

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
1. Teil: Einleitung	21
A. Einführung	21
B. Problemstellung	22
C. Gegenstand und Gang der Untersuchung	24
2. Teil: Rechtliche und tatsächliche Grundlegung des „öffentlichen Zweckes“	26
A. Bestandsaufnahme	26
I. Rechtsgrundlagen für die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden	26
1. Der „öffentliche Zweck“ in § 67 DGO	26
2. Der „öffentliche Zweck“ in den Gemeindeordnungen der Bundesländer	27
3. Der „öffentliche Zweck“ in § 107 Abs. 1 Satz 1 GO NRW	28
II. Überblick über die Wirtschaftstätigkeit des Staates	29
1. Überblick über die öffentliche Wirtschaftstätigkeit des Bundes	29
2. Überblick über die wirtschaftliche Tätigkeit des Landes Nordrhein-Westfalen	30
3. Überblick über die kommunale Wirtschaftstätigkeit (Stadt Düsseldorf)	31
4. Ergebnis	32
B. Die sprachliche Grundlegung des Begriffs „öffentlicher Zweck“	33
I. Der Zweckbegriff	33
1. Begriffsstruktur	34
2. Zweck als Endziel	35
3. Zweck als Handlungsziel	36
a. Die Abhängigkeit des Zweckbegriffs vom Subjektiven	37

b. Die Mittelreflexion als Bestandteil der Zweckanalyse	38
c. Die Relation von Zweck und Mittel	40
4. Zwischenergebnis	41
II. Zum Begriff des „Öffentlichen“	42
1. Öffentlich als Gegensatz zu privat	43
2. Öffentlich als faktisches Offensein	44
3. Öffentlich als staats- und gemeinwohlbezogener Begriff	45
a. Öffentlich als das Gemeinwesen Betreffende	46
b. Öffentlich als staatsbezogener Begriff	47
c. Öffentlich als Bestandteil von Wertbegriffen (<i>W.</i> <i>Martens</i>)	50
4. Ergebnis	52
3. Teil: Der öffentliche Zweck in § 107 Abs. 1 Satz 1 GO NRW	54
A. Wertungsobjekt	54
I. Die Art des Zweckträgers	55
1. Der Einzelne als Zweckträger	56
2. Menschliche Gemeinschaften als Zweckträger	57
3. Der Staat als Zweckträger	58
4. Zwischenergebnis	60
II. Der Umfang des Zweckträgers	61
1. Territoriale Verfasstheit der Gemeinde	62
2. Mitgliedschaftliche Verfasstheit der Gemeinde	64
3. Die Gebietshoheit	65
a. Der Souveränitätsanspruch des Gemeindevolkes	67
b. Der Gemeinderat als Vertretungsorgan	70
c. Der notwendige Legitimationszusammenhang	71
a) Sachlich-inhaltliche Legitimation	72
b) Unmittelbar-demokratische Legitimation	74
c) Mehrheit als Regelentscheidung	76
d) Optionen direkter Demokratie	78
4. Ergebnis	80
B. Wertungsobjekt	81
I. Kommunale Aufgabenkonzeption im Verfassungsgefüge von Bund und Land	83
1. Art. 28 Abs. 2 GG	84
2. Art. 78 Abs. 1 und 2 LV NRW	88

