

Prof. Dr. Viola Schmid, LL.M. (Harvard)

Grundzüge des Öffentlichen Rechts – WS 2005/2006

zusammengelegt mit der Vorlesung „Öffentliches Recht“

Datum	Modul	Titel
20.12.2005	5a	A. Staatsorganisation in der Bundesrepublik Deutschland B. Freiheit durch Schutz vor staatlicher Konkurrenz

A. Staatsorganisation in der Bundesrepublik Deutschland	2
I. Länder	2
II. Landesrecht und Bundesrecht.....	2
1. Gesetzgebung	2
a) Sachkompetenz	2
b) Verwaltungskompetenz.....	5
aa) Landesgesetze.....	5
bb) Bundesgesetze.....	5
2. Rechtsprechung	7
a) Bundesgerichte	7
b) Landesgerichte	8
c) Landesgrundrechte und Bundesgrundrechte	8
III. Selbstverwaltung	10
1. Elemente der Selbstverwaltung der Kommunen.....	10
a) Allzuständigkeit	11
b) Rechtssetzungshoheit.....	12
c) Organisationsgewalt	13
d) Planungshoheit.....	13
e) Finanz- und Haushalthoheit	15
f) Wirtschaftliche Betätigung	15
2. Aufsicht über die Kommunen	16
B . Freiheit durch Schutz vor staatlicher Konkurrenz.....	18
I. Privatrechtlicher Schutz	18
2. Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 4 Nr. 11 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – Verstoß gegen die „guten Sitten“	20
a) Verstoß gegen Gemeindegewirtschaftsrecht.....	20
aa) Keine wirtschaftliche Betätigung ? (§ 121 Abs. 2 HGO).....	20
bb) Verstoß gegen Art. 121 Abs. 1 Nr. 1 HGO.....	21
(1) Weite Auslegung	21
(2) Restriktive Auslegung	21
cc) Verstoß gegen § 121 Abs. 1 Nr. 2 HGO	21
dd) Verstoß gegen § 121 Abs. 1 Nr. 3 HGO	21
b) § 121 HGO als Verbotsvorschrift im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG.....	22
II. Öffentlich-rechtlicher Schutz	22

1. Sachverhalt	22
2. Öffentlich-rechtlicher Unterlassungs- und Folgenbeseitigungsanspruch	23
a) Hoheitliches Verhalten	23
b) Eingriff in subjektive Rechte der Antragsteller	23
c) Rechtswidriger Zustand als Folge	25
3. Verstoß gegen Grundrechte	25
a) Recht	25
b) Eingriff	25
4. Schutz durch Aufsichtsbehörden	26

A. Staatsorganisation in der Bundesrepublik Deutschland

I. Länder

Die BRD ist ein föderaler Bundesstaat und besteht aus 16 Ländern.

Präambel GG

(..)

Die Deutschen in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen haben in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands vollendet. Damit gilt dieses Grundgesetz für das gesamte Deutsche Volk.

II. Landesrecht und Bundesrecht

1. Gesetzgebung

Grundsätzlich bricht Bundesrecht Landesrecht.

Art. 31 GG

Bundesrecht bricht Landesrecht.

Art. 151 Abs. 2 HV [Gesamtdeutsche Einheit]

(2) Vor allem wird es die bestehende Rechtseinheit nicht ohne zwingenden Grund antasten. Ob ein zwingender Grund vorliegt, entscheidet das Gesetz.

Die gilt aber nur dann, wenn der Bund innerhalb der ihm verliehenen Kompetenzen handelt.

a) Sachkompetenz

Bei der Sachkompetenz unterscheidet das Grundgesetz zwischen ausschließlichen, konkurrierenden und Rahmengesetzgebungskompetenzen.

Art. 73 GG [Gegenstände der ausschließlichen Gesetzgebung]

Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebung über:

1. die auswärtigen Angelegenheiten sowie die Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung;
2. die Staatsangehörigkeit im Bunde;

3. die Freizügigkeit, das Paßwesen, die Ein- und Auswanderung und die Auslieferung;
4. das Währungs-, Geld- und Münzwesen, Maße und Gewichte sowie die Zeitbestimmung;
5. die Einheit des Zoll- und Handelsgebietes, die Handels- und Schifffahrtsverträge, die Freizügigkeit des Warenverkehrs und den Waren- und Zahlungsverkehr mit dem Auslande einschließlich des Zoll- und Grenzschutzes;
6. den Luftverkehr;
- 6a. den Verkehr von Eisenbahnen, die ganz oder mehrheitlich im Eigentum des Bundes stehen (Eisenbahnen des Bundes), den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen der Eisenbahnen des Bundes sowie die Erhebung von Entgelten für die Benutzung dieser Schienenwege;
7. das Postwesen und die Telekommunikation;
8. die Rechtsverhältnisse der im Dienste des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechtes stehenden Personen;
9. den gewerblichen Rechtsschutz, das Urheberrecht und das Verlagsrecht;
10. die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder
 - a) in der Kriminalpolizei,
 - b) zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes oder eines Landes (Verfassungsschutz) und
 - c) zum Schutze gegen Bestrebungen im Bundesgebiet, die durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden, sowie die Einrichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes und die internationale Verbrechensbekämpfung;
11. die Statistik für Bundeszwecke.

Art. 74 GG [Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung]

(1) Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete:

1. das bürgerliche Recht, das Strafrecht und den Strafvollzug, die Gerichtsverfassung, das gerichtliche Verfahren, die Rechtsanwaltschaft, das Notariat und die Rechtsberatung;
2. das Personenstandswesen;
3. das Vereins- und Versammlungsrecht;
4. das Aufenthalts- und Niederlassungsrecht der Ausländer;
- 4a. das Waffen- und das Sprengstoffrecht;
- 5.
6. die Angelegenheiten der Flüchtlinge und Vertriebenen;
7. die öffentliche Fürsorge;
- 8.
9. die Kriegsschäden und die Wiedergutmachung;
10. die Versorgung der Kriegsbeschädigten und Kriegshinterbliebenen und die Fürsorge für die ehemaligen Kriegsgefangenen;
- 10a. die Kriegsgräber und Gräber anderer Opfer des Krieges und Opfer von Gewaltherrschaft;
11. das Recht der Wirtschaft (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen);
- 11a. die Erzeugung und Nutzung der Kernenergie zu friedlichen Zwecken, die Errichtung und den Betrieb von Anlagen, die diesen Zwecken dienen, den Schutz gegen Gefahren, die bei Freiwerden von Kernenergie oder durch ionisierende Strahlen entstehen, und die Beseitigung radioaktiver Stoffe;
12. das Arbeitsrecht einschließlich der Betriebsverfassung, des Arbeitsschutzes und der Arbeitsvermittlung sowie die Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung;
13. die Regelung der Ausbildungsbeihilfen und die Förderung der wissenschaftlichen Forschung;

14. das Recht der Enteignung, soweit sie auf den Sachgebieten der Artikel 73 und 74 in Betracht kommt;
 15. die Überführung von Grund und Boden, von Naturschätzen und Produktionsmitteln in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft;
 16. die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung;
 17. die Förderung der land- und forstwirtschaftlichen Erzeugung, die Sicherung der Ernährung, die Ein- und Ausfuhr land- und forstwirtschaftlicher Erzeugnisse, die Hochsee- und Küstenfischerei und den Küstenschutz;
 18. den Grundstücksverkehr, das Bodenrecht (ohne das Recht der Erschließungsbeiträge) und das landwirtschaftliche Pachtwesen, das Wohnungswesen, das Siedlungs- und Heimstättenwesen;
 19. die Maßnahmen gegen gemeingefährliche und übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren, die Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen und zum Heilgewerbe, den Verkehr mit Arzneien, Heil- und Betäubungsmitteln und Giften;
 - 19a. die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegesätze;
 20. den Schutz beim Verkehr mit Lebens- und Genußmitteln, Bedarfsgegenständen, Futtermitteln und land- und forstwirtschaftlichem Saat- und Pflanzgut, den Schutz der Pflanzen gegen Krankheiten und Schädlinge sowie den Tierschutz;
 21. die Hochsee- und Küstenschifffahrt sowie die Seezeichen, die Binnenschifffahrt, den Wetterdienst, die Seewasserstraßen und die dem allgemeinen Verkehr dienenden Binnenwasserstraßen;
 22. den Straßenverkehr, das Kraftfahrwesen, den Bau und die Unterhaltung von Landstraßen für den Fernverkehr sowie die Erhebung und Verteilung von Gebühren für die Benutzung öffentlicher Straßen mit Fahrzeugen;
 23. die Schienenbahnen, die nicht Eisenbahnen des Bundes sind, mit Ausnahme der Bergbahnen;
 24. die Abfallbeseitigung, die Luftreinhaltung und die Lärmbekämpfung;
 25. die Staatshaftung;
 26. die künstliche Befruchtung beim Menschen, die Untersuchung und die künstliche Veränderung von Erbinformationen sowie Regelungen zur Transplantation von Organen und Geweben.
- (2) Gesetze nach Absatz 1 Nr. 25 bedürfen der Zustimmung des Bundesrates

Art. 75 GG [Rahmenvorschriften]

(1) Der Bund hat das Recht, unter den Voraussetzungen des Artikels 72 Rahmenvorschriften für die Gesetzgebung der Länder zu erlassen über:

1. die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienste der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechtes stehenden Personen, soweit Artikel 74a nichts anderes bestimmt;
- 1a. die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens;
2. die allgemeinen Rechtsverhältnisse der Presse;
3. das Jagdwesen, den Naturschutz und die Landschaftspflege;
4. die Bodenverteilung, die Raumordnung und den Wasserhaushalt;
5. das Melde- und Ausweiswesen;
6. den Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung ins Ausland.

