



netWORKS - Papers

**Heft 6: Örtliche und überörtliche
wirtschaftliche Betätigung
kommunaler Unternehmen**

Zum aktuellen Diskussionsstand über die
rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen
in Literatur und Rechtsprechung

Stephan Tomerius

Impressum

Autor

Prof. Dr. Stephan Tomerius
Fachhochschule Trier
Umwelt-Campus Birkenfeld
Fachbereich Umweltwirtschaft/Umweltrecht
Postfach 1380
55761 Birkenfeld
E-Mail: s.tomerius@umwelt-campus.de

Herausgeber

Forschungsverbund netWORKS
www.networks-group.de

Diese Veröffentlichung basiert auf Forschungsarbeiten im Verbundvorhaben „Sozial-ökologische Regulation netzgebundener Infrastruktursysteme am Beispiel Wasser“, das im Rahmen des Förderschwerpunkts „Sozial-ökologische Forschung“ des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) gefördert wird.

Redaktion

Dipl.-Pol. Patrick Diekelmann

Textverarbeitung

Maria-Luise Hamann

Verlag und Vertrieb

Deutsches Institut für Urbanistik
Straße des 17. Juni 110
10623 Berlin

Telefon: (030) 39001-0
Telefax: (030) 39 001-100
E-Mail: difu@difu.de
Internet: <http://www.difu.de>

Alle Rechte vorbehalten

Berlin, September 2004

Gedruckt auf chlorfreiem Recyclingpapier.

ISBN 3-88118-369-8

Der Forschungsverbund netWORKS wird von folgenden Forschungseinrichtungen getragen:

Deutsches Institut für Urbanistik (Difu)
Jens Libbe (Koordination)
Straße des 17. Juni 112
10623 Berlin
Telefon 030/39001-115
E-Mail: libbe@difu.de



Institut für sozial-ökologische Forschung (ISOE)
PD Dr. Thomas Kluge (Koordination)
Hamburger Allee 45
60486 Frankfurt
Telefon 069/7076919-18
E-Mail: kluge@isoe.de



Leibniz-Institut für Regionalentwicklung und Strukturplanung (IRS)
Dr. Timothy Moss
Flakenstrasse 28-31
15537 Erkner
Telefon 03362/793-185
E-Mail: mosst@irs-net.de



Arbeitsgruppe für regionale Struktur- und Umweltforschung GmbH (ARSU)
Apl. Prof. Dr. Ulrich Scheele
Escherweg 1
26121 Oldenburg
Telefon 0441/97174-97
E-Mail: scheele@arsu.de



Brandenburgische technische Universität Cottbus (BTU)
Institut für Städtebau und Landschaftsplanung
Lehrstuhl für Stadttechnik
Prof. Dr. Matthias Koziol
Postfach 10 13 44
03013 Cottbus
Telefon 0355/693627
E-Mail: koziol@tu-cottbus.de



Inhalt

1.	Einleitung.....	5
2.	Gemeindewirtschaft und Örtlichkeitsgrundsatz auf der Grundlage des einfachen Gesetzesrechts	10
2.1	Öffentlicher Zweck und Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft.....	11
2.2	Überörtliche Betätigung in „Neuen Geschäftsfeldern“	13
3.	Verfassungsrechtliche Grenzen überörtlicher gemeindewirtschaftlicher Betätigung	17
3.1	Das Tatbestandsmerkmal der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ aus Art. 28 II GG als Begrenzung gemeindewirtschaftlicher Betätigung?	17
3.2	„Örtliche Verwurzelung (Radizierung)“ und interkommunale Kooperation	19
3.3	Art. 28 II GG als gemeindliches Abwehrrecht gegen gebietsübergreifende Betätigungen anderer Gemeinden	21
4.	Interkommunal abgestimmte überörtliche wirtschaftliche Betätigung.....	24
4.1	Gesetzliche Regelungen über die ortsübergreifende wirtschaftliche Betätigung	24
4.2	Interkommunal abgestimmte Gemeindewirtschaft	27
5.	Betätigung im Ausland und Beteiligung an ausländischen Unternehmen	32
6.	Bezüge zwischen Örtlichkeitsprinzip und Beihilferecht	33
7.	Fazit/Ausblick	34
	Abkürzungsverzeichnis.....	37
	Literatur.....	39
	Anhang	43

1. Einleitung

Wenn man den inzwischen heftig entbrannten Streit um die Ausweitung bzw. Begrenzung des kommunalen Wirtschaftens sachgerecht erfassen will, so ist es unumgänglich, sich den aktuellen faktischen und rechtspolitischen Zusammenhang einschließlich der jeweiligen Interessenlage zu vergegenwärtigen, in dem sich die Diskussion zurzeit bewegt. Daher soll zunächst ein kurzer, einleitender Überblick über die aktuellen Rahmenbedingungen gegeben werden, die sich auf die Fragestellung „örtliche und überörtliche Gemeindegewirtschaft“ sichtlich auswirken.

Aktuelle Entwicklungen der politischen und rechtlichen Rahmenbedingungen der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen

Die Diskussion um die Möglichkeiten und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen hat nach wie vor besondere Konjunktur. Ein vorläufiger Höhepunkt wurde in den ersten Jahren des neuen Millenniums erreicht, in denen nicht nur häufig über die Grenzen der Kommunalwirtschaft geschrieben¹ und geurteilt², sondern auch auf politi-

-
- 1 *Zur Entwicklung des Gemeindegewirtschaftsrechts allgemein Ehlers: Die Zukunft der Kommunalwirtschaft, Der Landkreis 2003, Heft 1, S. 22 ff.; Burgi: Perspektiven kommunaler Wirtschaftstätigkeit im europäischen Rechtsrahmen, Der Landkreis 2003, Heft 1, S. 26 ff.; Mann: Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb, JZ 2002, 819 ff.; Schink: Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, NVwZ 2002, 129 ff.; Ehlers: Das neue kommunale Wirtschaftsrecht in Nordrhein-Westfalen, NWVBl. 2000: 1 ff.; Lux: Das neue kommunale Wirtschaftsrecht in Nordrhein-Westfalen, NWVBl. 2000: 7 ff.; Gundlach: LKV 2002: 264 ff. (zu Sachsen-Anhalt); Schmah: LKV 2000, 47 ff. (zu Brandenburg); zu Fragen des Örtlichkeitsgrundsatzes und der gebietsüberschreitenden Gemeindegewirtschaft Gern: Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb des Gemeindegebiets, NJW 2002: 2593 ff.; Meyer: Nichtwirtschaftliche Betätigung der Kommunen: Spiel ohne Grenzen?, LKV 2000, 321 ff.; Kühling: Verfassungs- und kommunalrechtliche Probleme grenzüberschreitender Wirtschaftsbetätigung der Gemeinden, NJW 2001, 177 ff.; Heintzen: Zur Tätigkeit kommunaler (Energieversorgungs-)Unternehmen außerhalb der kommunalen Gebietsgrenzen, NVwZ 2000, 743 ff.; Becker: Grenzenlose Kommunalwirtschaft, DÖV 2000, 1032 ff. (speziell zu Sachsen-Anhalt); zum Verhältnis von Gemeindegewirtschafts- und Wettbewerbsrecht und zum Rechtsschutz privater Konkurrenten David: Wettbewerbsrechtliche Ansprüche gegen Betätigung von Kommunen und deren Gesellschaften, NVwZ 2000, 738 ff.; Tomerius: Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zwischen Gemeindegewirtschafts- und Wettbewerbsrecht, LKV 2000, 41 ff.; Diefenbach: Zur Konkurrentenklage gegen unzulässige kommunale Wirtschaftstätigkeit, WiVerw 2003, 115 ff.; Faber: Aktuelle Entwicklungen zum Drittschutz gegen die kommunale wirtschaftliche Betätigung, DVBl. 2003, 761 ff.; Meyer: (Rechts-)Wege zur Überprüfung der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen, Der Landkreis 2003, 29 ff.; Schlacke: Konkurrentenklagen gegen die Wirtschaftstätigkeit von Gemeinden, JA 2002, 48 ff.; Müller: Kommunale Abfallwirtschaft und unlauterer Wettbewerb, DVBl. 2002, S. 1014 ff.; zu beihilferechtlichen Aspekten Darsow: Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Subventionierung kommunaler Unternehmen, LKV 2002, Nr. 1, S. 1 ff.; zum Verhältnis von Gemeindegewirtschafts- und Vergaberecht Frenz: Ausschreibungspflicht einer Übertragung von Gesellschaftsanteilen?, DÖV 2002, 186 ff.; Berger: Die Ausschreibungspflicht bei der Veräußerung von Unternehmensanteilen durch kommunale Körperschaften, ZfBR 2002, 134 ff.; Faber: Öffentliche Aufträge an kommunalbeherrschte Unternehmen – In-house-Geschäfte oder Vergabe im Wettbewerb?, DVBl. 2001, S. 248 ff.; Bell/Rehak: Vergaberecht und kommunale Privatisierung der Abfallentsorgung, LKV 2001, 185 ff.*
- 2 *Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz: Urteil v. 28.3.2000 – VGH N 12/98, NVwZ 2000, 801 ff.; Anm. Ruffert: NVwZ 2000, 763 ff.; OLG Düsseldorf: Urteil v. 29.5.2001 – 20 U 152/00 – Kommunales Gebäudemanagement, NVwZ 2002, 248 ff.; OLG Karlsruhe: Urteil v. 16.11.2000 – 4 U 171/99 – Stadtgärtnerei, NVwZ 2001, 712 ff.; Anm. Stehlin: NVwZ 2001, 645 ff.; OLG München: Urteil v. 20.4.2000 – 6 U 4072/99 – Elektroinstallationen, NVwZ 2000, 835 ff.; OLG Düsseldorf: Beschl. v. 12.1.2000 – Verg 3/99 – überörtliche Betätigung, NVwZ 2000, 714 ff.; OLG Düsseldorf: Urteil v. 28.10.1999 – 2 U 7/99 – Alttautoverwertung, NVwZ 2000, 111 ff., Anm. Müller: NVwZ 2000, 769 ff.; OLG Hamm – Gelsengrün, JZ 1998, 576 ff.; LG Trier: Urteil v. 25.5.2000 – 7 HK.O 228/99 – individuelle Wirtschaftsberatung, Stadt und*

scher Ebene vor allem über die Privatisierung kommunaler Aufgaben diskutiert wurde. Bei dieser für die Kommunalwirtschaft sehr relevanten Auseinandersetzung geht es vor allem um die Wasserwirtschaft, weiterhin ist jedoch auch die Privatisierung der Abfallwirtschaft in der Debatte³. Generell wird nach wie vor darüber gestritten, ob bzw. welche Aufgaben Private nicht besser allein erledigen sollten, ob nicht Arbeitsplätze verloren gehen, wenn die öffentliche Hand Privaten Konkurrenz macht, und welche Bereiche überhaupt eine konkurrierende öffentliche und private Aufgabenerfüllung vertragen. Die Kommunalwirtschaft gerät hierbei nicht nur von einer ordnungspolitisch motivierten Gegnerschaft unter Druck, die auf der nationalen Ebene die öffentliche Wirtschaft zugunsten der Privatwirtschaft mit den Stichworten „Senken der Staatsquote“, „Deregulierung“, „Liberalisierung“ und „Privatisierung“ zurückdrängen will. Zusehends ist es auch die europapolitische Ebene, die über den wettbewerbsrechtlichen Rahmen der EU die traditionelle Monopolstellung der kommunalen Unternehmen massiv in Frage stellt und insbesondere auch über den Weg des europäischen Vergaberechts europaweiten Wettbewerb einfordert⁴. Auch die kommunalen Spitzenverbände nehmen immer noch eine unterschiedliche Haltung ein: Steht der Deutsche Landkreistag (DLT) der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen sehr kritisch und der Deutsche Städte- und Gemeindebund (DStGB) ihr eher verhalten

Gemeinde 2000, 304; OLG Düsseldorf: Beschl. v. 17.6.2002 – Verg 18/02 –, NZBau 2002, 626 ff. – Verstoß gegen den Grundsatz der wettbewerblichen Vergabe nach § 97 GWB durch unzulässige Betätigung eines kommunalen Entsorgungsunternehmens außerhalb des Gemeindegebiets; zum Drittschutz von § 107 NWGemO n.F., Anmerkung Dietlein: NZBau 2003, Heft 3, 141 ff.; BGH: Urteil v. 25.4.2002 – I ZR 250/00 –, NVWZ 2002, 1141 ff. – Elektroinstallationen durch Stadtwerke, Verstoß gegen Gemeindefirtschaftsrecht nicht zugleich sittenwidrig nach § 1 UWG; bestätigt durch BGH: Ur. v. 26.9.2002 – I ZR 293/99 –, DVBl. 2003, 267 ff. – kommunale Altauverwertung; OVG Münster: Beschl. vom 13.8.2003 – 15 B 1137/03 –, Bejahung des Drittschutzes von § 107 I Nr. 1 GemO NRW – zur Zulässigkeit neuer Geschäftsfelder.

- 3 Zur Liberalisierung der Wasserwirtschaft sind diverse Expertisen erstellt worden, vgl. etwa *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (Hrsg.) 2001: Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung (im Netz unter: www.bmwi.de, Links: Politikfelder/Wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik)*; *Umweltbundesamt 2000: Liberalisierung der deutschen Wasserversorgung – Auswirkungen auf den Gesundheits- und Umweltschutz. Skizzierung eines Ordnungsrahmens für eine wettbewerbliche Wasserwirtschaft; zum Standpunkt von Kommunen und Kommunalwirtschaft vgl. aus der Vielzahl der Darstellungen etwa die Beiträge in: Der Städtetag 2001, Nr. 2., S. 6 ff.; VKU-Nachrichtendienst August 2000 (Anlage); zur Diskussion um eine weitergehende Privatisierung der Abfallentsorgung vgl. etwa Huter/Kühn/Tomerius (Hrsg.) 2001: Privatisierung und Wettbewerb in der Abfallwirtschaft (Difu-Materialien 3/2001); vgl. ferner die diversen Beiträge in: Bayerischer Bürgermeister 2001, Heft 11, S. 433 ff.; allgemein zu den Rechtsfragen der Aufgabenprivatisierung Oldiges (Hrsg.) 2001: Daseinsvorsorge durch Privatisierung – Wettbewerb oder staatliche Gewährleistung, Dokumentation des 6. Leipziger Umweltsymposiums; Gusy (Hrsg.) 1998: Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen; Mayen 2001: Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, DÖV, 110 ff.*
- 4 Vgl. in diesem Zusammenhang *Europäische Kommission: „Grünbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (Services of General Interest)“ vom 21.5.2003: im Netz unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/gpr/2003/com2003_0270de01.pdf*; Bericht der EU-Kommission für den Europäischen Rat in Laeken „Leistungen der Daseinsvorsorge“, KOM (2001) 598 v. 17.10.2001; Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften „Leistungen der Daseinsvorsorge“, KOM (2000) 580 endg.; Ratsdok. 12022/00, abgedr. in BR-Drs. 677/00 v. 26.10.2000; die Kommission hat im Übrigen für das Jahr 2004 ein Grünbuch zur Frage der Ausschreibungen von Konzessionen für Leistungen im Wege des Public Private Partnership angekündigt, welches von den kommunalen Verbänden mit Spannung erwartet wird; zum Verhältnis von kommunaler Daseinsvorsorge und europäischen Entwicklungen *Papier 2003: 686 ff.; Schmidt 2003: 225 ff.*; ferner diverse Beiträge in *Schader-Stiftung (Hrsg.) 2001: Die Zukunft der Daseinsvorsorge. Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb.*

gegenüber, so treten Deutscher Städtetag (DST) und natürlich der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) offensiv für eine Ausweitung der Gemeindegewirtschaft ein.

In jüngerer Zeit hat es neben wissenschaftlichen Arbeiten (Universität Potsdam 2002; Fuest/Kroker/Schatz 2001) vermehrt Aufträge für Gutachter gegeben, die sowohl von privat- wie auch von kommunalwirtschaftlicher Seite aus zu den Grenzen, Möglichkeiten und zum Reformbedarf des Rechts der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen Stellung genommen haben⁵. Die Aktualität des Kommunalwirtschaftsrechts wurde ferner dadurch unterstrichen, dass dieses Rechtsgebiet auch Thema auf dem Deutschen Juristentag des Jahres 2002 war.

Zusehends werden wirtschaftliche Claims zwischen privaten und kommunalen Unternehmen über die Kommunalaufsichten, vermehrt aber auch auf dem wettbewerbs- und vergaberechtlichen Weg über die Zivilgerichte abgesteckt. Heftig umstritten sind hierbei die so genannten Neuen Geschäftsfelder, also die Betätigungsbereiche kommunaler Unternehmen, die über das kommunale Kerngeschäft hinausgehen⁶. Was das rechtlich ziemlich nebulöse Verhältnis von Gemeindegewirtschafts- und Wettbewerbsrecht anbetrifft, einschließlich einer völlig unterschiedlichen Rechtsprechung der OLG bunt durch die Republik (vgl. die zivilgerichtlichen Urteile in Fußnote 2), so hat es im Jahr 2002 endlich ein BGH-Urteil mit grundsätzlichen Klarstellungen gegeben: Der BGH stellte in diesem und einem darauf folgenden Urteil zumindest klar, dass Verstöße gegen das Gemeindegewirtschaftsrecht des Landes (Gemeindeordnungen) nicht ohne weitere besondere Umstände sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG sind und damit wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche auslösen (BGH: Urteil v. 25.4.2002 – I ZR 250/00 – NVwZ 2002, 1141 ff.; kein Anspruch gegen kommunales Unternehmen aus § 1 UWG unter Berufung auf den Verstoß gegen Gemeindegewirtschaftsrecht; Vorinstanz: OLG München: Urteil v. 20.4.2000 – 6 U 4072/99 – Elektroinstallationen, NVwZ 2000, 835 ff.; bestätigt durch BGH: Urte. v. 26.9.2002 – I ZR 293/99, DVBl. 2003, 267 ff. – kommunale Altfahrzeugverwertung, Vorinstanz: OLG Düsseldorf: Urteil v. 28.10.1999 – 2 U 7/99 – Altfahrzeugverwertung, NVwZ 2000, 111 ff.)

