

Öffentliches Wirtschaftsrecht

Ziekow

6. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-79928-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

bei diesen Anteilseignern ihrerseits um juristische Personen des Privatrechts handelt.

3. Haushaltsrecht

Einfachgesetzliche Rahmenbedingungen wirtschaftlicher Tätigkeit des Staates setzt das Haushaltsrecht. Oberste Leitlinie der öffentlichen Haushaltswirtschaft ist der gemäß Art. 114 II 1 GG auch mit Verfassungsrang ausgestattete **Grundsatz der Wirtschaftlichkeit**, der haushaltsgesetzlich durch den **Grundsatz der Sparsamkeit** ergänzt wird.⁷⁶ Das Wirtschaftlichkeitsprinzip zielt auf die Optimierung des Verhältnisses von Mitteleinsatz und Ergebnis ab, wobei entweder ein bestimmtes Ergebnis mit möglichst geringem Mitteleinsatz (Minimalprinzip) oder ein möglichst gutes Ergebnis mit einem vorgegebenen Mitteleinsatz (Maximalprinzip) angestrebt wird.⁷⁷ Sparsamkeit meint demgegenüber die Vermeidung unnötiger Ausgaben.⁷⁸ 34

Diese Grundsätze gelten auch für die unternehmerische Tätigkeit des Staates. Wie in § 7 I 2 der Haushaltsordnungen auf Bundes- und zumeist auch auf Landesebene niedergelegt, verpflichten sie zur Prüfung, inwieweit öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch **Ausgliederung oder Privatisierung** erfüllt werden können, was jedenfalls die Gründung der oben (→ Rn. 8 ff.) dargestellten öffentlichen Unternehmen, namentlich derjenigen in Privatrechtsform, in die Überlegungen einschließt.⁷⁹ Das Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzip spielt auch in die einschränkenden haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Gründung von bzw. die **Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen** durch die öffentliche Hand hinein, welche mit im Wesentlichen gleichem Inhalt in § 65 I der Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder niedergelegt sind. 35

Demnach sollen Gründungen bzw. Beteiligungen von Bund und Ländern nur dann erfolgen, wenn die nachstehend genannten Bedingungen erfüllt sind: 36

- Es liegt ein **wichtiges Interesse** des Bundes oder des Landes vor, was der Fall ist, wenn hierdurch bedeutsame Aufgaben der jeweiligen Körperschaft erfüllt werden, nicht aber, wenn die Beteiligung ausschließlich der Einnahmenerzielung dient.⁸⁰
- Hierdurch wird der Bezug zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben hergestellt.⁸¹
- Zugleich darf sich der angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lassen. Diese **Subsidiaritätsklausel**⁸² schließt die bereits in § 7 II 3 BHO vorgeschriebene, im Zuge eines Interessenbekundungsverfahrens anzustellende Prüfung ein, ob und inwieweit öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten nicht **mindestens ebenso gut durch private Anbieter** erbracht werden könnten.⁸³

⁷⁶ Siehe § 6 I HGrG und jeweils § 7 I der Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder, auf die sich die folgende Darstellung konzentriert. Zur wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen → Rn. 39 ff.

⁷⁷ So auch Nr. 1 VV-BHO § 7.

⁷⁸ Schmidt, Wirtschaftlichkeit in der öffentlichen Verwaltung, 7. Aufl. 2006, S. 49.

⁷⁹ Piduch, Bundeshaushaltsrecht/Nöhrbaß, 23. Aktualisierung, Stand 2022, § 7 BHO Rn. 16.

⁸⁰ Vgl. „Grundsätze guter Unternehmens- und Beteiligungsführung im Bereich des Bundes“, Beschluss der Bundesregierung v. 1.7.2009, B Rn. 7; Ehlers Jura 1999, 212 (214).

⁸¹ BVerfGE 61, 82 (107 f.).

⁸² Ruthig/Storr ÖffWirtschaftsR Rn. 709.

⁸³ Vgl. „Grundsätze guter Unternehmens- und Beteiligungsführung im Bereich des Bundes“, Beschluss der Bundesregierung v. 1.7.2009, B Rn. 9.