Artikel 72 Abs. 3 gilt entsprechend.

(2) Rahmenvorschriften dürfen nur in Ausnahmefällen in Einzelheiten gehende oder unmittelbar geltende Regelungen enthalten.

(3) Erläßt der Bund Rahmenvorschriften, so sind die Länder verpflichtet, innerhalb einer durch das Gesetz bestimmten angemessenen Frist die erforderlichen Landesgesetze zu erlassen.

Wenn der Bund keine Gesetzgebungskompetenz hat, sind die Länder zuständig (Art. 70, 30 GG).

Art. 70 GG [Gesetzgebung des Bundes und der Länder]

(1) Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.

(2) Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemißt sich nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung.

Art. 30 GG [Funktionen der Länder]

Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt.

b) Verwaltungskompetenz

aa) Landesgesetze

Die Länder sind zuständig (Art. 83, 30 GG)

Art. 83 GG [Länderexekutive]

Die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zuläßt.

Art. 30 GG [Funktionen der Länder]

Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt.

bb) Bundesgesetze

Grundsätzlich sind die Länder zuständig (Art. 83 GG).

Art. 83 GG [Länderexekutive]

Die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zuläßt.

Darüber hinaus unterscheidet das Grundgesetz unterschiedliche Formen der Verwaltung von Bundesgesetzen.

Art. 84 GG [Länderverwaltung und Bundesaufsicht]

(1) Führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, so regeln sie die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren, soweit nicht Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates etwas anderes bestimmen.

(2) Die Bundesregierung kann mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen.

(3) Die Bundesregierung übt die Aufsicht darüber aus, daß die Länder die Bundesgesetze dem geltenden Rechte gemäß ausführen. Die Bundesregierung kann zu diesem Zwecke Beauftragte zu den obersten Landesbehörden

entsenden, mit deren Zustimmung und, falls diese Zustimmung versagt wird, mit Zustimmung des Bundesrates auch zu den nachgeordneten Behörden.

(4) Werden Mängel, die die Bundesregierung bei der Ausführung der Bundesgesetze in den Ländern festgestellt hat, nicht beseitigt, so beschließt auf Antrag der Bundesregierung oder des Landes der Bundesrat, ob das Land das Recht verletzt hat. Gegen den Beschluß des Bundesrates kann das Bundesverfassungsgericht angerufen werden.

(5) Der Bundesregierung kann durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, zur Ausführung von Bundesgesetzen die Befugnis verliehen werden, für besondere Fälle Einzelweisungen zu erteilen. Sie sind, außer wenn die Bundesregierung den Fall für dringlich erachtet, an die obersten Landesbehörden zu richten.

Art. 85 GG [Landesexekutive im Bundesauftrag]

(1) Führen die Länder die Bundesgesetze im Auftrage des Bundes aus, so bleibt die Einrichtung der Behörden Angelegenheit der Länder, soweit nicht Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates etwas anderes bestimmen.

(2) Die Bundesregierung kann mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen. Sie kann die einheitliche Ausbildung der Beamten und Angestellten regeln. Die Leiter der Mittelbehörden sind mit ihrem Einvernehmen zu bestellen.

(3) Die Landesbehörden unterstehen den Weisungen der zuständigen obersten Bundesbehörden. Die Weisungen sind, außer wenn die Bundesregierung es für dringlich erachtet, an die obersten Landesbehörden zu richten. Der Vollzug der Weisung ist durch die obersten Landesbehörden sicherzustellen.

(4) Die Bundesaufsicht erstreckt sich auf Gesetzmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Ausführung. Die Bundesregierung kann zu diesem Zwecke Bericht und Vorlage der Akten verlangen und Beauftragte zu allen Behörden entsenden.

Charakteristisch für die Landesexekutive im Bundesauftrag ist das Weisungsrecht des Bundes, das Recht- und Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns erfasst (Art. 85 Abs. 3 und 4 GG).

Darüber hinaus besteht noch die Option der bundeseigenen Verwaltung mit oder ohne Verwaltungsunterbau.

Art. 86 GG [Landesexekutive im Bundesauftrag]

Führt der Bund die Gesetze durch bundeseigene Verwaltung oder durch bundesunmittelbare Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechtes aus, so erläßt die Bundesregierung, soweit nicht das Gesetz Besonderes vorschreibt, die allgemeinen Verwaltungsvorschriften. Sie regelt, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, die Einrichtung der Behörden.

Art. 87 GG [Gegenstände der bundeseigenen Verwaltung]

(1) In bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau werden geführt der Auswärtige Dienst, die Bundesfinanzverwaltung und nach Maßgabe des Artikels 89 die Verwaltung der Bundeswasserstraßen und der Schifffahrt. Durch Bundesgesetz können Bundesgrenzschutzbehörden, Zentralstellen für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen, für die Kriminalpolizei und zur Sammlung von Unterlagen für Zwecke des Verfassungsschutzes und des Schutzes gegen Bestrebungen im Bundesgebiet, die durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden, eingerichtet werden.

(2) Als bundesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechtes werden diejenigen sozialen Versicherungsträger geführt, deren Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt. Soziale Versicherungsträger, deren Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes, aber nicht über mehr als drei Länder

hinaus erstreckt, werden abweichend von Satz 1 als landesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechtes geführt, wenn das aufsichtsführende Land durch die beteiligten Länder bestimmt ist.

(3) Außerdem können für Angelegenheiten, für die dem Bunde die Gesetzgebung zusteht, selbständige Bundesoberbehörden und neue bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechtes durch Bundesgesetz errichtet werden. Erwachsen dem Bunde auf Gebieten, für die ihm die Gesetzgebung zusteht, neue Aufgaben, so können bei dringendem Bedarf bundeseigene Mittel- und Unterbehörden mit Zustimmung des Bundesrates und der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages errichtet werden.

2. Rechtsprechung

Nicht nur bei der Gesetzgebung sondern auch bei der Rechtsprechung gibt es eine föderale Struktur.

a) Bundesgerichte

Die obersten Gerichte sind Bundesgerichte.

Art. 92 GG [Gerichtsorganisation]

Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.

Art. 95 GG [Oberste Bundesgerichtshöfe]

(1) Für die Gebiete der ordentlichen, der Verwaltungs-, der Finanz-, der Arbeits- und der Sozialgerichtsbarkeit errichtet der Bund als oberste Gerichtshöfe den Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht, den Bundesfinanzhof, das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht.

(2) Über die Berufung der Richter dieser Gerichte entscheidet der für das jeweilige Sachgebiet zuständige Bundesminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuß, der aus den für das jeweilige Sachgebiet zuständigen Ministern der Länder und einer gleichen Anzahl von Mitgliedern besteht, die vom Bundestage gewählt werden.

(3) Zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist ein Gemeinsamer Senat der in Absatz 1 genannten Gerichte zu bilden. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.

Das Bundesverfassungsgericht ist zuständig für folgende Verfahren:

Art. 93 GG [Bundesverfassungsgericht, Zuständigkeit]

(1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet:

1. über die Auslegung dieses Grundgesetzes aus Anlaß von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter, die durch dieses Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind;
2. bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetz oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages;
- 2a. bei Meinungsverschiedenheiten, ob ein Gesetz den Voraussetzungen des Artikels 72 Abs. 2 entspricht, auf Antrag des Bundesrates, einer Landesregierung oder der Volksvertretung eines Landes;
3. bei Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder, insbesondere bei der Ausführung von Bundesrecht durch die Länder und bei der Ausübung der Bundesaufsicht;
4. in anderen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen dem Bunde und den Ländern, zwischen verschiedenen Ländern oder innerhalb eines Landes, soweit nicht ein anderer Rechtsweg gegeben ist;

- 4a. über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein;
- 4b. über Verfassungsbeschwerden von Gemeinden und Gemeindeverbänden wegen Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nach Artikel 28 durch ein Gesetz, bei Landesgesetzen jedoch nur, soweit nicht Beschwerde beim Landesverfassungsgericht erhoben werden kann;
5. in den übrigen in diesem Grundgesetze vorgesehenen Fällen.
- (2) Das Bundesverfassungsgericht wird ferner in den ihm sonst durch Bundesgesetz zugewiesenen Fällen tätig.

b) Landesgerichte

Etwa bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit sind die Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte Gerichte der Länder

§ 2 VwGO [Gerichte und Instanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit]

Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit sind in den Ländern die Verwaltungsgerichte und je ein Oberverwaltungsgericht, im Bund das Bundesverwaltungsgericht mit Sitz in Leipzig.

