

ABHANDLUNGEN

Die Neufassung der kommunalwirtschaftlichen Subsidiaritätsklausel und des Gebietsbezuges kommunaler Unternehmen in Baden-Württemberg

– Das Gesetz zur Änderung des Gemeindegewirtschaftsrechts vom 30. 11. 2005 –

Von Rechtsanwalt Dr. Torsten Heilshorn, Freiburg*

I. Gesetzesnovelle

Der Umfang zulässiger kommunaler Wirtschaftstätigkeit und die Rechte privater Konkurrenten werden nach wie vor lebhaft diskutiert.¹ Die Gesetzgeber verschiedener Bundesländer haben in den letzten Jahren versucht, die Abgrenzung kommunaler und privater Wirtschaft neuen Entwicklungen anzupassen. Dies gilt auch für Baden-Württemberg. Nachdem das kommunale Wirtschaftsrecht bereits 1999 geändert worden war², ist am 1. 1. 2006 erneut ein Gesetz zur Änderung des Gemeindegewirtschaftsrechts in Kraft getreten.³ Neben der Neufassung haushalts- und prüfungsrechtlicher Vorschriften ändert dieses Gesetz vor allem die sog. Subsidiaritätsklausel und führt – erstmalig in Baden-Württemberg – eine Bestimmung über die kommunalwirtschaftliche Betätigung außerhalb des eigenen Gemeindegebiets ein. Diese Änderungen sollen die widerstreitenden Interessen der Kommunalwirtschaft und der privaten Anbieter zu einem angemessenen Ausgleich bringen.

Die *Subsidiaritätsklausel* (§ 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO) wurde zulasten der Kommunen verschärft, um Mittelstand und Handwerk zu stärken. Nunmehr ist erforderlich, dass bei einem kommunalen Tätigwerden außerhalb der Daseinsvorsorge der damit verfolgte Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Anbieter erfüllt werden kann. Zuvor waren die Anforderungen für die Kommunen weniger streng: Der Zweck durfte nicht *besser und wirtschaftlicher* durch einen anderen erfüllt werden. Bei Leistungsparität bestand damit kein Vorrang der Privatwirtschaft.⁴

Zugleich hat der Gesetzgeber – zugunsten der Kommunen – den *Örtlichkeitsgrundsatz* gelockert. Mit dem neuen § 102 Abs. 7 GemO soll „die einseitige Ausdehnung der wirtschaftlichen Aktivität über die Gemeindegrenzen hinaus durch eine behutsame Lockerung des Örtlichkeitsgrundsatzes zugelassen werden“.⁵

Das Gesetz zur Änderung des Gemeindegewirtschaftsrechts verfolgt damit widerstreitende Ziele, indem es sowohl Mittelstand und Handwerk als auch die Kommunen stärken soll. Diese Ziele wurden jedoch nur teilweise erreicht. Der Anwendungsbereich der Neuregelungen ist beschränkt. Auch reichen die inhaltlichen Änderungen nicht sehr weit. Aus diesen Gründen sind die angestrebten Wettbewerbsvorteile der Privatwirtschaft begrenzt – ebenso wie die Erweiterung der kommunalen Handlungsmög-

lichkeiten. Eindeutig geklärt ist nunmehr jedoch die drittschützende Wirkung der Subsidiaritätsklausel.

II. Neufassung der Subsidiaritätsklausel: Vorrang privater Anbieter

1. Verschärfung

Subsidiaritätsklauseln gibt es in unterschiedlicher Form in fast allen Bundesländern.⁶ Nach der abgeschwächten Form dieser Bestimmungen dürfen Kommunen dann nicht tätig werden, wenn der verfolgte Zweck nicht „besser und wirtschaftlicher“ durch Private erfüllt werden kann. Auch in der GemO BW fand sich bis zu der hier besprochenen Gesetzesnovelle eine solche Regelung. Bei einer solchen Ausformung ist die eigenständige Bedeutung dieser Bestimmungen jedoch fraglich. Wenn Private den von der öffentlichen Hand angestrebten Zweck besser und wirtschaftlicher erfüllen können, erscheint bereits der öffentliche Zweck der Aufgabenerfüllung zweifelhaft.⁷ Gegen den Willen der kommunalen Lan-

* Der Autor ist Partner der Sozietät Sparwasser & Heilshorn, Freiburg.

¹ Vgl. aus neuerer Zeit z. B. *Antweiler*, NVwZ 2003, 1466 ff.; *Guckelberger*, BayVBl. 2006, 293 ff.; *Heilshorn*, Gebietsbezug der Kommunalwirtschaft, 2003; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000; *Jarass*, DVBl. 2006, 1 ff.; *Uhlenhuth*, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb ihres Gebiets, 2004; zahlreiche weitere Nachweise bei *Heilshorn*, VerwArch 2005, 88, 89 Fn. 5.

² Gesetz zur Änderung gemeindegewirtschaftsrechtlicher Vorschriften und anderer Gesetze v. 19. 7. 1999, LT-Drs. 12/4268; dazu *Weiblen*, BWGZ 1999, 1005 ff.

³ Gesetz zur Änderung des Gemeindegewirtschaftsrechts vom 30. 11. 2005, LT-Drs. 13/4929; dazu *Stehlin/Grabolle*, VBI|BW 2007, 41 ff.

⁴ Diese einfache Subsidiaritätsklausel wurde durch das Gesetz vom 19. 7. 1999 eingeführt (vgl. oben Fn. 2); dazu *Weiblen*, BWGZ 1999, 1005, 1006 f.

⁵ Gesetzesentwurf der Landesregierung vom 25. 10. 2005, LT-Drs. 13/4767, S. 1.

⁶ Zu den unterschiedlichen Ausformungen der Subsidiaritätsklausel in den einzelnen Bundesländern vgl. *Heilshorn*, Gebietsbezug (s. o. Fn. 1), S. 30 Fn. 9; *Britz*, NVwZ 2001, 380, 383 f. Auch Hessen hat im Jahre 2005 als letzter Flächenstaat eine Subsidiaritätsklausel eingeführt; dazu *Pegatzky/Sattler*, NVwZ 2005, 1376 f.