- Weiter muss die **Einzahlungsverpflichtung** des Bundes bzw. der Länder auf einen bestimmten Betrag **begrenzt** sein, wodurch mit einer persönlichen Haftung verbundene Beteiligungen etwa an einer GbR, OHG oder KG (als Komplementär) ausscheiden. Die öffentliche Hand muss außerdem einen **angemessenen Einfluss** erhalten, womit wiederum der Gedanke der **Beherrschung des Unternehmens** (→ Rn. 7) in Geltung tritt. Schließlich sind für Aufstellung und Prüfung von Jahresabschluss und Lagebericht die §§ 264 ff. HGB anzuwenden.

4. Wettbewerbsrecht

- 37 Wettbewerbsrechtlich sind zunächst die Vorgaben des AEUV einzuhalten (→ Rn. 21 ff.). Hinsichtlich der Anwendbarkeit deutschen Wettbewerbsrechts enthält § 185 I GWB eine eindeutige Regelung und erstreckt den **Geltungsbereich des GWB** auch auf öffentliche Unternehmen. Bedeutsame Vorgaben für wettbewerbswirksames Handeln des Staates als Auftraggeber enthält das Vergaberecht (→ § 9 Rn. 1 ff.).
- 38 Im Unterschied zum GWB fehlt im **UWG** eine entsprechende Vorschrift zur Anwendbarkeit auf öffentliche Unternehmen. Die Rspr. wendet jedoch § 3 UWG (§ 1 UWG aF) seit jeher auch auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand an, soweit das **Verhalten im Wettbewerb**, dh die Art und Weise (das „Wie“) ihrer Wettbewerbsbeteiligung betroffen ist.⁸⁴ Die Frage, inwieweit das UWG die Privatwirtschaft darüber hinaus vor dem **Zugang der öffentlichen Hand zum Markt** schützen will, mithin auch das „Ob“ staatlicher Wettbewerbsteilnahme erfasst, wird hingegen in der neueren Judikatur des BGH restriktiver beantwortet als zuvor.⁸⁵ Zur damit verbundenen Rechtsweg- und Drittschutzproblematik → Rn. 59 ff.

III. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden

1. Art. 28 II GG als Legitimationsgrundlage wirtschaftlicher Betätigung

- 39 Art. 28 II 1 GG sichert den Gemeinden im Rahmen der Gesetze einen grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassenden Aufgabenbereich sowie die Befugnis zu eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte in diesem Bereich.⁸⁶ Diese **institutionelle Garantie kommunaler Selbstverwaltung** schließt zum einen die Befugnis ein, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ohne speziellen Kompetenztitel anzunehmen („Universalität“ des gemeindlichen Wirkungskreises, „Allzuständigkeit“ der Gemeinde) und begründet folglich ein Aufgabenfindungsrecht.⁸⁷ Zum anderen beinhaltet sie die Entscheidungsbefugnis über die **Art und Weise** der Erledigung der örtlichen Angelegenheiten.⁸⁸
- 40 Insbesondere letztgenannte Berechtigung bildet eine verfassungsrechtliche Legitimationsgrundlage für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden.⁸⁹ Sie deutet auf zwei aus Art. 28 II GG abgeleitete Gemeindehoheiten hin, nämlich die **Organisa-**

⁸⁴ BGHZ 82, 375 (397); BGH NJW 1974, 1333; MDR 1987, 114; NJW 2002, 2645 (2648); NJW 2003, 752 (754).

⁸⁵ BGH NJW 2002, 2645 (2646 ff.).

⁸⁶ BVerfGE 26, 228 (237 f.); 79, 127 (143); 91, 228 (236).

⁸⁷ BVerfGE 79, 127 (146); Schink NVwZ 2002, 129 (133).

⁸⁸ BVerfGE 79, 127 (143).

⁸⁹ Schink NVwZ 2002, 129 (133).

tionshoheit und die **Finanzhoheit**. Erstere räumt den Gemeinden einen Spielraum hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer Organisation, der Abläufe und Entscheidungszuständigkeiten ein.⁹⁰ Letztere garantiert die Befugnis zur eigenverantwortlichen Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft⁹¹ sowie eine aufgabenadäquate Finanzausstattung (Art. 28 II 3 GG).⁹² Gemeindegewirtschaft, Daseinsvorsorge und Verwaltung der öffentlichen Einrichtungen sind essentielle Bestandteile der kommunalen Selbstverwaltung.

