundrechten in ihrer Funktion als Abwehrrechten auch - und im modernen Sozialstaat gerade - zu, den Privaten Gestaltungsmöglichkeiten des gesellschaftlich-staatlichen (öffentlichen) Lebensraumes, d.h. ihres Lebensraumes, zu sichern. Dies mag in den verschiedenen Berufen auf höchst unterschiedliche Weise zum Ausdruck kommen, je nachdem, welchen sozialen Wirkungsgrad eine berufliche Tätigkeit entfaltet. Doch kommt es darauf nicht an, denn auch die Tatsache, daß die Mehrzahl der Meinungsäußerungen politisch und sozial ohne Gewicht und größere Wirkung sind, ändert nichts an der Bedeutung dieses Grundrechts gerade hinsichtlich seiner sozialen, das politische Leben gestaltenden Funktion. Die gesell-

Verhalten des Unternehmers im wirtschaftlichen Wettbewerb."vgl. *Bachof*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuener*, (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. III/1, S. 186; *Papier*, DVBl. 1984, 801 f.; *Scholz*, Rdnr. 6.

⁶² BVerfGE 50, 290 (363).

⁶³ Es handelt sich um die individuelle Dimension des Grundrechts als Abwehrrecht, nicht zu verwechseln mit der sog. objektiv-rechtlichen Dimension.

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 7, 377 (397); 30, 292 (334); 32, 54 (71); 41, 251 (264); 50, 290 (362); 54, 301 (313); sowie *Scholz*, Rdnr. 9.

⁶⁵ *Papier*, DVBl. 1984, 801 (806).

⁶⁶ Vgl. dazu *Scholz*, Rdnr. 48 ff.; *Papier*, DVBl. 1984, 801 (810 ff.).

⁶⁷ Vgl. *Scholz*, Rdnr. 35; *Papier*, DVBl. 1984, 801 (807); *ders.*, VVDStRL 35 (197), S. 55 ff.

⁶⁸ Vgl. *Papier*, DVBl. 1984, 801 (807).

⁶⁹ Vgl. Kap. II, 1 b), c), d) S. 23 ff.

schaftsgestaltende Macht freier Berufsausübung, die damit einhergehende Dezentralisierung und Pluralisierung der Sozialgestaltung ist ein wichtiger Aspekt und eine wichtige Forderung des dem Grundgesetz zugrundeliegenden Menschenbildes, das den Menschen als soziales, gemeinschaftsbildendes Wesen ansieht. Diese soziale Dimension zeigt sich nicht in erster Linie in der Hilfsbedürftigkeit, wie es das Sozialstaatsprinzip nahelegt, sondern vor allem in der Tatsache, daß der Mensch als kulturelles Wesen darauf angelegt ist, seine Lebenswelt durch seine Arbeit zu gestalten.⁷⁰ Die mit der Arbeit gegebenen Gestaltungsmöglichkeiten prägen das Sozialwesen insgesamt vielleicht sogar nachhaltiger, als es die "großen" politischen Entscheidungen vermögen. Im Feld der Berufsfreiheit treten die Grundrechtsträger daher nicht als "öffentliche Planvollstrecker" auf, sondern als eigenverantwortlich, autonom und mit privatnütziger Zielsetzung handelnde Mitgestalter der sozialen und ökonomischen Ordnung.⁷¹ Besonders im Bereich der hier betrachteten unternehmerischen, freiberuflichen und sonstigen gewerblichen wirtschaftlichen Betätigung kommt diese Gestaltungsmacht zum Vorschein und ist daher bei der Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GG zu beachten. Unzureichend ist insofern die in der Rechtsprechung und Literatur anzutreffende Reduktion der Berufsfreiheit bzw. wirtschaftlichen Betätigung auf den Erwerb und auf die Gewinnsicherung.⁷²

Die wirtschaftliche Betätigung Privater wird durch Art. 12 Abs. 1 GG foglich soweit geschützt, als es sich um eine berufliche Betätigung handelt. Geschützt wird sowohl die individuelle Existenzsicherung und Lebensgestaltung, als auch die mit der Berufsausübung und der Arbeit verbundene Sozialgestaltung. In beiderlei Hinsicht wird durch Art. 12 Abs. 1 GG private Tätigkeit vor staatlichen Eingriffen geschützt, was im Bereich des Verständnisses der Berufsausübung als Sozialgestaltung bedeutet, daß es auch vor der Verstaatlichung⁷³ von Aufgaben und der damit einhergehenden Eröffnung einer staatlichen Gestaltungskompetenz geschützt wird.

b) Schutzbereichsbegrenzungen

Die Grundrechtsrelevanz der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung kann sich dogmatisch sowohl als Schutzbereichsbegrenzung wie auch als Schutzbereichseinschränkung darstellen. Systematisch vorrangig ist dabei die Schutzbereichsbegrenzung. Sie setzt voraus, daß auf Verfassungsebene ein anderer, kollidierender Rechtswert existiert, so daß im Wege der Auslegung nach dem Grundsatz der sog. "praktischen Konkordanz" der Gewährleistungsgehalt beider Verfassungsrechtsgüter zu verhältnismäßigem Ausgleich zu bringen ist.⁷⁴ Die Annahme einer

⁷⁰ Dabei muß man sich von dem heute vorherrschenden verengten Begriff der Kultur befreien, der die Kultur auf das künstlerische Schaffen reduziert. Vgl. dazu: *J. Messner*, *Kulturethik*, 2. Aufl. 1954, S. 345 ff.

⁷¹ So zutreffend *Papier*, DVBl. 1984, 801 (807).

⁷² Vgl. z.B. BVerwGE 39, 329 (337); *Ossenbühl*, Bestand, S. 117 ff.; *Isensee*, DB 1979, 145 (149); *Ehlers*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, S. 103, 105.

⁷³ Verstaatlichung wird oft zu Unrecht mit Monopolisierung gleichgesetzt. Es bedeutet aber lediglich, daß dem Staat für eine Aufgabe der Zugang (durch eine Kompetenzzuweisung) eröffnet wird. Vgl. *Dickersbach*, *WiVerw* 1983, 187 (194, 198). Zum Begriff der staatlichen Aufgabe vgl. *Fiedler*, *DÖV* 1977, 390 (392); *Kluth*, DVBl. 1986, 716 (718).

⁷⁴ Vgl. *Hesse*, *Grundzüge*, § 2 Rdnr. 71, § 10 Rdnr. 317 ff.; *Erichsen*, *Staatsrecht I*, S. 8 f., 82, 159; *ders.*, *Jura Extra*, S. 232 ff.; vgl. auch BVerfGE 28, 243 (261); 30, 173 (193); 33, 52 (71); 39, 334 (366); 44, 37 (49 f.); 49, 24 (55 ff.); 52, 223 (246 f.).

solchen Schutzbereichsbegrenzung des grundrechtlichen Schutzes privater Wirtschaftstätigkeit setzt folglich zunächst voraus, daß diese ein Rechtsgut von Verfassungsrang darstellt.

Wann einem Rechtsgut bzw. Rechtswert Verfassungsrang zukommt, ist eine Frage, für deren Beantwortung es bislang nur wenige Anhaltspunkte gibt. So wird bei *Hesse*, der diese Argumentationsfigur in Fortführung von *Rudolf Smends* Integrationslehre maßgeblich entwickelt und geprägt hat, die Existenz dieser Güter - zumindest methodisch - einfach vorausgesetzt.⁷⁵ Auf den vom BVerfG in diesem Zusammenhang praktizierten Rückgriff auf Kompetenznormen wurde schon eingegangen.⁷⁶ Er ist im vorliegenden Zusammenhang insofern von Bedeutung, als man Art. 28 Abs. 2 GG ebenfalls als Kompetenznorm auffassen und die darin (als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft) abgesicherte Kommunalwirtschaft als Rechtswert von Verfassungsrang verstehen kann.⁷⁷ Auf das gleiche läuft es hinaus, wenn man dies mit der Einrichtungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG begründet.⁷⁸

Dagegen sind zwei Einwände zu erheben. Zunächst ist zu beachten, daß durch die Selbstverwaltungsgarantie auf Verfassungsebene nur der Verwaltungsträger geschützt wird. Als Rechtswert von Verfassungsrang kann man insofern die Existenz von Kommunen und (vor allem) ihr Selbstverwaltungsrecht bezeichnen. Damit wird aber nicht jede Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft, die dem Selbstverwaltungsrecht unterfällt, selbst zu einem Rechtswert von Verfassungsrang. Besonders deutlich wird dies, wenn die Aufgabe durch Bundes- oder Landesgesetz verstaatlicht und den Kommunen zur Wahrnehmung zugewiesen worden ist. Würde die Aufgabe nämlich einem anderen Verwaltungsträger zur Ausführung zugewiesen, so käme niemand auf den Gedanken, ihr alleine deshalb Verfassungsrang zuzusprechen. Die Zuweisung an die Kommunen kann deshalb auch am Rang der Aufgabe nichts ändern. Diese besitzt Verfassungsrang entweder aus ihrem sachlichen Gehalt heraus, unabhängig davon, wer sie wahrnimmt, oder sie besitzt ihn nicht. Es muß deshalb deutlich zwischen der Verfassungsgarantie bezüglich der Aufgabe und der Wahrnehmungszuständigkeit unterschieden werden. Auch die wirtschaftliche Betätigung kann deshalb nur dann als Rechtswert von Verfassungsrang angesehen werden, wenn der mit ihr verfolgte Zweck einen solchen Rang besitzt. Das kann aber nur in bezug auf eine einzelne Aufgabe festgestellt werden, nicht jedoch für die wirtschaftliche Betätigung als solche.

Der zweite Einwand hängt mit der bereits diskutierten Frage nach der Schutzrichtung der Selbstverwaltungsgarantie zusammen.⁷⁹ Ein "kollidierender" Rechtswert von Verfassungsrang setzt voraus, daß Art. 28 Abs. 2 GG auch im Verhältnis zu den Grundrechten Privater Wirkung entfaltet. Das ist indessen nicht so.⁸⁰ Die Schutzfunktion des Art. 28 Abs. 2 GG ist rein innerstaatlich und organisationsrechtlich. Kommunale Aufgaben unterliegen im Staat-Bürger-Verhältnis den gleichen Legitimationsanforderungen wie jede andere Aufgabenwahrnehmung durch staatliche Verwaltung. Der Kommunalwirtschaft kommt daher nicht alleine durch die Berufung auf ihre Absicherung durch die Selbstverwaltungsgarantie Verfassungsrang zu und es handelt sich insofern auch nicht um einen "kollidierenden" Rechtswert.

⁷⁵ Vgl. *Hesse*, Grundzüge, § 2 Rdnr. 72.

⁷⁶ Vgl. oben Kap. III. 2. S. 46 ff.

⁷⁷ So wohl *Scholz*, DÖV 1976, 441 (442); *Erichsen*, Kommunalrecht, S. 174.

⁷⁸ So *Stern*, AfK 1964, 81 (92 ff.); *ders.*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 28 Rdnr. 161 ff. (Zweitbearbeitung).

⁷⁹ Vgl. oben Kap. III. 2. S. 46 ff.

⁸⁰ Vgl. oben Kap. III. 2. S. 47 f.

Ob darüberhinaus einzelnen, durch wirtschaftliche Betätigung wahrgenommenen Aufgaben ein solcher Verfassungsrang zukommt, kann hier nicht im einzelnen geprüft werden. Naheliegender ist dies jedoch z.B. für den Bereich der Versorgung mit Wasser sowie die Entsorgung.

c) Schutzbereichsbeschränkung durch Kommunalwirtschaft

(1) Die Grundrechtsrelevanz kommunaler Wettbewerbsteilnahme

Die Grundrechtsrelevanz der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen im Wettbewerb mit Privatunternehmen kann auch eine Schutzbereichsbeschränkung sein. Darunter fallen Eingriffe in den Schutzbereich eines Grundrechts zugunsten "nichtverfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter".⁸¹ Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Schutzbereichsbeschränkung ist zwischen dem Vorliegen einer grundrechtsrelevanten Beeinträchtigung und deren Rechtmäßigkeit zu unterscheiden.⁸² Mit dem Merkmal der Beeinträchtigung werden dabei die Anforderungen an das staatliche Verhalten beschrieben, die erfüllt sein müssen, damit der grundrechtliche Abwehrrspruch aktiviert werden kann. Da die Grundrechte nicht vor jeder beliebigen, noch so entfernten Auswirkung staatlichen Handelns schützen wollen, sind im Merkmal der Beeinträchtigung bestimmte qualifizierende und damit eingrenzende Elemente enthalten.⁸³ Insgesamt ist dabei eine Tendenz zur Ausweitung des Grundrechtsschutzes und damit zur Erweiterung der relevanten Beeinträchtigungsformen festzustellen.⁸⁴ So werden heute einhellig auch sogenannte faktische Beeinträchtigungen anerkannt, bei denen die grundrechtlich geschützte Freiheit bzw. das geschützte Rechtsgut nicht durch eine staatliche Regelung, sondern durch die sonstigen Auswirkungen eines staatlichen Verhaltens nachteilig betroffen wird.⁸⁵

Anerkannt sind weiterhin die sogenannten mittelbaren Beeinträchtigungen, vor allem des Eigentums, bei denen es in erster Linie um Auswirkungen einer staatlichen Maßnahme an einem anderen Rechtsgut derselben Person oder um Auswirkungen an Rechtsgütern Dritter geht,⁸⁶ und durch die die ursprüngliche Begrenzung auf unmittelbare und zielgerichtete Eingriffe aufgegeben wird.⁸⁷ Da die faktischen und mittelbaren Beeinträchtigungen aber von Grundrecht zu Grundrecht verschieden behandelt und anerkannt werden und mittelbare Beeinträchtigungen überwiegend auf Fälle "schwerer und unerträglicher Folgen" begrenzt werden,

⁸¹ *Erichsen*, Staatsrecht I, S. 9.

⁸² *Erichsen*, Staatsrecht I, S. 5.

⁸³ Vgl. *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 176 ff.; *Erichsen*, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, S. 147 f.

⁸⁴ Vgl. z.B. zum Bereich der Grundrechtsverletzung im Bereich von Drittbetroffenheit: *Maurer*, Allg. VwR, § 8 (Rdnr. 10 ff.), sowie *Pietzcker*, in: FS Bachof, 1984, S. 131 ff.

⁸⁵ Grundlegend: *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte; vgl. auch *Ramsauer*, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums; *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 178 ff. Vgl. auch BVerfGE 71, 183 (191); BVerfG, NVwZ 1987, 315 (316). Gerade bei der leistenden Verwaltungstätigkeit gehen Freiheitseinbußen ja nicht von der Regelung, sondern der tatsächlichen Maßnahme aus, für die es einer entsprechenden Regelung als Legitimationsgrundlage bedarf.

⁸⁶ Vgl. *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 178 ff. Unter "anderem Rechtsgut" wird jedes Rechtsgut des Betroffenen bzw. Adressaten der staatlichen Maßnahme verstanden, das selbst nicht unmittelbarer Gegenstand der staatlichen Regelung/Maßnahme ist.

⁸⁷ Vgl. *Ramsauer*, VerwArch 72 (1981), S. 89 (91 ff.); BVerfGE 71, 183 (191).

bedarf es trotz dieser grundsätzlichen Ausweitung des Grundrechtsschutzes einer differenzierten und eingehenden Prüfung des Beeinträchtigungsmodus.⁸⁸ Zu klären ist insbesondere, ob es sich bei der wirtschaftlichen Betätigung um eine sog. mittelbare Beeinträchtigung handelt, wie es in der Literatur vorwiegend vertreten wird.⁸⁹

Wie erwähnt, wird von mittelbaren Beeinträchtigungen in sehr verschiedenen Zusammenhängen gesprochen. So trifft das BVerfG die Unterscheidung von mittelbaren und unmittelbaren Beeinträchtigungen bei Art. 12 Abs. 1 im Zusammenhang mit der Regelungsintention des Gesetzgebers. Diese muß normalerweise unmittelbar berufsbezogen sein, um den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 zu tangieren. Schon in einer Entscheidung vom 30.10.1961 hat das Gericht aber auch mittelbare Beeinträchtigungen ausreichen lassen und darunter Auswirkungen einer Regelung verstanden, die nicht das Hauptziel der betreffenden Regelung ausmachen.⁹⁰ In einer späteren Entscheidung hat es auch die Auswirkungen einbezogen, die sich bei Personen ergaben, die nicht in erster Linie Adressaten der Regelung waren.⁹¹ Das BVerwG nimmt einen (faktischen) Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit jedenfalls dann an, wenn eine an Dritte gerichtete staatliche Maßnahme gezielt die Berufsausübung eines Grundrechtsträgers einschränken soll⁹² und stellt im übrigen auf den Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts ab. Für Art. 12 Abs. 1 GG ist es insofern der Ansicht, daß das Auftreten des Staates als Wettbewerber lediglich eine weitgehend systemimmanente Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdruckes bedeutet und deshalb keinen Eingriff bewirkt.⁹³

Anders gestalten sich demgegenüber die Fälle der mittelbaren Beeinträchtigung bei Art. 14 GG. Dort geht es um die Auswirkungen staatlicher Regelungen bei Dritten (Nicht-Adressaten), also etwa die Folgen einer Anlagen- oder Baugenehmigung beim Nachbarn⁹⁴, aber auch um die Folgewirkungen von Verwaltungsakten, die unmittelbar auf die Verwirklichung eines anderen Zweckes gerichtet sind. Schließlich sind die Konkurrentensubventionsfälle zu nennen, bei denen durch eine Bevorteilung eines Marktteilnehmers seine Konkurrenten Nachteile erleiden.⁹⁵

⁸⁸ In der vorliegenden Literatur wird ausführlich nur von Kirchhof, Verwalten durch mittelbares Einwirken, S. 370 ff. auf diese Frage eingegangen.

⁸⁹ Vgl. Kirchhof, Verwalten durch mittelbares Einwirken, S. 370 f.; Scholz, Rdnr. 302 f.; Ramsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, S. 37 ff.; Schmittat, ZHR 148 (1984), S. 428 (445 ff.); Erichsen, Kommunalrecht, S. 175.

⁹⁰ BVerfGE 13, 181 (185). Es ging in dieser Entscheidung um die Schankerlaubnissteuer. Eine weitere Entscheidung, die an diese anknüpft stellt BVerfGE 22, 380 (383 f.) dar, bei der es um die Kapitalertragssteuer ging.

⁹¹ BVerfGE 46, 120 (136, 145). Es ging darum, daß die Teilnehmer einer Direktverbindung die Geräte von der Post beziehen müssen (Monopol) und damit indirekt den privaten Herstellern solcher Geräte der Verkauf an die Teilnehmer untersagt wurde.

⁹² BVerwG NVwZ 1987, 315 (316). Es ging dabei um den Ausschluß Privater von der Tätigkeit eines Darlehens-Betreibers bei einer staatlichen Subventionsvergabe. In der Subventionsregelung wurde zu diesem Zweck vereinbart, daß nur zwei staatliche Gesellschaften die Betreueraktivität ausüben dürfen.

⁹³ BVerwGE 71, 183 (193).

⁹⁴ Vgl. BVerwGE 32, 173 (179); 50, 282 (286 ff.); 61, 295; Schwedtfeger, NVwZ 1982, 5 (6 ff.); Erichsen, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, S. 148 f.; Ramsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, S. 177 ff.

⁹⁵ Vgl. BVerwGE 30, 191 (198); OVG Münster, NVwZ 1984, 522; vergleichbar ist auch die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen z.B. im Ladenschlußrecht, vgl. BVerwGE 67, 165 (169).

Dieser Überblick zeigt, daß unter dem Oberbegriff der mittelbaren Beeinträchtigung sehr verschiedene Fallgruppen und Wirkweisen staatlichen Handelns erfaßt werden und daß auch die rechtlichen Folgen der Qualifizierung einer Maßnahme als mittelbare Beeinträchtigung unterschiedlich sind. Eine verlässliche und aussagekräftige dogmatische Figur kann darin nicht gesehen werden. Es handelt sich vielmehr um eine Chiffre, durch die der Ausweitung des grundrechtlichen Abwehrenspruchs, wie sie sich aus der Anerkennung faktischer Beeinträchtigungen und dem Verzicht auf das Finalitätsmerkmal ergeben hat, Grenzen gezogen werden sollen⁹⁶, aus unterschiedlichen sachlichen Gründen.⁹⁷

Übertragen auf die staatliche Wettbewerbsteilnahme bedeutet dies, daß es darauf ankommt festzustellen, ob auch in diesem Fall Gründe vorliegen, die eine Reduktion des Abwehrenspruchs rechtfertigen. Einige Anhaltspunkte finden sich dafür bei Kirchhof, für den die "Wirkungszuteilung" der Grundrechte für den privaten Konkurrenten nur insoweit rechtrerheblich wird, als es die Rechtspositionen der Abnehmer zulassen, die er ebenfalls grundrechtlich abgesichert sieht.⁹⁸ Der Beeinträchtigungsmodus ist aber nicht der richtige Ort, um die Grundrechtsrelevanz staatlicher Leistungen einzubringen und deshalb zur Begrenzung des Abwehrenspruchs ungeeignet. Zunächst ist die Leistungserbringung durch private Anbieter ebenso geeignet, "reale Freiheit" zu ermöglichen, wie staatliche Leistung. Zweitens verpflichtet eine solche Argumentation aus der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte den Staat nicht zur Leistung, sondern legitimiert sein Tun lediglich und zieht ihm allenfalls Grenzen, indem auch die Leistung als potentielle Freiheitsbeeinträchtigung erkannt wird.⁹⁹ Die von Kirchhof angesprochenen Aspekte sind deshalb richtigerweise im Rahmen der Erörterung des Gesetzesvorbehaltes als mögliche Ermächtigungsgrundlage zu berücksichtigen.

Für die Bestimmung des Beeinträchtigungsmodus der staatlichen Wettbewerbsteilnahme ist entscheidend, ob man das Grundrecht der Berufsfreiheit in erster Linie unter dem Blickwinkel des Erwerbs oder unter dem Blickwinkel der Gestaltungsmacht betrachtet. Geht man vom Erwerb aus, so wird durch Art. 12 Abs. 1 GG sicher keine feste Erwerbsgröße geschützt. Daher liegt es nahe, in diesem Zusammenhang die staatliche Wettbewerbsteilnahme als mittelbare Beeinträchtigung anzusehen und damit den grundrechtlichen Abwehrenspruch auf den Schutz der Existenzgefährdung zurückzunehmen. Ausgehend von der Berufsfreiheit als privater Gestaltungsmacht des sozialen Lebens stellt sich staatliche Wettbewerbsteilnahme jedoch als unmittelbare Beeinträchtigung dar. Art. 12 Abs. 1 schützt die mit der Berufsausübung gegebene Gestaltungsmacht Privater grundsätzlich und ohne Einschränkung. Unter diesem Blickwinkel erscheint die staatliche Wettbewerbsteilnahme auch nicht als mit dem Auftreten eines neuen privaten Anbieters vergleichbarer Vorgang. Vielmehr wird die in der Wettbewerbsteilnahme liegende Aufgabenverstaatlichung in ihrer Besonderheit deutlich. Es geht also nicht lediglich um die Abwehr eines beliebigen Konkurrenten, sondern um die Abwehr staatlicher Ingerenz in soziale Lebensräume. Dies ist die genuine Aufgabe der Grundrechte, die auch unter den Be-

⁹⁶ Besonders deutlich wird dies, wenn das BVerwG ausführt, daß zur Auslösung der Schutzwirkungen des Art. 12 Abs. 1 GG "u.U. je nach Art und Ausmaß auch tatsächliche Auswirkungen der staatlichen Maßnahme" genügen, "vorausgesetzt, daß sie in engem Zusammenhang mit der Berufsausübung stehen und eine deutlich erkennbare objektiv berufsregelnde Tendenz aufweisen. So BVerwGE 71, 183 (191 m.w.N.) und BVerwG NVwZ 1987, 315 (316).

⁹⁷ Dies widerspricht in gewisser Weise den Darstellungen in der Literatur, die die mittelbare Beeinträchtigung als eine Ausweitung des grundrechtlichen Abwehrenspruchs hinstellen.

⁹⁸ Vgl. Verwalten durch mittelbares Einwirken, S. 371.

⁹⁹ Vgl. Erichsen, DVBl. 1983, 289 (290).

dingungen der Einflußnahme des Staates durch leistendes Verwaltungshandeln vorrangig bleibt.

Erkennt man, daß es sich bei der mittelbaren Beeinträchtigung nicht um eine Mittelbarkeit im technischen Sinne, sondern vor allem um ein wertendes Element handelt, so spielt auch die Tatsache, daß sich die Auswirkungen der staatlichen Wettbewerbssteilnahme bei den privaten Anbietern erst durch die Vermittlung des Verbraucherentscheiders niederschlagen, keine entscheidende Rolle. Anders als etwa im Falle der Erteilung einer Baugenehmigung, die für den Adressaten eine Begünstigung und den Nachbarn u.U. eine Belastung darstellt, geht es bei der staatlichen Wettbewerbssteilnahme ja gerade nicht darum, dem einen Bürger eine Vergünstigung zukommen zu lassen, die einen anderen Bürger belastet¹⁰⁰, sondern - wie der Wettbewerbsbegriff selbst sagt - darum, wer die (gleiche) Leistung erbringt: das staatliche oder das private Unternehmen. Die durch den Verbraucherentscheid vermittelte Absatzminderung des privaten Anbieters ist deshalb als Folge des staatlichen Eingriffs anzusehen, mit diesem Eingriff jedoch nicht identisch.

(2) Rechtmäßigkeit der Beeinträchtigung

(a) Gesetzesvorbehalt

Grundrechtsrelevante staatliche Maßnahmen verlangen eine Legitimation durch Gesetz und begründen somit die - im Kernbereich nicht delegationsfähige - Zuständigkeit des Parlaments.¹⁰¹ Diese in die kompetentielle Ebene gewendete Umschreibung des Gesetzesvorbehaltes spricht den funktionellen Schutzgehalt der Grundrechte an: Nicht jeder (beliebige) Träger von Staatsgewalt und jedes beliebige Verfahren genügt den von den Grundrechten gestellten Anforderungen an freiheitsmindernde Gemeinwohlumsetzungen. Nur das Parlament als unmittelbar (vom gesamten Volk¹⁰²) demokratisch legitimiertes Staatsorgan ist befugt, Grundrechte einzuschränken¹⁰³, bzw. andere Träger staatlicher Gewalt dazu zu ermächtigen. Darüberhinaus ist das Parlament nur in der Handlungsform des Gesetzes zu Grundrechtseinschränkungen befugt. Diese Verpflichtung auf die Handlungsform Gesetz hat ihren Grund einmal in der damit verbürgten "Allgemeinheit" der Regelung, zum anderen auch in den mit dem Gesetzgebungsverfahren verbundenen Legitimationsfunktionen.¹⁰⁴

(aa) Die Allgemeinheit des Gesetzes

Von der Allgemeinheit der Gesetze wird zunächst im Zuge ihrer Abgrenzung zu einzelfallbezogenen Vollzugsmaßnahmen der Verwaltung gesprochen. Gemeint ist dabei jedoch nicht

¹⁰⁰ Eine solche Konstellation liegt bei der Konkurrentensubventionierung demgegenüber vor, denn in diesen Fällen erhält der Subventionierte eine Vergünstigung, die den Konkurrenten belastet.

