

Julian Jansen*

Die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden – Ist die Schrankentrias des § 136 I 2 NKomVG tatsächlich Schranke?

Der Beitrag beleuchtet die Voraussetzungen, die insbesondere das Kommunalrecht an die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden stellt. Dabei wird vor allem die (durchaus prüfungsrelevante) Schrankentrias des § 136 I 2 NKomVG in den Blick genommen. Der Befund der jetzigen Rechtslage führt – auch rechtsvergleichend – zu Vorschlägen, wie die Schrankentrias de lege ferenda ihrer Bedeutung und ihrem Zweck nachkommen kann.

A. Einführung

Angesichts eines jährlichen Umsatzes von 17,2 Mrd. EUR ist die Rolle von kommunalen Unternehmen für die niedersächsische Wirtschaft beträchtlich. Bundesweit beträgt der Umsatz in allen Flächenbundesländern gar 293,4 Mrd. EUR.¹ Dies geht mit dem seit einigen Jahren beobachteten Trend zur Rekommunalisierung einher.² Wirtschaftliche Betätigung ist damit prägend für Kommunen und nimmt volkswirtschaftlich eine große Rolle ein. Es stellt sich daher die Frage nach dem Rechtsrahmen der Kommunalwirtschaft. In Niedersachsen gilt für kommunale Unternehmen vor allem das NKomVG³ mit den drei grundlegenden Voraussetzungen der sog. Schrankentrias in § 136 I 2 NKomVG.⁴ Diese besteht aus dem öffentlichen Zweck, der Relations- und der Subsidiaritätsklausel. Im Folgenden ist nach einleitenden, grundlegenden Ausführungen zur Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung zu untersuchen, ob die Schrankentrias wirksame Grenzen setzt, durch welche Regelungen ihre Wirkung unterstützt werden kann, und ob

sie letztlich ihrer großen Bedeutung in der politischen Auseinandersetzung⁵ gerecht wird.

B. Gewährleistung der Kommunalwirtschaft im höher-rangigen Recht

Für die wirtschaftliche Betätigung des Staates und somit auch der Kommune ist auf europäischer Ebene zunächst festzustellen, dass gemäß Art. 345 AEUV die mitgliedstaatliche Eigentumsordnung nicht berührt wird und daher aus dem Primärrecht keine Vorgaben hinsichtlich der Aufnahme von öffentlichem Wirtschaftshandeln folgen.⁶ Ebenso geht das Grundgesetz aufgrund seiner »wirtschaftspolitischen Neutralität«⁷ von einer grundsätzlichen Zulässigkeit aus.⁸ Es bildet jedoch den einzuhaltenden Rahmen für gesetzgeberische Maßnahmen.⁹

Für die Kommunalwirtschaft ist im Besonderen die kommunale Selbstverwaltungsgarantie in den Blick zu nehmen. Nach Art. 28 II 1 GG haben die Gemeinden das Recht, ihre örtlichen Angelegenheiten eigenverantwortlich zu regeln. Hierbei handelt es sich um die aus der örtlichen Gemeinschaft stammenden Belange der Gemeindeglieder.¹⁰ Damit ist einerseits eine Allzuständigkeit ohne gesonderten Kompetenztitel für die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft verbunden,¹¹ andererseits auch das Recht, den Modus der Aufgabenwahrnehmung frei zu wählen.¹²

* Julian Jansen studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen und arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht von Prof. Dr. Frank Schorkopf. Der Beitrag geht aus einer Studienarbeit im Seminar »Die öffentliche Hand als Marktteilnehmer« bei Prof. Dr. Thomas Mann hervor.

¹ Dabei handelt es sich um Zahlen aus 2014, s. Bardt, IW-Kurzbericht 2/2018, Kommunale Unternehmen auf Expansionskurs, https://www.iwkoeln.de/fileadmin/user_upload/Studien/Kurzberichte/PDF/2018/IW-Kurzbericht_2018_2_Kommunale_Unternehmen.pdf, zuletzt abgerufen am 10. 5. 2020.

² Hierzu Bauer, Zukunftsthema »Rekommunalisierung«, DÖV 2012, 329 (329 ff.); Guckelberger, Die Rekommunalisierung privatisierter Leistungen in Deutschland, VerwArch 2013, 161 (170 ff.).

³ Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz vom 17. 12. 2010, Nds. GVBl. 2010, 576.

⁴ Die Prüfungsrelevanz der Norm ergibt sich aus § 16 III Nr. 10 NJAVO bzw. für Studierende, die die Zulassung zur Pflichtfachprüfung vor dem 1. 10. 2021 beantragen, gem. § 41 III 1 NJAVO aus § 16 III Nr. 4 d) NJAVO a. F.

⁵ Dies zeigen die zahlreichen Änderungen der Norm je nach ordnungspolitischer Ausrichtung der amtierenden Landesregierung, s. unten C. II. 4.

⁶ So auch die Kommission, KOM 2000, 580 endg.: »Neutralität«, »Gestaltungsfreiheit«; Burgi, Kommunalrecht, 6. Auflage (2019), § 17 Rn. 23. Das Unionsrecht prägt aber die Modalitäten der wirtschaftlichen Betätigung, Ehlers, Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Auflage (2015), B Rn. 8.

⁷ St. Rspr., erstmals BVerfGE 4, 7 (17 ff.); BVerfGE 50, 290 (338).

⁸ So auch Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage (2015), Rn. 681; Ronellenfitch, Verfassungsrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Vorgaben, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage (2012), § 3 Rn. 6; Gaß, Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Auflage (2015), C Rn. 11 f.; Schmahl, Umfang und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden in Brandenburg, LKV 2000, 47 (48).

⁹ BVerfGE 4, 7 (17 f.); BVerfGE 21, 73 (78); BVerfGE 50, 290 (338).

¹⁰ BVerfGE 8, 122 (34); BVerfGE 79, 127 (151 f.).

¹¹ BVerfGE 79, 127 (146).

¹² BVerfGE 79, 127 (143).

Letzteres ist Grundlage der kommunalen Organisationshoheit.¹³

Basierend auf dem Aufgabenfindungsrecht der Allzuständigkeit sind Gemeindegewirtschaft und Daseinsvorsorge¹⁴ typische Aufgabenbereiche, die der Gemeinde aufgrund Art. 28 II 1 GG im eigenen Wirkungskreis obliegen.¹⁵ Diese Zuständigkeit verlangt keine bestimmte Form der Erfüllung. Damit legitimiert Art. 28 II GG in seiner Ausprägung als Organisationshoheit auch die Art der Aufgabenerfüllung mittels wirtschaftlicher Betätigung, sodass diese infolgedessen zum geschützten Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie gehört.¹⁶

C. Kommunalrechtliche Grenzen der Aufnahme wirtschaftlicher Betätigung

Im Rahmen der Schranken der wirtschaftlichen Betätigung kommt dem Kommunalrecht eine zentrale Rolle zu.¹⁷

I. Begriffliche Bestimmung der wirtschaftlichen Betätigung

Da der Regelfall die wirtschaftliche Betätigung eines Privaten ist, definiert sich die in § 136 I 1 NKomVG genannte wirtschaftliche Betätigung von Kommunen über einen Vergleich, ob ein Privater am Markt auf ähnliche Art und Weise mit Gewinnerzielungsabsicht tätig werden könnte.¹⁸ Gemeint ist somit allein die gleiche Vorgehensweise; ein tatsächlicher Wettbewerb muss nicht bestehen.¹⁹ § 136 I 2 NKomVG nennt zudem Unternehmen als An-

knüpfungspunkt. Diese sind für eine gewisse Dauer angelegt und von organisatorisch verfestigter und wirtschaftlicher Selbständigkeit.²⁰

Die Bestimmung der Unternehmen kann auch negativ erfolgen, indem § 136 III NKomVG zur Abgrenzung hinzugezogen wird: Keine derartigen Unternehmen sollen laut Gesetzgeber nämlich solche Einrichtungen sein, die den § 136 III Nr. 1 – 3 NKomVG unterfallen. Hierbei handelt es sich einerseits um gesetzlich zu erbringende Pflichtaufgaben (Nr. 1), um soziale bzw. kulturelle Institutionen (Nr. 2) oder um Hilfsbetriebe, die hauptsächlich für die Gemeinde selbst tätig werden (Nr. 3). Da aber keine gesetzliche Differenzierung nach wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Art besteht,²¹ und auch die Differenzen bei der Ausübung gering sind,²² handelt es sich bei der Unterscheidung zwischen Unternehmen und Einrichtungen de facto nur um die gesetzgeberische Bildung eines Ausnahmekatalogs mittels einer Fiktion.²³ Die Folgen sind jedoch bedeutend: Da einschränkende Voraussetzungen für die Aufnahme der Tätigkeiten des § 136 III NKomVG bei Pflicht-, aber auch bei notwendigen anderen Aufgaben dem Zweck hinderlich wären,²⁴ gelten diese nicht. Die nach § 136 IV NKomVG gewählte Rechtsform ist dabei kein Kriterium, ob ein Unternehmen oder eine Einrichtung vorliegt, da ansonsten die Gemeinde die Schranken umgehen könnte.²⁵

II. Schrankentrias des § 136 I 2 NKomVG

1. Anwendbarkeit

Nachdem § 136 I 1 NKomVG die wirtschaftliche Betätigung grundsätzlich für zulässig erklärt, knüpft Satz 2 hinsichtlich der Anwendbarkeit an das Errichten, Übernehmen oder wesentliche Erweitern von Unternehmen an. Aus diesen Merkmalen lässt sich schließen, dass die Voraussetzungen

¹³ BVerfGE 91, 228 (236).

