

§ 102 Gemeindeordnung

Kristian Kuen

Inhalt

- Historische Entwicklung
- Abs. 1 und Abs. 2: Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung
- Abs. 3: Wirtschaftlichkeit
- Abs. 4: Nichtwirtschaftliche Unternehmen
- Abs. 5: Bankenverbot
- Abs. 6: Monopolmissbrauch
- Abs. 7: Betätigung außerhalb der Gemeinde

Historische Entwicklung bis zu den Weltkrieg

- Schon in der Antike und im Mittelalter (Wasserstraßen, Häfen etc.).
- Im 19. Jahrhundert Aufkommen der ersten Normen, die sich mit der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen beschäftigte.
- Gaswerke waren zunächst ausschließlich privat, aber für die Sicherstellung der Energieversorgung der Bevölkerung wurden es immer mehr staatliche.
- Erste Vorschriften wie z.B. Art. 126 der württembergischen Gemeindeordnung von 1906 besagen, dass Erträge „etwaiger“ wirtschaftlicher Unternehmungen der Gemeinde bei der Bestreitung der Ausgaben zu dienen haben.

Gemeindewirtschaft zwischen den Weltkrieg

- Nach dem ersten Weltkrieg starke Beteiligung der Gemeinden am Markt, soweit mit den beschränkten Mitteln möglich.
- Art 139, 140 Württembergische Gemeindeordnung von 1930 sind die ersten zwei Normen die sich mit der privatwirtschaftlichen Betätigung auf württembergischen Boden befassen.
- In der Weimarer Republik kam es immer wieder zu Spannungen zwischen Liberalen und Freunden der Staatswirtschaft (z.B. wegen Steuerprivilegien).
- §§ 67, 72, 73 DGO von 1935.
 - Nazirecht → Verlust der Selbstverwaltung
 - Einführung des Schutzes Privater
 - Schrankentrias

Gemeindewirtschaft in Baden Württemberg nach 1945

- Einigung von Baden und Württemberg im Jahre 1952
- § 85 GemO a. F.
- § 102 GemO

Zulässigkeit wirtschaftlicher Unternehmen

- Öffentlicher Zweck:
 - Haben dem Gemeinwohl der Gemeindeeinwohner zu dienen (z. B. Wirtschaftsförderung, Standortsicherung, krisenfeste und ungestörte Versorgung der Bevölkerung).
 - Rein erwerbswirtschaftlich-fiskalische Unternehmen sind unzulässig.
 - Neben-/Annexbetriebe sind zulässig, wenn ein sie in einem engen Zusammenhang mit der durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigten Haupttätigkeit stehen.

Leistungsfähigkeit

- Schutzvorschrift für die Gemeinde vor Risiken und finanzieller Überforderung.
- Abzustellen ist auf die personellen, sachlichen und finanziellen Kräfte.
- Absatzmöglichkeiten müssen vorhanden sein
- Leistungsfähigkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff.
- Bestimmung der Leistungsfähigkeit durch Prognosen.

Bedarf

- Wenn kein Bedarf vorhanden ist, dann ist das Unternehmen unzulässig.
- Bedarf ist nicht vorhanden, wenn Leistung von vorhandenen Unternehmen bereits ausreichend angeboten wird → Öffentliches Interesse liegt dann nicht mehr vor.
- Ebenfalls ein unbestimmter Rechtsbegriff, der durch Prognosen ermittelt werden muss.

Subsidiaritätsklausel (neu!)

- Wirtschaftliche Betätigung außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge ist unzulässig, wenn ein Privater die Sache nicht ebenso gut erfüllen kann.
- Leistungsparität zwischen der Gemeinde und einem Privaten reicht NICHT MEHR aus. Dem Privaten wird dann ein Vorrang eingeräumt.
- Relativiert dadurch, dass auch ökologische und soziale Aspekte ausreichen können.

Daseinsvorsorge

- Stadtplanung und -entwicklung, soziale Wohnungsbau, kommunale Wirtschaftsförderung durch Bereitstellung der Infrastruktur, Sozial- und Jugendhilfe, Krankenhauswesen, Kultur, Bildung und Sport, ÖPNV, Wasser- und Energieversorgung und Abwasser- und Abfallentsorgung.
- Oft dienen solche Unternehmen eher den Bürgern als der Rendite.

Abs. 2 (neu!!!)

