

**Gemeindliche Förderung alternativer lokaler Betriebe.
Verstoß gegen die Wettbewerbsfreiheit oder Beitrag
zur Verbesserung des lokalen Zusammenhalts?**

Helmut Knüttel

Dissertation am Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Erstgutachter: Universitätsprofessor Dr. Matthias Bäcker
Zweitgutachterin: Universitätsprofessorin Dr. Elke Gurlit

Datum der mündlichen Prüfung: 18. Dezember 2024

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	IV
Zusammenfassung/Abstract	XII
Einleitung.....	1
A Sozialökonomie und Kommunale Wirtschaftsförderung	3
B Gemeindliche Sozialökonomie in historischer Perspektive.....	45
C Ideengeschichtlicher und analytischer Bezugsrahmen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung.....	91
D Verbandskompetenz der Gemeinden zur Wirtschaftsförderung.....	106
E Kommunale Selbstverwaltung	122
F Verstoß gegen Grundrechte, insbesondere gegen das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit?	189
G Die gemeindliche Förderung der SÖ-Unternehmen im europäischen Kontext....	237
Thesen	264
Abkürzungsverzeichnis	269
Literaturverzeichnis	272

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	III
Zusammenfassung/Abstract	XII
Einleitung.....	1
A Sozialökonomie und Kommunale Wirtschaftsförderung	3
Teil 1 Förderobjekt "Lokale Sozialökonomie"	3
§ 1 Definition „Lokale Sozialökonomie“	3
§ 2 Sozialökonomie allgemein	3
§ 3 Etablierte Formen gemeinwohlbezogener Wirtschaft	4
I Dritter Sektor.....	4
II Economie sociale.....	6
III Gemeinwirtschaft.....	7
IV Genossenschaften	8
§ 4 Formen gemeinwohlbezogener Wirtschaft mit punktuellen Anwendungsbereich	9
I Gemeinwesenökonomie	10
II Solidarökonomie	10
III Gemeinwohlökonomie.....	11
IV Social Entrepreneurship	12
V Corporate Citizenship.....	13
§ 5 Ansätze einer unionsrechtlich regulierten Sozialwirtschaft	14
I Definition.....	14
II Kommunale Relevanz.....	16
1 Strukturpolitik	16
2 Binnenmarktpolitik.....	17
III Lokale sozialökonomische Unternehmen als Teil der europäischen Sozialwirtschaft.....	18
1 Betonung kooperativer Verhaltensweisen	18
2 Relativierung der Profitorientierung.....	19
3 Finanzierung der Sozialunternehmen	19
§ 6 Deutsche Strategie für Soziale Innovationen und Gemeinwohlorientierte Unternehmen.....	20
§ 7 Staatliche und europäische Förderprogramme mit lokal- sozialökonomischer Programmatik.....	22
I Soziale Stadt	22
1 Rolle der Gemeinden im Förderverfahren	22

2	Inhaltliche Impulse für die Sozialökonomie	23
a	Geeignete Wirtschaftssektoren und Handlungsfelder	23
b	Lokalökonomische Ansätze des Programms	25
II	Europäische Strukturfonds	26
1	EFRE	26
2	ESF plus	27
3	Strategie für lokale Entwicklung	28
Teil 2	Ziele und Instrumente eines kommunalen Programms zur Förderung der lokalen Sozialökonomie	29
§ 1	Definition „klassischer“ kommunaler Wirtschaftsförderung	29
§ 2	Begriffliche Abgrenzungen	30
I	Typologie kommunaler Wirtschaftsförderungsmaßnahmen	31
II	Subventionen	31
III	Staatliche Beihilfen	32
IV	Direkte und Indirekte Kommunale Wirtschaftsförderung	33
§ 3	Spezifika der kommunalen Sozialökonomie-Förderung	34
I	Ziele	34
1	Instrumentalisierung für außerökonomische Ziele	34
2	Clusterförderung	36
II	Zwecke	37
1	Beeinflussung der Produktionsweise	38
2	Erfolgskontrolle	39
III	Instrumente	39
IV	Bemessung und Dauer der Förderung	40
1	Volumen	41
2	Dauer	41
Teil 3	Gang der Untersuchung	42
B	Gemeindliche Sozialökonomie in historischer Perspektive	45
Teil 1	Mittelalter	46
§ 1	Anfänge gemeindlicher Selbstverwaltung	46
§ 2	Zünfte	48
§ 3	Märkte	49
§ 4	Städtische Wirtschaft	50
Teil 2	Merkantilismus	51
§ 1	Verlagswesen	51
§ 2	Merkantilistische Politik	52
§ 3	Märkte	52
§ 4	Städtische Wirtschaft	53

Teil 3	19. Jahrhundert.....	54
§ 1	Preußische Reformen.....	54
§ 2	Städtische Wirtschaft vor der Industrialisierung bis 1871.....	55
§ 3	Hochindustrialisierung.....	57
I	Städtische Versorgungswirtschaft.....	57
II	Munizipalsozialismus.....	59
Teil 4	Weimarer Republik.....	61
§ 1	Sozialisierung/Kommunalisierung.....	61
I	Erste Sozialisierungskommission.....	62
II	Regierungsentwurf.....	63
III	Zweite Sozialisierungskommission.....	64
§ 2	Expansion gemeindlicher Wirtschaft.....	65
§ 3	Kritik an gemeindlicher Wirtschaft.....	67
Teil 5	Zeit des Nationalsozialismus.....	68
Teil 6	Bundesrepublik Deutschland.....	70
§ 1	Versorgungswirtschaft.....	71
§ 2	Kommunale Wirtschaftsförderung.....	72
§ 3	Neue Tendenzen einer stärkeren Berücksichtigung lokaler Belange ...	75
I	Europa.....	75
II	Deutschland.....	76
Teil 7	Städtische Wohnungspolitik.....	77
§ 1	Anfänge kommunaler Wohnungspolitik.....	78
§ 2	Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinden.....	78
I	Vor dem ersten Weltkrieg.....	78
1	Bau- und Bodenpolitik.....	78
2	Sozialpolitische Ziele.....	80
II	Nach dem Ersten Weltkrieg.....	81
1	Politische Randbedingungen.....	81
2	Soziale Baubetriebe.....	82
3	Wohnungsbaugenossenschaften als sozialpolitische Instrumente.....	82
4	Typen von Wohnungsbaugenossenschaften.....	83
5	Ziele der Wohnungsbaugenossenschaften.....	84
6	Politische Relevanz der Wohnungsbaugenossenschaften.....	86
7	Bedeutungsverlust der Wohnungsbaugenossenschaften.....	86
III	Wohnungspolitik während der Zeit des Nationalsozialismus.....	87
1	Kommunale Wohnungspolitik nach 1945.....	87

C	Ideengeschichtlicher und analytischer Bezugsrahmen gemeindlicher	
	Wirtschaftsbetätigung.....	91
Teil 1	Idee der Genossenschaft	92
Teil 2	Daseinsvorsorge.....	96
Teil 3	Gewährleistungsstaat	99
Teil 4	Governance.....	102
	§ 1 Lokale Governance.....	103
	§ 2 Grenzen der Governance	104
D	Verbandskompetenz der Gemeinden zur Wirtschaftsförderung.....	106
Teil 1	Landesverfassungen	107
	§ 1 Zuweisung von Sachaufgaben an die Kommunen	107
	§ 2 Staatszielbestimmungen ohne spezifische Adressierung der Gemeinden.....	109
	§ 3 An die Gemeinden adressierte Staatszielbestimmungen	109
Teil 2	Spezialgesetzliche Vorgaben für die kommunale Förderung der Sozialökonomie.....	111
	§ 1 Gemeindeordnungen	112
	I Gemeindliche Öffentliche Einrichtungen	112
	II Haushaltsrechtliche Vorschriften	113
	§ 2 Mittelstandsförderungsgesetze	113
	I Geltung für Sozialökonomie-Unternehmen	113
	II Bindung der Gemeinde.....	114
	1 Landesaufgabe Wirtschaftsförderung.....	114
	2 Gemeindliche Planungskompetenz.....	115
	3 Verwaltungsverfahren.....	116
	§ 3 Gemeindliche Beschäftigungspolitik.....	118
	I Ziele der staatlichen Arbeitsförderung	118
	II SGB III und SGB II.....	118
	III Unterschiede zwischen SGB II – Konzept und Sozialökonomie-Konzept.....	119
	§ 4 Regionale Wirtschaftsförderung.....	120
	I Regionalplanung.....	120
	II Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“	121
E	Kommunale Selbstverwaltung	122
Teil 1	Gemeindliche Verbandskompetenz aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG für die SÖ-Förderung.....	122

§ 1 Vergleich der SÖ-Förderung mit der „klassischen“ gemeindlichen Wirtschaftsförderung.....	122
§ 2 Allgemeinpolitik	125
Teil 2 Findungsverfahren.....	129
§ 1 Beschreibung des Findungsverfahrens	131
§ 2 Abgrenzung vom Verwaltungsverfahren	132
I Einleitung des Verwaltungsverfahrens.....	133
II Bedeutung und Grenzen der demokratischen Funktion.....	134
III Keine Bindungswirkung des Findungsverfahrens.....	135
IV Beitrag zur Generierung von Verwaltungsaufgaben.....	135
§ 3 Verfassungsrechtliche Rolle des Gemeindebürgers im Findungsverfahren	137
I Beitrag zur Generierung von gemeindlichen Aufgaben	137
II Staats- und Volkswillensbildungsprozess	139
III Ausübung von Grundrechten im Findungsverfahren.....	140
§ 4 Legitimation des Findungsverfahrens.....	141
I Formen der Bürgerbeteiligung	142
II Legitimationsbedürftigkeit des Findungsverfahrens.....	144
III Notwendigkeit eines parlamentarischen Gesetzes?	144
1 Reichweite von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG.....	145
a Staatszentrierte Interpretation	145
b Bürgerzentrierte Interpretation.....	148
c Herrschende Interpretation	149
2 Eigenständiger gemeindlicher Legitimationsmodus	150
3 Monistischer Legitimationsmodus	150
IV Vorhandene gesetzliche Grundlagen?	153
1 Verfahrensvorschriften in den Gemeindeordnungen.....	153
2 Analoge Anwendung der Vorschriften über direkt- demokratische Verfahren	153
a Einleitungsverfahren zum Bürgerbegehren	154
b Verständigungsverfahren nach erfolgreichem Bürgerbegehren	155
§ 5 Kritische Betrachtung der herrschenden Interpretation bürgerschaftlicher Mitentscheidung.....	157
I Demokratie und Selbstverwaltung.....	157
II Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Gemeindeorgane.....	159
III Gemeindliches Handeln als Staatshandeln	161
IV Monistisches Legitimationsmodell.....	162

Teil 3	Die Genese gemeindlicher Aufgaben als Ergebnis eines gemeinschaftsbildenden Kommunikationsprozesses.....	163
§ 1	Allgemeine Aspekte der Gemeinschafts-Dimension.....	164
I	Idealisierung von Gemeinschaft.....	164
II	Vergesellschaftung/Vergemeinschaftung.....	166
III	Abstrakte Integrationsfunktion.....	167
IV	Enger juristischer Selbstverwaltungs-begriff.....	169
V	Gemeinsinn/Motivation.....	170
VI	Gemeinschaft und Grundrechte.....	172
§ 2	Gemeinschaftsbildender Kommunikationsprozess innerhalb der Gemeinde.....	174
I	Begriff der Zivilgesellschaft.....	175
II	Beteiligte des Kommunikationsprozesses.....	176
1	Örtliche Gemeinschaft.....	176
2	Örtliche Gemeinschaft außerhalb der Zivilgesellschaft.....	178
3	Gemeinde, Zivilgesellschaft und örtliche Gemeinschaft.....	179
III	Sozialökonomie-Förderung als Gemeinschafts-Angelegenheit.....	180
1	Sozialökonomie und Zivilgesellschaft.....	180
2	Bürgerschaftliches Engagement in Sozialökonomie-Unternehmen.....	182
3	Zielkonflikte in Organisation und Motivation.....	183
4	Kommunale Gewährleistungsverantwortung?.....	185
F	Verstoß gegen Grundrechte, insbesondere gegen das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit?.....	189
Teil 1	Standort und Reichweite des Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit.....	190
§ 1	Wettbewerbles Umfeld von Sozialökonomie-Unternehmen.....	190
§ 2	Offenheit des Grundgesetzes im Hinblick auf die Wirtschafts-verfassung.....	192
I	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.....	192
II	Position der Lehre.....	193
III	Staatsvertrag Bundesrepublik – DDR vom 18.05.1990.....	198
IV	Art. 15 GG.....	198
§ 3	Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit.....	199
I	Betroffene Grundrechte.....	199
II	Unterschiedliche Konzepte von Wettbewerbsschutz.....	200
1	Darstellung von Konzepten natürlicher Freiheit.....	200
a	Natürliche Freiheit.....	201
b	Natürliche Freiheit und Wettbewerb.....	202

2	Kritik der Konzepte Natürlicher Freiheit	208
a	Vorstaatliche Freiheit.....	208
b	Reduzierung des Wettbewerbs auf individuelle Interaktionen.....	209
aa	Grundrechtsdogmatische Konsequenzen.....	209
bb	Vernachlässigung objektiver Marktzwänge.....	211
3	Rechtsprechung des BVerfG.....	215
4	Darstellung der Ordnungsmodelle	218
5	Kritik der Ordnungsmodelle	221
III	Aussagekraft der unterschiedlichen grundrechtlichen Wettbewerbsmodelle für die Interpretation der gemeindlichen Sozialökonomie-Förderung.....	223
Teil 2	Das Ordnungsmodell von Bäcker.....	224
§ 1	Grundrechtlicher Argumentationsgang	225
I	Normgeprägtes Grundrecht	225
II	Atypizität der Wettbewerbsfreiheit/Integritätsschutz	226
III	Transformation objektiven in subjektives Recht.....	227
IV	Schutzbereichsbestimmung	227
§ 2	Konsequenzen des Ordnungsmodells von Bäcker für unsere Fragestellung.....	228
I	Keine Determination der Wettbewerbsfreiheit durch Freiheitsrechte	228
II	Vorbehalt des Gesetzes.....	229
III	Kommunale Sonderordnung	231
Teil 3	Verstößt die gemeindliche Subventionsordnung gegen sonstige grundrechtliche Gewährleistungen?	233
§ 1	Verstoß der Subventionsordnung gegen einzelne sonstige Grundrechte	233
I	Art. 3 GG.....	233
II	Art. 12 Abs. 1 GG	234
§ 2	Verstoß gegen eine grundrechtliche Leistungspflicht?.....	235
G	Die gemeindliche Förderung der SÖ-Unternehmen im europäischen Kontext....	237
Teil 1	Beihilfeprüfung	238
§ 1	Tatbestandsmäßige Voraussetzungen einer staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV	238
I	Gewährung eines vermögenswerten Vorteils.....	238
II	Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen	239
III	Marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter	239

IV	Wettbewerbsverhältnis.....	241
V	Selektivität.....	241
	1 Allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahmen.....	241
	2 Allgemeiner Bezugsrahmen	242
	3 EUGH-Entscheidung „Paint Graphos“	243
VI	Begünstigung/Altmark-Rechtsprechung	245
	1 Altmark-Rechtsprechung.....	245
	2 DAWI	247
	3 Zwischenstellung der SÖ-Unternehmen	249
	4 Gemeindliche Definition der DAWI.....	250
	5 Ergebnis.....	251
VII	Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	251
VIII	Ausnahmen vom Beihilfeverbot.....	252
	1 Mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfen nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV.....	253
	2 Allgemeine und spezielle de-minimis-Regelung	253
Teil 2	Achtung der lokalen Selbstverwaltung durch die Union	254
§ 1	Achtung der nationalen Identität.....	254
	I Stärkung der örtlichen Gemeinschaft	255
	II Direktdemokratisches Element	256
Teil 3	Verstößt die gemeindliche Förderung gegen Grundrechte der EU- Charta?.....	257
§ 1	Anwendbarkeit der GRCH	257
§ 2	Anwendbarkeit von Art. 16 GRCH.....	260
	I Position der Literatur und Rechtsprechung	260
	II Kritik der Rechtsprechung des EUGH.....	260
	III Ergebnis	262
§ 3	Anwendbarkeit von Art. 36 GRCH.....	262
	Thesen.....	264
	Abkürzungsverzeichnis	269
	Literaturverzeichnis	272
	Lebenslauf	Fehler! Textmarke nicht definiert.

Zusammenfassung/Abstract

Die vorliegende Untersuchung fragt insbesondere nach den verfassungsrechtlichen Möglichkeiten einer Gemeinde, „alternative“ Betriebe in der Gemeinde zu fördern. Darunter werden lokale Betriebe mit marktgängigen Leistungen und Produkten verstanden, die aber gleichzeitig einen lokalen Nutzen stiften, z.B. die Stärkung des lokalen Zusammenhalts. Diese besondere Art der bürgerschaftlichen Selbsthilfe wird sowohl im Hinblick auf ihre historischen Ursprünge wie auf ihre theoretische Einordnung untersucht. Unter kommunalverfassungsrechtlichen Aspekten wird dargestellt, wie die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft als Ergebnis eines innergemeindlichen, gemeinschaftsbildenden Kommunikationsprozesses verstanden werden können und inwieweit die Gemeinde engagierten Bürgern Mitentscheidungsrechte einräumen kann. Die wirtschaftspolitischen Freiräume der Gemeinde und die Frage, wie weit sie mit ihrer Förderung in den wirtschaftlichen Wettbewerb eingreifen darf, stehen im Zentrum der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Überlegungen. Der europäische Kontext und insbesondere die beihilferechtlichen Implikationen schließen die Arbeit ab.

This study examines in particular the constitutional possibilities of a municipality to promote "alternative" businesses in the municipality. This is understood to mean local businesses with marketable services and products that also provide a local benefit, e.g. strengthening local cohesion. This particular type of civic self-help is examined both in terms of its historical origins and its theoretical classification. From the point of view of municipal constitutional law, it is shown how the affairs of the local community can be understood as the result of an internal, community-building communication process and to what extent the municipality can grant committed citizens co-decision rights. The economic policy freedom of the municipality and the question of how far it may intervene in economic competition with its support are at the center of economic constitutional law considerations. The European context and, in particular, the implications of state aid law conclude the work.

Einleitung

Ausgangspunkt für meine Überlegungen war die Frage, warum die Kommunen sich immer mehr auf ihre Verwaltungsfunktion zurückziehen und kaum praktische Versuche oder Experimente unternommen werden, um gesellschafts- und wirtschaftspolitische Veränderungen anzustoßen. Die Frage richtet sich auf die originären, autonomen Möglichkeiten der Kommunen und in diesem Zusammenhang auf ihre verfassungsrechtlich gesicherten bzw. sicherbaren Potenziale. Meine Vermutung ist, dass die Verfassung gerade in Fragen der lokalen Ökonomie und ihrer sozialintegrativen Potenziale kommunale Handlungsspielräume eröffnet, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der deutschen Selbstverwaltungstradition. Daher werde ich relativ ausführlich die Frage untersuchen, auf welche Weise die wirtschaftlichen und sozialen Bedürfnisse der örtlichen Bevölkerung im Lauf der geschichtlichen Entwicklung des Gemeindelebens befriedigt wurden und welche Rolle dabei die lokalen Autoritäten einnahmen. Auf dieser Basis wird nach den aktuellen Freiräumen kommunalen Handelns gesucht, welche das Grundgesetz in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG einräumt. Dabei liegt das besondere Gewicht auf der Dimension des Gemeinschaftlichen in der örtlichen Gemeinschaft.

Unter verfassungsrechtlichen Aspekten soll eine andere Art der kommunalen Wirtschaftsförderung betrachtet werden, man könnte auch sagen: die kommunale Förderung einer anderen Wirtschaft, einer Wirtschaft, welche die Gemeinschaft stärkt.

Die „klassische“ kommunale Wirtschaftsförderung nimmt mit einer Anreizförderung Einfluss auf die Entscheidungen privater Wirtschaftsunternehmen, sofern diese Auswirkungen auf den Standort des Unternehmens im Gemeindegebiet (Ansiedlung, Erweiterung, Verkleinerung, Abbau) und damit verbunden für Arbeitsplätze, gemeindliches Steueraufkommen, gemeindliche Wirtschaftsstruktur u.ä. haben. Eine „alternative“ kommunale Wirtschaftsförderung stellt auf einen spezifischen lokalen Nutzen ab, der sich z.B. in der Stärkung der lokalen Verbundenheit, in der Nachhaltigkeit des Nutzens für die Gemeinde niederschlägt. Diese positiven Effekte werden von Unternehmen der lokalen Wirtschaft erwartet, die mit ihrem Geschäftsmodell ein Angebot von marktgerechten Leistungen verbinden wollen mit der Verfolgung eines derartigen spezifischen lokalen Nutzens.

Die Arbeit untersucht, in welchem Maße die Gemeinden eigene wirtschaftspolitische Impulse in ihren Förderprogrammen setzen können und wie weit sie sich dabei auf die von der Verfassung eingeräumten wirtschaftsverfassungsrechtlichen Freiräume berufen können, wenn sie Initiativen unterstützen, die sich außerhalb des üblichen Wettbewerbsmo-

dells bewegen. Damit sind zwei zentrale Themen der aktuellen Wirtschaftsverfassung angesprochen: die Offenheit des Grundgesetzes für die Festlegung eines bestimmten Wirtschaftssystems und die damit zusammenhängende Frage, wie weit der Staat bzw. die Gemeinden in den wirtschaftlichen Wettbewerb eingreifen darf.

Dieser Versuch soll am Beispiel einer „alternativen“ kommunalen Wirtschaftsförderung unternommen werden. Als Förderobjekte sollen soziale Unternehmen dienen, die einen lokalen Nutzen stiften. Um die erwähnte Wettbewerbsproblematik zu erfassen wird unterstellt, dass diese Unternehmen Leistungen¹ auf einem Wettbewerbsmarkt anbieten.

Der Fokus dieser Untersuchung liegt auf der verfassungsrechtlichen Ebene, dort sollen die Möglichkeiten und Grenzen der Förderung aufgezeigt werden. Ihr liegt kein konkretes Projekt bzw. ein bestimmtes Unternehmen zu Grunde. Daher werden nur die allgemeinen Aspekte derartiger Unternehmen erörtert. Der Untersuchung liegt ein Idealtyp dieser Unternehmen zugrunde, um daran exemplarisch die verfassungsrechtliche Einordnung zu demonstrieren. Dem Verfasser ist bewusst, dass die kommunale Praxis deutlich vielgestaltiger ist sowohl im Hinblick auf die Struktur der Sozialökonomie-Unternehmen (im Folgenden als SÖ-Unternehmen abgekürzt) als auch auf den Einsatz diverser Fördermodalitäten.

¹ Die Untersuchung ließe sich auf Produkte erstrecken; in der Praxis dürfte es aber vorwiegend um Dienstleistungen gehen.

A Sozialökonomie und Kommunale Wirtschaftsförderung

Teil 1 Förderobjekt "Lokale Sozialökonomie"

Die folgende Definition soll einer ersten prägnanten Veranschaulichung des Untersuchungsgegenstandes dienen. Ihre sozialwirtschaftlichen Implikationen werden in den folgenden §§ 2-7 näher erläutert. Die Ziele einer kommunalen Förderung stehen im Mittelpunkt der Erörterung im 2. Teil.

§ 1 Definition „Lokale Sozialökonomie“

Sie wird durch (kleine) Betriebe gekennzeichnet,

- die sich auf einem (lokalen) Markt bewegen und insoweit dessen Rationalitäten unterliegen,
- die durch ihre wirtschaftliche Tätigkeit einen lokalen Nutzen stiften, der über das reine Angebot von Waren, Dienstleistungen und Arbeitsplätzen hinausgeht und sich in der Stärkung des örtlichen Zusammenhalts manifestiert (lokaler Nutzen)
- deren Überschussverwendung ausschließlich sozialen Zwecken dient (Gewinnverzicht),
- die in ihrer inneren Organisation besonderen Wert auf Transparenz und Mitbestimmung legen (Offenheit der internen Struktur).

§ 2 Sozialökonomie allgemein

In einer ersten Annäherung kann man sagen, dass unter Sozialökonomie die Bemühungen verstanden werden sollen, soziale Ziele durch wirtschaftliche Betätigung zu verfolgen. Im Vergleich zu typischen privatwirtschaftlichen Unternehmen zeichnen sie sich durch eine Wirtschaftsweise aus, die auf die Betonung kooperativer Verhaltensweisen und die Relativierung der Profitorientierung setzt. Sie lassen sich nicht allein über den Inhalt der Produktion oder Dienstleistung definieren, sondern kennzeichnend ist der gesellschaftliche Rahmen, die Struktur, innerhalb der das Sozialökonomie-Unternehmen arbeitet.²

Der Bereich der Wirtschaft, der nicht rein privatwirtschaftlich, erwerbswirtschaftlich organisiert ist, sondern sich in irgendeiner Weise um die Verfolgung von Gemeinwohlzielen bemüht, ist nicht nur terminologisch schwer zu fassen. Sowohl in den thematisch befass-

² Birkhölzer/Kramer S. 7f.

ten Disziplinen der Wissenschaft (Ökonomie, Sozialwissenschaft) als auch im Selbstverständnis der betroffenen Akteure herrscht keine terminologische Übereinstimmung. Zudem kreuzen und überschneiden sich unterschiedliche national bzw. kontinental eingefärbte Verständnistraditionen. Zu alledem ist das Feld in ständiger Bewegung, was den eindeutigen terminologischen Zugriff erschwert.

Im Folgenden sollen unterschiedliche Typen von gemeinwohlbezogener Wirtschaft dargestellt werden. Um deren Verbreitung und praktische Relevanz zu beleuchten, sollen sie nach dem Grad ihrer gesetzlichen und/oder administrativen Verfestigung unterschieden werden. Zu den etablierten Formen zählen der „Dritte Sektor“, die „Economie Sociale“, die Gemeinwirtschaft und Unternehmen in der Form der Genossenschaft. Weniger verbreitet sind die Gemeinwesenökonomie, die Solidarökonomie, die Gemeinwohlökonomie, Social Entrepreneurship und Corporate Citizenship. Eine eigene Kategorie stellt die sich entwickelnde EU-Programmatik zur Sozialwirtschaft dar. Sie stützt sich auf der einen Seite auf ein breites Spektrum sozialwirtschaftlicher Organisationen in den einzelnen Mitgliedstaaten, auf der anderen Seite steht der Prozess einer unionsweiten Regulierung und Förderung der Sozialwirtschaft erst am Anfang. Im Anschluss an die europäische Entwicklung hat auch Deutschland jetzt eine Strategie für gemeinwohlorientierte Unternehmen entworfen. Zum Abschluss werden staatliche und europäische Förderprogramme vorgestellt, soweit sie einen sozialökonomischen Bezug haben.

Im Abgleich mit diesen einzelnen Konzepten soll im Folgenden der Typus eines Unternehmens der lokalen Sozialökonomie entwickelt werden. Der lokale Bezug steht an dieser Stelle noch im Hintergrund, er wird im Verlauf der weiteren Untersuchung hergestellt.

§ 3 Etablierte Formen gemeinwohlbezogener Wirtschaft

I Dritter Sektor

Am geläufigsten erscheint der Begriff des Dritten Sektors. Er beruht auf der Unterscheidung zwischen dem 1. Sektor, der privaten Erwerbswirtschaft, und dem 2. Sektor, dem Staat. Er ist also weder Staat noch Markt. Er hat seinen Ursprung im angelsächsisch geprägten Konzept der Philanthropie.³ Im Rahmen des internationalen Johns Hopkins Vergleichsprojekts wurde folgende Definition verwendet, die Eingang in den Fachdiskurs gefunden hat: Danach gehören zum dritten Sektor alle Organisationen, "die formell struktu-

³ Monzon/Chaves S. 34f.

riert, organisatorisch unabhängig vom Staat und nicht gewinnorientiert sind, eigenständig verwaltet werden sowie keine Zwangsverbände darstellen."⁴

Diese Definition ist so weit angelegt, dass auch die Soziale Ökonomie im oben dargelegten Verständnis zwanglos darunter passt. Sie umfasst sowohl Wirtschaftsunternehmen – so lange sie nicht in erster Linie auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind- wie auch Organisationen mit z.B. philanthropischen Zielen. Sie deckt straff hierarchisch strukturierte Groß-Organisationen genauso ab wie selbstverwaltete Kleinstbetriebe. Sie ist daher eher geeignet, einen Rahmen für makroökonomische Untersuchungen abzugeben, z.B. über das Beschäftigungspotential des Dritten Sektors oder etwa für sozialwissenschaftliche Theorieansätze über das Integrations- und Partizipationspotential dieses Sektors. Zumindest in der deutschen Diskussion gibt es aber auch zwei Charakteristika des Dritten Sektors, die den hier zu untersuchenden Unternehmen der Sozialökonomie eher fern sind. Der deutsche dritte Sektor wird in starkem Maße von den Wohlfahrtsverbänden geprägt. Ihre besondere Stellung in Deutschland ist historisch u.a. auf die Rolle der Kirchen in der Wohlfahrts-, Armen und Krankenpflege zurück zu führen. Sie sind sehr staatszentriert, was sich z.B. an ihren Finanzierungsquellen deutlich machen lässt. Nach eigenen Angaben finanzieren sie sich zu je einem Drittel aus staatlichen Zuwendungen, Erstattungen der Sozialleistungsträger und Spenden und Mitgliedsbeiträgen.⁵ Das zweite fremde Element besteht darin, dass die Organisationen des Dritten Sektors ganz überwiegend nicht als Wirtschaftsunternehmen in privater Rechtsform geführt werden, sondern zu etwa 90 % in der Rechtsform eines Vereins.⁶ Daher werden die typischen Problemlagen eines privatwirtschaftlich organisierten **Unternehmens** mit gemeinwohlbezogener Zielsetzung weniger unter dem Rubrum Dritter Sektor, sondern eher in der Auseinandersetzung über Ziele und Grenzen öffentlicher Unternehmen, insbesondere auch kommunaler Wirtschaftsunternehmen diskutiert. Diese Wirtschaftsunternehmen zähle ich wegen ihrer klaren Gewinnerzielungsabsicht nicht zum Dritten Sektor.

Für Klöck⁷ gilt dagegen die Sozialökonomie als Synonym für den Dritten Sektor; er rechnet auch noch die "sogenannte Schattenwirtschaft informeller Initiativen, Selbsthilfegruppen, Nachbarschaftshilfen, Tauschringe, Eigenarbeit in den Haushalten" [a.a.O.] und sogar die Schwarzarbeit zur Sozialökonomie. Damit verschwimmen jedoch die Konturen eines operationalisierbaren Begriffs der Sozialökonomie.

⁴ Priller/Zimmer S. 11; Stober 2014 S. 12.

⁵ Bundeszentrale für politische Bildung: Wohlfahrtsverbände.

⁶ Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung S. 11.

⁷ S. 15.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Unternehmen der Sozialökonomie definitorisch zum dritten Sektor gehören, sie jedoch mit ihrer zumindest für den deutschen Dritten Sektor untypischen -staatsfernen- Verankerung im privatwirtschaftlichen Sektor bei gleichzeitiger Verfolgung von selbst bestimmten sozialen Zielen allenfalls am Rande dieses Sektors verortet werden können. Um den spezifischen Standort der Sozialökonomie innerhalb des Dritten Sektors besser zu treffen gibt es auch Vorschläge, von einem „Dritten System“ zu sprechen.⁸

II **Economie sociale**

Näher an den Unternehmen der Sozialökonomie ist eine Begriffsverwendung aus dem französischen Raum, die bisher auch innerhalb der EU gebräuchlich ist. Allerdings hat mit der Sozialwirtschaftsinitiative der EU-Kommission auch eine andere Terminologie Einzug gehalten, die sich von französischen Ursprüngen entfernt hat. Dort wird der Bereich der "economie sociale" dem dritten Sektor zugeschlagen. Obgleich über den Inhalt der *Economie Sociale* gerade in Deutschland große Unsicherheit besteht, die dazu führt, dass diese häufig in eins gesetzt wird mit "Dritter Sektor", "Drittes System", "Non-Profitsektor", "gemeinnütziger Sektor",⁹ wird sie hier zu den etablierten Umschreibungen gezählt, weil ihr französischer Kern auf konkrete Rechts- und Organisationsformen abstellt. Die klassischen vier Säulen der *economie sociale* sind die Cooperatives (Genossenschaften), Mutualites (Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit), Associations (freiwillige Vereinigungen) und die Fondations (Stiftungen).

Diese Terminologie deckt sich nicht mit dem (deutschen) dritten Sektor. So gehören deutsche Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sicherlich nicht hierzu und auch der größte Teil der deutschen Genossenschaften lässt sich -nicht nur nach ihrem Selbstverständnis- schwerlich mit dem Dritten Sektor identifizieren. Allerdings weist der Begriff, wie auch schon der Name zeigt, eine Nähe zu wirtschaftlichen Unternehmungen auf, wenn auch die Begrenzung auf die genannten Organisationsformen nicht angemessen ist. Es gibt daher den Vorschlag,¹⁰ den Dritten Sektor als Oberbegriff zu verwenden und für den Teil, der sich als wirtschaftlich handelnd versteht, den Terminus "Soziale Ökonomie" zu verwenden. Mit dieser offenen Begriffsverwendung wären die hier zu untersuchenden Unternehmen der Sozialökonomie miterfasst. Der CIRIEC-Bericht über die europäische Sozialwirtschaft allerdings verwendet den Begriff der Sozialwirtschaft -anders als den Begriff der Sozialunterneh-

⁸ Bonas/Schwarz S.149.

⁹ Klöck S. 161.

¹⁰ Birkhölzer/Kramer S. 4.

men- auch für nicht-wirtschaftlich handelnde Organisationen. Diese Begriffsverwendung führt zu einer vermeidbaren Verwirrung. Im Folgenden wird daher die Sozialwirtschaft als Oberbegriff für Sozialunternehmen verwendet, wie es auch die EU in jüngster Zeit tut. Im Übrigen werden die Begriffe Sozialwirtschaft und Sozialökonomie synonym gebraucht.

Auch die besondere Rolle, die der Binnenstruktur in den Unternehmen der Sozialökonomie zugewiesen wird, spiegelt sich in der Vorstellung einer *Economie Sociale* wider. Man muss sich aber darüber im Klaren sein, dass die typische Verwendung der *Economie sociale*, mit ihrer Ausrichtung auf bestimmte Organisations- und Rechtsformen den Teil der (alternativen) Sozialökonomie nicht abdeckt, die ihr Potential in der Einbettung ihrer Unternehmen in spezifische soziale Zusammenhänge z.B. bestimmte lokale Bedarfslagen oder in der Verknüpfung mit emanzipatorischen politischen Konzepten vor Ort sieht. Von daher trifft der Begriff der *Economie sociale* nicht genau unseren Gegenstand.

III Gemeinwirtschaft

Die Begriffsgeschichte geht bis auf Adam Smith zurück. Der Höhepunkt gemeinwirtschaftlicher Theoriebildung liegt im letzten Drittel des 19. Jhdts. und wird repräsentiert durch Namen wie A. Schäffle, A. Wagner und E. Sax.¹¹ Dementsprechend bestehen seit dieser Zeit auch gemeinwirtschaftliche Institutionen. Diese Einrichtungen hatten und haben sehr unterschiedliche Wurzeln. Geläufig ist eine Einteilung der gemeinwirtschaftlichen Unternehmen in

- öffentliche Unternehmen (Träger ist die öffentliche Hand)
- frei-gemeinwirtschaftliche Unternehmen (nicht-staatliche Träger): innerhalb dieser Gruppe werden die Selbsthilfebetriebe (i.d.R. Genossenschaften) von den sog. widmungswirtschaftlichen Betrieben unterschieden, die sich unter Gewinnverzicht der Deckung fremder Bedarfe widmen (z.B. Krankenhäuser, freie Wohlfahrtsverbände)
- öffentlich gebundene Unternehmen, die in der einen oder anderen Form staatlicher Regulierung unterworfen sind.

Der Begriff der Gemeinwirtschaft hat gerade in Deutschland eine besondere Tradition. Mit ihm verbanden sich sozialistische, reformökonomische Ansätze, die sich gerade im Bereich der Kommunen zu Beginn des 20. Jhdts. als sog. Munizipalsozialismus geäußert haben.¹² Sie waren im Ergebnis nicht erfolgreicher als ihre "Nachfolger", die gewerkschaftli-

¹¹ vgl. ausführlich zur Theoriegeschichte Schlagwort Gemeinwirtschaft in v. Beckerath.

¹² Siehe dazu unten B Teil 3 § 3 II

chen Unternehmen der Gemeinwirtschaft (z.B. "Neue Heimat"), die in den 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts gescheitert sind. Noch immer hat die Gemeinwirtschaft ihren Platz in der Verfassung. Art. 15 GG erlaubt die Überführung von Grund und Boden, von Naturschätzen oder Produktionsmitteln „in.... Formen der Gemeinwirtschaft“. Heute herrscht ein Begriffsverständnis vor, wonach gemeinwirtschaftliche Unternehmen sich durch die Orientierung an einer irgendwie gearteten öffentlichen Aufgabe auszeichnen.¹³ Dieser öffentliche Zweck oder das öffentliche Interesse vereint die öffentlichen Unternehmen, also jene, die im Eigentum des Bundes, der Länder oder der Gemeinden stehen mit den sog. frei-gemeinwirtschaftlichen Unternehmen, die in nicht-staatlicher Trägerschaft stehen.¹⁴ Das Kriterium des öffentlichen Zweckes, der auf die Verfolgung von Gemeinwohlinteressen hinweist, unterscheidet sie nicht von den Unternehmen der Sozialökonomie. Ebenso wenig der Verzicht auf privaten Profit: Auch die gemeinwirtschaftlichen Unternehmen bestehen darauf, dass der Gewinn nur für öffentliche Zwecke verwendet werden darf.¹⁵

Es sind vor allem zwei Dinge, die sie gegenüber den Sozialökonomie-Unternehmen nach unserem Verständnis unterscheiden: Weitgehende Transparenz und Partizipation sind keine zwingenden Merkmale in ihrer internen Organisation. So finden sich alle Organisationsformen von der Genossenschaft bis zur Aktiengesellschaft in der gemeinwirtschaftlichen Familie. Das zweite – wichtigere - Merkmal betrifft die Träger der gemeinwirtschaftlichen Unternehmer. Die gemeinwirtschaftlichen Unternehmen müssen „dem Wohl der von den Trägern repräsentierten übergeordneten Gesamtheiten ...dienen.“¹⁶ Die Sozialökonomie-Unternehmen dagegen werden nicht von repräsentativen Trägern bestimmt, sondern sind in ihrer Eigentümerstruktur unbestimmt. Das hängt damit zusammen, dass sie nicht auf bestimmte Produkte oder Dienstleistungen im Sinne von public goods festgelegt sind (wie z.B. Daseinsvorsorge).

IV Genossenschaften

Genossenschaften passen insofern nicht ganz zu den oben beschriebenen „offenen“ Typen gemeinwohlbezogener Wirtschaft, als sie eine bestimmte gesetzlich festgelegte Handlungsform bezeichnen. Sie sollen aber dennoch an dieser Stelle angesprochen werden, weil die Genossenschaft heute wie in der Vergangenheit eine etablierte Form für gemeinwohlbezogene Wirtschaft ist. Auch wenn die Genossenschaft nicht per se ein In-

¹³ Bode/Evers/Schulz S. 267; Wex S. 137.

¹⁴ T.Thiemeyer in Gewerkschaftliche Monatshefte 3/72.

¹⁵ T.Thiemeyer a.a.O. S. 133f; v. Loesch S. 142.

¹⁶ Wissenschaftlicher Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft S. 31.

strument der Gemeinwirtschaft ist, wie man am Beispiel von Einkaufsgenossenschaften sieht, deren Funktion darin besteht, die Nachfragemacht gegenüber der Angebotsseite zu stärken.

Ihre zum Teil gesetzlich vorgegebenen Strukturen und ihre interne Organisation zeigen eine Affinität zu den Strukturen der Sozialökonomie-Unternehmen. Das gilt insbesondere für die Stimmrechtsverteilung (jeder Genosse hat im Prinzip das gleiche Stimmrecht), für die Transparenz ihres Geschäftsbetriebs durch intensive externe Beratung und Prüfung und nicht zuletzt durch die 2006 erfolgte Erweiterung der Förderzwecke auf soziale und kulturelle Belange.¹⁷ Die Nachrangigkeit von Renditezielen und die Identifikation der Genossen mit dem gemeinsamen Förderzweck bieten ein passendes Umfeld für die Verfolgung von sozialwirtschaftlichen Zielen.¹⁸

Sie können auch insofern ein Muster für sozialökonomische Unternehmen sein, weil die Genossenschaft einerseits wirtschaftliche Ziele und zugleich als Nebenzweck soziale Ziele -auch lokaler Art- verfolgen kann. Der soziale Zweck muss dabei der Förderung der Mitglieder dienen; die Förderung des Allgemeinwohls kann kein Hauptzweck einer Genossenschaft sein, allerdings ist er als Nebenzweck zulässig.¹⁹ Schließlich lässt sich eine gemeindliche Förderung der Sozialökonomie dadurch realisieren, dass die Gemeinde selbst Mitglied der Genossenschaft wird.²⁰

Es sind aber auch die Grenzen der Genossenschaftsform zu benennen. Die Genossenschaft ist ein „privatwirtschaftliches Selbsthilfeunternehmen und kein gemeinwirtschaftliches Fremdhilfeunternehmen.“²¹ In den Fällen, in denen der Kreis der Begünstigten über die Mitglieder der Genossenschaft hinausgeht, fällt die Form der Genossenschaft aus. Diese Einschränkung wird dann relevant, wenn der lokale Nutzen des Sozialökonomie-Unternehmens auf eine unbestimmte Zahl von Gemeindeeinwohnern ausgerichtet ist.²²

§ 4 Formen gemeinwohlbezogener Wirtschaft mit punktuellen Anwendungsbereich

Nach den etablierten Formen der Gemeinwirtschaft werden im Folgenden Konzepte vorgestellt, die nicht auf eine so breite praktische Anwendung verweisen können. Insbeson-

¹⁷ § 1 Abs. 1 GenG.

¹⁸ dazu Kluth 2014 und 2017.

¹⁹ Pöhlmann/Fandrich/Bloehs/Fandrich § 1 Rdnr. 12.

²⁰ Siehe Markmann S. 79ff.

²¹ Beuthien § 1 Rdnr. 38.

²² Zur Bedeutung der Genossenschaften siehe auch unten C Teil 1 und G Teil 1 § 1 IV 3

dere bei der Gemeinwesen- und der Solidarökonomie steht zudem ein normativer Anspruch auf „Emanzipation“ dahinter. Die Ansätze von Social Entrepreneurship und Corporate Citizenship haben Bedeutung nur im unternehmerischen Kontext als Teil der Selbstdarstellung und des Selbstverständnisses.

I Gemeinwesenökonomie

Das Konzept der Gemeinwesenökonomie hat seinen Ausgangspunkt in der sozialen Arbeit. Sein Ziel ist die Stärkung des Gemeinwesens durch soziale Integration.²³ Diese Orientierung teilt es mit den Unternehmen der Sozialökonomie, in dem Sinne wie sie hier verstanden werden sollen, so dass insoweit Übereinstimmung besteht.

Allerdings ist das Konzept der Gemeinwesenökonomie nicht in erster Linie ökonomisch ausgerichtet. Es bezieht sich weniger auf die sozialen Potenziale von "privaten" Klein-Unternehmen sondern hat einen abstrakteren Zugriff. Die Gemeinwesenarbeit und in ihrem Gefolge die Gemeinwesenökonomie wird als intermediäre Instanz verstanden, die – ganz grob gesagt- zwischen Staat, Markt und der Lebenswelt der Betroffenen vermittelt. Sie beinhaltet auch eine starke Handlungsorientierung in dem Sinne, dass durch gezielte Interventionen sozialarbeiterischer Art die Handlungs- und Selbstorganisationspotentiale der betroffenen Bürger geweckt und gefördert werden sollen (z.B. durch das sog. Quartiermanagement). Es richtet sich in seinem sozialpflegerischen Impetus an die betroffenen professionalisierten Instanzen der Sozialarbeit und dabei in erster Linie an die Kommunen.

Während die Sozialökonomie auf unternehmerische Impulse setzt, richtet sich der Anspruch der Gemeinwesenökonomie darauf, durch die Integration professioneller Unterstützungs- und Hilfsangebote aus dem öffentlichen Sektor Beiträge für ein funktionierendes Gemeinwesen -in der Regel auf örtlicher oder regionaler Basis- zu liefern.

II Solidarökonomie

Sehr verwandt mit den Zielen der Gemeinwesenökonomie ist die Solidarökonomie. Diese hat ihren Ursprung in Frankreich.²⁴ Im Unterschied zu jener betont sie sehr stark ihre Verankerung in Gegenmilieus und in den Armutsschichten. "Die Projekte wollen die Entfremdung und Fremdausbeutung der Menschen abbauen. Sie versuchen modellhafte Arbeitszusammenhänge und Produktionsverhältnisse innerhalb des kapitalistischen Wirtschafts-

²³ vgl. auch § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII.

²⁴ Monzon/Chaves S. 36f.

systems zu entwickeln, die sich an den Bedürfnissen der Menschen orientieren und in sozialverträglicher Weise Gebrauchswerte für sie schaffen und nicht nur Tauschwerte".²⁵ Klöck versteht die aktuellen, zeitgenössischen Projekte der sog. Alternativen Ökonomie als legitime Fortsetzung der Solidarökonomie aus der Tradition der Genossenschaftsbewegung: Er zeigt dabei den Mischcharakter dieser Wirtschaftsform auf, die sich in den zur Verfügung stehenden Revenuen (Erträge aus Erwerbsarbeit, staatliche Transfereinkommen, öffentliche Subventionen, Spenden und Stiftungszuwendungen sowie eingebrachte Eigenarbeit) widerspiegelt.²⁶ Auch der Bericht über die Sozialwirtschaft in Europa hebt die für die Solidarwirtschaft typischen "Mischformen zwischen Markt-, Nichtmarkt- und geldloser Wirtschaft"²⁷ hervor. Gerade dieser Mischcharakter beschreibt den hier interessierenden Gegenstandsbereich, wobei ich allerdings stärker den Erwerbscharakter der Sozialunternehmen betonen möchte und daher auf die Einbeziehung von Eigenarbeit, geldloser Wirtschaft und ehenamtlichen Engagement in diesem Zusammenhang verzichte.

Historisch sicher zutreffend, aber nicht zwingend konstitutiv für Projekte und Unternehmen der SÖ würde ich ihre Verankerung in Armut- und sozialkulturellen Gegenmilieus bewerten. Warum z.B. sollten etwa kirchliche Gruppen nicht ein Projekt der SÖ starten oder was spricht dagegen, dass sich IT-Freaks zusammentun um ein open source-Projekt zu verwirklichen? Sicher ist richtig, dass gerade durch die Realisierung des Projekts soziale Inhalte, die sich nicht in der Konsumtion des Produkts erschöpfen, transportiert werden und damit ein überschießender Teil realisiert wird, aber das macht die Akteure noch nicht zum Teil eines Gegenmilieus, wenn man diesen Begriff denn nicht völlig entleeren will.

III Gemeinwohlökonomie

Unter Gemeinwohlökonomie soll hier eine soziale Bewegung verstanden werden, die seit den 90er Jahren zunehmende Beachtung findet. Sie hat ihren Ausgangspunkt in Österreich, von dort kommt auch ihr „Vordenker“ C. Felber, Autor mehrerer einschlägiger Bücher.²⁸ Hinter dieser Bewegung stehen heute ca. 1.000 Unternehmen, die aktiv an der Umsetzung ihrer Programmatik arbeiten.²⁹ Grob gesagt zeichnet sich die Idee der Gemeinwohlökonomie dadurch aus, dass die Wirtschaft dem Menschen dienen und sie daher in erster Linie Gemeinwohlziele verfolgen soll. Sie orientiert sich an Werten, hat aber kein fest stehendes Konzept der Transformation, sondern versteht sich selbst als „ergeb-

²⁵ Klöck S. 16.

²⁶ a.a.O. S. 17.

²⁷ European Commission S. 37.

²⁸ u.a. „Gemeinwohlökonomie, das Wirtschaftsmodell der Zukunft“.

²⁹ siehe www.ecogood.org (Stand April 2023).

nissoffener, partizipativer, lokal wachsender Prozess“³⁰ Sie zielt nicht auf die Abschaffung des Marktes, jedoch auf die Einschränkung des Wettbewerbsgedankens zu Gunsten einer breit angelegten Kooperation der Unternehmen untereinander.³¹

Angesichts der bewusst angelegten Offenheit ihrer Programmatik lässt sich das Projekt der kommunalen Förderung alternativer Wirtschaft zwanglos als Teil einer Gemeinwohlökonomie einordnen. In einer Veröffentlichung wird die Gemeinde dementsprechend auch explizit als Förderin, Vorbild und Hüterin der Gemeinwohlökonomie angesprochen.³²

IV Social Entrepreneurship

Der Begriff stammt aus dem angelsächsischen Raum, findet aber auch in Deutschland zunehmend Resonanz. Es gibt u.a. ein Magazin für social entrepreneurship³³ und einen von 2009-2012 von der Stiftung Mercator geförderten einschlägigen Forscherverbund.³⁴ Eine Leitfigur ist der mit dem Nobelpreis ausgezeichnete Gründer der Grameen-Bank M. Yunus, auf den die Idee der Mikro-Kredite zurückgeht.

Auch hier ist die Begriffsverwendung nicht eindeutig. Den inhaltlichen Kerngehalt trifft man am ehesten mit der Kennzeichnung von Unternehmen des social business durch ihre Mission, die darauf abzielt, einen sozialen Mehrwert zu generieren³⁵ oder ein soziales Problem durch unternehmerisches Handeln zu lösen.³⁶ Daher gibt es Gemeinsamkeiten mit den hier betrachteten sozialökonomischen Unternehmen. Beide setzen auf die Flexibilität und Innovationskraft von Unternehmen, beide erwarten von den Unternehmen eine soziale Rendite und bei beiden Gestaltungen liegt der Fokus auf einem Nutzen, der nicht allein durch die Konsumtion des Produkts oder der Leistung entsteht.³⁷ Schaut man etwas genauer hin, so gibt es aber auch Unterschiede. Während beim social business der soziale Nutzen -mittelbar- auf das Produkt bzw. die Leistung bezogen wird, setzen die sozialökonomischen Unternehmen mehr auf die Produktionsweise. Wichtiger ist das unterschiedliche Verhältnis zu demokratischen Institutionen.³⁸ Social entrepreneurship setzt große Erwartungen in die Kraft des Unternehmers, die nach dem Schumpeterschen Mo-

³⁰ www.ecogood.org.

³¹ vgl. Felber a.a.O. S. 20, 44f.

³² <https://germany.ecogood.org/umsetzung/gemeinden/>

³³ enorm- Wirtschaft für den Menschen.

³⁴ Hackenberg/Empter S. 11f; Domanski S. 649.

³⁵ Hackenberg/Empter a.a.O.

³⁶ Beckmann S. 79f; Spiegel S. 134f, Sommerrock S. 158.

³⁷ Stein S. 36f; Spiegel S. 136f.

³⁸ Stein S. 43ff; Habisch S. 52f.

dell Innovationen schafft, zu denen der Staat gerade nicht in der Lage ist. Sie kann demnach neue gesellschaftlich verankerte soziale Praktiken unabhängig vom Staat realisieren und verankern. Damit fehlt der Idee des social business aber gerade die Rückkoppelung an eine demokratisch legitimierte Instanz wie die Gemeinde. Die Gemeinde als demokratisch legitimierte Institution trägt Verantwortung für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl ihrer Einwohner, der sie sich nicht entziehen kann.

Die Idee des social business mit ihrem Vertrauen in die Potenz des Unternehmertums unterschätzt im Übrigen die Gefahren, die ihrer sozialen Mission durch das kapitalistische Geschäftsmodell drohen. Beispielhaft sei auf die sog. Sharing-Ökonomie verwiesen, die neben Ressourcenschonung auch einen egalitären Zugang zu den geteilten Produkten und Leistungen verspricht und damit einen kooperativen und vertrauensvollen gesellschaftlichen Umgang. In der Realität sind die meisten dieser Ideen von einem kapitalistischen Geschäftsmodell usurpiert und ihre ursprüngliche Intention verfälscht worden. Auf dem online-Marktplatz wird aus dem geteilten Produkt eine Ware, private Verbindungen werden kommerzialisiert, der private Einzelne wird zum Unternehmer und Datenlieferanten.³⁹

V Corporate Citizenship

Eine Entwicklung, die aus dem angelsächsischen Raum kommt, veranlasst Unternehmen, an ihren Standorten zusammen mit Kommunen und sozialen Einrichtungen unterschiedliche soziale Projekte zu realisieren. Häufig stellen sie dazu personelle und/oder sachliche Kapazitäten zur Verfügung. Dafür hat sich die Bezeichnung Corporate Citizenship (bürgerhaftliches Engagement von Unternehmen) eingebürgert.⁴⁰

Diese Unternehmen sind - auch nach ihrem Selbstverständnis - keine Unternehmen der Sozialökonomie. Ihr soziales Engagement ist in der Regel akzidentiell, vor allen Dingen ist es losgelöst von ihrem eigentlichen Geschäftsmodell. Damit fallen sie aus dem Kreis der sozialwirtschaftlichen Unternehmen heraus.

³⁹ Daum S. 136ff.

⁴⁰ Berthoin/Dierkes/Oppen S. 275.

§ 5 Ansätze einer unionsrechtlich regulierten Sozialwirtschaft

Anders als Deutschland hat die europäische Union schon vor vielen Jahren Initiativen in die Wege geleitet, die der Sozialwirtschaft zu größerer Verbreitung und Wirkung verhelfen sollen.

I Definition

In der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 25.10.2011⁴¹ hat die Kommission eine „Initiative für soziales Unternehmertum“ gestartet. Dort stellt sie die Bedeutung der Sozialwirtschaft heraus, gibt eine Beschreibung der Sozialwirtschaft und stellt einen Aktionsplan auf, der die drei von der Kommission als wesentlich erkannten spezifischen Problembereiche der Sozialwirtschaft einer Lösung näherbringen soll und schließt mit einem Ausblick auf weiterführende Ideen ab. Die Kommission sieht in der Sozialwirtschaft einen wichtigen Akteur auf dem europäischen Binnenmarkt. Nicht nur weil er in verschiedenen Mitgliedsstaaten -unterschiedlich stark- vertreten ist,⁴² sondern weil er für ein neues Wachstumsmodell steht: „Der Binnenmarkt braucht ein neues, integratives und auf die Beschäftigung für alle ausgerichtetes Wachstum. Es gilt, den wachsenden Forderungen der europäischen Bürger Rechnung zu tragen, damit ihre Arbeitswelt und ihr Konsum-, Spar- und Investitionsverhalten stärker von Ethik und Sozialbewusstsein geprägt werden.“⁴³

Die Definition der Sozialwirtschaft deckt sich mit der oben eingeführten Umschreibung der Sozialökonomie. „Unter Sozialunternehmen versteht die Kommission Unternehmen für die das soziale oder gesellschaftliche gemeinnützige Ziel Sinn und Zweck ihrer Geschäftstätigkeit darstellt, was sich oft in einem hohen Maße an sozialer Innovation äußert,- deren Gewinne größtenteils wieder investiert werden, um dieses soziale Ziel zu erreichen- und deren Organisationsstruktur oder Eigentumsverhältnisse dieses Ziel widerspiegeln, da sie auf Prinzipien der Mitbestimmung oder Mitarbeiterbeteiligung basieren oder auf soziale Gerechtigkeit ausgerichtet sind.“⁴⁴ Im Hinblick auf ihren Geschäftszweck beschreibt sie Sozialunternehmen als solche, für „die das soziale oder gesellschaftliche gemeinnützige Ziel Sinn und Zweck ihrer Geschäftstätigkeit darstellt.“⁴⁵ Wie sich aus der

⁴¹ KOM (2011) 682 endgültig.

⁴² dazu European Commission Seite 14ff.

⁴³ KOM (2011) 682 S.1.

⁴⁴ a.a.O. S.2f.

⁴⁵ a.a.O. S 2.

Verwendung der Formulierung „unter anderem“⁴⁶ schließen lässt, ist die Definition offensichtlich nicht abschließend gemeint. Im Weiteren bildet sie zwei Gruppen von Sozialunternehmen. Eine Gruppe, die Sozialdienstleistungen erbringt und/oder Produkte für eine besonders schutzbedürftige Personengruppe herstellt. Die zweite Gruppe zeichnet sich durch die Beschäftigung von marginalisierten Personen aus, ihre Tätigkeit muss jedoch nicht sozial ausgerichtete Güter und Dienstleistungen umfassen. Der Leistungsbereich der ersten Gruppe ist in einem Klammerzusatz⁴⁷ näher beschrieben: „Vermittlung von Wohnraum, Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen, Betreuung von älteren oder behinderten Personen, Integration sozial schwacher Bevölkerungsgruppen, Kinderbetreuung, Zugang zu Beschäftigung und lebenslangem Lernen, Pflegemanagement usw.“

Die Schlussfolgerung des Europäischen Rats vom 07.12.2015⁴⁸ hebt die sozialwirtschaftliche Agenda auf eine „höhere“ politische Ebene, hat jedoch keine Rechtswirkung. Sie bezieht sich auf unterschiedliche Initiativen innerhalb und im Umfeld der Union zur Förderung der Sozialwirtschaft. Inhaltlich hinterlässt sie den Eindruck, dass es sich bei der Sozialwirtschaft um eine „Wunderwaffe“ zur Erreichung europäischer Schlüsselziele handle. Um nur die beiden ersten Erwägungsgründe zu zitieren, ist sie in der Lage,

- nachhaltiges Wirtschaften mit positiven sozialen Wirkungen zu verbinden
- die Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen zu befriedigen,
- einen wichtigen Beitrag zur Transformation und Evolution der Gesellschaft, Wirtschaft und der Wohlfahrtssysteme zu leisten,
- ergänzende Funktionen gegenüber staatlichen Wohlfahrtsregimen wahrzunehmen,
- nachhaltiges, smartes und inklusives Wachstum zu schaffen
- ebenso wie hochwertige Beschäftigung, soziale Kohäsion, soziale Innovation, lokale und regionale Entwicklung und Umweltschutz,
- ökonomische Krisen zu überstehen
- und das Wohlergehen der Menschen zu gewährleisten.

Der Europäische Rat setzt dabei auf „einen konstruktiven Dialog zwischen europäischen, nationalen, regionalen und/oder lokalen Behörden und allen relevanten Stakeholdern“.⁴⁹

Das Europäische Parlament und der Rat haben mit der ersten rechtsverbindlichen Definition der Sozialwirtschaft in Art. 2 Ziffer 1 der VO 1296/2013 einen neuen Weg eingeschla-

⁴⁶ a.a.O. S.3.

⁴⁷ a.a.O. S. 3.

⁴⁸ 15071/15 SOC711 EMPL 464.

⁴⁹ Nr. 17 der Erwägungsgründe.

gen, der teilweise über die oben beschriebene Tendenz hinaus geht. Danach gehört zur Sozialwirtschaft ein Unternehmen, das „Dienstleistungen oder Produkte mit hoher sozialer Rendite zur Verfügung stellt“⁵⁰ (Gruppe1) und/oder „bei der Produktion von Gütern und Dienstleistungen eine Methode anwendet, in die sein soziales Ziel integriert“ ist.⁵¹ (Gruppe2)

Diese Begriffsbestimmung ist gerade im Hinblick auf die Problematik der Beschreibung des für die Sozialwirtschaft konstitutiven Zwecks der Verfolgung sozialer Ziele deutlich großzügiger als jene aus dem Initiativpapier aus dem Jahr 2011. Bei der Gruppe 2 ist das Merkmal der Beschäftigung einer bestimmten Personengruppe aufgelöst in die abstrakte Anforderung, eine Methode zu verfolgen, in die ein soziales Ziel integriert ist. In der Gruppe 1 ist die Neubestimmung nicht ganz so umfassend erfolgt, hier stehen nach wie vor Sozialdienstleistungen bzw. die sozialaffine Güterproduktion im Zentrum. Allerdings wurde der beispielhafte Verweis auf bestimmte Sozialdienstleistungen zugunsten eines allgemeinen beschriebenen Attributs der „hohen sozialen Rendite“ gestrichen.

Die VO 1296/2013 wurde mit Wirkung vom 01.01.2021 durch die VO 2021/1057 abgelöst. Sie enthält in Art. 2 Abs. 1 Ziffer 13 die Definition eines „Sozialen Unternehmens“, sie schließt ausdrücklich Unternehmen der Sozialwirtschaft ein, beschränkt sich aber nicht auf diese. Die oben dargestellte Differenzierung nach Gruppe 1 und Gruppe 2 wurde beibehalten und findet sich jetzt in Art. 2 Abs. 1 Ziffer 13a. Zu den europäischen Erwartungen an die Sozialwirtschaft äußert sich die Mitteilung der Kommission COM (2021) 778 final.

II Kommunale Relevanz

Die Union stützt ihre Bemühungen um eine Stärkung der Sozialwirtschaft im Wesentlichen auf zwei politische Ansätze: als Teil der Strukturpolitik und als Teil der Binnenmarktintegration. Im Folgenden soll daher untersucht werden, welche Folgen, insbesondere welche Verpflichtungen für die Gemeinden die europäischen Normen und Instrumente haben.

1 Strukturpolitik

Ein wesentliches Instrument der europäischen Strukturpolitik sind die europäischen Strukturfonds.⁵² Sie dienen dazu, die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten⁵³ im Sinne ei-

⁵⁰ Art. 2 Ziffer 1 lit a i.

⁵¹ Art. 2 Ziffer 1 lit a ii.

⁵² Art. 175 Abs. 1 Satz 3 AEUV.

⁵³ Art. 175 Abs. 1 Satz 1 AEUV.

ner EU-weiten Kohäsion zu unterstützen. Die einschlägigen Strukturfonds bieten diverse Möglichkeiten zur Unterstützung der Sozialwirtschaft. Ob und ggf. wie weit die Gemeinden davon selbst begünstigt werden können, wird unten in § 7 II dargestellt.

2 Binnenmarktpolitik

Wie oben bereits angedeutet sieht die Union die Sozialwirtschaft in einer Zukunftsperspektive als Teil eines sozialintegrativen Binnenmarktes.

Die lokalen Unternehmen haben definitionsgemäß nur einen lokal begrenzten Wirkungskreis, so dass sich die Frage stellt, ob ihre Tätigkeit überhaupt eine Binnenmarktrelevanz aufweist. Stellt man auf die vier Grundfreiheiten ab, könnte man fragen, ob die Dienstleistungsfreiheit und die Freiheit des Personenverkehrs betroffen sein könnten. Nachdem die Beschäftigung eines Arbeitnehmers aus der Union in den SÖ-Unternehmen genauso wenig ausgeschlossen sein soll wie die Gründung eines solchen Unternehmens durch einen EU-Ausländer –sofern sie denn in der betroffenen deutschen Kommune leben,-kann die Freizügigkeit⁵⁴ bzw. die Niederlassungsfreiheit⁵⁵ betroffen sein. Dagegen dürfte die Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit in der Regel ausscheiden, weil diese eine nur vorübergehende Anwesenheit in Deutschland zur Voraussetzung hat, die betroffenen Unternehmen dagegen auf die lokale Verankerung setzen. Dies schließt aber nicht generell aus, dass auch EU-Ausländer Dienstleistungen für die lokalen Unternehmen erbringen. Was die Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit betrifft gelten diese für diese Unternehmen genauso wie für jedes andere Unternehmen, je nach seinem Gegenstand und Geschäftsbetrieb.

Somit kann festgehalten werden, dass die Tätigkeit der SÖ-Unternehmen durchaus eine Relevanz für den Binnenmarkt entfalten kann, insbesondere wenn diesen Unternehmen öffentliche Leistungen gewährt werden, die EU-ausländische Wettbewerber benachteiligen. Ob ihre Förderung durch eine Gemeinde gegen Wettbewerbsvorschriften verstößt, die den Binnenmarkt schützen, wird unten näher im Abschnitt G Teil 1 erörtert.

Mit der VO 346/2013 v. 17.04.2013 über Europäische Fonds für soziales Unternehmertum hat die Union die Integration der Sozialwirtschaft in den Binnenmarkt durch eine sog. präventive Harmonisierung eingeleitet.⁵⁶ Sie stützt sich dabei auf Art. 114 AEUV. In der Sache beschränkt sich die Verordnung auf das Ziel, Kapital privater (hauptsächlich professionel-

⁵⁴ Art. 45 AEUV.

⁵⁵ Art. 49 AEUV.

⁵⁶ Erwägungsgrund 3.

ler) Anleger für die Sozialunternehmen zu aktivieren. Technisch wählt sie den Weg, über die Konstruktion eines labels, das nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen verwendet werden darf, europaweit einheitliche Anforderungen zu setzen ohne in bestehende eigene Regelungen der Mitgliedstaaten einzugreifen.⁵⁷

III Lokale sozialökonomische Unternehmen als Teil der europäischen Sozialwirtschaft

Im Zentrum unseres Interesses stehen soziale Unternehmen, die einen lokalen Nutzen generieren sollen. Nach der Definition aus dem Initiativpapier gehörten diese lokal-orientierten Unternehmen dann zur Sozialwirtschaft, wenn sie bestimmte Personengruppen beschäftigten und/oder bestimmte Sozialdienstleistungen bzw. sozial-affine Güter zur Verfügung stellten. Damit ist sicherlich ein breites Spektrum sozialpolitisch motivierten, gemeindenahen Unternehmertums abgedeckt. Unsere Fragestellung reicht jedoch weiter. Wie sieht es mit Unternehmen aus, die einen lokalen Nutzen stiften wollen auch ohne obligatorische Beschäftigung marginalisierter Personen? Mit Unternehmen, die sich nicht beschränken wollen auf Sozial-Dienstleistungen und –Produkte?

Es ist offensichtlich, dass vor allem die Änderung in Gruppe 2 einen Weg eröffnet, wie diese Unternehmen in die EU-Sozialwirtschaft integriert werden können: Das „soziale Ziel“ ist in derjenigen Produktionsweise verwirklicht, die neben dem Verzicht auf Profit die Voraussetzungen dafür liefert, in einer transparenten und kooperativen Unternehmensführung einen besonderen Nutzen für die örtliche Gemeinschaft realisieren zu können.

Neben dem „sozialen Ziel“ sind auch die beiden anderen Elemente der neuen Definition in einem derartigen Unternehmen der Sozialökonomie erfüllt:

1 Betonung kooperativer Verhaltensweisen

Unter dieser Überschrift soll sowohl die innere Struktur und Organisation des Sozialunternehmens wie auch seine institutionalisierten Beziehungen nach außen erfasst werden. Der betreffende Absatz in der Definition, welche die VO 2021/1057 gibt, beschreibt ein Unternehmen, das „in einer von Unternehmergeist geprägten, verantwortlichen und transparenten Weise geführt wird, insbesondere durch Einbindung der Arbeitnehmer, Kunden und Interessenträger, die von der Geschäftstätigkeit betroffen sind.“⁵⁸ Diese Be-

⁵⁷ zu diesem Regulierungsansatz eines Zertifizierungsregimes siehe F.Möslein in ZRP 2017,177f.

⁵⁸ Art. 2 Abs. 1 Ziffer 13c.

schreibung deckt sowohl den inneren wie äußeren Aspekt ab und bietet genügend Freiheit für eine Organisations- und Handlungsform, die den Anforderungen einer größtmöglichen Beteiligung der Arbeitnehmer, der Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit und den öffentlichen Geldgebern und der Berücksichtigung der Interessen von Kunden und anderen Stakeholdern entspricht.

2 Relativierung der Profitorientierung

Oben in § 1 wurde dieses Kriterium dahingehend spezifiziert, dass ein eventueller Überschuss ausschließlich für soziale Zwecke verwendet werden darf. Der einschlägige Passus in der Definition aus der VO 2021/1057 verlangt von einem Sozialunternehmen, dass es „seine Gewinne in erster Linie zur Erreichung seines vorrangigen Ziels einsetzt und im Voraus Verfahren und Regeln für eine etwaige Gewinnausschüttung an Anteilseigner und Eigentümer festgelegt hat, die sicherstellen, dass eine solche Ausschüttung das vorrangige Ziel nicht untergräbt.“⁵⁹ Damit ist die vorrangige Verfolgung sozialer Zwecke sicher gestellt.

3 Finanzierung der Sozialunternehmen

Abschließend soll auf einen wesentlichen Unterschied hingewiesen werden zwischen der EU-Sozialwirtschaftsprogrammatik und dem hier untersuchten SÖ-Projekt. Die Union legt Wert darauf, dass auch die Sozialunternehmen durch private Beiträge finanziert werden. Irgendeine Privilegierung von staatlichen Finanzierungsbeiträgen im Rahmen der Beihilfeprüfung ist daher für diese Unternehmen nicht vorgesehen. Wie bereits ausgeführt verfolgt die Union langfristig das Ziel, auch diese Unternehmen in den Binnenmarkt zu integrieren. Sie möchte zu diesem Zweck ein „Markt-Ökosystem“ schaffen, mit Hilfe dessen den Sozial- und vergleichbaren Unternehmen der Zugang zu Finanzmitteln erleichtert wird.⁶⁰ Ein Teil dieser Bemühungen besteht in der Kreation eines Europäischen Fonds für soziales Unternehmertum (EuSEF), der bereits mit der VO 346/2013 geschaffen wurde. Dahinter ist ein Label verborgen, das nach EU-weiten Vorgaben an private Investmentfonds vergeben wird, die sich um die Finanzierung sozialwirtschaftlicher Unternehmen kümmern.

⁵⁹ Art.2 Abs. 1 Ziffer 13b.

⁶⁰ Vgl. Art. 25 e VO 2021/1057 und den Erwägungsgrund Nr. 36.

§ 6 Deutsche Strategie für Soziale Innovationen und Gemeinwohlorientierte Unternehmen

Im September 2023 hat die Bundesregierung erstmalig eine umfangreiche „Nationale Strategie für Soziale Innovationen und Gemeinwohlorientierte Unternehmen“ verabschiedet.⁶¹ Darin werden 11 Handlungsfelder identifiziert, auf denen die Regierung in den nächsten Jahren konkrete Initiativen starten möchte. Der strategische Ansatz lässt sich mit demjenigen der Europäischen Union vergleichen, wobei die deutsche Strategie auf spezifisch nationale Bedürfnisse Rücksicht nimmt. Insbesondere sollen bestehende nationale Förderprogramme für Gemeinwohlorientierte Unternehmen geöffnet werden. Für unseren Zusammenhang sind die Handlungsfelder 3 („Vernetzung, Kollaboration und Transfer voranbringen“) und 5 („Förderinstrumente bedarfsgerecht entwickeln und ausbauen“) interessant.

Im Handlungsfeld 3 werden u.a. folgende Maßnahmen erwogen:

„Zur verstärkten Kollaboration und Kooperation mit zivilgesellschaftlichen Initiativen setzt sich die Bundesregierung vermehrt für Open Social Innovation Prozesse ein. Sie stehen für einen breiten Beteiligungsprozess (Open), um gesellschaftliche Herausforderungen (Social) mit neuen Lösungen (Innovation) anzugehen.“⁶²

„Viele Soziale Innovationen schließen Lücken in der öffentlichen Daseinsvorsorge. Solche erprobten Lösungen könnten über staatliche Strukturen in die Breite gebracht werden, um die Wirksamkeit staatlicher Leistungen zu steigern. Die Bundesregierung wird zivilgesellschaftliche Initiativen in das Ökosystem für Soziale Innovationen partnerschaftlich einbeziehen.“⁶³

Maßnahmen aus dem Handlungsfeld 5:

„Die Kommunen in Deutschland übernehmen einen signifikanten Teil der Daseinsvorsorge und sind damit der Nährboden für Soziale Innovationen und Gemeinwohlorientierte Unternehmen. Das Programm „Kommunen innovativ“ fördert die Zusammenarbeit von Kommunen mit wissenschaftlichen, wirtschaftlichen und zivilgesellschaftlichen Einrichtungen, um neue Perspektiven und Lösungen für die Nachhaltigkeitstransformation zu entwickeln.“⁶⁴

⁶¹ <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Dossier/nationale-strategie-fuer-sozialunternehmen-und-social-startups.html> (Stand 23.04.2024)

⁶² S. 24.

⁶³ S. 25.

⁶⁴ S. 30.

„Soziale Innovationen entstehen auch im bürgerschaftlichen Engagement. Sie können dabei auch wichtige Impulse für eine gemeinwohlorientierte Wirtschaft geben. Die Deutsche Stiftung für Engagement und Ehrenamt (DSEE) der Bundesregierung hat u. a. den Stiftungszweck, Innovationen im Bereich des bürgerschaftlichen Engagements und des Ehrenamts, insbesondere digitale Innovationen, zu fördern.“⁶⁵

„Gemeinwohlorientierte Unternehmen und Soziale Innovationen spielen auch im Städtebau und in der Wohnungswirtschaft eine wichtige Rolle. Deshalb unterstützt der Bund die Entwicklung von Wohnungsgenossenschaften mit einem Förderprogramm zum Erwerb von Genossenschaftsanteilen.“⁶⁶

Im Gegensatz zu den erwähnten europäischen Initiativen besteht die deutsche Strategie bisher nur in einer Ankündigung von Maßnahmen. Es ist daher zu früh, um deren faktische Auswirkungen z.B. auf lokale SÖ-Unternehmen abschätzen zu können. Sie macht aber deutlich, dass die Bundesregierung die Bedeutung der Kommunen und des bürgerschaftlichen Engagements in diesem Feld erkennt und würdigt. Auch das Anwendungsfeld der Wohnungswirtschaft findet seinen Platz. Die geplanten Maßnahmen haben allerdings meistens eine technologische Zielrichtung, insbesondere im Hinblick auf die Digitalisierung.

In dem Strategie-Papier werden auch Änderungen des Rechtsrahmens angesprochen. So sollen Verbesserungen im Genossenschafts- und Gesellschaftsrecht zu Gunsten von gemeinwohlorientierten Unternehmen erfolgen.⁶⁷ An welchen Punkten diese Verbesserungen ansetzen sollen, wird nicht erklärt.

„Eine neue Wohngemeinnützigkeit mit steuerlicher Förderung und Investitionszulagen wird von der Bundesregierung auf den Weg gebracht. Sie soll nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit die Struktur der etablierten Wohnungswirtschaft ergänzen, ohne diese zu benachteiligen.“⁶⁸

Daneben möchte sich die Bundesregierung bei der EU-Kommission dafür einsetzen, „das Beihilferecht für Soziale Innovationen und Gemeinwohlorientierte Unternehmen besser auszugestalten.“⁶⁹ Auch hier wird nicht klar, in welche Richtung diese Initiative zielen soll.

⁶⁵ S. 30f.

⁶⁶ S. 31.

⁶⁷ S. 16.

⁶⁸ S. 17.

⁶⁹ S. 48.

§ 7 Staatliche und europäische Förderprogramme mit lokal-sozialökonomischer Programmatik

Abschließend sollen noch zwei wichtige Praxisbeispiele vorgestellt werden, die auch für die Realisierung von Projekten mit einer lokalen und/oder sozialwirtschaftlichen Ausrichtung stehen. Es handelt sich um nicht-kommunale Förderprogramme, die Gemeinden befinden sich dabei eher in der Rolle des Förderobjekts, haben aber auch Beteiligungsrechte und -pflichten. Aus dem Design der Programme und den Erfahrungen mit ihnen können Erkenntnisgewinne für eine entsprechende gemeindliche Förderpraxis gewonnen werden.

I Soziale Stadt

Unter diesem Namen firmiert ein Bundesprogramm, das ursprünglich als Initiative zur reinen Städtebauförderung begonnen hat. Es wurde 1999 als reines Investitionshilfeprogramm nach Art. 104a Abs. 4 a.F. GG installiert. Im Jahr 2004 wurden die Inhalte des Programms einfachgesetzlich in § 171e BauGB fixiert. Mit der Föderalismusreform I 2006 wurde dieser Absatz in den neuen Art. 104b GG – mit einigen Änderungen – übernommen.

Es handelt sich um ein Bund-Länder-Programm, d.h. die Länder wählen eigenverantwortlich die Maßnahmen aus, die sich im Rahmen der gesetzlichen Zweckbestimmung bewegen müssen.⁷⁰ Der Programmfokus liegt auf Investitionen in Sachgüter, allerdings haben sich in den letzten 20 Jahren um das Programm herum Entwicklungen ergeben, die seinen Anwendungsbereich auf nicht-investive Vorhaben etwas verschoben haben. So werden auch vorbereitende Maßnahmen wie z.B. Gutachten und Untersuchungen ebenso finanziert wie Koordinierungsaufgaben, insbesondere das sog. Quartiersmanagement.⁷¹ In dem Zeitraum von 2006 bis 2010 gab es die Möglichkeit, sog. Modellvorhaben im nicht-baulichen Bereich zu fördern. Seit 2008 bietet der sog. Verfügungsfonds die Möglichkeit zur Finanzierung von vorbereitenden und begleitenden Maßnahmen. Der Fonds muss zur Hälfte von Privaten finanziert werden, er soll Kooperationen in den Gemeinden erleichtern und gilt für alle städtebaulichen Programme.

1 Rolle der Gemeinden im Förderverfahren

§ 171e BauGB beschreibt die gemeindlichen Beteiligungsrechte und -pflichten. In Abs. 2 sind die Maßnahmen näher gefasst. Er lautet: „Städtebauliche Maßnahmen der Sozialen

⁷⁰ eine gute Beschreibung des institutionellen Rahmens bieten Runkel/Kiepe S. 12ff.

⁷¹ vgl Runkel/Kiepe a.a.O. S. 9.

Stadt sind Maßnahmen zur Stabilisierung und Aufwertung von durch soziale Missstände benachteiligten Ortsteilen oder anderen Teilen des Gemeindegebiets, in denen ein besonderer Entwicklungsbedarf besteht. Soziale Missstände liegen insbesondere vor, wenn ein Gebiet auf Grund der Zusammensetzung und wirtschaftlichen Situation der darin lebenden und arbeitenden Menschen erheblich benachteiligt ist. Ein besonderer Entwicklungsbedarf liegt insbesondere vor, wenn es sich um benachteiligte innerstädtische oder innenstadtnah gelegene Gebiete oder verdichtete Wohn- und Mischgebiete handelt, in denen es einer aufeinander abgestimmten Bündelung von investiven und sonstigen Maßnahmen bedarf.“

Nach Absatz 3 ist ein Beschluss der Gemeinde notwendig, der das Maßnahmegebiet abgrenzt. Damit erkennt die Gemeinde einen besonderen Entwicklungsbedarf an und macht ihn damit auch zur eigenen Angelegenheit.⁷² Absatz 4 verlangt von der Gemeinde die Aufstellung eines integrierten Entwicklungskonzepts unter Beteiligung der Betroffenen. Dieses Konzept geht über rein städtebauliche Maßnahmen hinaus. Es soll insbesondere Maßnahmen vorschlagen, die „der Verbesserung der Wohn- und Arbeitsverhältnisse sowie der Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen dienen“. Damit wird eine weitere Besonderheit des Programms angesprochen: Durch Bündelung mit anderen Programmen – gleich welcher Herkunft – soll die Wirksamkeit und Breite der eigentlichen Soziale Stadt -Maßnahmen erhöht werden.

In Absatz 5 wird der Gemeinde eine allgemeine Koordinierungsfunktion zugewiesen.

2 Inhaltliche Impulse für die Sozialökonomie

Die Förderung der Lokalen Ökonomie hat im Rahmen der Sozialen Stadt einen hohen programmatischen Wert.⁷³ Sie ist Bestandteil vieler Projekte in den Programmstädten. Daher stellt sich die Frage, ob die einschlägigen Erfahrungen in den Städten nutzbar gemacht werden können für das Konzept der SÖ-Förderung. Anhaltspunkte liefern die beiden Zwischenevaluierungen des Programms aus den Jahren 2004 und 2017.⁷⁴

a Geeignete Wirtschaftssektoren und Handlungsfelder

Als Sektoren, die sich für Interventionen durch das Programm eignen, werden die Nahversorgungsbetriebe und die Wohnungswirtschaft genannt.⁷⁵ Die Betriebe der Nahver-

⁷² s.a. Runkel/Kiepe a.a.O. S.11.

⁷³ vgl. den ARGEBAU-Leitfaden 2005, S. 6f der Gemeinschaftsinitiative Soziale Stadt.

⁷⁴ Institut für Stadtforschung und Strukturpolitik, im folgenden 2004; Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung, im folgenden 2017.

⁷⁵ 2017 S.99; 2004 S. 196.

sorgung wegen ihrer Sichtbarkeit und unmittelbaren Erlebbarkeit und deren Bedeutung für die Versorgung von Bewohnern, die in ihrer Mobilität eingeschränkt sind. Die Wohnungswirtschaft wegen ihrer Bedeutung für die Mieterstrukturen und ihre Investitionsmächtigkeit vor Ort. Daneben wird die Bedeutung der Migranten-Ökonomie und der Kreativwirtschaft hervorgehoben.⁷⁶ Ansatzpunkte für Fördermaßnahmen werden übereinstimmend in der „Verhinderung von Leerständen oder Brachen und um die Erhaltung oder Herstellung einer vielfältigen Nutzungsmischung“⁷⁷ gesehen.

Aus Sicht der SÖ-Förderung spricht nichts dagegen, sich diese Erfahrungen zu Nutze zu machen. Dies gilt noch mehr für die Bedeutung des Quartiers als der zentralen räumlichen, sozialen und wirtschaftlichen Kategorie für lokalökonomische Interventionen. In vielen Untersuchungen wurde das Wohnquartier für die Kommunalpolitik „als Ebene des Handelns“⁷⁸ oder als „wesentliche Ressource zur Lebensbewältigung“⁷⁹ definiert. Auch Häußermann/Wutzbacher sehen in dem Quartier einen bevorzugten Ort für eine erfolgreiche Integration. „Anzahl und Qualität zivilgesellschaftlicher Leistungen charakterisieren den politischen Zustand eines städtischen Quartiers auf einer basalen Ebene; sie sind in der Lage, kleinräumig-partikulare öffentliche Güter herzustellen. Vieles deutet darauf hin, dass das soziale Kapital innerhalb der einzelnen Quartiere einen bedeutenden Einfluss auf die politische Integrationskraft der gesamten Kommune hat.“⁸⁰ Im Quartier wird daher auch das größte Betätigungsfeld für sozialwirtschaftliche Betriebe liegen. Die beiden Autoren sehen als zweites Element für die politische Integration eine Verknüpfung der Netzwerke auf Quartiersebene mit der Gemeinde als „repräsentativ-demokratischer Einheit.“⁸¹ Die Verknüpfung mit den Gemeinderepräsentanten soll einmal Ressourcenzuflüsse in die Quartiersebene ermöglichen und zum anderen die Quartiersansprüche politisch reformulieren, wozu dann auch der Abgleich mit gesamtstädtischen Interessen gehört. Als drittes wichtiges Element sehen sie Vermittlungsinstanzen zwischen den beiden o.g. Elementen, die z.B. in lokalen Vereinsstrukturen liegen können.⁸²

Ein ganz neues Projekt auf Quartiersebene stellen die Planungen für sog. Gesundheitskioske dar. Deren Aufstellung wird initiiert vom Bundesministerium für Gesundheit.⁸³ Dabei

⁷⁶ a.a.O.

⁷⁷ 2004 S. 196; s.a. 2017 S. 100f.

⁷⁸ Allisch S. 7.

⁷⁹ Dangschat S. 100.

⁸⁰ S. 436.

⁸¹ S. 437f.

⁸² Siehe dazu auch unten Teil 2 § 3 I 2

⁸³ Einzelheiten unter <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/begriffe-von-a-z/g/gesundheitskiosk.html> (Stand 23.04.2024)

handelt es sich um ein Gemeinschaftsprojekt zwischen Kommunen und Krankenkassen, denen auch der wesentliche Finanzierungsanteil zukommen soll.

b Lokalökonomische Ansätze des Programms

Nicht verschwiegen werden sollen jedoch die schwerwiegenden Probleme, die sich insbesondere in der Einbeziehung der Lokalökonomie in die Soziale Stadt-Programmstruktur gezeigt haben.⁸⁴ Sie weisen auf ein grundlegendes Dilemma hin, aus dem Schlussfolgerungen für die Sozialökonomie gezogen werden können. So stellt die jüngste Zwischenevaluierung nüchtern fest: „Die Auswertung der Fallstudien zum Handlungsfeld Lokale Ökonomie kommt dagegen zu einer eher negativen Einschätzung: Sie bescheinigt diesem Handlungsfeld in der Mehrzahl nur eine untergeordnete bzw. gar keine Rolle, hält den Grad der Zielerreichung für insgesamt gering und stellt dafür als wesentliche Ursache fest, 'dass das Handlungsfeld Lokale Ökonomie auf der Quartiersebene nur in begrenztem Maße zu beeinflussen und stark von übergeordneten Faktoren abhängig ist.'“⁸⁵ Dies gilt trotz des Partnerprogramms BIWAQ, welches aus dem europäischen ESF und aus Mitteln des Bundesbauministeriums gespeist wird und sich neben der Stärkung der Lokalen Ökonomie besonders um (langzeit)arbeitslose Bewohner benachteiligter Städte kümmert.⁸⁶

Das Dilemma besteht m.E. darin, dass die Programm-Quartiere definitionsgemäß benachteiligt sind, was sich in aller Regel in einer hohen Arbeitslosenquote ausdrückt. So sehen sich die Akteure dem Druck ausgesetzt, mit dem Programm auch der Arbeitslosigkeit zu Leibe zu rücken. „Nehmen sich die Quartiersmanager die Senkung der Arbeitslosigkeit zum Ziel, auch um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, 'die wichtigsten Probleme der Menschen' würden ignoriert, dann geraten sie zwangsläufig in eine unüberwindbare Diskrepanz zwischen Handlungsmöglichkeiten und Handlungszielen, also in eine 'Instrumentenfalle'.“⁸⁷ Die notwendige und immer wieder beschworene Einbeziehung der lokalen Wirtschaft ist notorisch schwach und wurde über die Jahre noch schwächer.⁸⁸ Ein wesentlicher Grund liegt darin, dass der typische Kommunikationsmodus zwischen Wirtschaftssubjekten nicht die Kooperation, sondern der Wettbewerb ist. Wenn sich Unternehmen zur Kooperation verpflichten, dann in der Regel nur, wenn sie einen Wettbewerbsvorteil davon erwarten oder zumindest keinen Wettbewerbsnachteil befürchten müssen. Wenn also die beteiligten Unternehmen und Betriebe zur Kommunikation bewegt werden sol-

⁸⁴ zu weiteren Defiziten des Programms Bogumil/Holtkamp S.122f.

⁸⁵ 2017 S. 103; ebenso pessimistisch schon der Zwischenbericht von 2004 auf Seite 196f.; in die gleiche Richtung Altrock S.135.

⁸⁶ Zwischenevaluierung 2017 S. 103f.

⁸⁷ 2004 S. 196.

⁸⁸ vgl. 2017 S. 102; Walther/Günther S. 290.

len, kann ich dies nur gemeinsam mit ihnen unter Beachtung ihrer „Zwänge“ gelingen. Diese können durchaus im Einzelfall auch für eine Kooperation sprechen, im anderen Fall muss ein entsprechendes Arrangement getroffen werden, z.B. durch Kompensationsleistungen. Einfacher ist der Prozess natürlich dann, wenn es eine Selbstverpflichtung der Betriebe zur Kooperation und reduziertem Wettbewerb gibt.

Der Ausweg aus diesem Dilemma, den die Autoren der Zwischenevaluierung 2004 vorschlagen, ist bezeichnend. Aus der -zutreffenden- Erkenntnis, dass das Problem der Arbeitslosigkeit nicht auf Quartiersebene zu lösen ist, ziehen sie den Schluss, dass es „um den Bau von Brücken in eine Beschäftigung auf dem ersten Arbeitsmarkt gehen, und das heißt in der Regel in eine Beschäftigung außerhalb des Gebiets“⁸⁹ gehen muss. Also um eine Lokalökonomie ohne Lokalbezug. Der Ansatz einer lokalen Sozialökonomie, wie er noch 2001 verfolgt wurde, hat sich aus dem Programm verflüchtigt.⁹⁰

II Europäische Strukturfonds

Die Union hat neben den oben behandelten regulatorischen Bemühungen um die Sozialwirtschaft auch Möglichkeiten zu ihrer konkreten Förderung geschaffen. Als Instrumente dienen die europäischen Strukturfonds ESF (Europäischer Sozialfonds) bzw. für die Förderperiode 2021 bis 2027 der ESF plus⁹¹ und EFRE (Europäischer Fonds für regionale Entwicklung).⁹² Beide unterstützen ausdrücklich den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt.⁹³ Sowohl die Durchführungsverordnung zum ESF⁹⁴ wie die Durchführungsverordnung zum EFRE⁹⁵ bieten Fördermöglichkeiten für Sozialunternehmen. Diese Verordnungen stehen neben der Allgemeinen Verordnung zu den sog. ESI-Fonds (Europäische Struktur- und Investitionsfonds) und enthalten spezifische Vorgaben für den jeweiligen Fonds. Während der EFRE Fonds einen regionalpolitischen Schwerpunkt hat, beschäftigt sich der ESF überwiegend mit beschäftigungspolitischen Zielsetzungen.