¹⁴ Hierunter ist weit gefasst die öffentliche Leistungsverwaltung zu verstehen, vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/Schwarz, GG, Bd. 2, 7. Auflage (2018), Art. 28 Rn. 208 f. m. w. N.; zur Kritik an dem Begriff Maunz/Dürig/Mehde, GG, Bd. 3, 89. EL (2019), Art. 28 II Rn. 92, sowie mit Bezug zur Kommunalwirtschaft Schink, Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, NVwZ 2002, 129 (132).

¹⁵ BVerfGE 38, 258 (270 f.); Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage (2016), § 7 Rn. 40; Ruthig/Storr (Fn. 8), Rn. 689; Schulz/Tischer, Die Grenzen kommunalen Wirtschaftens: aktuelle Entwicklungen, alte Fragen, GewArch 2014, 1 (2); BeckOK Nds. KommR/Klaß-Dingeldey, 1. 4. 2020, § 136 Rn. 1; v. Mangoldt/Klein/Starck/Schwarz (Fn. 14), Art. 28 Rn. 207.

¹⁶ Vgl. Schink (Fn. 14), NVwZ 2002, 129 (133); Franzius, Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, Jura 2009, 677 (678); Schulz/Tischer (Fn. 15), GewArch 2014, 1 (2); Nierhaus, Selbstverwaltungsgarantie und wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 3. Auflage (2011), § 40 Rn. 28; Burgi (Fn. 6), § 17 Rn. 9; Scharpf, Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden zwischen Grundrechtsrelevanz und kommunalem Selbstverwaltungsrecht, GewArch 2005, 1 (2).

¹⁷ Vgl. nur Breuer, Zersplitterung und Bedeutungsverlust des Gemeindegewirtschaftsrechts, WiVerw 2015, 150 (151); Röhl, Kommunalrecht, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht (2018), Kap. 2 Rn. 184.

¹⁸ Dies ist das sog. »Popitz-Kriterium«, benannt nach Popitz, Der künftige Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden (1932), S. 49; so auch BVerfGE 39, 329 (333); Thiele, NKomVG, 2. Auflage (2017), § 136 Rn. 1; Engels/Krausnick, Kommunalrecht (2015), § 8 Rn. 3.

¹⁹ Ronellenfitsch, Kommunalrechtlicher Begriff der privatwirtschaftlichen Betätigung der Kommunen, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage (2012), § 4 Rn. 1; Lange, Kommunalrecht, 2. Auflage (2019), Kap. 14 Rn. 16.

²⁰ KVR Nds/Wefelmeier, Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen, 49. EL (2019), § 136 Rn. 13; Lange (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 17, 19; VGH Mannheim NVwZ-RR 2006, 714 (715); Oebbeke, Kommunalrechtliche Voraussetzungen der wirtschaftlichen Betätigung, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 3. Auflage (2011), § 41 Rn. 8; Cronauge, Kommunale Unternehmen, 6. Auflage (2016), Rn. 408, bietet eine Aufzählung von Beispielen unter den Punkten Versorgungsbetriebe, Verkehrsbetriebe, Betriebe der Urproduktion sowie sonstige Betriebe.

²¹ Hierzu aufschlussreich jedoch die Gesetzesbegründung, Nds. LT-Drs. 13/1450, S. 117: »(wirtschaftliche) Unternehmen [...] und (bisher nichtwirtschaftlichen) Einrichtungen«.

²² Vgl. Erbguth/Mann/Schubert/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Auflage (2020), Rn. 298; Blum/Häusler/Meyer/Freese, NKomVG, 4. Auflage (2017), § 136 Rn. 4.

²³ Ebenso BeckOK Nds. KommR/Klaß-Dingeldey (Fn. 15), § 136 Rn. 67; vgl. auch KVR Nds/Wefelmeier (Fn. 20), § 136 Rn. 12; Suerbaum, Kommunale und sonstige öffentliche Unternehmen, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, 4. Auflage (2019), § 16 Rn. 55.

²⁴ Vgl. Meyer, Nichtwirtschaftliche Betätigung der Kommunen: Spiel ohne Grenzen?, LKV 2000, 321 (323); Ruthig/Storr (Fn. 8), Rn. 705.

²⁵ Blum/Häusler/Meyer/Freese (Fn. 22), § 136 Rn. 5; zu den Vorgaben des § 136 IV NKomVG ausführlich Thiele (Fn. 18), § 136 Rn. 15 ff.

zu einem bestimmten Zeitpunkt vorliegen müssen.²⁶ Ein Bestandsschutz ist somit gegeben, wenn im Nachhinein schärfere Anforderungen normiert würden oder sich tatsächliche Umstände änderten.²⁷ Damit entfällt in Gänze eine Prüfung im weiteren Verlauf und das Unternehmen kann sich unabhängig von den rechtlichen Voraussetzungen entwickeln.²⁸

Die Variante des Errichtens meint die Unternehmensgründung.²⁹ Eine Übernahme ist gegeben, wenn die Kommune ein Unternehmen, das sich zuvor in fremder Trägerschaft befand, in ihre alleinige Verantwortung überführt.³⁰ Schließlich wird auch an eine wesentliche Erweiterung angeknüpft. Ein Unternehmen wird erweitert, wenn der Gegenstand, der Umfang oder die angebotenen Leistungen ausgedehnt werden.³¹ Wann eine Erweiterung wesentlich ist, führt aufgrund der Natur als unbestimmter Rechtsbegriff zu Abgrenzungsproblemen.³² Wesentlich soll die Erweiterung sein, wenn eine erhebliche Steigerung des Umfangs oder des Leistungsvermögens erreicht wird.³³ Auch der Begriff der »erheblichen Steigerung« trägt allerdings nicht zu größerer Rechtssicherheit bei.³⁴ Aus der Stellung bei den anderen beiden Varianten ist daher zu schließen, dass die wesentliche Erweiterung einem neuen Unternehmen entsprechen muss.³⁵ Folglich ist bei einem neuen Unternehmensgegenstand oder bei Änderungen mit Auswirkungen, die einem neuen Unternehmen gleichkämen, von einer wesentlichen Erweiterung auszugehen.³⁶ Hierfür sprechen auch Sinn und Zweck der Norm. Denn nur so kann diese Modifikation und damit das wirtschaftliche Vorgehen erneut überprüft werden.³⁷ Es erschließt sich aber anhand der vagen Begriffsbestimmung, dass abseits dieser Anhalts-

punkte der Einzelfall entscheidend bleibt. Die Gemeindevertretung entscheidet als Adressat der Norm dabei gem. § 58 I Nr. 11 NKomVG selbst über das Vorliegen der Voraussetzungen.³⁸

2. Öffentlicher Zweck, § 136 I 2 Nr. 1 NKomVG

§ 136 I 2 Nr. 1 NKomVG fordert sodann einen öffentlichen Zweck, der das Unternehmen rechtfertigt. Verfassungsrechtlich ist stets ein Gemeinwohlbezug zur Legitimation zu fordern. Staatliches Handeln ist nur dann zulässig, wenn es durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt werden kann.³⁹ Die Erfüllung von Belangen des Gemeinwohls ist hierfür, auch im Hinblick auf die grundrechtlich geschützte Position privater Marktteilnehmer,⁴⁰ gerade die Legitimationsgrundlage.⁴¹ Die Grundrechte (insb. Art. 12, 14 GG) schützen jedoch nicht vor Konkurrenz und Minderung der Erwerbchancen durch Wettbewerber. Dies gilt, mit Ausnahme von verdrängenden Monopolstellungen, ebenso für eine Tätigkeit der öffentlichen Hand.⁴²

Die Unternehmen müssen im Lichte dessen zur Erfüllung der kommunalen Aufgaben⁴³ darauf ausgerichtet sein, im Einklang mit § 1 I NKomVG das Wohl der Einwohner zu fördern.⁴⁴ Dabei ist dieser Bezug zum Interesse der Einwohner insofern weit auszulegen, dass nicht nur Aufgaben der Daseinsvorsorge hierunter gefasst werden. Vielmehr können mannigfaltige, im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben zur Befriedigung der Bedürfnisse der Einwohner das Unternehmen rechtfertigen.⁴⁵ Die Kommune hat sich dabei an den konkreten Verhältnissen vor Ort zu orientieren.⁴⁶ So sind auch soziale und ökologische Zwecke einzubeziehen.⁴⁷ Durch dieses weite Verständnis hat die

26 So auch die Intention des Gesetzgebers, Nds. LT-Drs. 16/3147, S. 22; ebenso KVR Nds/Wefelmeier (Fn. 20), § 136 Rn. 15; Gaß (Fn. 8), C Rn. 90.