Die aus Art. 28 II GG abgeleitete Befugnis zu wirtschaftlicher Betätigung gilt jedoch nicht schrankenlos. In sachlicher Hinsicht setzt Verfassungsrecht, wie bereits dargelegt (→ Rn. 39), insofern eine Grenze, als wirtschaftliches Staatshandeln stets unmittelbar mit der **Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe** verknüpft sein muss, die im Vordergrund zu stehen hat. Hierbei ist im kommunalen Bereich freilich nicht zwingend erforderlich, dass es sich um eine Aufgabe der Daseinsvorsorge handelt.⁹³ Allerdings sind rein erwerbswirtschaftliche, nur auf Gewinnerzielung ausgerichtete, Gemeinwohlzwecken allenfalls mittelbar dienende Tätigkeiten nach h. M. auch auf kommunaler Ebene unzulässig.⁹⁴ Selbst eine entgegen Art. 28 II 3 GG unzureichende Finanzausstattung gestattet es den Gemeinden nicht, sich losgelöst von ihrem Aufgabenkreis unter Berufung auf die – nur im Rahmen dieses Aufgabenkreises gewährte – Finanzhoheit beliebig neue Einnahmequellen zu erschließen. 41

Darüber hinaus enthält Art. 28 II GG in räumlicher Hinsicht eine Kompetenzgrenze für **wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets**, da „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ nur solche sind, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben (→ Rn. 51 ff.).

2. Kommunalverfassungsrechtliche Beschränkungen in sachlicher Hinsicht

Konkrete Vorgaben zu Umfang und Grenzen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung als gesetzliche Rahmenbedingungen iSv Art. 28 II 1 GG enthalten die Gemeindeordnungen. In sachlicher Hinsicht bestimmen die Gemeindeordnungen zunächst, unter welchen **Bedingungen eine wirtschaftliche Betätigung** in der Form eines öffentlichen Unternehmens an sich zulässig ist. Sodann normieren sie zusätzliche Voraussetzungen für die Führung von Unternehmen in Privatrechtsform. 42

⁹⁰ BVerfGE 38, 258 (278 ff.); 91, 228 (236).

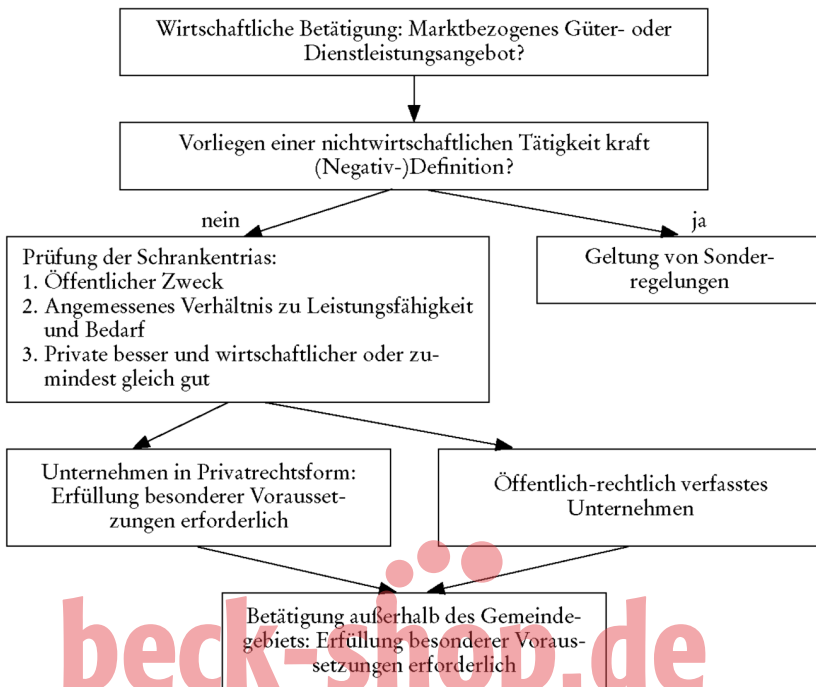
⁹¹ BVerfGE 26, 228 (244).

