

Ref. jur. Joachim Bingenheimer, Greifswald*

Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden

„Dezentrale Energieerzeugung“ lautet ein Schlagwort in der aktuellen Diskussion über die „Energiewende“ in der Stromerzeugung in Deutschland.¹ Die kommunalen Energieversorgungsunternehmen werden als „grüne“ Alternativen zu den vier großen Energiekonzernen gehandelt.² Das wirft die grundsätzliche Frage auf, weshalb in einer Marktwirtschaft die Kommune, ein Hoheitsträger, als Unternehmer auftritt. Dieser Kurzbeitrag beleuchtet allgemein die juristischen Voraussetzungen für kommunales wirtschaftliches Tätigwerden anhand der neugefassten Marktzugangsregelung des § 68 Abs. 2 S. 1 KV M-V.³ Vorangestellt sei dem Beitrag der Hinweis, dass bei der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden auch privatrechtliche Normen wie das UWG oder europarechtliche Regeln wie Art. 14, 106 AEUV beachtet werden müssen.

I. Einleitung

In Mecklenburg-Vorpommern regelt die Schrankentrias⁴ des § 68 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1–3 KV M-V den Marktzugang kommunaler Wirtschaftsunternehmen. Ihren Ursprung hat diese Regelung im § 67 DGO (1935),⁵ der bereits das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks erforderte, weiterhin verlangte, dass das Unternehmen in einem angemessenen Umfang zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht und der verfolgte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch ein anderes Unternehmen erfüllt

werden kann.⁶ Doch was versteht man unter wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinde und wann und warum ist sie überhaupt legitim?

II. Problemstellung

1. Definition der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung

Seit September 2011 enthält § 68 Abs. 1 S. 1 KV M-V eine Legaldefinition:⁷ Als wirtschaftliche Betätigung ist der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern und Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte.⁸ Die vormalige Unterscheidung in wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Unternehmen (Negativkatalog des § 68 Abs. 2 KV M-V a. F.) ist aufgehoben, § 68 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Abs. 3 KV M-V.

2. Daseinsvorsorge als Rechtfertigung des wirtschaftlichen Tätigwerdens

Unternehmerisches Tätigwerden seitens der öffentlichen Hand hat Tradition in Deutschland.⁹ Und ein nicht zu leugnender Vorteil ist die Nähe der Kommunen und der Stadtwerke als ihre kommunalen „Tochterunternehmen“ zum Endverbraucher. In den Augen vieler Konsumenten sind sie Garant für „Verlässlichkeit, Seriosität und Bonität“.¹⁰

Doch trotz der vielbeschworenen wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes¹¹ ergibt sich aus der verfassungsrechtlichen Systematik ein Bekenntnis zur Marktwirtschaft, denn ein politisches System, welches die Grundrechte der Berufsfreiheit, der Eigentumsfreiheit und der allgemeinen Handlungsfreiheit garantiert, ist privatwirtschaftlich ausgerichtet.¹² Auch in einer sozialen

* Der Autor studierte an der Universität Greifswald und ist mittlerweile Rechtsreferendar in Mecklenburg-Vorpommern. Der Beitrag basiert auf einer Studienarbeit, die im Wintersemester 2009/10 im Schwerpunktgebiet Staat und Verwaltung bei Herrn Prof. Dr. Michael Rodi angefertigt wurde. Die Arbeit „Kommunalverfassungsrechtliche Grenzen für das Betreiben von Stromtankstellen durch Kommunen“ ist beim FSR Jura der Universität Greifswald einzusehen.

1 FR-online.de vom 04.04.2011, URL: <http://www.fr-online.de/wissenschaft/klimawandel/dezentrale-energieversorgung-als-zukunftsmodell/-/1473244/8294516/-/index.html> (Abruf v. 17.09.2011).

2 Pressemitteilung 14/11 des DStGB v. 02.05.2011.

3 Für privatrechtlich geführte Unternehmen (Stadtwerke in GmbH- oder AG-Form) gilt mit § 69 KV M-V eine vergleichbare Regelung. Mit der Neufassung des § 70 ff. KV M-V steht den Kommunen mit dem Kommunalunternehmen (einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts) eine weitere öffentlich-rechtliche Organisationsform zur Verfügung. Bereits in anderen Bundesländern etabliert, bspw. als Dachgesellschaft der Stadtwerke Trier AG, URL: <http://www.swt.de/swt/Integrale?SID=7353B6EE5643C0E8C2A6FE816773A8DC&ACTION=ViewMediaObject&MODULE=Frontend.Media&Media.Object.ObjectType=full&Media.PK=2083> (Aufruf v. 17.09.2011).