¹⁰¹ Vgl. *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, S. 110 ff.

¹⁰² Unmittelbare demokratische Legitimation besitzen ja auch der Gemeinderat und der Kreistag.

¹⁰³ Man spricht auch von der "Ausgestaltung" der Grundrechte, doch birgt das die Gefahr in sich, den Abwehrgehalt der Grundrechte auf Kosten einer zu stark harmonisierenden Auslegung zu verkürzen. Vgl. zu diesen Ansätzen z.B. *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 128 ff.

¹⁰⁴ Beide Elemente hebt auch *Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, S. 240 hervor. Vgl. auch *Staupe*, S. 201 ff.

die Allgemeinheit im hier angesprochenen Sinne als "Leistung" oder "Wirkung" des Gesetzes, sondern lediglich die formale Qualifizierung als generell-abstrakte Regelung.¹⁰⁵ Schon gegenüber dem heute allgemein anerkannten Maßnahmegesetz versagt diese Abgrenzung.

Bei der Allgemeinheit des Gesetzes handelt es sich um eine aus funktionellen Bedingungen erwachsende materiale Dimension des Gesetzes. Ihr liegt einmal die Anschauung zugrunde, daß der Normgeber keinen "besonderen Zweck" im Auge habe, sondern eine allgemeine, gerechte und vernünftige Ordnung schaffen wolle.¹⁰⁶ Diese Vorstellung von vernünftiger und gerechter Allgemeinheit findet eine ihrer Wurzeln in der praktischen Philosophie *Kants*, für den die allgemeine, d.h. auf alle denkbaren Fälle gerichtete Anwendbarkeit einer Maxime, das wesentliche Kriterium für ihre Vernünftigkeit und Gerechtigkeit darstellte.¹⁰⁷ Es geht mit anderen Worten darum, eine Regelung zu finden, die alle von einer Norm erfaßten Falltypen vernünftig und gerecht regelt, die also nicht nur an einzelnen Erscheinungsformen orientiert ist. Allgemeinheit impliziert daher insofern Abstraktion, als nur - bzw. wesentlich - auf die typusbestimmenden Merkmale des Falles abgestellt wird und die gefundene Lösung in allen vom Typus erfaßten Fällen verwendbar sein muß. Das allgemeine Gesetz muß also in der Lage sein, in Einzelheiten abweichende Fälle in gleicher Weise gerecht und vernünftig zu lösen. Ist es nämlich Aufgabe des Gesetzes, "die vernünftige Ordnung des Gemeinschaftslebens mit dem angemessenen Ausgleich unter Individuen und Gruppen und zwischen Individuen und staatlicher Gemeinschaft zu leisten"¹⁰⁸ und damit einen "allgemeinen Freiheitsstandard"¹⁰⁹ herauszubilden, so kann dies nur in einer Form geschehen, die auf eine Vielzahl von Fällen Bezug nimmt und unter Beachtung der jeweiligen Gewichtungs- und Wertungsunterschiede eine für alle Fälle tragbare Lösung bereitstellt.

Die Allgemeinheit des Gesetzes ist daher eng mit dem Gleichheitssatz verbunden¹¹⁰, indem durch die allgemeine Regelung von Falltypen eine Gleichheit vor dem Gesetz überhaupt erst ermöglicht wird. Allgemeinheit und Gleichheit werden somit durch das Gesetz erzeugt, indem ein für die Verwaltung und den Bürger geltender Verhaltensmaßstab gesetzt wird, der die Regelung des Einzelfalles einer nur auf dessen Besonderheiten oder auf besondere Zwecke der Behörde abstellenden Willkür entzieht.¹¹¹ Der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt entzieht damit bestimmte Entscheidungen - die grundrechtsrelevanten - dem nur oder vorwiegend situationsbezogenen Steuerungsregime der Verwaltung und verlangt eine für alle Fälle des Typus gültige und vertretbare Zuordnung von Individualfreiheit und Gemeinschaftsgütern. Dadurch werden nicht nur die Legitimationsanforderungen an staatliches Handeln erhöht, denn eine solche allgemeine Regelung muß ja eine vernünftige und gerechte Lösung für viele Fallkon-

¹⁰⁵ Vgl. dazu *Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, S. 201 ff.; diesen Unterschied übersieht offenbar *Schneider*, Gesetzgebung, S. 19 ff., der beide Begriffe gleich verwendet. Vgl. zur Frage auch *Kriele*, in: *HdBdVerfR*, S. 145, 148.

¹⁰⁶ So *Forsthoff*, in: *GS W. Jellinek*, 1955, S. 221 (225 f.).

¹⁰⁷ *Immanuel Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Akademie-Ausgabe Bd. IV, 1911, S. 401 ff. Vgl. dazu *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 94 ff.; *Kriele*, in: *HdBdVerfR*, S. 148.

¹⁰⁸ *Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, S. 214.

¹⁰⁹ *Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, S. 216.

¹¹⁰ So insbes. *Ipsen*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte, Bd. II, S. 133, 142, 165 f.; ebenso das *BVerfG*. Dazu m.w.N. *Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, S. 58 f.; *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, *Komm.z.GG.*, Art. 3 Rdnr. 8; *Kriele*, in: *HdBdVerfR*, S. 148 f.

¹¹¹ Dieser Gesichtspunkt steht vor allem historisch im Mittelpunkt der Bemühungen um das allgemeine Gesetz, vgl. *Schneider*, Gesetzgebung, S. 19 f.; sowie *C. Schmitt*, Verfassungslehre, S. 151 ff (154 f.).

stellationen bieten, sondern es werden im Bereich der Grundrechte auch gleiche bzw. vergleichbare Lebensbedingungen geschaffen. Die Rechtsstellung der Bürger soll in dieser grundlegenden Dimension nicht von Ort zu Ort verschieden sein, sondern im Raume eines Landes oder des Bundes gleichartig sein. Im Bund-Länder-Verhältnis spiegelt auch Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG diesen Gedanken wieder.¹¹² Sind diese genannten Gesichtspunkte maßgeblich für die Erforderlichkeit einer allgemeinen Regelung und führen sie zu einer Kompetenzbegründung des Parlaments, so sind sie umgekehrt auch heranzuziehen für die Abgrenzung und Konkretisierung des Kompetenzen von (Kommunal-) Verwaltung und Gesetzgeber.

(bb) Das Gesetzgebungsverfahren

Der zweite angegebene Grund für die Verpflichtung auf das Gesetz liegt in den Legitimationswirkungen des Gesetzgebungsverfahrens.¹¹³ Das Gesetz ist das Ergebnis eines auf Diskussion und Öffentlichkeit angelegten Verfahrens, das durch seine Mehrstufigkeit¹¹⁴, die Vielzahl der Beteiligten, die Einbeziehung der öffentlichen Meinung und die (eventuell sogar geltungshemmende) Kontrolle durch das BVerfG ein besonders hohes Maß an Legitimation erzeugt.¹¹⁵ Bei der Gesetzgebung des Bundes ist darüberhinaus als besonderes Verfahrenselement die Beteiligung des Bundesrates und damit der Länder zu erwähnen.¹¹⁶

Auch dem Gesetzgebungsverfahren kommt eine materiale Funktion zu, d.h. es hat Einfluß auf den Sachgehalt der gesetzlichen Regelung. So wird durch die Vielzahl der (notwendig) Beteiligten und die Mehrstufigkeit des Verfahrens eine möglichst umfassende Würdigung der Materie ermöglicht.¹¹⁷ Das wirkt sich auch insofern aus, als den von einer Regelung Betroffenen - bzw. ihren Repräsentanten und Interessenvertretern - Gelegenheit zur Stellungnahme und damit auch zur Einflußnahme gegeben wird. Raumbezogen und sozial-vertikal (zwischen den verschiedenen sozialen Schichten) vermittelt das Gesetzgebungsverfahren - und später das Gesetz - auf diese Weise einen Ausgleich zwischen den verschiedenen Formen der Betroffenheit und ermöglicht damit die "Allgemeinheit" der Regelung. Damit ist zugleich ein zweiter Anhaltspunkt für die Bestimmung der Regelungskompetenz der Kommunen gewonnen, indem auf die Verfahrensaspekte kommunaler Rechtsetzung und Entscheidungsfindung im Vergleich zum Gesetzgebungsverfahren abgestellt wird.

¹¹² Vgl. *Maunz*, in: *Maunz/Dürig, Komm.z.GG.*, Art. 72 Rdnr. 23; *Böckenförde*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, S. 386 sieht darin auch einen Bezug zur konstitutionellen Staatsrechtslehre. Vgl. auch die insofern noch weitergehenden Zielsetzungen des EG-Rechts und dazu *Blechnann*, *Europarecht*, S. 305 ff.

¹¹³ Zum Gesetzgebungsverfahren im einzelnen: *Schneider*, *Gesetzgebung*, S. 51 ff.; *Hesse*, *Grundzüge*, § 14 I (Rdnr. 510 ff.).

¹¹⁴ Mehrere Lesungen, Ausschußarbeit. Vgl. dazu *Staupe*, S. 213 ff.

¹¹⁵ Vgl. *Böckenförde*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, S. 391; *Hesse*, *Grundzüge*, § 14 I (Rdnr. 506); allgemein zu diesen Merkmalen: *Kriele*, *Einführung in die Staatslehre*, S. 165 ff.

¹¹⁶ Vgl. zu Einzelheiten: *Schneider*, *Gesetzgebung*, S. 71 ff.; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig, Komm.z.GG.*, Art. 77 Rdnr. 5 ff.; *Hesse*, *Grundzüge*, § 14 I (Rdnr. 515 ff.).

¹¹⁷ Ob und wie von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, ist eine andere Frage. Auch daß gerade in der heutigen Zeit aufgrund des hohen Grades an Technisierung und Spezialisierung der Sachverhalte und entsprechend der Regelungswerke sowie der großen Zahl der Gesetzgebungsverfahren hier bestimmte Abstriche zu machen sind, relativiert diesen Aspekt zwar, hebt seine grundsätzliche Bedeutung aber nicht auf. Vgl. *Staupe*, S. 276 ff.

Vor der Anwendung dieser Kriterien auf die kommunale Rechtsetzung ist aber nach den Rechtsgrundlagen im Hinblick auf den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt zu fragen.

(b) Rechtsgrundlagen in der Gemeinde- und Kreisordnung

(aa) Die maßgeblichen Normen

Als dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt genügende Regelungen der Gemeinde- und Kreisordnung werden für gewöhnlich die §§ 88 ff. GO genannt, auf die § 42 KrO verweist.¹¹⁸ Schon bei der Erörterung der kompetentiellen Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung hat sich gezeigt, daß die §§ 88 ff. GO eine Regelung des *Handlungsmittels* wirtschaftliches Unternehmen darstellen, auf der Zweck-Ebene jedoch auf andere Regelungen verweisen bzw. diese voraussetzen.¹¹⁹ Da es bei der grundrechtlichen Eingriffsermächtigung aber in erster Linie auf den verfolgten Zweck ankommt, kommen sie auch in diesem Zusammenhang nicht als Ermächtigungsnorm in betracht. Vielmehr ist auch insofern auf § 18 GO und § 16 KrO zurückzugreifen.¹²⁰

(bb) § 18 Abs. 1 GO und Parlamentsvorbehalt

§ 18 Abs. 1 GO stellt eine Konkretisierung - und damit zugleich Begrenzung - des in § 1 Abs. 1 S. 2 GO enthaltenen allgemeinen Auftrages der Kommunen zur "Daseinsvorsorge" gegenüber den Einwohnern dar. § 18 Abs. 1 GO ermächtigt somit die Kommunen zur sozialwirtschaftlichen Betätigung im Bereich der kulturellen, sozialen und wirtschaftlichen Betreuung der Einwohner. Insofern dies in Konkurrenz zur privaten Unternehmen und damit im grundrechtsrelevanten Raum geschieht, stellt sich die Frage, ob diese Regelung den Anforderungen an eine grundrechtliche Eingriffsermächtigung und insbesondere dem Parlamentsvorbehalt genügt.

Die generalklauselartige Regelung des § 18 Abs. 1 GO läßt den Kommunen einen weitgehenden Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum, in welchen Bereichen und auf welche Weise sie ihre Einwohner selbst mit Waren und Dienstleistungen versorgen wollen. Wegen der Grundrechtsrelevanz der wirtschaftlichen Betätigung ist die den Kommunen damit eingeräumte Befugnis zu grundrechtseinschränkenden Maßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Parlamentsvorbehalt zu überprüfen, dessen insofern maßgeblicher Regelungsaspekt der Bestimmtheitsgrundsatz ist.¹²¹ Der Parlamentsvorbehalt, als aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip abgeleitete Kompetenzzuweisungsregelung im Verhältnis von Parlament und Verwaltung¹²², verlangt, daß alle "wesentlichen Entscheidungen", losgelöst vom Merkmal des Eingriffs, vom Parlament selbst zu treffen sind.¹²³ Die Anforderungen an die Ent-

¹¹⁸ *Erichsen*, *Kommunalrecht*, S. 174, 176.

¹¹⁹ Vgl. oben Kap. III. 1. d), S. 43 ff.

¹²⁰ Zur Vereinfachung wird nachfolgend wiederum nur von § 18 GO gesprochen.

¹²¹ Vgl. *Erichsen*, *Staatsrecht I*, S. 149.

¹²² Vgl. BVerfGE 58, 257 (268); *Erichsen*, *Staatsrecht I*, S. 149; *Umbach*, in: FS Faller, 1984, S. 111 (114 f.); *Staupe*, S. 162 ff. m.w.N.

¹²³ Vgl. BVerfGE 34, 165 (192 f.); 45, 400 (417 ff.); 47, 46 (79 f.); 49, 89 (126); 47, 194 (197 f.); 56, 155 (157 f.). Vorher schon *Jesch*, *Gesetz und Verwaltung*, 1961, S. 171 ff.; *H.H. Rupp*, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*,

scheidungsdelegation und damit an die Bestimmtheit der Ermächtigung korrespondieren dabei vor allem mit der "Intensität des Eingriffs"¹²⁴ und betreffen bei leistenden Maßnahmen - im Verhältnis zum Empfängerkreis - vor allem die distributive Grundentscheidung.¹²⁵ Als zweiter Orientierungspunkt ist die Legitimationsqualität des jeweiligen Verwaltungsträgers als Basis seiner Regelungskompetenz zu beachten. Dieses weniger beachtete Merkmal spiegelt funktionspezifische Aspekte wieder, wie sie bereits im Zusammenhang mit der materialen Bedeutung des Gesetzgebungsverfahrens angesprochen wurden und allgemein dahingehend zusammengefaßt werden können, daß Regelungskompetenz, Legitimationsqualität und Funktionsmerkmale in einer engen Wechselwirkung stehen.¹²⁶

Um die Kompetenzverteilung zwischen Parlament und Kommunalverwaltung im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung festzustellen, muß daher zunächst die Intensität der von der Wettbewerbsteilnahme ausgehenden Beeinträchtigungen und die Qualität kommunaler Rechtsetzung untersucht werden.

(aaa) Die Eingriffsintensität kommunaler Wettbewerbsteilnahme

Die Auswirkungen der kommunalen Wettbewerbsteilnahme auf die Freiheit der Berufsausübung der privaten Konkurrenten hängen in ihrer Intensität insbesondere von der Struktur des Marktes und von der Art des Marktverhaltens des kommunalen Unternehmens ab. Nicht ausschlaggebend ist demgegenüber für sich betrachtet die eventuelle Umsatzeinbuße oder gar Geschäftsaufgabe des einzelnen privaten Anbieters, da der Grund hierfür auch in qualitativen und organisatorischen Mängeln liegen kann. Erforderlich ist deshalb eine Strukturbetrachtung, wie sie eine "allgemeine" Regelung ohnehin verlangt. In diese Strukturbetrachtung fließen als Elemente die Zahl und Größe der privaten Anbieter, die Gesamt-Ertragslage der Branche, die örtlichen Marktverhältnisse, die Art des (kommunalen) Angebotes als (einzige) Haupt- oder als Nebenleistung, die Nähe des Angebotes zu anderen originär kommunalen bzw. hoheitlichen Tätigkeiten sowie sonstige besondere Rechtsbeziehungen ein. Im Hinblick auf die Anforderungen an die gesetzliche Ermächtigung muß diese Strukturbetrachtung auf ein ganzes Land bzw. bei Tätigwerden des Bundesgesetzgebers auf das gesamte Bundesgebiet bezogen werden, wobei regionale Unterschiede durch entsprechende Ermächtigungen der Landesregierungen oder Regierungspräsidenten etc. im Rahmen von Ausnahmeregelungen oder Durchführungsverordnungen möglich sind.¹²⁷ Aufgrund der so gewonnenen Daten über einen Markt ist dann zu bestimmen, von welcher Intensität die Auswirkungen kommunaler Wettbewerbsteilnahme sind. Dabei ist eine geringe Intensität insbesondere dann anzunehmen, wenn es sich nur um typische Nebenleistungen handelt, die auch im Angebot der Privaten keine beson-

1965, S. 138 ff.; vgl. auch Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 382 ff.; Umbach, in: FS Faller, 1984, S. 111 ff.

124 BVerfGE 49, 89 (128 f.); Erichsen, Staatsrecht I, S. 151; Ramsauer, VerwArch 72 (1981), S. 89 (104 f.); Umbach, in: FS Faller, 1984, S. 111 (128 f.).

125 Erichsen, DVBl. 1983, 289 (294); vgl. BVerfGE 33, 303 (337).

126 Vgl. Zimmer, Funktion-Kompetenz-Legitimation, S. 196 ff., 237 ff.; Schmidt-Aßmann, Die kommunale Rechtsetzung, S. 4 f.: "Wesensbestimmend für Rechtssätze sind vielmehr die Basis, die Kompetenz und das spezifische Verfahren ihres Erlabes."

127 Auf diese Weise kommen auch die Auswirkungen auf den gesamte Berufsstand und das damit verbundene private Gestaltungspotential besser zum Ausdruck. Methodisch instruktiv ist insofern die Vorgehensweise des BGH in der Brillen-Selbstabgabestellen-Entscheidung, BGHZ 82, 375 (389 ff.).

dere Bedeutung besitzen. Weitere Fälle geringer Intensität stellen "marktkonforme" Angebote auf gesunden Märkten mit funktionierendem Wettbewerb dar. Besonders intensiv erscheinen demgegenüber Wettbewerbsteilnahmen auf Märkten mit wenigen Anbietern und geringen Betriebsgrößen, strukturellen Schwächen und/oder gleichzeitigem Abweichen der kommunalen Angebote von den üblichen Marktbedingungen, also z.B. spürbaren Preisunterbietungen.

(bbb) Kommunale Regelungskompetenz im grundrechtsrelevanten Raum

Die Regelungskompetenz der Verwaltungsträger ist - auch im Verhältnis zum Parlament - nicht überall gleich. Sie variiert vielmehr je nach Legitimationsstruktur und Organisationsform. Markante Unterschiede gibt es vor allem zwischen den Regelungskompetenzen der Untergliederungen der unmittelbaren Staatsverwaltung und der Selbstverwaltung, deren klassischen Typus die Kommunen darstellen. Im Verhältnis zur Regelungskompetenz des Parlaments kommt dies darin zum Ausdruck, daß nach herrschender Ansicht der in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG formulierte Bestimmtheitsgrundsatz im Verhältnis zur Selbstverwaltung weder direkt noch analog zur Anwendung gelangt.¹²⁸ Der rein negative Charakter dieser Aussage läßt aber offen, welcher positive Maßstab im Verhältnis Parlament-Selbstverwaltung für den Bestimmtheitsgrundsatz gilt.

Da nach herrschender Ansicht die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nicht zu beachten sind, können sie als Obergrenze des Bestimmtheitserfordernisses einen ersten Anhaltspunkt geben. Das BVerfG hat dabei folgende Kriterien herausgearbeitet, die weitgehende Anerkennung gefunden haben: "Der Gesetzgeber muß (also) selbst die Entscheidung treffen, daß bestimmte Fragen geregelt werden sollen (Inhalt), er muß die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen (Ausmaß) und angeben, welchem Ziel die Regelung dienen soll (Zweck)."¹²⁹ Nach der neueren Rechtsprechung genügt es dafür auch, wenn dem Gesetz ein "Programm" entnommen werden kann, das Anhaltspunkte für eine Konkretisierung der Ermächtigung liefert.¹³⁰ Der in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG angesprochenen Exekutive ist damit im grundrechtsrelevanten Raum die Zwecksetzungsbefugnis entzogen. Sie ist auf die Umsetzung der vom Gesetzgeber getroffenen Zwecksetzungen beschränkt.¹³¹

Die Bindung der Exekutive an die Entscheidung des Gesetzgebers hat ihren Grund in den oben genannten besonderen Legitimationswirkungen des Gesetzgebungsverfahrens, die im grundrechtsrelevanten Raum für legitimes Staatshandeln erforderlich sind. Aus dem Vergleich dieser Merkmale der Gesetzgebung mit der Rechtsetzung in den Kommunen ergeben sich deshalb am ehesten Anhaltspunkte für die Bestimmung ihrer Regelungsbefugnis im grundrechtsrelevanten Raum.

128 Vgl. BVerfGE 12, 319 (325); 19, 253 (267); 21, 54 (62); 26, 228 (237); 32, 346 (360 f.); 33, 125 (157); Meyn, DVBl. 1977, 593 ff.; ders., Gesetzesvorbehalt und Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden, S. 39 ff.; Schmidt-Aßmann, Die kommunale Rechtsetzung, S. 7 f.

129 BVerfGE 2, 307 (334); 5, 71 (76 f.); 23, 62 (72).

130 So schon BVerfGE 8, 274 (307); weiter: 33, 358 (364 f.); 36, 224 (228); vgl. auch Hesse, Grundzüge, § 14 II (Rdnr. 528); Maunz, in: Maunz/Dürig, Komm.z.GG., Art. 80, Rdnr. 30; Erichsen, Staatsrecht II, S. 109 f.

131 Zur Unterscheidung von Zwecksetzung und Zweckmäßigkeit vgl. Haverkate, S. 32 ff.

Unter dem Gesichtspunkt der unmittelbaren demokratischen Legitimation, der das Parlament gegenüber der unmittelbaren Staatsverwaltung abhebt, bestehen in den Kommunen geringere Unterschiede, denn auch ihre Leitungsorgane werden gem. Art 28 Abs. 1 S. 2 GG unmittelbar gewählt. Der Unterschied besteht darin, daß sie nur durch ein Teilvolk gewählt werden. Auch der für das Gesetzgebungsverfahren angesprochene Aspekt der Öffentlichkeit und der Kontrolle durch Medien sowie die Beteiligung der verschiedenen betroffenen Gruppen ist im Bereich kommunaler Rechtsetzung weitgehend verwirklicht, denn die Arbeit des Rates und des Kreistages finden in der Regel unter Beobachtung durch die Öffentlichkeit und die Medien statt. Auch die Parteien, als wesentliche Träger des politischen Prozesses, sind auf der kommunalen Ebene mit einer besonderen Aufmerksamkeit und entsprechenden organisatorischen Einrichtungen (Ortsgruppen und Fraktionen) beteiligt und gewährleisten damit effektive gegenseitige Kontrolle. Im Unterschied zu anderen Selbstverwaltungsträgern, wie etwa den berufsständischen Vereinigungen, ist bei den Kommunen auch keine Gruppeneigenschaft festzustellen, die das BVerfG in der Facharztentscheidung als wichtiges Merkmal zur Begrenzung der Satzungshoheit bezeichnete.¹³² Als wesentliches Abgrenzungsmerkmal erscheint deshalb der unter dem Stichwort "Allgemeinheit" des Gesetzes beschriebene Aspekt. Diese, gerade auf den räumlichen Ausgleich abzielende Dimension des Gesetzes, wird bei der Regelung durch Teilvölker nämlich gerade nicht erfasst und auch nicht der sozial-vertikale Ausgleich, der sich innerhalb eines Selbstverwaltungsträgers immer nur unvollkommen wieder spiegelt. Aufgabe des Parlaments ist es, Grundentscheidungen zu treffen, was im grundrechtsrelevanten Raum vor allem bedeutet, gleichartige Bedingungen der Grundrechtsverwirklichung abzusichern. Aufgabe der Kommunen ist es, diese Grundentscheidungen und Programme in ihrem Gebiet und unter Berücksichtigung der konkreten und damit besonderen örtlichen Verhältnisse umzusetzen. Kommunale Zwecksetzung muß sich daher in dem vom Gesetzgeber vorgegeben Ordnungsrahmen bewegen. Deshalb bleibt es die Aufgabe des Gesetzgebers, den grundsätzlichen Ordnungsrahmen im Bereich des Grundrechte zu schaffen, die "allgemeinen Lebensverhältnisse" in ihren Grundzügen selber auszugestalten.¹³³ Als die Kommunen bindende Entscheidung gilt insoweit auch der Verzicht des Gesetzgebers, einen Lebensbereich selber zu ordnen. Darin liegt ein Anerkenntnis des durch die Gesellschaft geschaffenen Ordnungsrahmens, im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung z.B. der jeweiligen Marktordnung, der damit dem kommunalen Regelungs- und Gestaltungszugriff ebenfalls entzogen ist. Aus diesem Grunde ist die kommunale Rechtsetzung und Gestaltung immer auf marktconforme Maßnahmen beschränkt, d.h. auf solche Maßnahmen, die die vorhandenen Marktstrukturen beachten und respektieren. Veränderungen in diesem Bereich sind als Änderungen der "allgemeinen Lebensbedingungen" dem Gesetzgeber vorbehalten.