⁹² BVerwGE 106, 282 (289).

⁹³ BVerwGE 39, 329 (333 f.).

⁹⁴ BVerfGE 61, 82 (107 f.); Geis, Kommunalrecht, 6. Aufl. 2023, § 12 Rn. 77.

Übersicht Prüfung der Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Betätigung einer Gemeinde



a) Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung im Allgemeinen

aa) Zum Begriff „wirtschaftliche Betätigung“

- 43 Wie bereits dargelegt (→ Rn. 6) finden sich (nur) in einigen Gemeindeordnungen Begriffsdefinitionen für „wirtschaftliche Betätigung“, während sämtliche Kommunalverfassungen **Negativtatbestände** enthalten, die bestimmte Tätigkeiten über eine Fiktion vom Geltungsbereich der Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung ausnehmen. Den **Positivbestimmungen** zufolge handelt es sich bei wirtschaftlicher Betätigung um das Herstellen, Anbieten oder Verteilen von Gütern oder Dienstleistungen am Markt, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden könnte.⁹⁵ Nicht als wirtschaftlich, wenngleich sie nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu führen sind, gelten nach den Gemeindeordnungen regelmäßig Unternehmen, zu denen die Gemeinde verpflichtet ist, ferner zahlreiche Einrichtungen der Daseinsvorsorge (namentlich aus den Bereichen Kultur/Erziehung/Bildung, Sport/Erholung und Gesundheits-/Sozialwesen, zT auch Umweltschutz) sowie Hilfsbetriebe zur Deckung des Eigenbedarfs.⁹⁶

⁹⁵ § 91 I 1 BbgKVerf; § 107 I 3 NRWGO.

⁹⁶ § 102 IV BWGemO; § 136 III NKomVG; § 85 IV RhPfGemO; § 101 IV SchlHGO. Zur Reichweite des Begriffs der Daseinsvorsorge in diesem Zusammenhang VGH Mannheim NVwZ-RR 2015, 307 (309f.).

Im Fall 5 würden die von der S-GmbH erbrachten Leistungen der Daseinsvorsorge mit Ausnahme der Bäder und – je nach Landesrecht – der Entsorgungsleistungen auch kommunalverfassungsrechtlich zur wirtschaftlichen Betätigung zählen, ebenso die als erwerbswirtschaftlich einzustufenden, streitbefangenen Elektroarbeiten. Letztere können nicht als Tätigkeiten im Rahmen eines als nichtwirtschaftlich geltenden Hilfsbetriebs zur Deckung des Eigenbedarfs angesehen werden, da die S-GmbH diese Leistungen losgelöst von jeglicher Eigenbedarfsdeckung der G ausschließlich Dritten wie ein privater Unternehmer anbietet.⁹⁷

bb) Schrankentrias

Den Gemeinden ist es nach den Kommunalverfassungen nur gestattet, wirtschaftliche 44 Unternehmen zu errichten, zu übernehmen, wesentlich zu erweitern oder sich daran zu beteiligen, wenn folgende **drei Voraussetzungen** vorliegen (sog. **Schrankentrias**):

■ Um die von Art. 28 II GG geforderte Verknüpfung der wirtschaftlichen bzw. unternehmerischen Tätigkeit mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (→ Rn. 41) herzustellen, verlangen die Gemeindeordnungen zum Ersten, dass ein **öffentlicher Zweck** diese Tätigkeit rechtfertigt⁹⁸ bzw. erfordert⁹⁹. Eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde wird nicht erst dann „erfordert“, wenn die Betätigung unausweichlich ist. Es genügt, dass die Betätigung vernünftigerweise geboten ist.¹⁰⁰ Bei der Bewertung, was zur Erreichung der verfolgten öffentlichen Zwecke objektiv erforderlich ist, kommt den Gemeinden eine **Einschätzungsprärogative** zu, die der richterlichen Beurteilung weitgehend entzogen ist.¹⁰¹ Nicht erforderlich ist, dass es sich um die Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge handelt.¹⁰² Allerdings nehmen einige Gemeindeordnungen Aktivitäten, bei denen die **Gewinnerzielung** einziges oder vorrangiges Ziel ist, konsequenterweise von den durch öffentliche Zwecke gerechtfertigten Tätigkeiten aus.¹⁰³ Gleichwohl wird die Erzielung von Erträgen, Überschüssen bzw. Gewinnen für den Haushalt als Ergebnis der wirtschaftlichen Tätigkeit ausdrücklich verlangt.¹⁰⁴ Insofern ist eine Gewinn*mitnahme* als zulässig anzusehen.

