

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 402

**Gemeindliche Betätigungen  
rein erwerbswirtschaftlicher Art  
und „Öffentlicher Zweck“ kommunaler  
wirtschaftlicher Unternehmen**

Von

**Jürgen Hidién**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**JURGEN HIDIEN**

**Gemeindliche Betätigungen rein erwerbswirtschaftlicher Art  
und „öffentlicher Zweck“ kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 402**

**Gemeindliche Betätigungen  
rein erwerbswirtschaftlicher Art  
und „öffentlicher Zweck“ kommunaler  
wirtschaftlicher Unternehmen**

Von

**Dr. Jürgen Hidién**



**DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN**

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1981 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1981 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61  
Printed in Germany

ISBN 3 428 05016 9

*Meinen Eltern*



## **Vorwort**

Die Abhandlung hat dem juristischen Fachbereich der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster/Westfalen im Wintersemester 1980/81 als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript wurde im November 1980 abgeschlossen.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Edzard Schmidt-Jortzig, auf den die Anregung zu der hier behandelten Thematik zurückgeht. Seine Gesprächs- und Kritikbereitschaft sowie sein stets ermutigender und hilfreicher Rat haben die Untersuchung wesentlich gefördert.

Für die Herstellung des Manuskripts war mir mein Bruder Frank eine unverzichtbare und wertvolle Hilfe.

Nicht zuletzt gebührt mein Dank Herrn Ministerialrat a. D. Prof. Dr. J. Broermann, der die Untersuchung in sein Verlagsprogramm aufgenommen hat.

Münster/Westfalen im Juni 1981

Der Verfasser





# Inhaltsverzeichnis

## Einleitung

1. Einführende Überlegungen .....	19
2. Problemstellung .....	20
3. Gang der Untersuchung .....	23

## 1. Teil

### Zu den Grundlagen

§ 1 <i>Die rechtlichen Voraussetzungen der kommunalen Wirtschaftstätigkeit</i> .....	24
A. Die Rechtsgrundlagen .....	24
I. Die deutsche Gemeindeordnung vom 30. 1. 1935 .....	24
1. §§ 67 ff. DGO .....	24
2. Die amtliche Begründung zu § 67 DGO .....	26
II. Die Gemeindeordnungen der einzelnen Bundesländer ab 1945 .....	27
B. Der Anwendungsbereich der §§ 67 ff. DGO .....	31
I. Mögliche Normadressaten .....	31
II. Der Anwendungsbereich des § 67 DGO im Hinblick auf § 69 DGO .....	32
III. Der Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens in § 67 DGO .....	34
1. Der gegenständliche Bereich .....	34
2. Die begriffliche Problematik .....	39
a) Ausgangssituation .....	39
b) Rechtsprechung und Literatur .....	40
3. Eingrenzungen .....	41
a) Begriffsverständnis .....	41
b) Begriffsmerkmale .....	42
aa) Das formale Popitz-Kriterium .....	42
bb) Wertschöpfung .....	43
cc) Dauerhafte Organisationseinheit .....	43
dd) Verselbständigung .....	43
ee) Fremdbedarfsdeckung .....	44
ff) Wirtschaftliche Arbeitsmethoden .....	44
gg) Zwischenergebnis .....	44