(ccc) Kriterienkatalog

Damit ergeben sich für die kommunale Regelungskompetenz durch Satzung im Bereich der konkurrierenden wirtschaftlichen Betätigung folgende Orientierungspunkte:

¹³² BVerfGE 33, 125 (157 ff.). Vgl. auch *Mejn*, Gesetzesvorbehalt und Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden, S. 31 ff.; *Kluth*, DVBl. 1986, 716 (719 mit Fn. 57, 58; 721 mit Fn. 85, 86).

¹³³ BVerfGE 49, 89 (127 und LS 2).

1. Kommunale Zwecksetzung muß als konkretisierende, ausführende und ausfüllende Zwecksetzung im Rahmen der vom Gesetzgeber oder der gesellschaftlichen Ordnung vorgegebenen Strukturen erfolgen. Die grundlegende Änderung vorhandener Ordnungen ist ihr entzogen. Zur Feststellung der vorhandenen Marktordnung ist eine Strukturbetrachtung auf Landes- bzw. Bundesebene vorzunehmen.

2. Kommunale Wettbewerbsteilnahme verlangt immer dann eine spezialgesetzliche, die Generalklausel des § 18 Abs. 1 GO konkretisierende (formell-gesetzliche) Ermächtigung, wenn sie auf ein nicht marktconformes Verhalten abzielt. Als marktconforme Maßnahmen sind insbesondere nicht unerhebliche Preisunterbietungen anzusehen.

3. Für den Bereich marktconformer Wettbewerbsteilnahme reicht die in § 18 Abs. 1 GO und § 16 Abs. 1 KrO vorhandene gesetzliche Ermächtigung zusammen mit der kommunalen Satzung aus.

(3) Grenzen der Einschränkung: Das Übermaßverbot

Öffnet der Gesetzesvorbehalt das Grundrecht für einschränkende Regelungen und sichert der Vorbehalt des Gesetzes die grundrechtlich geschützte Freiheit dabei durch eine Zuständigkeits- und Verfahrensregelung, so treten mit dem Übermaßverbot inhaltliche Grenzen der Einschränkung hinzu.¹³⁴

(a) Regelungsgehalt

Das Übermaßverbot, das heute allgemein als Grundsatz mit Verfassungsrang anerkannt ist¹³⁵, umfaßt die Gebote oder Grundsätze der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne¹³⁶ und dient vor allem der Aktualisierung und Effektivierung des grundrechtlichen Freiheitsschutzes.¹³⁷ Wie *Hans Schneider* gezeigt hat¹³⁸, gehen die Grundlagen des Übermaßverbotes bis in das 18. Jahrhundert zurück, wo der den Grundsatz prägende Gedanke, "daß der Staat die Freiheit der einzelnen nur so weit einzuschränken berechtigt sei, als es notwendig ist, damit die Freiheit und Sicherheit aller bestehen könne"¹³⁹, dem Staatsrecht bereits bekannt war.¹⁴⁰ In seiner modernen Ausgestaltung wird dieser Gedanke lediglich

¹³⁴ Vgl. *Erichsen*, Jura 1980, 551 (554 f.); *Scholz*, RdNr. 292; *Schlink*, EuGRZ 1984, 457 (459 f.); *Schnapp*, JuS 1978, 729 (731). Die Terminologie ist uneinheitlich. Das BVerfG spricht teilweise auch vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, vgl. BVerfGE 19, 342 (348 f.); 27, 211 (219); 35, 382 (400).

¹³⁵ Vgl. BVerfGE 19, 342 (348 f.); 23, 127 (133); 35, 382 (400); 36, 258 (264); *Grabitz*, AöR 98 (1973), S. 568 (584 mit Fn. 87); *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Kommz.GG., Art. 20 VII, RdNr. 71 ff.; *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 77 f.; *Stern*, Staatsrecht, Bd. 1, § 20 IV 7; *Wendt*, AöR 104 (1979), S. 414 (415 mit Fn. 3); *Jakobs*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 27 ff.

¹³⁶ So der überwiegende Sprachgebrauch, vgl. *Hirschberg*, S. 19 ff.; *Jakobs*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 8 ff.

¹³⁷ *Grabitz*, AöR 98 (1973), S. 568 (570, 586 ff.); *Jakobs*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 7 f.

¹³⁸ In: BVerfG und Grundgesetz, Bd. 2, S. 390 (393 f.); vgl. auch *Haverkate*, S. 16 ff.

¹³⁹ Zitat von *Carl Gottlieb Suarez*, Vorträge über Recht und Staat, hrsgg. v. *Conrad/Kleinheyer*, 1960, S. 486 f.

¹⁴⁰ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist danach im preußischen Verwaltungsrecht, vor allem durch das Kreuzberg-Urteil des PrOVG bekannt geworden, vgl. PrOVG 9, 353; 13, 424; 31, 409; 44, 342. Die häufig anzutreffende Bemerkung, das Übermaßverbot sei vom Verwaltungsrecht in das Verfassungsrecht erhoben worden, ist insofern nur

präzisiert und entfaltet, indem das Zweck-Mittel-Verhältnis in seinen Einzelaspekten genauer erfaßt wird. So muß das Mittel zunächst geeignet sein, um den erstrebten Zweck zu verwirklichen (Zwecktauglichkeit). Zweitens muß unter mehreren geeigneten Mitteln dasjenige gewählt werden, das die Freiheit des Einzelnen (Betroffenen) am wenigsten beeinträchtigt (Interventionsminimum oder Erforderlichkeitsgrundsatz). Schließlich darf die mit der Maßnahme bezweckte Förderung des Gemeinwohls nicht "außer Verhältnis" zu der bewirkten Freiheitsbeeinträchtigung stehen (Prinzip der Verhältnismäßigkeit i.e.S. oder Proportionalität).¹⁴¹ Das Übermaßverbot liefert einen Kontrollmaßstab für die vom Gesetzgeber oder von der Exekutive vorgesehenen (Handlungs-) Mittel und die von ihnen ausgehenden Freiheitsbeeinträchtigungen. Es liefert dagegen keinen Maßstab für die Bewertung der (verfolgten) Zwecke und gibt auch keine Anhaltspunkte für die Auswahl zwischen verschiedenen Trägern der Zweckverwirklichung.¹⁴² Bei der Überprüfung der inhaltlichen Legitimität staatlichen Handelns muß daher die Kontrolle des verfolgten Zweckes auf seine Verfassungslegitimität der Anwendung des Übermaßverbotes vorangehen.¹⁴³

Zu berücksichtigen ist weiter, daß die Wirkkraft des Übermaßverbotes als Kontrollmaßstab gegenüber Akten des Gesetzgebers durch die vom BVerfG praktizierte Einschränkung der Kontrolldichte erheblich reduziert wird. Diese Einschränkung der Kontrolldichte bezieht sich auf die empirische Beurteilung der Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung und damit auf die Beurteilung der gewählten Mittel, wie sie bei der Anwendung der Grundsätze der Geeignetheit und Erforderlichkeit durchzuführen ist. In Abhängigkeit insbesondere von der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter hat das BVerfG verschiedene Kontrollmaßstäbe entwickelt, die von einer Evidenzkontrolle - ist die Regelung evident ungeeignet oder nicht erforderlich? - über eine Vertretbarkeitskontrolle - ist die Regelung vertretbar? - bis hin zu einer intensiven inhaltlichen Kontrolle reichen.¹⁴⁴ Da das Gericht insbesondere bei wirtschaftspolitischen Maßnahmen die Evidenz- oder Vertretbarkeitskontrolle genügen läßt,¹⁴⁵ kommt dieser Praxis für den hier behandelten Bereich auch erhebliche Bedeutung zu.

Diese begrenzte Kontrolldichte besteht grundsätzlich nicht bei der Kontrolle der konkreten wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen durch die Verwaltungsgerichte, also auf der Ebene des Einzelfalles. Allerdings wird auch hier bei der Überprüfung des verfolgten öffentlichen Zweckes von einem Beurteilungsspielraum der Kommunalverwaltung gesprochen, der nur begrenzt nachprüfbar sein soll.¹⁴⁶ Dieser Beurteilungsspielraum betrifft jedoch nicht das Übermaßverbot, da es sich auf den verfolgten Zweck gerade nicht erstreckt.

bedingt richtig. Vgl. zu dieser These: Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 137 f.; Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S. 401 f.

141 Vgl. Erichsen, Staatsrecht I, S. 14; Hirschberg, S. 19 ff.

142 Vgl. Hirschberg, S. 43 ff.; Haverkate, S. 11 ff., 115 f.; Gentz, NJW 1968, 1600 (1601 f.); Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 314. Unklar insofern Hoffmann-Becking, in: FS H.-J. Wolff, 1973, S. 445 (451).

143 Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 314; Hoffmann-Becking, in: FS H.-J. Wolff, 1973, S. 445 (451); Gentz, NJW 1968, 1600 (1602 f.). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Verfassung selbst Zwecke für das (leistende) Staatshandeln positiv vorgibt oder ob dies eine Aufgabe des Gesetzgebers und der Verwaltung ist und nur negative Zweckverfolgungsverbote der Verfassung zu beachten sind. In diesem letzteren Sinne: Barbey, Bundesverfassungsgericht und einfaches Gesetz, S. 25 ff.; Haverkate, S. 115 ff. Dieser Ansicht wird auch hier der Vorzug gegeben.

144 Vgl. BVerfGE 50, 290 (332 f. m.w.N.); Haverkate, S. 8 ff., 247 ff.

145 Vgl. BVerfGE 37, 1 (20); 40, 196 (223); 25, 1 (12, 17); 30, 250 (263); 39, 210 (225 f.).

146 Hirden, DÖV 1983, 1002 (1003 m.w.N.).

(b) Geeignetheit des Mittels

Ist der Zweck der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung und das heißt Versorgung der Einwohner, so sind weder theoretisch noch praktisch Fälle denkbar, in denen an der Zwecktauglichkeit der eigenwirtschaftlichen Betätigung Zweifel bestehen könnten. Denn durch die Darbietung der Ware oder Dienstleistung wird der erstrebte Erfolg unmittelbar und ohne die Gefahr einer Fehlprognose erreicht.

(c) Erforderlichkeit

Der Erforderlichkeitsgrundsatz verlangt zunächst den Aufweis gleich geeigneter bzw. wirksamer Mittel und sodann die Beurteilung und den Vergleich der von ihnen ausgehenden Freiheitsbeeinträchtigungen.¹⁴⁷ Es muß daher nach anderen Mitteln gesucht werden, die die Versorgung der Einwohner in gleicher Weise ermöglichen. Diese müssen dann hinsichtlich ihrer freiheitsmindernden Auswirkungen verglichen werden.¹⁴⁸ Beide Regelungsaspekte sind zunächst auf die gesetzliche Regelung selbst und sodann auf den Einzelfall anzuwenden.

Die Überprüfung der gesetzlichen Grundlagen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen anhand des Erforderlichkeitsgrundsatzes bezieht sich nach den getroffenen Feststellungen bei marktconformen Maßnahmen auf § 18 Abs. 1 GO und § 16 Abs. 1 KrO, bei marktinkonformen Maßnahmen auf die jeweilige spezialgesetzliche Ermächtigung.

Für den Bereich marktconformer Maßnahmen gilt jedoch zugleich, daß lediglich eine Evidenz- oder Vertretbarkeitskontrolle erfolgt, da es sich nicht um einen besonders intensiven Eingriff handelt. Da die Regelung der §§ 18 Abs. 1 GO und 16 Abs. 1 KrO jedoch weder eine evident ungeeignete noch eine unvertretbare Regelung darstellen, kommt der Erforderlichkeitsgrundsatz hier nicht weiter zur Geltung.

Die marktinkonformen Maßnahmen unterliegen demgegenüber grundsätzlich der genauen inhaltlichen Kontrolle. Für sie stellt sich deshalb die Frage, welche anderen geeigneten Mittel ihnen als Handlungsalternative gegenüberstehen.

In fast allen Fällen marktinkonformer Marktteilnahme geht es um die Förderung des sozialen Ausgleichs bzw. die Unterstützung sozial schwacher Schichten. Dabei kommt als Alternative die Zahlung von finanziellen Hilfen an die betroffene Gruppe bei Inanspruchnahme der Leistung in Betracht, wie z.B. beim Wohngeld. Dadurch wird die Freiheit der konkurrierenden privaten Anbieter überhaupt nicht geschmälert, sodaß es sich um ein milderes Mittel handelt. Für die Verwaltung bzw. den Gesetzgeber bedeuten die verschiedenen Ausführungsmodi aber zugleich auch unterschiedliche finanzielle Belastungen. Denn die eigenwirtschaftliche Betätigung kann sich u.U. als sehr viel kostengünstiger als die Bezuschussung erweisen. Daher stellt sich die Frage, inwiefern bei der Anwendung des Übermaßverbotes auch die finanziellen Bela-

147 Vgl. Hirschberg, S. 56 ff.

148 Dabei kann zunächst offen bleiben, wer alles als Betroffener anzusehen ist.

stungen der Verwaltung zu berücksichtigen sind. Zugespißt geht es um die Frage, ob die finanzielle Untragbarkeit des mildereren Mittels zu einem Handlungsverzicht führen muß.

Da der Grundsatz der Erforderlichkeit zur Begrenzung von Maßnahmen der Eingriffsverwaltung entwickelt worden ist, finden sich in der Literatur und Rechtsprechung zu dieser Frage keine Hinweise. Es liegt aber nahe anzunehmen, daß bei der Leistungsverwaltung auch der mit dem einzelnen Mittel verbundene Verwaltungsaufwand in die Betrachtung einbezogen werden muß. Spätestens über die steuerliche Belastung würde sich eine Ausblendung dieser Aspekte für den Bürger wieder nachteilig bemerkbar machen. Es erscheint deshalb angebracht, zumindest in den Fällen grober Diskrepanzen zwischen den Kosten und dem Verwaltungsaufwand für das mildere Mittel der Verwaltung auch die Wahl des weniger milden Mittels zu erlauben, wenn die Unterschiede in der Freiheitsbeeinträchtigung verhältnismäßig gering und zumutbar sind.

Bezogen auf den Einzelfall sind die Anwendungsmöglichkeiten für den Erforderlichkeitsgrundsatz deshalb sehr gering, weil der Kommune aus eigener Entscheidungshoheit die oben dargestellten alternativen Handlungsmittel nicht zur Verfügung stehen.

(e) Verhältnismäßigkeit i.e.S.

Die dritte Regelungsstufe des Übermaßverbotes ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i.e.S. Er wird überwiegend so verstanden, daß ein Mittel nicht (erkennbar, offensichtlich) außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen darf bzw. positiv gewendet, daß ein Mittel in einem angemessenen (rechten, vernünftigen) Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen müsse.¹⁴⁹ Für das Grundrecht der Berufsfreiheit hat das BVerfG den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i.e.S. durch die sog. Stufentheorie konkretisiert.¹⁵⁰ Dabei werden die vorkommenden Eingriffsarten typisiert und aus der unterschiedlichen Schwere der typisierten Eingriffe das Gewicht der öffentlichen Interessen bestimmt, das vorliegen muß, damit der Eingriff verhältnismäßig ist.¹⁵¹ Aus der Einordnung der kommunalen Wettbewerbsteilnahme als Eingriff in die freie Berufsausübung folgt danach, daß sie durch "vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls" gerechtfertigt sein muß: Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen; der Grundrechtsschutz beschränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer Auflagen".¹⁵²

¹⁴⁹ Hirschberg, S. 75 m.w.N.

¹⁵⁰ BVerfGE 7, 377 (405 ff.); Vgl. Scholz, Rdnr. 318 ff. m.w.N.

¹⁵¹ So Genz, NJW 1968, 1600 (1603).

¹⁵² BVerfGE 7, 377 (378 LS 6a).

4. Art. 14 GG: Gewährleistung des Eigentums

a) Meinungsstand

Neben dem Grundrecht der Berufsfreiheit wird die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG zum Schutz der wirtschaftlichen Betätigung Privater herangezogen. Für die Abwehr der Konkurrenz eines staatlichen Wirtschaftsunternehmens bietet Art. 14 GG nach fast allgemeiner Ansicht jedoch kaum bzw. keine Anhaltspunkte. So läuft der Schutz privater Unternehmen vor staatlicher Konkurrenz aus Art. 14 GG auch bei denjenigen Autoren leer, die aus Art. 12 Abs. 1 GG noch gewisse Grenzen herleiten.¹⁵³ Eine bedeutsame Rolle spielt dabei auch die vom BVerfG teilweise praktizierte Parallelisierung des Grundrechtsschutzes aus Art. 12 und 14 GG¹⁵⁴, bei der von der Vereinbarkeit einer Maßnahme mit Art. 12 auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 14 geschlossen wird.¹⁵⁵ Dieses Vorgehen darf nicht dazu führen, den Schutzgehalt eines Grundrechts auf die Festlegung der Schranken zu begrenzen.¹⁵⁶ Gerade bei Art. 12 und 14 sind schon die Schutzgüter so verschieden, daß nur eine Einzelanalyse sachgerechte Ergebnisse liefern kann. Darüberhinaus kommt Art. 14 durch die Enteignungsregelung in Abs. 3 auch insofern eine besondere Bedeutung zu, als bestimmte Arten von zulässigen Grundrechtseingriffen an Gegenleistungen des Staates gebunden sind, so daß auch von daher genau zu prüfen ist, ob der Schutzbereich jeweils betroffen ist.

b) Der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG

Schutzgut des Art. 14 Abs. 1 GG ist das Eigentum. Geschützt wird die Herrschafts- und Nutzungsbefugnis, das Recht des "Habens" und "Gebrauchmachens" an einem konkreten Gegenstand.¹⁵⁷ Anders als Art. 12 Abs. 1 GG, der unmittelbar an ein Verhalten anknüpft, ist das Schutzgut des Art. 14 selbst eine durch die Rechtsordnung konstituierte Größe, denn Eigentum wird von der Rechtsordnung nicht vorgefunden, sondern durch die Zuordnung von Gegenständen und Rechten zu Verfügungsberechtigten Personen erst geschaffen. Deshalb enthält Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG die Bestimmung, daß Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt werden.¹⁵⁸ Nur Rechtspositionen unterfallen daher dem Schutz des Art. 14 und nicht jede beliebige tatsächliche Verhaltensmöglichkeit als solche, sondern nur als Ausfluß einer Verfügungs- und/oder Nutzungsbefugnis.

Ein zweiter Unterschied zu Art. 12 Abs. 1 GG liegt darin, daß dieser unmittelbar ein Verhalten schützt, das sich unter anderem als wirtschaftliche Betätigung darstellt, während bei Art. 14 Gegenstände und Rechte geschützt werden, die erst in Beziehung zur wirtschaftlichen Betätigung des Eigentümers gesetzt werden müssen. Daher ist zunächst zu fragen, welche Eigentumsrechte durch die Konkurrenz eines staatlichen Unternehmens betroffen werden können und wie diese durch Art. 14 geschützt sind.

¹⁵³ Vgl. z.B. Ossenbühl, Bestand, S. 122 ff.; Papier, in: HdBdVerfR, S. 625 f.; v. Maydell/Scholz, Grenzen der Eigentumsverwaltung, S. 127 ff.

¹⁵⁴ Vgl. BVerfGE 8, 71 (79 ff.); 21, 150 (154 ff.); 50, 290 (339 ff.); vgl. auch BGHZ 78, 41 (45); anders jedoch BVerfGE 17, 232 (248); 22, 380 (386); 34, 252 (257).

¹⁵⁵ Zustimmend: Ossenbühl, Bestand, S. 124; kritisch: Scholz, Rdnr. 142.

¹⁵⁶ Vgl. dazu: Wendt, AöR 104 (1979), S. 414 ff.

¹⁵⁷ Papier, Rdnr. 8; BVerfG DÖV 1986, 788 (790 m.w.N.).

¹⁵⁸ Schwerdtfeger, Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, S. 13.

(1) Das Recht am Gewerbebetrieb

Der Schutz wirtschaftlicher Betätigung Privater aus Art. 14 wird durchweg auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gestützt.¹⁵⁹ Da zum Gewerbebetrieb auch die geschäftlichen Verbindungen und der Kundenstamm gerechnet werden,¹⁶⁰ ist durch das Recht am Gewerbebetrieb die Verbindung zur wirtschaftlichen Betätigung hergestellt. Abgesehen davon, daß nach allgemeiner Ansicht zum Recht am Gewerbebetrieb nicht die äußeren Bedingungen der Erwerbstätigkeit gehören und daher in den Fällen des "normalen" Wettbewerbs kein Eingriff vorliegt¹⁶¹, stellt sich auch die Frage, ob das Recht am Gewerbebetrieb überhaupt eine selbständige Rechtsposition im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG ist.¹⁶² Anlaß zu Skepsis bieten u.a. zwei Äußerungen des BVerfG und die Neuorientierung der zivilrechtlichen Begründung des Rechts am Gewerbebetrieb.

Das BVerfG hat zunächst bezweifelt, "ob der Gewerbebetrieb als solcher die konstituierenden Merkmale des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs aufweist"¹⁶³ und darauf hingewiesen, daß es sich in erster Linie um die tatsächliche, nicht jedoch die rechtliche Zusammenfassung von Einzelpositionen an Sachen und Rechten handelt. In der Naüauskiesungsentscheidung hat es dann weiter ausgeführt, daß der Schutz des Gewerbebetriebs ohnehin nicht weiter gehen könne als der Schutz, den dessen wirtschaftliche Grundlage genießt.¹⁶⁴ Hinter diesen Vorbehalten steht die Konstruktion des Rechts am Gewerbebetrieb im Zivilrecht als deliktischer Generalklausel bzw. als Auffangtatbestand, der seinen Schwerpunkt nicht im Tatbestand, sondern in der rechtlichen Bewertung des schädigenden Verhaltens findet, also vornehmlich Verhaltensunrecht normiert.¹⁶⁵ Es fehlt damit vor allem an einem bestimmbareren Schutzgegenstand, der als Eigentumsposition im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG aufgefaßt werden könnte.

Die Problematik wird noch deutlicher, wenn man den Wandel der zivilrechtlichen Begründung des Rechts am Gewerbebetrieb in die Betrachtung einbezieht. Ursprünglich wurde das Recht am Gewerbebetrieb als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB angesehen¹⁶⁶ und dem Eigentumsrecht (des § 823 Abs. 1 BGB) weitgehend gleichgestellt. Von daher erschien es möglich, das Recht am Gewerbebetrieb in den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG mit einzubeziehen.¹⁶⁷ Von Beginn an wurde die Besonderheit des Rechts am Gewerbebetrieb aber dadurch herausgestellt, daß es als Auffangtatbestand angesehen wurde und die Rechtswidrigkeit des schädigenden Verhaltens eigens nachgewiesen werden mußte. Auch an die Voraussetzungen für einen deliktsrechtlich relevanten Eingriff wurden durch die Einführung des

¹⁵⁹ Vgl. z.B. *Ossenbühl*, Bestand, S. 122 ff.; v. *Maydell/Scholz*, Grenzen der Eigenwirtschaft, S. 127; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 104 f.; *Erichsen*, Kommunalrecht, S. 175.

¹⁶⁰ Vgl. grundlegend: BGHZ 23, 157 (162 f.); 45, 150 (155) st. Rspr.; BVerfGE 1, 264 (277 f.); 50, 290 (340); *Bryde*, in: v. Münch, Kommentar zum GG, Bd. 2, Art. 14, Rdnr. 18; *Papier*, Rdnr. 96; *Badura*, AöR 98 (1973), S. 153 (159, 164 f.).

¹⁶¹ Vgl. BGH NJW 1964, 769; NJW 1967, 1857; NJW 1968, 293; BGHZ 40, 355 (366); BVerfGE 45, 142 (173); *Papier*, Rdnr. 100; *Ossenbühl*, Bestand, S. 125 f.; v. *Maydell/Scholz*, Grenzen der Eigenwirtschaft, S. 128.

¹⁶² Vgl. *Bryde*, in: v. Münch, Kommentar zum GG, Bd. 2, Art. 14, Rdnr. 18, 163 BVerfGE 51, 193 (221 f.).

¹⁶³ BVerfGE 58, 300 (353).

¹⁶⁴ Vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rdnr. 614; *Bryde*, in: v. Münch, Kommentar zum GG, Bd. 2, Rdnr. 18.

¹⁶⁵ Vgl. Münchener-Kommentar/Mertens, § 823, Rdnr. 485; *Schnug*, JA 1985, 440 (442 m.w.N.).

¹⁶⁶ Vgl. Münchener-Kommentar/Mertens, § 823, Rdnr. 485; *Schnug*, JA 1985, 440 (442 m.w.N.).

¹⁶⁷ Vgl. BVerfGE 1, 264 (277): "Es ist innerlich berechtigt, die Sach- und Rechtsgesamtheit, als die sich der Gewerbebetrieb darstellt, dem reinen Sacheigentum gleichzustellen."

Unmittelbarkeitserfordernisses bzw. der Betriebsbezogenheit besondere Anforderungen gestellt.¹⁶⁸ Im Zuge der Ausbildung einer zunehmend restriktiven Kasuistik, verlagerte sich der Schwerpunkt der Rechtsfigur dann mehr und mehr von dem Gedanken der Verletzung eines Rechtsgutes auf die Vorstellung der Mißbilligung eines bestimmten Verhaltens.

Ein mißbilligtes Verhalten, das Schadensersatzansprüche auslöst, kann aber weder als Eigentumsposition im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG noch als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB aufgefaßt werden. Die zivilrechtliche Lehre hat daher zum Teil die Konsequenz gezogen und das Recht am Gewerbebetrieb als richterrechtlich ausgebildetes Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB oder als sittenwidriges Verhalten gemäß § 826 BGB eingeordnet.¹⁶⁹ Diese insgesamt konsequente Entwicklung sollte auch im öffentlichen Recht gebührend beachtet werden und dazu führen, sich vom Recht am Gewerbebetrieb bei Art. 14 Abs. 1 GG zu verabschieden und den Hinweis des BVerfG zu beherzigen, auf die jeweils betroffene konkrete Eigentumsposition Bezug zu nehmen.

(2) Rechtspositionen bei der wirtschaftlichen Betätigung

Konkrete Rechtspositionen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG, die die Grundlage einer wirtschaftlichen Betätigung darstellen können, sind zunächst das Eigentum an Gegenständen wie Maschinen, Anlagen, Inventar, Fahrzeugen. Weiter kommen Rechte, wie Patente, Gebrauchsmuster und Warenzeichen in Betracht, sowie Rechtspositionen aus Verträgen, etwa Liefer- und Kaufverträgen.¹⁷⁰ Der eigentumsrechtliche Schutz einer wirtschaftlichen Betätigung hängt somit wesentlich von der Art der Tätigkeit und der dabei verwendeten Mittel ab. So bietet ein Unternehmen, das mit Maschinen und Fahrzeugen arbeitet, andere und mehr Ansatzpunkte für einen Schutz durch Art. 14 GG als die Tätigkeit eines Maklers, dessen Betriebseinrichtung im wesentlichen aus der Büroausstattung besteht.

