

# Grundzüge des Kommunalwirtschaftsrechts

Der Gemeinde ist es nicht grundsätzlich verboten, sich auch wirtschaftlich zu betätigen.

## Begriff der wirtschaftlichen Betätigung

- **Betrieb von Unternehmen,**
- die als **Hersteller/Anbieter/Verteiler** von Gütern/Dienstleistungen am Markt tätig werden,
- sofern die Leistung **ihrer Art nach** auch von einem Privaten
- mit der **Absicht der Gewinnerzielung** erbracht werden, § 107 I 3 GO könnte.

Allerdings ist zu beachten, daß allein die Erzielung von Einnahmen ein gemeindliches Unternehmen noch nicht zu einem wirtschaftlichen macht. Gerade für nichtwirtschaftliche Leistungen kann die Gemeinde Kosten erheben und damit Einnahmen erzielen (z.B. Benutzungsgebühren, Verwaltungskosten usw.). Die als wirtschaftliche Unternehmen betriebene Einrichtungen der Gemeinden sollen allerdings einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen, § 109 I 2 GO, soweit hiervon die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird. Zudem gelten für die wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung nach § 107a GO Sonderregeln; sie dient einem öffentlichen Zweck und ist zulässig, wenn sie nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht.

Hiervon nicht erfaßt wird nach § 107 II GO der Betrieb von

- Einrichtungen, zu denen die Gemeinde **gesetzlich verpflichtet** ist
- öffentlichen Einrichtungen, die für **soziale und kulturelle Betreuung** der Einwohner erforderlich sind
- Einrichtungen, die folgenden Zwecken dienen:
  - **Umweltschutz**, insbesondere der Abfallentsorgung oder Abwasserbeseitigung,
  - **Straßenreinigung**,
  - **Wirtschaftsförderung**,
  - **Fremdenverkehrsförderung**
  - **Wohnraumversorgung**.
- Einrichtungen, die als Hilfsbetriebe ausschließlich der **Deckung des Eigenbedarfs** von Gemeinden

## Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung, § 107 I GO

Wirtschaftliche Betätigung ist aus einem **öffentlichen Zweck** erforderlich

Öffentlicher Zweck kann nicht durch andere Unternehmen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann.

Ausnahme: **Telekommunikation / Wasserversorgung / Energieversorgung /  
Telefondienstleistungen / öffentlicher Verkehr**

Betätigung muss nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur **Leistungsfähigkeit der Gemeinde** stehen (§ 107 I Nr. 2 GO)

## Beachtung von Beteiligungsrechten (§ 107 V GO)

Vor der Entscheidung über die Gründung von bzw. die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 ist der Rat auf der Grundlage einer Marktanalyse über die Chancen und Risiken des beabsichtigten wirtschaftlichen Engagements und über die Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft zu unterrichten. Den örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel und der für die Beschäftigten der jeweiligen Branche handelnden Gewerkschaften ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Marktanalysen zu geben.

# Organisationsformen kommunaler Unternehmen/Einrichtungen

**Öffentlich-rechtlich**

**Eigenbetriebe**

- nichtrechtsfähige, unselbständige öffentliche Anstalten
- wirtschaftliche Unabhängigkeit gegenüber der Gemeinde
- rechtliche Vorgaben durch EigenbetriebsVO

**Beachte:** Der Begriff des Regiebetriebes ist kommunalrechtlich ohne besondere Bedeutung. So werden diejenigen Organisationsteile bezeichnet, die den Eigenbedarf der Gemeinde decken (Druckerei, Gärtnerei usw.). Im staatlichen Bereich bezeichnet man als Regiebetrieb solche Betriebe des Bundes oder des Landes, für die eine kaufmännische Buchführung eingerichtet ist und die entweder voll in die Verwaltung eingegliedert sind (sog. Bruttobetrieb) oder organisatorisch als nichts rechtsfähige Regieanstalten verselbständigt sind und nur mit ihrem kaufmännischen Endergebnis in den Haushaltsplan eingehen (sog. Nettobetrieb).

**Juristische Personen des öffentlichen Rechts**

- Körperschaften
- Anstalten
- Stiftungen

**Privatrechtlich**

Den Gemeinden ist es nach § 108 GO auch der Betrieb privatrechtlich organisierter Unternehmen erlaubt. Allerdings müssen die gesetzlich vorgegebenen Voraussetzungen des § 108 GO vorliegen.

**Eigengesellschaft**

Die Gemeinde hält sämtliche Gesellschaftsanteile.

**Beteiligungsgesellschaft**

Die Gemeinde ist an einer privatrechtlichen Gesellschaft beteiligt.

**Beachte:** Hält die Gemeinde mehr als 50% der Anteile, gilt nach § 108 II GO eine Vielzahl der Vorschriften über Eigenbetriebe.

**Beachte:** Die Rechtsform der AG darf die Gemeinde nur wählen, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Für die Gründung einer GmbH sind die Voraussetzungen des § 108 IV GO einzuhalten.

## Die Flucht ins Privatrecht

**Problem:** Wenn den Gemeinden (dem Staat) die Möglichkeit eröffnet ist, seine Aufgaben auch in der Rechtsform des Privatrechts zu erfüllen, stellt sich die Frage, ob damit auch die **Freiheiten und Möglichkeiten der Privatautonomie** zustehen.