4.	Ausgrenzungen .....	45
a)	Einrichtungen des § 67 Abs. 2 DGO .....	45
b)	„Öffentlicher Zweck“ .....	45
c)	Vermögensverwaltung .....	46
d)	Daseinsvorsorgende Tätigkeit .....	46
e)	Entgeltlichkeit .....	47
f)	Gewinnerzielungsabsicht .....	48
IV.	Schutz des Besitzstandes .....	48
C.	Ergebnis .....	49
§ 2	<i>Bestandsaufnahme zum Verhältnis von „öffentlichem Zweck“ und rein erwerbswirtschaftlicher Betätigung</i> .....	51
A.	Der „öffentliche Zweck“: Sprachgebrauch in anderen Gesetzen ..	51
B.	Die Rechtsprechung zum Begriff des öffentlichen Zwecks .....	52
I.	Einleitung .....	52
II.	Die Rechtsprechung vor Erlaß der DGO .....	54
III.	Die Rechtsprechung zu den Nachfolgebestimmungen .....	56
1.	Kommunales Bestattungswesen .....	56
2.	Kommunales Reisebüro .....	58
3.	Kommunale Verkehrs- und Versorgungsbetriebe .....	58
4.	Kommunales Anzeigengeschäft .....	59
5.	Blockeisverkauf durch kommunalen Schlachthof .....	60
6.	Kommunale Turnhallenüberlassung .....	61
7.	Verkauf von KfZ-Kennzeichenschildern durch einen Landkreis .....	61
8.	Kommunale Wohnungsvermittlung .....	63
9.	Kommunale Beteiligung an Speditionsunternehmen .....	64
C.	Das Schrifttum zum Begriff des öffentlichen Zwecks .....	64
I.	Einleitung .....	64
II.	Das Schrifttum vor Erlaß der DGO .....	64
III.	Das Schrifttum zu § 67 DGO .....	68
IV.	Das Schrifttum zu den Nachfolgebestimmungen des § 67 .....	69
D.	Ergebnis und Kritik .....	73
§ 3	<i>Rechtstheoretische Grundlegung</i> .....	77
A.	Problemstellung .....	77
B.	Charakterisierungen der Rechtsnatur des „öffentlichen Zwecks“ .....	77
C.	Die Struktur des Begriffs „öffentlicher Zweck“ .....	78
I.	Unterscheidung von normtheoretischen und staatsrechtlichen Argumentationen .....	78

II. Normtheoretische Argumentationen .....	82
1. Wertbegriffe .....	82
2. Generalklauseln .....	83
3. Typenbegriffe .....	84
4. Vagheit .....	85
5. Mehrdeutigkeit .....	88
6. Porosität .....	89
7. Dispositionsbegriffe .....	91
8. Leerformeln .....	93
D. Ergebnis .....	93
§ 4 <i>Rechtsmethodische Grundlegung</i> .....	95
A. Zur Methodik im Allgemeinen .....	95
I. Berechtigung der Darlegungen .....	95
II. Begriff und Sinn von Methodik .....	96
B. Die Auslegungs- und Anwendungslehren .....	97
I. Einleitung .....	97
II. Die Auslegungslehren .....	98
III. Die Anwendungslehren .....	100
1. Die syllogistische Lehre von der Subsumtion .....	101
2. Die Theorien normfreien Entscheidens .....	102
3. Die Gleichsetzungslehren .....	102
4. Stellungnahme .....	103
IV. Zum Verfahren der Konkretisierung .....	104
1. Allgemeine Umschreibung .....	104
2. Normtextauslegung bei vagen Begriffen.....	107
a) Weder subjektive noch objektive Theorie.....	107
b) Grammatische Auslegung .....	107
aa) Positive und negative Kandidaten .....	108
bb) Neutrale Kandidaten .....	108
3. Weitere Konkretisierungselemente .....	111
a) Kontextabhängigkeit der Aspekte .....	111
b) Besonderheiten des Rechtsgebiets .....	112
c) Einzelnormbezug .....	113
d) Sachgehalte .....	114
aa) Sachbezug der Norm.....	114
bb) Interdisziplinäre Konzeption .....	116
e) Einzelfallbezug .....	116
C. Ergebnis .....	118

