



Benjamin Pfannkuch

Erforderlichkeit übergebietlicher wirtschaftlicher Tätigkeit der Gemeinden zur Daseinsvorsorge

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
Gang der Untersuchung	17
1. Kapitel: Die Wahrnehmung von Daseinsvorsorgeaufgaben im Rahmen der Selbstverwaltung in der Gegenwart	19
A. Die Rechtsnatur der Selbstverwaltung in historischer Perspektive	19
B. Das Selbstverwaltungsrecht des Grundgesetzes	21
I. Konzeptionen des Selbstverwaltungsrechts	21
1. Selbstverwaltung im juristischen und im politischen Sinn – formaler und materialer Aspekt der Selbstverwaltung	22
2. Hervorhebung des materialen Elements der Selbstverwaltung	25
II. Die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG als Bestandteil des Staatsorganisationsrechts	26
1. Kein Charakter als Grundrecht oder grundrechtsgleiches Recht ..	27
2. Der Gewährleistungsgehalt der Selbstverwaltungsgarantie	28
a. Garantieebenen der gemeindlichen Selbstverwaltung	28
b. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, Allzuständigkeit und Eigenverantwortlichkeit als Ausprägung der objektiven Rechtsinstitutionsgarantie	29
c. Insbesondere: Die Gemeindehoheiten als Ausprägung der Eigenverantwortlichkeit	31
3. Der Aufgabenkreis der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie: Die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft	32
4. Selbstverwaltung und Demokratieprinzip	33
III. Selbstverwaltung als gemeindliche Pflicht	35
1. Die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts: Verpflichtung zur Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben	36
2. Kritik und Bewertung	37
IV. Zwischenergebnis	39
C. Daseinsvorsorge als Bestandteil des Aufgabenkreises der Selbstverwaltungsgarantie	40
I. Die Konzeption der Daseinsvorsorge nach Forsthoff und Kritik	41
II. Gegenwärtiges Verständnis und Aufgabenfelder der Daseinsvorsorge ..	43

1. Klassische Aufgabenfelder der Daseinsvorsorge	44
2. Ein neueres Aufgabenfeld der Daseinsvorsorge	45
3. Wandelbarkeit der Daseinsvorsorgeaufgaben	46
III. Die Diskussion um die rechtliche Relevanz der Daseinsvorsorge	47
1. Die Ansicht der Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff	48
2. Die Ansicht der fehlenden rechtlichen Qualität der Daseinsvorsorge	49
3. Bewertung und Stellungnahme	49
a. Die Zuordnung der Daseinsvorsorge zum Sozialstaatsprinzip .	50
b. Die Verwendung des Daseinsvorsorgebegriffs in Gesetzen	53
c. Die Verwendung des Daseinsvorsorgebegriffs in der Rechtsprechung	55
d. Bedeutung der Daseinsvorsorge für die Begründung justiziabler Teilhabeansprüche	56
4. Zwischenergebnis	59
IV. Daseinsvorsorge als Voraussetzung grundrechtlicher Freiheitsverwirklichung	59
V. Wahrnehmung der Daseinsvorsorge in Erfüllungs- oder Gewährleistungsverantwortung	60
1. Daseinsvorsorge durch Gewährleistungsverantwortung	61
2. Daseinsvorsorgeverantwortung der Gemeinde	63
3. Keine gemeindliche Regelzuständigkeit für die Aufgabenwahrnehmung	64
VI. Daseinsvorsorge als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft	66
VII. Zwischenergebnis	67
D. Kommunale Selbstverwaltung als Realisierungsrahmen der Daseinsvorsorge	68
I. Strikte Beschränkung auf Steuerung und Kontrolle der Aufgabenerfüllung	69
II. Daseinsvorsorge durch Selbstverwaltung	69
1. Zuständigkeit der Gemeinde nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG	70
2. Gemeinsame Bedürfnisse der Einwohner	70
III. Selbstverwaltung und Daseinsvorsorge im europäischen Kontext	72
1. Selbstverwaltung im Vertrag von Lissabon	72
2. Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon	73
3. Bedeutung für die Daseinsvorsorge im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung	74
IV. Zwischenergebnis	75
E. Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde als Modus kommunaler Aufgabenerfüllung	75