1 EFRE

Im Allgemeinen wird Kohäsionspolitik so verstanden, dass sie regionale Disparitäten ausgleichen will, um innerhalb Europas möglichst gleiche Ausgangsbedingungen für wirtschaftliches Wachstum einschließlich der Sicherung von Arbeitsplätzen zu schaffen. Die

⁸⁹ S.196.

⁹⁰ vgl. Cramer/Behrens S. 5; Zwischenevaluierung 2017 S.99.

⁹¹ VO 2021/1057.

⁹² vgl. Art. 175 Abs. 1 Satz 3 AEUV.

⁹³ Art. 2 Abs. 1 letzter HS VO 1304/2013 bzw. Art. 2 VO 1301/2013.

⁹⁴ VO 1304/2013: Art. 2 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 1 lit b v.

⁹⁵ VO 1301/2013: Art. 5 Abs. 9 lit c.

operationelle Umsetzung dieser Politik orientiert sich daher vorwiegend an regionalen Arbeitslosenquoten und der regionalen Verteilung des BIP. Begünstigt sind daher die Regionen mit einem unterdurchschnittlichen BIP und/oder einer überdurchschnittlichen Arbeitslosenquote.

Allerdings ist die Strukturpolitik nicht ausschließlich regional ausgerichtet. Unter dem Ziel der Förderung der sozialen Inklusion lässt der EFRE folgende einschlägige Fördermöglichkeiten zu:⁹⁶

- Investitionen in eine soziale Infrastruktur, die zur lokalen Entwicklung beiträgt⁹⁷
- Übergang von institutionalisierten Diensten zu gemeindenahen Diensten⁹⁸
- Investitionen im Zuge der von der örtlichen Bevölkerung betriebenen Entwicklungsstrategien⁹⁹
- Unterstützung von Sozialunternehmen¹⁰⁰

2 ESF plus

Dieser Fonds umfasst zwei Komponenten: eine Komponente mit geteilter Mittelverwaltung und eine sog. Easl-Komponente (Beschäftigung und soziale Innovation).¹⁰¹ Während bei der geteilten Mittelverwendung die geförderten Maßnahmen von den Mitgliedstaaten und der Union¹⁰² gemeinsam finanziert werden, liegt die Verwaltung und Finanzierungsverantwortung bei der Easl-Komponente bei der EU-Kommission. Für unseren Zusammenhang ist vorwiegend die Easl-Komponente relevant. Ihre Förderbereiche sind in Art. 25ff der VO näher beschrieben. Art. 25 g lautet: „Unterstützung der Entwicklung von sozialen Unternehmen und des Entstehens eines Marktes für Sozialinvestitionen durch Erleichterung öffentlicher und privater Interaktion sowie der Teilnahme von Stiftungen und philanthropischen Akteuren an diesem Markt;“ Hier wird im Übrigen erstmals die Beteiligung von Stiftungen und Philanthropen ausdrücklich angesprochen. Ebenfalls relevant ist die Erleichterung der Finanzierung für sozialwirtschaftliche Unternehmen.¹⁰³

⁹⁶ interessant für unseren Zusammenhang ist die Praxis des Landes Niedersachsen, das einen Teil der EFRE-Mittel direkt den kommunalen Körperschaften zur eigenen Verwendung zuweist, siehe OVG Lüneburg NVwZ-RR 2013,465-466-.

⁹⁷ Art. 5 Abs. 9 lit. a.

⁹⁸ a.a.O.

⁹⁹ Art. 5 Abs. 9 lit. d; siehe dazu auch folgend unter 3.

¹⁰⁰ Art. 5 Abs. 9 lit. c.

¹⁰¹ Vgl. Art. 1 VO 2021/1057.

¹⁰² Ihr Beitrag liegt zwischen 50% und 95 %.

¹⁰³ Vgl. Art. 25 e,f, und Art. 26 Abs. 2 b iii.

3 Strategie für lokale Entwicklung

In den Art. 32ff der (gemeinsamen) VO 1303/2013 wird ein neuer Typus der integrierten Programmplanung beschrieben: CLLD, für Community-Led Local Development. Integriert, weil die entsprechenden Vorhaben aus mehreren Programmen (ELER, ESF, EFRE, EMFF) unterstützt werden können, aber auch weil die inhaltliche Konzeption auf multilaterale Strategien, auf Vernetzung, Kooperation und Koordination der lokalen Kräfte gerichtet ist. Er macht sich Erfahrungen zunutze, die mit ähnlichen Projekten im ländlichen Raum nach dem ELER-Programm gemacht wurden. Er basiert auf lokalen Entwicklungsstrategien, die von der örtlichen Bevölkerung entwickelt und durchgeführt werden. In welche inhaltliche Richtung sich die Entwicklungsstrategien bewegen wird von der Verordnung nicht vorgegeben. So kann die Förderung der Sozialwirtschaft durchaus ein adäquates Entwicklungsziel sein. So schlägt eine Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 11./12.12.2014¹⁰⁴ auf der Basis der ELER-Erfahrungen vor, „Genossenschaften und weitere Sozialunternehmen mithilfe öffentlicher und privater Beratungsdienste zu gründen, die durch Unternehmer und Gründerzentren auf lokaler Ebene unterstützt werden.“

Das Design dieses Programms passt ziemlich gut auf die Förderung von lokalen Unternehmen der Sozialökonomie, insbesondere was den Aufbau entsprechender lokaler Ressourcen betrifft. Es setzt strikt auf die Einbeziehung der örtlichen Gemeinschaft. Zentrale Akteure sind sog. „lokale Aktionsgruppen“. Eine rechtlich konstituierte Organisationsform für die lokalen Aktionsgruppen ist nicht erforderlich.¹⁰⁵ Sie setzen sich aus „Vertretern lokaler öffentlicher oder privater sozioökonomischer Interessen“¹⁰⁶ zusammen. Es ist sichergestellt, dass bei Beschlüssen weder die Behörden noch einzelne Interessengruppen die Majorität haben.¹⁰⁷ Damit ist der Boden bereitet für eine Zusammenarbeit der örtlichen Zivilgesellschaft, der lokalen Wirtschaft und den Behörden vor Ort im Hinblick auf die Entwicklung lokaler, inhaltlich relativ offener Entwicklungsstrategien.

Daneben gibt es hoheitlich fixierte Eckpunkte der Programmentwicklung und Durchführung, die den lokalen Einfluss relativieren: Über die Auswahl aus den von lokalen Aktionsgruppen entwickelten Strategien entscheidet ein von der Verwaltung des Mitgliedstaates eingerichteter Ausschuss, diese Entscheidung muss von der zuständigen Verwaltungsbe-

¹⁰⁴ 2015/C 230/01.

¹⁰⁵ Art. 34 Abs. 2.

¹⁰⁶ Art. 32 Abs. 2 lit. b.

¹⁰⁷ a.a.O.

hörde genehmigt werden.¹⁰⁸ Die Kriterien dieser Entscheidungen legt der Mitgliedsstaat fest.¹⁰⁹

Fazit

Insbesondere die europäischen Programme bieten für innovative lokale Initiativen ein umfangreiches Angebot. Der Interventionsbereich der europäischen Fonds ist gerade auf der lokalen Ebene sehr breit gefasst. Programmatische Impulse für deutsche förderungswillige Gemeinden sind eher vom „Soziale-Stadt-Programm“ zu erwarten, weil dies durch wissenschaftliche und administrative Begleitung gut evaluiert ist und weil Deutschland bisher wenige europäische Initiativen übernommen hat. Dies kann sich allerdings durch die jüngst vorgestellte deutsche Förderungsstrategie ändern.

Teil 2 Ziele und Instrumente eines kommunalen Programms zur Förderung der lokalen Sozialökonomie

Nach der Beschreibung des Gegenstandes der Förderung soll nun versucht werden, die Ziele näher zu umreißen, die eine Gemeinde damit verfolgen könnte, und zu beschreiben, auf welche Weise dies geschehen könnte. Dies soll durch eine Kontrastierung mit den typischen Erscheinungsformen klassischer kommunaler Wirtschaftsförderung geschehen, weil so eine gewisse Anschaulichkeit der eher abstrakten Zielformulierung und Methodenbestimmung zu erwarten ist.

§ 1 Definition „klassischer“ kommunaler Wirtschaftsförderung

Führt man sich die diversen Definitionen der kommunalen Wirtschaftsförderung vor Augen, so kann man dem ersten Anschein nach die kommunale Sozialökonomie-Förderung als Anwendungsfall kommunaler Wirtschaftsförderung betrachten.

"Summe aller Maßnahmen der jeweiligen Kommune zur Begünstigung der örtlichen Wirtschaft, mit dem Ziel, durch optimale Entwicklung des gemeindlichen Hoheitsgebiets in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht bestmögliche Lebensverhältnisse zu schaffen."¹¹⁰

"Kommunale Wirtschaftsförderung ist die zur Daseinsvorsorge zählende Aufgabe der Städte, Gemeinden und Landkreise, die durch eine Schaffung

¹⁰⁸ Art. 33 Abs. 3.

¹⁰⁹ Art. 33 Abs. 2.

¹¹⁰ Christ S. 15.

bzw. Verbesserung der Standort- und Klimabedingungen für die Wirtschaft mittels Förderung, Pflege und Beratung das wirtschaftliche und soziale Wohl der Bevölkerung in der Gemeinde oder im Kreis sichert oder steigert." ¹¹¹

Diejenige Tätigkeit einer Kommune, "die ausschließlich oder primär auf eine Begünstigung der wirtschaftlichen Unternehmen abzielt." ¹¹²

"Förderung der Privatwirtschaft zur langfristigen Einnahmenstabilisierung bzw. zur Schaffung und Sicherung von Arbeitsplätzen vor Ort im Wege direkter oder indirekter Unterstützung bei der Gewerbe- und Industriean siedlung sowie der Standortsicherung für bestehende Betriebe." ¹¹³

"Teil der öffentlichen Gemeindeaufgaben, der primär eine Begünstigung der örtlichen Wirtschaft durch Verbesserung ihrer Standortbedingungen und damit ihrer Produktivität und als sekundäre Folgewirkung die harmonische Gestaltung des Verhältnisses aller öffentlichen Gemeindeaufgaben zu den an ihnen bestehenden Interessen der Wirtschaft mittels geeigneter Lenkungsmaßnahmen und —handlungen der Gemeinde zum Gegenstand hat." ¹¹⁴

Mit Ausnahme der zuletzt zitierten Definition von Möller decken alle Definitionsversuche auch eine SÖ-Förderung mehr oder weniger ab. Die von Möller bemühten "Interessen der Wirtschaft" können nicht das entscheidende Motiv für eine kommunale Wirtschaftsförderung sein, sondern die Interessen der Gemeinde, die sich dann ggf. in gewisser Beziehung mit den Interessen der Wirtschaft decken können. ¹¹⁵

In Anbetracht der mannigfachen Formen, in denen die kommunale Wirtschaftsförderung auftritt, der zahlreichen Instrumente sowie der unterschiedlichen Ziele, die mit ihr verfolgt werden, sollte den definitorischen Bemühungen nicht zu viel Gewicht beigemessen werden. ¹¹⁶

§ 2 Begriffliche Abgrenzungen

Im Folgenden soll eine Typologie kommunaler Wirtschaftsförderungsmaßnahmen entworfen werden. Subventionen und staatliche Beihilfen stehen im Zentrum der Betrachtung, wenn es um die Zulässigkeit öffentlicher Fördermaßnahmen geht. Es empfiehlt sich

¹¹¹ Knemeyer S. 15.

¹¹² Ehlers 1990 S. 103.

¹¹³ Krebs S. 182.

¹¹⁴ Möller S. 42.

¹¹⁵ kritisch dazu auch Knemeyer S. 11.

¹¹⁶ so auch Ehlers 1990 S. 105 und Krebs S. 212.

daher eine gegliederte Darstellung der kommunalen Wirtschaftsförderungsmaßnahmen, auch um Klarheit über das anzuwendende Recht zu gewinnen.

I Typologie kommunaler Wirtschaftsförderungsmaßnahmen

Zur inhaltlichen Strukturierung kann man in Anlehnung an die Systematik der meisten Mittelstandsförderungsgesetze der Länder¹¹⁷ eine Typologie entsprechender kommunaler Maßnahmen zeichnen. Demnach lässt sich folgende grobe Unterscheidung der Maßnahmen vornehmen:

■ Gruppe 1

Maßnahmen zur Verbesserung der Kapitalversorgung der geförderten Unternehmen durch Zuschüsse, Darlehen, Bürgschaften.¹¹⁸

■ Gruppe 2

Überbetriebliche Maßnahmen zu(r) Beruflichen Bildung, Existenzgründungen, Unternehmensberatung, Forschung und Entwicklung, Markterschließung, Kooperationen und Netzwerken, Messen, Allgemeine Wirtschaftsinformationen.¹¹⁹

In einigen Fällen erlauben die Gesetze auch einzelbetriebliche Maßnahmen in den Feldern der überbetrieblichen Förderung, z.B. in der Beruflichen Bildung,¹²⁰ in der Förderung von Innovationen und von Effizienzgewinnen.¹²¹

■ Gruppe 3

Maßnahmen im hoheitlichen Bereich zur Etablierung eines mittelstandsfreundlichen Umfelds im Hinblick auf Organisation, Verwaltungsverfahren, Rechtsvorschriften, öffentliches Auftragswesen, Mittelstandsberichte;¹²² Bereitstellung von öffentlichen Infrastrukturen wie z.B. Gewerbegebiete.

II Subventionen

Unter Subventionen sind „vermögenswerte Leistungen einer rechtsfähigen Einrichtung der öffentlichen Hand an eine natürliche Person, eine juristische Person des Privatrechts oder – unter bestimmten Voraussetzungen – des öffentlichen Rechts ohne marktmäßige

¹¹⁷ näher unter D Teil 2 § 2

¹¹⁸ vgl. beispielsweise §§ 19ff MFG BW

¹¹⁹ Vgl. z. B. §§ 9ff MFG BW

¹²⁰ § 7 Abs. 1 MFG TH; § 6 Nr. 4 BbgMFG .

¹²¹ § 6 Nr. 2f MFG TH; Art. 12 Abs. 1 Satz 2 MFG Bay; § 15 Nr. 8 MFG NRW.

¹²² vgl. dazu „Rahmenbedingungen“ in der Tabelle unter D Teil 2 § 2

Gegenleistung zur Verwirklichung im öffentlichen Interesse liegender Ziele zu verstehen.“¹²³ Der Begriff der Subvention ist nicht legaldefiniert.

Eindeutig ist der Subventionscharakter bei den finanziellen Zuwendungen unter Punkt 1 sowie bei den einzelbetrieblichen Maßnahmen unter Punkt 2. Die überbetrieblichen Förderungen unter Punkt 2 sind im Regelfall nicht als Subventionen zu bewerten, weil sie zwar zielgerichtet sind, sich jedoch nicht an einzelne Personen oder Unternehmen, sondern an eine nach Merkmalen bestimmte Gruppe von Unternehmen oder Personen richten. Daher unterliegen diese Maßnahmen nicht den -im einzelnen strittigen- Vorgaben wie sie im Wesentlichen von der Rechtsprechung für die Gewährung von Subventionen nach deutschem Recht entwickelt wurden.

Bei den allgemeinen Maßnahmen der politischen Förderung in Gruppe 3 fehlt es schon an einer zielgerichteten Zuwendung.

III Staatliche Beihilfen

Das nationale Recht hat im Hinblick auf die Kontrolle von staatlichen und kommunalen Maßnahmen der Wirtschaftsförderung und -lenkung nur noch eine untergeordnete Bedeutung, weil das europäische Recht durch das Verbot von staatlichen Beihilfen (mit Erlaubnisvorbehalt) in Art. 107 AEUV die dominante Rolle übernommen hat.

Die Maßnahmen der kommunalen Wirtschaftsförderung mit Subventionscharakter (Zuwendung von vermögenswerten Vorteilen an Unternehmen) werden als staatliche Beihilfen qualifiziert, sofern die übrigen Voraussetzungen vorliegen. (In Abschnitt G Teil 1 erfolgt eine ausführliche Prüfung des möglichen Beihilfecharakters der gemeindlichen SÖ-Förderung.)

Dasselbe gilt für die oben genannten überbetrieblichen Fördermaßnahmen. Im Gegensatz zum Subventionsbegriff verlangt der Begriff der staatlichen Beihilfe nach Art. 107 AEUV keine unmittelbare Zuwendung bzw. eine entsprechende Verschonung von Belastungen, die sonst erfolgt wären. Ausreichend ist die „Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige.“¹²⁴ Also können Leistungen, die nicht unmittelbar, sondern über überbetriebliche Einrichtungen an Unternehmen erbracht werden, prinzipiell als staatliche Beihilfen eingestuft werden.

¹²³ so die Definition von J. Ziekow § 6 Rdnr. 5 und Kluth 2019 § 11 Rdnr. 3; ähnlich BVerfGE 17,216.

¹²⁴ Art. 107 Abs. 1 AEUV.

Wie ist der dritte Typus der oben genannten Wirtschaftsförderungsmaßnahmen beihilferechtlich zu bewerten? Soweit es sich um hoheitliche nicht-wirtschaftliche kommunale Verwaltungsmaßnahmen handelt, die auf eine bestimmte Zielgruppe, auf die förderungsfähige lokale Wirtschaft ausgerichtet sind, liegt in der Regel keine Beihilfe vor. Soweit darin bestimmte Unternehmen, spezifische Branchen oder Sektoren – also auch z.B. die sozialökonomischen Unternehmen – als integraler Teil der lokalen Wirtschaft adressiert werden, begründet das keine Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV.

IV Direkte und Indirekte Kommunale Wirtschaftsförderung

Die oben vorgenommene Differenzierung zwischen den Maßnahmen der Wirtschaftsförderung findet sich in ähnlicher Weise in der Literatur über kommunale Wirtschaftsförderung. Dort wird häufig zwischen direkter oder Objektförderung und indirekter Wirtschaftsförderung unterschieden.¹²⁵

"Indirekt ist die Wirtschaftsförderung, wenn die Leistungen nicht im Rahmen einer Sonderverbindung mit den einzelnen Unternehmen, sondern in anderer Weise – namentlich im Vorfeld – erbracht werden."¹²⁶ Die indirekte Förderung ist dadurch bestimmt, dass sie nicht am einzelnen, individuellen Unternehmen ansetzt, sondern einen allgemeinen Anwendungsbereich hat. Typische Beispiele für indirekte Förderung sind Standortmarketing, Infrastrukturmaßnahmen aller Art, allgemeine Beratung und Information, Gestaltung einer wirtschaftsfreundlichen Organisationsstruktur, etc. Sie entsprechen damit denjenigen Maßnahmen, die oben als überbetriebliche Maßnahmen in Gruppe 2 bzw. als hoheitliche Maßnahmen in Gruppe 3 beschrieben wurden.¹²⁷ Die Subventionsleistungen aus Gruppe 1 und 2 werden dagegen als direkte kommunale Wirtschaftsförderung bezeichnet.

Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass alle Maßnahmen aus Gruppe 1 sowie die betrieblichen Maßnahmen aus Gruppe 2 dem nationalen Subventionsrecht und dem europäischen Beihilferecht unterliegen. Die überbetrieblichen Maßnahmen (Gruppe 2) unterliegen nur dem Beihilferecht. Für Maßnahmen aus Gruppe 3 gilt weder das Subventions- noch das Beihilferecht.

¹²⁵ z.B. Ehlers 1990 S. 105 und Oldiges S. 221.

¹²⁶ Ehlers 1990 S. 105; ähnlich Krebs. S. 217f.

¹²⁷ terminologisch ist zu beachten, dass unter indirekten Subventionen in der Regel Vermögenszuwendungen beschrieben werden, die durch Verschonung von Belastungen erfolgen, die der Begünstigte ansonsten zu tragen hätte; vgl. Ziekow § 6 Rdnr. 9.

§ 3 Spezifika der kommunalen Sozialökonomie-Förderung

Öffentliche Förderleistungen lassen sich nach Ziel und Zweck der Förderung differenzieren. Während das Ziel einseitig vom Hoheitsträger festgelegt wird, gibt die Zweck-Mittel-Relation Auskunft darüber, welches Verhalten vom Begünstigten erwartet wird, damit das Ziel erreicht werden kann.¹²⁸

I Ziele

Die Unterstützung einer lokalen Sozialökonomie folgt anderen Zielen als die hergebrachte Wirtschaftsförderung. Gemeinsam ist jedoch beiden, dass sie ihre Ziele durch wirtschaftliche Prozesse erreichen wollen. Im Vordergrund der Sozialökonomie steht der Nutzen für die lokale community oder in den Worten des Grundgesetzes für die „örtliche Gemeinschaft“. Ihre Förderung zielt nicht in erster Linie auf ökonomische Parameter wie Arbeitsplätze oder Gewerbesteueraufkommen, sondern auf außerökonomische Wirkungen, nämlich auf eine Stärkung der örtlichen Gemeinschaft insgesamt. Sie äußert sich z.B. in einem verstärkten lokalen Zusammenhalt oder sozialwissenschaftlich gesprochen in einer Stärkung des lokalen sozialen Kapitals.

1 Instrumentalisierung für außerökonomische Ziele

Diese Art der Förderung „instrumentalisiert“ in gewisser Art und Weise den wirtschaftlichen Prozess für kommunalpolitische Ziele und zwar stärker als dies die herkömmliche Förderung tut. Beide Typen von kommunaler Wirtschaftsförderung haben die Intention einer Wirtschaftslenkung.¹²⁹ Beide unterscheiden sich dadurch von der kommunalen Eigenwirtschaft, soweit sie Versorgungsaufgaben wahrnimmt.¹³⁰

Der Vorteil dieses Typs der Wirtschaftsförderung gegenüber z.B. sozialpolitisch motivierten Interventionen liegt darin, dass die Wirtschaft ihre „natürlichen“ Vorteile ausspielen kann wie Flexibilität, Individualität, Kreativität, Effizienz.¹³¹ Die lokalen sozialökonomischen Unternehmen sind insofern hybride Unternehmen, als sie einerseits den Zwängen des Marktes unterworfen sind, aber gleichzeitig Effekte hervorbringen sollen, die ein „normales“ marktfähiges Unternehmen nicht schaffen kann. Diese Unternehmen bewegen sich in einem Grenzbereich zwischen Markt und örtlicher Bürgergesellschaft.¹³² Sie

¹²⁸ Ziekow § 6 Rdnr. 11f.

¹²⁹ Kluth 2019 Rdnr. 3 in § 10; Unger/Huber Rdnr. 346; Kluth sieht allerdings in der Förderung für außerökonomische Ziele keine Wirtschaftsförderung, Rdnr. 7 a.a.O.

¹³⁰ Vgl. Gröttrup mit der Unterscheidung zwischen Lenkungs- und Versorgungsverwaltung S. 91f.

¹³¹ Habisch S. 49.

¹³² Heinze/Schneiders/Grohs S. 91f.

unterscheiden sich dadurch von typischen Unternehmen des Dritten Sektors, die zwar auch marktmäßig organisiert sind aber in der Regel Produkte und Leistungen schaffen, die der Erledigung einer öffentlichen Aufgabe dienen.

Eine vergleichbare Art von Instrumentalisierung eines wirtschaftlichen Vorgangs für kommunalpolitische Zwecke stellt auch die Vergabe von Leistungen durch Gemeinden dar, bei denen sog. vergabefremde Zwecke verfolgt werden, die sich also nicht in einem reinen Beschaffungsvorgang erschöpfen.¹³³ (Eifert führt die Vergabe unter Einbeziehung vergabefremder Zwecke als Beispiel für die staatliche/kommunale Eröffnung von Märkten auf.)¹³⁴ Dies gilt zum Beispiel für die Einstellung von Langzeitarbeitslosen bei der Erledigung von öffentlichen Bauaufträgen¹³⁵ oder die Berücksichtigung von Strom aus regenerativen Energiequellen bei der Vergabe eines Stromlieferungsvertrages¹³⁶ Anders als bei der Sozialökonomie-Förderung wird der Gemeinwohlzweck hier als Nebenzweck mit der Erbringung der Vertragsleistung erfüllt, indem z.B. die bestellte Bauleistung (auch) von zuvor Langzeitarbeitslosen erbracht wird.¹³⁷

Die Förderung der sozialwirtschaftlichen Unternehmen hat Berührungspunkte mit der kommunalen Förderung von start-up-Unternehmen, die ihr Geschäftsfeld auf lokale Bedürfnisse unterschiedlichster Art fokussieren. Damit können durchaus auch positive Effekte für die lokale community verbunden sein. Diese moderne Form der kommunalen Wirtschaftsförderung unterscheidet sich von dem hier untersuchten alternativen Modell dadurch, dass die Förderung wettbewerbsneutral in der Form überbetrieblicher Maßnahmen¹³⁸ erfolgt und die start-up-Unternehmen damit prinzipiell wie jedes andere private Unternehmen behandelt werden.¹³⁹

Das Ziel der Förderung des gesellschaftlichen Zusammenhalts in der Gemeinde ist sehr allgemein und dementsprechend unbestimmt. Es obliegt den zuständigen Gemeindeorganen, dieses Ziel näher zu bestimmen. Es lässt sich jedoch eine Richtung angeben, die anzeigt, wo sich Praxisfelder für eine Stärkung des lokalen Zusammenhangs finden lassen. Die beiden Stichwörter heißen „Begegnung“ und „Nachbarschaft“. Alltägliche Begegnun-

¹³³ Fehling Rdnr. 97 zu § 97 GWB.

¹³⁴ Rdnr. 110.

¹³⁵ Urteil des Gerichtshofs C-31/87 Beentjes.

¹³⁶ Urteil des Gerichtshofs C-448/01 Wienstrom.

¹³⁷ Klassische gemeindliche Wirtschaftsförderung durch Bevorzugung lokaler Unternehmen ist problematisch, weil hier schnell die Grenze zur europarechtlich unzulässigen Diskriminierung von Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten überschritten wird; vgl. Art. 38 Abs. 1 EU-Richtlinie 2009/81/EG.

¹³⁸ in der Regel durch Beratung,

¹³⁹ siehe dazu z.B. die städtische Unterstützung bei Unternehmensgründungen durch die Landeshauptstadt München, die auch Hilfen für die Gründung von Sozialunternehmen gibt: <https://www.gruenden-muenchen.de/branchencheck/soziales-unternehmertum> (Stand 23.04.2024)

gen, die häufig vom Zufall gesteuert werden, schaffen eine Situation, in der das Erleben, das Verstehen und die Anerkennung des Anderen möglich ist. („meaningful encounters“) Dort werden Grundlagen für das Gelingen von gesellschaftlichem Zusammenhalt gelegt. Diese Begegnungen haben in der lokalen Gemeinschaft einen Ort: die Nachbarschaft. Sie lässt sich nicht eindeutig abgrenzen, sie kann ein Mehrfamilienhaus, eine Straße, ein Quartier umfassen. Sie vermittelt den Bewohnern einen vertrauten Raum, in dem sie sich sicher bewegen und orientieren können. Er bietet Kontaktmöglichkeiten, die das gesamte Spektrum von emotionaler Identifikation über unverbindliches Treffen bis zur Aktivierung von Vorurteilen abdecken.¹⁴⁰ Demnach werden sich die Betätigungsfelder unserer SÖ-Unternehmen vorwiegend in nachbarschaftlichen Zusammenhängen bewegen.

2 Clusterförderung

Eine moderne Variante kommunaler Wirtschaftsförderung ist die sog. Clusterförderung. Der Begriff geht auf den amerikanischen Wissenschaftler Michael E. Porter zurück. Ein Cluster stellt eine örtliche Konzentration von Unternehmen unterschiedlicher Branchen und Sektoren dar, die sich durch eine Kooperation zwischen diesen Unternehmen auszeichnet, obwohl viele dieser Unternehmen im Wettbewerb miteinander stehen.¹⁴¹ Die Kooperation findet entweder auf vorgelagerten Stufen der Produktion (z.B. Forschung und Entwicklung) oder auf den Zuliefer- und Absatzmärkten statt. Die Gemeinde ist bemüht, eine Cluster-dienliche Infrastruktur bereit zu stellen (z.B. Technologiezentren unterschiedlichster Art).

An der Cluster-Förderung wird deutlich, dass die Sozialökonomie-Förderung nicht völlig neuartig ist. Man könnte die lokale Sozialökonomie nämlich auch als ein Cluster verstehen, das aus verschiedenen „alternativen“ Betrieben besteht, zwischen denen enge Kooperationsverhältnisse bestehen. Hier wie dort findet auch eine Selektion von förderfähigen Unternehmen danach statt, ob sie in das Cluster passen oder nicht. Eine weitere Parallele könnte man darin sehen, dass die Entstehung eines Clusters eine gewisse kritische Masse aufweisen muss, damit die Effekte eines solchen Clusters wirksam werden können. Zum erstmaligen Aufbau eines Clusters wird es daher für die Gemeinde notwendig sein, gewissermaßen in Vorleistung zu gehen und diejenigen Unternehmen einzeln zu fördern, die später ein Cluster bilden sollen. Die Clusterförderung verfolgt eine Strategie der en-

¹⁴⁰ Dazu Dirksmeier u.a. S. 287ff mit ausführlichen Nachweisen.

¹⁴¹ siehe z.B. Prange/Warsewa S. 5.

dogenen Entwicklung, indem sie -wie die Sozialökonomie-Förderung- auf die lokalen Entwicklungspotentiale setzt.

Dass sich Berührungspunkte von Sozialökonomie und Clustern ergeben, haben Läßle und andere im Rahmen einer Untersuchung über die Clusterbildung in Hamburg festgestellt. Eines von den 11 Clustern umfasst die „Stadtteil- und Quartiersbetriebe, Dienstleistungs- und Handwerksbetriebe, die stark lokal eingebunden sind z.B. durch örtlichen Absatz, den Wohnsitz der Erwerbstätigen oder den bestehenden preisgünstigen Gewerberaum. Zu den Stadtteils- und Quartiersbetrieben zählen u.a. Teile des Einzelhandels, des Gesundheitswesens, der Gastronomie und des produzierenden bzw. Reparaturgewerbes. Diese Betriebe bieten zum überwiegenden Teil Leistungen für den Endverbrauch privater Haushalte an.“¹⁴² Dieser Cluster umfasste 1990 immerhin 15% der Gesamtbeschäftigten. Die Autoren stellen der vorherrschenden Ausrichtung der Wirtschaftsförderung auf Standortkonkurrenz eine Orientierung an „Milieupolitik“ gegenüber, die eine höhere Resilienz der Gemeinden und Regionen gegenüber strukturellen und konjunkturellen Verwerfungen verspricht. Sie zeichnet sich aus durch Verbesserung des städtischen Umfelds, hohe zwischenbetriebliche Kooperation und eine flexible interne Organisationsstruktur. Bei allen Ähnlichkeiten zwischen klassischer Cluster-Förderung und Sozialökonomie-Förderung bleibt festzuhalten, dass sich unsere Untersuchung auf sozialwirtschaftliche Unternehmen konzentriert, die der Idee nach einen sozialökonomischen lokalen Verbund bilden sollen.

II Zwecke

Kommunale Wirtschaftsförderung zeichnet sich im Allgemeinen dadurch aus, dass die Gemeinde Anreize setzt, um die geförderten Unternehmen zur Wahrnehmung bestimmter Marktoptionen zu bewegen, die wiederum im Interesse der Kommunen liegen. Der typische Fall besteht in der Gewährung von Vorteilen zum Zweck der Um- oder Ansiedelung von Unternehmen in der Erwartung, dass in der betroffenen Gemeinde Arbeitsplätze entstehen bzw. nicht wegfallen und/oder das Gewerbesteueraufkommen steigt. „Durch Verbesserung der physischen Standortbedingungen für private Investitionen“ sollen deren Vorteile über einen „Sickereffekt“ schließlich auch den einzelnen Gemeindebürger erreichen.¹⁴³

¹⁴² Läßle u.a. S. 11.

¹⁴³ Weck S. 200.

1 Beeinflussung der Produktionsweise

Entscheidend zur Abgrenzung der Sozialökonomie-Förderung ist insoweit der Gesichtspunkt, dass die Kommune im Rahmen der klassischen Wirtschaftsförderung keinen Einfluss auf die grundsätzliche Art und Weise des Wirtschaftens, seine inneren und äußeren Prozesse (verstanden als „Produktionsweise“) nimmt. Die herkömmliche kommunale Subvention soll lediglich das betriebswirtschaftliche Kalkül des betroffenen Unternehmens beeinflussen. Kommune und gefördertes Unternehmen ziehen insoweit am gleichen „betriebswirtschaftlichen Strang“. Die bisher übliche Wirtschaftsförderung gewährt ökonomische Vorteile und bestärkt dadurch den Begünstigten in der Ausübung bestimmter Dispositionen (z.B. Ausbau des Unternehmens, Standortwahl), die sich im Rahmen seines unternehmerischen Plans bewegen.

Bei der Förderung der SÖ wird ein anderer Ansatzpunkt gewählt. Beeinflusst werden sollen nicht in erster Linie genuine ökonomische Parameter, nicht das betriebliche Leistungsprogramm, sondern das „Betriebsprogramm“ des Unternehmens, seine Produktionsweise, die den oben beschriebenen Anforderungen entsprechen soll. Die dargestellten Voraussetzungen an ein förderfähiges Unternehmen (keine eigennützige Gewinnverwendung; Offene interne Strukturen) sind keine beliebigen Anforderungen. Sie entsprechen genau den Kriterien, welche die Union für die Annahme eines Sozialen Unternehmens aufgestellt hat.¹⁴⁴ Dahinter steht die berechtigte Annahme, dass ein normales privatwirtschaftliches Unternehmen nicht dazu geschaffen und nicht geeignet ist, Gemeinwohlzwecke zu verfolgen. Diese Feststellung ist schon wegen der Notwendigkeit, ausreichende Erträge zu erzielen, plausibel. Darüber hinaus verlangt der Geschäftszweck eine ihm entsprechende interne und externe Ausrichtung des Unternehmens. Dies gilt im Übrigen für alle Unternehmen. Bei Unternehmen mit einer sozialen Zielsetzung hat die Union diese Notwendigkeit mit folgender Formulierung zum Ausdruck gebracht, wonach sich ein soziales Unternehmen dadurch auszeichnet, dass es „bei der Produktion von Gütern oder der Erbringung von Dienstleistungen eine Methode anwendet, in die soziale Ziele integriert sind.“¹⁴⁵ Die interne und externe Gestaltung des Unternehmens darf daher nicht dazu verleiten, das Ziel der Maximierung des Gewinns zu verfolgen. Das Verhältnis zum Kunden ist insofern besonders, weil in erster Linie der Gemeinde-**Bürger** angesprochen wird. Aus demselben Grund ist hohe Transparenz erforderlich, um das Vertrauen der Bürger in das Angebot und in die Anbieter zu gewinnen und zu erhalten. Und auch an die Mitarbeiter

¹⁴⁴ s.o. unter Teil 1 § 5 I

¹⁴⁵ Art. 2 Abs. 1 Ziffer 13a VO 2021/1057.

sind im Hinblick auf ihre beruflichen Einstellungen und Motivationen andere Anforderungen zu stellen als in traditionellen Unternehmen.

2 Erfolgskontrolle

Ob ein förderfähiges Sozialunternehmen die Voraussetzungen für die geforderte Produktionsweise auf dem Papier erfüllt, lässt sich relativ einfach durch die Prüfung von Gesellschaftsverträgen, Satzungen, Kooperationsvereinbarungen, u.ä. feststellen. Auch die weitergehende Frage, ob diese Voraussetzungen in der täglichen Praxis erfüllt werden, lässt sich durch ein entsprechendes Monitoring sicherstellen. Ob die sozialwirtschaftliche Produktionsweise die gewünschten kommunalpolitischen Effekte tatsächlich zeitigt, ist eine andere Frage, die von den Gemeinden ex post beantwortet werden muss. Dazu müssen allerdings ex ante die Grundlagen für eine sinnvolle und zuverlässige Kontrolle gelegt werden.

Von dieser ex post-Betrachtung zu unterscheiden ist die Frage, ob schon die Aufstellung des kommunalen Förderprogramms den rechtlichen Anforderungen genügt, insbesondere ob ausreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dieses Programm geeignet und erforderlich ist, um die gesetzten kommunalpolitischen Ziele zu erreichen.

Durch die öffentlichen Geldleistungen sollen auch die unternehmerische Potenz und Autonomie gewährleistet und gesichert werden. Darin ist die freie Entscheidung über die Aufnahme, Ausrichtung und Beendigung der wirtschaftlichen Tätigkeit eingeschlossen. Es gibt also keine Garantie dafür, dass überhaupt sozialwirtschaftliche Unternehmen entstehen noch dafür, dass sie überleben.

III Instrumente

Im Einsatz der Instrumente unterscheidet sich die Sozialökonomie-Förderung nicht grundsätzlich von der üblichen kommunalen Wirtschaftsförderung. Alle drei oben genannten Typen der Förderung können zur Anwendung kommen. Je nach Größe und örtlicher Situation ergeben sich unterschiedliche Anwendungsbedingungen zwischen einzelnen Gemeinden. Beispielsweise zwischen Gemeinden, die bereits einen gewissen Bestand an Sozialunternehmen haben und denjenigen, in denen erstmalig solche Unternehmen gegründet werden. Zwischen großen Gemeinden, in denen so etwas wie ein eigener sozialwirtschaftlicher Sektor entstehen kann und kleinen Gemeinden, in denen ein einziges Unternehmen gefördert wird.

Am Beispiel des EU-Sozialwirtschaftsförderungsprogramms lässt sich die Spannweite möglicher Maßnahmen illustrieren. Der Schwerpunkt liegt hier allerdings auf indirekten Maßnahmen, weil der Union die unmittelbare Subventionierung von Unternehmen versagt ist. Dazu gehören z.B.

- Einführung von Ethik- und Ökolabels¹⁴⁶
- Entwicklung einer Methode, mit der der sozialökonomische Nutzen von Sozialunternehmen gemessen werden kann¹⁴⁷
- Einführung einer „virtuellen Drehscheibe“ als Lern- und Innovationsplattform für Sozialunternehmen¹⁴⁸

Ein EU-Fördersektor, der den Gemeinden verschlossen ist und hier daher nicht weiter behandelt wird, betrifft die regulatorische Anerkennung und Qualifizierung von Sozialunternehmen, sei es über neue gesellschaftsrechtliche Rechtsformen oder über eine Zertifizierung dieser Unternehmen.¹⁴⁹

IV Bemessung und Dauer der Förderung

Das Volumen und die Dauer der konkreten Förderung lassen sich nur für den jeweiligen Einzelfall umreißen, dabei handelt es sich im Wesentlichen um ökonomische Entscheidungen. Eine gewisse volkswirtschaftliche Richtschnur kann die Theorie des Marktversagens bilden, welche üblicherweise zur Prüfung und evtl. Rechtfertigung von öffentlichen Markteingriffen herangezogen wird.¹⁵⁰

In einem idealen Markt kommt jeder Akteur für die von ihm verursachten Kosten auf und erhält für die von ihm erzeugten Vorteile ein Entgelt. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, spricht man von externen Effekten.¹⁵¹ Sie liegen dann vor, wenn die privaten (auf den einzelnen Konsumenten oder Produzenten bezogenen) Kosten und Nutzen von den gesamtgesellschaftlichen Kosten und Nutzen abweichen.¹⁵² Ein Beispiel für negative externe Effekte sind die durch den Autoverkehr verursachten Gesundheitsschäden bei Dritten. Einen positiven externen Effekt bewirkt der Landwirt, wenn er mit seiner Arbeit zu-

¹⁴⁶ Mitteilung der Kommission v. 27.10.2010, KOM (2010) 608 endg., Vorschlag Nr. 36.

¹⁴⁷ Mitteilung der Kommission v. 27.10.2010 a.a.O.; Mitteilung der Kommission vom 03.10.2012, Com (2012)573 final, Seite 19.

¹⁴⁸ Mitteilung der Kommission v. 06.10.2010, KOM (2010)546 endg., Ziffer 4.2.

¹⁴⁹ dazu Möslin in ZRP 2017,175-176ff-.

¹⁵⁰ vgl. van der Beek/Korn; Unger/Huber Rdnr. 371; Fritsch S. 83ff; EU-Kommission im IX. Beihilfebericht Tz. 6 KOM (2001) 403.

¹⁵¹ Fritsch S. 83.

¹⁵² Fritsch S. 86.

gleich einen Beitrag für die Pflege und Erhaltung der Landschaft leistet, der für alle einen positiven Wert hat, aber dem Bauern nicht vergütet wird. Auch die lokale Sozialwirtschaft erzeugt Gemeinwohlfekte für alle Gemeindeglieder. Volkswirtschaftlich gesehen ist die öffentliche Förderung solcher Unternehmen nichts anderes als die Internalisierung der positiven externen Effekte.

Ob es sich dabei um eine Marktergebniskorrektur oder um die Behebung eines technischen Marktversagens handelt, kann in unserem Zusammenhang offenbleiben.¹⁵³

1 Volumen

Das Volumen der Förderung wird sich sowohl nach dem Nachteil richten, den das geförderte Unternehmen dadurch erleidet, dass es gegenüber „normalen“ Unternehmen in seinen Marktchancen beeinträchtigt ist wie nach den positiven externen Effekten, welche die sozialökonomischen Unternehmen für die lokale Gemeinschaft erzielen. Maßstäbe dafür zu entwickeln ist eine Aufgabe, die den Ökonomen zukommt. Ob sich diese Maßstäbe an den Vorgaben orientieren können, welche die EU zur Prüfung der Beihilfequalität staatlicher Leistungen nach den sog. Altmark-Kriterien¹⁵⁴ aufgestellt hat, ist fraglich. Dort sieht die EU staatliche Leistungen dann als nicht beihilfeschädlich an, wenn diese einen nach objektiven Parametern ermittelten Ausgleich für konkret auferlegte Leistungen aus allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darstellen. Aber gerade an einer solchen öffentlich auferlegten Leistung fehlt es im Regelfall bei den Unternehmen der Sozialökonomie.¹⁵⁵

2 Dauer

Selbstverständlich kann eine Subventionierung nur solange erfolgen, als ein Bedarf vorhanden ist. Sobald sich das Unternehmen durch eigene Erträge finanzieren kann, scheidet eine öffentliche Unterstützung aus. Allerdings kann es kein Prinzip einer befristeten Unterstützung geben, wie sie z.B. bei den Arbeitsförderungsmaßnahmen üblich ist.¹⁵⁶ Dort ist das Ziel die Integration in den Ersten Arbeitsmarkt, die öffentliche Unterstützung wird lediglich als transitorische Maßnahme gesehen. In unserem Fall sollen Unternehmen gefördert werden, die sich durch eine spezifische Art der Leistungserbringung von anderen Unternehmen unterscheiden. Und solange diese von der Gemeinde als sinnvoll und not-

¹⁵³ vgl. dazu Jäger in WuW 2008,1064-1070-; Unger/Huber Fn. 966.

¹⁵⁴ Rechtssache C-280/00; Slg. 2003, I-7747.

¹⁵⁵ siehe dazu unten G Teil 1 § 1 IV 3

¹⁵⁶ und als Leitlinie bei den nationalstaatlichen Subventionen, vgl. 28. Subventionsbericht des Bundesministeriums für Finanzen Ziffer 6.1.

wendig betrachtet wird, erfolgt ihre Förderung.¹⁵⁷ Das schließt natürlich nicht aus, dass einzelne sozialökonomische Projekte von Beginn an als zeitlich befristete angelegt werden können.

Teil 3 Gang der Untersuchung

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG sind die geschichtliche Entwicklung und die historischen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung ein wichtiges Kriterium, um den örtlichen Charakter einer Ausgabe zu bestimmen.¹⁵⁸ In einem Überblick über mehrere historische Epochen, (**Abschnitt B**) wird dargestellt, wie die wirtschaftlichen und sozialen Bedürfnisse der lokalen Bevölkerung jeweils befriedigt wurden. Er beginnt mit den Anfängen der kommunalen Selbstverwaltung im Mittelalter und endet bei der aktuellen Situation. Das besondere Interesse gilt der Frage, wie weit dabei auf bürgerschaftliche Potenziale der Selbsthilfe zurückgegriffen wurde. Der Abschnitt schließt mit einer exemplarischen historischen Betrachtung der städtischen Wohnungswirtschaft, weil die Gemeinden dort seit langem aktiv sind und sie im Verlauf der Geschichte immer wieder reformerische Ansätze gezeigt haben.

Aus der geschichtlichen Entwicklung lassen sich zwei Erscheinungsformen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung identifizieren, die mit unterschiedlichem Gewicht bis in die Gegenwart Bedeutung erlangt haben: die genossenschaftliche Bedarfsdeckung und die städtische Daseinsvorsorge. In **Abschnitt C** wird daher untersucht, wie weit die Ideen der Genossenschaft oder der Daseinsvorsorge herangezogen werden können, um die gemeindliche SÖ-Förderung zu begründen. Im zweiten Teil dieses Abschnitts wird diese Fragestellung erweitert auf zwei modernere Erklärungsansätze staatlicher bzw. gemeindlicher Regulierung: das Konzept des Gewährleistungsstaates und das der Governance.

Abschnitt D leitet von der theoretisch-analytischen Perspektive über zu den positiv-rechtlichen Festlegungen und Vorgaben für die hier betrachtete spezifische Art und Weise kommunaler Wirtschaftsförderung. Er beschäftigt sich mit der Verbandskompetenz der Gemeinde. Zuerst werden die Landesverfassungen untersucht und danach mögliche einfachgesetzliche Vorgaben in den Landesgesetzen wie z.B. die Mittelstandsfördergesetze.

Die folgenden Abschnitte E und F bilden den Kern der Untersuchung. In **Abschnitt E** wird untersucht, ob sich die SÖ-Förderung auf Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG stützen kann. Nach

¹⁵⁷ auch die MittelstandsförderungsGesetze kennen kein Prinzip der befristeten Förderung.

¹⁵⁸ BVerfGE 59,216-226-; 91,228-238-; 138,1-Rdnr. 46-.

einem Vergleich dieses Typs mit der klassischen Wirtschaftsförderung und einer Abgrenzung gegenüber unzulässigen allgemeinpolitischen Maßnahmen steht das von mir so genannte Findungsverfahren im Mittelpunkt des zweiten Teils. Damit ist der Prozess der gemeinsamen Politikformulierung **vor** der förmlichen Subventionsentscheidung der Gemeindeverwaltung gemeint. In ihm sollen die Gemeindeglieder so weit wie möglich aktiv beteiligt werden. Das Verfahren soll der Generierung einer kommunalen Aufgabe dienen, es muss daher auf seine Legitimation befragt werden und z.B. von Verwaltungsverfahren und förmlichen direktdemokratischen Prozessen wie etwa Bürgerbegehren abgegrenzt werden. In diesem Zusammenhang erfolgt eine kritische Auseinandersetzung mit der in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Bewertung bürgerschaftlicher Mitentscheidungsrechte. Im abschließenden dritten Teil wird der Versuch unternommen, das beschriebene Findungsverfahren rechtsdogmatisch als gemeinschaftsbildenden Kommunikationsprozess zu entwickeln. Damit wird unmittelbar Bezug genommen auf die Gemeinschaftskomponente wie sie im Begriff der örtlichen Gemeinschaft aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG angelegt ist; dies erfordert eine Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Verwendungen des Gemeinschaftsbegriffs in juristischen und außer-juristischen Zusammenhängen. Mit Bezug zur SÖ-Förderung werden die unterschiedlichen Beteiligten dieses Kommunikationsprozesses benannt und dabei insbesondere die Beiträge der Zivilgesellschaft hervorgehoben.

Im Zentrum von **Abschnitt F** steht die Frage, ob die gemeindliche SÖ-Förderung gegen Grundrechte, insbesondere gegen Grundrechte von (potenziellen) Wettbewerbern der SÖ-Unternehmen verstößt. Der Standort und die Reichweite des Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit wird vor dem Hintergrund beschrieben, dass das Grundgesetz offen ist für die Ausgestaltung der konkreten Wirtschaftsverfassung. Die divergierenden Interpretationen dieses Grundrechts lassen sich auf zwei unterschiedliche Konzeptionen von Wettbewerbsschutz zurückführen: auf ein Konzept natürlicher Freiheit oder auf ein Ordnungsmodell. Die Diskussion dieser Modelle zeigt auf, dass die Ordnungsmodelle vorzuzugswürdig sind. Insbesondere der Ordnungsvorschlag von M. Bäcker (im zweiten Teil) ist in der Lage, die wirtschaftsverfassungsrechtliche Offenheit des Grundgesetzes angemessen zu reflektieren. Auf seiner Basis lässt sich die Wirtschaftsweise der SÖ-Unternehmen, die sich zwischen der üblichen privaten wirtschaftlichen Betätigung und öffentlicher Gemeinwohlverwirklichung bewegt, als eine kommunale Sonderordnung wettbewerbsrechtlich einordnen. Der abschließende dritte Teil prüft, ob neben dem Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit noch andere Grundrechte betroffen sind, fragt nach möglichen grundrecht-

lichen Leistungspflichten und nimmt die Diskussion um die Gestaltungskraft des Instruments der Grundrechtsausgestaltung auf.

Der abschließende europarechtliche **Abschnitt F** widmet sich in seinem ersten Teil der Prüfung, ob die gemeindliche Subvention eine verbotene Beihilfe darstellt und konzentriert sich in diesem Zusammenhang auf die Merkmale der Selektivität und der Begünstigung. Welchen unionsrechtlichen Stellenwert das Institut der kommunalen Selbstverwaltung hat, wird in Teil 2 erörtert. Der abschließende dritte Teil fragt, ob die gemeindliche Förderung Grundrechte der Grundrechte-Charta verletzt.

B Gemeindliche Sozialökonomie in historischer Perspektive

Vorbemerkung

Das zentrale Anliegen dieser Untersuchung besteht darin, die verfassungsrechtlichen Bedingungen und Möglichkeiten der Gemeinden aufzuzeigen, wie sie private Unternehmen in ihrer Gemeinde, die im Wettbewerb mit anderen Unternehmen stehen, durch eine entsprechende Wirtschaftsförderung dazu bringen können, neben oder zusammen mit ihrem eigentlichen Geschäft den sozialen Zusammenhalt innerhalb der Gemeinde zu fördern.

Die gezielte kommunale Förderung privater Unternehmen setzt einen bestimmten Entwicklungsstand der politischen und ökonomischen Verhältnisse voraus. Wie wir sehen werden sind diese Bedingungen frühestens zum Zeitpunkt der Industrialisierung, etwa im letzten Drittel des 19. Jhdts. erfüllt, so dass es sinnvoll erscheint, erst ab diesem Zeitpunkt nach vergleichbaren Konstellationen zu suchen.¹⁵⁹

Allerdings begann die kommunale Wirtschaft nicht mit der Industrialisierung, wenn diese auch eine Veränderung ihres Charakters bewirkte: durch eine spezifisch deutsche bürokratische Tradition, die eine kommunale Begleitung des Industrialisierungsprozesses im organisierten Kapitalismus erst möglich machte.¹⁶⁰

Seit dem Mittelalter gab es eigene wirtschaftliche Unternehmungen der Städte, die das wirtschaftliche und soziale Leben in der Stadt beeinflussten. Daher lohnt sich ein Blick auf die vorindustriellen Perioden, um zu fragen, ob die Städte mit ihren eigenen wirtschaftlichen Betrieben oder mit ihrer „Wirtschaftspolitik“ Ziele verfolgt haben, die dem oben formuliertem Ziel der sozialen Kohäsion vergleichbar sind.

Der Gesichtspunkt, unter dem eine Vergleichbarkeit hergestellt werden soll, muss so abstrakt gefasst sein, dass ein Vergleich über die Epochen hin möglich ist und gleichzeitig so konkret, dass sich der Gegenstand „Sozialökonomie-Förderung“ in seinen wesentlichen Bezügen darin wiederfinden lässt. Insoweit bietet sich als übergeordneter Gesichtspunkt die **„Förderung bürgerschaftlicher Potentiale in der lokalen Gemeinschaft“** an. Die „lokale Gemeinschaft“ wird hier als Oberbegriff zur „Gemeinde“ verstanden, weil es die Gemeinde als gefestigte Korporation nicht über den gesamten Betrachtungszeitraum gegeben hat. Außerdem soll mit diesem Begriff die soziale Verbundenheit der Gemeindebe-

¹⁵⁹ Eine staatliche Wirtschaftsförderung hat es dagegen schon im Zeitalter des Merkantilismus gegeben.

¹⁶⁰ Wehler S. 46ff; zur anderen französischen Tradition Mollenhauer S. 71ff.

wohner ausgedrückt werden im Gegensatz zu einer Fokussierung allein auf Struktur und förmliche Verfassung der politischen Gemeinde. Hinter der Formulierung „bürgerschaftliche Potentiale“ sind inhaltliche Zuschreibungen für eine soziale Gemeinschaft verborgen, die F.X. Kaufmann in einem ähnlichen Zusammenhang mit den Merkmalen Eigenversorgung, Selbsthilfe und Solidarität umschrieben hat.¹⁶¹ Insofern dienen die bürgerschaftlichen Potentiale als Oberbegriff.

Gang der Untersuchung

Die folgende historisch angeleitete Darstellung wird also ihren Ausgangspunkt im Mittelalter und der spezifischen Struktur der mittelalterlichen Stadtwirtschaft nehmen, danach werden die Veränderungen und Kontinuitäten in der folgenden Periode des Merkantilismus behandelt. Für beide Perioden wird die Frage nach dem Zusammenhang zwischen eigenen städtischen wirtschaftlichen Aktivitäten, dem Gewerbe in der Stadt und den wirtschaftlichen und sozialen Bedürfnissen der Einwohner im Mittelpunkt stehen.

Im Anschluss werden die Perioden 19. Jhdt. / Weimarer Republik / Nationalsozialismus / Bundesrepublik Deutschland unter dem oben genannten Aspekt der Förderung bürgerschaftlicher Potentiale untersucht.

Zum Abschluss der historischen Darstellung wird ein städtisches Betätigungsfeld beispielhaft über die verschiedenen Perioden hinweg dargestellt: die städtische Wohnungspolitik.

Teil 1 Mittelalter

§ 1 Anfänge gemeindlicher Selbstverwaltung

Feste Siedlungen von bäuerlichen Sippen bildeten die Anfänge einer Gemeindebildung im frühen Mittelalter.¹⁶² Die verwandtschaftlichen Verbindungen verflüchtigten sich zu Nachbarschaften. Den nachbarschaftlichen Genossenschaften stand das Gesamteigentum am Land und dessen gemeinschaftliche Bewirtschaftung zu. Die Allmende war das allen gemeinsame Land, soweit keine Sondernutzungen zugelassen waren.¹⁶³ Die Bewirtschaftung und Nutzung des Landes lässt sich nicht als ein rein ökonomischer Vorgang der Vermögensnutzung verstehen, sondern er war Folge der umfassenden genossenschaftli-

¹⁶¹ Kaufmann 1987 S. 17.

¹⁶² Gierke S. 70ff; Scholz 1967 S. 35ff.

¹⁶³ Gierke S. 66.

chen Lebensgemeinschaft. Sie war eine sittliche Gemeinschaft, die zur gegenseitigen Unterstützung verpflichtetete.¹⁶⁴

Diese naturwüchsigen, durch Liegenschaften und Nachbarschaften erzwungenen genossenschaftlichen Bindungen erfuhren eine neue Qualität durch die freie Einung. „Die Kombination der natürlichen oder gegebenen Grundlage mit der freigewollten, bewußten Gestaltung aber vollzog sich zuerst in den Städten des 11. und 12. Jahrhunderts, welche durch die Verschmelzung des alten Markgemeindeprinzips mit dem neuen Einungsprinzip die ältesten deutschen Gemeinwesen und damit gleichzeitig die Keime des deutschen Staates und der deutschen Gemeinde wurden“¹⁶⁵ Die Einung als freie Entscheidung zur Bildung einer Assoziation veränderte grundlegend den Legitimationsmodus der Herrschaft. Sie wurde nicht mehr von den territorialen Herrschergeschlechtern, sondern von den Gewaltunterworfenen selbst hergeleitet. Sie schufen ihre eigene Ordnung auf der Basis der Einung von Schwurgenossen.¹⁶⁶

Neben den bäuerlichen Siedlungen führte ein anderer Weg zur städtischen Selbstverwaltung über die Kaufleute, die sich schon im 10. Jhd. zu Kaufmannsgilden zusammenschlossen hatten.¹⁶⁷ Viele kamen zu Reichtum und Wohlstand und wollten in den Städten die Dinge in die eigene Hand nehmen und sich von der Herrschaft der Stadtherren lösen. Sie konnten sich dabei auf bereits bestehende Privilegien der Kaufmannschaft berufen. "Das alte karolingische Privilegienrecht, das zum Inhalt des *ius mercatorum* wurde, gewährte den privilegierten Kaufleuten Königsschutz, Handelsfreiheit, Zollfreiheit, Sicherung der Münze, Sorge für gerechtes Maß und Gewicht, Befreiung von der Wehrpflicht, Bestätigung des Waffenrechts sowie Gerichtsstand vor besonderen Kaufleuterichtern".¹⁶⁸

Seit der zweiten Hälfte des 11. Jhdts. wehrte sich die reiche städtische Kaufmannschaft zunehmend gegen die Bevormundungen durch die Stadtherren.¹⁶⁹ Sie schloss sich gemeinsam mit Handwerkern zu städtischen Eidgenossenschaften „(coniuratio, *communio iurata*, *amicitia*, *pax*) mit dem Ziel zusammen, im städtischen Bereich selbst Frieden und Ordnung zu setzen. Die Eidgenossenschaft entstand auf Grund des freien Zusammenschlusses von rechtlich gleichgestellten Bürgern, die den Anspruch erhoben, Selbstverwal-

¹⁶⁴ z.B. die Pflicht, „für den erkrankten und verarmten Genossen zu sorgen“ Gierke S. 72.

¹⁶⁵ Gierke S. 221.

¹⁶⁶ Willoweit S. 122.

¹⁶⁷ Gierke S.344ff.

¹⁶⁸ Pohl, 1983 S. 5 f m.w.N.

¹⁶⁹ M. Kotulla „Kommunalverfassung“ in Handwörterbuch der Rechtsgeschichte (HRG) Band II.

tung und Gerichtsbarkeit in der Stadt auszubauen. Die Genossenschaft schuf eine Friedensordnung, die die Fehde zwischen den Schwurbrüdern verbot...

Die Genossenschaft als Bürgergemeinde entschied frei über die Aufnahme neuer Bürger (Stadtluft macht frei), die sich durch Ablegen des Bürgereids verpflichten mussten, die Pflichten eines Bürgers zu erfüllen".¹⁷⁰ Diese Selbstverwaltungsrechte wurden häufig gegen die Obrigkeit erstritten, aber auch als Privilegien von diesen freiwillig gewährt.¹⁷¹

§ 2 Zünfte

Ebenfalls auf dem Prinzip der Einung beruht die für die städtische mittelalterliche Wirtschaft bedeutendste Einrichtung der Zünfte, die in den Gilden ein Vorbild hatte.¹⁷² Ihre innere Ordnung richtete sich nach den Zunftrollen. Beschlüsse wurden in Versammlungen getroffen, in denen der Zunftmeister (auch Altermann genannt) den Vorsitz hatte.¹⁷³

In jeder ausgebildeten mittelalterlichen Stadt war eine breite Palette handwerklicher Berufe vertreten. Engel¹⁷⁴ spricht von "etwa sechzig bis hundert verschiedenen handwerklichen Berufen". Diese deckten alle wirtschaftlichen Bedürfnisse der Stadtbewohner ab. Kennzeichnend für die mittelalterliche städtische Wirtschaft sind in erster Linie die Zünfte der Handwerker und kleinen Kaufleute sowie die Gruppe der Fernkaufleute.¹⁷⁵

Die konstitutive Bedeutung der Zünfte für die städtische Wirtschaft leitet sich aus dem **Zunftzwang** ab, der alle Handwerker in der Stadt zur Mitgliedschaft verpflichtete. Er sollte Konkurrenz unter den städtischen Handwerkern ebenso ausschließen, wie die Konkurrenz von auswärtigen "Pfuschern". Demselben Ziel diente die Bannmeile. Die Zünfte waren genossenschaftlich organisiert, ihre innere Autonomie zeigte sich in der Existenz eigener Organe und einer eigenen Gerichtsbarkeit, sie lebten unter eigenen Statuten. Allerdings gab es auch städtische oder stadtherrliche Einschränkungen dieser Autonomie. Der Grad der Autonomie der Zünfte war in den einzelnen Städten sehr unterschiedlich. Das lässt sich aus den im Lauf der Zeit zunehmenden obrigkeitlichen Regulierungen der Städte ablesen. Diese bestehen vor allem in Genehmigungs- und Bestätigungsrechten hinsichtlich der Mit-

¹⁷⁰ Pohl 1983 S. 5f.

¹⁷¹ siehe Stichwort „Kommunalverfassung“ in HRG.

¹⁷² Gierke S. 358ff.

¹⁷³ Kellenbenz S. 112.

¹⁷⁴ Engel S. 143.

¹⁷⁵ Letztere sollen hier nicht näher betrachtet werden, weil es schon die Natur des Fernhandels mit sich bringt, dass die städtisch-lokalen Einflussmöglichkeiten begrenzt sind. Das gilt für die nationalen/internationalen Transportwege ebenso wie für die Zölle und Geldleistungen, die im Zusammenhang mit dem Fernhandel anfielen, sowie für die Reglementierung und Privilegierung bestimmter Handelspartner oder Handelsobjekte. In diesen Fragen waren vorwiegend die Entscheidungen der landesherrlichen Gewalten gefragt.

glieder, des Leitungspersonals, der Satzungen, der Gerichtsbarkeit, der Beiträge, der Ausbildung und der Preise der Zünfte. Dabei verstanden die Städte ihre obrigkeitliche Einflussnahme als wirtschaftsfördernde, wirtschaftsregulierende und wirtschaftsteilnehmende Instanz.¹⁷⁶

Im 14. und 15. Jhdt. wehrten sich die Zünfte gegen die Patrizier als die allein das Stadtregiment beherrschenden Kräfte und wurden dabei auch von nicht-patrizischen Kaufleuten und Händlern unterstützt. Zum Teil erreichten sie die völlige "Beseitigung der patrizischen Geschlechterräte und die Einführung eines Zunftregiments, so z.B. in Straßburg (1332), Augsburg (1368), Lüttich (1384), Köln (1396) und Wien (1396)".¹⁷⁷

§ 3 Märkte

Die verschiedenen Wege, die zur Entstehung der mittelalterlichen Stadt geführt haben, führen ausnahmslos über die Existenz von Märkten oder kaufmännisch gewerblichen Siedlungen. Das gilt für die Ursprünge aus römischen Siedlungen, denen Märkte und Kaufleutesiedlungen angeschlossen waren, wie für die Entstehung der Küstenstädte aus Seehandelsplätzen (Handelsemporien), aber auch für die Entwicklung aus befestigten Anlagen, die in der Regel durch die Aufnahme von bestehenden kaufmännisch-gewerblichen Siedlungen gekennzeichnet waren oder erst recht für Städte, die ihren Ausgang direkt von bestehenden täglichen oder Wochenmärkten genommen haben.¹⁷⁸ Man kann daher mit Recht sagen, dass schon der Begriff der mittelalterlichen Stadt untrennbar mit Märkten oder kaufmännisch-gewerblichen Siedlungen verbunden ist.¹⁷⁹ Dabei ist zu beachten, dass der mittelalterliche städtische Markt -anders als aktuelle Märkte- nur dazu diente, dass die ortsansässige Bevölkerung ihren alltäglichen Bedarf auf diesem Markt deckte.¹⁸⁰ Die Städte waren auf die Versorgung durch die Landwirtschaft ihres unmittelbaren Umlandes angewiesen und umgekehrt war das Umland zugleich Absatzmarkt für das städtische Gewerbe.¹⁸¹

Neben den Handwerkern und kleinen Kaufleuten waren die Fernkaufleute eine wichtige Gruppe innerhalb der mittelalterlichen städtischen Wirtschaft. Das gilt für die nationalen/internationalen Transportwege ebenso wie für die Zölle und Geldleistungen, die im

¹⁷⁶ Stolleis S. 336; Scholz 1967 S. 58.

¹⁷⁷ Pohl 1983 S. 112; Kellenbenz S. 113.

¹⁷⁸ Schmoller S. 47ff.

¹⁷⁹ dazu Engel S. 18ff.

¹⁸⁰ M. Weber S. 728; G. Fouquet S. 55f mit umfangreichen Nachweisen entsprechender stadtgeschichtlicher Forschungsarbeiten.

¹⁸¹ M. Weber S. 731f.

Zusammenhang mit dem Fernhandel anfielen, sowie für die Reglementierung und Privilegierung bestimmter Handelspartner oder Handelsobjekte. In diesen Fragen waren vorwiegend die Entscheidungen der landesherrlichen Gewalten gefragt.

§ 4 Städtische Wirtschaft

Unter diesen Bedingungen konnte sich im Zusammenspiel von genossenschaftlicher Selbstverwaltung, zünftischer Wirtschaft und städtisch-bürgerlicher bzw. stadtherrlicher Einflussnahme ein System städtischer Wirtschaft bis zum Spätmittelalter etablieren.

Die städtische Wirtschaftspolitik im Mittelalter verfolgte im Wesentlichen zwei Ziele, die sich gegenseitig beeinflussten: den Schutz der örtlichen Handwerker vor Wettbewerb und eine Regulierung von Preisen und Löhnen. „Gerechter 'Preis für den Verbraucher und rechte Nahrung' für den zünftigen Handwerker – das waren Devisen mittelalterlicher städtischer Wirtschaftspolitik".¹⁸² Sie sorgte neben der Gewährleistung der Ernährungssicherheit für die langfristige „Stabilität der Erwerbschancen der Gewerbetreibenden und Händler“.¹⁸³ Dazu dienten Vorgaben für Arbeitszeiten, für das eingesetzte Personal und für erlaubte Produktionsmittel. Zahlreiche Taxen legten Warenpreise und Löhne für Gesellen und Hilfskräfte fest. Es gab Qualitätskontrollen für die gefertigten Waren. Das Verbot des Vorkaufs sicherte die Exklusivität des städtischen Markts. All diese Vorgaben hinderten nicht, dass es unter den Zünften durchaus soziale und wirtschaftliche Differenzierungen gab. Es gab Zünfte mit höherem und niederem Sozialprestige, auch die politischen Betätigungsmöglichkeiten differierten nach jeweiliger Stadt und der jeweils betroffenen Zunft.

Die eigenen wirtschaftlichen Aktivitäten der Städte waren integriert in den Verband der genossenschaftlichen Produktion und des Handels. So errichteten die Städte auf ihre Kosten z.B. Getreidemühlen, Bleichen, Färbehäuser, Walkmühlen. Sie engagierten sich in der Vorratswirtschaft u.a. durch den Bau von Getreidespeichern.¹⁸⁴ Bau und Erhaltung ihrer Befestigungsanlagen gaben vielen Handwerkern Arbeit.¹⁸⁵

Die Zünfte waren jedoch keineswegs auf die wirtschaftliche Sicherung ihrer Mitglieder beschränkt. Sie hatten den ganzen mittelalterlichen Menschen im Blick, also seine kulturelle und religiöse Identität, seine Einbindung in Traditionen und vor allem soziale Nähe

¹⁸² Engel S. 162.

¹⁸³ M. Weber S. 732.

¹⁸⁴ Bücher S. 123; Henning 1977 S. 83; Schmoller 1922 Städtewesen S. 348ff; Stern/Püttner S. 11.

¹⁸⁵ Henning 1977 S. 74, 82, 88.

und Schutz in Notlagen. Maßgebend waren brüderschaftlich-genossenschaftliche Prinzipien wie die Pflege von Geselligkeit durch Gemeinschaftseinrichtungen, gemeinsames Tafeln, Friedfertigkeit und Anstand im alltäglichen Handeln. In Notlagen konnte man sich auf die Hilfe der Zunft verlassen durch Kredite, wohlthätige Stiftungen, etc.¹⁸⁶

Zwischenergebnis

Die mittelalterliche Stadt trug mit ihren Ordnungsvorgaben und eigenen wirtschaftlichen Aktivitäten die Verantwortung für alle wirtschaftlichen Belange ihrer Einwohner. Ihre wirtschaftliche Struktur war bestimmt durch Gilden und Zünfte, die neben ihren wirtschaftlichen Leistungen auch für sozialen Schutz sorgten. Die städtischen Märkte waren auf den Austausch unter Stadtbewohnern und mit dem unmittelbaren Umland beschränkt.

Teil 2 Merkantilismus

§ 1 Verlagswesen

Mit dem Verlagswesen vollzog sich eine Änderung der städtischen Produktionsweise. Der Verleger war Eigentümer der Rohstoffe und oft der Produktionsmittel und übernahm den Vertrieb des fertigen Produkts, welches im städtischen Handwerk oder zunehmend in ländlichen Produktionsstätten hergestellt wurde. Gebräuchlich war diese Produktionsweise hauptsächlich in der Textil- und Metallverarbeitung. Sie wurde hervorgerufen durch die Arbeitsteilung innerhalb der einzelnen Gewerbe und der damit verbundenen Differenzierung, durch die neuen Möglichkeiten des überregionalen Verkaufs durch Fernkaufleute und durch den hohen Kapitalbedarf für Rohstoffbeschaffung und für die technischen Einrichtungen.¹⁸⁷

Die neuen Formen der Handelsgesellschaften (Zusammenschlüsse von Kaufleuten zur Ausschaltung von Konkurrenz), insbesondere die weltweit operierenden oberdeutschen Handelshäuser zeitigten Auflösungserscheinungen bei den städtisch regierten Zünften. Im 16. Jhdt. dehnten die Handelshäuser ihre Tätigkeiten weiter aus und strebten nach immer höheren Gewinnen. Die städtischen Obrigkeiten waren dagegen machtlos, die neuen Handelsgesellschaften handelten mit dem Kaiser und Fürsten und erwarben dabei Privilegien, die teilweise zu Lasten der Städte gingen.¹⁸⁸ Das Verlagswesen und der Fernhandel mar-

¹⁸⁶ Gierke S. 359.

¹⁸⁷ Kellenbenz S. 170f; Henning 1977 S. 210f.

¹⁸⁸ Schmidt G. S. 93.

kierten den Beginn der frühkapitalistischen Produktionsweise, der Verleger wurde zum Kapitalisten und vollzog damit eine Trennung zum Produzenten.¹⁸⁹

§ 2 Merkantilistische Politik

Das Verlagswesen war der Vorbote für die zunehmende wirtschaftliche Machtentfaltung der Flächenstaaten, die unter dem Begriff des Merkantilismus bzw. der deutschen Modifikation, dem Kameralismus verstanden wird. Die Losung der merkantilistischen Staaten hieß: „Vereinigung der getrennten lokalen Kreise zu einem gemeinsamen Kampfe ums Dasein“.¹⁹⁰

Mit der Phase des Merkantilismus bzw. Kameralismus wurde eine bestimmte Art einer neuen wirtschaftlichen Orientierung dominant: nicht mehr nur der persönliche Reichtum des Fürsten, sondern der Reichtum der absolutistischen Territorialstaaten. Er diente nicht zuletzt der außen- und innenpolitischen staatlichen Machtentfaltung. Er befeuerte das Wachstum des Binnenhandels und zwang „den streng protektionistischen Städten... das merkantile System auf“.¹⁹¹

Handel und Gewerbe verlangen nun nach einer einheitlichen territorialen Gesetzgebung.¹⁹² Im 15. Und 16. Jhdt. verloren alle kleinen Städte ihre Stapelrechte.¹⁹³ Aber auch die großen Städte mussten darum kämpfen, ihre wirtschaftliche Position zu behaupten. Die großzügige Wirtschaftsförderung, die den Manufakturen und Gewerben in den Flächenstaaten zuteilwurde, brachte ihnen einen Vorsprung gegenüber den Städten. So sah sich z.B. die freie Reichsstadt Köln starken Pressionen des Reichsherrn und der nachbarschaftlichen Territorien ausgesetzt, denen sie nur ihr verbliebenes Stapelrecht entgegenzusetzen konnte.¹⁹⁴

§ 3 Märkte

Interessant für unseren Untersuchungsgegenstand ist in diesem Zusammenhang die Funktion der Märkte. Anders als heute war der Markt, der ja auch zugleich Geburtshelfer der Städte war, kein autonomes selbstregulierendes System, das durch den Mechanismus des Wettbewerbs angetrieben wird. Nicht nur auf den städtischen Märkten, die ohnehin

¹⁸⁹ Henning 1977 S. 217; Rössner S. 233.

¹⁹⁰ Schmoller 1922 Studien S. 12.

¹⁹¹ Polanyi S. 99.

¹⁹² Schmoller a.a.O. S. 25f.

¹⁹³ Schmoller a.a.O. S. 30.

¹⁹⁴ Pohl 1975 S. 37f.

durch das Zunftwesen und obrigkeitliche Regulierungen eingegrenzt wurden, fehlte das Wettbewerbsprinzip, auch der sich nun etablierende nationale merkantilistische Binnenhandel war dadurch gekennzeichnet, dass nun über nationale Regelungen (und nicht durch „freie Konkurrenz“) ein gewisser Grad an Wettbewerb zugelassen wurde und die Gefahr von Monopolen mit staatlichen Machtmitteln verhindert wurde.¹⁹⁵ Der „nationale Markt nahm nunmehr seinen Platz an der Seite der örtlichen und fernen Märkte ein, mit denen er sich teilweise überschneidet.“¹⁹⁶

§ 4 Städtische Wirtschaft

Nun ist es aber nicht so, dass die städtische Wirtschaft dem Untergang geweiht gewesen wäre. Nach wie vor gab es eine städtische Wirtschaft, welche den örtlichen Bedarf ihrer Einwohner befriedigte (sog. Polizeigewerbe). Ihr stand das sog. Kommerzialgewerbe gegenüber, das unter der Herrschaft der Landesfürsten stand.

Bei den Gemeinden als gesellschaftliche Einrichtung verblieb die eigene –quasi private– Wirtschaft.¹⁹⁷ Nach wie vor standen dem städtischen Rat seine wirtschaftspolitischen Instrumente, wie Zunftregeln, Bannmeilenrechte, Verkaufs- und Produktionsverbote zur Verfügung.¹⁹⁸ Auch die Zünfte lebten trotz wiederholter staatlicher Disziplinierungsversuche weiter, sie konnten ihre –dem damaligen Zeitgeist nicht mehr angemessene– protektionistische Politik teilweise umsetzen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass z.B. der kaufmännisch dominierte Rat von Köln dieser Politik Einhalt gebieten wollte, aber vor harten Maßnahmen deshalb Abstand nahm, weil damit die elementare soziale Sicherungsfunktion der Zünfte auch entfallen wäre.¹⁹⁹

Um die einzelnen Stadtwirtschaften herum entwickelte sich ein staatswirtschaftliches Regime, das zum geringeren Teil durch staatseigene Wirtschaftsaktivitäten (zumindest in Preußen) geprägt war, sondern durch eine tiefgreifende und umfangreiche Politik der Förderung privater Wirtschaftsaktivitäten. Diese standen den heutigen Instrumenten der Wirtschaftsförderung kaum nach.²⁰⁰ Im Gegensatz zur selbstgenügsamen Stadtwirtschaft des Mittelalters war dem Merkantilismus ein Fortschritts- und Zukunftsglaube inhärent.²⁰¹ Die Merkantilisten entwickelten die Vorstellung einer offenen ökonomischen Zu-

¹⁹⁵ dazu Polanyi S. 99ff; Rössner S. 231.

¹⁹⁶ Polanyi S. 101.

¹⁹⁷ Scholz 1967 S. 38.

¹⁹⁸ Pohl a.a.O. S. 40.

¹⁹⁹ Pohl a.a.O. S. 39.

²⁰⁰ instruktiv dazu Rüfner S. 30ff.

²⁰¹ Schmoller spricht von einer „energischen Vorwärtsbewegung“ Studien S. 21.

kunft, die auf klugen menschlichen Entscheidungen beruhte.²⁰² Die kameralistische Wirtschaftspolitik war auf das ganze Territorium bezogen, z.B. durch Schaffung von Transportwegen und neuen Märkten, sie war auch nach außen auf Abschottung durch Zölle, Einfuhrverbote, etc. gerichtet,²⁰³ insoweit hatte sie keine unmittelbaren Auswirkungen auf die nach innen gerichtete Stadtwirtschaft.

Zwischenergebnis

Die Maxime einer sich selbst versorgenden Stadtwirtschaft war auch im Merkantilismus noch präsent, auch wenn die herrschaftlichen Eingriffe zunehmen und der „Motor“ der Wirtschaft nun im Territorialstaat und in dessen Namen seinen Dienst tut. Neben den weiter bestehenden städtischen Märkten entwickelte sich ein großflächiger Binnenhandel, der jedoch ebenfalls stark protektionistische Züge trug.

Teil 3 19. Jahrhundert

Die Industrialisierung hat für die Gemeinden eine fundamentale Veränderung ihres wirtschaftlichen Engagements gebracht. Um diesen Veränderungsprozess adäquat darzustellen, empfiehlt es sich, der Hoch-Industrialisierung eine Phase der Vorbereitung auf die Industrialisierung voranzustellen. Dies entspricht im Wesentlichen der Periodisierung, wie sie von den Wirtschaftshistorikern vorgenommen wird.²⁰⁴ Einigkeit besteht darüber, dass diese Phase etwa mit dem 19. Jhdt. beginnt, das Ende der Vorbereitungsphase wird auf das erste Drittel (Henning), auf die Jahrhundertmitte (Matzerath) oder auf die Reichsgründung (Krabbe) eingegrenzt. Nachdem für unsere Betrachtung das kommunale Engagement in der Hochindustrialisierungsphase (etwa ab 1870) zentral ist, ist es sinnvoll, die Vorbereitungsphase mit Krabbe bis zu diesem Zeitpunkt zu datieren.

§ 1 Preußische Reformen

Preußen hat das liberale Wirtschaftszeitalter mit einer Serie von Reformschritten eingeleitet. Neben dem Edikt über die Bauernbefreiung v. 9.10.1807 und der Städteordnung vom 19.11.1808 ist das Gewerbesteuer-Edikt vom 2.11.1810 hervorzuheben, welches zusammen mit dem Gewerbepolizeigesetz v. 7.9.1811 die bisherige Zunftverfassung auflöste und für jedermann die Ausübung eines Gewerbes ohne Befähigungsnachweis oder

²⁰² Rössner S. 245.

²⁰³ Hünnekens S.32ff.

²⁰⁴ Krabbe 1989 S. 176ff; Matzerath 1990 S.9; Henning 1979 S. 59ff.

staatliche/kommunale Konzession auch außerhalb der Städte ermöglichte. Die Zünfte blieben lediglich als private Vereine erhalten.²⁰⁵ Nimmt man die Städteordnung hinzu, die den Zunftzwang in den Städten abschaffte, so könnte man den Eindruck gewinnen, dass ab diesem Zeitpunkt die traditionellen städtischen Wirtschaftsstrukturen der Vergangenheit angehörten. Dieser Eindruck trügt. Die preußischen Gewerbereformen selbst wurden durch die gesamtpreußische Gewerbeordnung von 1845 zum Teil wieder zurückgedreht, nicht zuletzt wegen des Widerstands der Handwerker²⁰⁶ gegen eine zügellose Konkurrenz.²⁰⁷ Die anderen Territorialstaaten folgten dem Beispiel Preußens nicht und verzichteten auf die Einführung einer allgemeinen Gewerbefreiheit zugunsten einer staatlichen Konzessionierung, die häufig mit einem numerus clausus verbunden war.²⁰⁸ Eine einheitliche Regelung gab es erst 1872, als sich die süddeutschen Länder der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund anschlossen.

§ 2 Städtische Wirtschaft vor der Industrialisierung bis 1871

Die preußische Städteordnung gilt als Geburtsstunde der kommunalen Selbstverwaltung.²⁰⁹

Die Reformen des Freiherrn vom Stein zielten auf die Integration der Bürger in den monarchischen Staat. Ideengeschichtlich standen sie im Gegensatz zu den Forderungen der radikalen Liberalen um v. Rotteck, die eine originäre Gemeindefreiheit postulierten.²¹⁰ Aber beide Bewegungen konzentrierten sich auf die Konstitution der **politischen** Gemeinde.²¹¹ Ihre wirtschaftliche Betätigung wurde als **gesellschaftliches** Engagement verstanden.²¹² Die städtische Wirtschaft konnte sich daher auch weiterhin relativ ungehindert von politischen Einflüssen entwickeln.²¹³ Zu dieser Zeit stand also "städtische Wirtschaftspolitik" in keinem Gegensatz zum Wirtschaften des städtischen Bürgertums.²¹⁴ Diese Situation veränderte sich erst, als das städtische, liberale Bürgertum nicht mehr die allein bestimmende Kraft war.

²⁰⁵ vgl. Dietlein S. 1775.

²⁰⁶ Henning 1979 S. 65.

²⁰⁷ Dietlein S. 1776f.

²⁰⁸ Henning a.a.O. S. 61.

²⁰⁹ Hendlar 2007 Rdnr. 1.

²¹⁰ v. Unruh Rdnr. 14.

²¹¹ Scholz 1967 S. 72.

²¹² Rupp Rdnr. 8; Schmidt-Leithoff S. 114.

²¹³ Gröttrup S. 36 f.

²¹⁴ Matzerath 1990 S. 12.

Auch die tatsächliche Entwicklung der allgemeinen Wirtschaft in dieser Zeit zeigt noch keine gravierenden Veränderungsimpulse im Hinblick auf die städtische Wirtschaft. Die Wirtschaftsstruktur war eine vorindustrielle, geprägt vom Handwerk, Verlag und der vorindustriellen Fabrik, als Manufaktur bezeichnet. Das Handwerk deckte nach wie vor den Grundbedarf und soweit dieser darüber hinausging, den örtlichen Bedarf.²¹⁵ Auch eine Verminderung der Zahl der für den örtlichen Bedarf arbeitenden Handwerker auf Grund der Gewerbeordnung ist nicht eingetreten.²¹⁶ Nimmt man **alle** Gewerbe, so decken etwa 80 % der dort Beschäftigten den Grundbedarf im Sinne von Wohnung, Kleidung und Nahrung sowie den Bedarf an Geräten in Haushalt und Wirtschaft.²¹⁷

Rechtlich sahen sich die Gemeinden in ihren wirtschaftlichen Aktivitäten fast keinen Beschränkungen unterworfen. Zwar gab es auch noch im 19. Jahrhundert staatliche Reglementierungen der kommunalen Einrichtungen. So behielt sich die Preußische Städteordnung vor, die städtischen Anstalten nach polizeilichen Maßstäben zu regulieren.²¹⁸ Davon waren aber die sog. gemeindlichen Privatanstalten, wie man die eigenwirtschaftlich tätigen gemeindlichen Unternehmen nannte, in der Regel nicht betroffen.²¹⁹ Diese Praxis der Polizei-Anstalten endete erst mit dem Kreuzberg-Urteil des PrOVG vom 14.6.1882²²⁰, welches den Polizeibegriff auf das Element der Gefahrenabwehr begrenzte.

Das Kreuzberg-Urteil markierte eine Wende hin zu einer zunehmend kommunalpolitisch ausgerichteten Wirtschaftspolitik.²²¹ Daneben entwickelte sich auf Basis der in der Preußischen Städteordnung von 1808 (§ 108) anerkannten gemeindlichen Allzuständigkeit und der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts²²² eine umfassende Freiheit zur wirtschaftlichen Betätigung.²²³ Einige Städte haben diese Freiheit auch für soziale Dienste an ihren Bürgern genutzt und Sparkassen gegründet, die kleinen Sparern eine Geldanlage ermöglichten sowie Leihämter eingerichtet, um dem Wucher in diesem Gewerbe abzuwehren.²²⁴

²¹⁵ Henning a.a.O. S.72f.

²¹⁶ Henning a.a.O. S. 66.

²¹⁷ Henning a.a.O. S. 74.

²¹⁸ Scholz 1967 S. 62.

²¹⁹ Scholz 1967 S. 62f.

²²⁰ PrOVGE 9, 353ff.

²²¹ Hellermann S. 25f.

²²² z.B. PrOVGE14,76-86f- und PrOVGE13,89-106; siehe dazu Ackermann S. 75ff.

²²³ Hellermann S.26f.

²²⁴ Stern/Püttner S. 13f; Rüfner S. 87 stellt zu Recht fest, dass von wirtschaftlichen Betrieben der Kommunen in der ersten Hälfte des 19. Jhdts. „nicht viel berichtet wird“.

§ 3 Hochindustrialisierung

Mit der Hochindustrialisierung, die man auf die Jahrzehnte zwischen Reichsgründung und Erstem Weltkrieg datiert,²²⁵ verschärften sich die gesellschaftlichen Spannungen in den Gemeinden auf ganz neue Art. Die neu entstehende Arbeiterklasse und ihre Interessenvertretungen, die großen Wanderbewegungen und die dadurch ausgelösten Probleme der Wohnversorgung und Hygiene, die fehlenden sozialen Sicherheiten in der Industriearbeiterschaft bescherten den Gemeinden hohes Konfliktpotenzial und zwangen sie zum Handeln. Gleichzeitig waren die Gemeinden gefordert, infrastrukturelle Voraussetzungen für den weiteren Industrialisierungsprozess zur Verfügung zu stellen. In diesem Zeitraum wurden Weichen gestellt, die bis heute Wirksamkeit entfalten.

I Städtische Versorgungswirtschaft

Die Gasversorgung war das erste bedeutende wirtschaftliche Engagement der Gemeinden, welches in direkter Konkurrenz zu privaten Anbietern stand. In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts gab es schon in 33 deutschen Städten Gaswerke.²²⁶ Gas wurde vorwiegend für Zwecke der Beleuchtung verwendet, zum Ende des Jahrhunderts kam das Kochen und Heizen als Verwendungszweck hinzu, so dass bis zum 1. Weltkrieg ein starkes Wachstum mit entsprechenden weiteren Gaswerksgründungen zu verzeichnen ist.²²⁷ Die Mehrheit der deutschen Gaswerke war in privater Hand, dies änderte sich erst in den 1880er Jahren, als die städtischen Neugründungen bzw. die kommunalen Übernahmen ehemals privater Werke eine kommunale Dominanz begründeten.²²⁸ Die Gründe für die Kommunalisierungen lagen in Qualitätsmängeln, zu hohen Preisen, einer ungenügenden räumlichen Abdeckung und einer Ausnutzung der Monopolstellung der privaten Anbieter.²²⁹ Die Gaswerke erzielten erhebliche Gewinne, die zur Stütze des Gemeindehaushalts verwendet wurden.²³⁰

Ebenfalls ab Mitte des 19. Jahrhunderts erfolgte der planmäßige Aufbau kommunaler Anlagen zur Gewinnung und Verteilung von Wasser, der den Gemeinden die Erzielung von Gewinnen erlaubte.²³¹

²²⁵ Krabbe 1989 S. 177.

²²⁶ Brunckhorst S.16

²²⁷ Brunckhorst S. 22

²²⁸ Brunckhorst S. 25ff; Stern/Püttner S. 21

²²⁹ Brunckhorst S. 117ff

²³⁰ Stern/Püttner a.a.O.; Krabbe 1989 S. 118

²³¹ Stern/Püttner S. 17f

In der Elektrizitätswirtschaft, die erst 1880 einsetzte, war die Situation etwas anders: diese ist schon allein wegen der Standortfrage von Erzeugungseinheiten (Kraftwerken) und den Notwendigkeiten von regionalen und überregionalen Netzen nicht so lokal begrenzt. Es entwickelte sich eine Zweigleisigkeit insofern, als die überregional ausgerichtete Erzeugung und Verteilung von Strom getrennt von der Erzeugung und Verteilung für den lokalen Markt verlief.²³² Die überregionale Elektrizitätswirtschaft befand sich Anfang des 20. Jahrhunderts überwiegend in privater Hand.²³³ Im lokalen Markt hatten vorwiegend die Industriebetriebe eigene Erzeugungskapazitäten aufgebaut. Um die Jahrhundertwende herum wurden die ersten städtischen Elektrizitätswerke errichtet,²³⁴ entweder in Eigenregie oder durch private oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen im Wege des Konzessionsvertrages.²³⁵ Bis 1905 waren in Preußen 65 städtische Elektrizitätswerke entstanden, die auch für einen Gewinn in der Gemeindekasse sorgten.²³⁶ Anders als die Gasversorgung in ihren Anfangsjahren war die elektrische Energie lebensnotwendig für die neu entstehenden Industriebetriebe, aber auch für die parallel von den Städten betriebene elektrische Straßenbahn.²³⁷

Zwei Gründe waren in dieser Zeit ausschlaggebend dafür, dass die Städte diesen Wandel relativ erfolgreich bestanden haben. Zum einen war das städtische Wegeeigentum für die netzgebundene Energieversorgung eine Ressource, die ihnen auch eine starke ökonomische Position verlieh. Durch wegerechtliche Konzessionsverträge waren sie in der Lage, den technisch notwendigen Zugang der Versorgungsunternehmen -auch zu Gunsten eigener Betriebe- zu steuern.²³⁸ Zum andern handelte es sich bei diesen Energien wie auch beim Nahverkehr um technische Neuheiten, an denen sich noch keine Besitzstände gebildet hatten, welche die Städte hätten überwinden müssen.²³⁹

Die städtische Gas- und Elektrizitätsversorgung wurde mit dem Argument der Monopolkontrolle legitimiert.²⁴⁰ Der zum Aufbau dieser Strukturen notwendige hohe Kapitalaufwand und die Notwendigkeit der Verlegung von Strom- und Gasleitungen machte sehr schnell deutlich, dass dies nur im Rahmen eines Monopols betriebs- und volkswirtschaftlich sinnvoll ist. Mit Erhöhung der Anschlussdichte durch Bevölkerungswachstum und zu-

²³² Ambrosius 1987 S. 131

²³³ Stern/Püttner S. 22.