4 Hermann Pinder et al., Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde, JURA 2005, 760 (763).

5 DGO vom 30.01.1935, URL: <http://www.verfassungen.de/de/de33-45/gemeindeordnung35.htm> (Abruf v. 17.09.2011).

6 Vgl. Alexander Schink, Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, NVwZ 2002, 129 (130).

7 In anderen Bundesländern: § 91 Abs. 1 S. 1 BbgKVVerf (Brandenburg); inhaltsgleich § 107 Abs. 1 S. 3 GO Nordrhein-Westfalen.

8 Vgl. BVerwGE 39, 329 (333).

9 Michael Ronellenfitsch in Hoppe/Uechtritz, Handbuch Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 2007, § 1, Rn. 16 ff.; vgl. a. Hans D. Jarass, Kommunale Wirtschaftsunternehmen im Wettbewerb, 1. Aufl. 2002, S. 1 (Übersicht über die Beteiligungen m. w. N.).

10 OLG Bremen ZNER 2009, 394 (395).

11 BVerfGE 4, 7, (17 f.); 50, 290 (338).

12 Hans-Joachim Schütz in Schütz/Classen, Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern, 2. Aufl. 2010, § 5 Rn. 291.

Marktwirtschaft¹³ soll die öffentliche Hand so wenig wie möglich in die Privatwirtschaft eingreifen und sich strikt auf hoheitliche Betätigung beschränken.¹⁴

Untätig ist der Markt auf dem Gebiet der Energieversorgung ja gerade nicht, doch der Markteintritt kommunaler Unternehmen könnte mit Belangen der Daseinsvorsorge als typische Aufgabe der kommunalen Selbstverwaltung¹⁵ gerechtfertigt werden.¹⁶ Verwiesen wird hier auf den Gemeinwohlaufrag der Gemeinden (vgl. § 1 Abs. 2 S. 2 KV M-V).¹⁷

Zu bedenken ist jedoch, dass Daseinsvorsorge ein politischer Leitbegriff und keine rechtliche Definition ist.¹⁸ Die Kommune bleibt jedoch auch Verwaltung, wenn sie wirtschaftlich tätig wird.¹⁹ Jede staatliche Verwaltungstätigkeit bedarf der Legitimation und die Gemeinden als Glieder ihrer Staaten, der Bundesländer,²⁰ benötigen deshalb gesetzliche Zuständigkeiten. Die Vorschriften der Gemeindeordnungen, in Mecklenburg-Vorpommern § 68 KV M-V, sind solche Kompetenz- und Befugnisnormen.²¹ Die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG²² enthält die hierfür verfassungsrechtliche Legitimation, und zwar sowohl für die wahrgenommene öffentliche Aufgabe, als auch für die Form der Aufgabenwahrnehmung mittels wirtschaftlichen Tätigwerdens.²³ Ob eine bestimmte Tätigkeit der Daseinsvorsorge zugehörig ist, kann mithin rechtlich dahinstehen.²⁴

3. Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 GG und Schrankentrias

Fraglich ist jedoch, was eine kommunale Aufgabe ist, denn die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG enthält eben keinen festgeschriebenen Aufgabenkatalog.²⁵ Aus der Selbstverwaltungsgarantie ergibt sich aber der Grundsatz der Allzuständigkeit der Gemeinden, der besagt, dass Gemeinden sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft annehmen dürfen,²⁶ die nicht bereits durch Gesetz anderen Trägern der öffentlichen Verwaltung zugewiesen sind.²⁷ Dies gilt insbesondere für die Staatsebene, aber auch für die Kreisebene.²⁸ Unter den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft versteht man diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder einen spezifischen Bezug haben,²⁹ die also den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der politischen Gemeinde betreffen; auf die Verwaltungskraft der jeweiligen Kommune kommt es hierfür nicht an.³⁰ Der Kommune steht hinsichtlich dieser Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ein Aufgabenfindungsrecht zu.³¹

Die Befugnisnorm des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG räumt der Gemeinde auch das Recht ein, selbst über die Mittel zu bestimmen, mit der sie die jeweilige Aufgabe wahrnimmt.³² Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft darf die Kommune also auch in wirtschaftlicher Form erledigen.³³ Mithin ist wirtschaftliche Betätigung eine Form der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und Wahrnehmungsform der kommunalen Selbstverwaltung des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG.³⁴

Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ist gleichzeitig Betätigungsgrenze³⁵ – übrigens auch eine örtliche. Übergemeindliches Tätigwerden braucht die betroffene Kommune somit nicht zu dulden.³⁶ Trotz der Ausnahmeregelung³⁷ des § 68 Abs. 2 S. 3 KV M-V, die u. a. die Stromversorgung außerhalb