⁷ OVG NW, Beschl. v. 13. 8. 2003 – 15 B 1137/03 – DVBl. 2004, 133, 134; zweifelnd auch VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 6. 3. 2006 – 1 S 2490/05 – GewArch 2006, 211. Zu der Frage, ob das Subsidiaritätserfordernis unmittelbar dem öffentlichen Zweck entnommen werden kann, vgl. auch *Ehlers*, NWVBl. 2000, 1, 3; *Schoch*, DÖV 1993, 377, 380 m. w. N.

desverbände wurde diese baden-württembergische Regelung jetzt verschärft. Nach § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW n. F. dürfen sich Kommunen außerhalb der Daseinsvorsorge nur betätigen, wenn der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Anbieter erfüllt wird oder erfüllt werden kann.⁸ Der Gesetzgeber wollte dadurch die Interessen von Mittelstand und Handwerk schützen und die Gemeinden vor der Übernahme zu großer Risiken bewahren.

2. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel ist jedoch – wie auch schon nach der alten baden-württembergischen Regelung – eingeschränkt. Im Bereich der „Daseinsvorsorge“ als Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungshoheit greift die Subsidiaritätsklausel nicht. Der auf *Forsthoff* zurückgehende Begriff der „Daseinsvorsorge“⁹ ist gesetzlich nicht definiert. Er umfasst insbesondere die Bereitstellung existenziell notwendiger Dienst- und Sachleistungen für die Gemeindeeinwohner. Bei der Einführung der baden-württembergischen Subsidiaritätsklausel 1999 ging die Gesetzesbegründung von einer großen Bandbreite der Daseinsvorsorge aus.¹⁰ Ein erheblicher Teil der daseinsvorsorgerischen Tätigkeiten der Kommunen unterfällt jedoch ohnehin nicht der Zulässigkeitsprüfung des § 102 Abs. 1 GemO, sodass die Einschränkung der Subsidiaritätsklausel nicht bedeutsam ist. Gemäß § 102 Abs. 4 Nr. 1 und 2 GemO werden zahlreiche Einrichtungen fiktiv als nicht wirtschaftliche Unternehmen behandelt. Dies gilt bei einer gesetzlichen Verpflichtung der Kommune zum Tätigwerden und für zahlreiche soziale und gemeinwohlorientierte Einrichtungen. Aufgrund des Negativkatalogs des § 102 Abs. 4 GemO sind von einer Prüfung nach § 102 Abs. 1 GemO ausgenommen z. B. Betriebe der Abwasserbeseitigung¹¹, Schwimmbäder und Volkshochschulen. Diese Einrichtungen sind zwar nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu führen (§ 102 Abs. 4 S. 2 GemO), unterliegen aber nicht der Zulässigkeitsprüfung nach § 102 Abs. 1 GemO, sodass sich die Frage der Daseinsvorsorge im Rahmen der Subsidiaritätsklausel nicht stellt.

Soweit die Subsidiaritätsklausel grundsätzlich anzuwenden ist, bereitet die Unschärfe des einschränkenden Begriffs der „Daseinsvorsorge“ jedoch erhebliche Schwierigkeiten. Andererseits trägt eine solche offene Regelung dem Wandel Rechnung, dem die Aufgaben der Daseinsvorsorge nicht zuletzt aufgrund europarechtlicher Einflüsse unterliegen. Auch die grundgesetzliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung geht nicht von einem feststehenden Aufgabenbereich aus. Zudem wäre aufgrund der Vielzahl der in Betracht kommenden daseinsvorsorgerischen Tätigkeiten nur eine beispielhafte Aufzählung möglich.

Dennoch erscheint diese Beschränkung der Subsidiaritätsklausel zweifelhaft. Warum sollen die Kommunen daseinsvorsorgerisch tätig werden dürfen, wenn der angestrebte Zweck ebenso gut und wirtschaftlich durch private Anbieter erfüllt werden kann und die Kommune keine besonderen Gründe für ihr Tätigwerden anführen kann? Dies ist zunächst eine politische Frage. Teilweise werden solche Freistellungen im Bereich der Daseinsvorsorge jedoch sogar als verfassungswidrig angesehen.¹²

Für Betätigungen, die die Kommunen bereits vor Inkrafttreten der Änderung ausgeübt haben, kommt die verschärfte Subsidiaritätsklausel nicht zum Tragen.

3. Inhaltliche Anforderungen

Im Anwendungsbereich dieser Klausel ist die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde „bereits bei Leistungsparität mit einem privaten Dritten unzulässig. Es besteht somit ein Vorrang der privaten Wirtschaft.“¹³ Sperrwirkungen entfalten jedoch nur Vergleichsangebote, die qualitativ dem gemeindlichen Angebot entsprechen. Dabei erkennt der Gesetzgeber allerdings auch „soziale und ökologische Komponenten“ und einen Beurteilungsspielraum der Kommune an.¹⁴ Damit verbleiben den Kommunen

letztlich durchaus Handlungsspielräume, wenn sie ihr Tätigwerden hinreichend begründen und das Angebot entsprechend zuschneiden. Die vom Gesetzgeber eindeutig gewollte Verschärfung der Subsidiaritätsklausel führt aber zu einer Darlegungspflicht der sich wirtschaftlich betätigenden Kommune, dass ein privates Angebot nicht ausreicht.

4. Verfahren

Eine Gemeinde muss den Markt auf gleichwertige Angebote privater Dritter untersuchen. Dies bezieht sich jedoch nur auf Dritte, die die fragliche Leistung bereits anbieten oder – wie es die Gesetzesbegründung sehr unscharf formuliert – „konkret dazu bereit sind“.¹⁵

Für die erforderliche Marktuntersuchung ist kein bestimmtes Verfahren vorgeschrieben. Die Einhaltung der Subsidiaritätsklausel wird gemäß § 102 Abs. 2 GemO jedoch verfahrensmäßig dadurch unterstützt, dass die örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel anzuhören sind. Diese Anhörung ist allerdings nur bei einem Tätigwerden „nach Absatz 1 Nr. 3“ erforderlich, also außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge. Aus dieser Anhörungsverpflichtung ergeben sich keine subjektiven Rechte der genannten Selbstverwaltungsorganisationen. Die Beteiligung dieser Organisationen soll nicht deren Interessen schützen, sondern die Gemeinde über die Auswirkungen der wirtschaftlichen Betätigung auf das örtliche Gewerbe informieren und andere Marktteilnehmer vor einem rechtswidrigen Marktzutritt der Kommunen schützen.