Die Krise der kommunalen Finanzen, die Kommunalwirtschaft und der Weg zum „Konzern Stadt“

Was die kommunalinternen Bestimmungsfaktoren für die Kommunalwirtschaft anbetrifft, so steht auch die Kommunalwirtschaft – nach h.M. und damit zumindest rechtstheoretisch immer noch als Teil der kommunalen Selbstverwaltung – im Fluss einer signifikanten Veränderung in der Organisation der Aufgabenwahrnehmung in den Kommunen. Aus ver-

5 Vgl. etwa Gutachten zum Reformbedarf des Kommunalwirtschaftsrechts in NRW aus Sicht kommunaler Unternehmen im Wettbewerb, Kurzbericht in: Monatszeitschrift des Städte- und Gemeindetags Mecklenburg-Vorpommern 2002: S. 171 f.; Gutachten des *Wissenschaftlichen Beirats des Bundeswirtschaftsministeriums* „Daseinsvorsorge“ im europäischen Binnenmarkt“, Januar 2002.

6 Hierzu hat die *Innenministerkonferenz – Unterausschuss Kommunalwirtschaft* – (im Folgenden: UA KoWi MI 1998) schon im Jahr 1998 einen Bericht über die „Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in neuen Geschäftsfeldern“ erarbeitet, der immer noch aktuelle Aussagen und Abgrenzungskriterien zu wesentlichen Streitpunkten der wirtschaftlichen Betätigung enthält. Diese Kriterien finden sich auch zunehmend in jüngeren Entscheidungen zur Konkurrenz privater und kommunaler Unternehmen, hierzu näher unter 2.1 und 2.2.

schiedenen praktischen Gründen – zu nennen sind hier in erster Linie zum Teil dramatische Haushaltsengpässe sowie Initiativen der Verwaltungsmodernisierung – nehmen „Outsourcing“ von Verwaltungsaufgaben in privatrechtlich organisierte Einheiten, formelle und funktionale Aufgabenprivatisierung in den Kommunen deutlich zu (zu den verschiedenen Formen der Privatisierung, die es in der Diskussion um „Privatisierung“ vor allem in formeller und materieller Hinsicht sorgsam auseinander zu halten gilt, vgl. etwa Burgi 2001: 601 f.; Peine 1997: 353 f.). Nach Aussagen der Praxis wurden in vielen, vor allem größeren Städten schon 1999 über 50 Prozent der städtischen Bediensteten in ausgegliederten wirtschaftlichen Organisationen beschäftigt, wo auch die Mehrheit der kommunalen Investitionen getätigt wurden. Dieser Trend zum „Konzern Stadt“ hat sich in der Zwischenzeit eher noch verstärkt. Weitere Auslagerungen werden vor allem in Annexbereichen (Gebäudemanagement, Gebäudereinigung etc.), aber zunehmend auch bei Kerntätigkeiten sozialer und kultureller Art erwartet⁷.

Der Bezug zur Frage der Ausweitung der Gemeinwirtschaft über die Grenzen hinaus liegt zunächst einmal in der Dynamik der Entwicklung zum „Konzern Stadt“. Indem immer stärker wirtschaftliche Gesichtspunkte zum Motor der kommunalen Betätigung gemacht werden, werden zugleich auch unternehmerische Strategien des „Wachsens“, die Ausdifferenzierung der Betätigung und die Suche nach Erfolg versprechenden Geschäftsfeldern vitale Aspekte erfolgreichen Wirtschaftens. Dies gilt zumindest in den Bereichen, in denen – wie etwa bei der Ver- und Entsorgung – schon Wettbewerb zwischen den privaten und

7 Allgemein wird davon ausgegangen, dass ein umfangreicher Teil der kommunalen Betätigung bereits in eine private Rechtsform überführt und so aus der Kernverwaltung ausgegliedert worden ist. Auf zwei einschlägigen Seminaren des Deutschen Instituts für Urbanistik (Difu) im Oktober 1999 „Was wird aus der Kommunalwirtschaft?“ und im Februar 2002 „Kommunale Beteiligungspolitik und Teilnehmungscontrolling in Kommunen“ hat sich allerdings auf Nachfrage bei den Teilnehmern bestätigt, dass der Trend zu weiteren Ausgliederungen, denen mittlerweile nicht nur in den größeren Städten über 50 Prozent der Beschäftigten und der Investitionen zuzuordnen sind, anhält; so auch die Ergebnisse einer Umfrage bei *Kilian/Schneider* (1999): Arbeitnehmervertretungen im „Konzern Stadt“, Kassel, S. 19 ff. Empirisches Datenmaterial über Art und Ausmaß von Privatisierungen in Großstädten – insbesondere in den Ver- und Entsorgungsbereichen Wasser und Energie sowie im ÖPNV – lieferte erstmals eine Auswertung aktueller Teilnehmungsberichte deutscher Großstädte durch das Difu (*Trapp/Bolay* 2003). Die Ergebnisse zeigen, dass jede der untersuchten Städte durchschnittlich 84,3 inländische Teilnehmungen und 4,9 ausländische unterhält. Die Spanne reicht dabei von 404 Teilnehmungen der Freien und Hansestadt Hamburg bis zu elf Teilnehmungen der Landeshauptstadt Kiel. Die mit Abstand am häufigsten genutzte Rechtsform für kommunale Teilnehmungsunternehmen ist mit 75,7 Prozent die der GmbH, gefolgt von der GmbH & Co. KG mit 6,8 Prozent sowie der Aktiengesellschaft mit 6,1 Prozent. Danach folgen die beiden öffentlich-rechtlichen Formen des Eigenbetriebs (4,8 Prozent) und des Zweckverbands (1,9 Prozent). Betrachtet man nur die 31 als „Stadtwerke“ ausgewiesenen Teilnehmungen, so wird deutlich, dass 16 dieser 31 Stadtwerke zu 100 Prozent in kommunalem Besitz sind. Bei 15 Stadtwerken der größten deutschen Kommunen halten Dritte Anteile. Von diesen wiederum sind in einem Fall lediglich andere Kommunen am Stadtwerk beteiligt, so dass insgesamt 14 (oder 45 Prozent) der untersuchten Stadtwerke in den großen Städten einen privaten Anteilseigner haben. Die Befürchtung, dass die Möglichkeiten, in den ausgegliederten Aufgabenbereichen auf wesentliche Entscheidungen Einfluss zu nehmen, schwinden, sind nicht unbegründet. Die Auswertung des Difu kommt zu dem Ergebnis, dass bei knapp einem Viertel der erhobenen Teilnehmungsunternehmen (23 Prozent) der formale Einfluss der Kommunen unbestreitbar ist, da diese direkt und mit Mehrheit an ihnen beteiligt sind. Bei den anderen kommunalen Teilnehmungsunternehmen (77 Prozent) ist dieser Einfluss zumindest fraglich, da diese nicht direkt und über einen Mehrheitsanteil von der Stadt kontrolliert werden können. Hinzu kommt, dass bislang in den meisten Städten noch deutliche Untersteuerung besteht, da nur wenige Städte bisher eine effiziente Teilnehmungs politik etabliert und ein effizientes Controlling aufgebaut haben; zu den Konsequenzen für die politische Steuerung im „Konzern Stadt“ vgl. *Wohlfahrt/Zühlke* 1999.

öffentlichen Unternehmen herrscht. Aus Sicht der Kommune und des kommunalen Unternehmens kommen weitere Aspekte hinzu, die zur Ausweitung der traditionellen wirtschaftlichen Betätigung beitragen: Zum einen kann es der Kommune in Zeiten knapper Kassen nur recht sein, wenn das erfolgreiche kommunale Unternehmen zusätzliche Gewinne in den kommunalen Haushalt einspeist – was übrigens auf der Grundlage fast aller Gemeindeordnungen der Länder durchaus gesetzlich erwünscht ist, solange der öffentliche Zweck eingehalten wird (vgl. etwa § 109 I 2 GO NRW). Diese Aussicht, die finanzielle Situation der Kommune durch unternehmerisches, Gewinn bringendes Handeln zumindest partiell zu entlasten und den kommunalen Zuschussbedarf zu verringern, sollte als praktische Triebfeder nicht unterschätzt werden. Zum anderen kann die Erweiterung des kommunalen Geschäftsbereiches – inhaltlich wie räumlich – im Überlebensinteresse des kommunalen Unternehmens selbst liegen. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die oben erwähnte Wettbewerbssituation in traditionellen Feldern der kommunalen Daseinsvorsorge: Das kommunale „Horrorszenario“, nach dem die europaweite Ausschreibung kommunaler Leistungen zum Ausscheiden des kommunalen Unternehmens führt, mit der Folge, dass unter Umständen sein einziger Kunde (die Mutter-Kommune) verloren geht und das Unternehmen damit gewissermaßen vor dem Nichts steht, wird angesichts der europäischen Entwicklungen (s.o.) nicht mehr nur von einzelnen Experten durchaus für möglich gehalten.

Das Rechtsproblem: „ausufernde“ Gemeindegewirtschaft, „öffentlicher Zweck“ und die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“

Das eben beschriebene Risiko des „Aus“ des kommunalen Unternehmens muss einen verantwortungsbewussten Unternehmer dazu anhalten, sich einerseits – soweit wirtschaftlich vertretbar – nach Erfolg versprechenden nahe liegenden oder auch alternativen Geschäftsfeldern umzusehen. Hiermit ist *auf der inhaltlichen Ebene der Betätigung* das gemeindegewirtschaftsrechtliche Problem der „Neuen Geschäftsfelder“ angesprochen. Vor allem die obersten Kommunalaufsichten und – zum Teil unter Rückgriff auf diese – die Rechtsprechung haben in diversen Streitfällen Kriterien entwickelt, nach denen auch neue Betätigungen kommunaler Unternehmen zulässigerweise in Zusammenhang mit dem Identität stiftenden Merkmal der Gemeindegewirtschaft, nämlich dem „öffentlichen Zweck“ der Betätigung, gebracht werden können. In diesem Zusammenhang spielt auch der örtliche Bezug der Betätigung eine entscheidende Rolle (hierzu näher unter 2.2).

Auf der *örtlichen Bezugsebene* ist es in erster Linie die verfassungsrechtliche Ableitung der Gemeindegewirtschaft aus den „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ – „Örtlichkeitsgrundsatz“ – in der Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 II GG, die in zunehmend kritischer Weise zur Bändigung gemeindegewirtschaftlichen Expansionsstrebens herangezogen wird. Hierbei sind es vor allem verfassungsrechtliche Schutzpositionen der benachbarten oder darüber hinausgehend weiterer Gemeinden, die Grenzen erkennen lassen.

Im folgenden Kapitel 2 sollen nun zunächst die einfachgesetzlichen Grundlagen und Bezugspunkte einer örtlich begründeten gebietsübergreifenden wirtschaftlichen Betätigung

verdeutlicht werden. Hierbei werden die Kriterien der obersten Kommunalaufsichten sowie die aktuelle Rechtsprechung in die Darstellung einfließen.

Kapitel 3 beleuchtet sodann die verfassungsrechtlichen Grenzlinien für eine überörtliche Gemeindegewirtschaft aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG, wobei ebenfalls auf den aktuellen Diskussionsstand in Literatur und Rechtsprechung Bezug genommen wird.

Im vierten Kapitel werden die Möglichkeiten einer ortsübergreifenden interkommunal abgestimmten Gemeindegewirtschaft geschildert. Hierbei werden einschlägige Regelungen in den Gemeindeordnungen der Länder aufgegriffen und praktische sowie rechtliche Problemfälle und Lösungsansätze aufgezeigt.

Kapitel 5 greift den – zum Teil auch landesgesetzlich geregelten – Sonderfall der gemeindegewirtschaftlichen Betätigung im Ausland auf.

Vor einem abschließenden Fazit werden in Kapitel 6 Zusammenhänge von Örtlichkeitsprinzip und dem EU-Beihilferecht skizziert.

2. Gemeindegewirtschaft und Örtlichkeitsgrundsatz auf der Grundlage des einfachen Gesetzesrechts

Art. 28 II GG erstreckt das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden auf die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“. Diese verfassungsrechtlich strukturierende Bestimmung findet ihr Echo an zentraler Stelle in allen Gemeindeordnungen: Die Gemeinden sind für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zuständig und fördern im gemeindlichen Wirkungskreis das Wohl ihrer Einwohner (so z.B. die §§ 1 und 2 der GO NRW). Da im Grunde unbestritten ist, dass die Gemeindegewirtschaft als Teil des kommunalen Selbstverwaltungsrechts zu verstehen ist (vgl. Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz: Urteil v. 28.3.2000 – VGH N 12/98 –, NVwZ 2000, 801 f.; Rennert 2002: 319 ff.; Gern 2002: 2593; Schink 2002: 133; Becker 2000: 1034; aus dogmatischer Sicht kritisch zum Urteil des VerfGH Ruffert 2000: 763 ff.), entwickelt dieser so genannte *Örtlichkeitsgrundsatz* auch Bezüge zur öffentlichen Zweckbindung der wirtschaftlichen Betätigung. Nach allen Gemeindeordnungen der Länder muss die Aufnahme wirtschaftlicher Betätigungen durch einen *öffentlichen Zweck* gerechtfertigt sein (vgl. etwa § 107 I 1 Nr. 1 GO NRW). Die obersten Kommunalaufsichten und auch die Rechtsprechung haben inzwischen innere Zusammenhänge zwischen Örtlichkeitsgrundsatz und öffentlichem Zweck als dem zentralen, die kommunale Betätigung legitimierenden und von der privatwirtschaftlichen Betätigung zu unterscheidenden Tatbestandsmerkmal entwickelt. Die hieraus fließenden Voraussetzungen für die zulässige Reichweite der kommunalen unternehmerischen Betätigung werden insbesondere bei den wirtschaftlich interessanten „Neuen Geschäftsfeldern“ relevant. Dementsprechend kontrovers verläuft allerdings auch die derzeitige Diskussion. Rechtstheoretische Vorgaben und Rechtspraxis entwickeln sich zudem zusehends auseinander.

2.1 Öffentlicher Zweck und Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft

Einhellig wird davon ausgegangen, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens an die örtliche Gemeinschaft gekoppelt wird. Leistungen und Lieferungen des Unternehmens müssen grundsätzlich im Aufgabenbereich der Gemeinde liegen und eine im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohner zum Ziel haben (so statt vieler Kommentierungen Rehn/Cronauge/von Lennep: GO NRW, Kommentar, Bd. II, 2. Aufl., Stand: 2003, § 107 Anm. III 1; vgl. auch Ehlers 2000: 5 f.; Lux 2000: 9 f.).

So bejahen die Innenministerien als oberste Kommunalaufsichten der Länder im schon genannten Bericht des Unterausschusses Kommunalwirtschaft zu den „Neuen Geschäftsfeldern“ der Kommunalwirtschaft den öffentlichen Zweck, wenn die Lieferungen und Leistungen des kommunalen Unternehmens sachlich und räumlich grundsätzlich im gemeindlichen Wirkungskreis liegen und dazu dienen, Bedürfnisse der Gemeindeeinwohner zu befriedigen (UA KoWI MI 1998: 22 ff.). Abgeleitet wird dies aus Art. 28 II GG, der die kommunale Selbstverwaltung – und damit die gemeindewirtschaftliche Betätigung als eines ihrer Elemente – auf die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft bezieht.

Auch in der Rechtsprechung ist die innere Verbindung zwischen rechtfertigendem öffentlichen Zweck und örtlichem Bezug deutlich ausgesprochen worden. Am klarsten hat das OLG Hamm in seiner „Gelsengrün-Entscheidung“ formuliert, es dürfe kein von der Gemeinde selbst geschaffenes Bedürfnis vorliegen; Voraussetzung einer zulässigen wirtschaftlichen Betätigung sei ein Bedürfnis, das „von außen“, also als Bedürfnis gerade der örtlichen Gemeinschaft entstanden sei (OLG Hamm: JZ 1998, 576 f.; aus der jüngeren Rechtsprechung vgl. etwa OLG Düsseldorf: NVwZ 2002, 248, 250).

In der Praxis bestehen oftmals erhebliche Schwierigkeiten, die spezifische Ortsbezogenheit der Leistung des kommunalen Unternehmens zu begründen und klare rechtliche Grenzlinien zu ziehen. Dies liegt zunächst einmal daran, dass diverse wirtschaftliche Handlungsfelder existieren, etwa im Bereich des Nahverkehrs oder der Ver- und Entsorgung, bei denen ortsübergreifende Kooperationen bestehen. Eine strikte örtlich-räumliche Begrenzung der Gemeindewirtschaft kann insofern nicht überzeugen. Dies zeigt sich schon darin, dass der öffentliche Zweck eines verbesserten Umweltschutzes etwa in den Bereichen der Abfallentsorgung oder des Nahverkehrs nicht mehr allein unter Begrenzung auf den örtlichen Wirkungskreis erfüllt werden kann. Nicht nur in diesen Feldern ist oftmals gemeindeübergreifende Kooperation gefragt, wenn die Bedürfnisse der Bewohner effektiv erfüllt werden sollen. Jüngere Regelungen in diversen Gemeindeordnungen zur ortsübergreifenden wirtschaftlichen Betätigung bestätigen diese Auffassung (hierzu näher unter 4.).