27 Nds. LT-Drs. 15/1380, S. 38; Jesser/Schirmer, Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen – nach dem Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetz –, DVP 2013, 101 (103); KVR Nds/Wefelmeier (Fn. 19), § 136 Rn. 15; nachdem die jüngste Gesetzesänderung aber »kommunalwirtschaftsfreundlich« war, stellt sich eine solche Frage momentan nicht.

28 Zur Bewertung dieser Regelung s. unten D. II.

29 BeckOK Nds. KommR/Klaß-Dingeldey (Fn. 15), § 136 Rn. 30; Blum/Häusler/Meyer/Freese (Fn. 22), § 136 Rn. 13; ebenso Scharpf, »Errichtung«, »Übernahme« und »wesentliche Erweiterung« i.S. des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GO, BayVBl. 2005, 549 (549).

30 Gaß (Fn. 8), C Rn. 94; Blum/Häusler/Meyer/Freese (Fn. 22), § 136 Rn. 13; BeckOK Nds. KommR/Klaß-Dingeldey (Fn. 15), § 136 Rn. 30.

31 KVR Nds/Wefelmeier (Fn. 20), § 136 Rn. 18; Gaß (Fn. 8), C Rn. 95; BeckOK Nds. KommR/Klaß-Dingeldey (Fn. 15), § 136 Rn. 30; Erweiterung personeller, materieller oder inhaltlicher Art.

32 Vgl. Scharpf (Fn. 29), BayVBl. 2005, 549 (550 f.); Jesser/Schirmer (Fn. 27), DVP 2013, 101 (103); Gaß (Fn. 8), C Rn. 95.

33 RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (802) m. w. N.; zustimmend VGH Kassel NVwZ-RR 2009, 852 (854).

34 Ebenso KVR Nds/Wefelmeier (Fn. 20), § 136 Rn. 18.

35 Scharpf (Fn. 29), BayVBl. 2005, 549 (552); KVR Nds/Wefelmeier (Fn. 20), § 136 Rn. 18.

36 BeckOK Nds. KommR/Klaß-Dingeldey (Fn. 15), § 136 Rn. 30; Jesser/Schirmer (Fn. 27), DVP 2013, 101 (103); Blum/Häusler/Meyer/Freese (Fn. 22), § 136 Rn. 14.

37 Ebenso KVR Nds/Wefelmeier (Fn. 20), § 136 Rn. 16, allerdings unter der Variante der Errichtung.

38 Es bedarf auch keiner Genehmigung durch die Kommunalaufsicht, was aus § 152 II NKomVG folgt.

39 Ehlers, Die Zulässigkeit einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Jura 1999, 212 (214); Sodan, Vorrang der Privatheit als Prinzip der Wirtschaftsverfassung, DÖV 2000, 361 (369); Suerbaum (Fn. 23), § 16 Rn. 30; Ronellenfisch (Fn. 8), § 3 Rn. 8.

40 BVerfGE 50, 290 (338); vgl. Ipsen, Rechtsschutz gegen kommunale Wirtschaftstätigkeit, ZHR 170 (2006), 422 (426); grundsätzlich besteht nur ein »Wettbewerb der Grundrechtsträger«, so Brüning, in: Schulte/Kloos (Hrsg.), Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht (2016), § 5 Rn. 27.

41 Vgl. Hösch, Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, WiVerw 2000, 159 (160); Burgi (Fn. 5), § 17 Rn. 24; Löwer, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), 416 (423 f.); Lange, Öffentlicher Zweck, öffentliches Interesse und Daseinsvorsorge als Schlüsselbegriffe des kommunalen Wirtschaftsrechts, NVwZ 2014, 616 (616).

42 BVerfGE 55, 261 (273); BVerwGE 39, 329 (337 f.); hierzu krit. Sachs/Mann, GG, 8. Auflage (2018), Art. 12 Rn. 95 m. w. N., der auf einen faktischen, freilich rechtfertigungsfähigen Eingriff hinweist.

43 S. §§ 2 II, 3 II 1 NKomVG.

44 Thiele (Fn. 18), § 136 Rn. 4.

45 BVerwGE 39, 329 (333); vgl. auch BeckOK Nds. KommR/Klaß-Dingeldey (Fn. 15), § 136 Rn. 34 f.; Gaß (Fn. 8), C Rn. 104.

46 Gaß (Fn. 8), C Rn. 121; Blum/Häusler/Meyer/Freese (Fn. 22), § 136 Rn. 15; OLG Celle NZBau 2001, 648 (648).

47 Burgi (Fn. 6), § 17 Rn. 43; vgl. ferner BVerwGE 39, 329 (336); Jesser/Schirmer (Fn. 27), DVP 2013, 101 (103); Ipsen/Erdmann, NKomVG (2011), § 136 Rn. 10.

Kommune die Möglichkeit, auf sich verändernde Umstände zu reagieren.⁴⁸

Die Grenze liegt dort, wo ein öffentlicher Zweck nicht mehr unmittelbar, sondern nur noch mittelbar verfolgt wird.⁴⁹ Dies ist bei Unternehmen der Fall, deren ausschließliches Ziel die Gewinnerzielung ist.⁵⁰ Hiergegen wird eingewandt, dass eine verbesserte Einnahmesituation dazu führen kann, dass andere zu erledigende Aufgaben dadurch besser wahrgenommen werden können.⁵¹ Zwar dienen steigende Einnahmen unstreitig dem Gemeindehaushalt, jedoch haben sich Kommunen primär aus Abgaben zu finanzieren, was aus dem Leitgedanken des Steuerstaates folgt.⁵² Außerdem wäre eine angestrebte Gewinnerzielung nur mittelbare Folge der Betätigung und widerspricht somit der Funktion des § 136 I 2 Nr. 1 NKomVG, Unternehmen primär einem öffentlichen Zweck zu unterwerfen.⁵³ Gewinnerzielung kann zudem nie sicher vorhergesagt werden, sodass bei Ausbleiben von Gewinnen der öffentliche Zweck, wenn man ihn im Gewinnstreben sähe, entfielen.⁵⁴ Dennoch ist eine Gewinnmitnahme neben der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks gestattet und wird sogar von § 149 I NKomVG und der Maßgabe, dass die Unternehmen, solange nicht der öffentliche Zweck gefährdet wird, Erträge erwirtschaften sollen, ausdrücklich zugelassen. Dies folgt aus den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (vgl. § 110 II NKomVG). Dennoch ist die Ertragserzielung dem öffentlichen Zweck unterzuordnen und daher auch als Soll-Vorschrift konzipiert.⁵⁵ Verluste sind deshalb ebenfalls hinzunehmen.⁵⁶

Wenn Unternehmen Tätigkeiten am Rande des eigentlichen Unternehmensgegenstands anbieten, die nicht selbst von einem öffentlichen Zweck gedeckt sind, sind sie daher auch nur dann zulässig, wenn sie als Annex zur vom öffentlichen Zweck getragenen Haupttätigkeit gelten. Es sind dabei Intensität und Zusammenhang mit der Haupttätigkeit zu

prüfen sowie die Frage, ob die Kapazitäten hierzu ohnehin gegeben, aber zeitweise ungenutzt sind.⁵⁷ So handelt es sich dann um eine im Einklang mit § 110 II NKomVG stehende, wirtschaftlich sinnvolle und marktgerechte Ergänzung, die für sich betrachtet keinen öffentlichen Zweck verlangt.⁵⁸

Schließlich muss der öffentliche Zweck das Unternehmen »rechtfertigen«, was eine Abwägung verlangt, in der die örtlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen sind.⁵⁹ Diese Voraussetzung sollte regelmäßig bereits mit Vorliegen des öffentlichen Zwecks gegeben sein,⁶⁰ zumal Parallelnormen voraussetzen, dass der öffentliche Zweck das Unternehmen »erfordert«, also vernünftigerweise gebietet,⁶¹ und das »Rechtfertigen« im Vergleich hierzu weniger streng ist.⁶²

Aufgrund stetig veränderter Bedürfnisse und keiner starren Interpretationsmöglichkeit ist der öffentliche Zweck schließlich als unbestimmter Rechtsbegriff einzuordnen.⁶³ Diesen zeichnet gerade der Vorteil aus, auf verschiedene Situationen anwendbar zu sein. Die Gemeinde handelt bei der Prüfung des öffentlichen Zwecks daher unter Zweckmäßigkeitgesichtspunkten. Der Sachverhalt ist regelmäßig komplex und erfordert vielfältige Risiko- und Prognoseentscheidungen. Dies führt dazu, dass die Gerichte die umfangreichen und von außerrechtlichen, örtlichen Gegebenheiten geprägten Wertungen der Gemeinde nicht ersetzen können.⁶⁴ Sie stoßen hierbei praktisch und funktional an Grenzen. Daher hat die sach- und problemnähere Kommune – als Ausnahme⁶⁵ von der vollen Überprüfung – bei der Errichtung von Unternehmen einen Beurteilungsspielraum inne.⁶⁶ Die gerichtliche Prüfung ist daher auf Beurteilungsfehler beschränkt.⁶⁷

Für die Kommunalaufsicht gelten die gleichen Grundsätze: Sie überprüft die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben, wie

48 So ist es daher richtig, aufgrund des gesteigerten Bedürfnisses nach Internet in Gebieten mit schlechter mobiler Internetverbindung kostenlose, kommunale WLAN-Zonen als vom öffentlichen Zweck gedeckt anzusehen, s. hierzu *Haack*, Kommunales W-LAN als Daseinsvorsorge, *VerwArch* 2008, 197 (204 f., 217).