Auch die Länder verfügen über Verfassungsgerichte. Hessen verfügt über einen Staatsgerichtshof .

Artikel 131 Abs. 1 und 3 HV [Zuständigkeit; Antragsberechtigte]

(1) Der Staatsgerichtshof entscheidet über die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze, die Verletzung der Grundrechte, bei Anfechtung des Ergebnisses einer Volksabstimmung, über Verfassungsstreitigkeiten sowie in den in der Verfassung und den Gesetzen vorgesehenen Fällen.

(..)

(3) Das Gesetz bestimmt, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen jedermann das Recht hat, den Staatsgerichtshof anzurufen.

c) Landesgrundrechte und Bundesgrundrechte

Das Verhältnis von Bundes- und Landesgrundrechten war Gegenstand einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.¹ Grundsätzlich wird das Verhältnis von Bundesgrundrechten und Landesgrundrechte durch Art. 142 GG geregelt.

Art 142 GG [Grundrechte in Landesverfassungen]

Ungeachtet der Vorschrift des Artikels 31 bleiben Bestimmungen der Landesverfassungen auch insoweit in Kraft, als sie in Übereinstimmung mit den Artikeln 1 bis 18 dieses Grundgesetzes Grundrechte gewährleisten.

Danach bleiben die Bestimmungen der Landesverfassungen ungeachtet des Art. 31 GG auch insoweit in Kraft, als sie in Übereinstimmung mit den Art. 1 bis 18 GG Grundrechte gewährleisten. Mit Beschluss vom 15.10.1997 hat das BVerfG zum Verhältnis von Bundesgrundrechten zu Landesgrundrechten Stellung bezogen.

¹ BVerfG, NJW 1998, 1296 ff.

Ausgangspunkt war ein Vorlagebeschluss des SächsVerfGH. Dieser hatte über eine Landesverfassungsbeschwerde gegen ein nicht rechtsmittelfähiges Urteil des AG Eilenburg zu entscheiden. Der Beschwerdeführer dieses Verfahrens rügte die Verletzung seines (nach Art. 78 Abs. 2 SächsVerf. garantierten) Rechts auf rechtliches Gehör,

Art. 103 GG [Grundrechte vor Gericht]

(1) Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.

(..)

da ein von ihm angebotener Zeugenbeweis im Prozess auf Grundlage der §§ 277 Abs.1 , 282 Abs. 1, 296 Abs. 1 Zivilprozessordnung (ZPO) wegen Verzögerung des Rechtsstreits zurückgewiesen wurde.

Das BVerfG hat entschieden, dass die Landesverfassungsgerichte befugt sind, die Anwendung der gerichtlichen Verfahrensordnungen des Bundes durch die Landesgerichte auf die Übereinstimmung mit den Grundrechten der Landesverfassung zu überprüfen, wenn diese inhaltsgleich mit den grundgesetzlichen Grundrechtsgarantien sind.² Das BVerfG hat klargestellt, dass ein nach Art. 142 GG prinzipielles Grundrecht jedenfalls dann nicht durch Art. 31 verdrängt wird, wenn das Bundesrecht- und Landesgrundrecht einen „bestimmten Gegenstand in gleichem Sinn und mit gleichem Inhalt regeln und diesem Sinn inhaltsgleich sind“. Dabei sei das Landesgrundrecht mit dem Bundesgrundrecht dann inhaltsgleich - und damit auch zulässiger Prüfungsmaßstab für das Landesverfassungsgericht -, wenn es in dem zu entscheiden Fall zu demselben Ergebnis wie das Grundgesetz führt. Zudem müsse die (landes-)verfassungsrechtliche Beschwer ausschließlich auf der Entscheidung eines Gerichts des Landes beruhen, wobei gleichzeitig der Rechtsweg erschöpft sein müsse. Von den Landesverfassungsgerichten verlangt das BVerfG eine vierstufige Prüfung:

Nach der notwendigen Feststellung, dass der Geltungsbereich des Landesgrundrechts eröffnet ist (1), muss das *LVerfG* prüfen, ob es sich um ein „inhaltsgleiches“ Grundrecht handelt; dabei ist zunächst als Vorfrage zu klären, zu welchem Ergebnis die Anwendung des Bundesgrundrechts kommt (2), und dann zu fragen, zu welchem Ergebnis das Landesgrundrecht führt (3). Besteht Ergebnisidentität (4a), ist geklärt, dass das inhaltsgleiche Landesgrundrecht als zulässiger Prüfungsmaßstab herangezogen werden kann. Zugleich steht das Ergebnis der gerichtlichen Überprüfung fest: Der angegriffene landesrichterliche Hoheitsakt kann der Sache nach entweder nur beide oder keine der Grundrechtsgarantien verletzen. Führt die Prüfung das

² Das BVerfG lässt es aber ausdrücklich offen, ob eine Überprüfung im diesem Sinne durch die Landesverfassungsgerichte auch für das materielle Bundesrecht gelten soll.

LVerfG hingegen zu dem Ergebnis, dass die grundrechtlichen Verbürgungen nicht inhaltsgleich sind (4b), kann die landesgerichtliche Anwendung des Bundesverfahrensrechts nicht am Maßstab des Landesgrundrechts gemessen werden.

Der Beschluss hat auch die Frage erörtert, inwieweit ein unterschiedliches Grundrechtsschutzniveau zwischen den Grundrechten des GG und den der Landesverfassungen möglich ist. Für den Fall, dass das Landesgrundrecht hinter dem Grundrechtssniveau des GG bleibt, gilt Art. 31 GG. Nunmehr hat das BVerfG aber auch die Konstellation, in der das Grundrechtssniveau der Landesverfassung weit reichender als das des GG ist, dahingehend entschieden, dass:

„soweit Landesgrundrechte gegenüber dem Grundgesetz einen weitergehenden Schutz oder auch einen geringeren Schutz verbürgen, *widersprechen* sie den entsprechenden Bundesgrundrechten als solchen nicht, wenn das jeweils engere Grundrecht als Mindestgarantie zu verstehen ist und daher nicht den Normbefehl enthält, einen weitergehenden Schutz zu unterlassen“.

III. Selbstverwaltung

1. Elemente der Selbstverwaltung der Kommunen

Sowohl das Grundgesetz als auch hessische Verfassung legen ein Modell der Selbstverwaltung durch Gemeinden und Gemeindeverbände zugrunde.

Art. 28 GG [Verfassung der Länder]

(1) Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen. In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muß das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist. Bei Wahlen in Kreisen und Gemeinden sind auch Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft besitzen, nach Maßgabe von Recht der Europäischen Gemeinschaft wahlberechtigt und wählbar. In Gemeinden kann an die Stelle einer gewählten Körperschaft die Gemeindeversammlung treten.

(2) Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung. Die Gewährleistung der Selbstverwaltung umfaßt auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung; zu diesen Grundlagen gehört eine den Gemeinden mit Hebesatzrecht zustehende wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle.

(3) Der Bund gewährleistet, daß die verfassungsmäßige Ordnung der Länder den Grundrechten und den Bestimmungen der Absätze 1 und 2 entspricht.

Art. 137 HV [Kommunale Selbstverwaltung]

(1) Die Gemeinden sind in ihrem Gebiet unter eigener Verantwortung die ausschließlichen Träger der gesamten örtlichen öffentlichen Verwaltung. Sie können jede öffentliche Aufgabe übernehmen, soweit sie nicht durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift anderen Stellen im dringenden öffentlichen Interesse ausschließlich zugewiesen sind.

(2) Die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihrer gesetzlichen Zuständigkeit die gleiche Stellung.

(3) Das Recht der Selbstverwaltung ihrer Angelegenheiten wird den Gemeinden und Gemeindeverbänden vom Staat gewährleistet. Die Aufsicht des Staates beschränkt sich darauf, daß ihre Verwaltung im Einklang mit den Gesetzen geführt wird.