Will man jedoch bei der Interpretation nicht an den verfassungsrechtlichen Vorgaben vorbeigehen, so lässt sich der öffentliche Zweck der wirtschaftlichen Betätigung – als Teil der Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 II GG – nicht völlig losgelöst von den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft interpretieren. Eine inhaltliche Rückkopplung der Betätigung an die Bedürfnisse der Einwohnerschaft muss also begründbar sein. In diesem Zusammenhang taucht der Begriff der „Radizierung“ – Verwurzelung – auf, was soviel oder sowenig sagen will, dass der Zweck des Unternehmens in den Angelegenheiten der örtli-

chen Gemeinschaft wurzeln muss. Unter Rückgriff auf das *Bundesverfassungsgericht* hält man hierbei für erforderlich, dass die *Betätigung noch in den Interessen und Bedürfnissen der örtlichen Gemeinschaft wurzelt oder in einem spezifischen örtlichen Bezug* zu ihnen steht (Bundesverfassungsgericht: E 79, 127, 143 ff. – Rastede; vgl. auch Gern 2002: 2593).

Auch hier stellt sich aber die Frage, wann denn nun eine Aufgabe in den kommunalen Angelegenheiten wurzelt. Ist hiermit eine historisch-rückwärtsgewandte Sichtweise gemeint, oder geht es eher darum, dass die Tätigkeit den Bedürfnissen der örtlichen Gemeinschaft zugute kommen muss?

Am überzeugendsten dürfte am ehesten eine inhaltliche Rückkopplung der wirtschaftlichen Betätigung an die Bedürfnisse oder das Wohl der Gemeindebürger sein. Zu begründen ist daher eine innere Verbindung, eine Legitimationskette zwischen dem Inhalt der wirtschaftlichen Betätigung, dem Gemeinwohl und den Bedürfnissen der Gemeindeeinschwohner. Zweifelhaft sind damit die Fälle, in denen es um reine Finanzbeteiligungen an ortsübergreifend tätigen Unternehmen geht.

Eine negative Abgrenzung für den öffentlichen Zweck besteht insoweit, als das Unternehmen *unmittelbar durch seine Leistung und nicht nur mittelbar durch seine Gewinne und Erträge* dem Wohl der Gemeindebürger dienen muss. Rein erwerbswirtschaftlich-fiskalische Unternehmen zum alleinigen Zweck der Gewinnerzielung sind daher unzulässig. Dies ist jedenfalls die ganz herrschende Auffassung (vgl. Ehlers 1998: 498 f.; Mann 2002: 820 f.; aus der Rechtsprechung jüngst OVG Münster: Beschl. vom 13.8.2003 – 15 B 1137/03 –, 12 f.; OLG Düsseldorf: Gebäudemanagement, NVwZ 2002, 248, 250) und auch die Meinung der Innenministerkonferenz.

Zwar gehen die meisten GO davon aus, dass Unternehmen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen *sollen*. Die Entlastung des kommunalen Haushalts durch erwirtschaftete Unternehmensgewinne ist also – jedenfalls nach dem Willen des Gesetzgebers – die Regel. Allerdings besteht die Einschränkung: soweit die Betätigung erkennbar in Einklang steht mit der Erfüllung öffentlicher Bedürfnisse oder des öffentlichen Zwecks. Die Landesgesetzgeber haben also das Problem bewusst geregelt, dass reines Gewinnstreben sich verselbständigen und damit von der gebotenen öffentlichen Zwecksetzung abkoppeln kann⁸.

Mit Blick auf die Ausweitung der wirtschaftlichen Betätigung über die Gemeindegrenzen hinaus bleibt somit nach den Vorgaben des „öffentlichen Zwecks“ in den Gemeindeordnungen der Länder zunächst festzuhalten, dass die Tätigkeit

- einen spezifischen örtlichen Bezug aufweisen,
- im öffentlichen Interesse der Einwohner liegen und
- das Unternehmen unmittelbar durch seine Leistung dem Wohl der Gemeindeeinschwohner dienen muss.

8 So z.B. deutlich geregelt in § 116 Abs. 1 Nr. 3 GO GemO des Landes Sachsen-Anhalt: „Alle Tätigkeiten, die im Wirtschaftsleben ausschließlich zu Gewinnzwecken verfolgt werden, entsprechen keinem öffentlichen Zweck“; ähnlich Art. 87 I 2 BayGO.

2.2 Überörtliche Betätigung in „Neuen Geschäftsfeldern“

Die Ausweitung der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen hat in den letzten Jahren besondere aktuelle Brisanz entwickelt, wenn man das Kriterium der „spezifischen Ortsbezogenheit“ auf den Aspekt „Öffentlicher Zweck und Neue Geschäftsfelder“ bezieht. Bei dieser Thematik hat es eine Reihe von Auseinandersetzungen zwischen Privatunternehmen und kommunalen Unternehmen gegeben. Dies war der eigentliche Anlass für die Befassung der Innenministerkonferenz mit dem Thema „Neue Geschäftsfelder kommunaler Unternehmen“. Zudem haben sich die Gerichte mit diversen Streitfällen befassen müssen und Zulässigkeits- sowie Abgrenzungskriterien entwickelt, die sich insbesondere auch auf die Variante der ortsübergreifenden gemeindewirtschaftlichen Betätigung beziehen.

Zulässigkeitskriterien für neue kommunalwirtschaftliche Geschäftsfelder nach Auffassung der obersten Kommunalaufsichten und der Literatur

Die obersten Kommunalaufsichten in Gestalt der Innenministerkonferenz vertreten in ihrem Papier folgende Auffassung: Eine Kapazitätsauslastung durch zusätzliche wirtschaftliche Betätigungen ist dann durch einen öffentlichen Zweck gedeckt, wenn es sich um sinnvolle und untergeordnete Nebengeschäfte handelt, die dazu dienen, freie Kapazitäten vorübergehend zu nutzen. Die Bedingung hierbei ist: Die Nebengeschäfte müssen in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigten Haupttätigkeit stehen. Zulässige Annex Tätigkeiten dürfen gegenüber der Haupttätigkeit nicht mehr als eine untergeordnete Rolle spielen und keine zielgerichteten neuen Strukturen oder Kapazitäten zur Folge haben. Nur dann handelt es sich um zulässige Nebenbetätigungen oder erlaubte „Randnutzungen“.

Diese Abgrenzung gilt auch für kommunale Hilfsbetriebe. Die Grenze, jenseits derer das neue Geschäftsfeld nicht mehr durch den öffentlichen Zweck der zugrunde liegenden Haupttätigkeit gedeckt wird, liegt hiernach also beim zielgerichteten Aufbau neuer Kapazitäten über ergänzende Nebennutzungen hinaus zur Wahrnehmung eigenständig vermarkteter Dienstleistungen (UA KoWi MI 1998: 26 f.; zu den Kriterien zulässiger Randnutzungen und Annex Tätigkeiten auch VerfGH Rh-Pf: NVwZ 2000, 801, 803; ausführlich auch OVG Münster: Beschl. vom 13.8.2003 – 15 B 1137/03 –, 9 ff.).

Diese Auffassung wird von der Literatur soweit ersichtlich einhellig geteilt (vgl. Schink 2002: 133 f.; Ehlers 1998: 501, jeweils m.w.N.). Das Land Sachsen-Anhalt hat dementsprechend bei der Novellierung seiner GO in § 116 II 3 folgende klarstellende Regelung getroffen: Hilfstätigkeiten im Zusammenhang mit Dienstleistungen in den Bereichen Energie, Wasser, Abfall, Abwasser etc. sind nur zulässig, wenn sie im Vergleich zum Hauptzweck eine untergeordnete Bedeutung haben.

Eine generelle Grenze wird man nach diesen Kriterien auch für die ortsübergreifende gemeindewirtschaftliche Praxis kaum ziehen können. Letztendlich ist im Einzelfall zu entscheiden. Grundsätzlich wird man gegen eine Gewinn bringende, untergeordnete Erweiterung des bestehenden Spektrums nichts einwenden können, solange der Gemeinwohlbezug und die innere Verbindung zum Kerngeschäft bestehen bleiben und defizitäre Bereiche der Kernbetätigung hierdurch minimiert oder ausgeglichen werden können. Hierfür

sprechen an sich auch die Gebote der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit kommunalen Haushaltens, die sich in allen GO der Länder finden (so auch OVG Münster: Beschl. vom 13.8.2003 – 15 B 1137/03 –, 12 f., unter Bezug auf Ehlers 1998: 501).

Was die ortsübergreifende Betätigung mit Auswirkung auf das Gebiet und den Aufgabenbereich einer anderen Gemeinde angeht, so ist allerdings das Selbstverwaltungsrecht der betroffenen Gemeinde aus Art. 28 II GG zu beachten (hierzu näher unter 3.). Teilweise regeln novellierte Gemeindeordnungen die übergreifende Betätigung über Vorschriften der Rücksichtnahme und Abstimmung (hierzu näher unter 4.).

Rechtsprechung an den Schnittstellen von überörtlicher Betätigung und „Neuen Geschäftsfeldern“

In der Folge von Expansionsbestrebungen kommunaler Unternehmen sind inzwischen vereinzelte Gerichtsentscheidungen ergangen, die sich mit der Thematik von Neuen Geschäftsfeldern befassen (Urteile, die – ohne gesondert auf den Aspekt der überörtlichen Betätigung einzugehen – die Zulässigkeit neuer Geschäftsfelder zum Gegenstand haben, sind z.B. OLG Hamm: JZ 1998, 576 ff. – Gelsengrün; OLG Düsseldorf: NVwZ 2002, 248 ff. – Gebäudemanagement; BGH: NVwZ 2002, 1141 ff.; OVG Münster: Beschl. vom 13.8.2003 – 15 B 1137/03 – Vermietung eines Parkdecks für wirtschaftliche Zwecke).

Was die gesonderte Problematik der überörtlichen Betätigung in Neuen Geschäftsfeldern angeht, so ergehen gerichtliche Beschlüsse zusehends auf dem zivilen Rechtsweg der Vergabebeschwerde, was die zunehmende kartell- und wettbewerbsrechtliche Relevanz der kommunalwirtschaftlichen Betätigung augenscheinlich unterstreicht (zur Überschneidung von gemeindefirtschafts- und vergabe-/kartellrechtlichen Fragestellungen Zeiss 2003: 475 ff.; das Kartellvergaberecht als Sanktions- und Rechtsschutzinstrument bei Verstößen gegen das kommunale Wirtschaftsrecht ablehnend Burgi 2003: 539 ff.). So hat das OLG Düsseldorf in einem Vergabenachprüfungsverfahren einen Aufsehen erregenden Beschluss in einem Problemfall der überörtlichen Betätigung gefällt (OLG Düsseldorf: Beschl. v. 12.1.2000 – Verg 3/99 –, NVwZ 2000, 714 ff.). Der Beschwerdeführer hatte der Kommune einen Verstoß gegen § 107 GO NRW vorgeworfen und wollte damit zugleich eine unlautere Verhaltensweise der Kommune bzw. die Unzuverlässigkeit des kommunalen Unternehmens nach Vergaberecht rügen (§§ 2 Nr. 1, 25 VOL/A). Das Gericht verneinte einen Rechtsverstoß der Gemeinde, die überörtlich auf dem nicht wirtschaftlichen Gebiet der Abfallentsorgung tätig war. Die GO verbiete keine überörtliche Tätigkeit, solange die Wurzeln der Betätigung im Gemeindegebiet lägen. Hierbei argumentierte das Gericht auch mit der Vorschrift des § 107 Abs. 4 GO NRW, wonach sogar die ausländische Betätigung erlaubt sei. Auch der Begriff der „Einrichtung“ in der GO verlange keine strikte Beschränkung auf das Gemeindegebiet. Entscheidend sei, dass das kommunale Unternehmen an seinem territorialen Ursprung festhalte, zumal im zu behandelnden Fall die Nachbargemeinde aus Kostengründen ausdrücklich die Tätigkeit des kommunalen Unternehmens gewünscht habe und somit die Verletzung ihres Selbstverwaltungsrechts als Grenze einer übergreifenden Betätigung nicht zu befürchten sei (OLG Düsseldorf: NVwZ 2000, 714 f.).

Für diese Entscheidung des OLG Düsseldorf hagelte es allerdings herbe Kritik: Entscheidend könne es nicht auf den Schwerpunkt oder das Hauptbetätigungsfeld der Einrichtung insgesamt ankommen. Ferner sei auch nicht die Frage, ob diese Aufgabe irgendwie in der örtlichen Gemeinschaft verhaftet sei, entscheidend. Vielmehr sei Ausschlag gebend, ob sich die konkrete Tätigkeit als eine Aufgabe der örtlichen Gemeinschaft gerade der Kommune darstelle, die diese Aufgabe materiell wahrzunehmen habe (Meyer 2000: 323; Heintzen 2000: 745 f.). Die jeweilige Aufgabe müsse sich auf die örtliche Gemeinschaft beziehen, die Wertschöpfung und Schwerpunkt der konkret erbrachten Leistung müssten auf das Gemeindegebiet und die Gemeindegewohner bezogen sein. Mit anderen Worten müsse der Mehrwert der Betätigung im eigenen Gebiet erzeugt worden sein, um durch einen öffentlichen Zweck im Interesse der Gemeinde gerechtfertigt sein zu können (Kühling 2001: 178; strenger noch Heintzen 2000: 744, der zwar ebenfalls eine Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets für zulässig hält, hierfür aber nicht nur einen schwerpunktmäßigen, sondern einen ausschließlichen Bezug der Tätigkeit auf das Gemeindegebiet verlangt).

Interessanterweise hatte das OLG Düsseldorf zweieinhalb Jahre später über einen ähnlichen Sachverhalt zu entscheiden (OLG Düsseldorf: Beschl. v. 17.6.2002 – Verg 18/02 –, NZBau 2002, 626 ff., mit Anmerkung Dietlein: NZBau 2003, 141 ff.): Wieder rügte ein privater Konkurrent die gemeindegewirtschaftliche Betätigung auf dem Wege der Vergabebeschwerde. Konkret hatte das Gericht über den Vorwurf eines Verstoßes eines kommunalen Entsorgungsunternehmens gegen den Grundsatz der wettbewerblichen Vergabe nach § 97 GWB durch unzulässige Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets zu befinden. Das OLG führte aus, eine gebietsübergreifende abfallwirtschaftliche Betätigung sei unter Einsatz neuer Investitionen und unter Einsatz neuen Personals mit der gebietsbezogenen Erfüllung eines öffentlichen Zwecks nicht zu vereinbaren; eine reine Positionierung am Markt diene nur dem Zweck der Gewinnerzielung; dies sei für den gebotenen öffentlichen Zweck nicht ausreichend; auch für den Fall einer nicht wirtschaftlichen Betätigung – so die Einstufung der Abfallentsorgung nach der GO NRW – gelte, dass die *überörtliche Betätigung mit der gebietsbezogenen Erfüllung des öffentlichen Zwecks zumindest in einem fördernden Zusammenhang* stehen müsse; dies könne etwa der Fall sein, wenn durch die zusätzliche Betätigung freie, brach liegende Ressourcen in ökonomisch sinnvoller Weise eingesetzt würden (OLG Düsseldorf: NZBau 2002, 626, 633 f.). Im konkreten Fall der überörtlichen Abfallentsorgung durch eine zu 100 Prozent von einem Gemeindeverband gehaltenen Gesellschaft stellte das Gericht fest, dass sich der öffentliche Zweck, zu dem die Gesellschaft gegründet wurde, grundsätzlich auf das Gemeindegebiet beziehe. Auch die grenzüberschreitende Betätigung dürfe nicht zu diesem Zweck in Widerspruch stehen, zumindest müsse die abfallwirtschaftliche Betätigung zur Erfüllung des öffentlichen Zwecks fördernd beitragen. Für diesen fördernden Zusammenhang sah das Gericht keinerlei Anhaltspunkte: So sei etwa die Notwendigkeit, dass eine ökonomisch sinnvolle Abfallentsorgung bei Bezug nur auf das eigene Gebiet nicht möglich und daher eine grenzüberschreitende Entsorgung angezeigt sei, nicht zu erkennen. Auch handele es sich hier nicht um den Fall der sinnvollen Nutzung brach liegender Kapazitäten, im Gegenteil würden neue sachliche und personelle Kapazitäten erst geschaffen. Insofern kam das Gericht zu dem Schluss, dass es sich bei der grenzüberschreitenden Entsorgung durch die Ver-

bandsgesellschaft unter zielgerichtetem Einsatz neuer Investitionen um eine reine Positionierung am Markt handle. Diese Intention könne aber – letztendlich als vorrangige Maßnahme der Gewinnmaximierung – nicht mehr mit dem öffentlichen Zweck, zu der die Gesellschaft ursprünglich gegründet wurde, in Zusammenhang gebracht und damit gerechtfertigt werden (OLG Düsseldorf: a.a.O.).

Das OLG Düsseldorf kam somit in diesem Beschluss zur Unzulässigkeit der gebietsüberschreitenden – hier nach der GO NRW nicht wirtschaftlichen – Betätigung, unabhängig davon, dass die gebietsbetroffene Gemeinde Auftraggeberin für diese Betätigung war und dem Übergriff auf ihr Gebiet zustimmte.

Demgegenüber hat das OLG Celle die Entsorgung von Problemabfällen durch eine Kreisabfallgesellschaft, die sich auf eine Ausschreibung einer anderen Gemeinde hin für diese Entsorgung für die Nachbargemeinde beworben hatte und den Zuschlag erhalten sollte, für zulässig gehalten: Die Entsorgung für die Nachbargemeinde stelle nur eine gewinnorientierte Annextätigkeit da, die die öffentliche Zwecksetzung des Landkreisunternehmens nicht ausschließe (OLG Celle: Beschl. v. 12.2.2001 – 13 Verg 2/01 –, NZBau 2001, 648). Entscheidend kam bei dieser Entscheidung hinzu, dass es sich bei besagtem Auftrag um eine vereinbarte interkommunale Kooperation handelte. Der öffentliche Zweck – so das Gericht – erlaube aber gegebenenfalls auch den wirtschaftlich sinnvollen Abbau von Überkapazitäten durch eine grenzüberschreitende Kooperation mit anderen Gemeinden (OLG Celle: a.a.O.).