5. Rechtsschutz

Nach dem Vorstehenden ist die neue Subsidiaritätsklausel inhaltlich nur von eingeschränkter Bedeutung. Anderes gilt jedoch für den durch die Neufassung eröffneten – oder zumindest klargestellten – *Rechtsschutz für private Mitbewerber*.

a) Der drittschützende Charakter der Vorschriften über die Kommunalwirtschaft ist umstritten. Nach einer vielfach vertretenen Ansicht gewähren diese Regelungen privaten Konkurrenten keine subjektiv-öffentlichen Rechte. Sie sollen die Kommunen vor den Gefahren überdehnter unternehmerischer Tätigkeit schützen, aber nicht einzelnen Unternehmen Rechtspositionen einräumen.¹⁶ Teilweise wird jedoch eine drittschützende Wirkung bejaht. Der durch das Erfordernis eines öffentlichen Zwecks angestrebte Schutz privater Konkurrenten ergibt sich insbesondere nach Auffassung des OVG NW aus der (in NW landesrecht-

⁸ Zur Verfassungsmäßigkeit einer solchen „qualifizierten“ Subsidiaritätsklausel (§ 85 Abs. 1 Nr. 3 GemO RhPf) vgl. RhPfVerfGH, Urt. v. 28. 3. 2000 – VGH N 12/98 – NVwZ 2000, 801.

⁹ Grundlegend zu diesem Begriff *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 1 ff.; zum Inhalt und zur Entwicklung dieses Begriffs etwa *Scheidemann*, Der Begriff Daseinsvorsorge, 1991, S. 6 ff., 172 ff.; *Ossenbühl*, DÖV 1971, 513 ff.; zur Daseinsvorsorge als Element des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts etwa *v. Mutius*, Gutachten E zum 53. DJT 1980, S. 106 ff.

¹⁰ LT-Drs. 12/4055, S. 24; dazu *Weiblen*, BWGZ 1999, 1005, 1007.

¹¹ Die Gemeinden sind nach § 45 b Abs. 1 WG zur Abwasserbeseitigung verpflichtet.

¹² *Pünder/Dittmar*, JURA 2005, 760 (764) unter Verweis auf *Ehlers*, NWVBl. 2000, 1 (4).

¹³ Begründung des Gesetzesentwurfs der Landesregierung vom 25. 10. 2005, LT-Drs. 13/4767, S. 7.

¹⁴ Begründung des Gesetzesentwurfs (oben Fn. 13), S. 8; vgl. auch ebda., S. 9, wo als Beispiele für soziale Gesichtspunkte „der besondere soziale Auftrag von Beschäftigungsgesellschaften und Behindertenwerkstätten“ genannt wird.

¹⁵ Begründung des Gesetzesentwurfs (oben Fn. 13), S. 8.

¹⁶ BVerwG, Urt. v. 22. 2. 1972 – I C 24.69 – BVerwGE 39, 329 (zu § 85 GemO BW a. F. mit dem Hinweis, dass diese Vorschrift keine Subsidiaritätsklausel enthalten und keinen dringenden öffentlichen Zweck gefordert habe); VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 21. 7. 1982 – I S 746/82 – VBIBW 1983, 78; Urt. v. 15. 8. 1994 – I S 1613/93 – NJW 1995, 274 (nachfolgend BVerwG, Beschl. v. 21. 3. 1995 – I B 211/94 – NJW 1995, 2938).

lich vorgeschriebenen) Marktanalyse und der Gelegenheit zur Stellungnahme für die betroffenen Branchen (§ 107 Abs. 5 GemO NW). Gleiches folge aus der Gesetzgebungsgeschichte, nach der ein Ausgleich widerstreitender Interessen, zu denen auch die Interessen der örtlichen Wirtschaftsteilnehmer zählten, bezweckt werde. Zudem würden die maßgeblichen Vorschriften ausdrücklich auf private Dritte Bezug nehmen.¹⁷ Im Ergebnis kann eine drittschützende Wirkung auch über einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG begründet werden, was in der Literatur vielfach bejaht¹⁸, aber in der Rechtsprechung im Grundsatz abgelehnt wird¹⁹.

b) Ebenfalls umstritten ist die drittschützende Wirkung der *Subsidiaritätsklauseln*.²⁰ Diese Frage ist für Baden-Württemberg durch die Neufassung des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO jedoch geklärt: Diese Vorschrift vermittelt nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers „Drittschutzwirkung für private Anbieter“.²¹ Damit ist jedoch noch nicht die umstrittene Frage beantwortet, ob die Vorgaben der GemO insgesamt drittschützend sind (s. o.) und daher ein Verstoß z. B. gegen den öffentlichen Zweck von privaten Konkurrenten geltend gemacht werden kann. Im Ergebnis sprechen sehr gute Gründe dafür, in der kommunalen Wirtschaftstätigkeit einen Eingriff in die Berufsfreiheit zu sehen. In der Tat ist Art. 12 Abs. 1 GG zwar ein Wettbewerbsprinzip immanent, aufgrund dessen die Konkurrenz anderer Anbieter grundsätzlich nicht in dieses Grundrecht eingreift. Dieses Argument gilt aber mangels Grundrechtsberechtigung nicht für die öffentliche Wirtschaftstätigkeit. Soweit die Marktchancen privater Anbieter spürbar verschlechtert werden, ist daher deren Berufsfreiheit beeinträchtigt. Dieser Eingriff kann durch die Gemeindegewirtschaftsvorschriften gerechtfertigt werden – wenn deren Voraussetzungen erfüllt sind.

c) Für eine Klage aufgrund eines Verstoßes gegen die §§ 102 ff. GemO ist der *Verwaltungsrechtsweg* nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet. Es handelt sich um öffentlich-rechtliche Vorschriften, da durch diese allein Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet werden.²² Der betroffene Konkurrent kann – je nach Konstellation – die Kommune entweder auf Unterlassung oder auf Einwirkung auf die von ihr beherrschten Unternehmen in Anspruch nehmen.

III. Örtlichkeitsklausel

Die zweite wichtige Änderung der gemeindegewirtschaftlichen Vorschriften betrifft den *Gebietsbezug* der Kommunalwirtschaft. Die Betätigung kommunaler Unternehmen außerhalb des Gebiets der Trägergemeinde ist vielfach beschrieben worden.²³ Die kommunale Seite fordert die Erlaubnis solcher Betätigungen, um nicht gegenüber Privatunternehmen benachteiligt zu sein. Verschiedene Bundesländer haben daher in den vergangenen Jahren Vorschriften erlassen, nach denen exterritoriale Betätigungen unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt sind.²⁴ Auch der baden-württembergische Gesetzgeber hat nunmehr mit dem neuen § 102 Abs. 7 GemO eine solche Regelung erlassen. Danach ist die Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets zulässig, wenn bei wirtschaftlicher Betätigung die Voraussetzungen des § 102 Abs. 1 GemO vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen Gemeinden gewahrt sind (§ 102 Abs. 7 S. 1 GemO). Bei der Versorgung mit Strom und Gas gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach den maßgeblichen Vorschriften eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen (§ 102 Abs. 7 S. 2 GemO). Eine spezielle Bestimmung über die wirtschaftliche Tätigkeit im Ausland findet sich im Gegensatz zu einigen anderen Bundesländern²⁵ nicht.

Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers soll § 102 Abs. 7 GemO n. F. die Handlungsmöglichkeiten der Kommunen erweitern und ihrer Forderung nach Chancengleichheit im Wettbewerb nachkommen. Es erscheint jedoch sehr zweifelhaft, ob die

Gesetzesänderung geeignet ist, diese Ziele zu erreichen. Durch den Verweis auf die allgemeinen Voraussetzungen des § 102 Abs. 1 GemO stellt die neue Vorschrift selbst hohe Anforderungen für eine überörtliche Betätigung auf (unten 1.). Zudem gebietet eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift deren zurückhaltende Anwendung (unten 2.). Eine absolute Gebietsbeschränkung ist zwar verfassungsrechtlich nicht vorgegeben. Es bestehen jedoch verschiedene im Ergebnis ähnlich wirkende Beschränkungen, weshalb eine einfachgesetzliche Ausdehnung des kommunalwirtschaftlichen Tätigkeitsbereichs an Grenzen stößt.

1. „Eigenbeschränkung“ des neuen § 102 Abs. 7 GemO

Nach § 102 Abs. 7 S. 1 GemO müssen für eine kommunale wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets unter anderem die Voraussetzungen des § 102 Abs. 1 GemO vorliegen. Danach sind erforderlich

- die Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck (§ 102 Abs. 1 Nr. 1 GemO),
- ein angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf (§ 102 Abs. 1 Nr. 2 GemO) und
- die Einhaltung der Subsidiaritätsklausel (§ 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO).

Zudem müssen die berechtigten Interessen der betroffenen Gemeinden gewahrt sein (§ 102 Abs. 7 S. 1 GemO). Bei der Versorgung mit Strom und Gas gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach den maßgeblichen Vorschriften eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen (§ 102 Abs. 7 S. 2 GemO).

Wie wirken sich diese Voraussetzungen im Rahmen des neuen § 102 Abs. 7 GemO aus? Können bei den gebietsüberschreitenden Betätigungen andere Maßstäbe angelegt werden als bei der allgemeinen Bestimmung des kommunalwirtschaftlichen Aufgabengereichs nach § 102 Abs. 1 GemO?²⁶

a) Öffentliche Zwecke überörtlicher Tätigkeiten

Gem. § 102 Abs. 7 i. V. m. § 102 Abs. 1 Nr. 1 GemO muss auch bei einer Tätigkeit außerhalb des eigenen Gemeindegebiets ein *öffentlicher Zweck* das Unternehmen rechtfertigen. Welche Vo-

¹⁷ So zu § 107 Abs. 1 Nr. 1 GemO NW OVG NW, Beschl. v. 13. 8. 2003 – 15 B 1137/03 – DVBl. 2004, 133, 134 m. w. N. auch zur Gegenansicht (dazu die Anm. von *Schliesky*, DVBl. 2004, 138 und *Antweiler*, NVwZ 2003, 1466); ebenso OVG NW, Beschl. v. 12. 10. 2004 – 15 B 1873/04 u. 1889/04 – sowie Beschl. v. 23. 3. 2005 – 15 B 123/05 – GewArch 2006, 122; aus der Literatur vgl. die Nachweise bei *Köster*, KommJur 2004, 241, 242 Fn. 8.

¹⁸ Dazu etwa *Schmittat*, ZHR 148 (1984), S. 428 (448 ff.); *Tettinger*, DVBl. 1999, 679, 684 ff.; *Hösch*, DÖV 2000, 393, 396 ff.

¹⁹ Z. B. VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 6. 3. 2006 – 1 S 2490/05 – GewArch 2006, 211, 213 m. w. N.

²⁰ Eine solche Wirkung (von § 85 Abs. 1 Nr. 3 GemO Rh-Pf) bejahend VerfGH Rh-Pf, Urt. v. 28. 3. 2000 – VGH N 12/98 – DVBl. 2000, 992; *Pünder/Dittmar*, JURA 2005, 760, 764 m. w. N. Einen Drittschutz von § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO a. F. ablehnend OLG Karlsruhe, Urt. v. 16. 11. 2000 – 4 U 171/99 – NVwZ 2001, 712, 713; VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 6. 3. 2006 – 1 S 2490/05 – GewArch 2006, 211; zur drittschützenden Funktion der vor einigen Jahren in Sachsen eingeführten Subsidiaritätsklausel vgl. *Sollondz*, LKV 2003, 297, 300 ff.; näher zu dieser Thematik *Köster*, KommJur 2004, 241, 243 f.

²¹ Begründung des Gesetzesentwurfs (oben Fn. 13), S. 9; ebenso VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 6. 3. 2006 – 1 S 2490/05 – GewArch 2006, 211.

²² OVG NW, Beschl. v. 13. 8. 2003 – 15 B 1137/03 – DVBl. 2004, 133.

²³ Ausführlich dazu *Heilshorn*, Gebietsbezug (s. o. Fn. 1); zudem *Gern*, NJW 2002, 2593 ff.; *Guckelberger*, BayVBl. 2006, 293 ff.; *Jarass*, DVBl. 2006, 1 ff.

²⁴ Zu diesen Vorschriften jüngst *Guckelberger*, BayVBl. 2006, 293 ff.; zudem *Heilshorn*, Gebietsbezug (s. o. Fn. 1), S. 48–50.

²⁵ § 107 Abs. 4 GemO NW; § 101 Abs. 3 GemO SH.

²⁶ In diese Richtung *Guckelberger*, BayVBl. 2006, 293, 297; *Jarass*, DVBl. 2006, 1, 10: Der Zweck müsse „nicht notwendig auf des Gemeindegebiet bezogen“ sein; vgl. auch Vergabekammer Münster, Beschl. v. 10. 2. 2005 – VK 35/04: „Durch die Einführung des § 107 Abs. 3 GemO NW hat der Gesetzgeber für grenzüberschreitende Tätigkeiten wirtschaftli-

raussetzungen werden dadurch für die außergebietliche Betätigung aufgestellt? Die Antwort darauf erfordert zunächst einen Blick auf den allgemeinen Aussagegehalt des öffentlichen Zwecks.