Für den eigentumsrechtlichen Schutz der wirtschaftlichen Betätigung ist entscheidend, inwieweit sich die Eigentumspositionen auf die Gewährleistung der Betätigung erstreckt, mit anderen Worten, inwieweit z.B. von der Eigentümerstellung an einer Maschine auf einen Schutz der mit ihr ausführbaren wirtschaftlichen Betätigung geschlossen werden kann.

In der Rechtsprechung¹⁷¹ und Literatur¹⁷² findet sich dazu die Aussage, der Schutz durch Art. 14. GG erfasse nicht die äußeren Bedingungen einer Betätigung, die Chancen und bloßen Erwerbsaussichten. Art. 14 schütze nur das Erworbenene, nicht den Erwerb.¹⁷³ Danach erscheint es ausgeschlossen, aus der Eigentumsposition einen Schutz der wirtschaftlichen Betätigung herzuleiten. Besonders deutlich wird dies in der Aussage des BVerfG in der sog. Lumpen-

¹⁶⁸ Vgl. Münchener-Kommentar/Mertens, § 823, Rdnr. 484 ff. m.w.N.

¹⁶⁹ Vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rdnr. 614.

¹⁷⁰ Vgl. *Papier*, Rdnr. 186 ff.

¹⁷¹ Vgl. BVerfGE 17, 232 (248); 28, 119 (142); 30, 292 (335); 38, 61 (102); BVerfG NJW 1978, 1539; VGH Mannheim, NJW 1984, 251 (252 f.).

¹⁷² Vgl. *Papier*, Rdnr. 100 m.w.N.; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 12, Rdnr. 139; *Witig*, in: FS Gebhard Müller, 1970, S. 575 (590); a.A. jedoch *Fikentscher*, in: FS Kronstein, 1967, S. 261 (281 ff.) für den deliktsrechtlichen Schutz.

¹⁷³ BVerfGE 30, 292 (335); 38, 61 (102); vgl. allerdings auch *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG-Kommentar, Art. 14, Rdnr. 1: "Art. 14 soll das Erworbenene und seine Verfügbarkeit (!) schützen."

sammler-Entscheidung, in der freien Wettbewerbswirtschaft bestehe kein verfassungskräftiges Recht auf Erhaltung des Geschäftsumfangs und Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten.¹⁷⁴

Diese Aussagen können aber nur richtig verstanden werden, wenn man den jeweiligen Entscheidungszusammenhang beachtet. Zutreffend ist der Ausschluß von Chancen und Erwerbsaussichten, wenn man darunter eine Garantie für bestimmte Erfolge einer gewerblichen Betätigung versteht. Eine solche Erfolgsgarantie will Art 14 GG sicher nicht abgeben.¹⁷⁵ Anders liegt es aber in den Fällen, bei denen ein funktionstüchtiger Gewerbebetrieb in seinen Betätigungsmöglichkeiten durch staatliche Maßnahmen beschränkt wird. Auch in diesen Fällen argumentieren der BGH und die Literatur gleichwohl, daß die äußeren Gegebenheiten und situationsbedingten Erwerbschancen durch Art. 14 GG nicht geschützt seien.¹⁷⁶ Gemeint ist in diesen Fällen jedoch der enteignungsrechtliche Schutz, der jedoch nicht zu Rückschlüssen auf die Eigentumsrelevanz eines staatlichen Verhaltens bezüglich Art. 14 Abs. 1 GG berechtigt. Das gilt vor allem für die zahlreichen Aussagen des BGH in diesem Zusammenhang, denn seine Äußerungen entstammen nur Entschädigungsverfahren, für die die Zivilgerichte gemäß Art 14 Abs. 3 GG zuständig sind. Nur die sprachliche Gewohnheit hat dabei dazu geführt, daß der enteignungsrechtliche Eigentumsschutz mit dem Eigentumsschutz schlechthin gleichgesetzt wird. Denkt man an den Stellen, an denen in den Entscheidungen des BGH von Eigentumsschutz die Rede ist, den Zusatz "enteignungsrechtlich" hinzu, so gewinnt man die eigentliche Dimension der Aussagen. Die Aussagen des BGH in diesem Zusammenhang betreffen deshalb gar nicht die hier verfolgte Fragestellung.

Daß dieser Gesichtspunkt von großer Bedeutung ist, zeigen zwei Entscheidungen des BVerfG, in denen es ausdrücklich darauf hinweist, daß der Zugriff auf die äußeren Gegebenheiten der unternehmerischen Betätigung sich - als im konkreten Fall bedenkenfreie - Inhalts- und Schrankenregelung im Sinne des Art 14 Abs. 1 S. 2 GG darstellt, mithin eigentumsrelevant ist.¹⁷⁷ Es ist deshalb ungenau, der Rechtsprechung zu unterstellen, sie erkenne bei Art 14 Abs. 1 GG keinen Schutz der wirtschaftlichen Betätigung an. Die insofern einschlägigen Entscheidungen des BVerfG besagen vielmehr genau das Gegenteil.

Etwas ähnliches gilt für die oft als Beleg angeführten Märchenfilm- und Müllabfuhr-Entscheidungen des BGH¹⁷⁸, bei denen es genau genommen um die Frage ging, ob ein Sonderopfer bzw. eine besondere Schwere des Eingriffs vorlag, nicht eigentlich um die Frage der Eigentumsposition. Wenn der BGH davon spricht, es liege keine Eigentumsposition vor, so ist auch dies eine sprachliche Verkürzung. Die Argumente des BGH sind in diesen Entscheidungen ebenfalls nicht gegen das Vorliegen einer nachteilig betroffenen Eigentumsposition gerichtet, sondern gegen die Annahme einer Enteignung bzw. einer selbständig enteignungsfähigen Rechtsposition.¹⁷⁹

174 BVerfGE 24, 236 (251).

175 Vgl. *Papier*, Rdnr. 100; BGH NJW 1975, 1880.

176 Vgl. *Papier*, Rdnr. 100; *Badura*, A8R 98 (1973), S. 153 (167 ff.); BGHZ 45, 83.

177 BVerfGE 13, 225 (229); 45, 142 (173); vgl. auch BGHZ 78, 41 (44 f.).

178 BGH NJW 1964, 769; BGHZ 40, 355; dazu die Anmerkung von *Schwabe*, DVBl. 1981, 386 (387).

179 Der BGH stellt in seinen Entscheidungen, zuletzt im Urteil zum Verbot von Werbefahrten, BGHZ 78, 41 (44 f.), sehr stark auf den Gedanken des Vertrauensschutzes ab. Wie dies in die Dogmatik des Eigentumsschutzes zu integrieren ist, läßt er jedoch offen. Da der Vertrauensschutz nur an eine bereits vorhandene Rechtsposition anknüpfen kann, liegt die Annahme nahe, daß durch ihn eine Rechtsposition zu einer Eigentumsposition erstarken soll. In den Fällen der Müllabfuhr und der Werbefahrten lag mit den bereits vorhandenen Betriebsanlagen (Fahrzeugen) aber

Die Herausnahme bloßer Chancen und Erwerbsaussichten aus dem Eigentumsschutz kann demnach nur so verstanden werden, daß es kein selbständig enteignungsfähiges Recht auf die Beibehaltung eines bestimmten Geschäftserfolges geben kann. Die Rechtsprechung deckt aber nicht die Aussage, daß Art. 14 grundsätzlich keine Betätigungschancen und -möglichkeiten schützt. Die beiden angeführten Entscheidungen des BVerfG gehen in dieser Frage vielmehr von der gegenteiligen Ansicht aus.

Der positive Nachweis, in welcher Weise und in welchem Umfang eine Betätigungsmöglichkeit durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt wird, ist damit eine Frage der Inhaltsbestimmung des (jeweiligen) Eigentumsrechtes. Im Falle der wirtschaftlichen Betätigung geht es dabei konkret um die Inhaltsbestimmung des Eigentumsrechtes an den bei der wirtschaftlichen Betätigung eingesetzten Gegenständen und Rechten, die selbst Eigentumspositionen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG sind. Für diese Inhaltsbestimmung ist zunächst erforderlich, sich den Schutzgehalt und die Schutzrichtung der Eigentumsgarantie zu vergegenwärtigen.

Das BVerfG sieht das Eigentumsrecht als ein elementares Grundrecht an, das in einem inneren Zusammenhang mit der Garantie der persönlichen Freiheit steht.¹⁸⁰ Art. 14 soll dem Einzelnen einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sichern und ihm dadurch eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens ermöglichen.¹⁸¹ Die Eigentumsgarantie zielt damit in erster Linie auf die Sicherung des Bestandes des Eigentums in privater Hand ab, zugleich und untrennbar damit verbunden aber auch auf dessen Verfügung und Nutzung durch den Eigentümer, denn die angesprochene Funktion der Sicherung und Gestaltung des Lebens realisiert sich ja in der Nutzung bzw. Verfügung über das Eigentum.¹⁸² Zu dieser allgemeinen Schutzrichtung tritt die in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG angesprochene Inhaltsbestimmung des Eigentumsrechtes hinzu. Dem Eigentümer soll zwar ein "materieller Bereich freien Beliebens"¹⁸³ gesichert werden, doch nur im Rahmen der durch die Rechtsordnung zugewiesenen Verfügungsbefugnisse. Die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition des Eigentümers besteht deshalb nicht immer in einer beliebigen Verfügungsbefugnis im Sinne des § 903 BGB, sondern aus der Summe der im konkreten Eigentum vereinigten Einzelbefugnisse, wie sie durch die Rechtsordnung zugewiesen werden.¹⁸⁴

Festzuhalten ist, daß Art. 14 Abs. 1 GG das Recht der privaten Unternehmer gewährleistet, die von ihnen bei der wirtschaftlichen Betätigung eingesetzten Gegenstände und Rechte zu nutzen bzw. zu verwenden und sie zur Produktion von Gütern und zur Erbringung von

bereits eine Eigentumsposition vor, die durch das staatliche Handeln entwertet wurde. Deshalb war eine Eigentumsposition betroffen und es konnte nur noch darum gehen, ob nach den Kriterien der Sonderopfer- oder Schweretheorie eine Enteignung zu bejahen war. In diesem Rahmen wären die Überlegungen des BGH zum Vertrauensschutz einzubringen gewesen.

180 BVerfGE 24, 367 (389); 30, 292 (334); 50, 290 (339); DOV 1986, 788 (790); vgl. *Papier*, Rdnr. 2; *Badura*, in: *HdBdVerfR*, S. 653 ff.; *Erichsen*, Staatsrecht I, S. 118 ff., jeweils m.w.N.

181 BVerfGE 24, 367 (389); 50, 290 (339); DÖV 1986, 788 (790 f.).

182 Die in diesem Zusammenhang angesprochene "Privatnützigkeit" darf nicht auf die Sicherung des eigenen Lebens begrenzt werden. Art. 14 stellt gerade durch den Schutz des Privateigentums an Produktionsmitteln auch die "Privatautonomie auf vermögensrechtlichem Gebiet" sicher und damit auch ein wichtiges Mittel für die Gestaltung der Sozialordnung dar. Vgl. dazu *Papier*, Rdnr. 4 m.w.N.

183 Vgl. BVerfGE 31, 329 (334); *Ramsauer*, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, S. 26.

184 *Ramsauer*, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, S. 26.

Dienstleistungen einzusetzen. Damit garantiert Art. 14 Abs. 1 GG weder eine bestimmte Absatzgröße noch einen bestimmten Kundenstamm. Der Bezug zur konkreten Geschäftstätigkeit tritt vielmehr erst bei der Frage zutage, wann eine Beeinträchtigung dieser geschützten Rechtspositionen durch staatlichen Wettbewerbsteilnahme vorliegt.

c) Beeinträchtigung des Eigentums durch staatliche Wettbewerbsteilnahme

Art. 14 Abs. 1 GG schützt den Eigentümer vor rechtswidriger Beeinträchtigung des Eigentums und gewährt in diesen Fällen ein Abwehrrecht in Form eines Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruchs. Die Abwehr kommunaler Wettbewerbsteilnahme aus Art. 14 Abs. 1 GG ist einem privaten Anbieter daher nur möglich, wenn die Wettbewerbsteilnahme durch die Kommune eine Beeinträchtigung des Eigentums darstellt und zudem rechtswidrig ist. Auszugehen ist von den tatsächlichen Auswirkungen der Wettbewerbsteilnahme auf die Verwendungsmöglichkeiten, die sodann auf ihre rechtliche Erheblichkeit hin zu überprüfen sind.

Wie bei der Erörterung des Grundrechts der Berufsfreiheit gezeigt, wirkt sich die Teilnahme der Kommunen am wirtschaftlichen Wettbewerb auf die Absatz- und damit Betätigungsmöglichkeiten der privaten Anbieter aus. Bezogen auf die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Nutzungs- und Verwendungsbefugnis an den bei der wirtschaftlichen Betätigung eingesetzten Gegenständen und Rechten stellen sich Produktion und Absatz als unmittelbare¹⁸⁵ oder mittelbare¹⁸⁶ Folge dieser Befugnis dar.

Die Minderung des Absatzes bzw. der Absatzchancen durch die Marktpräsenz des kommunalen Unternehmens läßt die Verfügungs- bzw. Nutzungsbefugnis als solche, d.h. als abstraktes Recht, zunächst unberührt. Inhalt dieses Rechts ist ja lediglich, daß der Eigentümer den Gegenstand (etwa eine Maschine) nach eigenem Belieben nutzen und z.B. mit ihm Güter produzieren kann. Durch die Verminderung der Möglichkeiten zum erfolgreichen Absatz wird nur die Chance beeinträchtigt, dies mit wirtschaftlichen Nutzen zu tun. Die Produktion als solche bzw. die Nutzung der Maschinen etc. bleiben unberührt.

Diese Betrachtungsweise hat aber den Nachteil, daß sie den Inhalt des Eigentumsrechts losgelöst von seiner Einbettung in seine spezifischen Funktionszusammenhänge bestimmt. Beurteilt man nämlich den Gebrauch von Produktionsgütern unabhängig von der Möglichkeit, die Produkte auch mit Aussicht auf Absatz anzubieten, so wäre selbst die Errichtung eines staatlichen Monopols eine das Eigentumsrecht nicht beeinträchtigende Maßnahme, da die abstrakte Verwendungsbefugnis auch in diesem Fall unbehindert fortbesteht. Daß damit der Garantiegehalt des Art. 14 Abs. 1 GG verfehlt wird, liegt auf der Hand und es besteht auch Einigkeit, daß eine Monopolisierung einen Eingriff in Art 14 darstellt.¹⁸⁷ Es ist daher erforderlich, die abstrakte Verwendungsbefugnis in eine funktionelle Beziehung zur

¹⁸⁵ So z.B. die Verwendung von Omnibussen im Personennahverkehr.

¹⁸⁶ So bei der Produktion von Waren durch Maschinen und Anlagen.

¹⁸⁷ Vgl. z. B. BVerwG NJW 1978, 1539 (1540); Badura, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 313 f.; Dickersbach, WiVerw 1983, 187 (195 ff.).

"wirtschaftlich sinnvollen Verwendungsmöglichkeit" zu stellen. Nur so wird die Eigentumsposition in ihrem realen Wert erfaßt.

Die Herstellung dieses Funktionszusammenhanges hat in den dargelegten systematischen Rahmenbedingungen der Eigentumsgarantie zu erfolgen. Das bedeutet zunächst, daß es nicht darum gehen kann, ein eigenständiges Recht auf eine "wirtschaftlich sinnvolle Verwendung" zu kreieren, dessen Entzug eine Enteignung darstellen würde. Der Bezug auf die wirtschaftliche sinnvolle Verwendung konkretisiert bzw. konstituiert vielmehr nur das Merkmal der Beeinträchtigung, indem für die Beeinträchtigung auf den Wert und die Funktion der Nutzungsbefugnis im Lichte der "bestimmungsgemäßen Verwendung"¹⁸⁸ des konkreten Eigentumsobjektes abgestellt wird.

Unter der "bestimmungsgemäßen Verwendung" ist dabei nicht eine rechtlich privilegierte Verwendungsbefugnis zu verstehen, sondern ein wertendes Element, das dazu dient, den realen Wirkungszusammenhang der Eigentumsnutzung in die dogmatische Struktur des grundrechtlichen Schutzmechanismus zu integrieren. Dabei ist die "bestimmungsgemäße Verwendung" nicht von subjektiven Zielsetzungen des Eigentümers abhängig, sondern kategorial nach Funktion und Typik des Eigentumsobjektes zu bestimmen. Sie besteht bei Produktionsgütern darin, daß sie zur Produktion im Sinne eines wirtschaftlich sinnvollen Verhaltens, d.h. mit Absatzaussicht, eingesetzt werden können. Dabei handelt es sich selbstverständlich nicht um eine positive Garantie der Absatzmöglichkeiten, sondern gemäß der Wirkweise der Grundrechte als Abwehrrechten um die Abwehr von staatlichen Eingriffen in die Absatzmöglichkeiten. Ist die Verwendungsbefugnis als Inhalt des Eigentumsrechts somit dann beeinträchtigt, wenn die Möglichkeit der wirtschaftlich sinnvollen Verwendung als der bestimmungsgemäßen Verwendung nachteilig betroffen ist, so kommt es für die Bestimmung der Reichweite des grundrechtlichen Abwehrensanspruches darauf an festzustellen, wann durch die Teilnahme eines kommunalen Unternehmens am wirtschaftlichen Wettbewerb die wirtschaftlich sinnvolle Verwendung gefährdet wird.

Das Merkmal "wirtschaftlich sinnvoll" wird bestimmt durch die Marktdaten des jeweiligen Angebotes (Ware oder Dienstleistung). Interne Mängel eines einzelnen Anbieters aufgrund schlechter Organisation oder Geschäftsführung werden daher nicht erfaßt. Darin liegt das typische unternehmerische Risiko, das durch Art. 14 nicht abgesichert werden kann. Eine wirtschaftlich sinnvolle Betätigungsmöglichkeit liegt daher solange vor, wie ein Absatz zu normalen Marktbedingungen möglich ist. Das Auftreten eines neuen Konkurrenten, sei es eines privaten oder staatlichen, ändert an diesen Marktbedingungen nichts, auch dann nicht, wenn einzelne Anbieter vom Markt verdrängt werden. Denn im Ausleseprozeß unter normalen Marktbedingungen trifft es in der Regel diejenigen Unternehmen, die an internen Mängeln leiden. Art. 14 Abs. 1 GG schützt daher nicht vor dem Auftreten eines kommunalen Unternehmens, das sich marktkonform verhält.

Die Absatzmöglichkeiten zu normalen Marktbedingungen ändern sich aber dann, wenn ein Anbieter durch sein Angebot oder sonstiges Marktverhalten den Marktmechanismus derart beeinflusst, daß die normale Preis-Leistung-Orientierung außer Kraft gesetzt bzw. wesentlich beeinträchtigt wird. Im Verhältnis privater Wettbewerber wird diesem Verhalten z.B. durch die

¹⁸⁸ Vgl. BGH NJW 1968, 1857.

Rechtsprechung zum Verkauf unter Einstandspreis Einhalt geboten.¹⁸⁹ Für die kommunalen Unternehmen ergeben sich in diesen Fällen die Grenzen jedoch direkt aus Art. 14 Abs. 1 GG, da durch die Änderung der Marktbedingungen die wirtschaftlich sinnvolle Verwendungsmöglichkeit der privaten Anbieter nachteilig betroffen ist und damit ein Eingriff in das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentum vorliegt.

d) Gesetzesvorbehalt

Marktinkonformes Verhalten eines kommunalen wirtschaftlichen Unternehmens verlangt als ein das Eigentum beeinträchtigendes Verhalten eine gesetzliche Ermächtigung. Da im Rahmen der Prüfung des Art. 12 Abs. 1 GG festgestellt wurde, daß die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune der Legitimation durch ein Gesetz bedarf und bei marktinkonformem Verhalten sogar eine spezielle Regelung durch das Parlament erforderlich ist, kann auf für die Fragen des Gesetzesvorbehaltes auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.¹⁹⁰

e) Übermaßverbot

Das gleiche gilt für das Übermaßverbot hinsichtlich der Grundsätze der Geeignetheit und Erforderlichkeit, insofern sie nur der Evidenz- und Vertretbarkeitskontrolle unterfallen. Die Maßstäbe für eine evidente Fehlsamkeit bzw. Vertretbarkeit der gesetzgeberischen Entscheidung sind bei Art. 12 und 14 als gleich anzusehen. Für die Fälle der vollständigen inhaltlichen Kontrolle ist demgegenüber eine eigene Prüfung notwendig.

(1) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Die Suche nach anderen geeigneten Mitteln zur Zweckerreichung mit geringeren Freiheitseinbußen unterscheidet sich bei der Eigentumsgarantie von der Freiheit der Berufsausübung, als hier nicht die Betätigung selbst und die damit verbundene Gestaltungskompetenz, sondern nur die Nutzung konkreter Eigentumsobjekte geschützt ist.

Als milderes Mittel gegenüber der eigenwirtschaftlichen Betätigung kommt die Einbeziehung privater Unternehmer und ihrer Anlagen in die Aufgabenerfüllung in Betracht. Aufgabenerfüllung bedeutet ja in erster Linie, daß die Kommune bestimmt, welche Aufgabe auf welche Weise und zu welchen Konditionen wahrgenommen wird. Zu ihr gehört es nicht wesentlich, daß dies mit eigenen Anlagen geschieht. Da es bei Art. 14 GG nicht darauf ankommt, daß der Eigentümer selbst die Aufgabenausführung inhaltlich bestimmt - dies fällt, wie gesagt in den Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG -, genügt auch die bloße Verwendungsmöglichkeit der Eigentumsgegenstände zu bzw. in einem Produktionsprozeß zur Wahrung der grundrechtlich geschützten Eigentümerposition.

¹⁸⁹ Vgl. BGH GRUR 1979, 321; 1978, 649; 1978, 652.

¹⁹⁰ Vgl. oben 3. c) (2) (c), S. 66 ff.

In der Literatur wird in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, daß das Übermaßverbot sich nicht auf die Aufgabenträgerschaft beziehe.¹⁹¹ Gegen diesen Grundsatz wird durch die Beteiligung Privater an der Aufgabenausführung nicht verstoßen, da die Aufgabenträgerschaft bei der Kommune verbleibt.

Unter dem Gesichtspunkt der Freiheitseinbuße stellt die Einbeziehung privater Anlagen und Betriebe in die kommunale Aufgabenerfüllung also in der Tat ein milderes Mittel gegenüber der eigenwirtschaftlichen Betätigung dar. Es kommt nun darauf an, ob dieses Mittel auch die gleiche Wirksamkeit besitzt. Das hängt wesentlich davon ab, wie zuverlässig und mit welchem Kostenaufwand Private in die kommunale Aufgabenerfüllung integriert werden können.¹⁹² Deshalb wird man nicht allgemein sagen können, daß Private zu beteiligen sind, sondern nur im Einzelfall prüfen können, in welcher Weise und mit welchen Folgen für die Aufgabenerfüllung dies möglich ist. Da die insofern entscheidende Einschätzung der "gleichen Wirksamkeit" vornehmlich Aufgabe der Verwaltung ist und ihr insofern eine "Einschätzungsprärogative" zugestanden werden muß¹⁹³, wird man einen aus Art. 14 Abs. 1 GG herleitbaren Anspruch nur bei marktinkonformen Verhaltensweisen und dann annehmen können, wenn sowohl die Zuverlässigkeit der privaten Betriebe wie auch die organisatorische Kompatibilität sicher nachgewiesen werden können.

(2) Verhältnismäßigkeit i.e.S.

Die Verhältnismäßigkeit i.e.S. oder Proportionalität ist dann gewahrt, wenn ein Mittel in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Zweck steht¹⁹⁴, bzw. genauer: wenn die von der Maßnahme ausgehenden Freiheitsbeeinträchtigungen nicht außer Verhältnis zu dem erbrachten (Gemeinwohl-) Nutzen stehen. Die damit erforderliche Abwägung verlangt eine Bewertung und einen Vergleich sowohl der konkreten Freiheitseinbußen, wie auch des verfolgten (Gemeinwohl-) Zieles.¹⁹⁵ Auf Gesetze ist der Grundsatz demzufolge nur anwendbar, wenn sie hinreichend genau die abzuwägenden Positionen bezeichnen¹⁹⁶, da eine Abwägung ansonsten unmöglich ist. § 18 Abs. 1 GO und § 16 Abs. 1 KrO stellen jedoch keine solchen konkreten Regelungen dar, da sie eine unüberschaubare Vielzahl konkreter Zielsetzungen umfassen.

Im Hinblick auf die konkrete Wettbewerbsteilnahme kommunaler Unternehmen verlangt der Grundsatz eine Wertung der (unternehmerischen) Nutzungsbefugnis sowie der Versorgung der Einwohner, die als Generalzweck durch § 18 Abs. 1 GO und § 16 Abs. 1 KrO vorgegeben sind. Da Art. 14 Abs. 1 GG nur durch marktinkonforme Maßnahmen beeinträchtigt wird,

¹⁹¹ Vgl. oben 3. c) (3) Fn. 142.

¹⁹² Ein interessantes Beispiel ist in diesem Zusammenhang das sog. "Busmodell Itzehoe" (vgl. FAZ v. 3.2.1987, S. 14) bei dem die Aufträge für den Nahverkehr alle fünf Jahre neu an private Unternehmer vergeben werden und auf diese Weise ein Wettbewerb trotz kommunaler Aufgabenträgerschaft ermöglicht wird.

¹⁹³ Dazu vgl. BVerwGE 39, 329 (334); Wolff/Bachof, VwR I, § 31 I c 4; Vitzthum, AöR 104 (1979), S. 580 (598 Fn. 63); Scholz, DÖV 1976, 441 (442 f.); Schmidt-Jortzig, HkWP, Bd. 5, S. 58; Hidién, Gemeindliche Betätigungen, S. 157 Fn. 117.

¹⁹⁴ BVerfGE 10, 89 (117); 15, 226 (234); 18, 353 (362); 35, 382 (401); 38, 281 (302).

¹⁹⁵ Kritisch dazu: Schlink, EuGRZ 1984, 457 (461), der es für unmöglich hält, "überzeugende Gewichtung- und Vergleichskriterien zu finden."