Zusammenfassend lassen sich also aus dem Erfordernis des „öffentlichen Zwecks“ in den Gemeindeordnungen der Länder folgende Grenzlinien und Zulässigkeitsanforderungen für die ortsübergreifende Gemeindegewirtschaft festhalten:

- Die überörtliche Betätigung muss mit dem gebietsbezogenen öffentlichen Zweck des Unternehmens gerechtfertigt werden können.
- Die überörtliche Betätigung muss mit diesem gebietsbezogenen Zweck zumindest in einem fördernden Zusammenhang stehen.
- Die überörtliche Betätigung muss zur Unterstützung der Haupttätigkeit im eigenen Gemeindegebiet ökonomisch begründbar sein. Hierbei können auch Aspekte der interkommunalen Kooperation zur Begründung angeführt werden.
- Die Aufnahme neuer, überörtlicher Betätigungen darf nicht über die – im Vergleich zur Haupttätigkeit untergeordnete – Nutzung brach liegender Kapazitäten hinausgehen.
- Der zielgerichtete Aufbau neuer Kapazitäten zur dauerhaften Etablierung eines Neuen Geschäftsfeldes dient vorrangig der Gewinnmaximierung und Positionierung am Markt und sprengt den Zusammenhang mit der durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigten Haupttätigkeit des Unternehmens.

3. Verfassungsrechtliche Grenzen überörtlicher gemeindegewirtschaftlicher Betätigung

In der aktuellen Diskussion um die Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen spielt das Verfassungsrecht eine tragende Rolle: Dreh- und Angelpunkt ist hierbei die Interpretation der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ gemäß Art. 28 II GG. Bei der Frage, welche Konsequenzen aus dem Bezug der kommunalen und auch kommunalwirtschaftlichen Betätigung auf den so genannten *Örtlichkeitsgrundsatz* zu ziehen sind, gehen die Meinungen jedoch auseinander. Das Spektrum erstreckt sich von der Zulässigkeit einer grundsätzlich nur auf die örtlichen Grenzen beschränkten Betätigung bis hin zur völligen Freistellung kommunalwirtschaftlichen Unternehmertums von etwaigen örtlichen Begrenzungen aus Art. 28 II GG. Dazwischen finden sich vermittelnde Auffassungen, die vor allem den Aspekt der wechselseitigen Abstimmung zwischen den Kommunen aufgreifen (Überblick über den Meinungsstand bei Heilshorn 2003: 91 ff.).

3.1 Das Tatbestandsmerkmal der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ aus Art. 28 II GG als Begrenzung gemeindegewirtschaftlicher Betätigung?

Unbestritten ist zunächst davon auszugehen, dass das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden auch ihre wirtschaftliche Betätigung umfasst (vgl. Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz: Urteil v. 28.3.2000 – VGH N 12/98 –, NVwZ 2000, 801 f.; Rennert 2002: 319 ff.; Gern 2002: 2593; Schink 2002: 133; Becker 2000: 1034 f., Kühling 2001: 178; Meyer 2000: 322; Heilshorn 2003: 53 ff.). Im Ergebnis ist man sich auch einig, dass der aus Art. 28 II GG abgeleitete *Örtlichkeitsgrundsatz* oder auch das *Territorialitätsprinzip* die Kommunen nicht in jedem Fall daran hindert, über ihr Gemeindegebiet hinaus wirtschaftlich tätig zu werden. Umstritten ist aber die Frage, in welchen Fällen und unter welchen Anforderungen die Kommunen den örtlichen Wirkungskreis überschreiten dürfen (zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der grenzüberschreitenden kommunalwirtschaftlichen Betätigung Gern 2002: 2593 ff.; Meyer 2000: 321 ff.; Kühling 2001: 177 ff.; Heintzen 2000: 743 ff.; Becker 2000: 1032 ff. (speziell zur Rechtslage in Sachsen-Anhalt); Rennert 2002: 338 ff.; eingehend Heilshorn 2003: 91 ff.). Die unterschiedlichen Auffassungen zeitigen durchaus unterschiedliche praktische Konsequenzen für die Kommunen und werden daher nachfolgend zusammengefasst.

Strikte Beschränkung auf den örtlichen Wirkungskreis?

Ganz überwiegend wird aus Art. 28 II GG gefolgert, dass die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen nur dann einem öffentlichen Zweck dienen kann, wenn die jeweiligen Aktivitäten grundsätzlich auf den örtlichen Wirkungskreis bezogen sind. Dies wird aus der Parallele zu den begrenzten Zuständigkeiten der Gemeinde gefolgert: Hiernach sind die Kommunen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Aufgaben zuständig, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder einen spezifischen Bezug zu ihr haben (Bundesverfassungsgericht E 8, 122, 134; 50, 195, 201; 79, 127, 143 ff., 150 ff.). Art. 28 II GG umschreibt daher eine inhaltlich und örtlich begrenzte Verbands-

kompetenz der Gemeinde, die auch für die wirtschaftliche Betätigung als Teil der kommunalen Selbstverwaltung gelte. Eine Befugnis zur Aufgabenwahrnehmung stehe den Gemeinden demnach nur zu, wenn die jeweilige Aufgabe oder das Feld der wirtschaftlichen Betätigung als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft gewertet werden könne. Kompetenzerweiterungen der Gemeinde bedürften vor diesem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung (Ehlers 1998: 503 f.; ders. 2000: 6; Badura 1998: 823; Erichsen 1997: 279.).

Der Gesetzgeber ist allerdings nach verbreiteter Auffassung nicht gehindert, den Kommunen im Wege einer „Aufgaben-Querzonung“ zusätzliche, auch grenzüberschreitende Kompetenzen einräumen. Dies gilt unter Wahrung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung auch für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden (Kühling 2001: 178, unter Bezug auf Gern 1997: Rn. 83; Schink 2002: 136; Heintzen 2000: 743 f.; Britz 2000: 385). Diverse Bundesländer wie etwa Bayern, NRW, Thüringen und Sachsen-Anhalt haben mittlerweile Regelungen zur grenzüberschreitenden kommunalwirtschaftlichen Betätigung in ihren Gemeindeordnungen getroffen (hierzu näher unter 4.1).

Aus Sicht der kommunalen Praxis ist wichtig, dass auch die obersten Kommunalaufsichten der Innenministerien unter Verweis auf die Rechtsprechung von Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht ganz überwiegend die gleiche Haltung einnehmen: Im Gegensatz zu reinen Privatunternehmen besäßen die kommunalen Unternehmen einen prinzipiellen, durch die Gemeindegrenzen gegliederten Zuständigkeitsbereich, damit das Nebeneinander der kommunalen Funktionskreise ohne Überschneidungen gewährleistet sei. Von Verfassungs wegen stelle die Einschränkung der wirtschaftlichen Betätigung sicher, dass kommunale Aufgabenerfüllung nicht im Wettbewerb untereinander, sondern grundsätzlich im Nebeneinander abgegrenzter Zuständigkeitsbereiche erfolge (UA KoWi MI: 30 ff., unter Verweis auf Bundesverfassungsgericht E 8, 122, 134; BVerwGE 87, 228, 236; a.A. die Innenministerien der Länder Thüringen und Bayern).

Die vereinzelt vertretene Gegenposition geht von einer grundsätzlich anderen Ausgangslage aus: Sie stellt die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen im Wettbewerb außerhalb des staatlichen Kompetenzgefüges und nimmt sie daher als nicht hoheitliches Handeln von den Begrenzungen des Art. 28 II GG aus (vgl. Hellermann 2000: 156 ff.; Wieland 2000: 248; ders., in: Henneke 1999: 196 f.). Dies gelte vor allem für die Betätigung in Privatrechtsform, da es sich hier um Unternehmen und nicht um Verwaltungseinheiten handle (Morainig 1998a: 244 ff.; ders. 1998b: 525).

Die Herauslösung der gesamten wirtschaftlichen Betätigung aus dem verfassungsrechtlichen Zusammenhang des Art. 28 II GG aus Rechtsschutzgründen ignoriert jedoch zum einen den Geltungsanspruch des allgemein anerkannten Verwaltungsprivatrechts: Dies bedeutet, dass die Grundsätze des öffentlichen Rechts, zu denen auch die grundlegenden Kompetenzvorschriften wie etwa die der gemeindlichen Verbandskompetenz aus Art. 28 II GG gehören, auch bei privatrechtlich organisierter Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zu beachten sind (Gern 2002: 2597 f.). Zum anderen werden die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Gemeindegewirtschaft völlig ausgeblendet, auf die sich auf der anderen Seite aber wiederum gerne berufen wird, wenn Einschränkungen der Gemeindegewirtschaft zu befürchten sind. Die Kommune bleibt Teil der mittelbaren Staatsverwal-

tung, auch wenn sie sich auf das Gebiet der Kommunalwirtschaft begibt. Sie erfüllt auch beim Wirtschaften in Privatrechtsform eine öffentliche, auf die Einwohner bezogene Aufgabe und ist zumindest mittelbar an die Kompetenzen gebunden, die der Gesetzgeber der Kommune für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft – „im Rahmen der Gesetze“ (Art. 28 II GG) – eingeräumt hat (so auch Ehlers 1998: 504; ders.: NWVBI. 2000, 5 f.; Rennert 2002: 319, 338 f.; Schink 2002: 129, 135 f.; Kühling 2001: 180; Heintzen 2000: 743 f.; Lux 2000: 9; Heilshorn 2003: 63 ff.).

3.2 „Örtliche Verwurzelung (Radizierung)“ und interkommunale Kooperation

Allerdings kann ein strikter Bezug auf die rein örtliche Begrenzung des kommunalwirtschaftlichen Handelns, wie er zuweilen vonseiten der konkurrierenden Privatwirtschaft oder aus ordnungspolitischer Sicht gefordert wird, nicht überzeugen (wie hier Kühling 2001: 178; Gern 2002: 2595). Es existiert eine Reihe praktischer Beispiele für Betätigungen, die im öffentlichen Interesse notwendigerweise auch ortsübergreifend sind. Zu denken ist etwa an Versorgungs- oder Entsorgungsleistungen, die sich nicht nur auf den gemeindlichen Bereich beschränken dürfen, wenn sie gegebenenfalls kostengünstiger und damit für den Bürger sozialverträglicher erfüllt werden können. So wird etwa bei der Abwasser- oder Abfallentsorgung immer öfter auch nach ortsübergreifenden Lösungen gesucht, bei denen kommunale Unternehmen notwendigerweise ihren örtlichen Wirkungskreis im öffentlichen Interesse wirtschaftlicher Lösungen überschreiten müssen. Auch bei der wettbewerbsbedingt nicht nur die gemeindlichen Grenzen überschreitenden Energieversorgung mutet es antiquiert und auch aufgrund übergeordneter EU-rechtlicher Vorgaben zweifelhaft an, wenn man den örtlichen Bezug der energiewirtschaftlichen Betätigung im liberalisierten EU-Binnenmarkt vor allem geographisch interpretiert (zu Rechtsfragen der grenzüberschreitenden kommunalen Energiewirtschaft Heintzen 2000: 743 ff., der aus der Bindungs- und Schutzfunktion des Art. 28 II GG insbesondere auf die notwendigen Instrumente der interkommunalen Abstimmung verweist).

Mit einer erweiterten Interpretation des Örtlichkeitsgrundsatzes steht auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Einklang: Eine über das Gemeindegebiet hinausgehende wirtschaftliche Betätigung wurde nämlich dann für zulässig gehalten, wenn nach der Natur der Betätigung nicht nur die Gemeindegewohner berücksichtigt werden können oder aus wirtschaftlichen Gründen eine Leistung für mehrere Gemeinden notwendig ist (BVerwG: DVBl. 1983, 73 ff.; vgl. auch BVerwG: NVwZ 1991, 685 – Städtepartnerschaft). Diese Konstellation ergibt sich auch in der kommunalen Wirtschaft, für die zunehmend ortsübergreifende Lösungen gefordert werden, etwa dann, wenn eine gebietsübergreifende Betätigung unter Umständen auch kooperierender Unternehmen im Interesse einer Kosten sparenden Infrastrukturauslastung oder im Interesse einer umweltschonenderen Aufgabenerfüllung in beiden Gebieten erfolgt. Ferner kann eine überörtliche Betätigung mit dem Ziel einer gemeinsamen Auslastung von Entsorgungsanlagen die Gebühren im Interesse beider Kommunen auf einem gemeinwohlverträglicheren Niveau halten. Bei diesen geschilderten Varianten der interkommunalen Kooperation, für die der Landesgesetzgeber bewusst die Instrumente der Zweckverbände und Zweckvereinbarungen geschaffen oder auch vertragliche Kooperationen ermöglicht hat, handelt es sich um

nur „ausstrahlende“ Gebietsüberschreitungen. Kompetenzübergriﬀe sind hiermit weder im Hinblick auf höhere Verwaltungsebenen (Kreise, Länder, Bund) noch zulasten anderer Gemeinden verbunden (Gern 2002: 2595; zur Vereinbarkeit von interkommunaler Zusammenarbeit und Örtlichkeitsgrundsatz auch Ehlers 2000: 6; Lux 2000: 9 f.).

Die oben genannten Beispiele aus der Praxis, die eine ortsübergreifende Betätigung der Kommunen im öffentlichen Interesse der Einwohnerschaft unter Umständen sogar als geboten erscheinen lassen können, haben gezeigt, dass eine zutreffende Beschreibung der Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung eher auf der inhaltlichen denn auf der räumlichen Seite ansetzen muss. Ein rein räumliches Verständnis der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ist nicht tauglich, den Bedürfnissen der Einwohnerschaft in zeitgemäßer Weise gerecht zu werden. Geboten ist eine gewandelte, primär an den Interessen und Bedürfnissen der Einwohnerschaft orientierte Interpretation des Örtlichkeitsgrundsatzes. Ein solcher Interpretationsansatz ist am ehesten geeignet, praxisnahe Anforderungen für die Möglichkeiten und Grenzen der kommunalwirtschaftlichen Betätigung zu entwickeln und wird etwa auch von den Innenministerien der Länder Bayern und Thüringen verfolgt (vgl. UA KoWi MI: 37 ff.). Hierdurch wird den aktuellen Gegebenheiten Rechnung getragen, dass soziale und ökonomische Verflechtungen zwischen insbesondere benachbarten Kommunen bestehen, die ohne Zweifel dem Gemeinwohl der jeweiligen örtlichen Gemeinschaften dienen. Ferner werden die Entwicklungen in der kommunalen Aufgabenerfüllung zutreffender erfasst: In wichtigen Bereichen der Daseinsvorsorge haben die EU und der Bund über Liberalisierungen angestammter kommunaler Aufgabenbereiche einen grenzüberschreitenden Wettbewerb initiiert. Diesen Herausforderungen müssen sich die Kommunen zunehmend in der Form der unternehmerischen Betätigung stellen, um den öffentlichen Auftrag im Wettbewerb erfüllen zu können (ähnlich Damm 1988: 840 f.; Moraing 1998c: 228; ders. 1998b: 523 ff.).

Gebietsüberschreitungen sind daher nicht per se unzulässig. Maßgeblich ist vielmehr *aus Sicht der Garantiefunktion des verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsrechts der sich betätigenden Gemeinde*, ob im jeweiligen Einzelfall die Reichweite der wirtschaftlichen Betätigung noch örtlich „radiziert“ ist, also in den Worten des Bundesverfassungsgerichts noch in den Interessen und Bedürfnissen der örtlichen Gemeinschaft wurzelt oder in einem spezifischen örtlichen Bezug zu ihnen steht. Zweifelhaft sind damit zum einen ortsübergreifende Betätigungen, die sich aus den Bedürfnissen der Trägerkommune oder mangels einer ortsbezogenen öffentlichen Zweckbindung nicht mehr im öffentlichen Interesse der Gemeindeeinwohner begründen lassen, sowie die Fälle, in denen es um reine Finanzbeteiligungen an ortsübergreifend tätigen Unternehmen geht (Moraing 1998b: 525 f.).

Die Konsequenzen dieser Interpretation liegen auf der Hand. Ist eine grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigung nicht per se unzulässig, so wird ein verfassungsrechtlicher Perspektivenwechsel erforderlich: Der Blickwinkel muss sich nun auch auf die Kommune richten, die in ihrem Gebiet von der Betätigung der übergreifenden Gemeinde betroffen ist. Denn beiden Kommunen steht das Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 II GG zur Seite. Entscheidende Bedeutung für die Zulässigkeit ortsübergreifender Aktivitäten erlangen damit zum einen auch die *abwehrrechtliche Schutzfunktion des Art. 28 II GG aus Sicht*

der von der wirtschaftlichen Ausweitung gebietsbetroffener Gemeinde und zum anderen geeignete Verfahren und Regelungen der interkommunalen Abstimmung (hierzu unter 4.)

3.3 Art. 28 II GG als gemeindliches Abwehrrecht gegen gebietsübergreifende Betätigungen anderer Gemeinden

Anerkanntermaßen entfaltet die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG nicht nur Schutzwirkung gegenüber übergeordneten staatlichen Behörden, sondern auch auf der horizontalen Ebene auf gleicher Augenhöhe gegenüber anderen Gemeinden: Die Wahrnehmung der zugewiesenen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft beinhaltet eine politisch-demokratische Verantwortung der Gemeinde gegenüber ihren Einwohnern, deren Wahrnehmung erheblich gestört oder sogar in Form eines faktischen Aufgabenentzugs durch eine gebietsübergreifende Gemeinde bzw. deren wirtschaftliches Unternehmen unverhältnismäßig betroffen sein kann (so auch Kühling 2001: 179; vgl. auch Gern 2002: 2596; Becker 2000: 1036, Lux 2000: 9 f.; aus der Rechtsprechung BVerwGE: 84, 209, 214 f.; zu den Vorgaben des Demokratieprinzips und zur Legitimationsbedürftigkeit der grundsätzlich ortsbezogenen Kommunalwirtschaft ausführlich Heilshorn 2003: 101 ff., 110 ff.).

