

Aktuelle Beiträge zum Öffentlichen Recht

herausgegeben von:

Rolf Gröschner
Martin Morlok
Helmuth Schulze-Fielitz

Band 7

Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung

Christian Otto



Centaurus Verlag & Media UG 2001

Der Autor, geb. 1973, studierte Rechtswissenschaften an der Universität München und promovierte 2001 an der FernUniversität Hagen. Er ist als selbständiger Rechtsanwalt in der eigenen Kanzlei *Otto & Lang Rechtsanwälte* in Erding tätig.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Otto, Christian:

Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung /
Christian Otto. – Herbolzheim : Centaurus-Verl., 2001
(Aktuelle Beiträge zum Öffentlichen Recht ; Bd. 7)
Zugl.: Hagen, Univ., Diss., 2001

ISBN 978-3-8255-0353-6 ISBN 978-3-86226-362-2 (eBook)

DOI 10.1007/978-3-86226-362-2

ISSN 0941-4363

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© CENTAURUS Verlags-GmbH & Co. KG, Herbolzheim 2001

Satz: Vorlage des Autors

Umschlaggestaltung: DTP-Studio, Antje Walter, Lenzkirch

Meinen Eltern und Großeltern

1. TEIL: EINLEITUNG	1
A. Der Gegenstand der Untersuchung.....	1
B. Die besondere Aktualität der Thematik.....	2
I. Der aktuelle Befund der Gemeindewirtschaft.....	2
II. Die Ursachen und Hintergründe.....	4
III. Landesgesetzgeberische Initiativen zur Anpassung des kommunalen Wirtschaftsrechts....	6
IV. Rechtsschutz gegen kommunale Wirtschaftsbetätigung.....	7
C. Der Gang der Untersuchung.....	7
2. TEIL: DIE VERFASSUNGSRECHTLICHEN GRUNDLAGEN UND GRENZEN GEMEINDLICHER WIRTSCHAFTSTÄTIGKEIT	9
A. Die Garantie kommunaler Selbstverwaltung – Art. 28 II GG.....	9
I. Art. 28 II GG – Grundlage und Grenze gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit.....	9
1. Die Garantie gemeindlicher Selbstverwaltung in Art. 28 II GG als ausschließliche Legitimation gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit.....	10
a) Keine Grundrechtsfähigkeit der Gemeinden.....	10
(1) Die Auffassung der Rechtsprechung, insbesondere des <i>Bundesverfassungsgerichts</i>	11
(a) Das sog. „Konfusions- bzw. Identitätsargument“.....	11
(b) Keine grundrechtstypische Gefährdungslage.....	11
(c) Die sog. „Durchgriffstheorie“ und der „Wesensgehalt“.....	12
(2) Die Literatur.....	12
b) Keine Grundrechtsfähigkeit gemeindlicher Eigengesellschaften.....	17
c) Grundrechtsfähigkeit gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen.....	19
2. Begrenzung gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit durch Art. 28 II GG.....	21
a) Begrenzung der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit durch die grundgesetzliche Kompetenzordnung.....	22
b) Rechtliche Konsequenzen einer Kompetenzüberschreitung.....	28
(1) Der Bereich hoheitlichen Handelns der Gemeinde.....	29
(2) Der Bereich privatrechtsförmiger Verwaltung.....	30
II. Der Status der Gewährleistung des Art. 28 II GG.....	32
1. Doppelfunktion des Art. 28 II GG.....	32
2. Verfassungsrechtliche Gewährleistung als institutionelle Garantie.....	33
3. Art. 28 II GG - Aufgabenzuweisungs- und Kompetenznorm.....	34
III. Der Gewährleistungsgehalt des Art. 28 II GG.....	35
1. Die einzelnen Garantieebenen.....	35
2. Die „objektive Rechtsinstitutionsgarantie“.....	35
a) Das modale Element der Selbstverwaltungsgarantie.....	37
(1) Die Eigenverantwortlichkeit.....	37
(2) Garantie gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung ausschließlich über das modale Element der Selbstverwaltung.....	37
b) Das Verhältnis von modalem zu funktionalem Element der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie.....	38
(1) Der „öffentliche Zweck“.....	39
(a) Die Gemeinwohlkonzeption des Grundgesetzes.....	40
(b) Wirtschaftliche Betätigung nur zur Erfüllung „öffentlicher Aufgaben“.....	41
(c) Das Problem der Inhaltsbestimmung des „öffentlichen Zwecks“.....	43