²³⁴ In Preußen 1887 in Elberfeld, Stern/Püttner S. 22.

²³⁵ Stern/Püttner S. 22; Krabbe 1989 S.119.

²³⁶ Stern/Püttner S. 22 .

²³⁷ Krabbe 1989 S. 118f; Stern/Püttner S. 23ff.

²³⁸ Pielow Rdnr. 5.

²³⁹ Rüfner S. 90.

²⁴⁰ Stern/Püttner S. 19.

nehmende Industrialisierung sanken die Kosten für die Herstellung und Unterhaltung der Infrastruktur.

Das Monopol sollte aus Gründen der gesicherten Versorgung auch wirtschaftlich ungünstiger Gebietsteile und im Interesse einer sozial ausgewogenen Tarifpolitik nicht Privaten überlassen werden. Dieses Monopol haben die Gemeinden für viele Jahrzehnte verteidigt, erst mit dem neuen GWB (§ 103 Abs. 1 Nr. 1-4) vom 1.1.1958 erfolgte eine rechtliche Sicherung. Es sicherte entsprechende Einnahmen, die sie für andere gemeindliche Zwecke verwenden konnten (sog. Querfinanzierung).

II **Munizipalsozialismus**

Äußerlich betrachtet hat es immer eine gemeindliche wirtschaftliche Betätigung zur Versorgung ihrer Bevölkerung und zur Unterstützung der lokalen Wirtschaft gegeben. Auch die einschlägigen rechtlichen Randbedingungen haben sich insoweit nicht grundlegend geändert, insbesondere hat das Gemeinderecht keine Antwort auf die neuen Herausforderungen der Industrie gegeben. Geändert hat sich der ökonomische Kontext vor dem Hintergrund des neuen liberalen Verständnisses von Staat und Gesellschaft. Die Gemeinde hatte keine wirtschaftsordnende Kompetenz mehr, so wie sie diese im Mittelalter im umfassenden Sinne und im Merkantilismus immerhin für die lokale Wirtschaftsgemeinschaft hatte, welche den örtlichen Bedarf und die städtische Produktion vereinte.

Diese Einheit zerfiel in der Periode der Industrialisierung. Industrielle Ansiedlungen in den Städten, damit verbunden ein enormer Bevölkerungszuwachs aus dem Land,²⁴¹ große Probleme der Wohnraumversorgung innerhalb der Stadt, fehlende soziale Sicherheit für weite Bevölkerungskreise waren die Ursachen. Die Armut war keine städtische Erfindung, vielmehr war der Pauperismus eine Erscheinung der vorindustriellen Zeit.²⁴² Sie konzentrierte sich allerdings mit der Industrialisierung auf die Städte. Soziale Verwerfungen wurden durch die neuartigen Zwänge zu Mobilität ausgelöst, die zum Verlust verwandtschaftlicher, nachbarschaftlicher sozialer Sicherungen führte. Auch die bisher übliche Lebensmittelversorgung auf dem Land durch eigene Produkte war nicht mehr möglich. Arbeitslosigkeit trat offen zu Tage. Die Möglichkeiten der Gemeinden waren angesichts dieser Entwicklungen nur sehr begrenzt.²⁴³

²⁴¹ Hinrichs S. 307f.

²⁴² Henning 1978 S. 67f.

²⁴³ Abelshauser S. 12.

Die Städte standen unter Handlungsdruck, insbesondere in der sog. Gründerkrise seit 1873. „In den Städten und Gemeinden war der Munizipalsozialismus bereits Wirklichkeit geworden, ohne dass ihm ein sozialreformerisches Programm zugrunde gelegen hätte. Der Zwang der Verhältnisse, wie sie von der Urbanisierung geschaffen wurden, die Notwendigkeit, der Herausforderung von Städtewachstum und Industrialisierung angemessen zu begegnen, und rein fiskalische Vorteile führten die Kommunalverwaltungen ohne ideologische Hintergedanken zu dem gleichen Ziel.“²⁴⁴ Die Städte wurden zum Teil des Interventionsstaates, der die Entwicklung des Kapitalismus in Deutschland begleitet hat und mit dem Schlagwort des „organisierten Kapitalismus“ belegt wurde.²⁴⁵ „Ohne lokale Wirtschaftsförderung wäre die beginnende Industrialisierung nicht zu denken“.²⁴⁶

Zwischenergebnis

Die frühen liberalen Schritte zur Gewerbefreiheit und einer neuen Städteordnung bewirkten vorerst keine entscheidenden Änderungen in der bisherigen Stadtwirtschaft. Dagegen brachte die Phase der Hochindustrialisierung gravierende Umbrüche. Die Folgewirkungen dieses gesellschaftlichen Modernisierungsprozesses auf sozialem Gebiet brachten die Gemeinden in Handlungszwänge. Sie waren von diesem Prozess getrieben, den sie selbst nur in sehr geringem Maße steuern konnten. Sie haben sich gewissermaßen in seinen Dienst gestellt und versucht, defensiv die sozialen Verwerfungen in den Griff zu bekommen und proaktiv die Chancen der neu entstehenden Versorgungswirtschaft zu nutzen. Dort mussten sie nun auf Märkten antreten, die von privatwirtschaftlicher Konkurrenz geprägt waren und waren insoweit auf den Status eines Marktteilnehmers reduziert worden.

Bewertet man diese Entwicklung unter unserem Aspekt der gemeinschaftlichen Selbsthilfe, so kann unter den neuen Bedingungen von einer stadtwirtschaftlichen Gemeinschaft nicht mehr gesprochen werden. Gemeinschaftliches Handeln lässt sich allenfalls darin erkennen, dass die Städte es in den meisten Fällen geschafft haben, ihre Bürger und die lokalen Unternehmen mit **eigenen** Betrieben zu versorgen und damit in diesen Sektoren ein gemeinschaftliches Band zu knüpfen.

Auch außerhalb der Versorgungswirtschaft sind Ansätze einer kommunalen Wirtschaft, die auf bürgerschaftliche Selbsthilfe setzt, in dieser Periode nicht zu erkennen, in der es im Wesentlichen darum ging, den Zwängen der schnellen Urbanisierung Herr zu werden.

²⁴⁴ Krabbe 1989 S. 122.

²⁴⁵ Wehler S. 36ff; Matzerath 1990 S. 11f; Krabbe 1990 S. 134.

²⁴⁶ Köttgen 1963 S. 26.

Die bisherige historische Betrachtung der städtisch betriebenen Wirtschaft seit dem Mittelalter hat im Hinblick auf die mit ihr verbundenen Effekte einer bürgerschaftlichen Selbsthilfe/Selbstbestimmung eine abnehmende Tendenz gezeigt. In den Zeiten der Industrialisierung ist dieser Effekt mit dem Einsetzen der städtischen Versorgungswirtschaft fast ganz verschwunden. Daran hat sich auch in der Folgezeit nichts Wesentliches geändert.

In den Vordergrund treten zunehmend erwerbswirtschaftliche Motive, wonach die Erlöse aus der gemeindlichen Wirtschaft den Gemeinden verbleiben.

Diese Konstellation ist in ihren Grundzügen bis heute in der gemeindlichen Wirtschaft erkennbar.

Teil 4 Weimarer Republik

Ausgelöst durch die Rätebewegung gab es unmittelbar nach dem Ersten Weltkrieg Bestrebungen, eine grundlegende Umwälzung des kapitalistischen Wirtschaftssystems voran zu treiben. Die Wirtschaft sollte fortan in öffentlicher Verantwortung erfolgen, wie verschwommen und unklar die Vorstellungen über deren genauen Inhalt auch gewesen sein mögen. Das Spektrum reichte von der Sozialisierung ganzer Wirtschaftszweige bis zu diversen Formen der Gemeinwirtschaft. Im Folgenden sollen die Pläne zur Kommunalisierung etwas näher beleuchtet werden, weil deren Realisierung eine neue Form kommunaler wirtschaftlicher Selbstverwaltung bedeutet hätte. Im Anschluss daran wird die Entwicklung der Kommunalwirtschaft nach dem Scheitern der Kommunalisierungspläne skizziert.

§ 1 Sozialisierung/Kommunalisierung

Am Anfang stand das Sozialisierungsgesetz vom 23.03.1919²⁴⁷. Es enthielt als Rahmengesetz die Grundsätze für künftige einzelgesetzlich zu regelnde Sozialisierungen, einschließlich der Kommunalisierungen. In § 3 hieß es u.a.: „Die Aufgaben der durch Reichsgesetz geregelten Gemeinwirtschaft können dem Reich, den Gliedstaaten, Gemeinden und Gemeindeverbänden oder wirtschaftlichen Selbstverwaltungskörpern übertragen werden. Die Selbstverwaltungskörper werden vom Reich beaufsichtigt.“

²⁴⁷ RGBI 1919 S. 342.

Was mit den „wirtschaftlichen Selbstverwaltungskörpern“ gemeint ist, erhellt sich aus den Plänen des Reichswirtschaftsministeriums. In einer Denkschrift vom 07.05.1919 werden die Pläne für eine korporatistische Organisation der Wirtschaft vorgestellt.²⁴⁸ Es sollen räumliche und fachliche Selbstverwaltungskörper geschaffen werden, die jeweils in sich hierarchisch gegliedert sind. Den Gemeinden als solchen sind keine Befugnisse übertragen, die über ihre Rolle als Subjekt der eigenen –ggf. kommunalisierten - Wirtschaftsbetätigung hinausgehen.

Das Sozialisierungsgesetz enthält in § 2 zwei Typen von Gemeinwirtschaft: in seiner Nr.1 die „obrigkeitliche“ Gemeinwirtschaft und in Nr. 2 die privatkapitalistische oder selbstverwaltete Gemeinwirtschaft.²⁴⁹ In der 1. Alternative ist die Vergesellschaftung angesprochen, also die Expropriation des Privaten. Nach Weimer bedeutete dies nicht unbedingt eine Verstaatlichung. „Es musste jede Art der Überführung genügen, welche die Staatsbürger an der gewählten Eigentumsform als Gesamtheit teilhaben ließ und ihr ein Alleinbestimmungsrecht gewährte.“²⁵⁰

Die 2. Alternative ermächtigte das Reich, „die Herstellung und Verteilung wirtschaftlicher Güter gemeinwirtschaftlich zu regeln“, setzte also nicht zwingend einen Eigentumsübergang an Wirtschaftsgütern voraus. Nur diese 2. Alternative ist in der Gesetzespraxis wirksam geworden, durch Erlass des Kohlenwirtschaftsgesetzes vom 23.03.1919 und des Kaliwirtschaftsgesetzes vom 24.04.1919.²⁵¹ Die Sozialisierungskommissionen (s.u.) hatten mit den Überlegungen zur Kommunalisierung beide Wege im Blick, wobei in den Begründungen hervorgehoben wird, dass neben dem gänzlichen Eigentumsentzug auch mildere Formen der Gemeinwirtschaft, wie z.B. Konzessionierungen möglich sind.

I Erste Sozialisierungskommission

Die im Dezember 1918 vom Rat der Volksbeauftragten eingesetzte 1. Sozialisierungskommission legte am 18.03.1919 den ersten Entwurf eines Kommunalisierungsgesetzes vor. Auf dessen Basis erarbeitete die Reichsregierung im Sommer 1919 den Referentenentwurf eines "Rahmengesetzes über Kommunalisierung von Wirtschaftsbetrieben"²⁵² Aus diesem entstand am 24.04.1920 der Entwurf eines Kommunalisierungsgesetzes durch die Reichsregierung.²⁵³ Nachdem die 1. Sozialisierungskommission ihre Unabhängigkeit durch

²⁴⁸ siehe dazu im Einzelnen Weimer S. 78ff; allgemein dazu Tim B. Müller S. 569ff.

²⁴⁹ vgl. Weimer S. 174ff.

²⁵⁰ S. 174.

²⁵¹ RGBI 1919,413.

²⁵² abgedruckt in Deutsche Gemeindezeitung Berlin 1920, Nr. 26ff; Kellner S. 16.

²⁵³ zitiert in Verhandlungen der Sozialisierungskommission über die Kommunalisierung, S. 447f.

das Reichswirtschaftsministerium bedroht sah, trat sie am 19.04.1919 zurück. Die 2. Sozialisierungskommission legte am 24.09.1920 auf der Basis des Regierungsentwurfs einen Gesetzentwurf vor. „Die Reichsregierung hat diesen Vorschlag nicht verwertet und auch ihren eigenen Entwurf vom 24. April 1920 fallen lassen.“²⁵⁴

Der Gesetzesentwurf der 1. Sozialisierungskommission sah in § 1 die Sozialisierung aller oder einzelner Unternehmen folgender Branchen vor:

- Verkehrsunternehmungen für das Gemeindegebiet;
- Unternehmungen zur Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht und Kraft;
- Erzeugung, Beschaffung und Lagerung, Verarbeitung und Vertrieb von Nahrungs- und Genussmitteln;
- Herstellung von Kleinwohnungen
- Anschlagwesen
- gewerbsmäßige Stellenvermittlung
- Apotheken
- Bestattungswesen.

Die einzelne Sozialisierung erforderte eine Genehmigung der Landeszentralbehörde, die aber nur versagt werden konnte, wenn durch die kommunale Übernahme „wesentliche gemeinwirtschaftliche Interessen dadurch benachteiligt werden“²⁵⁵. Außerdem konnten –jenseits dieser Branchen- privatwirtschaftliche Unternehmen, „die vorwiegend für lokale Zwecke arbeiten“ (§ 2) also nicht solche, „welche der Gemeinde gegenüber Exportunternehmungen sind“ kommunalisiert werden. In der Begründung wird zudem über die Modalitäten einer Kommunalisierung ausgeführt: „Es bleibt der Gemeinde anheimgestellt, ob sie die Unternehmungen im eigenen Betrieb führen oder durch andere betreiben lassen will. Nach wie vor soll also Konzessionierung an private Unternehmungen möglich sein. Ebenso kann die Kommune durch besondere Organe, z.B. gemeinnützige Baugenossenschaften, Konsumentenorganisationen, die Kommunalisierung durchführen.“

II Regierungsentwurf

Im Regierungsentwurf vom 24.04.1920 wurden gegenüber dem Vorschlag der 1. Sozialisierungskommission aus den 8 Wirtschaftszweigen auf der Freiliste ganze bzw. Teile der Wirtschaftszweige gestrichen: Güterbeförderung, Kraftwagenverkehr, Elektrizitätsversor-

²⁵⁴ Vorwort in den Verhandlungen der Sozialisierungskommission.

²⁵⁵ sog. Freiliste; § 4 des Entwurfs.

gung, Versorgung mit Nahrungs- und Genussmitteln, Herstellung von Kleinwohnungen, Stellenvermittlung und Apotheken. Neu dazu sind gekommen: öffentliche Abfuhr und Bearbeitung von Abfallstoffen, Theater, Lichtspiel und Schaustellungen sowie Badeanstalten. Die Zuständigkeiten der Länder wurden zugunsten des Reiches gemindert.²⁵⁶

III Zweite Sozialisierungskommission

Der Gesetzentwurf der 2. Sozialisierungskommission blieb bei den kommunalisierungsfähigen Gegenständen im Rahmen des Regierungsentwurfs (also ohne Siedlungswesen, ohne Heilwesen und ohne Arbeitsvermittlung), der diejenigen Wirtschaftszweige aufgenommen hatte, die ohnehin schon vor dem Krieg von Gemeinden betrieben wurden: Straßenbahnen, Wasser- und Gasversorgung, Bestattungswesen, Bäder, Anschlagswesen. Diese waren Bestandteil der „Freiliste“ und bedurften daher zu ihrer Kommunalisierung keiner reichsbehördlichen Genehmigung. Die 2. Sozialisierungskommission fügte der Freiliste noch zwei Positionen hinzu: Erzeugung, Beschaffung, Lagerung, Verarbeitung und den Vertrieb von Nahrungs- und Genussmitteln – wie in der 1. Sozialisierungskommission – und Beschaffung, Lagerung und Vertrieb von Brennstoffen. Im Gegensatz zum Regierungsentwurf sollte das Reich nur die Freiliste erweitern dürfen, Genehmigungsentscheidungen zur Kommunalisierung sollten die Länderbehörden treffen.

Zwischenergebnis Sozialisierung/Kommunalisierung

Die Grundidee der Sozialisierungskommissionen war die Schaffung eines gemeindlichen Wirtschaftsverbandes in bestimmten Branchen (über deren Zahl und Umfang herrschte keine Einigkeit zwischen den Kommissionen und der Regierung). Insoweit wurde den Gemeinden bzw. Gemeindeverbänden eine Prärogative (auch über den Umfang der Autonomie gab es keine Einigkeit) zuerkannt, die ihr die Entscheidung über den eigenen (Monopol-)Betrieb, die Konzessionierung an Private oder Zwischenformen übertrug. Über interne Organisation und über Gewinnverwendung etc. wird in den Entwürfen nichts gesagt. Insofern ging man wohl davon aus, dass der sozialistische Zugriff auf die kommunalen oder kommunal gesteuerten Unternehmen eine Art Garantie für gute und gerechte Arbeitsbedingungen ist. Inhaltlich gab es eine Unterscheidung zwischen den Freilisten-Branchen, die inhaltlich nicht ausschließlich durch einen lokalen Bezug ausgewiesen sind, sondern z.T. ordnungspolitische Funktionen abdecken und den Unternehmen, die „vor-

²⁵⁶ Kellner S.16.

wiegend für lokale Zwecke arbeiten“ - so die 1. Sozialisierungskommission in § 2 ihres Entwurfs. Die 2. Sozialisierungskommission verlangte immer einen lokalen Bezug.

Auch wenn die Vorstellungen der Sozialisierungskommissionen in vielen Dingen vage geblieben sind und es dementsprechend auch kein schlüssiges Kommunalisierungskonzept gegeben hat, kann man dennoch festhalten, dass eine kommunalisierte Wirtschaft den Gemeinden neue und starke Befugnisse zur Gestaltung der lokalen Wirtschaft gegeben hätte. Das gilt auch für Modelle einer partizipativen Betriebsführung unter Beteiligung von Genossenschaften, gemeinnützigen Organisationen und Konsumentenorganisationen. Gerade in diesem Bereich hätten bürgerschaftliche Potentiale der Mitwirkung gehoben werden können.

§ 2 Expansion gemeindlicher Wirtschaft

Mit Stern/Püttner lassen sich zwei Tendenzen der Kommunalwirtschaft zwischen den Kriegen herausstellen:

- eine Expansion und Ertragssteigerung im Ganzen mit unterschiedlichen Konjunkturen und
- politische Auseinandersetzungen über die Berechtigung und den Umfang kommunaler Wirtschaft, dazu unten § 3.

Die Steigerung der wirtschaftlichen Aktivitäten war bedingt durch die Finanznot der Gemeinden, die auf die Abschaffung der kommunalen Zuschläge auf die Einkommenssteuer im Zuge der Erzbergerschen Finanzreform zurückzuführen war wie auch auf die Kapitalarmut nach dem Ersten Weltkrieg. Schon vor dem Krieg machten die Einnahmen aus den kommunalen Wirtschaftsunternehmen im Durchschnitt zwischen 10 und 20 % der Gesamteinnahmen aus,²⁵⁷ so stieg er z.B. in Düsseldorf auf etwa 50 % im Jahr 1933.²⁵⁸

Für unsere Fragestellung interessant ist daran, dass die Expansion nicht etwa durch eine neue Philosophie kommunaler Wirtschaftsbetätigung herbeigeführt worden ist, wie man sie vielleicht durch die neue sozialökonomische Programmatik in der WRV hätte erwarten können oder durch Nachwirkungen der Kommunalisierungsdiskussion. Vielmehr ist sie auf das Bemühen zurückzuführen, möglichst viel Gewinn aus den Geschäften herauszuziehen und dabei auch den Geschäftsumfang zu erweitern²⁵⁹ oder in Randbereiche bishe-

²⁵⁷ Stern/Püttner S.27.

²⁵⁸ Stern/Püttner Fn.149 S. 28.

²⁵⁹ z.B. bei den Sparkassen, Stern/Püttner S. 27.

riger Betätigung vorzudringen (z.B. Anschlagwesen, Geräteverkauf). Die Intensivierung des Geschäfts war vielfach nur auf Basis von Krediten möglich, die in der krisenhaften Weimarer Republik schwer zu bedienen waren. Das Reichsfinanzministerium betrieb Mitte der 20er-Jahre eine restriktive Politik gegenüber den Kommunen, insbesondere im Hinblick auf die Kreditaufnahme im Ausland.²⁶⁰ Neben berechnete kreditpolitische Erwägungen traten aber auch ideologische Motive zur Begrenzung kommunaler Wirtschaft.²⁶¹

Ebenso interessant ist aber auch die Expansion **sozialpolitischer Leistungen** der Kommunen in der Weimarer Zeit.²⁶² Diese Expansion lief aber unverbunden **neben** der wirtschaftlichen. Nur der konservativen Kritik fielen beide gemeinsam anheim. „Aus dieser Sicht stand die Leistungsexpansion in einem weiteren, höchst problematischen Zusammenhang: Die Demokratisierung des Wahlrechts, die Ausdehnung des „Parteibuchbeamten“ und die „Politisierung“ der Gemeindeangelegenheiten erschienen als Symptome eines unaufhaltsamen „Verfalls“ der kommunalen Selbstverwaltung.“²⁶³ In eine ähnliche Richtung geht die Analyse von Zielinski.²⁶⁴

In den Gemeindeverwaltungen selbst scheinen diese beiden Politikstränge -wie heute noch- ziemlich unverbunden gewesen zu sein. Ein wesentlicher Grund dafür liegt in der Verselbständigung der wirtschaftenden Einheiten innerhalb und außerhalb der Gemeindeverwaltung. Sie war und ist bedingt durch die Notwendigkeit eines höheren Grades an Selbständigkeit und Beweglichkeit kommunalen Wirtschaftshandelns. Sie schlug sich nieder in der Eigenbetriebsverordnung v. 21.11.1938, die eine relativ selbständige Betriebs- und Haushaltsführung gewährleistete.²⁶⁵ Bis heute gibt es Eigenbetriebsverordnungen in den einzelnen Ländern. Eine übergeordnete Perspektive, die kommunales Wirtschaften **inhaltlich** zusammendenkt mit den anderen typischen Verwaltungsagenden, ist offenbar wenig ausgeprägt. Sie hätte entweder im kommunalen Vertretungsorgan oder bei der Bürgermeisterfunktion vertreten sein müssen. Im Vertretungsorgan werden die Eigenbetriebsangelegenheiten fast durchweg durch den relativ eigenständigen Werkausschuss erledigt, bei privatrechtlich organisierten Unternehmen ist das Organ als solches in der Regel nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen beteiligt; in den Organen der Beteiligungsgesellschaften selbst, ist die Gemeinde nur durch einzelne entsandte Vertreter aus dem Gemeinderat oder der Verwaltung repräsentiert. Das Interesse der gemeindlichen

²⁶⁰ Rudloff Rdnr. 22ff.

²⁶¹ Wirsching S.57f.

²⁶² Wirsching S. 48ff; Abelshäuser S. 18; Rudloff Rdnr. 15ff.

²⁶³ Wirsching S. 53.

²⁶⁴ Zielinski S. 71.

²⁶⁵ Stern/Püttner S. 36.

Verwaltungsspitze an den Wirtschaftsunternehmen ist hauptsächlich auf deren wirtschaftlichen Beitrag für den kommunalen Haushalt fokussiert.

Insbesondere in den Anfangsjahren der Weimarer Republik waren die Gemeinden gefordert in der Bewältigung der Wohnungsnot, in der Demobilisierung und den damit verbundenen Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen.²⁶⁶ Es gab auch in vielen Städten²⁶⁷ Maßnahmen der kommunalen Wirtschaftsförderung. Diese, wie auch die staatlichen Bemühungen waren im Wesentlichen darauf gerichtet, die Kriegsfolgen zu mildern und die Unternehmen bei ihren Modernisierungsprozessen zu unterstützen.²⁶⁸

Eine gewisse Ausnahme stellen jene Betriebe dar, die aus der Zeit der Kriegswirtschaft stammten und von den Gemeinden aus Gründen einer Notversorgung übernommen worden waren.²⁶⁹

§ 3 Kritik an gemeindlicher Wirtschaft

Wie oben schon erwähnt wurde von konservativer Seite die expansive kommunale Sozialpolitik ebenso kritisiert wie von Kreisen der Wirtschaft die Tätigkeit der kommunalen Wirtschaft. Letztere wurde unter dem Slogan der kalten Sozialisierung geführt.²⁷⁰ Sofern die Gemeinden betroffen waren, richtete sich die Kritik hauptsächlich gegen die kommunalen Nebenbetriebe, den Geräteverkauf der Gas- und Elektrizitätswerke und die kommunale Betätigung im Bankgeschäft. Zu den Nebenbetrieben zählte z.B. das Installationsgewerbe, aber auch Betätigungen im Brennstoffhandel, im gewerblichen Kraftverkehr und im Gastronomiegewerbe.²⁷¹

Einen nachhaltigen Erfolg hatte dieser Kampf auf dem Gebiet des gemeindlichen Wirtschaftsrechts. In Preußen gab es schon 1922 einen ersten Entwurf zur Schaffung einer neuen Städte- und Landgemeindeordnung, der die privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden beschränken wollte. Der Preußische wie der Deutsche Städtetag widersetzten sich erfolgreich derartigen Bestrebungen. Bis zum Ende der 20er Jahre verliefen die entsprechenden parlamentarischen Beratungen im Sande. 1927 erfolgte eine von der Privatwirtschaft unterstützte und z.T. gelenkte Initiative der DNVP im Preußischen Landtag zur

²⁶⁶ einen guten Einblick gibt H. Pohl 1985 aus Sicht einer bayerischen Mittelstadt.

²⁶⁷ Pohl a.a.O. S. 122; Rudloff Rdnr. 21.

²⁶⁸ Böhret S. 39f.

²⁶⁹ Stern/Püttner S. 27,29.

²⁷⁰ C. Böhret hat eine informative empirische Studie über den von den Spitzenverbänden der Privatwirtschaft in den Jahren 1926-1930 orchestrierten und gezielt geführten Kampf gegen die öffentliche Wirtschaft erstellt.; s.a. Wirsching S. 56ff; Stern/Püttner S. 28ff.

²⁷¹ Böhret S. 35ff und 56ff.

starken Reglementierung gemeindlichen Wirtschaftsengagements, der jedoch wegen der mangelnden Unterstützung durch die bürgerlichen Parteien nicht erfolgreich war.²⁷² Einen ersten Erfolg erzielte die Privatwirtschaftsinitiative in Bayern, in der dortigen Gemeindeordnung vom 17.10.1927 bedurften gemeindliche Erwerbsunternehmen einer staatlichen Genehmigung.

Im Jahr 1930 wurden die Arbeiten zu einer Reichsstädteordnung aufgenommen. Gegen einen Entwurf, der vom Deutschen Städtetag und den Fraktionen der DVP und DDP unterstützt wurde und sich gegen die staatliche Regulierung kommunaler Wirtschaftstätigkeit richtete, machte die Privatwirtschaft Opposition. Sie hatte wesentlichen Anteil daran, dass bis zum Ende der Weimarer Republik eine parlamentarische Befassung mit dem Entwurf nicht möglich war.²⁷³ Die Aktionen gegen die sog. kalte Sozialisierung hatten erst unter der Herrschaft der Nationalsozialisten in der Formulierung der §§ 67ff DGO v. 30.01.1935 einen greifbaren Erfolg. Ihm waren ähnliche Bestimmungen im Preußischen Gemeindeverfassungsgesetz v. 15.12.1933 vorausgegangen.²⁷⁴ Diese Beschränkungen der Kommunalwirtschaft sollten sich als äußerst folgenreich erweisen. In ihren Grundzügen bestimmen sie bis heute die einfachrechtlichen Grenzen kommunalen Wirtschaftens.

Zwischenergebnis

Aus der Weimarer Zeit sind nach dem Scheitern der Kommunalisierungspläne trotz eines starken sozialpolitischen gemeindlichen Engagements keine verbreiteten kommunalen wirtschaftlichen Unternehmungen bekannt, die gleichzeitig die Beförderung sozialökonomischer Zwecke zum Ziel gehabt hätten. Auch über eine entsprechende Förderung privater Unternehmen ist nichts bekannt.

Teil 5 Zeit des Nationalsozialismus

Im Hinblick auf die Gemeinden vollzog sich die nationalsozialistische Machergreifung in zwei Phasen: die Eroberung der lokalen Positionen und die Sicherung des politischen Einflusses durch Ausschaltung anderer Parteien und den Erlass der ersten reichseinheitlichen Deutschen Gemeindeordnung (DGO) im Jahr 1935.²⁷⁵ Schon bis zur Mitte des Jahres 1933 waren wichtige Positionen in den Gemeinden durch Nationalsozialisten oder durch ihre

²⁷² Böhret S.156ff.

²⁷³ Böhret S. 167ff.

²⁷⁴ ausführlich zur Entstehungsgeschichte Matzerath 1970 S. 132ff.

²⁷⁵ Matzerath 1970 S. 61ff.

Gewährsleute besetzt. Dies geschah durch „quasirevolutionäre“ Maßnahmen, zu denen die Verhängung von Schutzhaft, die Einsetzung von staatlichen Sonderkommissaren und unberechtigte Korruptionsvorwürfe gehörten.²⁷⁶ Eine gesetzliche Stütze bot dabei das „Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ v.7.04.1933²⁷⁷, welches u.a. die Entlassung von „Nichtariern“ und politisch „Unzuverlässigen“ erlaubte. Mit dem Erlass der DGO wurden auch formal die Grundlagen einer demokratischen gemeindlichen Selbstverwaltung verlassen. Dies geschah im Wesentlichen durch die gesetzliche Einrichtung eines „Beauftragten der NSDAP“ mit weiten Mitwirkungsrechten²⁷⁸, durch die Verpflichtung der Gemeinden auf die Übereinstimmung mit den Zielen der Staatsführung²⁷⁹, durch die Abschaffung der Wahl der Gemeinderäte²⁸⁰, durch die Reduzierung ihrer Funktionen auf reine Beratung²⁸¹ und durch die herausgehobene Stellung des Bürgermeisters in Verfolgung des „Führerprinzips“²⁸². Die gemeindliche Selbstverwaltung wurde in den Jahren nach 1933 zwischen staatlichen Eingriffs- und Aufsichtsbefugnissen und den kontinuierlichen Einflüssen der unterschiedlichen Instanzen der NSDAP (insbesondere das Amt für Kommunalpolitik) förmlich zerrieben.²⁸³ Trotz vieler Versuche, die gemeindliche Versorgungswirtschaft zu Gunsten zentraler staatlicher und/oder privatwirtschaftlicher Einheiten zu zerstören oder zumindest erheblich einzuschränken²⁸⁴ blieb diese im Wesentlichen erhalten, wenn sie auch zunehmend durch Belastungen der Rüstungspolitik geschwächt wurde.²⁸⁵

Unter diesen Bedingungen konnten sich keine lokalen demokratisch-bürgerschaftlichen Initiativen entfalten, weder unmittelbar aus der Bürgerschaft noch durch Vermittlung oder Unterstützung durch die Gemeindeverwaltung. Allerdings hat es auch in den Jahren des Nationalsozialismus Aktivitäten gegeben, die eine Identifikation der Einwohner mit ihrer Gemeinde und eine entsprechende Aktivierung zum Ziel hatten. Wegen der tendenziellen Großstadt-Feindlichkeit der Nationalsozialisten konzentrierten diese sich auf ländliche Gemeinden. So gab es Dorfgemeinschaftsfeste und Dorfverschönerungsaktionen, die unter aktiver Beteiligung der Einwohner realisiert wurden. Zudem wurden sog. Dorfgemeinschaftshäuser errichtet, die ein Zentrum für das soziale, kulturelle und gesellige

²⁷⁶ Matzerath 2007 Rdnr. 3.

²⁷⁷ RGBL. I S. 175.

²⁷⁸ vgl. § 33 DGO.

²⁷⁹ § 1 II 1 DGO.

²⁸⁰ § 51 DGO.

²⁸¹ § 48 I 2 DGO.

²⁸² § 32 I DGO.

²⁸³ Matzerath 2007 Rdnr. 32ff; Matzerath 1970 S. 313.

²⁸⁴ vgl. dazu Matzerath 1970 S. 392ff.

²⁸⁵ Matzerath 2007 Rdnr. 31.

Leben sein sollten.²⁸⁶ Diese Bemühungen wurden jedoch im Wesentlichen von der NSDAP, ihren örtlichen Funktionären und ihren Untergliederungen (wie die NS-Gemeinschaft „Kraft durch Freude“) getragen mit dem Ziel, die Einwohner zu einem Teil der Volksgemeinschaft zu machen und mit dem Anspruch der Partei, darüber zu entscheiden, wer nicht dazu gehörte, wie z.B. die jüdischen Mitbürger. Der ideale Gemeindegänger war derjenige, der sich als Gefolgsmann verstand und sich in die Gemeinschaft einordnete.²⁸⁷ Die Ideologie der „Gemeinschaft“ wurde von den Nationalsozialisten im Sinne einer Mystifizierung und Romantisierung historischer Erscheinungsformen wie der mittelalterlichen Stadt und dörflicher Romantik ausgebeutet. Auf diese Gefahren wird im Zusammenhang mit der Interpretation der „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ nach Art. 28 II 1 GG zurückzukommen sein.

Teil 6 Bundesrepublik Deutschland

Unmittelbar nach 1945 waren die Gemeinden -ähnlich wie 1918/1919- als die ersten staatlichen Einheiten gezwungen, in der Notlage der einheimischen und geflüchteten Bevölkerung sprichwörtlich auf den Trümmern ihrer Existenzen Hilfsmaßnahmen aller Art zu ergreifen.²⁸⁸ Dies betraf die Probleme der Wohnraum- und Lebensmittelversorgung ebenso wie die Wiederherstellung von Verkehrswegen und -mitteln und die Versorgung mit Wasser und Energie. Anders als nach dem Ersten Weltkrieg knüpften die Gemeinden an die Tradition der kommunalen Selbstverwaltung an, wie sie in der Weimarer Reichsverfassung und in ihrer Nachfolge 1949 im Grundgesetz in Art. 28 Absatz 2 Satz 1 GG verankert wurde. Auf ihrer Grundlage und entsprechend den zeitlich vorangegangenen Bestimmungen der Landesverfassungen entwickelte sich die gemeindliche Versorgungswirtschaft (unten §1) wie auch Bemühungen um eine Wiederbelebung und Förderung der lokalen Wirtschaft (unten § 2). In beiden Feldern lassen sich keine Ansätze einer systematischen sozialökonomisch ausgerichteten gemeindlichen Förderung der lokalen Wirtschaft ausmachen.

Nicht unerwähnt bleiben sollen in diesem Zusammenhang Bemühungen der Gemeinden um eine Verbesserung der lokalen Ökonomie-Strukturen, die vorwiegend unter beschäftigungspolitischen und/oder stadtplanerischen Aspekten erfolgen. Diese Projekte werden

²⁸⁶ dazu Matzerath 1970 S.300ff.

²⁸⁷ vgl. Matzerath 1970 S.300 m.w.N.

²⁸⁸ Jähner S. 31ff.

im Rahmen von **fremden** Förderprogrammen betrieben, wie zum Beispiel „Soziale Stadt“²⁸⁹, ESF plus.²⁹⁰

§ 1 Versorgungswirtschaft

Bis in die 90er Jahre des letzten Jahrhunderts war die Energieversorgung in der Bundesrepublik durch kartellrechtlich abgesicherte Versorgungsmonopole der Energieversorgungsunternehmen gekennzeichnet. Die kommunalen Unternehmen betrieben in der Regel das lokale Verteilnetz auf der Stufe der Letztabnehmer. Die vorgelagerten Netze wurden von sog. Regionalversorgern/Überlandwerken und die überregionalen Netze von den großen Verbundunternehmen betrieben. Letztere beherrschten auch den Markt der Energieerzeugung. Von den rund 1.000 deutschen Stadtwerken hatten einige wenige eigene Erzeugungsanlagen. In der Regel bezogen sie die Energie von den vorgelagerten Netzbetreibern. Die Energiepreise gegenüber den Endkunden waren auf Basis entsprechender Preisverordnungen administriert und bedurften behördlicher Genehmigung.

Ohne irgendeine Änderung des positiven deutschen Verfassungsrechts begann in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts eine fundamentale Umwälzung der Grundlagen kommunaler Versorgungswirtschaft, die bis heute nicht abgeschlossen ist. Mit den EU-Richtlinien zur Liberalisierung des Energiemarktes seit 1996, umgesetzt in das Energiewirtschaftsgesetz vom 24.04.1998, erfolgte ein Wechsel des Paradigmas der deutschen Energiewirtschaft und ein Bruch mit der deutschen ordnungspolitischen Tradition. Das Gebietsschutzsystem wurde beseitigt und der Wettbewerb zum alles beherrschenden Regulierungsprinzip. Für die kommunalen Unternehmen bestand nun ein Zwang, sich dem Wettbewerb zu stellen.²⁹¹ Die Folgen für die kommunalen Unternehmen stellten sich je nach der wirtschaftlichen Kraft der Unternehmen und der politischen Ausrichtung der Gemeinde unterschiedlich dar. Viele Stadtwerke fusionierten mit anderen Stadtwerken, andere Stadtwerke wurden in Gänze oder zu Teilen von den großen Konzernen übernommen, ein Konzentrationsprozess war die Folge. In vielen Gemeinden erfolgte der Verkauf der Stadtwerke aus finanzpolitischen Gründen. Außerdem gab und gibt es Bestrebungen einiger Kommunen, sich in neuen Geschäftsfeldern zu betätigen, z.B. in der Telekommunikation. Schließlich ist in der jüngeren Vergangenheit auch ein Trend zur Rekommunalisierung festzustellen.

²⁸⁹ s.o. unter A Teil 1 § 7 I

²⁹⁰ s.o. unter A Teil 1 § 7 II; das BIWAQ-Programm ist ein ESF-Bundesprogramm, der Abschlussbericht ist vom Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung veröffentlicht

²⁹¹ die Entwicklung wird sehr gut und kompakt dargestellt von G. Ambrosius in ZögU 2011, 214ff.

Die aktuelle Struktur der deutschen Versorgungswirtschaft, die im Wesentlichen durch supranationale Vorgaben mitbestimmt wird, lässt es immer schwieriger werden, ihren örtlichen Bezug nachzuweisen. Auch wenn in den Kommunalgesetzen der Länder der traditionelle örtliche Bezug noch dominant ist,²⁹² löst sich die frühere Einheitlichkeit zunehmend auf.²⁹³

Sollte heute ohne Rücksicht auf traditionelle Bestände über eine Organisation der Versorgungswirtschaft entschieden werden, so würden die Kommunen vermutlich auf die Rolle des – historisch einmal ausschlaggebenden – Wege-Eigentümers zurückfallen.²⁹⁴ Sowohl auf der Produktions- wie auf der Verteilungsebene sind heute großflächige Verbundlösungen gefragt. Hier ist nicht der Ort über die Veränderungen in der Versorgungswirtschaft zu rasonieren. Fest zu halten bleibt aber die Tatsache, dass die von Forsthoff und anderen beschriebenen Herausforderungen der Daseinsvorsorge heute unter Wettbewerbsbedingungen auf je eigenen zum Teil internationalen spezifischen Märkten bewältigt werden, die nur noch wenig gemein haben mit den damaligen Strukturen einer örtlich verantworteten Versorgungswirtschaft.

Wie schon in der Weimarer Zeit wird die Versorgungswirtschaft auch heute noch innerhalb der Gemeinde relativ autonom und ziemlich unverbunden mit sonstigen gemeindlichen Aktivitäten, insbesondere sozialer Art betrieben. Das Hauptaugenmerk aus Sicht der Kommunalpolitik lag und liegt auf den Erlösen der Stadtwerke, die den städtischen Haushalt entlasten. Auf diese Weise gibt es allenfalls eine mittelbare Verbindung zwischen städtischer Wirtschaft und städtischer Wirtschafts- und Sozialpolitik. Eine unmittelbare Verfolgung sozialökonomischer Ziele durch die städtischen Versorgungsbetriebe mag es in Einzelfällen gegeben haben, sie ist jedoch durch den oben beschriebenen Zwang zum Wettbewerb unmöglich geworden.²⁹⁵

§ 2 Kommunale Wirtschaftsförderung

Die Inhalte und Schwerpunkte kommunaler Wirtschaftsförderung haben sich im Gleichlauf mit der wirtschaftlichen Entwicklung der Bundesrepublik verändert. Nach den Aufbaujahren, die ein pragmatisches gemeindliches Förderregime begünstigten,²⁹⁶ wurde im

²⁹² Knauff WiVerw 2011, 83.

²⁹³ Schink NvWZ 2002, 132.

²⁹⁴ Vgl. Pielow 2001 S. 714ff.

²⁹⁵ Die Stadt Leipzig hat mit den Erlösen aus dem Verkauf ihrer Beteiligungen eine Stiftung gegründet, die sich der Wirtschaftsförderung widmet; die Stadtwerke München GmbH hat aus ihrem Vermögen eine Stiftung gegründet, die sich für die Bildung von benachteiligten Jugendlichen in München engagiert.

²⁹⁶ nach Köttgen 1963 wurde erst 1959 das Thema rechtswissenschaftlich entdeckt, S. 17.

Zuge der Konsolidierung der wirtschaftlichen Entwicklung parallel zu staatlichen Förderprogrammen zunehmend eine programmatisch angeleitete Förderungspolitik verfolgt. Eine einschneidende Veränderung brachte die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Jahr 1958. In den sog. Römischen Verträgen war nun ein grundsätzliches Verbot staatlicher Beihilfen verankert.²⁹⁷ Dadurch wurde die Zulässigkeit kommunaler Wirtschaftsförderungsmaßnahmen unter ein europarechtliches Regime gestellt, welches sich bis heute immer weiter differenziert hat. Die europäische Union hat aber auch neue Impulse für die Förderung einer Sozialwirtschaft gebracht,²⁹⁸ die in Deutschland bisher jedoch nur in geringem Maße aufgenommen wurden.

In ihrer aktuellen Wirtschaftspolitik praktizieren die Städte vorwiegend eine **extern orientierte Standortpolitik**, die sich auf den Wettbewerb mit anderen Städten, national wie international konzentriert. Sie legen ihren Fokus daher primär auf Faktoren, die für die Ansiedelung externer Unternehmen wichtig sind und erst sekundär auf die Entwicklung endogener Potenziale. So rangiert nach einer Untersuchung des Difu (Deutsches Institut für Urbanistik) die Verfügbarkeit von Expansionsflächen als erste Anforderung an kommunale Wirtschaftsförderer vor der Verfügbarkeit von Fachkräften, der technischen Infrastruktur und der Qualität der Verkehrsanbindung.²⁹⁹

Viele Städte setzen auf sog. Stadtmarketing. Nach einer Studie des Difu betreiben mehr als 80 % der größeren Kommunen Stadtmarketing.³⁰⁰ Prägend für ihre Selbstdarstellung ist die Hervorhebung typischer oder besonders kennzeichnender Merkmale, wie die geographische Lage, ihre Geschichte, die (realen oder fiktiven) Merkmale ihrer Bewohner, bestimmte Sehenswürdigkeiten, herausragende events, einmalige Bauten, typische Verkehrsmittel, etc.³⁰¹

Durch die zunehmende nationale wie internationale Standortkonkurrenz der Städte untereinander um die Ansiedlung von Gewerbe, um die Einwerbung von Großveranstaltungen oder die Positionierung von Großprojekten ergibt sich ein faktischer Zwang zu Aktivitäten des Stadtmarketings. So hat z.B. die Stadt Wolfsburg in einer Public-Private-Partnerschaft („Wolfsburg AG“) diverse erlebnisorientierte Großprojekte initiiert und errichtet,

²⁹⁷ Art. 92 EWGV.

²⁹⁸ siehe dazu den folgenden § 3 I.

²⁹⁹ Difu 2019, 29f; Deutscher Städtetag 2018, 19f.

³⁰⁰ <https://difu.de/publikationen/1998/stadtmarketing-eine-kritische-zwischenbilanz> (Stand 23.04.2024)

³⁰¹ vgl. die Difu-Studie „Urban Icons“.

„um die kommunale Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit in Bezug auf externe Akteure (Investoren, qualifizierte Arbeitskräfte und Touristen) nach außen zu steigern.“³⁰²

Die von den deutschen Kommunen aufgebrauchten Mittel für die Wirtschaftsförderung belaufen sich in etwa auf 20 bis 30 % der Mittel, welche die Gesamtheit der Länder aufwenden. Für die gewerbliche Wirtschaft, den Verkehrssektor, den Wohnungsbau und die Städtebauförderung haben die Kommunen in 2021 ca. 3,4 Mrd. € an Finanzhilfen geleistet.³⁰³

Wie sich aus den regelmäßigen Befragungen des Deutschen Instituts für Urbanistik entnehmen lässt gibt es trotz der unterschiedlichen Konjunkturen eine gewisse Kontinuität im Handlungsfeld der kommunalen Wirtschaftsförderung. Die Bestandspflege, Akquisition und Existenzgründungshilfen sind demnach die klassischen Aufgabenfelder.³⁰⁴ Bei den Themenfeldern stehen ganz oben die Beschaffung und Vermittlung von Gewerbeflächen, danach die Innenstadt-, Einzelhandelsentwicklung und die Verbesserung der wirtschaftsnahen Infrastruktur.³⁰⁵

Aus einer Sichtung der aktuellen Wirtschaftsförderprogramme von drei großen deutschen Städten: Leipzig, Köln und München, die nicht den Anspruch der Repräsentativität erhebt, lassen sich aktuelle Schwerpunkte der Förderungsaktivitäten abschätzen.

Zum Teil (Leipzig) geht der externe Bezug so weit, dass sogar der externe Umsatz der geförderten Unternehmen prämiert wird (Leipzig). Inhaltlich orientiert sich die Förderung an Märkten, die gefördert werden sollen (in Köln z.B. sog. Leitmärkte) oder sie koppelt sich einfach an bundes- und landesweite Technologie-Förderprogramme an. Neben dieser Technologieförderung (vor allem geht es um Digitalisierung, künstliche Intelligenz, ökologisch nachhaltige Produktionsweisen) steht Innovationsförderung hoch im Kurs. Nur die Stadt München betreibt ein eigenes aufwendiges sozial ausgerichtetes Förderprogramm unter dem Namen „Beschäftigungs- und Qualifizierungsprogramm“. Dieses hat eine arbeitsmarktpolitische Ausrichtung, bedient sich der Instrumente des Zweiten bzw. des Dritten Arbeitsmarktes und soll damit der beruflichen und sozialen Integration von benachteiligten Menschen dienen. Es unterscheidet sich dadurch von dem hier zu Grunde gelegten Programmansätzen.

³⁰² Harth A. u.a. S. 16.

³⁰³ Bundesministerium für Finanzen 28. Subventionsbericht des Bundes S. 28.

³⁰⁴ <https://difu.de/publikationen/2001/kommunale-wirtschaftsfoerderung-in-der-bundesrepublik-deutschland> (Stand 23.04.2024)

³⁰⁵ Difu 2019 S.11.

Für unsere Themenstellung bedeutsam ist die Feststellung, dass von den 20 Themenfeldern, die in der genannten Befragung aus 2019 zur Auswahl gestellt wurden, **kein einziges die Aktivierung bürgerschaftlicher Potentiale durch Wirtschaftsförderung zum expliziten Gegenstand hat.**³⁰⁶

§ 3 Neue Tendenzen einer stärkeren Berücksichtigung lokaler Belange

Nicht unerwähnt sollen aktuelle Bestrebungen bleiben, die von staatlicher und europäischer Ebene ausgehen und zur Stärkung lokaler Belange führen sollen. Für unsere Themenstellung ist dabei besonders interessant, dass diese Ansätze auf **bürgerschaftliches Engagement** setzen.

I Europa

Im Unionsrecht gibt es Politikansätze, die lokalen Belangen einen deutlich höheren Stellenwert einräumen als bisher.

In der jüngsten Elektrobinnenmarktrichtlinie ist die Bürgerenergiegemeinschaft geschaffen worden, eine neue europäische Rechtsperson,

a) die „auf freiwilliger und offener Mitgliedschaft beruht und von Mitgliedern oder Anteilseignern, bei denen es sich um natürliche Personen, Gebietskörperschaften, einschließlich Gemeinden, oder Kleinunternehmen handelt, tatsächlich kontrolliert wird; b) deren Hauptzweck nicht in der Erwirtschaftung finanzieller Gewinne besteht, sondern darin, ihren Mitgliedern oder Anteilseignern oder den lokalen Gebieten, in denen sie tätig ist, Umwelt-, Wirtschafts- oder soziale Gemeinschaftsvorteile zu bieten; und c) die in den Bereichen Erzeugung, einschließlich aus erneuerbaren Quellen, Verteilung, Versorgung, Verbrauch, Aggregation, Energiespeicherung, Energieeffizienzdienstleistungen oder Ladedienstleistungen für Elektrofahrzeuge tätig sein oder andere Energiedienstleistungen für seine Mitglieder oder Anteilseigner erbringen kann.“³⁰⁷

Wie aus dieser Definition deutlich wird, sollen lokale Akteure ohne primäre Gewinnabsichten und außerhalb des professionellen Engagements als eigenständige Akteure in der Elektrizitätswirtschaft anerkannt werden. Ihnen stehen alle unter Buchstabe c bezeichneten Handlungsfelder offen. Die Union erwartet von der Bürgerteilnahme einen wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Mehrwert.³⁰⁸ Insbesondere soll innovativen Möglichkei-

³⁰⁶ Zur dort erwähnten Corporate Social Responsibility siehe oben unter A Teil 1 § 4 V Corporate Citizenship.

³⁰⁷ Art.2 Nr. 11 EBM-RL 2019/944.

³⁰⁸ Erwägungsgrund 43.

ten der Stromerzeugung und -nutzung innerhalb der Gemeinschaft ein Weg geöffnet werden.³⁰⁹

Eine ähnliche Neuregelung findet sich in der Erneuerbaren Energie Richtlinie (EE-RL).³¹⁰ Danach ist die Erneuerbare-Energie-Gemeinschaft „eine Rechtsperson, a) die, im Einklang mit den geltenden nationalen Rechtsvorschriften, auf offener und freiwilliger Beteiligung basiert, unabhängig ist und unter der wirksamen Kontrolle von Anteilseignern oder Mitgliedern steht, die in der Nähe der Projekte im Bereich erneuerbare Energie, deren Eigentümer und Betreiber diese Rechtsperson ist, angesiedelt sind, b) deren Anteilseigner oder Mitglieder natürliche Personen, lokale Behörden einschließlich Gemeinden, oder KMU sind, c) deren Ziel vorrangig nicht im finanziellen Gewinn, sondern darin besteht, ihren Mitgliedern oder Anteilseignern oder den Gebieten vor Ort, in denen sie tätig ist, ökologische, wirtschaftliche oder sozialgemeinschaftliche Vorteile zu bringen.“³¹¹

Diese Gemeinschaft basiert auf der räumlichen Nähe zu den dezentralen Erzeugungsanlagen und begrenzt damit den Kreis der möglichen Teilnehmer. Sie soll dazu beitragen, dass die regenerativ erzeugte Energie möglichst am Ort ihrer Produktion auch verbraucht wird.³¹² Mit der Richtlinie wird anerkannt, dass das lokale und regionale Engagement für den Ausbau erneuerbarer Energien häufig ambitionierter ist als auf der betreffenden nationalen Ebene.³¹³ Mit der Teilhabe an der Energiewende soll auch die Akzeptanz für die häufig unbeliebten Anlagen erhöht werden.³¹⁴

II Deutschland

Auch Deutschland hat erste Schritte unternommen zur Stärkung der lokalen und kommunalen Ebene. Auf Basis der EE-RL wurde in das EEG 2023 die Bürgerenergiegesellschaft aufgenommen.³¹⁵

Der wesentliche Vorteil für die Bürgerenergiegesellschaft besteht darin, dass ihre Wind- oder Solarenergieanlagen im Ausschreibungsverfahren nach § 22b EEG privilegiert werden. Dabei bleibt die EEG-Novelle hinter dem zurück, was nach der EE-RL an Begünstigun-

³⁰⁹ Erwägungsgrund 46.

³¹⁰ siehe dazu die Analyse von Hoffmann/Waurisch EWeRK 2022,145ff.

³¹¹ Art. 2 Nr. 16 EE-RL 2018/2001

³¹² vgl. Erwägungsgrund 68f.

³¹³ Erwägungsgrund 62.

³¹⁴ Erwägungsgrund 70;

³¹⁵ § 3 Nr. 15 EEG 2023.

gen möglich ist. Hinter dieser gesetzlichen Privilegierung steht offenbar die Erwartung, dadurch die örtliche Akzeptanz der dezentralen Erzeugungsanlagen zu erhöhen.³¹⁶

Dieselbe Erwartung verbindet sich mit § 6 EEG 2023. Dort wird den Betreibern von Windkraftanlagen an Land und von Solar-Freiflächenanlagen die legale Möglichkeit eingeräumt, den Standortgemeinden „einseitige Zuwendungen ohne Gegenleistung“ zu erbringen. In Abs. 4 Satz 3 wird ausdrücklich festgehalten, dass darin kein Verstoß gegen die Strafgesetze nach den §§ 331-334 StGB liegt. Damit wird ein Weg eingeschlagen, der sich nicht ganz von dem Verdacht befreien kann, dass hier Akzeptanz „gekauft“ werden soll.

Einen besseren Weg hat das Land Mecklenburg-Vorpommern eingeschlagen. Dort wurde ein „Gesetz über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern“ beschlossen.³¹⁷ Die Akzeptanz soll dadurch erhöht werden, dass den Bürgern und den Gemeinden eine Beteiligung am Eigenkapital der Projektgesellschaft in Höhe von 20% angeboten werden muss.³¹⁸ Als Alternative zu diesem Angebot kann der Anlagenbetreiber Bürgern und Gemeinde z.B. einen vergünstigten Stromtarif anbieten.³¹⁹ „Anstelle der Offerte nach § 4 kann der Vorhabenträger die wirtschaftliche Teilhabe der Gemeinden und Einwohnerinnen sowie Einwohner über die Zahlung einer Ausgleichsabgabe gemäß § 11 an die Gemeinde oder die Gemeinden und die Offerte eines Sparprodukts nach § 12 an die Einwohnerinnen sowie Einwohner sicherstellen.“³²⁰ Bei dem angesprochenen Sparprodukt handelt es sich um eine verzinsliche Spareinlage bei einem Kreditinstitut.³²¹ Damit werden den Bürgern (wie den Gemeinden) alternative Formen der unmittelbaren Beteiligung an Windparks angeboten und über die Kapitalbeteiligung bzw. den vergünstigten Strombezug ist die Hoffnung verbunden, dass sich dadurch die Akzeptanz der Anlagen erhöhen lässt.

Teil 7 Städtische Wohnungspolitik

Zum Abschluss der historischen Darstellung soll ein **thematischer** Komplex über die verschiedenen Perioden hinweg beispielhaft für ein gemeindliches Betätigungsfeld dargestellt werden: die städtische Wohnungspolitik. Sie ist deshalb interessant, weil die Gemeinden diverse Einflussmöglichkeiten auf diesem Sektor hatten und immer noch haben

³¹⁶ s.a. Hoffmann/Waurisch EWeRK 2022,146.

³¹⁷ Gesetz vom 18.05.2016 i.d.F. vom 26.06.2021, Gliederungs Nr. 230-3; siehe dazu Ott/Schäfer-Stradowski EnWZ 2016,68ff.

³¹⁸ § 4.

³¹⁹ § 10 Abs. 1.

³²⁰ § 10 Abs. 5.

³²¹ Einzelheiten in § 12.

und sie dabei reformerische und innovative Ansätze verfolgt haben und in diesem Rahmen vielfältige Erfahrungen in der Kooperation mit Genossenschaften als der typischen Rechtsform für bürgerschaftliche wirtschaftliche Selbstverwaltung gemacht haben.

§ 1 Anfänge kommunaler Wohnungspolitik

Den Beginn kommunaler Wohnungspolitik kann man auf das Ende des 19. Jhdts. datieren. In der Literatur wird der Beginn des politischen Zugriffs auf die Wohnungsfrage um 1890 zugleich mit dem Erstarren der gemeinnützigen Baugenossenschaften gesehen.³²² Auch Krabbe³²³ erkennt vor dem Ersten Weltkrieg wohnungspolitische Aktivitäten verschiedener größerer deutscher Städte. In den letzten Jahrzehnten des 19. Jhdts. wurde die Wohnungsdiskussion vorwiegend unter dem Eindruck gravierender hygienischer Mängel geführt. In Zentrum stand die Reduzierung der hohen Säuglingssterblichkeit und die Prävention von Tuberkulose. Das Mittel der Wahl war die Einführung der Kanalisation und der zentralen städtischen Wasserversorgung.³²⁴ Eine zentrale Rolle nahm dabei der Verein für öffentliche Gesundheitspflege (VÖG) ein. Ab 1890 setzte eine wohnungspolitische Diskussion ein, in der der Mangel an Kleinwohnungen für die ärmeren Schichten und deren ökonomische Ursachen thematisiert wurden. Der Ruf nach gemeindlichen und staatlichen Interventionen in den Wohnungsmarkt wurde laut. Gedacht war an Erleichterungen bei Steuern und Abgaben und an gemeindliche Leistungen bei der Erschließung von Baugrundstücken. Daneben sollten sich die öffentlichen Körperschaften in ihrer Funktion als Arbeitgeber in den Wohnungsbau einbringen. Der VÖG sah in den Baugenossenschaften einen geeigneten Akteur, um den Kleinwohnungsbau in der gewünschten Weise umzusetzen.

§ 2 Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinden

I Vor dem ersten Weltkrieg

Den Gemeinden im Kaiserreich standen unterschiedliche Wege zur Verfügung, um eine kommunale Wohnungspolitik zu betreiben.

1 Bau- und Bodenpolitik

Ein Instrument war und ist die Bodenpolitik der Gemeinde. Sie besteht im Wesentlichen im Kauf und Verkauf von Grundstücken zu Zwecken der Bodenbevorratung, der gezielten

³²² C. Zimmermann S. 167.

³²³ Krabbe 1989 S. 92.

³²⁴ Ausführlich dazu C. Zimmermann S.79ff.

Vergabe an gewünschte Nutzergruppen oder zur Realisierung von Bodenwertsteigerungen. Probleme gab es durch Widerstand in den Gemeinderäten, wohl nicht zuletzt durch Vertreter von Grundbesitzern und durch die Schwierigkeiten, die Zweckbindung des abgegebenen Baugrunds dauerhaft sicher zu stellen. Sicherungsinstrumente waren Vorkaufsrechte der Gemeinde, vertraglich begründete Baupflichten für den Erwerber oder die Vergabe im Erbbaurecht.³²⁵

Mit der kommunalen Besteuerung des Bodens wurde versucht, die Bodenpreisentwicklung zu steuern. Weil die Grundsteuer wegen ihrer geringen Höhe keine Lenkungswirkung entfalten konnte, wurde versucht, den Wertzuwachs des Grundstücks durch Erhebung einer Grunderwerbssteuer bzw. Wertzuwachssteuer³²⁶ abzuschöpfen. Da diese Steuer erst beim Verkauf des Grundstücks erhoben wurde, bewirkte sie zwar eine Abschöpfung des Wertzuwachses, aber keine Bodenpreissenkung oder –stabilisierung. Im Übrigen wurde durch Einführung einer Reichswertzuwachssteuer am 14.02.1911 den Gemeinden diese Möglichkeit genommen. Wegen ihrer Erfolgslosigkeit wurde diese Steuer bereits 1913 wieder aufgehoben.

Mit dem Einsatz der Bauordnungen (Bebauungspläne) nahmen die Gemeinden Einfluss auf die Bebaubarkeit der Grundstücke, auf die horizontale und vertikale Bebauungsdichte. Damit sollte u.a. der Bau großer Mietskasernen verhindert werden und die Bodenpreissteigerung bekämpft werden. Seit 1890 wurden zu diesem Zweck immer mehr Zonenbauordnungen (gestaffelte Bauordnungen) erlassen. Ob sie im Ergebnis ihre Ziele erreicht haben, hängt entscheidend davon ab, ob die betreffenden Kommunen die ihnen zur Verfügung stehenden Instrumentarien des Baurechts und Bodenrechts entschieden genutzt haben.

Als häufige kommunale Förderwege des Kleinwohnungsbaus nennt C. Zimmermann³²⁷ neben dem Eigenbau der Kommunen, der mit Ausnahme der Städte Ulm und Freiburg keine praktische Bedeutung erlangte, die Übernahme selbstschuldnerischer Bürgschaften durch die Gemeinden zu Gunsten gemeinnütziger Bauorganisationen. Die Darlehen selbst wurden dabei meist von den Landesversicherungsanstalten, sofern der begünstigte Personenkreis sozialversicherungspflichtig war, oder Landesbanken ausgereicht. Den Landesversicherungsanstalten wurde dieses Recht mit dem Gesetz vom 22.06.1889 zugestanden. Dies stellte eine gelungene Kooperation zwischen Staat und Gemeinden dar. Die Darlehensgewährung aus eigenen kommunalen Mitteln (sei es hypothekarisch an erster oder

³²⁵ C. Zimmermann S. 170.

³²⁶ in Preußen seit 1893 möglich.

³²⁷ S. 182ff

zweiter Stelle gesichert) erlangte keine große praktische Bedeutung, weil sie den finanziellen Spielraum der Gemeinden spürbar einengte.

2 Sozialpolitische Ziele

Im Allgemeinen wird man mit C. Zimmermann³²⁸ die sozialpolitischen Intentionen der kommunalen Wohnungspolitik im Kaiserreich auf die Förderung des Wohnungsbaus für die städtischen Bediensteten und für die Versorgung in Notfällen begrenzen können. Dies hängt damit zusammen, dass die kommunalen Kräfte durch den Aufbau der kommunalen Versorgungswirtschaft stark gebunden waren, aber auch entscheidend damit, dass in den kommunalpolitischen Gremien im Allgemeinen keine darüberhinausgehenden Initiativen durchzusetzen waren. In diesen Gremien waren die Hausbesitzer wegen des in vielen Ländern geltenden Hausbesitzerprivilegs bei der Besetzung von Ratssitzen überproportional vertreten. Das in den alten preußischen Provinzen bestehende Dreiklassenwahlrecht tat noch sein Übriges, dass in den Gemeindegremien die bürgerlichen Kreise weitgehend unter sich blieben. Hinzu kam aber noch eine sozialpolitische Enthaltensamkeit oder Einseitigkeit in dem Sinne, dass man in der Förderung des Wohnungsbaus für unterprivilegierte Schichten keine eigenen Vorteile erwartete, sondern Befürchtungen von sozialen Folgekosten und politischer Unruhe. v.Saldern nennt in diesem Zusammenhang drei „Grundsätze“ der Gemeinden: Minimierung des Zuzugs von Arbeitern; restriktive Politik bei Sozialausgaben und Förderung der privaten Bauwirtschaft.³²⁹ Die „schweigende Mehrheit“ in den Stadtverordnetenversammlungen sah sich jedoch mit dem Heranwachsen sozialdemokratischer Kräfte konfrontiert und somit hing es stark von der individuellen Kräftekonstellation in den Gemeinden ab, wie weit dennoch ein fortschrittlicher sozialer Wohnungsbau unterstützt werden konnte. Dass es in vielen Städten gelang, bringt C. Zimmermann auch damit in Verbindung, dass die treibenden Oberbürgermeister eine gewisse Distanz zu den lokalen politischen Organisationen hatten, die es ihnen ermöglichte, „Fortschritte bei der städtischen Wohnungskontrolle, bei der Gestaltung von Bauordnungen und auch bei städtischen Wohnbaumaßnahmen gegenüber den Stadtverordnetenversammlungen durchzusetzen.“³³⁰ Auch bei den Kommunalbeamten konnte häufig eine sozialreformerische Einstellung festgestellt werden, die zum Erfolg einzelner Reformprojekte beitrug.³³¹

³²⁸ S. 187ff

³²⁹ S. 358f

³³⁰ C. Zimmermann S.189.

³³¹ vgl. v. Saldern 1979 S. 356f.

Die abwartende Haltung vieler Gemeinden wurde sogar zum Teil von den Landesregierungen getadelt und mit Zwangsmitteln bedroht.³³² Im Erlass des Preußischen Handels- und Gewerbeministeriums vom 19.03.1901 wurden die Gemeinden explizit aufgefordert, „den gemeinnützigen Baugesellschaften die tunlichste Unterstützung angedeihen zu lassen“³³³, z.B. durch Erlass von Straßen- und Kanalbaukosten, kapitalmäßige Beteiligung der Kommunen an den gemeinnützigen Wohnbaugesellschaften, Beschaffung von Darlehen, Übernahme von Bürgschaften, verbilligte Überlassung von Grundstücken.

II Nach dem Ersten Weltkrieg

1 Politische Randbedingungen

In den Jahren 1920/1921 tagte eine Sozialisierungskommission über die Neuregelung des Wohnungswesens, in der keine Einigkeit über die endgültige Lösung der Wohnungsfrage gefunden werden konnte. Während die eine Seite die Wiederherstellung des freien Marktes wünschte, wobei die dadurch eintretende Steigerung der Grundrente der Allgemeinheit zuzuführen sei, bestand die andere Seite auf einer Sozialisierung „durch die Überführung aller ganz oder teilweise zu Wohn- oder Gewerbebezwecken vermieteten Gebäude in das Eigentum des Reichs oder der Gemeinde (eventuell unter Heranziehung von Mietergenossenschaften)“.³³⁴ Einig war sich die Kommission im Vorschlag von Übergangslösungen, die dem Eigentümer eine ungeschmälerete Grundmiete beließ, die über der sog. Friedensmiete (nach dem Stand von 1914) liegen sollte. Eine weitere Erhöhung der Grundmiete sollte der Gemeinde zufallen. Davon sollten der Neubau und die Instandsetzung von Gebäuden sowie die Gewährung von Mietbeihilfen bestritten werden.³³⁵ Keiner der Pläne wurde schließlich in der vorgeschlagenen Form realisiert. Dennoch änderten sich die Randbedingungen für die kommunale Wohnungspolitik ganz erheblich. Ausgelöst durch die Wohnungsnot und die in diesem Zusammenhang befürchteten politischen Unruhen wurden staatliche Mittel bereitgestellt, die im Wesentlichen–zumindest in der ersten Hälfte der Weimarer Republik– den gemeinnützigen Wohnungsbauunternehmen zur Verfügung gestellt wurden.

Nach W. Rudloff war „der Wohnungsbau .. zu einem Markenzeichen der Weimarer Kommunalpolitik geworden“³³⁶. Art. 155 WRV gab der Politik das Ziel vor, „jedem Deutschen

³³² v. Saldern 1979 S. 354.

³³³ zitiert nach Drupp S. 126, Fn.10.

³³⁴ Gutachten vom 05.09.1921 in Verhandlungen der Sozialisierungskommission Band 1 S.VII.

³³⁵ Gutachten vom 05.09. 1921 a.a.O.

³³⁶ Rudloff Rdnr. 17.

eine gesunde Wohnung und allen deutschen Familien, besonders den kinderreichen, eine ihren Bedürfnissen entsprechende Wohn- und Wirtschaftsheimstätte zu sichern.“ Von 1919 bis 1932 wurden ca. 81 % aller neu errichteten Wohnungen durch die öffentliche Hand mitfinanziert.³³⁷ Während am Anfang direkte Subventionen geleistet wurden und bis 1923 Baukostenzuschüsse auf Darlehensbasis ausgereicht wurden, erfolgte die Förderung ab 1924 zu einem wesentlichen Teil durch die Erhebung der Hauszinssteuer.³³⁸ Auch die Kommunen partizipierten an dem Ertrag aus dieser Steuer.

Gegenüber der Vorkriegszeit gewann der kommunale Eigenbau an Bedeutung. In den Mittelstädten war er etwa gleichgewichtig mit dem Wohnungsbau des Gemeinnützigen Wohnungsbausektors, während letzterer in den meisten Großstädten-mit Ausnahme Sachsens- deutlich dominierte.³³⁹

2 Soziale Baubetriebe

Bevor wir uns den Wohnungsbaugenossenschaften zuwenden, soll noch ein Seitenblick auf eine Erscheinung gerichtet werden, die quasi als Ersatz für die missglückten Sozialisierungsversuche diente. Die Darstellung geht zurück auf v. Saldern.³⁴⁰ Es wurden unter dem Namen „Bauhütte“ sozialisierte Bauunternehmen gegründet. Ein Förderer dieser Bewegung war M. Wagner, der spätere Stadtbaurat von Berlin. Am Anfang waren die Bauhütten genossenschaftlich organisiert, später wurden sie von Konsumvereinen, Freien Gewerkschaften oder vergleichbaren Organisationen übernommen. Sie verfolgten drei Ziele: Senkung der Baukosten, produktive Selbsthilfe und Selbstorganisation und schließlich „Aufbau einer gemeinwirtschaftlich organisierten Alternativ-Ökonomie (zusammen mit den Konsumgenossenschaften, den gewerkschaftlichen Wohnungsbauunternehmen, der Volksfürsorge, der Arbeiterbank, etc).“³⁴¹ Ihre praktische Bedeutung war gering, in den Jahren von 1920 – 1926 errichteten sie 4,5 % der neuen Wohnungen.

3 Wohnungsbaugenossenschaften als sozialpolitische Instrumente

Nach dem Ersten Weltkrieg gab es einen Boom der Baugenossenschaftsgründungen, ausgelöst durch die schiere Wohnungsnot, aber auch durch veränderte politische Machtverhältnisse in den Gemeinden. So entstanden viele Arbeiter-Baugenossenschaften, hervor-

³³⁷ Witt S. 402.

³³⁸ Witt S.393ff.

³³⁹ siehe Tabelle bei Drupp S. 139.

³⁴⁰ V. Saldern 1985 S. 206.

³⁴¹ V. Saldern 1985 a.a.O.

gegangen aus Organisationen der Arbeiterbewegung.³⁴² „Allein zwischen 1918 und 1922 verdoppelte sich die Anzahl der bestehenden Genossenschaften von 1402 Unternehmen auf 3064 und erreichte einen Höhepunkt mit 4390 Unternehmen im Jahr 1930.“³⁴³ Darunter waren auch viele Kleinstgenossenschaften, die wieder aufgelöst wurden.

Novy sieht drei Ursachen für die große Verbreitung in der Weimarer Republik: „a. durch Demokratisierung des politischen Systems und Ausbaues eines großzügigen Finanzierungssystems für gemeinnützige Träger, b. durch Aufbau eigener Verbände und genossenschaftlicher Service-Unternehmen, die die tendenziell ‚überforderte Genossenschaft‘ von den Neubaufaufgaben entlasten sollte, c. durch Verzicht auf Programmradikalität und Integration großer Teile der Arbeiterschaft in das politische System der Republik.“³⁴⁴

Ein weiterer Grund für den Zuwachs an Genossenschaften war die reduzierte Haftung der Genossen auf die Einlage, die mit der Novelle zum Genossenschaftsgesetz 1889 eingeführt wurde.³⁴⁵ Dazu kam die staatliche Förderung, die nun an die Erfüllung der rechtlich fixierten Kriterien der Gemeinnützigkeit gebunden war. Nach dem Krieg mit Einführung der Wohnungsabgabe 1921 (einer Zwecksteuer zugunsten des „sozialen Wohnungsbaus“) und ab 1924 mit ihrer Nachfolgerin der Hauszinssteuer profitierte der gemeinnützige Wohnungsbau massiv von diesen staatlichen Fördermitteln. Ein Vorläufer war die 1911 eingeführte reichseinheitliche Wertzuwachssteuer, die den Gemeinden einen Teil der Spekulationsgewinne zuwies.

4 Typen von Wohnungsbaugenossenschaften

Novy unterscheidet 4 Gruppen von Wohngenossenschaften:³⁴⁶

- **Mittelständisch-besitzindividualistisch:**

Beispiel ist die „Berliner Baugenossenschaft“, gegründet 1886. Sie war auf Eigentumserwerb durch die Mitglieder gerichtet, also streng auf die Verbesserung der wirtschaftlichen Situation ihrer Mitglieder. Sie gehörte zum Lager Schulze-Delitzsch, das keine weitergehenden sozialpolitischen Ziele der Genossenschaften verfolgte.

- **Arbeitgebernahe oder Beamtingenossenschaften:**

diese wurden in besonderer Weise staatlich gefördert, es war eher eine Art Sozialleistung des Arbeitgebers. Sie bezweckte ebenfalls den privaten Eigentumserwerb

³⁴² Drupp S. 129f.

³⁴³ Drupp S. 130.

³⁴⁴ Novy S.393.

³⁴⁵ vgl. C. Zimmermann S. 160ff.

³⁴⁶ Novy S.386

und hatte daher über den Aspekt der Selbstverwaltung hinaus keinen alternativ-wirtschaftlichen Impetus.

■ **Paternalistisch-sozialreformerisch:**

Dafür war der 1892 entstandene „Bauverein Berlin“ prototypisch. Er entstand unter Förderung von Heinrich Albrecht (Centralstelle für Arbeiter-Wohlfahrtseinrichtungen) und Damaschke (Vertreter der Freiland-Bewegung). „Leitende Ideen waren: Gemeinschaftseigentum; umfassende Gemeinschaftseinrichtungen; bewusste soziale Mischung der Mitglieder unter Bevorzugung des (gehobenen) Arbeiterstandes, der 60-70 % der Mitglieder ausmachte; Pflege der genossenschaftlichen Selbstverwaltung und des ‚Genossenschaftsgeistes‘“³⁴⁷. Diese Richtung war zahlenmäßig die größte. Die Förderung dieser Bewegung „geschah im Übrigen gegen den harten Widerstand der bornierten Grundbesitzerinteressen, die über das Klassenwahlrecht die Gemeindeverwaltungen majorisierten.“³⁴⁸

■ **Oppositionell-reformerische Richtung:**

Dieser Typ stand in Opposition zu den herrschenden wirtschaftlichen, politischen, kulturellen Rahmenbedingungen jener Zeit. Für Berlin nennt Novy drei: „Obstbaukolonie Eden“ (gegr. 1893), die „Baugenossenschaft Freie Scholle“ (gegr. 1895) und die „Arbeiterbaugenossenschaft Paradies“ (gegr. 1902). Letztere war eine sozialdemokratische Gründung, als der Widerstand der SPD gegen die Baugenossenschaften bröckelte. Sie setzte sich die friedliche Transformation des kapitalistischen Systems zum Ziel. Alle drei Genossenschaften blieben räumlich geschlossene Siedlungen, außerhalb der Stadt (wg. der Grundstückspreise) und erhielten keine staatliche Unterstützung.

5 Ziele der Wohnungsbaugenossenschaften

Allgemein zeichnen sich die Genossenschaften aus durch das Prinzip der Gleichbehandlung (gleiches Stimmrecht für alle) und durch die Auflösung des Vermieter-Mieter Verhältnisses. Die Nutzer der Wohnung haben ein lebenslanges Wohnrecht. Dadurch eröffnen sich ganz andere Möglichkeiten der Beteiligung von Wohnungsinhabern als in den klassischen Wohnraum-Mietverhältnissen. Die Nachbarschaft als ein soziales Näheverhältnis erhält in den Genossenschaften eine starke Bedeutung.³⁴⁹

³⁴⁷ Novy S.388

³⁴⁸ Novy S.390

³⁴⁹ Vgl. Beetz S. 241ff.

Im Zusammenhang mit der Errichtung neuer Großwohnsiedlungen in der Epoche des „Neuen Bauens“ wurden in einzelnen Städten wie Köln, Altona, Berlin und Frankfurt neue Formen der Mieterbeteiligung entwickelt und umgesetzt. Unter dem Gesichtspunkt einer kommunal beeinflussten Gestaltung ist die Kölner Siedlung Bickendorf I interessant. Diese wurde 1919 von der kommunalen Wohnungsbaugesellschaft GAG errichtet und im Anschluss „der zu diesem Zweck gegründeten Bewohnergenossenschaft „Gemeinnützige Siedlung Bickendorf e.G.“ übertragen und von dieser bis zu ihrer Liquidierung im Jahr 1942 in Selbstorganisation verwaltet.“³⁵⁰ Nach demselben Modell, aber ohne Eigentumsübergang wurden weitere danach gebaute Siedlungen der GAG zur Verwaltung einschließlich der Wahrnehmung des Verfügungsrechts an Bewohnergenossenschaften übergeben. Ab Mitte der zwanziger Jahre wurden dann die errichteten Wohnanlagen in der Verwaltung der GAG belassen. Kunze³⁵¹ bietet zwei Erklärungsversuche, warum die Phase der Selbstverwaltung beendet wurde. Einmal kann es mit dem wachsenden Einfluss der kommunalen (!) Wohnungsbehörde im Zusammenhang mit der Belegung an minderbemittelte Interessenten zu Konflikten und zum andern hat sich die GAG selbst von einem genossenschaftlich-emanzipativen Anspruch zu einem „normalen“ bürokratischen Wohnungsbaunehmen gewandelt.

Ein weiteres Beispiel ist Altona mit der Siedlung Steenkamp. Diese wurde Anfang der 20er Jahre von der kommunalen Gesellschaft SAGA übernommen. In den einzelnen Häusern der Siedlung gab es ehrenamtliche tätige, von den Mietern gewählte Mietervertreter. Diese waren dann im Aufsichtsrat der SAGA mit Sitz und Stimme vertreten. Bei der Durchsetzung von Zahlungs- und Räumungsurteilen war ihre Zustimmung notwendig. Sie war im übrigen Ansprechpartner für Mieterhöhungen.³⁵²

In der Siedlung Lindenhof in Berlin, die in städtischer Regie entstanden war, entwickelte sich aus einem Mieterverein die Mietergenossenschaft, die dann das Eigentum der Siedlung übertragen erhielt und die noch heute genossenschaftlich verwaltet wird.³⁵³

Eine weitere Folge der genossenschaftlichen Wohnungsstrukturen bestand darin, dass sie sich nicht darauf beschränkten, lediglich Wohnraum zu überlassen. In vielen Genossenschaften war das **Angebot von Zusatzeinrichtungen** üblich. Dazu gehörten z.B. Kindergärten, Horte, Büchereien, Lesezimmer, Wäschereien.³⁵⁴ In diesen Angeboten manifestierte

³⁵⁰ Kunze S.249.

³⁵¹ Kunze S.249f.

³⁵² vgl. Kunze S. 251.

³⁵³ Kunze S.25.

³⁵⁴ Drupp S. 134.

sich der genossenschaftliche Anspruch auf ein ganzheitliches, gemeinschaftliches Wohnen.

Die Mietzahlungen werden in den Wohnbaugenossenschaften als Nutzungsentgelte bezeichnet, weil die Nutzer der Wohnungen gleichzeitig als Genossen die Eigentumsrechte an der Wohnung haben. Dabei tritt ein typischer innergenossenschaftlicher Konflikt dadurch auf, dass die „Alt-Genossen“ bereits eine Wohnung haben, während die anderen noch nach einer solchen suchen. Die Nutzungsentgelte konnten deswegen so moderat sein, weil die Grundrente wegfällt und die Genossen selbst Kapitalgeber sind. Auch die damals übliche Eigenarbeit der Genossen trug dazu bei.³⁵⁵

6 Politische Relevanz der Wohnungsbaugenossenschaften

Die Wohnbaugenossenschaften haben schon allein durch die örtliche Gebundenheit ihrer Wohnobjekte eine „natürliche“ Affinität zu lokalen Einheiten. Die genossenschaftliche Selbstverwaltung setzt auch einen demokratischen Impuls. Die Darstellung der unterschiedlichen Genossenschaftstypen hat aber auch deutlich gemacht, dass die Rechtsform der Genossenschaft für sich keine entscheidende Aussagekraft für ihre gesellschaftliche Einbindung und ihre politische Funktion hat.

„Sich als Kern einer zukünftigen Gemeinwirtschaft oder als Schritt zur Sozialisierung der Bau- und Wohnungswirtschaft zu verstehen, wie nach der Revolution von 1918 vielfach aufschien, lag der Genossenschaftsbewegung im Allgemeinen fern.“³⁵⁶ So aber die persönliche Zielrichtung von Martin Wagner, linker Stadtbaumeister von Berlin in den Jahren 1926-1932.

7 Bedeutungsverlust der Wohnungsbaugenossenschaften

Zunehmend gingen die Gemeinden dazu über, den Wohnungsbau in eigene oder assoziierte Unternehmen auszulagern und ihren Einfluss durch städtebauliche Vorgaben, Belegungsrechte u.ä zu sichern. Wegen der demokratischen Struktur der Genossenschaften, die ihnen die kommunale Einflussnahme z.T. erschwerte, bevorzugten sie daher zunehmend Kapitalgesellschaften.³⁵⁷ Die Bedeutung der Genossenschaften ging zurück, verstärkt wurde dieser Prozess durch die staatlichen und verbandlichen Bestrebungen zur Konzentration und Effizienzsteigerung insbesondere der kleinen und nicht so leistungsfä-

³⁵⁵ Drupp S. 138; Niethammer S. 37.

³⁵⁶ C. Zimmermann S. 164.

³⁵⁷ vgl. Drupp S. 141.

higen Genossenschaften. Der Umfang der sozialstaatlichen Wohnraumversorgung, die auf Standardisierung und Rationalisierung bei der Herstellung setzte, nahm zu.³⁵⁸ So blieb es denn auch bei der grundsätzlich privatwirtschaftlich organisierten Wohnungsproduktion, wengleich diese durch gemeinwirtschaftliche Ansätze modifiziert wurde.

Drupp weist in diesem Zusammenhang auf einen allgemeinen Konflikt zwischen Staat und Genossenschaft hin, der prinzipiell auch für die Gemeinden gilt: Sobald die Wohnbaugenossenschaften als Akteure in die Wohnungspolitik mit einbezogen –und damit sowohl berechtigt (Förderung) wie verpflichtet (wohnungspolitische Zielsetzungen, etc) werden, ist ihre Autonomie und ihr Selbsthilfe-Postulat gefährdet. Die politische Indienstnahme hat nicht nur inhaltliche Relevanz, sondern sie erzeugt auch einen organisatorisch-institutionellen Druck hin zu effizienten Groß-Organisationen, der sich nicht immer in Kongruenz zum Selbstverwaltungsverständnis der Wohnbaugenossenschaften bringen lässt.³⁵⁹

In dem Maße, in dem die Gemeinden die Exekutivfunktion für die staatliche Wohnungspolitik übernehmen, verlieren sie natürlich auch die Freiheitsgrade, wie sie der Wohnungspolitik als einer freiwilligen Aufgabe, und sei der tatsächliche Druck der Wohnungsnot noch so stark, immanent sind. Gleichwohl haben sich in den einzelnen großen Städten durchaus unterschiedliche Profile der Wohnungspolitik entwickelt.³⁶⁰

III Wohnungspolitik während der Zeit des Nationalsozialismus

Es erfolgte ein Anstieg der Wohnungsproduktion, der u.a. dadurch erreicht wurde, dass die gemeinnützigen Wohnungsunternehmen „im Zuge der 'Gleichschaltung' in die 'Deutsche Arbeitsfront' eingegliedert, zu wenigen potenten Großunternehmen zusammengefasst und auf die politische Linie der NSDAP ausgerichtet“ wurden.³⁶¹ Insbesondere das Wohnungs-Gemeinnützigkeitsgesetz von 1940 mit der Reinvestitionspflicht und der Begrenzung von Gewinnausschüttungen unterstützte die wachsende Wohnungsproduktion.³⁶²

1 Kommunale Wohnungspolitik nach 1945

Ähnlich wie nach dem Ersten Weltkrieg waren die Kommunen auch nach dem Zweiten Weltkrieg angesichts der dramatischen Wohnungsnot zum Handeln gezwungen. Dabei war das Ausmaß der Zerstörungen von Wohnraum in den Westzonen deutlich höher als

³⁵⁸ Schmoll S. 291f.

³⁵⁹ Drupp S. 144ff.

³⁶⁰ Kösters S. 148.

³⁶¹ Schmoll S. 293f.

³⁶² Schmoll a.a.O. m.w.N.

in der sog. Ostzone. In der Bundesrepublik wurde 1950 das Erste Wohnbaugesetz erlassen, welches durch seine Regelungen über das notwendige Eigenkapital und die Mietpreisbildung (Kostenmiete) hohe Investitionen in den Sozialen Wohnungsbau auslöste.³⁶³ Davon profitierten auch die kommunalen gemeinnützigen Wohnungsbauunternehmen.

Ab Ende der 50er-Jahre wurde der sog. Zweite Förderweg eingerichtet, der für Anleger hauptsächlich wegen der damit verbundenen Steuervergünstigungen interessant war. Parallel dazu gab und gibt es immer noch den steuerlich begünstigten freifinanzierten Wohnungsbau.³⁶⁴ Außerhalb der Großstädte und Metropolen verlagerte sich die staatliche Förderung auf den Bau von Eigenheimen und Eigentumswohnungen. In den Großstädten, die häufig von der SPD regiert wurden, dominierte in den 60er- und 70er-Jahren der Bau von Großsiedlungen. Er war auf eine standardisierte und rationelle Massenproduktion ausgelegt.³⁶⁵ In den 80-er Jahren war z.T. eine Überproduktion an Wohnungen und in einigen Lagen entsprechender Leerstand zu verzeichnen. Auch wenn die bestehenden Genossenschaften ihren Anteil an der Wohnungsproduktion hatten, waren die gemeinnützigen Wohnbauunternehmen, und unter ihnen in erster Linie die gewerkschaftseigene „Neue Heimat“ die bestimmenden Kräfte. Auf sie war die staatliche Förderung zugeschnitten. Eine spezifische staatliche Förderung von Genossenschaften gab es nicht. Sie profitierten – wie die privaten und öffentlichen Wohnbauunternehmen auch – von der Wohnungsgemeinnützigkeit.

In der DDR erfuhren die sog. Arbeiterwohnungsgenossenschaften eine breite staatliche Unterstützung. Ihre Aufgabe bestand vorwiegend darin, den Belegschaften der Kombinate Wohnraum zu verschaffen. Sie waren fest in die staatliche Wohnungspolitik und deren Zwecke eingebunden. Eine autonome Selbstverwaltung innerhalb der Genossenschaften war daher nur sehr eingeschränkt möglich.³⁶⁶

Mit dem Ende der „Neuen Heimat“ war auch der gemeinwirtschaftliche Gedanke innerhalb der Wohnungswirtschaft der Bundesrepublik auf nicht absehbare Zeit beschädigt. Im Jahr 1990 wurde im Zuge der Deregulierungspolitik die Wohnungsgemeinnützigkeit -und damit auch entsprechende Bindungen der Gemeinnützigen Unternehmen- abgeschafft. In der Folge wurden große Bestände an staatlichen und kommunalen Wohnungen an private In-

³⁶³ Schmoll S.194.

³⁶⁴ Schmoll S. 295.

³⁶⁵ vgl. Schmoll S.296.

³⁶⁶ zur DDR vgl. Bundeszentrale für politische Bildung „Wohnungspolitik“.

vestoren verkauft.³⁶⁷ Wie die Versorgungswirtschaft war auch die Wohnungswirtschaft zunehmend von einem neoliberalen Trend des Rückzugs der öffentlichen Hand geprägt.

Zwischenergebnis Städtische Wohnungspolitik

Die Betrachtung der städtischen Wohnungspolitik über mehrere historische Epochen hat vielfältige rechtliche und politische Einflussmöglichkeiten der Gemeinden aufgezeigt, die heute nur noch eingeschränkt bestehen. Für unsere Fragestellung nach den Chancen einer alternativen, nicht profitorientierten Wohnungspolitik, die auf Mitbestimmung und die Steigerung des lokalen sozialen Zusammenhalts setzt, lässt sich jedoch feststellen, dass mit den Wohnungsgenossenschaften ein Instrument bereit steht, das diese Zwecke erfüllt und zudem in der kommunalen Praxis erprobt ist. Durch ihre Prinzipien der Selbstverwaltung und gegenseitigen Unterstützung können sie einen wesentlichen Beitrag zur sozialen Integration und zur Förderung bürgerschaftlichen Engagements leisten.³⁶⁸ Außerdem weisen sie einen quasi natürlichen Ortsbezug auf, der sie sensibel für die örtlichen Belange in der Gemeinde macht.

Gleichzeitig ist jedoch auch auf Einschränkungen hinzuweisen. Bereits oben wurde für die Weimarer Republik (und die DDR) auf den Befund hingewiesen, dass die Selbstverwaltungskonzeption der Genossenschaften in dem Maße gefährdet ist, als sie in den Vollzug staatlicher Wohnungspolitik eingebunden wird. Auch die Kommunalverwaltungen haben sich offenbar schwer getan im Umgang mit den genossenschaftlichen Selbstverwaltungsorganen. Ein allgemeines Konfliktfeld besteht in den unterschiedlichen wohnungspolitischen Perspektiven. Während die Gemeinde alle Bewohner mit ihren Ansprüchen im Blick haben muss, beschränken sich die Genossenschaften entsprechend ihrer Selbsthilfe-Struktur auf die Bedürfnisse ihrer Genossen.