Der denkbare Konflikt zwischen einer wirtschaftlich übergreifenden Gemeinde und der gebietsbetroffenen Gemeinde wirft allerdings unter der Schutzfunktion des Art. 28 II GG eine Reihe rechtlicher Fragen auf: Ist eine Gemeinde generell gegen jegliche Übergriffe gemeindewirtschaftlicher Art geschützt oder muss sie bestimmte Übergriffe milderer Art gegebenenfalls hinnehmen? Ab welcher Intensität des Übergriffs greift die Abwehrfunktion des Art. 28 II GG zugunsten der betroffenen Gemeinde? Nach welchen Kriterien bestimmt sich, wann ein gemeindewirtschaftliches Übergreifen evtl. noch zulässig bzw. ab wann es unzulässig wird? Und wer trägt die „Beweislast“ für das Vorliegen der ein Übergreifen rechtfertigenden Umstände, wer für die Umstände eines unzulässigen Übergriffs? Und schließlich: Sind verfahrensbezogene Sicherheitsvorkehrungen vorhanden bzw. zu fordern, die dem Selbstverwaltungsrecht der betroffenen Gemeinde präventiven Schutz vor einem etwaigen faktischen Aufgabenentzug verleihen können?

Zur Beantwortung dieser Fragen finden sich unterschiedliche Ansätze in der Literatur. Zum Teil wird – allerdings im Verhältnis von Landesgesetzgeber und Kommune – nach der verfassungsrechtlichen Dogmatik des Selbstverwaltungsrechts aus Art. 28 II GG differenziert. Hierbei wird die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur „Hochzoning“ kommunaler Aufgaben auf höhere Verwaltungsträger analog auf die „Querzoning“ von Aufgaben zwischen Gemeinden angewandt:

Ausgangspunkt ist die These, dass es angesichts des Gesetzesvorbehalts in Art. 28 II GG keinen Anspruch auf ungestörte Ausübung der Selbstverwaltung geben könne und daher Kollisionen zwischen Gemeinden im Wege der Güterabwägung und des bestmöglichen Ausgleichs gelöst werden müssten. Somit müssten unter Umständen auch Eingriffe in das Selbstverwaltungsrecht der betroffenen Gemeinde geduldet werden, wenn diese Eingriffe nach den verfassungsrechtlichen Kriterien insbesondere in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gerechtfertigt seien (Gern 2002: 2595; weitergehend Britz 2001:

386, die meint, wenn schon private Konkurrenz geduldet werden müsse, so müsse dies „erst recht“ für kommunale Konkurrenz gelten; dies ist nicht zwingend nachzuvollziehen und verkennt den grundsätzlichen Unterschied zwischen kommunalen Unternehmen mit öffentlicher, ortsbezogener Zwecksetzung vor dem Hintergrund von Art. 28 II GG und „ungebundenen“ Privatunternehmen). Grundsätzlich verwehrt sind hiernach erstens *Eingriffe in den kommunalen Kernbereich* des Art. 28 II GG. Dies sind Eingriffe oder Kompetenzzuweisungen auf Kosten der Gemeinde, die dieser Aufgabenbereiche, die für ihre Selbstverwaltung schlechthin konstituierend und prägend sind, entziehen und/oder die eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit der Gemeinde beseitigen (Gern 2002: 2596, unter Bezug auf BVerfG: NVwZ 1992, 365 f.; LKV 1995: 187; DVBl. 1995: 290).

Handelt es sich zweitens um den Fall, dass einer Gemeinde zugunsten einer anderen Gemeinde eine Aufgabe *außerhalb des Kernbereichs* entzogen werden soll, so ist dies analog zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur „Hochzonung“ von kommunalen Aufgaben nur gerechtfertigt, wenn das Belassen der Aufgabe bei der Gemeinde einen „unverhältnismäßigen Kostenanstieg“ mit sich brächte. Erwägungen der Zweckmäßigkeit sowie mangelnde Leistungsfähigkeit der Gemeinde werden für nicht ausreichend erachtet (Gern: a.a.O., unter Bezug auf BVerfG: NVwZ 1989, 351; BVerwG, Der Städtetag 1995: 661). Ebenso wenig könnten Gründe der Verwaltungsvereinfachung oder der Konzentration von Zuständigkeiten sowie der betrieblichen Optimierung oder Gewinnmaximierung einen Aufgabenentzug rechtfertigen (Gern: a.a.O.; ähnlich insoweit auch Kühling 2001: 179).

Die dritte Variante stellt gemeindewirtschaftliche *Übergriffe auf ein fremdes Gemeindegebiet* dar, die nicht zum Aufgabenentzug führen, die gemeindliche Aufgabenerfüllung aber beschränken oder sich auf andere Weise auf sie auswirken. In diesen Fällen müssen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts tragfähige Gründe des Gemeinwohls zur Rechtfertigung angeführt werden können. Des Weiteren ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (Gern: a.a.O., unter Bezug auf BVerfG: NVwZ 1981, 1659; NVwZ 1988: 47, 49; BVerwG: VBIBW 1984, 203; ähnlich Lux 2000: 10, die einen Übergriff nur beim Vorliegen eines wichtigen Gemeinwohlinteresses für gerechtfertigt hält und im Übrigen auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verweist).

Für ein gemeindewirtschaftliches Übergreifen auf ein fremdes Gemeindegebiet im Wege der Privatrechtsform wird generell eine ausdrückliche Gesetzesgrundlage für erforderlich gehalten, wie sie etwa in den Vorschriften der Gemeindeordnungen Bayerns, Nordrhein-Westfalens, Thüringens und Sachsen-Anhalts zur gemeindeüberschreitenden wirtschaftlichen Betätigung erlassen worden ist. Bestünden keine Vorschriften dieser Art, so bleibe lediglich die Möglichkeit zur interkommunalen, gebietsübergreifenden Kooperation mit der Nachbargemeinde (Gern 2002: 2597 f.).

Versucht man, diese Kriterien auf die Fallkonstellation, dass ein kommunales Unternehmen auf dem Gebiet einer anderen Gemeinde wirtschaften will, zu übertragen, so ist zunächst festzuhalten, dass es in der Praxis wahrscheinlich eher wenige Fälle sind, in denen der Übergriff – zumal ohne Absprache mit der betroffenen Gemeinde – zu einem faktischen Aufgabenentzug führt. Die Mehrzahl der Interessenkollisionen werden aller Wahrscheinlichkeit nach diejenigen sein, in denen sich eine faktische Konkurrenzsituation im

Verhältnis zum ortsansässigen kommunalen Unternehmen ergibt, so dass sich die Trägergemeinde in ihrer kommunalen Aufgabenerfüllung beschränkt oder auf andere Weise betroffen sieht. Hierbei träge das expandierende kommunale Unternehmen zunächst einmal die Beweislast, nach den obigen Kriterien „tragfähige Gründe des Gemeinwohls“ zur Rechtfertigung des Gebietsübergriﬀs anzuführen und die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu belegen. Letzteres würde erfordern, dass der Übergriﬀ auf das fremde Gebiet „geeignet, erforderlich und angemessen ist“. Bezugspunkt für diese Kriterien ist der gebotene, allerdings auf den eigenen Ort und die eigenen Einwohner bezogene öffentliche Zweck, der die gemeindewirtschaftliche Betätigung als Grundvoraussetzung jeder Gemeindeordnung legitimiert und zu dem das Unternehmen gegründet wurde.

In der Praxis sind zudem Fallkonstellationen expandierender kommunaler Unternehmen denkbar, in denen eine Gemeinde entweder eine Aufgabe mangels Leistungsfähigkeit nicht wahrnehmen kann oder sie eine bestimmte Aufgabe aus strukturpolitischen Erwägungen heraus nicht wahrnehmen will (Becker 2000: 1037 f.). Im ersten Fall mag es der Gemeinde durchaus noch recht sein, dass die kommunale Aufgabe von einem Dritten erfüllt wird. Im zweiten Fall aber kann es zu Konflikten mit bewusst getroﬀenen kommunalpolitischen Entscheidungen kommen, etwa wenn die Gemeinde gewollt öffentliche Unternehmungen zugunsten privatwirtschaftlicher Mittelstandsförderung zurückgestellt hat. In solchen Konfliktsituationen muss der Gemeinde aus der politisch-demokratischen Funktion der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG ein Abwehrrecht zustehen.

Sollte die übergreifende kommunalwirtschaftliche Betätigung faktisch einem Aufgabenzug im Gebiet der Zielgemeinde gleichkommen, so ist fraglich, ob dies überhaupt zulässig wäre. Die in der Literatur in Betracht gezogene Analogie zum Aufgabenzug durch den Gesetzgeber begegnet Zweifeln, geht es doch dem Gesetzgeber um eine gemeindeübergreifende Regelung zum Wohl der Landeseinwohner, dagegen dem expandierenden Unternehmen – für den Fall einer mangelnden interkommunalen Vereinbarung – um eine offensive Ausweitung kommunalunternehmerischer Aktivitäten vor allem im Eigeninteresse des Kommunalunternehmens bzw. der dahinter stehenden Kommune.

In der Literatur wird für diesen Fall über die Verteilung von Beweislasten vertreten, die betroffene Zielgemeinde müsse den faktischen Aufgabenzug nachweisen, die expandierende Kommune dagegen darlegen, dass ein Belassen der Aufgabenerledigung bei der Zielgemeinde zu einem „unverhältnismäßigen Kostenanstieg“ führen würde (Kühling 2001: 179 f.). Abgesehen davon, dass diese Beweislastverteilung – vor allem hinsichtlich des Kostenanstiegs – in der Praxis schwer vorstellbar und belegbar ist, wird allerdings konzidiert, eine quasi ausfallende politisch-demokratische Mitwirkung der Bürgerschaft in der Zielgemeinde müsse im Ergebnis zur Unzulässigkeit des Übergriﬀs führen (Kühling: a.a.O.).

Überzeugender ist es indes, für den Fall des faktischen Aufgabenzugs generell von der Unzulässigkeit der übergreifenden Gemeindewirtschaft auszugehen. Denn zum einen wird man regelmäßig auch von einer massiven Schwächung der demokratisch-politischen Funktion der bürgerlichen Teilhabe ausgehen müssen, wenn das eigene kommunale Unternehmen samt der in ihm verfassten Steuerungsmöglichkeiten der Kommune von der Aufgabenerfüllung verdrängt wird. Und zum anderen entspricht die komplette Umgehung

der politisch verantwortlichen Entscheidungsinstanzen in der Kommune, nämlich der Gemeinderäte, ganz und gar nicht dem Grundmodell der verfassungsrechtlich zugewiesenen Aufgabenerfüllung und Aufgabenabgrenzung.

Will der Landesgesetzgeber ein Modell stärkeren (kommunal)wirtschaftlichen Wettbewerbs auf dem Gebiet der kommunalen Daseinsvorsorge etablieren, so muss er hierfür – unter sorgfältiger Prüfung der verfassungsrechtlichen Determinanten aus Art. 28 II GG – die gesetzlichen Rahmenbedingungen setzen. Es kann jedenfalls nicht Aufgabe kommunaler Unternehmen sein, interkommunalen Wettbewerb zu initiieren, ohne dass die für die Belange des Wohls der Einwohner legitimierte Entscheidungsträger in den Kommunen entscheidenden Einfluss nehmen können.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass es für die Praxis vor allem geeignete Abstimmungsmöglichkeiten und -verfahren zwischen den jeweiligen Kommunen sind, die zu tauglichen und auch rechtssicheren Lösungsansätzen bei der Problematik der ortsübergreifenden Gemeindegewirtschaft führen können. Mit den hierfür vorhandenen gesetzlichen Regelungen und weiteren praktischen Fallgestaltungen der interkommunal abgestimmten Gemeindegewirtschaft beschäftigt sich das folgende Kapitel.

4. Interkommunal abgestimmte überörtliche wirtschaftliche Betätigung

Aus der Analyse der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die gebietsübergreifende Kommunalwirtschaft wird deutlich, dass der Schutzfunktion des Art. 28 II GG zugunsten der von dem Gebietsübergreifenden betroffenen Gemeinde maßgebliche Bedeutung für die Zulässigkeit der kommunalwirtschaftlichen Expansion zukommt. Wie oben unter 3. ausgeführt, braucht die betroffene Gemeinde nach herrschender Ansicht einen Gebietsübergreifenden, der mit einschneidenden Auswirkungen auf ihre autonome Aufgabenerfüllung im Gemeindegebiet über eine nur „ausstrahlende“ Wirkung hinausgeht, nicht zu dulden. Dagegen kann eine ortsübergreifende wirtschaftliche Betätigung, die im Einklang mit den Interessen der Zielgemeinde vorgenommen wird, zulässig sein. Entscheidend kommt es somit auf Fragen der interkommunalen Abstimmung an. In diesem Punkt hat der Landesgesetzgeber in diversen Bundesländern mittlerweile Regelungen erlassen (hierzu 4.1), die allerdings in Teilen der Konkretisierung durch praktische Verfahrensweisen bedürfen (hierzu 4.2).

4.1 Gesetzliche Regelungen über die ortsübergreifende wirtschaftliche Betätigung

In Bayern, Thüringen, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt hat sich die Auffassung, dass eine gemeindeübergreifende wirtschaftliche Betätigung aus verfassungsrechtlichen Gründen per se nicht unzulässig sein muss, in konkreten Regelungen niedergeschlagen. So schreiben beispielsweise Art. 89 IV BayGO und § 71 IV ThürKO eine Genehmigungspflicht für wirtschaftliche Unternehmen vor, deren Betätigung nicht auf das Gemeindegebiet beschränkt bleibt. Hierbei prüft die zuständige Kommunalaufsichtsbehörde, ob die ört-

liche Verwurzelung des öffentlichen Unternehmenszwecks bejaht werden kann und ob die Interessen der betroffenen Gemeinde gewahrt sind.

Aus dem Gedanken eines interkommunalen Rücksichtnahmegebots heraus erklärt sich eine weitere Vorschrift, die mit der Novellierung des Bayerischen Kommunalrechts Ende der 90er-Jahre in die GO Eingang gefunden hat: Nach Art. 87 II Satz 1 BayGO darf die Gemeinde außerhalb ihres Gemeindegebietes nur tätig werden, wenn die allgemeinen Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung gegeben sind und *die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften* gewahrt sind. Diese bayerische Regelung ist Vorläufer für diverse gleich lautende Regelungen einiger in den letzten Jahren novellierter Gemeindeordnungen anderer Länder. So ist die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets etwa auch in Nordrhein-Westfalen nach § 107 III GO NRW – ohne Genehmigungspflicht – oder auch im Land Sachsen-Anhalt gem. 116 III GO LSA nur zulässig, wenn die allgemeine „Schrankentrias“ erfüllt ist und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaft gewahrt sind. Die GO NRW erwähnt allerdings nur die wirtschaftliche, nicht aber die nicht wirtschaftliche Betätigung. Somit fragt sich, ob auch letztere gebietsüberschreitend zulässig ist. Dies hat das OLG Düsseldorf in einer vergaberechtlichen Entscheidung auf dem nicht wirtschaftlichen Gebiet der Abfallentsorgung bejaht: Wenn schon die wirtschaftliche Betätigung gebietsübergreifend zulässig sei, so müsse dies erst recht – Argument „a maiore ad minus“ – für die nicht wirtschaftliche Betätigung gelten (OLG Düsseldorf: NZBau 2000, 155, 157; kritisch zu dieser Auslegung und eine Analogie für die nicht wirtschaftliche Betätigung ablehnend Dietlein 2003: 143). Der Gesetzeswortlaut, der ausdrücklich nur die wirtschaftliche Betätigung nennt, lässt allerdings im Rückschluss auch die gegenteilige Interpretation zu.

In Sachsen-Anhalt stellt sich diese Frage nicht: Die GO und so auch § 116 III GO LSA nehmen keine Differenzierung mehr zwischen wirtschaftlicher und nicht wirtschaftlicher Betätigung mehr vor, was angesichts der zum Teil eher praxisfremd anmutenden gesetzestechnischen Qualifizierung von nicht wirtschaftlichen Tätigkeiten – etwa im Umweltschutz, wo lebhafter Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten und Unternehmen herrscht – durchaus nachvollziehbar ist.

Auf die Frage, welche Interessen als berechtigte Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaft gelten können, geben die Gesetzesmaterialien am Beispiel der GO NRW die Antwort, dass grundsätzlich die eigene wirtschaftliche Betätigung der betroffenen Gemeinde ein solches Interesse sein kann (LT-Drs. NRW 12/3730: 108; vgl. auch Ehlers 2000: 5). Darüber hinaus nehmen die landesrechtlichen Regelungen in NRW, Sachsen-Anhalt und Thüringen gesetzliche Konkretisierungen vor: So beschränken § 107 III 2 GO NRW und § 71 IV ThürKO die betroffene Gemeinde im Bereich der Strom- und Gasversorgung darauf, nur solche Interessen entgegenzuhalten, die nach den Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) Wettbewerbsbeschränkungen zulassen. Ein solcher Fall wäre etwa nach § 6 I 2 i.V.m. Abs. 3 EnWG gegeben, wenn die Gefahr bestünde, dass Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung oder zur Erzeugung erneuerbarer Energien verdrängt werden. Noch weitergehend, weil allgemeiner formuliert, ist die Regelung des § 116 III GemO LSA, wonach bei allen im Wettbewerb wahrgenommenen Aufgaben nur

die Interessen als berechtigt angesehen werden, die nach einschlägigen bundesgesetzlichen Vorschriften eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen. Die Beschränkung des § 107 III 2 GO NRW auf Einwände, die auch privaten Konkurrenten entgegengesetzt werden können, wird zum Teil mangels erkennbarem wichtigen Gemeinwohlbelang für die einschränkende Regelung mit dem Selbstverwaltungsrecht der betroffenen Gemeinde für nicht vereinbar und die Vorschrift daher insoweit für verfassungswidrig gehalten (Schink 2002: 136 f.). Des Weiteren wird zumindest eine verfassungskonform-reduzierende Interpretation gefordert, die darauf hinausläuft, dass der Geltungsbereich der genannten gemeindewirtschaftlichen Regelungen sich nur auf den grenzüberschreitenden Wettbewerb nach vorrangigem EU-Recht erstreckt. Außerhalb dieses Geltungsbereichs müssten weiterhin die verfassungsrechtlichen Abwägungskriterien, die das Bundesverfassungsgericht zu Art. 28 II GG entwickelt habe, berücksichtigt werden (Gern 2002: 2596 f.). Schließlich wird am Beispiel der Regelung des § 116 III GO LSA darauf verwiesen, dass den Gemeinden aufgrund der weiten Formulierung in nahezu allen wettbewerbsgeprägten Wirtschaftsbereichen der Daseinsvorsorge Abwehrrechte genommen würden. Dies sei jedoch mit dem Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde aus Art. 28 II GG nur zu vereinbaren, wenn die interkommunale Kooperation als vorzugswürdiges milderes Mittel greife und im Übrigen kommunalpolitische Gestaltungsoptionen – bis hin zur bewussten wirtschaftlichen Nichtbetätigung im Gemeindegebiet – respektiert würden (Becker 2000: 1038 f.).