(d) Unterscheidung von sozial- und erwerbswirtschaftlicher Betätigung.....	46
(2) Grundsätzliche Festlegung auf die Verfolgung unmittelbar öffentlicher Zwecke – Ausschluss der erwerbswirtschaftlichen Betätigung.....	46
(3) Keine Gewährleistung erwerbswirtschaftlicher Betätigung durch Art. 28 II 3 GG;.....	51
(4) Kein Ausschluss der Gewinnerzielung als Nebenzweck.....	54
(a) Leistungserbringung mit Gewinn.....	55
(b) Nebentätigkeiten.....	58
(aa) Grundsätzliche Zulässigkeit nach allgemeiner Ansicht.....	58
(bb) Fälle aus der Rechtsprechung.....	59
(aaa) Kommunales Bestattungswesen.....	59
(bbb) Kommunales Reisebüro.....	60
(ccc) KFZ – Kennzeichenverkauf durch einen Landkreis.....	61
(ddd) Betrieb einer Saunaanlage.....	61
(eee) Kommunales Anzeigengeschäft.....	61
(fff) Blockeisverkauf.....	62
(ggg) Der Fall „Gelsengrün“.....	62
(cc) Grundsätzliche Ablehnung der Figur der Nebentätigkeiten.....	63
(aaa) Das Kriterium des Sachzusammenhangs.....	64
(bbb) Das Wirtschaftlichkeitskriterium.....	66
(ccc) Die logische Untrennbarkeit.....	66
(aaaa) Randnutzungen zur wirtschaftlichen Verwertung bestehenden Potentials – Typische Randnutzungen.....	67
(bbbb) Randnutzungen zur Realisierung bestehenden wirtschaftlichen Potentials – Randtätigkeit bzw. Nebentätigkeit im engeren Sinne.....	68
c) Das funktionale Element der Selbstverwaltung - Der gemeindliche Aufgabenkreis	69
(1) Das „Örtlichkeitsprinzip“ im materiellen Sinne.....	69
(2) Das Örtlichkeitsprinzip im räumlichen Sinne.....	72
(a) Geltung des Örtlichkeitsprinzips im räumlichen Sinne.....	72
(b) Die räumliche Reichweite des gemeindlichen Handlungskreises.....	73
(c) Strikte Trennung von Aufgabe und wirtschaftlicher Betätigung als deren Modus der Erfüllung.....	75
(aa) Die örtliche Reichweite des gemeindlichen Aufgabenkreises.....	75
(bb) Die Reichweite des räumlichen Handlungsbereiches.....	78
3. Verfassungsrechtlicher Schutz des durch Art. 28 II GG gewährleisteten Aufgabenbereiches.....	81
a) Die Schutzrichtung des Art. 28 II GG.....	82
(1) „Aufgabenhochzonung“.....	82
(2) „Privatisierung“.....	83
(3) „Erweiterung des Handlungskreises der Gemeinden“.....	88
(a) Die räumliche Ausdehnung des Handlungsbereiches.....	89
(b) Die Erweiterung des Aufgabenkreises.....	91
(aa) Das „Genehmigungsmodell“.....	93
(bb) Das „Ermächtigungsmodell“.....	94
b) Der Schutzgehalt des Art. 28 II GG.....	98
(1) Der Schutz des Art. 28 II GG gegen Aufgabenhochzonungen.....	98
(a) Der Kernbereich - kein feststehender gemeindlicher Aufgabenbereich.....	99