- Anhörung der Selbstverwaltungsorganisationen.
- Dient dazu vernünftige und gut überlegte Entscheidungen zu treffen.
- Gemeinderat ist aber nicht an das Ergebnis der Anhörung gebunden.

Drittschutzwirkung

- Nach alter Rechtslage keine Drittschutzwirkung für Private (h.M.).
- Subsidiaritätsklausel entfaltet für Private Drittschutzwirkung (aufgrund der Gesetzesänderung jetzt herrschende Meinung).
- Gerichtliche Überprüfung durch Verwaltungsgerichte möglich.
- Unternehmen vor dem In-Kraft-Treten der Gesetzesänderung genießen nach dem Wortlaut Bestandsschutz („...nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen...“).

Abs. 3: Wirtschaftlichkeit

- Öffentlicher Zweck muss immer erfüllt werden.
- Unternehmen sollen „schwarze Zahlen“ schreiben.
- Schon bei der Gründung ist darauf zu achten, dass sich das Unternehmen recht schnell selber trägt.
- Gewinnerzielung ist aber nur zweitrangig, bei „roten Zahlen“ ist das Unternehmen deswegen nicht rechtswidrig.
- Gewinnerzielung ist nur ein Nebenzweck im Vergleich zum Öffentlichen Zweck.

Abs. 4: Nichtwirtschaftliche Unternehmen

- Zum Teil schon in der Daseinsvorsorge erfasst.
- Dem Wortlaut nach zu entnehmen, aber z.B. ein normales Schwimmbad ist ein nichtwirtschaftliches Unternehmen, ein Freizeitbad dagegen nicht mehr.
- Bei Hilfsbetrieben (z. B. Gärtnereien, Schreinereien, Wäschereien) ist auch eine gelegentliche Auslastung freier Ressourcen akzeptierbar, bei häufiger Wiederholung allerdings richtet sich deren Zulässigkeit nach § 102 Abs. 1 GemO.

Prüfungsschema der Subsidiaritätsklausel

- Liegt ein wirtschaftliches Unternehmen vor
- Errichtung und Erweiterung, beziehungsweise Bestandsschutz
- Außerhalb des Bereichs der kommunalen Daseinsvorsorge
- Öffentlicher Zweck
- Bedarf
- Besser als Private

Abs. 5: Bankenverbot

- Zu großes finanzielles Risiko.
- Nach § 2 Sparkassengesetz dürfen nur Stadt- und Landkreise und in Baden die Zweckverbände öffentliche Sparkassen errichten.
- Gemeinden dürfen dies jedoch nicht.

Abs. 6: Monopolmissbrauch

- Die Gemeinden dürfen Monopole nicht missbrauchen.
- Kann im Bereich der Energie- und Wasserversorgung vorkommen.
- Eine Benutzung kann z.B. nicht davon abhängig gemacht werden, dass auch andere Lieferungen genommen werden müssen oder der Anschluss nur durch einen der eigenen Leute vorgenommen werden darf.
- Geschäfte, die gegen das Koppelungsgebot verstoßen sind nach § 117 Abs. 2 nichtig.

Abs. 7: Tätigwerden außerhalb der Gemeinde (neu!!!)

- Grundsätzlich zulässig, wenn die jeweils betroffenen Gemeinden zugestimmt haben, wohl aber auch schon, wenn die Gemeinden informiert werden, jedoch können dann Interessen des Art 28 Abs. 2 GG verletzt werden.
- Bei Strom- und Wasserversorgung ist eine solche Information nicht nötig. Nur wettbewerbsrechtliche Einwände (GWB) sind relevant.

Weiterführende Literatur

- Grds. Alle Kommentare zur Gemeindeordnung z. B.: Kunze/Bronner/Katz.
- Gern, Alfons, Kommunalrecht Baden-Württemberg, 9. Auflage, 2005.
- Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 2. Auflage, 2007.
- Katz, Alfred, Kommunale Wirtschaft, 1. Auflage, 2004.
- Ronellenfitsch/Warneke, Jura 2005, 702 ff. (Hausarbeit, beachte aber alte Rechtslage)
- Zur neuen Rechtslage:
 - LT - Drucks. 13/4767.
 - Sthelin/Grabolle, Spielräume gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, in VBIBW 2007, 41 ff.
 - VGH Mannheim, GewArch 2006, 211 ff.