Zutreffenderweise wird man also in Zweifelsfragen auf Art. 28 II GG rekurrieren müssen: Hierbei ist auf die Intensität des Übergriffs auf das Gemeindegebiet und auf die Auswirkungen auf die Aufgabenerfüllung in der Zielgemeinde abzustellen. Für die Regelfälle der Betroffenheit außerhalb des Kernbereichs kommunaler Selbstverwaltung ist hiernach Ausschlag gebend, ob ein Übergriff, der nicht schon faktisch zum Aufgabenentzug führt (nach hier vertretener Auffassung ist ein faktischer Aufgabenentzug durch gebietsüberschreitende Gemeindewirtschaft generell unzulässig, s.o. 3.3), durch tragfähige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden kann, bewusst getroffene kommunalpolitische Entscheidungen nicht konterkariert und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt, das heißt, der kommunalwirtschaftliche Übergriff auf das fremde Gebiet zur Erfüllung des eigenen ortsbezogenen öffentlichen Zwecks des Unternehmens „geeignet, erforderlich und angemessen ist“ (s.o. 3.3).

Unter Beachtung der Gestaltungsmöglichkeiten der Kommunen wären indes konkretere Verfahrensregelungen des Landesgesetzgebers im Interesse der Rechtssicherheit sinnvoll. Zu denken wäre etwa an Regelungen über eine Information der betroffenen Kommune vor Aufnahme der Betätigung (zu den denkbaren Fall-Varianten nachfolgend 4.2). Um taktische Verzögerungen zu vermeiden, wären auch Präklusionsfristen denkbar. Was etwaige Folgen unterbliebener Abstimmungsverfahren angeht, so wird der Gesetzgeber nicht alle denkbaren verschiedenen Konstellationen umfassend regeln können. Hier wird es im Streitfall wohl der Rechtsprechung überlassen sein, Leitlinien zu entwickeln.

Der Landesgesetzgeber hat im Übrigen zu beachten, dass das kommunale Wirtschaftsrecht vom Gesellschafts-, Wettbewerbs- und Kartell(vergabe)recht des Bundes überlagert wird. Besondere Vorschriften für die Betätigung kommunaler Unternehmen müssen sich

mit den bundesrechtlichen Bestimmungen vertragen und dürfen nicht zu Besserstellungen oder Diskriminierungen Dritter auf dem Markt führen.

4.2 Interkommunal abgestimmte Gemeindewirtschaft

Aus der Notwendigkeit einer beidseitigen kommunalen Perspektive heraus ist eine ortsübergreifende wirtschaftliche Betätigung zulässig, wenn

- auf der Seite der agierenden Kommune die Betätigung in der örtlichen Gemeinschaft wurzelt bzw. nach wie vor einen spezifischen Bezug zu ihr besitzt,
- auf der Seite der betroffenen Kommune das Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 II GG nicht verletzt wird.

Verfahrensrechtliche Positionen der betroffenen Gemeinde

Damit die betroffene Gemeinde durch die sich auf ihr Gebiet auswirkende Betätigung nicht in ihren berechtigten, auf das Selbstverwaltungsrecht zurückgehenden Interessen verletzt wird, muss die agierende Kommune ihre wirtschaftliche Betätigung mit der betroffenen Gemeinde abstimmen oder rückkoppeln. Welche tatsächlichen Schritte für diese Abstimmung gegangen werden müssen, um die berechtigten Interessen der betroffenen Kommunen zu wahren, ist allerdings bisher nicht näher erörtert worden. Hierbei stellt sich eine Reihe praktischer Fragen: Welche konkreten Anforderungen bestehen für die Wahrung der berechtigten Interessen? Welche verfahrensmäßigen Anforderungen sind an die Interessenwahrung zu stellen? Genügt eine Vorab-Anzeige oder muss im Vorhinein ein Benehmen mit der Nachbargemeinde hergestellt werden? Ist vor Ergreifen der wirtschaftlichen Betätigung eine Stellungnahme der betroffenen Gemeinde abzuwarten? Und falls ja, wieviel Zeit muss der betroffenen Gemeinde zur Stellungnahme eingeräumt werden? Ist die Aufnahme gemeindeübergreifender kommunalwirtschaftlicher Betätigungen bis zur Erteilung der Zustimmung der betroffenen Gemeinde „schwebend unzulässig“ bzw. endgültig unzulässig bei berechtigter Verweigerung einer Genehmigung? Und schließlich: Kann eine gemeindeübergreifende Betätigung notfalls auch gerichtlich erzwungen werden?

Was den Zeitpunkt einer Informierung der betroffenen Gemeinde angeht, so fragt sich, ob diese vor oder erst nach Aufnahme der Betätigung erfolgen muss. Aus Sicht der betroffenen Gemeinde spricht Art. 28 II GG für eine Vorabinformation, da andernfalls eine hinreichende Gelegenheit zur Stellungnahme für die betroffene Gemeinde nicht bestünde, die Auswirkungen auf die eigene kommunale Aufgabenerfüllung nicht abschätzbar wären und vollendete Tatsachen geschaffen würden. Eine Vorabinformation entspräche auch dem Gebot der interkommunalen Rücksichtnahme (hierzu auch Moraing 1998c: 228; ders. 1998b: 525 f.; Cronauge 1998: 134; Lux 2000: 10, hält allgemeiner formuliert eine Zustimmung der betroffenen Gemeinde für erforderlich.). Von diesen Erwägungen hat sich offenbar auch das Land Sachsen-Anhalt bei der Regelung der gebietsüberschreitenden Kommunalwirtschaft leiten lassen: Gem. § 116 III 3 GO LSA ist die betroffene Gemeinde so rechtzeitig vor der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit zu hören, dass sie ihre berechtigten Interessen geltend machen kann.

Allerdings fragt sich, ob die betroffene Kommune lediglich angehört werden muss oder ob sie ihr Einvernehmen zu der beabsichtigten, auf ihr Gebiet übergreifenden Betätigung geben muss. Schwierig zu beurteilen sind auch die Folgen einer nicht erfolgten Anhörung oder eines verweigerten Einvernehmens. Im ersten Fall hätte die betroffene Kommune ein verfahrensmäßiges Recht, ihre Stellungnahme abzugeben. Sinn machte ein solches Anhörungsrecht nur, wenn zum Zeitpunkt der Anhörung nicht schon vollendete Tatsachen geschaffen wurden und die Anhörung damit nur noch rein formal stattfände. Nach der Natur eines Einvernehmens dürfte die Betätigung nicht aufgenommen werden, wenn die betroffene Gemeinde sich der Betätigung widersetzt.

Denkbar sind die folgenden Fallvarianten:

Übersicht 1: Fallvarianten ortsübergreifender wirtschaftlicher Betätigung und Fragen der interkommunalen Abstimmung

1. Die Kommunen vereinbaren eine kooperative Aufgabenerfüllung.
⇒ Unproblematischer Fall, da Konflikte mit dem Selbstverwaltungsrecht nicht entstehen.
 2. Die agierende Kommune hört die betroffene Kommune *vor* Aufnahme der Betätigung an, die betroffene Kommune stimmt (gegebenenfalls unter Auflagen) zu.
⇒ Unproblematischer Fall, da die frühzeitige Anhörung zu einem verfahrensbedingten Konsens führte.
 3. Die agierende Kommune hört die betroffene Kommune *vor* Aufnahme der Betätigung an, die betroffene Kommune stimmt nicht zu.
⇒ *Frage*: Konsequenz einer fehlenden Zustimmung bei frühzeitig und korrekt durchgeführter Anhörung? Berechtigung zur Aufnahme der Betätigung?
 4. Die agierende Kommune hört die betroffene Kommune *gar nicht* oder erst *nach* Aufnahme der Betätigung an (informiert evtl. erst nach Aufnahme der Betätigung oder *gar nicht*), die betroffene Kommune stimmt nicht zu.
⇒ *Frage*: Konsequenz einer fehlenden Zustimmung bei nicht oder zu spät erfolgter Anhörung? Berechtigung zur Aufnahme der Betätigung?
 5. Die agierende Kommune hört die betroffene Kommune *nicht vor* Aufnahme der Betätigung an (informiert evtl. erst nach Aufnahme der Betätigung oder *gar nicht*), die betroffene Kommune stimmt aber trotzdem zu.
⇒ *Frage*: Auswirkung einer Zustimmung trotz nicht oder zu spät erfolgter Anhörung? „Heilung“ des Verfahrensfehlers?
-

Die Fallvarianten veranschaulichen die Bandbreite von praktisch relevanten Fragestellungen, die je nachdem, ob man lediglich eine Anhörung oder sogar ein Einvernehmen der betroffenen Gemeinde verlangt, zu unterschiedlichen Konsequenzen führen können. Bei dieser Thematik sind allerdings noch viele Fragen offen. Auch in der Rechtsprechung sind derartige mögliche Varianten ortsübergreifender wirtschaftlicher Betätigung soweit ersicht-

lich noch nicht entschieden worden. Lediglich für die kommunale Planungshoheit haben die Verwaltungsgerichte das Gebot der interkommunalen Abstimmung entwickelt. Hiernach haben Gemeinden ein Klagerecht aus Art. 28 II GG, wenn sie durch Entscheidungen einer benachbarten Gemeinde so nachhaltig und gewichtig betroffen werden, dass eigene Konzepte geändert oder Leitentscheidungen angepasst werden müssten (BVerwGE: 40, 323, 329 f.; BVerwG: DVBl. 1990, 427, 429; BVerwG: NVwZ 1994, 285, 288; OVG Koblenz: NVwZ 1989, 983 f.; OVG Koblenz: DÖV 1993, 209 f.). Diese Rechtsprechung lässt sich allerdings wegen der grundsätzlichen Unterschiede zwischen gemeindlicher Planung und Gemeindegewirtschaft nicht ohne Weiteres auf die Situation ortsübergreifender und gegebenenfalls konkurrierender wirtschaftlicher Betätigungen der Kommunen übertragen. Aus der Sicht des Selbstverwaltungsrechts einer auch in Wirtschaftsfragen strategisch planenden Kommune lassen sich allerdings durchaus Parallelen ziehen.

Für die Beantwortung der in Übersicht 1 in den Fallvarianten 3 bis 5 offen gelassenen Fragen sind folgende Aspekte zu beachten:

Geht es um die Betroffenheit der Kommune als politisch verantwortliche Körperschaft, so ist Maßstab für die Zulässigkeit gebietsüberschreitender Kommunalwirtschaft die Reichweite des kommunalen Selbstverwaltungsrechts aus Art. 28 II GG. Hiernach ist eine reine Informierung der betroffenen Gemeinde nicht ausreichend. Erforderlich ist in jedem Fall eine substantielle Anhörung der betroffenen Gemeinde, die es ermöglicht, ihre berechtigten Interessen so einzubringen, dass die wirtschaftlich expandierende Gemeinde eine sorgsame Interessenabwägung überhaupt vornehmen kann.

Dies bedeutet aus einer verfahrensrechtlichen Perspektive, dass eine nicht erfolgte Anhörung oder eine erst nach Aufnahme der Tätigkeit vorgenommene Informierung der Gemeinde – Fallvariante 4 – zunächst zu einer „schwebenden Unzulässigkeit“ der gebietsübergreifenden wirtschaftlichen Betätigung führt. Die Anhörung der Gemeinde muss vor dem Hintergrund der Zuständigkeit der betroffenen Gemeinde für ihre Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft aus Art. 28 II GG substantiell nachgeholt werden. Stimmt sie der Betätigung zu, so ist diese auf dem Gebiet der zustimmenden Gemeinde zulässig. Verweigert sie ihre Zustimmung, so stellt sich die Frage nach der Berechtigung der Verweigerung. Hierbei ist entscheidend, ob der betroffenen Gemeinde ein Abwehrensanspruch aus Art. 28 II GG zusteht (hierzu sogleich). Ist dies der Fall, so ist der gemeindegewirtschaftliche Übergreifend endgültig unzulässig.

Für den Fall, dass die betroffene Kommune trotz nicht oder zu spät erfolgter Anhörung der auf ihr Gebiet bezogenen wirtschaftlichen Betätigung der anderen Gemeinde im Nachhinein zustimmt – Fallvariante 5 –, wird man davon ausgehen können, dass der Verfahrensfehler der übergreifenden Gemeinde geheilt wird. Denn Konflikte sind aus dem Selbstverwaltungsrecht der betroffenen Gemeinde heraus bei nachträglicher Zustimmung nicht ersichtlich.

Materielle Abwehransprüche der betroffenen Gemeinde gegen übergreifende Gemeindegewirtschaft aus Art. 28 II GG

Grundsätzlich kann eine Betätigung der Nachbargemeinde nach erfolgter Anhörung, aber ohne Zustimmung der betroffenen Gemeinde – Fallvariante 3 in Übersicht 1 – nur dann vor Art. 28 II GG Bestand haben, wenn nachteilige Auswirkungen auf das Gemeindegebiet schlechterdings nicht ersichtlich sind und die Verweigerung der Betätigung dadurch als missbräuchlich erscheint. Im Zweifelsfall hat die betroffene Gemeinde den Schutz des Art. 28 II GG auf ihrer Seite, denn die Selbstverwaltungsgarantie gewährt grundsätzlich die Allzuständigkeit der Gebietsgemeinde, unter Umständen auch Abwehrrechte der auf ihrem Gebiet planenden „betroffenen“ Gemeinde, nicht aber einen Anspruch der „agierenden“ Gemeinde, sich überörtlich wirtschaftlich betätigen zu können. Die Beweislast für die Zulässigkeit des gemeindegewirtschaftlichen Übergriffs liegt daher im Zweifel bei der expandierenden Gemeinde.

Schwieriger wird es bei der Frage, ob sich auch das kommunale Unternehmen, das mit einer übergreifenden Betätigung eines anderen, vielleicht sogar konkurrierenden Unternehmens der Nachbargemeinde konfrontiert wird, materiellrechtlich auf einen Abwehr- oder Unterlassungsanspruch aus Art. 28 II GG und damit auf einen „Gebietsschutz“ berufen kann. In diesem Zusammenhang ist auch fraglich, vor welchem Gericht ein solcher Anspruch geltend zu machen wäre. Grundsätzlich fällt die wirtschaftliche Betätigung ebenso wie die kommunale Planungshoheit in den Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG (s.o. 3.1). Man kann daran zweifeln, ob dies auch gilt, wenn ein kommunales Unternehmen offensichtlich keine hoheitlichen Befugnisse ausübt, sondern sich im Wettbewerb mit anderen – öffentlichen wie privaten – Unternehmen um die Aufgabenerfüllung in der Zielgemeinde befindet. Hier könnte man argumentieren, es handele sich bei der Tätigkeit eines kommunalen Unternehmens im Wettbewerb um wettbewerbsrechtlich relevantes Verhalten und nicht um die Ausübung hoheitlicher Befugnisse. Als Bezugspunkt erschiene somit auf den ersten Blick weniger die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG als vielmehr das Wettbewerbs- oder Kartellrecht einschlägig, mit dem sich aber „gebietsverteidigende Ansprüche“ bestimmter Unternehmen schlecht vertragen. Demgegenüber darf nicht verkannt werden, dass die Frage nach der Zulässigkeit der gebietsübergreifenden Gemeindegewirtschaft dem Grunde nach eine Frage nach dem „ob“ der wirtschaftlichen Betätigung ist. Insofern ist also das öffentliche Recht, konkret das Gemeindegewirtschaftsrecht, einschlägig. Was die Frage nach der Verortung eines Abwehranspruchs gegen das „ob“ einer gebietsübergreifenden Gemeindegewirtschaft anbetrifft, so ist demnach die Schutzposition des Art. 28 II GG einschlägig und nicht das Wettbewerbsrecht. Rechtsträger dieses Abwehranspruchs wäre auch die betroffene Kommune als Körperschaft und nicht das kommunale Unternehmen, das in der Gemeinde die Aufgabe ausführt. Der Rechtsweg führte mithin vor das Verwaltungsgericht und nicht vor das Zivilgericht. Dieses wäre nach der jüngeren Rechtsprechung des BGH nur zuständig, wenn sich der Rechtsstreit gegen das „wie“ der kommunalwirtschaftlichen Betätigung im Wettbewerb richtete (BGH: NVwZ 2002, 1141 ff. – Elektroinstallationen durch Stadtwerke; bestätigt durch BGH: DVBl. 2003, 267 ff. – Kommunale Altauverwertung). Eine solche Konstellation wäre wettbewerbs-/kartell-/vergaberechtlich unter konkurrierenden kommunalen Unternehmen denkbar, etwa wenn eine Gemeinde eine Leistung ausschreibt, dar-

auffin zwei benachbarte kommunale Unternehmen in Wettbewerb treten und sich dabei unter Umständen wettbewerbswidrig verhalten.