(b) Der Randbereich – gemeindespezifisches materielles Aufgabenverteilungsprinzip.....	103
(2) Der Schutz des Art. 28 II GG gegen einen Aufgabenzug zugunsten Privater.....	103
(3) Der Schutz des Art. 28 II GG gegen eine gebietsüberschreitende Wirtschaftstätigkeit.....	107
B. Die Grundrechte.....	111
I. Grundrechtlicher Schutz vor gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit in Rechtsprechung und Literatur – Ein Überblick.....	112
1. Die Rechtsprechung.....	112
a) Gebäude-Feuerversicherungsanstalt – BVerwGE 17, 306 ff.	113
b) Kommunaler Bestattungsortner – BVerwGE 39, 329 ff.	114
c) Kommunale Wohnungsvermittlung – BVerwG NJW 1978, 1539.....	115
d) Wohnungsvermittlung einer städtischen Wirtschaftsförderungsgesellschaft – BVerwG NJW 1995, 2938.....	116
e) Selbstabgabe von Brillen durch gesetzliche Krankenkassen – BGHZ 82, 375.....	116
f) Resümee.....	118
2. Die Literatur.....	119
II. Grundrechtsbindung gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit.....	120
1. Grundrechtsbindung im Bereich fiskalisch-erwerbswirtschaftlichen Handelns.....	121
2. Grundrechtsbindung bei der Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen.....	124
III. Art. 12 I GG – Die Berufsfreiheit.....	127
1. Die Schutzbereichs – Eingriffs Problematik.....	127
2. Der Schutzbereich des Art. 12 I GG.....	128
a) Schutz der „Unternehmerfreiheit“ – insbesondere der „Wettbewerbsfreiheit“.....	129
b) Keine Ausgrenzung gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit aus dem Schutzbereich des Art. 12 I GG.....	130
(1) Konkurrenz als systemimmanentes Prinzip der Wettbewerbsfreiheit?.....	130
(2) Die „wirtschaftspolitische Neutralität“ des Grundgesetzes.....	132
c) Miteinbeziehung von Marktanteilen bzw. Erwerbchancen in den Schutzbereich der Berufsfreiheit.....	134
3. Gemeindliche Wirtschaftstätigkeit als Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG.....	138
a) Die Auflösung des „klassischen“ Eingriffsbegriffs.....	138
b) Die Eingriffsqualität gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung.....	140
c) Fazit.....	147
4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	147
a) Kollidierendes Verfassungsrecht als Eingriffsrechtfertigung.....	148
(1) Keine Schutzbereichsbegrenzung durch kollidierendes Verfassungsrecht.....	148
(2) Kommunale Selbstverwaltung als immanente Grundrechtsschranke?.....	149
b) Der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I 2 GG als Eingriffsrechtfertigung.....	150
(1) Rechtsgrundlage gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung.....	151
(a) Erforderlichkeit einer Rechtsgrundlage.....	151
(b) Rechtsgrundlage.....	152
(2) Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage.....	154
c) Verfassungsmäßigkeit der wirtschaftlichen Betätigung per se.....	158
(1) Einhaltung der Grenzen der Ermächtigungsgrundlage.....	159

(2) Schranken - Schranken	159
(a) Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG	159
(b) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip	161
(aa) Verfolgung eines (legitimen) öffentlichen Zwecks	162
(bb) Geeignetheit	164
(cc) Erforderlichkeit	165
(dd) Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Proportionalität)	168
IV. Art. 14 I GG – Eigentum	170
1. Schutzbereich	170
a) Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	170
b) Die Nutzung der konkreten Eigentumsposition	172
2. Eingriff	173
V. Art. 2 I GG – Allgemeine Handlungsfreiheit (insb. Wirtschaftsfreiheit)	176
VI. Art. 3 I GG – Der allgemeine Gleichheitssatz	177
1. Die Ermächtigung der Gemeinden zur wirtschaftlichen Betätigung	178
2. Die konkrete wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde	179
VII. Art. 9 I GG - Vereinigungsfreiheit	179
VIII. Zwischenergebnis	181
C. Die finanzverfassungsrechtliche Ordnung	182
I. Finanzierung von Gemeinlasten ausschließlich durch Steuern	184
II. Geltung der Grundsätze auch für nicht-hoheitliche Einnahmen	186
III. Rechtfertigung von Einnahmen aus wirtschaftlicher Betätigung	187
IV. Zwischenergebnis	191
D. Die Wirtschaftsverfassung	192
I. Unmittelbare wirtschaftsverfassungsrechtliche Gewährleistung der sozialen Marktwirtschaft?	192
II. Mittelbare wirtschaftsverfassungsrechtliche Gewährleistung sozialer Marktwirtschaft... ..	198
III. Die Wirkungsweise des Verfassungsprinzips freiheitlich-sozialer Wirtschaftsordnung ..	199
1. Die „klassische“ Dimension der Grundrechte als Abwehrrechte	199
2. Die „objektiv-rechtlichen“ Dimensionen der Grundrechte	199
a) Ausstrahlungswirkung der Grundrechte	200
b) Grundrechtliche Schutzpflichten	200
c) Grundrechtliche Gestaltungsdirektiven für die Exekutive	204
IV. Zwischenergebnis	205
E. Das Subsidiaritätsprinzip	206
I. Subsidiaritätsprinzip und gemeindliche Wirtschaftstätigkeit	206
II. Das Subsidiaritätsprinzip als allgemeiner ungeschriebener Verfassungsgrundsatz	208
III. Zwischenergebnis	214
3. TEIL: DIE KOMMUNALRECHTLICHEN GRENZEN GEMEINDLICHER WIRTSCHAFTSTÄTIGKEIT	215
A. Die Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrechts der Gemeindeordnungen der Bundesländer	215
I. Die Vorschriften der Deutschen Gemeindeordnung von 1935 als gemeinsamer Vorläufer aller heute geltenden landesgesetzlichen Regelungen	216
II. Die heute geltenden Vorschriften der Gemeindeordnungen der Länder	217
1. Die Rechtfertigung durch einen öffentliche Zweck	217