Probleme in der Kooperation von Kommunen und Genossenschaften gibt es auch heute. Das zeigt eine wissenschaftliche Evaluierung der Empfehlungen der Expertenkommission aus dem Jahr 2010³⁶⁹: „Die Auswertung der Befragungsergebnisse ergab, dass mit abnehmender Größe der Genossenschaften auch der Grad der Einbindung in die kommunale Planungspraxis sinkt. Insbesondere kleine Genossenschaften beteiligen sich nicht an kommunalen Planungen bzw. werden in solche Planungen nicht eingebunden, selbst wenn diese entscheidenden Rahmenbedingungen ihrer Geschäftstätigkeit betreffen.“

³⁶⁷ vgl. Bundeszentrale für politische Bildung a.a.O.

³⁶⁸ Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen 2004 S. 377ff.

³⁶⁹ Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen 2010 S. 69.

In der staatlichen und kommunalen Förderkulisse spielten die Wohnungsgenossenschaften bisher nur eine untergeordnete Rolle. Wegen der aktuellen Wohnungsnot und des teilweise extrem hohen Mietniveaus scheint sich hier eine gewisse Änderung abzuzeichnen.

Aktuell entstehen aus der Wohnungsnot insbesondere in den Großstädten Initiativen für ein Revival der Genossenschaftsidee. So fördert z.B. die Stadt München neben dem genossenschaftlichen Wohnungsbau auch gemeinschaftsorientierte Wohnungsprojekte.³⁷⁰ Darunter fallen z.B. genossenschaftsähnliche Wohnprojekte nach Art des Miethäuser-Syndikats. Dabei wird eine GmbH gegründet, deren einer Gesellschafter der „Hausverein“ ist. Ihm gehören alle Mieter an. „Der zweite Gesellschafter ist die bundesweit tätige „Miethäuser Syndikat GmbH“, die ein Vetorecht beim Hausverkauf, bei Satzungsänderung und der Ergebnisverwendung hat, also bei allen Entscheidungen mit grundsätzlicher Bedeutung. Durch diese gegenseitige Kontrolle ist eine Privatisierung (zur Abschöpfung von Wertsteigerungen) von einzelnen Häusern ausgeschlossen.“³⁷¹ Die Mieter haben dauerhaftes Wohnrecht und sind über den Hausverein an der Gesellschaft beteiligt.

In Berlin hat ein Volksbegehren zur Überführung privater Wohnungsunternehmen in Gemeineigentum Erfolg gehabt. Das Berliner Volksbegehren ist für uns weniger wegen der umstrittenen Überführung in Gemeineigentum nach Art. 15 GG interessant, sondern wegen der Vorstellungen, die von der Berliner Initiative für die Verwaltung und Bewirtschaftung der in Gemeineigentum überführten Wohnungen entwickelt wurden.³⁷² Im Grundsatz lassen sich die meisten dieser Ideen auch auf die Bewirtschaftung von Wohnungen im Eigentum von Gemeinden übertragen. Danach soll die Aufgabe einem öffentlich-rechtlichen Träger (hier: einer Anstalt des öffentlichen Rechts nach Berliner Recht) zugewiesen werden. Dieser Träger handelt nach gemeinwirtschaftlichen Grundsätzen. Beteiligt sind in unterschiedlichen Abstufungen die Mieter, Vertreter der Stadtgesellschaft, Vertreter des Senats. Umstritten ist in diesem Zusammenhang, wie weit die Anforderungen des Demokratieprinzips bei der Besetzung der Anstaltsorgane gehen.³⁷³

³⁷⁰ <https://stadt.muenchen.de/infos/gemeinsam-bauen-muenchen.html> (Stand 23.04.2024)

³⁷¹ Stadt München a.a.O.

³⁷² siehe <https://dwenteignen.de/material> (Stand 23.04.2024)

³⁷³ siehe dazu Christian Waldhoff, Verfassungsrechtliche Grenzen der Vergesellschaftung privater Wohnungsunternehmen mit religiösem Selbstverständnis in Berlin, Rechtsgutachten im Auftrag der Hilfswerk-Siedlung GmbH, Stand: Mai 2019, https://hws-berlin.de/wp-content/uploads/2019/06/HWS-Gutachten.endg_.pdf (Stand 23.04.2024) einerseits und andererseits die von der Initiative herausgegebene Broschüre „Gemeingut Wohnen“ S. 60ff.

C Ideengeschichtlicher und analytischer Bezugsrahmen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung

Wie der historische Überblick gezeigt hat erfolgte die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, seien es eigene oder die Unterstützung fremder Aktivitäten, unter unterschiedlichen politischen Randbedingungen. Die längste Zeit erfolgte sie unter der Verantwortung der örtlichen Gemeinschaft, relativ unbeeinflusst von staatlichen Vorgaben. Dahinter stehen zwar unterschiedliche Herrschaftsformen, von der umfassenden Ordnung und Verantwortung der mittelalterlichen Gemeinde bis zum selbstbewussten bürgerlichen Gewerbe im 19. Jahrhundert. Gravierende Veränderungen ergaben sich für die Gemeinden mit der Phase der Hochindustrialisierung. Sie waren nun eingespannt in den Prozess der Industrialisierung und begleiteten die Entwicklung zu einem organisierten Kapitalismus. In den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts erfolgten zu Gunsten der privaten Wirtschaft erstmals entscheidende gesetzliche Einschränkungen gemeindlicher Wirtschaft, die im Grundsatz bis heute erhalten geblieben sind.

Die erste Phase war bestimmt von einer Wirtschaft, die den örtlichen Eigenbedarf deckte und die selbst gesetzten Regularien gehorchte. Sie blieb räumlich auf das Gemeindegebiet einschließlich der Randzonen zum Umland begrenzt. Dementsprechend orientierte sie sich ausschließlich am Wohl der Gemeindeglieder. Sie entsprach damit in wesentlichen Punkten der politischen Idee der **genossenschaftlichen Bedarfsdeckung**. Im Folgenden (Teil 1) soll daher geprüft werden, ob Elemente der genossenschaftlichen Idee auch heute für die Dogmatik der kommunalen Selbstverwaltung und dabei insbesondere der kommunalen Wirtschaftsförderung fruchtbar gemacht werden können. Dabei kann an einen entsprechenden Versuch von R. Scholz angeknüpft werden, den er vor mehr als 50 Jahren unternommen hat.

Die zweite historische Phase war und ist bestimmt von dem Nebeneinander privater Wirtschaftsbetätigung und subsidiärer gemeindlicher Wirtschaft. Der enge lokale Bezug wird nach und nach gelockert und die gemeindliche Betätigung in einen größeren Zusammenhang gestellt, in eine umfassende staatlich verantwortete Leistungsgewährleistung, die unter dem Begriff der **Daseinsvorsorge** Karriere gemacht hat. Der Begriff ist im politischen Sprachgebrauch geläufig, um ganz allgemein eine staatliche Verpflichtung gegenüber den Bürgern zu beschreiben, er wird aber auch in der juristischen Diskussion bis heute insbesondere zur Kennzeichnung der kommunalen Leistungsverwaltung benutzt. Für unsere Fragestellung ist festzustellen, dass der Begriff und die dahinterstehende Idee der wirt-

schaftlichen Daseinsvorsorge, so wie sie in der verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Diskussion vertreten wurde und wird,³⁷⁴ die gemeindlichen Leistungen in einer etatistischen Version beschreibt und legitimiert, welche die Möglichkeiten selbstbestimmter bürgerschaftlicher Formen der lokalen Gemeinwohlproduktion verdeckt. Dies soll in Teil 2 näher ausgeführt werden.

Nach diesen beiden ideengeschichtlich fundierten Erklärungsansätzen sollen zwei moderne Strategien untersucht werden, das Zusammenspiel staatlicher/kommunaler Regulierung mit privater Wirtschaftsbetätigung in einen analytischen Rahmen zu stellen. Teil 3 befasst sich mit der Vorstellung eines **Gewährleistungsstaates**, die man mit Einschränkungen als Fortsetzung der Diskussion um die Daseinsvorsorge bezeichnen könnte. Im abschließenden 4. Teil steht das Analyseinstrument der **Governance**-Forschung im Zentrum, die sich insbesondere -aber nicht nur- der Probleme annimmt, die mit der Veränderung zum Gewährleistungsstaat einer praktischen Lösung bedürfen. Governance ist ein Brückenbegriff, mit dem die Grenzen der Wissenschaftsdisziplinen überwunden werden sollen.

Teil 1 Idee der Genossenschaft

R. Scholz hat in seiner Dissertationsschrift über die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen den Versuch gemacht, dem genossenschaftlichen Element einen Platz in der kommunal- und verfassungsrechtlichen Dogmatik zu verschaffen. Scholz verfolgt das anspruchsvolle Programm, an Hand des Begriffes der Anstalt bzw. öffentlichen Einrichtung eine historische Linie von der genossenschaftlichen Gemeinde bis zum Grundgesetz zu zeichnen. "Die gemeindlich-genossenschaftliche Rechts- und Verbandsbildung setzte im System der frühen Dorf- und Marktgenossenschaften ein und mündete in die Blüte der hochentwickelten Stadtkulturen des hohen und späten Mittelalters. Verfassungsbildende Grundfaktoren waren das nachbarschaftlich-integrierende Pflichtverhältnis (gegenseitige Beistands- und Unterstützungspflichten) sowie die genossenschaftliche Wirtschaftsstruktur, die auf der strikt, d.h. sowohl in Produktion wie Nutzung gemeinschaftsgebundenen Allmendordnung bzw. dem späteren städtisch-lokalen Marktsystem aufbaute (Gemeinde als **Wirtschaftsgenossenschaft**)."³⁷⁵

Aus dieser genossenschaftlichen Struktur heraus entwickelten sich schon im Mittelalter gewisse „Verwaltungszwecke“, die noch nicht scharf herausgebildet waren. Sie betrafen

³⁷⁴ z.B. Knauff WiVerw 2011,81; Bull S. 8ff.

³⁷⁵ Scholz 1967 S.36.

wesentlich auch materielle Wirtschaftsfragen, die aus der Allmendeordnung herrührten, also „eine allgemein **wirtschaftsfördernde** und eine allgemein **wirtschaftsteilhabende** Gemeindekompetenz.“³⁷⁶ Er verweist auf die lokale Wirtschaft, die schon immer ein wesentliches Identifikationsmerkmal der Stadt gewesen ist. „Schon die traditionelle Wirtschaftsgemeinde des Mittelalters widmete sich vornehmlich den ökonomischen Interessen ihrer Bürger.“³⁷⁷

In der Folge geht Scholz zweistufig vor: er versucht den staatstheoretischen Standort der Selbstverwaltung zu bestimmen und dann auf dieser Basis die Entwicklung der kommunalen Anstalt bis heute nachzuzeichnen. Im ersten Schritt unterscheidet er sich nicht wesentlich von Köttgen, auf den er auch Bezug nimmt.³⁷⁸

Köttgen hat ein fundamentalistisches Verständnis der Gemeinde. Sie ist eine geistige Einheit, will heißen: vom Geist, von den Einstellungen, von einer genossenschaftlichen Haltung ihrer Bürger getragen. Sie ist eine Raumburgemeinschaft und schon dieser Raum-Charakter verleiht ihr eine fundamentale Prägung jenseits von unterschiedlichen individuellen Interessen und erst recht unabhängig von (pluralen) Gruppeninteressen.³⁷⁹ Diese Raumburgemeinschaft zeichnet sich nicht als demokratisch konstituiertes Kollektiv aus. So etwas wie eine Herrschaft von lokalen Räten, wie sie in den Jahren 1918 und 1919 praktiziert wurde³⁸⁰ ist damit auch nicht intendiert. Als geistige Einheit wird sie auch nicht durch materielle Interessen bestimmt. Übrig bleibt ein nebulöser und in seiner Unbestimmtheit gefährlicher Begriff der völkischen Gemeinschaft und Verbundenheit.

Anders als Köttgen vermeidet Scholz Bezüge zum Volkscharakter der Gemeinde. Dagegen betont er -offenbar unter dem Einfluss der Integrationslehre von R. Smend - den „Integrationswert“ der Selbstverwaltung. Damit meint er die Integration der einzelnen Bürger in die Raumburgemeinschaft³⁸¹, aber weitergehend auch eine Integrationsfunktion zwischen Gesellschaft und Staat.³⁸² Die Integrationsfunktion ist eine gesellschaftspolitische, sie steht neben der zweiten Funktion der Selbstverwaltung, dem staatspolitischen Aufbauprinzip.³⁸³

³⁷⁶ a.a.O. S.58.

³⁷⁷ a.a.O. S.59f.

³⁷⁸ a.a.O. S.50.

³⁷⁹ Köttgen 1931 S. 10.

³⁸⁰ Ribhegge S.32ff.

³⁸¹ a.a.O. S. 55f.

³⁸² a.a.O. S.42.

³⁸³ vgl. a.a.O. S.53.

Aus den genossenschaftlich organisierten Gemeinden bildeten sich auf Basis des „statusrechtlichen Teilhaberechts 'anstalts'ähnlich geartete Initiativen“ einer differenzierten Verwaltung.³⁸⁴ Der Gemeindegänger „war Teilhaber und Nutzungsberechtigter an jeder Gemeindeangelegenheit, angefangen von der urförmlichen Allmende bis hin zu allen anderen gemeindlichen Wirtschafts- und Sozialgehalten.“ Schon zu dieser Zeit überwog die Zahl der wirtschaftlichen „Anstalten“. Scholz zählt allein 19 solcher Einrichtungen ohne Anspruch auf Vollständigkeit auf.³⁸⁵

Nach der polizeistaatlichen Überformung der gemeindlichen Anstalten bzw. ihrer Unterordnung unter den absoluten Staat konnte von gemeindlicher Selbstverwaltung nicht mehr gesprochen werden, ihre genossenschaftlichen Grundlagen wurden zunehmend aufgelöst.³⁸⁶

Im 19. Jhd. entstand das genossenschaftliche Teilhaberecht auf neuer Basis: „Das bürgerrechtliche Recht auf Benutzung der öffentlichen Gemeindeanstalten (Einrichtungen) übernahm schließlich typgerecht und fast ausschließlich die Nachfolge der überkommenen genossenschaftlichen Teilhaberechte.“³⁸⁷ Es fand sich dann auch in fast allen Gemeindeordnungen des 19. Jhdts.. Anders aber als zu Zeiten der Genossenschaft war dieses Benutzungsrecht nicht materieller, aus dem mitgliedschaftlichen Status abgeleiteter Art, sondern formeller Art. Es richtete sich lediglich auf „gleiches Recht auf Benutzung an den bestehenden Anstalten“.³⁸⁸

Gegen diese formelle Interpretation durch die h.M. und gegen entsprechende positivierte Regelungen der Gemeindeordnungen versucht Scholz eine materielle Lesart zu begründen. Er stützt sich dabei auf die Bestimmungen der § 17 DGO-Nachfolgeregelungen in einigen Ländern, die eine – eingeschränkte - Pflicht zur Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen statuieren. Daraus folgt für ihn ein „subjektiv-genossenschaftliches Statusrecht“ materiell-rechtlicher Art.³⁸⁹ „Projiziert und gegenständlich beschränkt auf den typisch örtlichen Situations- und Funktionsbereich (Art. 28 II GG) garantiert § 17 DGO etc. denjenigen **Mindeststandard** an sozialer, kultureller und wirtschaftlicher **Existenzsicherung**, ohne dessen Erreichung eine wirksame Ausübung der allgemeinen Individualfreiheitsrechte ausgeschlossen ist.“³⁹⁰ Und an dieser Stelle gelangt Scholz zur Daseinsvorsorge. Allerdings

³⁸⁴ a.a.O. S.59.

³⁸⁵ a.a.O.

³⁸⁶ ausführlich Gierke S.658ff, 697ff.

³⁸⁷ Scholz 1967 S.72.

³⁸⁸ a.a.O. S.73.

³⁸⁹ a.a.O. S.87.

³⁹⁰ a.a.O. S.231.

möchte er aus der Palette daseinsvorsorgerischer Leistungen nur diejenigen einem Anspruch aus den § 17 DGO-Nachfolgenormen unterwerfen, deren Nicht-Gewährung den „Kernbereich der geschützten Sozialfreiheit“³⁹¹ berührt. Zur Beurteilung bieten sich nach seiner Meinung fürsorgerechtliche Maßstäbe an.³⁹²

Damit kann festgehalten werden, dass Scholz der kommunalen Selbstverwaltung ausdrücklich eine gesellschaftspolitische Funktion zuweist und sich damit von einem rein staatsorganisatorischen Verständnis abwendet. Zudem weist er der kommunalen Selbstverwaltung eine Funktion der Gemeinschafts-bezogenen Vergesellschaftung zu. Allerdings erkaufte er die lokal-expressive Funktion der örtlichen Gemeinschaft mit dem Verzicht auf die demokratisch-egalitäre Korrekturfunktion, indem er sich gegen den „egalitär-uniformen Demokratiebegriff“ wendet.

Können die Einsichten von Scholz für unsere Diskussion fruchtbar gemacht werden? Er weist dem Gemeindegänger (und nur ihm und nicht dem Staatsbürger) einen subjektiv-genossenschaftlichen Status zu. Dieser bildet die Kehrseite der gemeindlichen Verpflichtung zur Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen. Der Bürger ist damit weder Konsument einer Marktleistung noch ist er Destinatär einer umfassenden staatlichen Daseinsvorsorge.

Die tatsächliche Entwicklung ist jedoch einen anderen Weg gegangen. Mit der Integration der Gemeinden in den Staat, wie sie sich seit der Weimarer Republik bis heute entwickelt hat, und der zunehmenden Ausdifferenzierung des Wirtschaftssystems hat sich auch das Verhältnis der Gemeinde zu ihrer Wirtschaft grundlegend verändert. Sie wird im Grundsatz als gesellschaftliche Angelegenheit der privaten Subjekte verstanden, die dem Staat und damit den Gemeinden prinzipiell verschlossen sind. Eine Folge dieser Entwicklung sind unter anderem die wettbewerblichen Restriktionen für staatliche und kommunale Wirtschaftsbetätigungen. Wie Scholz in seiner historischen Analyse gezeigt hat gehören wirtschaftliche Belange schon immer zu den konstitutiven Merkmalen der Gemeinden. Sie waren untrennbar verwoben mit allen anderen gesellschaftlichen Lebensbedingungen des mittelalterlichen Menschen. Eine Sonderung der Wirtschaft als eigene spezifische Erscheinung war den Zeitgenossen fremd. Lange bevor die Nationalstaaten (im Merkantilismus) eigene wirtschaftliche Ideen verwirklicht haben gehörte also „die Wirtschaft“ zu den ureigenen gemeindlichen Angelegenheiten. Die ganzheitliche Schutz- und Sicherungsfunktion der Gemeinde für ihre Einwohner im Hinblick auf Sicherung des Erwerbs, auf Sicherung in elementaren Notfällen und Schutz vor externen Einflüssen hat sich weitgehend aufgelöst.

³⁹¹ a.a.O. S.239.

³⁹² a.a.O. S.238f.

Heute sind an ihre Stelle nationale Sicherungssysteme getreten wie Krankenversicherung, Rentenversicherung, Arbeitslosenversicherung, Unfallversicherung, Grundsicherung. Die Arbeitsbedingungen sind Gegenstand nationaler wie supranationaler Rechtssetzung und der Vereinbarung durch national oder regional organisierte Tarifvertragsparteien. Ein Schutz der gemeindlichen Wirtschaftsstruktur vor äußeren Einflüssen ist heute undenkbar. Die Gemeinden sind nicht nur einem interkommunalen Standortwettbewerb ausgesetzt, sie werden darüber hinaus in einem europäischen Wirtschaftsraum noch nicht einmal als eigenständige Akteure akzeptiert, sondern nur als unselbständiger Teil des nationalstaatlichen EU-Mitglieds.

So gesehen ist die Zeit über genossenschaftliche Ideen hinweggegangen. Das, was Scholz in den 60er Jahren des letzten Jahrhunderts noch bewahren wollte,³⁹³ ist verschwunden. Was heute allenfalls noch zu bewahren wäre, ist die verfassungsrechtliche Anerkennung eines (entmaterialisierten) Gemeindebürger-Status, der als Teil der örtlichen Gemeinschaft (und nicht nur als Staatsbürger in einer Gemeinde) Mitentscheidungsrechte genießt. Dieser Gedanke wird im Abschnitt E Teil 3 § 2 III 4 noch einmal aufgenommen.

Teil 2 Daseinsvorsorge

Die Ursprungsidee hat E. Forsthoff 1938 in seiner Schrift „Die Verwaltung als Leistungsträger“ entwickelt und nach etlichen Wandlungen in seiner Untersuchung „Die Daseinsvorsorge und die Kommunen“ aus dem Jahr 1957 (sowie 1971 in seinem Spätwerk „Der Staat der Industriegesellschaft“) wieder aufgenommen: der „industriell-technische Prozeß“³⁹⁴ habe den Raum, in dem das Individuum sich als sein eigener Herr verhalten kann – er nennt ihn beherrschten Lebensraum –, beständig verkleinert. Diesem Schwund steht ein Zugewinn beim effektiven Lebensraum gegenüber, dem Raum, „innerhalb dessen sich das Dasein des einzelnen, konkreten Menschen tatsächlich abspielt.“³⁹⁵ Der Einzelne kann in der Folge sein Dasein nicht aus eigener Kraft fristen, er ist „darauf angewiesen, dass ihm diese zur Daseinsermöglichung unentbehrlichen Lebensgüter zugänglich, erwerbbar gemacht werden.“³⁹⁶ Diese Aufgabe ist dem Staat zugefallen, er nennt sie Daseinsvorsorge. Er sieht die Verwaltung, die Bürokratie als diejenige Instanz, welche die Daseinsvorsorge ins Werk zu setzen habe.³⁹⁷ Sie repräsentiert den Versorgungsstaat. Die staatli-

³⁹³ Die „geschichtsbewußte Erhaltung des sozialen bürgerschaftlichen Statusrechts“, Scholz 1967 S. 243.

³⁹⁴ Forsthoff 1938 S. 112.

³⁹⁵ a.a.O. S. 112.

³⁹⁶ a.a.O. S. 113.

³⁹⁷ Forsthoff 1954 S. 12ff.

che Garantie der existenziell notwendigen Versorgung der Bürger ist die Kehrseite der Anerkennung des Staates und seiner Herrschaft durch die versorgten Bürger.³⁹⁸

Mit dem wirtschaftlichen Aufschwung, den die Bundesrepublik nach 1949 nimmt, verändert sich auch das Gesicht der Daseinsvorsorge. Nicht mehr der totale Staat ist ihr alleiniger Garant, sondern die Verantwortung ist zwischen dem Staat und den gesellschaftlichen Akteuren geteilt.³⁹⁹ Der Staat leitet nunmehr seine Stabilität aus der Gewährleistung der für den Einzelnen unentbehrlichen Leistungen zur Fristung seiner Existenz ab.⁴⁰⁰ Der Staat wird so zu einer Funktion der Industriegesellschaft.⁴⁰¹ Mit dem wirtschaftlichen Aufschwung verbunden ist auch eine staatliche und kommunale Wirtschaftsförderung. Auch sie wird als eine Form der Daseinsvorsorge interpretiert. Die Industriegesellschaft wird von Forsthoff als ein sich selbst genügsames, durchrationalisiertes System der umfassenden Bedürfnisbefriedigung beschrieben, das vom Staat zwar Aufgaben übernehmen kann, den Staat aber nicht überflüssig machen kann.⁴⁰²

Bei der Übertragung von Teilen der Daseinsvorsorge an „die Industriegesellschaft“ lässt sich Forsthoff nicht etwa von der Idee einer rein marktwirtschaftlich-wettbewerblich organisierten und betriebenen Daseinsvorsorge leiten. „Die Daseinsvorsorge ist wesentlich auch eine soziale Funktion.“⁴⁰³ Daher kann das kommunale Leitbild nicht der „perfekt bediente Endverbraucher“⁴⁰⁴ sein, sondern der zur Teilhabe aufgeforderte Bürger. Daraus lässt sich schließen, dass er die Qualität gemeindlicher Daseinsvorsorge auf keinen Fall im Sinne einer „normalen“ dem Privaten vergleichbaren wirtschaftlichen Handlungsweise verstanden hat. Sie ist für ihn – eigentlich unökonomische, sondern staatliche oder technische – Sozialgestaltung. Die heute geläufige Praxis, den Staat bzw. die Kommunen selbst den Zwängen des Wettbewerbs zu unterwerfen, wäre ihm nicht in den Sinn gekommen.

In dieser paternalistischen Vorstellung hat der aktive (Gemeinde-) Bürger keinen Platz, der sich in gesellschaftlicher Selbstorganisation für (lokale) Gemeinwohlbelange engagiert. Dem Bürger kommt ein Status der Teilhabe zu, der Teilhabe an öffentlichen Leistungen, der im Gegensatz zum Status der Freiheit steht. Die Verfassung ist nur in der Lage, den Freiheitsstatus im Wege der Ausgrenzung staatlicher Bevormundung zu sichern, wie es die klassischen Grundrechte tun. „Das Grundgesetz hat keinen spezifischen sozialen

³⁹⁸ Kersten 2005 S. 553ff.

³⁹⁹ Kersten 2005 a.a.O. S. 561.

⁴⁰⁰ Forsthoff 1970 S. 147.

⁴⁰¹ Forsthoff 1958 S. 18ff; Kersten 2005 a.a.O.

⁴⁰² Forsthoff 1958 S. 14ff.

⁴⁰³ Forsthoff 1964 S.118.

⁴⁰⁴ a.a.O. S.116.

Gehalt.“⁴⁰⁵ Der Bürger bleibt in seiner passiven Teilhabe- Rolle als Begünstigter einer staatlichen Leistung befangen. Dies gilt auch für seine Rolle im fürsorglichen Sozialstaat, der -anders als die Daseinsvorsorge- auf ökonomische Benachteiligung reagiert.⁴⁰⁶ Forsthoff sieht im Bürger nicht den Gemeindegänger, sondern „der Einzelne begreift sich in der Teilhabe an der Gemeinschaft deutsches Volk“. ⁴⁰⁷ Dem entspricht es, dass für ihn die Gemeindeverwaltung eigentlich staatliche Aufgaben wahrnimmt, sie daher mittelbare Staatsverwaltung ist.⁴⁰⁸

Daseinsvorsorge ist kein ausgearbeitetes dogmatisches Konzept, darüber besteht weitgehendes Einverständnis. ⁴⁰⁹ Auch seine Inhalte und der Umfang der damit bezeichneten Leistungen sind relativ unbestimmt. Dies gilt genauso für seine staatsrechtliche und gesellschaftstheoretische Herleitung. Aber gerade diese Vagheit des Begriffs verschafft ihm eine Bedeutungsweite und Wirkmächtigkeit, die von unterschiedlichen Konzepten und Akteuren für ihre Zwecke in Anspruch genommen werden können.⁴¹⁰ Die Flexibilität des Konzepts zeigt sich in der Umstellung der Daseinsvorsorge-Inhalte vom Existenziellen zum Durchschnittsstandard. ⁴¹¹ So können beispielsweise die Gemeinden und deren Verbandsvertreter ihre energiewirtschaftlichen Leistungen als existenziell notwendige und sozial angemessene legitimieren, auch wenn die örtlichen und wirtschaftlichen Parameter der Energieversorgung sich fundamental gewandelt haben.⁴¹²

Als Beleg für die Flexibilität des Konzepts mag die gründliche Untersuchung von Leisner dienen: Mit dem Entfall der existenziellen, elementaren Bedürfnisse als Eingrenzungskriterium für die Daseinsvorsorge stellen sich für ihn zwei Fragen: die einer angemessenen neuen begrifflichen Eingrenzung der „normalen“ Daseinsvorsorge und die einer inhaltlichen Eingrenzung der Daseinsvorsorge-Leistungen. Die erste Frage beantwortet er mit einer Begrenzung auf einrichtungsbezogene Leistungen, also solche, die Infrastruktur-Charakter haben. Problematisch ist die Antwort auf die zweite Frage. Sie ist bestimmt von der Sorge, dass aus der egalitär-demokratischen Qualität „normaler“ Daseinsvorsorge Forderungen nach „mehr Staat“ abgeleitet werden könnten. Nun lässt sich allerdings der demokratische Ruf nach „mehr Staat“ schwerlich als verfassungswidrig deklarieren, es sei denn, man postuliert einen generellen -verfassungsrechtlich abgesicherten- Vorrang der Wirt-

⁴⁰⁵ Forsthoff 1954 S. 24.

⁴⁰⁶ Forsthoff 1938 S. 5.

⁴⁰⁷ Forsthoff 1938 S. 16.

⁴⁰⁸ Engels S. 165.

⁴⁰⁹ vgl. Leisner WiVerw 2011,60ff; Schmidt Der Staat 2003,229f; Burgi 2019 § 17 Rdnr. 13.

⁴¹⁰ Vgl. dazu Pielow 2001 S. 676ff und 353ff.

⁴¹¹ Leisner a.a.O. S. 66.

⁴¹² Leisner a.a.O. S. 58; Pielow 2001 S. 695.

schaft gegenüber dem Staat. Und genau dies tut Leisner. „Die soziale Marktwirtschaft ist für die Rechtsordnung der Bundesrepublik Verfassungsdoktrin.....Damit wird die Beachtung der Marktmechanismen zu einer Verpflichtung für die deutsche Staatsgewalt...“⁴¹³ Dieser Frage wird im weiteren Verlauf der Untersuchung nachgegangen, so dass an dieser Stelle nur festzuhalten ist, dass für Leisner nur die Alternative Staat oder Markt denkbar ist. Die Überlegung, dass Daseinsvorsorge bzw. Teile davon auch als eine gemeinschaftliche Angelegenheit der Gemeindeglieder betrachtet werden könnten und deren Leistungen dann weder vom Staat allein noch vom Markt allein erbracht werden, wird nicht angestellt. Die Daseinsvorsorge wird von einer originären materiell-staatlichen Funktion umgewidmet in eine Hilfsfunktion für Märkte. Der Staat folgt den Märkten.⁴¹⁴ Obwohl das Daseinsvorsorge-Konzept eigentlich auf öffentlich-staatliche Leistungserfüllung ausgelegt war, findet es sich nun wieder als Gegenstand des sog. Gewährleistungsstaates.

Für unseren Zusammenhang ist entscheidend, dass In allen Versionen und Schattierungen von Daseinsvorsorge implizit eine **negative** Abgrenzung enthalten ist gegenüber **unmittelbar bürgerschaftlich verantworteten Leistungen**, die der örtlichen Gemeinschaft zu Gute kommen sollen. Die tatsächlichen Erscheinungsformen von Daseinsvorsorge lassen sich entweder unter staatswirtschaftlichen Begriffen oder als Marktleistungen mit normativer Rahmensetzung subsumieren.⁴¹⁵

Teil 3 Gewährleistungsstaat

Die Vorstellung eines Gewährleistungsstaates bzw. einer -kommune ist eine Weiterentwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge, in dem die Daseinsvorsorge als ein Anwendungsfall staatlicher bzw. kommunaler Übernahme von Gewährleistungsverantwortung verstanden wird.⁴¹⁶ Neben die traditionelle Eigenleistung der Kommune tritt als eine neue Form der kommunalen Daseinsvorsorge die Übernahme der Gewährleistungsverantwortung. Im Zuge der Privatisierungen (in unterschiedlichen Formen⁴¹⁷) haben sich viele Gemeinden aus der selbst verantworteten Leistungserbringung zurückgezogen. Dieser Rückzug soll jedoch begleitet werden durch hoheitliche Vorkehrungen, die sicherstellen, dass der Gemeinwohlaufrag gleichwohl erfüllt werden kann.⁴¹⁸ Der Gewährleistungsstaat

⁴¹³ Leisner a.a.O. S. 72.

⁴¹⁴ Leisner a.a.O. S. 74.

⁴¹⁵ So Knauff EuR 2010,725.

⁴¹⁶ Knauff WiVerw 2011,88ff; Bull S. 15; Katz NVwZ 2010,405-408ff-; Schuppert 2001 S. 410f; Voßkuhle S. 266ff.

⁴¹⁷ Siehe Katz NVwZ 2010,405ff; Franzius 2003,499ff.

⁴¹⁸ Schoch NVwZ 2008, 241f.

„führt den prinzipiellen sozialgestalterischen Anspruch des wohlfahrtsorientierten Erfüllungsstaates in dem Sinne fort, daß er auf bestimmte positive gesellschaftliche Verhältnisse und Zustände zielt und sich weiterhin in einer Letztverantwortung" sieht.⁴¹⁹

Hinter dem neuen Staatsverständnis, auf welches die Vorstellung eines Gewährleistungsstaates zurückgeht, steht die Erkenntnis, dass der traditionelle Staat gar nicht mehr in der Lage ist, die gewachsenen und komplexen Staatsaufgaben allein zu bewältigen. Daher kann der Staat nur als Kooperationsstaat agieren und die Zusammenarbeit mit gesellschaftlichen Sektoren suchen, sei es mit dem Markt, sei es auf dem Bereich der Technik oder anderswo. Je nach Gegenstand der Kooperation gibt es unterschiedliche Stufen der staatlichen Verantwortung. Dabei werden unterschiedliche Grade der Gewährleistungsverantwortung diskutiert. Sie reichen von einer Restverantwortung über eine Rahmenverantwortung bis zu einer Oberverantwortung.⁴²⁰ In jedem Fall ist eine staatliche Letztverantwortung zwingend. Einmal um die Grenzen des staatlichen Rückzugs zu markieren und auch um die Erfüllung der weiterbestehenden staatlichen Pflicht zur Gemeinwohlsicherung sicher zu stellen.⁴²¹

Diese kursorische Darstellung des Gewährleistungsstaates macht deutlich, dass er immer dann angesprochen ist, wenn es um **staatliche** Aufgaben geht. Im Prinzip sind alle staatlichen Aufgaben ein potenzieller Gegenstand des Gewährleistungsstaates.⁴²² Britz hat die Voraussetzungen benannt, unter denen klassische gemeindliche Versorgungs- und Entsorgungsaufgaben in Aufgaben unter kommunaler Gewährleistungsverantwortung transformiert werden könnten.⁴²³

Diese klassischen Aufgaben, die bisher in kommunaler Erfüllungsverantwortung bewältigt wurden und nun in die Gewährleistungsverantwortung fallen, unterscheiden sich jedoch kategorial von den sozialökonomischen Leistungen der gemeindlichen Bürgerschaft. Sie sind keine Verwaltungs-Angelegenheit des Staates bzw. der Kommune. Die Gemeinde kann sie selbst nicht herstellen, sie kann ihre Erbringung auch nicht anordnen oder bestellen.⁴²⁴ Die Gemeinde hat insoweit keine Pflicht zum Handeln und damit auch keine Gewährleistungs- oder Einstandspflicht, insbesondere dann nicht, wenn man die Gemeinde lediglich als örtlich herausgehobener Teil der Staatsorganisation versteht. In den

⁴¹⁹ Eifert, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998, S. 139 zitiert nach Franzius 2003, 494.

⁴²⁰ dazu Franzius 2003 S. 504ff.

⁴²¹ Schuppert 2001 S. 412.

⁴²² Schuppert 2001 S. 411.

⁴²³ Die Verwaltung 2004, 145ff.

⁴²⁴ Dieser Aspekt von Gemeinwohl wird unter E Teil 3 § 1 V näher erläutert

früheren Zeiten eines Gemeindeverständnisses als Einrichtung der genossenschaftlichen Selbsthilfe war das anders, da waren die bürgerschaftlichen Angelegenheiten auch immer ihre eigenen Angelegenheiten.

Der Unterschied zwischen SÖ-Leistungen und den staatlich gewährleisteten Leistungen lässt sich verdeutlichen am Beispiel der „Aktivierung“. Wenn den Gemeinden aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ein Auftrag zur Aktivierung ihrer Bürger zugewiesen wird, so ist damit eine Beteiligung der Bürger aus demokratisch-partizipativem Geist gemeint. Wenn von dem Gewährleistungs-Regime die „Aktivierung privater Kräfte“ erwartet wird, so ist damit die Nutzung der „Rationalitäten des wirtschaftlich-gesellschaftlichen Sektors“⁴²⁵ gemeint.

Dass der Gewährleistungs-Gedanke nicht so richtig für unsere Fragestellung passt, lässt sich auch an der Diskussion über den möglichen Inhalt der staatlichen Gewährleistungsverantwortung zeigen. So macht Franzius eine mögliche Spannweite auf, die von einem sehr weiten Verständnis als „Oberverantwortung“, welches offen ist für unterschiedliche Wahrnehmungsmodalitäten einschließlich einer staatlichen Eigenleistung, bis zu einer engen, „neoliberalen“ Interpretation reicht, die dem Staat nur die Verantwortung für die Rahmensetzung lässt.⁴²⁶ Die SÖ-Förderung wäre demnach eher der „neoliberalen“ Sichtweise zuzuordnen, weil sie auf private Leistungserbringung setzt und dementsprechend staatliche Leistungserbringung ausschließt. Dagegen spricht jedoch, dass der Staat spricht die Kommune ein Mitgestaltungsrecht beansprucht sowohl bei der Auswahl der zu subventionierenden Leistung wie bei der Begleitung im Rahmen der Leistungserbringung. Die Leistung der SÖ-Unternehmen ist eine Leistung sui generis, die nicht der üblichen privatwirtschaftlichen Leistung entspricht und der Beitrag der Gemeinde enthält mehr als eine Gewährleistung im üblichen Sinne.

Eine einfache Übertragung der Gewährleistungs-Lehre auf das hier angesprochene spezifische bürgerschaftliche Engagement ist daher nicht möglich.⁴²⁷ Eine Letztverantwortung der Kommune im o.g. Sinne kann es nicht geben. Die gewährleistungsrechtliche Interpretation geht vom Staat aus und fragt nach Kooperationspartnern. In unserem Fall geht es um den Bürger und sein Engagement und dieses Engagement ist auch ohne Staat realisierbar, ja es wäre sogar besser, wenn es ohne staatliche/kommunale Förderung realisiert werden kann. In diesem Sinne handelt es sich um eine ur-liberale Idee der freiwilligen, gemeinschaftsfördernden Betätigung von Bürgern, auf das moderne Konzepte der Ver-

⁴²⁵ Schoch NVwZ 2008,242.

⁴²⁶ Franzius 2003 S. 505ff.

⁴²⁷ Problematisch ist daher die umfassende Einbeziehung der Gegenstände bürgerschaftlichen Engagements in die staatliche Gewährleistungsverantwortung durch Tröppner NZS 2016.134.

mittlung interessegeleiteter ökonomischer Rationalität mit der Sphäre staatlichen/kommunalen Handelns nicht umstandslos übertragen werden können.

Dennoch bleibt die Gewährleistungsdiskussion insoweit interessant, als sie den Blick auf andere Formen gemeindlicher wirtschaftlicher Betätigung öffnet, also im Prinzip auch auf bürgerschaftliche. Sie könnte dazu beitragen, den Beitrag privater Leistungserbringung zum Gemeinwohl differenziert zu betrachten.⁴²⁸ So stellt sich die Frage, ob die Gemeinden nicht eine andere Art von Gewährleistungsverantwortung wahrnehmen könnten, die auf die Sicherung des Gemeinwohlcharakters der privaten Dienstleistungen ausgerichtet ist. Diesem Gedanken wird im Abschnitt E nachgegangen, der sich mit der kommunalen Selbstverwaltung beschäftigt.⁴²⁹

Teil 4 Governance

Nicht zufällig ist die Governance-Forschung im Gefolge der Diskussion um den Gewährleistungsstaat als Thema präsent. Sie reagiert auf die Tatsache, dass politische Steuerung nicht mehr angemessen mit der Vorstellung eines Staates als zentralem Steuerungssubjekt beschrieben werden kann.⁴³⁰ Sie stellt ein Analyseinstrument bereit, mit welchem die früher vorherrschende Konzentration auf die Akteure und deren Handlungsintentionen ergänzt wird durch die Berücksichtigung „der Kombination, des Neben- und Miteinanders verschiedener Arten kollektiver Regelung gesellschaftlicher Sachverhalte.“⁴³¹ Ein weiterer Governance-Begriff, wie er in der deutschen Diskussion überwiegend Verwendung findet, umfasst sowohl die nicht-hierarchischen Governance-Modi wie Verhandlungen, Netzwerkmanagement, Einsatz von Wettbewerbselementen wie die klassischen staatlichen Interventionsmodi.⁴³² Das Governance-Konzept ist aber keineswegs beschränkt auf die Phänomene des Gewährleistungsstaates, vielmehr hat es insbesondere in supranationalen Zusammenhängen ein weites Anwendungsgebiet. So wird insbesondere das Zusammenwirken von europäischer Union und ihren Mitgliedstaaten unter der Perspektive der Multi Level – Governance analysiert.⁴³³

⁴²⁸ Franzius 2003 S. 495.

⁴²⁹ Unter E Teil 3 § 2 III 4.

⁴³⁰ Trute/Kühlers/Pilniok S. 173.

⁴³¹ Mayntz S. 45.

⁴³² Schuppert 2008 S. 24; Benz S. 27.

⁴³³ Mayntz S. 49ff; Jachtenfuchs/Kohler-Koch.

§ 1 Lokale Governance

Unser besonderes Interesse gilt der „lokalen Governance“, also den politischen Prozessen auf lokaler Ebene, die unter Beteiligung unterschiedlicher lokaler Instanzen in unterschiedlichen Formen (Verhandlungen, Netzwerke, u.ä.) erfolgen. Man kann sogar sagen, dass die lokale Politikforschung Governance-Forschung betrieb, lange bevor man dafür diesen Namen verwendete.⁴³⁴ Das liegt daran, dass die lokale Politik ein besonders geeigneter Gegenstand für diesen Forschungsansatz ist. In ihr ist die Trennung zwischen Staat und Gesellschaft, sprich örtlicher Gemeinschaft, nicht so strikt wie auf nationaler Ebene. Die Politik wird „vor Ort“ seit jeher -in größerem Umfang als auf der staatlichen Ebene- im Zusammenspiel von politischen (gemeindlichen) Instanzen und gesellschaftlichen Akteuren gemacht.

Die gemeindliche Unterstützung lokal verankerter Unternehmen mit dem Ziel der Aktivierung und Belebung der „örtlichen Gemeinschaft“ bietet sich daher als geeignetes Objekt für Governance-Analysen an. Hinzu kommt, dass Governance gemeinhin als ein „Brückenbegriff“ verstanden wird, weil er in der Lage ist, die disziplinären Grenzen zu überwinden. Somit bietet dieses Analyse-Tool eine übergeordnete Perspektive, welche die Implementation eines derartigen kommunalen Förderprogramms aus juristischem, sozialwissenschaftlichem, betriebswirtschaftlichem Blickwinkel beleuchten kann. So werden im Verlauf dieser Untersuchung einzelne fachspezifische Stränge lokaler Governance angesprochen und behandelt. Für unsere Zwecke lassen sich drei solcher Stränge unterscheiden.

A. Walter hat in einer jüngeren Untersuchung über lokale administrative Governance die „Governance in der Leistungserbringung“ herausgestellt.⁴³⁵ Darunter versteht sie die traditionell von den Gemeinden erbrachten Leistungen in den unterschiedlichen Feldern, wobei der Governance-Fokus auf der Beteiligung von Privaten an der Leistungserbringung liegt.⁴³⁶ Insofern lässt sich auf die obigen Ausführungen zur Daseinsvorsorge verweisen.

Wichtiger für unsere Fragestellung ist der zweite Strang, den man als „partizipatorische Governance“ bezeichnen kann. Damit sind diejenigen Prozesse gemeint, die über die Einräumung und Wahrnehmung von gesetzlichen Beteiligungsrechten (dem „partizipatorischen Government“) hinausgehen. „Partizipation am ‚Regieren‘ (erstreckt) sich nicht nur auf eine indirekte Beteiligung an ‚Regierungsangelegenheiten‘ über Wahlen und das Repräsentationssystem, sondern auch auf ein darüber hinaus erweitertes politisches Enga-

⁴³⁴ So Heinelt S. 31ff.

⁴³⁵ Walter S. 47ff.

⁴³⁶ Walter S. 49.

gement am „öffentlichen Leben“.⁴³⁷ Dieses partizipatorische Engagement von Gemeindebürgern wird unter der Überschrift des „Findungsverfahrens“ ausführlich in E Teil 2 diskutiert.

Ein dritter Strang lässt sich mit Schuppert als „Urban Governance“ beschreiben.⁴³⁸ Darunter versteht er Konstellationen der „regulierten Selbstregulierung“. Der Staat stellt gemeinwohlbezogene Anforderungen zur Selbstregulierung an den privaten Sektor und gewährt ihm Leistungen, wenn diese Anforderungen erfüllt werden. Als Beispiel dienen ihm die „Privaten Initiativen zur Stadtentwicklung“ nach § 171f BauGB, die einer landesrechtlichen Ausgestaltung bedürfen. Diese Initiativen werden in privater Verantwortung durchgeführt. Vorbild für diese seit 1.1.2007 geltende Regelung sind die in den USA geläufigen Business Improvement Districts.⁴³⁹ Ein weiteres Beispiel urbaner Governance, das unserem Fall noch nähersteht, bietet ein jüngeres europäisches Förderprogramm, welches „Strategien für eine lokale Entwicklung“ unterstützt. Seine Grundzüge wurden oben unter A Teil 1 § 7 II 3 näher beschrieben. Hervorzuheben ist dabei die Kombination einer relativ großen Autonomie sog. lokaler Aktionsgruppen aus der Zivilgesellschaft mit staatlichen Zustimmung- und Genehmigungsvorbehalten.

§ 2 Grenzen der Governance

Wir haben gesehen, dass die kooperative Struktur der kommunalen SÖ-Förderung, die durch enge Einbindung der Bevölkerung, durch enges Zusammenwirken der SÖ-Unternehmen mit der Gemeindeverwaltung und damit insgesamt durch die Verbindung unternehmerischer Imperative mit demokratischen Strukturen und mit sozialwissenschaftlich angeleiteten Interventionen gekennzeichnet ist, ein breites Feld für Governance-Analysen bietet. Mit ihnen wird der Blick geschärft für die vielfältigen Möglichkeiten des Einsatzes unterschiedlicher Governance-Modi wie Verhandlungen, Netzwerke, Einsatz von intermediären Instanzen, etc. Sie sind insbesondere hilfreich bei der konkreten Planung und Implementation von Förderprogrammen.

Unser Fokus liegt dagegen auf der Bestimmung der **verfassungsrechtlichen** Handlungsspielräume. Wir verfolgen eine normative, die Governance-Forschung eine analytische Perspektive. Sie schließen sich nicht kategorisch aus. Aber aus Sicht der Governance-Forschung darf diese sich nicht einschränken lassen von normativen Beschränkungen, sonst

⁴³⁷ Heinelt S. 30; siehe dazu auch Walter S. 49ff.

⁴³⁸ Schuppert 2008 S. 25.

⁴³⁹ Näher dazu Portz KommJur 2007,201ff.

würde sie an Analysekraft verlieren. Ein gutes Beispiel ist der Verhandlungsmodus. Unter demokratischen und rechtstaatlichen Aspekten ist er von Haus aus suspekt, weil er mit Intransparenz, Informalität und selektiven Inhalten verbunden wird. Unter Governance-Aspekten kann er aber gerade deshalb ein besonders geeignetes Steuerungsinstrument sein.⁴⁴⁰ Erst im 2. Schritt werden normative Bewertungen an die Analyse-Ergebnisse angelegt⁴⁴¹. In dieser Untersuchung wird dieses Verfahren in gewisser Weise umgedreht, indem zuerst nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben gefragt wird, um dann ggf. nach geeigneten Formen der Implementation zu fragen.

⁴⁴⁰ Siehe dazu Schuppert 2008 S. 32.

⁴⁴¹ Schuppert a.a.O.

D Verbandskompetenz der Gemeinden zur Wirtschaftsförderung

Nach der Darstellung des historischen, ideengeschichtlichen und analytischen Hintergrunds für eine gemeindliche Förderung lokaler Sozialwirtschaft soll nun die eigentliche materiell-rechtliche Prüfung der Zulässigkeit eines solchen Vorhabens erfolgen.

Als erstes stellt sich die grundlegende Frage, ob sich eine Gemeinde überhaupt mit einem derartigen wirtschaftspolitischen Programm befassen darf oder konkreter: ob sie ein solches Programm umsetzen darf, m.a.W. ob sie die entsprechende Verbandskompetenz hat. Die Verbandskompetenz beschreibt allgemein die Zuordnung von Aufgaben auf einzelne selbständige Verwaltungsträger innerhalb des Staates.⁴⁴² Diese Aufgabenträgerschaft begründet und begrenzt den rechtlich eröffneten Wirkungskreis.

Neben dem Bund und den Ländern gibt es auch bei den kommunalen Körperschaften eine Verbandskompetenz. Das Recht zur Verwaltung ihrer eigenen Angelegenheiten gründet in erster Linie auf Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und dann auf den entsprechenden landesverfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Vorschriften.⁴⁴³ Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG wiederum bindet die einschlägigen landesverfassungsrechtlichen und unterverfassungsrechtlichen Gewährleistungen im Sinne eines Mindeststandards.⁴⁴⁴ Aber auch Bundesrecht ist in der Lage, die Verbandskompetenz der Gemeinden negativ einzugrenzen.

Bevor Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als wesentliche Quelle der gemeindlichen Verbandskompetenz befragt wird,⁴⁴⁵ soll der Frage nachgegangen werden, wie weit die Landesverfassungen die kommunale Wirtschaftsförderung als gemeindliche Aufgabe verstehen. Danach wird geprüft, ob es ggf. einschlägige einfachgesetzliche (positive oder negative) Aufgabenzuweisungen gibt. Solche Regelungen können nur landesrechtlicher Natur sein. Echte bundesrechtliche Aufgabenübertragungen kann es nach Aufnahme des Durchgriffsverbots des Bundes gegenüber den Gemeinden in das Grundgesetz⁴⁴⁶ nicht geben. Bundesgesetze sind jedoch insofern von Belang als sie ggf. fachgesetzlich den Gegenstand „Sozialökonomie-Förderung“ in der einen oder anderen Weise berühren (wie z.B. das SGB II und III) oder gar regeln.⁴⁴⁷

⁴⁴² Isensee 2008 Rdnr. 22.

⁴⁴³ Oldiges DÖV 1989, 873ff.

⁴⁴⁴ vgl. dazu z.B. Ehlers 1990 S. 108.

⁴⁴⁵ dazu unter Abschnitt E.

⁴⁴⁶ Art. 84 Abs. 1 Satz 7 bzw. Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG.

⁴⁴⁷ siehe dazu allgemein Wächter S. 356.

Teil 1 Landesverfassungen

Verfassungsrechtliche Zuweisungen einzelner Aufgaben an die Kommunen finden sich in vielen Landesverfassungen. Die Gemeinden als Teil der Landesstaatsgewalt unterliegen der autonomen Verwaltungshoheit der Länder. Sie werden dementsprechend in den einschlägigen landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen als Verwaltungsträger (mit) angesprochen. Das Grundgesetz selbst enthält sich einer unmittelbaren Aufgabenzuweisung an die Gemeinden. Strittig ist, ob der neue Art. 91e GG über die Länder- bzw. Gemeindezuständigkeiten auf dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitssuchende eine unmittelbare bundesverfassungsrechtliche Aufgabenzuweisung ist. Dagegen spricht der landesrechtliche Regelungsvorbehalt in Abs. 1 und der notwendige Antrag der betroffenen Gemeinden nach Abs. 2.⁴⁴⁸

Neben der Zuweisung von Sachaufgaben enthalten die Verfassungen auch Staatszielbestimmungen oder Verfassungsaufträge, die sich allgemein an die Träger der Staatsgewalt richten. Insofern sind auch die Gemeinden – im Rahmen ihrer begrenzten örtlichen Hoheitsgewalt – angesprochen.⁴⁴⁹

§ 1 Zuweisung von Sachaufgaben an die Kommunen

Anders als z.B. für die Bereiche Wohnungsbau⁴⁵⁰ und Schulwesen⁴⁵¹ gibt es in den Landesverfassungen keine Zuweisung der Aufgabe „Wirtschaftsförderung“ an die Kommunen. Zu einem etwas anderen Ergebnis kommt B. Stepanek in ihrer Untersuchung über verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben der Kommunen. Sie sieht einen entsprechenden Verfassungsauftrag an die Gemeinden.⁴⁵² Allerdings soll dieser nur in Ergänzung zu einem staatlichen Verfassungsauftrag wirksam werden.⁴⁵³ Diesen grundlegenden **staatlichen** Verfassungsauftrag leitet sie aus dem Sozialstaatsprinzip her. „In ihm wird der Versorgungsgedanke positiviert, d.h. der Auftrag, die Deckung der Grundbedürfnisse der Bürger sicherzustellen, die diese allein nicht zu decken in der Lage sind.“⁴⁵⁴ Dieser staatliche Versorgungsauftrag wird aus einer heterogenen Ansammlung von Verfassungsaufträgen und Staatszielbestimmungen aus diversen Landesverfassungen und dem Grundgesetz „destilliert“.⁴⁵⁵ Ihm liegen so disparate Verfassungsgegenstände wie z.B. Jugendschutz,

⁴⁴⁸ dazu Stepanek m.w.N. S. 168f.

⁴⁴⁹ vgl. Landesverfassungsgericht Sachsen-Anhalt vom 31.05.1994, LVG 1/94- Rdnr. 150 juris.

⁴⁵⁰ vgl. z.B. Art. 15 Satz 2 Verf TH oder Art. 106 Abs. 2 BV.

⁴⁵¹ z.B. Art. 8 Abs. 3 Verf NRW.

⁴⁵² Stepanek S. 273.

⁴⁵³ Stepanek S. 199.

⁴⁵⁴ Stepanek S. 171.

⁴⁵⁵ Stepanek S. 170ff.

Wohnungsbau, Schulwesen, Umweltschutz, Wirtschaftsförderung zu Grunde. Er wird nach Stepanek weitgehend durch gesetzliche Ausgestaltung erfüllt und bewirkt damit weitgehend den Ausschluss der Gemeinden aus der eigenverantwortlichen Anwendung von Grundrechten und anderen Verfassungsprinzipien in ihrem Zuständigkeitsbereich. Ein solchermaßen begründeter staatlicher Versorgungsauftrag schließt in seiner Pauschalität unmittelbar verfassungsrechtlich begründete Zuständigkeiten der Gemeinden aus und widerspricht damit der Universalität des gemeindlichen Aufgabenkreises. Eine weitere Einschränkung gemeindlicher wirtschaftlicher Betätigungen sieht sie in einer **verfassungsrechtlich** vorgegebenen Subsidiarität gegenüber privatwirtschaftlicher Tätigkeit.⁴⁵⁶ Dahinter steht ein Verständnis kommunaler Autonomie, die nur dann zum Tragen kommt, wenn singuläre, individuelle Bedürfnisse in der Gemeinde in Frage stehen. Sobald diese Bedürfnisse verallgemeinerbar sind, soll eine Ausgestaltungspflicht des Gesetzgebers entstehen. Damit wird das Prinzip der Staatsferne kommunaler Selbstverwaltung umgedreht in eine Pflicht zur Effektivierung staatlicher Aufträge. Dies lässt sich auch nicht unter Berufung auf die Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG ohne weiteres rechtfertigen.⁴⁵⁷ Die Wesentlichkeitstheorie erweitert den Anwendungsbereich des „klassischen“ Gesetzesvorbehalts vom Eingriff in Freiheit und Eigentum hin zu allen „grundlegenden Entscheidungen“⁴⁵⁸ der Exekutive. Angesprochen sind damit grundlegende normative Bereiche, insbesondere die Ausübung von Grundrechten.⁴⁵⁹ Dieser Grundsatz darf jedoch nicht überdehnt werden, wie das BVerfG selbst ausgeführt hat: „Aus dem Grundsatz der parlamentarischen Demokratie darf nicht ein Vorrang des Parlaments und seiner Entscheidungen gegenüber den anderen Gewalten als ein alle konkreten Kompetenzzuordnungen überspielender Auslegungsgrundsatz hergeleitet werden.“⁴⁶⁰ Der Grundsatz findet seine Grenze an der Funktionenordnung des Grundgesetzes.⁴⁶¹ Das Grundgesetz hat mit der Anerkennung des Instituts der kommunalen Selbstverwaltung den Gemeinden einen universalen Aufgabenkreis zur eigenverantwortlichen Erledigung im Rahmen der Gesetze zugewiesen. Damit steht den Gemeinden nach ganz h.M.⁴⁶² ein originäres Aufgabenfindungsrecht zu, auch außerhalb ausdrücklicher gesetzlicher Aufgabenzuordnung. Im Übrigen zeichnen sich Entscheidungen der gemeindlichen Organe durch die Wahl der Gemeindevertreter nach Art. 28 Abs.1 Satz 2 GG ohnehin durch ein höheres Legitimationsniveau im

⁴⁵⁶ Dazu näher unter Abschnitt F

⁴⁵⁷ Stepanek S. 196ff.

⁴⁵⁸ BVerfGE 40,237-250-.

⁴⁵⁹ BVerfGE 49,89-126-.

⁴⁶⁰ Leitsatz 1 aus BVerfGE 49,89.

⁴⁶¹ Huber/Voßkuhle/Sommermann, 8. Aufl. 2024, GG Art. 20 Rn. 274.

⁴⁶² Statt vieler Dreier/Dreier, 3. Aufl. 2015, GG Art. 28 Rn. 103.

Vergleich zu den sonstigen exekutiven Entscheidungen aus. Eine extensive Ausdehnung des parlamentarischen Gesetzesvorbehalts über den Eingriffsvorbehalt hinaus bringt die Gefahr eines Beschneidens des verfassungsrechtlich gesicherten Bestandes an „gesetzesfreier“ Verwaltung für die Gemeinden.⁴⁶³

§ 2 Staatszielbestimmungen ohne spezifische Adressierung der Gemeinden

Bei der Durchsicht von wirtschaftsbezogenen Staatszielbestimmungen in den Landesverfassungen lassen sich zwei Gruppen feststellen, die für unsere Fragestellung interessant sind.

Die erste Gruppe betrifft „klassische“ Zielformulierungen, die in der Regel auf selbständige Betriebe abstellen. Zum Beispiel Art. 153 BV: Förderung selbständiger Klein- und Mittelstandsbetriebe; Art. 42 Abs. 1 BbgVerf: Recht auf freie Entfaltung wirtschaftlicher Eigeninitiative; Art. 43 Verf HE: Förderung selbständiger Klein- und Mittelbetriebe; Art. 28 Verf NRW: Förderung der Klein- und Mittelbetriebe und der freien Berufe; Art. 65 Abs. 1 RhPfvVerf : Förderung der selbständigen Betriebe; Art. 54 SVerf : Förderung des selbständigen Mittelstandes. Daneben wird in einigen Verfassungen die Soziale Marktwirtschaft als Ziel benannt: Art. 42 Abs. 2 BbgVerf ; Art. 51 RhPfvVerf ; Art. 38 Verf TH. Dieser Typus von Zielbestimmungen wird in aller Regel in den Mittelstandsförderungsgesetzen der Länder operationalisiert, die unten behandelt werden.

Die zweite Gruppe betrifft Ziele, die nicht im mainstream der klassischen Wirtschaftsförderung stehen und auch kaum Niederschlag in den Mittelstandsförderungsgesetzen finden. Zu nennen sind dabei insbesondere die Förderung der genossenschaftlichen Selbsthilfe, die sich in den oben zitierten Normen zu den selbständigen Betrieben der Länder Bayern, Hessen, NRW und Rheinland-Pfalz finden. Zusätzlich kommt das „Genossenschaftswesen“ als Förderziel in den Verfassungen von Hessen (Art. 44), Rheinland-Pfalz (Art. 65 Abs. 3), Sachsen-Anhalt (Art. 54 Satz 2) und Saarland (Art. 54) vor.

§ 3 An die Gemeinden adressierte Staatszielbestimmungen

Auch hier lassen sich zwei Fallgruppen bilden.

Die erste Gruppe betrifft den Bereich der Arbeitsförderung. In drei Ländern wird ausdrücklich den Gemeinden auferlegt, darauf hin zu wirken, „dass jeder seinen Lebensun-

⁴⁶³ Vgl. Ehlers 1990 S. 128.

terhalt durch frei gewählte Arbeit verdienen kann.“ (Art. 53 Abs. 2 RhPfVerf) Ähnlich Art. 36 Verf TH und Art. 39 LSAVerf.

Die zweite Fallgruppe umfasst Ziele, die nicht zum Standard-Repertoire der aktuellen Wirtschaftspolitik gehören. In den Ländern Rheinland-Pfalz und Saarland ist für den Fall der Vergesellschaftung von Unternehmen vorgesehen, „durch Beteiligung der im Betrieb tätigen Arbeitnehmer, von Gemeinden oder Gemeindeverbänden oder sonstigen kommunalen Zweckvereinigungen eine übermäßige Zusammenballung wirtschaftlicher Macht zu verhindern.“ (Art. 52 Satz 5 SVerf) Eine ähnliche Bestimmung findet sich in Art. 61 Abs. 2 RhPfVerf.

An dieser Stelle kann nicht auf die Verfassungsmäßigkeit der Vergesellschaftungsvorschriften in der Saarländischen Verfassung (Art. 52 Satz 1-3) eingegangen werden, die zum Teil über die Sozialisierungsbestimmung in Art. 15 GG hinausgehen. Dasselbe gilt für die Errichtung von öffentlichen Körperschaften auf genossenschaftlicher Grundlage zur „möglichst gleichmäßigen Befriedigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse aller Bewohner“ (Art. 155 BV) sowie für Art. 38 Verf HE, der u.a. Maßnahmen vorsieht, „um die Erzeugung, Herstellung und Verteilung sinnvoll zu lenken....“ Die kommunale Beteiligung an vergesellschafteten Unternehmen im Saarland (Art. 52 Satz 6 SVerf) stellt lediglich auf deren vorherige Überführung in Gemeineigentum ab und hält sich insoweit im Rahmen des Art. 15 GG.

Die Bayerische Verfassung ordnet in Art. 160 Abs. 1 an, dass das Eigentum u.a. an Bodenschätzen, Verkehrswegen, Energieversorgungsunternehmen in der Regel Körperschaften oder Genossenschaften des öffentlichen Rechts zusteht.

Die Verfassung von Mecklenburg-Vorpommern schließlich enthält in Art. 19 Abs. 2 eine Vorschrift, die schon deswegen vollständig zitiert werden soll, weil sie so gut zu unserem Untersuchungsgegenstand passt: „Land, Gemeinden und Kreise fördern Initiativen, die auf das Gemeinwohl gerichtet sind und der Selbsthilfe sowie dem solidarischen Handeln dienen.“

Zwischenergebnis Landesverfassungen

Keine der Landesverfassungen weist den Gemeinden die Aufgabe der Wirtschaftsförderung zu. Ebenso wenig gilt ein Verbot gemeindlicher Wirtschaftsförderung. Vielmehr formulieren die Verfassungen wirtschaftspolitische Ziele, die häufig vom Staat und den kommunalen Gebietskörperschaften zu verfolgen sind. Daneben gibt es Ziele, die ausdrücklich an die Kommunen adressiert sind.

Inhaltlich decken die genannten Verfassungsziele einen weiten Rahmen ab. Neben den typischen marktwirtschaftlich orientierten Vorgaben, welche durch die Förderungsgesetze für den Mittelstand abgebildet werden, stehen eher alternative Ansätze zur Förderung des Genossenschaftswesens. Schließlich gibt es einen Block von Konzepten öffentlich verantworteter Wirtschaft, dem eine Nähe zu sozialistischen Vorstellungen nicht abzuspüren ist.

Aus der Perspektive der Landesverfassungen ist den Gemeinden jedenfalls kein enges Korsett für eigene Projekte der Wirtschaftsförderung vorgegeben.

Teil 2 Spezialgesetzliche Vorgaben für die kommunale Förderung der Sozialökonomie

(Landes-)Gesetze, die sich speziell oder gar ausschließlich **der** gemeindlichen Wirtschaftsförderung widmen und eine entsprechende „Ermächtigung“ der Gemeinden enthalten, gibt es nicht. Allein in Nordrhein- Westfalen gab es im Jahr 1979 einen entsprechenden Versuch.⁴⁶⁴ Er ist jedoch nicht über das Entwurfsstadium hinausgekommen.

Im Übrigen stellt sich bei Subventionsgewährungen die allgemeine Frage, ob sie einer gesetzlichen Grundlage bedürfen oder ob die Ausweisung der entsprechenden Mittel im Haushaltsplan bzw. in der gemeindlichen Haushaltssatzung ausreichend ist. Die Rechtsprechung und die wohl überwiegende Literaturmeinung⁴⁶⁵ verlangen keine gesetzliche Grundlage, zumindest solange nicht grundrechtssensible Bereiche (wie z.B. bei der Presse und Religionsgesellschaften)⁴⁶⁶ berührt sind. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung verlangt dann ein Gesetz, wenn durch die Subvention eine Existenzgefährdung des Konkurrenten zu befürchten ist.⁴⁶⁷ Weitergehende Fragen der möglichen Beeinträchtigung von Grundrechten der Konkurrenten von Subventionsempfängern werden in Abschnitt F behandelt.

Gleichwohl gibt es diverse Gesetze aus unterschiedlichen Regelungskomplexen, die eine inhaltliche Berührung mit unserem Gegenstand aufweisen. Sie betreffen allgemeine Fragen der kommunalen Wirtschaftsförderung ebenso wie spezielle Themen im Zusammen-

⁴⁶⁴ LT-Drucksache 8/4460.

⁴⁶⁵ Kluth 2019 Rdnr. 9 zu § 11; Stober/Korte Rdnr. 166 zu § 7; Ziekow Rdnr. 13ff zu § 6; dagegen S. Unger 2019 Rdnr. 8;

⁴⁶⁶ BVerfG NJW 1989,2877-2878-.

⁴⁶⁷ BVerfGE 30,191-198-.

hang mit der sozialökonomischen Ausrichtung. Die nachfolgende Übersicht verdeutlicht, wie disparat die betroffenen Themenfelder sind.

Die **Gemeindeordnungen** enthalten neben der allgemeinen Bestimmung über Öffentliche Einrichtungen vereinzelte Vorschriften zu Instrumenten der Wirtschaftsförderung. (unten § 1) Staatliche Förderkonzepte wurden für unterschiedliche Gegenstandsbereiche, die hier nicht einschlägig sind, in Gesetzesform gegossen.⁴⁶⁸ In vielen Bundesländern wurden die bereits erwähnten Gesetze zur **Mittelstandsförderung** erlassen, dazu unten § 2. Wegen der Nähe der Sozialökonomie-Förderung zur gemeindlichen **Beschäftigungsförderung** wird unter § 3 auf deren gesetzliche Regelung eingegangen. Schließlich wird in § 4 geprüft, ob die Regionale Wirtschaftsförderung die Gemeinden in der sozialwirtschaftlichen Förderung einschränken kann.

Die **gemeindliche Sozialpolitik** weist naturgemäß eine große Nähe zur Sozialökonomie auf. Sie bewegt sich jedoch - mit Ausnahme der Gewährung von Transferleistungen an ihre Bürger – weitgehend auf gesetzefreiem Terrain.

§ 1 Gemeindeordnungen

I Gemeindliche Öffentliche Einrichtungen

In allen deutschen Gemeindeordnungen gibt es Vorschriften über die Errichtung und Vorhaltung von gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen. Sie bilden die einfachrechtliche Grundlage für die meisten der freiwilligen Leistungen von Gemeinden und können daher auch für die hier in Rede stehende Wirtschaftsförderung Bedeutung haben. Aber lediglich das Land NRW hat die kommunale Wirtschaftsförderung ausdrücklich als nicht-wirtschaftliche Einrichtung geführt⁴⁶⁹ mit der Folge, dass es einen gemeinderechtlichen Zuganganspruch gibt.

Die Prüfung einer unmittelbaren Zuständigkeit zur Wirtschaftsförderung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG erfolgt unter E Teil 1. Die historische Entwicklung der kommunalen Öffentlichen Einrichtung und ihres Verhältnisses zur gemeindlichen Wirtschaft wurde unter C Teil 1 nachgezeichnet.

⁴⁶⁸ z.B. die Filmförderung.

⁴⁶⁹ § 107 Abs. 2 Nr. 3 GO NRW.

II Haushaltsrechtliche Vorschriften

Alle deutschen Gemeindeordnungen enthalten allgemeine haushaltsrechtliche Vorschriften, die auch für die einzelnen Maßnahmen der Wirtschaftsförderung Geltung haben. Einschlägig sind insoweit die im Wesentlichen gleich lautenden Vorschriften über die Kreditwirtschaft, über Verpflichtungsermächtigungen und über Sicherheiten und Gewährleistungen. Diese Bestimmungen enthalten aber keine inhaltlichen Vorgaben für die Wirtschaftsförderung.⁴⁷⁰ In zwei Gemeindeordnungen sind Zwecke der Wirtschaftsförderung in diesem Zusammenhang ausdrücklich angesprochen: Art. 75 Abs. 2 Satz 2 der Bayerischen Gemeindeordnung (BayGO) und § 67 Abs. 1 Satz 3 der Gemeindeordnung von Thüringen (ThürKO) enthalten nähere Bestimmungen darüber, inwieweit gemeindliches Vermögen für Zwecke der Wirtschaftsförderung verwendet werden kann.

Wie bereits in der Einleitung ausgeführt sollen die einzelnen Instrumente der Wirtschaftsförderung und ihre gemeinderechtliche Relevanz im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher behandelt werden.

§ 2 Mittelstandsförderungsgesetze

In 10 Bundesländern gibt es Gesetze zur Förderung des Mittelstandes. Inwieweit sind diese Gesetze in der Lage, die Gemeinde in ihren eigenen Wirtschaftsförderungs-Aktivitäten einzuschränken?⁴⁷¹

I Geltung für Sozialökonomie-Unternehmen

Die hier betrachteten sozialwirtschaftlichen Unternehmen sind Teil des Mittelstandes bzw. der freien Berufe und fallen damit im Prinzip unter den Anwendungsbereich der einschlägigen Förderungsgesetze. Alle einschlägigen Landesgesetze, gleichgültig, ob sie eine Definition für den Mittelstand / freien Berufe enthalten oder nicht, fixieren nach unten keine Grenze. Das gilt für Beschäftigtenzahlen ebenso wie für Umsatzgrößen. Nachdem die Unternehmen der SÖ ein bestimmtes, wenn auch "exotisches" Segment des Mittelstandes ausmachen, sind sie auch ein möglicher Gegenstand landespolitischer Förderung.

⁴⁷⁰ Ehlers 1990 S. 107f; Lange DVBl 1977, 84.

⁴⁷¹ eine tabellarische Übersicht findet sich am Ende dieses Paragraphen.

II Bindung der Gemeinde

Für unseren Zusammenhang ist vor allem die Frage zu beantworten, ob die Gemeinden durch diese Gesetze bei der Planung und Realisierung eigener Projekte der Wirtschaftsförderung eingeschränkt sind.

1 Landesaufgabe Wirtschaftsförderung

In dieser Frage unterscheiden sich die Landesgesetze. Hessen als einziges Land enthält überhaupt keine Verpflichtung der Gemeinden. NRW nennt die Gemeinden, sieht aber von verpflichtenden Regelungen ab.: "Gemeinden und Gemeindeverbände sind bei mittelstandsrelevanten Verfahren und Vorhaben im Rahmen ihrer Tätigkeit unter Berücksichtigung ihrer Selbstverwaltungsrechte gehalten, auf die Grundsätze und Ziele dieses Gesetzes hinzuwirken."⁴⁷² Und noch deutlicher die Zielbestimmung für die eigene Landespolitik in § 2 Abs. 2 Nr. 2: "das Bemühen um freiwillige mittelstandsorientierte Selbstverpflichtungen der Kommunen im Lande."

Alle anderen Landesgesetze dagegen enthalten diesbezüglich eine gleichlautende oder nur geringfügig abweichende Formulierung, die in der Regel mit "Allgemeine Bindung der öffentlichen Hand" überschrieben ist und in der untenstehenden Tabelle mit „Standard“ gekennzeichnet ist: "Die Behörden des Landes, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts sind verpflichtet, bei allen Planungen, Programmen und Maßnahmen den Zweck dieses Gesetzes zu beachten."⁴⁷³ Dieser lässt sich am Beispiel des § 1 Abs. 1 MFG BW so zusammenfassen: Ausgewogene Wirtschaftsstruktur/ Stärkung der Wirtschaftskraft und Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen/ Erleichterung von Existenzgründungen/ Sicherung von Arbeitsplätzen. Diese Zweckbestimmung ist zu einem wesentlichen Teil auf landesweite Wirtschaftsstrukturen ausgerichtet. Sie lässt sich nur sehr eingeschränkt auf die wirtschaftliche Struktur einer Gemeinde übertragen, zumal die originären gemeindlichen Förderinstrumente auch noch begrenzt sind. So gibt es viele Gemeinden, deren lokale Wirtschaftsstruktur und das örtliche Angebot an Arbeitsplätzen von einem oder wenigen dominanten Betrieben bestimmt werden.

Entscheidend ist, dass In allen Landesgesetzen die Förderung ausdrücklich als Landesaufgabe deklariert wird. Die Gemeinden sind unspezifisch als ein Element der gesamten öffentlichen Hand, soweit sie der Aufsicht des Landes untersteht, angesprochen. In einigen

⁴⁷² § 4 Abs. 4 Satz 1 MFG NRW.

⁴⁷³ so zum Beispiel § 2 Abs. 1 MFG BW

Ländern werden z.B. die Kammern, Verbände, Gewerkschaften zusätzlich als Akteure (Träger) der Wirtschaftsförderung benannt.⁴⁷⁴ In keinem der Gesetze werden die Gemeinden in diesem Zusammenhang genannt. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Wirtschaftsförderung im Rahmen der einschlägigen Gesetze erst einmal eine Landesangelegenheit ist. So wird der Zweck der Mittelstandsförderungsgesetze beispielhaft in § 1 Abs. 3 MFG BW beschrieben: „Zur Erreichung der in Absatz 1 genannten Ziele setzt das Land außerdem seine Einrichtungen und Instrumente zur Wirtschaftsförderung ein und stellt Mittel aus dem Landeshaushalt zur Verfügung.“ Damit wird die Landeszuständigkeit in den „Kernbereichen der Mittelstandsförderung“⁴⁷⁵ herausgehoben. Die Gemeinden werden im Gesetz nicht weiter erwähnt.⁴⁷⁶ Vor diesem Hintergrund lässt sich dann die Bedeutung des Verbs "beachten" besser einordnen, nämlich im Sinne von "respektieren". Respektiert werden Angelegenheiten eines *anderen*, eines Dritten. Sei dieser Dritte gleichgestellt oder übergeordnet. Die wirtschaftsfördernden Staatsaktivitäten zu respektieren heißt dann für die betroffenen Gemeinden, sie im Rahmen ihrer eigenen üblichen Tätigkeit zu begleiten und nicht zu konterkarieren.⁴⁷⁷

2 Gemeindliche Planungskompetenz

Im Rahmen dieser planerischen Begleitung gibt es typische allgemeine Berührungspunkte zwischen staatlichen Wirtschaftsförderungsmaßnahmen und gemeindlichen Rechtsakten, die unabhängig von evtl. eigenen Wirtschaftsförderungs- Aktivitäten der Gemeinde auftreten. Zu denken ist an raumbeanspruchende gemeindliche Planungs- und Realisierungsmaßnahmen. Und genau diese Berührungspunkte werden in einigen der betroffenen Mittelstandsförderungsgesetze ausdrücklich hervorgehoben. So in den Gesetzen von Baden-Württemberg,⁴⁷⁸ Brandenburg,⁴⁷⁹ Schleswig-Holstein⁴⁸⁰ und Thüringen.⁴⁸¹ Diese Bestimmungen verdeutlichen, in welche Richtung die Landesgesetzgeber im Hinblick auf eine gemeindliche Beteiligung an der staatlichen Wirtschaftsförderung -Agenda gedacht haben.

⁴⁷⁴ Bayern: Art. 3 Abs. 1; Schleswig-Holstein: § 1 Abs. 1 Satz 2; Baden-Württemberg: § 8; Thüringen: § 11.

⁴⁷⁵ § 4 Abs. 2 MFG BW

⁴⁷⁶ mit der Ausnahme in § 25 MFG BW, der lediglich die Beachtung von Vergabevorschriften in gemeindlichen Beteiligungsunternehmen betrifft.

⁴⁷⁷ vgl. dazu VGH Mannheim v. 23.02.2016 KommJur 2016,171-173-.

⁴⁷⁸ § 6 Abs. 1 MFG BW.

⁴⁷⁹ § 2 Abs. 3 BbgMFG mit Zielvorgaben für die Erschließung von Gewerbegebieten.

⁴⁸⁰ § 3 Abs. 1 MFG SH.

⁴⁸¹ § 3 Abs.4 MFG TH.

3 **Verwaltungsverfahren**

In eine ähnliche Richtung deuten die Bestimmungen der Gesetze, die auf eine Beteiligung der Gemeinden in den Verwaltungsverfahren verweisen.⁴⁸² Schnelle und gut koordinierte Verwaltungsverfahren sind ein Teil dessen, was die Förderungsgesetze „Verbesserung der Rahmenbedingungen“ nennen. Dazu gehören z.B. auch Abbau von Vorschriften, Privatisierung von Leistungen. Dieser Regelungskomplex, in dem die Gemeinden im Segment „Verwaltungsverfahren“ angesprochen sind, steht neben dem zentralen Regelungskomplex der eigentlichen Fördermaßnahmen und deren Zielen. In diesem Zusammenhang taucht die Gemeinde nicht als Verpflichtete auf. An einer Stelle des bayerischen Gesetzes⁴⁸³ stellt der Staat Hilfen für „kommunale und technologieorientierte Gründerzentren“ in Aussicht. Damit werden die Gemeinden jedoch nicht verpflichtet, sondern sie sind berechtigt, entsprechende Fördermittel zu beantragen.⁴⁸⁴

Zwischenergebnis Mittelstandsförderungsgesetze

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Mittelstandsförderungsgesetze keine Sperrwirkung gegenüber eigenen kommunalen Aktivitäten der Wirtschaftsförderung entfalten. Zur Verdeutlichung der Regelungen in den einzelnen Mittelstandsförderungsgesetzen eine tabellarische Übersicht:

⁴⁸² In der Tabelle: gemeindliche Pflichten.

⁴⁸³ Art. 10 Abs. 1 Nr. 1 MFG Bay.

⁴⁸⁴ vgl. AllIMBL Bayern 2015, S. 552.

Tabelle Mittelstandsförderungsgesetze (Angaben in §§ bzw. Art.)

Land	Datum	Fundstelle	Def. Mittelstand	Wf./ Rahmenbeding.	Landesaufgabe	Gem. Bindung	gem. Pflichten
Ba. Wü.	19.12.2000	GBI. S. 745	4	1 Abs. 3/1 Abs. 2	1 Abs. 3	Standard 2 Abs. 1	nein
Bayern	20.12.2007	GVBl. S.926	keine	8ff / 5ff	3 Abs. 2	Standard 1 Abs. 2	Verw Verf 6 Abs. 1
Brandenb.	08.05.1992	GVBl. S. 166	keine	nur Wf	1 Abs. 3	Standard 2 Abs. 1	Erschliessung 2 Abs. 3
Hessen	25.03.2013	GVBl. S. 119	2	1Nr3-12/1 Nr. 1-2	3,5,7	nein	nein
Meck.-Vorp.	22.10.2013	GVOBL S. 606	1Abs. 1 Satz 2	1 Abs. 3/1 Abs. 2	1 Abs. 3 1.HS	Standard,2 Abs. 1	VerwVerf 5 Abs. 2
NRW	18.12.2012	GV.NRW. S. 673	3	Beides: 2 Abs. 2	1 Abs. 2 Satz 1	4 Abs. 4 Satz 2	VerwVerf 7 Abs. 1
Rh.-Pf.	09.03.2011	GVBl. S. 66	1 Abs. 1 Nr. 1	8ff / 4ff	1 Abs. 2	Standard 2 Abs. 1	nein
Saarland	13.07.2016	Abl. I S. 834	2	8ff/4ff	1 Abs. 1 Satz 2	Standard 3 Abs. 1	VerwVerf 5
Schl.-Holst.	19.07.2011	GVBl. S. 244	2 Abs. 1	1 Abs. 3/1 Abs. 2	1 Abs. 2 Satz 1	Standard 3 Abs. 1	Raumord. 3 Abs. 1 VerwVerf 3 Abs. 2 Satz 2
Thüringen	18.04.2011	GVBl. S. 74	1Satz 1	§2/§4	6 – 9	Standard 13 Abs. 1	VerwVerf 13 Abs. 3 Satz 1

§ 3 Gemeindliche Beschäftigungspolitik

Im Folgenden soll es darum gehen, gesetzliche Vorschriften zu untersuchen, welche eine Gemeinde bei ihren Bemühungen, Gemeindebürgern sozial-ökonomisch sinnvolle Arbeit zu beschaffen, einschränken könnten.

I Ziele der staatlichen Arbeitsförderung

Die Landschaft der gesetzlichen Förder-Regulativen in der Arbeitsmarktpolitik ist auf den ersten Blick recht unübersichtlich. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch durchgängig ein Ziel staatlicher Arbeitsförderung: So viel Menschen wie möglich aus dem Status der Arbeitslosigkeit in den (Ersten) Arbeitsmarkt zu transferieren. Diesem Ziel ordnen sich im Prinzip alle gesetzlichen Instrumente unter. Sie differenzieren im Hinblick auf die Ursachen, Umstände der Arbeitslosigkeit, indem sie bestimmte Zielgruppen ansprechen (z.B. Jugendliche, Arbeitsfähige, Behinderte) und indem sie Maßnahmen bereithalten, welche zielgruppengenau die sog. Beschäftigungsfähigkeit verbessern sollen. Im Gegensatz dazu spielt es keine Rolle, welche konkrete Arbeit die Betroffenen finden, solange diese im ersten Arbeitsmarkt liegt (und damit die Arbeitslosenstatistik entlastet wird).

Aus Sicht der förderungswilligen Gemeinden ist zu fragen, ob sie durch die bundesgesetzlichen Maßgaben der Arbeitsförderung eingeschränkt werden.

II SGB III und SGB II

Die gesamte Arbeitsmarktpolitik ist eine Angelegenheit in der Gesetzgebungskompetenz und der Verwaltungskompetenz des Bundes. Als selbstverwaltete Körperschaft des öffentlichen Rechts erledigt die Bundesagentur für Arbeit ihre Aufgaben im Rahmen des SGB III. Die Arbeitsförderung nach SGB III ist konzipiert als ein optimierter Vermittlungsprozess zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Sie versucht, Defizite im Matching-Prozess, seien sie auf Seiten des Arbeitnehmers (Stichwort Beschäftigungsfähigkeit) oder des Arbeitgebers (Arbeitsausfall; Betriebsänderung) zu beheben. Wichtig für unseren Zusammenhang ist die dem Gesetz zu Grunde liegende Annahme, dass nur der Vermittlungsprozess eine staatliche Aufgabe sei, jedoch nicht die Bereitstellung von Arbeitsplätzen bzw. deren Unterstützung. Das Gesetz setzt voraus, dass das privatwirtschaftliche Kalkül im Prinzip ausreichend Arbeitsplätze zur Verfügung stellt.

Dieses Vermittlungsziel bildet letztlich auch die ratio des seit 2005 neu gefassten SGB II. Nur dass hier die Vermittlungshemmnisse auf Seiten der Grundsicherungsbezieher höher sind und das Gesetz daher andere Anforderungen an den Prozess der Vermittlung stellt.

Die Neufassung des Gesetzes verfolgte mit der Zusammenlegung von Sozialhilfe und Arbeitslosenhilfe u.a. das Ziel, den Betroffenen **einen** Ansprechpartner zu liefern.⁴⁸⁵ Die gesetzlichen Leistungen sind neben der Sicherung des Lebensunterhalts darauf ausgerichtet, dass „durch eine Erwerbstätigkeit Hilfebedürftigkeit vermieden oder beseitigt, die Dauer der Hilfebedürftigkeit verkürzt oder der Umfang der Hilfebedürftigkeit verringert wird.“⁴⁸⁶ In diesen Prozess der Hinführung zu Erwerbsarbeit sind auch kommunale Instanzen involviert. Begründet wird dies mit der Fähigkeit der Kommunen zur „sozialen und psychosozialen Betreuung“ sowie mit ihrer Ortsnähe im Hinblick auf die Wohnungssituation.⁴⁸⁷ Sie sind einmal Träger bestimmter Leistungen, die historisch aus dem Arsenal der früher kommunal verwalteten Sozialhilfe herrühren.⁴⁸⁸ Zum anderen können kreisfreie Städte und Landkreise unter bestimmten Bedingungen⁴⁸⁹ die Aufgabe der Grundsicherung für Arbeitssuchende alleinverantwortlich wahrnehmen (sog. Optionskommunen).

Für unseren Gegenstand der Sozialökonomie-Förderung ist entscheidend, dass die gesetzlich herangezogenen Kommunen hier eine staatliche Aufgabe wahrnehmen, also im übertragenen Wirkungskreis tätig werden. Sie vollstrecken ein staatlich ausgearbeitetes und verantwortetes Konzept der Arbeitsförderung. Sie können im Rahmen dieses Gesetzesvollzugs kein eigenes „hausgemachtes“ Konzept realisieren. Insofern ist diese Aufgabe besetzt und steht nicht dem gemeindlichen Zugriff offen. Auch die Eigenverantwortlichkeitsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG, die auch für übertragene Angelegenheiten gilt, kann den Gemeinden keine Freiheitsgrade im Hinblick auf eine eigene **Aufgabendefinition** verschaffen.

III Unterschiede zwischen SGB II – Konzept und Sozialökonomie-Konzept

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass sich das Konzept der SÖ-Förderung so deutlich vom Regime des SGB II unterscheidet, dass man auf keinen Fall von einer identischen oder auch nur vergleichbaren Aufgabe sprechen kann.

Der Ansatz der SÖ-Förderung zielt auf eine bestimmte Qualität der Arbeit, die sich in der sozialen Dimension und daraus folgend in einem kommunalen Nutzen ausdrückt. Diese Qualität basiert auf den spezifischen organisationsinternen Ausgangsbedingungen und dem konkreten Geschäftsinhalt der SÖ-Unternehmen. Deren öffentliche Förderung und

⁴⁸⁵ was dann zu der BVerfG-Entscheidung über die unzulässige Mischverwaltung durch die Arbeitsgemeinschaften geführt hat, BVerfGE 119,331.

⁴⁸⁶ § 1 Abs. 2 Ziffer 1 SGB II.

⁴⁸⁷ BVerfGE 119,331ff Rdnr. 86.

⁴⁸⁸ § 6 Abs. 1 Ziffer 2 SGB II.

⁴⁸⁹ dazu BVerfGE 137,108ff.

Unterstützung dient nicht in erster Linie dazu, bisherigen Arbeitslosen "irgendeine" Arbeit zu verschaffen. Sie ist nicht auf die Zielgruppe der Arbeitslosen oder anderer Hilfebedürftiger wie Jugendliche, Behinderte, Alte ausgerichtet. Das schließt aber selbstverständlich nicht aus, dass auch dieser Personenkreis, sofern er bereit und geeignet ist, in einem SÖ-Unternehmen zu arbeiten, an einer SÖ-Förderung partizipiert.

Nach dem programmatischen Verständnis der staatlichen Arbeitsförderung ist es überhaupt kein Arbeitsförderungsprogramm, weil es nicht zum Ziel hat, arbeitslose Menschen in den 1. oder 2. Arbeitsmarkt zu führen. Vielmehr verfolgt das Konzept eine ausschließlich kommunal akzentuierte Zielsetzung. Sie zielt auf eine kommunal nützliche Arbeit. Ob und ggf. wie diese Zielsetzung zu erreichen ist, muss jede einzelne Gemeinde für sich in eigener Verantwortung entscheiden. Es wäre daher auch nicht vorstellbar, dass diese Entscheidung durch staatliche Gesetze vorgeformt oder gar ersetzt würde.

Das SGB II kann daher keine Sperrwirkung für ein gemeindliches Programm zur SÖ-Förderung entfalten.

§ 4 Regionale Wirtschaftsförderung

I Regionalplanung

Im Folgenden ist zu prüfen, ob Gemeinden durch die Regionalplanung in ihren Wirtschaftsförderungsaktivitäten zu Gunsten von sozialwirtschaftlichen Unternehmen betroffen oder gar eingeschränkt sein können.

Regionalplanung ist eine Länderaufgabe. Die Länder sind nach § 13 Abs. 1 Ziffer 2 Raumordnungsgesetz (ROG) verpflichtet, „Raumordnungspläne für die Teilräume der Länder (Regionalpläne)“ aufzustellen. Regionen zeichnen sich dadurch aus, dass innerhalb dieser Räume enge wirtschaftliche und soziale Verflechtungen bestehen. Per definitionem ist die Region auf **überörtliche** räumliche Beziehungen ausgelegt. Daher sind z.B. regionsweit relevante Festlegungen zur Wirtschaft typische Gegenstände der Regionalplanung.⁴⁹⁰

Für unsere Frage der SÖ-Förderung auf lokalem Niveau sind keine einschlägigen Regionalplanfestlegungen vorstellbar. Die gewünschten sozialen Effekte der geförderten SÖ (sozialer Zusammenhalt, Bildung von Sozialkapital, nachbarschaftliche Kooperation) realisieren sich im Nahbereich. Für diesen ist nicht die Region, sondern eher das Quartier (z.B. auf Stadtteils-Ebene) die adäquate räumliche Kategorie.

⁴⁹⁰ Vgl. z.B. Art. 21 Abs. 2 Ziffer 3 BayLplG.

II Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“

Den Maßnahmen zur Förderung regional bedeutsamer Wirtschaftsstrukturen widmet sich auch die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ nach Art. 91a GG. Das Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ (GRWG) vom 06.10.1969 ist das Ausführungsgesetz für diese Gemeinschaftsaufgabe.