## 2. Teil

**Zur Konkretisierung des Begriffs  
„öffentlicher Zweck“**

Problemstellung .....	119
§ 5 <i>Verfassungsrechtliche Vorgaben</i> .....	121
Einleitung .....	121
A. Gewährleistung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Kommunen durch das Grundgesetz? .....	122
I. Positive Hinweise des Verfassungsrechts .....	122
II. Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand (Kommunen), Art. 2 I, 12 I, 14 GG .....	122
III. Art. 28 II GG .....	124
B. Verbote oder Einschränkungen? .....	126
I. Verstoß gegen die im Grundgesetz verwirklichte Wirtschafts- verfassung? .....	126
II. Die Zulässigkeit öffentlich-erwerbswirtschaftlicher Betäti- gung im Lichte einzelner Grundrechtsbestimmungen .....	127
1. Zur Fiskalgeltung der Grundrechte .....	127
2. Wettbewerbsschutz als Konkurrentenschutz, Art. 2 I, 12 I, 14 GG? .....	128
3. Grundrecht auf Chancengleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG? ....	129
4. Das Verbot kalter Sozialisierung, Art. 15 GG? .....	129
5. Das Subsidiaritätsprinzip als allgemeiner Rechtsgrundsatz der Verfassung? .....	130
6. Erwerbswirtschaftliche Zwecksetzung und „öffentlicher Zweck“ als allgemeines Rechtsprinzip .....	131
C. Ergebnis .....	136
§ 6 <i>Die rein erwerbswirtschaftliche Betätigung als negativer Kandidat des Gemeinwohlbegriffs „öffentlicher Zweck“ in § 67 Abs. 1 DGO</i> ..	138
Problemstellung .....	138
A. Grammatische Auslegung .....	139
I. Gegenstand .....	139
II. Zum Zweckbegriff .....	140
1. Bedeutung .....	140

2. Grundstruktur .....	141
3. Weitere Kennzeichen .....	144
a) Zweck-Setzung .....	144
b) Zweck-Realisation .....	145
c) Zweck-Feststellbarkeit .....	145
III. Zum mehrdeutigen Begriff des Öffentlichen .....	146
1. Ansatz .....	146
2. Zu den Bedeutungen des Rechtswortes „öffentlich“ .....	147
a) Seine Grundbedeutung: Faktische Offenheit für einen Adressatenkreis .....	148
b) Staatsbezogene Öffentlichkeit .....	150
c) Öffentlich als Bestandteil von Wertbegriffen .....	151
3. Zwischenergebnis .....	152
IV. „Öffentlicher Zweck“ als Gemeinwohlbegriff .....	152
1. „Öffentlicher Zweck“ als Wertbegriff .....	152
2. Das Subjekt der Zweckvorstellungen in § 67 Abs. 1 .....	153
3. Die Wertschöpfung des Subjekts in § 67 Abs. 1 — umschreibende Definition des „öffentlichen Zwecks“ .....	157
V. Öffentliche und rein erwerbswirtschaftliche Zwecke qua Wortlaut als Antitopoi .....	160
1. Die maßgebliche Bedeutung des mehrdeutigen Ausdrucks „öffentlicher Zweck“ .....	161
2. Erwerbswirtschaftliche Chance und Vorranggrundsatz .....	165
VI. Ergebnisse der grammatischen Auslegung .....	167
B. Historische Auslegung .....	168
C. Genetische Auslegung .....	168
I. Gegenstand .....	168
II. § 67 DGO .....	170
1. Ökonomische und politische Interessen .....	170
2. Kodifizierung .....	174
III. Die Nachfolgebestimmungen des § 67 DGO .....	177
1. Problematik .....	177
2. Nationalsozialistische Einflüsse .....	177
3. Übernahme durch Landesgesetzgeber .....	180
D. Systematische Auslegung .....	184
I. Ansatzpunkte .....	184