(4) Den Gemeinden und Gemeindeverbänden oder ihren Vorständen können durch Gesetz oder Verordnung staatliche Aufgaben zur Erfüllung nach Anweisung übertragen werden.

(5) Der Staat hat den Gemeinden und Gemeindeverbänden die zur Durchführung ihrer eigenen und der übertragenen Aufgaben erforderlichen Geldmittel im Wege des Lasten- und Finanzausgleichs zu sichern. Er stellt ihnen für ihre freiwillige öffentliche Tätigkeit in eigener Verantwortung zu verwaltende Einnahmequellen zur Verfügung.

(6) Werden die Gemeinden oder Gemeindeverbände durch Landesgesetz oder Landesrechtsverordnung zur Erfüllung staatlicher Aufgaben verpflichtet, so sind Regelungen über die Kostenfolgen zu treffen. Führt die Übertragung neuer oder die Veränderung bestehender eigener oder übertragener Aufgaben zu einer Mehrbelastung oder Entlastung der Gemeinden oder Gemeindeverbände in ihrer Gesamtheit, ist ein entsprechender Ausgleich zu schaffen. Das Nähere regelt ein Gesetz.

„Die institutionelle Garantie der Selbstverwaltung umfasst folgende Bereiche: Allzuständigkeit der Gemeinden im örtlichen Bereich (Universalitätsprinzip), Rechtssetzungshoheit, Organisationsgewalt, ..., Planungshoheit, Finanz, Steuer- und Abgabehoheit und Haushaltshoheit ...“.³

a) Allzuständigkeit

Das BVerfG hat diese charakterisiert:

„Zum Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltung gehört kein gegenständlich bestimmter oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer Aufgabenkatalog, wohl aber die Befugnis, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die nicht durch Gesetz bereits anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen sind, ohne besonderen Kompetenztitel annehmen.“⁴

„Der Gesetzgeber darf den Gemeinden danach eine Aufgabe mit relevantem örtlichen Charakter nur aus Gründen des Gemeininteresses, vor allem also etwa dann entziehen, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre, und wenn die den Aufgabenentzug tragenden Gründe gegenüber dem verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilungsprinzip des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG überwiegen.“⁵

Das Kommunalrecht unterscheidet zwischen **Pflichtaufgaben mit oder ohne Weisung**.

§ 4 HGO

Weisungsaufgaben, Auftragsangelegenheiten

(1) Den Gemeinden können durch Gesetz Aufgaben zur Erfüllung nach Weisung übertragen werden; das Gesetz bestimmt die Voraussetzungen und den Umfang des Weisungsrechts und hat gleichzeitig die Aufbringung der Mittel zu regeln. Die Weisungen sollen sich auf allgemeine Anordnungen beschränken und in der Regel nicht in die Einzelausführung eingreifen. Die Gemeinden sind verpflichtet, die zur Erfüllung der Aufgaben erforderlichen Kräfte und Einrichtungen zur Verfügung zu stellen.

(2) Die Bürgermeister und Oberbürgermeister nehmen die Aufgaben der örtlichen Ordnungsbehörden und Kreisordnungsbehörden als Auftragsangelegenheit wahr. Ihnen können durch Gesetz weitere Aufgaben als Auf-

³ W.Hecker, Staats- und Verfassungsrecht, 2002, S. 278.

⁴ BVerfGE 79, 127.

⁵ BVerfGE 79, 127.

tragsangelegenheit übertragen werden; das Gesetz hat die Aufbringung der Mittel zu regeln. Die Gemeinden sind verpflichtet, die zur Erfüllung der Aufgaben erforderlichen Kräfte und Einrichtungen zur Verfügung zu stellen. Der Bürgermeister (Oberbürgermeister) nimmt die Aufgaben in alleiniger Verantwortung wahr. Die Zuständigkeit der Gemeindevertretung und des Gemeindevorstands in haushalts- und personalrechtlichen Angelegenheiten und die Bestimmungen des § 71 über die Abgabe von Verpflichtungserklärungen bleiben unberührt.

(3) In Auftragsangelegenheiten können die Fachaufsichtsbehörden dem ihrer Aufsicht unterstellten Bürgermeister (Oberbürgermeister) Weisungen auch im Einzelfall erteilen. Wenn es den Umständen des Einzelfalls nach erforderlich ist, können die Aufsichtsbehörden die Befugnisse der ihrer Aufsicht unterstellten Behörde ausüben.

(4) Für die Bestimmung von hauptamtlichen Beigeordneten zu ständigen Vertretern des Bürgermeisters (Oberbürgermeisters) in anderen als ordnungsbehördlichen Auftragsangelegenheiten gilt [§ 85 Abs. 4 des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung](#) in der Fassung vom 31. März 1994 (GVBl. I S. 174, 284), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. März 2005 (GVBl. I S. 22), entsprechend.

b) Rechtssetzungshoheit

Die Gemeinden besitzen im Bereich ihrer Selbstverwaltungsaufgaben eine autonome Satzungsgewalt. Dies bringt auch § 5 Hessische Gemeindeordnung (HGO) zum Ausdruck.

§ 5 HGO

Satzungen

(1) Die Gemeinden können die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft durch Satzung regeln, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Satzungen bedürfen der Genehmigung der Aufsichtsbehörde nur, soweit eine Genehmigung in den Gesetzen ausdrücklich vorgeschrieben ist.

(2) In den Satzungen können vorsätzliche und fahrlässige Zuwiderhandlungen gegen Gebote oder Verbote mit Geldbuße bedroht werden. Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist der Gemeindevorstand.

(3) Satzungen sind öffentlich bekanntzumachen. Sie treten, wenn kein anderer Zeitpunkt bestimmt ist, mit dem Tage nach der Bekanntmachung in Kraft.

(4) Für die Rechtswirksamkeit der Satzungen ist eine Verletzung der Vorschriften der [§§ 53, 56, 58, 82](#) Abs. 3 und des [§ 88](#) Abs. 2 unbeachtlich, wenn sie nicht innerhalb von sechs Monaten nach der öffentlichen Bekanntmachung der Satzung schriftlich unter Bezeichnung der Tatsachen, die eine solche Rechtsverletzung begründen können, gegenüber der Gemeinde geltend gemacht worden ist. [§ 25](#) Abs. 6, [§§ 63, 74](#) und [138](#) bleiben unberührt.

Satzungen ergehen unter anderem mit folgendem Inhalt:

§ 19 HGO

Öffentliche Einrichtungen, Anschluss- und Benutzungszwang

(1) Die Gemeinde hat die Aufgabe, in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für ihre Einwohner erforderlichen wirtschaftlichen, sozialen, sportlichen und kulturellen öffentlichen Einrichtungen bereitzustellen.

(2) Sie kann bei öffentlichem Bedürfnis durch Satzung für die Grundstücke ihres Gebiets den Anschluss an Wasserleitung, Kanalisation, Straßenreinigung, Fernheizung und ähnliche der Volksgesundheit dienende Einrichtungen (Anschlusszwang) und die Benutzung dieser Einrichtungen und der Schlachthöfe (Benutzungszwang) vorschreiben. Die Satzung kann Ausnahmen vom Anschluss- und Benutzungszwang zulassen. Sie kann den Zwang auf bestimmte Teile des Gemeindegebiets und auf bestimmte Gruppen von Grundstücken oder Personen beschränken.

c) Organisationsgewalt

Die Organisationsgewalt ermöglicht die eigenständige Gestaltung des Verwaltungsaufbaus, die Bestimmung der zuständigen Organe und Behörden und die Gestaltung des Geschäftsablaufs. So kann die Gemeinde etwa Eigenbetriebe gründen und unterhalten

§ 127 HGO

Eigenbetriebe

(1) Die Wirtschaftsführung, Vermögensverwaltung und Rechnungslegung der wirtschaftlichen Unternehmen ohne Rechtspersönlichkeit (Eigenbetriebe) sind so einzurichten, dass sie eine vom übrigen Gemeindevermögen abgesonderte Betrachtung der Verwaltung und des Ergebnisses ermöglichen.

(2) In den Angelegenheiten des Eigenbetriebs ist der Betriebsleitung eine ausreichende Selbständigkeit der Entscheidung einzuräumen.

(3) Die näheren Vorschriften über die Verfassung, Verwaltung und Wirtschaftsführung einschließlich des Rechnungswesens der Eigenbetriebe bleiben einem besonderen Gesetz vorbehalten.

d) Planungshoheit

Die räumliche Planung im örtlichen Bereich ist wesentlicher Bestandteil der Selbstverwaltungsgarantie.⁶ Hierzu gehört insbesondere das Recht Bauleitpläne zu erlassen.

§ 10 Abs. 1 BauGB

Beschluss, Genehmigung und Inkrafttreten des Bebauungsplans

(1) Die Gemeinde beschließt den Bebauungsplan als Satzung.