Die Gemeinschaftsaufgabe unterscheidet sich deutlich vom oben umrissenen regionalplanerischen Regime. Sie zielt auf den Ausgleich regionaler Unterschiede in der nationalen und europäischen Wirtschaftsstruktur. Referenz dafür ist ein nationaler Rahmen (GRWG), der wiederum auf EU-Ebene entwickelt worden ist.⁴⁹¹ Dies verdeutlicht, dass die Konzeption der Gemeinschaftsaufgabe sehr stark von raumspezifischen überörtlichen Gesichtspunkten gesteuert wird. Die Gemeinden tauchen darin weniger als Akteure auf, sondern als mögliche Förderobjekte.⁴⁹²

Im Übrigen verbietet § 2 Abs. 2 Satz 1 GRWG eine Förderung von Gewerbebetrieben, bei denen nicht zu erwarten ist, dass sie sich im Wettbewerb durchsetzen.

In der Literatur wird im Zusammenhang mit Art. 91a GG die Frage diskutiert, ob die Regelungen der Gemeinschaftsaufgabe auf ihrem Gebiet eine Sperrwirkung gegenüber den Kommunen entfalten.⁴⁹³ Für unseren Zusammenhang kann diese Frage schon deswegen verneint werden, weil hier keine regional relevante Wirtschaftsförderung zur Entscheidung steht (s.o.).

⁴⁹¹ Maßgebend dafür sind vor allem die Leitlinien für Regionalbeihilfen 2021-2027 der EU -2021/C 153/01 - Danach wurde für die GRW-Förderkulisse ein Modell entwickelt, welches auf der Grundlage von Arbeitsmarktregionen und bestimmten Regionalindikatoren, wie beispielsweise Arbeitslosenquote und Bruttojahreslohn einzelne Fördergebiete ausweist und diesen dann bestimmte Höchstfördersätze (Beihilfenintensität) zuweist.

⁴⁹² z.B. für die Förderung der sog. wirtschaftsnahen Infrastruktur, vgl. § 1 Abs. 1 Ziffer 2 GRWG.

⁴⁹³ dagegen Dreier/Heun GG Art. 91a Rn. 30; Ehlers 1990 S. 104; Tettinger 1990 S. 183; mit demselben Ergebnis v. Münch/Kunig/Mager/Vasel GG Art. 91a Rdnr. 35; a.A. Altenmüller in VBIBW 1981, 201 ff, S. 207 f.

E Kommunale Selbstverwaltung

Bisher war -in Teil D- nach den negativen Voraussetzungen der kommunalen Verbandskompetenz gefragt worden, insbesondere danach, ob es gesetzliche Vorschriften gibt, die anderen Hoheitsträgern die Aufgabe dieser speziellen Wirtschaftsförderung übertragen und damit die Gemeinden einschränken. Wir haben gesehen, dass weder die Landesverfassungen noch spezialgesetzliche Normen eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für das hier in Frage stehende Förderkonzept enthalten. Allerdings bilden sie auch keine Schranke gegen ein solches Konzept. Daher gilt es nun, unmittelbar Art. 28 Absatz 2 Satz 1 GG daraufhin zu befragen, ob die Gemeinde eine entsprechende Verbandskompetenz hat. Dieser Erörterung habe ich einen eigenen Abschnitt gewidmet, obwohl es auch hier um die Verbandskompetenz der Gemeinde geht. Die kommunale Selbstverwaltung als sog. institutionelle Garantie wurde und wird in ihren Voraussetzungen, Wirkungen und Funktionen im Wesentlichen durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung und Literatur geformt. Ihre Darstellung und Kritik müssen daher weiter und tiefer ausgreifen als die Prüfung der einfachrechtlichen Zuweisungen der Verbandskompetenz bzw. die vereinzelt landesverfassungsrechtlichen Aussagen im vorangegangenen Abschnitt D.

Nachdem oben (unter A Teil 2) die konzeptionellen Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen der üblichen kommunalen Wirtschaftsförderung und der SÖ-Förderung herausgestellt wurden, soll nun als erstes die **rechtliche** Frage behandelt werden, inwieweit sich die gemeindliche SÖ-Förderung auf Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG stützen kann. Dabei wird die Tatsache von Bedeutung sein, dass die Gemeinde -anders als bei der üblichen Wirtschaftsförderung- als Partner für das Gelingen des **unternehmerischen** Projekts in Anspruch genommen wird und sie sich damit gesellschafts- bzw. wirtschaftspolitisch positioniert.

Teil 1 Gemeindliche Verbandskompetenz aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG für die SÖ-Förderung

§ 1 Vergleich der SÖ-Förderung mit der „klassischen“ gemeindlichen Wirtschaftsförderung

Anders als bei vielen kommunalen Handlungsfeldern wie z.B. der Energie- und Wasserversorgung oder den Sozialleistungen ist die rechtliche Grundlage der kommunalen Wirtschaftsförderung immer noch rein kommunalrechtlicher Art. Eine spezialgesetzliche Ausformung hat insoweit nicht stattgefunden.

Die Zulässigkeit einer kommunalen Wirtschaftsförderung wird in der Literatur und Rechtsprechung im Prinzip anerkannt.⁴⁹⁴ Die grundsätzliche Kritik, wie sie in der Empfehlung der Innenministerkonferenz vom 12.1.1981 geäußert wurde, blieb singulär.⁴⁹⁵ Sie sieht ähnlich wie Altenmüller⁴⁹⁶ in einem Gebot der Wettbewerbsneutralität ein wesentliches Hindernis für Aktivitäten kommunaler Wirtschaftsförderung. Darauf und die damit zusammenhängende Frage des Grundrechtsschutzes vor kommunaler Wirtschaftsförderung wird unter F näher eingegangen.

Von der Rechtsprechung und der überwiegenden Literaturmeinung wird die gemeindliche Wirtschaftsförderungszuständigkeit ausschließlich aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG hergeleitet.⁴⁹⁷ Das BVerwG sieht die Befugnis zur gemeindlichen Wirtschaftsförderung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als allgemein anerkannt. Ehlers verweist auf die freie Wahl der Gemeinden, welche Gemeinwohlbelange sie fördern möchte und nennt für die Wirtschaftsförderung typische Ziele wie die Versorgung der Bevölkerung mit Gütern oder Dienstleistungen, die Verbesserung des Umweltschutzes, die Förderung des Wirtschaftswachstums und die Sicherung und Schaffung von Arbeitsplätzen. Bungenberg/Motzkus verweisen auf die grundgesetzlich geschützte Finanzhoheit der Gemeinden, die das Recht umschließt, zu entscheiden, für welche Zwecke und in welcher Höhe Finanzmittel eingesetzt werden. Lange führt sie dagegen u.a. auf drei spezialgesetzliche wirtschaftsnahe gemeindliche Zuständigkeiten zurück: Herstellung von öffentlichen Einrichtungen-Infrastruktur; Bauleitplanung unter Berücksichtigung der Belange der Wirtschaft; Festsetzung der Gewerbesteuerhebesätze.

Die Frage, ob es sich bei dem hier untersuchten Typus gemeindlicher Förderung um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG handelt, ist relativ einfach zu beantworten. Dem Untersuchungsgegenstand liegt eine „Versuchsanordnung“ zugrunde, welche die Stiftung eines lokalen Nutzens durch die geförderten Unternehmen -unabhängig von der nur empirisch zu beantwortenden Frage, ob dieser Nutzen tatsächlich erreicht wird- **unterstellt**. Der lokale Nutzen liegt allgemein gesprochen in einer stärkeren Aktivierung und einem größeren Zusammenhalt der Einwohner. Dass die Gemeinden berechtigt sind, solche Maßnahmen im gesellschaftlichen Raum zu unterstützen, welche die Identifikation mit ihrer Gemeinde und den gesellschaftlichen Zu-

⁴⁹⁴ BVerwG v. 15.12.1989 JZ 1990,592; OVG Lüneburg v. 15.11.2012 NVwZ-RR 2013,466; BVerwG v. 11.5.2006 Rdnr. 58 juris; Ehlers 1990 S. 110; Christ S. 64; Tettinger 1990 S. 228.

⁴⁹⁵ IMK; dazu kritisch Ehlers JZ 1990,594.

⁴⁹⁶ VBIBW 1981, 201 ff.

⁴⁹⁷ Ehlers 1990 S. 110f; Stober 1990 S. 246; Röhl Rdnr. 160; OVG Lüneburg a.a.O.; BVerwG JZ 1990,592; Bungenberg/Motzkus WiVerw 2013,86; Lange 1981 S. 36ff; dagegen Löwer 1989 S. 219f.

sammenhalt innerhalb der Gemeinde fördern, ist im Grundsatz unbestritten.⁴⁹⁸ So ist z.B. die Förderung lokaler Vereine gängige gemeindliche Praxis. Dies gilt offenbar auch für die Förderung „alternativer“ gesellschaftlicher Aktivitäten. Aus dem Jahr 1988 datiert eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung, mit der die Förderung von Vereinen aus einem städtischen „Alternativtopf“ gebilligt wurde, die sich gegen die gesellschaftliche Ächtung von Homosexuellen und für die Unterstützung von Frauen, die von Prostitution bedroht sind oder aus dieser aussteigen wollen, einsetzen und zwar gegen die Befürchtung der mittelfränkischen Aufsichtsbehörde, dass damit „anstößige sexuelle Verhaltensweisen“ gefördert würden.⁴⁹⁹

Legt man die dargelegten allgemeinen Gesichtspunkte zu Grunde, die für die unmittelbare Verankerung der Wirtschaftsförderung in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG sprechen, so lässt sich auch die spezifische Form der SÖ-Förderung darunter subsumieren. Insbesondere die hervorgehobene freie Entscheidungsbefugnis der Gemeinde spricht dafür. Zwar verfolgt die SÖ-Förderung nicht primär wirtschaftliche Ziele wie die Erhöhung des Gewerbesteueraufkommens oder den Zuwachs oder Erhalt von Arbeitsplätzen. In der Auswahl der Ziele ist die Gemeinde jedoch frei, solange es sich um Ziele handelt, die als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft zu qualifizieren sind. Daran bestehen in unserem Fall keine Zweifel. Nach der Rechtsprechung des BVerfG soll die Gemeinde ein Ort der Selbstgestaltung sein und damit die Möglichkeit lokaler politischer Identifikation bieten.⁵⁰⁰ Sie soll zudem das Selbstbestimmungsrecht der Gemeindebürger durch wirksame Teilnahme an Angelegenheiten des Gemeinwesens stärken.⁵⁰¹ Diesen Zielen dient das sozialökonomische Engagement und dessen Förderung. Dass die Gemeinde das Instrument der Wirtschaftsförderung auch für andere legitime Zwecke nutzen darf, hat im Übrigen das BVerwG ausdrücklich festgestellt.⁵⁰²

Ob das **konkrete** sozialökonomische Projekt geeignet und erforderlich ist, um die genannten Ziele zu erreichen, ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Eine positive Bewertung wird hier unterstellt, so dass unter diesen Voraussetzungen gefolgert werden kann, dass die SÖ-Förderung ebenso wie die „klassische“ Wirtschaftsförderung eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft ist.

⁴⁹⁸ Vgl. BVerfGE 82,310-314-; BVerfGE 107,1-14-; Geis S. 115ff.

⁴⁹⁹ VG Ansbach NVwZ-RR 1989,318-321-.

⁵⁰⁰ BVerfGE 82,310-314-; BVerfGE 107,1 14-.

⁵⁰¹ BVerfGE 79,127-149-.

⁵⁰² BVerwG v. 15.12.1989 JZ 1990,592.

§ 2 Allgemeinpolitik

Nach dem Grundsatz der Allzuständigkeit fällt eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft grundsätzlich in den gemeindlichen Aufgabenbereich. Die Gemeinde kann sich dieser Angelegenheiten ohne weiteren Kompetenztitel annehmen. Es gibt keinen gegenständlich begrenzten Aufgabenkatalog.⁵⁰³ Das Zugriffsrecht ist jedoch nicht grenzenlos. So setzt die staatsrechtliche Funktionenordnung der Gemeinde Grenzen. Sie ist ein Verwaltungsträger, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und als solche in den Staatsaufbau integriert. Sie ist keine Inhaberin politischer Freiheit.⁵⁰⁴ Daher ist ihr der Bereich der allgemeinen Politik versperrt.

In der verfassungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung ist es üblich, die zulässigen kommunalen Angelegenheiten abzugrenzen gegenüber unzulässigen allgemeinpolitischen Angelegenheiten. Die Trennungslinie wird durch die folgenden Sätze des BVerfG in der Rastede-Leitentscheidung markiert: „Das Grundgesetz beschränkt dieses gemeindliche Zugriffsrecht freilich gegenständlich auf die Angelegenheiten ‚der örtlichen Gemeinschaft‘ und verwehrt den Gemeinden so, unter Berufung auf ihre Allzuständigkeit auch allgemeinpolitische Fragen zum Gegenstand ihrer Tätigkeit zu machen“,⁵⁰⁵ „..... ist die gemeindliche Allzuständigkeit gegen den Zuständigkeitsbereich der allgemeinen Politik abzugrenzen.“⁵⁰⁶ Unter anderem daraus hat das Gericht die mittlerweile rituell wiederholte Formel über den Charakter der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft entwickelt: „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG sind diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen; auf die Verwaltungskraft der Gemeinde kommt es hierfür nicht an.“⁵⁰⁷ Die Literatur hat sich dieser Sichtweise ziemlich einhellig angeschlossen.⁵⁰⁸

Die beschriebenen Bedürfnisse und Interessen der Gemeindeeinwohner haben zumindest auch politischen Charakter, anderenfalls würde die vom Grundgesetz gewollte politische Partizipation der Einwohner ins Leere laufen. Auch die unmittelbare demokratische Legi-

⁵⁰³ BVerfGE 107,1-12-.

⁵⁰⁴ BVerwG NVwZ 1991,683.

⁵⁰⁵ BVerfGE 79,127-147-.

⁵⁰⁶ a.a.O. S. 151.

⁵⁰⁷ a.a.O. S. 151f.

⁵⁰⁸ Sachs/Engels, 9. Aufl. 2021, GG Art. 28 Rn. 46f; v. Mangoldt/Klein/Starck/Schwarz, 7. Aufl. 2018, GG Art. 28 Rn. 168ff; Dreier/Dreier, 3. Aufl. 2015, GG Art. 28 Rn. 101; etwas distanzierter Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, 95. EL Juli 2021, GG Art. 28 Abs. 2 Rn. 50; v. Münch/Kunig/Ernst, 7. Aufl. 2021, GG Art. 28 Rn. 96; Burgi, Kommunalrecht Rdnr. 14;

timation der Gemeindeverwaltung (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG) durch Wahlen und Abstimmungen führt zwingend zu einer Politisierung gemeindlicher Angelegenheiten.⁵⁰⁹

Andererseits sollen „allgemeinpolitische Fragen“ aus der gemeindlichen Tätigkeit ausgeschlossen bleiben. Das führt unausweichlich zu der Frage, was das „Allgemeine“ an den politischen Fragen auszeichnet. Leider finden sich in den angeführten Literaturstellen wie auch in der Rechtsprechung kaum weiterführende Hinweise zur Klärung dieser Frage.

Ernst⁵¹⁰ und Mehde⁵¹¹ stellen fest, dass den Gemeinden keine „**allgemeinpolitische Handlungsfreiheit**“ zustehe. Sie scheinen damit auf eine Allgemeinheit von Gegenständen und Themen abzustellen, die einem Aufgabenträger (Bund, Länder, Gemeinden) zugewiesen sind. Den Gemeinden ist durch die Verfassung kein katalogmäßig gestalteter Zugriffsbereich zugewiesen wie dem Bund, sondern ein anderweitig eingegrenzter Bereich. Die Beschränkung auf **alle** Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft kann als eine allgemeine Zuweisung verstanden werden, wonach alle Elemente der örtlichen Gemeinschaft erfasst sind. („Allzuständigkeit“) Dagegen sind die Zuständigkeiten der Länder nach Art. 30 GG in einem umfassenderen Sinne allgemein, sie umschreiben alle Gegenstände, die nicht bereits anderweitig zugewiesen sind. Dieses Verständnis von „Allgemeinheit“ kann aber nicht das „Allgemeine“ an der Allgemein-Politik erklären. Denn danach stünde in erster Linie den Ländern eine allgemeinpolitische Handlungsfreiheit zu und erst danach den Gemeinden und dem Bund. Dies ist offensichtlich nicht gemeint, wenn vom Fehlen der gemeindlichen allgemeinpolitischen Handlungsfreiheit gesprochen wird.

Zu demselben Ergebnis kommt man, wenn das Allgemeine an der Allgemeinpolitik als **Anspruch auf Allgemeingültigkeit** verstanden wird. Denn jeder dieser drei Aufgabenträger erhebt diesen Anspruch. In der Sache unterscheiden sich diese Ansprüche durch das unterschiedliche Territorium und den unterschiedlichen Personenkreis, für die Gültigkeit beansprucht wird.

Das gesuchte „Allgemeine“ kann auch nicht identisch sein mit der **Allgemeinheit des Gesetzes**, die verhindern will, dass Einzelfall-Gesetze erlassen werden, seien sie sachlicher oder personeller Natur.⁵¹² Diesen Anforderungen unterliegt die gemeindliche Rechtssetzung innerhalb ihres Hoheitsbereichs ebenso wie die anderen Aufgabenträger.

⁵⁰⁹ v. Komorowski S. 132.

⁵¹⁰ a.a.O. Rdnr. 105.

⁵¹¹ a.a.O. Rdnr. 54.

⁵¹² Lepsius Rdnr. 78ff.

Allgemein können auch **ubiquitäre Angelegenheiten** sein, die eine unbestimmte Anzahl von Menschen betreffen und daher nicht auf eine bestimmte territorial und sozial definierte Gemeinschaft von Betroffenen eingegrenzt werden können. Diese Interpretation könnte als Hintergrund für die gebräuchliche Formulierung der „allgemeinpolitischen“ Angelegenheiten dienen. Aus dieser Begrifflichkeit könnte man schließen, dass örtliche Angelegenheiten nur diejenigen sind, die nur und ganz spezifisch eine bestimmte Gemeinde betreffen. Wenn dem so wäre, dann wären der Gemeinde alle Angelegenheiten verschlossen, die in gleicher oder ähnlicher Weise alle oder viele Gemeinden im nationalen, europäischen oder Weltmaßstab betreffen. Sie könnte z.B nicht auf Probleme in der Folge von Klimawandel oder weltweiter Migration aktiv reagieren. Dies würde eine Entleerung der gemeindlichen Selbstverwaltung bedeuten. Die Gemeinden sind nur insoweit begrenzt, als sie eine örtlich wirksame und nach ihren Möglichkeiten adäquate Antwort (auch) auf überörtlich verursachte Problemlagen finden müssen.⁵¹³

Eine andere Deutung der Allgemeinpolitik zielt auf eine nähere Umschreibung von Politik. Allgemeinpolitik würde sich damit von einer „besonderen“ Politik unterscheiden. Besondere Politik wäre eine solche, die sich auf abgegrenzte, spezifische Sachmaterien bezieht, wie z.B. Verkehrspolitik, Wirtschaftspolitik, Außenpolitik. Allgemeinpolitik dagegen ließe sich gerade nicht auf spezifische Materien beziehen, sondern hätte einen **übergeordneten Charakter** wie z.B. Friedenspolitik, Gleichstellungspolitik oder Gesellschaftspolitik. Ein solches Verständnis scheint besser geeignet zur Abgrenzung gegenüber den typischen gemeindlichen Politikbereichen, weil diese allgemeinen Politiken voraussetzen, dass derjenige, der sie formuliert und umsetzt, Zugriffs- und Gestaltungsmöglichkeiten auf mehrere, besondere unterschiedliche Politikfelder hat und ihm die entsprechenden umgreifenden Gesetzgebungs- und/oder Verwaltungskompetenzen zugewiesen sind. Diese Voraussetzungen sind eher beim Bund und den Ländern zu finden. Aber auch eine Gemeinde ist in der Lage, in diesem Sinne allgemeine Politiken zu formulieren und umzusetzen, z.B. in der angesprochenen Gleichstellungspolitik⁵¹⁴ oder Gesellschaftspolitik. Im Übrigen müssen die Gemeinden allgemeine Politiken nicht selbst erfinden, sondern können z.B. in der Umwelt- oder Friedenspolitik ihren eigenen Beitrag im Rahmen eines allgemeinen Politikan-satzes liefern.⁵¹⁵

Insbesondere aus diesem Verständnis von allgemeiner Politik haben sich Kontroversen über den Umfang gemeindlicher Zuständigkeiten entzündet. Dabei muss zwischen zwei

⁵¹³ vgl. Ehlers 1990 S. 115.

⁵¹⁴ vgl. BVerfGE 91,228.

⁵¹⁵ als Beispiel können die gemeindlichen Agenda-2000-Aktionen dienen.

Handlungstypen unterschieden werden: zwischen Akten mit Regelungscharakter und Stellungnahmen im Sinne von Willensbekundungen und Meinungsäußerungen. Diese Thematik ist insbesondere im Zusammenhang mit der sog. Nachrüstungsdebatte in den 1980er Jahren aufgekommen, als sich viele Gemeinden u.a. zu „Atomwaffenfreien Zonen“ erklärt haben. Das BVerwG⁵¹⁶ hat den Streit insoweit entschieden, als es unter der Bedingung eines spezifischen Ortsbezugs Stellungnahmen für zulässig gehalten hat, die sich inhaltlich mit Angelegenheiten beschäftigen, die anderen Hoheitsträgern zur Erledigung zugewiesen sind.⁵¹⁷

Damit bleibt die Frage offen, inwieweit mit der hier zu untersuchenden Wirtschaftsförderung ggf. eine unzulässige allgemein-politische Regelungs-Kompetenz in Anspruch genommen wird. Denn hinter dem Projekt einer SÖ-Förderung könnte ein allgemeinpolitischer Ansatz stehen, einer neuen sozialwirtschaftlichen Ökonomie Betätigungsfelder zu erschließen und damit eine gesellschaftspolitische Innovation zu befördern, die nicht von allen politischen Richtungen gleichermaßen befürwortet wird. Hier kommt eine andere Nuance von Allgemeinpolitik ins Spiel: eine von **allgemeinen politischen Überzeugungen** getragene Einstellung. Ein von diesen Überzeugungen geleitetes **Motiv** für eine kommunale Regelung würde sich dem Verdacht einer unzulässigen Allgemeinpolitik aussetzen.

Die Problematik kann am Beispiel der unterschiedlichen Judikate zu gemeindlichen Friedhofs-Satzungen gezeigt werden, welche die Verwendung von Grabsteinen verbieten, die mit Hilfe ausbeuterischer Kinderarbeit i. S. des ILO-Übereinkommens 182 hergestellt worden sind. Der VGH München hat eine entsprechende Satzung unter anderem deshalb für unwirksam erklärt, weil sie keine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft betreffe. „Sie dient mithin der Umsetzung eines weltweiten politischen Anliegens (Mitglied der Internationalen Arbeitsorganisation sind alle Staaten mit Ausnahme von Nordkorea und Bhutan; zu den vom Übereinkommen damals erfassten Staaten vgl. Bekanntmachung vom 28.6.2002 BGBl. II S. 2352), das keinen spezifisch örtlichen Bezug aufweist.“⁵¹⁸ Die Gemeinde sei im Übrigen nur befugt, im Rahmen ihrer Friedhof-Satzung die Grabmalgestaltung zu regeln und die Produktionsbedingungen der Steine könnten bei der Betrachtung der Grabmale äußerlich nicht festgestellt werden.⁵¹⁹ Das Gericht hat somit das **Motiv** der Bekämpfung eines weltweiten Übels zum Anlass genommen, den örtlichen Bezug dieses Kampfes zu verneinen. Dagegen hat sich zu Recht der Bayerische Verfassungsgerichtshof

⁵¹⁶ BVerwG a.a.O.

⁵¹⁷ kritisch dazu v. Komorowski.

⁵¹⁸ Beck RS 2009,35038 Rdnr. 31; zu diesem Komplex gibt es zwei Entscheidungen des BVerwG, die sich jedoch nicht mit der Frage der Örtlichkeit auseinandersetzen: BVerwGE 148,133, BVerwG 7BN 2/09-juris.

⁵¹⁹ a.a.O. Rdnr. 30.

gewandt und erklärt, dass es auf die Motive der Satzungs-Schöpfer von vornherein nicht ankomme⁵²⁰ und sich die Garantie der gemeindlichen Eigenverantwortung nicht auf die äußere Gestaltung von Grabmalen reduzieren lasse.⁵²¹

Das BVerwG hat die Unbeachtlichkeit des Motivs für gemeindliches Handeln jüngst bestätigt. Dort hatte die Gemeinde im Zusammenhang mit einer Maßnahme zur Förderung der innerstädtischen Mobilität zusätzlich eine Erklärung der Antragsteller verlangt, dass sie keine Verbindung zur Scientology haben. Die Motive der Gemeinde für das Verlangen nach der sog. Schutzklärung (Distanzierung von Scientology; Schutz der eigenen Reputation) sind unbeachtlich. „Eine Kompetenz der Gemeinde muss für die von ihr durchgeführten Maßnahmen gegeben sein, nicht aber für die diesen Tätigkeiten zugrunde liegenden Motive.“⁵²²

Zwischenergebnis

Im Hinblick auf die gemeindliche SÖ-Förderung lässt sich feststellen, dass allgemeinpolitische Motive unbeachtlich sind, solange objektiv eine Regelung erfolgt, die sich im kommunalen Rechtskreis bewegt. Die SÖ-Förderung spricht nur lokale Unternehmen an. Für die kommunale Wirtschaftsförderung ist anerkannt, dass sie auch überörtliche Folgen haben darf, indem z.B. die Marktchancen der örtlichen Unternehmen erhöht werden.⁵²³ Bei der Förderung der Sozialökonomie entfallen sogar wegen der streng lokalen Ausrichtung diese überörtlichen Folgen. Im Ergebnis soll die Förderung zu einer stärkeren Aktivierung und zu einem größeren Zusammenhalt der Einwohner führen. Die Förderung derartiger Ziele wird idealtypisch geradezu als wesentliche politische und gesellschaftliche Funktion der kommunalen Selbstverwaltung gesehen.

Teil 2 Findungsverfahren

Damit kann man davon ausgehen, dass die SÖ-Förderung gemeindeverfassungsrechtlich zulässig ist. Das ist das **Ergebnis** einer Untersuchung dessen, was „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ sind. Das zu Grunde liegende bürgerschaftliche Engagement wird in unserem Szenario im positiven-partnerschaftlichen Sinn von der Gemeinde aufgenommen und in eine verwaltungsmäßige Subventionsentscheidung umgesetzt. Von daher

⁵²⁰ NVwZ-RR 2012,51; s.a. BVerwG in NVwZ 2006,1069.

⁵²¹ a.a.O. S. 52.

⁵²² BVerwG NVwZ 2022,1644 Rdnr. 16.

⁵²³ Wächter Rdnr. 649.

scheint es keine Veranlassung zu geben, sich näher mit dem **Vorgang** zu beschäftigen, in dem sich das Projekt der SÖ und ihrer Förderung im Zusammenwirken von Bürgern und Gemeinde überhaupt erst herausbildet. In der Praxis kann allerdings -anders als bisher hier unterstellt- bereits die enge Kooperation zwischen Gemeinde und aktiver Bürgerschaft im Vorfeld der eigentlichen gemeindlichen Entscheidung rechtlich angegriffen werden.⁵²⁴ Rechtliche Bedenken sind vor allem aus einer Richtung zu erwarten: Gegen die intensive Einbeziehung einer Gruppe von Bürgern in den gemeindlichen Willensbildungsprozess. Auf diese Bedenken wird näher einzugehen sein.

Es gibt einen weiteren praktischen Grund, der eine Behandlung dieses Thema lohnenswert macht. Die Gemeinde kann durch frühzeitiges und proaktives Handeln dem Anliegen der Bürger Gewicht verschaffen. Damit hat dieses Verfahren einen wichtigen strategischen Nutzen: Die Gemeinde kann dadurch zivilgesellschaftlichen Akteuren eine Chance geben, ihre Anliegen zu thematisieren und durchzusetzen. Zusammen mit der Gemeindeverwaltung können sie eine Kraft bilden, die sich z.B. gegenüber organisierten bzw. in direktdemokratischen Verfahren leichter organisierbaren Interessen mit ihren Einflusskanälen durchsetzen kann.⁵²⁵ Der Gemeinde verbleibt dabei auf jeden Fall die Wahl, ob sie selbst frühzeitig und aktiv auf Initiativen aus der Bürgerschaft eingeht oder ob sie die Initiative ablehnt und sich „passiv“ gegenüber einem eventuell daraus entstehenden Bürgerbegehren verhält. Mit diesem Instrument können die Bürger ihre Anliegen unmittelbar in freier Selbstbestimmung ohne behördliche Beteiligung verfolgen. Allerdings zeigt die Praxis dieser Plebiszite, dass ihr Einfluss auf die politische Praxis ganz wesentlich in ihren Vor-, Neben- und Nachwirkungen besteht.⁵²⁶ Allein die Drohung mit direktdemokratischen Verfahren übt einen gewissen Kooperationszwang aus. So wurden in NRW etwa ein Viertel der Bürgerbegehren in den Jahren von 1994-2003 von der Kommunalvertretung übernommen oder inhaltlich weitgehend aufgegriffen, so dass ein Bürgerentscheid überflüssig wurde.⁵²⁷ Ein Vorteil des hier untersuchten frühzeitigen kooperativen Verfahrens liegt darin, dass dieses nicht zwingend an die Positiv- oder Negativ-Kataloge der Gemeindeordnung gebunden ist, welche bestimmte Themen von Plebisziten ausnehmen. Ein Vorteil für die Gemeinde liegt auch darin, dass der Diskussionsprozess nicht auf eine eindeutig zu bestimmende Frage reduziert ist, die mit Ja oder Nein beantwortet werden kann.

⁵²⁴ Zum Individualrechtsschutz gegen Überschreitungen der gemeindlichen Verbandskompetenz Oebbecke NVwZ 1988,393.

⁵²⁵ Zur sozialen Selektivität von lokalen direktdemokratischen Instrumenten und deren verfahrensmäßiger Asymmetrie vgl. Bogumil/Holtkamp 2006 S. 113.

⁵²⁶ Bogumil/Holtkamp 2006 S. 112ff; Mittendorf/Rehmet S. 228ff.

⁵²⁷ Bogumil/Holtkamp 2006 S. 112f.

Schließlich ist die Trennung zwischen Findungsverfahren und der eigentlichen -späteren- SÖ-Förderung auch aus rechtlichen Erwägungen sinnvoll und geboten. Denn das Rechtsverhältnis der Gemeinde zu dem SÖ-Unternehmen während der Findungsphase unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis der Gemeinde zum SÖ-Unternehmen im Rahmen der praktizierten SÖ-Förderung. Dieser Unterschied kann für die beihilferechtliche Würdigung nach Unionsrecht relevant werden.⁵²⁸

Im Folgenden soll das Findungsverfahren beschrieben (unten § 1) und rechtlich eingeordnet werden: Dabei wird es vom Verwaltungsverfahren abgegrenzt (§ 2), danach wird die aktive Rolle des Gemeindebürgers im Findungsverfahren unter verfassungsrechtlichen Aspekten erörtert. (§ 3).

§ 1 Beschreibung des Findungsverfahrens

Mit dem folgenden groben Szenario⁵²⁹ soll die Relevanz kommunikativen Handelns⁵³⁰ der Gemeinde am Beispiel der SÖ-Förderung deutlich gemacht werden. In der Praxis kann man davon ausgehen, dass ein derartiges Projekt von der Idee bis zur Projektreife eine relativ lange „Inkubationszeit“ benötigt. Es ist denkbar, dass die Idee aus der Bürgerschaft, seien es interessierte Unternehmer, seien es politisch-gesellschaftliche Organisationen oder aus der Gemeindeverwaltung, sei es die politische Spitze, sei es die Abteilung für Wirtschaftsförderung entspringt. Um die Sache voranzubringen oder auch ggf. zu stoppen, müssen „Bürgerschaft“ und „Gemeinde“ irgendwie in Kontakt treten und gemeinsam Möglichkeiten einer Realisierung erkunden. Dabei wird es in aller Regel zu formlosen Verständigungen über Zwischenergebnisse und über die Abfolge weiterer Verfahrensschritte kommen. In der Folge wird es nähere Kontakte zu betroffenen Stakeholdern geben. Um das Feld möglicher und sinnvoller sozialwirtschaftlicher Aktivitäten innerhalb der Gemeinde zu erforschen, können z.B. Umfragen, wissenschaftliche Beratung, Praxisvergleiche oder unmittelbare Kontakte mit interessierten Unternehmen sinnvoll sein. Irgendwann in dieser Phase wird es zu rechtsverbindlichen Handlungen der Gemeinde nach außen kommen, z.B. zur Vergabe von Beratungsleistungen, oder ähnliches. Im Gegensatz zu diesen relativ spät einsetzenden verbindlichen Gemeinde-externen Kontakten besteht also schon früh ein Kommunikationsprozess zwischen Gemeindeverwaltung, Politik und interessierter Bürgerschaft und auch innerhalb der Gemeinde zwischen Ämtern und ggf.

⁵²⁸ Näher dazu G Teil 1 § 1 IV

⁵²⁹ Empirische Untersuchungen zu „community building“ sind in der amerikanischen Forschung geläufig; theoretisch bietet die Governance-Forschung einen Ansatz aus Sicht der Verwaltung, z.B. bei Heinel; Dahme/Wohlfahrt; Walter A.; siehe dazu auch oben C Teil 4.

⁵³⁰ s.a. unten Teil 3 § 2.

auch zum Gemeinderat. Das gilt auch für die spätere Phase, in der die konkreten Erwartungen der Gemeinde, die Pläne der Sozialökonomie-Unternehmen, die Begleitung, das Controlling und Monitoring und Marketing des gemeinsamen Projekts formuliert werden.

Die Phase, die im Zentrum unserer Betrachtung steht, beginnt also mit der Formulierung der Idee. Die förmliche abschließende Verwaltungsentscheidung, also der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages oder der Erlass einer Satzung oder der Erlass eines Subventionsbescheids bzw. die Vorbereitung dieser Entscheidungen⁵³¹ beenden diese Phase insofern als damit der informale Bereich verlassen wird und nun verfahrensgesetzliche Regularien greifen. Das bedeutet aber nicht, dass danach keine informale Kommunikation zwischen den Beteiligten mehr stattfindet. Vielmehr hat diese nun einen begleitenden Charakter im Rahmen der Implementation und Evaluation des Projekts. Die Kommunikation in dieser späteren Phase wird entscheidend von den förmlichen projektbezogenen Verfahrensregeln mitbestimmt. Unser Blick richtet sich daher primär auf die „offene“ vorgeschaltete Phase der Aufgabenfindung, wobei die Übergänge zur Phase der Aufgabendurchführung nicht immer leicht abzugrenzen sind.

Dieser Vorgang soll im Folgenden „Findungsverfahren“ genannt werden. Hinter dieser neutralen Bezeichnung steht ein Prozess der gemeinsamen Politikformulierung. Aus der kommunalrechtlichen Perspektive handelt es sich um die Generierung einer kommunalen Aufgabe.

§ 2 Abgrenzung vom Verwaltungsverfahren

Unter rechtsdogmatischen Aspekten liegt es nahe, das Findungsverfahren in Begrifflichkeiten eines Verwaltungsverfahrens zu beschreiben und dementsprechend rechtlich zu steuern. Das Verwaltungsverfahren ist **das** rechtliche Ordnungsmodell, um Kommunikationen zwischen Verwaltung und Bürgern zu erfassen. Das Modell hat nicht nur eine detaillierte gesetzliche Ausprägung in den Verwaltungsverfahrensgesetzen erfahren, sondern ist darüber hinaus durch die Rechtsprechung präzisiert worden. Insbesondere die verfahrensrechtliche Dimension des Grundrechtsschutzes wurde von dort entwickelt.⁵³² Insofern liegt ein breites rechtliches Instrumentarium bereit, um die rechtsstaatlichen Anforderungen an die Verwaltungskommunikation mit den Bürgern zur Geltung zu bringen. Das Verwaltungsverfahren teilt sich in mehrere Phasen.⁵³³ Auf die Einleitungsphase folgt die Vor-

⁵³¹ Schmidt-Aßmann 2007 Rdnr. 55.

⁵³² vgl. Schmidt-Aßmann 2007 Rdnr. 22ff.

⁵³³ Schmidt-Aßmann 2007 Rdnr. 55f.

bereitung der Entscheidung, bei der schon klare rechtliche Vorgaben wie Anhörungen und die Beteiligung Dritter zu beachten sind. Noch stärker rechtlich strukturiert sind die folgenden Phasen der Entscheidungsfindung, -formung und der Bekanntgabe der Entscheidung.

I Einleitung des Verfahrens

Interessant für uns ist die Einleitungsphase, sie ist rechtlich nicht so determiniert wie die weiteren Phasen. Sie umfasst den Prozess der Willensbildung innerhalb der lokalen Öffentlichkeit. Der Übergang zur Vorbereitungsphase kann dabei fließend sein. In der Einleitungsphase wird der Gegenstand der möglichen Förderung „hergestellt“ in dem Sinne, dass unter den Beteiligten ein Konsens hergestellt werden muss darüber, dass das Vorhaben weiterverfolgt wird.⁵³⁴ Ein solches mehrstufiges Vorgehen ist nichts Ungewöhnliches, weil jeder sinnvollen Verhandlung in der Regel eine irgendwie geartete Übereinstimmung über den Verhandlungsgegenstand vorausgehen muss. Das gilt z.B. auch für den typischen Ablauf von Verhandlungen der Gemeinde mit privaten Unternehmen über Maßnahmen der Wirtschaftsförderung. In diesen Fällen ist der Gegenstand der Verhandlungen allerdings meistens von vornherein zumindest in seinen Umrissen definiert; in der Regel durch die Forderung des Unternehmens nach einer bestimmten Fördermaßnahme gegen die Zusage einer entsprechenden betrieblichen Maßnahme. Üblicherweise wird die unternehmerische Forderung und die sich ggf. anschließende Verhandlung mit der Gemeinde nicht öffentlich kommuniziert und erst recht nicht öffentlich durchgeführt.⁵³⁵

Unser Fall liegt anders. Wie bereits mehrfach angesprochen kann ein sozialökonomisches Unternehmen nur dann erfolgreich sein, wenn es das Vertrauen der Bürger genießt und dieses wiederum hängt entscheidend davon ab, dass das Unternehmen größtmögliche Transparenz zeigt. Dasselbe gilt für den Part der Gemeinde; auch ihr Engagement wird nur glaubwürdig sein, wenn die Beziehungen der Gemeinde zu den finanziell geförderten Unternehmen transparent sind. Um auf dasungsverfahren zurück zu kommen, so lässt sich dessen Bedeutung für die Transparenz der Beziehung in beiden Phasen kaum überschätzen.

⁵³⁴ Zur Bedeutung von einleitenden Verfahrens-Phasen Schmitt-Gläser 1973 S. 195 und Häberle 1972 S. 87.

⁵³⁵ kritisch dazu Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 9 Rn. 183; Kluth 2019 Verwaltungsverfahren § 58 Rdnr. 2.

II Bedeutung und Grenzen der demokratischen Funktion

Es geht aber nicht nur um Transparenz; das Verwaltungsverfahren soll auch demokratische Legitimation vermitteln. Diese ergibt sich schon allein durch den prozeduralen Charakter,⁵³⁶ wie man leicht am Gesetzgebungsverfahren erkennen kann. Das parlamentarische Gesetz erhält „seine Qualität aus der besonderen Gestaltung seines Verfahrens.“⁵³⁷ Allein schon die Einrichtung eines geordneten Verwaltungsverfahrens sichert ein Kommunikationsangebot für die Betroffenen von Verwaltungsentscheidungen. Das Verwaltungsverfahren definiert ein Rechtsverhältnis zwischen Verwaltung und Bürger mit festen Rollen.⁵³⁸ Der Bürger soll nicht in die Rolle des passiven Adressaten gedrängt werden, sondern aktiv seine Rechte wahrnehmen. Im Verwaltungsverfahren wird versucht, das bestehende Ungleichgewicht zwischen Bürger und Verwaltung dadurch abzumildern, dass ihm Verfahrensrechte eingeräumt werden, um eine „annähernde Waffengleichheit“ herzustellen.⁵³⁹

Dennoch ist die demokratische Funktion des Verwaltungsverfahrens begrenzt. Damit ist auch ihre Anwendbarkeit auf unseren Fall beschränkt. Wie oben angedeutet zeichnet sich die Phase 1 durch Offenheit der Teilnehmer, durch relative Offenheit der Themenstellung und durch Offenheit und Gleichberechtigung der Teilnehmer-Beiträge aus. Unter Verwaltungsverfahren ist jedoch kein freier Diskurs unter Gleichen zu verstehen, sondern das Verwaltungsverfahren ist asymmetrisch gebaut. Es läuft in der Verantwortung „eines Trägers der öffentlichen Verwaltung“⁵⁴⁰ und es ist auf eine hoheitliche Entscheidung hin ausgerichtet, sei es der klassische Verwaltungsakt, oder Satzungen oder andere interne Normen.⁵⁴¹ Von daher ist es nicht geeignet, einen Vorgang der Willensbildung von gleichberechtigten Partnern abzubilden. In der Vorstellung des Verwaltungsverfahrens sind die Beiträge der Bürger hauptsächlich Informationszulieferungen an die Behörde, welche die -rechtlich gebundene- Hoheit über die Verwendung der Information hat. Im Beteiligungskonzept des Verwaltungsverfahrensgesetzes zeigt sich „schon begrifflich-implizit ein staatliches Aktionszentrum, dem sich nachgeordnete gesellschaftliche Mitwirkung anlagert.“⁵⁴²

Das Verwaltungsverfahren ist auch insoweit nicht offen genug, um einen gemeinsamen Suchprozess abzubilden, als in der hier betrachteten Kommunikationsphase nicht nur das Ergebnis offen ist, sondern auch, ob es überhaupt zu einem Ergebnis kommt.

⁵³⁶ dazu Trute Rdnr. 47f.

⁵³⁷ Schmidt-Aßmann 2007 Rdnr. 33.

⁵³⁸ Schmidt-Aßmann 2007 Rdnr. 18.

⁵³⁹ Kluth 2019 Verwaltungsverfahren § 58 Rdnr. 8.

⁵⁴⁰ Schmidt-Aßmann 2007 Rdnr. 1; Kluth a.a.O. Rdnr. 1.

⁵⁴¹ Schmidt-Aßmann 2007 Rdnr. 9ff.

⁵⁴² Rossen-Stadtfeld Rdnr. 68; Engels S. 214ff.

III Keine Bindungswirkung des Findungsverfahrens

Wichtig für die rechtliche Beurteilung des angesprochenen Findungsverfahrens ist die Tatsache, dass die Teilnahme an dem Verfahren keine Bindungswirkung auf die sachliche Letzt-Entscheidung der Gemeinde auslöst. Diese Entscheidung ist allein eine Angelegenheit der Gemeindeorgane. Die Einrichtung eines solchen Verfahrens und ihre Teilnahme bzw. die Beendigung der Teilnahme daran beruhen auf der freien Entscheidung der Gemeinde. Die Bürger haben keinen Anspruch auf Einrichtung und Teilhabe.

Für eine Selbstbindung der Gemeinde im Sinne einer rechtlich verbindlichen Vorentscheidung⁵⁴³ für die nachfolgende Letztentscheidung ist im Findungsverfahren kein Raum. Dieses Verfahren ist im Gegenteil auf Offenheit konzipiert. Die Gemeinde soll frei von Vorfestlegungen agieren können und ebenso soll die Gemeinde in diesem Stadium keine Präjudizien schaffen, aus denen ggf. Ansprüche gegen die Gemeinde abgeleitet werden können. Es kann allerdings nicht bestritten werden, dass in solchen Verfahren die Gefahr einer unausgesprochenen „psychologischen“ Selbstbindung der Gemeinde oder einer konsensualen Voreingenommenheit der Beteiligten besteht.⁵⁴⁴ Diese Gefahr zu minimieren ist Aufgabe des förmlichen Entscheidungsverfahrens der Gemeinde. Die Trennung zwischen dem „Erkenntnisverfahren“ und der sachlichen Letztentscheidung der Gemeinde muss in dem Verfahren selbst deutlich festgehalten werden. Der Schnitt erfolgt zwischen der Phase der Vorbereitung und der Entscheidungsphase, wie sie oben bei der Gliederung des Verwaltungsverfahrens beschrieben wurden. Auch das BVerwG hat in der Flachglas-Entscheidung, in der es um Vorentscheidungen außerhalb des Planverfahrens nach dem BBauG ging, eine prinzipielle Vermutung ausgesprochen, „für die trotz der einen oder anderen Bindung freie Entscheidung des zur Abwägung berufenen Gemeinderates.“⁵⁴⁵

IV Beitrag zur Generierung von Verwaltungsaufgaben

Das Verwaltungsverfahrenrecht ist nur ein „Bereitstellungsrecht“ für die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben.⁵⁴⁶ Es empfiehlt sich daher, einen Schritt hinter die Verwaltungsverfahrensgesetze zurück zu treten und zu fragen, wie Verwaltungsaufgaben überhaupt kreiert werden. Dafür zeichnen eine Reihe von Faktoren⁵⁴⁷ verantwortlich wie z.B. die Lage der öffentlichen Finanzen, der öffentlich wahrgenommene Problemdruck, tagespolitische Opportunität, etc. In diesem Konzert spielt auch das Recht seine Rolle, indem es die ver-

⁵⁴³ Dazu Scheuing S. 155.

⁵⁴⁴ Dreier Staatswissenschaften und Staatspraxis 1993,663ff.

⁵⁴⁵ Urteil des BVerwG v. 5.7.1974 juris Rdnr. 48; siehe dazu auch unten Teil 2 § 5 II.

⁵⁴⁶ Baer 2022 Rdnr. 44.

⁵⁴⁷ Zur ähnlichen Situation bei den Staatsaufgaben Schulze-Fielitz S. 25ff.

fügbaren Instrumente bereitstellt. Und natürlich auch die gesetzliche Programmierung der Verwaltung als Ausfluss des rechtsstaatlichen Prinzips der Gewaltenteilung. Allerdings wäre es eine sehr einseitige (etatistische) Betrachtung, wollte man die Funktion der gesetzlichen Steuerung verabsolutieren. „Für die Steuerung von Verwaltungsaufgaben ist Recht daher weniger Regelung als -im weiteren Sinne- Regulierung. Die entscheidende Steuerungsentscheidung ist dann die Auswahl zwischen verschiedenen Regelungsmöglichkeiten oder dem Verzicht auf Regeln (regulatory choice). Sie richtet sich wiederum nach aufgabenbezogenen Kriterien, was die Akteure, Formen, Verfahren und Organisation und Ressourcen angeht.“⁵⁴⁸ Verwaltungsaufgaben werden also nicht nur einseitig durch gesetzliche Vorgaben und Exekutionen der hoheitlichen Gewalt geschaffen, sondern auch in Interaktionen mit den Bürgern. Baer bezeichnet diesen Vorgang als „(Teil-)Steuerung durch **Absprachen** zur Aufgabendefinition.“⁵⁴⁹ Gilt dies für die allgemeine Verwaltung, so noch mehr für die Kommunalverwaltung. Ihr steht nämlich ein von der Verfassung garantiertes „Aufgabenerfindungsrecht“⁵⁵⁰ zu, sofern es sich dabei um Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft handelt. Dieses Recht zur Definition der eigenen Aufgaben wird von Rechtsprechung und Literatur einhellig anerkannt.⁵⁵¹ Es wird vor allem gegen staatliche Einschränkungen des Universalitätsprinzips in Stellung gebracht, indem darauf verwiesen wird, dass sich die Gemeinde der Aufgaben ohne spezielle gesetzliche Zuweisung annehmen darf.⁵⁵² Sie hat nach dem Grundgesetz -anders als die Gemeindeverbände- einen *originären Aufgabenbereich*. Diese Zuständigkeit wird nicht von einer Aufgabenübertragung abhängig gemacht.⁵⁵³

Über diese materielle Seite des Aufgabenerfindungsrechts hinaus wird in der kommunalrechtlichen Dogmatik der Frage, wie der prozedurale Aspekt des Aufgabenerfindungsprozesses zu fassen ist, allerdings kaum Beachtung geschenkt.⁵⁵⁴

⁵⁴⁸ Baer a.a.O. Rdnr. 38a.

⁵⁴⁹ Baer a.a.O. Rdnr. 39a.

⁵⁵⁰ Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, 100. EL Januar 2023, GG Art. 28 Abs. 2 Rn.116; Dreier/Dreier, 3. Aufl. 2015, GG Art. 28 Rn. 103; BVerfGE 107,1 -12-.

⁵⁵¹ Z.B. BVerfGE 79,127-146-; Rennert Die Verwaltung 2002,346; VerfGH RhPf NVwZ 2000,801-802-;

⁵⁵² Dreier a.a.O. spricht von einer gesetzlich widerlegbaren Zuständigkeitsvermutung,

⁵⁵³ Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, 100. EL Januar 2023, GG Art. 28 Abs. 2 Rn. 103.

⁵⁵⁴ Oebbecke weist immerhin darauf hin, dass die Gemeinde insbesondere bei der Bewältigung neu auftauchender Probleme durch die Frage, ob ggf. ein Gesetzesvorbehalt eingreift, in ihrem aktiven Aufgabenerfindungsprozess eingeschränkt ist und sie sich daher häufig auf die bewährten Mittel der Leistungsverwaltung beschränkt.

§ 3 Verfassungsrechtliche Rolle des Gemeindebürgers im Findungsverfahren

Nach der Einordnung des Findungsverfahrens in den verwaltungsverfahrenrechtlichen Komplex soll nun die Rolle des Gemeindebürgers in diesem Verfahren unter verfassungsrechtlichen Aspekten beleuchtet werden. Neben seiner Rolle als Mit-Erzeuger kommunaler Aufgaben geht es um die staatsrechtliche Qualifizierung seines Beitrags zwischen Staats- und Volkswillensbildungsprozess. Schließlich wird sein Beitrag auch unter Aspekten seiner Grundrechtsausübung betrachtet.

I Beitrag zur Generierung von gemeindlichen Aufgaben

Zur Präzisierung des Begriffs der kommunalen Aufgabe und der Funktion, die den Gemeindebürgern bei der Schöpfung einer solchen zukommt, soll auf eine Differenzierung hingewiesen werden, die das BVerfG vorgenommen hat. Nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG muss den Gemeinden „das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.“ Das BVerfG hat in einer frühen Entscheidung zu einer amtlich angeordneten Volksbefragung einer Gemeinde ausgeführt: „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ sind „nur solche Aufgaben, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf die örtliche Gemeinschaft einen spezifischen Bezug haben und von dieser örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich und selbständig bewältigt werden können“⁵⁵⁵ Diese Kennzeichnung hat das Gericht auch in den folgenden Entscheidungen BVerfGE 50,195 -201- und BVerfGE 52,95-120- verwendet.

Demgegenüber findet sich im späteren Rastede-Beschluss, auf den sich die Rechtsprechung bis heute stützt, eine bemerkenswerte Änderung: Die „Aufgaben“, die bisher in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln, werden ersetzt durch „diejenigen Bedürfnisse und Interessen“, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln, „also den Gemeindeinwohnern als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen in der (politischen) Gemeinde betreffen.“⁵⁵⁶

Mit der Änderung ist keine Erweiterung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts verbunden.⁵⁵⁷ Durch die weitere Verwendung des Begriffs der Wurzel soll bestätigt werden, dass diese Angelegenheiten in einer eigenen sozial-räumlich definierten Entität ihren Ursprung haben, die von der amtlichen Sphäre der Gemeinde als Verwaltungsinstanz zu unterscheiden ist. Der Ursprung in dieser sozialen Sphäre wird im Rastede-Beschluss verdeut-

⁵⁵⁵ BVerfGE 8, 122 -134-.

⁵⁵⁶ BVerfGE 79,127-151f-; eine zweite Änderung betrifft den Entfall der gemeindlichen Verwaltungskraft als Voraussetzung. Sie spielt für unseren Zusammenhang keine Rolle.

⁵⁵⁷ BVerwG NVwZ 1991,683.

licht und präzisiert, indem auf das Zusammenleben und -wohnen der Gemeindeglieder abgestellt wird. Die eigentliche Neuerung besteht in der Differenzierung zwischen „Angelegenheit“ und „Aufgabe“. Die Identifizierung von Aufgaben mit Angelegenheiten aus den früheren Entscheidungen wurde aufgegeben. Denn „eine „Angelegenheit“ ist einer „Aufgabe“ begrifflich nicht - wie es die frühere Definition mißverständlich nahelegte - unmittelbar gleichzusetzen.“⁵⁵⁸ Damit eine Angelegenheit zu einer Aufgabe wird, muss also noch etwas hinzukommen. Die Gemeinde muss auf sie zugreifen, sie muss sie in Teilen oder ganz zu ihrer eigenen Sache machen. Der Gemeinde steht ein Aufgabenfindungsrecht zu.⁵⁵⁹ Sallopp gesprochen könnte man sagen, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft liegen auf den gemeindlichen Straßen und erst wenn die Gemeinde sie -freiwillig oder entsprechend einer gesetzlichen Verpflichtung- aufhebt, werden sie zu gemeindlichen Aufgaben. Genau den Fall, dass die Initiative für eine potenzielle gemeindliche Aufgabe von den Bürgern ausgeht, hat das gemeinschaftliche Findungsverfahren im Blick.

Nun kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass die Bürger ein Anliegen verfolgen, welches u.U. nicht oder nur am Rande als eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft betrachtet werden kann. Darf sich die Gemeinde mit solchen Anliegen überhaupt beschäftigen? Sie muss sich damit beschäftigen, denn nur dann kann sie eine vernünftige Entscheidung über die rechtliche Einordnung der fraglichen Angelegenheit treffen. Für eine derartige Entscheidung am Anfang des Verfahrens bietet sich eine gewisse Bandbreite. Sie unterscheidet sich von der gemeindlichen Entscheidung über die Zulassung eines Bürgerbegehrens. Dort liegt ihr ein Antrag, eine Begründung, ein Kostendeckungsvorschlag und mehr vor, auf deren Grundlage sie entscheiden kann. Hier liegt in der Regel ein Anliegen vor, das einen solchen Konkretisierungsgrad noch nicht erreicht. Und es entspricht der Erfahrung, dass ein Anliegen im Verlauf des Diskussions- und Findungsprozesses Veränderungen erfährt.

Kommt die Gemeinde zu dem Ergebnis, dass das bürgerschaftliche Anliegen während des Verfahrens unter keinen Umständen zu einer gemeindlichen Aufgabe werden kann, darf sie an dem Verfahren nicht teilnehmen. Ihr fehlt insoweit die Verbandskompetenz. Sieht sie die Möglichkeit zur verfassungskonformen Modifikation des bürgerschaftlichen Anliegens, kann sie teilnehmen. Ihr verbleibt in jedem Fall die Möglichkeit des späteren Ausstiegs, sollten sich entsprechende Modifikationsversuche als erfolglos erweisen.

⁵⁵⁸ BVerwG a.a.O.; s.a. Heberlein NVwZ 1992,544.

⁵⁵⁹ Röhl RdNr. 34.

II Staats- und Volkswillensbildungsprozess

Der Prozess zur Aufgabenfindung fügt sich nicht dem Schema eines Volkswillensbildungsprozesses auf der einen und des Staatswillensbildungsprozesses auf der anderen Seite. Diese beiden Prozesse werden von der Staatsrechtslehre strikt getrennt. Mit dem Begriff des Bourgeois für den freien Bürger, der seine Interessen in individueller Selbstbestimmung und Eigenverantwortung verfolgt, und der Konfrontation mit dem Begriff des Citoyen als Teilhaber staatlicher Gewalt werden diese beiden „Reiche“ anschaulich beschrieben.⁵⁶⁰ Der Bourgeois nimmt teil am Volkswillensbildungsprozess. Dieser ist als gesellschaftliche Willensbildung zu begreifen. Er stellt eine „individuelle und gruppenmäßige Selbstentfaltung im Rahmen des grundrechtlich dirigierte Willensbildungsprozesses des Volkes“ dar.⁵⁶¹ Von ihm getrennt ist der Staatswillensbildungsprozess, in dem der Bürger als Citoyen seine staatsbürgerlichen Rechte ausübt, also im Wesentlichen das Wahlrecht. Auch die faktisch feststellbare gegenseitige Durchdringung von Staat und Gesellschaft ändert daran nichts. „Die unzweifelhafte Abhängigkeit der Freiheit und Daseinsvorsorge des heutigen Menschen vom Staat, von staatlicher Gewährleistung, Sicherung und Normierung rührt jedoch nicht an dem Unterschied von staatlicher Herrschaft und bürgerlicher Freiheit.“⁵⁶² Zum Prozess der Staatswillensbildung gehören auch Abstimmungen der Bürger, zu denen sie durch ein (Volksbefragungs-)Gesetz aufgefordert werden. „Die Abstimmung der Bürger stellt sich essentiell als Teilhabe an der Staatsgewalt, als ein Stück Ausübung von Staatsgewalt im status activus dar.“⁵⁶³ Dies gilt auch für Abstimmungen, die keine unmittelbaren verbindlichen Wirkungen entfalten, sofern ein Verfassungsorgan (hier das Staatsvolk) organschaftlich handelt und damit Staatsgewalt ausübt.⁵⁶⁴

Das SÖ-Engagement der Gemeindebürger in der Form, die es im gemeinsamen Findungsverfahren findet, lässt sich weder der einen noch der anderen Seite zuschlagen. In ihm verwischen sich die Grenzen der beiden „Reiche“. Seinen Ursprung bildet zwar das gesellschaftliche Engagement der Bürger (als Bourgeois). Sie erheben aber zugleich einen Anspruch an die Staatsgewalt zur Mitwirkung (als citoyen). Dieser Anspruch geht auf Beteiligung **außerhalb von Wahlen**, sie möchten unmittelbar am Staatswillensbildungsprozess teilnehmen. Genauer: am kommunalen Willensbildungsprozess. Anders als bei Volksbefragungen wird nicht das Gemeindevolk angesprochen und zur Abstimmung aufgerufen. Vielmehr sind es aktive Teile aus der gemeindlichen Bürgerschaft, die selbst initiativ wer-

⁵⁶⁰ H.H. Rupp Rdnr. 18; Schmitt-Gläser 2005 Rdnr. 3.

⁵⁶¹ Schmitt Glaeser 2005 Rdnr. 3.

⁵⁶² Rupp a.a.O. Rdnr. 20.

⁵⁶³ BVerfGE 8,104-115-.

⁵⁶⁴ BVerfGE 8,104-114-.

den. Sie erheben auch nicht den Anspruch, in irgendeiner Weise repräsentativ für das Gemeindevolk zu sprechen und zu handeln. Der kommunale Willensbildungsprozess ist von Verfassungswegen auf die Mitwirkung und Aktivierung der **Gemeindebürger** ausgerichtet und unterscheidet sich damit vom üblichen Staatswillensbildungsprozess. Damit wird nicht behauptet, dass sich die Gemeinde außerhalb des Staates bewegen dürfe, sie ist und bleibt eine staatliche Instanz. Aber in der Gemeinde ist der „Gemeinde-Citoyen“ von Verfassungswegen näher an der Gemeinschaft als der „Staats-Citoyen“. Er ist nicht nur über die kommunalen Wahlen (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG) Teil des Souveräns, sondern gem. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG soll er darüber hinaus auch noch an der Verwaltung teilnehmen.

Das Findungsverfahren hat Ähnlichkeiten mit dem „status activus processualis“.⁵⁶⁵ Damit wird ein Bürgerstatus beschrieben, der „Partizipation am und im Leistungsstaat“ sichern soll und zwar nicht primär in der materiellen Leistungsdimension, sondern in der Verfahrensdimension, als Verwirklichung von Recht, als „law in action“.⁵⁶⁶ Die Beteiligung des Bürgers am „Vor-Verfahren“ lässt die Grenze zwischen dem status activus als (wählender) Staatsbürger im Jellinekschen Verständnis und als Bürger im status negativus und status positivus (Träger bürgerlicher Freiheit und Inhaber von Leistungsansprüchen) tendenziell verschwinden.⁵⁶⁷ Neben dieser deutlichen Parallele ist jedoch einschränkend darauf hinzuweisen, dass Häberle diesen Begriff allgemein auf Grundrechte (im Leistungsstaat) bezogen hat und nicht speziell auf Mitgliedschaftsrechte in institutionalisierten Selbstverwaltungskörperschaften.

III Ausübung von Grundrechten im Findungsverfahren

Die Bürger machen im Findungsverfahren (und davor) Gebrauch von ihren Grundrechten, z.B. vom Recht der freien Meinungsäußerung und auch vom Grundrecht aus Art. 12 GG, welches auch die Aktivitäten im Vorfeld einer Unternehmensgründung schützt. Mit der Teilnahme am Findungsverfahren verzichten sie nicht etwa auf ihre Grundrechtsausübung, sondern sie bestimmen selbst frei über den Umfang ihrer Grundrechtsausübung. Dazu gehören auch evtl. Absprachen innerhalb des Verfahrens genauso wie das Recht zum Ausstieg aus dem Verfahren. Die Gemeinde darf diese Freiheit nicht unangemessen einschränken, z.B. durch die Androhung von Sanktionen.

Den Gemeinden sind nach der Sasbach-Entscheidung des BVerfG auch keine treuhänderischen Funktionen für die Wahrnehmung von Grundrechten durch ihre Bürger zugewie-

⁵⁶⁵ Entwickelt von Häberle 1972 S. 86ff.

⁵⁶⁶ Häberle 1972 S. 81 und 88.

⁵⁶⁷ Kritisch dazu Rupp a.a.O. Rdnr. 24.

sen.⁵⁶⁸ Zwar diene die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung auch der allgemeinen politischen Bürgerfreiheit.⁵⁶⁹ Sie lässt sich aber nicht wie bei den Rundfunkanstalten oder den Universitäten materiellen Grundrechten zuordnen. Aus demselben Grund erscheint eine grundrechtlich fundierte Begründung des Instituts der kommunalen Selbstverwaltung etwa im Sinne einer Verbürgung bürgerlicher Selbstbestimmung problematisch.⁵⁷⁰ Mit ihr lässt sich auch nicht ein unmittelbar grundrechtlich gesichertes Mitentscheidungsrecht der Gemeindebürger begründen.⁵⁷¹ Damit würden die verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien der Demokratie und des Rechtsstaats einfach überspielt.

Zweifel an der Begründung im Sasbach-Urteil sind allerdings insofern angebracht, als die Ausübung der allgemeinen politischen Bürgerfreiheit auch in Wahrnehmung von Grundrechten geschieht. Auch hier ist der Bürger in seinem negativen Status angesprochen,⁵⁷² ein Gegeneinander von Grundrechtsausübung und Wahrnehmung von politischen Bürgerrechten gibt es insoweit nicht. Und ebenso wie die Einrichtung der Universität ein verfassungsrechtlich hervorgehobener Stützpfiler der Wissenschaftsfreiheit ist, kann die Gemeinde als notwendige Instanz für eine aktive Bürgerschaft verstanden werden. Dem Gericht ist allerdings insofern beizupflichten, als es nicht darum gehen kann, dass die Gemeinde „in Vertretung“ für die Gemeindebürger handelt: „Die grundrechtlich verbürgten Freiheiten des Menschen sollen prinzipiell nicht von der Vernunftthoheit öffentlicher Einrichtungen verwaltet werden.“⁵⁷³

Der Teilnahme von Bürgern am Findungsverfahren liegt selbstverständlich eine individuelle oder kollektive Ausübung von Grundrechten zu Grunde. Die spezifische Rolle der Bürger im Findungsverfahren ist jedoch als Betätigung der „allgemeinen politischen Bürgerfreiheit“ zu begreifen. Dieses bürgerschaftliche Engagement steht im Zentrum der nun folgenden Überlegungen zur Legitimation des Findungsverfahrens.

§ 4 Legitimation des Findungsverfahrens

Die aktive Rolle der Bürger im gemeindlichen Willensbildungsprozess hat in allen Kommunalgesetzen der Länder mit unterschiedlichem Gewicht Berücksichtigung gefunden. Neben diesen gesetzlich detailliert ausgeformten Elementen von Bürgerbeteiligung gibt es Partizipationsformen, die sich außerhalb dieses gesetzlichen Rahmens bewegen. Das bür-

⁵⁶⁸ BVerfGE 61,82-103-.

⁵⁶⁹ BVerfG a.a.O.

⁵⁷⁰ Siehe dazu auch unten § 4 III 1b.

⁵⁷¹ So auch Erbguth S. 128.

⁵⁷² Jellinek S. 94ff, zu den Grenzen der Jellinekschen Statuslehre Hesse Rdnr.281; Preuß ZRP 1993,132.

⁵⁷³ a.a.O, S. 104.

gerschaftliche Engagement, das sich im Findungsverfahren ausdrückt, soll daher in diesem Kontext positioniert werden, um danach festzustellen, auf welche Rechtsgrundlage das Verfahren gestützt und damit legitimiert werden kann.

I Formen der Bürgerbeteiligung

Nach dem juristischen Selbstverwaltungs-begriff werden die von den Bürgern eingebrachten Selbstverwaltungs-Elemente der demokratisch-politischen Dimension der Selbstverwaltung zugeordnet und dadurch von der juristischen Dimension abgesetzt. Diese Trennung hat ihren Ursprung im Kaiserreich, als die rechtspositivistische Lehre von Laband und Rosin alle partizipatorischen Elemente aus dem juristisch relevanten Selbstverwaltungs-begriff getilgt und diese in den politischen Selbstverwaltungs-begriff verbannt hat.⁵⁷⁴

Nun ist es aber nicht so, dass nach diesem Verständnis jegliche Bürgerbeteiligung aus der rechtlichen Betrachtung ausgeschlossen wäre. Versucht man die Bürgerbeteiligung - verstanden als untechnischen Oberbegriff- jenseits der Wahlen zur Gemeindevertretung weiter zu differenzieren, so lässt sie sich als ein Kontinuum darstellen, an dessen einem Ende die Ausübung von Staatsgewalt steht und am anderen Ende eine rein gesellschaftliche Aktivität.⁵⁷⁵ Das „bürgerschaftliche Engagement“ beschreibt das von den Bürgern selbst ausgehende, demnach freiwillige, nicht-kommerzielle und gemeinwohlorientierte Handeln von Bürgern zur Erreichung gemeinsamer Ziele.⁵⁷⁶ Es ist im gesellschaftlichen Bereich angesiedelt und ausschließlich auf Gemeinwohl-Verwirklichung gerichtet. Auf dem anderen Pol steht demgegenüber die Ausübung von Staatsgewalt durch den Gemeindegewalt, indem dieser ausschließliche oder Letztentscheidungskompetenzen wahrnimmt. Dazu zählen alle Formen unmittelbarer Demokratie, wie die unmittelbaren Personalentscheidungen durch Wahlen und die unmittelbaren Sachentscheidungen durch Abstimmungen sowie die Wahrnehmung von Ehrenämtern wie die Tätigkeit als Gemeinderatsmitglied.⁵⁷⁷

Zwischen diesen beiden Polen gibt es einen breiten Korridor unterschiedlicher Beteiligungsformen. Unterhalb der Ausübung von Staatsgewalt lassen sich die Beteiligungsmodalitäten als unterschiedliche Formen der Teilhabe an kommunalen Entscheidungen differenzieren. Die Gemeindeordnungen haben einige Typen unmittelbarer demokratischer

⁵⁷⁴ dazu Hendler 2007 Rdnr. 6.

⁵⁷⁵ Die folgenden begrifflichen Abgrenzungen orientieren sich an Tischer S. 17ff.

⁵⁷⁶ Tischer S. 18 unter Verweis auf Beck/Ziekow: Mehr Bürgerbeteiligung wagen, S. 34.

⁵⁷⁷ Tischer S. 26.

Beteiligungen gesetzlich normiert: Bürger- und Einwohneranträge, Bürgerversammlungen, Anhörungs- und Rederechte.⁵⁷⁸

Sofern die Intensität der Einwirkung auf den kommunalen Entscheidungsprozess nicht sehr stark ausgeprägt ist, lässt sich von einer **Beteiligung im engeren Sinne** sprechen. „Diese Beteiligung i. e. S. zielt demnach in erster Linie auf Wahrnehmung, Anerkennung und Kommunikation ab.“⁵⁷⁹ Die nächst intensivere Form von Beteiligung ist die **Mitwirkung**, unter die Beratungen, Anhörungen, Stellungnahmen fallen.⁵⁸⁰ Als punktuelle Mitwirkungsformen sind dialogische Formen der Bürger-Beteiligung an Planungs- und Entscheidungsprozessen der Gemeinde (Zukunftswerkstätten, Workshops, Planungszellen, Mediationsverfahren, u.ä.) zu nennen.⁵⁸¹ Schließlich werden unter dem -engen- Begriff der **Partizipation** im Wesentlichen Mitentscheidungsrechte verstanden. „Anhaltspunkte für das Vorliegen von »Partizipation« auf kommunaler Ebene sind jedenfalls ein hoher Grad der (rechtlichen) Institutionalisierung der Bürgereinbeziehung sowie eine unmittelbare Einflussnahme auf den Willensbildungsprozess.“⁵⁸²

In der Realität gibt es vielfältige Politikfelder, in denen der bürgerschaftliche Einsatz erfolgt. Nach empirischen Studien bilden neben Sport/Geselligkeit/ Freizeit die Bereiche Schule/Kindergarten und Kirche/Religion die Spitzengruppe ehrenamtlichen Engagements. Das lokale Bürgerengagement steht dabei relativ weit unten.⁵⁸³ Was das Bürgerengagement im kommunalen Raum von den anderen Engagement-Bereichen unterscheidet ist seine verfassungsrechtliche Relevanz. Im Sport, in der Kirche und vergleichbaren Bereichen herrscht eine Distanz des Staates zu diesen Lebensbereichen. In der Gemeinde dagegen ist diese Distanz durch die verfassungsrechtliche Positionierung einer örtlichen „Zwischeninstanz“ im Staatsaufbau mit Bedacht verringert worden. Unter anderem in der Erwartung, genau dadurch bessere Ausgangsbedingungen für lokales Engagement zu schaffen: Ein Engagement, das über das Verfolgen spezifischer organisierter Interessen - wie im Rahmen der funktionellen Selbstverwaltung- hinausgeht, indem es sich auf nicht gegenständlich begrenzbar Angelegenheiten erstreckt, die mit dem Zusammenleben und Zusammenwohnen in der Gemeinde unmittelbar verbunden sind. Dazu können auch wirtschaftliche Angelegenheiten gehören, wie die Unterstützung sozialwirtschaftlicher Betriebe, sofern diese die lokale Gemeinschaft stärken.

⁵⁷⁸ Nachweise bei Lange 2019 S. 591ff.

⁵⁷⁹ Tischer S. 20.

⁵⁸⁰ Rossen-Stadtfeld bezeichnet sie als „verstärkte Beteiligung“, Rdnr. 65.

⁵⁸¹ Bogumil/Holtkamp S. 114f.

⁵⁸² Tischer S. 22.

⁵⁸³ Erster Engagementbericht des Bundesministeriums für Familie S. 69f.

II Legitimationsbedürftigkeit des Findungsverfahrens

Damit lässt sich die Initiative der SÖ-Unternehmer eindeutig dem bürgerschaftlichen Engagement im gesellschaftlichen Bereich zuordnen. Sie bewegt sich damit während der Initiativphase zunächst im gemeinde-freien bzw. staatsfreien Raum sozialer oder individueller Selbstentfaltung. Das ändert sich mit der Verständigung von Gemeinde und aktiver Bürgerschaft auf einen gemeinsamen Findungsprozess. Dieser impliziert einerseits ein Zugreifen der Gemeinde auf die bürgerschaftliche Initiative bzw. ein Sich-darauf-Einlassen. Andererseits verlassen die Bürger insoweit ihre gesellschaftliche Sphäre, als sie sich mit der Gemeinde auf eine Kooperation verständigen. Es handelt sich demnach um eine Verschränkung gemeindlicher hoheitlicher Betätigung mit gesellschaftlichen Beiträgen, um eine „Zwischenform staatlich-gesellschaftlicher Kooperation.“⁵⁸⁴ Der gemeindlich-hoheitliche Teil wird durch die Verbandskompetenz aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ausreichend legitimiert. Aus der Zulassung bürgerschaftlicher Beiträge und der dadurch herbeigeführten Verschränkungssituation erwächst der Gemeinde eine zusätzliche Legitimationsverantwortung. Letztere verlangt insbesondere aus Gründen des Distanzschutzes eine entsprechende Ausgestaltung der Willensbildungs- und Entscheidungsverfahren.⁵⁸⁵ So muss sie sicherstellen, dass die Zulassung und Einbindung gerade dieser Initiative (ggf. gegenüber anderen konkurrierenden Initiativen) in das Findungsverfahren nicht aus sachfremden Gründen erfolgt. Dies geschieht am besten durch eine transparente und faire öffentliche Kommunikation durch die Gemeinde. Sie kann sich dabei an den Maßstäben orientieren, die für die Information und Kommunikation der Gemeinde vor Bürgerentscheiden gelten.⁵⁸⁶

Die Einrichtung und der Betrieb des Findungsverfahrens durch die Gemeinde ist demnach ein legitimationsbedürftiger Hoheitsakt. Es dient der Generierung einer kommunalen Aufgabe. Mit ihm wird unter Einsatz gemeindlicher Ressourcen ein politischer Findungsprozess mitgesteuert. Aus Gründen der notwendigen Distanz und der Gleichbehandlung anderer ggf. kontroverser bürgerschaftlicher Initiativen muss dieses Verfahren eine rechtliche Grundlage haben.

III Notwendigkeit eines parlamentarischen Gesetzes?

Daher stellt sich nun die Frage, auf welcher rechtlichen Grundlage das Findungsverfahren zu gestalten ist. Es bieten sich zwei Möglichkeiten an: auf Basis eines parlamentarischen Gesetzes oder unter Berufung auf eine unmittelbare verfassungsrechtliche Ermächtigung

⁵⁸⁴ Schmidt-Aßmann 1991 S. 377.

⁵⁸⁵ Schmidt-Aßmann 1991 S. 378; BVerfGE 33,125-159-.

⁵⁸⁶ Z.B. in Bayern: Art. 18a Abs. 15 BayGO.

in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Für den Fall, dass sich die Gemeinde unmittelbar auf die Verfassung stützen kann, steht ihr auch der Weg über den Erlass einer Satzung offen. Die Befugnis, in eigenen Angelegenheiten Satzungen zu erlassen ist Teil des Instituts der kommunalen Selbstverwaltung und damit von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt.⁵⁸⁷

Die Antwort auf unsere Frage findet sich in der Verfassung und zwar in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG. In einem ersten Schritt soll geklärt werden, ob Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG überhaupt Aussagen zum Verhältnis der Gemeindeverwaltung zu ihren Gemeindebürgern enthält.. Danach wird gewissermaßen das andere Extrem angesprochen, nämlich die Anerkennung bürgerschaftlicher Mitentscheidungsrechte als eigenständiger Legitimationsmodus. Schließlich wird der sog. monistische Legitimationsmodus vorgestellt, wie er auf der Basis von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG von der Rechtsprechung und vielen Literaturstimmen vertreten wird.

1 Reichweite von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG

Für unsere Fragestellung einer Kooperation mit gesellschaftlichen Kräften ist entscheidend, welche Öffnungsmöglichkeiten gegenüber gesellschaftlichen Initiativen den Gemeindeverwaltungen auf Basis von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG eingeräumt werden. Während die Rechtsprechung eine restriktive Haltung einnimmt, werden in der Literatur unterschiedliche Positionen vertreten. Einigkeit besteht darüber, dass Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG (auch) eine Norm des Staatsorganisationsrechts ist. Schon allein seine systematische Stellung innerhalb der Verfassung spricht dafür. Darüber hinaus sehen die Rechtsprechung und die ganz überwiegende Zahl der Literaturstimmen in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG allein wegen seines staatsorganisatorischen Charakters keine Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in die Grundrechte von Bürgern. Schließlich ist man sich auch einig, dass die Gemeinde als Teil des Staates keine Trägerin von Grundrechten sein kann. Jenseits dieser Einigkeit ist insbesondere umstritten, welche Einflussmöglichkeiten auf Entscheidungen der Gemeindeverwaltung den aktiven Bürgern unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG eingeräumt werden.

a Staatszentrierte Interpretation

An dem einen Pol des Spektrums stehen Vertreter einer radikalen staatszentrierten Interpretation von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Danach enthält dieser Artikel keine Kompetenzen gegenüber dem Bürger. Er sagt „seinem Wortlaut und seiner systematischen Stellung

⁵⁸⁷ Röhl Rdnr. 144; Burgi § 15 Rdnr. 5.

nach nichts darüber aus, ob und unter welchen Voraussetzungen die Gemeinde im Verhältnis zu ihren Bürgern Aktivitäten entfalten darf.⁵⁸⁸ Löwer macht deutlich, dass Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG keine Aufgabennorm sei, „sondern nur ein staatsorganisatorisches Aufbauprinzip“. „Sind aber die Gemeinden nach dieser staatsorganisatorischen Grundsatzentscheidung Träger öffentlicher Verwaltung, entscheidet sich ihre Befugnis zur Aufgabenwahrnehmung im Verhältnis zum Bürger nicht nach den Kriterien der Aufgabenverteilung der Verwaltungsaufgaben von Bund, Ländern und Gemeinden, sondern nach Kriterien des allgemeinen Kompetenzrechts, das Aufgaben als Verwaltungsaufgaben konstituiert.“⁵⁸⁹ Also: die Aufgaben der Gemeinde ergeben sich nicht aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, sondern i.d.R. aus Gesetzen, die eine Verwaltungsaufgabe konstituieren. Diese Gesetze können dann der Gemeinde Aufgaben gegenüber dem Bürger übertragen. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG regelt demnach nicht die Verbandskompetenz (Aufgabenverteilung auf die Gebietskörperschaften). In ähnlicher Weise versteht Bethge Art. 28 GG als eine „organisationsrechtliche Institutionsgarantie“, deren Funktion lediglich darin besteht, ein „staatliches bzw. öffentlich-rechtliches Kompetenzarsenal“ zu regulieren.⁵⁹⁰ „Die institutionelle Garantie des Art. 28 II GG ist dagegen von vornherein auf die Verteilung von Kompetenzen innerhalb des Staates im weiteren Sinne (Bund, Länder, Kommunen) gerichtet.“⁵⁹¹ Auch Pielow sieht Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ausschließlich als „staatsorganisatorische Kompetenzverteilungsregel“, die „zum Inhalt des kommunalen Aktionsspielraums schweigt.“⁵⁹²

Ein Beispiel für diese Sichtweise bietet ein BGH-Urteil aus jüngerer Zeit.⁵⁹³ Dort hatte das Gericht über das Begehren eines lokalen Zeitungsverlegers zu entscheiden, dass die Gemeinde die kostenlose Verteilung ihres Amtsblatts unterlasse. Das Amtsblatt enthielt neben dem amtlichen auch einen redaktionellen Teil sowie Anzeigen. Für unseren Zusammenhang ist die **verfassungsrechtliche** Einordnung der redaktionellen Beiträge interessant. Zum Beispiel beschäftigte sich ein Beitrag unter der Überschrift „Mobilität steigern“ mit einer örtlichen Bürgerinitiative zur Förderung des Radverkehrs, indem er auf eine Veranstaltung der Bürgerinitiative hinwies.⁵⁹⁴ Der ehrenamtlich tätige Arbeitskreis dieser Bürgerinitiative wurde von der Gemeinde begleitet. Der BGH qualifiziert die Arbeit der Bürgerinitiative als „privat“, es gehe dabei um gesellschaftliches Engagement auf kommunaler Ebene und nicht um eine Angelegenheit der Gemeinde. Zur allgemeinen Begründung

⁵⁸⁸ Löwer S. 218.

⁵⁸⁹ Löwer S. 219.

⁵⁹⁰ Bethge S. 163.

⁵⁹¹ Burgi 2019 § 6 Rdnr. 4; ebenso Nierhaus/Sachs Rdnr. 40 zu Art. 28 GG.

⁵⁹² Pielow 2001 S. 688.

⁵⁹³ Urteil vom 20.12.2018, Crailsheimer Stadtblatt II, GRUR 2019,189.

⁵⁹⁴ Rdnr. 47 des Urteils, ein vergleichbarer redaktioneller Beitrag wird unter Rdnr.49 angesprochen.

verweist das Gericht u.a. auf die „ausschließlich staatsgerichtete Funktion der kommunalen Selbstverwaltung“, die keine Abwägung gegenüber grundrechtlich geschützten Belangen (hier: Pressefreiheit) zulasse.⁵⁹⁵ „Die Vorschrift des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG hat als Kompetenznorm zudem ausschließlich staatsgerichtete Funktion und entfaltet keine Wirkung im Staat-Bürger-Verhältnis.“⁵⁹⁶ Wohlgemerkt geht es hier nicht um die eigentliche Frage des Urteils, inwieweit gemeindliche Publikationen die Institution der Presse beeinträchtigen, sondern um die Vorfrage, ob sich die Gemeinde unter dem Schutzschirm des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG bewegt -und dann auch darüber berichten darf-, wenn sie eine Bürgerinitiative aktiv begleitet, die sich eine wichtige örtliche Angelegenheit (Förderung der nicht-motorisierten Mobilität) zur Aufgabe gemacht hat.⁵⁹⁷

Nach dieser Sichtweise verkörpert Art. 28 Abs. 2 GG nur ein staatsinternes Organisationsprinzip, es macht daher keinen Sinn, auf seiner Basis nach einer Brücke von der Gemeindeverwaltung als Teil der staatlichen Verwaltung zu aktiven engagierten Bürgern als Teil der Gesellschaft zu suchen.

Eine Schwäche der reinen Staatsorganisationslehre liegt in ihrem Unvermögen, das Binnenverhältnis zwischen Gemeinde und Bürger unter den inhaltlichen Anforderungen zu thematisieren, welche das Grundgesetz der Institution „Kommunale Selbstverwaltung“ auferlegt. Für sie sind die materiellen Inhalte des Instituts „Kommunale Selbstverwaltung“ nur innerstaatlich relevant. Sie kennzeichnen lediglich einen herausgehobenen Status der Gemeinde im Konzert aller Hoheitsträger. Nur ihnen gegenüber kann die Gemeinde ihren verfassungsrechtlichen Status geltend machen. Und umgekehrt sind es die zuständigen Hoheitsträger, die den Gemeinden per Gesetz ihre Aufgaben zuweisen. Entsprechend dieser Auffassung ist damit vor allem der Landesgesetzgeber angesprochen, der über Kommunalgesetze die Gemeinde als Verwaltungsinstanz steuert. Aus dieser Sicht unterscheidet sich die Verwaltungsinstanz Gemeinde von einer Staatsbehörde nur in der Hinsicht, dass der Landesgesetzgeber bei seiner Aufgabenverteilung gegenüber der Gemeinde einen erweiterten verfassungsrechtlich gesicherten Aufgabenkreis zugrunde legen muss.

Gegen dieses Verständnis von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Kompetenznorm spricht auch ein immanent verfassungssystematisches Argument. Danach setzt eine Kompetenznorm als staatliches Binnenrecht zwingend die Existenz einer entsprechenden Staatsaufgabe voraus. Die Staatsaufgabe bezieht sich dagegen auf das Außenverhältnis zur Gesellschaft.

⁵⁹⁵ Rdnr. 32.

⁵⁹⁶ Rdnr. 25.

⁵⁹⁷ ebenso kritisch Papier/Schröder DVBl 2017,2.

Ohne eine Staatsaufgabe kann es keine Kompetenz geben. Umgekehrt kann sich aber aus einer Kompetenznorm -hier aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG- eine Aufgabe entnehmen lassen. Da Staatsaufgaben nicht kodifiziert sind, ist dies nicht so selten. In diesem Fall enthält die Kompetenznorm zwei Elemente: ein Kompetenzelement zur binnenorganisatorischen Festlegung und ein Aufgabenelement, das „über die unmittelbare organisationsinterne Binnenrelevanz hinaus auch Außenwirkung auf das Verhältnis des Staates zur Gesellschaft“ zeitigt.⁵⁹⁸ Denn kennzeichnendes Merkmal jeder staatlichen bzw. kommunalen Aufgabe ist ihr Bezug zur Gesellschaft.⁵⁹⁹ Also ist die Reduzierung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG auf einen rein binnenorganisatorischen Gehalt auch systematisch fragwürdig. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ausdrücklich die Gesellschaft in Form der örtlichen Gemeinschaft zur Basis gemeindlicher Aufgabenschöpfung macht.

b Bürgerzentrierte Interpretation

Eine andere Interpretation von Art. 28 Abs. 2 GG sieht dagegen den aktiven Bürger im Zentrum der kommunalen Selbstverwaltung. Danach ist Selbstverwaltung die „gemeinsame Wahrnehmung des Grundrechts freier Selbstbestimmung im Rahmen des öffentlichen Rechts zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben.“⁶⁰⁰ Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht wird in seinen Inhalten durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG bestimmt und die Gemeinde ist unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 GG zur Selbstverwaltung berechtigt. „Sie ist sozusagen gemeinsame Ausübung von Freiheit, nicht Bedrohung von Freiheit, die nur durch eine gesetzliche Grundlage zu legitimieren wäre.“⁶⁰¹

Soweit der Staat in dieser Vorschrift angesprochen ist, soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass er dieses gemeindliche Recht nicht gefährden darf, er vielmehr zu seiner Ausgestaltung berufen ist.⁶⁰² Nach dieser bürgerzentrierten Sichtweise von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG trifft der Verweis auf den binnenorganisatorischen Charakter nicht die ganze Wahrheit. Das Außenrechtsverhältnis zum Bürger ist ganz entscheidend mitbestimmt durch den partizipatorischen Auftrag der Gemeinde.⁶⁰³ Diesem dient nach übereinstimmender Auffassung die unmittelbare demokratische Legitimation der Gemeindeorgane,

⁵⁹⁸ Isensee 2006 Rdnr. 20; s.a. Ossenbühl 1971 S. 170.

⁵⁹⁹ vgl. Isensee 2006 Rdnr. 2; in diesem Sinne auch ein jüngeres Urteil des Bay. VGH DVBl 2020,1363 Rdnr. 25.

⁶⁰⁰ Hufen 1991 S. 54; zur grundrechtlichen Herleitung der kommunalen Selbstverwaltung siehe bereits oben unter § 3 III.

⁶⁰¹ Hufen 2001 S. 1187.

⁶⁰² Maurer DVBl 1995, 1042.

⁶⁰³ Hufen 2001,1178 bezeichnet sie als „Selbstverwaltung von unten“, die sich durch die „gemeinsame Wahrnehmung der städtischen Angelegenheiten“ auszeichnet.

die sie gegenüber allen staatlichen Verwaltungsorganen exklusiv auszeichnet.⁶⁰⁴ Das partizipatorische Mandat schafft ein Recht zur Aufgabenbegründung, hat somit eine „staatsaufgabenrechtliche Bedeutung“. ⁶⁰⁵ Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG enthält dabei keine umfassende „Aufgabenverstaatlichung“, sondern umreißt „nur den Kreis der potentiellen kommunalen Selbstverwaltungsaufgaben“ Die Gemeinde und in 2. Linie der staatliche Gesetzgeber aktualisieren die einzelne Aufgabe als kommunale bzw. staatliche. „In dieser primär der Gemeinde zustehenden Entscheidung über die Kommunalisierung einer Aufgabe des örtlichen Wirkungskreises realisiert sich gerade die demokratische Teilhabe der Bürger an der Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft.“⁶⁰⁶

c Herrschende Interpretation

Die herrschende Interpretation der kommunalen Selbstverwaltung bewegt sich zwischen den beiden beschriebenen Polen der reinen Staatsorganisationslehre und der auf grundrechtliche Selbstbestimmung gegründeten bürgerzentrierten Sichtweise. Sie sieht in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG eine unmittelbare Grundlage für gemeindliches Handeln und weist ihr damit einen legitimen Handlungskreis zu, der auch die Beziehung der Gemeinde zu ihren Bürgern umfasst. Sie beharrt aber auf der Qualifizierung der Gemeinde als einer staatlichen Verwaltungsinstanz. Die Gemeinde ist danach ein Organisationstyp der mittelbaren Staatsverwaltung, der zur Erledigung von Verwaltungsaufgaben eingerichtet wurde.⁶⁰⁷ Ihr ist ein Entscheidungsbereich zugewiesen, den sie auf Basis eigenständiger Willensbildung und unabhängig von staatlichen Vorgaben ausfüllen kann.⁶⁰⁸ Ähnlich stellen andere Autoren auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung von zugewiesenen Angelegenheiten ab, die begleitet von staatlicher Aufsicht von den Gemeinden eigenverantwortlich wahrgenommen werden.⁶⁰⁹

Im Ergebnis umfasst der von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG eröffnete Handlungsraum der Gemeinde sowohl nach der bürgerzentrierten Variante wie nach der herrschenden Auffassung Regelungen, die das Verhältnis der Gemeindeverwaltung zu den Gemeindebürgern betreffen. Demnach bildet die Verfassung grundsätzlich eine mögliche unmittelbare

⁶⁰⁴ „Während die hierarchisch aufgebaute staatliche Verwaltung, wenn auch über das Parlament und die Regierung demokratisch legitimiert, gleichsam über den Bürgern steht und von oben her anordnet, wird die Kommunalverwaltung unmittelbar durch die Bürgerschaft der Gemeinde bestimmt.“ Maurer a.a.O. S. 1040.