¹⁹⁶ Vgl. Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 139.

müssen die dieses Verhalten rechtfertigenden Gründe, in einem vernünftigen Verhältnis zu den damit verursachten Beeinträchtigungen der wirtschaftlichen Betätigung der privaten Anbieter stehen. Das ist durchweg anzunehmen, wenn etwa Versorgungsdefizite, soziale Ausgleichsfunktionen oder gleiche Zugangsmöglichkeiten aller Bevölkerungsschichten zu einer bestimmten Leistung Sinn und Zweck einer wirtschaftlichen Betätigung darstellen. Nicht gewahrt ist die Proportionalität demgegenüber, wenn das marktinkonforme Verhalten von Gründen getragen wird, die nicht auf die Versorgung der Einwohner abzielen, sondern z.B. der Verbesserung der Leistungsbilanz einer kommunalen Einrichtung¹⁹⁷ oder der Kontrolle der Marktmacht vorhandener privater Anbieter dient. Die in diesen Fällen eintretende Freiheitseinbuße bei den privaten Anbietern überwiegt die rein fiskalischen Zielsetzungen der Verwaltung.

f) Enteignung

Zu untersuchen ist schließlich, inwiefern eine kommunale Wettbewerbsteilnahme enteignend wirken kann. Dafür kommt es darauf an, unter welchen Voraussetzungen die Auswirkungen der Wettbewerbsteilnahme nach den von der Schwere- und Sonderopfertheorie vermittelten Kriterien¹⁹⁸ enteignend wirken.

Maßgeblich für die Feststellung der enteignenden Wirkung ist die vom Gesetz erfaßte typische Konstellation, nicht der Einzelfall. Die bei jeder gesetzlichen Regelung anzutreffenden Sonderfälle, bei denen Auswirkungen von atypischer Schwere zu erwarten sind, stellen deshalb grundsätzlich keine Enteignung dar. Das BVerfG hat dazu generell bemerkt, daß einzelne Fälle mit atypischer, besonderer Betroffenheit grundsätzlich in Kauf zu nehmen sind und an sich an der Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Regelung nichts ändern, zumal jede Regelung Grenzfälle erzeugt und daher auch bei anderer Grenzziehung Probleme entstehen würden.¹⁹⁹ Wie auch das BVerfG in seiner Pflichtexemplar-Entscheidung²⁰⁰ ausgeführt hat, liegt die Grenze für die gesetzliche Regelung darin, daß die von der gesetzlichen Regelung einheitlich erfaßten Fälle gleichartig sein müssen. Erst dann, wenn es aufgrund der verschiedenen Arten der Betroffenheit gleichheitswidrig wäre, alle Fälle einheitlich zu behandeln, ist der Weg zur Annahme einer Enteignung geöffnet.²⁰¹ Der Gesetzgeber müßte dann die Fälle besonders schwerer Betroffenheit gesondert regeln und eine Entschädigungsregelung für sie vorsehen. Solange jedoch der Gleichheitssatz gewahrt ist, stellen die Randfälle mit besonders schweren Belastungen zulässige Regelungen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG dar, die als Eigentumswertbeschränkung so zu verstehen sind, daß ein Wertersatz für die atypischen Fälle nicht zu gewähren ist.²⁰²

¹⁹⁷ Vgl. zu einem solchen Fall: OVG Münster, DÖV 1986, 339 und dazu *Stier*, Städte- und Gemeindebund 1984, 174. Die Kommune bot in diesen Fällen Sauna-Benutzung im Hallenbad 30 % unter dem Marktpreis an, um dadurch die Auslastung des Hallenbades zu erhöhen. Das OVG sah darin jedoch keine Rechtsverletzung.

¹⁹⁸ Vgl. dazu: *Papier*, Rdnr. 291 ff. m.w.N.

¹⁹⁹ Vgl. BVerfGE 17, 232 (245); *Jakobs*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 140 f.

²⁰⁰ BVerfGE 58, 137.

²⁰¹ Vgl. *Hendler*, DVBl. 1983, 873 (880).

²⁰² So *Papier*, Rdnr. 283, 286.

V. KOMMUNALRECHTLICHE GRENZEN DER WIRTSCHAFTLICHEN BETÄTIGUNG

Die Gemeinde- und Kreisordnung setzen der wirtschaftlichen Betätigung in den §§ 88 ff. GO Grenzen, indem die wirtschaftliche Betätigung in der organisatorischen Form des "wirtschaftlichen Unternehmens" besonderen Zulässigkeitsanforderungen unterworfen wird.

1. Der Begriff des "wirtschaftlichen Unternehmens" in § 88 GO

Die im 3. Abschnitt des 6. Teils der Gemeindeordnung getroffenen Regelungen über die wirtschaftliche Betätigung und privatrechtliche Beteiligung der Kommunen knüpft in den meisten Bestimmungen an den Begriff des "wirtschaftlichen Unternehmens" an. Die in Nachfolge des § 67 DGO (1935) gebildete Vorschrift des § 88 GO¹ enthält jedoch ebensowenig wie dieser eine Definition. In der Praxis hat sich allerdings weitgehend eine in der Ausführungsverordnung zu § 67 DGO verwendete Formel durchgesetzt, nach der unter wirtschaftlichen Unternehmen einer Gemeinde diejenigen Einrichtungen und Anlagen zu verstehen sind, die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können.² Diese, eigentlich auf den Begriff der wirtschaftlichen Betätigung abzielende Begriffsbestimmung ist für eine präzise Zuordnung im Rahmen der §§ 88 ff. GO jedoch ungeeignet. Denn da es keinen allgemeingültigen Unternehmensbegriff gibt, dieser vielmehr durch den jeweiligen Regelungszweck bestimmt wird, kann eine solche Definition nur unter genauer Bezugnahme auf diesen Regelungszweck erfolgen. Es bedarf deshalb einer genaueren Analyse des Regelungszwecks der §§ 88 ff. GO.

a) Systematische Interpretation

Die systematische Interpretation zeigt zunächst, daß die §§ 88 ff. GO als 3. Abschnitt im 6. Teil der Gemeindeordnung einen engen Bezug zu den übrigen finanzwirtschaftlichen Regelungen des 6. Teil besitzen.³ Wie die Mehrzahl der Regelungen des 6. Teils belegen, steht dabei die ordnungsgemäße Sicherung und Verwaltung des Gemeindevermögens gemäß den allgemeinen Grundsätzen der Haushaltswirtschaft im Vordergrund. Die allgemeinen Grundsätze sind in § 62, die speziell für die Vermögensverwaltung geltenden in § 76 niedergelegt. Sie verlangen vor allem die Sicherung der stetigen Erfüllung der kommunalen Aufgaben sowie eine sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung.⁴ Dieser Regelungszweck spiegelt sich auch im 3. Abschnitt vielfältig wider. So sind die wirtschaftliche Führung bzw. Verwaltung der Unternehmen und Beteiligungen gem. §§ 88 Abs. 2, 89 Abs. 2, die Begrenzung der Haftung bei der Wahl privatrechtlicher Organisationsformen und die in § 94 vorgesehene Erwirtschaftung von Erträgen die maßgeblichen und beherrschenden Regelungselemente, hinter denen andere

¹ Zunächst § 69, durch Änderung der GO durch Gesetz vom 1.7.1972 inhaltsgleich als § 88.

² Sog. Popitz-Kriterium, Runderlaß des PrMdI v. 22.3.1935, MinBl. 1935, S. 475; vgl. v. *Loebell/Decker*, GO NW, 4. Aufl., § 88, Erl. I; *Rauball/Papernmann/Roters*, GO NW, § 88, Rdnr. 3; *Hidien*, Gemeindliche Betätigungen, S. 39 ff. m.w.N.; *Gerke*, Jura 1985, 349 (350); *Plüner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 28 f.

³ Vgl. dazu schon oben Kap. III. S. 43 ff.

⁴ Vgl. *Scheel/Steup*, Gemeindehaushaltsrecht NW, § 62, Erl. II (S. 55 f.); *Fuchs*, HkWP, Bd. 2, S. 406; allgemein dazu auch *Krebs*, Kontrolle, S. 185.

Regelungsaspekte weit zurücktreten. Wie bereits gezeigt wurde⁵, stellt sich der 3. Abschnitt mit den §§ 88 ff. deshalb als spezialisierende Anwendung der im 1. Abschnitt aufgestellten allgemeinen Grundsätze der Haushaltswirtschaft auf organisatorisch verselbständigte Verwaltungseinheiten dar.

b) Historisch-genetische Interpretation

Dieses Auslegungsergebnis wird bestätigt durch die historisch-genetische Interpretation unter Rückgriff auf § 67 DGO.⁶ Sinn und Zweck des § 67 DGO war es, die Gemeinden in der damaligen konkreten historischen Lage vor unnötigen Engagements und daraus resultierenden finanziellen Folgen und Risiken zu bewahren. Es ging um eine "risikobegrenzende Rückführung der wirtschaftlichen Aktivitätseinfaltung auf öffentliche Aufgabenwahrnehmung".⁷ Damit sollten zwar auch unzulässige Übergriffe auf das Gebiet der freien privaten Wirtschaft vermieden werden, wie sie sich damals eingestellt hatten.⁸ Im Bereich der öffentlichen Aufgaben, d.h. im Bereich der kommunalen Verbandskompetenz sollten die Beschränkungen jedoch nichts an der grundsätzlichen Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen ändern, sondern lediglich Tätigkeiten ausschalten, die die Leistungskraft der Kommunen überschritten oder auch anderweitig durch öffentliche oder private Träger erfüllt werden konnten.⁹ Schon aus der gewählten Formulierung "nicht besser und wirtschaftlicher" wird dabei deutlich, daß es nicht um die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips ging, das ja vom Vorrang der kleineren bzw. privaten Einheit und nicht der besseren Einheit ausgeht.¹⁰ Da schließlich die Zurückdrängung der Kommunalwirtschaft auf das Feld öffentlicher Aufgaben in kompetenzrechtlicher Hinsicht nur eine Klarstellung bzw. konsequente Rechtsanwendung bedeutet, kann auch insofern nicht von einem besonderen Schutz der Privatwirtschaft gesprochen werden. Systematische und historisch-genetische Auslegung führen deshalb zum gleichen Ergebnis.

c) Folgerungen

Aus der Erkenntnis, daß die §§ 88 ff. GO vornehmlich der finanziellen Risikobegrenzung und der Sicherung des Einflusses der kommunalen Leitungsorgane auf verselbständigte Verwaltungsuntereinheiten dienen, damit auch bei ihnen die für die Kommunalwirtschaft geltenden allgemeinen Haushalts- und Wirtschaftsgrundsätze beachtet werden, folgt für die Bestimmung des Begriffs des "wirtschaftlichen Unternehmens" iSd § 88 GO, daß maßgebliches Kriterium der Grad an organisatorischer und finanzwirtschaftlicher Verselbständigung ist. Aus diesem Grunde sind die Regiebetriebe keine wirtschaftlichen Unternehmen iSd § 88 GO. Wirtschaftliche Unternehmen iSd § 88 GO sind die Eigenbetriebe, die rechtlich verselbständigten Unternehmen öffentlicher und privater Rechtsform sowie die Beteiligungsgesellschaften.

⁵ Vgl. oben Kap. III. S. 43 ff.

⁶ Vgl. dazu ausführlich und mit den Materialien: Suren, Die Gemeindeordnungen der BRD, Bd. 2, Gemeinde-wirtschaftsrecht, S. 139 ff.; Burmeister, HkWP, Bd. 5, S. 12 ff.

⁷ Burmeister, HkWP, Bd. 5, S. 12.

⁸ Vgl. Burmeister, HkWP, Bd. 5, S. 13.

⁹ Burmeister, HkWP, Bd. 5, S. 12 f.

¹⁰ Vgl. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 18 ff., 28 ff.; Gerke, Jura 1985, 349 (352).

2. Die sogenannte Schrankentrias des § 88 Abs. 1 GO

Die Erkenntnis, daß die §§ 88 ff. GO in erster Linie dem Schutz der Kommunen vor finanziellen Risiken dienen, bedeutet keineswegs, daß sie deren Betätigung nicht auch Schranken setzen, die den privaten Anbietern zugute kommen. Eine andere Frage ist es dabei, ob die Verletzung dieser Schranken von den Konkurrenten gerügt werden kann.¹¹ Im einzelnen ergeben sich aus der Schrankentrias des § 88 Abs. 1 GO folgende Begrenzungen der wirtschaftlichen Betätigung:

a) "Dringender öffentlicher Zweck"

Nach § 88 Abs. 1 S. 1 GO darf die Gemeinde ein wirtschaftliches Unternehmen nur dann errichten oder wesentlich erweitern, wenn ein öffentlicher Zweck es dringend erfordert. Nach der Feststellung, daß mit dem Regelungsmerkmal "öffentlicher Zweck" lediglich auf die in § 18 Abs. 1 GO oder anderen spezialgesetzlichen Regelungen enthaltenen Aufgabenzuweisungen bezug genommen wird, ist als eigenständiges Regelungsmerkmal mit grenzziehender Wirkung nur das dringende Erfordernis anzusehen.

Es ist sehr schwierig, dieses Merkmal weiter zu konkretisieren, da es ganz entscheidend darauf ankommt, welcher Standard in der Versorgung der Einwohner erreicht werden soll. Sinnvoller erscheint es daher, ihm eine verfahrensrechtliche Direktive abzugewinnen, indem von der Kommune - bzw. genauer: vom Rat - verlangt wird, in dem gemäß § 28 Abs. 1 lit. m GO erforderlichen Beschluß zu begründen, warum das Unternehmen bzw. seine wesentliche Erweiterung dringend erforderlich ist. Damit ist jedenfalls gewährleistet, daß sachfremde Erwägungen weitgehend ausgeschaltet werden und zugleich ein konkreter Anhaltspunkt für die rechtliche Überprüfung des konkret verfolgten Zweckes gegeben wird.

b) Sog. Subsidiaritätsklausel

§ 88 Abs. 1 Nr. 1 GO verlangt weiter, daß die gleiche Aufgabe nicht durch andere (staatliche oder private) Unternehmen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann. Dieses Merkmal dient der Begrenzung auf "notwendige" Unternehmen und kann nur im Einzelfall unter Bezugnahme auf die jeweilige Aufgabe und die zur Verfügung stehenden Alternativen konkretisiert werden. Als Anhaltspunkte für die "bessere" Aufgabenerfüllung sind vor allem die Zuverlässigkeit und die örtlich wie sozial gleichmäßige Versorgung der Einwohner anzusehen. Auch die Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung und die Qualität der Leistung sind zu berücksichtigen, obwohl gerade diese Faktoren schwer zu vergleichen sind. Wie die Praxis zeigt, dürfte es sich dabei aber kaum um eine wirkliche Schranke der wirtschaftlichen Betätigung handeln. Die Entscheidung zur Privatisierung ist in der Regel überwiegend von finanziellen Gesichtspunkten abhängig.¹²

¹¹ Dazu unter 3.

¹² Vgl. die vom Deutschen Städtetag vorgelegte Untersuchung: Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, DST-Beiträge zur Kommunalpolitik, Reihe A, Heft 7, Köln 1986.

c) Leistungsfähigkeit und Bedarf

Schließlich legt § 88 Abs. 1 Nr. 2 GO fest, daß das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen muß.

Die Leistungsfähigkeit ist sowohl an der Finanz- wie auch an der Verwaltungskraft der Gemeinde zu messen.¹³ Dabei ist, wie schon der Grundsatz des § 62 Abs. 1 GO zeigt, auch darauf zu achten, daß die Gemeinde auf lange Sicht in der Lage ist, die Kosten- und Verwaltungslast des Unternehmens zu tragen, wobei auch die zu erwartende Belastung durch andere Aufgaben von großer Bedeutung zu berücksichtigen ist. Bei der Orientierung am Bedarf sollen Überkapazitäten und die damit drohenden finanziellen Verluste vermieden. Auch hierbei ist eine vorausschauende Beurteilung geboten.

3. Schutzrichtung der Schrankentrias

Nach wie vor ist umstritten, ob sich aus § 88 Abs. 1 GO subjektiv-öffentliche Rechte privater Unternehmer herleiten lassen.¹⁴ Nach der sog. Schutznormtheorie¹⁵ kommt es darauf an, ob über eine tatsächliche Begünstigung des Einzelnen durch eine Norm hinaus, dessen Schutz zumindest "auch" beabsichtigt ist.

Der BGH hat dies für § 88 mit dem Argument bejaht, daß bei Erlass der Vorgängervorschrift der GO eine Verschärfung gegenüber § 67 DGO gerade auf Betreiben der privaten Wirtschaft erfolgt sei.¹⁶ In der Literatur wird demgegenüber darauf verwiesen, daß die sog. Subsidiaritätsklausel¹⁷ bzw. das Erfordernis des öffentlichen Zwecks¹⁸ zusammen mit der aus Art. 19 Abs. 4 GG abgeleiteten Auslegungsregel zugunsten eines möglichst weitgehenden Individualrechtsschutzes¹⁹ zur Annahme eines subjektiven öffentlichen Rechts führe. Schließlich wird argumentiert, § 88 stelle eine Regelung des "verfassungsgebundenen verhältnismäßigen Ausgleichs zwischen den Grundrechten privater Marktteilnehmer und der verfassungsrechtlichen Gewährleistung kommunaler Wirtschaftstätigkeit" dar und ziele somit auch auf den Schutz der privaten Konkurrenz.²⁰

13 Vgl. *Scheel/Steup*, Gemeindehaushaltsrecht NW, § 88, Erl. II (S. 205).

14 Ablehnend: BVerwGE 39, 329 (336); BayVGHZ 1976, 641; *Schmidt-Jortzig*, HkWP, Bd. 5, S. 61, 67; *Backhaus*, Öffentliche Unternehmen, S. 163; *Schmidt-Aßmann*, in: v. Münch, Bes.VwR, S. 170; bejahend: BGH DVBl. 1962, 102 (103); *Gönnewein*, JZ 1962, 219; *Lerche*, Jura 1970, 821 (831 ff., 852 ff.); *Lindner*, Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeiten, S. 92 ff.; *Gerke*, Jura 1985, 349 (355 f.); *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 132; *Ericksen*, Kommunalrecht, S. 179.

15 Vgl. *Ericksen/Mariens*, Allg.VwR, § 10 II; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Komm.z.GG., Art. 19 IV, Rdnr. 127 ff.; BVerwGE 61, 256 (262); 65, 167 (169 f.); *Kopp*, VwGO, 6. Aufl. 1984, § 42, Rdnr. 48 m.w.N.

16 BGH DVBl. 1962, 102 (103).

17 *Lerche*, Jura 1970, 821 (857 ff.); *Gerke*, Jura 1985, 349 (356).

18 *Lindner*, Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeiten, S. 92 ff.; *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 132.

19 *Lerche*, Jura 1970, 821 (850 ff.).

20 *Ericksen*, Kommunalrecht, S. 179.

Das Bundesverwaltungsgericht hat demgegenüber die individualrechtsschützende Funktion der baden-württembergischen Parallelvorschrift zu § 88 verneint²¹ und sich der auch im Schrifttum verbreiteten Auffassung angeschlossen, daß der Schutz der Gemeinden vor finanziellen Risiken den Regelungszweck des § 88 bestimme.²²

Nach der hier vertretenen Auffassung liegt der Regelungszweck des § 88 GO zwar auch vorrangig im Schutz der Kommunen vor erhöhten wirtschaftlichen Risiken und in der Sicherung der Beachtung der Grundsätze des kommunalen Haushaltsrechts, doch hat sich andererseits auch gezeigt, daß es sich um eine grundrechtsrelevante Tätigkeit handelt. Die in § 88 Abs. 1 GO getroffene Grenzziehung wirkt damit zugleich als Schranke der Grundrechtseinschränkung der privaten Marktteilnehmer und ist von daher als individualrechtsschützend anzusehen.²³

4. Ausnahmen gemäß § 88 Abs. 2 GO

Das in § 88 Abs. 1 GO getroffene Reglement zur Begrenzung und Steuerung der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung findet gemäß § 88 Abs. 2 GO auf weite Bereiche gerade des sozialwirtschaftlichen Betätigungsfeldes keine bzw. eine stark abgewandelte Anwendung. Durch die vom Gesetzgeber gewählte Fiktionstechnik - es heißt: "Als wirtschaftliche Unternehmen im Sinne dieses Abschnitts gelten nicht" - wird deutlich, daß es sich nicht um anders geartete Aufgaben oder Organisationsformen handelt, sondern daß bei der Erfüllung dieser Aufgaben andere finanzwirtschaftliche Kriterien gelten sollen. Wie man an der Art der angeführten Aufgabenbereiche sieht, handelt es sich durchweg um Bereiche, in denen eine Gewinnerzielung ausgeschlossen ist, wie etwa bei der Abfall- und Abwasserbeseitigung, dem Bildungs- und Kulturwesen und dem Sport. Die Aufgabenerfüllung nach sozialen und sachlichen Gesichtspunkten ist in diesen Bereichen wichtiger als die ökonomische Belastung der Kommune. Abfall und Abwasser sollen zuverlässig beseitigt, Bildung, Gesundheit und Kultur für alle Schichten bereitstehen usw.

5. Grundsätze der Unternehmensführung

In § 94 stellt die Gemeindeordnung Grundsätze für die Führung wirtschaftlicher Unternehmen auf, die sich als Begrenzungsmerkmal für deren Marktverhalten erweisen können. Unmittelbar gilt § 94 nur für rechtlich unselbständige Betriebe²⁴, doch verlangt § 89 Abs. 3 die Anwendung seiner Grundsätze auch in Gesellschaften, an denen die Kommune mit mehr als 50 % beteiligt ist.

§ 94 regelt insbesondere das Verhältnis zwischen dem Gebot der Ertragserzielung und der Erreichung des dem Unternehmen vorgegebenen öffentlichen Zwecks. Dabei wird vom Vorrang der Aufgabenerfüllung im Sinne der für das Unternehmen festgelegten Zielvorgabe, also

21 BVerwGE 39, 329 (336).

22 Vgl. *Schmidt-Jortzig*, HkWP, Bd. 5, S. 67; *Burmeister*, HkWP, Bd. 5, S. 15 jeweils m.w.N.

23 Sog. norminterne Wirkung der Grundrechte, vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Komm.z.GG., Art. 19 IV, Rdnr. 123.

24 *Kottenberg/Rehn*, GO, § 94, Erl. I; *Rauball/Pappermann/Roters*, GO, § 94, Rdnr. 1.

jedem dringenden öffentlichen Zweck iSd § 88 Abs. 1, ausgegangen.²⁵ Ein Ertrag soll nur dann erwirtschaftet werden, soweit die Erfüllung des öffentlichen Zwecks dadurch nicht beeinträchtigt wird. Ist die Erwirtschaftung eines Ertrages unter diesen Voraussetzungen möglich, so gibt § 94 Abs. 2 GO Anhaltspunkte für seine Höhe.

Dieser Zusammenhang macht deutlich, daß in § 94 "Wirtschaftlichkeit" nicht mit Rentabilität oder Gewinnerzielung gleichzusetzen ist.²⁶ Vielmehr kann ein kommunales Unternehmen auch dann wirtschaftlich geführt sein, wenn es keine Erträge abwirft, der zu erfüllende Zweck aber nur so verwirklicht werden kann. Im Bereich des Personennahverkehrs ist dies z.B. durchweg der Fall.²⁷ Die Vorschrift stellt andererseits aber auch klar, daß nur dieser eine Grund den Verzicht auf Erträge rechtfertigen kann. Ist ein kommunales Unternehmen dagegen nicht in der Lage, den Preisen privater Anbieter zu folgen, ohne auf Erträge zu verzichten, so muß darin ein Indiz dafür gesehen werden, daß diese wirtschaftlicher arbeiten und das kommunale Unternehmen insofern nicht die Voraussetzungen des § 88 Abs. 1 Nr. 1 GG erfüllt.

²⁵ Vgl. Kottenberg/Rehm, GO, § 94, Erl. II; Münch, HkWP, Bd. 5, S. 75 f., 83.
²⁶ Vgl. Münch, HkWP, Bd. 5, S. 80; Goldhammer, Gemeindehaushalt 1964, 4 ff.
²⁷ Vgl. Scheel/Steup, Gemeindehaushaltsrecht NW, § 94, Erl. II (S. 228).

VI. BEGRENZUNG DER KOMMUNALWIRTSCHAFT DURCH DAS ALLGEMEINE WIRTSCHAFTSRECHT

1. Regelungsgegenstand und -umfang des allgemeinen Wirtschaftsrechts

a) Das allgemeine Wirtschaftsrecht als Marktordnungsrecht

Unter "allgemeinem Wirtschaftsrecht" werden hier diejenigen gesetzlichen Regelungen und Grundsätze verstanden, die allgemein, d.h. unabhängig von verfolgtem Zweck, verwendeter Organisations- oder Handlungsform für den Lebensbereich "Wirtschaft" gelten und diesen ordnen. Es handelt sich dabei um einen Teilbereich der in Art 74 Nr. 11 und 16 GG der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes zugewiesenen Rechtsmaterie. Zum Recht der Wirtschaft iSd Art 74 Nr. 11 GG gehören nach der Rechtsprechung des BVerfG dabei alle Normen, die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regeln.¹ Das allgemeine Wirtschaftsrecht stellt im Gegensatz zum besonderen Wirtschaftsrecht, durch das einzelne Betätigungen, Berufe, Organisationsformen etc. speziellen Regelungen unterworfen werden, den allgemeinen Ordnungsrahmen für die wirtschaftliche Betätigung dar. Zugleich ist es Ordnungsrahmen für die konkurrierende Grundrechtsausübung der privaten Wirtschaftsteilnehmer.²

Die im allgemeinen Wirtschaftsrecht normierten Ordnungsgrundsätze für die wirtschaftliche Betätigung stellen auch Schranken der Freiheit des Berufes dar, die aus den Rechten Dritter, nämlich der anderen Teilnehmer des Wirtschaftsprozesses, aber auch aus dem Interesse der Allgemeinheit an einem freien Wirtschaftsleben hergeleitet werden.³ Das allgemeine Wirtschaftsrecht ordnet das inhaltlich gleichgerichtete, in seinem Vollzug aber als Konkurrenz und Wettbewerb und damit als Konfliktsituation wirkende Verhalten Privater. Es stellt den verhältnismäßigen Ausgleich konkurrierender Grundrechtsausübung dar und errichtet im Allgemeininteresse eine Marktverhaltensordnung. Seine Anwendbarkeit auf die wirtschaftliche Betätigung des Staates und damit seine Maßstabsfunktion für Wettbewerbsverhältnisse zwischen staatlichen und privaten Wirtschaftssubjekten ist von daher nicht selbstverständlich.

b) UWG und GWB - Inhalts- und Verhältnisbestimmung

Kernbestandteile des allgemeinen Wirtschaftsrechts sind das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG)⁴ und das auf der eigenen Kompetenzzuweisung in Art. 74 Nr. 16 GG beruhende Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁵. Beide Gesetze zusammen geben dem Markt, als dem fiktiven Ort, an dem sich die einzelnen Wirtschaftssubjekte mit ihren Angeboten, Leistungen und Nachfragen begegnen, eine Ordnung, die sowohl die freie Betätigung des Einzelnen wie auch die Freiheit des Wirtschaftsprozesses insgesamt, als Institu-

¹ BVerfGE 8, 143 (149); 26, 246 (254); 28, 119 (146); 29, 402 (409); 68, 319 (330); vgl. Maunz, in: Maunz/Dürig, Komm.z.GG., Art. 74, Rdnr. 131.