Abwehransprüche der Kommune aus Art. 28 II GG gegen eine auf ihr Gebiet zugreifende gemeindewirtschaftliche Betätigung können bestehen, wenn – je nach Qualifizierung und Intensität des Übergriffs – die Betätigung nach den oben unter 3.3 genannten Kriterien anhand von Art. 28 II GG als gemeindlichem Abwehrrecht nicht gerechtfertigt werden kann. Eine weitere Differenzierung lässt sich hierbei nach der Art der kommunalen Aufgabe machen, die vom kommunalwirtschaftlichen Übergriff beeinträchtigt wird. Zum einen kann es sich um Fälle handeln, in denen die Kommune in der Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichtaufgaben gefährdet ist, etwa im Bereich der Abfallentsorgung dann, wenn durch Dumpingpreise Abfälle aus dem Gemeindegebiet in billige Entsorgungsanlagen niedrigeren Standards gelenkt werden. Hierdurch kann im Extremfall eine gebietsübergreifende Betätigung einer anderen Kommune mit der Erfüllung der Pflichtaufgaben der ordnungsgemäßen und umweltgerechten Entsorgung so kollidieren, dass ein Abwehranspruch aus dem Gesichtspunkt der Daseinsvorsorge aus Art. 28 II GG gerechtfertigt erscheint. Handelt es sich dagegen um eine nur freiwillige Aufgabe der Kommune, die eventuell wie etwa die Energieversorgung schon dem Wettbewerb geöffnet wurde, so erscheint die Kommune weniger schutzwürdig. Da es sich hier um keine gesetzliche Pflichtaufgabe und vornehmlich um einen wettbewerbsgeprägten Bereich der Daseinsvorsorge handelt, sind Abwehransprüche aus Art. 28 II GG regelmäßig nicht zu bejahen. Im Einzelfall kann wegen besonderer Umstände in der Art und Weise der Erbringung der kommunalen Leistung vor Ort (z.B. vorhandene Infrastruktur, noch nicht refinanzierte Investitionen, kommunalpolitische Vorgaben für bestimmte umweltverträgliche Ver- und Entsorgungsverfahren) ein abgestufter Rechtsschutz im Sinne eines „interkommunalen Rücksichtnahmegebots“ geboten sein. Dies kann aus der abwehrrechtlichen Perspektive des Art. 28 II GG über die Aspekte hinausgehen, die zum Teil in den Regelungen über die gebietsüberschreitende Kommunalwirtschaft in den GO NRW und LSA genannt sind (vgl. 4.1).

Indes sind gemeindliche Konflikte, die ohne jegliche interkommunale Abstimmungen gerichtliche Streitigkeiten zwischen Kommunen und ihren Unternehmen heraufbeschwören, wohl eher selten zu erwarten. Gewichtiger wird sein, einen qualitativen Abgleich der gebietsübergreifenden wirtschaftlichen Betätigung mit den in der betroffenen Gemeinde vorhandenen Standards und politischen Zielvorstellungen im jeweiligen Aufgabengebiet vorzunehmen. Hier sind in erster Linie die Landesgesetzgeber aufgerufen, durch entsprechende Verfahrensregelungen Rechtssicherheit zu schaffen. Die ersten Schritte, die wie oben unter 4.1 dargestellt in diese Richtung gegangen worden sind, bedürften allerdings noch einer näheren Ausgestaltung. Dies muss und sollte vielleicht auch nicht im Detail auf Gesetzesebene geschehen. Denkbar wäre auch eine Klarstellung durch normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften der obersten Kommunalaufsichten, also der Innenministerien, wobei ein konzertiertes Vorgehen der Innenministerkonferenz sicherlich vorteilhaft wäre.

5. Betätigung im Ausland und Beteiligung an ausländischen Unternehmen

In jüngster Zeit sind auch die Betätigung im Ausland und die Beteiligung der Kommunen an ausländischen Unternehmen in die Diskussion gekommen (Ehlers 1998: 504; vgl. auch Antwort der Landesregierung NW zur wirtschaftlichen Betätigung der Stadt Köln im Ausland, in: Eildienst Landkreistag NW 1998, Nr. 17, 397 ff.). Auf den ersten Blick scheint diese Erweiterung der Gemeindegewirtschaft vor allem mit dem Örtlichkeitsgrundsatz zu kollidieren. Nach zutreffendem, weniger räumlichem denn materiellem Verständnis des Örtlichkeitsgrundsatzes (s.o. 2.1) steht indes die inhaltliche Ausrichtung der Betätigung an den Interessen der Einwohnerschaft im Vordergrund. Hiernach scheint die denkbare Argumentation der jeweiligen Kommune, die Gewinne ihrer Auslandsbetätigung oder -beteiligung würden letztendlich den Interessen und den Bedürfnissen ihrer Einwohnerschaft zugute kommen, nicht ohne Weiteres zu widerlegen sein. Allerdings verbleiben erhebliche Zweifel, denn der spezifische Bezug zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wäre nicht mehr unmittelbar durch die Leistung des Unternehmens, sondern allenfalls noch *mittelbar* gegeben.

In diesem Zusammenhang wird deutlich, dass ausländische Unternehmungen erkennbar auch ein Problem der öffentlichen Zweckbindung darstellen und damit ähnliche Grenzlinien wie in der Diskussion um die „Neuen Geschäftsfelder“ zu ziehen sind. Ausgangspunkt ist nach wie vor die in Rechtsprechung, Kommunalaufsichten und der ganz überwiegenden Literatur vorherrschende Meinung, dass die reine Gewinnerzielung als Hauptzweck keinen öffentlichen Zweck darstellt. Angesichts dessen wären die Kommunen schlecht beraten, sich an (ausländischen) Unternehmen vornehmlich zu dem Zweck zu beteiligen, die Bilanz zu verbessern. Selbst wenn solche, unter Umständen mit schwer einzuschätzenden Risiken verbundenen Unternehmungen erfolgreich vorgenommen würden, bliebe es bei einer *nur mittelbaren* Förderung des öffentlichen Zwecks. Dies ist mit der geltenden Rechtslage nach der derzeit herrschenden Auffassung nicht zu vereinbaren (zum Erfordernis eines unmittelbaren ortsbezogenen Nutzens der Gemeindegewirtschaft für die Gemeindeeinwohner vgl. Ehlers 2000: 5 f.; Lux 2000: 9 f., jeweils m.w.N.). Es ist kurzfristig wohl auch nicht damit zu rechnen, dass die Kommunalaufsichten und die Rechtsprechung von dem Erfordernis einer *unmittelbaren* Zweckerfüllung abrücken werden.

Allerdings zeichnet sich auf der Ebene der Landesgesetzgebung eine neue Entwicklung ab. So hat die Novellierung der GO NRW in § 107 Abs. 4 mit einem Tabu gebrochen: Nunmehr kann eine – genehmigte – wirtschaftliche oder nicht wirtschaftliche Betätigung nach § 107 II Nr. 4 GO NRW auf ausländischen Märkten aufgenommen werden. Unter die nicht wirtschaftliche Betätigung gemäß § 107 II Nr. 4 GO NRW fallen insbesondere die Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung. Abgesehen davon, dass man sich eine „nicht wirtschaftliche Tätigkeit“ auf „ausländischen Märkten“ nur schwer vorstellen kann, dürfte diese Regelung in der Konsequenz die mit guten Gründen herrschend vertretene Rückkopplung des öffentlichen Zwecks an die Bedürfnisse der örtlichen Gemeinschaft vollständig unterlaufen. Soweit ersichtlich ist bislang nur das Land Sachsen-Anhalt dem nordrhein-westfälischen Beispiel gefolgt, allerdings mit dem Unterschied, dass zwischen wirtschaftlicher und nicht wirtschaftlicher Betätigung nicht mehr unterschieden wird und die

§ 116 IV GO LSA generell die wirtschaftliche Betätigung im Ausland unter Genehmigungsvorbehalt stellt. Die Thüringische Kommunalordnung fordert in § 71 IV ThürKO nur allgemein eine Genehmigung der wirtschaftlichen Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets, ohne das Ausland zu erwähnen.

Diese Regelungen sind ein Quantensprung für die einen, ein Tabubruch oder Sündenfall für die anderen. Wie dem auch sei, eines ist jedenfalls zu konstatieren: Grundsätzliche Wertungswidersprüche zum Verständnis des öffentlichen Zwecks in Rechtsprechung, Literatur und Kommunalaufsichten sind nicht zu leugnen. Denn wie eine wirtschaftliche Betätigung im Ausland einen unmittelbaren Bezug zu den örtlichen Bedürfnissen haben soll – im Sinne eines legitimierenden Verbindungsbandes zwischen Kommunalwirtschaft und Gemeindewohl an sich –, wird regelmäßig schwer zu begründen sein. Im Ergebnis dürfte hiermit das Erfordernis eines örtlichen Bezugs und des unmittelbaren Nutzens für die Gemeindebürger jedenfalls für die kommunalwirtschaftliche Betätigung im Ausland vom Tisch sein. Insofern liegt ein vom Gesetzgeber selbst konstruierter Systembruch vor.

6. Bezüge zwischen Örtlichkeitsprinzip und Beihilferecht

Die gebietsüberschreitende Kommunalwirtschaft kann nicht nur eine kommunalwirtschafts-, verfassungs- und – wie in den oben unter 2.2 zitierten Entscheidungen deutlich wird – vergaberechtliche Seite haben. Relevant können auch die wettbewerbsrechtlichen Regelungen der EU über die Beihilfen im EU-Binnenmarkt gem. der Art. 87 ff. EGV werden (hierzu aus Sicht der Kommunalaufsicht Darsow 2002: 1 ff.). Art 87 Abs. 1 EGV schreibt vor, dass Beihilfen aus staatlichen Mitteln, die durch Begünstigung von Unternehmen oder Produktionszweigen den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit der Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigt wird, mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar sind.

Die kommunalwirtschaftliche Relevanz erklärt sich hierbei zunächst vor allem aus drei Gründen: Erstens sind nach h.M. auch kommunale Mittel „staatliche“ Mittel im Sinne der genannten Vorschrift, zweitens gelten die Beihilferegulungen nicht nur für private, sondern auch für öffentliche Unternehmen, und drittens reicht beim Merkmal „Verfälschung des Wettbewerbs oder Beeinträchtigung des Marktes“ die Möglichkeit der Verfälschung bzw. der Beeinträchtigung aus (näher Koenig/Kühling 2000: 1067 ff.). Allerdings müssen alle Voraussetzungen gegeben sein, um den Tatbestand einer Beihilfe erfüllen zu können. Die räumliche Ausdehnung der kommunalwirtschaftlichen Betätigung über den Örtlichkeitsgrundsatz hinaus kann insbesondere beim Merkmal „Verfälschung des Wettbewerbs oder Beeinträchtigung des Marktes“ eine Rolle spielen. Eine Verfälschung dürfte nach Auffassung der EU-Kommission regelmäßig dann nicht vorliegen, wenn sich die Dienstleistung auf ein räumlich begrenztes Gebiet ausrichtet, sie also nur für einen örtlichen Markt relevant ist (so entschied die Kommission bei Leistungen der Daseinsvorsorge am Beispiel des Freibades Dorsten, das jährlich zwei Mio. DM städtische Zuschüsse erhielt, näher Darsow 2002: 2 f.). Dies bedeutet aber, dass kommunalwirtschaftliche Betätigungen, die im gebiets- oder sogar grenzüberschreitenden Wettbewerb im europäischen Binnenmarkt erfolgen, ortsbezogene oder regional-räumliche Dimensionen geringeren Ausmaßes

sprengen und damit als grenzüberschreitende Dienstleistungen beihilfesensible Betätigungen darstellen können, wenn sie unterstützende Transferleistungen der öffentlichen Hand erhalten.

Finanzielle Zuwendungen allein zur Deckung der Kosten, die einem Unternehmen durch die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Pflichten entstehen und mithin keine Subventionierung des wirtschaftlichen Betätigungsgebiets bewirken, fallen allerdings nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) nicht unter den Beihilfebegriff. Bestimmte Kompensationen für auferlegte Gemeinwohlverpflichtungen müssen also nicht zwingend – notifizierungspflichtige (Art. 88 III EGV) – Beihilfen sein (EuGH [Rs. C 53/00]) – Direktverkaufsabgabe Arzneimittel; vgl. zuletzt das EuGH-Urteil zum ÖPNV – Rs. C 280/00 – „Altmark Trans“, Urt. v. 24.7.2003, NVwZ 2003, Nr. 9, 1101 ff.).

Sollte sich die offensichtliche Neigung der europäischen Verfassungsorgane in Richtung einer weiteren Öffnung öffentlicher, in Deutschland oftmals kommunaler Aufgabenfelder für den Wettbewerb und einer stärkeren Kontrolle finanzieller Transferleistungen an öffentliche Unternehmen verstetigen und konkretisieren, so wird zukünftig gerade auch das Beihilferecht eine größere praktische Rolle für die Kommunalwirtschaft spielen und in seinen möglichen Konsequenzen bis hin zur Rückzahlung rechtswidrigerweise gewährter Beihilfen entsprechend ernst genommen werden müssen. Ob diese Relevanz es nahe legt, bei Novellierungen der Gemeindeordnungen an der Differenzierung zwischen wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Betätigungen festzuhalten, da letztere weniger beihilfesensibel seien (so Darsow 2002: 3), darf bezweifelt werden. So weisen beispielsweise kommunalwirtschaftliche Betätigungen im Umweltschutz, die in diversen Gemeindeordnungen wie etwa in Nordrhein-Westfalen oder Rheinland-Pfalz immer noch als nicht wirtschaftliche Betätigungen eingestuft werden (hierzu OLG Düsseldorf: Urteil v. 28.10.1999 – 2 U 7/99 – Altautoverwertung, NVwZ 2000, 111 ff.), in Wirklichkeit aber deutlich von Wettbewerb geprägt sind, oftmals auch grenzüberschreitende Dimensionen auf. Dies gilt sicherlich für die Energieversorgung, für die Abfallverwertung und bei bestimmten Unternehmen vielleicht auch im Rahmen von Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Wasserwirtschaft. In diesen Fällen handelt es sich sicherlich nicht nur um Tätigkeiten, die auf rein lokale Märkte bezogen sind. Das entscheidende Kriterium der Ausrichtung der Dienstleistung – rein lokale oder binnenmarktrelevante Betätigung – bestimmt die beihilferechtliche Fragestellung aber unabhängig von der gemeinderechtlichen Qualifizierung der jeweiligen Betätigung als wirtschaftlich oder nicht wirtschaftlich.

7. Fazit/Ausblick

Die Kommunen und insbesondere die kommunalen Unternehmen sind bei der Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen kommunalen Wirtschaftens im Allgemeinen und beim Aspekt der örtlichen und überörtlichen wirtschaftlichen Betätigung im Besonderen derzeit nicht zu beneiden. Vor allem die kommunalen Unternehmen befinden sich aus rechtlicher Sicht in einer Zwickmühle. Zum einen werden sie über das Vergaberecht, das zumindest

in den Entsorgungssektoren⁹ und auch im ÖPNV¹⁰ ab bestimmten Auftrags- oder Schwellenwerten in der Regel zur offenen europaweiten Ausschreibung zwingt, bei Auslaufen alter kommunaler Verträge über kurz oder lang zunehmend in den Wettbewerb mit den privaten Konkurrenten gestellt werden müssen. Offen ist allerdings die Entwicklung auf der EU-Ebene: Das von der Kommission für das Jahr 2004 angekündigte Grünbuch zur Frage der Ausschreibungen von Konzessionen für Leistungen im Wege des Public Private Partnership wird aller Wahrscheinlichkeit nach wichtige Weichenstellungen vornehmen¹¹. Ob in diesem Zusammenhang – wie von kommunaler Seite in jüngerer Zeit des Öfteren gefordert – Ausnahmereiche oder Wahlrechte für kommunale Auftraggeber durchsetzbar sind, erscheint nach dem bisherigen Trend der EU zur generellen Ausschreibung öffentlicher Dienstleistungen wirtschaftlicher Art eher zweifelhaft, aber nicht ausgeschlossen.

Zum anderen sieht das Gemeindefirtschaftsrecht der meisten Länder regelmäßig immer noch eine Beschränkung der kommunalwirtschaftlichen Betätigung auf das Gemeindegebiet vor. Novellierte Gemeindeordnungen wie etwa in NRW, Bayern, Thüringen und Sachsen-Anhalt haben zwar eine mit der Nachbargemeinde abgestimmte Betätigung im Nachbargebiet zugelassen. Doch dürfte diese erste Lockerung des so genannten Örtlichkeitsgrundsatzes nicht ausreichen, um im Wettbewerb mit privaten Unternehmen, die sich anders als ein Stadtwerk eben auch in anderen Gebieten um Aufträge bemühen und Niederlagen auf diese Weise andernorts kompensieren können, Chancengleichheit auf dem Markt herzustellen. Augenscheinlich haben die Anforderungen des Marktes und das Selbstverständnis von Stadtwerken dazu geführt, dass sich kommunale Unternehmen weitaus mehr als Unternehmen und nicht als Teil der öffentlichen, kommunalen Verwaltung verstehen, unter der die Kommunalwirtschaft nach herrschender rechtlicher Auffassung immer noch gefasst wird. Folge ist auch, dass sich kommunale Unternehmen gezielt und marktstrategisch um Aufträge außerhalb ihres Gemeindegebiets bewerben. Diverse Urteile, die diese Strategien unter den gemeinwirtschaftsrechtlichen Gesichtspunkten des auf das Gemeindegebiet bezogenen „öffentlichen Zwecks“ und des „Subsidiaritätsprinzips“ zuweilen in Grenzen für zulässig, zuweilen für unzulässig halten, belegen diese Entwicklung. In der Literatur wird die überörtliche wirtschaftliche Betätigung der Kommunen – insbesondere aus verfassungsrechtlicher Sicht – zusehends kritisch kommentiert. Wertungswidersprüche zeigen sich zudem auf der gesetzlichen Ebene: Erlauben etwa die GO NRW und LSA gemeindefirtschaftliches Engagement im Ausland, so fragt sich, wie man hiermit gleichzeitig das Erfordernis eines auf das Gemeindegebiet bezogenen öffent-

9 Für die Entsorgung greifen die Liefer- und Dienstleistungskoordinerungsrichtlinien der EU; der Versorgungssektor Wasser, Energie unterfällt der Sektorenrichtlinie, die weniger strenge Verfahrensvorschriften enthält.