■ Im Zusammenhang mit der Forderung nach Überschüssen für den Haushalt 45 (→ Rn. 44) sowie den Grundsätzen wirtschaftlicher und sparsamer Haushaltsführung allgemein¹⁰⁵ sehen die Kommunalverfassungen zum Zweiten vor, dass das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur **Leistungsfähigkeit der Gemeinde** und zum voraussichtlichen Bedarf steht.¹⁰⁶ Im Falle einer Überforderung durch die wirtschaftliche Betätigung ist der öffentliche Zweck auf andere Weise zu verfolgen.

⁹⁷ Vgl. OLG Hamm NJW 1998, 3504 (3505).

⁹⁸ § 102 I Nr. 1 BWGemO; § 91 II Nr. 1 BbgKVerf; § 85 I Nr. 1 RhPfGemO; § 101 I Nr. 1 SchlHGO.

⁹⁹ Art. 87 I 1 Nr. 1 BayGO; § 107 I 1 Nr. 1 NRWGO.

¹⁰⁰ OVG Münster NVwZ 2008, 1031 (1035).

¹⁰¹ BVerwGE 39, 329 (334); OVG Münster NVwZ 2008, 1031 (1035); Cronauge Kommunale Unternehmen Rn. 414.

¹⁰² BVerwGE 39, 329 (333f.).

¹⁰³ § 91 II Nr. 1 BbgKVerf; § 108 III 3 KSVG SL; § 128 I 2 LSAKVG; strenger Art. 87 I 2 BayGO.

¹⁰⁴ § 102 III BWGemO; § 92 IV BbgKVerf; § 109 I 2, II NRWGO; § 85 III RhPfGemO; unter dem Vorbehalt unterbleibender Beeinträchtigung des öffentlichen Zwecks § 75 I 2 MVKV.

¹⁰⁵ Art. 61 II 1 BayGO; § 92 II GO HGO; § 110 II NKomVG; § 98 II LSAKVG.

¹⁰⁶ § 102 I Nr. 2 BWGemO; § 91 II Nr. 2 BbgKVerf; § 136 I 2 Nr. 2 NKomVG; § 128 I 1 Nr. 2 LSAKVG.

- 46 ■ Drittens schließlich enthalten die Gemeindeordnungen eine **Subsidiaritätsklausel**, welche die wirtschaftliche Betätigung davon abhängig macht, dass der Zweck nicht mindestens ebenso gut und wirtschaftlich¹⁰⁷ durch einen privaten Anbieter erfüllt wird oder werden kann. Diese Subsidiaritätsklausel beschränkt sich zT auf Aufgabenfelder, die außerhalb der (im Wesentlichen ohnedies bereits vom Anwendungsbereich ausgenommenen) Daseinsvorsorge liegen.¹⁰⁸ In einigen Gemeindeordnungen wird zum Nachweis der Vorteilhaftigkeit kommunaler Leistungserstellung oder generell vor Gründung kommunaler Unternehmen eine auf einer **Markterkundung** basierende Analyse der Chancen und Risiken des wirtschaftlichen Engagements gefordert,¹⁰⁹ die dem Gemeinderat vorzulegen ist.