13 Vgl. Art. 51 S. 1 LV Rheinland-Pfalz; hierzu a. RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (804).

14 Schütz in Schütz/Classen (Fn. 12), § 5 Rn. 291; vgl. a. § 3 MFG BW.

15 Rupert Scholz, Neue Entwicklungen im Gemeindefinanzrecht – Strukturfragen und Verfassungskritik, DÖV 1976, 441 (442).

16 Joachim Burmeister in Püttner, HkWP Bd. V, 2. Aufl. 1984, S. 7; Ronellenfisch et al. in Hoppe/Uechtritz (Fn. 9), § 3 Rn. 8.

17 Ulrich Hösch, Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, DÖV 2000, 393 (400) m. w. N.; Ronellenfisch et al., „Eine Gemeinde geht online“, JURA 2005, 702 (705); Ronellenfisch et al. in Hoppe/Uechtritz (Fn. 9), § 3 Rn. 8.

18 Schink (Fn. 6), NVwZ 2002, 129 (132) m. w. N.; zur Historie des Begriffs „Daseinsvorsorge“: Eingeführt wurde der Begriff von Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1. Aufl. 1938 und bezeichnete die Erfüllung der Aufgabe der sozialen Bedürftigkeit nach Gas, Wasser, elektrischer Energie etc. zu helfen, um die Daseinsführung des Einzelnen – unabhängig vom Vermögen – in der industrialisierten Massengesellschaft zu ermöglichen. Forsthoff räumte später selbst ein, dass der Umfang der zu erbringenden Leistung sich nicht abstrakt bestimmen lässt und der Begriff, gemessen an der Prägnanz rechtsstaatlicher Begriffe, eine gewisse Unschärfe aufweist, da er auch den Staatswissenschaften, wie sie im 18. Jh. verstanden wurden, entstammt und in einer rechtsstaatlichen Verfassung nicht unterzubringen ist (Der Staat der Industriegesellschaft, 2. Aufl. 1971, S. 75 – 79, vgl. insbesondere S. 77).

19 RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801.

20 Klaus-Michael Glaser in Darsow/Gentner/Glaser/Meyer, Schwerförmiger Kommentierung der Kommunalverfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, 3. Aufl. 2005, § 1 Rn. 1.

21 Schink (Fn. 6), NVwZ 2002, 129 (145).

22 Zum Verhältnis von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zu Art. 72 Abs. 1 S. 1 LV M-V vgl. Hubert Meyer in Litten/Wallerath, Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern, 1. Aufl. 2007, Art. 72 Rn. 1.

23 Schink (Fn. 6), NVwZ 2002, 129 (132).

24 BVerfG ZNER 2009, 232 (233).

25 BVerfG ZNER 2006, 63 (64).

26 Horst Dreier in Dreier, GG-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rn. 110.

27 BVerfGE 79, 127 (147 ff.).

28 Vgl. zur Zwitterstellung des Landkreises: § 88, § 119 Abs. 1 KV M-V; hierzu Schütz in Schütz/Classen (Fn. 12), § 5 Rn. 334 ff.

29 BVerfGE 8, 122 (134); 50, 195 (201); 52, 95 (120).

30 BVerfGE 79, 127 (151 f.).

31 vgl. Schütz in Schütz/Classen (Fn. 12), § 5 Rn. 96.

32 BVerfGE 79, 127 (147 ff.).

33 So ausdrücklich: § 91 Abs. 2 BbgKVerf (Brandenburg); § 108 Abs. 1 S. 1 NGO (Niedersachsen); § 107 Abs. 1 S. 1 GO Nordrhein-Westfalen; § 97 SächsGemO (Sachsen); § 116 Abs. 1 S. 1 GO LSA (Sachsen-Anhalt).

34 Matthias Ruffert, Kommunalwirtschaft und Landes-Wirtschaftsverfassung, NVwZ 2000, 763.

35 Rolf Grawert in Grupp/Ronellenfisch, Festschrift für Blümel, 1. Aufl. 1999, S. 125.

36 Jarass, Aktivitäten kommunaler Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets, insbesondere im öffentlichen Personennahverkehr, DVBl. 2006, 1 (3) m. w. N.