§ 1 Abs. 1 – 3 BauGB

Aufgabe, Begriff und Grundsätze der Bauleitplanung

(1) Aufgabe der Bauleitplanung ist es, die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde nach Maßgabe dieses Gesetzbuchs vorzubereiten und zu leiten.

(2) Bauleitpläne sind der Flächennutzungsplan (vorbereitender Bauleitplan) und der Bebauungsplan (verbindlicher Bauleitplan).

(3) Die Gemeinden haben die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Auf die Aufstellung von Bauleitplänen und städtebaulichen Satzungen besteht kein Anspruch; ein Anspruch kann auch nicht durch Vertrag begründet werden.

§ 8 Abs. 1 BauGB

Zweck des Bebauungsplans

(1) Der Bebauungsplan enthält die rechtsverbindlichen Festsetzungen für die städtebauliche Ordnung. Er bildet die Grundlage für weitere, zum Vollzug dieses Gesetzbuchs erforderliche Maßnahmen.

§ 9 BauGB

Inhalt des Bebauungsplans

(1) Im Bebauungsplan können aus städtebaulichen Gründen festgesetzt werden:

1. die Art und das Maß der baulichen Nutzung;

⁶ BVerfGE 107, 118 f.

2. die Bauweise, die überbaubaren und die nicht überbaubaren Grundstücksflächen sowie die Stellung der baulichen Anlagen;
3. für die Größe, Breite und Tiefe der Baugrundstücke Mindestmaße und aus Gründen des sparsamen und schonenden Umgangs mit Grund und Boden für Wohnbaugrundstücke auch Höchstmaße;
4. die Flächen für Nebenanlagen, die auf Grund anderer Vorschriften für die Nutzung von Grundstücken erforderlich sind, wie Spiel-, Freizeit- und Erholungsflächen sowie die Flächen für Stellplätze und Garagen mit ihren Einfahrten;
5. die Flächen für den Gemeinbedarf sowie für Sport- und Spielanlagen;
6. die höchstzulässige Zahl der Wohnungen in Wohngebäuden;
7. die Flächen, auf denen ganz oder teilweise nur Wohngebäude, die mit Mitteln der sozialen Wohnraumförderung gefördert werden könnten, errichtet werden dürfen;
8. einzelne Flächen, auf denen ganz oder teilweise nur Wohngebäude errichtet werden dürfen, die für Personengruppen mit besonderem Wohnbedarf bestimmt sind;
9. der besondere Nutzungszweck von Flächen;
10. die Flächen, die von der Bebauung freizuhalten sind, und ihre Nutzung;
11. die Verkehrsflächen sowie Verkehrsflächen besonderer Zweckbestimmung, wie Fußgängerbereiche, Flächen für das Parken von Fahrzeugen, Flächen für das Abstellen von Fahrrädern sowie den Anschluss anderer Flächen an die Verkehrsflächen; die Flächen können auch als öffentliche oder private Flächen festgesetzt werden;
12. die Versorgungsflächen;
13. die Führung von oberirdischen oder unterirdischen Versorgungsanlagen und -leitungen;
14. die Flächen für die Abfall- und Abwasserbeseitigung, einschließlich der Rückhaltung und Versickerung von Niederschlagswasser, sowie für Ablagerungen;
15. die öffentlichen und privaten Grünflächen, wie Parkanlagen, Dauerkleingärten, Sport-, Spiel-, Zelt- und Badeplätze, Friedhöfe;
16. die Wasserflächen sowie die Flächen für die Wasserwirtschaft, für Hochwasserschutzanlagen und für die Regelung des Wasserabflusses;
17. die Flächen für Aufschüttungen, Abgrabungen oder für die Gewinnung von Steinen, Erden und anderen Bodenschätzen;
18. a) die Flächen für die Landwirtschaft und
b) Wald;
19. die Flächen für die Errichtung von Anlagen für die Kleintierhaltung wie Ausstellungs- und Zuchtanlagen, Zwinger, Koppeln und dergleichen;
20. die Flächen oder Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft;
21. die mit Geh-, Fahr- und Leitungsrechten zugunsten der Allgemeinheit, eines Erschließungsträgers oder eines beschränkten Personenkreises zu belastenden Flächen;
22. die Flächen für Gemeinschaftsanlagen für bestimmte räumliche Bereiche wie Kinderspielplätze, Freizeiteinrichtungen, Stellplätze und Garagen;
23. Gebiete, in denen
 - a) zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes bestimmte Luft verunreinigende Stoffe nicht oder nur beschränkt verwendet werden dürfen,
 - b) bei der Errichtung von Gebäuden bestimmte bauliche Maßnahmen für den Einsatz erneuerbarer Energien wie insbesondere Solarenergie getroffen werden müssen;
24. die von der Bebauung freizuhaltenden Schutzflächen und ihre Nutzung, die Flächen für besondere Anlagen und Vorkehrungen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen und sonstigen Gefahren im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes sowie die zum Schutz vor solchen Einwirkungen oder zur Vermeidung oder Minderung solcher Einwirkungen zu treffenden baulichen und sonstigen technischen Vorkehrungen;

25. für einzelne Flächen oder für ein Bebauungsplangebiet oder Teile davon sowie für Teile baulicher Anlagen mit Ausnahme der für landwirtschaftliche Nutzungen oder Wald festgesetzten Flächen
- a) das Anpflanzen von Bäumen, Sträuchern und sonstigen Bepflanzungen,
 - b) Bindungen für Bepflanzungen und für die Erhaltung von Bäumen, Sträuchern und sonstigen Bepflanzungen sowie von Gewässern;
26. die Flächen für Aufschüttungen, Abgrabungen und Stützmauern, soweit sie zur Herstellung des Straßenkörpers erforderlich sind.
- (..)

e) Finanz- und Haushalthoheit

Die Gewährleistung der institutionellen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung erstreckt sich auch auf die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung und die Befugnis einer eigenständigen Einnahmen- und Ausgabenplanung.

Art. 137 HV [Kommunale Selbstverwaltung]

(..)

(5) Der Staat hat den Gemeinden und Gemeindeverbänden die zur Durchführung ihrer eigenen und der übertragenen Aufgaben erforderlichen Geldmittel im Wege des Lasten- und Finanzausgleichs zu sichern. Er stellt ihnen für ihre freiwillige öffentliche Tätigkeit in eigener Verantwortung zu verwaltende Einnahmequellen zur Verfügung.

(..)

f) Wirtschaftliche Betätigung

Das Recht der Selbstverwaltung umfasst grundsätzlich auch das Recht zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden. Grundsätzlich müssen die Gemeinden ihre wirtschaftliche Betätigung offen legen.

§ 123a HGO

Beteiligungsbericht und Offenlegung

(1) Die Gemeinde hat zur Information der Gemeindevertretung und der Öffentlichkeit jährlich einen Bericht über ihre Beteiligungen an Unternehmen in einer Rechtsform des Privatrechts zu erstellen. In dem Bericht sind alle Unternehmen aufzuführen, bei denen die Gemeinde mindestens über den fünften Teil der Anteile verfügt.

(2) Der Beteiligungsbericht soll mindestens Angaben enthalten über

1. den Gegenstand des Unternehmens, die Beteiligungsverhältnisse, die Besetzung der Organe und die Beteiligungen des Unternehmens,
2. den Stand der Erfüllung des öffentlichen Zwecks durch das Unternehmen,
3. die Grundzüge des Geschäftsverlaufs, die Ertragslage des Unternehmens, die Kapitalzuführungen und -entnahmen durch die Gemeinde und die Auswirkungen auf die Haushaltswirtschaft, die Kreditaufnahmen, die von der Gemeinde gewährten Sicherheiten,
4. das Vorliegen der Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 für das Unternehmen.

(..)

(3) Der Beteiligungsbericht ist in der Gemeindevertretung in öffentlicher Sitzung zu erörtern. Die Gemeinde hat die Einwohner über das Vorliegen des Beteiligungsberichtes in geeigneter Form zu unterrichten. Die Einwohner sind berechtigt, den Beteiligungsbericht einzusehen.

Darüber hinaus sind Entscheidungen über die wirtschaftliche Betätigung bei der Aufsichtsbehörde anzeigepflichtig.