3. Folgerungen	92
II. Der gemeindliche Aufgabenkreis im Lichte gewandelter Selbstverwaltungsdogmatik	94
1. Sinn und Funktion der Selbstverwaltungsgarantie	94
a. Historischer Ursprung	94
b. Emanation demokratisch-bürgerlicher Teilhabefunktion	97
c. Das Demokratiekonzept des Art. 28 Abs. 2 GG	99
2. Notwendige Korrespondenz von demokratischer Legitimation und Betroffenheit	102
a. Rückführbarkeit kommunalen Handelns auf das Gemeindevolk als Ausgangspunkt demokratischer Legitimation	103
b. Territoriale Bindung	105
a) Ausnahmevorbehalt für wirtschaftliche Betätigungen?	106
b) Bestehen verfassungsunmittelbarer Ausnahmen?	111
c) Bestehen eines landesgesetzlichen Änderungsvorbehalts?	112
c. Grenzen	115
a) Versorgung der eigenen Einwohnerschaft auf fremdem Gebiet	116
b) Versorgung Gebietsfremder auf eigenem Gebiet	117
c) Versorgung Gebietsfremder auf fremdem Gebiet	119
d) Interkommunale Zusammenarbeit	122
e) Verbleibende Einschätzungsspielräume	123
3. Zwischenergebnis	125
III. Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Vorgaben	126
1. Das Örtlichkeitsprinzip im Mehrebenensystem	126
2. Binnenmarktwidrige Beschränkungswirkung des Örtlichkeitsprinzips?	128
a. Diskriminierungsverbot	128
b. Örtlichkeitsprinzip	129
a) Schutz unternehmerischer Betätigungen	130
b) Kommunale Unternehmen als Berechtigte	131
c) Inhaltliche Reichweite	132

c.	Wettbewerbsrecht	133
a)	Der Grundsatz der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen	134
b)	Das Örtlichkeitsprinzip als Maßnahme i.S.d. Art. 106 Abs. 1 AEUV	135
3.	Das Örtlichkeitsprinzip als Ausdruck mitgliedstaatlicher Autonomie	136
a.	Verhältnis der Vorschrift zu Art. 106 Abs. 1 AEUV	137
b.	Eigentumsordnung als bloße Eigentumszuordnung?	137
c.	Art. 345 AEUV als Bereichsausnahme?	139
d.	Vertragsimmanente Auflösung des Spannungsverhältnisses	140
a)	Der Ausnahmeverbehalt des Art. 106 Abs. 2 AEUV	140
b)	Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, Art. 14 AEUV	142
c)	Protokoll Nr. 26 über die Dienste von allgemeinem Interesse	143
d)	Die Achtung der nationalen Identität einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung, Art. 4 Abs. 2 EUV	144
4.	Zwischenergebnis	145
IV.	Ergebnis	146
C.	Wertungsmaßstab	147
I.	Die Vorgaben des Unionsrechts	150
II.	Die Vorgaben des Verfassungsrechts	151
1.	Die grundgesetzliche „Wirtschaftsverfassung“	152
a.	Die „wirtschaftspolitische Neutralität“ des Grundgesetzes	153
b.	Wirtschaftspolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	155
c.	Grundrechte als „Koordinaten“ im Staat-Bürger- Verhältnis	156
d.	Zwischenergebnis	157
2.	Art. 14 Abs. 1 GG	158
a.	Funktionaler Zusammenhang von Berufs- und Eigentumsfreiheit	159

b.	Ansätze eigentumsrechtlichen Unternehmensschutzes	160
c.	Ablehnung aufgrund Normgeprägtheit des Eigentums	162
3.	Art. 12 Abs. 1 GG	164
a.	Öffentliche Unternehmen und berufsfreiheitliches Schutzniveau	165
a)	Grundrechtliche Wirkdimensionen	167
b)	Art. 12 Abs. 1 GG und private Konkurrenz	169
c)	Art. 12 Abs. 1 GG und öffentliche Konkurrenz	170
b.	Öffentliche Wirtschaft als faktischer Eingriff	173
a)	Imperativität	175
b)	Rechtsförmlichkeit	176
c)	Unmittelbarkeit	177
d)	Finalität bzw. Erfordernis einer berufsregelnden Tendenz?	178
e)	„Spürbarkeit“ oder „Intensität“	180
f)	„Zurechenbarkeit“ staatlicher Verhaltensweisen	184
(1)	Relevantes staatliches Handeln	186
(2)	Faktische Beeinträchtigung des Grundrechts (<i>R. Eckhoff</i>)	187
(3)	Zurechnungszusammenhang	188
c.	Folgerungen	190
a)	Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für die kommunale Wirtschaftstätigkeit	191
b)	Art. 28 Abs. 2 GG als Ermächtigungsgrundlage	194
(1)	Kommunale Selbstverwaltung als institutionelle Garantie	194
(2)	Bestehen subjektiver Rechte?	196
(3)	Keine Rechtswirkungen gegenüber Privaten	197
c)	§ 107 Abs. 1 Satz 1 GO NRW als Ermächtigungsgrundlage	199
(1)	Abgrenzung zu § 8 Abs. 1 GO NRW	200
(2)	Verfassungskonforme Auslegung	201
(3)	Sonderfall: Zulässigkeit rein erwerbswirtschaftlichen Gewinnstrebens	202
4.	Ergebnis	204