49 *Ipsen*, Möglichkeiten, Grenzen und Kontrolle wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen, *NdsVBl* 2015, 121 (122); *KVR Nds/Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 28.

50 Vgl. nur *BVerfGE* 61, 82 (107); *BVerfGE* 39, 329 (334); *Geis*, Kommunalrecht, 5. Auflage (2020), § 12 Rn. 77; *KVR Nds/Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 28 m. w. N.

51 So *Thiele* (Fn. 18), § 136 Rn. 4 unter Berufung auf § 149 I NKomVG; *Cremer*, Gewinnstreben als öffentliche Unternehmen legitimierender Zweck: Die Antwort des Grundgesetzes, *DÖV* 2003, 921 (922); *Wolff*, Verfassungs- und europarechtliche Fragen der wirtschaftlichen Betätigung deutscher Kommunen im Ausland, *DÖV* 2011, 721 (725).

52 *BVerfGE* 78, 249 (267); 93, 319 (342): »Prinzip des Steuerstaats«; vgl. *Löwer* (Fn. 41), *VVDStRL* 60 (2001), 416 (423).

53 *Schink* (Fn. 14), *NVwZ* 2002, 129 (134); *KVR Nds/Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 29; *Hösch* (Fn. 41), *DÖV* 2000, 393 (404).

54 *Ipsen* (Fn. 49), *NdsVBl* 2015, 121 (122).

55 *Thiele* (Fn. 18), § 149 Rn. 2; *KVR Nds/Wefelmeier* (Fn. 20), § 149 Rn. 6.

56 *Gaß* (Fn. 8), C Rn. 66 f.; *Lange* (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 158; *KVR Nds/Wefelmeier* (Fn. 20), § 149 Rn. 2, spricht daher auch von einem »Programmsatz«.

57 *BVerfGE* 82, 29 (34); *KVR Nds/Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 31; *Schink* (Fn. 14), *NVwZ* 2002, 129 (134 f.).

58 Vgl. *Burgi* (Fn. 6), § 17 Rn. 44; *Ipsen* (Fn. 40), *ZHR* 170 (2006), 422 (446).

59 *Pünder/Dittmar*, Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden, *Jura* 2005, 670 (673); *KVR Nds/Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 32.

60 Vgl. *Pünder/Dittmar* (Fn. 59), *Jura* 2005, 670 (673).

61 *OVG Münster NVwZ* 2003, 1520 (1523) zu § 107 I 1 Nr. 1 GO NRW.

62 Ebenso *KVR Nds/Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 32; *Gaß* (Fn. 8), C Rn. 101; *Lange* (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 89.

63 *Ipsen*, Niedersächsisches Kommunalrecht, 4. Auflage (2011), Rn. 649; *Brüning*, Risse im Rechtsrahmen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung, *NVwZ* 2015, 689 (691); *Gaß* (Fn. 8), C Rn. 121; *Jesser/Schirmer* (Fn. 27), *DVP* 2013, 101 (103); allgemein hierzu *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage (2017), § 7 Rn. 29.

64 *Kment/Vorwalter*, Beurteilungsspielraum und Ermessen, *JuS* 2015, 193 (197).

65 So zu Recht *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 17. Auflage (2019), Rn. 359 f. unter Hinweis auf Art. 19 IV GG; s. zum Problem auch *BVerfGE* 149, 407 (412 ff.).

66 *BVerfGE* 39, 329 (334); ferner *Freese*, Die geringe Steuerungswirkung von echten Subsidiaritätsklauseln im Gemeindefinanzrecht, *NdsVBl* 2009, 192 (193).

67 *BVerfGE* 39, 329 (334); *Oebbecke* (Fn. 20), § 41 Rn. 27; *Ipsen* (Fn. 49), *NdsVBl* 2015, 121 (124); allgemein *Kment/Vorwalter* (Fn. 64), *JuS* 2015, 193 (200 f.); *Detterbeck* (Fn. 65), Rn. 377 f.

es auch Art. 28 II 1 GG (»im Rahmen der Gesetze«) vorsieht. Bei der Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge handelt es sich um Angelegenheiten im eigenen Wirkungskreis, sodass sie gem. § 5 II NKomVG nur der Rechtsaufsicht, also der Überprüfung der Rechtmäßigkeit (§ 170 I 2 NKomVG), unterliegen.⁶⁸ Die Kommunalaufsicht wacht dabei schon begriffsnotwendig nur über die Kommunen, nicht aber über die Unternehmen. Der Beurteilungsspielraum bei unbestimmten Rechtsbegriffen besteht auch hier, damit keine Kontrolle der Zweckmäßigkeit entsteht – es handelt sich gerade nicht um eine Fachaufsicht.⁶⁹ Auch die Praxis ist äußerst zurückhaltend.⁷⁰ Verstärkt wird dieses Ergebnis durch das in den §§ 172 ff. NKomVG eingeräumte Ermessen, überhaupt tätig zu werden.⁷¹ Im Ergebnis stellt das Erfordernis des öffentlichen Zwecks somit nur eine geringe Hürde für kommunale wirtschaftliche Betätigung dar.⁷²

3. Angemessenes Verhältnis, § 136 I 2 Nr. 2 NKomVG

Eine angemessene Relation zwischen der Art und dem Umfang des Unternehmens und der Leistungsfähigkeit der Kommune bzw. dem voraussichtlichen Bedarf fordert § 136 I 2 Nr. 2 NKomVG. Hierbei hat die Zahl der Einwohner, aber auch die finanzielle Lage der Kommune in Zusammenspiel mit dem Umfang des Unternehmens Berücksichtigung zu finden.⁷³ Der voraussichtliche Bedarf am Markt⁷⁴ verlangt zudem eine Prognose für die Zukunft. Somit soll diese Vorgabe die Kommune vor finanzieller und personeller Überforderung durch Eindämmung der Risiken einer unverhältnismäßigen Größe schützen.⁷⁵ Eine Kommune, deren Haushaltslage schlecht ist, darf sich deshalb nicht risikoreich wirtschaftlich betätigen.⁷⁶ Für den unbestimmten Rechtsbegriff des »angemessenen Bedarfs« besteht ebenfalls ein Beurteilungsspielraum.⁷⁷

4. Subsidiarität der kommunalen Betätigung, § 136 I 2 Nr. 3 NKomVG

Als dritte Vorgabe fungiert die Subsidiaritätsklausel des § 136 I 2 Nr. 3 NKomVG. Im Anschluss an die Vorgänger-

norm des § 67 I Nr. 3 DGO⁷⁸ bestand bis 2005 eine sog. unechte Subsidiaritätsklausel, sodass bei Leistungsparität die kommunale Wirtschaftsbetätigung zulässig gewesen ist.⁷⁹ Diese wurde 2005⁸⁰ in eine echte Subsidiaritätsklausel mit einem 2011⁸¹ eingeführten, hierauf gerichteten subjektiv-öffentlichen Recht umgewandelt, das folglich prozessrechtlich zur Klagebefugnis verhalf. 2016 wurde dies allerdings mit der erneuten Einführung einer unechten Subsidiaritätsklausel wieder zurückgenommen.⁸² Es zeigt sich ein stetiger Wechsel im Hinblick auf die Anforderungen, die an die Subsidiarität gestellt werden. Zweck der Klausel ist, die ordnungspolitische Ausgeglichenheit zwischen privaten und öffentlichen Konkurrenten sicherzustellen.⁸³ Einerseits besteht das Ziel der Sparsamkeit, sodass die Gemeinde nicht tätig werden muss, wenn Private die Leistung übernehmen. Andererseits wird auch die private Konkurrenz vor übergreifender kommunaler Wirtschaftstätigkeit, zumal diese wettbewerblich nicht unter Druck steht und weitere Vorteile wie Nähe zu öffentlichen Ressourcen und Politik sowie fehlende Insolvenzfähigkeit genießt, geschützt.⁸⁴

Dabei ist die Kommunalwirtschaft bei der jetzt vorhandenen unechten Subsidiaritätsklausel bessergestellt, da sie auch bei gleicher Güte und Wirtschaftlichkeit tätig werden darf. Diese kumulativen Aspekte stellen die auf die Erfüllung des öffentlichen Zwecks bezogenen Kriterien eines Vergleichs in Form einer Zweck-Mittel-Relation⁸⁵ dar. Hinsichtlich der Güte sind nicht nur die Qualität der Leistung selbst, sondern auch die Umstände zu bewerten, wie zuverlässig, dauerhaft und unter welchen sozialen⁸⁶ und ökologischen Maßstäben die Leistung erbracht wird.⁸⁷ Da aufgrund von § 136 I 2 Nr. 1 NKomVG stets ein öffentlicher Zweck und damit ein öffentliches Leistungsinteresse gegeben sein muss, ist auch der Stellenwert der Leistungserbringung für die Einwohner zu betrachten. Ist dieser hoch einzustufen, verlangt dies umso mehr Nachhaltigkeit und Kontinuität.⁸⁸ In der Konsequenz wird dies häufig für die kommunale wirtschaftliche Betätigung sprechen, ist sie doch gerade nicht an Gewinnerzielung gebunden (vgl. § 149 I NKomVG).⁸⁹ Beabsichtigt ein Unternehmen, mehrere untereinander sachlich und wirtschaftlich zusammenhängende öffentliche Zwecke

68 Vgl. Hartmann/Mann/Mehde/Hartmann, Landesrecht Niedersachsen, 2. Auflage (2018), § 6 Rn. 33; Burgi (Fn. 6), § 8 Rn. 32.