II. Verbot der rein erwerbswirtschaftlichen Betätigung durch andere kommunalrechtliche Vorschriften? .....	185
1. §§ 1, 2, 61 als Zulässigkeitsschranken? .....	185
2. Andere gemeinwohlhaltige Vorschriften .....	189
III. Zulässigkeit der rein erwerbswirtschaftlichen Betätigung aufgrund allgemeiner Wirtschaftsgrundsätze? .....	191
E. Teleologische Auslegung .....	193
I. Einleitung .....	193
II. Rein erwerbswirtschaftliche Betätigung und Gemeinwohl ....	193
1. Finanzpolitische Zielsetzung .....	194
2. Kommunalpolitische Zielsetzung .....	195
3. Wirtschaftspolitische Zielsetzung .....	197
4. Volkswirtschaftliche Zielsetzung .....	198
5. Zwischenergebnis .....	200
III. Die Zulassung einer begrenzten Erwerbswirtschaft .....	200
1. Substanzerhaltung .....	201
2. Schutz der Privatwirtschaft .....	203
IV. Die beteiligten Interessen .....	203
F. Dogmatische Elemente .....	207
I. Allgemeine Tendenz zur Berücksichtigung finanzieller Gesichtspunkte .....	207
II. Gegenstimmen auf Einzelnormebene, § 67 Abs. 1 DGO .....	209
1. Die Auffassung von Erb .....	209
2. Die Auffassung von Kratzer .....	211
3. Die Auffassung von Niederleithinger .....	212
G. Rechtspolitische Elemente .....	214
I. Gegenstand .....	214
II. Die finanzpolitische Argumentation von Backhaus .....	215
H. Ergebnisse der Normkonkretisierung .....	217
§ 7 <i>Gemeinwohlprinzip und ökonomische Erfolgsprinzipien — Unterschiede zwischen kommunaler und privater Wirtschaft</i> .....	220
A. Wirtschaftliche Handlungsprinzipien kommunaler Unternehmen..	220
I. Wirtschaftsbegriff .....	220
II. Ökonomisches Prinzip: Minimum- und Maximumprinzip ....	221
III. Gemeinwohlbindung der kommunalen Unternehmung .....	223

B. Wirtschaftlicher Handlungsumfang .....	227
I. Finanzierungskonzeption der privaten Unternehmung .....	227
II. Finanzierungskonzeption der kommunalen Unternehmung ..	230
1. Unternehmenstypen .....	230
2. Kostendeckende Wirtschaft .....	232
3. Ertragserswirtschaftung .....	234
a) Untergrenze .....	234
b) Obergrenze .....	235
aa) Gewinnmaximierung .....	236
(1) Begründung der Ablehnung .....	236
(2) Spannungsverhältnis zwischen Finanzierungs- und Leistungszielen .....	239
(3) Modifikationen des Gewinnmaximierungsprin- zips .....	240
bb) Positive Obergrenze: Das Angemessenheitsprinzip..	242
(1) Empirische Geltung .....	242
(2) Normative Geltung .....	243
(3) Kompetenzieller Begriff .....	244
cc) Negative Obergrenze: Gemeinwohl-Gefährdung ..	246
4. Zwei weitere Unterschiede zwischen privaten und kommuna- len Unternehmungen .....	247
a) Mittelbeschaffung .....	248
b) Mittelverwendung .....	249
C. Ergebnis .....	251

<b>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</b>	253
--	-----

<b>Literaturverzeichnis</b>	257
-----------------------------	-----



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Auffassung
ABL	= Amtsblatt
abl.	= ablehnend
Abs.	= Absatz
AdG	= Annalen der Gemeinwirtschaft
AfK	= Archiv für Kommunalwissenschaften
AG	= Die Aktiengesellschaft
AktG	= Aktiengesetz
AÖR	= Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Ausf. Anw.	= Ausführungsanweisung
Bay.	= Bayern
BayBgm.	= Der bayerische Bürgermeister
BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	= Bayerisches Verwaltungsblatt
BayVerfGHE	= Entscheidung des bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BB	= Der Betriebsberater
BBauG	= Bundesbaugesetz
Beschl.	= Beschluß
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSG	= Bundessozialgericht
BK	= Bonner Kommentar
BT	= Bundestag
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	= Baden-Württemberg
BWL	= Betriebswirtschaftslehre
DB	= Der Betrieb
Demokr. Gem.	= Die Demokratische Gemeinde
DGO	= Deutsche Gemeindeordnung
Diss.	= Dissertation
DÖH	= Der öffentliche Haushalt
Ds.	= Drucksache
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
Dt.	= Deutsch
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
EigG	= Eigenbetriebsgesetz