² Vgl. Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 407 ff.

³ Vgl. Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdnr. 40 ff.

⁴ Gesetz vom 7.6.1909, in der Fassung vom 25.7.1986.

⁵ Gesetz vom 27.7.1957, in der Fassung vom 7.7.1986.

tion sichern soll.⁶ Das GWB bezweckt dabei im öffentlichen Interesse den Schutz des Wettbewerbs. Es will die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und vor Beschränkungen schützen.⁷ Das UWG knüpft an diese Institution des freien Wettbewerbs an und schützt sie "von innen", indem die Anwendung von unlauteren Wettbewerbsmethoden bekämpft und untersagt wird.⁸ Beide Rechtskreise lassen sich indessen nicht so scharf trennen, wie es diese Beschreibung suggeriert. Das gilt insbesondere, seitdem in § 1 UWG ein besonderer Schutz des sog. Leistungswettbewerbs institutionalisiert worden ist, wobei sich dieser Schutz auch auf das Interesse der Allgemeinheit, nicht nur das des einzelnen Konkurrenten bezieht.⁹ Auch die Frage, inwiefern ein gegen das GWB verstößendes Verhalten eines Wettbewerbers zugleich unlauter iSd § 1 UWG ist, gehört in diesen Zusammenhang.¹⁰

Schlüsselbegriffe des UWG und GWB sind Unlauterkeit bzw. Sittenwidrigkeit (UWG) und Marktmacht (GWB). Neben der Frage, ob UWG und GWB überhaupt auf die wirtschaftliche Betätigung des Staates anwendbar sind, gehört es zu den wichtigsten Aspekten, ob diese Schlüsselbegriffe im Rahmen der Anwendung auf die Wettbewerbsteilnahme des Staates eine besondere Auslegung, etwa in der Form verschärfter Einzelkriterien oder besonderer Fallgruppen zulassen oder gar verlangen.

2. Grenzen der Kommunalwirtschaft aus dem GWB

a) Anwendbarkeit des GWB

Das GWB ist gemäß § 98 Abs. 1 auch auf "öffentliche Unternehmen"¹¹ anwendbar. Ob diese Vorschrift dabei deklaratorischen - so die herrschende Meinung - oder konstitutiven Charakter besitzt¹², kann hier dahingestellt bleiben.

Als Unternehmen iSd § 98 Abs. 1 GWB ist nach heute¹³ allgemeiner Ansicht gemäß dem sogenannten "funktionalen Unternehmensbegriff" jedes Wirtschaftssubjekt anzusehen, dem die rechtliche Erfassung bestimmte wirtschaftliche Verhaltensweisen zuordnet, wobei im GWB das maßgebliche Verhalten das Auftreten auf einem Markt ist.¹⁴ Dabei kommt es weder auf die

6 Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG, Rdnr. 48 ff., 50 m.w.N.; *Scholz*, ZHR 132 (1969), S. 97 (99).

7 V. *Gamm*, NJW 1980, 2489; *Baumbach/Hefermehl*, Allg., Rdnr. 78, Einl. UWG, Rdnr. 49 f.; *Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 254 f.

8 V. *Gamm*, NJW 1980, 2489; *Baumbach/Hefermehl*, Allg., Rdnr. 77, Einl. UWG, Rdnr. 47 f.

9 Vgl. v. *Gamm*, NJW 1980, 2489 (2490); *Ulmer*, GRUR 1977, 565 (568 f., 577 ff.); *Baumbach/Hefermehl*, § 1 UWG, Rdnr. 691e, Einl. UWG, Rdnr. 41 ff.

10 Vgl. *Mees*, WRP 1985, 373 (376).

11 Wenn hier und nachfolgend von Unternehmen gesprochen wird, so ist der Unternehmensbegriff des jeweiligen Gesetzes gemeint, nicht der Unternehmensbegriff der §§ 88 ff. GO.

12 Vgl. *Autenrieth*, in: Gemeinschaftskommentar GWB, § 98, Rdnr. 23, 30 m.w.N.; BGH WuW/E, 442 (448).

13 Zur wechselvollen Entwicklung des Meinungsstandes vgl. *Autenrieth*, in: Gemeinschaftskommentar GWB, § 98, Rdnr. 15 f.; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 98, Rdnr. 40 ff.

14 Vgl. *Autenrieth*, in: Gemeinschaftskommentar GWB, § 98, Rdnr. 24; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 98, Rdnr. 42, in Rdnr. 52 ausdrücklich für gemeindliche Unternehmen, jeweils m.w.N.; *Scholz*, ZHR 132 (1969), S. 97 (126 f.).

Rechtsform, noch auf die rechtliche Selbständigkeit an.¹⁵ Das GWB ist damit grundsätzlich auf die kommunale wirtschaftliche Betätigung anwendbar. Weite Bereiche sind indessen durch die sog. Bereichsausnahmen der §§ 99 bis 103 GWB einer nur begrenzten Kontrolle unterstellt. Für die Kommunalwirtschaft ist vor allem die in § 103 GWB geregelte Ausnahme für Versorgungsunternehmen bedeutsam.

b) Unbillige Behinderung gem. §§ 22, 26 Abs. 2 GWB

Abgesehen von den allgemeinen Tatbeständen des GWB, die von öffentlichen Unternehmen im Einzelfall erfüllt werden, ist zu untersuchen, ob ihnen nicht generell eine Sonderstellung zukommt, die zu einer Qualifizierung als marktbeherrschendes Unternehmen iSd § 22 GWB und den daran anknüpfenden Rechtsfolgen, wie der Mißbrauchsaufsicht gem. § 22 Abs. 5 und dem Verbot der unbilligen Diskriminierung gem. § 26 Abs. 2 führt.

Die Ansicht, daß die öffentlichen Unternehmen grundsätzlich aufgrund der allgemeinen Finanzkraft des Staates als marktbeherrschend anzusehen sind, wird in der Literatur nur von *Emmerich* vertreten.¹⁶ Dem ist entgegenzuhalten, daß die Finanzen des Staates (sieht man einmal von der starken Verschuldung der meisten Kommunen ab) nur nach Maßgabe ihrer Zuweisung für einzelne Agenden nach den Haushaltsansätzen zur Verfügung stehen und insofern nicht kumuliert in die Betrachtung einbezogen werden dürfen. Ein genereller Rückschluß auf eine marktbeherrschende Stellung ist so nicht möglich.¹⁷ Eine marktbeherrschende Stellung muß daher auch für kommunale Unternehmen nach den dafür geltenden allgemeinen Grundsätzen im Einzelfall nachgewiesen werden.

Im Schrifttum wird darüber hinaus eine generelle Maßstabsverschärfung für die kartellrechtliche Beurteilung des Verhaltens marktbeherrschender oder marktstarker Unternehmen der öffentlichen Hand gefordert.¹⁸ Dem steht aber das grundsätzliche Bedenken gegenüber, daß das GWB gerade von der Gleichbehandlung aller Unternehmen ausgeht und allgemeine Verhaltensmaßstäbe bereitstellt und kein Sonderrecht des Staates. Es dient gerade nicht der Disziplinierung des Staates, sondern der Einordnung seiner Tätigkeit in den für den Lebensbereich Wirtschaft von ihm selbst gesetzten allgemeinen Ordnungsrahmen. Die Forderung nach einer Maßstabsverschärfung für die öffentlichen Unternehmen wird im übrigen schon dadurch fragwürdig, daß insbesondere Tätigkeiten erfaßt werden sollen, die schon nach öffentlichem Recht unzulässig sind.¹⁹ Hier genügt jedoch die öffentlich-rechtliche Regelung und es gibt keinen Grund, sie über eine das GWB verfälschende Interpretation doppelt zu erfassen.²⁰

15 *Autenrieth*, in: Gemeinschaftskommentar GWB, § 98, Rdnr. 25; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 98, Rdnr. 43 ff.; vgl. auch *Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 285; *Scholz*, ZHR 132 (1969), S. 97 (126 ff.).

16 Vgl. *Emmerich*, in: FS Böhm, 1975, S. 119 (125 ff.); *ders.*, AG 1976, 224 (229); *ders.*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 98, Rdnr. 81; abgeschwächt: *ders.*, AG 1985, 293 (295 Fn. 7).

17 So auch: *Ulmer*, ZHR 146 (1982), S. 466 (492 f.); *Hams*, S. 20 f.

18 Vgl. *Ulmer*, ZHR 146 (1982), S. 466 (493 m.w.N.).

19 *Ulmer*, ZHR 146 (1982), S. 466 (493).

20 In diese Richtung geht allerdings *Emmerich*, AG 1985, 293 (298).

Aus dem GWB lassen sich demnach keine besonderen Grenzen für die wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen herleiten und es ist deshalb nur auf die allgemeinen Grenzen zu verweisen, die dieses Gesetz der wirtschaftlichen Betätigung setzt.

3. Der "unlautere Wettbewerb" der kommunalen Unternehmen

a) Anwendbarkeit des UWG auf kommunale Unternehmen

(1) Die grundsätzliche Anwendbarkeit des UWG auf staatliches Handeln

Anders als das GWB enthält das UWG keine ausdrückliche Bestimmung über die Anwendung auf öffentliche Unternehmen. Die Anwendbarkeit des UWG auf die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen ist daher zunächst eine Tatbestandsfrage.²¹ § 1 UWG lautet: "Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden". Das im ersten Teilsatz enthaltene Tatbestandselement wird dabei verkürzt als "Wettbewerbsverhältnis" bezeichnet.²² Zunächst ist daher zu prüfen, ob zwischen einem kommunalen Unternehmen und einem privaten Unternehmen ein solches Wettbewerbsverhältnis vorliegen kann.

Die Rechtsprechung²³, der die Literatur überwiegend folgt²⁴, hat die Merkmale des Wettbewerbsverhältnisses überwiegend objektiviert. Ein Wettbewerbsverhältnis liegt danach jedenfalls dann vor, wenn sich zwei Anbieter mit dem gleichen (bzw. gleichartigen) Angebot an den gleichen Abnehmerkreis wenden.²⁵ Ein "Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs" liegt in dem gleichen Tun, das objektiv geeignet ist, die Wettbewerbsstellung einer als Anbieter oder Nachfrager von Waren und/oder Dienstleistungen tätigen (juristischen) Person zu fördern und mit dem subjektiv die Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs (Absatzes) zum Nachteil (des Absatzes) anderer Mitbewerber beabsichtigt wird.²⁶ Diese Voraussetzungen sind bei einer Wettbewerbssteilnahme kommunaler wirtschaftlichen Unternehmen regelmäßig erfüllt.

In der Literatur werden jedoch Einwände gegenüber der Anwendung des UWG auf öffentliche Unternehmen mit der Begründung vorgetragen, das UWG als Teil des Privatrechts sei nicht geeignet, staatliches Verhalten zu steuern, insbesondere dann nicht, wenn das staatliche Handeln sich in öffentlich-rechtlicher Form vollziehe.²⁷ Der BGH setzt dem in ständiger

21 Vgl. *Scholz*, ZHR 132 (1969), S. 97 (104).

22 Vgl. BGHZ 82, 375 (382).

23 BGHZ 82, 375 (395 m.w.N.).

24 Vgl. *Baumbach/Hefemehl*, Einl. UWG, Rdnr. 208 ff. m.w.N.; v. *Gam*, WRP 1984, 303 (306 ff.).

25 BGHZ 82, 375 (382).

26 *Baumbach/Hefemehl*, Einl. UWG, Rdnr. 208 ff.; *Ulmer*, ZHR 146 (1982), S. 466 (474).

27 Vgl. *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 37 f. m.w.N. Grundsätzlich wird die Anwendbarkeit des UWG auf jedes staatliche Verhalten, auch das privatrechtliche, bestritten von *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, insbes. S. 363 ff.; ähnlich weitgehend: *Rohwer-Kahmann*, SGB 1982, 373; *Krauskopf*, ZSR 1983, 686. Gegen die Anwendbarkeit auf öffentlich-rechtliches Verhalten des Staates: *Bettermann*, DVBl. 1977, 180; *Menger*, VerwArch 68 (1977), 293 (298); *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 364. *Menger* und

Rechtsprechung entgegen, daß zwischen den Leistungsbeziehungen und dem Wettbewerbsverhältnis streng zu unterscheiden sei.²⁸ Die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen bleibe jedenfalls solange ohne Einfluß auf das Wettbewerbsverhältnis, wie zwischen dem öffentlichen Unternehmen und seinen privaten Konkurrenten keine öffentlich-rechtlichen Sonderbeziehungen bestünden, die das Wettbewerbsverhältnis betreffen. Das sei selbst dann nicht der Fall, wenn die Privaten bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung im Auftrag des staatlichen Konkurrenten handeln, wie es z.B. im Verhältnis zwischen den privaten Augenoptikern und den gesetzlichen Kassen der Fall ist, wenn diese eigene Brillen-Selbstabgabestellen unterhalten.²⁹

Für eine klärende Stellungnahme sind die verschiedenen Argumentationsebenen dieses Meinungsstreites zu sondern. Einmal geht es darum, ob es sich bei § 1 UWG um eine Norm des privaten, öffentlichen oder "neutralen" Rechts handelt. Sieht man § 1 UWG als Privatrechtsnorm an, wie die herrschende Meinung, so stellt sich die zweite Frage, ob § 1 UWG als Privatrechtsnorm auf öffentlich-rechtliches Handeln anwendbar ist.

Die Qualifizierung einer Rechtsnorm als eine solche des privaten oder öffentlichen Rechts erfolgt nach der hier zugrundegelegten herrschenden Sonderrechtstheorie³⁰, indem geprüft wird, ob der Staat (oder eine seiner Untergliederungen) notwendiges Zuordnungssubjekt der jeweiligen Norm ist. Ist dies der Fall, so gehört die Norm zum öffentlichen Recht. Ist es nicht der Fall, sondern vielmehr Jedermann mögliches Zurechnungssubjekt, so gehört die Norm zum Privatrecht. Jedermann kann dabei auch der Staat sein.³¹ Schon daraus ergibt sich, daß es keine neutralen Normen³² geben kann, die je nach den an einem konkreten Rechtsverhältnis beteiligten Subjekten dem privaten oder öffentlichen Recht zugerechnet werden.³³ Denn die Unterscheidung der Normen nach der notwendigen Beteiligung des Staates schließt eine dritte Variante logisch aus.

Für die Zuordnung des § 1 UWG ergibt sich, daß sein Tatbestand von Jedermann erfüllt werden kann, es also der Beteiligung des Staates an einem Rechtsverhältnis nicht notwendig bedarf. Es handelt sich folglich um eine Privatrechtsnorm. Deshalb kann auch ein Rechtsverhältnis aus § 1 UWG bei Beteiligung des Staates nicht dem öffentlichen Recht zugeordnet werden.³⁴

Da es sich bei § 1 UWG (immer) um eine Privatrechtsnorm handelt, stellt sich die zweite Frage, inwiefern die Norm auf staatliches Handeln anwendbar ist. Da das Handeln des Staates

Ehlers umgehen das eigentliche Problem dann jedoch, indem sie das UWG analog anwenden bzw. es auch zu einer Norm des öffentlichen Rechts deklarieren.

28 Grundlegend: BGHZ 66, 230 (232); 67, 81 (89 f.); vgl. auch BGHZ 82, 375 (383); BGH GRUR 1982, 433; *Mestmäcker*, NJW 1969, 1 (3); *Ulmer*, ZHR 146 (1982), S. 466 (477 ff.).

29 Vgl. BGHZ 82, 375 (382).

30 Vgl. *Erichsen*, Jura 1982, 537 ff. m.w.N.

31 *Erichsen*, Jura 1982, 537 (540 f.).

32 So aber *Scholz*, NJW 1974, 781 (782); vgl. auch *Bachof*, FS BVerwG, 1978, S. 1 (11); *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 364 mit Fn. 368.

33 Vgl. *Erichsen*, Jura 1982, 537 (541).

34 So aber *Ehlers*, Verwaltungen in Privatrechtsform, S. 364 Fn. 368; *Bettermann*, DVBl. 1977, 180 (181); *Menger*, VerwArch 68 (1977), S. 293 (298); *Scholz*, NJW 1974, 781 (782); vgl. auch *Schricker*, Die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, S. 125 f.

nach allgemeiner Ansicht der Steuerung durch Rechtsnormen sowohl des öffentlichen wie auch des privaten Rechts zugänglich ist, wird von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur grundsätzlich die Anwendbarkeit des UWG bejaht³⁵, wenn das staatliche Handeln privatrechtlich erfolgt.³⁶ Bei öffentlich-rechtlichem Handeln im Verhältnis zum Abnehmer bzw. Leistungsempfänger wird jedoch vielfach die Ansicht vertreten, daß öffentlich-rechtliches Verhalten nur durch öffentliches Recht zu steuern sei und von daher § 1 UWG als Privatrechtsnorm nicht anwendbar sei.³⁷ Konsequenzen ergeben sich daraus unter anderem für die Rechtswegfrage.³⁸

Die in der Literatur bisher vorgetragene Begründungsversuche sind weitgehend in Zirkelschlüssen befangen. So wird im Anschluß an die Rspr. des BGH argumentiert, daß es sich beim Wettbewerb um ein Verhältnis der Gleichordnung handle und daraus, unter Rückgriff auf die heute überholte Subordinationstheorie, geschlossen, daß ein privatrechtliches Rechtsverhältnis vorliege.³⁹ Auch die Gegenposition ist anfechtbar, insofern sie die von ihr nicht näher begründete These vertritt, daß öffentlich-rechtliches Handeln nur durch öffentliches Recht steuerbar ist, dabei aber vergißt, daß diese Aussage nur dann von Belang ist, wenn entgegen dem BGH nicht zwischen Leistungs- und Wettbewerbsbeziehung unterschieden werden kann, es sich also nicht um zwei eigenständige Rechtsverhältnisse handelt. Nachzugehen ist daher der Frage, ob öffentlich-rechtliches Verhalten nur durch öffentliches Recht steuerbar ist und der weiteren, ob rechtlich zwischen dem Leistungs- und dem Wettbewerbsverhältnis unterschieden werden kann.

Dogmatischer Ansatzpunkt für eine ausschließliche Steuerung des öffentlich-rechtlichen Verhaltens durch Normen des öffentlichen Rechts könnte der Gedanke sein, daß die sonderrechtliche Regelung immer auch eine abschließende ist. Das würde bedeuten, daß die öffentlich-rechtliche Verhaltenssteuerung die privatrechtliche als eine besondere Form der *lex specialis* verdrängt: Wo eine Sonderregelung für den Staat getroffen ist, findet "Jedermanns-Recht" keine Anwendung mehr. Nicht tragfähig ist demgegenüber die Vorstellung, öffentliches und privates Recht seien so artverschieden, daß eine Mischung ausscheide. Die unbestrittene Bindung des Staates an die Grundrechte auch bei privatrechtlichem Handeln widerlegt dies schon. Dogmatisch bestehen deshalb Bedenken gegen die Steuerung von öffentlich-rechtlichem Verhalten durch Privatrechtsnormen nur dann, wenn die öffentlich-rechtliche Regelung eine abschließende Regelung des jeweiligen Handelns darstellt.

³⁵ Vgl. vor allem die st. Rspr. des BGH, BGHZ 82, 375 (382, 384 m.w.N.) und ausführlich *Harms*, S. 3 ff. mit erschöpfenden Nachweisen.

³⁶ Eine Ausnahme stellt insofern *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 438 ff. dar, der jedoch die Verwendung des Privatrechts durch den Staat generell für problematisch hält. Er verkennt zudem, daß Privatrecht und Privatautonomie nicht identisch sind. Nicht jede Privatrechtsnorm setzt Privatautonomie voraus und insbesondere das Wettbewerbsrecht ist in seinem heutigen Zuschnitt Ausfluß staatlicher Ordnungspolitik und nicht der Privatautonomie.

³⁷ *Bettmann*, DVBl. 1977, 180 (181); *Menger*, VerwArch 68 (1977), S. 293 (298); *Meyer-Ladewig*, SGB 1979, 401 (402); vgl. auch *Ericksen*, VerwArch 63 (1972), S. 217 (218).

³⁸ Vgl. dazu ausführlich *Harms*, S. 3 ff. Gegen die Zuständigkeit der Zivilgerichte sprechen sich aus: *Rohwer-Kahmann*, ZSR 1980, 92 ff.; *ders.*, SGB 1980, 89 ff.; *ders.*, SGB 1982, 373 ff.; *ders.*, ZSR 1985, 168 ff.; *Brackmann*, NJW 1982, 84 f.; *Unger*, ZIS 1983, 36 ff.; *Krauskopf*, ZSR 1983, 686 ff.; *Spieß*, SGB 1984, 56 ff.; *Meyer-Ladewig*, SGB 1979, 401 f.; *Schimmelpfeng-Schütte*, SGB 1980, 379 ff.; *Leibfried/Tennstedt*, ZSR 1980, 695 ff. Für die Zuständigkeit der Zivilgerichte: *Harms*, S. 3 ff. (m.w.N.); *Krause*, ZIS 1983, 297 ff.; *Ulmer*, ZHR 146 (1982), 466, 499 f.; v. *Gamm*, WRP 1984, 303 ff.

³⁹ Vgl. nur *Harms*, S. 3 f.

Ausschlaggebend ist daher die Beantwortung der zweiten Frage, ob zwischen den Leistungs- und Wettbewerbsbeziehungen unterschieden werden kann. Ansatzpunkt könnte insofern der in der Rechtsprechung entwickelte Gedanke sein, daß die Abwehr eines staatlichen Handelns von der gleichen Rechtsnatur sein müsse wie das Handeln selbst.⁴⁰ Diesem Satz ist grundsätzlich zuzustimmen, doch setzt er gerade voraus, was zu klären ist: daß alle Aspekte, auch die Wettbewerbsbeziehungen, durch die öffentlich-rechtliche Regelung erfasst sind. Zur Klärung dieser Frage kommt ihm deshalb keine argumentative Bedeutung zu.⁴¹

Für die Identität von Leistungs- und Wettbewerbsbeziehung könnte sprechen, daß der Wettbewerb die Konsequenz des Leistungsangebotes ist. Schon der Blick in das Wettbewerbsrecht zeigt aber, daß es beim Wettbewerbsrecht primär nicht um den Schutz und die Ordnung der Leistungsbeziehung geht, sondern darum, in welcher Weise und unter welchen Umständen es den einzelnen Anbietern gestattet sein soll, ihre Leistung als Alternative zur Leistung ihrer Konkurrenten anzubieten.⁴² Geschützt werden die Chancen der Mitanbieter, unter fairen Bedingungen um die Gunst der Kunden zu werben bzw. Waren anzubieten und zu vertreiben.⁴³ Verbraucherinteressen werden demgegenüber erst in jüngerer Zeit und durch besondere gesetzliche Regelungen im Wettbewerbsrecht berücksichtigt.⁴⁴ Die rechtliche und tatsächliche Eigenwertigkeit des Wettbewerbsrechts zeigt sich auch darin, daß man es als Marktverhaltensrecht klassifizieren kann. Unabhängig von der konkreten Leistungsbeziehungen und ihrem rechtlichen Status wird das Miteinander der Anbieter geordnet. Zwar fließt auch der Inhalt der Leistungsbeziehung in die Beurteilung der Wettbewerbsbeziehung ein, doch in gewisser Weise nur als äußerer Anhaltspunkt dafür, ob der Marktteilnehmer seine Pflichten gegenüber den anderen Marktteilnehmern bzw. der Allgemeinheit beachtet hat. Das Wettbewerbsrecht erfüllt als Marktordnungsrecht mithin eine eigenständige Funktion und verlangt deshalb auch, daß die Wettbewerbsbeziehung als selbständige Rechtsbeziehung behandelt wird.

Für die Frage, inwiefern § 1 UWG auf Fälle anwendbar ist, in denen die öffentliche Hand eine Leistung öffentlich-rechtlich erbringt, folgt daraus, daß es darauf ankommt, ob die öffentlich-rechtliche Regelung auch die Wettbewerbsbeziehungen mit erfasst und damit eine Sonderregelung (ein besonderes Marktverhaltensrecht) trifft, die dem UWG vorgeht. In diesem Sinne ist auch von einer Unterscheidung zwischen Leistungs- und Wettbewerbsbeziehungen zu sprechen.

Als allgemeine Regel für die Anwendbarkeit des UWG auf staatliches Handeln kann damit folgendes gelten: Ist durch die öffentlich-rechtliche Regelung der wahrgenommenen Aufgabe, die sich als Wettbewerbsteilnahme darstellt, auch das Verhältnis zu den privaten Marktteilnehmern geregelt, so findet das UWG keine Anwendung, auch dann nicht, wenn die Leistungserbringung selbst privatrechtlich erfolgt. Eine solche Regelung muß nicht ausdrücklich vorliegen. Sie ist schon dann anzunehmen, wenn ein Sachbereich inhaltlich genau geregelt wird,

⁴⁰ Vgl. BVerwG 50, 282 (286); *Ericksen*, VerwArch 63 (1972), S. 217 (218).

⁴¹ Zutreffend ist dieses Argument jedoch für den von *Bettmann*, DVBl. 1977, 180 behandelten Fall des Boykottaufrufs einer Ärztekammer (BGHZ 67, 81). In diesem Fall geht es zwar auch um ein Verhalten, das durch § 1 UWG erfasst ist, doch richtet sich der Unterlassungsanspruch unmittelbar gegen den Aufruf und ist daher als öffentlich-rechtlich anzusehen.

⁴² Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Allg. Rdnr. 18, 24 f.