**Lösung:** Im Bereich der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben werden die Freiheiten des Privatrechts von den öffentlich-rechtlichen Bindungen überlagert. Dies hat zur Folge, daß der Staat – anders als ein Privater – auch bei der Wahl privatrechtlicher Organisationsformen an die Grundrechte und verwaltungsrechtliche Grundsätze gebunden ist. Eine „**Flucht ins Privatrecht**“ ist daher **nicht möglich**.

## Fall 4: Immerschön kontra Gelsengrün

Die Stadt G hatte bislang ihre städtischen Grünflächen teils durch ihr städtisches Grünflächen- und Friedhofsamt, teils durch Privatfirmen pflegen und unterhalten lassen. Zum 01.01.2004 hat die Stadt ihr städtisches Grünflächen- und Friedhofsamt in die „Gelsengrün GmbH“ umgewandelt. Dem liegt ein ordnungsgemäßer Ratsbeschluss zugrunde. Eine Eintragung der Gelsengrün GmbH ins Handelsregister ist erfolgt.

Grund für die Umwandlung war der Gedanke, dass bei einer GmbH der Personalbedarf und das Leistungsangebot flexibler zu steuern sind und man dann zukünftig auf den teuren Einkauf der Leistungen von Privatunternehmen verzichten könne. Dieser Gedanke hatte sich bereits bei der Umwandlung der örtlichen Verkehrs- und Versorgungsbetriebe in AG's bewährt.

Eines der Unternehmen, welches die Stadt G zuvor schwerpunktmäßig mit der Durchführung von Aufgaben der Grünflächenpflege betraut hatte, ist der Garten und Landschaftsbaubetrieb „Immerschön“. Nach der Umwandlung des städtischen Grünflächen- und Friedhofsamtes in die Gelsengrün GmbH erhält die Fa. „Immerschön“ von der Stadt keine Aufträge mehr und stellt daher einen erheblichen Umsatzrückgang fest. Die Gelsengrün GmbH kann der Stadt G die Leistungen zu niedrigeren Preisen anbieten und erhält demnach gegenüber der Fa. Immerschön bevorzugt die anstehenden Aufträge.

Der Inhaber der Firma Immerschön (I) ist der Auffassung, dass die Stadt G sich durch die Gründung der Gelsengrün GmbH unzulässig erwerbswirtschaftlich betätigt und fordert die Stadt vergeblich auf, den Betrieb der GmbH einzustellen.

I erhebt nunmehr Klage vor dem Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Stadt G zu verpflichten, den Betrieb der Gelsengrün GmbH einzustellen.

Wird er damit Erfolg haben?

**Übersicht Fall 4****A. Zulässigkeit der Klage**

- I. **Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO**
- II. **Beteiligtenfähigkeit/Prozessfähigkeit**
- III. **Klageart**
- IV. **Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog**
  1. § 107 I S. 1 Nr. 3 GO.
  2. Grundrechte
    - a) Unmittelbare Abwehrfunktion der Grundrechte
    - b) Bindung der öffentlichen Hand an die Grundrechte auch bei privatrechtlicher Tätigkeit
    - c) Schutzbereichseröffnung
      - aa) Art. 14 I GG.
      - bb) Art. 12 GG
      - cc) Art. 3 I GG.
- V. **Vorverfahren**
- VI. **Klagefrist**
- VII. **Klagegegner**

**B. Begründetheit**

- I. **rechtlichen Voraussetzungen, § 108 GO**
  1. **wirtschaftliche Betätigung gem. § 107 I GO**
  2. Voraussetzungen des § 108 I Nr. 2 GO
    - a) Voraussetzungen des § 8 I GO
    - b) Wichtiges Interesse der Gemeinde
  3. übrigen Voraussetzungen des § 108 I GO NRW
  - 4.,. Richtige Wahl der privatrechtlichen Rechtsform
- II. **Anspruch aus Grundrechten**
  1. **Art. 12 I GG**
    - a) Schutzbereich
    - b) Eingriff
  2. **Art. 3 I GG**

Lösung:	Immerschön kontra Gelsengrün	
Probleme:	erwerbswirtschaftliche Betätigung von Gemeinden; Rechtsformen kommunaler Unternehmen; Zulässigkeit erwerbswirtschaftlicher Betätigung; Begriff der wirtschaftlichen Betätigung; Drittschutz des § 107 GO	
Blätter:		
Grundzüge des Kommunalwirtschaftsrechts		Blatt 168
Organisationsformen kommunaler Unternehmen		Blatt 169

Die Klage wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

## A. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist zulässig, wenn die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungs voraussetzungen vorliegen.

### I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet, wenn eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art** vorliegt und die Streitigkeit nicht ausdrücklich einem anderen Rechtsweg zugewiesen ist.

Die Streitigkeit ist **öffentlich-rechtlich**, wenn sich das Klagebegehren nach öffentlich-rechtlichen Rechtsnormen entscheidet. Solche liegen vor, wenn **ausschließlich ein Träger öffentlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet** wird. Hier klagt I gegen die Stadt G, mit dem Ziel, dass diese den Betrieb der Gelsengrün GmbH einstellt. Fraglich ist, ob sich dieses Begehren nach öffentlichem Recht beurteilt.