69 Vgl. Ruffert, Grundlagen und Maßstäbe einer wirkungsvollen Aufsicht über die kommunale wirtschaftliche Betätigung, VerwArch 2001, 27 (45 f.); Ipsen (Fn. 63), Rn. 839.

70 Breuer (Fn. 17), WiVerw 2015, 150 (161); Oebbecke (Fn. 20), § 41 Rn. 44; Schoch, in: FS Wahl, S. 573 (593): »praktisch keine Rolle«.

71 Dies folgt aus der jeweiligen Verwendung von »kann«. Hierzu auch Lange (Fn. 19), Kap. 17 Rn. 42.

72 So auch Burgi (Fn. 6), § 17 Rn. 42 f.

73 Schulz/Tischer (Fn. 15), GewArch 2014, 1 (3); Oebbecke (Fn. 20), § 41 Rn. 35 f.

74 Ebenso Ruthig/Storr (Fn. 8), Rn. 709.

75 Ipsen/Erdmann (Fn. 47), § 136 Rn. 15; Suerbaum (Fn. 23), § 16 Rn. 71; Brüning (Fn. 63), NVwZ 2015, 689 (692); Ipsen (Fn. 49), NdsVBl. 2015, 121 (122); Pünder/Dittmar (Fn. 59), Jura 2005, 760 (764).

76 So auch OVG Schleswig NordÖR 2013, 528 (534).

77 Vgl. Oebbecke (Fn. 20), § 41 Rn. 37; BeckOK Nds. KommR/Klaß-Dingeldey (Fn. 15), § 136 Rn. 37.

78 Deutsche Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935, RGBL. I, S. 49.

79 Zum Begriff *Pogoda*, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Subsidiaritätsklausel, LKV 2012, 159 (159); Breuer (Fn. 17), WiVerw 2015, 150 (160 f.).

80 Vgl. Nds. LT-Drs. 15/1680, S. 51.

81 Vgl. Nds. LT-Drs. 16/3147, S. 22.

82 Vgl. Nds. LT-Drs. 17/5423, S. 50.

83 Breuer (Fn. 17), WiVerw 2015, 150 (160); Pogoda (Fn. 79), LKV 2012, 159 (159).

84 Ausführlich darstellend Lange (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 111; Röhl (Fn. 17), Kap. 2 Rn. 183.

85 Burgi (Fn. 6), § 17 Rn. 46; vgl. hierzu ausführlich Ruffert (Fn. 69), 27 (45 ff.).

86 Ausdrücklich Nds. LT-Drs. 15/1680, S. 51.

87 Vgl. RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803); Breuer (Fn. 17), WiVerw 2015, 150 (163).

88 RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803); so auch Ruthig/Storr (Fn. 8), Rn. 710.

89 Ebenso RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803).

zu verfolgen, ist es als Ganzes Gegenstand der Prüfung. Damit sollen unbillige Ergebnisse vermieden werden, dass Private die gewinnbringenden Tätigkeiten übernehmen, während die Kommune die anderen Bereiche unwirtschaftlich führen müsste.⁹⁰ Ausnahmen der Subsidiarität sind mit einer Fiktion des öffentlichen Zwecks in § 136 I 3, 4 NKomVG normiert.⁹¹

Anhand der Erwägungen wird deutlich, dass der Gemeinde auch hier ein Beurteilungsspielraum zugestanden werden muss.⁹² Für die Beurteilung der Subsidiarität ist jedoch kein Verfahren normiert. Dennoch ist zu verlangen, dass sie den Markt erkundet, um die Entscheidung belegen und vertretbar begründen zu können.⁹³ Dies ist dann Gegenstand der Überprüfung der Rechtmäßigkeit, wobei das Ergebnis aufgrund des Beurteilungsspielraums unvertretbar sein müsste, um unzulässig zu sein.⁹⁴ Der Prüfung sind jedoch praktische Durchführungsprobleme immanent. Die Wirtschaftlichkeit kann nur durch eine naturgemäß unsichere Prognose erfasst werden.⁹⁵ Darüber hinaus ist es der Kommune zum einen verwehrt, Einblick in die Geschäftszahlen privater Konkurrenten zu erlangen.⁹⁶ Zum anderen erwähnt der Wortlaut explizit auch potentielle Bewerber, die noch gar nicht am Markt tätig sind. Dieses Kriterium auf sämtliche hypothetische Dritte anzuwenden, würde die Zulässigkeit kommunaler Wirtschaft nahezu unmöglich machen.⁹⁷ Daher sind vor dem Hintergrund des Zwecks nur bereits vor Ort tätige oder zur Aufnahme der Leistung bereite Private in die Subsidiaritätsprüfung einzubeziehen.⁹⁸

III. Territorialprinzip

Daneben ist die Frage umstritten, inwiefern Kommunen sich außerhalb ihres Gemeindegebiets wirtschaftlich betätigen dürfen.

1. Verfassungsrechtliche Betrachtung

Zunächst soll dies auf verfassungsrechtlicher Ebene betrachtet werden. Gänzlich gegen eine Zulässigkeit extraterritorialer Betätigung soll Art. 28 II 1 GG sprechen, da

nur die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ihrem Wirkungskreis entsprechen.⁹⁹ Entgegen dieser strikten Auslegung besteht die Auffassung, Art. 28 II 1 GG normiere keine Betätigungsgrenze, sondern schütze allein das Recht auf Selbstverwaltung.¹⁰⁰ Diese Betrachtungsweise berücksichtigt allerdings nicht ausreichend die Vorgaben des Art. 28 II 1 GG. Denn bei der wirtschaftlichen Betätigung handelt die Kommune weiter als Verwaltung und ist somit gem. Art. 20 III GG an das Verfassungsrecht und dadurch auch an Art. 28 II 1 GG gebunden.¹⁰¹ Hierbei sind die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft solche Interessen und Erfordernisse, die aus der Gemeinschaft stammen oder sich auf diese beziehen.¹⁰² Aus dieser Auslegung wird ersichtlich, dass auch eine Beschränkung auf die kommunalen Aufgaben und die Bedürfnisse der Gemeindeeinwohner besteht, womit eine örtliche Grenze einhergeht.¹⁰³ Dennoch ist entgegen der zunächst vorgestellten Auffassung keine feste Grenze zu ziehen. Vielmehr ist funktional zu betrachten, ob die Leistung des Unternehmens den Einwohnern der Gemeinde zugutekommt.¹⁰⁴ Es ist gerade die Bindung an den öffentlichen Zweck und die Bedürfnisse der Einwohner, die hier zum Ausdruck kommt und kommen muss.¹⁰⁵ Räumlich ist folglich auf den Schwerpunkt der Wertschöpfung der wirtschaftlichen Betätigung abzustellen. Erfolgt diese im Gebiet der Kommune oder ist sie auf die eigenen Einwohner bezogen, dann ist die Betätigung auch außerhalb des Gemeindegebiets zulässig.¹⁰⁶ Die wirtschaftliche Betätigung ist also erst dann als überörtlich zu qualifizieren, wenn ihr dieser Zusammenhang fehlt.

Aus der Bindung an den öffentlichen Zweck folgt überdies, dass eine Gebietsüberschreitung nur zur Gewinnerzielung unzulässig ist.¹⁰⁷ Dem Gebot der Wirtschaftlichkeit folgend sind Aufgabenerfüllungen zur Kapazitätsauslastung und Ressourcennutzung jedoch in engen Grenzen zulässig, solange dem öffentlichen Zweck gedient wird.¹⁰⁸

⁹⁰ RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803); BeckOK Nds. KommR/*Klaß-Dingeldey* (Fn. 15), § 136 Rn. 42; Ipsen/*Erdmann* (Fn. 47), § 136 Rn. 18.

⁹¹ Hierzu ausführlich KVR Nds/*Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 49 ff.; krit. *Suerbaum* (Fn. 23), § 16 Rn. 73.

⁹² BVerwGE 39, 329 (334); RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803); Blum/Häusler/Meyer/*Freese* (Fn. 22), § 136 Rn. 20; *Ruthig/Storr* (Fn. 8), Rn. 710.

⁹³ RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (805); *Lange* (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 117 f.; *Ruffert* (Fn. 69), VerwArch 2001, 27 (46 f.); *Burgi* (Fn. 6), § 17 Rn. 46; *Röhl* (Fn. 17), Kap. 2 Rn. 189.

⁹⁴ *Burgi* (Fn. 6), § 17 Rn. 46; Hartmann/Mann/Mehde/*Hartmann* (Fn. 68), § 6 Rn. 140; ebenfalls führt ein Verstoß gegen das hier vorgeschlagene Verfahren mangels Normierung nicht zur Unzulässigkeit.