III. Die Vorgaben des Gemeindefirtschaftsrechts	205
1. Der öffentliche Zweck in der Dogmatik des § 107	
Abs. 1 Satz 1 GO NRW	206
a. Grammatikalische Auslegung	207
b. Historische Auslegung	209
c. Genetische Auslegung	210
d. Sinn und Zweck des Kriteriums	213
e. Systematische Auslegung	215
f. Das Erfordernis einer Marktanalyse, § 107 Abs. 5 GO NRW	216
g. Folgerungen	219
a) Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung	219
b) Öffentlicher Zweck und nichtwirtschaftliche Betätigung	221
c) Öffentlicher Zweck und exterritoriale wirtschaftliche Betätigung	222
d) Öffentlicher Zweck und nichtwirtschaftliche exterritoriale Betätigung	224
2. Die Leistungsfähigkeit der Gemeinde	225
3. Die Subsidiarität bzw. Funktionssperre	226
a. Grundsatz, § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NRW	228
b. Der Ausnahmeverbehalt des § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NRW	230
a) Anwendungsbereich und Normverständnis	231
b) Verfassungsrechtliche Bedenken	232
(1) Grundrechtsbindung kommunaler Unternehmen	233
(2) Erfordernis eines verhältnismäßigen Ausgleichs	234
(3) Unangemessenheit eines generellen Vorrangverhältnisses	235
(4) Verfassungswidrigkeit des Ausnahmeverbehalts	236
c. Nichtwirtschaftliche Betätigungen nach § 107 Abs. 2 GO NRW	236
a) Systematische Auslegung	238
b) Ratio Legis	238
c) Norminterne Wirkungen der Grundrechte	240

d) Erfordernis einer verfassungskonformen Auslegung	241
e) Exkurs: Zulässigkeit energiewirtschaftlicher Betätigungen	242
4. Ergebnis	244
4. Teil: Gerichtliche Kontrolldichte und Rechtsweg	246
A. Einführung	246
B. Bestehen eines subjektiv-öffentlichen Rechts	247
I. Rechtsgrundlage	249
II. Drittschutz	250
1. § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO NRW	251
2. § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NRW	253
a. Grammatikalische Auslegung	254
b. Teleologisch-genetische Auslegung	255
c. Systematische Auslegung	256
d. Norminterne Wirkungen der Grundrechte	257
e. Individualisierbarer Personenkreis	259
III. Zwischenergebnis	261
C. Umfang gerichtlichen Rechtsschutzes	262
I. Grundsatz voller gerichtlicher Überprüfbarkeit nach Art. 19 Abs. 4 GG	263
II. Ausnahme: Einschätzungsprärogative der Verwaltung	265
1. Normtheoretische versus staatstheoretische Argumentationen (<i>H.-J. Koch</i>)	266
2. Bestehen semantischer Spielräume im kommunalen Wirtschaftsrecht	268
3. Ermächtigung der Exekutive zur Letztentscheidung	269
a. Politisch-gestalterischer Gehalt der Verwaltungsentscheidung	270
b. Organadäquanz (<i>W.-R. Schenke</i>)	272
c. Verfassungsrechtlicher Vorbehaltsbereich	273
III. Grenzen	275
1. Einschränkung aufgrund Grundrechtsrelevanz	277
2. Notwendigkeit eines speziellen Erwägungs- und Begründungszwangs (<i>C. Scharpf</i>)	278

Inhaltsverzeichnis

3. Prüfung von Beurteilungsfehlern	279
4. Ergebnis	281
D. Rechtsweg	283
I. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit	283
II. Nichtverfassungsrechtlicher Art	284
III. Ergebnis	285
5. Teil: Schlussbetrachtung	287
Literaturverzeichnis	291