Bei der Gelsengrün GmbH handelt es sich um ein Unternehmen in privater Rechtsform, so dass sich I hier möglicherweise gegen einen unzulässigen Wettbewerb richtet und sich die Streitigkeit nach privatrechtlichen Normen, insbesondere solchen des UWG beurteilen würde, für deren Anwendung nach § 13 GVG die Zivilgerichte zuständig sind.

Allerdings richtet I sich hier nicht originär gegen die Betätigung der GmbH, sondern schon dagegen, dass die Stadt G beschlossen hat, das städtische Grünflächen- und Friedhofsamt in die Gelsengrün GmbH umzuwandeln. Die Rechtmäßigkeit dieses Organisationsaktes aber beurteilt sich nach den §§ 107 ff. GO, und damit nach öffentlichem Recht.

Hier greift die Zwei-Stufen-Theorie ein, nach der sich ein Streit um die Zulässigkeit der kommunalwirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde als solche („Ob“) nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften beurteilt, während ein Streit um die Art und Weise der Betätigung („Wie“) zivilrechtlich zu beurteilen ist.

Da es hier um die Zulässigkeit der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Stadt G durch die Gelsengrün GmbH als solche geht, beurteilt sich der Rechtsstreit daher nach §§ 107 ff. GO und damit nach Normen, die einen Träger öffentlicher Gewalt, nämlich die Stadt G, als Normadressaten haben, so dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt.

Diese Streitigkeit ist, da hier nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, auch **nichtverfassungsrechtlicher Art**. Des weiteren fehlt auch eine ausdrückliche Zuweisung dieses Streites an ein anderes Gericht, so dass der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet ist.

### II. Beteiligtenfähigkeit/Prozessfähigkeit

Die Beteiligtenfähigkeit des I als natürlicher Person ergibt sich aus § 61 Nr. 1 VwGO, die der Stadt G als Gebietskörperschaft und damit als juristische Person des öffentlichen Rechts ebenfalls aus § 61 Nr. 1 VwGO. Der Bürgermeister der Stadt G vertritt die Gemeinde im Prozess, § 62 III VwGO i.V.m. § 63 I 1 GO.

### III. Klageart

Für die Bestimmung der Klageart kommt es nach § 88 VwGO auf das Klagebegehren des I an. I wendet sich – wie bereits festgestellt – gegen den Beschluss des Rates, das städtische Grünflächen- und Friedhofsamt in die Gelsengrün GmbH umzuwandeln.

Zur Bestimmung der Klageart kommt es daher darauf an, welche Rechtsnatur diese Entscheidung hat.

1. Es könnte sich bei dem Ratsbeschluss zunächst um einen VA gem. § 35 VwVfG handeln, der mit der Anfechtungsklage gem. § 42 I VwGO angreifbar wäre. Allerdings fehlt es dem Umwandlungsbeschluss als behördeninterne Organisationsentscheidung an der nach § 35 S. 1 VwVfG erforderlichen Außenwirkung, so dass Mangels VA-Qualität eine Anfechtungsklage nicht in Betracht kommt.
2. In Betracht kommt daher eine **allgemeine Leistungsklage**.

Allerdings betreibt die Stadt G den Betrieb nicht selbst, sondern durch die Gelsengrün GmbH. Fraglich ist daher, ob eine Unterlassungsklage gegen die Stadt G die richtige Klage sein kann. Bei der Gelsengrün GmbH handelt es sich um eine Eigengesellschaft der Stadt G, an der sie alle Beteiligungen hält.

Die Gemeinde hat daher Vertreter in der GmbH, was § 108 IV Nr. 2 GO ausdrücklich vorsieht, die nach § 113 I 2 GO an die Beschlüsse des Rates gebunden sind.

Das Begehren des I ist demnach darauf gerichtet, dass die Stadt G als Alleingesellschafterin auf die GmbH dergestalt einwirken soll, dass diese den Betrieb einstellt. Hierbei handelt es sich um schlichtes Verwaltungshandeln, so dass die allgemeine Leistungsklage die richtige Klageart ist.

### IV. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

I ist analog § 42 II VwGO klagebefugt, wenn die Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts des I nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist.

1. Als subjektiv-öffentliches Recht kommt hier zunächst § 107 I S. 1 Nr. 3 GO in Betracht.

Dies ist nur dann der Fall, wenn § 107 GO **Mitbewerbern** und damit dem I ein **subjektiv-öffentliches Recht** vermittelt. Die Bindung der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden an bestimmte Voraussetzungen müsste also nicht nur öffentlichen Interessen dienen, sondern auch den Schutz Privater bezwecken.

Die Regelungen des § 107 GO, insbesondere § 107 I 1 Nr. 2 GO, dienen in erster Linie dazu, die **Gemeinde von riskanter wirtschaftlicher Betätigung abzuhalten**, um die haushaltsmäßige Erfüllung der ihr gesetzlich obliegenden Verpflichtungen sicherzustellen. Es werden daher vorrangig öffentliche Interessen verfolgt.

Fraglich ist, ob darüber hinaus auch die Privatwirtschaft vor eine Wettbewerbsbeeinträchtigung durch erwerbswirtschaftliche Unternehmen der Kommunen geschützt wird. Die Beantwortung dieser Frage **ist umstritten**.