EigVO	= Eigenbetriebsverordnung
ErgBd.	= Ergänzungsband
ESVGH	= Entscheidungssammlung Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
ET	= Energiewirtschaftliche Tagesfragen
FN	= Fußnote
Fg.	= Festgabe
FinArch.	= Finanzarchiv
Fs.	= Festschrift
GBIÖ	= Gesetzblatt für Österreich
GmbHG	= Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Go.	= Gemeindeordnung
GRUR	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	= Gesetzessammlung
GVBl.	= Gesetzes- und Verordnungsblatt
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
HbFW	= Handbuch der Finanzwissenschaften
He.	= Hessen
HKWP	= Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
h. L.	= herrschende Lehre
i. V. m.	= In Verbindung mit
JA	= Juristische Arbeitsblätter
Jur.	= juristisch
Jura.	= juristische Ausbildung
JuS	= Juristische Schulung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KW	= Kommunalwirtschaft
KZSS	= Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
LG	= Landgericht
(L)KrO	= (Land)-Kreisordnung
LM	= Lindenmaier / Möhring, Nachschlagewerk des BGH
LT	= Landtag
MBI.	= Ministerialblatt
MDHS	= Maunz / Dürig / Herzog / Scholz
MDR	= Monatsschrift des Deutschen Rechts
MuV	= Markenschutz und Wettbewerb
m. w. N.	= mit weiteren Nachweisen
n. F.	= neue Fassung
Nds.	= Niedersachsen
NJW	= Neue juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
NSDAP	= Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NW	= Nordrhein-Westfalen
ÖWG	= Öffentliche Wirtschaft und Gemeindegewirtschaft
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Oberverwaltungsgericht

OVGE	= Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts (jeweils mit Gerichtsangabe)
PrGemFinG	= Preußisches Gemeindefinanzgesetz
PrOVGE	= Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
RG	= Reichsgericht
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RhPf.	= Rheinland-Pfalz
RMBL	= Reichsministerialblatt
RMBLiV	= Ministerialblatt des Reichs- und Preußischen Ministers des Innern
RT	= Reichstag
RVBl.	= Reichsverwaltungsblatt
Sa.	= Saarland
S.	= Seite
s.	= siehe
s. o.	= siehe oben
SH	= Schleswig-Holstein
Sp.	= Spalte
StT	= Der Städtetag
Urt.	= Urteil
UWG	= Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
VerfGH	= Verfassungsgerichtshof
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv
VerwRespr.	= Verwaltungsrechtsprechung
VG	= Verwaltungsgericht
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VKU	= Verband kommunaler Unternehmen e. V.
VÖV	= Verband öffentlicher Verkehrsbetriebe e. V.
VVDStRL	= Veröffentlichung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
WiR	= Wirtschaftsrecht
Wirtsch.	= Wirtschaftswissenschaftlich
wN	= weitere Nachweise
WP	= Wahlperiode
WRP	= Wettbewerb in Recht und Praxis
WuV	= Wirtschaft und Verwaltung
ZeVKR	= Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZfA	= Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfP	= Zeitschrift für Politik
ZGR	= Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZhF	= Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZMR	= Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZögU	= Zeitschrift für öffentliche gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZöW	= Zeitschrift für öffentliche Wirtschaft

# Einleitung

## 1. Einführende Überlegungen

Die kommunale Wirtschaftsbetätigung kann auf eine lange und nicht immer unumstrittene Tradition zurückblicken.