Diese zentrale Zulässigkeitsvoraussetzung fordert eine sozialwirtschaftliche Zielsetzung der Kommune.²⁷ Davon erfasst werden insbesondere die Maßnahmen der *Daseinsvorsorge*, die den Gemeinden innerhalb des ihnen zugewiesenen Aufgabenbereiches als Bestandteil ihres Selbstverwaltungsrechts gewährleistet sind. Neben dieser Bereitstellung existenziell notwendiger Dienst- und Sachleistungen wird ein öffentlicher Zweck jedoch auch erfüllt z. B. durch Maßnahmen zur Verbesserung der örtlichen Infrastruktur, Umweltschutzmaßnahmen, Monopolkontrolle oder Förderung der örtlichen Wirtschaft.²⁸ Daraus ist zunächst ein breit gefächertes Aufgabenspektrum abzuleiten, für dessen nähere Ausgestaltung den Kommunen zudem ein Beurteilungsspielraum einzuräumen ist.²⁹

Zwei weitere Kriterien führen jedoch zu einer deutlichen Eingrenzung des kommunalen Handlungsmandates, was gerade in Bezug auf überörtliche Tätigkeiten bedeutsam wird. Zum einen weisen sämtliche kommunalen Aufgaben einen bestimmten personellen Bezug auf. Die genannten (und andere) Zielsetzungen müssen immer auf eine *Förderung des Wohls der eigenen Einwohner* ausgerichtet sein, um zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu zählen.³⁰ Zum anderen stellt die *alleinige Gewinnerzielungsabsicht* keinen öffentlichen Zweck dar. Ein kommunales Unternehmen muss „durch seine Leistung, nicht nur mittelbar durch seine Gewinne und Erträge dem Wohl der Gemeindebürger dienen. Rein erwerbswirtschaftlich-fiskalische Unternehmen sind den Gemeinden untersagt.“³¹ Zulässig sind jedoch nach überwiegender Ansicht die sog. *Randnutzungen* oder *Annex-tätigkeiten*, die z. B. der Nutzung von Überkapazitäten oder sonst brachliegenden Wirtschaftspotenzials dienen. Diese dürfen allein zum Zweck der Gewinnerzielung erfolgen.³² Diese beiden Kriterien führen gerade in ihrer Kombination zu einer deutlichen Einschränkung des überörtlichen Aufgabenkreises. So lassen sich – abgesehen insbesondere von den zulässigen Formen der interkommunalen Zusammenarbeit – kaum Betätigungen außerhalb des eigenen Gemeindegebiets finden, die dem Wohl der eigenen Einwohner dienen, ohne allein der Gewinnerzielung zu dienen.

Gelten diese Maßstäbe nun nicht mehr, weil der Gesetzgeber eine Lockerung des Gebietsbezugs angestrebt hat?³³ Immerhin verweist die neue „Gebietsklausel“ ausdrücklich auf den erforderlichen öffentlichen Zweck (§ 102 Abs. 1 Nr. 1 GemO). Zudem können dem gesetzgeberischen Willen keine konkreten Anhaltspunkte für die Bestimmung zulässiger Tätigkeiten außerhalb des Gebiets entnommen werden. Der Gesetzgeber hat durch die Aufnahme von § 102 Abs. 7 GemO zwar selbst einen Schritt vor, durch den Verweis auf die Schrankentrias des § 102 Abs. 1 GemO aber zugleich mindestens einen halben Schritt zurück gemacht. Wenn der Gesetzgeber trotzdem den kommunalen Handlungsspielraum hätte deutlich erweitern wollen, hätte er es nicht bei dem Verweis auf § 102 Abs. 1 GemO belassen dürfen, sondern die jetzt eingeführte Erweiterung zumindest in der Gesetzesbegründung näher darlegen müssen. Schon seit Längerem liegen verschiedene kritische Stellungnahmen zur einfachgesetzlichen Zulassung überörtlicher Betätigungen vor.³⁴ Auch das Gesetz zur Änderung des Gemeindefortschrittsrechts wurde hinsichtlich der einzelnen Neuregelungen intensiv und kontrovers diskutiert. Es soll einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen von Privat- und Kommunalwirtschaft bewirken. Vor allem die Subsidiaritätsklausel soll die Rechte der Privatwirtschaft stärken und einer übermäßigen Ausweitung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden entgegenwirken. Aus diesen Gründen erscheint es ausgeschlossen, unter Hinweis auf den Willen des Gesetzgebers die anerkannten Grundsätze zur Auslegung des öffentlichen Zwecks außer Acht zu lassen und den Gemein-

den ein weitreichendes Handlungsmandat außerhalb ihres eigenen Gebiets zuzugestehen.

b) Leistungsfähigkeit und voraussichtlicher Bedarf

Auch überörtlich tätige Unternehmen müssen in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen (§ 102 Abs. 7 i. V. m. § 102 Abs. 1 Nr. 2 GemO).

Das Kriterium der *Leistungsfähigkeit* soll verhindern, dass die Gemeinde Unternehmen betreibt, die ihre organisatorischen oder finanziellen Mittel übersteigen. Dies kann für überörtlich tätige Unternehmen durchaus relevant werden, da deren Steuerung bei einem weit gespannten Tätigkeitsfeld schwierig werden oder große finanzielle Risiken drohen können. Die erforderliche *Bedarfsorientierung* hat hier jedoch keinen spezifischen Bezug zu den Gemeindeeinwohnern, sondern orientiert sich an dem potenziellen Absatzmarkt des (überörtlich) tätigen Unternehmens. Wenn insoweit keine Überkapazitäten oder Fehlinvestitionen drohen, führt § 102 Abs. 7 i. V. m. § 102 Abs. 1 Nr. 2 GemO nicht zu einer Beschränkung des kommunalen Handlungsmandats im Sinne eines Gebietsbezugs.³⁵

d) Subsidiaritätsklausel und überörtliche Tätigkeiten

Auch die – durch dasselbe Gesetz verschärfte – *Subsidiaritätsklausel* ist bei einer überörtlichen kommunalwirtschaftlichen Betätigung einzuhalten.