37 Vgl. § 107 Abs. 7 GemO Baden-Württemberg; Art. 87 GO Bayern; § 121 Abs. 5 HGO (Hessen); § 107 Abs. 3 GO Nordrhein-Westfalen; § 108 Abs. 4 KSVG Saarland; § 101 Abs. 2 GO Schles-

des Gemeindegebiets betrifft, bleibt die kommunale Selbstverwaltung der Nachbargemeinde insoweit geschützt, dass diese Tätigkeit gem. § 77 Abs. 1 KV M-V der Rechtsaufsichtsbehörde angezeigt werden muss.³⁸ Ferner ist die Gemeinde nur berechtigt, sich wirtschaftlich zu betätigen, wenn dadurch Sachziele erfüllt werden, die zugleich auch Angelegenheiten der öffentlichen Gemeinschaft sind.³⁹ Der Kommune, genauer ihrer Gemeindevertretung (§ 22 Abs. 3 Nr. 10 KV M-V), steht hier allerdings eine Einschätzungsprerogative zu.⁴⁰

a. Öffentlicher Zweck

Deshalb fordert § 68 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 KV M-V den öffentlichen Zweck zur Rechtfertigung des wirtschaftlichen Tätigwerdens der Gemeinde.⁴¹

Angesichts der katastrophalen Finanzlage der kommunalen Haushalte ist man geneigt, schon die bloße Einnahmeerzielung als öffentlichen Zweck genügen zu lassen; der Kommune obliegt schließlich auch die kommunale Finanzhoheit.⁴² Dem muss widersprochen werden. Zwar ist richtig, dass durch die Einnahmeerzielung mittelbar auch öffentliche Zwecke gefördert werden können.⁴³ Aber die Festlegung der Kommunalwirtschaft auf die Verfolgung öffentlicher Zwecke würde ins Leere laufen, wenn das reine Erwerbsstreben die Kommunen leiten dürfte,⁴⁴ weshalb § 68 Abs. 2 S. 2 KV M-V dies ausdrücklich untersagt.⁴⁵ Wirtschaftliche Betätigung ist ja gerade nur Form der kommunalen Selbstverwaltung. Durch bloßes „Money Making“ wird der Zusammenhang zwischen kommunalem Aufgabenkreis und wirtschaftlicher Betätigung als Form der Aufgabenerfüllung verwischt.⁴⁶ Allerdings ist es unschädlich, wenn die Kommune mit dem wirtschaftlichen Tätigwerden auch Einnahmen erzielt (vgl. hierzu § 75 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 KV M-V).⁴⁷ Um die Wirtschaftlichkeit kontrollieren zu können, sollte der öffentliche Zweck eindeutig fixiert und steuerungstauglich präzisiert werden.⁴⁸

wig-Holstein; § 116 Abs. 3 GO LSA (Sachsen-Anhalt); ThürKO (Thüringen).

38 Vgl. *Tettinger/Erbguth/Mann*, Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2009, Rn. 302.

39 *Darsow* in Schweriner Kommentierung (Fn. 20), § 68 Rn. 2; *Hubert Meyer*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 615.

40 BVerwGE 39, 329 (334).

41 Vgl. § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO Nordrhein-Westfalen: „ein dringender öffentlicher Zweck“.

42 *Olaf Otting*, Öffentlicher Zweck, Finanzhoheit und fairer Wettbewerb – Spielräume kommunaler Erwerbswirtschaft, DVBl. 1997, 1258 (1262); vgl. zur kommunalen Finanzhoheit im Allg. *Meyer* in Litten/Wallerath (Fn. 22), Art. 73 Rn. 1 ff.

43 *Schink* (Fn. 6), NVwZ 2002, 129 (134).

44 BVerfGE 61, 82 (107); BVerwGE 39, 329 (334); *Dirk Ehlers*, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl. 1998, 497 (499).

45 Vgl. Art. 87 Abs. 1 S. 2 GO Bayern; § 108 Abs. 3 S. 3 KSVG Saarland; § 116 Abs. 1 S. 2 GO LSA (Sachsen-Anhalt).

46 *Schink* (Fn. 6), NVwZ 2002, 129 (134).

47 *Ehlers* (Fn. 42); DVBl. 1998, 497 (500); *Alfons Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 719.

48 *Ehlers* (Fn. 42); DVBl. 1998, 497 (500); *Michael Uechtritz et al.* in Hoppe/Uechtritz (Fn. 9), § 6 Rn. 64f.

Die favorisierte Tätigkeit in der Energieversorgung müsste nun eine Aufgabe der örtlichen Gemeinschaft sein, also eine Aufgabe im eigenen Wirkungskreis (vgl. § 2 KV M-V), um das Sachziel „öffentlicher Zweck“ zu rechtfertigen.