§ 127 a HGO

Anzeige

(1) Entscheidungen der Gemeinde über

1. die Errichtung, die Übernahme oder die wesentliche Erweiterung eines wirtschaftlichen Unternehmens,
2. die Gründung einer Gesellschaft, die erstmalige Beteiligung an einer Gesellschaft sowie die wesentliche Erhöhung einer Beteiligung an einer Gesellschaft,
3. den Erwerb eines Geschäftsanteils an einer eingetragenen Genossenschaft,
4. Rechtsgeschäfte im Sinne des [§ 124](#) Abs. 1

sind der Aufsichtsbehörde unverzüglich, spätestens sechs Wochen vor Beginn des Vollzugs, schriftlich anzuzeigen. Aus der Anzeige muss zu ersehen sein, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

(2) Abs. 1 gilt für Entscheidungen über mittelbare Beteiligungen im Sinne von [§ 122](#) Abs. 5 entsprechend.

2. Aufsicht über die Kommunen

Hier unterscheidet man zwischen eigenen Aufgaben der Kommunen, bei denen die Kommunen nur der Rechtsaufsicht (Art. 137 Abs. 3 S. 2 HV) unterworfen werden können und

Art. 137 Abs. 3 S. 2 HV

(3) ... Die Aufsicht des Staates beschränkt sich darauf, daß ihre Verwaltung im Einklang mit den Gesetzen geführt wird.

übertragenen staatlichen Aufgaben, für die ein Weisungsrecht besteht.

Art. 137 Abs. 4 HV [Kommunale Selbstverwaltung]

(4) Den Gemeinden und Gemeindeverbänden oder ihren Vorständen können durch Gesetz oder Verordnung staatliche Aufgaben zur Erfüllung nach Anweisung übertragen werden.

§ 135 HGO

Umfang der Aufsicht

Die Aufsicht des Staates über die Gemeinden soll sicherstellen, dass die Gemeinden im Einklang mit den Gesetzen verwaltet und dass die im Rahmen der Gesetze erteilten Weisungen ([§ 4](#)) befolgt werden. Die Aufsicht soll so gehandhabt werden, dass die Entschlusskraft und die Verantwortungsfreudigkeit der Gemeinden nicht beeinträchtigt werden.

Zuständige Aufsichtsbehörden sind für Gemeinden mit mehr als 50 000 Einwohner die Regierungspräsidenten.

§ 136 HGO**Aufsichtsbehörde**

(1) Aufsichtsbehörde der Landeshauptstadt Wiesbaden und der Stadt Frankfurt am Main ist der Minister des Innern.

(2) Aufsichtsbehörde der Gemeinden mit mehr als 50 000 Einwohnern ist der Regierungspräsident, obere Aufsichtsbehörde der Minister des Innern. Der Minister des Innern kann seine Befugnisse als obere Aufsichtsbehörde auf nachgeordnete Behörden übertragen.

(3) Aufsichtsbehörde der übrigen Gemeinden ist der Landrat als Behörde der Landesverwaltung, obere Aufsichtsbehörde der Regierungspräsident.

(4) Oberste Aufsichtsbehörde ist der Minister des Innern.

(..)

Instrumental wird die Aufsicht durch Unterrichtsrechte, Beanstandungen, Anweisungen und Ersatzvornahme umgesetzt.

§ 137 HGO**Unterrichtung**

Die Aufsichtsbehörde kann sich jederzeit über die Angelegenheiten der Gemeinde unterrichten; sie kann an Ort und Stelle prüfen und besichtigen, Berichte anfordern sowie Akten und sonstige Unterlagen einsehen. Sie kann an den Sitzungen der Gemeindevertretung, ihrer Ausschüsse, des Gemeindevorstands und des Ortsbeirats teilnehmen; sie kann auch verlangen, dass diese Organe und Hilfsorgane zur Behandlung einer bestimmten Angelegenheit einberufen werden.

§ 138 HGO**Beanstandung**

Die Aufsichtsbehörde kann Beschlüsse und Anordnungen der Gemeindevertretung, ihrer Ausschüsse, des Gemeindevorstands und des Ortsbeirats, die das Recht verletzen, innerhalb von sechs Monaten nach der Beschlussfassung aufheben und verlangen, dass Maßnahmen, die aufgrund derartiger Beschlüsse getroffen worden sind, rückgängig gemacht werden.

§ 139 HGO**Anweisungen**

Erfüllt die Gemeinde die ihr gesetzlich obliegenden Pflichten oder Aufgaben nicht, so kann die Aufsichtsbehörde die Gemeinde anweisen, innerhalb einer bestimmten Frist das Erforderliche zu veranlassen.

§ 140 HGO**Ersatzvornahme**

Kommt die Gemeinde einer Anweisung der Aufsichtsbehörde nicht innerhalb der ihr gesetzten Frist nach, kann die Aufsichtsbehörde anstelle der Gemeinde das Erforderliche anordnen und auf deren Kosten selbst durchführen oder durch einen Dritten durchführen lassen.

Grundsätzlich liegt der Aufsicht das **Opportunitätsprinzip** zugrunde, d.h. die Aufsichtsbehörde ist bei Rechtsverstößen berechtigt, aber nicht verpflichtet, einzuschreiten.⁷

⁷ A.Gern, Deutsches Kommunalrecht, 2003, Rn. 804.

B . Freiheit durch Schutz vor staatlicher Konkurrenz

I. Privatrechtlicher Schutz

1. Sachverhalt⁸

E betreibt in München ein Elektrounternehmen, das unter anderem die Installationen für Kir-
messtände und Zelte auf dem Oktoberfest durchführt. Um die Stadtkasse aufzubessern ent-
schließt sich die Stadt München als Alleingesellschafterin eine GmbH (M) zu gründen, die
genau wie E Elektroinstallationen für das Oktoberfest durchführt. E erleidet im Folgenden
erhebliche Umsatzeinbußen, weil viele seiner Kunden zu M überwechseln. Er fragt sich nun,
ob es in einer Marktwirtschaft zulässig sein kann, dass der Staat privaten Unternehmern Kon-
kurrenz macht.

Die Fallpräsentation erfolgt in Anlehnung zu einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs
(BGH). Diese hatte bayerisches Gemeindegewirtschaftsrecht zum Gegenstand. Im Folgenden
wird für die Fallpräsentation hessisches Gemeindegewirtschaftsrecht zugrundegelegt.

Artikel 87 Bayrische Gemeindeordnung (BayGO)

(1) Die Gemeinde darf ein Unternehmen im Sinn von Art. 86 nur errichten, übernehmen oder wesentlich erwei-
tern, wenn

1. ein öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert, insbesondere wenn die Gemeinde mit ihm gesetzliche
Verpflichtungen oder ihre Aufgaben gemäß Art. 83 Abs. 1 der Verfassung und Art. 57 dieses Gesetzes erfüllen
will,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Ge-
meinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht,
3. die dem Unternehmen zu übertragenden Aufgaben für die Wahrnehmung außerhalb der allgemeinen Verwal-
tung geeignet sind,
4. bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirt-
schaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Alle Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche, mit denen die Gemeinde oder ihre Unternehmen an dem vom Wettbe-
werb beherrschten Wirtschaftsleben teilnehmen, um Gewinn zu erzielen, entsprechen keinem öffentlichen
Zweck. Soweit Unternehmen entgegen Satz 2 vor dem 1. September 1998 errichtet oder übernommen wurden,
dürfen sie weitergeführt, jedoch nicht erweitert werden.

§ 121 Hessische Gemeindeordnung (HGO)⁹

(1) Die Gemeinde darf sich wirtschaftlich betätigen, wenn

1. der öffentliche Zweck die Betätigung rechtfertigt,
2. die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde
und zum voraussichtlichen Bedarf steht und

⁸ BGH, Urt. v. 25.04.2002 – I ZR 250/00 (München); NJW 2002, 2645ff.

⁹ In der ab dem 1. April 2005 geltenden Fassung.

3. der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Soweit Tätigkeiten vor dem 1. April 2004 ausgeübt wurden, sind sie ohne die in Satz 1 Nr. 3 genannten Einschränkungen zulässig.

(2) Als wirtschaftliche Betätigung gelten nicht Tätigkeiten

1. zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,

2. auf den Gebieten des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Abfall- und Abwasserbeseitigung sowie

3. zur Deckung des Eigenbedarfs.

Auch diese Unternehmen und Einrichtungen sind, soweit es mit ihrem öffentlichen Zweck vereinbar ist, nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten und können entsprechend den Vorschriften über die Eigenbetriebe geführt werden.

(3) Die für das Kommunalrecht zuständige Ministerin oder der hierfür zuständige Minister kann durch Rechtsverordnung bestimmen, dass Unternehmen und Einrichtungen, die Tätigkeiten nach Abs. 2 wahrnehmen und die nach Art und Umfang eine selbständige Verwaltung und Wirtschaftsführung erfordern, ganz oder teilweise nach den für die Eigenbetriebe geltenden Vorschriften zu führen sind; hierbei können auch Regelungen getroffen werden, die von einzelnen für die Eigenbetriebe geltenden Vorschriften abweichen.