In der bis zum 13.7.1999 geltenden Fassung war eine Subsidiaritätsklausel, die sich in dem Vorgängergesetz befand (“... und **dieser Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann**”), aus rechtspraktischen Gründen nicht mehr enthalten, so dass der Wortlaut nicht mehr darauf schließen ließ, dass Rechte privater Dritter geschützt werden sollten. In der neuen Fassung des § 107 GO wurde die Subsidiaritätsklausel hingegen wieder eingeführt. § 107 I S.1 Nr.3 GO („...der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann“) könnte damit durch diese Klausel drittschützender Charakter zukommen.

- a) Eine Auffassung lehnt den Schutz einzelner Privatunternehmen grundsätzlich ab. Sie geht davon aus, dass allenfalls die Wirtschaft an sich vor unzulässiger Konkurrenz durch erwerbswirtschaftliche Kommunalbetriebe geschützt werden soll, nicht jedoch der Einzelne.

*BGH, I ZR 250/00 v. 25.04.02; BVerwG, DVBl. 96, 152; Ehlers, Das neue Kommunalwirtschaftsrecht in Nordrhein-Westfalen, NwVBl, 1/2000,*

Mit der Wiederaufnahme der vorgenannten Formulierung wurde nach dieser Auffassung allein der Zweck verfolgt, dem § 107 GO wieder eine allgemeine wirtschaftspolitische Zielsetzung zu geben. Individualschutz könne hieraus nicht abgeleitet werden. Ein Schutz von Individualinteressen eines erkennbar abgegrenzten Kreises Dritter sei in der nur ganz allgemeinen Formulierung „andere Unternehmen“ nicht zu erkennen.

Auch aus der systematischen Stellung des § 107 GO bei den organisationsrechtlichen Vorschriften ließen sich keine Anhaltspunkte für einen individualschützenden Charakter gewinnen. Zum anderen sei es dem Gesetzgeber darum gegangen, die Spielräume kommunaler wirtschaftlicher Betätigung zu erweitern. Dies reiche aber für die Annahme eines subjektiven Rechts nicht aus. Die §§ 107 f GO zielen vielmehr auf die Wahrung des öffentlichen Wohls ab. Außerdem gewähren auch die Grundrechte Art. 12 und 14 GG keinen absoluten Schutz privater Unternehmer vor wirtschaftlicher Konkurrenz durch die öffentliche Hand.

Zudem hätte der Gesetzgeber in der Novellierung von 1999 auch ausdrücklich die Frage des Drittschutzes regeln können. Dies hat er aber ersichtlich nicht getan.

Nach dieser Auffassung kann I seine Klagebefugnis nicht aus § 107 I 1 Nr. 3 GO herleiten.

- b) Eine andere Auffassung misst der Vorschrift drittschützende Wirkung zu, weil die Kommune erwerbswirtschaftliche Unternehmen nur dann errichten darf, wenn die Versorgung mit der Leistung nicht wirtschaftlicher und besser durch die Privatwirtschaft erfolgen kann. Dies wird damit begründet, dass das in § 107 I Nr. 1 GO NRW enthaltene Erfordernis des **öffentlichen Zwecks** bei gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit voraussetze, dass diese durch Private nicht besser oder wirtschaftlicher erfüllt werden könne, wie die neue Subsidiaritätsklausel des § 107 I S. 1, Nr. 3 GO es erfordert.

Denn diese Normen müssten **im Lichte der Grundrechte** ausgelegt werden. So sei einerseits die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden verfassungsrechtlich gewährleistet (Art. 28 II 1 GG, Art. 78 I Verf NRW). Andererseits werde dadurch in die Grundrechte privater Wettbewerber eingegriffen (Art. 12 und 14 GG). Da hiernach kollidierendes Verfassungsrecht vorliege, sei eine Abwägung der Interessen vorzunehmen. In Grundrechte dürfe nur eingegriffen werden, wenn ein öffentlicher Zweck dies erfordere.

*Vgl. OVG Münster, 13.08.2003, OLG Hamm, DVBl. 98, 792; Gerke, Jura 85, 349*

Nach dieser Auffassung kann I aus § 107 I 1 Nr. 3 GO subjektiv-öffentliche Rechts herleiten. Da eine Rechtsverletzung auch nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint, könnte er seine Klagebefugnis daher auf § 107 I 1 Nr. 3 GO stützen.

- c) Fraglich ist, welche Auffassung zu überzeugen vermag.

Gerade der Umstand, dass die betreffende Formulierung wieder in § 107 GO hineingenommen wurde, spricht dafür, dass hiermit auch eine rechtliche Folge verbunden sein sollte, und nicht nur allgemeine wirtschaftspolitische Zwecke verfolgt wurden. Hierzu hätte es einer Gesetzesänderung nicht bedurft. In Zeiten, in denen gerade auch Gemeinden zur Auffüllung der defizitären Haushaltskassen in den erwerbswirtschaftlichen Bereich drängen, ist es erforderlich, dafür zu sorgen, dass sie aufgrund vielfach vorteilhafter Ausgangspositionen dem allgemeinen Wirtschaftsverkehr gerade in Zeiten einer ohnehin schwachen Wirtschaft das Betätigungsfeld ohne hinreichenden Grund erheblich beschneiden. Erwerbswirtschaftliche Betätigung soll nach wie vor Aufgabe der privatrechtlichen Unternehmen bleiben, die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Kommunen aber – außer in den in § 107 I 1 Nr. 3 GO ausdrücklich genannten Fällen – der Ausnahmefall. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass zahlreiche erwerbswirtschaftliche Betätigungen qua definitionem gem. § 107 II GO nicht den Beschränkungen des § 107 I GO unterliegen.