⁹⁵ Vgl. *Leder*, Kohärenz und Wirksamkeit des kommunalen Wirtschaftsrechts im wettbewerbsrechtlichen Umfeld, DÖV 2008, 173 (176).

⁹⁶ KVR Nds/*Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 41.

⁹⁷ Vgl. ebenso BeckOK Nds. KommR/*Klaß-Dingeldey* (Fn. 15), § 136 Rn. 41; KVR Nds/*Wefelmeier* (Fn. 20), § 136 Rn. 38.

⁹⁸ RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (805); BeckOK Nds. KommR/*Klaß-Dingeldey* (Fn. 15), § 136 Rn. 41.

⁹⁹ Auch das Landesrecht dürfe hierüber nicht hinausgehen, so *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage (2014), S. 194; *Hill*, In welchen Grenzen ist kommunalwirtschaftliche Betätigung Daseinsvorsorge?, BB 1997, 425 (429).

¹⁰⁰ *Wolff* (Fn. 51), DÖV 2011, 721 (723 f.); *Moraing*, Kommunales Wirtschaftsrecht vor dem Hintergrund der Liberalisierung der Märkte, WiVerw 1998, 233 (247, 263).

¹⁰¹ Vgl. nur BeckOK Nds. KommR/*Dietlein* (Fn. 15), Systematische Einführung, Rn. 181; *Schink* (Fn. 14), NVwZ 2002, 129 (135); *Aust*, Das Recht der globalen Stadt (2017), S. 214; *Nierhaus* (Fn. 16), § 40 Rn. 42.

¹⁰² BVerfGE 79, 127 (151 f.).

¹⁰³ Vgl. *Ziekow* (Fn. 15), § 7 Rn. 56; *Burgi* (Fn. 6), § 17 Rn. 48; *Kühling*, Verfassungs- und kommunalrechtliche Probleme grenzüberschreitender Wirtschaftsbetätigung der Gemeinden, NJW 2001, 177 (179); *Nierhaus* (Fn. 16), § 40 Rn. 42; a. A. *Wolff* (Fn. 51), DÖV 2011, 721 (724).

¹⁰⁴ BVerwGE 122, 350 (354 f.); ebenso *Scharpf*, Rechtsprobleme der Gebietsüberschreitung – Kommunale Unternehmen extra muros?, NVwZ 2005, 148 (149).

¹⁰⁵ Ähnlich *Aust* (Fn. 101), S. 217 f.

¹⁰⁶ *Burgi* (Fn. 6), § 17 Rn. 47; Blum/Häusler/Meyer/*Freese* (Fn. 22), § 136 Rn. 11; *Kühling* (Fn. 103), NJW 2001, 177 (178); *Storbeck*, Grenzüberschreitende kommunale Zusammenarbeit (2016), S. 278; krit. *Nierhaus* (Fn. 16), § 40 Rn. 45.

¹⁰⁷ BeckOK Nds. KommR/*Klaß-Dingeldey* (Fn. 15), § 136 Rn. 53.

¹⁰⁸ Vgl. OVG Münster NVwZ 2008, 1031 (1035); *Nierhaus* (Fn. 16), § 40

2. Die niedersächsische Regelung

Zunächst ist in § 136 I 1 NKomVG einfachgesetzlich das Territorialprinzip festgesetzt, da die Gemeinden nur »ihre Angelegenheiten« wahrnehmen dürfen.¹⁰⁹ Der niedersächsische Gesetzgeber erlaubt jedoch in § 136 I 5, 6 NKomVG eine überörtliche Betätigung und begründet dies mit der Steigerung der Leistungs- und Konkurrenzfähigkeit.¹¹⁰ Fraglich ist allerdings, inwiefern dies mit Art. 28 II 1 GG vereinbar ist. Im Grundsatz kann eine überörtliche Betätigung mittels spezieller Ermächtigungsgrundlage erlaubt werden.¹¹¹ Art. 28 II GG als solcher steht dem nicht entgegen.¹¹² Jedoch müssen die Regelungen im Einklang mit den dargelegten Grundsätzen des Art. 28 II GG stehen. Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass die Gemeinde einerseits nicht übermäßig stark über die eigenen Angelegenheiten hinaus agieren darf, da auch gleichzeitig die demokratische Legitimation (Art. 20 II, 28 I 1 GG) dem Grunde nach nur für das eigene Gemeindegebiet besteht.¹¹³ Die Bürger der Zielgemeinde, auf deren Gebiet das kommunale Unternehmen agiert, haben die Tätigkeiten nicht demokratisch legitimiert und können sich nicht durch Wahlen äußern. Dennoch besteht die Betätigung allein zur Erfüllung eines öffentlichen Zwecks und ist zusätzlich noch aufgrund der kommunalrechtlichen Grundlage durch den seinerseits legitimierten Gesetzgeber abgesichert. Zum anderen kann sich selbstverständlich nicht nur die wirtschaftlich tätige Gemeinde, sondern auch die Zielgemeinde auf ihre Selbstverwaltungsgarantie berufen.¹¹⁴ Ihre Interessen sind also zwingend zu berücksichtigen.

§ 136 I 5 NKomVG regelt in diesem Sinne, dass die Gemeinde die privilegierten Bereiche des Satzes 3 zur Erfüllung des öffentlichen Zwecks auch außerhalb ihres Gebietes wahrnehmen kann, solange die berechtigten Interessen der Zielgemeinde gewahrt sind.¹¹⁵ Es wird sich also auf den öffentlichen Zweck fokussiert. Daher darf es nicht zu einer Ausweitung allein aufgrund der Gewinnerzielung kommen. Auch im Übrigen spiegelt das Gesetz die beschriebenen

Grundsätze wider. Da sich beide Gemeinden auf ihre Selbstverwaltungsgarantie berufen können, sind die Interessen durch praktische Konkordanz auszugleichen. Einerseits steht dabei die gesetzlich normierte Interessenwahrung der Zielgemeinde, die die Existenz der wirtschaftlichen Tätigkeit ihrer Unternehmen sichern darf.¹¹⁶ Andererseits ist aber gerade Zweck der ausdrücklichen Normierung, dass die Kommune sich überörtlich betätigen darf.¹¹⁷ Daher kann im Umkehrschluss aus § 136 I 6 NKomVG, der ein Einvernehmen der betroffenen Gemeinden nur bei der Wasserversorgung verlangt, auch nicht generell Einigkeit gefordert werden.¹¹⁸

Im Ergebnis geht die landesrechtliche Regelung mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben einher. Dies hat gleichfalls zur Folge, dass sich die Kommune im Rahmen der funktionalen Schwerpunktbetrachtung wirtschaftlich auch im Ausland betätigen darf. Das Territorialprinzip lässt eine darüber hinausgehende Betätigung jedoch nicht zu.¹¹⁹ Der damit verbundenen Frage der Geltung und Wirkung der europäischen Grundfreiheiten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten in solchen Konstellationen kann hier nicht nachgegangen werden.¹²⁰

IV. Stellung der privaten Wettbewerber

Auch die Rechtsstellung der privaten Konkurrenz kann eine Grenze der kommunalen Aktivitäten bedeuten. Ein beachtlicher Unterschied zur Kommunalaufsicht liegt nämlich darin, dass letztere lediglich im öffentlichen Interesse eingreift, während Privaten der Rechtsweg nach Art. 19 IV GG offen steht.¹²¹ Denn sie sind es, denen die kommunalen Unternehmen durch den größeren Wettbewerb schaden könnten. Das Handeln der kommunalen Unternehmen als Marktteilnehmer unterliegt dabei dem Wettbewerbsrecht, wodurch für die Art und Weise des Vorgehens gem. § 13 GVG der Zivilrechtsweg eröffnet ist.¹²² Gleichzeitig wurde aber durch den BGH festgestellt, dass über diesen Weg allein das Verhalten, nicht aber der Marktzugang überprüft werden kann.¹²³ Demzufolge hat sich der Rechtsschutz nunmehr auf den Verwaltungsrechtsweg zu konzentrieren,

Rn. 43; *Storbeck* (Fn. 106), S. 278; *Scharpf* (Fn. 104), NVwZ 2005, 148 (150); *Jarass*, Aktivitäten kommunaler Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets, DVBl. 2006, 1, 7 f.; a. A. *Lux*, Das neue kommunale Wirtschaftsrecht in Nordrhein-Westfalen, NWVBl. 2000, 7 (10).

109 Dies meint die örtlichen Angelegenheiten. Der frühere Wortlaut wurde aus systematischen Gründen geändert, s. Nds. LT-Drs. 16/3147, S. 22; *Ipsen* (Fn. 49), NdsVBl. 2015, 121 (121).

110 Nds. LT-Drs. 17/6747, S. 7.

111 *Kühling* (Fn. 103), NJW 2001, 177 (179); *Schink* (Fn. 14), NVwZ 2002, 129 (136); *Jarass* (Fn. 108), DVBl. 2006, 1 (3); *Engels/Krausnick* (Fn. 18), § 8 Rn. 24.