⁴³ Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Allg. Rdnr. 88, Einl. UWG Rdnr. 48 ff.

⁴⁴ Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdnr. 53.

wie es z.B. bei den Sozialversicherungsleistungen der Fall ist. Die allgemeine Marktordnung des UWG wird in diesem Fall durch die spezielle Marktordnung dieser gesetzlichen Regelung ersetzt. Fehlt es jedoch an einer solchen Regelung, so ist das UWG als Marktordnungsrecht auf die staatliche Wettbewerbsbeteiligung anwendbar, auch dann, wenn die Leistungserbringung öffentlich-rechtlich erfolgt. Das Wettbewerbsverhältnis stellt insofern ein selbständiges Rechtsverhältnis dar, das aus sich heraus keine bestimmte rechtliche Qualifikation enthält und deshalb auch durch Normen des Privatrechts geordnet werden kann.

(2) Die Anwendbarkeit des UWG auf die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen

Das UWG ist demnach auf die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen anwendbar, insofern und insoweit für diese keine besondere Regelung der Marktordnung getroffen worden ist.

§ 18 Abs. 1 GO und § 16 Abs. 1 KrO als maßgebliche Ermächtigungsgrundlagen treffen für das Wettbewerbsverhältnis und die Marktordnung ersichtlich keine Regelung. In § 88 GO finden sich jedoch auch Regelungen, die das Verhältnis zu anderen Unternehmen betreffen. Wie gezeigt wurde⁴⁵, geht es dabei jedoch um den Schutz der Gemeinden und Kreise vor finanziellen Überlastungen und nicht um die Ordnung des Wettbewerbs bzw. des Marktes. Daher kann auch aus diesen Vorschriften kein Ausschluß der Anwendbarkeit des UWG hergeleitet werden. Außer in den Fällen weitergehender spezialgesetzlicher Regelungen, ist das UWG deshalb grundsätzlich auf die wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen anwendbar.

Klärungsbedürftig ist weiter, in welchem Verhältnis die Vorschriften der Gemeinde- und Kreisordnung über die wirtschaftliche Betätigung und das UWG zueinander stehen. Rechtsprechung und Lehre sprechen insofern davon, daß dem öffentlichen Recht das OB und dem UWG das WIE der wirtschaftlichen Betätigung unterliege.⁴⁶ In jüngerer Zeit ist diese Unterscheidung vereinzelt aufgegeben worden, bzw. es wird behauptet, der BGH habe sie durch neuere Entscheidungen aufgehoben und auch aus dem UWG Grenzen für das OB hergeleitet.⁴⁷

Die Lösung der Frage unter Rückgriff auf die Worte OB und WIE ist unmöglich, denn mit ihnen sollen lediglich komplexere Sachverhalten gekennzeichnet werden. Diese müssen zur Entscheidungsfindung selbst befragt werden. Mit dem Stichwort OB ist dabei gemeint, daß die Verstaatlichung von Aufgaben ausschließlich eine Sache des öffentlichen Rechts ist. Nur durch das öffentliche Recht können dem Staat Aufgaben und Befugnisse zugewiesen werden und nur das öffentliche Recht stellt den normativen Maßstab für die Aufgabenverstaatlichung bereit. Deshalb kann die Zuweisung einer Aufgabe an einen Träger öffentlicher Verwaltung auch niemals sittenwidrig oder unlauter sein und folglich aus dem UWG nicht die Unzulässigkeit einer Aufgabenzuweisung hergeleitet werden. Das hat indessen, entgegen den Interpretationsansätzen der Literatur, auch der BGH in seiner Brillen-Entscheidung nicht getan, sondern vielmehr die Unzulässigkeit der Selbstabgabe ausschließlich aus öffentlichem Recht hergeleitet. § 1 UWG dient ihm nur dazu, einen vor den Zivilgerichten verfolgbaren Unterlassungsanspruch

⁴⁵ Vgl. oben Kap. V S. 87 ff.

⁴⁶ Vgl. RGZ 138, 174 (176); BGH GRUR 1971, 168 (169); 1974, 733 (734); Scholz, ZHR 132 (1969), S. 97 (133 ff.); Ulmer, ZHR 146 (1982), S. 466 (494); Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 734 ff.

⁴⁷ Vgl. Ulmer, ZHR 146 (1982), S. 466 (494 ff.); Hams, S. 1; Schmittat, ZHR 148 (1984), S. 428 (442 f.); Emmerich, AG 1985, 293 (297).

herzuleiten. Schon der ausdrückliche Hinweis des BGH, daß er an seiner bisherigen Rechtsprechung zur Unterscheidung von OB und WIE festhalte, macht das deutlich.⁴⁸

Für das UWG verbleibt deshalb nur das WIE der wirtschaftlichen Betätigung. Dabei geht es um das Marktverhalten bei der Aufgabenausführung. Im Bereich des WIE gilt das UWG aber nur insoweit als Maßstab, als nicht durch das öffentliche Recht einzelne Verhaltensweisen besonders sanktioniert sind und insofern eine "Freistellung vom UWG"⁴⁹ vorliegt. Denn auch in diesem Fall geht die öffentlich-rechtliche Regelung dem im UWG geregelten allgemeinen Verhaltensmaßstab als Sonderrecht vor. Dabei muß es sich jedoch um eine gesetzliche Regelung handeln, denn die Verwaltung ist aufgrund ihrer Gesetzesbindung grundsätzlich an die vom UWG verfügte allgemeine Marktverhaltensordnung gebunden.

b) Fallgruppen unlauteren Wettbewerbs

Ausgehend von der Rechtsprechung des Reichsgerichtes haben sich eine Reihe von fest konturierten und allgemein anerkannten Fallgruppen unlauteren Wettbewerbs der öffentlichen Hand herausgebildet, die zwar auf die Grundgedanken des unlauteren Wettbewerbs zurückgeführt werden können, zugleich aber an besondere Merkmale der staatlichen Wettbewerbsbeteiligung anknüpfen. Es ist die "Doppelfunktion" der öffentlichen Hand als Träger hoheitlicher Gewalt und Teilnehmer am Wettbewerb, die diese Fallgruppen kennzeichnet.⁵⁰

(1) Mißbrauch amtlicher Autorität

Die erste Gruppe bezeichnet Fälle, in denen amtliche Autorität dazu mißbraucht wird, die Nachfrage zugunsten eines kommunalen Unternehmens im Rahmen der Ausführung anderer hoheitlicher Aufgaben zu beeinflussen. So untersagte der BGH der Kurverwaltung in Bad Ems, bei der Beantwortung der Anfragen von Kurinteressenten nach Unterkunstmöglichkeiten, vorrangig und sachlich zu rechtfertigenden Grund staatseigene Hotelbetriebe zu nennen.⁵¹ Weitere Entscheidungen betrafen die Werbung einer Landwirtschaftskammer⁵² und die Ausgabe von Schulbuchgutscheinen durch eine Stadt, die nur bei einem ortsansässigen Buchhändler einzulösen waren.⁵³ Für den direkten wirtschaftlichen Wettbewerb zwischen dem kommunalen und den privaten Unternehmen kommt diese Fallgruppe demnach nur mittelbare Bedeutung zu.

⁴⁸ BGHZ 82, 375 (397 f.).

⁴⁹ So Hams, S. 8.

⁵⁰ Vgl. Ulmer, ZHR 146 (1982), S. 466 (481).

⁵¹ BGHZ 19, 299 (304 ff.).

⁵² BGH GRUR 1964, 210.

⁵³ OLG Stuttgart, WRP 1980, 101; vgl. weitere Beispiele bei Schrickler, Die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und der unlautere Wettbewerb, S. 168 ff.; Ulmer, ZHR 146 (1982), S. 466 (482); Hubmann, WiVerw 1982, 41 (58 f.).

(2) Unlautere Verquickung

Auch bei dieser zweiten Fallgruppe spielt die Doppelfunktion der öffentlichen Hand eine Rolle. Es geht um die unzulässige Verquickung hoheitlicher Aufgaben und wirtschaftlicher Betätigung. Untersagt werden soll der öffentlichen Hand insbesondere, die durch die Ausführung einer hoheitlichen Betätigung gewonnenen Kontakte zum Bürger zu nutzen, um ihn als Kunden bzw. Abnehmer für ihre wirtschaftlichen Erzeugnisse und Dienstleistungen zu gewinnen.⁵⁴ Diese Fallgruppe kann Bedeutung für die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune erlangen, wenn diese in sachlichem Zusammenhang mit behördlichen Tätigkeiten steht.

(3) Vorsprung durch Rechtsbruch

Die Fallgruppe Vorsprung durch Rechtsbruch stellt grundsätzlich keinen Sondertatbestand für die öffentliche Hand dar. Es geht dabei vielmehr ganz allgemein um Fälle, in denen ein Wettbewerber gegen eine (wettbewerbsneutrale) Norm verstoßen hat und sich dadurch einen Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern verschafft.⁵⁵ Von Bedeutung ist diese Fallgruppe nicht für die sogenannten wettbewerbsbezogenen Normen, die selbst darauf abzielen, den Wettbewerb zu ordnen, sodaß der Verstoß gegen sie unmittelbar zur Unlauterkeit gemäß § 1 UWG führt.⁵⁶ Bei der Verletzung von wettbewerbsneutralen Normen bedarf es einer zusätzlichen wettbewerbsrechtlichen Wertung, aus der die Sittenwidrigkeit folgt. Nur dann, wenn durch die Normverletzung ein unzulässiger Vorsprung vor den gesetzestreuen Wettbewerbern erreicht wird, soll eine solche Sittenwidrigkeit vorliegen.⁵⁷

Besondere Bedeutung für die öffentliche Hand erlangt diese Fallgruppe dann, wenn man als Rechtsbruch auch die Verletzung von Kompetenznormen oder anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ansieht. Es kommt dann zu der Besonderheit, daß die anderen Wettbewerbs Teilnehmer an diese Normen nicht gebunden sind und insofern auch nicht von Gesetzestreue ihres Verhaltens sprechen können.⁵⁸ Das Tatbestandsmerkmal, mit dem die Sittenwidrigkeit des Verhaltens erst begründet wird, fehlt deshalb in diesen Fällen, da ja nicht der Gesetzesverstoß als solcher geahndet wird. So kann ja auch eine Nichtbeachtung vertraglicher Bindungen durch einen Wettbewerber von Seiten Dritter gerügt werden, da sie an die vertraglichen Pflichten nicht gebunden sind.

Die Rechtsprechung hat aber dann eine Ausnahme gemacht, wenn die verletzte Norm zugleich dem Schutz der Konkurrenten diene.⁵⁹ Auch dies vermag jedoch nicht zu überzeugen, da der Sinn und Zweck des Schutzcharakters im Bürger-Staat-Verhältnis auf ganz anderen

⁵⁴ Vgl. BGH GRUR 1956, 227 (Reisebüro); 1974, 733 (Schilderverkauf, es wurde aber nicht untersagt); NJW 1987, 60 und 62 (Bestattungsordner); ferner: *Schultz-Süchtung*, GRUR 1974, 700; *Ulmer*, ZHR 146 (1982), S. 466 (483); *Hubmann*, WiVerw 1982, 41 (55 ff.); *Harms*, S. 14.

⁵⁵ Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG, Rdnr. 114; § 1 UWG, Rdnr. 534 ff., 548 ff., 557 m.w.N.

⁵⁶ Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, § 1 UWG, Rdnr. 534 ff.; *Ulmer*, ZHR 146 (1982), S. 466 (496); *Mees*, WRP 1985, 373 (375).

⁵⁷ Anders ist insofern die Konzeption von *Sack*, WRP 1985, 1 (9 ff.), der aus dem Normverstoß ohne weiteres die Sittenwidrigkeit folgert, dann aber einen speziellen Schutzzweckzusammenhang verlangt; dazu kritisch: *Mees*, WRP 1985, 373 (375).

⁵⁸ Vgl. *Ulmer*, ZHR 146 (1982), S. 466 (497); *G. Schricker*, Gesetzesverstoß und Sittenverstoß, S. 261 ff.

⁵⁹ BGH GRUR 1965, 373 (375); 1965, 607; BGH NJW 1956, 749.

Wertungen und Zwecken beruht wie die Sittenwidrigkeit des § 1 UWG. Es ist daher festzustellen, daß die Fallgruppe Vorsprung durch Rechtsbruch auf die Verletzung öffentlich-rechtlicher Normen durch kommunale Unternehmen nicht anwendbar ist.

(4) Marktstörung

Im Anschluß an die Brillen-Selbstabgabestellen-Entscheidung des BGH⁶⁰ wird neuerdings die Marktstörung als besondere Erscheinungsform des Wettbewerbs der öffentlichen Hand angesehen.⁶¹ Der Marktstörungstatbestand ist in der allgemeinen Typologie des unlauteren Wettbewerbs schon länger bekannt.⁶² Er ist Ausdruck des Funktionswandels im UWG, hin zu einem stärker am Marktverhalten und Marktprozeß orientierten objektiven Schutzrecht.⁶³ Das besondere des Marktstörungstatbestandes liegt darin, daß die Unlauterkeit des Verhaltens weder im Verhalten selbst noch in seinen Auswirkungen auf einzelne Mitbewerber oder die Verbraucher liegt, sondern in den Auswirkungen auf die Marktstruktur als solche. Es kommt dabei darauf an, daß durch das betreffende Marktverhalten - in der Regel eine Preisunterbietung - der Wettbewerbsbestand aufgehoben wird.⁶⁴ Wettbewerbswidrig ist dabei weder die Preisunterbietung als solche, die grundsätzlich eine zulässige Erscheinungsform des Preiswettbewerbs ist⁶⁵, noch die von ihr ausgehende Marktveränderung, denn diese kann durchaus Folge eines gesunden Wettbewerbs und des überlegenen (lauteren) Angebots eines Unternehmens sein. Erst wenn man den Gesamtstatbestand als "gemeinschaftsschädigende Störung des Wettbewerbs" qualifizieren kann, soll Sittenwidrigkeit iSd § 1 UWG vorliegen.⁶⁶ Dabei ist auf die Gesamttat unter Berücksichtigung aller Begleitumstände, insbesondere der Marktlage und der Stärke und Dauer der Aktion⁶⁷, sowie etwaige Nachahmungsfahr abzustellen.⁶⁸

Dieser komplexe Unlauterkeitstatbestand macht es aufgrund seiner starken Situationsbezogenheit nahezu unmöglich, nachvollziehbare und einsichtige Kriterien zu nennen. Die Sittenwidrigkeit folgt vielmehr aus einer situationsbezogenen Verhältnisbestimmung der Einzelfaktoren: Leistungsbezogenheit, Marktwirkung und Wettbewerbsstruktur. Harms vergleicht diesen Wertungsvorgang mit einem System kommunizierender Röhren: "Je anstößiger das Mittel, desto geringer braucht die Marktwirkung zu sein. Ist das Mittel per se unlauter, kommt es auf die Wirkung nicht an. Ist es anstößig, bedarf es nur geringer Beeinträchtigung der

⁶⁰ BGHZ 82, 375.

⁶¹ *Ulmer*, ZHR 146 (1982), S. 466 (499).

⁶² Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, § 1 UWG, Rdnr. 691 ff. m.w.N.

⁶³ Vgl. zu dieser Entwicklung: *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG, Rdnr. 53, § 1 UWG, Rdnr. 691 m.w.N.; *Ulmer*, GRUR 1977, 565 (577 ff.).

⁶⁴ Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, § 1 UWG, Rdnr. 691.

⁶⁵ Vgl. BGH GRUR 1979, 321 (323); 1983, 120 (125); OLG Düsseldorf WRP 1982, 582; *Baumbach/Hefermehl*, § 1 UWG, Rdnr. 707; *Harms*, S. 15.

⁶⁶ *Baumbach/Hefermehl*, § 1 UWG, Rdnr. 707.

⁶⁷ Vgl. BGHZ 82, 375 *Leitsatz 2*: "Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung ... sind bei der notwendigen Heranziehung aller Begleitumstände auch die Bedeutung dieser Tätigkeit für die wettbewerbliche Ausgangslage und ihre Auswirkungen auf den Leistungswettbewerb zu berücksichtigen". Vgl. zu näheren Deutungsversuchen: *Ulmer*, ZHR 146 (1982), S. 466 (499 ff.); *Schmittat*, ZHR 148 (1984), S. 428 (440 ff.); *Harms*, S. 14 ff. Vgl. weiter aus der Rspr. des BGH: BGHZ 51, 236; BGH GRUR 1977, 530; BGHZ 81, 291.

⁶⁸ Vgl. BGHZ 43, 278 (283); 81, 291 (295); 82, 375 (397); BGH GRUR 1971, 477 (478).

Mitbewerber. Bei fast leistungsgerechtem Verhalten muß die Fortexistenz des Wettbewerbs ernstlich bedroht sein".⁶⁹

Es ist auffällig, daß die Anwendung des Marktstörungstatbestandes genau mit dem Verhaltensbereich übereinstimmt, für den bei Art. 12 Abs. 1 GG eine explizite gesetzliche Ermächtigung verlangt wurde, nämlich für die marktverändernde Wettbewerbsteilnahme. Fehlt es an einer solchen Regelung, so kann die wirtschaftliche Betätigung unter Berufung auf Art. 12 Abs. 1 GG untersagt werden und es bedarf insofern keines Rückgriffs auf das UWG. Liegt aber eine spezialgesetzliche Regelung vor, so stellt sie zugleich eine "Freistellung vom UWG" dar und es kommt insofern nicht zur Anwendung des Marktstörungstatbestandes. Dem Marktstörungstatbestand kommt daher bei genauer Betrachtung für die Wettbewerbsteilnahme kommunaler Unternehmen keine eigenständige Bedeutung zu. Vielmehr sind die unter dieser Fallgruppe behandelten Fälle richtigerweise durch die Anwendung des grundrechtlichen Unterlassungsanspruchs zu lösen. Ähnlich wie bei der Fallgruppe Vorsprung durch Rechtsbruch würde die Anwendung von § 1 UWG eine unzulässige Verlagerung von Fragen des öffentlichen Rechts in das Wettbewerbsrecht darstellen.

C) ERGEBNISSE

Die Untersuchung der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen im Wettbewerb mit Privaten führt damit zu folgenden Erkenntnissen:

1. Mit dem Begriff "wirtschaftliche Betätigung" wird ein Sektor des Verwaltungshandelns ausgehend von seiner äußeren Erscheinungsform beschrieben. Als Maßstab dient die bei Privaten als Wirtschaften und wirtschaftliche Betätigung verstandene Verhaltens- und Organisationsform des Unternehmers und Kaufmanns.
2. Der Begriff der wirtschaftlichen Betätigung stellt als typologische Beschreibung eines Verwaltungshandelns einen Mischbegriff dar, in dem bestimmte Zwecke und Mittel des Verwaltungshandelns zusammengefasst werden. Für die Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung kommt es - wie bei jedem staatlichen Handeln - zunächst auf die Legitimation des jeweils verfolgten Zweckes und dann auf die des eingesetzten Mittels an.
3. Unter einem wirtschaftlichen Unternehmen ist ein bestimmtes Mittel zu verstehen, das der Staat zur wirtschaftlichen Betätigung einsetzt. Kennzeichnend ist die organisatorische und finanzwirtschaftliche Verselbständigung.
4. Für die Einordnung der verschiedenen Organisationsformen der kommunalen wirtschaftlichen Unternehmen in die Verwaltungsorganisation und das staatliche Handeln kommt es zunächst darauf an, ob diese Unternehmen Ausfluß und Träger von Staatsgewalt sind. Das ist bei allen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen, bei den Eigengesellschaften und bei den gemischt-öffentlichen Beteiligungsgesellschaften der Fall. Die gemischt-wirtschaftlichen Beteiligungsgesellschaften sind demgegenüber kein Bestandteil der Staatsgewalt und der Verwaltungsorganisation. Bei ihnen beschränkt sich die Ausübung von Staatsgewalt auf die Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte durch die Vertreter der Kommune in den Organen der Gesellschaft.
5. Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen im Wettbewerb mit Privaten verlangt - wie alles staatliche Handeln - eine kompetentielle Legitimation. Erster Ansatzpunkt ist die Staatskompetenz im Bereich der Sozialwirtschaft. Diese wird durch die Zuordnung von Staat und Gesellschaft geregelt.
6. Bei der Wettbewerbsteilnahme kommunaler Unternehmen stehen sich zugleich unterschiedliche Modelle für die Ordnung von Lebensbereichen gegenüber: Markt und Partizipation. Beide dienen dem Schutz individueller Freiheit, beruhen aber auf unterschiedlichen Funktionsmechanismen. Die Entscheidung für eines der Ordnungsmodelle ist in vielen Bereichen eine Sache der Erfahrung. Das Grundgesetz sieht beide Ordnungsmodelle als begrenzt leistungsfähig an.
7. Im Bereich der Sozialwirtschaft geht das Grundgesetz von einer konkurrierenden Zuständigkeit staatlicher und privater Instanzen aus. Zu beachten ist jedoch, daß dem Staat andere und mehr Gestaltungsmittel zur Verfügung stehen als den Privaten.

⁶⁹ Harms, S. 15.

8. Die Gemeinde- und Kreisordnung bieten auf drei Regelungsebenen Ansatzpunkte für die kompetentielle Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung. Maßgeblich für die Legitimation des jeweils verfolgten Zweckes ist die Regelung über die öffentlichen Einrichtungen in § 18 GO und § 16 KrO, die die Kommunen zur daseinsvorsorgenden Tätigkeit gegenüber den Einwohner ermächtigt und verpflichtet.

9. Die Bestimmungen über die wirtschaftliche Betätigung in §§ 88 ff. GO, auf die § 42 KrO verweist, treffen nur eine Regelung über das Handlungsmittel "wirtschaftliches Unternehmen".

10. Aus der Selbstverwaltungsgarantie und den Grundrechten läßt sich keine (verfassungsrechtliche) Legitimation der Kommunalwirtschaft insgesamt herleiten. Die Selbstverwaltungsgarantie regelt nur die Aufgabenzuweisung im Verhältnis der Verwaltungsträger und bezieht sich nicht auf das Staat-Bürger-Verhältnis. Die Grundrechte können allenfalls vorhandene Kompetenzen absichern, nie Kompetenzen begründen.

11. Im Verhältnis zu privaten Konkurrenten stellt sich die kommunale wirtschaftliche Betätigung als grundrechtsgebundene Ausübung von Staatsgewalt iSd Art. 1 Abs. 3 GG dar. Das gilt auch für die Eigengesellschaften.

12. Das Grundrecht der Berufsfreiheit ist durch die kommunale Wettbewerbsteilnahme grundsätzlich nachteilig betroffen. Kommunale Wettbewerbsteilnahme stellt einen (unmittelbaren) Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung dar. Für den Fall einer marktinkonformen Verhaltensweise des kommunalen Unternehmens ist eine spezialgesetzliche Ermächtigung aufgrund der Lehre vom Parlamentsvorbehalt erforderlich. Im Bereich der marktinkonformen Betätigung reicht die globale Ermächtigung in § 18 Abs. 1 GO und § 16 Abs. 1 KrO aus.

13. Eine Beeinträchtigung des durch Art. 14 GG geschützten Eigentums durch kommunale Wettbewerbsteilnahme liegt nur bei marktinkonformen Verhaltensweisen vor.

14. Die Bestimmungen im Abschnitt der GO über die wirtschaftliche Betätigung und privatrechtliche Beteiligung beziehen sich nur auf das Handlungsmittel. Sie dienen dem Schutz der Kommunen vor finanziellen Risiken und stellen eine Konkretisierung der in den §§ 62 ff. formulierten allgemeinen Grundsätze der Haushaltswirtschaft für organisatorisch verselbständigte Verwaltungseinheiten dar.

15. Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen unterliegt grundsätzlich auch den Bestimmungen des allgemeinen Wirtschaftsrechts. Die Anwendbarkeit des GWB ergibt sich aus § 98 Abs. 1. Die Anwendbarkeit des UWG ist demgegenüber gesetzlich nicht geregelt und höchst umstritten.

16. Das UWG ist als Privatrecht einzustufen. Es knüpft an die Wettbewerbsteilnahme als faktischem Verhalten an und ist bezüglich seiner Anwendbarkeit unabhängig von der Rechtsnatur der Leistungsbeziehungen des kommunalen Unternehmens zu seinen Kunden. Das UWG ist jedoch dann nicht mehr anwendbar, wenn durch die (öffentlich-rechtliche) Regelung der Leistungserbringung zugleich die Marktordnung und das Wettbewerbsverhalten geregelt werden.

17. Da die Regelungen der GO und KrO keine Regelung der Marktordnung darstellen, unterliegt die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen dem UWG.

18. Die für die öffentliche Hand besonders modifizierten Fallgruppen des "Vorsprung durch Rechtsbruch" und der "Marktstörung" erweisen sich als unzulässige Verlagerung von Gerichtszuständigkeiten. Die von ihnen erfassten materialen Sachverhalte sind dem öffentlichen Recht zugeordnet und daher auch vor den Verwaltungs- bzw. Sozialgerichten geltend zu machen. Die eventuelle Begrenzung des subjektiven Rechtsschutzes in diesen Fällen darf durch die Anwendung des UWG nicht umgangen werden.

Literatur

- Bachof, Otto:*
Freiheit des Berufs, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/1, 2. Aufl., Berlin 1972, S. 175 - 265.
- Backhaus, Jürgen:*
Öffentliche Unternehmen, 2. Aufl., Frankfurt 1980.
- Badura, Peter:*
Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs, in: AöR 98 (1973), S. 153 - 173.
- ders.:*
Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Unternehmenszwecke bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, in: Ingo v. Münch (Hrsg.): Festschrift für H.-J. Schlochauer, Berlin 1981, S. 3 - 23.
- Barbey, Günther:*
Wahrnehmung staatlicher und gemeindlicher Aufgaben in privatrechtlichen Handlungs- und Entscheidungsformen, in: WiVerw 1978, S. 77 - 94.
- ders.:*
Bundesverfassungsgericht und einfaches Gesetz, Berlin 1986.
- Baumbach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang:*
Wettbewerbsrecht, Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, Zugabenerordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze, 14. Aufl., München 1983.
- Bethge, Herbert:*
Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen, in: AöR 104 (1979), S. 54 - 111, 265 - 298.
- ders.:*
Das Selbstverwaltungsrecht im Spannungsfeld zwischen institutioneller Garantie und grundrechtlicher Freiheit, in: Albert v. Mutius (Hrsg.): FS v. Unruh, Heidelberg 1983, S. 149 - 170.
- Bettermann, Karl-August:*
Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand - Beiträge zu Art. 12 I, 15, 19 III GG, in: Berliner FS Ernst E. Hirsch, Berlin 1968, S. 1 - 24.
- ders.:*
Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger, in: NJW 1969, S. 1321 - 1328.
- ders.:*
Urteilsanmerkung, in: DVBl 1977, S. 180 - 183.
- Blankart, Charles Beat:*
Ökonomie der öffentlichen Unternehmen, München 1980.
- Bleckmann, Albert:*
Zum materiellrechtlichen Gehalt der Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes, in: DÖV 1983, S. 129 - 135.