Es ist daher mit der neuen Rechtsprechung des OVG Münster davon auszugehen, dass § 107 I 1 Nr. 3 GO auch Individualschutz gewährleistet, so dass I seine Klagebefugnis hierauf stützen kann.

2. Möglicherweise kann I seine Klagebefugnis aber auch aus den Grundrechten herleiten.

**a) Unmittelbare Abwehrfunktion der Grundrechte**

Ein solcher Anspruch basiert auf der Funktion der Grundrechte als **Abwehrrechte gegen den Staat**. Abwehrrechte sind durch Grundrechtsbestimmungen gesicherte subjektive Rechtspositionen, deren Beeinträchtigung der Staatsgewalt verboten ist und die durch negatorische Ansprüche der Berechtigten hiergegen gesichert sind.

Ein Rückgriff auf Grundrechte als subjektive Abwehrrechte kommt allerdings erst in Betracht, wenn keine einfachgesetzliche Norm einen Unterlassungsanspruch hergibt.

Hier bestehen für den I keine einfachgesetzlichen Normen, aus denen er einen Unterlassungsanspruch herleiten kann. Daher ist ein Rückgriff auf die Grundrechte als subjektive Abwehrrechte gestattet.

**b) Bindung der öffentlichen Hand an die Grundrechte auch bei privatrechtlicher Tätigkeit**



Handelt die Gemeinde selbst, ist eine unmittelbare Grundrechtsbindung bei jeglichem privatrechtlichen Handeln, also sogar bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung, zu bejahen. Fraglich ist, ob auch gemeindliche wirtschaftliche Betriebe in der Organisationsform des Privatrechts an die Grundrechte gebunden sind. Für Eigengesellschaften wird dies bejaht, da diese der Daseinsvorsorge und damit dem Gemeinwohl dienen

Vgl. BVerfGE 61, 82 ff, 107 (Sasbach-Urteil).

Somit könnte I grundsätzlich einen Unterlassungsanspruch aus Grundrechten herleiten.

- c) Im Rahmen der Klagebefugnis für eine verwaltungsgerichtliche Klage setzt dies jedoch für die Möglichkeit der Rechtsverletzung zumindest voraus, dass der **Schutzbereich eröffnet** ist.

**aa) In Betracht kommt zunächst eine Berufung auf Art. 14 I GG.**

Um Schutz des Eigentums im Begriffsinne des Art. 14 I GG gehört auch der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes. Hierauf kann I sich als Betriebsinhaber grundsätzlich berufen. Allerdings schützt Art. 14 I GG nur den Bestand des Betriebes als solchem, nicht die Erwerbschancen.

Vgl. BVerfGE 51, 193 ff, 221 f.

Konkurrenzschutz wird daher nur dann gewährt, wenn durch die hoheitliche Betätigung eine Monopolstellung erlangt wird, die dem Privaten die Fortführung seines Betriebes unmöglich macht. Hierfür ist aber im vorliegenden Fall trotz der erheblichen Einnahmerückgänge nichts ersichtlich.

Eine Verletzung von Art. 14 I GG erscheint daher von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen, so dass I seine Klagebefugnis hierauf nicht stützen kann.

- bb) Möglicherweise kann eine Klagebefugnis aus Art. 12 GG hergeleitet werden. Auch dies setzt zunächst voraus, dass der Schutzbereich eröffnet ist.

Fraglich ist jedoch, ob Art. 12 I, II GG überhaupt Wettbewerbsschutz bietet. Dies ist umstritten.

- (1) Zur grundrechtsdogmatischen Einordnung der Wettbewerbsfreiheit steht die **verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung** - wohl überwiegend - auf dem Standpunkt, dass Art. 12 I GG nicht vor Konkurrenz schütze, auch dann nicht, wenn sie durch die öffentliche Hand erfolge. Zur Begründung wird ausgeführt, durch die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde werde der Konkurrent nicht in seiner Berufs- und Wettbewerbsfreiheit beeinträchtigt; er könne weiterhin seiner gewerblichen Tätigkeit nachgehen. Die **Wettbewerbsfreiheit sei nur als Teilbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Art. 2 I GG geschützt**.

vgl. BVerwGE 30, 191 ff, 198; 60, 154 ff, 158; 65, 167 ff, 174; BVerwG, NJW 1978, 1539; VGH Mannheim, NJW 1984, 251 ff, 253

- (2) Die Gegenauffassung stellt darauf ab, dass das Grundrecht der Berufsfreiheit auch die gewerbliche Betätigung schütze, soweit sie auf Dauer angelegt sei und der Schaffung und Erhaltung der Lebens-

grundlage diene. Schutzgut des Art. 12 I GG sei auch das Erwerbszwecken dienende freie unternehmerische Handeln. Die bestehende Wirtschaftsverfassung enthalte als eines ihrer Grundprinzipien den grundsätzlich freien Wettbewerb des als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmers; das **Verhalten des Unternehmers in diesem Wettbewerb sei Bestandteil seiner Berufsausübung und** daher, soweit sich dieses Verhalten in erlaubten Formen bewege, **durch Art. 12 I GG geschützt.**