112 Vgl. BVerwG NVwZ 1998, 592 (593).

113 Vgl. *Burgi* (Fn. 6), § 17 Rn. 50; *Nierhaus* (Fn. 16), § 40 Rn. 44; ablehnend daher *Jarass*, DVBl. 2006, 1 (4); ausführlich hierzu *Brosius-Gersdorf*, Wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden außerhalb ihres Gebiets, AöR 2005, 392 (422 ff.).

114 *Kühling* (Fn. 103), NJW 2001, 177 (179); *Jarass* (Fn. 108), DVBl. 2006, 1 (3); BeckOK Nds. KommR/*Klaß-Dingeldey* (Fn. 15), § 136 Rn. 24.2.

115 Satz 6 ermöglicht bei gesetzlich liberalisierten Tätigkeiten die überörtliche Betätigung. Dazu ausführlich *Blum/Häusler/Meyer/Freese* (Fn. 22), § 136 Rn. 26.

116 Vgl. *Kühling* (Fn. 103), NJW 2001, 177 (179 f.); *Jarass* (Fn. 108), DVBl. 2006, 1 (3 f.); *Lange* (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 96; deutlich strenger *Scharpf* (Fn. 104), NVwZ 2005, 148 (153).

117 BeckOK Nds. KommR/*Klaß-Dingeldey* (Fn. 15), § 136 Rn. 58.

118 I.E. ebenso BeckOK Nds. KommR/*Klaß-Dingeldey* (Fn. 15), § 136 Rn. 56.

119 Hier ist von einer bewussten Entscheidung des niedersächsischen Gesetzgebers auszugehen, da die Überörtlichkeit überhaupt erst 2016 eingeführt wurde, als andere Länder (z. B. § 107 III, IV GO NRW; § 101 III GO SH) schon Befugnisse zur Auslandsbetätigung geregelt hatten.

120 S. hierzu ausführlich *Krausnick*, Erosionen der örtlichen Selbstverwaltung, VerwArch 2011, 359 ff.

121 Vgl. *Brüning*, Zur Reanimation der Staatsaufsicht über die Kommunalwirtschaft, DÖV 2010, 553 (554); *Ipsen* (Fn. 63), Rn. 850; *Engels/Krausnick* (Fn. 18), § 10 Rn. 13.

122 BGHZ 150, 343 (347); vgl. auch *Ipsen* (Fn. 63), Rn. 668; *Hartmann/Mann/Mehde/Hartmann* (Fn. 68), § 6 Rn. 145; *Röhl* (Fn. 17), Kap. 2 Rn. 194; *Burgi* (Fn. 6), § 17 Rn. 36.

123 BGH NJW 1974, 1333 (1333 f.); BGHZ 150, 343 (347).

wenn es um die kommunalrechtlichen Voraussetzungen geht.¹²⁴ Für eine hiergegen gerichtete Klage müsste aus § 136 I 2 NKomVG ein subjektiv-öffentliches Recht folgen. Bis 2016 stellte § 136 I 3 NKomVG a. F. den Drittschutzcharakter der Subsidiaritätsklausel ausdrücklich klar. Mit der erfolgten Streichung und Einführung der unechten Subsidiaritätsklausel gilt aufgrund der vorherigen Rechtsprechung¹²⁵ und der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers¹²⁶ nun der Stand vor deren Einführung, dass kein Drittschutz bezweckt ist. Dies hat zur Folge, dass keine Klagebefugnis und mithin keine Möglichkeit besteht, die Einhaltung der Vorschriften überprüfen zu lassen.¹²⁷ Die kommunalrechtliche Rechtsstellung der privaten Konkurrenz¹²⁸ erweist sich also insoweit nicht als große Beschränkung.

V. Zwischenergebnis

Das Kommunalrecht stellt die bedeutendste Schranke der Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung durch die Gemeinde dar, während für die Art und Weise der Tätigkeit das hier nicht näher in den Blick zu nehmende allgemeine Wirtschaftsrecht gilt.¹²⁹ Dabei wurde aber aufgezeigt, dass die kommunalrechtlichen Grenzen der Betätigung durch die unbestimmten Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum nur schwerlich überprüfbar sind, was durch die punktuelle Betrachtung noch verstärkt wird.

D. Analyse der dargestellten Ergebnisse und Potenzial

Diese Erkenntnisse widersprechen dem, was eigentlich Anspruch des Gesetzgebers bei legislativen Entscheidungen um § 136 NKomVG sein sollte. So folgt nämlich einerseits aus den bei dem Merkmal der Subsidiarität angeführten Gründen, dass der Position der privaten Wettbewerbssteilnehmer Rechnung getragen werden muss. Andererseits besitzt die Kommunalwirtschaft eine wichtige, ergänzende Stellung, was vor allem aus der Erfüllung der Aufgaben auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge folgt. Daher gilt es, eine ordnungspolitische Balance zu finden. Dem sollen die folgenden Vorschläge dienen.

¹²⁴ Von einer Darstellung der Entwicklung der zivil- und verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung soll hier abgesehen werden, hierzu *Schoch* (Fn. 70), 573 (578 ff.).

¹²⁵ OVG Lüneburg NVwZ 2009, 258 (259 f.).

¹²⁶ Nds. LT-Drs. 17/6747, S. 6.

¹²⁷ So auch *Thiele* (Fn. 18), § 136 Rn. 6; Blum/Häusler/Meyer/Freese (Fn. 22), § 136 Rn. 19; KVR Nds./Wefelmeier (Fn. 20), § 136 Rn. 44; BeckOK Nds. KommR/*Klaß-Dingeldey* (Fn. 15), § 136 Rn. 87.

¹²⁸ Zu grundrechtlichen Abwehrensprüchen oben unter B. II. 2. sowie ausführlich *Wendt*, Rechtsschutz privater Konkurrenten gegen wirtschaftliche Betätigungen der Gemeinden, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 3. Auflage (2011), § 42 Rn. 43 ff.; zu fraglichem vergaberechtlichem Rechtsschutz *Mann*, Kommunales Wirtschaftsrecht als Vorfrage des Vergaberechts?, NVwZ 2010, 857 ff.

¹²⁹ Vgl. nur *Engels/Krausnick* (Fn. 18), § 8 Rn. 44; dies sind vor allem die europarechtlich determinierten Bereiche des Beihilfe- und Vergaberechts, hierzu ausführlich *Lange* (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 263 ff. sowie Rn. 273 ff.

I. Einführung von Verfahrensanforderungen

Durch die festgestellte Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen besteht eine nur eingeschränkte gerichtliche Kontrollmöglichkeit, die sich auf die rechtliche Vertretbarkeit bei derartigen Prognoseentscheidungen beschränkt. Dies führt zu einem gewissen Maß an Rechtsunsicherheit und schränkt den aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG ein.¹³⁰ Mangels Typisierung im Gesetz obliegt somit der Verwaltung eine stärkere Position. Dennoch kann die Gemeinde nur mit solchen offenen Begriffen im Gesetz individuell auf örtliche Begebenheiten und Bedürfnisse reagieren. Es besteht damit zwar Raum für Wertungen, der aber aufgrund der politischen und flexiblen Zweckmäßigkeitentscheidung zu akzeptieren ist.

Die hervorgerufene rechtliche Unsicherheit trifft in Niedersachsen jedoch auf kein Verfahren, das den Weg der Kommune zur Einschätzung der Voraussetzungen gestaltet. In anderen Bundesländern allerdings bestehen normierte Vorgehensweisen. So setzen z. B. Hessen¹³¹ und Nordrhein-Westfalen¹³² übereinstimmend fest, dass vor Aufnahme der Betätigung Chancen und Risiken zu erfassen und den örtlichen Selbstverwaltungskammern der Wirtschaft Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist. Die Abwägung der Risiken sollte auch bei jetziger Rechtslage in Niedersachsen erfolgen, würde auf diesem Weg aber transparent und nachvollziehbar festgesetzt.¹³³ Dies würde sowohl die Arbeit der Kommune strukturieren und erleichtern, als auch Kommunalaufsicht und Gericht bei der Überprüfung einen Rahmen geben. Ein Missachten der Regeln hätte hingegen die Rechtswidrigkeit der wirtschaftlichen Betätigung zur Folge.¹³⁴ Daneben wird die örtliche Privatwirtschaft über das Vorhaben informiert, sodass deren Meinung, aber auch eventuelle Angebote eingeholt werden können. Dies erleichtert das angesprochene Problem bei der Durchführung des Subsidiaritätsvergleichs mangels ausreichender Informationen der Kommune. Des Weiteren führt ein solches Einbinden zu erhöhter Akzeptanz seitens der Privatwirtschaft.¹³⁵ Gleichwohl behält die Kommune mangels Regelung von Einzelheiten in diesem bürokratischen Verfahren Wertungsspielräume. Denn die Gemeinde hat die Ergebnisse zwar zu berücksichtigen, sie ist aber dennoch frei in ihrer Beurteilung.¹³⁶ Folglich bleibt auch die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gewahrt, beschränkt sich der Eingriff doch nur auf verfahrensrechtliche

¹³⁰ Vgl. allgemein *Detterbeck* (Fn. 65), Rn. 359.

¹³¹ § 121 VI HGO.