Bereits aus der Antike ist bekannt, daß die Gemeinden für die Wasserversorgung und Abwässerbeseitigung gesorgt und die Versorgung der städtischen Bevölkerung mit Getreide übernommen haben<sup>1</sup>. Ihren eigentlichen Ursprung hat die kommunale Wirtschaftstätigkeit erst in der Land- und Forstwirtschaft des Mittelalters<sup>2</sup>. Einen erheblichen Aufschwung erfuhr sie im ausgehenden 19. Jahrhundert im Zeichen des aufstrebenden Kapitalismus. Hier liegen die auch heute noch bedeutenden Unternehmensgründungen im Bereich des Versorgungs-, Verkehrs- und Kreditsektors<sup>3</sup>. Das seitdem zu beobachtende kontinuierliche Anwachsen staatlicher und kommunaler Aufgaben auch und gerade auf wirtschaftlichem Gebiet erfaßte der Nationalökonom Adolf Wagner<sup>4</sup> in dem berühmten „Gesetz der wachsenden Ausdehnung der öffentlichen, insbesondere der Staatstätigkeiten“, dessen generelle Wirksamkeit sich auch in der Gegenwart nachweisen läßt<sup>5</sup>. Schwerpunktbereiche kommunaler Wirtschaftsbetätigung sind auch heute noch das Versorgungs-, Verkehrs- und Sparkassenwesen. Das Nominalkapital allein dieser ganz oder vorwiegend in kommunalem Besitz befindlichen Unternehmen reicht in Milliardenhöhe und läßt die volkswirtschaftliche Bedeutung der Kommunalwirtschaft erkennen<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> K. Reisinger, S. 22. Zur historischen Entwicklung im einzelnen vgl. nur *Stern/Püttner*, S. 11 ff. und neuestens wiederum *Nesselmüller*, S. 5 ff. m. w. N. „Klassische“ Darstellungen der öffentlichen Wirtschaft bei *Sombart*, *Der moderne Kapitalismus* Bd. I/1, S. 173 ff. und Bd. II/2, S. 847 ff.; *Wagner*, *Finanzwissenschaft*, S. 523 ff., 792. Einen Überblick über die Gemeindebetriebe im einzelnen geben die vom Verein für Sozialpolitik herausgegebenen Bände 128 - 130 (1908).

<sup>2</sup> *Schnettler*, *Öffentl. Betriebe*, S. 301.

<sup>3</sup> Vgl. *Nesselmüller*, S. 9.

<sup>4</sup> *Wagner*, *Finanzwissenschaft*, S. 76. Siehe dazu *Wittmann*, *Öffentliche Finanzen*, S. 54 ff.

<sup>5</sup> Siehe *Gröttrup*, S. 50 ff.

<sup>6</sup> Zuverlässiges Zahlenmaterial zur gesamten Kommunalwirtschaft liegt bisher nicht vor. Viele Verfasser einschlägiger Abhandlungen (z. B. *Hamm*, S. 281 ff.; *Horak*, S. 27 ff.; *Püttner*, S. 76 ff.; *Rüfner*, S. 142; *Stern / Püttner*,

Kommunale Wirtschaftsbetätigung als Zweig der öffentlichen Wirtschaft war ebenso wie diese seit eh und je Gegenstand politischer Auseinandersetzungen. Höhepunkt dieses Streites zwischen kommunalen und privaten Einflußverbänden war die Diskussion um die „kalte Sozialisierung“ als polemische Kennzeichnung der Kommunalisierungsbestrebungen in den 20er Jahren dieses Jahrhunderts<sup>7</sup>. Die Leitbilder der Befürworter und Gegner öffentlicher Wirtschaft trugen — dies hat Carl Böhret<sup>8</sup> ausführlich belegt — liberale, liberalistische, interventio-nistische, pragmatische, konservative, ständisch-kooperative und nationalsozialistische Züge und wurden von ökonomischen und politischen Konstellationen beeinflusst.