Im Fall 5 liegt mit der Durchführung der Elektroarbeiten auf den Veranstaltungen durch die S-GmbH eine **wesentliche Erweiterung** eines vorhandenen wirtschaftlichen Unternehmens der G vor. Die S-GmbH kann sich nicht darauf berufen, dass diese Arbeiten einen **bloßen Annex-Charakter** zu einer erlaubten Betätigung aufweisen, welche etwa zulässig wäre, um im Sinne des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes nicht ausgelastete Kapazitäten zu nutzen.¹¹⁰ Vielmehr zielt diese Tätigkeit auf die dauerhafte Erschließung neuer, nicht mit dem Unternehmensgegenstand in Verbindung stehender Geschäftsfelder ab, um sich durch eine solche Expansion für den Wettbewerb mit privaten Stromanbietern zu wappnen.¹¹¹

Damit fehlt in Fall 5 in Bezug auf diese Elektroarbeiten auch der in den Gemeindeordnungen vorgegebene **öffentliche Zweck**. Denn dieser muss sich aus einem Bedürfnis der örtlichen Gemeinschaft ergeben und darf nicht erst durch die Gemeinde selbst geschaffen werden, indem sie öffentliche Unternehmen so dimensioniert, dass diese nur durch **ergänzende** privatwirtschaftliche Aktivitäten effizient arbeiten können.¹¹² Im Übrigen ordnet die Verkehrsanschauung solche Tätigkeiten wesensmäßig dem Elektrohandwerk und nicht öffentlichen Stromversorgern zu.

cc) Genehmigungs- und Anzeigepflichten

- 47 Die Gründung, Übernahme, Erweiterung und Veräußerung von Unternehmen bzw. die Beteiligung an diesen ist gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde anzeigepflichtig;¹¹³ zT sind darüber hinaus **Genehmigungspflichten für bestimmte Rechtsgeschäfte** vorgesehen¹¹⁴.

b) Zulässigkeit der Führung von Unternehmen in Privatrechtsform

- 48 Zusätzliche **kommunalverfassungsrechtliche Einschränkungen** bestehen, wenn die Gemeinde Unternehmen in Privatrechtsform gründen, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen möchte. Die sämtlichen Gemeindeordnungen gemeinsamen Voraussetzungen ähneln hierbei denjenigen in § 65 der Bundes- und Landeshaushaltsordnungen (→ Rn. 35f.):

¹⁰⁷ § 102 I Nr. 3 BWGemO; § 91 III 1 BbgKVerf; § 121 I 1 Nr. 3 HGO; § 136 I 1 Nr. 3 NKomVG; § 107 I 1 Nr. 3 NRWGO; § 85 I 1 Nr. 3 RhPfGemO.

¹⁰⁸ Art. 87 I 1 Nr. 4 BayGO; § 71 II Nr. 4 ThürKO; für Infrastrukturdienstleistungen auch § 107 I 1 Nr. 3 NRWGO.

¹⁰⁹ Diese ist nach § 107 V NRWGO und § 108 V KSVG SL den Kammern zur Stellungnahme zu unterbreiten (Branchendialog). Ähnliche Analysen sehen §§ 91 III 2 BbgKVerf, §§ 128 I 1 Nr. 3, 135 I LSAKVG (ohne Markterkundung), § 71 II Nr. 4 S. 3 ThürKO vor.

¹¹⁰ Vgl. Schink NVwZ 2002, 129 (134).

¹¹¹ Vgl. OLG München NVwZ 2000, 835 (836).

¹¹² OLG Hamm NJW 1998, 3504 (3505); OLG München NVwZ 2000, 835 (836).

¹¹³ Art. 96 I BayGO; § 127 a HGO; § 72 ThürKO; § 118 KSVG SL.

¹¹⁴ § 152 II, III NKomVG.