*vgl. BVerfGE 32, 311 ff, 317; 46, 120 ff, 137; OVG NRW, NVwZ 1984, 522 ff, 524; Scholz, in: Maunz/ Dürig, GG., Art. 12 GG, Rdnr. 136: Spezialität zu Art. 2 Abs. 1 GG;*

- (3) Für die letztgenannte Auffassung spricht, dass zumindest bei einer sehr **starken Wettbewerbsverzerrung** durch die Betätigung der öffentlichen Hand die Berufsfreiheit der Bürger in gleicher Weise betroffen sein kann, wie durch eine gesetzliche Maßnahme. Um hier der Bedeutung der Berufsfreiheit in unserer Verfassung hinreichend Rechnung zu tragen, ist es erforderlich, dem Bürger zumindest die Berufung auf Art. 12 I GG zu ermöglichen, damit dann **im Einzelfall** geprüft werden kann, ob die **erwerbswirtschaftliche Betätigung** des Staates mit dem Grundrechtsschutz der Bürger zu vereinbaren ist oder nicht. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass der Schutzbereich des Art. 12 I GG eröffnet ist.

Da die Konkurrenz der Stadt G für I jedenfalls schon wirtschaftlich fühlbar geworden ist, ist eine Verletzung auch nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise auszuschließen, so dass er seine Klagebefugnis auch auf Art. 12 I GG stützen kann.

- cc)** Eine Klagebefugnis könnte sich auch aus **Art. 3 I GG**. Dies setzt voraus, dass es nicht ausgeschlossen erscheint, dass hier eine Ungleichbehandlung ohne sachlichen Grund stattfindet.

Eine Ungleichbehandlung könnte hier darin liegen, dass die Stadt G der Gelsengrün GmbH durch **Eigensubventionierung** einen Wettbewerbsvorteil gegenüber I verschafft. Auch scheint es nicht ausgeschlossen, dass dies ohne sachlichen Grund erfolgt, so dass I seine Klagebefugnis auch auf Art. 3 I GG stützen kann.

I ist somit analog § 42 II VwGO klagebefugt.

## V. Vorverfahren

Bei der allgemeinen Leistungsklage ist ein Vorverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO grundsätzlich nicht erforderlich.

## VI. Klagefrist

Die Einhaltung einer Klagefrist ist ebenfalls nicht erforderlich.

## VII. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist nach dem sich aus § 78 I Nr. 1 VwGO ergebenden Rechtsträgerprinzip die Gemeinde und damit hier die Stadt G .

**Zwischenergebnis:** Die Klage ist damit zulässig.

## B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn I gegenüber der Stadt G einen **Anspruch auf Unterlassung** des Betriebs der Gelsengrün GmbH hat.

- I. Ein solcher Anspruch besteht, wenn die kommunalrechtlichen Voraussetzungen für einen solchen Betrieb nicht vorliegen.

Da es sich hierbei um eine juristische Person des Privatrechts handelt, ergeben sich die Voraussetzungen für einen solchen Betrieb aus § 108 GO.

1. Zunächst könnte ein Unternehmen nach § 107 I GO vorliegen, welches nur unter den dort genannten Voraussetzungen betrieben werden darf.

Der Betrieb der Gelsengrün GmbH muss eine wirtschaftliche Betätigung i.S.d. § 107 I S. 3 GO sein.

Als **Betätigung** gilt jeder Betrieb, der Güter herstellt oder Dienstleistungen anbietet oder verteilt. **Wirtschaftlich** ist die Leistung, wenn sie auch von Privaten zur Gewinnerzielung erbracht werden kann.

Die Gelsengrün GmbH bietet die Ausführung gärtnerischer und landschaftsbaulicher Arbeiten jeder Art an, mithin also Dienstleistungen. Diese können auch von privaten Unternehmen zur Gewinnerzielung betrieben werden. Folglich liegt (grundsätzlich) eine wirtschaftliche Betätigung vor.

Allerdings liegt gleichwohl **kraft gesetzlicher Anordnung keine wirtschaftliche Betätigung** i.S.d. § 107 I 3 GO vor, wenn ein Fall des § 107 II GO eingreift.

- a) Da es hier um die **Privatisierung von Gartenarbeiten** und **nicht von Grünanlagen** geht, kommt die Anwendung von § 107 II Nr. 2 GO nicht in Betracht.
- b) Es könnte aber ein Ausschluss nach § 107 II Nr. 5 GO eingreifen.

Dann müsste die Gelsengrün GmbH eine Einrichtung sein, die als Hilfsbetrieb ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dient.

- aa) **Einrichtungen** i.S. dieser Vorschrift sind Organisationseinheiten bzw. Betriebe, mit denen (gleichfalls) Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllt werden.

Hier ist Aufgabe der "Gelsengrün GmbH" die garten- und landschaftsbauliche Herstellung und Pflege öffentlicher und sonstiger städtischer Grünflächen. Dieser Bereich ist der Daseinsvorsorge zuzurechnen.

- bb) Die Tätigkeit müsste ausschließlich der **Deckung des Eigenbedarfs** dienen. Das bedeutet, dass der Hilfsbetrieb seine Leistungen nur der Gemeinde, nicht aber Privaten zur Verfügung stellt. Andernfalls könnte die Gefahr einer Konkurrenz mit privaten Unternehmen bestehen. Hier werden die Leistungen aber ausschließlich der Stadt G angeboten und nicht auf dem allgemeinen Markt, so dass die Gelsengrün GmbH zwar

privatwirtschaftlich tätig wird, jedoch nur im Rahmen der Eigenbedarfdeckung.