## 2. Problemstellung

Einen gewissen Abschluß findet diese Entwicklung in der umfassenden rechtlichen Regelung der kommunalen Wirtschaftsbetätigung im 2. Abschnitt des 6. Teils der im Jahre 1935 erlassenen Deutschen Gemeindeordnung. Die einleitende Vorschrift des § 67<sup>9</sup>, die im wesent-

---

S. 37 ff.) begnügen sich daher mit knappen Überblicken und eigenen Berechnungen. Anhaltspunkte bieten immerhin die Veröffentlichungen der kommunalen Fachverbände (z. B. Verband kommunaler Unternehmen und Verband öffentlicher Verkehrsbetriebe), die Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes

- a) Unternehmen und Arbeitsstätten, Reihe 3 Öffentliche Unternehmen I. Abschlüsse der öffentlichen Versorgungs- und Verkehrsunternehmen 1972, Stuttgart 1975 und
- b) Rechnungsergebnisse der kommunalen Haushalte, Fachserie 14, Reihe 3.3. Stuttgart 1977 (jährlich), hier insbesondere die Angabe der Gewinnanteile und Konzessionsabgaben aus kommunalen Wirtschaftsunternehmen, vgl. S. 256, 298

und das Jahrbuch der europäischen Zentrale der öffentlichen Wirtschaft (CEEP), Die öffentliche Wirtschaft in der europäischen Gemeinschaft, Brüssel 1978. Zum Staatsanteil am Gesamtwirtschaftssystem vgl. Duwendag (Hrsg.), Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft.

<sup>7</sup> Vgl. dazu ausführlich *Böhret*, S. 15 ff. Siehe auch *T. Keller*, Gewinn, S. 264 ff. mit einem kurzen wirtschaftshistorischen Überblick zur öffentlichen Wirtschaft von Adam Smith bis Adolf Wagner. Ein eindrucksvolles Bild zur Brisanz der Diskussion um die Kommunalisierung vermitteln auch die Verhandlungen des Vereins für Sozialpolitik in Wien 1909 zum Thema: Die wirtschaftlichen Unternehmungen der Gemeinden mit Referaten von Carl J. Fuchs, Paul Mombart, Max Weiß, Bd. 132, Leipzig 1910. Exponent der Kommunalisierungsgegner waren die Gebrüder Alfred und Max Weber. Alfred Weber (S. 240): „... ob wir nicht Bindungen psychischer Kräfte fortgesetzt herbeiführen, wo wir solche auslösen wollen, ob wir nicht Unselbständigkeit schaffen, wo wir Freiheit herbeiführen wollten“. Der „universale Verstaatlicher“ (Max Weber, S. 286) Adolf Wagner (S. 261) dagegen: „Die moderne Entwicklung in die Richtung auf öffentliche Betriebe ist berechtigt, ist notwendig, sie hat sich in allen wesentlichen Punkten bewährt ...“. Ähnlich jetzt *Scheuner*, VVDStRL 19 (1961), S. 264, Diskussionsbeitrag.

<sup>8</sup> *Böhret*, S. 15 ff.

lichen von den deutschen Bundesländern nach dem 2. Weltkrieg übernommen wurde<sup>10</sup>, ist Gegenstand dieser Untersuchung.

Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hände<sup>11</sup> und namentlich der Gemeinde wirft vielschichtige Probleme auf, die seit Jahrzehnten diskutiert werden und teilweise bis heute kontrovers geblieben sind. In der juristischen Diskussion um die öffentliche Wirtschaft sind allein seit 1967 kurz aufeinanderfolgend sieben umfangreiche Monographien zu diesem Interessengebiet erschienen, die die öffentliche Wirtschaft aus verwaltungs-, verfassungs-, gesellschafts-, kartellrechtlicher und rechtsvergleichender Perspektive untersucht haben<sup>12</sup>. Die hier für § 67 anfallenden Ergebnisse sind allerdings eher ernüchternd. Der vermeintliche Abschluß der Diskussion um die kommunale Wirtschaftsbeschäftigung durch die Kodifizierung der §§ 67 ff. war in Wirklichkeit erst der Beginn ihrer rechtlichen — und damit immer auch wirtschaftspolitisch infiltrierten<sup>13</sup> — Auseinandersetzung<sup>14</sup>. Rechtlicher Auf-

<sup>9</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche der Deutschen Gemeindeordnung (DGO).