Trotz der Liberalisierung des Energiemarkts wird die Energieversorgung nach wie vor als öffentliche Aufgabe qualifiziert⁴⁹ und ist traditionelle Aufgabe kommunaler Energieversorger⁵⁰ sowie Aufgabe im eigenen Wirkungskreis gem. § 2 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 KV M-V. Mithin liegt ein öffentlicher Zweck vor; seit der Neufassung der Vorschrift auch ausdrücklich gem. § 68 Abs. 3 S. 1 Nr. 4, Abs. 2 S. 3 KV M-V.⁵¹

b. Leistungsfähigkeit und Bedarf

Ferner muss das Unternehmen gem. § 68 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 4 KV M-V nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen.

Diese Regelung ist Ausfluss der allgemeinen Kompetenzbegrenzung des § 2 Abs. 1 KV M-V, die gewährleisten soll, dass die Leistungsfähigkeit der Kommune erhalten bleibt.⁵² Die Gemeinde darf keine wirtschaftlichen Unternehmen schaffen, die ihre personellen, sachlichen und finanziellen Kräfte übersteigen.⁵³ Die Kommune soll mithin vor einer wirtschaftlichen „Überaktivität“ geschützt werden.⁵⁴ Die Angemessenheit kann scheitern, wenn für die wirtschaftliche Betätigung zu viele Zuschüsse aus dem gemeindlichen Haushalt anfallen.⁵⁵ In Mecklenburg-Vorpommern kann hierzu auf die Datenlage des RUBIKON-Systems des Landesinnenministeriums zurückgegriffen werden.⁵⁶

Die Gemeinde darf auch keine Kapazitäten am Bedarf vorbei errichten. Der Bedarf lässt sich durch eine Bedarfsprognose,⁵⁷ eine Marktanalyse, erkunden.⁵⁸ Die Gemeinde hat allerdings einen Beurteilungsspielraum sowohl hinsichtlich der Leistungsfähigkeit als auch des Bedarfs.⁵⁹

49 BVerfG ZNER 2009, 232 (233).

50 BVerfG NJW 1990, 1783f.; BVerwG Urteil vom 11.11.2004 – BVerwG 3 C 36.03, S. 13.

51 Vgl. § 116 Abs. 2 S. 1 GO LSA.

52 *Edzard Schmidt-Jortzig*, HkWP Bd. V (Fn. 16), S. 59.

53 *Gern* (Fn. 44), Rn. 728.

54 *Eberhard Schmidt-Aßmann et al.* in Schmidt-Aßmann/Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, Kap. 1 Rn. 120.

55 *Thomas Darsow* in Schweriner Kommentierung (Fn. 20), § 68 Rn. 6.

56 Abk. für „Rechnerunterstütztes Haushaltsbewertungs- und Informationssystem der Kommunen“, Runderlass des Innenministeriums zur Beurteilung der dauernden Leistungsfähigkeit von Kommunen – II 320 – 174.3.60 vom 10.01.2007.

57 *Gern* (Fn. 44), Rn. 728.

58 *Arnd Stiel*, Neuer Rahmen für die Wirtschaftstätigkeit von Gemeinden in Niedersachsen, NordÖR 2006, 379, (380f.) m. w. N.; ausdrücklich in § 121 Abs. 6 S. 1 HGO (Hessen); § 107 Abs. 5 S. 1 GO Nordrhein-Westfalen; § 108 Abs. 5 S. 1 KVSG Saarland; § 71 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 ThürKO (Thüringen).

59 *Gern* (Fn. 44), Rn. 728.

c. Subsidiaritätsklausel

Nach der Subsidiaritätsklausel des § 68 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 KV M-V muss die Gemeinde die Aufgabe ebenso gut und wirtschaftlich wie Dritte erfüllen. Fraglich ist, ob die Regelung des § 68 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 KV M-V eine Bereichsausnahme für die Energieversorgung zulassen soll.⁶⁰ Leider schweigt hierzu die Gesetzesbegründung der Landesregierung.⁶¹ Auch der Änderungsvorschlag des Städte- und Gemeindetages M-V e. V. hier eine Privilegierung gesetzlich zu verankern, wurde nicht umgesetzt.⁶² Der Streit kann jedoch dahinstehen, wenn die kommunale Energieversorgung ohnehin die Subsidiaritätsklausel erfüllt. Für die Zulässigkeit der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung spielen nicht nur wirtschaftliche Aspekte eine große Rolle sondern auch qualitative. Qualitätskriterium ist vor allem die Nachhaltigkeit, d. h. die Dauerhaftigkeit und Zuverlässigkeit der Leistung.⁶³ Die notwendige Kontinuität der Leistung kann es rechtfertigen, dass ein privater Dritter die Aufgabe nicht „ebenso gut“ erfüllt wie die Gemeinde, da der Private stärker betriebswirtschaftlichen Zwängen und Erfolgsdruck unterliegt.⁶⁴ Hierbei ist die gesamte Sparte zu betrachten.⁶⁵ Durch Bildung von Verbundunternehmen⁶⁶ kann die Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung gesichert werden, es besteht keine Verpflichtung rentierliche Unternehmensteile zu veräußern und sich ganz auf die defizitären zu beschränken.⁶⁷ Die Quersubventionierung des kommunalen ÖPNV oder kultureller Angebote durch die Gewinne der Energieversorgung machen die kommunale Aufgabenwahrnehmung eben „besser“, weil nachhaltiger.⁶⁸