Die Voraussetzungen des Ausschlussgrundes nach § 107 II Nr. 5 GO liegen damit vor, so dass der Betrieb der Gelsengrün GmbH nicht als wirtschaftliche Betätigung i.S.d. § 107 I GO gilt und nicht an dessen Vorgaben gebunden ist.

- 2 Da eine wirtschaftliche Betätigung i.S.d. § 107 I GO nicht vorliegt, handelt es sich um eine Einrichtung nach § 108 I Nr. 2 GO, die nur unter den dort genannten Voraussetzungen betrieben werden darf.

Nach § 108 I Nr. 2 GO müssen bei Einrichtungen zum einen die Voraussetzungen des § 8 I GO gegeben sein und zum anderen ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Gründung vorliegen.

#### a) Voraussetzungen des § 8 I GO

Nach § 8 I GO NRW muß die Gemeinde erstens ihre **Leistungsfähigkeit** beachten. Zweitens muß die Einrichtung für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung der Einwohner **erforderlich** sein.

Das Gesetz verpflichtet die Gemeinden nicht, bestimmte öffentliche Einrichtungen zu schaffen; die Gemeinden haben vielmehr im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts grundsätzlich selbst darüber zu entscheiden, welche öffentlichen Einrichtungen sie für erforderlich halten.

Bei der Errichtung und Pflege von Grünanlagen handelt es sich **nicht** um die Durchführung von **Pflichtaufgaben nach § 3 GO**. Die Entscheidung über die Erforderlichkeit liegt bei der Gemeinde.

Die Stadt G hält den Betrieb der Gelsengrün als GmbH für erforderlich. Zweifel daran, dass die Voraussetzungen des § 8 I NRW vorliegen, bestehen daher nach dem Sachverhalt nicht.

#### b) Wichtiges Interesse der Gemeinde

Weiterhin muss ein wichtiges Interesse der Stadt G an der Gründung der Gelsengrün GmbH bestehen. Dieser **unbestimmte Rechtsbegriff** fordert von der Gemeinde, sich mit der Wahl der Rechtsform (ausdrücklich) auseinanderzusetzen, denkbare Alternativen zu erörtern und zugunsten der Rechtsform des privaten Rechts begründet zu entscheiden.

Ein wichtiges Interesse ist dann zu bejahen, wenn mit der beabsichtigten Gesellschaft die gemeindliche Aufgabenerfüllung **nachhaltig erleichtert oder verbessert** wird. Auch wirtschaftliche (z.B. steuerliche) Gründe werden hierbei berücksichtigt.

Die Stadt G möchte den Personalbedarf und das Leistungsangebot besser steuern können. Die Umwandlung in eine GmbH ist hierfür ein geeignetes Mittel. Hinzu kommen steuerliche und dienstrechtliche Vorteile. Die Stadt kann die benötigten Dienstleistungen preiswert einkaufen. Dies alles rechtfertigt ein wichtiges Interesse i.S.d. § 108 I Nr. 2 GO NRW.

**Mithin liegen die Voraussetzungen des § 108 I, Nr. 2 GO NRW vor.**

- 3.. Hinsichtlich der übrigen Voraussetzungen des § 108 I GO NRW (Nr. 3-8), die kumulativ vorliegen müssen, ergeben sich nach dem Sachverhalt keine Bedenken.

#### 4. Richtige Wahl der privatrechtlichen Rechtsform

Nach § 108 III GO ist bei der Wahl der Rechtsform einer privatrechtlichen Kapitalgesellschaft eine AG nachrangig; somit ist die Wahl einer GmbH faktisch zum Regelfall erhoben. Gegen die Wahl der Rechtsform der GmbH bestehen daher keine Bedenken.

Auch die Voraussetzungen des § 108 GO liegen vor, so dass I hieraus keinen Anspruch herleiten kann.

## II. Anspruch aus Grundrechten

### 1. Möglicherweise ergibt sich ein Anspruch des I auf Einstellung des Betriebes der Gelsengrün GmbH aber aus Art. 12 I GG Grundrechten.

- a) Der Schutzbereich ist, wie schon geprüft, eröffnet.
- b) In diesen Schutzbereich muss auch eingegriffen worden sein.

Grundsätzlich ist ein Eingriff zu sehen in jeder staatlichen Maßnahme die die Betätigung in einem grundrechtlich geschützten Bereich unmittelbar oder mittelbar unmöglich macht oder erschwert. Dies ist hier durch den auftretenden Konkurrenzdruck ohne weiteres anzunehmen. Allerdings ist der Eingriffsbegriff im Rahmen des Art. 12 I GG enger zu fassen. Eine Maßnahme kann daher nur als Eingriff angesehen werden, wenn sie berufsregelnde Tendenz hat. Diese berufsregelnde Tendenz wird bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand nach der neueren Rechtsprechung nur unter engen Voraussetzungen angenommen, da grundsätzlich eine Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdruckes durch den Fiskus als systemimmanent hinzunehmen sei. Ein "Fiskusabwehranspruch" besteht danach nur dann, wenn

- die private Konkurrenz **unmöglich** gemacht oder **in unerträglichem Maße eingeschränkt** wird,
- eine **Auszehrung der Konkurrenz** vorliegt oder
- eine behördliche **Monopolstellung** geschaffen wird.