⁶⁰⁵ Hellermann S. 142.

⁶⁰⁶ Hellermann a.a.O.

⁶⁰⁷ Burgi 2019 § 2 Rdnr. 7f; Frotischer S. 142.

⁶⁰⁸ Oebbecke 2003 S. 369.

⁶⁰⁹ Sog. Juristischer Selbstverwaltungsbegriff, vgl. v. Münch/Kunig/Ernst GG Art. 28 Rdnr. 71; ähnlich Schwarz in v. Mangoldt Rdnr. 132 zu Art. 28 GG.

Grundlage für die Einrichtung und den Betrieb des Findungsverfahrens. Dieser Frage soll nun weiter nachgegangen werden.

2 Eigenständiger gemeindlicher Legitimationsmodus

Die Gemeinde weist im Vergleich zu den anderen Gebietskörperschaften Bund und Länder einige Spezifika auf. So sind die Gemeinden territorial und personal von deutlich kleinerem Zuschnitt. Diese Überschaubarkeit führt zu einem deutlich höheren Grad an „Problembetroffenheit“⁶¹⁰. Der nahe örtliche Bezug der Mitglieder bietet zugleich die Chance zur selbstbestimmten Teilnahme am örtlichen Geschehen. Daher liegt es nahe, für die Gemeinden einen relativ offenen Legitimationsmodus anzuwenden, der diesen lokalen Besonderheiten Rechnung trägt.⁶¹¹ So wäre es denkbar, Mitentscheidungsrechte der Bürger als einen eigenständigen Legitimationsmodus neben der erforderlichen Legitimation aus Art. 20 Abs. 2 GG anzuerkennen. In beiden Fällen geht es um die Legitimation von Herrschaft.⁶¹² Wegen der daraus entstehenden Konkurrenz und der damit verbundenen Gefahr, dass der klassische Legitimationsmodus dadurch beschädigt wird, dass sich bürgerschaftliche Entscheidungen tendenziell **gegen** die Entscheidungen der gemeindlichen Organe richten, wird dieser zusätzliche Legitimationsmodus weitgehend abgelehnt.⁶¹³ In unserem Fall greift dieser Einwand zwar nicht, weil es hier das -für direktdemokratische Bürgerentscheidungen typische- Gegeneinander nicht gibt. Der zentrale Einwand von Rechtsprechung und h.M. ist jedoch ein anderer.

3 Monistischer Legitimationsmodus

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum Ausländerwahlrecht eine in diesem Sinne eigenständige Legitimation der Gemeinde abgelehnt und auf einer für Bund, Länder und Gemeinden einheitlichen Legitimation staatlicher Hoheitsgewalt durch Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG bestanden.⁶¹⁴ So wie das Staatsvolk ist auch das Gemeindevolk im Sinne von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG das allein bestimmende Legitimationssubjekt. Die unbestimmte Allgemeinheit der Gemeindebürger und -einwohner stellen ein Teilvolk dar, das wegen seiner

⁶¹⁰ Henneke/Ritgen DVBl 2007,1259.

⁶¹¹ So war die Einführung des kommunalen Ausländerwahlrechts in Schleswig-Holstein von der Idee getragen, den ausländischen Mitgliedern, die von gemeindlichen Entscheidungen wie andere Mitglieder betroffen sind, ein Mitentscheidungsrecht einzuräumen.

⁶¹² Vgl. Schmidt-Aßmann 1991 S. 374.

⁶¹³ Schmidt-Aßmann a.a.O.

⁶¹⁴ BVerfGE 83,37-55f.; ebenso BVerfGE 83,60-75-; Schmidt-Aßmann 1991 S. 368f.

Strukturgleichheit mit dem Staatsvolk eine vergleichbare Legitimation vermitteln kann.⁶¹⁵ Die überwiegende Literaturmeinung ist dem BVerfG gefolgt.⁶¹⁶

Trotz unterschiedlicher Akzente lässt sich diese Position in etwa so formulieren: Die Idee der Aktivierung von Gemeindebürgern für die Belange ihrer Gemeinde ist als solche in der Verfassung präsent. Die Realisierung dieser Idee ist jedoch dem (Landes-)Gesetzgeber aufgegeben. Eine verfassungsunmittelbare Ermächtigung der gemeindlichen Organe zur verbindlichen Einbeziehung bürgerschaftlicher Mitentscheidungen gibt es nicht. Insbesondere lassen sich solche Rechte der Gemeinde nicht aus dem Demokratieprinzip ableiten.⁶¹⁷ Verfassungsrechtlich gibt es eine Gemeinsamkeit zwischen Demokratie und kommunaler Selbstverwaltung nur in ihren geistesgeschichtlichen „Tiefenschichten“, aber nicht in ihren verfassungsrechtlichen Ausprägungen. Bürgerbeteiligung ist demnach nur außerhalb von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG relevant als „Vorformung“ politischen Willens im gesellschaftlichen Bereich. Die partizipative Funktion der kommunalen Selbstverwaltung hat keine Bedeutung für das Verhältnis zwischen Gemeinde und Gesellschaft.

Soweit das verfassungsrechtliche Selbstverwaltungsprinzip von Teilen der Literatur auf die Partizipation von Betroffenen gestützt wird,⁶¹⁸ könnte man erwarten, dass auf dieser verfassungsrechtlichen Basis Mitentscheidungsrechte der Bürger legitimiert werden könnten. So konsequent wird der Grundsatz der Betroffenenmitwirkung jedoch nicht verfolgt. „Besonderen Bevölkerungsgruppen“ als Betroffenen wird keine „Bestimmungsgewalt“ eingeräumt, weil damit eine Schwächung des „zentralen politischen Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses“ verbunden wäre.⁶¹⁹

Die Verfassung hat also nach der herrschenden Auffassung die Frage der Bürgerbeteiligung so entschieden, dass die Beteiligung der Bürger an Hoheitsakten a) nur mittelbar, nämlich vermittelt über Wahlen und Abstimmungen gem. Art. 28 Absatz 1 Satz 2 GG und b) daher nur als verfasste Gesamtheit aller Bürger möglich ist. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG kennt nur den Wahl- und Abstimmungsbürger, den einzelnen oder eine Gruppe von Aktivbürgern (außerhalb von Wahlen und Abstimmungen aktiv) kennt sie nicht, daher kann sie auch keine Rechte solcher Aktivbürger regeln. Solche Aktiv-Bürgerrechte dürfen nur die Wahlbürger mittelbar einräumen. Und zwar nicht die Gemeinde-Wahl-Bürger, sondern die Wahl-Bürger des Gliedstaates. Denn auch die demokratisch-legitimierten Ge-

⁶¹⁵ Böckenförde 2004 Rdnr. 31f.

⁶¹⁶ Dürig/Herzog/Scholz/Mehde, 100. EL Januar 2023, GG Art. 28 Abs. 1 Rn. 88ff; Püttner Rdnr. 12.

⁶¹⁷ Schmitt-Gläser 1973 S. 222; Frotscher S. 144f.

⁶¹⁸ So ausdrücklich insbesondere Hendler 2008 Rdnr. 28ff.

⁶¹⁹ Hendler 2008 Rdnr. 57.

meinde-Organen dürfen Beteiligungsrechte nur nach Maßgabe der landesherrlichen Gemeindeordnung einräumen. Im Ergebnis lassen sich unmittelbar aus der Verfassung keine Rechte von gemeindlichen Aktivbürgern herleiten. Der verfassungsrechtliche Inhalt der bürgerschaftlichen Partizipationsidee besteht auch nicht in irgendeiner Verpflichtung zur Einräumung von Bürgerbeteiligungsrechten, sondern allenfalls in der (passiven) Rechtfertigung von Gesetzen, die solches tun.

Auf dieser Linie bewegen sich auch die Urteile, die sich mit der gemeindlichen Einräumung von Beteiligungsrechten befassen. Danach liegt ein wesentliches Kriterium darin, ob die Beteiligung nur konsultativen Charakter hat oder ob den Bürgern ein Mit- oder gar Letztentscheidungsrecht eingeräumt wird. Nur im letzten Fall ist nach der h.M. eine gesetzliche Grundlage erforderlich, weil die Bürger damit Staatsgewalt ausüben.⁶²⁰

Entgegen einem alltagssprachlichen Verständnis verlangt die Rechtsprechung für die Qualifizierung als Mitentscheidung keinen **inhaltlichen** Beitrag der Bürger, der in die Entscheidung der Gemeinde als Teilelement aufgenommen wird. Sie sieht als wesentlich und ausreichend an, dass Bürgern überhaupt eine Entscheidungsmacht eingeräumt wird. So hat das VG Schleswig schon in der Ermöglichung von Bürgerfragen während einer Sitzungspause der Gemeindevertretung eine rechtlich relevante „Einflussmöglichkeit an den Entscheidungen“ dieser Vertretung gesehen.⁶²¹ Eine Entscheidung des VGH Kassel betraf u.a. eine gemeindliche Satzungsbestimmung, wonach die Gemeinde innerhalb von 6 Wochen keine abschließende Entscheidung über den Verhandlungsgegenstand der Bürgerversammlung treffen darf. Den Mitentscheidungscharakter sah das Gericht darin, dass „Entscheidungsspielräume der demokratisch legitimierten Organe oder Organwalter eingeschränkt werden.“⁶²² Damit liegt das Gericht auf einer Linie mit der Rechtsprechung des BayVerfGH, der ganz zentral auf die mögliche Beeinträchtigung der „Funktionsfähigkeit der Organe und Verwaltungen“ und die Gefahr der „Aushöhlung ihrer Stellung und die Lähmung ihrer Tätigkeiten“ abgestellt hat, in seinem Fall durch eine Vorverlagerung der Sperrwirkung eines Bürgerbegehrens auf die Phase der Unterschriftensammlung.⁶²³

⁶²⁰ Erbguth S. 121.

⁶²¹ NVwZ 1986,1053.

⁶²² NVwZ 2022,575; kritisch zur Entscheidung der Vorinstanz mit Recht Wegrich/Bäuerle KommJur 2018,403f.

⁶²³ NVwZ-RR 2000,738.

IV Vorhandene gesetzliche Grundlagen?

Das monistische Legitimationsmodell verlangt demnach ein parlamentarisches Gesetz als Grundlage des Findungsverfahrens. Es liegt nahe, in den Vorschriften der Gemeindeordnungen nach einem entsprechenden Gesetz zu suchen.

1 Verfahrensvorschriften in den Gemeindeordnungen

Denkbar wäre, eine gesetzliche Grundlage in den Verfahrensvorschriften der Gemeindeordnungen zu finden. Doch befassen sich diese Vorschriften vorwiegend mit der inneren Organisation der Gemeindeverwaltung und der Ausübung der Geschäftsleitungsgewalt. Diese Vorschriften verfolgen den Zweck, „die Funktionsfähigkeit des gemeindlichen Verwaltungshandelns und den Kernbereich organschaftlicher Tätigkeitsbefugnisse zu wahren.“⁶²⁴ Sie enthalten außer den ausdrücklich geregelten Formen der Bürgerbeteiligung (dazu unten) keine spezifischen Bestimmungen über Ablauf und Inhalt eines gemeinsamen Findungsverfahrens mit Vertretern einer aktiven Bürgerschaft.

Die Gemeinde darf in Ausübung ihrer Organisationshoheit den internen Willensbildungsprozess der Gemeinde nach ihren Vorstellungen gestalten.⁶²⁵ Darin eingeschlossen ist auch die Einbeziehung von Bürgern z.B. durch Bildung von beratenden Gremien. Damit wird auch eine aktivierend-demokratische Funktion erfüllt. Über diese Beteiligungsformen werden Beiträge von Bürgern zu einem gemeindlichen Entscheidungsprozess geliefert. Insofern entspricht dies der Struktur im Verwaltungsverfahrensrecht und unterscheidet sich damit von unserem Kooperationsverfahren. Das hier in Rede stehende gesellschaftliche Bürgerengagement kann nicht Objekt der innergemeindlichen Organisationshoheit sein. Die Bürger werden nicht primär als Träger von Sonderwissen und wegen ihrer Sachnähe einbezogen, um die Richtigkeit der exekutiven gemeindlichen Entscheidung zu sichern, sondern den Bürgern wird in dem Findungsverfahren (auch) ein öffentliches Forum geboten, in dem sie ihr eigenes, originäres Anliegen darstellen sollen.⁶²⁶

2 Analoge Anwendung der Vorschriften über direkt-demokratische Verfahren

Die plebiszitären Verfahren sind in den Gemeindeordnungen in der Regel zweistufig gestaltet. Dem Bürgerentscheid geht ein Bürgerbegehren voraus. Kommunalrechtlich betrachtet ist das Bürgerbegehren lediglich ein Antrag auf Einleitung eines Bürgerent-

⁶²⁴ VGH Kassel NVwZ-RR 2004,282; OVG Münster NVwZ-RR 1997,110.

⁶²⁵ dazu Herbert NVwZ 1995,1056 und Wegrich/Bäuerle KommJur 2018,404.

⁶²⁶ Augsberg (S. 361) weist zu Recht darauf hin, dass demokratische Prozesse nicht durch „expertokratische Strukturen“ abgelöst werden können.

scheids.⁶²⁷ Das Bürgerbegehren wiederum gliedert sich in ein Einleitungsverfahren, welches mit der Einreichung des Antrags endet. Ihm schließt sich der Verfahrensabschnitt an, in dem über die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens entschieden wird.

a Einleitungsverfahren zum Bürgerbegehren

Das Einleitungsverfahren weist phänomenologisch viele Gemeinsamkeiten mit dem Findungsverfahren auf. Beide entstehen aus der Mitte der lokalen Gesellschaft. Für beide Verfahren gibt es keinen klar definierten Anfang. In beiden Fällen geht es um die Formulierung und Begründung eines kommunalpolitischen Ziels. Und auch während des Einleitungsverfahrens zu einem Bürgerbegehren kann die Gemeinde jederzeit auf die Bürger zugehen und ein kooperatives Findungsverfahren vorschlagen. Ebenso können die Bürger jederzeit die Einleitungsphase abbrechen und das Vorhaben aufgeben oder in eine Kooperationsbeziehung mit der Gemeinde treten. Die Beendigung ist an keinerlei Formalien gebunden, sie ist Ausfluss staatsbürgerlicher Freiheit. Einen rechtlich formal relevanten Status erhält das Bürgerbegehren erst mit der Einreichung des Antrags mit den dazu erforderlichen Unterlagen.

Eine analoge Anwendung der Vorschriften über das Einleitungsverfahren auf das Findungsverfahren scheitert trotz der Gemeinsamkeiten schon daran, dass die Gemeindeordnungen über das Einleitungsverfahren als solches allenfalls punktuelle Regelungen enthalten.⁶²⁸ Sie befassen sich im Wesentlichen mit den notwendigen **Ergebnissen** des Verfahrens, um als Bürgerbegehren zugelassen werden zu können. Es mangelt daher schon an einer analogiefähigen gesetzlichen Regelung des **Verfahrens**.

Auch die Volksgesetzgebung nach bayerischem Recht ist zweistufig gegliedert in die Phase des Volksbegehrens und diejenige des Volksentscheids. Das BVerfG hat sich in einem Verfahren über die bayerische Volksgesetzgebung mit der uns interessierenden Frage auseinandergesetzt, ob einer Gruppe von (direktdemokratisch) aktiven Bürgern ein verfassungsrechtlicher Status zuerkannt werden kann. Ein solcher Status würde mehr bedeuten als die Summe der individuellen staatsbürgerlichen Aktivrechte. Für die Unterzeichner eines Volksbegehrens hat das Gericht festgestellt: „Das so ausgestaltete Gesetzesinitiativrecht der Gruppe der Unterzeichner des rechtsgültigen Volksbegehrens unterscheidet sich von den politischen Individualrechten jedes einzelnen zu dieser Gruppe gehörenden

⁶²⁷ Z.B. Art. 18a Abs. 1 BayGO: Die Gemeindebürger können über Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde einen Bürgerentscheid beantragen (Bürgerbegehren).

⁶²⁸ Art. 18a Abs. 17 Satz 2 BayGO z.B. enthält als einzige ausdrückliche Regelung, dass das Recht auf freies Unterschriftensammeln nicht eingeschränkt werden darf.

Aktivbürgers. Es berechtigt die Gruppe als solche und beruht auf einer Kompetenz, die das positive Recht zuordnet und inhaltlich begrenzt. Zugleich verleiht es der Gesamtheit der Träger des erfolgreichen Volksbegehrens eine Funktion im Verfassungsleben und bezieht sie insoweit in die Organisation des Staates ein.⁶²⁹ Vergleicht man das kommunalrechtliche Einleitungsverfahren eines Bürgerbegehrens mit dem Volksgesetzgebungsverfahren, so ist sein staatliches Gegenstück das Verfahren zur Zulassung eines Volksbegehrens.⁶³⁰ Mit Blickrichtung auf die Gruppe der Unterzeichner eines solchen Zulassungsantrags hat das BVerfG in der zitierten Entscheidung⁶³¹ ausdrücklich offen gelassen, ob auch dieser Gruppe eine Funktion im Verfassungsleben zukommt „oder ob die Stimmberechtigten in diesem Stadium der Einleitung eines Volksgesetzgebungsverfahrens nur ihre Individualrechte aus dem status activus verwirklichen.“⁶³²

Welche Schlussfolgerungen können aus diesem Urteil gezogen werden? Eine analoge Anwendung der Verfahrensvorschriften aus dem Bay LWG kommt nicht in Frage. Ebenso wie im Kommunalrecht mangelt es auch hier an analogiefähigen Verfahrensregelungen. Darüber hinaus ist mit dem Volksgesetzgebungsverfahren ein außerkommunaler Kontext angesprochen, in dem gerade die Aspekte der Nähe, der Überschaubarkeit, der Selbsthilfemöglichkeiten, etc keine herausgehobene Rolle spielen. Gleichwohl hat das Urteil insofern eine gewisse Signalwirkung, als es die Anerkennung einer gesellschaftlich verankerten, politisch aktiven Bürgergruppe als Teil des Verfassungslebens nicht von vornherein ausschließt. Man könnte die Ideen und Beiträge der Bürger für ein SÖ-Projekt durchaus als eine qualifizierte Form der Beteiligung ansehen, die über die typische Betätigung im status activus wie sie z.B. die Teilnahme an einer Wahl oder Abstimmung darstellt, hinausgeht. Insbesondere weil ihr Engagement eine hohe und anspruchsvolle konzeptionelle und organisatorische Vorarbeit verlangt, die den Ansprüchen an die Formulierung und Umsetzung eines Bürgerbegehrens nicht nachsteht.⁶³³

b Verständigungsverfahren nach erfolgreichem Bürgerbegehren

Es stellt sich die weitere Frage, ob die Regelung des **Verständigungsverfahrens** nach erfolgreichem Bürgerbegehren analog auf das kooperative Findungsverfahren angewendet werden kann. Mit der gemeindlichen Zulassung entfaltet das Bürgerbegehren nach den meisten Gemeindeordnungen Schutzwirkungen gegenüber der Gemeindeverwaltung: In

⁶²⁹ BVerfGE 96,231-240f.

⁶³⁰ In Bayern geregelt in Art. 63 BayLWG.

⁶³¹ Und ebenso in der Entscheidung E 60,175-202-.

⁶³² BVerfG 96,231- 241-.

⁶³³ vgl Thaysen S. 13f.

Form einer Sperrfrist, innerhalb derer abweichende Entscheidungen der Repräsentativorgane der Gemeinde verboten sind. Die Gemeinde hat die Wahl, ob sie ein zugelassenes (initiiertes) Bürgerbegehren unverändert übernimmt, ein eigenes Ratsbegehren⁶³⁴ startet oder einen Versuch unternimmt, mit den Initiatoren des Bürgerbegehrens eine Verständigung zu finden. Wie oben dargestellt⁶³⁵ ist dieser Weg in der Praxis nicht selten.

Dafür spricht, dass in beiden Fällen die Gemeinde prüfen muss, ob es sich überhaupt um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft handelt, so dass eine Rechtmäßigkeitskontrolle sichergestellt ist. Für das Verfahren selbst ist die Gemeinde zur objektiven Information auch über die Position der Bürger verpflichtet⁶³⁶, so dass eine gewisse Verfahrensfairness garantiert ist. Dagegen spricht jedoch entscheidend, dass dem Kompromiss-Verfahren nach erfolgreichem Bürgerbegehren ein formaler Akt demokratischer Willensbildung auf Basis eines gesetzlich zugelassenen Verfahrens zu Grunde liegt. Seine Qualität bezieht er aus der Erfüllung des gesetzlichen Quorums, das eine Resonanz in der lokalen Bürgerschaft indiziert,⁶³⁷ sowie aus der Einhaltung gesetzlicher vorgeschriebener Vorgaben (z.B. Begründung, Frage-Formulierung, Kostendeckungsvorschlag, Bestimmung von Vertrauensleuten, Sammlung von Unterschriften), die eine gewisse verwaltungsmäßige Handlungsweise und eine organisatorische Verfestigung sichern. Weil dem Findungsverfahren die genannten formalen demokratischen und organisatorischen Qualitäten fehlen, lässt sich ein Analogieschluss nicht rechtfertigen.

Dieses Ergebnis wird durch eine jüngere Kammer-Entscheidung⁶³⁸ des BVerfG in der Tendenz bestätigt. Dort hat das Gericht -in Übereinstimmung mit den meisten Oberverwaltungsgerichten- den Vertrauensleuten eines zugelassenen Bürgerbegehrens organschaftliche Funktionen zuerkannt.⁶³⁹ Nach der Jellinekschen Klassifikation erhalten sie dadurch einen status activus.⁶⁴⁰ Sie werden der gemeindlichen Seite zugeschlagen, damit verbunden ist eine Schwächung des plebiszitären Elements.⁶⁴¹ Zwar gibt es auch Überlegungen, diesen Schutz vor den gesetzlich angeordneten Zeitpunkt der Zulassung des Bürgerbegeh-

⁶³⁴ In den Ländern, in denen es zugelassen ist wie z.B. in Art. 18a Abs. 2 BayGO.

⁶³⁵ Vorbemerkung zu Teil 2 „Findungsverfahren“.

⁶³⁶ In einigen Ländern gesetzlich vorgeschrieben, so z.B. in Bayern in Art. 18a Abs. 14 und 17. (Unterschriftensammlung)

⁶³⁷ Röhl Rdnr. 129.

⁶³⁸ NVwZ 2019, 64.

⁶³⁹ Zustimmend auch Neumann Rdnr. 49.

⁶⁴⁰ Jellinek S. 140.

⁶⁴¹ Roth NVwZ 2019, 1421ff mit umfangreichen Nachweisen.

rens auszudehnen⁶⁴², doch ist eine entsprechende Anwendung auf allgemeine Betätigungen aktivbürgerlicher Art ohne gesetzliche Regelung ausgeschlossen.

Fazit: Die gesetzlichen Vorschriften über direktdemokratische Verfahren lassen sich auf das Findungsverfahren nicht analog anwenden.

§ 5 Kritische Betrachtung der herrschenden Interpretation bürgerschaftlicher Mitentscheidung

I Demokratie und Selbstverwaltung

Es ist zutreffend, dass auf eine demokratische Legitimation für gemeindliche Hoheitsakte nicht verzichtet werden kann. Es ist auch zutreffend, dass es Unterschiede gibt zwischen der staatsrechtlichen Konzeption von Demokratie als egalitäre, distanzierte und auf das gesamte Volk bezogene Herrschaftsform und der Idee der Selbstverwaltung, die auf unmittelbare Beteiligung von Bürgern, individuell oder als Gruppe, und auf bürgerschaftliches Engagement setzt.

Aber selbst wenn man ausschließlich die Legitimation durch das Wahlvolk als ausreichenden Legitimationsmodus anerkennt, stellt sich die Frage, warum den demokratischen Wahlen auf Gemeinde-Ebene, die ja nach übereinstimmender Auffassung wegen der Anforderungen aus Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG gleichwertig sind gegenüber Wahlen auf Bundes- oder Landesebene, eine Legitimationswirkung im Hinblick auf die gemeindliche Einräumung von rechtlich relevanten Formen der Bürgerbeteiligung abgesprochen wird.⁶⁴³ Weil dafür nach h.M. ein parlamentarisches Gesetz notwendig ist, entscheidet nicht das Gemeindevolk über die Einbeziehung der Bürger, sondern das Landesvolk in einer anderen Wahl. Dem gemeindlichen Wahlbürger wird also die Möglichkeit genommen, zumindest mittelbar über die „Partizipationspolitik“ seiner Gemeinde zu bestimmen. Er ist auf seine Eigenschaft als Landesbürger verwiesen, um dort in einer Wahl mit anderen Themen und anderem Personal Einfluss nehmen zu können. Dies entspricht nicht der Idee der „gegliederten Demokratie“, die von jeweils unterschiedlich gestuften Legitimationssubjekten ausgeht, die als zuständig und ausreichend betrachtet werden, um für ihren jeweiligen Wirkungsbe-

⁶⁴² OVG Weimar v. 19.11.2015 Beck RS 2016,48210; siehe dazu auch die oben zitierte Rechtsprechung des BayVerfGH.

⁶⁴³ Die Vernachlässigung der Bedeutung kommunaler Wahlen bezeugt z.B. Schmitt-Gläser 1973 mit seiner ausdrücklichen Bewertung der Wahlen durch das Gemeinde-Teilvolk: „Die Volkswahl ist dabei immer auf die Volksvertretung als zentrale Führungsinstanz bezogen. Alle anderen Organe, und damit auch die Organe der Verwaltung, werden unmittelbar oder mittelbar (über die Regierung) von der Volksvertretung eingerichtet (z. T. auch errichtet) und kontrolliert.“ (S. 212) Er unterschlägt, dass die direkt gewählte Gemeindevertretung ein Organ der Verwaltung ist und damit „Führungsinstanz“.

reich Legitimation vermitteln zu können.⁶⁴⁴ Es sei noch einmal daran erinnert, dass hier die Frage der Mitentscheidung von Bürgern (und nicht der Letztentscheidung), deren Möglichkeit von der Gemeinde selbst freiwillig eingeräumt wird, zur Diskussion steht.

Der BayVerfGH hat in der zitierten Entscheidung die Unzulässigkeit einer vorgelagerten Sperrwirkung, die in der Verfassung selbst (!) angeordnet wurde, damit begründet, dass „sie kleinen Minderheiten schon beim Sammeln der Stimmen für ein Bürgerbegehren Möglichkeiten der Mitbestimmung und Verhinderung eröffnet, die zu einer Aushöhlung der Selbstverwaltung führen können.“⁶⁴⁵ Richtet man den Blick auf den Teil der aktiven Bürgerschaft, der eine gesellschaftliche Initiative verfolgt mit dem Ziel eines Bürgerbegehrens, so lässt sich dieser Teil nicht sinnvoll als Mehrheit oder Minderheit (und schon gar nicht als „kleine Minderheit“) kennzeichnen. Für diese Initiative kommt es überhaupt nicht auf irgendeine quantitative Bemessung an (anders beim zu erreichenden Quorum). Die Einleitungsinitiative kann von 90% der Bürger getragen werden oder von 1 %. Das macht für ihre verfassungsrechtliche Qualifizierung keinen Unterschied. Obwohl das einleitende Initiativ-Verfahren, also das, was man Kampagne nennt wie z.B. die Mobilisierung der Bürger, die Beteiligung der Öffentlichkeit, die Erfindung von Slogans, die Art und Weise der Ansprache der Einwohner, etc. in freier Selbstbestimmung von den Initiatoren bestimmt wird, hat dieses Verfahren gleichwohl eine materielle öffentlich-rechtliche Qualität. Insofern besteht kein Unterschied zum Findungsverfahren, das ebenfalls auf eine freie gesellschaftliche Initiative zurück geht.

Was das Einleitungsverfahren betrifft hat im Übrigen sogar der parlamentarische Gesetzgeber dieses „freie“ Initiativ-Verfahren als notwendigen Bestandteil in ein direktdemokratisches Entscheidungsverfahren eingliedert und es damit zu einem Element direktdemokratischer Willensbildung gemacht. Für die demokratische Qualität dieser Initiative kommt es nicht darauf an, ob das Bürgerbegehren letztlich zum Erfolg führt. Daher liegt der BayVerfGH falsch, wenn er den Initiatoren eine demokratische Legitimation abspricht. Die Verfassung lasse es nicht zu, „die Funktionsfähigkeit der kommunalen Vertretungsorgane durch Minderheiten in Frage zu stellen, denen unter dem Gesichtspunkt der Vorschriften über Bürgerbegehren und Bürgerentscheide noch keine gesicherte Rechtsposition zugewachsen ist.“⁶⁴⁶ Er stellt damit auf die Zulassung des Bürgerbegehrens durch die Gemeindeverwaltung ab. Aber nicht die Gemeindeverwaltung befindet über die gesi-

⁶⁴⁴ Engels S. 182ff; v. Mangoldt/Klein/Starck/Sommermann, 7. Aufl. 2018, GG Art. 20 Rn. 183.

⁶⁴⁵ NVwZ-RR 2000,739.

⁶⁴⁶ BayVerfGH NVwZ-RR 2000,739.

cherte demokratische Rechtsposition, sondern die Verfassung oder der demokratisch berufene Landesgesetzgeber.⁶⁴⁷

II Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Gemeindeorgane

Die Rechtsprechung zu Mitentscheidungsrechten der Bürger ist geprägt von der Befürchtung, dass diese Rechte die Funktionsfähigkeit der berufenen Gemeindeorgane beeinträchtigen. Dabei erlauben die verwaltungsgerichtlichen Urteile eine solche Beeinträchtigung, sofern sie durch Gesetz (in der Gemeindeordnung) erfolgt. Daraus muss man schließen, dass die befürchtete Lähmung von der Verfassung zumindest im Grundsatz hingenommen wird. Ansonsten wären die üblichen gesetzlichen Sperrfristen nach einem erfolgreichen Bürgerbegehren auch verfassungswidrig. Schließlich bedingt jede Art von zugelassenem Widerspruch oder Einspruch gegen eine Verwaltungsentscheidung zumindest eine Unterbrechung des Verwaltungsablaufs. Dies ist eine unausweichliche und gewollte Folge von Widerspruch.

Eine besondere Pointe liegt in unserem Fall darin, dass es die gemeindlichen Organe selbst sind, die ihre „Funktionsfähigkeit“ durch Einräumung von Bürgerrechten gefährden. Die Rechtsprechung zeugt daher von einem hohen Misstrauen in die Entscheidungsfähigkeit der demokratisch legitimierten Organe und weist insofern starke paternalistische Tendenzen auf.

Dabei soll nicht bestritten werden, dass Konstellationen denkbar sind, in denen eine unverhältnismäßige oder sachwidrige Einschränkung der Gemeindeverwaltung durch die Einräumung von Mitentscheidungsrechten zu befürchten ist. Kann das gemeinschaftliche Findungsverfahren auch vergleichbare einschränkende Wirkungen auf die gemeindlichen Organe bzw. Organwalter auslösen?

Wir gehen davon aus, dass dieses Verfahren beiden Seiten gleiche Chancen zur Teilhabe bietet und sich beide Seiten auf ein öffentliches und transparentes Verfahren verständigen. Wir gehen auch davon aus, dass die Letztentscheidung allein den gemeindlichen Organen zusteht.⁶⁴⁸ Um die Offenheit des Verfahrens zu gewährleisten, ist die Gemeinde aber gehindert, während des Verfahrens durch einseitiges Handeln den Erfolg des Verfahrens zu gefährden. Dabei sind Gefährdungen in zwei Richtungen möglich. Durch Schaffung

⁶⁴⁷ OVG Lüneburg NVwZ-RR 2011,451: „Im Streit um die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens geht es nicht um personale individuelle Rechtspositionen der Bürger, sondern um deren Recht auf Teilhabe an der innergemeindlichen Willensbildung und Entscheidungsfindung, das ihnen nicht um ihrer selbst Willen, sondern zum Wohl der Gemeinde übertragen worden ist.“

⁶⁴⁸ siehe oben § 3 III.

vollendeter Tatsachen gefährdet sie den Erfolg des bürgerschaftlichen Vorhabens oder sie präjudiziert diesen Erfolg, indem sie die zuständigen gemeindlichen Organe überspielt.

Nach der zitierten Rechtsprechung über die Gefährdung der Funktionsfähigkeit gemeindlicher Organe ist die Gefährdungsschwelle sehr niedrig anzusetzen.⁶⁴⁹ Sie könnte danach schon in Verfahrensschritten gesehen werden, die eine verfahrensinterne Bindung erzeugen, wie z.B. in Besprechungen erfolgten Abstimmungen und Zusagen. Einer solchen Befürchtung ist die Tatsache entgegen zu halten, dass derartige Verfahrensschritte unumgänglich sind und ihnen insoweit keine unzulässige Bindung unterstellt werden kann. Das BVerwG hat in seiner Flachglas-Entscheidung am Fall eines gemeindlichen Planungsprozesses deutlich gemacht, dass verfahrensmäßige Vorentscheidungen unvermeidlich sind. „Es kann ernstlich keine Meinungsverschiedenheit darüber geben, daß insbesondere bei Projekten einer bestimmten Größenordnung häufig nicht alle Entscheidungen - im Sinne einer Erhaltung voller planerischer Freiheit - bis zur abschließenden Abwägung zurückgestellt werden können.“ Entscheidend ist, dass die abschließende Entscheidung auf dem Boden einer möglichst breiten Beteiligung getroffen wird und diese Beteiligung nicht den Charakter einer „funktionslosen Förmlichkeit“ hat.⁶⁵⁰ Unter Beachtung dieser Maßstäbe können in verfahrensinternen „Präjudizien“ keine Gefährdungen der Funktionsfähigkeit der Gemeindeorgane gesehen werden.

Eine vergleichbare Situation der ggf. unzulässigen Einschränkung der Handlungsfreiheit von Verfassungsorganen findet sich bei der Einsetzung von sog. Bürgerräten. Dabei handelt es sich um eine Versammlung von zufällig ausgewählten Bürgern, die auf Anforderung von legislativen oder exekutiven Instanzen zu bestimmten politischen Problemstellungen Empfehlungen abgeben.⁶⁵¹ Hier stellt sich das Problem, wann die Grenze vom rein konsultativen Charakter der Bürgerrat-Entscheidungen zur Ausübung von Staatsgewalt überschritten wird. So wird die Frage aufgeworfen, ob eine Verpflichtung des Parlaments, die Ergebnisse eines Bürgerrats zu beraten, eine unzulässige Bindung durch ein nicht legitimes Gremium beinhaltet.⁶⁵² Bei der Antwort wird man differenzieren müssen: Werden die Bürger thematisch und zeitlich begrenzt um ihren Beitrag zur gemeinsamen Willensbildung im Rahmen der Sachentscheidung gebeten, so ist ein konsultativer Charakter anzunehmen. Dies gilt gerade dann, wenn ein Parlament sich dieses Beratungsinstrument bedienen will. Es wäre widersinnig, wenn die Volksvertretung die Bürger um einen

⁶⁴⁹ Dazu kritisch Schoch S. 189.

⁶⁵⁰ BVerwG Urteil vom 5.7.1974 juris Rdnr. 47.

⁶⁵¹ Vgl. die Definition von Pfeffer/Sahl ZRP 2021,153.

⁶⁵² Weber F. S. 263.

Beitrag zur Willensbildung bittet und sich nicht gleichzeitig dazu verpflichtet, diesen Beitrag im Parlament zu behandeln. In diesem Sinne hat der Deutsche Bundestag im Rahmen der Einsetzung eines Bürgerrats „Ernährung im Wandel: Zwischen Privatangelegenheit und staatlichen Aufgaben“ beschlossen, dass zum abschließenden Bericht des Bürgerrats in erster Beratung eine Aussprache stattfindet.⁶⁵³ Auch wenn das Findungsverfahren nicht von der hoheitlichen Seite, sondern von der lokalen Bürgerschaft initiiert wird, hat es eine thematisch und zeitlich eingegrenzte konkrete Sachentscheidung als Gegenstand der kooperativen Willensbildung.

Wird dagegen eine abstrakte Festlegung derart getroffen, dass Entscheidungen von Bürgerräten den Charakter von Gesetzesinitiativen haben, die zwingend zu behandeln sind, so würde damit einer nicht-repräsentativen Einrichtung die Ausübung von Staatsgewalt eingeräumt. Dies ließe sich ohne Verfassungsänderung nicht realisieren.⁶⁵⁴

Für unsere Themenstellung ist im Übrigen die Tatsache aufschlussreich, dass der Bundestag die Einsetzung des Ernährungs-Bürgerrats nicht etwa durch Gesetz, sondern durch einfachen Mehrheitsbeschluss herbeigeführt hat.⁶⁵⁵ Daraus lässt sich schließen, dass er nicht als Gesetzgeber gehandelt hat, sondern im Rahmen seines Rechts zur Selbstorganisation, indem er sich selbst ein Beratungsgremium geschaffen hat. Daher liegt es nahe, auch dem demokratisch legitimierten Gemeinderat ein vergleichbares Recht nicht vorzuenthalten.

III Gemeindliches Handeln als Staatshandeln

Der einseitigen Fokussierung auf den für Staatshandeln typischen Legitimationsmodus aus Art. 20 Abs. 2 GG entspricht die eingeschränkte Wahrnehmung gemeindlichen Handelns als bloßes Staatshandeln. Der Bezug zur örtlichen Gemeinschaft aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG geht dabei tendenziell verloren. Denn die örtliche Gemeinschaft wird aus dieser Sicht als eine gesellschaftliche Erscheinung verstanden, die dem außerrechtlichen politischen Raum zugeordnet wird. Die politische Idee der Selbstverwaltung bietet nur den Hintergrund für den juristisch ausschlaggebenden verwaltungsorganisatorischen Begriff der Selbstverwaltung.⁶⁵⁶ Diejenigen, die neben der Gemeindeverwaltung die örtliche **Gemeinschaft** ausmachen, werden nicht als notwendige Mit-Gestalter kommunaler Selbstverwaltung betrachtet. Wie oben bereits ausgeführt ist das Verhältnis zwischen Gemeindever-

⁶⁵³ Drucksache 20/6709.

⁶⁵⁴ Weber F. a.a.O.

⁶⁵⁵ Siehe die erwähnte Drucksache 20/6709.

⁶⁵⁶ Burgi 2003 S. 414.

waltung und Bürgern nach Auffassung einiger Autoren überhaupt kein Gegenstand von Art. 28 Abs.2 Satz 1 GG, nach überwiegender Auffassung ist es kein unmittelbarer Gegenstand verfassungsrechtlicher Regelung, sondern bedarf zusätzlich der gesetzlichen Regelung. Hufen betont dagegen zu Recht den Charakter der kommunalen Selbstverwaltung: "Sie ist sozusagen gemeinsame Ausübung von Freiheit, nicht Bedrohung von Freiheit, die nur durch eine gesetzliche Grundlage zu legitimieren wäre."⁶⁵⁷

Die dargestellte Rechtsprechung, insbesondere diejenige des BayVerfGH, zeugt mit ihrem Insistieren auf der Funktionsfähigkeit der Gemeindeorgane, die sie durch Entscheidungen derselben Organe bedroht sieht, von einer Verabsolutierung staatlicher Verwaltungseffizienz gegenüber „Störungen“ aus der Bürgerschaft. Der BayVerfGH lässt in der zitierten Entscheidung nicht einmal eine Bestimmung in der **Verfassung** zu, die Bürgern ein verwaltungshemmendes Mitgestaltungsrecht einräumt.

Damit kappt die herrschende Auffassung auch die Wurzeln, aus denen die kommunale Selbstverwaltung entstanden ist. Die genossenschaftliche Idee stand und steht für eine Organisation, die eine Einheit von Handelnden und Betroffenen realisiert⁶⁵⁸. Dabei soll hier Betroffenheit nicht in dem Sinne verstanden werden, wie der Begriff zur Kennzeichnung eines allgemeinen Selbstverwaltungsprinzips verwendet wird. Dort wird er aus der Sicht der Gemeindeverwaltung verwendet: die Bürger als Betroffene von gemeindlichen Entscheidungen. Damit wird die „Opfer“- Rolle betont, während hier die aktive Rolle als betroffener Mitgestalter, als Citoyen hervorgehoben werden soll.

Das Findungsverfahren kann dagegen ein Typus partnerschaftlichen Verwaltungshandelns sein, welches sowohl den rechtsstaatlichen Anforderungen an gemeindliches Staatshandeln wie den berechtigten Belangen bürgerschaftlicher Mitgestaltung gerecht wird.

IV Monistisches Legitimationsmodell

So wie die einseitige Betrachtung gemeindlichen Handelns als störungsfreies Staatshandeln die Konstitutionsbedingungen der örtlichen Gemeinschaft verfehlt, gilt dies ebenso für die Festlegung auf das verfasste Gemeindevolk als alleiniges Legitimationssubjekt.

Eine gute örtliche Gemeinschaft wird jeden Tag, gerade außerhalb von Wahltagen, hergestellt. Sie ist angewiesen auf Beiträge zivilgesellschaftlicher Akteure. Sie bilden den An-

⁶⁵⁷ Hufen 2001 S. 1187.

⁶⁵⁸ siehe oben Abschnitt C Teil 1.

knüpfungspunkt für bürgerschaftliches Engagement, um das Leben in der örtlichen **Gemeinschaft** aufrecht zu erhalten oder zu verbessern.

Gegen das „monistische Legitimationsmodell“⁶⁵⁹ der herrschenden Auffassung ist bereits in anderen Zusammenhängen berechtigte Kritik geäußert worden. So hat Preuß eingewandt, dass das Demokratieprinzip des Grundgesetzes nicht ausschließlich auf die abstrakte Form des allgemeinen Volkswillens begrenzt sei, sondern daneben auch Formen der „bürgerschaftlichen Partizipation als zivilgesellschaftliche, der politischen Sphäre vorgelagerte Freiheitsbetätigung“⁶⁶⁰ zulässt. Als Beleg dienen ihm die praktizierten und anerkannten Formen „öffentlichkeits- und grundrechtsbezogener Grundrechtsausübung“.⁶⁶¹ In dieselbe Richtung geht die Kritik von Trute,⁶⁶² wonach Legitimation nicht auf einer vorgängigen Einheit des Volks, sondern auf sozialer Heterogenität beruhe. Rinken⁶⁶³ beklagt einen dadurch herbeigeführten Verlust an Offenheit und Flexibilität. Bryde⁶⁶⁴ plädiert für die Möglichkeit des einfachen Gesetzgebers, „die von autonomen Verwaltungseinheiten ausgeübte Staatsgewalt als durch Vermittlung des Parlaments ‚vom Volk ausgehend‘ zu verstehen.

Im abschließenden Teil 3 wird ein Vorschlag unterbreitet, der versucht, denjenigen pluralistischen Akteuren, die für das Funktionieren einer örtlichen Gemeinschaft letztlich verantwortlich sind, einen Platz in der Dogmatik -neben dem verfassten Gemeindevolk- einzuräumen.

Teil 3 Die Genese gemeindlicher Aufgaben als Ergebnis eines gemeinschaftsbildenden Kommunikationsprozesses

Wir haben gesehen, dass das bürgerschaftliche Engagement vorwiegend als eine gesellschaftliche Erscheinung gesehen wird, das von außen an die Gemeinde herangetragen wird. Wir haben auch auf die gesellschaftlichen Wurzeln aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft hingewiesen. Nach liberaler Vorstellung ist es am besten, wenn die (örtliche) Gesellschaft selbst ohne gemeindliche Interventionen für eine gut funktionierende lokale Gemeinschaft sorgt. Das Grundgesetz hat aber explizit eine Verantwortung der Gemeinde im Hinblick auf die örtliche Gemeinschaft statuiert. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 ist

⁶⁵⁹ Trute S. 320.

⁶⁶⁰ ZRP 1993,135.

⁶⁶¹ a.a.O.

⁶⁶² Trute S. 321.

⁶⁶³ Rinken S. 47.

⁶⁶⁴ in Staatswissenschaften und Staatspraxis 1994,315

die einzige Vorschrift in der Verfassung, in der explizit eine hoheitliche Verantwortung für einen Prozess gesellschaftlicher Integration festgelegt wird. Das ist insofern bemerkenswert, weil das Grundgesetz in anderen Bereichen auf staatsferne gesellschaftlich-autonome Mechanismen setzt, sei es die Tarifautonomie, sei es die Rundfunk- und Pressefreiheit, sei es die Wettbewerbsfreiheit oder die Freiheit der Kultur. Die Verfassung legt dabei nicht fest, auf welche Art und Weise die Gemeinden ihren Verfassungsauftrag erfüllen sollen, sondern überlässt ihnen dazu einen eigenverantwortlich auszufüllenden universellen Aufgabenkreis. (Damit eingeschlossen ist auch die Möglichkeit der liberalen „Passivität“.)

Wenn es also eine kommunale Mitverantwortung für das Gelingen einer gesellschaftlichen Veranstaltung gibt, kann dieser nur dann entsprochen werden, wenn die Kommune in irgendeiner Weise an dieser Veranstaltung teilnehmen kann. Ihre Teilnahme muss so ausgestaltet sein, dass sie ihren Charakter und ihre Verpflichtungen als Teil der Staatsgewalt nicht abstreifen, sie aber andererseits als Akteur in der Gesellschaft handeln kann. Die Verankerung in der (örtlichen) Gesellschaft ist für die Gemeinden eine alltägliche Tatsache; sie unterscheiden sich darin fundamental von staatlichen Behörden. Nicht zuletzt wegen der deutschen Verfassungstradition, nach der die öffentlichen lokalen Angelegenheiten bei einer örtlichen Verwaltungsinstanz konzentriert werden, ist die Gemeinde im gesellschaftlichen Alltag in den unterschiedlichsten Ausprägungen omnipräsent. Damit verbunden ist eine spezifische Sensitivität gegenüber Problemen, Stimmungen, Konflikten in der lokalen Gemeinschaft.

Mit diesen Feststellungen soll ausgedrückt werden, dass die Funktion der Gemeinde nur dann richtig verstanden werden kann, wenn sie nicht allein als das amtliche Gegenüber der örtlichen Gemeinschaft betrachtet wird, sondern ebenso als Teil dieser örtlichen Gemeinschaft. Im Folgenden soll daher der Versuch unternommen werden, diese Ortsbestimmung näher zu beschreiben. Dazu werden in § 1 allgemeine Aspekte von „Gemeinschaft“ diskutiert, während in § 2 versucht wird, den Prozess der Gemeinschaftsbildung näher zu erfassen.

§ 1 Allgemeine Aspekte der Gemeinschafts-Dimension

I Idealisierung von Gemeinschaft

Das Element der örtlichen Gemeinschaft ist in der zeitgenössischen gemeinde- und verfassungsrechtlichen Betrachtung notorisch unterbelichtet. Als Beleg soll eine Bemerkung von Rennert dienen: Bei den „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ liegt der Akzent

auf „örtlich“ und nicht auf „Gemeinschaft.“⁶⁶⁵ Gelegentlich wird zwar auf das „soziologische Element der Gemeinschaft“ verwiesen,⁶⁶⁶ damit soll aber eher zum Ausdruck gebracht werden, dass die Gemeinschaft kein adäquater Gegenstand verfassungsrechtlicher Bemühungen ist.⁶⁶⁷ In der Tat ist der Begriff der örtlichen Gemeinschaft sehr offen und lädt daher zu entsprechend unbestimmten Begriffsverwendungen ein. Im verfassungsrechtlichen Zusammenhang wird er neben der klassischen Verwendung für Kompetenzzuweisungen (Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft) auch als edukatorische staatspolitische Funktion („Schule der Demokratie“), als Staatsaufbauprinzip („gegliederte Demokratie“) oder als Leitbegriff für ein Effizienzprogramm der Verwaltung („dezentralisierte Aufgabenerfüllung“) verwendet. Auch unterhalb dieser staats-legitimatorischen Kennzeichnung haben die Versuche zur Begriffsklärung der konkreten örtlichen Gemeinschaft oft einen idealisierenden Zungenschlag. Als Beispiel mag die etwas umständliche Definition von v. Mutius dienen: „: „der in einem wirtschaftlich, ökologisch, strukturell gleichförmigen und emotional überschaubaren Raum entstandene Zusammenhang nachbarschaftlicher Verbundenheit von Bürgern gekennzeichnet durch Solidaritätsbedürfnis, Heimatverbundenheit, Integrationsverlangen, Engagementbereitschaft und Partizipationsdrang bei der Gestaltung der unmittelbaren Lebensbereiche“⁶⁶⁸ Damit wird nicht die örtliche Gemeinschaft beschrieben, sondern ein Idealbild gelungener Integration.

Auch das BVerfG hat in mehreren Entscheidungen den Erwartungen an die demokratische Aktivierungskraft der örtlichen Gemeinschaft Ausdruck gegeben. „Die örtliche Gemeinschaft soll nach dem Leitbild des Art. 28 GG ihr Schicksal selbst in die Hand nehmen und in eigener Verantwortung solidarisch gestalten.“⁶⁶⁹ In einer Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde wegen einer Gebietsreform in Niedersachsen hat das BVerfG die (örtliche) Gemeinschaft als Integrations- und Identifikationsobjekt umschrieben: „Die Gemeinden bilden nach dem Willen des Gesetzgebers nicht beliebige dezentrale Verwaltungsuntergliederungen, sondern selbständige Gemeinwesen, die gerade in ihrer Selbstverwaltung auch Selbstgestaltung leisten und darin ihren Bürgern Gegenstand lokaler politischer Identifikation sein wollen und sollen.“⁶⁷⁰

⁶⁶⁵ Rennert in Umbach/Clemens Rdnr. 114 zu Art. 28 GG; die Habilitationsschrift von A. Engels über „Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung“ zeigt im Sachregister weder einen Eintrag zu „Gemeinschaft“ noch zu „örtlicher Gemeinschaft“.

⁶⁶⁶ Ernst in v. Münch Rdnr. 95 zu Art 28 GG; Jannsen S. 135.

⁶⁶⁷ Kritisch auch Maurer/Waldhoff, die aber „noch ein gewisses Gemeinschaftsbewusstsein“ attestieren, Rdnr. 5 zu § 23.

⁶⁶⁸ v. Mutius S.245f.

⁶⁶⁹ BVerfGE 11,266-276-.

⁶⁷⁰ BVerfGE 82,310-314-; ähnlich BVerfGE 107,1-14-.

II Vergesellschaftung/Vergemeinschaftung

Statt idealisierender Beschreibungen dieser Gemeinschaft soll im Folgenden versucht werden, Gemeinschaftsbildung als einen spezifischen Prozess der Vergesellschaftung zu begreifen. Vergesellschaftung dient dabei als Oberbegriff für alle wechselseitigen Prozesse, die dazu beitragen, dass sich Individuen zu sozialen Formationen wie einer Gesellschaft entwickeln.⁶⁷¹ Einen engeren Begriff von Vergesellschaftung wählt M. Weber, darunter fällt soziales Handeln, dem das Motiv des Interessenausgleichs oder der Interessenverbindung zugrunde liegt.⁶⁷² Er stellt es gegenüber dem Begriff der Vergemeinschaftung, die auf einer subjektiv gefühlten Zusammengehörigkeit der Beteiligten beruht. Für M. Weber gibt es diese beiden Typen jedoch kaum in reiner Form. „Die große Mehrzahl sozialer Beziehungen aber hat teils den Charakter der Vergemeinschaftung, teils den der Vergesellschaftung.“⁶⁷³ Anders dagegen F. Tönnies, der einen strengen Gegensatz zwischen Gesellschaft und Gemeinschaft herstellt: „Gemeinschaft ist das dauernde und echte Zusammenleben, Gesellschaft nur ein vorübergehendes und scheinbares. Und dem ist es gemäß, dass Gemeinschaft selber als ein lebendiger Organismus, Gesellschaft als ein mechanisches Aggregat und Artefakt verstanden werden soll.“⁶⁷⁴ Er sieht im Haus, im Dorf und in der Stadt die drei Urformen äußeren menschlichen Zusammenlebens. Sie sind „bleibende Typen des realen und historischen Lebens überhaupt.“⁶⁷⁵ Er beschreibt durchaus treffend die bereits oben dargestellte Entwicklung der mittelalterlichen Stadt zur modernen Industriegroßstadt als eine des Verlustes von Gemeinschaft. Aber eine Analyse moderner, dynamischer Gesellschaften kann nicht allein auf Basis traditionaler, „eingelebter“, „ursprünglicher“ sozialer Formationen betrieben werden. Das wird augenscheinlich, wenn man sich z.B. den gesellschaftlichen Bedeutungswandel der Familie vor Augen hält. Die heutige Familie ist kein Synonym für „das Haus“, sie bildet keine Basis mehr für das wirtschaftliche Wohlergehen ihrer Mitglieder oder ihrer sozialen Integration. Vor allem, und das ist für unsere Zwecke entscheidend, sind die Gemeinschaften in den Gemeinden, und zwar auch in Großstädten, keine natürlichen Erscheinungen, die allein vom „Wesenwillen“⁶⁷⁶ ihrer Einwohner leben, sondern sie sind unterschiedliche soziale Entitäten, die zwar in gewisser Weise auch „natürliche“ Ursprünge haben, z.B. als Form von Geselligkeit oder als Ort der Sinnsuche, sie sind aber in erster Linie menschengemachte

⁶⁷¹ Simmel S. 13: „Aber Gesellschaft in ihrem fortwährend sich realisierenden Leben bedeutet immer, daß die Einzelnen vermöge gegenseitig ausgeübter Beeinflussung und Bestimmung verknüpft sind.“

⁶⁷² Weber S. 21.

⁶⁷³ Weber S. 22.

⁶⁷⁴ Tönnies S. 4.

⁶⁷⁵ Tönnies S. 202.

⁶⁷⁶ a.a.O.

Produkte der aktuellen konkreten sozialen, ökonomischen, politischen und kulturellen gesellschaftlichen Verhältnisse und daher auch entsprechend zu beeinflussen.⁶⁷⁷

Auch wenn Tönnies keineswegs im Verdacht steht, dem Nationalsozialismus gedanklich den Weg bereitet zu haben, ist auf die Gefahr eines ideologisierenden und mystifizierenden Begriffsverständnisses von „Gemeinschaft“ aufmerksam zu machen. Oben⁶⁷⁸ wurde bereits auf diese Begriffsbildung und Praxis hingewiesen, wie sie von den Nationalsozialisten betrieben wurde. Obwohl sich die Auslegung von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG bewusst in die Tradition der Interpretation der kommunalen Selbstverwaltung aus der Weimarer Reichsverfassung gestellt hat,⁶⁷⁹ haben die Schöpfer des Grundgesetzes nicht den neutralen Sprachgebrauch des Art. 127 WRV übernommen, wonach die „Gemeinden und Gemeindeverbände das Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken der Gesetze“ haben. Vielmehr haben sie die Formulierung „örtliche Gemeinschaft“ aus § 1 Abs. 1 DGO verwendet. Dessen vollständiger Wortlaut lautet: „Die Gemeinden fassen die in der örtlichen Gemeinschaft lebendigen Kräfte des Volkes zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben der engeren Heimat zusammen.“ Nimmt man den Vorspruch der DGO hinzu, wonach die DGO dazu diene, „die wahre Volksgemeinschaft zu schaffen, in der auch der letzte willige Volksgenosse das Gefühl der Zusammengehörigkeit findet“, so wird zumindest die Gefahr einer Ideologisierung des Begriffs fassbar. Allerdings war die Verwendung eines „völkischen“ Vokabulars in den Gründungsjahren der Bundesrepublik nicht in allen Fällen ideologieverdächtig, es wurde häufig für Zusammenhänge benutzt, die man heute als „gesellschaftliche“ bezeichnen würde.

III Abstrakte Integrationsfunktion

Unsere heutige Gesellschaft ist eine bürgerliche Gesellschaft in dem Sinne, dass sie durch Bürger gegen feudalistische Strukturen durchgesetzt wurde, in der das Ideal der bürgerlichen Autonomie maßgebend ist, welche sich auf dem freien Markt realisiert. Dem Staat wird nach der liberalen Vorstellung die Funktion zugewiesen, sich z.B. durch Recht auf die Sicherstellung der bürgerlichen Freiheiten zu beschränken. Die im Wirtschaftsleben übliche Vergesellschaftungsform läuft über Handlungen von Individuen, die ihre eigenen Interessen auf der Basis von autonomen Entscheidungen verfolgen. Der Staat garantiert diesen Vorgang „negativ“ durch die Bereitstellung und Durchsetzung von Grundrechten (Eigentum, Vertragsfreiheit, Berufsfreiheit), indem er den Akteuren einen geschützten

⁶⁷⁷ Haus S. 100ff.

⁶⁷⁸ unter B Teil 5

⁶⁷⁹ Dürig/Herzog/Scholz/Mehde GG Art. 28 Abs. 2 Rn. 4.

Freiheitsbereich einräumt und hoheitliche Eingriffe in diese Freiheitsrechte unter hohen Rechtfertigungszwang setzt. Auch die Gemeinden sind als Teil des Staates an die Grundrechte gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG).

Daneben jedoch wird ihnen von der Verfassung eine „positive“ Funktion zugewiesen: Sie sollen am „Aufbau der Demokratie von unten nach oben“ mitwirken⁶⁸⁰, „den Bürgern eine wirksame Teilnahme an den Angelegenheiten des Gemeinwesens“ ermöglichen.⁶⁸¹ Die demokratische Funktion der Gemeinden wird durch die Anbindung der kommunalen Selbstverwaltung an die „Verfassungsentscheidung für die Demokratie“ gewährleistet.⁶⁸² Die örtliche Gemeinschaft soll ein Ort der Integration und ein Identifikationsobjekt für ihre Bürger sein.⁶⁸³ In der Regel bleiben die Umschreibungen dieser Identifikations- und Integrationsfunktionen auf einer sehr allgemeinen Abstraktionsebene. Dies ist insoweit verständlich, als das verfassungsrechtliche Objekt dieser Appelle ebenfalls sehr abstrakt bleibt. „Die“ Gemeinde ist erstmal eine Ansammlung von Menschen auf einem -staatlich vorgegebenen und umgrenzten- Gebiet. Die Verfassung nimmt diesen sehr allgemeinen und unbestimmten Sachverhalt zum Ansatzpunkt der Konstruktion einer Gebietskörperschaft -in dem Sinne vergleichbar der Errichtung von Gliedstaaten. Diese Ansammlung ist in keiner Weise nach sozialen, religiösen, ethnischen, ständischen oder ähnlichen Zuschreibungen bestimmt. Sie ist egalitär allein nach dem Akt der Wohnsitznahme im Gemeindegebiet konstituiert. Die Verfassung belässt es aber nicht bei der Beschreibung einer gegliederten staatlichen Teilorganisation mit Raumbezug, sondern weist dieser Einheit eigene Aufgaben zu. Diese Zuweisung ist nun ähnlich allgemein wie die Konstitution der Gemeinde selbst, sie richtet sich auf „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“. Und auch die typische nähere Umschreibung dieser Aufgaben des BVerfG zielt auf die unbestimmte örtliche Gemeinschaft.⁶⁸⁴ Der Allgemeinheit der Aufgabenumschreibung entspricht auch die unbestimmte Allgemeinheit des gemeindlichen Teilvolks, welches der Gemeinde-Gebietskörperschaft ihre egalitäre Legitimation nach Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG verschafft.

⁶⁸⁰ BVerfGE 79,127-149-.

⁶⁸¹ BVerfGE 107,1-12-; s.a. BVerfGE 91,228-238-.

⁶⁸² Schmidt-Aßmann 2001 S. 804.

⁶⁸³ BVerfGE 82,310-314-.

⁶⁸⁴ „kein gegenständlich bestimmter oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer Aufgabenkatalog“ BVerfGE 79,127 Leitsatz 2.

IV Enger juristischer Selbstverwaltungsbegriff

Auf Basis dieser allgemeinen verfassungsrechtlichen „Konstruktionsmerkmale“ der Gemeinde lässt sich schwerlich bestimmen, wie der Vorgang der Bildung und Stärkung einer örtlichen Gemeinschaft mitsamt den damit verbundenen optimistischen Erwartungen staatspolitischer Art vonstattengehen kann. Dafür sind weitere Variablen notwendig. Es erscheint daher vernünftiger, die Vergemeinschaftungsprozesse nicht nur auf der Makro-Ebene, sondern auch auf der Mikro-Ebene, insbesondere im Binnenverhältnis der Gemeindeverwaltung zu ihren Einwohnern zu suchen. Damit würde auch ein Bezug zu den genossenschaftlichen Wurzeln der kommunalen Selbstverwaltung wiederhergestellt, die durch die Identität von Berechtigten und Teilhabern gekennzeichnet ist und dadurch, dass diese ihre Angelegenheiten in der Genossenschaft selbst regeln. Strittig ist allerdings, ob diese Verlagerung nach „unten“ dann überhaupt noch eine Angelegenheit der Verfassung ist oder ob das nicht eine Sache für politische oder soziologische Analysen ist.

Wie oben bereits dargestellt⁶⁸⁵ werden von dem juristischen Selbstverwaltungsbegriff die Selbstverwaltungselemente, die von den Bürgern eingebracht werden, der demokratisch-politischen Dimension der Selbstverwaltung zugeordnet und dadurch von der juristischen Dimension abgesetzt. In dieser pauschalen Form lässt sich eine derartige Trennung unter Geltung des Grundgesetzes nicht rechtfertigen. Der verfassungsrechtliche Verweis auf die örtliche Gemeinschaft, deren Angelegenheiten die Gemeinden eigenverantwortlich zu regeln haben und die Kopplung dieser Aufgabe an den Aufbau der Demokratie von unten nach oben lässt eine generelle Auslagerung partizipatorisch motivierten bürgerschaftlichen Engagements aus der Verfassung nicht zu.⁶⁸⁶ Das BVerfG hat sich explizit zu dieser Frage nicht geäußert; zwar hat das Gericht mehrfach die „mitgliedschaftlich-partizipatorische Komponente“ der (kommunalen) Selbstverwaltung hervorgehoben,⁶⁸⁷ doch bleibt zweifelhaft, ob damit auf die spezifische bürgerschaftliche Dimension der kommunalen Selbstverwaltung abgestellt wird.⁶⁸⁸

Dahinter verbergen sich im Übrigen unterschiedliche rechtsphilosophische Konzepte. Versteht man die kommunale Selbstverwaltung lediglich als eine besonders ausgestaltete Form staatlicher Machtausübung, werden die Gemeindebürger vorwiegend als personales Element dieser spezifischen Form von Staatsgewalt angesehen. Der Gemeindebürger bringt Ortsnähe, Sachverstand und Potential zur Konfliktvermeidung ein und optimiert

⁶⁸⁵ Teil 2 § 4 I.

⁶⁸⁶ Hendler 2007 Rdnr. 13; Hendler 2008 Rdnr. 12f.

⁶⁸⁷ BVerfGE 83,37-55; 107,59-88-.

⁶⁸⁸ s.o. Teil 2 § 4 III 3.

darüber die Ausübung von Hoheitsgewalt. Dieses instrumentelle Verständnis von Partizipation unterscheidet sich von einem republikanischen. Dort wird Selbstverwaltung vorwiegend unter dem Aspekt der Selbstgestaltung, der Selbstregierung konzipiert. Die Gemeindebürger sind nicht primär in ihrer Rolle als formal gleiche Staatsbürger angesprochen, sondern als Teil einer politisch-kulturellen Gemeinschaft, aus der sie persönliche Motive der Beteiligung und des Engagements beziehen. „Die Verfassungsprinzipien können erst dann in den gesellschaftlichen Praktiken Gestalt annehmen und zur treibenden Kraft für das dynamisch verstandene Projekt der Herstellung einer Assoziation von Freien und Gleichen werden, wenn sie im Kontext der Geschichte einer Nation von Staatsbürgern so situiert werden, dass sie mit Motiven und Gesinnungen der Bürger eine Verbindung eingehen.“⁶⁸⁹

Die „Produktion“ von Gemeinschaft (community building) findet in der Gesellschaft statt, ist aber langfristig und auf Dauer angewiesen auf kommunale Beiträge. Dieses Zusammenspiel kann durch einen einseitig verengten juristischen Selbstverwaltungs begriff nicht erfasst werden.

V Gemeinsinn/Motivation

Die „Institution“ Gemeinde bedarf nicht nur der staatlich-organisatorischen Gewährleistung einer eigenen Rechtspersönlichkeit, eines eigenen Wirkungskreises und besonderer Rechtsschutzgarantien, sondern auch der Ressource bürgerschaftlichen Engagements. In Anlehnung an die berühmte Feststellung Böckenfördes, dass „der freiheitliche säkularisierte Staat von Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht garantieren kann“⁶⁹⁰ stellt sich die Frage, ob und ggf. wie weit auch die Gemeinden von Ressourcen leben, deren Beschaffung sie selbst nicht bewerkstelligen können. Bei der Antwort wird man differenzieren müssen und sie zumindest insoweit bejahen, als es um das ehrenamtliche Engagement der Bürger geht. Dieses Engagement hat seine eigene Rationalität, die zum großen Teil gerade daher rührt, dass sie eben keinen amtlichen, hoheitlichen oder professionellen Hintergrund hat, auch wenn mittlerweile in vielen Städten eigene Verwaltungseinheiten geschaffen wurden, die sich um den Bestand und die Förderung von ehrenamtlichem Engagement und Bürgerdiensten kümmern.⁶⁹¹ Der staatlich nicht erzwingbare aber gleichwohl notwendige Input der Bürger zeichnet sich durch eine Eigenschaft aus, die geläufig als Gemeinsinn bezeichnet wird. Anders als das Gemeinwohl ist Gemeinsinn keine ausge-

⁶⁸⁹ Habermas S. 642.

⁶⁹⁰ Böckenförde 2016 Entstehung des Staates S. 60.

⁶⁹¹ siehe das Handbuch „Engagierte Stadt“ <https://www.staedtetag.de/themen/handbuch-engagierte-stadt-2020> (Stand 03.05.2024).

arbeitete Kategorie des verfassungsrechtlichen Diskurses, sie hat eine „sozio-moralische“ Qualität.⁶⁹² Gleichwohl gibt es einen verfassungsrechtlich relevanten Zusammenhang zwischen Gemeinwohl und Gemeinsinn. „Das normative Gemeinwohlideal bestimmt, wieviel und welche Form von Gemeinsinn gefordert ist; umgekehrt ist aber das Vorhandensein eines Minimums an Gemeinsinn die vorgängige Voraussetzung dafür, daß überhaupt die Bereitschaft besteht, sich am normativen Gemeinwohlideal zu orientieren...“⁶⁹³ Damit wird auf das inhaltlich-motivationale Element verwiesen, welches neben dem institutionell-organisatorischen existenziell für die kommunale Selbstverwaltung ist.⁶⁹⁴

Wie lässt sich Gemeinsinn und seine Erscheinungsformen im Text der Verfassung auffinden, identifizieren und beschreiben?

P. Häberle hat dafür drei Andockstellen in der Verfassung ausgemacht: Erziehungsziele, Grundpflichtenkataloge und Präambel-Texte.⁶⁹⁵ Eine Fundstelle für Erziehungsziele ist Art. 148 WRV, dort wird das Ziel der „sittlichen Bildung und staatsbürgerliche Gesinnung“ hervorgehoben. Auf diesen Traditionsbestand haben sich viele der Landesverfassungen nach 1945 in unterschiedlichen Formulierungen berufen.⁶⁹⁶ Eine nach wie vor aktuelle Bedeutung dieser edukatorischen Formeln sieht Häberle in der Offenheit des Prinzips Gemeinsinn.⁶⁹⁷ Schon vor mehr als zwanzig Jahren hat er darin auch die Bedeutung der Verantwortung für nachfolgende Generationen festgemacht. Dieser Gedanke findet sich auch in Formulierungen der Landesverfassungen, welche den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen zur Pflicht machen.⁶⁹⁸ Die bayerische Verfassung ist eine Fundgrube für Pflichtennormierungen. Für unsere Zwecke ist insbesondere Art. 121 Abs. 2 Satz 2 Bay.Verf. interessant, danach fördern Staat und Gemeinden den ehrenamtlichen Einsatz für das Gemeinwohl. Art. 117 Satz 2 Bay.Verf. verpflichtet alle, „an den öffentlichen Angelegenheiten Anteil zu nehmen.“ Schließlich sei noch auf Art. 122 Bay.Verf. aufmerksam gemacht, der eine Pflicht zur Hilfeleistung „im nachbarlichen Verkehr“ statuiert. Die Funktion dieses Pflichtenkatalogs sieht Häberle in der Unterstützung bei der Suche nach Themen und Material für den Einsatz von Gemeinsinn. Eine ähnliche Funktion weist er den Präambeln der einzelnen Verfassungen zu. Die Essenz seiner Betrachtungen besteht in der Feststellung: „‘Gemeinsinn‘ ist ein juristisch-handhabbares Prinzip im Verfassungs-

⁶⁹² Münkler/Fischer S. 10.

⁶⁹³ Münkler/Fischer a.a.O.

⁶⁹⁴ Haus sieht darin die politisch-kulturelle Dimension des Komplementärverhältnisses zwischen Demokratie und Zivilgesellschaft, S. 233.

⁶⁹⁵ Häberle 2002 S. 106ff.

⁶⁹⁶ Nachweise bei Häberle a.a.O.

⁶⁹⁷ a.a.O. S. 108.

⁶⁹⁸ Nachweise bei Häberle a.a.O. S. 109.

staat, das allerdings viel Konkretisierungsarbeit braucht.“⁶⁹⁹ Ähnlich verlangt Geis vom „kooperativen Staat“, dass dieser die Potenziale der autonomen gesellschaftlichen Selbsthilfe „aktiv in seine Politik einbeziehen muss.“⁷⁰⁰

VI Gemeinschaft und Grundrechte

Konkretisierungsarbeit in dieser Richtung hat U. Volkmann geleistet. Im Hinblick auf den Wert der „Gemeinschaft“, der für alle Betätigungen des Gemeinns im Umfeld der Gemeinden zentral ist, hat er die Grundrechte daraufhin untersucht, inwieweit ihnen eine gemeinschaftsfördernde Funktion zugeschrieben werden kann. Neben der Freiheitsdimension legt er den Grundrechten auch eine Gemeinschaftsdimension bei, die er in drei Ebenen realisiert sieht: als gemeinschaftsermöglichend (z.B. Ehe nach Art. 6 I GG, religiöse Vereinigungen nach Art. 4 I GG, Koalitionen nach Art. 9 III GG), als „maßstabs- und kulturbildend“, indem durch die Anwendung von Grundrechten (z.B. Art. 4 und 5 GG) eine praktisch wirksame objektive Wertordnung geschaffen wird und schließlich als „kohäsive“ Funktion, die den Grundrechten eine vergleichbare Repräsentationsfunktion zuschreibt, wie sie früher z.B. religiöse Identitäten hatten.⁷⁰¹ Im Ergebnis sollen diese Grundrechtsdimensionen so etwas wie ein Quasi-Grundrecht auf freie Vergemeinschaftung begründen. Ähnlich hebt Brugger die Bedeutung der „freien Gemeinschaftsbildung“ hervor.⁷⁰²

Wenn auch aus der gemeinschaftsfördernden Funktion von Grundrechten Erkenntnisse für eine verfassungsrechtliche Perspektive auf gemeindliche Vergemeinschaftungsprozesse gewonnen werden können, ist im Übrigen ein von Grundrechten geleitetes Verständnis von Prozessen der Vergemeinschaftung problematisch. Oben wurde bereits auf die typische Vergesellschaftung durch individuelle Interessenverfolgung hingewiesen, die sich gerade dadurch auszeichnet, dass die Bürger ihren egoistischen Nutzen verfolgen dürfen ohne eine Bindung an Gemeinwohlerfordernisse oder gar an praktizierten Gemeinnsinn. Die Grundrechte würden entgegen ihrer verfassungsrechtlichen Funktion unter einen Gemeinwohlvorbehalt gestellt.

Es lässt sich auch kein kollektives Grundrecht der Gemeindeeinwohner auf Bildung oder Förderung einer örtlichen Gemeinschaft aus dem Grundgesetz ableiten.

⁶⁹⁹ S. 110.

⁷⁰⁰ Geis S. 84.

⁷⁰¹ Volkmann Rdnr. 31ff.

⁷⁰² Brugger S. 277ff.

Auch der Rekurs auf die objektive Schutzfunktion der Grundrechte hilft nicht weiter. Zwar sind die Gemeinden zur Anwendung dieser Schutzfunktionen verpflichtet,⁷⁰³ doch dienen diese nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG der Verstärkung ihrer negatorischen Komponente, sie sind daher nicht geeignet, ein Gegengewicht gegen die ihre negatorische Wirkungsweise zu bilden.

Auch diejenigen Grundrechte, die sich ausdrücklich auf Gemeinschaft beziehen, schützen in erster Linie die individuelle Handlungsfreiheit, die dann ausgedehnt wird auf die kollektive Wahrnehmung von Freiheiten. Dies gilt allgemein für die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 GG. Schutzgut ist primär die freie Entfaltung der Persönlichkeit in und durch Vereinigungen.⁷⁰⁴ Auch Art. 19 III GG enthält ausdrücklich eine „Anwendungserweiterung“ der individuellen Grundrechte auf juristische Personen.⁷⁰⁵

Wenn nach alledem die Grundrechte nicht der geeignete systematische Ansatzpunkt zur Realisierung von „Gemeinschaft“ sein können, bedeutet das nicht, dass grundrechtsdogmatische Erkenntnisse nicht auch außerhalb der Grundrechtsanwendung Beachtung finden können. Dabei muss allerdings auf die unterschiedlichen Kontexte Rücksicht genommen werden. Ein erhellendes Beispiel ist die Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG. Sie ist auf der einen Seite als „radikale Individualisierung“⁷⁰⁶ konzipiert, weil es dem Individuum überlassen ist, seine Glaubens- und Wertorientierungen selbst zu bestimmen. Ein indirekter Gemeinschaftsbezug wird allenfalls dadurch bewirkt, dass diese pluralistische Freiheit ggf. einen „moralischen Nährboden“ für die Gesellschaft darstellt.⁷⁰⁷ Auf der anderen Seite hat die Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit aber auch eine grundrechtserweiternde gemeinschaftliche Seite, sie deckt auch die kollektive und korporative Ausübung dieser Freiheit ab und garantiert zusammen mit Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 2 und 7 WRV die religiöse Vereinigungsfreiheit.⁷⁰⁸ Die objektive Gewährleistungsdimension umfasst eine staatliche Neutralitätspflicht als Gegenstück zur individuellen Religions- und Weltanschauungsfreiheit sowie eine Schutzverpflichtung des Staates. „Der neutrale Staat hat den Beitrag der Religionen zum Vorgang einer sozialen Identitäts- und kulturellen Gedächtnisbildung zu beachten. Er soll die Produktionsbedingungen entsprechender kultureller Praktiken eröffnen, Rahmenbedingungen einer gesellschaftlichen Sinnorientierung gewährleisten und Religion als kollektives Phänomen mit kollektiven

⁷⁰³ Kästner NVwZ 1992,9ff.

⁷⁰⁴ Dreier GG/Bauer, 3. Aufl. 2013, GG Art. 9 Rn. 19.

⁷⁰⁵ BVerfGE 129,78-96-.

⁷⁰⁶ Dreier GG/Morlok, 3. Aufl. 2013, GG Art. 4 Rn. 46.

⁷⁰⁷ Dreier GG/Morlok, 3. Aufl. 2013, GG Art. 4 Rn. 49.

⁷⁰⁸ Nach M. Weber entstehen religiöse Gemeinden da, wo „Laien 1. zu einem dauernden Gemeinschaftshandeln vergesellschaftet sind, auf dessen Ablauf sie 2. irgendwie auch aktiv einwirken.“ S. 277.

Funktionen fördern.⁷⁰⁹ Was kann daraus für kommunale Beiträge zur Förderung und Entwicklung einer örtlichen Gemeinschaft gelernt werden? Ob und in welcher Weise sich eine solche Gemeinschaft bildet, ist in erster Linie abhängig von gesellschaftlichen Zuständen und Prozessen, von kulturellen Randbedingungen, von Traditionen. Eine hervorgehobene Rolle in diesem Prozess der Gemeinschaftsbildung spielen lokale Kollektive aller Art, seien es Vereine, Verbände, Unternehmen, Bürgerinitiativen, Kirchengemeinden, etc. Sie senden und empfangen unterschiedliche Impulse für die Gemeinschaftsbildung. Damit unterscheiden sie sich von den oben angesprochenen religiösen Impulsen, die inhaltlich auf die „letzten Dinge“ bezogen sind und personell auf das einzelne Individuum. In beiden Fällen handelt es sich aber um notwendige gesellschaftliche Vermittlungsleistungen, seien sie religiös/weltanschaulich motivierte Beiträge zur Sinnorientierung, seien sie sozial motivierte Beiträge zu einer örtlichen Gemeinschaft.⁷¹⁰ In beiden Fällen kann das Recht diese Leistungen nicht selbst herstellen, sondern ist auf außerrechtliche Vorleistungen angewiesen.⁷¹¹ Nur in dieser Richtung lässt sich eine Parallele zur staatlichen Aufnahmebereitschaft für religiös motivierte Impulse, wie Morlok sie beschrieben hat, ziehen.

Als **Zwischenergebnis** lässt sich somit festhalten: Die verfassungsrechtliche Diskussion über die örtliche Gemeinschaft bewegt sich auf einem allgemein-abstrakten Niveau, das über idealisierende Beschreibungen und staatslegitimierende Funktionsbeschreibungen in der Regel nicht hinauskommt. Verstärkt wird diese Tendenz durch eine Verlagerung partizipatorischer Elemente der örtlichen Gemeinschaft auf eine außerjuristische politische Ebene. Systematische Versuche, das Gemeinschaftselement in die Grundrechtsdogmatik zu integrieren, versprechen keinen Erfolg.

§ 2 **Gemeinschaftsbildender Kommunikationsprozess innerhalb der Gemeinde**

Daher soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, soweit sie nicht durch gesetzliche Regelungen festgeschrieben sind, oder genauer: die daraus folgenden Aufgaben der Gemeinden als Ergebnis eines innergemeindlichen Produktionsprozesses von „Gemeinschaft“ zu verstehen. Dahinter steht die Vorstellung, dass dieser Prozess viele Teilnehmer hat und die (politische) Gemeinde als hoheitliche Instanz auf jeden Fall dabei ist. Man muss sich aber von der Vorstellung verabschieden, dass sie als bestimmende, hierarchisch positionierte Instanz handelt. Mit die-

⁷⁰⁹ Morlok a.a.O. Rdnr. 165.

⁷¹⁰ die Bedeutung der Religion als -auch- kollektives Phänomen betonen Ladeur/Augsberg JZ 2007,16f

⁷¹¹ siehe dazu Böckenförde 2021 S. 48.

ser Vorstellung verbunden ist ein Verständnis von bürgerschaftlicher Beteiligung, das von außen an die Verwaltung herangetragen wird und bei dem die Gemeindeverwaltung allein als „unbeteiligte“ Verwaltungsinstanz in der Sache entscheidet. Diesem Verständnis wurde oben ein partnerschaftlich-kooperatives Verständnis gegenübergestellt, welches dem gemeinsamen Findungsverfahren zu Grunde liegt.

Kommunikationspartner der Gemeinden in diesem Findungsprozess sind in der Regel Assoziationen unterschiedlicher Art: Vereine, Initiativen, Kirchengemeinden, Selbsthilfegruppen, etc. Dem Handeln dieser Gruppen wird deshalb eine positive Wirkung auf den Zusammenhalt in der Gemeinde zugeschrieben, weil man annimmt, dass schon allein der Prozess der Assoziations-Bildung positive kommunikative und soziale Potentiale freisetzt, die sich im Gefolge auch innerhalb der größeren sozialen Gemeinschaft auswirkt.⁷¹² Als Oberbegriff für diese Kollektive bietet sich der Begriff der Zivilgesellschaft an.⁷¹³

Daher soll im Folgenden (I und II) allgemein am Beispiel der Zivilgesellschaft der beschriebene Produktionsprozess verdeutlicht werden. Unter III wird dann erörtert, wie weit eine Übertragung auf die Unternehmen der Sozialökonomie möglich ist.

I Begriff der Zivilgesellschaft

Es handelt sich um eine Übersetzung des englischen Begriffs der civil society. Verwendung findet auch der Begriff der Bürgergesellschaft⁷¹⁴. Während letzterer eher in pragmatischen Konzepten verwendet wird, hat Zivilgesellschaft häufig die Konnotation einer emanzipatorischen Bewegung.⁷¹⁵ Weitgehende Einigkeit besteht darüber, dass sie sich in einem Raum zwischen Staat, privatem Individuum und Markt bewegt.⁷¹⁶

Auch über ihre Funktionen sind sich die Autoren im Großen und Ganzen einig. Sie liegen einmal in der Herstellung eines **öffentlichen Raumes**, in dem Themen identifiziert und ihnen eine „hörbare Stimme“ gegeben wird.⁷¹⁷ Zum anderen bietet sie die Chance **gemeinsamen Handelns**, in dem sich neben individuellen Entfaltungsmöglichkeiten solidarische Effekte beim Verfolgen gemeinsamer Ziele und Möglichkeiten der Selbstreflexion jenseits von parteipolitischen Machtkalkülen verbinden können.⁷¹⁸

⁷¹² kritisch zu dieser Transformationsthese R. Roth 2003 S. 61ff.

⁷¹³ Zu den Kollektiven außerhalb der Zivilgesellschaft unten II 2.

⁷¹⁴ z.B. bei Bogumil/Holtkamp.

⁷¹⁵ Haus S. 230 Fn. 10.

⁷¹⁶ Haus S. 231; Kocka 2003 S. 32f; zur Begriffsgeschichte vgl. Kocka 2003 S.29ff.

⁷¹⁷ Haus S. 232.

⁷¹⁸ Haus a.a.O.; Preuß ZRP 1993,135f.

Ich möchte mich für unseren Zusammenhang auf eine verbreitete Darstellung des zivilgesellschaftlichen Handlungstyps beziehen, wie sie J. Kocka vorgenommen hat. „Zunächst meint ‚Zivilgesellschaft‘ einen spezifischen Typus sozialen Handelns - im Unterschied zu anderen Typen sozialen Handelns, nämlich im Unterschied zu Kampf und Krieg, im Unterschied zu Tausch und Markt, im Unterschied zu Herrschaft und Gehorsam sowie im Unterschied zu den Eigenarten des privaten Lebens. Als spezifischer Typus sozialen Handelns ist ‚Zivilgesellschaft‘ dadurch charakterisiert, dass sie (1) auf Konflikt, Kompromiss und Verständigung in der Öffentlichkeit ausgerichtet ist, dass sie (2) individuelle Selbständigkeit und gesellschaftliche Selbstorganisation betont, dass sie (3) Pluralität, Differenz und Spannung anerkennt, dass sie (4) gewaltfrei, friedlich verfährt, und dass sie (5) jedenfalls auch an allgemeinen Dingen orientiert ist, d.h. von den je eigenen partikularen Erfahrungen und Interessen ausgeht und sich für das allgemeine Wohl engagiert, wenn auch die verschiedenen Zivilgesellschaftlichen Akteure ganz Verschiedenes unter dem allgemeinen Wohl verstehen mögen.“⁷¹⁹

II Beteiligte des Kommunikationsprozesses

1 Örtliche Gemeinschaft

Die Beschreibung zeichnet ziemlich genau das Idealbild eines wesentlichen Teiles der „örtlichen Gemeinschaft“ im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Die zivilgesellschaftlichen Akteure sind als individuelle Träger von Interessen zur Gemeinschaft zugelassen. Sie zeichnet sich daher durch Pluralität, Differenz und Spannung aus. Das gemeinsame Band stellt die Verständigung auf Prinzipien demokratischer Selbstorganisation und der inhaltliche Bezug auf die bestmögliche Ausgestaltung der örtlichen Angelegenheiten dar. Einen eindrucksvollen Beleg für das historisch gewachsene zivilgesellschaftliche Potential örtlich begrenzter Gemeinschaften liefert Robert D. Putnam in seiner empirischen Studie über mehrere italienische Regionen. Er zieht eine Linie von den mittelalterlichen Wurzeln bis zur Neuordnung der Regionen in den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts. Das Ergebnis ist ein deutliches Nord-Süd-Gefälle im Hinblick auf die zivilgesellschaftlich vorfindlichen Potentiale. Sein Ursprung liegt in den republikanisch verfassten Stadtgesellschaften des Nordens, die auf Assoziationen, auf nachbarschaftliche Verbundenheit, auf gegenseitige Hilfe setzten. Gegenüber dieser Kooperation auf horizontaler Ebene setzte der durch staatlichen Zentralismus geprägte Süden auf Hierarchie.⁷²⁰ Die Unterschiede setzten sich

⁷¹⁹ Kocka 2003 S. 32

⁷²⁰ Putnam 1993 S. 121ff.

über die Phase der nationalen Einigung hinweg fort.⁷²¹ Im Norden breiteten sich im 19. Jhd. vielfältige Organisationen zu gegenseitigen Hilfen, Kooperative auf den Sektoren der Landwirtschaft, des Bankwesens, der Produktion, der Konsumenten aus, während diese Selbsthilfeeinrichtungen im Süden nur schwer Fuß fassen konnten.⁷²²

Aber Sozialkapital kann nicht nur Gutes bewirken. Auch eine Gang von Gangstern lebt von Sozialkapital. Zur Spezifizierung seiner Funktionen hat Putnam in einem späteren Werk zwei Unterschiede hervorgehoben: bonding social capital und bridging social capital. Die Funktion des bonding capital besteht im Wesentlichen in der Stärkung der Bindung innerhalb von Gemeinschaften und steht daher im Fokus, wenn es z.B. um die Stärkung der lokalen Gemeinschaft geht. Es bildet eine Art von „Super-Kleber“.⁷²³ Das bridging capital reagiert auf negative Erscheinungen der Desintegration innerhalb der Gesellschaft.

Die örtliche Gemeinschaft als solche, als faktisch bestehende und sich ständig verändernde gesellschaftliche Instanz kann kein unmittelbares Schutzobjekt der Verfassung sein kann. Geschützt von Art. 28 Abs. 2 GG ist die **Gemeinde** als handlungsfähige Schutz- und Aktivierungsinstanz für die örtliche Gemeinschaft. Dagegen ist die örtliche Gemeinschaft kein Subjekt des Verfassungslebens. Sie hat kein Zentrum, sie hat nicht einmal fest fixierte Akteure. Dementsprechend sind auch Ziele und Inhalte „der örtlichen Gemeinschaft“ nicht eindeutig zu bestimmen. Sie kann kein Autor von rechtsverbindlichen Entscheidungen sein.

Als ein Beispiel für die unzutreffende verfassungsrechtliche Würdigung der örtlichen Gemeinschaft“ soll eine Veröffentlichung von F. Longo dienen. Er hat sich in einer interessanten Untersuchung über das Problem, wie weit neue örtliche Energieversorgungskonzepte Schutzgegenstand der gemeindlichen Selbstverwaltung sind, die Frage gestellt, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, um von einer „wirklichen Förderung kommunaler Interessen“ sprechen zu können. Er sieht richtig, dass dazu ein politischer Prozess erforderlich ist, der „in einem objektivierbaren Verfahren unter Berücksichtigung der tatsächlichen raumgemeinschaftlichen Interessen und Bedürfnisse der örtlichen Gemeinschaft“⁷²⁴ stattfinden muss. Das Gesamtinteresse wird danach bestimmt, „was die Gesamtheit der Gemeindebürger bei redlicher Denkweise heute als verallgemeinerbare Bedürfnisse und Interessen in einer absehbaren Zukunft anerkennen würde.“⁷²⁵ Er schließt dabei ausdrück-

⁷²¹ a.a.O. S. 137ff

⁷²² a.a.O. S. 139ff; zur Rolle von Sozialem Kapital -speziell für SÖ-Unternehmen- findet sich eine gut verständliche Handreichung unter <https://www.technet-berlin.de/conscise> (Stand 04.05.2024)

⁷²³ Putnam 2000 S. 2003.

⁷²⁴ Longo S.135.

⁷²⁵ S. 141 Hervorhebungen des Autors.

lich aus, „dass allein durch einen quantitativen Mehrheitsbeschluss der jeweiligen Kommunalvertretung legitime Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft erschaffen werden können.“⁷²⁶ Die Ursache für diesen Fehlschluss liegt m.E. darin, dass der Autor nicht deutlich genug zwischen diesen beiden Polen unterscheidet: der örtlichen Gemeinschaft einerseits und der Gemeinde andererseits. So sieht er in der Gesamtheit der redlich denkenden Gemeindebürger eine rechtlich verbindliche Instanz für die Richtigkeit von Entscheidungen. Darüber könne sich der Gemeinderat nicht durch einfache Mehrheitsentscheidung hinwegsetzen. Dabei besteht dessen Aufgabe als Verwaltungsinstanz aber gerade darin, verbindliche Entscheidungen zu treffen. Sie sind dann verbindlich, wenn das gesetzlich vorgesehene Verfahren eingehalten ist und das demokratisch legitimierte Gemeindeorgan entschieden hat. Rechtlich gibt es für eine ethisch angeleitete externe Kontrolle solcher Gemeindeentscheidungen keinen Raum. Insbesondere die staatliche Kontrollinstanz hat im Rahmen der Rechtsaufsicht lediglich darauf zu achten, ob es sich überhaupt um eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft handelt. Die politische oder gar ethische Korrektheit gemeindlicher Entscheidungen ist nicht ihr Prüfungsmaßstab.