¹³² § 107 V GO NRW.

¹³³ Vgl. *Dietl*, Die kommunalrechtlichen Vorgaben zur Durchführung eines Branchendialogs, KommJur 2015, 401 (401); BeckOK Hess. KommR/*Ogorek*, 1. 8. 2019, § 121 Rn. 73; *Brüning* (Fn. 121), DÖV 2010, 553 (558).

¹³⁴ Vgl. BeckOK Hess. KommR/*Ogorek* (Fn. 133), § 121 Rn. 76; *Articus/Schneider/Söbbecke*, Gemeindeordnung NRW, 5. Auflage (2016), § 107 Anm. 9; *Rauber u. a./Rauber*, Hessische Gemeindeordnung, 3. Auflage (2017), § 121 Anm. 8; *Burgi* (Fn. 6), § 17 Rn. 46.

¹³⁵ *Dietl* (Fn. 133), KommJur 2015, 401 (407).

¹³⁶ Ebenso BeckOK Hess. KommR/*Ogorek* (Fn. 133), § 121 Rn. 75; *Dietl* (Fn. 133), KommJur 2015, 401 (406).

Vorgaben.¹³⁷ Der materiellrechtlichen Unsicherheit kann also durch eine Einkleidung in einen prozessrechtlichen Mantel entgegengesteuert werden.¹³⁸

II. Regelmäßige Überprüfung der Voraussetzungen

Daneben wurden als Problem die punktuelle Betrachtung und der einhergehende Bestandsschutz durch § 136 I 2 NKomVG identifiziert. Für die Einhaltung des Bestandsschutzes spricht die Begründung zur Vorgängernorm § 67 I DGO, dass eine zwangsweise Liquidierung der Unternehmen verhindert werden sollte.¹³⁹ Daneben wird angeführt, dass das Unternehmen durch marktgerechte, zulässige Tätigkeitserweiterungen trotz Bestandsschutz nicht stagniere.¹⁴⁰ Auch ein kommunales Unternehmen sollte zur nachhaltigeren Planung auf einen gewissen Schutz in seinen Bestand vertrauen können. In der Praxis erscheint es zudem schwer durchführbar, regelmäßig Kontrollen über die Einhaltung vorzunehmen. Jedoch bedeutet ein Bestandsschutz in der Konsequenz, dass später bestehende Verstöße gegen die verfassungsrechtlich abgeleiteten Voraussetzungen unberücksichtigt bleiben.¹⁴¹ Zudem würden bessere Private nicht zum Zug kommen, sondern unwirtschaftliche, kommunale Unternehmen weiterbetrieben werden können.¹⁴² Deshalb stellt § 107 I 3 GO NRW die wirtschaftliche Betätigung unter dauernde Kontrolle. Dabei ist die Betätigung allerdings betriebsbezogen auszulegen, sodass letztlich nur der Unternehmensgegenstand kontrolliert wird.¹⁴³ Eine Änderung dessen unterliegt damit aber einer neuerlichen Prüfung.¹⁴⁴ Dies ist, ähnlich zur ohnehin unterworfenen »wesentlichen Erweiterung«, aus den genannten Gründen auch für Niedersachsen zu fordern, um dadurch den Zweck der Kontrolle des § 136 I 2 NKomVG nicht zu unterlaufen. Den Einwänden der schwer durchführbaren ständigen Kontrolle und des (zumindest begrenzt zugestandenen) Bestandsschutzes kann dadurch abgeholfen werden, dass eine Prüfung der Voraussetzungen nur periodisch stattfinden soll.¹⁴⁵ Eine Gesetzesänderung ist daher wünschenswert, damit das kommunale Unternehmen stetig die Anforderungen zu erfüllen hat.

¹³⁷ Dietl (Fn. 133), KommJur 2015, 401 (403); a. A. Cronauge (Fn. 20), Rn. 422.

¹³⁸ Ähnlich Uechtritz/Otting/Olgemöller, Kommunalrechtliche Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage (2012), § 6 Rn. 67 f.; Suerbaum (Fn. 23), § 16 Rn. 71.

¹³⁹ Hierzu Ipsen (Fn. 40), ZHR 170 (2006), 422 (429); Waechter, Kommunalrecht, 3. Auflage (1997), Rn. 605: »wirtschaftlich unsinnig«; krit. Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 6. Auflage (2018), § 2 Rn. 314.

¹⁴⁰ So RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803).

¹⁴¹ Suerbaum (Fn. 23), § 16 Rn. 57; Lange (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 156.

¹⁴² Breuer (Fn. 17), WiVerw 2015, 150 (157); ähnlich Suerbaum, Durchbruch oder Pyrrhussieg? Neues zum Schutz Privater vor der Kommunalwirtschaft, Die Verw. (40) 2007, 29 (41).

¹⁴³ OVG Münster NVwZ 2003, 1520 (1522).

¹⁴⁴ Dietlein/Hellermann (Fn. 139), § 2 Rn. 314; Engels/Krausnick (Fn. 18), § 8 Rn. 12.

¹⁴⁵ So geregelt in § 121 VII HGO, auch wenn das Ergebnis der Prüfung die Gemeinde nicht bindet, so Hess. LT-Drs. 16/2463, S. 60.

III. Beschränkung der weitläufigen Ausnahmen

Hinzu kommen die Ausnahmekataloge der nichtwirtschaftlichen Unternehmen (§ 136 III NKomVG) sowie die Fiktionen des § 136 I 3, 4 NKomVG, die den Anwendungsbereich der Schrankentrias nochmals verringern. Die Sicherstellung der Erfüllung der ausgenommenen Aufgaben ist hinsichtlich des § 136 III NKomVG allerdings wegen derer Bedeutung für die kommunale Daseinsvorsorge zu akzeptieren.¹⁴⁶ Außerdem besitzt die Kommune damit ein Steuerungsinstrument, zukunftssträchtige, öffentliche Investitionen wie beim Breitbandausbau (s. § 136 I 3 NKomVG) durch eine eingeschränkte Geltung der Schrankentrias zu fördern. Gleichwohl sorgen die Ausnahmen dafür, dass die Gemeinde nicht prüfen muss, ob die auch für den Schutz der Kommune normierten Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen.¹⁴⁷ Die wirtschaftlichen Folgen werden also nicht überprüft.¹⁴⁸ Dadurch bleibt ungeprüft, ob das kommunale Unternehmen letztlich konkurrenzfähig sein kann. Die Gemeinden als Träger der Unternehmen sollten sich somit i. S. d. Zwecks der Schrankentrias nicht mit wirtschaftlichen Tätigkeiten übernehmen, auch wenn sie keine Prüfung vornehmen müssen.

E. Fazit: Rechtliche Möglichkeiten, politische Grenzen

Schließlich bleibt damit festzuhalten, dass die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen generell zulässig ist. Vor allem die kommunalrechtliche Schrankentrias setzt dieser Grenzen, welche aber mit den diskutierten Problemen ihrer Wirkung behaftet ist. Darüber hinaus sind vielfältige Ausnahmen normiert. Es bestehen also rechtliche Möglichkeiten für eine Gemeinde, sich im Rahmen ihrer Selbstverwaltungsgarantie für wirtschaftliche Betätigung in verschiedenen Bereichen zu entscheiden. Um ihren speziellen Charakter, im öffentlichen Interesse die kommunalen Aufgaben zu erfüllen, beizubehalten, sollten Gemeinde und zuvor bereits Gesetzgeber politische Grenzen beachten und sich auf die zentralen Aufgaben im Rahmen der Daseinsvorsorge beschränken.¹⁴⁹ Damit bleibt die kommunale wirtschaftliche Betätigung im Wege der kommunalen Selbstverwaltung in ihrer Existenz berechtigt.¹⁵⁰ Die große politische Aufmerksamkeit, die sich in ständigen Änderungen der Norm widerspiegelt, geht aber letztlich nicht mit der rechtlichen Steuerungswirkung der Norm einher.¹⁵¹ Dem sollen daher die hier formulierten Lösungsvorschläge entgegensteuern.

¹⁴⁶ Vgl. Geis (Fn. 50), § 12 Rn. 81.

¹⁴⁷ Oft werden die Voraussetzungen aber gegeben sein, vgl. Lange (Fn. 19), Kap. 14 Rn. 30; Röhl (Fn. 17), Kap. 2 Rn. 193.

¹⁴⁸ So auch Nierhaus (Fn. 16), § 40 Rn. 40, der sogar von »gemeinwohlsschädlich« spricht; vgl. Leder (Fn. 95), DÖV 2008, 173 (174); Breuer (Fn. 17), WiVerw 2015 150 (155 f.).

¹⁴⁹ Ebenso Brüning (Fn. 63), NVwZ 2015, 689 (695); Burgi (Fn. 6), § 17 Rn. 51.

¹⁵⁰ Vgl. Burgi (Fn. 6), § 17 Rn. 51; Breuer (Fn. 17), WiVerw 2015, 150 (164).

¹⁵¹ Ebenso Freese (Fn. 66), NdsVBl. 2009, 192 (193); Oebbecke (Fn. 20), § 41 Rn. 1; vgl. ferner bei einer echten Subsidiarität Leder (Fn. 95), DÖV 2008, 173 (176).