Beide Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein. Ein wirtschaftliches Tätigwerden kann der Kommune also nur versagt werden, wenn der Mitbewerber sowohl genauso gut als auch wirtschaftlich ist.⁶⁹ Der Vergleich mit privaten Dritten lässt sich ebenfalls mittels Marktanalyse feststellen,⁷⁰ denn der Gemeinde obliegt auch hier ein

Einschätzungsspielraum, allerdings sollte verlangt und durchgesetzt werden, dass die Gemeinde ihre Untersuchungen zur Marktsituation plausibel begründen kann.⁷¹

Fehlt private Konkurrenz, steht einem Engagement der Kommune nichts entgegen.⁷²

Hier liegt die große Chance der kommunalen Energieversorgungsunternehmen, dass sie sich durch politische Zielvorgaben auf eine nachhaltigere „grüne“ Stromversorgung spezialisieren.⁷³

4. Rechtsschutz des privaten Konkurrenten

In diesem Zusammenhang sei auch die Frage aufgeworfen, ob der Regelung des § 68 Abs. 2 S. 1 KV M-V, insbesondere der Subsidiaritätsklausel nach § 68 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 KV M-V, drittschützende Wirkung zukommt. Anhand der Schutznormtheorie ist zu prüfen, ob die Vorschrift allein dem Schutz öffentlicher Interessen oder auch dem Individualschutz des Konkurrenten dient⁷⁴ und ihm so ein subjektives öffentliches Recht⁷⁵ verleiht, was ihn klagebefugt machte.⁷⁶ Man könnte auch der Auffassung sein, die Subsidiaritätsklausel habe ausschließlich objektiv-rechtlichen Charakter, dessen Primärfunktion darin besteht, die Gemeinde vor riskanten wirtschaftlichen Unternehmungen zu schützen.⁷⁷ Stattdessen soll der betroffene Dritte Schutz vor den Zivilgerichten suchen,⁷⁸ die einen Verstoß gegen die kommunalrechtlichen Vorschriften mit einem Wettbewerbsverstoß gleichgesetzt haben.⁷⁹ Diese Auffassung ist nach Abkehr der Spruchpraxis nicht mehr haltbar,⁸⁰ was sicherlich die Kritiker des „zivilgerichtliche[n] Dilettieren[s] in Zentralbereichen des allgemeinen Verwaltungsorganisationsrechts und speziell des Kommunalrechts“⁸¹ erfreuen wird. Bei einer bloßen Kontrolle des wirtschaftlichen Tätigwerdens durch

60 § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO Nordrhein-Westfalen; § 85 Abs. 1 Nr. 3 GemO Rheinland-Pfalz; § 116 Abs. 2 S. 1 GO LSA (Sachsen-Anhalt); kommunale Daseinsvorsorge als Ausnahmetatbestand: § 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO Baden-Württemberg; Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GO Bayern; § 71 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 ThürKO (Thüringen).

61 Gesetzesentwurf der Landesregierung v. 07.10.2010, Entwurf der Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern.

62 Stellungnahme zum Ablösegesetz zur Kommunalverfassung v. 03.11.2010.

63 RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803).

64 RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803).

65 RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803).

66 Obwohl der steuerliche Vorteil durch das JStG 2009 eingeschränkt wurde, neu eingefügt § 4 Abs. 6 KStG, vgl. Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 12.11.2009, Anwendungsfragen zu den Regelungen des Jahressteuergesetzes 2009 zur Besteuerung von Betrieben gewerblicher Art und Eigengesellschaften von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

67 RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803); Uechtritz et al. in Hoppe/Uechtritz (Fn. 9), § 6 Rn. 82.

68 Pressemitteilung des Städte- und Gemeindetages M-V e. V. vom 17.11.2010.

69 RhPfVerfGH NVwZ 2000, 801 (803).

70 Stiel (Fn. 55), NordÖR 2006, 379 (380 f.).

71 Schmidt-Aßmann et al. in Schmidt-Aßmann/Schoch (Fn. 51), Kap. 1 Rn. 120.

72 Telefonat v. 02.03.2010 mit Herrn Arp Fittschen, Städte- und Gemeindetag Mecklenburg-Vorpommern e. V., Referat II Verwaltungsmodernisierung, Bau, Umwelt, Wirtschaft, Bildung, Europa, Landwirtschaft.