*Vgl. BVerwG, DÖV 1996, 250; HessVGH, DÖV 1996, 476 f, 477; VGH Baden-Württemberg, BB 1994, 1956 f; OVG NRW, NWVBl. 1995, 99 ff;*

Hier bedeutet der durch die Betätigung der öffentlichen Hand erzeugte Wettbewerb **keinen unmittelbaren** Eingriff in Grundrechte des Konkurrenten, sondern **verändert lediglich Rahmenbedingungen**. I wird als Konkurrent in seiner Freiheit, sich wirtschaftlich zu betätigen, weder in unerträglichem Maße eingeschränkt, noch verdrängt oder ausgezehrt.

*Zum sog. Verdrängungs- bzw. Auszehrungswettbewerb vgl. insbesondere BVerwG, NJW 1978, 1539; NJW 1982, 2513 ff, 2515; NJW 1995, 274 f, 274; BVerwG, DÖV 1996, 250; OVG NRW, NVwZ 1984, 522 ff, 524; DB 1986, 1068 f, 1069; VGH Mannheim, NJW 1984, 251 ff, 253 sowie BB 1994, 1956f, 1957; HessVGH, DÖV 1996, 476f, 477.*

I hat nur die Stadt als wichtigen Kunden verloren und muß Umsatzeinbußen hinnehmen. Seine wirtschaftliche Betätigung ist aber nicht dermaßen eingeschränkt, dass eine Auszehrung oder Verdrängung stattfindet. I muß auch auf dem freien Markt mit Konkurrenz rechnen. Die Stadt G nützt hier auch keine Monopolstellung aus, sondern hat sich u.a. aus ökonomischen Gründen für die Umwandlung entschieden.

Mangels Eingriff in den Schutzbereich ist Art. 12 I GG nicht verletzt.

I kann einen Abwehranspruch daher nicht aus Art. 12 I GG herleiten.

**2. Ein Anspruch könnte sich aber aus Art. 3 I GG ergeben.**

Art. 3 I GG gewährt aber nur einen Anspruch auf Gleichbehandlung bei **gleicher Betroffenheit** gegenüber anderen Konkurrenten.

*BVerwG, NJW 1982, 2513 ff, 2515; VGH Mannheim, NJW 1984, 251 ff, 253.*

I müsste einen Anspruch auf Gewährung von Subventionen (etwa im Wege der regelmäßigen Erteilung von Aufträgen durch die Stadt G) haben. Das ist aber nicht der Fall. Im übrigen ist die Umwandlung in eine GmbH auch aus einem sachlichen Grund erfolgt (s.o.), so dass keine Willkür vorliegt und auch aus diesem Grund eine Verletzung von Art. 3 I GG nicht in Betracht kommt. Es liegt hier keine unzulässige Eigensubventionierung vor, sondern die Gemeinde wahrt nur das öffentliche Interesse an einer finanzoptimierten Aufgabenerfüllung.

*Wer die Wettbewerbsfreiheit mit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (BVerwG, NVwZ 1984, 306 f, 307; VGH München, NJW 1985, 759) als durch Art. 2 I GG geschützt betrachtet, gelangt aus den oben zu Art. 12 I GG dargelegten Erwägungen zu demselben Ergebnis.*

**Ergebnis:** Die Klage des I ist insgesamt unbegründet. Sie wird keinen Erfolg haben.

**Zur Vertiefung:**

- In welchen Grenzen ist kommunalwirtschaftliche Betätigung Daseinsvorsorge?  
Hill, BB 97, 425
- Die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden      Häuselmann, JuS 84, 940
- Die wirtschaftliche Betätigung des Staates              Gusy, JABl. 95, 166 und 253

**Wiederholungsfragen Fall 4**

1. Welche Rechtsnatur hat ein Ratsbeschluss?
2. Ist § 107 GO drittschützend?
3. Kann sich ein Abwehrrecht eines Unternehmens gegen die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden auch aus den Grundrechten ergeben?
4. Vermittelt Art. 12 I GG Wettbewerbsschutz?
5. Wie muss ein Eingriff in einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aussehen, um überhaupt unter Art. 14 I GG fallen zu können?
6. Inwiefern kommt Art. 3 GG als Grundlage für ein Abwehrrecht in Betracht?
7. Wann liegt wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde vor?
8. Welche Ausnahmen gelten?
9. Wann ist wirtschaftliche Betätigung grundsätzlich nur zulässig? Nennen Sie die Voraussetzungen!
10. Darf sich eine Gemeinde auch außerhalb ihres Gemeindegebietes wirtschaftlich betätigen?
11. Darf eine Gemeinde Banken betreiben?
12. Welche Formen gemeindlicher Unternehmen kennen Sie? Beschreiben Sie die Begriffe!
13. Kann sich die Gemeinde auch in privater Rechtsform wirtschaftlich betätigen?
14. Welche Voraussetzungen gelten?
15. Was gilt, wenn Einrichtungen nach § 107 II GO betrieben werden?
16. Kann die Gemeinde zwischen den privatrechtlichen Kapitalgesellschaftsformen frei wählen? Woraus ergibt sich das?
17. Was gilt bei Beteiligungsgesellschaften?
18. Was ist ein Eigenbetrieb?
19. Welches Recht gilt hier?
20. Ist die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden genehmigungspflichtig?