2 Örtliche Gemeinschaft außerhalb der Zivilgesellschaft

Die zivilgesellschaftlich definierte örtliche Gemeinschaft macht aber nicht das Ganze der örtlichen Gemeinschaft aus. So ist z.B. die (lokale) Wirtschaft nicht Teil der Zivilgesellschaft, aber Teil der örtlichen Gemeinschaft. Ebenso wie andere organisierte Interessenvertreter. Auch auf der lokalen Ebene gibt es einen Pluralismus von gegenläufigen Interessen. Das Gemeinwohl auf der staatlichen Ebene wird nicht „oberhalb der gesellschaftlichen Pluralität“ hergestellt, sondern „muss sich prozeßhaft aus dieser Pluralität ergeben“.⁷²⁷ Diese Aussage gilt ebenso für die Gestaltung der örtlichen Gemeinschaft.

Solange die Träger organisierter Interessen sich ausschließlich von partikularen Interessen leiten lassen, sind sie kein zivilgesellschaftlicher Akteur. Ein solcher Interessenträger kann insoweit Teil der Zivilgesellschaft werden, als er „von den je eigenen partikularen Erfahrungen und Interessen ausgeht und sich für das allgemeine Wohl engagiert.“⁷²⁸ So verstanden läuft die obige Definition auf die gemeinsamen Schnittstellen von örtlicher Gemeinschaft und Zivilgesellschaft hinaus. Aber die pluralen Interessenvertreter haben natürlich das Recht, ohne zivilgesellschaftliche Einschränkung auf die Wahrnehmung ihrer individuellen Interessen hinzuwirken.

⁷²⁶ S. 134.

⁷²⁷ Grimm 1991 Verbände S. 243.

⁷²⁸ s.o. Ziffer 5 der Definition; Haus S. 231.

Die Gemeinde dagegen darf sich nur derjenigen Belange der örtlichen Interessenträger annehmen, die dem Gemeinwohl dienen, weil sie normativ in all ihrem Handeln an das Gemeinwohl gebunden ist. Inwiefern diese weite Definition ggf. modifiziert werden müsste, soll unten im Zusammenhang mit der Frage geprüft werden, ob die Sozialökonomie- Unternehmen zur Zivilgesellschaft gehören. Jedenfalls liegt es an der jeweils handelnden Gemeinde, durch demokratisch legitimierte politische Entscheidungen über ihre Vorstellung der Realisierung von Gemeinwohl zu befinden. Sie kann sich weder zum Handlanger partikularer Interessen machen lassen, noch kann sie unbesehen alle Interessen der „autonomen“ örtlichen Zivilgesellschaft zu ihren eigenen machen. Auch wenn letztere dem Gemeinwohl dienen, liegt es in der Hand der Gemeinde, zwischen unterschiedlichen Gemeinwohlkonzepten zu entscheiden.

3 Gemeinde, Zivilgesellschaft und örtliche Gemeinschaft

Die Gemeinde als Teil der **öffentlichen Gewalt** lässt sich der Zivilgesellschaft nicht zuschlagen. Auch wenn sie wegen des gemeinsamen Horizonts der Gemeinwohlorientierung eine quasi natürliche Affinität zur lokalen Zivilgesellschaft hat, bleibt ihre Agenda beschränkt auf diejenigen Themen, die **nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG** als Gegenstände der örtlichen Gemeinschaft bestimmt sind.

Die örtliche Gemeinschaft ist ein Produkt spezifischer sozialer, ökonomischer und historisch entwickelter Bedingungen. Jede örtliche Gemeinschaft ist in diesem Sinne einzigartig. Dies ist das Bild einer **gesellschaftlichen** Einheit.⁷²⁹ Während der Begriff der Zivilgesellschaft durchweg positive Konnotationen hat im Sinne von konstruktiven Beiträgen für die Gesamtgesellschaft, die vom Staat, Markt und der Familie nicht erbracht werden können, ist der Begriff der örtlichen Gemeinschaft normativ neutral. Ihre jeweilige konkrete innere Struktur mag patriarchalische, klerikale, fremdenfeindliche oder welche negativen Züge auch immer tragen: die Gemeinde(verwaltung) kann nur ihre eigenen „formalen“ Ressourcen (Demokratie, Rechtsstaat) einbringen und auf Beiträge der Zivilgesellschaft hinwirken. Ihre Aufgabe ist es, sich der Angelegenheiten dieser örtlichen Gemeinschaft insoweit anzunehmen, als der Einsatz der lokalen öffentlichen Gewalt notwendig und zulässig ist. Mit dem Verwaltungszugriff verändert sich auch die konkrete Gestalt der örtlichen Gemeinschaft. Man kann sagen, dass die Gemeinde die örtliche Gemeinschaft mit-

⁷²⁹ Grawert 1978 spricht vom „Sozialmodell der Ortsgemeinschaft“ S.286; Scholz 1967 scheint in der genossenschaftlichen Tradition stehend die Gemeinde selbst als gesellschaftliche Einheit zu verstehen, S. 51f.

konstituiert. Aber die örtliche Gemeinschaft steht nicht zur völligen Disposition der Gemeinde. Sie hat auch ein Leben jenseits des verwaltungsmäßigen Zugriffs.

III Sozialökonomie-Förderung als Gemeinschafts- Angelegenheit

Nachdem die Zivilgesellschaft und ihr Verhältnis zur Gemeinde und örtlichen Gemeinschaft eher allgemein behandelt wurde, soll nun der Fokus auf die Unternehmen der Sozialökonomie gerichtet werden.

1 Sozialökonomie und Zivilgesellschaft

Kocka grenzt die Zivilgesellschaft und ihre Logik ab von der Logik des Marktes. Dennoch sieht er mögliche Durchbrechungen dieser Grenzlinie. Unter Verweis auf das historische Beispiel von europäischen mäzenatischen Unternehmern und ihr Engagement für die lokale Gemeinschaft im 19. Jahrhundert sieht er Unternehmen (in der Regel: Unternehmer) auch als „mögliche zivilgesellschaftliche Akteure.“⁷³⁰ Es stellt sich daher die Frage, ob die SÖ-Unternehmen als Teil der Zivilgesellschaft betrachtet werden können.

Bei den sozialökonomischen Unternehmen finden sich einige der oben erwähnten Definitionsmerkmale wieder: Öffentlichkeit im Sinne der hohen Transparenzanforderungen; Selbstorganisation durch Mitbestimmungsrechte und -pflichten; Gemeinwohlorientierung qua inhaltliche Ausrichtung und Verzicht auf Profit. Die Aufweichung der Grenzen zwischen Zivilgesellschaft und typischer Erwerbsarbeit entspricht einer allgemeinen aktuellen Entwicklung.⁷³¹ Die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“ bezeichnet unter dem Stichwort „work-life-balance“ eine neue Abstimmung von beruflichen Selbstverständnissen mit familiären („neue Elternzeit“) Anforderungen und Freizeitinteressen. Lebenslanges Lernen und gewachsene berufliche Ansprüche an soziale Kompetenzen führen tendenziell zu einer Entgrenzung von privater und beruflicher Lebensführung. Hinzu kommt eine „Pluralisierung von Erwerbsformen“.⁷³² Die Erosion des Normalarbeitsverhältnisses führt zu Diskontinuitäten, bei denen sich -für diejenigen, die über entsprechende Fähigkeiten verfügen – abhängige Beschäftigung abwechselt mit jobs als freelancer oder mit Projektarbeit und mit sabbaticals, u.ä.. Dieser Trend der Entgrenzung mag in der Zukunft auch die Entstehung solcher hybriden Formen der Erwerbsarbeit wie in den Unternehmen der Sozialökonomie begünstigen.

⁷³⁰ Kocka 2003 S. 33.

⁷³¹ zu diesem Komplex vgl. Enquete-Kommission S. 191ff des Deutschen Bundestages.

⁷³² Enquete-Kommission S. 193.

Obwohl diese arbeitsbezogenen Elemente dafürsprechen, die SÖ-Unternehmen der Zivilgesellschaft zuzurechnen, bleiben Zweifel. Diese gründen sich vor allem auf den spezifischen Charakter des zivilgesellschaftlichen Engagements. Es zeichnet sich dadurch aus, dass keine Unterwerfung unter Ziele erfolgt, die von außen gesetzt werden; es folgt nicht einer Rationalität des Marktes; Intensität, Dauer und Inhalt des Engagements werden freiwillig bestimmt; Belohnungen sind ideeller nicht materieller Art. Dies alles passt nicht recht zu der notwendigen, wenn auch nicht ausschließlichen unternehmerischen Orientierung eines sozialökonomischen Unternehmens. Gerade die Existenz als Unternehmen fordert und bietet eine gewisse Beständigkeit, die zu einer nachhaltigen Verfolgung seiner sozialen Zwecke beiträgt. Zusätzlich haben sie gegenüber Organisationen der Zivilgesellschaft den Vorteil der Professionalisierung.

Auch wenn man diese Unternehmen nicht als Teil der Zivilgesellschaft versteht, so steht doch außer Frage, dass sie in der Lage sind, die Zivilgesellschaft zu unterstützen. Die Unternehmen der Sozialökonomie sind u.a. dadurch definiert, dass sie eine spezifische Verbindung zu lokalen Organisationen, Projekten, Initiativen mit sozialer Zielsetzung haben, mit anderen Worten zur örtlichen Zivilgesellschaft. Diese Unternehmen stärken und unterstützen die örtliche Zivilgesellschaft. Anders als gewinnorientierte Unternehmen sind sie in der Lage, an gemeinwohlorientierte Institutionen anzudocken und eine entsprechende Vertrauensbasis zu schaffen. Ein Beispiel liefert die Micro-Kredit-Bewegung, die durch die Grameen-Bank in Indien ausgelöst wurde. Ihr Erfolg beruht zu großen Teilen darauf, dass sie eine Vertrauens- und Geschäftsbasis mit lokalen Frauengruppen herstellen konnte.⁷³³

Es ist Sache der Gemeinde, sofern sie sich überhaupt für eine derartige Wirtschaftspolitik entscheidet, diejenigen Themen und Projekte auszuwählen, die aus ihrer Sicht förderfähig sind. Ein Hilfsmittel dafür könnte die sog. Gemeinwohlmatrix sein.⁷³⁴ Sie zeigt auf der x-Achse diverse Ausprägungen von Gemeinwohlwerten, die von der Gemeinde vorgegeben werden könnten. Auf der y-Achse sind unternehmensspezifische Faktoren aufgelistet. An den jeweiligen Berührungspunkten können dann konkrete Kriterien der Bewertung formuliert werden. So würde z.B. der Gemeinwohlwert „Ökologische Nachhaltigkeit“ auf der Kundenseite des Unternehmens danach bemessen, ob und inwieweit es eine gemeinsame

⁷³³ Vgl. Beckmann S. 81f.

⁷³⁴ vgl. Felber S. 28ff.

Entwicklung von Produkten und Dienstleistungen gibt.⁷³⁵ Viele Unternehmen stellen heute bereits eine auf Basis der Matrix entwickelte Gemeinwohlbilanz auf.⁷³⁶

2 Bürgerschaftliches Engagement in Sozialökonomie-Unternehmen

Bevor wir auf die spezifischen Anforderungen der SÖ-Unternehmen eingehen, soll gefragt werden, wie man sich bürgerschaftliches Engagement in Unternehmen überhaupt vorstellen kann. Nach der ökonomischen Theorie gibt es deutliche Grenzen für ein bürgerschaftliches Engagement innerhalb eines Unternehmens. Insbesondere gibt es nach der klassischen Theorie keinen Platz für dieses Engagement innerhalb des unternehmerischen „Kerngeschäfts“. „Unternehmen sind in dieser Vorstellungswelt klar verortet als Institutionen der Eigennutzorientierung, die alles daran setzen externe Effekte ihres Handelns, d. h. Wirkungen außerhalb der eigenen Wirtschaftsrechnung zu vermeiden. Anders gewendet: Idealtypisch stellen Unternehmen private Güter her, bei denen der Preismechanismus wirkt, entsprechend das Ausschlussprinzip erfüllt ist und die produktionstechnisch nicht mit externen Effekten verbunden sind. Das ist das unternehmerische Kerngeschäft, daraus leitet sich noch kein bürgerschaftliches Engagement ab.“⁷³⁷ Man müsste diese Feststellung insofern präzisieren, als das unternehmerische Eigeninteresse nicht jeden externen Effekt ausschließt, insbesondere nicht die negativen. An dieser ökonomisch folgerichtigen Lagebeurteilung ändert im Grundsatz auch eine gesellschaftspolitisch aufgeschlossener Ökonomik nichts, wie sie in dem Ersten Engagementbericht vertreten wird. Sie fordert eine stärkere Berücksichtigung der gesellschaftlichen Verankerung von Unternehmen, die sich u.a. in der Notwendigkeit eines Reputationsmanagements und des Aufbaus einer Unternehmenskultur äußert. Die zunehmende Moralisierung von Märkten und die fragileren Bindungen der Mitarbeiter an ihr Unternehmen verlangen eine ethische Positionierung der Unternehmen.⁷³⁸ Dazu kann bürgerschaftliches Engagement seinen Beitrag leisten. Innerhalb des Kerngeschäfts erfolgt ein indirektes, instrumentelles ethisches Engagement, indem das Unternehmen eine Kundennachfrage nach ethisch konnotierten Produkten (z.B. Öko-Fonds, nachhaltig produzierte Produkte) bedient. Insofern gibt es Parallelen zum europäischen Ansatz der Förderung sozialwirtschaftlicher Unternehmen. Daneben ist ein Engagement denkbar, wenn es sich ein Unternehmen dank überdurch-

⁷³⁵ Felber S.32f.

⁷³⁶ Informationen unter www.ecogood.org (Stand 04.05.2024)

⁷³⁷ Erster Engagementbericht des Bundesministeriums für Familie S. 201.

⁷³⁸ siehe dazu ausführlich Erster Engagementbericht S. 203ff.

schnittlicher Gewinne leisten kann oder wenn eine entsprechende persönliche, intrinsische Motivation des Unternehmers, der Unternehmerin vorliegt.⁷³⁹

In unserem Fall könnte die Frage gestellt werden, ob das unternehmerische Engagement der sozialökonomischen Unternehmen überhaupt als ein bürgerschaftliches bezeichnet werden kann. Denn diese Unternehmen erbringen eine wirtschaftliche Leistung auf dem Markt, die über Marktpreise plus kommunale Subvention vergütet wird. Die unternehmerische Leistung entspricht auch nicht dem Idealbild bürgerschaftlichen Engagements, wie es die Enquete-Kommission gezeichnet hat: Es „folgt einer eigenen Handlungslogik, der Freiwilligkeit, und erschöpft sich nicht in gesellschaftlichen Funktionen, beispielweise der Förderung des sozialen Zusammenhalts. Diese eigene Logik kommt auch in den inneren Motivationen der Engagierten zum Ausdruck und in der besonderen Qualität der Leistungen, die durch bürgerschaftliches Engagement erbracht werden. Solche Leistungen sind weder durch administrative Zuteilung erhältlich noch auf dem Markt zu erwerben.“⁷⁴⁰ In dieser reinen Form kann unternehmerisch eingebettetes Engagement nicht wirken. Denn allein die zwingend notwendigen organisatorischen Voraussetzungen und Bedingungen unternehmerischen Handelns lassen sich nicht umstandslos mit der beschriebenen inneren Motivation des engagierten Bürgers und der daraus folgenden „besonderen Qualität der Leistung“ kurzschließen. (vgl. den nächsten Abschnitt) Auf der anderen Seite darf sich das unternehmerische Selbstverständnis der Sozialökonomie-Unternehmen nicht allein oder vorwiegend an Effizienzkriterien messen. Ein solches Selbstverständnis unterstellt die ökonomische Theorie auch bei den „klassischen“ sozialwirtschaftlichen Unternehmen.⁷⁴¹ Aber auch hier gilt, dass die verfassungsrechtlich zulässigen Unternehmensgestaltungen nicht von Vorgaben der ökonomischen Theorie abhängig sind. Der kommunale Souverän darf im Rahmen seiner Kompetenzen und unter Beachtung der Grundrechte ökonomische Ineffizienzen in Kauf nehmen, wenn er dies zur Erreichung seiner politischen Ziele für notwendig hält.

3 Zielkonflikte in Organisation und Motivation

Die Besonderheit unserer Konstellation besteht darin, dass ein privates Unternehmen auf dem Markt agiert und damit dem individualistischen Vergesellschaftungsmodus gehorcht, der auf die Verfolgung seiner unternehmerischen Interessen eingerichtet ist; andererseits soll dasselbe Unternehmen einen fest umschriebenen positiven Beitrag zur Stärkung der

⁷³⁹ siehe dazu Erster Engagementbericht S. 214ff.

⁷⁴⁰ Enquete-Kommission S. 39.

⁷⁴¹ Erster Engagementbericht S. 47 und 56.

örtlichen Gemeinschaft leisten. Dies führt zu Zielkonflikten. Um die Koexistenz der divergierenden Ziele zu sichern, sind entsprechende Vorkehrungen zu treffen. Eine besteht darin, die internen Strukturen und Prozesse des Unternehmens darauf einzurichten, z.B. durch Relativierung der Gewinnziele, durch gesteigerte Transparenzanforderungen und durch Partizipation der Mitarbeiter. Eine andere besteht in der Kooperation mit der Gemeinde und dem damit verbundenen Mittelzufluss an das Unternehmen. Aber mit der Geldzuwendung ist es noch nicht getan; das gemeinsame Ziel der Stärkung der lokalen Gemeinschaft erfordert von beiden Seiten intensive Kooperation auf sachlicher Ebene und zugleich ein hohes Maß an offener Kommunikation nach innen und außen. Dadurch unterscheiden sich die hier behandelten Unternehmen von den typischen sozialwirtschaftlichen Unternehmen, also solchen, die ihre eigene Finanzierungsbasis haben und nicht auf öffentliche Transfers angewiesen sind. Diese sind den klassischen Unternehmen näher, weil ihre eigene unternehmerische Kraft und Selbständigkeit größer sind. Sie sind nicht auf die enge und ständige Abstimmung innerhalb einer öffentlichen Korporation angewiesen, sie haben eigene Finanzierungsquellen und sind damit stärker als die SÖ-Unternehmen darauf ausgerichtet, marktgängige Produkte und Leistungen anzubieten.⁷⁴² Damit verbunden sind natürlich auch veränderte Anforderungen an die Kommunikations- und Arbeitsweise des kommunalen Kooperationspartners.

Während in einem „normalen“ Unternehmen der Geschäftszweck und das Geschäftsmodell einseitig von der Eigentümerseite festgelegt wird, stellen die divergierenden Geschäftszwecke der sozialwirtschaftlichen Unternehmen hohe sachliche und kommunikative Anforderungen an das alltägliche Austarieren dieser Ziele. Aber auch gewinnorientierte Unternehmen haben eine gemeinschaftliche Seite.⁷⁴³ Sie garantiert ein funktionierendes Kollektiv, indem Loyalität eingefordert und erwiesen wird, indem ein Mindestmaß an persönlichem Engagement und Folgebereitschaft gezeigt wird. Die Anforderungen an das Personal der Sozialökonomie-Unternehmen gehen aber noch darüber hinaus. Die internen Unternehmensstrukturen wie Partizipation der Mitarbeiter, Transparenz innerhalb des Unternehmens und Relativierung der Gewinnerwartung haben nicht nur eine äußere organisatorische Seite, sondern sind zugleich ein Hilfsmittel, um auf die notwendige Motivationsstruktur der Mitarbeiter hinzuwirken. Sie machen deutlich, dass es sich nicht um ein typisches Unternehmen handelt, sondern alle Beteiligten neben dem Nor-

⁷⁴² Siehe dazu die Darstellungen von Beckmann und Oldenburg.

⁷⁴³ M-Weber sieht diese auch im Kontor und in der Werkstatt realisiert, S. 22.

malmaß an Engagement und Loyalität ein Mehr leisten müssen. Im besten Fall kann auf diese Weise bei den Betroffenen so etwas wie Gemeinsinn erreicht werden.

Unter rechtlichen Aspekten steht ein ausgearbeitetes und umfangreiches Instrumentarium, von den Wirtschaftsgrundrechten bis zum Gesellschaftsrecht zur Verfügung, an dem sich die Akteure in der typischen Unternehmenslandschaft orientieren können. Für die Sozialwirtschaftsunternehmen und insbesondere für den Typus des SÖ-Unternehmens ist das ein Desiderat. Die adäquaten rechtlichen Rahmenbedingungen müssen dabei auf die besondere Motivationsstruktur von Unternehmern und Mitarbeitern angepasst werden.⁷⁴⁴

Dass die eingebaute Ambiguität sozialökonomische Projekte in der Praxis nicht von vornherein zum Scheitern verurteilt, hat L. Vogt mit ihrer empirischen Untersuchung belegt. Am konkreten Fall einer Bürgerstiftung in einer deutschen Kleinstadt hat sie gezeigt, dass bürgerschaftliches Engagement heute nicht allein vom Gemeinsinn der Beteiligten lebt, sondern ebenso von den individuellen Nutzenerwartungen der Aktiven. „Wenn beide Komponenten zusammenkommen, wenn also Karriere-, Spaß-, Sinn- und Tugenddimensionen zugleich beteiligt sind, dann können erfolgreiche Kontexte bürgerschaftlichen Engagements entstehen und auf Dauer gestellt werden.“⁷⁴⁵

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass das SÖ-Projekt als **gesellschaftliches** bürgerschaftliches Engagement im kommunalen Raum betrachtet werden kann. Die unternehmerischen Implikationen des Engagements lassen sich jedoch im herkömmlichen Begriff des bürgerschaftlichen Engagements nicht ausreichend erfassen.

4 Kommunale Gewährleistungsverantwortung?

Nachdem das SÖ-Projekt nicht so richtig in das typische Muster von „Bürgerbeteiligung“ passt, stellt sich die Frage, ob es nicht besser beschrieben werden kann, wenn man es unter Verzicht auf demokratiethoretische Implikationen einfach als Gegenstand einer Kooperationsbeziehung zwischen Gemeinde und lokalen Unternehmen betrachtet. Äußerlich ähnelt das Engagement der Sozialökonomie-Unternehmen der Konstellation, wie sie aus den Fällen der Einbeziehung von Privaten zur Erledigung von Staatsaufgaben bekannt ist. In diesen Fällen sucht der Staat aus unterschiedlichen Gründen Verwaltungshilfe durch Zugriff auf „private Leistungsapparaturen“.⁷⁴⁶ Der Staat bzw. die Kommune über-

⁷⁴⁴ „Steuern gibt es nicht ohne Steuerpolitik, Engagement gibt es sehr wohl ohne Engagementpolitik.“ Erster Engagementbericht S. 40.

⁷⁴⁵ Vogt S. 264f.

⁷⁴⁶ Ossenbühl 1971, 182.

nimmt in diesen Fällen die Gewährleistungsverantwortung.⁷⁴⁷ Die Erfüllung von Leistungspflichten wird von Privaten übernommen.

Oben⁷⁴⁸ wurde das Konzept des Gewährleistungsstaates näher dargestellt und am Ende die Frage gestellt, ob diese Vorstellung in einer abgewandelten Form auf die gemeindliche Rolle bei der SÖ-Förderung Anwendung finden kann. Im Rahmen einer derart modifizierten Sichtweise würde nicht nur ökonomische Rationalität aktiviert, sondern auch lokaler Gemeinsinn. Damit würde nicht mehr streng zwischen Wahrnehmungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung differenziert, sondern jeder der Beteiligten bringt seine Rationalität ein. Der gemeindliche Beitrag zeichnet sich dadurch aus, dass er eine Aktivierungsverantwortung zu Gunsten der örtlichen Gemeinschaft wahrnimmt. Die Gemeinde ist nicht nur Teilnehmerin am Findungsverfahren, sondern sie ist für die Einrichtung und Betrieb dieses Verfahrens oder anderer vergleichbarer Aktivierungsprozesse verantwortlich. Die Gemeinde ist in die örtliche Gemeinschaft, verstanden als ein Netz örtlicher Beziehungen sozialer, wirtschaftlicher und kultureller Art, neben vielen anderen lokalen Interessenten und Akteuren verstrickt. Sie ist aus dieser Perspektive ein Teilnehmer unter anderen. Aber sie hat gegenüber den anderen eine gesteigerte Verantwortung. In der Findungsphase werden die Grundlagen dafür gelegt, ob die Bürger tatsächlich aktiviert werden, ob tatsächlich die Demokratie von unten nach oben praktiziert wird, ob sich die Bürger mit ihrer Gemeinde identifizieren. Die gemeindliche Rolle lässt sich daher gut in verwaltungspolitischer Sprache beschreiben. Die Bürger werden von ihr als „Mitgestalter des Gemeinwesens, als Koproduzent bei der Leistungserstellung“⁷⁴⁹ betrachtet. Bogumil erfasst unter dem Begriff der kooperativen Demokratie die faktischen Möglichkeiten und Grenzen von Bürgerbeteiligung in der Bürgerkommune. „Unter dem Begriff kooperative Demokratie verstehe ich alle nicht gesetzlich festgeschriebenen, dialogisch orientierten und auf kooperative Problemlösungen angelegten Verfahren der Bürger- und Verbände-beteiligung an der Politikformulierung und Politikumsetzung.“⁷⁵⁰ Mit den „nicht gesetzlich festgeschriebenen Verfahren“ grenzt er den offenen Bereich der Kooperation von Verwaltungsverfahren ab, die thematisch, personell, förmlich, zeitlich eingegrenzt sind.

Die Gemeinde ist daher gewährleistungspflichtig im Hinblick auf die Einrichtung und den Betrieb von Aktivierungsprozessen, wie das Findungsverfahren. Die Verantwortung der Gemeinde besteht also darin, diejenigen Akteure zusammen zu bringen, die das lokale Ge-

⁷⁴⁷ Knauff WiVerw 2011,88ff; Bull S. 15; Katz NVwZ 2010,405-408ff-; Schuppert S. 410f.

⁷⁴⁸ Unter C Teil 3.

⁷⁴⁹ Bogumil/Holtkamp S. 114, Fn. 55.

⁷⁵⁰ Bogumil S. 113.

meinwohl fördern können. In der Phase der Aufgabenfindung ist es die Aufgabe der Gemeinde, Arrangements zu treffen, in denen die involvierten Akteure ihre eigenverantworteten Beiträge bestmöglich im Interesse der örtlichen Gemeinschaft einbringen können.⁷⁵¹

Die positive Seite dieses offenen Verfahrens liegt darin, die Kompetenzen, Interessen und Motive aller Beteiligten als **Beiträge der örtlichen Gemeinschaft selbst** zu verstehen und den innergemeindlichen Kommunikationsprozess als ein reflexives Verfahren kommunaler Gemeinwohlproduktion. Darin kommt der verfassungsrechtliche Anspruch zur Geltung, dass die Bürger selbst über die Gestaltung der örtlichen Gemeinschaft entscheiden. Die Entscheidung kommt nicht von außen. Es bedarf keiner Ermittlung des „Wesens“ einer örtlichen Angelegenheit. Den Unterschied zur rein staatsorganisatorisch-institutionellen Perspektive könnte man vielleicht bildlich so darstellen, dass hier auch das „Innenleben“ der Gemeinde zur Geltung kommt und nicht allein die nach außen wirkende Korporation mit ihren institutionellen Zwängen.

Die allgemeinen Vorteile des skizzierten Verfahrens liegen in

- Der Erhöhung der **Themenvielfalt**. Es haben nun auch Themen eine Chance der Wahrnehmung und der Realisierung, die nicht dem mainstream des nationalen oder internationalen Diskurses entsprechen, Es erhöht sich die Chance origineller, kreativer und spontaner lokaler Lösungen im wirtschaftlichen und politischen Kontext.
- Der Relevanz, die der **gemeindlichen Zugriffsfreiheit** eingeräumt wird. Sie hat eine rechtserzeugende Funktion, indem sie im verfassungsrechtlichen Rahmen wie ein Gesetzgeber darüber entscheidet, ob eine rein gesellschaftliche Angelegenheit zu einer kommunalen Angelegenheit wird. Diese Funktion wird im Übrigen daran deutlich, dass nicht aufgegriffene, liegen gelassene Angelegenheiten gesellschaftliche bleiben und nicht etwa staatliche werden.
- Der Berücksichtigung der **gemeindlichen Individualität**. Sie misst nicht am Maßstab einer virtuellen Einheitsgemeinde, sondern an den individuellen sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Strukturen der jeweils betroffenen Gemeinde.⁷⁵² Sie nimmt auch Rücksicht auf die faktisch relevanten lokalen Akteure, ohne die Anforderungen

⁷⁵¹ oder in der politologischen Sprache der Verwaltungswissenschaft: die Bildung von horizontalen Policy-Netzwerken, vgl. Bogumil S. 117ff.

⁷⁵² Klages nennt dies „einwohnerspezifische Bedürfnisstrukturen“ die durch Förderung der „Eigenkräfte des sozialen Systems“ gestärkt werden (S. 45).

an die demokratische Legitimation gemeindlicher Entscheidungen zu vernachlässigen.

- Der Sensibilität für die **Motivation** der lokalen Akteure. Der Aspekt des für eine lebendige örtliche Gemeinschaft zwingend erforderlichen Gemeinsinns erfordert eine Bewertung der Kommunikationsbeiträge auch nach ihrer gemeinschaftsförderlichen Motivation und nicht allein auf Basis des formal gleichen Rechts als Staatsbürger.

Zwischenfazit:

Im Hinblick auf die Bestimmung einer gemeindlichen Aufgabe im eigenen Wirkungskreis nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG lassen sich zwei Aspekte herausstellen, deren Beachtung einen Rationalitätsgewinn gegenüber dem üblichen Subsumtionsvorgang verspricht. Der erste betrifft den Prozesscharakter, welcher der Genese einer gemeindlichen Aufgabe unvermeidlich innewohnt. Weil es keinen abgeschlossenen Katalog der Aufgabenbestände gibt, weil der Gemeinde eine hohe Autonomie bei der Aufgabenfindung eingeräumt wird und weil in jeder individuellen Gemeinde die Ausgangsbedingungen unterschiedlich sind, sollte der verfassungsrechtlich-dogmatische Fokus darauf liegen, diese Randbedingungen zu kontrollieren und zu respektieren.

Ein weiterer Vorteil liegt in der Öffnung der Perspektive. Nicht allein die kommunalen Entscheidungsorgane bestimmen die gemeindlichen Aufgaben. Sie entstehen unter Beteiligung unterschiedlicher lokaler Instanzen, unter denen diejenigen der örtlichen Zivilgesellschaft hervorzuheben sind. Für eine verfassungsrechtliche Analyse gemeindlicher Aufgaben kann es daher nicht genügen, nur die letztlich verbindliche Entscheidung des Gemeinderats zum Gegenstand einer Subsumtion unter die bekannte Auslegungsformel des BVerfG über die Wurzeln der örtlichen Angelegenheiten⁷⁵³ zu machen. Mit der Erweiterung des Blickfelds verbunden ist eine höhere Anschlussfähigkeit verfassungsrechtlicher Dogmatik an Forschungsergebnisse der Verwaltungswissenschaften und der Sozialwissenschaften.

⁷⁵³ BVerfGE 79,127-151f- Rastede.

F Verstoß gegen Grundrechte, insbesondere gegen das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit?

Die vorangegangenen Überlegungen kommunalrechtlicher Art haben zu dem Ergebnis geführt, dass die SÖ-Förderung im Grundsatz eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft ist und damit eine entsprechende Verbandskompetenz der Gemeinde eröffnet ist. Die Förderung ist durch die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung geschützt, insbesondere soweit sie mit dem Ziel der Gemeinschaftsbildung erfolgt.

Die Gemeinde ist jedoch wie jede andere öffentliche Gewalt bei der Förderung an die Grundrechte gebunden. Sie muss alles unterlassen, was den grundrechtlichen Freiheitsraum unzulässig einschränkt. Unter diesem negatorischen Aspekt ist als erstes an eine mögliche Verletzung des Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit zu denken, die von Wettbewerbern des geförderten SÖ-Unternehmens geltend gemacht werden könnten. Diese Frage steht im Zentrum des ersten und zweiten Teils. Der erste Teil wird eingeleitet durch die Darstellung der spezifischen Wettbewerbssituation der SÖ-Unternehmen zwischen Markt und Zivilgesellschaft (§ 1) und der wirtschaftspolitischen Freiheitsgrade, welche der Gemeinde von der Verfassung eingeräumt sind (§ 2). In § 3 werden unterschiedliche Konzeptionen eines Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit vorgestellt. Teil 2 widmet sich näher einer vorzugswürdigen Konzeption des Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit, die von M. Bäcker entwickelt wurde und fragt, welche Folgerungen daraus für die Wettbewerbsgrundrechtliche Bewertung der SÖ-Förderung zu ziehen sind.

Die Frage, ob ggf. andere Grundrechte als das der Wettbewerbsfreiheit durch die Gemeinde verletzt werden, beantwortet Teil 3. In § 1 wird die Verletzung des Gleichheitssatzes und ein möglicher Eingriff in die individuelle Berufsfreiheit thematisiert. In § 2 wird gefragt, ob es evtl. einen **Anspruch** auf die fragliche Subvention gibt.

Teil 1 Standort und Reichweite des Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit

Verletzt die in Frage stehende spezifische gemeindliche Subventionierung das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit von betroffenen anderen Unternehmen?

§ 1 Wettbewerbliches Umfeld von Sozialökonomie-Unternehmen

Die gemeindliche Subventionierung von örtlichen Sozialökonomie-Unternehmen kann negative Auswirkungen haben auf (örtliche oder nicht-örtliche) Unternehmen, die in irgendeiner Form im Wettbewerb stehen mit den subventionierten Unternehmen. Da sich die Subventionsgewährung nicht auf Unternehmen beschränkt, die im staats- bzw. kommunal-nahen Sektor wie dem sog. 3. Sektor tätig sind, in dem ohnehin kein ausgeprägter Wettbewerb herrscht, können die tatsächlichen Voraussetzungen für eine mögliche Wettbewerbsgefährdung umso eher vorliegen. Das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit kann auf der anderen Seite aber nur dann verletzt sein, wenn faktisch überhaupt eine Wettbewerbssituation vorliegt, auf welcher rechtsdogmatischen Grundlage auch immer diese festgestellt werden kann. Nun hat diese Untersuchung kein konkret benennbares SÖ-Unternehmen, keine individuell identifizierbare Subvention und erst recht keine Informationen über betroffene Märkte und Unternehmen zum Gegenstand. Daher wird im Rahmen dieser Untersuchung unterstellt, dass die gemeindliche Förderung faktische negative Auswirkungen auf nicht geförderte Unternehmen in dem betroffenen Markt hat.

Gleichwohl lassen sich aus der spezifischen Positionierung von SÖ-Unternehmen zwischen Markt und Zivilgesellschaft und aus dem daraus folgenden gemeindlichen Förderkonzept einige wettbewerbliche Spezifika ableiten.⁷⁵⁴ Es gibt viele Unternehmen, die mittelbar Gemeinwohlaufgaben erfüllen. Der Staat verfolgt -ebenso wie die Gemeinde in unserem Fall- diese Ziele durch Einschränkungen des Wettbewerbs im Wege der Regulierung. Die SÖ-Unternehmen stehen jedoch in einem anderen wettbewerblichen Umfeld als diejenigen Unternehmen, die sich auf staatlich regulierten Märkten bewegen wie z.B. für Arzneimittel, Gesundheitsdienstleistungen, Leistungen des 3. Sektors, Bücher, Agrarsektor, Netz-Dienstleistungen. Der Staat greift mit z.T. massiven Interventionen in eine Teilökonomie (Agrarsektor) ein, mit regulatorischen Maßnahmen, um Quasi-Wettbewerb zu erreichen (natürliche Netzmonopole) oder mit staatlichem Informationshandeln zur Anregung von Preiswettbewerb (Transparenzlisten bei Arzneimitteln), mit staatlichen

⁷⁵⁴ Zur Wettbewerbskonstellation unter Beihilfe-Aspekten s.u. G Teil 1

Preisfestsetzungen (zum Schutz des Buches als Kulturgut), und vielem mehr. Aber die Gemeinde setzt in unserem Fall nicht auf typische ordnungspolitische Mittel: sie nutzt nicht die Abgaben- oder Steuerpolitik, sie errichtet keine öffentlichen Anstalten, sie ordnet keine Bedürfnisprüfung an, sie erteilt keine Aufträge an Sozialdienstleister, sondern sie bietet Anreize, um gesellschaftliche Kräfte zu bewegen, den gesellschaftlichen Zusammenhalt zu stärken.

Die Richtung und Intensität der Intervention in den Wettbewerb ist bei den hier zu untersuchenden Subventionen anders. Die subventionierende Gemeinde trifft auf Unternehmen, die in autonomer Entscheidung ihren Auftritt am Markt anders als die „normalen“ Unternehmen gestaltet haben. In den regulierten Bereichen können die Akteure die Gewinne machen, die ihnen das regulierte Umfeld erlaubt – bei den Sozialökonomie-Unternehmen verzichten die Unternehmen von sich aus auf die Erzielung persönlicher Gewinne; die regulierten Unternehmen bleiben weitgehend frei in der Gestaltung ihrer internen Organisation, bei den SÖ-Unternehmen übersteigen die selbst gestellten Anforderungen an interne Transparenz und Mitbestimmung das gesetzlich und regulatorisch geforderte Maß.

Um den Unterschied der Sö-Unternehmen zu „normalen“ Unternehmen -reguliert oder nicht- zu verdeutlichen, kann man auf den Unterschied zwischen freien Trägern der Wohlfahrtspflege und gewerblichen Anbietern auf dem gleichen Markt verweisen. Während die freien Träger explizit eine Mitverantwortung für die Realisierung gesellschaftlicher Ziele für sich anerkennen und dabei das karitative Engagement als ihre spezifische Ressource einbringen, „bestimmt sich das Engagement der gewerblichen Träger nach dem Verhältnis des eingesetzten Kapitals zum erwarteten Gewinn.“⁷⁵⁵ Dieser Vergleich ist zu gegeben etwas holzschnittartig, trifft aber einen wichtigen Punkt.

Ausgelöst durch die autonome alternative Gestaltung von Zielen und innerer Struktur des SÖ-Unternehmens kann sich der wettbewerbliche Auftritt verändern. Aus Sicht der Kunden können die Angebote des SÖ-Unternehmens häufig nicht von denen eines Wettbewerbers unterschieden werden (Beispiel Fahrradwerkstatt), es sei denn, das Angebot ist so spezifisch auf Bedürfnisse des „Bürgers“ zugeschnitten, dass es in dieser Form nur in Kooperation mit der Gemeinde erbracht werden kann (z.B. bei Angeboten, die in enger Kooperation mit gemeindlichen Einrichtungen gemacht werden wie z.B. Dienstleistungen in Zusammenarbeit mit städtischen Gesundheitseinrichtungen).

⁷⁵⁵ Neumann SRa 2007,218.

Für die fördernde Gemeinde verändert sich bei den SÖ-Unternehmen im Vergleich zu „normalen“ Unternehmen die „Förderkulisse“. Sie kann hier Einfluss auf das betriebliche Angebot und ggf. auch auf Preise nehmen. Sie kann erhöhte Transparenzanforderungen durchsetzen und damit auch die Nachhaltigkeit ihrer Subventionsleistungen ggf. positiv beeinflussen.

Das Umfeld dieser besonderen Unternehmen unterscheidet sich also sowohl von den typischen (idealen) marktwirtschaftlichen Bedingungen wie von den Strukturen auf den gesetzlich regulierten Teil-Märkten. Daher stellt sich die Frage, ob die Kommunen aktiv auf die Etablierung oder den Bestand solcher untypischen, wettbewerbs-aversen Strukturen hinwirken dürfen. Daraus ergibt sich vor der eigentlichen Frage nach einer möglichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit die Vorfrage, ob die hoheitliche Unterstützung wettbewerbs-averser Strukturen verfassungsrechtlich überhaupt zulässig ist. Sie wäre nicht zulässig, wenn aus der Verfassung eine strikte Festlegung auf wettbewerbliche Strukturen innerhalb des Wirtschaftssystems zu entnehmen wäre. Diese Frage wird im Folgenden behandelt.

§ 2 Offenheit des Grundgesetzes im Hinblick auf die Wirtschaftsverfassung

Ausgangspunkt soll die Rechtsprechung des BVerfG zu der Frage sein, ob und ggf. wie das Grundgesetz verbindliche Vorgaben für die Wirtschaftsverfassung – und damit auch für die Reichweite der Geltung des Wettbewerbsprinzips - enthält.

I Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

In der ersten einschlägigen Entscheidung (Investitionshilfe) aus dem Jahr 1954 stellt das BVerfG recht apodiktisch fest: „Das Grundgesetz garantiert weder die wirtschaftspolitische Neutralität der Regierungs- und Gesetzgebungsgewalt noch eine nur mit marktkonformen Mitteln zu steuernde 'soziale Marktwirtschaft'. Die 'wirtschaftspolitische Neutralität' des Grundgesetzes besteht lediglich darin, dass sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat. Dies ermöglicht dem Gesetzgeber die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachtet.“⁷⁵⁶ Den letzten Satz wiederholt das Gericht im Apothekenurteil⁷⁵⁷ und im Mitbestimmungsurteil.⁷⁵⁸

⁷⁵⁶ BVerfGE 4,7-17f-.

⁷⁵⁷ BVerfGE 7,377-399-.

⁷⁵⁸ BVerfGE 50,290-335-.

Fünf Jahre vorher konnte sich der Parlamentarische Rat nicht auf die verfassungsrechtliche Festschreibung eines bestimmten Wirtschaftssystems verständigen. CDU und SPD waren dort gleich stark vertreten und hatten gemeinsam eine Mehrheit. Jede dieser Parteien hatte andere Vorstellungen über die künftige Wirtschaftsordnung der jungen Bundesrepublik, die nicht immer ausgereift waren und zudem noch zwischen verschiedenen parteiinternen Flügeln variierten.⁷⁵⁹ Als gemeinsame Basis immerhin fungierte ein Staatsverständnis, welches Eingriffe in den wirtschaftlichen Prozess nicht nur duldete, sondern für notwendig hielt.⁷⁶⁰

In der Folge verfolgte das BVerfG konsequent seine Position der „Neutralität“ des Grundgesetzes, die man in Anbetracht der Tatsache, dass das Grundgesetz keineswegs neutral gegenüber jeglicher Wirtschaftsverfassung ist, besser als Offenheit benennen sollte. Es ließ sich auch nicht von kritischen Stimmen in der Literatur beeinflussen, deren prononciertester Vertreter Nipperdey war (in „Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz“). Vielmehr hat es sich im Mitbestimmungsurteil gegen Versuche gewandt, über eine objektivierende Interpretation der Grundrechte doch noch zu einer verfassungsrechtlich begründbaren und bestimmbaren Wirtschaftsordnung zu kommen. Das Gericht versagt insoweit der Annahme eines „institutionellen Zusammenhangs der Wirtschaftsverfassung“ oder eines „Schutzzusammenhangs und Ordnungszusammenhangs der Grundrechte“ ausdrücklich die verfassungsrechtliche Anerkennung⁷⁶¹ und beharrt auf der subjektiv-rechtlichen Komponente der Freiheitsrechte als Grenze des gesetzgeberischen Ermessens.

II Position der Lehre

Heute bekennt sich die herrschende Lehre (zumindest verbal) zur Rechtsprechung des BVerfG. Gleichwohl gibt es kritische Stimmen gegenüber einer vorbehaltlosen Anerkennung der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Offenheit.

Die zentrale Aussage des BVerfG, dass der Gesetzgeber frei sei in der Verfolgung seiner wirtschaftspolitischen Ziele, „sofern er dabei das Grundgesetz beachtet“ (s.o.) würde leer laufen, „wenn man in die Grundrechte die Strukturprinzipien einer marktwirtschaftlichen Ordnung hineininterpretiert“, ⁷⁶² Demnach ist ein Verständnis der Grundrechte notwendig, welches zumindest in Betracht zieht, dass die Freiheitsrechte eine andere -wenn auch einstweilen unbestimmte- Ordnung als die gegenwärtige Ordnung rechtfertigen können.

⁷⁵⁹ Achatz S.105ff; zu den ideengeschichtlichen Hintergründen der Debatten ausführlich Jungbluth.

⁷⁶⁰ Achatz S. 107.

⁷⁶¹ BVerfGE 50,290-336-.

⁷⁶² vgl. Bryde NJW 1984, 2179.

Die gegenwärtige Ordnung „beruht auf einer vom Willen des Gesetzgebers getragenen wirtschafts- und sozialpolitischen Entscheidung, die durch eine andere Entscheidung ersetzt oder durchbrochen werden kann.“⁷⁶³

Diese recht eindeutige und nachvollziehbare Aussage wird jedoch praktisch in ihr Gegenteil verkehrt, wenn den Freiheitsgrundrechten eine Aussage für eine bestimmte Wirtschaftsordnung unterstellt wird und dem Gesetzgeber eine Abkehr von den Grundsätzen der auf diese Weise unterstellten Verfassungsrechtsordnung verboten wird. Zur Veranschaulichung ein Zitat von Badura ⁷⁶⁴: „Dass kraft der verschiedenen Grundrechte der wirtschaftlichen Freiheit verfassungsrechtlich die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung und der freie marktwirtschaftliche Wettbewerb dem Grundsatz nach vorauszusetzen sind, bedeutet, daß der eingreifende und gestaltende Gesetzgeber einer definierten und hinreichenden Rechtfertigung durch das öffentliche Interesse bedarf und dass ihm eine grundsätzliche Abkehr von der privatwirtschaftlichen und marktwirtschaftlichen Ordnung, vorbehaltlich der vom Sozialisierungsartikel erfassten Bereiche, verwehrt ist.“ Fast wortgleich ist diese Feststellung aus dem sog. Kölner Gutachten, welches die Gegner der Mitbestimmung in dem einschlägigen Verfahren des BVerfG vorgelegt haben (dort S. 249f), entnommen. Ein ähnliches Argumentationsmuster haben andere Autoren vertreten, welches regelmäßig auf die vom BVerfG entschieden abgelehnte Überhöhung der Wirtschaftsgrundrechtsinhalte zu einer Institutionalisierung der „Sozialen Marktwirtschaft“⁷⁶⁵ – vgl. dazu Hecker⁷⁶⁶ – hinausläuft. Auf die Nachzeichnung im Einzelnen soll daher verzichtet werden.

Das Wettbewerbsprinzip ist in der gegenwärtigen Wirtschaftsordnung von hoher Bedeutung, die sie insbesondere durch das Unionsrecht erfährt. Aus der grundgesetzlich garantierten Offenheit der Wirtschaftsverfassung lässt sich allerdings folgern, dass der **verfassungsrechtliche** Rang des Wettbewerbsprinzips in einer Wirtschaftsordnung nicht zwingend dem heute praktizierten entsprechen muss, unbeschadet der großen Bandbreite möglicher Modifizierungen und Differenzierungen dieses Prinzips. Nichts anderes hat das BVerfG mit seinem Verweis auf die „bestehende Wirtschaftsordnung“ im Glykol-Urteil⁷⁶⁷ ausgesprochen. So gesehen hängt der wettbewerbsrechtliche Gehalt des Art. 12 GG von

⁷⁶³ BVerfGE 4,7-18-.

⁷⁶⁴ JuS 1976, 208.

⁷⁶⁵ Sodan in DÖV 2000,365ff; Rupp in HdbStR IX S. 143ff; Schmidt-Preuß in DVBl 1993,239ff; Ruffert in AöR Bd. 134 (2009) S. 221ff.

⁷⁶⁶ S. 137ff.

⁷⁶⁷ BVerfGE 106,275-298-.

der bestehenden Wirtschaftsordnung ab, sofern diese im Übrigen die Grundrechte respektiert.⁷⁶⁸

Einige Autoren, die näher an der Position des BVerfG liegen, relativieren diese Rechtsprechung insoweit, als diese Aussagen nur im Grundsatz gelten, also Modifikationen möglich sind. In unterschiedlichen Prägungen taucht diese Grundsatz-Relativierung auf: Kämmerer sieht einen „Kern“ marktwirtschaftlicher Ordnung garantiert⁷⁶⁹, Müller-Volbehr liest aus der Verfassung eine „gewisse systematische Rahmenregelung“⁷⁷⁰, Ossenbühl interpretiert in die Verfassung das „Grundmuster einer Wettbewerbswirtschaft“.⁷⁷¹ Mit diesen Grundsatz-Relativierungen erhält das gegenwärtige Modell den Status eines Idealtypus, dem sich alle alternativen Modelle anzunähern haben. Eine Aussage, die das BVerfG gerade so nicht getroffen hat.

Eine Position, die auf den ersten Blick den Weg zu einer Relativierung des Wettbewerbsprinzips ebnet, nimmt Papier ein. Er wendet sich – mit dem BVerfG - gegen eine Instrumentalisierung oder Funktionalisierung der Freiheitsrechte zugunsten einer „optimalen Wettbewerbsordnung“⁷⁷² und stellt das Recht des Einzelnen „zu marktinkonsistentem Verhalten, zur Berücksichtigung auch metaökonomischer Gesichtspunkte“ heraus.⁷⁷³ Damit erkennt er an, dass auch diese „abweichenden“ Verhaltensweisen, die nicht dem Vorbild des homo oeconomicus entsprechen, zwingend Grundrechtsschutz genießen müssen, wenn das Schutzgut in der individuell-personalen Entscheidung zur Teilnahme am Wirtschaftsleben gesehen wird. Allerdings zieht er die naheliegende Schlussfolgerung nicht, dass dann, wenn das Freiheitsrecht solche Verhaltensweisen schützt, der Staat zumindest berechtigt ist, eine Ordnung zu schaffen, welche diesen nicht-wettbewerbsaffinen Verhaltensweisen eine Entfaltungsmöglichkeit bietet. Nach seiner Auffassung kann sich der beschriebene individuelle Ansatz „alternativen“ Wirtschaftens nur innerhalb einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Rahmenordnung entfalten: Die Verfassung hat im Prinzip normativ entschieden, „**wer** für **welche** wirtschaftlichen Entscheidungen und Planungen **zuständig** sein soll und welche **Wirkungsmöglichkeiten** oder **Mittel** der Realisation den Zuständigkeitsträgern zur Verfügung stehen...“⁷⁷⁴ Diese Rahmenordnung wird als Kontrastmodell gegenüber einer „Zentralverwaltungswirtschaft“ entwickelt.⁷⁷⁵, die

⁷⁶⁸ anders Rixen S. 237.

⁷⁶⁹ v.Münch/Kunig 2012 Art. 12, Rdnr. 3.

⁷⁷⁰ JZ 1982,139.

⁷⁷¹ AöR 1990,2f.

⁷⁷² Papier S. 619.

⁷⁷³ a.a.O.

⁷⁷⁴ Papier S.618.

⁷⁷⁵ Papier S. 611ff.

auf jeden Fall nicht vom Grundgesetz gedeckt ist. Der Vorteil dieses Verfahrens liegt darin, dass damit keine vorschnelle Reduktion auf eine bestimmte Ordnung verbunden ist, sondern ein relativ großer Möglichkeitsraum eröffnet wird. Allerdings entkommt Papier auch nicht der Versuchung, durch eine Gesamtschau aller einschlägigen Grundrechtsartikel⁷⁷⁶ doch vorab (d.h. jenseits einer Prüfung von konkreten individuellen grundrechtlichen Freiheitsverletzungen) einen Verfassungs-impliziten Ordnungsrahmen zu konstruieren. Obwohl er darauf beharrt, dass die „Garantiewirkung der Einzelgrundrechte“ nicht zu Gunsten von allgemeinen Systemkonstruktionen verlassen werden darf.⁷⁷⁷

Etwas pointiert könnte man diese Haltung so zusammenfassen: eine Verkehrswirtschaft (=Zuständigkeit bei den Privatrechtssubjekten) mit dem Mittel Eigentum und den Wirkungsmöglichkeiten des Marktes ist im Prinzip von der Verfassung vorgegeben, da kann sich der Einzelne – theoretisch – auch nonkonform verhalten.⁷⁷⁸

Hecker vertritt – ähnlich wie Bäcker – konsequent die Position des BVerfG über die Offenheit des Grundgesetzes in den Fragen der Wirtschaftsverfassung. Er bezeichnet sie als Trennungspostulat, weil dadurch die Trennung von ökonomischen und verfassungsrechtlichen Ordnungsvorstellungen sichergestellt werden soll.⁷⁷⁹ Dementsprechend kann er aus den einschlägigen Grundrechten auch keine Vorgaben für eine Gestaltung der Wirtschaftsverfassung entnehmen. Er spricht den Wirtschaftsgrundrechten die Kraft ab, eine bestimmte Wirtschaftsordnung zu konstituieren. Dagegen spricht ihr Charakter, der am einzelnen Grundrechtsträger orientiert ist, aber auch sachlich-inhaltliche Erwägungen: „Dementsprechend ist die von diesen ausgehende Schutzwirkung zugunsten des marktwirtschaftlichen Ordnungsmodells löchrig, variabel thematisch inkonsistent....“⁷⁸⁰ Um der Normativität der Verfassung zur Geltung zu verhelfen und um dem politischen Prozess den ihm gebührenden großen Raum zu sichern, überlässt er es ausschließlich dem einfachen Gesetzgeber, die notwendigen Strukturen zu schaffen und weiter zu entwickeln.⁷⁸¹ „Das Grundgesetz nimmt seiner grundsätzlichen Regelungsperspektive nach die Wirtschaft nicht als eine bestimmten eigenen Funktions- und Organisationsprinzipien gehorchende Lebensordnung in den Blick. Es reglementiert die Wirtschaft nicht im Hinblick auf ihre genuinen Ordnungsstrukturen.“⁷⁸²

⁷⁷⁶ Art. 2 Abs. 1; 9 Abs. 1; 11 Abs. 1; 12 Abs.1 Satz1; 14.

⁷⁷⁷ Papier S. 624.

⁷⁷⁸ siehe dazu auch Klement S.305 Fn. 17.

⁷⁷⁹ Hecker S. 138 passim.

⁷⁸⁰ Hecker S. 145.

⁷⁸¹ Hecker S. 152ff.

⁷⁸² Hecker S. 157.

Klement stimmt der zitierten (älteren) Rechtsprechung des BVerfG zu, wonach die Grundrechte „kein Leitbild vom „richtigen“ Wettbewerb“ entwerfen.⁷⁸³ Den Pfad der Tugend habe das Gericht jedoch mit seinem „institutionellen Freiheitsbegriff“ in der Glykol-Rechtsprechung verlassen. Denn mit diesem Begriff sei implizit „ein materieller verfassungsrechtlicher Begriff vom „richtigen“ Recht“ verbunden, „dem der zu diesem Zweck von grundrechtlichen Schranken zu befreiende Gesetzgeber zur Wirklichkeit zu verhelfen habe.“⁷⁸⁴ Klement erkennt zwar die prinzipielle Möglichkeit an, dass einfaches Recht gewissermaßen im Auftrag eines Grundrechtes Freiheiten schützen könne. Er nennt diese Konstellation Freiheitsschutz 2. Ordnung.⁷⁸⁵ Dazu sei aber notwendig, dem leitenden Grundrecht eine Ordnungsidee entnehmen zu können, sonst schütze es Normen beliebigen Inhalts. Wenn dem Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit keine inhaltlichen Aussagen entnommen werden können, könne der Freiheitsschutz nicht funktionieren. Dabei übersieht Klement, dass hinter den Wettbewerbsnormen durchaus eine Ordnungsidee bzw. eine Freiheitsvorstellung steht. Allerdings werden diese Vorstellungen **vom einfachen Gesetzgeber** entwickelt. Das ist ja der Clou von der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Offenheit des Grundgesetzes. Das gesetzgeberische Produkt steht auch nicht im grundrechtsfreien Raum. Es muss allen Bestimmungen der Verfassung entsprechen. Die Frage, wie eine Wettbewerbsordnung (bzw. Nicht-Wettbewerbsordnung) im Übrigen inhaltlich zu gestalten ist, wird von der Verfassung ausdrücklich nicht beantwortet, sondern offengehalten.

Damit ist auch die Frage von Klement⁷⁸⁶ beantwortet, warum gerade Wettbewerbsnormen und nicht etwa Familienrechtsnormen so behandelt werden: Familienrechtsnormen sind durch Art. 6 GG materiell-grundrechtlich geprägt, die Wettbewerbsnormen eben nicht, so dass für letztere eine Prägung durch einfache Normen ausreicht.

Die Abgrenzung einer einfachrechtlich geprägten Wettbewerbsordnung von anderen gesetzlichen Ordnungen setzt allerdings voraus, dass die einschlägigen Wettbewerbsordnungsnormen auch als solche bestimmt werden können. Klement bestreitet diese Möglichkeit. „Der Gesetzgeber kann den Inhalt der Wettbewerbsrechtsnormen bestimmen, nicht aber den verfassungsrechtlichen Begriff der Wettbewerbsrechtsnorm selbst.“⁷⁸⁷

Nach seiner Vorstellung ist der verfassungsrechtliche Begriff des Wettbewerbs analog zum Begriff des Eigentums zu bestimmen, der durch eine Reihe von Merkmalen vorbestimmt sei. Abgesehen davon, dass der Begriff des Wettbewerbs im Grundgesetz anders

⁷⁸³ Klement S. 307.

⁷⁸⁴ Klement S. 310.

⁷⁸⁵ Klement S. 313.

⁷⁸⁶ Klement S. 315.

⁷⁸⁷ Klement S. 317.

als der Eigentumsbegriff nicht erscheint, werden beide Begriffe nach den Regeln der juristischen Kunst (insbesondere durch Auslegung, wissenschaftliche Theoriebildung und dogmatische Aufarbeitung) gebildet. Anders als beim Eigentum wird in der von Klement kritisierten „Theorie der Normprägung“⁷⁸⁸ der Begriff des Wettbewerbs ausschließlich in einem induktiven Verfahren bestimmt. Der Gesetzgeber nimmt ein tatsächliches Phänomen, nämlich die Tatsache, dass ein Wirtschaftsakteur mit einem anderen in einer Konkurrenzbeziehung steht, zum Anlass für eine gesetzlich geschaffene Ordnung, innerhalb der sich diese Konkurrenzbeziehung entfalten kann. Die Gesamtheit dieser wirtschaftlichen Ordnung ist dann Wettbewerb im verfassungsrechtlichen Sinne und Gegenstand der grundrechtlich gewährleisteten Wettbewerbsfreiheit. Durch dogmatische Arbeit kann diese Gesetzesordnung weiter differenziert werden. So hat z.B. Bäcker mit der Unterscheidung unterschiedlicher Normtypen einen Vorschlag gemacht, der die möglichen Anwendungsfälle abstrakt genug erfasst, um gleichwohl noch praktikabel zu sein. Dafür, dass darin irgendeine „nicht offengelegte(n) Zielvorstellung vom gewünschten Wettbewerb“⁷⁸⁹ versteckt sei, ist Klement den Beleg schuldig geblieben.

III Staatsvertrag Bundesrepublik – DDR vom 18.05.1990

Auch der Versuch, über Art.1 Abs. 3 des Staatsvertrages zwischen der Bundesrepublik und der DDR vom 18.05.1990, der die Soziale Marktwirtschaft zur Grundlage der mit dem Vertrag entstandenen Wirtschaftsunion erklärt, eine verfassungsrechtliche Nobilitierung derselben zu erreichen⁷⁹⁰, muss fehlschlagen. Denn eine Verfassungsänderung im Sinne einer Änderung des Textes ist hier ebenso wenig erfolgt, wie in den Jahrzehnten zuvor.⁷⁹¹

IV Art. 15 GG

Nach Art. 15 GG können Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel vergesellschaftet werden. Für unseren Zusammenhang bietet Art. 15 GG keine unmittelbare Anwendungsmöglichkeit. Oben (A Teil 1 § 3 III) wurden bereits die gemeinwirtschaftlichen Unternehmen von den Unternehmen der Sozialökonomie abgegrenzt.

Art. 15 GG ist für uns nur insoweit relevant, als aus seiner Existenz ein Beleg für die Offenheit des GG in Fragen der Wirtschaftsverfassung gesehen werden kann. Diese Sichtweise entspricht der überwiegenden Auffassung.⁷⁹² Eine andere Auffassung vertritt Wendt, der

⁷⁸⁸ Damit bezieht er sich auf die Glykol-Rechtsprechung des BVerfG und den Theorieansatz von Bäcker.

⁷⁸⁹ Klement S. 319.

⁷⁹⁰ Badura 2012 Rdnr. 34

⁷⁹¹ Hecker S. 136f, 152.

⁷⁹² vgl. Durner in Maunz-Dürig Rdnr. 19 zu Art. 15 GG m.w.N.

aus Art. 15 GG keine „wirtschaftsverfassungsrechtliche Konträrfunktion“ herauslesen mag. Er begründet dies mit der „Begrenztheit des Kreises der sozialisierungsfähigen Güter“⁷⁹³ Wenn man sich den Kreis dieser Güter vergegenwärtigt: Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel, so mag einem unvoreingenommenen Leser doch ein leichter Zweifel an dieser Begründung beschleichen. Ebenso kritisch äußert sich Papier. Er beharrt darauf, dass Art. 15 GG „allein den Schutz bestehender konkreter Rechtsstellungen“ betreffe und auch der Schutzbereich von Art. 12 GG offenbar von Folgewirkungen erfolgreicher Sozialisierungen nicht betroffen sei.⁷⁹⁴ Hier kann nicht auf die Stichhaltigkeit dieser Argumente eingegangen werden. Aber es ist offensichtlich, dass die Anwendung des Art. 15 GG bedeutende Auswirkungen auf die aktuell bestehende deutsche Wirtschaftsverfassung und deren rechtliche Gestaltung haben dürfte. Zum Vergleich denke man nur einmal an die verfassungsrechtlichen Turbulenzen, die dagegen ein vergleichsweise banales staatliches Informationsverhalten (Warnung vor glykolhaltigem Wein) verursacht hat.

Im Ergebnis lässt sich also feststellen, dass das Grundgesetz keine Festschreibung wirtschaftsverfassungsrechtlicher Normen und damit auch keine Wettbewerbsordnung enthält. Die Gemeinde ist somit von Verfassungswegen nicht auf die Realisierung eines strikten Wettbewerbsmodells verpflichtet.

§ 3 Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit

I Betroffene Grundrechte

Das Verhalten von Unternehmern im Wettbewerb einschließlich des Rechts zur Gründung und Führung von Unternehmen⁷⁹⁵ fällt thematisch in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG. Dies gilt nicht nur gegenüber gezielten staatlichen Eingriffen, sondern auch gegenüber Folgewirkungen nicht gezielter Maßnahmen wie auch gegenüber nicht-eingreifenden Maßnahmen der Leistungsverwaltung wie z.B. Subventionen.⁷⁹⁶

Art. 14 GG umfasst auch den Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs, daher können staatliche Beschränkungen in diesem Bereich auch von Art. 14 GG erfasst sein. Das BVerfG hat allerdings bis heute offengelassen, ob Art. 14 GG in diesem Sinne auszulegen ist. Nach allgemeiner Auffassung schützt Art. 14 GG ohnehin nur das Erwor-

⁷⁹³ Sachs Grundgesetz Rdnr. 23 zu Art. 15 GG.

⁷⁹⁴ Papier S. 616.

⁷⁹⁵ BVerfGE 50,290-363-.

⁷⁹⁶ BVerfGE 46, 120-137-.

bene aber nicht den Erwerb, so dass Chancen des Erwerbs durch unternehmerische Tätigkeit nur durch Art. 12 GG geschützt werden.⁷⁹⁷

Während früher das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG auch als eine Art Hauptgrundrecht für die wirtschaftliche Selbstentfaltung angesehen wurde,⁷⁹⁸ hat sich heute die Ansicht durchgesetzt, dass Art. 2 Abs. 1 ein Auffanggrundrecht darstellt, welches insbesondere bei nicht-erwerbswirtschaftlichen Sachverhalten und Ausländerbeteiligung zur Anwendung kommt. Ansonsten sind vorrangig die Grundrechte aus Art. 9, 12 und 14 GG in ihrem jeweiligen sachlichen Kontext anzuwenden. Dies gilt namentlich für die unternehmerische Dispositionsfreiheit und die Wettbewerbsfreiheit. Beiden Freiheiten sind Schutzbereiche eigen, die sich aus dem offenen Tatbestand des Art. 2 Abs. 1 GG durch Rechtsprechung und Literatur entwickelt haben und als Bestandteil von Art. 12 GG verfestigt haben.⁷⁹⁹

Somit bildet die Wettbewerbsfreiheit als Ausprägung von Art. 12 Abs. 1 GG den entscheidenden Maßstab für unsere grundrechtliche Prüfung. Im weiteren Verlauf der Darstellung wird sich zeigen, dass auch Art. 14 GG und Art. 2 I GG in Kombination mit Art. 12 GG für manche Autoren das maßgebende Prüfungsraster darstellen.

Für das Unionsrecht bildet Art. 16 GRCH als Grundrecht der Unternehmerfreiheit den einschlägigen Prüfungsmaßstab. Ob darin auch der Schutz des Wettbewerbs verankert ist, wird unten bei G Teil 3 untersucht.

II Unterschiedliche Konzepte von Wettbewerbsschutz

Es gibt – grob gesprochen - zwei sich nicht zwingend ausschließende verfassungsrechtlich mögliche Wege, wie man sich dem Phänomen Wettbewerb nähern kann: Wettbewerb als Produkt natürlicher Freiheit oder Wettbewerb als gesellschaftliches Ordnungsmodell. Diese beiden Zugriffe sollen im Folgenden näher untersucht werden und insbesondere daraufhin befragt werden, ob sie die spezifische (Nicht)-Wettbewerbsproblematik sozial-ökonomischer Unternehmen erfassen.

1 Darstellung von Konzepten natürlicher Freiheit

In diesen wird der Wettbewerb als Folge von freien wirtschaftsbezogenen Entscheidungen individueller Marktteilnehmer dargestellt, die damit von ihrer natürlichen Freiheit

⁷⁹⁷ Papier S. 631.

⁷⁹⁸ Ipsen S. 302: Wirtschaftsfreiheit.

⁷⁹⁹ das BVerwG stützte die Wettbewerbsfreiheit früher allein auf Art. 2 Abs. 1 GG, jetzt auf Art. 12 Abs.1, Art. 2 Abs. 1 GG, Urteil vom 24.02.2016, 8C3/15, juris Rdnr. 25.

Gebrauch machen. Im Folgenden soll die jeweilige Charakterisierung der natürlichen Freiheit kurz dargestellt werden.⁸⁰⁰

„Die freie Wahl und Ausübung von Berufen..... führt zum Wettbewerb zwischen Unternehmen, Handel- und Gewerbetreibenden, Freiberuflern, aber auch Arbeitnehmern.“⁸⁰¹

„Die konkurrierende Ausübung der wirtschaftlichen Freiheiten aus Art. 12, 14 GG schafft den Wettbewerb als Summe miteinander wetteifernder Grundrechtsausübungen.“⁸⁰²

„Die Berufsfreiheit ist also die unabdingbare Basis, von der aus der einzelne seine Persönlichkeit in den gesellschaftlichen Markt einbringen und sich entsprechend seinen Fähigkeiten eine bestimmte Stellung am Markt sichern kann.“⁸⁰³

a Natürliche Freiheit

Die Vorstellung einer durch Grundrechte zu schützenden natürlichen Freiheit hat ihre Wurzeln in den angelsächsischen Konstitutionalisierungsbewegungen des späten 18. Jhdts.⁸⁰⁴ In diesen waren naturrechtliche Vorstellungen präsent, die den Staat als eine von den Individuen geschaffene Einrichtung zum Schutz der Freiheit eben dieser Individuen verstanden. „Nur soweit die individuellen Zwecke es gestatten, ist die Einschränkung der natürlichen Freiheit gerechtfertigt und geboten, und diese Einschränkung, selbst nur dazu da, um die Individualität in dem Genüsse des Restes der natürlichen Freiheit zu sichern, der nach Abzug des die Coexistenz der Individuen sichernden Zwanges übrig bleibt.“⁸⁰⁵ Die Grundrechte begründen demnach ein Verteilungsprinzip, wonach „die Freiheit des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen prinzipiell begrenzt ist.“⁸⁰⁶ Die natürliche Freiheit ist eine Freiheit, die nicht durch rechtlich begründete Hindernisse eingeschränkt ist. Sie wird daher auch als natürliches Können ausgelegt, das von einem „rechtlichen Können“ unterschieden wird.⁸⁰⁷ Auf dieser Linie liegt auch eine Begriffsverwendung, die dann vom Schutz natürlicher Freiheit spricht, wenn die betreffenden Grundrechts-Tatbestände lediglich den Schutzgegenstand abschließend definieren und keine weiteren normativen Beschränkungen beinhalten.⁸⁰⁸ Einigkeit besteht

⁸⁰⁰ Eine kritische Auseinandersetzung erfolgt unter Ziffer 2.

⁸⁰¹ Jarass, Pieroth 2014 Rdnr. 20 zu Art. 12.

⁸⁰² Scholz 1971 S.128.

⁸⁰³ Schliesky DVBl 1999,81.

⁸⁰⁴ Grimm Konstitutionalismus S. 31ff.

⁸⁰⁵ Jellinek S. 96.

⁸⁰⁶ Schmitt 1965 S. 126.

⁸⁰⁷ Roth W. S. 161ff.

⁸⁰⁸ Poscher S. 132.

darüber, dass die natürliche Freiheit ein Anwendungsfall negativer Freiheit ist. Letztere bringt zum Ausdruck, dass der Staat durch negatives Verhalten, nämlich durch Unterlassen die (natürliche) Freiheit respektiert.⁸⁰⁹

Als Beispiele natürlicher Freiheit werden das Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit, die Meinungsäußerungsfreiheit und Glaubensfreiheit genannt.⁸¹⁰

b Natürliche Freiheit und Wettbewerb

Diejenigen Autoren und Gerichte, die zur Begründung der Wettbewerbsfreiheit auf natürliche Freiheit abstellen, erklären dementsprechend die natürliche Freiheit in der spezifischen Form der Freiheit zur wirtschaftlichen Betätigung zum Schutzgut der Wettbewerbsfreiheit. Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit als grundrechtliches Schutzgut umfasst das Recht jedes Unternehmers, vom Staat nicht mit einem Wettbewerbsnachteil belastet zu werden, sofern dieser nicht seine Rechtfertigung in der verfassungsmäßigen Ordnung findet.⁸¹¹ Alle wettbewerbsbezogenen Handlungen sind Ausfluss natürlicher Freiheit. Diese äußert sich in Handlungen, die von einem freien Willen getragen werden und die aus diesem Grund den Schutz der Grundrechte verdienen.

Grundrechtsdogmatisch folgt daraus ein sehr weiter Schutzbereich des Freiheitsrechts, der alle wirtschaftlichen Betätigungen natürlicher Freiheit umfasst. Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG fällt darunter auch das Verhalten des Unternehmers im Wettbewerb.⁸¹² Nun zeichnen sich Beeinträchtigungen des Wettbewerbs, die dem Staat zugerechnet werden können, im allgemeinen dadurch aus, dass sie nicht unmittelbar gegen einen wirtschaftlichen Akteur gerichtet sind und der Nachteil des Betroffenen gewissermaßen die Kehrseite der staatlichen Maßnahme darstellt. Vielmehr treten die nachteiligen Folgen erst mittelbar, nämlich vermittelt über den Markt, auf. Diese vermittelnden Elemente werden häufig als sozialer Kontext bezeichnet.⁸¹³ Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass wirtschaftlicher Wettbewerb heute in einer hoch arbeitsteiligen und vernetzten Marktwirtschaft stattfindet, die durch vielfältige Kommunikationen zwischen Anbietern und Nachfragern gekennzeichnet ist. Demgemäß sind die Auswirkungen staatlicher Maßnahmen häufig von indirekter Natur. So ist der Eintritt von wirtschaftlich nachteiligen Folgen einer gemeindlichen Subventionierung von SÖ-Unternehmen z.B. davon

⁸⁰⁹ z.B. Poscher S. 112.

⁸¹⁰ Lübke-Wolff S. 84f; Poscher a.a.O.; Kingreen/Poscher JZ 2022,961; dass die Berufsfreiheit nicht genannt wird, ist schon ein Hinweis darauf, dass diese zumindest nicht prima facie als natürliche Freiheit verstanden wird.

⁸¹¹ P.M. Huber S. 321f mit Bezug auf BVerwGE 71,183-190-.

⁸¹² z.B. BVerfGE 105,252 -265-; BVerfGE 158,1 Rdnr. 49.

⁸¹³ z.B. Achatz S. 189ff.

abhängig, ob es überhaupt konkurrierende Unternehmen auf dem relevanten Markt gibt und wenn ja, ob das freie Marktverhalten des subventionierten SÖ-Unternehmens in irgendeiner beachtlichen Weise nachteilige Auswirkungen bei Wettbewerbern zeitigt. Wegen der im Vorhinein nicht abschätzbaren Wirkungen staatlicher Maßnahmen auf Teilnehmer des Wettbewerbs lässt sich daher auch nicht mit Sicherheit feststellen, ob die staatliche Maßnahme überhaupt einer gesetzlichen Ermächtigung gemäß Art. 12 Abs. 1 GG bedarf. Um diese Unsicherheit zu beseitigen oder wenigstens zu minimieren, haben die Literatur und die Rechtsprechung verschiedene Kriterien entwickelt, deren Vorliegen darüber entscheiden soll, ob die betreffende staatliche Maßnahme einen Eingriff in den (weiten) Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG darstellt. Für den hier interessierenden Bereich der Subventionen wird insbesondere auf das Kriterium der Schwere oder Intensität abgestellt⁸¹⁴, daneben wird zum Teil für die Bejahung der Eingriffsqualität noch gefordert, dass die nachteiligen Folgen für den Staat vorhersehbar waren und in Kauf genommen wurden.⁸¹⁵

Unterschiede bestehen nicht nur zwischen den erwähnten Vertretern natürlicher Freiheit gegenüber den Vertretern von Ordnungsmodellen des Wettbewerbs, sondern auch innerhalb des „Lagers“ der Vertreter natürlicher Freiheit gibt es unterschiedliche Grade von grundrechtlichem Schutz des sozialen Kontextes.

So wird bei Achatz die wettbewerbliche Interaktion geschützt, weil sie die Chance zum wirtschaftlichen Erfolg enthält. Daher hat der „Wettbewerber ein Recht darauf, sich am Wettbewerb durch konkurrenzwirtschaftliche Betätigung durchzusetzen.“⁸¹⁶ Nachdem Art. 12 GG alle Tätigkeiten, die der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dienen, schützt und der Unternehmer seine Lebensgrundlage aus den Gewinnen seiner Betätigung bestreitet, müssen „staatliche Einflüsse auf das wirtschaftliche Umfeld mit Rückwirkung auf die wirtschaftliche Rentabilität der wettbewerblichen Interaktion als Vereitelung der ‚Chance zur Realisierung sozialer Interaktionsmöglichkeiten‘ grundrechtlich aufgefangen werden.“⁸¹⁷ Dabei versteht er das „soziale Umfeld“, welches für den Erfolg des Wettbewerbsverhaltens ursächlich ist oder sein kann, in einem sehr weiten Sinne. Zu ihm gehören in erster Linie faktische Randbedingungen des Marktes, die „für die Wettbewerbschancen auf einem Marktsegment konstituierend“ sind.⁸¹⁸ Sie sind „als Wirkungszusammenhang der Wettbewerbsfreiheit Teil der natürlichen Freiheit und damit vollumfänglich

⁸¹⁴ BVerwGE 30,192-; BVerwGE 65,167-174-.

⁸¹⁵ Huber S. 384; vgl. auch BVerwGE 71,183 Rdnr. 46 juris und BVerwG DVBl 1996,807.

⁸¹⁶ Achatz S. 192; so z.B. auch Di Fabio JZ 1993,694.

⁸¹⁷ Achatz S. 193.

⁸¹⁸ Achatz S. 198.

Teil des grundrechtlichen Schutzgutes. Soweit die Wettbewerbsbedingungen durch rechtliche Regelungen konstituiert oder mitbestimmt werden, nehmen auch sie am Grundrechtsschutz mittelbar teil“. ⁸¹⁹ Anders als Bäcker -dazu unten-, der den Normbestandschutz auf das Vertrauen auf den Bestand einer gesetzten Ordnung beschränkt, sieht Achatz die Funktion des Normbestandsschutzes in der Gewährung einer Entfaltungschance. ⁸²⁰

W. Roth holt etwas weiter aus und erklärt ebenfalls das „natürliche Können“ zum Schutzgegenstand der Wettbewerbsfreiheit. Dieses unterscheidet er vom „rechtlichen Können“. ⁸²¹ Das natürliche Können ist ein vorrechtliches Können, wie er am Beispiel des vorrechtlichen Gütertausches und dem davon zu unterscheidenden Rechtsinstitut „Kauf“ oder „Tausch“ demonstriert. Den sozialen Kontext des Wettbewerbshandelns löst er -anders als Achatz- auf in eine dreipolige Konstellation. Sie besteht aus dem Staat als Verursacher und dem Bürger als Betroffenen, dazwischen geschaltet ist der Kausalmittler, der als der „Wirkungsnächste“ den „Enderfolg“ beim Bürger auslöst. ⁸²² „Wettbewerbskonstellationen sind sequentielle Beeinträchtigungskonstellationen mit in der Regel vier Kettengliedern.“ ⁸²³ Diese beginnt beim subventionierenden Staat, verlängert sich zum Subventionsempfänger, der als Kausalmittler über seine (durch Subvention privilegierten) Kundenbeziehungen letztlich die Beeinträchtigung bei seinem Konkurrenten auslöst, welche dem Staat dann zuzurechnen ist. ⁸²⁴

Mit seiner Habilitationsschrift hat Klement ein detailliertes Konzept der Wettbewerbsfreiheit ausgearbeitet. Mit Achatz teilt er den Ausgangspunkt, dass die grundrechtliche Wettbewerbsfreiheit die wettbewerbliche Interaktion schützt. Wettbewerbsschutz erfolgt allein durch Schutz von Wettbewerbshandlungen und Wettbewerbsbedingungen bestehen in der Interaktion der Marktseite mit der Marktgegenseite. Anders als die h.M. fokussiert er den Wettbewerbsschutz auf die Wettbewerbshandlung (Aktivitätsschutz) und lehnt ein eigenständiges Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit ab. Insbesondere wendet er sich gegen eine „grundrechtliche Bewehrung“ der wettbewerblichen Ausgangsbedingungen. In dem diese grundrechtlich geschützt werden, finde nämlich zugleich ein Schutz des Erfolgs im Wettbewerb statt. „Die Grundrechte garantieren zwar die Freiheit des Handelns und Entscheidens im Wettbewerb, begründen aber kein pauschales Recht auf eine Stabilisie-

⁸¹⁹ Achatz a.a.O.

⁸²⁰ Achatz S. 199.

⁸²¹ Roth W. S. 161ff.

⁸²² Roth W. S. 299.

⁸²³ Roth W. S. 336.

⁸²⁴ Roth W. S. 336.

rung des Status quo – kein Recht auf Erfolg oder das Behalten einer Erfolgchance, kein Recht auf einen „Marktanteil“.“⁸²⁵

Der soziale Kontext findet nur Eingang als Erweiterung des (mechanischen) Handlungs begriffs zu einem sozialen Handlungsbegriff. „Auf der Grundlage eines sozialen Handlungsbegriffs umfasst der Aktivitätsschutz auch den Bestand bestimmter äußerer Faktoren, namentlich die Freiheit der Interaktion mit der Marktgegenseite.“⁸²⁶ Die Betätigung natürlicher Freiheit ist auf äußere Bedingungen angewiesen ist, die der Handelnde nicht selbst herstellen kann.⁸²⁷ Es genügt also nicht die bloße Kraftentfaltung. Die Grundrechte stellen die Handlungen in einen Kontext durch typisierte Schutzbereichstatbestände und die solchermaßen individualisierte Handlung umfasst auch den Kontext und dieser ist damit als Teil der Handlung Schutzgegenstand. Diese Kontextualisierung ändert aber nichts daran, „dass die Freiheitsgegenstände der Grundrechte natürliche, das heißt unabhängig von dem Wirken einer Hoheitsgewalt bestehende Phänomene sind. Die Grundrechtstexte klassifizieren die natürlichen Phänomene aber anhand ihrer Einbettung in die mehr oder weniger durch vorangegangenes und erwartetes hoheitliches Handeln mitgeprägte Welt.“⁸²⁸ Damit gesteht er zwar zu, dass die Ausübung natürlicher Freiheit auch irgendwie -als Einbettung- staatlich vorgeprägt ist, sie soll aber trotzdem „natürlich“ bleiben. Daher schafft er einen staatsfreien Wettbewerbsbegriff,⁸²⁹ der auch über wirtschaftlichen Wettbewerb hinausgeht. Dieser naturalistische Wettbewerbsbegriff kennt im Wesentlichen nur zwei Merkmale: objektive Rivalität um das erwünschte Gut und subjektive Kenntnis dieser Rivalität. Die Wettbewerbshandlung wird als zielgerichtete (auf Erlangung des rivalisierten Gutes) Handlung eines einzelnen Individuums vorgestellt. Sie hat den Charakter einer natürlichen, elementaren Lebensäußerung. Sie verliert ihren Charakter nicht dadurch, dass sie in unterschiedlichen Kontexten erscheint. Man könnte sie vielleicht mit anderen elementaren Lebensäußerungen vergleichen, so bleibt „Gehen“ Gehen, gleichgültig, ob ich mich in einem Marschverband, einer Prozession oder auf einem Spaziergang befinde. Solange es um rivalisierende Güter geht, kann es gar keine andere Handlungsorientierung geben als die wettbewerbliche.

Dieser natürliche „Wettbewerbsdrang“ steht permanent hinter allen möglichen „rivalisierenden“ Handlungen der Individuen. Er ist Teil prinzipiell aller grundrechtlichen Handlungsfreiheiten, er ist gewissermaßen vor die Klammer der einzelnen grundrechtlichen

⁸²⁵ Klement S. 449.

⁸²⁶ Klement a.a.O.

⁸²⁷ Klement S. 351.

⁸²⁸ Klement S. 352f.

⁸²⁹ Klement S. 353.

Tatbestände gezogen. Die Positionierung der wettbewerbsgetriebenen Handlung in den Kontext eines spezifischen Grundrechts hat lediglich Bedeutung für die „verfassungsrechtliche Rechtfertigung“.⁸³⁰

Die (natürliche) Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung zeigt sich auch und gerade in der Bewältigung der Herausforderungen der Umwelt und ihrer Veränderungen. Ein institutionalisierter Wettbewerbsschutz ist insoweit nicht nötig. Im Gegenteil birgt dieser die Gefahr einer Versteinerung der Wettbewerbsverhältnisse. „Die Veränderung der Umwelt zwingt den Grundrechtsträger zur Anpassung seines Verhaltens im Schutzbereich des Freiheitsgrundrechts, greift aber nicht in den Schutzbereich ein.“⁸³¹ „Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit sind in diesem Sinne Freiheiten der Interaktion oder Dialogizität.“ Daher werden Beeinträchtigungen des Wettbewerbs im Wesentlichen nur als Beeinträchtigungen der Interaktion anerkannt: Verbote, Behinderung und Sanktionierung der Interaktion.⁸³²

Klement fügt seiner Idee von Wettbewerb noch ein Element hinzu, das in anderen Wettbewerbskonzeptionen nicht zu finden ist. Ergänzend zum Schutz der wettbewerbsbezogenen Handlungen schlägt er einen Schutz von „typisierte(n) unternehmensbezogene(n) Handlungs- und Entscheidungssphären“ vor.⁸³³ Als Beispiel wird der Schutz von Geschäftsgeheimnissen angeführt. Der in seiner Geheimnissphäre geschützte Wettbewerber ist nicht gezwungen, eine konkrete Beeinträchtigung seiner Wettbewerbs-Handlungen und -Entscheidungen darzulegen, sondern lediglich eine Gefährdung seiner informationsbezogenen Integritätssphäre. Klement sieht in diesem dogmatischen Konstrukt einen Ersatz für den von ihm kritisierten Schutz, den die h.M. dem Kausalkontext zubilligt, welcher zum Erfolg der Wettbewerbshandlung führt.⁸³⁴

Hecker stellt einerseits die verfassungsrechtlich geschützte natürliche Handlungsmacht heraus, betont aber gleichzeitig: „Je mehr indes der fragliche Lebensbereich aufgrund seiner sachlichen Gegebenheiten von normativer oder anderweitiger staatlicher Vorstrukturierung abhängig ist, umso geringer wird die Indizwirkung des Kriteriums der natürlichen Handlungsmacht.“⁸³⁵

⁸³⁰ Klement S. 357.

⁸³¹ Klement S. 437.

⁸³² Klement S. 439ff.

⁸³³ Klement S. 445.

⁸³⁴ Klement S. 445f.

⁸³⁵ Hecker S. 208.

Ein eingeschränktes Konzept natürlicher Freiheit im Hinblick auf Wettbewerb verfolgen Bäcker und Lindner. Beide begründen ihre Position an Hand einer Trennung zwischen **Teilnahme** am Wettbewerb und **Erfolg** im Wettbewerb, ziehen daraus aber unterschiedliche Konsequenzen. Für Bäcker und Lindner ist die Teilnahme Gegenstand natürlicher Freiheit, welche jedoch nicht das soziale Umfeld, die Wettbewerbsbedingungen umfasst. Diese möchte Bäcker mit seinem Ansatz der „sozialen Freiheit“ schützen, während Lindner einen gleichheitsrechtlich begründeten Schutz vorzieht, weil er sieht, dass der Begriff des „Wettbewerbs einer individuellen Rechtsposition im Grunde gar nicht zugänglich“ ist.⁸³⁶ Beide sehen die Teilnahme am Wettbewerb als adäquaten Gegenstand des subjektiv-rechtlichen Schutzes aus Art. 12 Abs. 1 GG. Lindner versucht dem Dilemma zwischen der multipolaren Situation des Wettbewerbs einerseits und dem individuellen Schutzanspruch andererseits dadurch zu entkommen, dass er den subjektiv-rechtlichen Schutzbereich auf „alle wettbewerbsbezogenen Interessen, die der einzelne für sich definieren und realisieren kann“⁸³⁷ beschränkt und somit dem individuell-rechtlichen Schutzanspruch gerecht werden will.

Bäcker geht bei der Differenzierung zwischen Erfolg und Teilnahme so vor: Die Teilnahmeentscheidung ist Ausfluss der natürlichen Freiheit des Einzelnen. Insofern „schützen die Grundrechte die individuelle Willkür“.⁸³⁸ Das Wettbewerbs-bezogene Handeln des Einzelnen lässt sich „unabhängig vom Kontext“⁸³⁹ verstehen, z.B. die Preisfestsetzung durch einen Unternehmer. In einem zweiten Schritt konfrontiert er diese isolierte Entscheidung mit dem sozialen Kontext, auf den sie trifft, dem Marktmechanismus. Dieser lässt z.B. nach wie vor zu, eine selbstbestimmte Preisfestsetzung vorzunehmen. Allerdings können die Marktbedingungen dazu führen, dass die Produkte zu diesem Preis nicht mehr nachgefragt werden. Diese Folgewirkungen berühren die Teilnahmeentscheidung allerdings nur mittelbar, der Unternehmer wird z.B. durch die Subventionierung eines Konkurrenten nicht gehindert, am Wettbewerb teilzunehmen. Nur der **Erfolg** seines Handelns ist durch die Subvention gefährdet. „Die Subvention beeinflusst also die Chance, mit einem selbst gewählten Verhalten den erwünschten Erfolg zu erzielen.“⁸⁴⁰

⁸³⁶ DÖV 2003,189.

⁸³⁷ a.a.O.

⁸³⁸ Bäcker S. 97.

⁸³⁹ Bäcker a.a.O.

⁸⁴⁰ Bäcker S. 98.

2 Kritik der Konzepte Natürlicher Freiheit

a Vorstaatliche Freiheit

Ein möglicher Ansatzpunkt der Kritik liegt schon in der Annahme, dass es so etwas wie natürliche Freiheit gibt. In der Tat ist es schwierig, sich heute eine Freiheit vorzustellen, die ohne staatliche Vorleistungen auskommt. Schon unsere physische Existenz als Zeitgenosse -und die sich erst daraus ergebenden Chancen freiheitlicher Betätigung- lässt sich ohne gesellschaftlich-kulturell bestimmtes Bevölkerungswachstum, das wiederum auf staatlicher Organisation und Sicherung beruht, erklären.⁸⁴¹ Dies gilt umso mehr für die normativen und faktischen Randbedingungen eines arbeitsteiligen Wirtschaftssystems, für die der Staat verantwortlich zeichnet. Von einer Marktwirtschaft lässt sich nur sprechen, wenn es gesicherte Verfügungsrechte, autonome vertraglich gesicherte Bindungen, ein unabhängiges Rechtsschutzsystem und vieles mehr gibt.⁸⁴² Grundrechte sind „nicht ‚von Natur aus‘, d.h. vor-rechtlich und vor-staatlich, sondern nur dort gesichert, wo sie zur positiven staatlichen Rechtsordnung gehören.“⁸⁴³

Trotz der Unmöglichkeit eines Abstrahierens vom Staat lässt sich die Redeweise von der natürlichen Freiheit in den Fällen vertreten, in denen man sich wenigstens ein prinzipiell staatsfreies Handeln vorstellen kann. Das sind „die Handlungen (und Unterlassungen), die der Einzelne in einer konkreten Situation vornehmen kann und die Zustände, über die der Einzelne in einer konkreten Situation verfügt, welche auch möglich bzw. existent wären, wenn die staatliche Rechtsordnung in der konkreten Situation hinweggedacht würde.“⁸⁴⁴

Von den oben zitierten Vertretern natürlicher Freiheit entspricht am ehesten Klement dieser Vorstellung staatsfreier Freiheit, weil er den Menschen eine naturgegebene, anthropologische wettbewerbliche Orientierung unterstellt. Diese Annahme lässt sich aber weder historisch noch ökonomisch belegen. Im historischen Teil dieser Untersuchung wurde deutlich, dass zum Beispiel die städtische Wirtschaft lange Zeit nicht vom Wettbewerb bestimmt war, sondern von gesellschaftlichen Zwangsordnungen wie Zünften. Selbst die städtischen Märkte waren keine Wettbewerbsmärkte, sondern im Wesentlichen Märkte zum Warenaustausch zwischen Stadt und Umland. Dies änderte sich erst mit dem Aufkommen des Fernhandels.⁸⁴⁵ Dass diese Entwicklung nicht nur für die städtische Wirtschaft gilt, hat Polanyi in seiner Untersuchung über Aufstieg und Niedergang der

⁸⁴¹ Der Hinweis stammt von Lübke-Wolf S. 84.