- So wird häufig deklaratorisch auf die Vorschriften verwiesen, welche die **Schran-
kentrías** normieren,¹¹⁵ zT bezogen auf den öffentlichen Zweck weitergehend eine
wichtiges Interesse der Gemeinde gefordert¹¹⁶. Die ordnungsgemäße Erfüllung dies-
es Zwecks muss durch eine entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags
oder der Satzung sichergestellt sein.¹¹⁷ Ferner existieren **spezielle Subsidiaritäts-
klauseln**, die entweder die Gleichwertigkeit oder Vorteilhaftigkeit privatrechtlicher
gegenüber öffentlich-rechtlichen Organisationsformen verlangen¹¹⁸ oder aber die
AG unter den Vorbehalt der Gleichwertigkeit gegenüber anderen Gesellschaftsfor-
men stellen¹¹⁹.
- Die **Einzahlungsverpflichtung und die Haftung der Gemeinde** müssen auf 49
einen ihrer Leistungsfähigkeit entsprechenden Betrag begrenzt werden.¹²⁰ Damit
scheidet die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter an Personengesell-
schaften auch auf kommunaler Ebene aus.
- Sodann muss der Gemeinde bzw. Kommune ein in den Regelungen des Gesell- 50
schaftsvertrags verankerter **angemessener Einfluss** eingeräumt werden, insbeson-
dere über den Aufsichtsrat oder ein entsprechendes Überwachungsorgan.¹²¹ Dieser
Einfluss soll die nachhaltige Erfüllung des öffentlichen Zwecks sicherstellen. In Er-
gänzung der gesellschaftsrechtlichen Steuerungsinstrumente (→ Rn. 13 ff.) sehen
die Gemeindeordnungen deshalb weitere Mittel zur Wahrung des öffentlichen Inter-
esses vor, so etwa haushaltsrechtliche Informations- und Prüfungsrechte (§§ 53,
54 HGrG), Teilnehmungsberichte, die teilweise Übernahme der Bestimmungen
über das Rechnungswesen von Eigenbetrieben, die Aufnahme des – ebenso wie
bei Unternehmen des Bundes und der Länder nach den §§ 264 ff. HGB zu erstel-
lenden – Jahresabschlusses und Lageberichts als Anhang in den Gemeindehaushalt
sowie die (allerdings nur im kommunalrechtlichen Innenverhältnis wirksame
→ Rn. 16) **Weisungsgebundenheit der kommunalen Vertreter** in den Gesell-
schaftsorganen.¹²² Allerdings ist zu beachten, dass im Konfliktfall das bundesrecht-
liche Gesellschaftsrecht sich gegenüber den kommunalrechtlichen Bestimmungen
des Landesrechts durchsetzt (→ Rn. 16). In einigen Bundesländern müssen bei
einer GmbH bestimmte Entscheidungen der Gesellschafterversammlung vorbehalten
bleiben.¹²³

3. Kommunalverfassungsrechtliche Beschränkungen in räumlicher Hinsicht

In den Kommunalverfassungen finden sich ferner Vorgaben für die **wirtschaftliche** 51
Betätigung der Gemeinden außerhalb ihres Gemeindegebiets, dh ein Ausgreifen
auf das Gebiet anderer Gemeinden (ohne Vorliegen einer interkommunalen Zusam-

¹¹⁵ § 122 I 1 Nr. 1 HGO; § 137 I Nr. 1 NKomVG; § 129 I LSAKVG; § 73 I 1 Nr. 1 ThürKO.

¹¹⁶ § 110 I Nr. 1 KSVG SL.

¹¹⁷ § 103 I 1 Nr. 2 BWGemO; Art. 92 I 1 Nr. 1 BayGO; § 69 I Nr. 2 MVKV; § 137 I Nr. 5 NKomVG;
§ 96 I Nr. 1 SächsGemO.

¹¹⁸ § 69 I Nr. 2 MVKV; § 129 I Nr. 1 LSAKVG; § 102 I 1 SchlHGO.

¹¹⁹ § 103 II BWGemO; § 122 III HGO; § 108 IV NRWGO; § 87 II RhPfGemO.

¹²⁰ § 108 I 1 Nr. 3 bis 5 NRWGO; § 87 I 1 Nr. 4 bis 6 RhPfGemO; § 110 I Nr. 2 KSVG SL; § 129 I
Nr. 4–6 LSAKVG.

¹²¹ Art. 92 I 1 Nr. 2 BayGO; § 122 I 1 Nr. 3 HGO; § 137 I Nr. 6 NKomVG; § 129 I Nr. 3 LSAKVG.

¹²² Vgl. exemplarisch §§ 108 I 1 Nr. 8, II, III, 112, 113 NRWGO.