73 Statt vieler: Hamburg Energie GmbH, <http://www.hamburgenergie.de/strom.html> (Abruf v. 17.09.2011); Stadtwerke Greifswald GmbH, <http://www.sw-greifswald.de/strom/okostrom.html> (Abruf v. 17.09.2011); vgl. das gemeinsame Positionspapier des Verbands kommunaler Unternehmen e. V. und des Bundesverbands der Energie- und Wasserwirtschaft e. V. v. 19.04.2011, Die Zukunft der kommunalen Energiewirtschaft in Mecklenburg-Vorpommern.

74 BVerwGE 82, 343, (344).

75 Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 8 Rn. 2.

76 Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 37, § 14 Rn. 71 ff., insbesondere Rn. 78.

77 BVerwGE 39, 329, (336); Schmidt-Jortzig in HkWP Bd. V (Fn. 16), S. 61; vgl. a. Ariane Berger, Das kommunalrechtliche Subsidiaritätsgebot als subjektives öffentliches Recht, DÖV 2010, 118, (119) m. w. N.

78 BVerwGE 39, 329, (337).

79 Vgl. Schütz in Schütz/Classen (Fn. 14), § 5 Rn. 290 m. w. N.

80 BGH ZNER 2002, 207, ebd.

81 Peter J. Tettinger, Rechtsschutz gegen kommunale Wettbewerbsteilnahme, NJW 1998, 3473, 3474.

die Kommunalaufsicht (§§ 78 ff. KV M-V) kann es nicht bleiben, denn für einen Privaten besteht kein Anspruch auf kommunalaufsichtliches Tätigwerden.⁸² Dem privaten Konkurrenten muss also gem. der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG der Rechtsweg an die Verwaltungsgerichte eröffnet sein.⁸³ Dies kann als Bejahung des drittschützenden Charakters der Subsidiaritätsklausel gewertet werden⁸⁴ und zwar unabhängig von der Formulierung der Vergleichsgröße, beispielsweise in § 68 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 KV M-V.⁸⁵ Dies erscheint auch im Hinblick einer grundrechtskonformen Auslegung geboten.⁸⁶ Denn durch das wirtschaftliche Tätigwerden könnte der Konkurrent in seinem Grundrecht auf Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG verletzt sein.⁸⁷ Zwar schützt die Berufsfreiheit nicht vor Konkurrenz, auch nicht vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand.⁸⁸ Allerdings kann eine Grundrechtsbeeinträchtigung auch nicht erst bei einer Monopolstellung des öffentlichen Unternehmens angenommen werden,⁸⁹ denn die Wirtschaftstätigkeit eines Hoheitsträgers wirkt wettbewerbsverzerrend, da dieser (jedenfalls theoretisch)⁹⁰ über unbegrenzte Finanzierungskraft verfügt.⁹¹ Gleichwohl kann die gemeindewirtschaftliche Tätigkeit zulässig sein, wenn sie gerechtfertigt ist (§ 68 Abs. 2 S. 1 KV M-V) und die vergleichbaren kommunalrechtlichen Vorschriften soweit als Schranken-Schranke dienen.⁹²

Als Konsequenz kann sich bei einer unzulässigen wirtschaftlichen Betätigung, d.h., wenn die Voraussetzungen des § 68 Abs. 2 S. 1 KV M-V nicht (mehr) vorliegen, eine Privatisierungspflicht für die Gemeinde ergeben. Dazu müssten die rechtlich geschützten Interessen privater Konkurrenten den Bestandsschutz der gemeindli-

chen wirtschaftlichen Betätigung überwiegen.⁹³ Gegen die kommunale Energieversorgung hätte eine Klage wenig Aussicht auf Erfolg, da sie ja gerade im Rahmen des § 68 Abs. 2 S. 1 KV M-V zulässig ist. Sollte die Regelung des § 68 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 KV M-V als Bereichsausnahme für die Energieversorgung ausgelegt werden, wird eine Klage mangels Drittschutz sogar unzulässig. Die Neuregelung des § 68 Abs. 7 KV M-V sollte den dort aufgeführten Kammern kein eigenständiges Klagerecht einräumen.⁹⁴