Diese Klausel ist zwar nur „außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge“ anwendbar. Die *kommunale* Daseinsvorsorge hat sich jedoch an der Versorgung der eigenen Einwohner zu orientieren. Dies ist bei einer überörtlichen Betätigung kaum denkbar, sodass die Subsidiaritätsklausel hier in aller Regel anwendbar ist. Wenn z. B. eine südbadische Gemeinde die Abfallentsorgung in Stuttgart betreiben würde, diene diese Betätigung nicht der Daseinsvorsorge, sondern der Gewinnerzielung.³⁶ Dann kommt aber auch die Subsidiaritätsklausel zur Anwendung, die in ihrer neuen Fassung der Privatwirtschaft Vorrang einräumt. Eine solche Auslegung steht auch in Einklang mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, der die kommunalen Aufgaben als Angelegenheiten der *örtlichen Gemeinschaft* beschreibt. Diesen – einwohnerbezogenen – Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung soll auch die Beschränkung des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO schützen, nach der die Subsidiaritätsklausel nicht im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge anwendbar ist. Diese Klausel führt damit bei überörtli-

cher Art dieses Territorialprinzip aufgehoben bzw. aufgegeben. Das kann dann nicht wieder durch die weitere Prüfung des § 107 Abs. 1 GemO NW einbezogen werden (...).“

²⁷ Zum Begriff der „sozialwirtschaftlichen Betätigungen“ *Scholz/Isensee*, Zur Krankenversicherung der Studenten, 1973, S. 6 ff.; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 89 ff.

²⁸ Dazu *Moraing*, WiVerw 1998, 233, 252; *Ehlers*, DVBl. 1998, 497, 498 f.; *Heilshorn*, Gebietsbezug (s. o. Fn. 1), S. 37–39.

²⁹ Grundlegend BVerwG, Urt. v. 22. 2. 1972 – I C 24.69 – BVerwGE 39, 329, 334.

³⁰ Vgl. § 1 Abs. 2 GemO: „Die Gemeinde fördert in bürgerschaftlicher Selbstverwaltung das gemeinsame Wohl ihrer Einwohner und erfüllt die ihr von Land und Bund zugewiesenen Aufgaben.“

³¹ BVerfG, Beschl. v. 8. 7. 1982 – 2 BvR 1187/80 – BVerfGE 61, 82, 107; ebenso z. B. *Ehlers*, DVBl. 1998, 497, 499; weitere Nachweise bei *Heilshorn*, Gebietsbezug (s. o. Fn. 1), S. 39 f., 147.

³² Bsp.: Vermietung von Werbeflächen auf Straßenbahnen; Vermietung von Räumen für ein Fitness-Studio auf einem Parkhaus (dazu OVG NW, Beschl. v. 13. 8. 2003 – 15 B 1137/03 – DVBl. 2004, 133).

³³ In diese Richtung *Guckelberger*, BayVBl. 2006, 293, 297.

³⁴ Vgl. *Ehlers*, NWVBl. 2000, 1 ff.; *Löwer*, NWVBl. 2000, 241, 243 ff.; *Heilshorn*, VerwArch 2005, 88 ff.

³⁵ Anders wohl *Guckelberger*, BayVBl. 2006, 293, 297: „Bedarf der sich überörtlich betätigenden Gemeinde.“

³⁶ Insoweit zutreffend die Begründung zur Änderung der GemO im Jahre 1999 (vgl. oben Fn. 2): „Unter den Begriff der Daseinsvorsorge fallen, jeweils grundsätzlich bezogen auf den örtlichen Wirkungskreis (...)“, LT-Drs. 12/4055, S. 24.

chen Tätigkeiten in aller Regel dazu, dass bei einem gleichwertigen privaten Angebot ein kommunales Tätigwerden ausscheidet.

2. Interessen der betroffenen Kommunen

Die *berechtigten Interessen betroffener Kommunen* müssen bei einer überörtlichen Tätigkeit ebenfalls gewahrt werden (§ 102 Abs. 7 S. 1 GemO). Nach dem Verständnis der Landesregierung fordert dies grundsätzlich „eine Einigung mit der betroffenen Kommune“. Eine solche Einigung ist jedenfalls erforderlich, wenn ein berechtigtes Interesse der anderen Kommune an einer alleinigen Aufgabenwahrnehmung besteht. Die sich wirtschaftlich betätigende Kommune muss die Erfüllung von Aufgaben beeinträchtigen, welche von der betroffenen Kommune innerhalb ihres Aufgabenspektrums zulässigerweise wahrgenommen werden.

Eine fehlende Betroffenheit oder die Zustimmung der betroffenen Gemeinde erweitern jedoch nicht die Handlungsmöglichkeiten der sich wirtschaftlich betätigenden Gemeinde über ihr sonstiges Handlungsmandat hinaus. Insbesondere wenn kein öffentlicher Zweck vorliegt, wird die Betätigung nicht etwa aufgrund der Zustimmung der betroffenen Kommune zulässig. Gerade das Instrument der interkommunalen Zusammenarbeit ermöglicht jedoch die Gründung von oder Beteiligung an überregional tätigen Unternehmen, wenn die beteiligten Gemeinden dadurch legitime Ziele verfolgen – wie z. B. die Versorgung der eigenen Einwohner.

3. Zwischenergebnis

Damit ergibt sich folgender *einfachgesetzlicher Befund*:

Überörtliche kommunalwirtschaftliche Tätigkeiten sind jetzt ausdrücklich zugelassen. Der Verweis auf die allgemeinen Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Betätigung führt jedoch zu einer wesentlichen Einschränkung der durch den neuen § 102 Abs. 7 GemO zugelassenen Tätigkeiten. Dies gilt vor allem für den erforderlichen öffentlichen Zweck. Dieser wird auch außerhalb des Gemeindegebiets grundsätzlich nicht durch eine reine Gewinnerzielungsabsicht erfüllt. Ausnahmen bilden hier vor allem die sog. Randnutzungen und Annex-tätigkeiten. Daseinsvorsorgerische kommunale Zwecke lassen sich außerhalb des eigenen Gebiets nur schwer finden. Beschränkungen können sich zudem aus dem Kriterium der Leistungsfähigkeit ergeben, nach dem die organisatorischen und finanziellen Mittel der Gemeinde zu berücksichtigen sind. Gleiches gilt für die Subsidiaritätsklausel, die – in ihrer jetzt verschärften Form – auch bei sämtlichen überörtlichen Tätigkeiten einzuhalten ist. Ein gleichwertiges privates Angebot steht einem kommunalen Unternehmen entgegen. Ebenfalls zu beachten sind die Interessen anderer Kommunen. Ein wesentlicher Anwendungsfall zulässiger überörtlicher Tätigkeiten ist nach wie vor die interkommunale Zusammenarbeit, soweit die beteiligten Kommunen legitime Zwecke verfolgen.

4. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Auch verschiedene verfassungsrechtliche Vorgaben gebieten eine einschränkende Auslegung der einfachgesetzlichen Vorschriften, welche die überörtliche Wirtschaftstätigkeit zulassen.

Zwar lässt sich auch verfassungsrechtlich eine absolute Gebietsbeschränkung nicht begründen. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ermächtigt die Gemeinden, alle „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ wahrzunehmen.³⁷ Mit der „örtlichen Gemeinschaft“ benennt diese Vorschrift zwar eine räumliche Komponente. Deren Bezugspunkt ist mit der „Gemeinschaft“ jedoch eine bestimmte Personengruppe, kein Gebiet.³⁸ Die allgemeinen einfachgesetzlichen Vorschriften enthalten zwar eindeutige Hinweise auf das Gemeindegebiet³⁹, sollen aber den verfassungsrechtlich festgelegten Aufgabenbereich nicht beschränken. Eine nur eingeschränkte Zulässigkeit überörtlicher kommunalwirtschaftlicher Betätigungen ergibt sich jedoch aus anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben.⁴⁰

a) Zweckbindung

Auch ohne einfachgesetzliche Forderung nach einem öffentlichen Zweck müssen sämtliche Betätigungen eines Verwaltungsträgers durch einen solchen gerechtfertigt sein.⁴¹ Dies gilt auch für die kommunale Wirtschaftstätigkeit.⁴² Wie bereits dargestellt ergeben sich vor allem aus der notwendigen Förderung des Wohls der eigenen Einwohner und dem Ausschluss der reinen Gewinnerzielungsabsicht⁴³ deutliche Handlungsschranken. Eine Aufhebung der notwendigen öffentlichen Zwecksetzung durch den Gesetzgeber ist nicht möglich.

b) Demokratieprinzip

Kommunale Selbstverwaltung und Demokratie stehen in einem besonderen Spannungsfeld. Auf der einen Seite wurzelt der moderne Selbstverwaltungsgedanke zu wesentlichen Teilen im Demokratieprinzip.⁴⁴ Dieses begrenzt jedoch zugleich die kommunalen Handlungsbefugnisse. Die geforderte politische Selbstbestimmung macht die Beteiligung der jeweils von den zu entscheidenden Angelegenheiten Betroffenen an der politischen Willensbildung notwendig.⁴⁵

Betroffene private Konkurrenten müssen daher in den demokratischen Entscheidungsprozess einbezogen werden, welcher der kommunalwirtschaftlichen Betätigung zugrunde liegt. Dies ist jedoch nicht gewährleistet. Gerade im Bereich der Selbstverwaltungsaufgaben beruht die demokratische Legitimation nur auf einer eingeschränkten Legitimationsbasis.⁴⁶ Hier fehlt es grundsätzlich an einer inhaltlichen Ableitung der kommunalen Handlungen aus dem Willen des Staatsvolkes. Auch die personelle Legitimation der Gemeindeorgane beruht nur auf den Gemeindewahlen (vgl. Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG). Daher ist die gemeindliche Legitimation zu einem wesentlichen Teil auf die Gemeindeeinwohner als Ausschnitt aus dem Gesamtvolk zurückzuführen. Die Kommunen können sich somit für ihre wirtschaftlichen Betätigungen nicht auf eine ausreichende demokratische Legitimation gegenüber Nicht-einwohnern berufen. Soweit eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschritten ist, stehen daher demokratische Grundsätze einer wirtschaftlichen Betätigung außerhalb des eigenen Gebiets grundsätzlich entgegen. Eine Zustimmung der betroffenen Kommune kann das vorhandene Legitimationsdefizit kompensieren. Dies gilt jedoch in der Regel nicht für ein die kommunale Wirtschaftstätigkeit außerhalb des Gemeindegebiets erlaubendes Landesgesetz. Dadurch wird zwar die Legitimationsbasis auf das jeweilige Landesvolk erweitert. Es fehlt aber an dem für die demokratische Legitimation notwendigen effektiven Einfluss⁴⁷, soweit eine inhaltliche Steuerung der betreffenden Wirtschaftstätigkeit nicht ermöglicht

37 Zur Kompetenzgebundenheit der kommunalen Wirtschaftstätigkeit Heilshorn, VerwArch 2005, 88, 90–93.

38 Jarass, DVBl. 2006, 1, 2 spricht dagegen von einer erforderlichen „räumlichen Komponente“.

39 Vgl. z. B. § 2 Abs. 1 GemO: „Die Gemeinden verwalten in ihrem Gebiet alle öffentlichen Aufgaben (...)“.

40 Dazu im Einzelnen Heilshorn, Gebietsbezug (s. o. Fn. 1), S. 100–161.

41 So etwa BVerfG, Urt. v. 17. 5. 1961 – 1 BvR 561/60 – BVerfGE 12, 354, 364 ff.

42 RhPfVerfGH, Urt. v. 28. 3. 2000 – N 12/98 – NVwZ 2000, 801; Ehlers, NWVBl. 2000, 1, 4.

43 Dazu etwa Isensee, DB 1979, 145, 149; Stober, BB 1989, 716, 719 f.; Hösch, WiVerw. 2000, 159, 160; a. A. Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 86 ff. Zur Erlaubnis erwerbswirtschaftlicher Randnutzungen BVerwG, Urt. v. 21. 4. 1989 – 7 C 48/88 – BVerwGE 82, 29, 33 f.

44 Vgl. Scheuner, in: ders., Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 567 ff.; Hill, Die politisch-demokratische Funktion der kommunalen Selbstverwaltung nach der Reform, 1987; siehe auch § 1 Abs. 1 GemO BW: „Die Gemeinde ist Grundlage und Glied des demokratischen Staates.“

45 Dazu und zum Folgenden Heilshorn, Gebietsbezug (s. o. Fn. 1), S. 101–132 m. v. N. Zu den Komponenten der demokratischen Legitimation vgl. Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), S. 329 (355 ff.).