10 Das aktuelle EuGH-Urteil vom 24.7.2003 in dem Vorab-Entscheidungsverfahren C-280/00 (Altmark Trans) hat sich vor allem mit beihilferechtlichen Fragen befasst, die Frage der Ausschreibungspflichten aber nicht ausdrücklich angesprochen. Der EuGH hat aber implizit zu erkennen gegeben, dass er die Auswahl im offenen Wettbewerb für vorzugswürdig hält. Ferner bleibt es bei der Ausschreibungspflicht für gemeinwirtschaftliche Verkehre über § 13 a PBefG.

11 Das „Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen“ (Europäische Kommission 2004) wurde nach Fertigstellung dieses Berichts am 30.4.2004 veröffentlicht. Die öffentliche Konsultation dauerte bis zum 30.7.2004 an, weshalb die Ergebnisse in diesem Band noch keine Berücksichtigung gefunden haben.

lichen Zwecks – als zentrale und charakteristische Voraussetzung kommunalen Wirtschaftens in allen GO – vereinbaren will.

Die ausufernde kommunalwirtschaftliche Entwicklung ist ein anschauliches Zeugnis für das Auseinanderklaffen von gesetzlich-theoretischen Anforderungen und tatsächlicher Praxis: forciert zum einen im Interesse der Kommunalpolitik, denn der Beitrag eines – auch oder gerade auch – überörtlich erfolgreichen Stadtwerks zum Haushalt ist in einigen Städten immer noch erheblich, und politisch geduldet zum anderen wohl auch von einer zusehends abdankenden Kommunalaufsicht, die Familienunternehmen in Töchter- und Enkelgenerationen nicht mehr wirksam zu kontrollieren vermag. Solange diese Widersprüche nicht auf politisch-gesetzlicher Ebene bereinigt werden, werden es weiterhin die Gerichte sein, die die in der Praxis ausgefranste Gesetzeslage in konkreten Streitfällen zwischen kommunalen und privaten Unternehmen zu bewerten haben, die losen Enden aber nicht zusammenknüpfen und den Grundkonflikt nicht werden lösen können.

Auf der landesgesetzlichen Ebene zeichnet sich derzeit mehrheitlich eine ordnungspolitisch begründete restriktivere Haltung gegenüber einer Ausweitung der kommunalwirtschaftlichen Betätigung ab. Nähme man dagegen die Haltung ein, Kommunal- und Privatunternehmen im Wettbewerb gleichzustellen, also die Restriktionen des Kommunalwirtschafts- und Vergaberechts aufzuheben und die kommunalen Unternehmen „frei laufen zu lassen“, so bedeutete dies konsequenterweise allerdings zweierlei: Zum einen müssten die kommunalen Transferleistungen und die kommunale Beherrschung in kommunalen Unternehmen beendet werden. Was die häufig geforderte Befreiung von Ausschreibungspflichten anbetrifft, so würde dies schon aus dem europäischen und nationalen Vergaberecht folgen, denn kommunal beherrschte Unternehmen sind nach wie vor „öffentliche Auftraggeber“ im Sinne des Vergaberechts (vgl. § 98 Abs. 1 Nr. 2 GWB) und damit ausschreibungspflichtig. Hieran können aber einige Städte, deren Unternehmen zum Teil immer noch wichtige Akteure einer engagierten Kommunalpolitik etwa im Bereich der umweltgerechten Ver- und Entsorgung sind, kein Interesse haben. Zum anderen müssten – dies wäre aber dann wohl auch automatische Folge eines kommunalen Rückzugs aus den jeweiligen Unternehmen – die Risiken des Wirtschaftens außerhalb des Gemeindegebiets und ohne Bezug zu den Bedürfnissen der Bürger von der Kommune abgekoppelt werden. Die Kompensation für fehlgeschlagenes Auslandsengagement kommunaler Unternehmen durch Gebührenerhöhungen für den Bürger kann jedenfalls nicht als wettbewerbs- und zukunftsfähiges Modell in Kommunen taugen. Und schließlich ist die Ausweitung der Gemeindewirtschaft auf andere Gemeindegebiete oder gar ins Ausland nicht der richtige und auch nicht der Erfolg versprechende Weg, um die Defizite eines augenscheinlich nicht funktionierenden Modells der Gemeindefinanzierung auszugleichen.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
BayGO	Bayerische Gemeindeordnung
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BR-Drs.	Drucksachen des Bundesrates
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, amtl. Entscheidungssammlung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DLT	Deutscher Landkreistag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DST	Deutscher Städtetag
DStGB	Deutscher Städte- und Gemeindebund
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGV	EG-Vertrag
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GG	Grundgesetz
GO	Gemeindeordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
JA	Juristische Arbeitsblätter
JZ	Juristische Zeitung
KOM	Kommission
LG	Landgericht
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LSA	Land Sachsen-Anhalt
LT-Drs.	Landtags-Drucksachen

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVB.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZBau	Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
OLG	Oberlandesgericht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
OVG	Oberverwaltungsgericht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
Rh-Pf	Rheinland-Pfalz
Rs.	Rechtssache
ThürKO	Thüringische Kommunalordnung
UA KoWI MI	Unterausschuss „Kommunale Wirtschaft der ständigen Konferenz der Innenministerien der Länder“
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VBIBW	Verwaltungsblätter Baden-Württemberg
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VKU	Verband kommunaler Unternehmen
VOL/A	Verdingungsordnung für Leistungen
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht

Literatur

- Badura, Peter (1998): Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze. In: DÖV, S. 818 ff.
- Becker, Florian (2000): Grenzenlose Kommunalwirtschaft. In: DÖV, S. 1032 ff.
- Bell, Albrecht/Rehak, Heinrich (2001): Vergaberecht und kommunale Privatisierung der Abfallentsorgung. In: LKV, S. 185 ff.
- Berger, Henning (2002): Die Ausschreibungspflicht bei der Veräußerung von Unternehmensanteilen durch kommunale Körperschaften. In: ZfBR, S. 134 ff.
- Britz, Gabriele (2002): Funktion und Funktionsweise öffentlicher Unternehmen im Wandel. Zu den jüngsten Entwicklungen im Recht der kommunalen Wirtschaftsunternehmen. In: NVwZ, S. 380 ff.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (Hrsg.) (2001): Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, Berlin.
- Burgi, Martin (2003a): Perspektiven kommunaler Wirtschaftstätigkeit im europäischen Rechtsrahmen. In: Der Landkreis, S. 26 ff.
- Burgi, Martin (2003b): Das Kartellvergaberecht als Sanktions- und Rechtsschutzinstrument bei Verstößen gegen das kommunale Wirtschaftsrecht?. In: NZBau, S. 539 ff.
- Burgi, Martin (2001): Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung. In: NVwZ, S. 601 ff.
- Cronauge, Ulrich (1998): Welchen rechtlichen Rahmen braucht die kommunale Wirtschaft von morgen? In: Der Gemeindehaushalt, S. 131 ff.
- Damm, Reinhard (1988): Verfassungsrechtliche und kartellrechtliche Aspekte kommunaler Energiepolitik. In: JZ, S. 840 ff.
- Darsow, Thomas (2002): Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Subventionierung kommunaler Unternehmen. In: LKV, S. 1 ff.
- David, Hans-Joachim (2000): Wettbewerbsrechtliche Ansprüche gegen Betätigung von Kommunen und deren Gesellschaften. In: NVwZ, S. 738 ff.
- Diefenbach, Wilhelm (2003): Zur Konkurrentenklage gegen unzulässige kommunale Wirtschaftstätigkeit. In: WiVerw, S. 115 ff.
- Dietlein, Johannes (2003): Gebietsübergreifende kommunale Abfallentsorgung und Vergaberecht. In: NZBau, S. 141 ff.
- Ehlers, Dirk (2003): Die Zukunft der Kommunalwirtschaft. In: Der Landkreis, S. 22 ff.
- Ehlers, Dirk (2000): Das neue kommunale Wirtschaftsrecht in Nordrhein-Westfalen. In: NWVBI., S. 1 ff.
- Ehlers, Dirk (1998): Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft. In: DVBI., S. 497 ff.
- Erichsen, Hans-Uwe (1997): Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. Berlin.
- Europäische Kommission (2004): Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30.4.2004 – KOM (2004) 327 endgültig (abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/internal_market/ppp).
- Europäische Kommission (2003): Grünbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (Services of General Interest) vom 21.5.2003 – KOM (2003) 270, im Netz unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/gpr/2003/com2003_0270de01.pdf.

- Europäische Kommission (2001): Bericht für den Europäischen Rat in Laeken „Leistungen der Daseinsvorsorge“, KOM (2001) 598 vom 17.10.2001.
- Faber, Angela (2003): Aktuelle Entwicklungen zum Drittschutz gegen die kommunale wirtschaftliche Betätigung. In: DVBl., S. 761 ff.
- Faber, Angela (2001): Öffentliche Aufträge an kommunalbeherrschte Unternehmen – In-house-Geschäfte oder Vergabe im Wettbewerb?. In: DVBl., S. 248 ff.
- Frenz, Walter (2002): Ausschreibungspflicht einer Übertragung von Gesellschaftsanteilen?. In: DÖV, S. 186 ff.
- Fuest, Winfried/Kroker, Rolf/Schatz, Klaus-Werner (2001): Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen und die Daseinsvorsorge, Köln (Institut der deutschen Wirtschaft, Beiträge zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, 269, 8/2001).
- Gern, Alfons (2002): Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb des Gemeindegebiets. In: NJW, S. 2593 ff.
- Gusy, Christoph (Hrsg.) (1998): Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, Baden-Baden.
- Heilshorn, Torsten (2003): Gebietsbezug der Kommunalwirtschaft, Stuttgart, München und Hannover.
- Heintzen, Markus (2000): Zur Tätigkeit kommunaler (Energieversorgungs-)Unternehmen außerhalb der kommunalen Gebietsgrenzen. In: NVwZ, S. 743 ff.
- Hellermann, Johannes (2000): Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung. Zum kommunalen Betätigungs- und Gestaltungsspielraum unter den Bedingungen europäischer und staatlicher Privatisierungs- und Deregulierungspolitik, Tübingen.
- Henneke, Hans-Günter (Hrsg.) (1999): Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet?, Stuttgart u.a.
- Huter, Otto/Kühn, Gerd/Tomerius, Stephan (Hrsg.) (2001): Privatisierung und Wettbewerb in der Abfallwirtschaft, Berlin (Difu-Materialien 3/2001).
- Innenministerkonferenz, Unterausschuss Kommunalwirtschaft (1998): Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in neuen Geschäftsfeldern.
- König, Christian/Kühling, Jürgen (2000): Grundfragen des EG-Beihilfenrechts. In: NJW, S. 1065 ff.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2000): „Leistungen der Daseinsvorsorge“, KOM (2000) 580 endg., Ratsdok. 12022/00, abgedr. in BR-Drs. 677/00 vom 26.10.2000.
- Kühling, Jürgen (2001): Verfassungs- und kommunalrechtliche Probleme grenzüberschreitender Wirtschaftsbetätigung der Gemeinden. In: NJW, S. 177 ff.
- Lux, Christina (2000): Das neue kommunale Wirtschaftsrecht in Nordrhein-Westfalen. In: NWVBl., S. 7 ff.
- Mann, Thomas (2002): Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb. In: JZ, S. 819 ff.
- Mayen, Thomas (2001): Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten. In: DÖV, S. 110 ff.
- Meyer, Hubert (2003): (Rechts-)Wege zur Überprüfung der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen. In: Der Landkreis, S. 29 ff.

- Meyer, Hubert (2000): Nichtwirtschaftliche Betätigung der Kommunen: Spiel ohne Grenzen?. In: LKV, S. 321 ff.
- Moraing, Markus (1998a): Kommunales Wirtschaftsrecht vor dem Hintergrund der Liberalisierung der Märkte. In: WiVerw, S. 233 ff.
- Moraing, Markus (1998b): Kommunale Wirtschaft in einem wettbewerblichen Umfeld. In: Der Städtetag, S. 523 ff.
- Moraing, Markus (1998c): Kommunale Wirtschaft zwischen Wettbewerb und Gemeindegewirtschaft. In: Der Gemeindehaushalt, S. 223 ff.
- Müller, Georg (2002): Kommunale Abfallwirtschaft und unlauterer Wettbewerb. In: DVBl., S. 1014 ff.
- Oldiges, Martin (Hrsg.) (2001): Daseinsvorsorge durch Privatisierung – Wettbewerb oder staatliche Gewährleistung, Dokumentation des 6. Leipziger Umweltsymposiums, Baden-Baden.
- Papier, Hans-Jürgen (2003): Kommunale Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht. In: DVBl., S. 686 ff.
- Peine, Franz-Joseph (1997): Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte. In: DÖV, S. 353 ff.
- Rehn, Erich/Cronauge, Ulrich/von Lennep, Hans Gerd (2003): Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen, Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. Siegburg.
- Rennert, Klaus (2002): Kommunalwirtschaft und Selbstverwaltungsgarantie. In: Die Verwaltung, S. 319 ff.
- Ruffert, Matthias (2000): Kommunalwirtschaft und Landes-Wirtschaftsverfassung. In: NVwZ, S. 763 ff.
- Schader-Stiftung (Hrsg.) (2001): Die Zukunft der Daseinsvorsorge. Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb, Darmstadt.
- Schink, Alexander (2002): Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen. In: NVwZ, S. 129 ff.
- Schlacke, Sabine (2002): Konkurrentenklagen gegen die Wirtschaftstätigkeit von Gemeinden. In: JA, S. 48 ff.
- Schmidt, Reiner (2003): Die Liberalisierung der Daseinsvorsorge. In: Der Staat, H. 2, S. 225 ff.
- Tomerius, Stephan (2000): Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zwischen Gemeindegewirtschafts- und Wettbewerbsrecht. In: LKV, S. 41 ff.
- Trapp, Jan Hendrik/Bolay Sebastian (2003): Privatisierung in Kommunen – eine Auswertung kommunaler Beteiligungsberichte, Berlin (Difu-Materialien 10/2003).
- Umweltbundesamt (2000): Liberalisierung der deutschen Wasserversorgung – Auswirkungen auf den Gesundheits- und Umweltschutz. Skizzierung eines Ordnungsrahmens für eine wettbewerbliche Wasserwirtschaft, Berlin.
- Universität Potsdam, Kommunalwissenschaftliches Institut (Hrsg.) (2002): Konkurrieren statt Privatisieren. Kommunale Einrichtungen im Wettbewerb, Potsdam (KWI-Arbeitsheft 3).
- Wieland, Joachim (2000): Die Stellung der nordrhein-westfälischen Kommunen im liberalisierten Strommarkt. In: NWVBl., S. 246 ff.

- Wieland, Joachim (1999): Kommunalwirtschaftliche Betätigung unter veränderten Wettbewerbsbedingungen. In: Hans-Günther Henneke (Hrsg.): Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet?, Stuttgart u.a., S. 193 ff.
- Wissenschaftlicher Beirat des Bundeswirtschaftsministeriums (2002): „Daseinsvorsorge“ im europäischen Binnenmarkt, Berlin.
- Wohlfahrt, Norbert/Zühlke, Werner (1999): Von der Gemeinde zum Konzern Stadt. Auswirkungen von Ausgliederung und Privatisierung für die politische Steuerung auf kommunaler Ebene, Dortmund.
- Zeiss, Christopher (2003): Wechselwirkungen zwischen kommunalem Wirtschaftsrecht und Vergaberecht. In: NZBau, S. 475 ff.

netWORKS-Papers

Die Ergebnisse des Forschungsverbundes netWORKS erscheinen in der Reihe netWORKS-Papers, die als Volltext ins Internet eingestellt werden und in einer kleineren Auflage gedruckt werden. Kommunen haben – soweit der Vorrat reicht – die Möglichkeit, diese Veröffentlichungen kostenlos über das Deutsche Institut für Urbanistik zu beziehen. Interessenten aus Wissenschaft und Forschung sowie der übrigen Fachöffentlichkeit können sich die Texte kostenlos von der Projektplattform www.networks-group.de herunterladen. Bisher sind folgende Papers erschienen:

- Kluge, Thomas/Scheele, Ulrich
Transformationsprozesse in netzgebundenen Infrastrukturektoren. Neue Problemlagen und Regulationserfordernisse
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, Nr. 1)
- Kluge, Thomas/Koziol, Matthias/Lux, Alexandra/Schramm, Engelbert/Veit, Antje
Netzgebundene Infrastrukturen unter Veränderungsdruck – Sektoranalyse Wasser
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, Nr. 2)
- Bracher, Tilman/Trapp, Jan Hendrik
Netzgebundene Infrastrukturen unter Veränderungsdruck – Sektoranalyse ÖPNV
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, Nr. 3)
- Scheele, Ulrich/Kühl, Timo
Netzgebundene Infrastrukturen unter Veränderungsdruck – Sektoranalyse Telekommunikation
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, Nr. 4)
- Monstadt, Jochen/Naumann, Matthias
Netzgebundene Infrastrukturen unter Veränderungsdruck – Sektoranalyse Energie
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, Nr. 5)
- Tomerius, Stephan
Örtliche und überörtliche wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen. Zum aktuellen Diskussionsstand über die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen in Literatur und Rechtsprechung
Berlin 2004 (netWORKS-Papers, Nr. 6)