III. Schlussbetrachtungen

Das wirtschaftliche Tätigwerden der deutschen Gemeinden ist aus unserem Alltag nicht mehr wegzudenken. Natürlich sind Blüten wie die kommunale Kfz-Werkstatt und der ausufernde Betrieb der Stadtgärtnerei nicht zur Versorgung des Gemeindegebietes notwendig. Vielmehr sind es – mehr oder weniger sinnvolle – politische Entscheidungen.⁹⁵ Doch gerade die Erfahrungen einer radikalen Privatisierungspolitik in Großbritannien zeigen gnadenlos auf, dass eine Privatisierung um jeden Preis vor allem zulasten der Bewohner „in der Fläche“ geht. Zudem geht mit der Privatisierung meist der Ausbau einer Regulierungsverwaltung einher.⁹⁶ Paradoxerweise erscheint es gerade in der aktuellen Energiediskussion so, dass nur noch die kommunalen Versorger für Wettbewerb auf dem Strommarkt sorgen können.⁹⁷ Die kommunale wirtschaftliche Betätigung ist also auch in Zukunft noch von Bedeutung und ein Trend zur „Rekommunalisierung“ ist bemerkbar.⁹⁸

82 Meyer (Fn. 37), Rn. 719 m. w. N.; umfassend Ruffert, Grundlagen und Maßstäbe einer wirkungsvollen Aufsicht über die kommunale wirtschaftliche Betätigung, VerwArch 2001, 27 ff.

83 Sebastian Roling, Die Entwertung der Niedersächsischen Subsidiaritätsklausel, NVwZ 2009, 226, (227).

84 Vgl. Berger (Fn. 73), DÖV 2010, 118 (119) m. w. N.; was teilweise auch ausdrücklich der gesetzgeberische Wille war, vgl. Schmidt-Aßmann et al. in Schmidt-Aßmann/Schoch (Fn. 51), Kap. 1, Rn. 120 m. w. N.

85 Pünder et al. (Fn. 4), JURA 2005, 760 (764).

86 Berger (Fn. 73), DÖV 2010, 118 (127).

87 Hösch (Fn. 17), DÖV 2000, 393 (398 ff.); Jarass, Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht, DÖV 2002, 489 (492); Ronellenfisch et al. (Fn. 17), JURA 2005, 702 (706 f.); Pünder et al. (Fn. 4), JURA 2005, 760 (762 ff.).

88 BVerwGE 39, 329 (336).

89 BVerwGE 39, 329 (337).

90 Wider der Historie der Staatsbankrotte, vgl. nur Charles B. Blankart et al., Krise, Krisenbekämpfung und Staatsbankrott, in: Schweizer Monatsh, Ausgabe 973, November 2009; vgl. a. die Auffassung des französischen Finanzministers Abbé Terray (Amtszeit 1768–1774 unter Ludwig XV), dass „ein Bankrott...alle hundert Jahre einmal für den Staat eine Notwendigkeit [sei], um die Bilanz wieder herzustellen.“, so Alfred Manes, Staatsbankrotte, 2. Aufl. 1919, S. 29; zur aktuellen Euro-Krise vgl. statt vieler: Spiegel Online Archiv, URL: http://www.spiegel.de/thema/euro_krise_2010/ (Abruf v. 17.09.2011).

91 Pünder et al. (Fn. 4), JURA 2005, 760 (762 f.).

92 Schütz in Schütz/Classen (Fn. 12), § 5 Rn. 291.

93 Ronellenfisch in Hoppe/Uechtritz (Fn. 9), § 5 Rn. 9 m. w. N.

94 Der Energieblog der Kanzlei Becker Büttner Held, Wechselbad der Gefühle: Mecklenburg-Vorpommerns neue Kommunalverfassung, 07.09.2011, URL: <http://www.derenergieblog.de/alle-themen/energie/wechselbad-der-gefuhle-mecklenburg-vorpommerns-neue-kommunalverfassung/#more-3300> (Abruf v. 17.09.2011).

95 Holger Schwannecke, Rekommunalisierung und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen – Die Sicht des Handwerks, in Trend Nr. 124, S. 24 f.

96 Roland Czada, Privatisierungspolitik, in Nohlen, Kleines Lexikon der Politik, 4. Aufl. 2007, S. 452–457.

97 Pressemitteilung 33/11 des VKU v. 09.05.2011.

98 Hamburg Energie GmbH, <http://www.hamburgenergie.de/startseite/hauptnavigation/ueber-uns.html> (Abruf v. 10.05.2011); Philipp Banse/Michael Kuhlmann, Zurück in öffentliche Hand?, Beitrag in der DLF-Reihe Hintergrund v. 13.02.2011.