46 Dazu z. B. Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 362 f.

47 Hierzu BVerfG, Urt. v. 31. 10. 1990 – 2 BvF 3/89 –, BVerfGE 83, 60, 71 f.; BVerfG, Beschl. v. 24. 5. 1995 – 2 BvF 1/92 – BVerfGE 93, 37, 66.

wird. Auch die Neuregelung in Baden-Württemberg verweist nur auf die allgemeinen Voraussetzungen einer kommunalwirtschaftlichen Betätigung, ohne dass weitere Einflussmöglichkeiten des Landesvolkes auf die konkrete Tätigkeit bestehen.

c) Das Selbstverwaltungsrecht betroffener Gemeinden

Die in § 102 Abs. 7 GemO genannten berechtigten Interessen der betroffenen Gemeinden sind ebenfalls verfassungsrechtlich durch deren Selbstverwaltungsrecht abgesichert.⁴⁸ Auch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG kann der überörtlichen Wirtschaftstätigkeit einer Gemeinde entgegenstehen.⁴⁹ Wenn die ordnungsgemäße Aufgabewahrnehmung einer Gemeinde durch die Betätigung einer Fremdgemeinde beeinträchtigt wird, hat die betroffene Gemeinde unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG abzuleitende Selbstverwaltungsrechte.

Mit diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben ist die baden-württembergische Neuregelung grundsätzlich vereinbar, da sie die berechtigten Interessen betroffener Gemeinden ausdrücklich als einschränkendes Merkmal aufführt. Problematisch ist jedoch die Beschränkung, dass bei der Versorgung mit Strom und Gas nur die Interessen als berechtigt gelten, die nach den maßgeblichen Vorschriften eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen (§ 102 Abs. 7 S. 2 GemO). Mit den maßgeblichen Vorschriften ist insbesondere das Energiewirtschaftsgesetz in Bezug genommen. In dieser Beschränkung der Abwehrrechte der betroffenen Kommune liegt ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in deren Selbstverwaltungsrecht. Der rechtfertigende Grund könnte zwar in den berechtigten Interessen der sich überörtlich betätigenden Gemeinden liegen. Solche berechtigten Interessen liegen in aller Regel aber nicht vor. Überörtliche kommunalwirtschaftliche Betätigungen dienen zumeist keinem öffentlichen Zweck, sondern der reinen Gewinnerzielung. Dies rechtfertigt keine Einschränkung des Selbstverwaltungsrechts anderer Gemeinden. Allgemeine wettbewerbliche Überlegungen rechtfertigen jedenfalls keine erheblichen Eingriffe in das kommunale Selbstverwaltungsrecht. Insoweit bedarf § 102 Abs. 7 S. 2 GemO zumindest einer verfassungskonformen Auslegung.⁵⁰

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Das baden-württembergische Gesetz zur Änderung des Gemeindegewirtschaftsrechts vom 30. 11. 2005 wird die Diskussionen über den zulässigen Umfang kommunalwirtschaftlicher Betätigungen nicht verstummen lassen. Der Gesetzgeber hat mit diesem Gesetz sehr unterschiedliche Ziele verfolgt, die nur teilweise erreicht werden. Sowohl die geänderte Subsidiaritätsklausel als auch der neue § 102 Abs. 7 GemO führen nur in wenigen Fällen zu anderen Ergebnissen, als es nach der früheren Rechtslage der Fall war.

Der Anwendungsbereich der geänderten *Subsidiaritätsklausel* ist aus verschiedenen Gründen eingeschränkt. Sie gilt nicht innerhalb des Ausschlusskataloges nach § 102 Abs. 4 GemO und nicht bei daseinsvorsorgerischen Tätigkeiten. Auch inhaltlich bringt die Änderung des § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO im Ergebnis nicht viel Neues. Bei einem gleichwertigen Angebot privater Anbieter mussten bereits nach der alten Gesetzesfassung gute Gründe für eine kommunalwirtschaftliche Betätigung vorliegen, damit der öffentliche Zweck bejaht werden konnte. Auch jetzt kann die Gemeinde trotz gleichwertigen Konkurrenzangebots z. B. aus sozialen oder ökologischen Gründen tätig werden, wobei ihr sogar ein Beurteilungsspielraum zugestanden wird. Es dürfte damit nur wenige Fälle geben, die nach alter und neuer Rechtslage unterschiedlich zu beurteilen sind. Erhöht werden allerdings die Darlegungs- und Begründungspflichten der Kommunen, was in der Praxis zu sorgfältigeren Prüfungen vor Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung führen dürfte. Eine wesentliche Neuerung besteht in der Anerkennung einer drittschützenden Funktion der Subsidiaritätsklausel. Private Konkurrenten werden daher künftig wohl verstärkt von den ihnen zustehenden Überprüfungsmöglichkeiten Gebrauch machen. Dies könnte im Vergleich zur Rechtsaufsicht, die sich im Bereich der Kommunalwirtschaft bislang als recht „stumpfes Schwert“ erwiesen hat, ein deutlich wirksameres Prüfungsinstrument darstellen. Abgesehen davon sind etwaige Wettbewerbsvorteile der Privatwirtschaft aufgrund der Neuregelung jedoch begrenzt.

Auch die *Lockerung des Gebietsbezuges* durch § 102 Abs. 7 GemO bringt keine grundlegenden Neuerungen. Weiterhin müssen die allgemeinen Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Betätigung vorliegen. Zudem wirken verschiedene verfassungsrechtliche Vorgaben einschränkend. Auch bislang bestand keine strenge Gebietsbeschränkung. Im Grundsatz war zwar von einer Überschreitung des kommunalen Handlungsmandates bei einer außergebietlichen Tätigkeit auszugehen. Verschiedene gebietsüberschreitende Tätigkeiten waren jedoch zulässig, was vor allem für interkommunale Zusammenarbeit, Hilfstätigkeiten, Annextätigkeiten bzw. Randnutzungen und die Leistungsversorgung der eigenen Einwohner galt.⁵¹ Ebendiese Zielsetzungen sind es jedoch auch, welche nach der Novelle der GemO die wesentlichen Anwendungsfälle zulässiger überörtlicher Betätigungen sind. In Zweifelsfällen kann jedoch künftig die Intention des Gesetzgebers, die kommunalen Rechte zu stärken, den Ausschlag für die Bejahung einer zulässigen überörtlichen Betätigung geben.

⁴⁸ Ebenso Guckelberger, BayVBl. 2006, 293, 297 f.

⁴⁹ Dazu Ehlers, NWVBl. 2000, 1, 6; Held, WiVerw. 1998, 264, 266 f.;

Schink, NVwZ 2002, 129, 136; a. A. Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 212 f.

⁵⁰ Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken vgl. auch Schink, NVwZ 2002, 129, 136 f.; Pünder/Dittmar, JURA 2005, 760, 762 Fn. 36.

⁵¹ Dazu im Einzelnen Heilshorn, Gebietsbezug (s. o. Fn. 1), S. 189 ff.