- ders.:* Europarecht, Das Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 4. Aufl., Köln 1985.
- Blümel, Willi:* Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart, in: VVDStRL 36 (1979), S. 171 - 220.
- ders.:* Das verfassungsrechtliche Verhältnis der kreisangehörigen Gemeinden zu den Kreisen, in: VerwArch 75 (1984), S. 197 - 218, 297 - 331.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang:* Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: Horst Ehmke/Carlo Schmid/Hans Scharoun (Hrsg.): FS A. Arndt, Frankfurt 1969, S. 53 - 76.
- ders.:* Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, Opladen 1973.
- ders.:* Organ, Organisation, Juristische Person, in: Christian-Friedrich Menger (Hrsg.): Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für H.-J. Wolff, München 1973, S. 269 - 305.
- ders.:* Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: *ders.:* Staat - Gesellschaft - Freiheit, München 1976, S. 185 - 220 (Böckenförde, Staat und Gesellschaft).
- ders.:* Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. Berlin 1981.
- ders.:* Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes - Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, Frankfurt 1986.
- Brohm, Winfried:* Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: VVDStRL 30 (1972), S. 245 - 306.
- Burmeister, Joachim:* Der Begriff des Fiskus in der heutigen Verwaltungsrechtsdogmatik, in: DÖV 1975, S. 695 - 703.
- ders.:* Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, München 1977.
- Dickersbach, Alfred:* Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Verhältnis zur Privatwirtschaft aus öffentlich-rechtlicher Sicht, in: WiVerw 1983, S. 187 - 211.
- Ehlers, Dirk:* Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, in: DVBl. 1983, S. 422 - 430.

- ders.:* Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984.
- ders.:* Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen, in: DÖV 1986, S. 897 - 905.
- ders.:* Die Grenzen der Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen, JZ 1987, S. 218 - 227.
- Emmerich, Volker:* Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg 1969.
- ders.:* Die Fiskalgeltung der Grundrechte, namentlich bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand - BGHZ 52, 325 und BGH Betr. 1969, 1791, in: JuS 1970, S. 332 - 338.
- ders.:* Neues zur Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, in: AG 1985, S. 293 - 301.
- Emmerich, Volker / Steiner, Udo:* Möglichkeiten und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Berlin 1986 (Emmerich/Steiner).
- Engelbrecht-Greve, Thies-Hinrich:* Wohnungsvermittlung als kommunale Aufgabe, Diss. jur. Kiel 1978.
- Erichsen, Hans-Uwe:* Rechtsfragen öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigung, in: VerwArch 68 (1973), S. 217 - 221.
- ders.:* Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit II, 2. Aufl. München 1979 (Erichsen, Staatsrecht II).
- ders.:* Das Grundrecht der Berufsfreiheit, in: Jura 1980, S. 551 - 560.
- ders.:* Öffentliches und privates Recht, in: Jura 1982, S. 537 - 545.
- ders.:* Die Verfassungsbeschwerde, in: *ders.* (Hrsg.): Studium und Examen, 2. Aufl., Berlin 1983, S. 214 - 244 (Erichsen, Jura Extra).
- ders.:* Freiheit - Gleichheit - Teilhabe, Prolegomena zu einem Verwaltungsrecht des Leistungsstaates, in: DVBl. 1983, S. 289 - 297.
- ders.:* Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 3. Aufl., München 1983 (Erichsen, Staatsrecht I).

- ders.:* Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, 2. Aufl., München 1984.
- ders. / Reuter, Heidrun:*
Elternrecht - Kindeswohl - Staatsgewalt, Berlin 1985.
- ders.:* Das Apotheken-Urteil des BVerfG, in: Jura 1985, S. 66 - 75.
- ders.:* Die kommunalen öffentlichen Einrichtungen, in: Jura 1986, S. 148 - 153, 196 - 206.
- ders.:* Kommunalrecht, in: Grimm/Papier, Staats- und Verwaltungsrecht NW, Frankfurt 1986, S. 105 - 197.
- ders.:* ~~Gemeinde und Private~~ im wirtschaftlichen Wettbewerb, Heidelberg 1987.
- ders. / Martens, Wolfgang:*
Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Berlin 1988 (Bearbeiter, in: Erichsen/Martens, Allg.VwR)
- Fiedler, Wilfried:*
Berufsfreiheit als Schranke der Verwaltungsmonopole, in: DÖV 1977, S. 390 - 398.
- Fikentscher, Wolfgang:*
Das Recht am Gewerbebetrieb (Unternehmen) als "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes und des Bundesgerichtshofes in: Kurt H. Biedenkopf/Helmut Coing/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.): FS Kronstein, Karlsruhe 1967, S. 261 - 304.
- Flume, Werner:*
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Heidelberg 1979 (Flume, Das Rechtsgeschäft).
- Forsthoff, Ernst:*
Über Maßnahme-Gesetze, in: Otto Bachof/Martin Draht/Otto Gönnewein/Ernst Walz (Hrsg.): GS Jellinek, München 1955, S. 221 - 236.
- ders.:* Der Staat in der Industriegesellschaft, München 1971.
- ders.:* Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973.
- Frotscher, Werner:*
Begriff, Rechtsformen und Status öffentlicher Einrichtungen, in: HkWP, Bd. 3, 2. Aufl., Heidelberg 1983, S. 135 - 161.
- Gallwas, Hans Ulrich:*
Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte - Ein Beitrag zum Begriff der Nebenwirkungen, Berlin 1970.

- v. Gamm, Otto-Friedrich:*
Das Verbot einer unbilligen Behinderung und sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung, in: NJW 1980, S. 2489 - 2496.
- ders.:* Verfassungs- und wettbewerbsrechtliche Grenzen des Wettbewerbs der öffentlichen Hand, in: WRP 1984, S. 303 - 310.
- Gentz, Manfred:*
Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, in: NJW 1968, S. 1600 - 1607.
- Gerke, Jürgen:*
Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, in: Jura 1985, S. 349 - 358.
- Grabitz, Eberhard:*
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 98 (1973), S. 568 - 616
- Grabbe, Jürgen:*
Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, Berlin 1979.
- Grupp, Klaus:*
Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand unter dem Grundgesetz, in: ZHR 140 (1976), S. 367 - 393.
- Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis:*
Hrsg. v. Günter Püttner, 2. Aufl., Bd. 1 - 6, Berlin 1981 - 1985 (Bearbeiter, HkWP, Bd.).
- Handbuch des Verfassungsrechts:*
Hrsg. v. Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel, Berlin 1984 (Bearbeiter, in: HdBdVerfR).
- Harms, Wolfgang:*
Unlauterer Wettbewerb durch wirtschaftliche Aktivitäten öffentlicher Hände - Bemerkungen zu den Augenoptiker-Urteilen des BGH, Beilage 17/86 zu Heft 32/86 des Betriebs-Berater (Harms).
- Haverkate, Görg:*
Rechtsfragen des Leistungsstaates, Tübingen 1983 (Haverkate).
- Heckelmann, Dieter:*
Konkurrenzschutz privater Makler gegenüber den öffentlich-rechtlichen Sparkassen im Bereich der Immobilienvermittlung, in: FS zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Studiengesellschaft zu Berlin, Berlin 1984, S. 245 - 264.
- Heller, Hermann:*
Staatslehre, 6. Aufl., Tübingen 1983.
- Hendler, Reinhard:*
Zur bundesverfassungsgerichtlichen Konzeption der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie, in: DVBl. 1983, S. 873 - 883.
- ders.:* Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, Köln 1984.

- Hesse, Konrad:**
Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: DÖV 1975, S. 437 - 443.
- ders.:**
Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl., Heidelberg 1985 (Hesse, Grundzüge).
- Hidien, Jürgen:**
Gemeindliche Betätigungen rein erwerbswirtschaftlicher Art und "öffentlicher Zweck" kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen, Berlin 1981 (Hidien, Gemeindliche Betätigungen).
- ders.:**
Das Ermessen der Gemeinden über die Zweckbindung ihrer wirtschaftlichen Unternehmen, in: DÖV 1983, S. 1002 - 1006.
- ders.:**
Die positive Konkretisierung der öffentlichen Zweckbindung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, Frankfurt 1984.
- Himmelmann, Gerhard:**
Steuerungsinstrument öffentlicher Wirtschaft ? Zur politisch-ökonomischen Theorie öffentlicher Unternehmen, in: ZögU 1986, S. 395 - 407.
- Hirschberg, Lothar:**
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen 1981 (Hirschberg).
- Hirschman, Albert O.:**
Abwanderung und Widerspruch, Tübingen 1974.
- Hoffmann-Becking, Michael:**
Die Begrenzung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand durch Subsidiaritätsprinzip und Übermaßverbot, in: FS H.-J. Wolff, München 1973, S. 445 - 462.
- Hoffmeister, Johannes:**
Wörterbuch der Philosophischen Begriffe, 2. Aufl., Hamburg 1955.
- Huber, Ernst-Rudolf:**
Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, in: Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaat und Sozialstaat, Darmstadt 1972, S. 589 - 618.
- Hubmann, Heinrich:**
Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, in: WiVerw 1982, S. 41 - 63.
- Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim:**
Kommentar zum GWB, München 1981 (Bearbeiter, in: Immenga/Mestmäcker, GWB).
- Ipsen, Hans-Peter:**
Gleichheit in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. II 2. Aufl., Berlin 1968, S. 111 - 198.
- Isensee, Josef:**
Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968.

- ders.:**
Privatwirtschaftliche Expansion öffentlich-rechtlicher Versicherer, in: DB 1979, S. 145 - 150.
- Jakobs, Michael Chr.:**
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Köln 1985.
- Kimminich, Otto:**
Der Schutz kommunaler Unternehmen gegen konfiskatorische Eingriffe, Köln 1982.
- Kirchhof, Paul:**
Verwalten durch mittelbares Einwirken, Köln 1977.
- ders.:**
Der Leistungswettbewerb unter Einsatz der Beitragshoheit, in: DVBL 1982, S. 933 - 939.
- Klein, Hans Hugo:**
Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, Stuttgart 1968.
- Kluth, Winfried:**
Schutz individueller Freiheit in und durch öffentlich-rechtliche Körperschaften, in: DVBL 1986, S. 716 - 727.
- Knauss, Fritz:**
Zur Privatisierungsdiskussion 1984/85 in: ZögU 1986, S. 90 - 97.
- Knemeyer, Franz-Ludwig:**
Kommunale Selbstverwaltung im Wandel, in: Norbert Achterberg/Werner Krawietz/Diter Wyduckel (Hrsg.): FS Scupin, Berlin 1983, S. 797 - 811.
- ders.:**
Das verfassungsrechtliche Verhältnis der Kommunen zueinander und zum Staat, in: DVBL 1984, S. 23 - 29.
- Kottenberg, Kurt / Rehn, Erich:**
Gemeindeordnung für das Land Nordrhein- Westfalen, Kommentar, Siegburg 1972.
- Koslowski, Peter:**
Gesellschaft und Staat - Ein unvermeidlicher Dualismus, Stuttgart 1982.
- Krabbe, Wolfgang R.:**
Kommunalpolitik und Industrialisierung. Die Entfaltung der städtischen Leistungsverwaltung im 19. und frühen 20. Jahrhundert. Fallstudien zu Dortmund und Münster, Stuttgart 1985.
- Krauskopf, Dieter:**
Sozialleistungsträger im Wettbewerb mit ihren Leistungsanbieter, in: ZSR 1983, S. 686 - 692.
- Kraft, Ernst Thomas:**
Das Verwaltungsgesellschaftsrecht, Frankfurt 1982.
- Krebs, Walter:**
Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, Berlin 1975.

- ders.:*
Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen - Ein Beitrag zu rechtlichen Analyse von gerichtlichen, parlamentarischen und Rechnungshof - Kontrollen, Heidelberg 1984 (Krebs, Kontrolle).
- Kretzschmar, Alfons:*
Deutsche Bundespost und Endgerätemarkt, in: BB 1981, S. 621 - 627.
- Kriele, Martin:*
Wirtschaftsfreiheit und Grundgesetz, in: ZRP 1974, S. 105 - 111.
- ders.:*
Einführung in die Staatslehre, 2. Aufl., Opladen 1981.
- Krüger, Herbert:*
Das Staatsunternehmen - Ort und Rolle in der Marktwirtschaft, in: ZBR 1979, S. 157 - 166.
- Larenz, Karl:*
Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., München 1983.
- ders.:*
Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., München 1985.
- Lerche, Peter:*
Wirtschaftliche Agenda der Gemeinden und Klagerecht Privater, in: JurA 1970, S. 821 - 865.
- ders. / Pestalozza, Christian:*
Die Deutsche Bundespost als Wettbewerber, Köln 1985.
- Lindner, Volker:*
Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeiten für Private gegen privatrechtliche kommunale Wirtschaftstätigkeit, Würzburg 1974 (Lindner, Verwaltungsgerichtliche Klagemöglichkeiten).
- v. Loebell, Friedrich Wilhelm:*
Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen - Kommentar, 4. Aufl. Wiesbaden 1980 (v. Loebell/Bearbeiter, GO).
- Martens, Wolfgang:*
Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg 1969.
- Maunz, Theodor:*
Die Verankerung des Gemeinderechts im Grundgesetz, in: BayVBl. 1984, S. 417 - 424.
- ders. / Dürig, Günter:*
Grundgesetz - Kommentar, 6. Aufl., München, Stand 1985 (Bearbeiter, in: M/D, Komm.z.GG.).
- Maurer, Hartmut:*
Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., München 1986 (Maurer, Allg.VwR).
- v. Maydell, Bernd / Scholz, Rupert:*
Grenzen der Eigenwirtschaft gesetzlicher Krankenversicherungsträger, Berlin 1980 (v. Maydell/Scholz, Grenzen der Eigenwirtschaft).

- Medicus, Dieter:*
Bürgerliches Recht, 13. Aufl., München 1985.
- Mees, Hans-Kurt:*
Normwidrigkeit und § 1 UWG, in: WRP 1985, S. 373 - 377.
- Menger, Christian-Friedrich:*
Zur Frage des Rechtswegs bei Wettbewerbsstreitigkeiten zwischen Privaten und öffentlicher Hand, in: VerwArch 69 (1977), S. 293 - 299.
- ders.:*
Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, in: ders.: Verfassung und Verwaltung in Geschichte und Gegenwart, Heidelberg 1982, S. 186 - 194.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim:*
Die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln im Wettbewerbsrecht, in: NJW 1969, S. 1 - 6.
- ders.:*
Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, in: Heinz Sauer mann/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.): FS Franz Böhm, Berlin 1975, S. 383 - 419.
- Meyer-Ladewig, Jens:*
Zweifelsfragen über den Rechtsweg in sozialrechtlichen Streitigkeiten in der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes, in: SGB 1979, S. 401 - 406.
- Meyn, Karl-Ulrich:*
Gesetzesvorbehalt und Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden, Göttingen 1977.
- ders.:*
Autonome Satzung und demokratische Legitimation, in: DVBl. 1977, S. 593 - 601.
- Mronz, Dieter:*
Körperschaften und Zwangsmitgliedschaft, Berlin 1973.
- v. Münch, Ingo (Hrsg.):*
Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., München 1985; Bd. 2, 2. Aufl., München 1983 (Bearbeiter, in: v. Münch, GG, Bd.).
- ders. (Hrsg.):*
Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Berlin 1986 (Bearbeiter, in: v. Münch, Bes.VwR).
- v. Mutius, Albert:*
Sind weitere Maßnahmen zu empfehlen, um den notwendigen Handlungs- und Entfaltungsspielraum der kommunalen Selbstverwaltung zu gewährleisten?, Gutachten E des 53. DJT 1980, München 1980.
- ders.:*
Örtliche Aufgabenerfüllung, in: FS v. Unruh, Heidelberg 1983, S. 227 - 263.
- ders. / Schmidt-Jortzig, Edzard (Hrsg.):*
Probleme mehrstufiger Erfüllung von Verwaltungsaufgaben auf kommunaler Ebene, Siegburg 1982.
- Oebbecke, Janbernd:*
Gemeindeverbandsrecht NW, Köln 1984.

- Ossenbühl, Fritz:*
Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, in: DÖV 1971, S. 513 - 524.
- ders.:*
Rechtliche Probleme der Zulassung zu öffentlichen Stadthallen, in: DVBl. 1973, S. 289 - 300.
- ders.:*
Bestand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost, Berlin 1980 (Ossenbühl, Bestand).
- Pagenkopf, Hans:*
Kommunalrecht, Bd. 1, Verfassungsrecht, 2. Aufl., Köln 1975.
- ders.:*
Kommunalrecht, Bd. 2, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Köln 1976 (Pagenkopf).
- Papier, Hans-Jürgen:*
Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, in: VVDStRL 35 (1977), S. 55 - 104.
- ders.:*
Art. 12 GG - Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, in: DVBl. 1984, S. 801 - 814.
- ders.:*
Kommentierung von Art. 14 GG, in: M/D, Komm.z.GG., Stand 1983 (Papier, Rdnr.).
- Pestalozza, Christian:*
Der Garantiegehalt der Kompetenznorm - erläutert am Beispiel der Art. 105 ff. GG, in: Der Staat 11 (1972), S. 161 - 188.
- Pietzcker, Jost:*
"Grundrechtsbetroffenheit" in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik, in: FS Bachof, München 1984, S. 131 - 149.
- Püttner, Günter:*
Die Einwirkungspflicht, in: DVBl. 1973, S. 353 - 357.
- ders.:*
Öffentliche Unternehmen als Instrument staatlicher Politik, in: DÖV 1983, S. 697 - 704.
- ders.:*
Die öffentlichen Unternehmen - Ein Handbuch zu Verfassungs- und Rechtsfragen der öffentlichen Wirtschaft, 2. Aufl., Stuttgart 1985.
- Ramsauer, Ulrich:*
Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, Berlin 1980.
- ders.:*
Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, in: VerwArch 72 (1981), S. 89 - 106.

- Rauball, Johannes / Rauball, Reinhard / Rauball, Werner / Pappermann, Ernst / Roters, Wolfgang:*
Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl., München 1981 (Rauball/Pappermann/Roters, GO).
- Richter, Gerd-Jürgen:*
Verfassungsprobleme der kommunalen Funktionalreform, Köln 1977.
- Rittner, Fritz:*
Die werdende juristische Person - Untersuchungen zum Gesellschafts- und Unternehmensrecht, Tübingen 1973.
- Rocke, Burghard:*
Nebentätigkeiten kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen, Diss. jur. Kiel 1973.
- Sack, Rolf:*
Die lückenfüllende Funktion der Sittenwidrigkeitsklausel, in: WRP 1981, S. 1 - 15.
- Schachtschneider, Karl-Eduard:*
Staatsunternehmen und Privatrecht - Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, Berlin 1986.
- Scheel, Werner / Steup, Johannes:*
Gemeindehaushaltsrecht NRW, 4. Aufl., Köln 1981.
- Scheuner, Ulrich:*
Die karitative Tätigkeit der Kirchen im Sozialstaat. Verfassungsrechtliche und staatskirchenrechtliche Fragen, in: Essener Gespräche 8 (1974), S. 43 - 71.
- Schlink, Bernhard:*
Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, in: Der Staat 19 (1980), S. 73 - 107.
- ders.:*
Freiheit durch Eingriffsabwehr - Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, in: EuGRZ 1984, S. 457 - 468.
- Schmidt, Walter:*
Die Entscheidungsfreiheit des einzelnen zwischen staatlicher Herrschaft und gesellschaftlicher Macht, in: AöR 101 (1976), S. 24 - 45.
- ders.:*
Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte, in: AöR 106 (1981), S. 497 - 524.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard:*
Verwaltungsorganisation zwischen parlamentarischer Steuerung und exekutivischer Organisationsgewalt, in: Rolf Städter/Werner Thieme (Hrsg.): FS Ipsen, Tübingen 1977, S. 333 - 352.
- ders.:*
Die kommunale Rechtsetzung im Gefüge der administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen, München 1981 (Schmidt-Aßmann, Die kommunale Rechtsetzung).
- ders.:*
Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, Heidelberg 1982.

- Schmidt-Jortzig, Edzard:*
Kommunalrecht, Stuttgart 1982.
- Schmitt, Carl:*
Verfassungslehre, 6. Aufl., Berlin 1983.
- Schmittat, Karl-Oskar:*
Rechtsschutz gegen staatliche Wirtschaftskonkurrenz, in: ZHR 148 (1984), S. 428 - 464.
- Schnapp, Friedrich E.:*
Grenzen der Grundrechte, in: JuS 1978, S. 729 - 735.
- ders.:*
Grundfragen des Organisationsrechts, in: Jura 1980, S. 68 - 75.
- ders.:*
Ausgewählte Probleme des Organisationsrechts, in: Jura 1980, S. 293 - 303.
- Schneider, Hans:*
Gesetzgebung, Heidelberg 1982.
- Schnug, Rüdiger:*
Das Recht am Gewerbebetrieb - ein Fremdkörper im deliktischen Haftungssystem, in: JA 1985, S. 440 - 449, 614 - 622.
- Schnur, Roman:*
Zur Abgrenzung der gemeindlichen Aufgaben von den Aufgaben der Kreise gemäß Art. 28 Abs. 2 GG, in: Die Verwaltung 19 (1986), S. 39 - 64.
- Scholler, Heinrich / Broß, Siegfried:*
Grundrechtsschutz für juristische des öffentlichen Rechts, in: DÖV 1978, S. 238 - 244.
- Scholz, Rupert:*
Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand, in: ZHR 132 (1969), S. 97 - 148.
- ders.:*
Wettbewerb der öffentlichen Hand - Sanktions- und Rechtswegprobleme zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, in: NJW 1974, S. 781 - 782.
- ders.:*
Grenzen staatlicher Aktivität unter der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung, in: Duwendag (Hrsg.): Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft, Berlin 1976, S. 113 - 132 (Scholz, Grenzen staatlicher Aktivität).
- ders.:*
Neue Entwicklungen im Gemeindefirtschaftsrecht - Strukturfragen und Verfassungskritik, in: DÖV 1976, S. 441 - 449.
- ders.:*
Kommentierung von Art. 12 GG, in: M/D, Komm.z.GG., Stand 1980 (Scholz, Rdnr.).
- ders. / Püschas, Rainer:*
Gemeindefirtschaft zwischen Verwaltungs- und Unternehmensstruktur, Berlin 1982.

- Schricker, Helmut:*
Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, Köln 1964.
- Schultz-Süchting, Rolf:*
Der Rechtsschutz bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand, in: GRUR 1974, S. 700 - 703.
- Schuppert, Gunnar Folke:*
Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, Göttingen 1981.
- Schwabe, Jürgen:*
Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977.
- ders.:*
Anmerkung zu BGHZ 78, 41, in: DVBL 1981, S. 386 - 389.
- Schwerdfeger, Gunther:*
Grundrechtlicher Drittschutz im Baurecht, in: NVwZ 1982, S. 5 - 11.
- ders.:*
Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, Berlin 1983.
- Sölter, Arno:*
Der Januskopf des Preiswettbewerbs, Heidelberg 1984.
- Starck, Christian:*
Des Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, Baden-Baden 1970.
- Staupe, Jürgen:*
Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, Berlin 1986 (Staupe).
- Stern, Klaus:*
Der rechtliche Standort der Gemeindefirtschaft, in: AfK 1964, S. 81 - 102.
- ders.:*
Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl., München 1984 (Stern, Staatsrecht Bd. 1).
- ders. / Püttner, Günter:*
Die Gemeindefirtschaft - Recht und Realität, Stuttgart 1965.
- ders. / Burmeister, Joachim:*
Die kommunalen Sparkassen, Stuttgart 1972.
- Stettner, Rupert:*
Grundfragen einer Kompetenzlehre, Berlin 1983.
- Stober, Rolf:*
Rein gewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand und Verfassung, in: ZHR 145 (1981), S. 565 - 589.
- ders.:*
Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung, in: NJW 1984, S. 449 - 455.

- Stier, Bernhard:*
Der Wettlauf um die kommunale Sauna, in: Städte- und Gemeindebund 1984, S. 174 - 176.
- Surén, Friedrich-Karl:*
Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Bd. 2, Gemeindefirtschaftsrecht, Köln 1960.
- Tettinger, Peter J.:*
Neuer Streit um die Wirtschaftsverfassung?, BB 1977, S. 1617 - 1621.
- Ulmer, Peter:*
Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, in: GRUR 1979, S. 565 - 580.
- ders.:*
Die Anwendbarkeit von Wettbewerbs- und Kartellrecht auf die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand beim Angebot von Waren und Dienstleistungen, in: ZfR 146 (1982), S. 466 - 506.
- Umbach, Dieter C.:*
Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie, in: FS Faller, München 1984, S. 111 - 131.
- Vitzthum, Wolfgang:*
Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, in: AöR 104 (1979), S. 580 - 634.
- Wagener, Frido (Hrsg.):*
Verselbständigung von Verwaltungsträgern, Bonn 1976.
- Wallerath, Maximilian:*
Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Siegburg 1985.
- Wendt, Rudolf:*
Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, in: AöR 104 (1979), S. 414 - 475.
- Wiedemann, Herbert:*
Gesellschaftsrecht, Bd. 1, Grundlagen, München 1980.
- Wilke, Dieter / Schachel, Jens:*
Probleme fiskalischer Betätigung der öffentlichen Hand, in: WiVerw 1978, S. 95 - 116.
- Wittig, Peter:*
Bundesverfassungsgericht und Grundrechtssystematik, in: FS Gebhard Müller, Tübingen 1970, S. 575 - 593.
- Wolff, Hans-Julius:*
Organschaft und Juristische Person, Bd. 1, Juristische Person und Staatsperson, Berlin 1933.
- ders.:*
Rechtsformen gemeindlicher Einrichtungen, in: AfK 1963, S. 149 - 174.

- ders. / Bachof, Otto:*
Lehrbuch des Verwaltungsrecht, Bd. 1, 9. Aufl., München 1974, Bd. 2, 4. Aufl., München 1976 (Wolff/Bachof, VwR).
- Zeidler, Karl:*
Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, in: VVDStRL 19 (1961), S. 208 - 239.
- Zimmer, Gerhard:*
Funktion - Kompetenz - Legitimation. Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes, Berlin 1979.