¹²³ § 103a BWGemO; § 108 V NRWGO; § 87 III RhPfGemO; § 73 I 2 ThürKO.

menarbeit) oder gar eine Betätigung im Ausland. Eine solche Überschreitung der Gemeindegrenzen unterliegt folgenden Voraussetzungen¹²⁴:

- Zunächst gilt auch hier die **Schrankentrias**, dh die Tätigkeit muss durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein, in angemessenem Verhältnis zu Leistungsfähigkeit und Bedarf der Gemeinde stehen und den Anforderungen der Subsidiaritätsklausel im Verhältnis zur privaten Leistungserstellung genügen (→ Rn. 44 ff.).
- 52 ■ Weiterhin müssen die **berechtigten Interessen der Gebietskörperschaften**, auf deren Territorium die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde ausgreift, gewahrt sein. Diese Vorgabe trägt dem ebenfalls auf Art. 28 II GG fußenden Selbstverwaltungsrecht der von der Expansion betroffenen Gemeinden Rechnung. Privilegiert sind hierbei allerdings gebietsüberschreitende Tätigkeiten im Bereich der Versorgung mit Strom und Gas, bei denen nur solche Interessen der betroffenen Gemeinden als berechtigt gelten, die nach den maßgeblichen Vorschriften des Energiewirtschaftsrechts (→ § 15 Rn. 1 ff.) eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen. Z. T. sieht das Kommunalrecht eine Informationspflicht der expandierenden gegenüber der betroffenen Gemeinde vor.¹²⁵
- 53 ■ Vereinzelt unterliegt die exterritoriale Betätigung der Gemeinde generell einer Genehmigungs- bzw. Anzeigepflicht¹²⁶ oder ist eine Genehmigung für ein Tätigwerden im Ausland notwendig¹²⁷.
- 54 ■ Einzelne Kommunalverfassungen kennen **gegenständliche Beschränkungen** der Zulässigkeit einer exterritorialen wirtschaftlichen Betätigung. So ist in Brandenburg eine wirtschaftliche Betätigung außerhalb der Versorgung der örtlichen Gemeinschaft nur bei der Versorgung mit Elektrizität, Gas und Fernwärme sowie einer Tätigkeit im Rahmen öffentlicher Vereinbarungen und Konzessionen zulässig (§ 91 IV BbgKVerf).
- 55 Die verfassungsrechtliche **Zulässigkeit exterritorialer wirtschaftlicher Betätigung** an sich sowie im Rahmen der o. g. Regelungen ist umstritten. Die Extrempositionen markieren die Auffassung, wonach den Gemeinden grenzüberschreitende wirtschaftliche Aktivitäten grundsätzlich untersagt seien,¹²⁸ sowie die Gegenansicht, welche Art. 28 II GG im Hinblick auf eine wirtschaftliche Betätigung – im Unterschied zu hoheitlichem Handeln – von vornherein keine beschränkende Wirkung zuerkennt, sondern hierfür allein das Wettbewerbsrecht für maßgeblich hält¹²⁹. Beide Ansichten vermögen nicht zu überzeugen; stattdessen bedarf es einer differenzierten Betrachtung.
- 56 So sind wirtschaftliche Aktivitäten der Gemeinde kraft Verfassungsrechts nur im Zusammenhang mit der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe zulässig (→ Rn. 41); andernfalls bewegt sich die Gemeinde außerhalb ihres eigentlichen Aufgabenbereichs.¹³⁰ Da die Gemeinden auch im Falle wirtschaftlicher Betätigung als Träger öf-

¹²⁴ Vgl. im Einzelnen § 102 VII BWGemO; Art. 87 II BayGO; § 107 III NRWGO; § 128 III, IV LSAKVG.

¹²⁵ § 128 III 4, IV 4 LSAKVG.

¹²⁶ § 71 V 3 ThürKO; die Anzeigepflicht gilt für Tätigkeiten im Energiesektor.

¹²⁷ § 107 IV 3, 4 NRWGO.

¹²⁸ Held NWVBl. 2000, 201 (206); Schliesky ÖffWirtschaftsR S. 182.

¹²⁹ Püttner, Zur Reform des Gemeindefirtschaftsrechts/Hellermann/Wieland, 2002, S. 117 (124f.); Moraing WiVerw 1998, 233 (244 ff.).

¹³⁰ So explizit BVerfGE 61, 82 (108).