2. Die Subsidiaritätsklausel.....	218
3. Die „nichtwirtschaftliche“ Betätigung.....	219
4. Die Gewinnmitnahme.....	220
5. Die Durchbrechung des Örtlichkeitsprinzips.....	220
B. Inhaltliche Analyse der gemeindefinanziellen Vorschriften auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Vorgaben.....	221
I. Der Begriff der „wirtschaftlichen Betätigung“ bzw. des „(wirtschaftlichen) Unternehmens“.....	221
1. Einfachgesetzliche Auslegung.....	222
2. Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Vorgaben.....	224
3. Fazit.....	226
II. Die Rechtfertigung durch einen „öffentlichen Zweck“.....	226
1. Der Diskussionsstand.....	226
2. Verarbeitung der verfassungsrechtlichen Erkenntnisse.....	228
a) Relativierung der gemeindlichen „Einschätzungsprärogative“ durch Rechtskontrolle und Verfahren.....	228
b) Die absolute Grenze des „öffentlichen Zwecks“ – Begrenzung gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit auf die Verfolgung unmittelbarer öffentlicher Zwecke.....	230
c) Die relative Grenze des „öffentlichen Zwecks“ – Das Subsidiaritätsprinzip.....	231
d) Kein Bestandschutz gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit – Druck zur Privatisierung.....	233
III. Die Subsidiaritätsklauseln.....	233
IV. Die „nichtwirtschaftlichen“ Unternehmen.....	236
V. Die Gewinnmitnahme.....	238
VI. Die Durchbrechung des Örtlichkeitsprinzips.....	239
C. Die Schutzrichtung und Schutzqualität der Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrechts.....	240
4. TEIL: DIE WETTBEWERBSRECHTLICHEN GRENZEN GEMEINDLICHER WIRTSCHAFTSTÄTIGKEIT	245
A. Die zivilgerichtliche Rechtsprechung.....	246
I. Aktuelle Entscheidungen.....	246
1. Nachhilfeentscheidung des OLG Düsseldorf vom 10.10.1996.....	246
2. „Gelsengrün“ - Entscheidung des OLG Hamm vom 23.09.1997 und des BGH.....	247
3. Altauverwertungsentscheidung des LG Wuppertal vom 29.10.1998.....	247
4. Die Altauverwertungsentscheidung des OLG Düsseldorf vom 28.10.1999.....	248
II. Die Linie der Rechtsprechung.....	248
1. Die generelle Anwendbarkeit des UWG auf die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden.....	248
2. Die allgemeinen Voraussetzungen des wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs.....	249
3. Qualifikation der Vorschriften des gemeindlichen Wirtschaftsrechts als sog. „wertbezogene Normen“.....	249
B. Die Literatur.....	252
I. Die Anwendbarkeit des UWG auf die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand.....	252
II. Das Verhältnis der Vorschriften des Gemeindefinanzrechts zum UWG.....	254

1. Vollständige Ablehnung einer Aktualisierung öffentlich-rechtlicher Betätigungsschranken über das UWG.....	254
2. Inkorporierung der Kompetenzschranken des öffentlichen Rechts in das Wettbewerbsrecht	255
3. Die Qualifizierung der Normen des Gemeindegewirtschaftsrechts als „wertbezogene Normen“	255
C. Die Schutzrichtung der Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrechts als Maßstab für das Verhältnis von öffentlich-rechtlichen Marktzugangsbegrenzungen und Wettbewerbsrecht.....	256
I. Die Anwendbarkeit des UWG auf die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden	256
II. Der materielle Prüfungsmaßstab.....	259
D. Der Rechtsweg.....	262
<i>Zusammenfassung der wichtigsten Untersuchungsergebnisse.....</i>	<i>264</i>
<i>Literaturverzeichnis.....</i>	<i>267</i>