I.	Begriff und Umsetzung der wirtschaftlichen Tätigkeit	76
1.	Die Frage des Grundrechtsschutzes gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung	77
a.	Die Frage der Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 3 GG	78
(1)	Die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts	78
(2)	Kritik an der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ..	79
b.	Stellungnahme	80
2.	Wirtschaftliche Betätigung als Verwaltungstätigkeit	81
a.	Die Ansicht der Unanwendbarkeit des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ..	82
b.	Kritik und Stellungnahme	82
3.	Die Wahrnehmung von Daseinsvorsorgeaufgaben in Form wirtschaftlicher Betätigung	83
II.	Zwischenergebnis	84
F.	Bindungen der Gemeinde bei Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit ..	84
I.	Das verfassungsrechtliche Erfordernis eines öffentlichen Zwecks	85
1.	Die Ansicht der Erforderlichkeit eines öffentlichen Zwecks	85
2.	Die Ansicht der Entbehrlichkeit eines öffentlichen Zwecks	86
3.	Stellungnahme	86
II.	Öffentlicher Zweck und Daseinsvorsorgeaufgaben	87
III.	Zwischenergebnis	89
G.	Die Frage einer verfassungsrechtlichen Nachrangigkeit kommunaler wirtschaftlicher Betätigung	90
I.	Das Modell des Gewährleistungsstaates in Abgrenzung zum Erfüllungsstaatsmodell	91
1.	Die Begrifflichkeit des Gewährleistungsstaates	92
2.	Gewährleistungsstaat und Daseinsvorsorge	93
3.	Gewährleistungsstaat und gemeindliche Selbstverwaltung	94
4.	Gewährleistungsstaat und Subsidiarität	95
II.	Zwischenergebnis	97
H.	Die einfachgesetzliche Regelung kommunaler wirtschaftlicher Betätigung	97
I.	Die sogenannte Schrankentrias	98
II.	Insbesondere: Das kommunalrechtliche Erfordernis eines öffentlichen Zwecks	98
1.	Unbestimmtheit des öffentlichen Zwecks	100
2.	Einschätzungsspielraum der Gemeinde	100
III.	Exkurs: Die nichtwirtschaftlichen Unternehmen	102
I.	Zwischenergebnis zum 1. Kapitel	104

2. Kapitel: Gegenwärtige Determinanten überörtlicher wirtschaftlicher Betätigung zur Wahrnehmung von Daseinsvorsorgeaufgaben unter geänderten Rahmenbedingungen und Notwendigkeit einer Neuausrichtung	107
A. Geänderte Rahmenbedingungen für die kommunale Wirtschaftstätigkeit	107
I. Daseinsvorsorge und wettbewerblicher Rahmen	108
II. Marktöffnung und Liberalisierung	108
III. Finanzielle Ausstattung der Gemeinden	110
IV. Zunahme des der Gemeinde übertragenen Aufgabenbestandes	111
V. Zwischenergebnis	112
B. Die gegenwärtige gesetzliche Ausgestaltung außergebietlicher kommunaler Wirtschaftstätigkeit insbesondere im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG	112
I. Begriffsbestimmung der überörtlichen Wirtschaftsbetätigung	113
II. Die Ausgestaltung der kommunalrechtlichen Außergebietsklauseln .	114
1. Die Bindung kommunalwirtschaftlicher Betätigung an das Örtlichkeitsprinzip	115
a. Verknüpfung und Einheit von Örtlichkeitsprinzip und öffentlichem Zweck	116
b. Kritik am Örtlichkeitsprinzip	118
(1) Wirtschaftsbetätigung keine Verwaltungsbetätigung	118
(2) Bewertung und Stellungnahme	119
c. Örtlichkeitsprinzip und mittelbare Beteiligungen der Gemeinde	120
2. Zwischenergebnis	122
III. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die kommunalrechtlichen Regelungen außergebietlichen wirtschaftlichen Handelns	122
1. Formelle Verfassungsmäßigkeit der Außergebietsklauseln	123
a. Die Kompetenz der Landesgesetzgeber für außergebietliche wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinde	123
(1) Ansätze zur Bestimmung der Kompetenzreichweite	123
(2) Bewertung	124
(3) Eigener Ansatz	124
b. Zwischenergebnis zur formellen Verfassungsmäßigkeit	126
2. Materielle Verfassungsmäßigkeit der Außergebietsklauseln	126
a. Das Selbstverwaltungsrecht der von einer Gebietsüberschreitung betroffenen Gemeinde	127
(1) Eingriffsqualität der wirtschaftlichen Betätigung	127
(2) Bewertung und Stellungnahme	128