(4) Ist eine Betätigung zulässig, sind verbundene Tätigkeiten, die üblicherweise im Wettbewerb zusammen mit der Haupttätigkeit erbracht werden, ebenfalls zulässig; mit der Ausführung dieser Tätigkeiten sollen private Dritte beauftragt werden, soweit das nicht unwirtschaftlich ist.

(5) Die Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes ist zulässig, wenn

1. bei wirtschaftlicher Betätigung die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen und

2. die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Bei gesetzlich liberalisierten Tätigkeiten gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach den maßgeblichen Vorschriften eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen.

(6) Vor der Entscheidung über die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung von wirtschaftlichen Unternehmen sowie über eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung ist die Gemeindevertretung auf der Grundlage einer Markterkundung umfassend über die Chancen und Risiken der beabsichtigten unternehmerischen Betätigung sowie über deren zu erwartende Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft zu unterrichten. Vor der Befassung in der Gemeindevertretung ist den örtlichen Handwerkskammern, Industrie- und Handelskammern sowie Verbänden Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, soweit ihr Geschäftsbereich betroffen ist. Die Stellungnahmen sind der Gemeindevertretung zur Kenntnis zu geben.

(7) Die Gemeinden haben mindestens einmal in jeder Wahlzeit zu prüfen, inwieweit ihre wirtschaftliche Betätigung noch die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllt und inwieweit die Tätigkeiten privaten Dritten übertragen werden können.

(8) Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde sind so zu führen, dass sie einen Überschuss für den Haushalt der Gemeinde abwerfen, soweit dies mit der Erfüllung des öffentlichen Zwecks in Einklang zu bringen ist. Die Erträge jedes Unternehmens sollen mindestens so hoch sein, dass

1. alle Aufwendungen und kalkulatorischen Kosten gedeckt werden,

2. die Zuführungen zum Eigenkapital (Rücklagen) ermöglicht werden, die zur Erhaltung des Vermögens des Unternehmens sowie zu seiner technischen und wirtschaftlichen Fortentwicklung notwendig sind und

3. eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erzielt wird.

Lieferungen und Leistungen von anderen Unternehmen und Verwaltungszweigen der Gemeinde an das Unternehmen sowie Lieferungen und Leistungen des Unternehmens an andere Unternehmen und Verwaltungszweige der Gemeinde sind kostendeckend zu vergüten.

(9) Bankunternehmen darf die Gemeinde nicht errichten, übernehmen oder betreiben. Für das öffentliche Sparkassenwesen verbleibt es bei den besonderen Vorschriften.

2. Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 4 Nr. 11 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – Verstoß gegen die „guten Sitten“

Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte bei seiner Entscheidung das zu dem Zeitpunkt aktuelle UWG anzuwenden. Inzwischen ist das UWG novelliert worden. Intention des „alten“ UWG war der Schutz der „guten Sitten“ durch die Generalklausel des § 1 UWG:

§ 1 UWG a.F. (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)

Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die **guten Sitten** verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

Nunmehr schützt das UWG vor „unlauterem Wettbewerb“ im „Interesse der Allgemeinheit am unverfälschten Wettbewerb“.

§ 1 UWG Zweck des Gesetzes

Dieses Gesetz dient dem Schutz der **Mitbewerber**, der **Verbraucherinnen** und der **Verbraucher** sowie der **sonstigen Marktteilnehmer** vor **unlauterem Wettbewerb**. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

Zentrale Verbotsnorm ist § 3 UWG.

§ 3 UWG Verbot unlauteren Wettbewerbs

Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, **sind unzulässig**.

§ 4 - Beispiele unlauteren Wettbewerbs

Unlauter im Sinne von § 3 handelt insbesondere, wer

(...)

11. einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Ein Fall unzulässigen unlauteren Wettbewerbs durch Zuwiderhandeln gegen eine gesetzliche Vorschrift, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln (§ 3 i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG) könnte hier vorliegen, wenn die M-GmbH durch ihr Tätigwerden gegen (hessisches) Gemeindegewirtschaftsrecht verstößt.

a) Verstoß gegen Gemeindegewirtschaftsrecht

aa) Keine wirtschaftliche Betätigung ? (§ 121 Abs. 2 HGO)

Es handelt sich nicht um eine gesetzliche Verpflichtung der Gemeinde bzw. eine der Tätigkeiten, die in § 121 Abs. 2 Nr. 2 HGO erfasst ist.

bb) Verstoß gegen Art. 121 Abs. 1 Nr. 1 HGO

Zu prüfen ist, ob ein „öffentlicher Zweck“ das Tätigwerden der M-GmbH „rechtfertigt“. Je nach Auslegung der Begriffe sind verschiedene Sichtweisen möglich:

(1) Weite Auslegung

Einen öffentlichen Zweck hat jede Tätigkeit, deren Zwecksetzung in irgendeiner Weise dem Allgemeinwohl dient: Die M-GmbH dient der Einnahmenbeschaffung der Gemeinde. Damit kann diese öffentliche Aufgaben finanzieren. Die Einnahmeerezielung könnte theoretisch ein „öffentlicher Zweck“ sein.

(2) Restriktive Auslegung

Ein öffentlicher Zweck läge demzufolge nur dann vor, wenn die durch das gemeindliche Wirtschaftsunternehmen angebotene und durchgeführte Tätigkeit selbst direkt öffentlichen Zwecken dient: Die Durchführung von Elektroinstallationsarbeiten für Kirmesstandbetreiber dient zunächst nur einzelnen Privaten. Höchstens unter Hinweis auf die positiven sozialen Effekte, die öffentliche Vergnügungsfeste für die Gemeinschaft der Bürger haben, könnte mittelbar ein öffentlicher Zweck begründet werden. Allerdings könnten die Arbeiten in gleich effektiver Weise auch von Privaten durchgeführt werden und wurden es bisher auch (§ 121 Abs. 1 Nr. 3 HGO). Deshalb bleibt kein positives Gesamtsaldo der Betätigung der M-GmbH. Man könnte deswegen einen öffentlichen Zweck verneinen.

Zwischenergebnis: Zu öffentlichen Aufgaben und Zwecken werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Einer Literaturansicht zufolge ließe sich auch ein gemeindlicher Lebensmittelladen durch einen „öffentlichen Zweck“ rechtfertigen. Legt man eine enge Auffassung vom „öffentlichen Zweck“ zugrunde, müsste in der Klausur **hilfsgutachtlich** weitergeprüft werden:

cc) Verstoß gegen § 121 Abs. 1 Nr. 2 HGO

Die Elektrifizierung von Kirmesständen ist nicht so aufwendig, dass ein Überschreiten der Leistungsfähigkeit einer größeren Gemeinde zu erwarten ist. Für eine Überschreitung des Bedarfs sind im Sachverhalt keine Anhaltspunkte ersichtlich.

dd) Verstoß gegen § 121 Abs. 1 Nr. 3 HGO

Der öffentliche Zweck darf nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt werden oder erfüllt werden können. Es ist nicht ersichtlich, dass die Elektroinstallationen durch den E und andere private Unternehmen nicht ebenso gut und wirtschaftlich durchgeführt werden können. Das Tätigwerden der M-GmbH im Bereich der Elektroinstallation verstößt somit gegen § 121 Abs. 1 Nr. 3 HGO.

b) § 121 HGO als Verbotsvorschrift im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG

Nicht jeder Verstoß gegen eine Rechtsnorm hat die Rechtswidrigkeit („Unzulässigkeit“) dieser wirtschaftlichen Betätigung zur Folge. Bei der gesetzlichen Vorschrift des § 121 HGO müsste es sich um eine Vorschrift handeln, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln (§ 4 Nr. 11 UWG).

➤ Interesse der Marktteilnehmer

Strittig ist zunächst, in wessen Interesse § 121 HGO die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde regelt. In Betracht kommen nämlich nicht nur die Interessen der Marktteilnehmer, sondern auch das Interesse des kommunalhaushaltsrechtlichen Gesetzgebers am Schutz der Gemeinden vor Überschuldung durch die Teilnahme am Wettbewerb.

➤ Regelung des Marktverhaltens

§ 121 HGO hat nicht nur das Marktverhalten, sondern nach vor allem den Marktzutritt gemeindlicher Unternehmen bzw. kommunaler wirtschaftlicher Betätigung zum Gegenstand. In Anlehnung an die bereits zitierte BGH-Entscheidung ist deswegen vertretbar, dass der Verstoß gegen § 121 HGO nicht die Unlauterkeit des Wettbewerbs der M-GmbH indiziert. Weil also § 121 HGO vorrangig eine Einschränkung des Marktzutritts („ob“) und nur nachrangig eine Normierung des Verhaltens auf dem Markt („wie“) beinhaltet, ist § 4 Nr. 11 i.V.m. § 3 UWG nicht einschlägig. Ein Unterlassungsanspruch des E nach § 8 UWG besteht nicht.