<sup>10</sup> Vgl. Art. 89 GoBay.; 102 GoBW; 121 GoHe.; § 108 GoNds.; § 88 GoNW; § 85 GoRhPf.; § 106 GoSa.; § 101 GoSH.

<sup>11</sup> Zum Begriff der öffentlichen Hand s. nur *Stern / Püttner*, S. 9.

<sup>12</sup> Vgl. die Habilitationsschriften von *Rüfner* (1967), *H. H. Klein* (1918), *Brohm* (1969), *Emmerich* (1969), *Wenger* (1969), *Püttner* (1969) und *Backhaus* (1977). Eine ausführliche und aktuelle Bibliographie zum Thema öffentliche Unternehmen liegt jetzt vor, vgl. *Eichhorn / Rückward*, Beiheft 1/1978 zur Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen.

<sup>13</sup> Beispiel sind die Ausführungen von *Gröner*, S. 135 ff. zur Auslegung des öffentlichen Zwecks aus wirtschafts-politisch-ordoliberalen Sichtweise.

<sup>14</sup> Die Thematik ist auch heute wieder unverändert aktuell wie ein Blick in die Tagespresse zeigt: *Roland Vaubel*, Wenn Beamte Unternehmer spielen, in: DIE ZEIT Nr. 45, 2. 11. 1979, S. 34; *Peter Phillips*, Millionen-Etats, aber Erfolgskontrolle gibt es kaum, in: DIE WELT, 3. 11. 1979, S. 11; *Rainer Barzel*, Kommentar, in: DIE WELT, 3. 5. 1979, S. 3; *Ferdinand Goslich*, Saubermänner mit Sorgenfalten, Private Städtereinigungsfirmen beklagen Konkurrenz der kommunalen Betriebe, in: Süddeutsche Zeitung 2. 11. 1978, S. 28; *Wolfgang M. Ruf*, Konkurrenz auf dem Friedhof, Private Firmen klagen vor Gericht gegen kommunale Bestattungsunternehmen, in: Süddeutsche Zeitung 11./12. 11. 1978, S. 23; *ders.*, Konkurrenzkampf auf dem Friedhof, in: Süddeutsche Zeitung, 23. 8. 1978, S. 19; *ders.*, Bestatter bekommen Recht, in: Süddeutsche Zeitung, 4. 5. 1979, S. 26; *o. V.*, Unlauter und diskriminierend — Konkurrenz auf den Friedhöfen, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 8. 9. 1978, S. 12; *Reinhold Moser*, Warum der Staat ein schlechter Unternehmer ist, in: Quick Nr. 41, 4. 10. 1979, S. 40 ff. Für Bundesunternehmen vgl. zuletzt „Post-Mehr absahnen“, in: Der Spiegel vom 18. 8. 1980, Nr. 34, S. 47 ff.

Aus der Fachliteratur zuletzt *Vitzhum*, AÖR 104 (1979), S. 580 ff. Unverändert aktuell ist auch der bereits zu Beginn des Jahrhunderts laut gewordene und heute verstärkt diskutierte Ruf nach Privatisierung kommunaler Betriebe als Kehrseite der Kommunalisierung, siehe etwa *Hamm*, S. 280 und die vom Bund der Steuerzahler herausgegebene Schrift *Privatisierung Öffentlicher Dienstleistungen* (Heft 41), Wiesbaden 1978. Grundsätzlich dazu