(3) Kernbereich	129
(4) Randbereich	129
(5) Auswirkungen der Differenzierung auf die Reichweite gesetzlicher Regelungen	130
(6) Einordnung der wirtschaftlichen Tätigkeit als Eingriff in den Kern- oder Randbereich	130
b. Das Prinzip demokratischer Legitimation	133
(1) Reichweite der demokratischen Legitimation der expandierenden Gemeinde	133
(2) Möglichkeit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung	134
c. Das Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme	135
3. Zwischenergebnis zur Verfassungsmäßigkeit der Außergebietsklauseln	136
IV. Zwischenergebnis zur gegenwärtigen gesetzlichen Ausgestaltung kommunaler übergebietlicher Wirtschaftstätigkeit	137
C. Konsequenzen für die Erfüllung von Selbstverwaltungsaufgaben durch die Gemeinden	138
I. „Ordnungsgemäße“ Aufgabenwahrnehmung	138
II. „Wirtschaftliche“ Aufgabenwahrnehmung	139
1. Doppelrolle der kommunalen Unternehmen	140
2. Strukturelle Benachteiligung kommunaler Wirtschaftstätigkeit ..	140
a. Örtlichkeitsprinzip und unmittelbarer öffentlicher Zweck als Hindernis einer wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung	141
b. Vorgaben des Vergabe- und Beihilferechts	143
3. Kompensation durch Eigentümerstellung der Gemeinden	144
III. Zwischenergebnis zu den Konsequenzen für die Erfüllung von Selbstverwaltungsaufgaben durch die Gemeinden	145
D. Zwischenergebnis zum 2. Kapitel	145
 3. Kapitel: Neuausrichtung kommunaler Wirtschaftstätigkeit in Bezug auf außergebietliches Tätigwerden	149
A. Ansätze zur Neuausrichtung der kommunalwirtschaftlichen Betätigung ...	149
I. Die Forderung nach einem bloß mittelbaren öffentlichen Zweck als Zulässigkeitskriterium überörtlicher wirtschaftlicher Betätigung	149
1. Insbesondere: Der Bereich der Energieversorgung	150
2. Bewertung und Stellungnahme	152
II. Die Regelung des § 66 Abs. 2 ThürKO	154
1. Regelungsinhalt	154
2. Bewertung und Stellungnahme	155
III. Die Rechtsfigur des Wettbewerbsunternehmens	157

1. Trennung der Unternehmenszwecke	157
2. Bewertung und Stellungnahme	159
IV. Überörtliche wirtschaftliche Betätigung als Kompensation des Wegfalls und der Reduzierung von Monopolstellungen	160
1. Erweiternde Auslegung des Örtlichkeitsprinzips	160
2. Bewertung	162
a. Verfassungsrechtlicher Rahmen	162
b. Die Erforderlichkeit einer dynamischen Auslegung des Örtlichkeitsprinzips für die Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben	164
3. Zwischenfazit	166
V. Zwischenergebnis zu den Ansätzen einer Neuausrichtung kommunalwirtschaftlicher Betätigung	167
B. Die Rückbindung überörtlicher kommunaler Wirtschaftstätigkeit an die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft	167
I. Auslegung des örtlichen Bezuges	168
II. Das materiale Element kommunaler Selbstverwaltung als Anknüpfungspunkt der Identifizierung der Gemeindeeinwohner mit den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft	169
1. Identifikationspotential der Einheit der „Gemeinde“ in gebietlicher Hinsicht für die Bestimmung der örtlichen Gemeinschaft	171
2. Identifikationspotential des Demokratieprinzips für die Bestimmung der örtlichen Gemeinschaft	173
3. Identifikationspotential der Daseinsvorsorgeverantwortung für die Bestimmung der örtlichen Gemeinschaft	174
a. Wahrnehmung der Daseinsvorsorgeverantwortung durch die Gemeinde	175
b. Erwartungshaltungen der Gemeindeeinwohner	176
c. Gebietsübergreifende Daseinsvorsorge als Bestandteil des örtlichen Aufgabenkreises	180
4. Kommunale Rückbindung räumlich abgekoppelter Aufgabenwahrnehmung an die örtliche Gemeinschaft	182
a. Örtliche Radizierung der Bedürfnisse und außergebietliche wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde	182
b. Einwohnerbezug als Grenze der Reichweite wirtschaftlicher Betätigung	183
5. Die europäische Betrachtungsweise: Aufgabenbezogenheit der Daseinsvorsorge	184

6. Die Bedeutung des öffentlichen Zwecks für ein Verständnis der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auf Grundlage der Intensität der Daseinsvorsorgeverantwortung	186
III. Zwischenergebnis zur Rückbindung der überörtlichen kommunalen Wirtschaftstätigkeit	187
C. Zwischenergebnis zum 3. Kapitel	188
Ergebnis in Thesen	189
Literaturverzeichnis	193