§ 8 UWG:

(1) Wer dem § 3 zuwiderhandelt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden....

II. Öffentlich-rechtlicher Schutz**1. Sachverhalt**

Diese Fallpräsentation erfolgt in Anlehnung an eine Entscheidung des OVG Münster.¹⁰

V vermietet an F in Münster Räumlichkeiten für ein Fitness-Studio. Die Stadt M ist Alleingesellschafterin der GmbH P, die u. a. in der Nähe des Fitness-Studios ein Parkhaus betreibt. Durch Ratsbeschluss ermächtigte sie P zur Erhöhung des Parkhauses um ein Stockwerk und zur Vermietung der Räume an S, der dort ebenfalls ein Fitnessstudio betreiben will. Dadurch soll die nachmittägliche und abendliche Parkhausauslastung gefördert werden. V und F wollen sich gegen die kommunale Einwirkung von M auf P und gegen die Vermietung an S weh-

¹⁰ OVG Münster, Beschluss vom 13.8.2003 – 15B 1137/03, NVwZ 2003,1520.

ren. Da sie befürchten, vor den Zivilgerichten keinen Erfolg zu haben, wenden sie sich an das Verwaltungsgericht.

2. Öffentlich-rechtlicher Unterlassungs- und Folgenbeseitigungsanspruch

V und F machen einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungs- und Folgenbeseitigungsanspruch geltend. Ein solcher Anspruch lässt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) herleiten und ist gewohnheitsrechtlich anerkannt. Dieser Anspruch hat folgende Voraussetzungen:

- Hoheitliches Verhalten
- Eingriff in subjektive Rechte der Antragsteller
- Rechtswidriger Zustand als Folge

a) Hoheitliches Verhalten

Der Parkhausbetrieb und die Vermietung durch P erfolgt hoheitlich, weil die Stadt M nicht nur Alleingesellschafterin von P ist und den Abschluss des Mietvertrages duldet, sondern ihn durch den Ratsbeschluss öffentlich-rechtlich legitimiert hat.

b) Eingriff in subjektive Rechte der Antragsteller

➤ Verstoß gegen § 107 NWGO und § 121 HGO?

Das Tätigwerden der Gemeinde gründet sich auf § 107 der Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen (GONW)

§ 107 GONW [Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung]

(1) Die Gemeinde darf sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen, wenn

1. ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert,

2. die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht und

3. bei einem Tätigwerden außerhalb der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs sowie des Betriebes von Telekommunikationsleitungsnetzen einschließlich der Telefondienstleistungen der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann.

Das Betreiben eines Telekommunikationsnetzes umfaßt nicht den Vertrieb und/oder die Installation von Endgeräten von Telekommunikationsanlagen. Als wirtschaftliche Betätigung ist der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte.

(...)

(5) Vor der Entscheidung über die Gründung von bzw. die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 ist der Rat auf der Grundlage einer **Marktanalyse über die Chancen und Risiken des beabsichtigten wirtschaftlichen Engagements** und über die Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft zu unterrichten. Den örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel und der für die Beschäftigten der jeweiligen Branche handelnden Gewerkschaften ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Marktanalysen zu geben

Das Gericht hat ein subjektives Recht aus der Betätigungsschranke des § 107 Abs. 1 Nr. 1 GONW („**ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert**“) hergeleitet. Dies begründet es wie folgt:

„Jedenfalls die **Betätigungsschranke** des § 107 I 1 Nr. 1 NWGO, wonach ein öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Betätigung erfordern muss, begründet subjektive Rechte. Ob eine Norm **drittschützend** in diesem Sinne ist oder allein im öffentlichen Interesse besteht, muss durch Auslegung ermittelt werden (..) Die gesetzliche Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde dient deshalb dem Schutz der durch diese Betätigung betroffenen Wirtschaftsteilnehmer, insbesondere privater Konkurrenten, weil das Gesetz die Zulässigkeit gemeindlicher wirtschaftlicher Betätigung in Form der Gründung von bzw. Beteiligung an Unternehmen gem. § 107 Abs. 5 NWGO an eine **Marktanalyse** unter anderem über die Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft knüpft. Dabei ist den örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel und der für die Beschäftigten der jeweiligen Branche handelnden Gewerkschaften Gelegenheit zur Stellungnahme zur Marktanalyse zu geben (§ 107 Abs. 5 2 NWGO, Branchendialog). Dies erhellt, wengleich nur pars pro toto für den wichtigen Teil der gemeindlichen wirtschaftlichen Betätigung durch Unternehmensgründung oder -beteiligung, dass die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde auch als mögliche Beeinträchtigung der örtlichen Wirtschaft gesehen wird. (...) **Es geht bei § 107 NWGO nicht alleine darum, im Interesse des Schutzes der Gemeinden vor den Gefahren wirtschaftlicher Betätigung und im Interesse öffentlicher Zwecke, die eine gemeindliche wirtschaftliche Betätigung erfordern, diese zu regeln, sondern um einen Ausgleich in einem teils widerstreitenden Interessengeflecht, zu dem auch die Interessen jedenfalls der örtlichen Wirtschaftsteilnehmer zählen**“¹¹

Ähnlich wie § 107 Abs. 5 NWGO sieht auch § 121 Abs. 6 HGO ein Marktanalyseverfahren vor. § 121 Abs. 1 Nr. 1 HGO ist indes zurückhaltender als die nordrheinwestfälische Vorschrift formuliert, weil er nur verlangt, dass der öffentliche Zweck die wirtschaftliche Betätigung „rechtfertigt“ und nicht „erfordert“. Dennoch wird man ähnlich das OVG Münster argumentieren und auch hier einen Drittschutz bejahen können.

¹¹ OVG Münster, Beschluss vom 13.8.2003 – 15B 1137/03, NVwZ 2003,1520,1521.

c) Rechtswidriger Zustand als Folge

Die Folge wäre nur dann rechtswidrig, wenn das Tätigwerden nicht durch das Gemeindefachbereichsrecht gedeckt wäre. Die Parkhausbewirtschaftung ist – in diesem Verfahren unbestritten - eine zulässige wirtschaftliche Betätigung. Die Vermietung des oberen Stockwerks ist hier nicht als eigenständige wirtschaftliche Betätigung zusehen. Zwar ist die Vermietung ein unternehmensgegenstandsfremdes Geschäft. Sie ist aber dennoch ein zulässiges Nebengeschäft des Parkhausbetriebes. Denn sie dient dazu, die Auslastung des Parkhauses zu verbessern (§ 121 Abs 4 HGO).

§ 121 HGO

(4) Ist eine Betätigung zulässig, sind verbundene Tätigkeiten, die üblicherweise im Wettbewerb zusammen mit der Haupttätigkeit erbracht werden, ebenfalls zulässig; mit der Ausführung dieser Tätigkeiten sollen private Dritte beauftragt werden, soweit das nicht unwirtschaftlich ist.

Die Vermietung ist daher ebenfalls rechtmäßig. Ein rechtswidriger Zustand ist demnach durch das Verhalten der Stadt M nicht eingetreten.

3. Verstoß gegen Grundrechte

Der öffentlich-rechtliche Unterlassungs- und Folgenbeseitigungsanspruch könnte sich auch auf eine Grundrechtsverletzung gründen. Diese soll mithilfe des RER (Recht- Eingriff – Rechtfertigung) – Schemas dargestellt werden.

a) Recht

Betroffen könnte hier das Recht auf wirtschaftliche Betätigungsfreiheit von V und F (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) sein.

Art. 12 GG

(1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

(2) Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht.

(3) Zwangsarbeit ist nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig.

b) Eingriff

Ein Eingriff in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit kann jedoch nur angenommen werden, wenn private Konkurrenz unmöglich oder unzumutbar gemacht oder eine Monopolstellung der öffentlichen Hand erreicht wird. Denn Art. 12 GG schützt den Wettbewerb, nicht aber vor Wettbewerb.

Die wirtschaftliche Betätigung von V und F wird nicht unmöglich gemacht. Es besteht lediglich neue Konkurrenz. Deswegen lässt sich auch aus den Grundrechten kein Anspruch herleiten.

Mithin haben V und F keinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungs- und Folgenbeseitigungsanspruch und müssen die Betätigung der Stadt M dulden.

4. Schutz durch Aufsichtsbehörden

Den Betroffenen bleibt noch die Möglichkeit, die für die Stadt M zuständigen Kommunalaufsichtsbehörden aufzufordern, gegen das Tätigwerden vorzugehen. Dies dürfte jedoch bei rechtmäßigem Tätigwerden von M und P keine Erfolgsaussichten haben.