⁸⁴² Vgl. z.B. Eifert Rdnr. 148.

⁸⁴³ Hesse Rdnr. 282.

⁸⁴⁴ Cremer S. 91f; ähnlich Lübke-Wolf S. 85.

⁸⁴⁵ siehe B Teil 1 § 3.

Marktwirtschaft gezeigt.⁸⁴⁶ Einen anderen Gegenbeweis liefert E. Ostrom mit ihrer Untersuchung über die Organisation kollektiven, nicht-rivalisierenden Handelns für die Versorgung mit knappen, lokalen öffentlichen Gütern. Darin zeigt sie die prinzipielle Möglichkeit eines Kollektivs, durch gemeinsames selbstorganisiertes Handeln die Früchte dieses Handelns zu ernten. Sie benennt die Probleme, die allen diesen Ansätzen gemeinsam sind. „Sie müssen mit dem Trittbrettfahren fertig werden, Probleme der Selbstverpflichtung lösen, neue Institutionen einführen und die Einhaltung ihres Regelsystems überwachen.“⁸⁴⁷ Mit diesen Hinweisen soll nur die Annahme eines naturgegebenen Wettbewerb-„Trieb“ des Menschen in Zweifel gezogen werden.

b Reduzierung des Wettbewerbs auf individuelle Interaktionen

Die gemeinsame Schwäche der Modelle natürlicher Freiheit liegt in der dogmatisch begründeten Reduktion eines hochkomplexen Wettbewerbssystems auf das Grundmuster einer Interaktion zwischen Marktteilnehmern. Die Eigenart der Grundrechte als subjektive gegen den Staat gerichtete Freiheitsrechte legt es nahe, den Wettbewerb nach diesem Muster aufzulösen in einzelne individuell selbstbestimmte Wettbewerbshandlungen, um diesen Einzelakten den Freiheitsschutz zukommen zu lassen. Es soll nicht bestritten werden, dass die Grundrechtsdogmatik eine gewisse Simplifizierung realer gesellschaftlicher Prozesse notwendig macht. Dabei unterscheidet sich Art und Grad der Vereinfachung nach dem jeweiligen grundrechtlichen Anwendungsbereich. So unterscheiden sich z.B. die Meinungsäußerung nach Art. 5 I 1 GG nicht nur nach dem Tatbestand von der Pressefreiheit nach Art. 5 I 2 GG. Letztere ist auch in der Realität deutlich komplexer strukturiert. Man würde z.B. den Gehalt der Pressefreiheit inhaltlich deutlich verfehlen, wenn man versuchen würde, die Pressefreiheit auf den Akt der Meinungsäußerung zurückzuführen. Selbstverständlich ist die Pressefreiheit nicht ohne die Meinungsäußerungsfreiheit zu denken, aber sie ist zugleich deutlich mehr und anders als diese.⁸⁴⁸

aa Grundrechtsdogmatische Konsequenzen

Die Annahme einer prinzipiell freien, unbegrenzten persönlichen Freiheit der wirtschaftlichen Entfaltung führt zwingend zur Konstruktion eines entsprechend weiten grundrechtlichen Schutzbereiches. Er umfasst alles, was sich als Gegenstand der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit denken lässt. Nach dem Verteilungsschema bürgerlicher Freiheit darf der

⁸⁴⁶ Polanyi S. 57ff.

⁸⁴⁷ Ostrom S. 35.

⁸⁴⁸ Dreier zählt in seinem Kommentar nicht weniger als 15 im Einzelnen geschützte Tätigkeiten auf, Rdnr.95 zu Art. 5 GG.

Bürger grundsätzlich alles; sofern seinem freien Willen staatlich verantwortete Hindernisse entgegenstehen, bedürfen diese im Lichte dieser Freiheit einer ausdrücklichen Rechtfertigung. Danach wäre eigentlich zu erwarten, dass Subventionen generell als Grundrechtseingriff bei Wettbewerbern gewertet werden und daher die Forderung nach einem umfassenden Gesetzesvorbehalt erhoben wird.⁸⁴⁹ Dagegen wird von der überwiegenden Auffassung der Versuch unternommen, mit den Korrekturfaktoren Schwere und Finalität den Eingriffsbegriff dogmatisch einzugrenzen, um nicht den Staat über einen exzessiven Gesetzesvorbehalt unübersehbar einzuschränken. Diese Operation am Eingriffsbegriff birgt jedoch die Gefahr, dass die Rechtsanwendung nur eingeschränkt nachvollziehbar und prognostizierbar wird, weil die genannten Zurechnungsfaktoren zu offen und unbestimmt bleiben. So lässt sich die Schwere eines Eingriffs kaum an Hand des Schutzgutes aus Art. 12 Abs. 1 GG bestimmen. Denn entweder ist die wirtschaftliche Persönlichkeitsentfaltung eingeschränkt, dann liegt ein Eingriff vor oder sie ist nicht beschränkt, dann findet das Grundrecht keine Anwendung.⁸⁵⁰ Grundrechte schützen nicht erst ab einer Mindestbeeinträchtigung.⁸⁵¹ Die Intensität des Eingriffs kann allenfalls im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung berücksichtigt werden. Diese Schwierigkeiten deuten auf die Notwendigkeit hin, eine Lösung über die präzise Fassung des Schutzbereiches zu suchen.⁸⁵² Schwieriger ist der Umgang mit dem Kriterium der Finalität zu beurteilen. Betrachtet man den hier vorliegenden Sachverhalt, so ist die Ziel- und Zweckrichtung der Subvention⁸⁵³ klar und eindeutig. Weniger eindeutig ist die Frage zu beantworten, ob die Subvention auf nachteilige Effekte bei Konkurrenten final ausgerichtet ist. Wie bei fast allen Subventionen lässt sich eine derartige negative und schädigende Zielrichtung kaum annehmen, schon weil die Gemeinde kein Interesse haben dürfte, örtliche Konkurrenzunternehmen mit einem wirtschaftlichen Nachteil zu belegen. Weitere Zweifel bestehen insoweit als die fördernde Gemeinde bereits die faktische Existenz einer Wettbewerbssituation nicht mit Sicherheit vorhersagen kann. Diese hängt vom Produkt des SÖ-Unternehmens, von dem dadurch bestimmten einschlägigen Markt und den ggf. auf diesem Markt agierenden Wettbewerbern ab. Bei der üblichen kommunalen Wirtschaftsförderung ist in der Regel die konkrete Wettbewerbssituation bekannt, die Gemeinde kennt die Leistungen und Produkte des subventionierten Unternehmens und kennt ggf. auch mögliche Wettbewerber. In unserem Fall ist es die Aufgabe des SÖ-Unternehmens, mögliche Leistungen und Produkte aus ihrer unternehmerischen Sicht und unter Berücksichtigung der Marktsituation

⁸⁴⁹ Bäcker S. 84f.

⁸⁵⁰ Klement S. 432f.

⁸⁵¹ Bäcker S. 86f; Klement S. 433.

⁸⁵² Albers S. 34f.

⁸⁵³ S.o. A Teil 2 § 3 I, II.

zu entwickeln und diese dann mit der Gemeinde abzustimmen. Eine Subventionsentscheidung **vor** dieser Entwicklungsphase kann daher weder zielgerichtet auf einen wirtschaftlichen Nachteil gerichtet sein, sie kann einen solchen Nachteil nicht einmal voraussehen. Dies könnte dafürsprechen, über die Subventionierung stufenweise zu entscheiden, indem in einer ersten Stufe Erkenntnisse und Erfahrungen über mögliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen gewonnen werden, bevor über die abschließende Förderung entschieden wird. Damit wird aber nicht ausgeschlossen, dass bereits auf der ersten Stufe Nachteile für eventuelle Wettbewerber entstehen, die aus den dargelegten Gründen für die Gemeinde nicht vorhersehbar sind. An unserem Sachverhalt lassen sich daher die Unwägbarkeiten und Unsicherheiten gut demonstrieren, die mit dem Erfordernis der Finalität verbunden sind. Er zeigt auch die Gefahr einer übermäßigen Einschränkung staatlicher bzw. kommunaler Handlungsmöglichkeiten auf. Eine Gemeinde, die im Hinblick auf mögliche Grundrechtsverletzungen ihres Handelns mit derartigen Unwägbarkeiten konfrontiert wird, wird es sich zweimal überlegen, ob sie den innovativen Weg einer sozialwirtschaftlichen Förderung beschreiten will.

bb Vernachlässigung objektiver Marktzwänge

Das Verständnis vorstaatlicher, unbegrenzter natürlicher Freiheit wird dann brüchig, wenn es sich auf Gegenstände bezieht, die erst durch staatliche (Vor)Leistungen geschaffen wurden. Darauf wurde bereits hingewiesen. Es ist aber auch deshalb problematisch, weil es die Vorstellung eines persönlichen Freiheitsraums nährt in Bereichen hoher gesellschaftlicher Eigenkomplexität. Ein solcher Bereich ist der Markt. Es ist nicht nur eine metaphorische Redeweise, wenn man von den „Gesetzen des Marktes“ spricht. Das wirtschaftswissenschaftliche Verständnis des Marktes geht wie selbstverständlich davon aus, dass dieser durch objektive Prozesse der Selbststeuerung in Gang gehalten wird, wie beispielsweise durch den Prozess der Preisbildung.⁸⁵⁴ Darauf hat der einzelne Marktteilnehmer keinen bestimmenden Einfluss, im Gegenteil: sollte dies möglich sein, z.B. durch monopolistische Strukturen, liegt kein -idealer- Markt vor. Strukturelle und konjunkturelle Schwankungen sind für den Marktteilnehmer externe Einflüsse, auf die er nur reagieren kann. Dasselbe gilt für die immer wiederkehrenden Krisen, deren Entstehung in der Regel nicht prognostizierbar, deren Ursache wegen der hohen internationalen Verflechtungen der Volkswirtschaften häufig nicht eindeutig und in der Regel erst ex post festgestellt werden kann. Dem einzelnen Marktteilnehmer fehlen aber nicht nur die faktischen Steuerungs- und Beherrschungsmöglichkeiten, sondern er ist schon in seinen Informationsmög-

⁸⁵⁴ Brunner S. 69ff.

lichkeiten, welche die Voraussetzungen effektiven selbstbestimmten Handelns sind, eingeschränkt. Er ist auf die Aufbereitung von Informationen durch Dritte angewiesen, z.B. durch die Börse. Deren Indizes geben ein (Teil)Bild der aktuellen Marktsituation. Ähnliches gilt für die Wirtschaftspresse. Er muss sich auf diese und ähnliche Quellen verlassen, ohne die Informationen im Einzelnen nachvollziehen zu können.

Indem die Handlungsfreiheit als einzige Referenz des Freiheitsschutzes eingesetzt wird, werden die überindividuellen Grenzen und Bedingungen wirtschaftlicher Freiheitsbetätigung systematisch ausgeblendet.⁸⁵⁵

Ein Beispiel für eine unterkomplexe Sichtweise liefert die oben angesprochene Kausalkette von Roth. Die dort vorgenommene Simplifizierung und Reduktion auf geradlinige Kausalprozesse wird der Variabilität der tatsächlichen Prozesse in Wettbewerbsgesellschaften nur unzureichend gerecht.⁸⁵⁶ Insbesondere lässt sich so nicht nachvollziehen, wie der durch die Subvention ausgelöste Vorteil des Empfängers, der in sehr unterschiedlichen Gestaltungen auftritt, über die gesamte Bandbreite möglicher Wirtschaftsaktionen des Empfängers, die im Übrigen in der Regel nicht transparent sind, über die Reaktionen seiner wettbewerblichen Mitakteure bis hin zum Ende der Kausalkette, dem Konkurrenten und dessen Bandbreite möglicher Reaktionen im Wettbewerb.⁸⁵⁷ Dabei sind bei dieser Betrachtung z.B. die Folgen von -falsch oder richtig- **antizipierten** Reaktionen der Marktpartner, deren Kausalität sich häufig gar nicht feststellen lässt, noch gar nicht berücksichtigt.⁸⁵⁸

Das alles bedeutet nicht, dass der einzelne Wirtschaftsteilnehmer in anonymen Machtkonstellationen gefangen ist und keine Möglichkeit der freien Entscheidung hat. Nur besteht diese Freiheit darin, diejenigen Optionen wahrzunehmen, die ein Wirtschaftssystem zulässt, welches sowohl durch selbststeuernde Prozesse wie durch quasi schicksalhafte Krisen und Schwankungen und schließlich auch durch staatliche Regelungsimperative gekennzeichnet ist. In der Wahrnehmung dieser Optionen verfolgt der Marktteilnehmer seine individuellen Interessen und betätigt so seine wirtschaftliche Freiheit oder um es in den Worten des BVerfG zu sagen: „Die Berufsfreiheit umfasst das Recht der am Markt Tätigen, die Bedingungen ihrer Marktteilhabe selbst festzusetzen. Insbesondere kann der

⁸⁵⁵ Albers S. 33f.

⁸⁵⁶ s.a. Albers DVBl 1996,240; Klement S. 370, 423.

⁸⁵⁷ Kritisch zu verkürzten Kausalannahmen auch Huber Konkurrenzschutz S. 383.

⁸⁵⁸ Im Übrigen kann sich diese Vereinfachung auch nicht auf die zur Unterstützung herangezogene Entscheidung des BVerfG zur Organschaft (E18,1ff bzw. 21,12ff) berufen. Denn dort ließ sich die Wettbewerbsverzerrung schon allein - ohne die Annahme von fiktiven Kausalketten- aus dem Vergleich der Regelungen für Unternehmen mit Organschaft mit den Regelungen für Unternehmen ohne Organschaft feststellen.

Anbieter Art und Qualität sowie den Preis der angebotenen Güter und Leistungen selbst festlegen. In gleicher Weise ist aber auch das Recht der Nachfrager geschützt, zu entscheiden, ob sie zu diesen Bedingungen Güter erwerben oder Leistungen abnehmen.“⁸⁵⁹

Die wirtschaftliche Freiheit drückt sich weniger in der insbesondere von Klement hervorgehobenen expressiven Entfaltung der Persönlichkeit aus als in dem rational-strategischen Ausführen von vorteilhaften Spielzügen. Für ihn entsteht Freiheit vornehmlich aus dem individuellen Handeln, Entscheiden und Bewirken.⁸⁶⁰ Freiheitliche Wettbewerbsnormen könne man nicht einer vorgegebenen -durch Grundrechte fixierten- staatlichen Ordnung entnehmen, sondern das grundrechtlich geschützte individuelle Handeln erzeuge erst diese Wettbewerbsnormen.⁸⁶¹ Grundrechte haben aber einen Doppelcharakter. Sie schützen nicht nur eine individuelle Freiheitssphäre vor dem Staat, sondern sie regeln auch staatliches Verhalten und damit „regelndes Verhalten“. ⁸⁶² Grundrechte können auch individuelle Freiheit sichern, indem über sie Einfluss genommen wird auf die entsprechende „Steuerung sozialer Zusammenhänge“. ⁸⁶³ Diese Grundrechtsdimension kommt bei Klement nicht zur Geltung und damit lassen sich den Freiheitsrechten auch keine inhaltlichen Vorgaben für das notwendige staatliche wettbewerbliche Begleithandeln entnehmen. Daher hat der Wettbewerber nur wenig Hoffnung auf staatliche Unterstützung, in welcher Form auch immer. Er muss es schon selbst richten, wie sich aus der bereits oben zitierten Passage ergibt: „Die Veränderung der Umwelt zwingt den Grundrechtsträger zur Anpassung seines Verhaltens im Schutzbereich des Freiheitsgrundrechts, greift aber nicht in den Schutzbereich ein.“ ⁸⁶⁴ Damit liegt die Freiheitsbetätigung im **vor**grundrechtlichen Bereich ⁸⁶⁵, in der Ausführung natürlicher Handlungen. „Die Grundrechte bringen keine eigene Vorstellung davon mit, was ein gutes (Zwischen-)Ergebnis des Interagierens der Grundrechtsträger sein könnte, sondern lassen sich von den Ideen und Fähigkeiten der Individuen `überraschen`“. ⁸⁶⁶ Der soziale Kontext ist reduziert auf das nackte Gerüst der Interaktion eines „Freiheitsträgers mit einem anderen Freiheitsträger“. ⁸⁶⁷ Auf den wirtschaftlichen Bereich übertragen: auf die Interaktion mit der jeweili-

⁸⁵⁹ BVerfGE 106,275-299-.

⁸⁶⁰ Die erwähnte Ergänzung um unternehmerbezogene „Sphären“ könnte als Versuch gedeutet werden, objektive Freiheitselemente zu integrieren, ohne das individualistische Konzept aufzugeben, vgl auch Albers S. 33.

⁸⁶¹ Klement S. 54.

⁸⁶² Poscher S.100.

⁸⁶³ Albers S. 46.

⁸⁶⁴ Klement S. 437.

⁸⁶⁵ „Die Grundrechte sozialer Handlungsfreiheiten definieren nicht die Umwelt, in welcher die Persönlichkeitsentfaltung stattfindet.“ (S. 438)

⁸⁶⁶ Klement S. 305f.

⁸⁶⁷ Klement S. 437.

gen Marktgegenseite.⁸⁶⁸ Dementsprechend reduziert sich der grundrechtliche Schutz dieser Wirtschaftsfreiheit „im Naturzustand“ auf staatliche Angriffe auf die bloße Interaktion, seien es Verbote, Sanktionierungen oder faktische Behinderungen.⁸⁶⁹

Ein solch starkes Vertrauen in die Kraft der „ursprünglichen“ individuellen Freiheit unterschätzt die system-immanenten Zwänge eines hochgradig -auch international- arbeitsteilig-vernetzten Wirtschaftssystems auf die individuelle „Bewirkensfreiheit“ ebenso wie die Zwänge, die aus einem unübersehbar komplexen staatlichen Begleithandeln entstehen.

Eine andere Tendenz verfolgt Achatz, indem er aus dem Gehalt individueller Freiheitsrechte implizite Folgerungen für staatliche Ordnungsvorgaben entnimmt. Er stellt sich den Wettbewerbsteilnehmer als jemanden vor, der sich im sozialen Wettbewerbsumfeld bewegt und dabei seine eigenen wirtschaftlichen Interessen verfolgt. Nun soll das wettbewerbliche Verhalten dem Schutz eines Grundrechts unterstellt werden. Zu Recht wird dieser Schutz in Art. 12 Abs. 1 GG gesehen, weil dieses „Grundrecht selbst den finalen Bezug zwischen Wahrnehmung des Freiheitsrechts und den wirtschaftlichen Interessen des Grundrechtsträgers herstellt.“⁸⁷⁰ Wie kommt man aber nun dazu, über den grundrechtlichen Schutz der individuellen Wahrnehmung von Wirtschaftsfreiheiten hinaus, auch das „soziale Gefüge der Wirtschaft“, das -seiner Auffassung gemäß- in erster Linie gerade nicht rechtlich geprägt ist, in den Schutzzumfang hinein zu nehmen. Hier greift Achatz zu einer Figur des „Wirkbereichs“.⁸⁷¹ Danach aktualisiert sich der volle Grundrechtsgehalt erst in dessen Ausübung und mit der Ausübung erweitert sich der grundrechtliche Schutzbereich als Wirkbereich oder Wirkungszusammenhang. Damit wird das „soziale Gefüge der Wirtschaft“ durch seine bloße faktische Inanspruchnahme **ohne weitere normative Steuerung** in eine rechtlich geprägte – und damit grundrechtlich geschützte – Struktur transformiert. Die grundrechtlich geschützte Ausübung der Wirtschaftsfreiheit infiziert gewissermaßen die von der Ausübung betroffenen Wirtschaftsstrukturen.

Damit fehlt ein normatives Kriterium, an Hand dessen unterschieden werden kann, welche Wirtschaftsstrukturen für den Einzelnen unverfügbar sind und welche Strukturen für sein Wettbewerbshandeln und dessen Erfolg notwendig sind.

⁸⁶⁸ Klement S. 439.

⁸⁶⁹ Klement S. 439ff.

⁸⁷⁰ Achatz S. 193.

⁸⁷¹ Achatz S. 192,198; s.a. Scholz Koalitionsfreiheit S. 119.

3 Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG geht davon aus, dass die aktuell bestehende Wirtschaftsverfassung den freien Wettbewerb als eines ihrer Grundprinzipien enthalte. Soweit sich Unternehmer im Wettbewerb bewegen, ist dies ein Teil ihrer Berufsausübung und somit von Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.⁸⁷² Dieses Grundrecht soll die Freiheit des Bürgers schützen, jede von ihm ausgewählte Arbeit zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen.⁸⁷³ Insoweit beruft sich auch das BVerfG auf die natürliche Freiheit und weist somit dem Art. 12 Abs. 1 GG zunächst einen sehr weiten Schutzbereich zu, auch wenn es in seinen Entscheidungen die Grenzen Anspruchs aus Art. 12 GG nicht immer konsistent bestimmt.⁸⁷⁴ Allerdings reduziert das Gericht sodann diesen Schutzbereich aus zwei Richtungen.

Einmal aus einem Wettbewerbs-immanenten Gesichtspunkt. Das BVerfG und mit ihm der weit überwiegende Teil der Literatur versteht den Wettbewerb als ein autonomes, erfolgsorientiertes Verteilungsverfahren, das nach dessen eigenen Selektionskriterien abläuft. Es belohnt den Erfolg und ist relativ unempfindlich gegenüber den eingesetzten Mitteln. Sein motivierendes Element ist der persönliche Vorteil. Zu seinen Risiken wird das persönliche Scheitern ebenso gerechnet wie der Untergang der schwächeren Wettbewerbsteilnehmer. Für unseren Zusammenhang ist entscheidend, dass der Staat den Wirtschaftsprozess diesem Verteilungsverfahren überantwortet und sich damit aus der Verantwortung für dessen Ergebnisse herausnimmt. Nur daher kann das BVerfG auf die quasi-externe, Wettbewerbs-immanente Kraft verweisen, die dem Einzelnen weder Sicherheit für den künftigen Erwerb noch eine Gewähr für den bestehenden Geschäftsumfang und erst recht keinen Schutz für einen unrentablen Betrieb gibt.⁸⁷⁵

Über diesen Wettbewerbs-immanenten Mechanismus hinaus hat das BVerfG in seiner jüngeren Rechtsprechung den oben beschriebenen weiten Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG durch die Betonung von „externen“ Ordnungselementen deutlich reduziert. Den Anfang dieser Entwicklung markiert der Glykol-Beschluss.⁸⁷⁶ Dort führt es aus, dass die unternehmerische Betätigung am Markt nicht ausschließlich als Betätigung natürlicher Freiheit grundrechtlich geschützt ist, sondern es wird „die Reichweite des Freiheitsschutzes auch durch die Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Art. 12 Abs. 1 GG sichert in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe

⁸⁷² BVerfGE 32,311 -317-; 46, 120 – 137 -.

⁸⁷³ BVerfG v. 1.3.1979 1 BvR 532/77 juris Rdnr. 171.

⁸⁷⁴ dazu Achatz S. 45ff.

⁸⁷⁵ BVerfGE 31,8 -30-; 34,252 -256-; 105,252 -265-.

⁸⁷⁶ BVerfGE 105,252ff.

seiner Funktionsbedingungen.“⁸⁷⁷ Diese Rechtsprechung auf wirtschaftsverfassungsrechtlichem Terrain hat das Gericht mit dem Festbetrags-Urteil⁸⁷⁸ fortgeführt und bestätigt. Grawert hat diese Wende der Rechtsprechung so umschrieben: „An dieser Erkenntnis fällt auf, dass sie nicht von Freiheitsausübung oder Teilnahme, sondern von Teilhabe am Wettbewerb spricht, die diesen als abstraktes System von Kommunikationen voraussetzt; die „Funktionsbedingungen“ deuten statt auf reale Marktelemente auf eine normativ geregelte Wettbewerbsordnung.“⁸⁷⁹

Mit seiner Entscheidung zu § 40 Abs. 1a LFGB⁸⁸⁰ hat sich das Gericht in Teilen von der Glykol-Rechtsprechung abgewandt. Dort hatte das Gericht auch über staatliches Informationshandeln zu entscheiden und zwar auf Basis des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches (LFGB), welches die Behörden zur Information der Öffentlichkeit ermächtigt und verpflichtet, sofern Verstöße der verpflichteten Unternehmen insbesondere gegen Grenzwertverletzungen vorliegen. Das Gericht bezog sich zwar auf seine Glykol-Rechtsprechung, hat aber gleichwohl in der gesetzlich angeordneten Informationspflicht einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG gesehen,⁸⁸¹ während es in der Glykol-Entscheidung bei vergleichbarem Informationshandeln nicht einmal eine Berührung des Tatbestandes von Art. 12 Abs. 1 GG gesehen hatte. In der Begründung heißt es: „Die Veröffentlichungen nach § 40 Abs. 1a LFGB sind an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen, weil sie, als administrative Maßnahmen, direkt auf die Marktbedingungen individualisierter Unternehmen zielen, das Konsumverhalten von Verbraucherinnen und Verbrauchern beeinflussen und auf diese Weise mittelbar-faktisch die Markt- und Wettbewerbssituation zum wirtschaftlichen Nachteil der betroffenen Unternehmen verändern.“⁸⁸² Dabei bezieht sich das Gericht ausdrücklich auf die Glykol-Entscheidung, die ausnahmsweise einen Eingriff, soweit das staatliche Informationshandeln einem Grundrechtseingriff gleichkommt (funktionales Äquivalent eines Eingriffs) angenommen hat.⁸⁸³

Welche dogmatische Funktion kommt diesem funktionalen Äquivalent zu? In der Osho-Entscheidung⁸⁸⁴ diente diese Figur dazu, den Gesetzesvorbehalt für nachteiliges staatli-

⁸⁷⁷ BVerfGE 105,265..

⁸⁷⁸ BVerfGE 106,275ff.

⁸⁷⁹ Grawert 2011, S. 241.

⁸⁸⁰ BVerfGE 148,40.

⁸⁸¹ Rdnr. 25ff.

⁸⁸² Rdnr. 25.

⁸⁸³ „Insbesondere kann die staatliche Informationstätigkeit eine Beeinträchtigung im Gewährleistungsbereich des Grundrechts sein, wenn sie in der Zielsetzung und ihren Wirkungen Ersatz für eine staatliche Maßnahme ist, die als Grundrechtseingriff zu qualifizieren wäre.“ (BVerfGE 105,252- 273-)

⁸⁸⁴ BVerfGE 105,279.

ches Informationsverhalten abzusenken.⁸⁸⁵ Der Grund liegt in den Schwierigkeiten, staatliches Informationsverhalten normativ steuern zu können. Verallgemeinert man den dahinterstehenden Gedanken, so könnte ein Gesetzesvorbehalt dann verzichtbar sein, wenn staatliche Handlungen zwar mittelbare faktische Wirkungen erzeugen, diese aber nicht zielgerichtet herbeigeführt werden.⁸⁸⁶ Dieser Ausnahmetatbestand ist im Zusammenhang der Argumentation im Glykol-Urteil schwierig zu interpretieren. Insbesondere wird nicht klar, wodurch sich das funktionale Äquivalent von einem herkömmlichen Eingriff, der ebenso durch Finalität und Schwere des Nachteils gekennzeichnet wird, unterscheidet.⁸⁸⁷ Daher wird auch nicht klar, wie sich dieser Eingriffs-Ausnahmetatbestand zu der schutzbereichsbezogenen Argumentation verhält. Aus dieser Unklarheit sind in der Literatur und Rechtsprechung unterschiedliche Schlüsse gezogen worden. In der LFGB-Entscheidung hat sich das Gericht von der schutzbereichsbezogenen Argumentation gelöst und eine Lösung über die Eingriffsdogmatik gesucht.⁸⁸⁸ Auch von Teilen der Literatur wird für die Beibehaltung des (weiten bzw. modernen) Eingriffsbegriffs plädiert,⁸⁸⁹ andererseits wird die Figur des funktional äquivalenten Eingriffs in ein darüberhinausgehendes neues dogmatisches Konzept eingebaut, welches eine Differenzierung und Präzisierung des Schutzbereichs von Art. 12 Abs. 1 GG vorsieht: danach ist Schutzgut der Wettbewerbsfreiheit ein normierter Bestand sozialer Ordnung und Schutzgut der Berufsfreiheit die natürliche Freiheit. Dementsprechend soll die Figur der funktional äquivalenten Beeinträchtigung nur dann ausnahmsweise herangezogen werden, wenn „der Staat ausnahmsweise mit einer Maßnahme auf soziale Mechanismen einwirkt, damit aber gerade auf die natürliche Freiheit eines Grundrechtsträgers zugreifen will, der an diesen Mechanismen teilnimmt.“⁸⁹⁰ Damit sollen also Umgehungstatbestände erfasst werden.

Im Übrigen fällt das Gericht auch insofern hinter den in der Glykol-Rechtsprechung eingeschlagenen Weg zurück, als es umstandslos ein Recht auf Selbstdarstellung annimmt, welches dem Unternehmen als grundrechtlich gesichertes Individualgut zugewiesen wird. In der zitierten Entscheidung hätte das Zusammenspiel von objektiven marktlichen Funktionsbedingungen (Transparenz), staatlichen Gemeinwohlauflagen (Konsumentenwohl) und unternehmerischem Integritätsinteresse daraufhin geprüft werden müssen, ob

⁸⁸⁵ Dort S. 303f.

⁸⁸⁶ Murswiek NvWZ 2003,6.

⁸⁸⁷ Bumke Die Verwaltung 2004,22.

⁸⁸⁸ BVerfGE 148,40 Rdnr. 28.

⁸⁸⁹ Murswiek NVwZ 2003,6; Starke DVBl 2018,142f.

⁸⁹⁰ Bäcker S. 134.

sich daraus ein „individuelles Verfügungsrecht über die den Grundrechtsträger betreffende Information anderer herleiten“ lässt.⁸⁹¹

4 Darstellung der Ordnungsmodelle

Lange vor den oben genannten Autoren hat sich G. Lübbe-Wolff im Rahmen ihrer Habilitationsschrift auch zur Wettbewerbsfreiheit und ihrem grundrechtlichen Schutz positioniert.⁸⁹²

Sie wendet sich gegen eine Herleitung der Wettbewerbsfreiheit aus der allgemeinen Handlungsfreiheit. Sie betont, dass es sich bei der Wettbewerbsfreiheit „nicht um eine natürliche oder klassisch-institutionelle Freiheit auf einer Ebene mit anderen in Art. 2, 12 und 14 GG verankerten unternehmerischen Freiheiten handelt, sondern um ein mit dem traditionell-eingriffsabwehrenden Gehalt der Grundrechte nicht erfaßbares subjektivrechtliches Derivat einer den Grundrechten zugeschriebenen Ordnungsvorstellung“.⁸⁹³ Auf der Linie der BVerfG-Rechtsprechung zu den Grundrechten als „Elementen objektiver Ordnung“⁸⁹⁴ schreibt sie den Grundrechten eine näher zu ermittelnde Ordnungsidee zu, die auf den jeweils geschützten Lebensbereich zugeschnitten ist. Der objektive Gehalt dieser Ordnungsvorstellung geht weiter als der typische Gewährleistungsgehalt grundrechtlicher Freiheiten, wie z.B. der allgemeinen Handlungsfreiheit. Er umfasst z.B. „Ansprüche auf eine bestimmte Gestaltung des Umfeldes der Freiheitsausübung und Ansprüche auf Sicherung bestimmter Erfolgsbedingungen der Freiheitsausübung“.⁸⁹⁵ Bezogen auf den Wettbewerb verleiht die grundrechtliche Ordnungsvorstellung den Anspruch, „die Freiheit des wirtschaftlichen Handelns in Zusammenhang einer ganz bestimmten Ordnung ausüben zu können“.⁸⁹⁶ Dieselbe Argumentation verfolgt in diesem Zusammenhang Bäcker, der auf die Integrität der einfachgesetzlich geschaffenen Ordnung abstellt.⁸⁹⁷

Wie ist diese Wettbewerbsordnung nun beschaffen? Welche Ordnungsidee steht insoweit hinter Art. 2 Abs. 1, Art. 12 und Art. 14 GG? Lübbe-Wolff unterscheidet dabei zwischen dem Verhältnis des Staates zum Wettbewerb und der **inneren** Ordnung des Wettbewerbssystems. Entwickelte Gesellschaften zeichnen sich u.a. durch eine Ausdifferen-

⁸⁹¹ Dagegen zu Recht Albers DVBl 1996,240, die darauf hinweist, dass der Unternehmer nur in seiner Rolle geschützt wird und in die Rollenbeschreibung unweigerlich die soziale Umwelt und die Beiträge Dritter eingeschlossen sind.

⁸⁹² Lübbe-Wolff S. 293ff.

⁸⁹³ Lübbe-Wolff S. 295.

⁸⁹⁴ BVerfGE 49,89-141f.

⁸⁹⁵ Lübbe-Wolff S. 296.

⁸⁹⁶ Lübbe-Wolff a.a.O.

⁸⁹⁷ Bäcker S. 159ff.

zierung des Wirtschaftssystems vom politischen System aus, die üblicher Weise als Differenzierung zwischen Staat und Gesellschaft begriffen wird. Das bedeutet zumindest eine gewisse Selbständigkeit der Wirtschaft gegenüber politisch-funktionalen Anforderungen. Welche Beziehungen im Einzelnen in welcher Art und Weise gestaltet werden sollen, lässt sich auf dieser Ebene der Betrachtung nicht bestimmen. Dazu ist eine Vorstellung von der gesollten inneren Ordnung notwendig. Auch wenn Lübbe-Wolff im Prinzip sehr skeptisch gegenüber der möglichen Herleitung innerer Ordnungsimperative aus den Grundrechten ist,⁸⁹⁸ sieht sie dieses Problem bei der Suche nach den wettbewerbsschützenden Ordnungsimperativen nicht.⁸⁹⁹ „Der Zusammenhang zwischen den wirtschaftsrelevanten Grundrechtsgehalten der Art. 2 Abs. 1, 12 und 14 GG und dem wirtschaftlichen Wettbewerb als sozialer Institution muss nicht erst mühsam konstruiert werden. Es handelt sich um einen Zusammenhang von (rechtlicher) Voraussetzung und (praktischer) Folge.“⁹⁰⁰ Nachdem die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, 12 und 14 GG das unternehmerische Privateigentum und dessen Verwertbarkeit sowie die Freiheit des Konsumenten garantieren, kann aus dem so strukturierten Wirtschaftsprozess gar nichts anderes als Wettbewerb herauskommen. Unter dem Aspekt der verfassungsrechtlichen Offenheit des Wirtschaftssystems sieht sie in der Verfassung gleichwohl „keine effektive Garantie der privatwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung“⁹⁰¹

Die Hinwendung der BVerfG-Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Ordnungselementen innerhalb des Wettbewerbssystems hat M. Bäcker zum Anlass genommen, den dogmatischen Ansatzpunkt des Gerichts fortzuentwickeln in Richtung einer dogmatischen Neubestimmung der Wettbewerbsfreiheit. Bäcker kommt das Verdienst zu, die Wettbewerbsfreiheit in einer Weise zu thematisieren, die es ermöglicht, die Offenheit der Wirtschaftsverfassung zu integrieren. Er vermeidet nicht nur die einseitige Ausrichtung auf die natürliche Freiheit, sondern justiert die Gestaltungskraft von Grundrechten für die Ausrichtung der Wirtschaftsverfassung neu.

Allerdings hat auch bei Bäcker die natürliche Freiheit ihren eigenen Ort. Er nennt sie Verhaltensfreiheit. „Die grundrechtlich prima facie geschützte Freiheit kann insofern individualistisch, in ganz auf den Einzelnen konzentrierter Weise bestimmt werden. Eine weitere inhaltliche Bestimmung ist weder nötig noch möglich. Es ist dem Einzelnen überlassen, wie er seinen individuellen Entfaltungsspielraum definiert. In dieser Dimension schüt-

⁸⁹⁸ Vgl. S. 299.

⁸⁹⁹ ebenso König S. 206f.

⁹⁰⁰ Lübbe-Wolf S. 297.

⁹⁰¹ Lübbe-Wolf S. 298.

zen die Grundrechte die individuelle Willkür. Grundrechtsschutz ist insofern Selbstbestimmungsschutz.“⁹⁰²

Nach Bäcker ist nicht die Freiheit des Einzelnen, sich im Wettbewerb selbstbestimmt, willkürlich zu verhalten, Schutzgut der Wettbewerbsfreiheit, sondern eine objektiv-rechtlich errichtete Wettbewerbsfreiheit. Das individuelle Verhalten ist als Betätigung subjektiver Freiheit nur insofern grundrechtlich geschützt, als der Staat sich direkt gegen die wirtschaftliche Betätigung als solche richtet (sei es in imperativer Form oder über Umgehungsstrukturen). Durch staatliche Subventionen- das ist der durchgehende Anwendungsfall für Bäcker- als solche ist die individuelle Freiheit aber noch nicht verletzt, es bleibt dem einzelnen ja unbenommen, weiterhin Geschäfte zu betreiben, Preise festzusetzen, etc. „Auf sein Verhalten wird nicht unmittelbar zugegriffen, sondern es entsteht vermittelt über den Marktmechanismus eine Marktsituation, auf die er sein Verhalten einstellen muss, wenn er auf dem Markt bleiben möchte.“⁹⁰³

Somit erweitert Bäcker das Schutzgut auf den sozialen Kontext innerhalb dessen das einzelne Wettbewerbsverhalten Erfolg erzielen will und dieses soziale System ist der Wettbewerb. Wettbewerbsverhalten in diesem Sinne geht über selbstbestimmtes willkürliches Verhalten hinaus, es ist potenzielle Fremdbestimmung. Wie lässt sich der soziale Kontext „Wettbewerb“ zutreffend umschreiben? Hier tut sich die Schwierigkeit auf, dass das Grundgesetz gerade keine bestimmte Wirtschaftsordnung vorschreibt, auch keine Wettbewerbsordnung. Bäcker löst das Problem durch die Kreation eines ausgestaltungsbedürftigen Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit. Sie wird als ein Ausschnitt des Wirtschaftslebens vom einfachen Gesetzgeber in einer bestimmten Weise geschaffen, die aber gerade keine spezifischen wirtschaftsordnenden Vorgaben aus der Verfassung empfängt und daher auch prinzipiell anders geschaffen werden kann. Maßgeblich bleiben dagegen andere Grundrechte oder allgemeine Verfassungsprinzipien.

Für die Ausgestaltung unterscheidet er Strukturnormen von Regulierungsnormen. Strukturnormen dienen dazu, „den Wettbewerb als einen Mechanismus gesellschaftlicher Selbstregulierung zu ermöglichen und zu sichern. Auf diese Weise wird eine rechtliche Struktur des sozialen Raums geschaffen, in dem individuelle wirtschaftliche Handlungsfreiheit sich verwirklichen kann.“⁹⁰⁴ Beispiele sind die Subsidiarität kommunaler Wirtschaftsbetätigung und die Möglichkeiten der Fusionskontrolle (§36 GWB)

⁹⁰² Bäcker S. 97.

⁹⁰³ Bäcker S. 98.

⁹⁰⁴ Bäcker S. 170.

Mit einer Regulierungsnorm dagegen „soll ein spezifisches Gemeinwohlziel erreicht werden, indem ein Mechanismus gesellschaftlicher Selbstregulierung genutzt wird, der Wettbewerb.“⁹⁰⁵ Diese Normen überformen den Wettbewerb normativ, „instrumentalisieren“ ihn. Beispiele: Vertragsarztrecht und Privilegierung bestehender Linienverkehre.

5 Kritik der Ordnungsmodelle

Die skizzierten Ordnungsmodelle zeigen einen Weg, wie einerseits dem Anspruch aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 GG nach Anerkennung der persönlichen Freiheit in wirtschaftlichen Angelegenheiten und andererseits der Forderung nach Offenheit der Wirtschaftsverfassung entsprochen werden kann. Er führt über eine legislative Ordnung, die es erlaubt, die Freiheit des wirtschaftlichen Handelns ausüben zu können. Gleichzeitig wird dem einfachen Gesetzgeber dadurch die Freiheit gegeben, alle Spielräume auszunutzen, die sonstige Grundrechte und Verfassungsprinzipien zulassen.

Allerdings sind die genannten Ordnungsmodell-Vertreter nicht konsequent genug in der Verfolgung eines offenen Wirtschaftsmodells, welches die vorschnelle Reduzierung der natürlichen Handlungsmacht auf wettbewerbsorientierte Handlungstypen vermeidet. Lübke-Wolff zeichnet zutreffend die Notwendigkeit eines ausdifferenzierten Wirtschaftssystems vor dem Hintergrund gesellschaftlich-evolutionärer Entwicklungen und betont dabei die Notwendigkeit einer gewissen Autonomie des Systems gegenüber dem Staat. Zu Recht lehnt sie konkrete Vorgaben für dessen innere Ordnung aus der Verfassung ab. Ganz im Gegensatz zu dieser soziologisch aufgeklärten Argumentation steht ihre Herleitung eines **wettbewerbsorientierten** Wirtschaftssystems: Allein die Tatsache, dass Individuen ihre wirtschaftlichen Interessen „egoistisch“ und unter Berufung auf Eigentumspositionen „willkürlich“ verfolgen und sich dabei auf verfassungsmäßige Gewährleistungen berufen können, ist für sie ausreichend, um dem so „naturwüchsig“ entstandenen Wettbewerbssystem den Schutz der Verfassung zu verleihen.⁹⁰⁶ In diesem Punkt trifft sie sich mit den bedingungslosen Vertretern natürlicher Freiheit, die den wirtschaftenden Subjekten eine immer schon wettbewerbsmäßig geprägte Handlungsintention unterstellen. Das Privateigentum und dessen Verwertungsmöglichkeiten, auf die sich ihre Argumentation stützt, können auch in einem anderen Kontext als dem der egoistischen Interessenverfolgung genutzt werden, wie unser Beispiel der sozialwirtschaftlichen Unternehmen zeigt. Auch die Garantie des Eigentums lässt eine gemeinwohlnützliche Verwendung desselben

⁹⁰⁵ Bäcker S. 176.

⁹⁰⁶ vgl. auch die Kritik von Bäcker. S. 103f.

zu. Wenn sich auch nur wenige Private den Luxus eines z.B. mäzenatischen Gebrauchs ihres Vermögens leisten können.

Auch die zweite von ihr genannte Quelle des Wettbewerbs, die Freiheit des Konsumenten, lässt sich nur schwer als Schöpfer des Wettbewerbs qualifizieren. Vielmehr sieht sich der Konsument heute vielfältigen negativen Auswirkungen des Wettbewerbs ausgesetzt, wie ein Blick auf die zunehmende Zahl von gesetzlichen Schutztatbeständen belegt.⁹⁰⁷ Daneben treten zum Teil unsichtbare Formen der Bedrängung des Konsumenten, indem er z.B. als Datenlieferant instrumentalisiert wird. Die Konsumentenfreiheit ist daher eher gegen den Wettbewerb zu verteidigen.

Solange der Schutz aus den Art. 2 Abs. 1, 12 und 14 GG kurz geschlossen wird mit dem Entstehen einer Wettbewerbsordnung, lässt sich nicht-wettbewerblich orientiertes Handeln nicht erklären. Art. 12 Abs. 1 GG garantiert aber den Zugang zu einem Beruf und nicht zum Wettbewerb. Lübbe-Wolf bleibt daher auch eine systematische Begründung dafür schuldig, warum die Verfassung dennoch keine Garantie der privatwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung enthält.⁹⁰⁸

Bei Bäcker erscheint die Konzeption der Verhaltensfreiheit als Betätigung natürlicher Freiheit problematisch. Nicht nur, weil sie damit den kritischen Einwänden gegen die Konzeptualisierung von natürlichen Freiheitsrechten im Zusammenhang mit der Ausübung von grundrechtlichen Wirtschaftsfreiheiten ausgesetzt ist. Sie erscheint insbesondere vor dem Hintergrund seiner Konstruktion der Wettbewerbsfreiheit als einer marktbedingten Freiheit im Sozialen inkonsequent. Vielmehr ist die Annahme plausibler, dass sich der soziale Zusammenhang auch im individuellen Handeln niederschlägt, in welcher Richtung und Intensität auch immer. Durch die kategoriale Gegenüberstellung von Verhaltensfreiheit (natürliche Freiheit, Selbstbestimmung) und Wettbewerbsfreiheit (soziale Freiheit, Fremdbestimmung)⁹⁰⁹ drängt sich der Eindruck auf, dass sich die reale Verhaltensfreiheit im Wirtschaftsleben kategorisch von der Marktfreiheit im Wirtschaftsleben trennen lasse. Während die letztere immer sozial bestimmt wird, lässt sich die Verhaltensfreiheit als kontextfrei vorstellen. Es gibt aber keine kontextfreie wirtschaftsbezogene Handlung.

⁹⁰⁷ vgl Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 10.08.2021, BGBl 2021 I 3504.

⁹⁰⁸ Vgl. Lübbe-Wolf S. 298.

⁹⁰⁹ Bäcker S, 149 und S. 153.

III Aussagekraft der unterschiedlichen grundrechtlichen Wettbewerbsmodelle für die Interpretation der gemeindlichen Sozialökonomie-Förderung

Abschließend soll die Frage gestellt und beantwortet werden, ob die vorgestellten grundrechtlichen Wettbewerbsmodelle neben der Erfassung des „normalen“ Wettbewerbs auch in der Lage sind, eine Interpretationsfolie abzugeben für die hier zu untersuchende hybride Wettbewerbssituation, die ja durch den -mit der Subvention kompensierten- Verzicht der geförderten Unternehmen auf wesentliche Wettbewerbselemente gekennzeichnet ist. Wie bewerten diese Modelle einen wirtschaftlichen Nachteil, den die nicht-subventionierten Unternehmen durch den Wettbewerbsbeitrag der SÖ-Unternehmen erleiden?

Auf den ersten Blick ist die Antwort der Vertreter der natürlichen Freiheitskonzepte einfach. Sowohl die subventionierten wie die nicht-subventionierten Unternehmen bewegen sich im Wettbewerb. In beiden Fällen handelt es sich um eine Betätigung natürlicher Freiheit, daher ist das Ergebnis des Wettbewerbs aus staatlicher Sicht hinzunehmen. Auch der Beitrag der subventionierten Unternehmen ist aus dieser Sicht als Wettbewerbsbeitrag einzuordnen. Weil diese Auffassung jeden Wettbewerbsbeitrag als Betätigung natürlicher Freiheit des Unternehmers versteht, muss demnach auch eine freie unternehmerische Betätigung, die eine geringere wettbewerbliche Intensität aufweist, vom Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit geschützt sein. Mit der verfassungsrechtlichen Anerkennung auch eines nicht- oder eingeschränkten wettbewerblichen Handelns entsteht für diese Auffassung jedoch ein Problem: Es entfällt einerseits ein klarer Maßstab, an dem die Angemessenheit und Verfassungsmäßigkeit einer Wettbewerbsordnung gemessen werden könnte, denn u.U. gibt es konträre Anforderungen an diese. Die natürliche Betätigung allein gibt darauf keine Antwort. Zusätzlich müssen z.B. staatliche Beiträge berücksichtigt werden (Subventionsgewährung) und deren Legitimation.

Zum anderen wird mit dem Schutz eingeschränkt wettbewerblichen Handelns die explizite oder unausgesprochene Identifizierung wettbewerblicher Handlungsorientierung mit natürlicher Freiheitsbetätigung dementiert.⁹¹⁰

Diese Schwierigkeit haben die Vertreter der einfachgesetzlichen Ordnungsmodelle nicht, weil die Inhalte dieser Ordnungen nicht aus der Betätigung natürlicher Freiheit abgeleitet werden. Dies gilt uneingeschränkt für Bäckers Modell trotz der oben angedeuteten Kritik an dessen Verhaltensfreiheit.

⁹¹⁰ siehe dazu schon oben F Teil 1 § 2 II; so ist wohl auch die Feststellung von Klement zu verstehen, dass die Wirtschaftsfreiheiten zwar individuelle Freiheiten darstellen, aber trotzdem „ein nicht in erster Linie wettbewerbsgesteuertes Wirtschaftssystem“ ausschließen (S. 479)

Auch Lübke-Wolf entnimmt die Ordnungsvorgaben nicht einer natürlichen Freiheit zu wirtschaftlicher Betätigung. Wie oben bereits angesprochen schenkt sie aber der normativen Genese einer objektiven Wettbewerbsordnung wenig Beachtung. Sie stellt in erster Linie auf das faktische, „naturwüchsige“, wettbewerbliche Geschehen ab, welches dann zu einer Ordnung führt. Damit ist zwar theoretisch denkbar, dass faktisches Nicht-Wettbewerbshandeln zu einer entsprechenden Umgestaltung einer bisherigen Wettbewerbsordnung führt. Eine solche Umgestaltung scheidet jedoch daran, dass die aktuellen objektiven Wirtschaftsordnungsnormen auf eine Wettbewerbsordnung zugeschnitten sind und für die Zwecke einer eingeschränkten oder Nicht-Wettbewerbsordnung modifiziert werden müssten.

Anders als Lübke-Wolf thematisiert Bäcker ausführlich die Freiheit des einfachen Gesetzgebers zu unterschiedlichen Gestaltungen einer wirtschaftlichen Ordnung. Daher erkennt er auch an, dass man an Stelle einer grundrechtlichen Wettbewerbsfreiheit von einem „grundrechtlichen Wirtschaftsfunktionsschutz“ sprechen könnte.⁹¹¹ Sein Modell ist am besten geeignet, die Besonderheiten unseres kommunalen Förderkonzepts abzubilden und soll daher im Folgenden näher untersucht werden.

Teil 2 Das Ordnungsmodell von Bäcker

Es erlaubt eine Anwendung auf alle Arten von wirtschaftlichen Handlungsweisen, auch nicht-wettbewerblicher Art.: „Daraus, dass die Wettbewerbsfreiheit ein normgeprägtes Grundrecht ist, das keine eigenen Maßstäbe für seine Ausgestaltung enthält, scheint auf den ersten Blick zu folgen, dass der Terminus „Wettbewerbsfreiheit“ begrifflich ungenau ist. Dieses Grundrecht schützt die Integrität der Wirtschaftsordnung, so wie sie einfachrechtlich gesetzt ist. Ob es sich gerade um eine Wettbewerbsordnung handelt, hängt von den Vorgaben des einfachen Rechts und nicht von der Verfassung ab. Insofern scheint es nahe zu liegen, statt von Wettbewerbsfreiheit von einem grundrechtlichen Wirtschaftsfunktionsschutz zu sprechen.“⁹¹² Bäckers Konzentration auf Wettbewerbsverhältnisse erklärt sich daraus, dass er wettbewerbsvermittelte Nachteile für den Einzelnen zum Thema hat und diese können nur dort entstehen, wo faktisch zumindest im Grundsatz eine Wettbewerbsordnung errichtet ist.

⁹¹¹ Bäcker S. 164.

⁹¹² Bäcker S. 164f.

§ 1 Grundrechtlicher Argumentationsgang

Im Folgenden soll daher der grundrechtliche Argumentationsgang Bäckers nachgezeichnet werden und im Anschluss daraufhin befragt werden, ob er Anknüpfungspunkte für unsere Fragestellung bietet. Seine Untersuchung zeichnet sich dadurch aus, dass sie es – offenbar als einzige bisher – unternimmt, die Konsequenzen der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Offenheit des Grundgesetzes für die grundrechtliche Fundierung unserer Wirtschaftsordnung systematisch zu beleuchten. Er hebt sich dadurch vom mainstream der verfassungsrechtlichen Literatur ab, die dieses Thema zwar anspricht, ihm aber in der aktuellen verfassungsrechtlichen Diskussion keinen Raum gibt.⁹¹³ Auch G. Lübbe-Wolf – darauf wurde oben hingewiesen – ist eine systematische Einbeziehung der verfassungsrechtlich vorgegebenen Offenheit in ihr dogmatisches Gebäude schuldig geblieben. J. Hecker immerhin räumt diesem Thema einen Platz in seiner Untersuchung über den Charakter der Wirtschaftsaufsichtsnormen ein und setzt sich kritisch mit der Frage auseinander, ob es möglich ist, Normen der Wirtschaftsordnung als grundrechtsausgestaltende zu qualifizieren, wenn der Verfassung „keine ausgestaltungsspezifischen Verfassungsbindungen zu entnehmen sind.“⁹¹⁴ Er sieht auch – anders als die Vertreter der natürlichen Freiheit –, dass die natürliche Handlungsmacht zunehmend an Bedeutung für die Charakterisierung des grundrechtlichen Freiheitsgehalts verliert.⁹¹⁵ Letztlich aber vertritt er dann aber doch eine Sichtweise, die auf ein Verständnis der wirtschaftsbezogenen Grundrechte als Verkörperung „perfekter Freiheit“ hinauslaufen, einer Freiheit, die „aus Sicht der Verfassung nicht auf staatliche Vermittlungsbeiträge angewiesen“ ist.⁹¹⁶ Dies ist auch der Grund, warum er oben nicht als Vertreter eines Ordnungsmodells herangezogen wurde.

I Normgeprägtes Grundrecht

Bäckers systematischer grundrechtsdogmatischer Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit ein (unbenanntes) normgeprägtes Grundrecht ist.⁹¹⁷ Die Implikationen, zu denen das daneben noch verbleibende Grundrecht der Verhaltensfreiheit führt, sollen an dieser Stelle unberücksichtigt bleiben. Die Normprägung eines Grundrechts (die Grenzen zu Institutsgarantien sind fließend) ist eine aner-

⁹¹³ C. Ohler z.B. widmet in der Besprechung von Bäckers Untersuchung diesem zentralen Thema einen Satz, in dem er feststellt, dass die „Formel von der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes einen Schlussstrich unter die Debatte gezogen hatte, ob es ein bestimmtes, grundrechtlich geschütztes Wirtschaftsmodell unter dem Grundgesetz gebe“ in AöR 134(2009) Seite 134

⁹¹⁴ Hecker S. 213.

⁹¹⁵ Hecker S. 208.

⁹¹⁶ Hecker S. 207.

⁹¹⁷ Bäcker S. 159.

kannte dogmatische Kategorie, die hier als solche nicht näher betrachtet werden muss. Ihre besondere Bedeutung bei Bäcker erhält sie dadurch, dass dem Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit nach seiner Interpretation keine inhaltlichen Vorgaben für die ausgestaltenden einfachgesetzlichen Normen entnommen werden können.⁹¹⁸ Diese Normprägung unterscheidet sich von der Normprägung des Art. 14 GG, der einen bestimmten Begriff des Eigentums beinhaltet und die Ausformung seines Schutzbereichs nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG entsprechend diesem Begriff der einfachen Gesetzgebung übergibt. „Dagegen enthält die Wettbewerbsfreiheit keinerlei Maßgaben dafür, wie diese Ordnung beschaffen sein soll. Das ist gerade die grundrechtsdogmatische Pointe der wirtschaftspolitischen Offenheit des Grundgesetzes, aufgrund derer die Wettbewerbsfreiheit hier überhaupt als normgeprägtes Grundrecht entwickelt wurde. Daraus folgt, dass die Wettbewerbsfreiheit ihre eigene Ausgestaltung nicht grundrechtlich kontrolliert“⁹¹⁹

II Atypizität der Wettbewerbsfreiheit/Integritätsschutz

Wie schafft es Bäcker, eine Wettbewerbsordnung zu identifizieren, die zwar verfassungsrechtlichen Schutz genießt, aber nicht aus dem einschlägigen Grundrecht inhaltlich bestimmt werden kann?

Den Schutzgegenstand des Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit bestimmt er als die Gesamtheit der einfachrechtlichen Wirtschaftsordnungsnormen. Dies ist vor dem Hintergrund des von ihm vertretenen Ordnungsmodells konsequent. Und es spiegelt auch den Befund wider, dass die Ordnung der Wirtschaftsverfassung unter dem Grundgesetz eine Aufgabe des einfachen Gesetzgebers ist, der insoweit keine Direktiven aus der Verfassung enthält.

Nun kann aber ein Normbestand des einfachen Rechts als solcher -mit Ausnahme der Institutsgarantien- keinen verfassungsrechtlichen Schutz genießen. Dazu ist irgendeine Brücke zum Verfassungsrecht notwendig. Bäcker erwägt daher, ob der – dogmatisch anerkannte – Weg der Grundrechtskonkretisierung möglich wäre.⁹²⁰ Danach wären die Wirtschaftsordnungsnormen als eine (mit)bestimmende Kraft zu verstehen, welche das reale Wirtschaftsgeschehen affiziert. „Diesen so geprägten Wettbewerb könnte man als relevanten Ausschnitt der Wirklichkeit heranziehen, um die wirtschaftsbezogenen Grundrechte zu konkretisieren.“⁹²¹ Diesen Weg will er nicht gehen, weil es zwar eine Prägung

⁹¹⁸ Bäcker S. 163.

⁹¹⁹ Bäcker a.a.O.

⁹²⁰ Hesse Rdnr. 305.

⁹²¹ Bäcker S. 156.

durch das einfache Recht gibt, die Verfassung selbst jedoch wegen der Offenheit „gerade keine verbindliche Setzung enthält.“⁹²²

Daher sieht Bäcker den Schutzgehalt in der gesetzten Wirtschaftsordnung selbst. Und zwar nicht in dem üblichen Verständnis, dass sich die Ordnung des einfachen Gesetzes in Konkordanz zu dem einschlägigen Grundrecht befinden muss, weil es eben kein inhaltlich einschlägiges Grundrecht gibt. Die geschaffene Wirtschaftsordnung wird grundrechtlich vielmehr in ihrer Integrität geschützt. Das wird damit begründet, dass der einzelne Wirtschaftsteilnehmer sich immer nur innerhalb eines sozialen Zusammenhangs bewegt und er daher auf die Integrität dieses sozialen Zusammenhangs zwingend angewiesen ist. „Im Rahmen seines Interessenbereichs muss der Einzelne daher die Ordnungsvorgaben, die die Wirtschaftsordnung errichten, gegen staatliche Ingerenz verteidigen können.“⁹²³ Geschützt werden also nicht bestimmte Inhalte der Ordnung, auch nicht irgendeine systematische Qualität der Ordnung oder ähnliches, sondern nur die bestehende Ordnung an sich. Um einem möglichen Missverständnis vorzubeugen ist zu betonen, dass die einfachrechtliche Ordnung nicht im verfassungs- und insbesondere nicht im grundrechtsfreien Raum geschaffen werden kann. Die entsprechenden Anforderungen „folgen nicht aus der Wettbewerbsfreiheit, sondern aus anderen grundgesetzlichen Normen.“⁹²⁴

III Transformation objektiven in subjektives Recht

Die subjektive Seite des Grundrechts wird durch eine Transformation objektiven Rechts in subjektives Recht bestimmt. Das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit ist insofern eine Transformationsnorm. „Sie verleiht dem Einzelnen die Rechtsmacht, die Integrität einer einfachrechtlich gesetzten Ordnung zu verteidigen.“⁹²⁵ Dieses Recht hängt nicht davon ab, ob der Einzelne sich auf Normen beruft, die seinem Individualinteresse dienen, sondern es ist ihm um der Integrität der gesamten Ordnung willen verliehen.

IV Schutzbereichsbestimmung

In einem nächsten Schritt versucht Bäcker, den Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit näher zu fassen. Oben wurde als Schutzgegenstand des Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit unspezifisch die Gesamtheit der Wirtschaftsordnungsnormen bezeichnet. Im Rahmen der näheren Fassung des Schutzbereichs präzisiert er als Wirtschaftsordnungsnormen

⁹²² Bäcker S. 157.

⁹²³ Bäcker S. 160.

⁹²⁴ Bäcker S. 164.

⁹²⁵ Bäcker S. 161.

jene, „die Ordnungsvorgaben enthalten, deren Bezugspunkt gerade der wirtschaftliche Wettbewerb ist. Sie regeln spezifisch das (Konkurrenz) Verhältnis des einzelnen Wettbewerbsteilnehmers zu anderen Wettbewerbsteilnehmern.“⁹²⁶ Auch für den persönlichen Schutzbereich nimmt er eine Konkretisierung vor, die sich im Wesentlichen danach richtet, ob eine Strukturnorm oder eine Regulierungsnorm betroffen ist. Bei einer Regulierungsnorm sind die Begünstigten quasi automatisch berechtigt. Der persönliche Schutzbereich im Übrigen wird nach dem jeweiligen Markt ermittelt, auf dem sich der Berechtigte bewegt, der Markt selbst wird nach dem kartellrechtlichen Bedarfsmarktkonzept bestimmt.

§ 2 Konsequenzen des Ordnungsmodells von Bäcker für unsere Fragestellung

I Keine Determination der Wettbewerbsfreiheit durch Freiheitsrechte

Für die grundrechtliche Bewertung unseres Förderungsmodells ist ganz wesentlich, dass seine wettbewerblichen Inhalte nicht unmittelbar an den Freiheitsrechten der betroffenen Wettbewerber gemessen werden. Vielmehr sind sie als Teil einer kommunal gesetzten Ordnung zu verstehen, die als solche Grundrechtsschutz (Integritätsschutz) genießt. Die Gemeinde ist also insoweit frei, ein wettbewerbsbezogenes kommunales Förderprojekt aufzusetzen, soweit sie dabei die Grundrechte im Übrigen achtet.

Wie alle öffentliche Gewalt ist auch die Gemeinde dabei nach Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden. Soweit die Wettbewerbsfreiheit betroffen ist, ist sie daher zur Respektierung der Integrität der staatlich gesetzten Wettbewerbsordnung ebenso verpflichtet wie zur Respektierung der von ihr selbst gesetzten Ordnung. Wie wir gesehen haben gibt es im Hinblick auf die kommunale SÖ-Förderung keine einfachgesetzlichen Vorgaben, weder wettbewerbsbezogen noch inhaltsbezogen. Insoweit genießt die Gemeinde also eine gewisse Freiheit, sie kann sich insbesondere auf die Offenheit der Verfassung in Fragen der Wirtschaftsverfassung berufen und in ihrem Zuständigkeitsbereich wirtschaftspolitische Konzepte verfolgen, die sich von denen der Länder oder des Bundes unterscheiden. So kann eine Gemeinde ein Arrangement organisieren zwischen politischen Steuerungsinitiativen z.B. in Form der Förderung sozialökonomischer Leistungen und Produkte und typischen Elementen des Wettbewerbs wie der Wahlfreiheit der Bürger (=Verbraucher) zwischen kommerziellen Angeboten einschließlich der gemeindlich geförderten.

⁹²⁶ Bäcker S. 169.

II Vorbehalt des Gesetzes

Der Vorbehalt des Gesetzes ist eine Ausprägung des rechtstaatlichen Grundsatzes, nach dem staatliche Eingriffe in Grundrechte nur auf Basis eines Gesetzes vorgenommen werden dürfen. Er bewirkt damit eine Beschränkung der Staatsgewalt, er macht mögliche Eingriffe für den Bürger vorhersehbar und berechenbar. Daneben dient er der Demokratie, weil er die Beteiligung der Volksvertretung erzwingt. Einzelne Grundrechte enthalten zudem einen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt, so auch das Grundrecht der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG. Dieser bezieht sich entgegen seinem Wortlaut nicht nur auf die Berufsausübung, sondern auch auf dessen Wahl. Dementsprechend unterliegt das einheitliche Berufsfreiheitsrecht nicht nur einem Regelungsvorbehalt, sondern einem Eingriffsvorbehalt.⁹²⁷

Sofern das Schutzgut der Wettbewerbsfreiheit in der Betätigung natürlicher Freiheit als Unternehmer gesehen wird, bedürfen Beschränkungen dieser Freiheit einer gesetzlichen Grundlage. Dass diese Einschränkungen in der Regel keine unmittelbare Folge staatlicher Maßnahmen sind, sondern den Unternehmer als wirtschaftlichen Nachteil treffen, der über den Markt vermittelt wird, wurde oben bereits angesprochen. Ebenso die dogmatischen Versuche, die mittelbaren Folgen dem Staat zuzurechnen.⁹²⁸

Im Hinblick auf staatliche Informationstätigkeit und deren nur sehr eingeschränkt normierbaren Folgen und Voraussetzungen hat das Gericht eine umstrittene Kategorie der (nur) „materiell rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtsbeeinträchtigung entwickelt“, die ggf. einen Gesetzesvorbehalt ausschließt.⁹²⁹ Das Gericht hat sie bisher nur für Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch staatliches Informationshandeln angewandt.⁹³⁰ In der jüngeren einschlägigen Entscheidung zu staatlichen Warnungen⁹³¹ hat sich das Gericht zwar auf diese Kategorie bezogen, obwohl es in diesem Fall eine gesetzliche Grundlage gab und obwohl das staatliche Informationshandeln hier zielgerichtet war. Daraus lässt sich schließen, dass das BVerfG von der Anwendung dieser dogmatischen Figur selbst in Fällen staatlichen Informationshandelns Abstand nimmt und sich wie vor der Glykol-Rechtsprechung der freiheitsrechtlichen Eingriffsdogmatik bedient, die in den Fällen mittelbarer oder faktischer Nachteile mit den Kriterien der Finalität und Intensität arbeitet.

⁹²⁷ h.M., vgl. statt vieler v. Münch/Kunig/Kämmerer, 7. Aufl. 2021, GG Art. 12 Rn. 79.

⁹²⁸ § 3 II 1b

⁹²⁹ Michael/Morlok Rdnr. 491, 503; s.a. oben Teil 1 § 3 II 3

⁹³⁰ BVerfGE 105,279-303f.-Osho.

⁹³¹ BVerfGE 148,40 LFBG.

Eine strengere Konzeption des Gesetzesvorbehaltes im Subventionsrecht hat Lübbe-Wolf entwickelt. Für sie ist die Unterscheidung des Schutzbereichs vom effektiven Garantiebereich der Grundrechte zentral. Der Schutzbereich „ist der Bereich, in dem das Grundrecht überhaupt eine Schutzfunktion entfaltet, d.h. innerhalb dessen die Zulässigkeit von Eingriffen an bestimmte Voraussetzungen formeller und inhaltlicher Art.....gebunden ist.“⁹³² Nach ihrem sehr weiten, auf prima facie-Erwägungen beruhenden Begriff des wirtschaftlichen Wettbewerbs⁹³³ wird der Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit „durch jede einem unmittelbaren Konkurrenten gewährte Subvention“⁹³⁴ berührt. Die zwingende Folge ist die Notwendigkeit eines formellen Gesetzes, welches den „Eingriff“, der nach ihrer Terminologie unterschieden ist von der „Verletzung“ eines Grundrechts, rechtfertigt. Allerdings behandelt Lübbe-Wolf die Subventionierung durch Kommunen nicht ausdrücklich, sie nimmt auch die Problematik, inwiefern gemeindliche Satzungen als ausreichende gesetzliche Grundlage gelten können, aus ihren Überlegungen aus.⁹³⁵ Auf jeden Fall würde ein derart weit getriebener Gesetzesvorbehalt die gemeindliche Aufgabenwahrnehmung ersticken, vor allem angesichts der mittlerweile weit gezogenen grundrechtlichen Schutzbereiche.⁹³⁶

Die umstrittenen Zurechnungsfragen ebenso wie das Konstrukt eines funktional-äquivalenten Eingriffs vermeidet die Konzeption Bäckers, die das Schutzgut der Wettbewerbsfreiheit in einer normativ gesetzten Wirtschaftsordnung sieht. Weder die finale Verkürzung natürlicher Freiheit noch die unbeabsichtigte Intensität kennzeichnet den Eingriff, sondern die Verletzung einer selbst gesetzten Ordnung. Die Setzung der Ordnung (Wirtschaftsordnungsnormen) als der primäre Schritt ist nicht bewehrt vom Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit. Man könnte daher etwas salopp sagen, dass die wirtschaftsbezogenen Normen nicht als Bedrohung, sondern als Konstruktion von Wettbewerb verstanden werden. Erst eine nachfolgende Verletzung der Integrität dieser Ordnung stellt sich als Grundrechtsverletzung dar. Es handelt sich dabei um einen Fall des Normanwendungsschutzes.⁹³⁷

Die gemeindliche Satzung, welche die Ordnungsvorgaben für eine gemeindliche SÖ-Förderung formuliert, greift demnach nicht in das so verstandene Grundrecht der Wettbe-

⁹³² Lübbe-Wolf S. 26.

⁹³³ Dazu oben unter Teil 1 § 3 II 4 und 5.

⁹³⁴ Lübbe-Wolf S. 310.

⁹³⁵ Lübbe-Wolf Fn. 52.

⁹³⁶ vgl. dazu Hoffmann-Riem Gewährleistungsgehalte S. 63ff.

⁹³⁷ vgl. Bäcker S. 192f; allgemein zum Normanwendungsschutz Lübbe-Wolf S. 105ff.

werbsfreiheit ein. Daher ist ein Gesetz zur Ermächtigung von Grundrechtseingriffen durch gemeindliche Satzungen nicht erforderlich.

III Kommunale Sonderordnung

Eine weitere inhaltliche Besonderheit, auf die schon mehrfach hingewiesen wurde, besteht darin, dass die Tätigkeit der SÖ-Unternehmen weder ausschließlich vom Wettbewerbsregime noch von dem der öffentlichen Gemeinwohlproduktion bestimmt wird. Sie bewegen sich auf einem Feld, das vom Nebeneinander von Wettbewerb und Nicht-Wettbewerb bestimmt wird. Im Unterschied zum typischen Ordnungsverständnis, welches dem Wettbewerb die bestimmende Rolle zuweist, soll hier auch die eigenständige Bedeutung und die produktive Seite der nicht-wettbewerblichen Elemente betrachtet werden. Die Möglichkeit eines derartigen Nebeneinanders auf der verfassungsrechtlichen Makro-Ebene indiziert im Übrigen schon allein die Existenz von Art. 15 GG. Unbeschadet aller Relativierungen von dessen Bedeutung kann seine textliche Existenz nicht geleugnet werden. Und sobald nur in irgendeiner Weise von ihm Gebrauch gemacht wird, entsteht die Notwendigkeit, diese neue Form des Eigentums und die damit verbundenen Folgen für das Wettbewerbssystem in irgendeiner Weise kompatibel zu machen mit dem weiterhin bestehenden traditionellen Eigentumsregime.

Auch Bäcker kennt ein Nebeneinander von Wettbewerb und Nicht-Wettbewerb, welches sich in der Unterscheidung von Strukturnormen, die den Wettbewerb strukturieren und Regulierungsnormen, die den Wettbewerb instrumentalisieren, zeigt. Allerdings lässt sich diese Normen-Differenzierung nicht umstandslos auf die anders strukturierte gemeindliche Subventions-Satzung übertragen. Bäcker hat die wettbewerbsgrundrechtliche Prüfung von Subventionen vor dem Hintergrund unterschiedlicher Einzelnormen vorgenommen und zwar getrennt nach Struktur- und Regulierungsnormen.⁹³⁸ Diese Einzelnormen hat er in den jeweiligen bundes- und landesrechtlichen Ordnungskontext gestellt und untersucht, ob die Subvention in diesem Sinne systemgerecht ist.

Die gemeindlichen Ausgangsbedingungen für die Gestaltung einer wettbewerbsbezogenen Wirtschaftsordnung unterscheiden sich davon erheblich. Die gemeindliche Subventionsordnung ist eingebettet in einen Kontext der Wirtschaftsordnung, der von Bundes- und Landesrecht bestimmt wird. Auf dieses Umfeld können die Gemeinden keinen oder nur einen sehr geringen Einfluss nehmen. Von daher ist ihr Betätigungsraum von vornherein eingeschränkt. Sie können nur einen Ausschnitt der Wirtschaftsordnung selbst re-

⁹³⁸ Bäcker S. 225ff und 230ff.

geln. Für die Gestaltung dieses Ausschnittes steht ihnen zudem nicht das legislatorische Instrumentarium zur Verfügung. Daher müssen sie an den administrativen Befugnissen ansetzen, die ihnen von der Verfassung zugewiesen sind. Sie nutzen daher in unserem Fall das Instrument der kommunalen Wirtschaftsförderung. Nicht (nur) eine punktuelle einzelne Subvention wird geregelt, sondern um die Subvention herum errichtet die Gemeinde eine Subventionsordnung. Wegen ihres begrenzten, andererseits aber gezielten Charakters könnte man sie als Sonderordnung bezeichnen. Sie enthält die oben beschriebenen wettbewerbsrelevanten Parameter für die SÖ-Förderung.

Solche begrenzten Teilordnungen hat Bäcker als „Segmentierung der Wettbewerbsfreiheit“ beschrieben.⁹³⁹ In ihnen lassen sich sowohl Struktur- wie Regulierungsnormen finden. Ob die gemeindlichen Fördervorgaben einer Regulierungs- oder einer Strukturnorm entsprechen, ist nicht ganz einfach zu bestimmen. Über die Subventions-Satzung will die Gemeinde einen politischen Zweck verfolgen, sie will den Wettbewerb „instrumentalisieren“. „Regulatorisch“ meint damit allgemein die Verfolgung hoheitlicher Steuerungsmechanismen gegenüber der Gesellschaft. Ein Steuerungsmodus ist die „Instrumentalisierung“ des Wettbewerbs für politische Ziele.⁹⁴⁰ Besser geeignet scheint mir der von Eifert⁹⁴¹ benutzte Begriff der „Überdetermination“ zu sein. Er vermeidet die negative Konnotation der Instrumentalisierung, die durch die Nähe zur Manipulation entsteht. Und er trifft mit der Vorstellung einer Überlagerung besser den Sachverhalt als die Instrumentalisierung, die eher eine Verdrängung der eigentlichen Zweckbestimmung zum Inhalt hat.

Auf der anderen Seite enthält die Subventionsordnung eine systematische Einschränkung des Wettbewerbsprinzips insoweit, als sie dem Förderadressaten Vorgaben für seine interne Unternehmensverfassung macht und ihn damit in der Freiheit seines unternehmerischen Handelns beschränkt. Diese systembedingte Vorgabe bringt zum Ausdruck, dass mit der SÖ-Förderung auf eine bestimmte Struktur eines örtlichen Wirtschaftssektors gezielt wird. Dies scheint mir der Gesichtspunkt zu sein, der für eine Strukturnorm spricht. Denn der Gemeinde geht es nicht in erster Linie um eine singuläre Förderung, sondern sie verfolgt die Idee, generell bürgerschaftliches Engagement und bürgerschaftliche Selbsthilfe in Form von privatem Unternehmertum zu fördern.

⁹³⁹ S. 186f.

⁹⁴⁰ Siehe dazu auch Kersten 2010 S. 308ff.

⁹⁴¹ Rdnr. 144.

Teil 3 Verstoßt die gemeindliche Subventionsordnung gegen sonstige grundrechtliche Gewährleistungen?

§ 1 Verstoß der Subventionsordnung gegen einzelne sonstige Grundrechte

Die bisherige Prüfung hat gezeigt, dass die gemeindliche Subventionsordnung nicht gegen das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit verstößt. Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis des Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit, welches sich als ein Kompositum aus den wirtschaftsbezogenen Freiheiten des Grundgesetzes (Art. 2 Abs. 1, 12 und 14 GG) herleitet⁹⁴², ist dieses Grundrecht von den (klassischen) Einzel-Freiheitsgrundrechten und dem Gleichheitssatz zu unterscheiden. Es bleibt zu prüfen, ob die Subventionsordnung ggf. andere Grundrechte verletzt. Diese Prüfung umfasst den negatorischen Gehalt der Grundrechte, also die Frage, welche Freiheits- oder Gleichheitsrechte die Gemeinde aktiv verletzt haben könnte (im Folgenden I und II) ebenso wie die Untersuchung der Frage, ob die Gemeinde durch Unterlassen gegen eine grundrechtliche Leistungspflicht verstoßen hat (unten § 2).

I Art. 3 GG

Nachdem also die Frage einer möglichen Wettbewerbsbeeinträchtigung hier kein Prüfungsgegenstand ist, erscheint allenfalls die Verletzung des Gleichheitssatzes gegenüber einem anderen Unternehmer als mögliche Grundrechtsverletzung denkbar. Wie oben ausführlich dargestellt zeichnen sich die förderfähigen SÖ-Unternehmer durch mehrere Eigenschaften gegenüber einem sonstigen Unternehmer aus. So besteht deren ausdrücklicher Geschäftszweck in der Förderung des lokalen Zusammenhalts und sie weisen eine bestimmte interne Struktur aus, die sie in besonderer Weise befähigt, gemeinwohlbezogene Geschäftstätigkeiten auszuführen. So verzichten sie ausdrücklich auf die Erzielung von Gewinnen. Diese sachlich begründeten Unterschiede berechtigen die Gemeinde daher, die SÖ-Unternehmen anders zu behandeln als andere Unternehmen. Dies lässt sich auch mit Beispielen aus vergleichbaren Regelungszusammenhängen belegen.

So gibt § 5 Abs. 3 Satz 2 SGB XII den Trägern der Sozialhilfe auf, die Verbände der freien Wohlfahrtsverbände zu unterstützen. Das BVerwG hat den Ausschluss gewerblicher Anbieter von Leistungen der Sozialhilfe ausdrücklich als rechtmäßig angesehen. Demnach ist der Staat berechtigt, mit seiner finanziellen Förderung die beruflichen Organisationen zu bevorzugen, deren Status als Träger sozialer Aufgaben gesetzlich gewährleistet ist und die

⁹⁴² Bäcker S. 159.

ihre Tätigkeit nicht nach Gesichtspunkten der Gewinnerzielung ausrichten.⁹⁴³ Diese Erwägung lässt sich auf die kommunale Förderung von Unternehmen ohne Gewinnerzielungsabsicht übertragen. Dass der Status der SÖ-Unternehmen nicht gesetzlich gewährleistet ist, spricht nicht gegen eine entsprechende Anwendung, solange dieser Status privatrechtlich in den entsprechenden Statuten des SÖ-Unternehmens gesichert ist. Die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung wäre verletzt, wenn sie in ihrer Sozial- und Wirtschaftspolitik auf Kooperationspartner beschränkt wäre, die eine staatliche „Lizenz“ haben.

Ein anderes Beispiel betrifft die Integrationsförderung von Migranten. Es ist anerkannt und auch gesetzlich so formuliert, dass das bürgerschaftliche Engagement ein Erfolgsfaktor ist und „die örtliche Gemeinschaft einen unverzichtbaren Beitrag (leistet), die Integration von Migrantinnen und Migranten zu fördern.“⁹⁴⁴ Dementsprechend wird die Förderung der gesetzlichen Integrationsziele auch als gemeindliche Aufgabe „im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung“ definiert.⁹⁴⁵ Als ein Mittel der Integrationsförderung benennt das Gesetz die staatlichen Förderprogramme. Nach Art. 10 Abs. 1 Satz 2 Bay IntG kann der Staat ausdrücklich diejenigen Unternehmen in seinen Förderprogrammen „positiv berücksichtigen“, die sich aktiv um die Integration von Migranten bemühen. Nachdem das Gesetz die Integrationsaufgabe parallel dem Staat und den Kommunen übertragen hat, lässt sich der Schluss ziehen, dass auch den Kommunen das Mittel der privilegierten Unternehmensförderung zusteht, sofern sie im Rahmen ihrer Selbstverwaltung denn davon Gebrauch machen wollen.

Demnach ist die Ungleichbehandlung, die in der Subventionierung der SÖ-Unternehmen liegt sachlich gerechtfertigt. Das Kriterium der unmittelbaren Verfolgung von Gemeinwohlzwecken ist ein anerkanntes Differenzierungsmerkmal.

II Art. 12 Abs. 1 GG

Was die individuelle Berufsfreiheit betrifft wäre es zumindest denkbar, dass der „Angebotsdruck“, der durch die Subventionsmöglichkeit aufgebaut wird, so hoch ist, dass sich ein (auch potenzieller) Unternehmer diesem nicht entziehen kann und damit seine Entscheidungsfreiheit stark reduziert wird.⁹⁴⁶ Dies wäre eine Beeinträchtigung der beruflichen Entscheidungsfreiheit, die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt wird. In der Praxis

⁹⁴³ BVerwG Beschluss v. 27.1.1988 NJW 1988,1278.

⁹⁴⁴ z.B. Art. 9 Satz 1 Bay IntG, s.a. Art. 3 Abs. 6 Bay IntG.

⁹⁴⁵ Art. 9 Satz 2 Bay IntG.

⁹⁴⁶ siehe dazu Krebs S. 219.

dürfte schon wegen der notorischen Finanzschwachheit der Kommunen die Gefahr einer Erdrosselungswirkung durch goldene Zügel nicht sehr hoch veranschlagt werden.

§ 2 Verstoß gegen eine grundrechtliche Leistungspflicht?

Etwaige einschränkende Bestimmungen der gemeindlichen Subventionsordnung verstoßen gegen Grundrechte, sofern aus diesen ein unbedingtes Recht auf Leistung eines Bürgers bzw. Unternehmens gegen die Gemeinde hergeleitet werden kann. In Rechtsprechung und Literatur ist allgemein anerkannt, dass aus den Grundrechten neben ihrem typischen Abwehrgehalt gegen staatliche Maßnahmen unter bestimmten Bedingungen auch sog. Leistungsrechte abgeleitet werden können, die dem Bürger einen Anspruch gegen den Staat auf ein Tun vermitteln.⁹⁴⁷

Im Verfassungstext finden sich nur vereinzelt Hinweise auf grundrechtliche Leistungsrechte, so z.B. bei Art. 6 Abs. 4 GG. Das BVerfG hat unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG einen Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums entnommen.⁹⁴⁸ Derartige verfassungsunmittelbare Ansprüche sind für unseren Sachverhalt nicht ersichtlich, so dass sich die Frage stellt, ob originäre Leistungsrechte auch jenseits dieser unmittelbaren textlichen Verankerung abgeleitet werden können. Das BVerfG hat in seinem numerus clausus Urteil von 1972 einen aus grundrechtlichen Erwägungen hergeleiteten sozialstaatlichen Anspruch auf Schaffung von Studienplätzen erwogen, aber im Ergebnis offengelassen⁹⁴⁹. Auch die Literatur ist zurückhaltend gegenüber der Herleitung von Leistungsansprüchen aus den Freiheitsrechten.⁹⁵⁰ Dagegen hat Lübbe-Wolf eine Konzeption entwickelt, die sich offener zeigt gegenüber derartigen Leistungsansprüchen.⁹⁵¹

Aber selbst nach dem Modell von Lübbe-Wolf, das in dem Unterlassen einer staatlichen Förderung unter bestimmten Bedingungen eine Grundrechtsverletzung sehen kann, lässt sich kein Leistungsanspruch eines (auch potenziellen) SÖ-Unternehmers auf Förderung gegen die Gemeinde herleiten. Ein solcher Leistungsanspruch setzt voraus, dass sich dem Schutzgehalt des Grundrechts, in unserem Fall also von Art. 12 Abs. 1 GG, ein „leistungsrechtlicher Gehalt“ entnehmen lässt. Für Art. 12 Abs. 1 GG wird das im Grundsatz für möglich gehalten, indem auf das erwähnte numerus clausus Urteil verwiesen wird. Eine Über-

⁹⁴⁷ Michael/Morlok § 18 Rd.nr. 525; Sachs, Grundgesetz 9. Auflage 2021 Rdnr. 46ff;

⁹⁴⁸ BVerfGE 125,175-222ff.-

⁹⁴⁹ BVerfGE 33,303-333.-

⁹⁵⁰ Sauer /Dreier Rdr. 101 vor Art. 1 GG-Kommentar 4. Auflage 2023; Schmidt-Aßmann 1993 S. 230.

⁹⁵¹ Lübbe-Wolf S. 222ff

tragung der Konstellation aus dem Bereich der universitären Ausbildung auf die berufliche Betätigung als SÖ-Unternehmer lässt sich jedoch ausschließen. Die Vorenthaltung eines Studienplatzes für geeignete Bewerber hat u.U. existenzielle Konsequenzen, weil damit tief in die die Lebensplanung der Studienbewerber eingegriffen wird. Die Vorenthaltung wiegt auch deswegen besonders schwer, weil dem Staat das Ausbildungsmonopol zusteht und für die Bewerber keine adäquate Ausweichmöglichkeit zur Verfügung steht. Für die SÖ-Unternehmen stehen dagegen alternative Ausweichmöglichkeiten zumindest im Grundsatz zur Verfügung. Sei es die Förderung durch nicht-staatliche bzw. nicht-kommunale Stellen, wie Kirchen, Wohlfahrtsorganisationen. Sei es die Förderung durch Private in Form von crowd-funding oder durch Stiftungen oder private Mäzene. Auch wenn diese Alternativen den Ausfall des „geborenen“ Partners „Gemeinde“ nicht ersetzen können, liegt die dadurch erfolgte Beeinträchtigung der Berufsfreiheit deutlich unter dem Niveau der zurückgewiesenen Studienbewerber, so dass eine Gleichsetzung nicht sachgerecht wäre. Daher kann die Frage offenbleiben, ob die Gemeinde überhaupt in der Lage wäre, die von Lübke-Wolf verlangte **gesetzgeberische** Aktivierung des leistungsrechtlichen Gehalts in Art. 12 Abs. 1 GG vorzunehmen.

Im **Ergebnis** lässt sich also feststellen, dass die gemeindliche Subventionsordnung weder gegen das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit noch gegen sonstige Grundrechte verstößt.

G Die gemeindliche Förderung der SÖ-Unternehmen im europäischen Kontext

Im letzten Abschnitt der Arbeit soll der Frage nachgegangen werden, wie die beiden zentralen verfassungsrechtlichen Gegenstände unserer Untersuchung, nämlich der Inhalt des Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit und die Reichweite der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie im europäischen Recht verortet sind und welche Konsequenzen für die Beurteilung einer kommunalen SÖ-Förderung daraus gezogen werden müssen.

In diesem Zusammenhang drängt sich als erstes die Frage nach dem Einfluss des europäischen Wettbewerbsrechts auf. Im Rahmen der historischen Darstellung wurde der Paradigmenwechsel angesprochen, der mit der europäischen Liberalisierungspolitik für die traditionelle kommunale Versorgungswirtschaft in Deutschland verbunden war.⁹⁵² Im deutlichen Gegensatz zu den verfassungsrechtlichen Einordnungen aus den Anfangsjahren der Bundesrepublik⁹⁵³ haben die zunehmende europäische Integration und die daraus abgeleiteten primärrechtlichen und sekundärrechtlichen Vorgaben die wirtschaftsverfassungsrechtliche Rolle der Gemeinden entscheidend verändert. Dabei richteten sich die europäischen Impulse nicht spezifisch gegen die Gemeinden und deren wirtschaftliches Handeln, sondern auf die Beseitigung von staatlich verantworteten Hindernissen, die einer fortschreitenden Binnenmarktintegration im Wege standen. Die Gemeinden waren insofern betroffen, als die Energieversorgung einschließlich der Wasserversorgung und der öffentliche Nahverkehr traditionell überwiegend in kommunaler Hand waren. Aber die Effekte der Binnenmarktintegration machten auch vor anderen klassischen, bisher hoheitlich erbrachten gemeindlichen Leistungen, z.B. in der Sozial- und Gesundheitspolitik nicht Halt.⁹⁵⁴

Das europäische Recht hat einen Regulierungsrahmen geschaffen, in dem alle wirtschaftlichen Betätigungen der Gemeinde daraufhin befragt werden, ob die Leistungserbringung unter Wettbewerbsbedingungen möglich ist. Diese Prüfung betrifft nicht nur die Leistungen eigener gemeindlicher Unternehmen, sondern auch gemeindliche Leistungen an fremde private Unternehmen, wie z.B. an SÖ-Unternehmen. Mit dem Begriff der staatlichen Beihilfe steht dem europäischen Recht ein flexibles Instrument zur Verfügung, mit Hilfe dessen die unterschiedlichen staatlichen Leistungen im Hinblick auf mögliche Wett-

⁹⁵² Abschnitt B Teil 6 § 1.

⁹⁵³ vgl. z.B. Rüfner S. 232.

⁹⁵⁴ Becker NZS 2007,169-173ff-.

bewerbsverzerrungen qualifiziert werden können. So liegt keine Beihilfe vor, wenn der Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt ist, oder wenn die Leistung (nach der de-minimis-Regelung) zu geringfügig ist. In bestimmten Fällen liegt zwar eine Beihilfe vor, sie ist jedoch von Gesetzes wegen mit dem Binnenmarkt vereinbar (Art. 107 Abs. 2 bzw. Abs. 3 AEUV). Für die Subventionierung von Leistungen Privater, die im öffentlichen Interesse erbracht werden, enthält Art. 106 Abs. 2 AEUV einen konditionierten Ausnahmetatbestand vom Verbot staatlicher Beihilfen, auf den ich noch näher zurückkommen werde.

Im ersten Teil dieses Abschnitts (§ 1) steht daher die Frage im Zentrum, ob die gemeindliche SÖ-Förderung eine verbotene Beihilfe ist. Zuerst werden die allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendung der Beihilfekontroll-Vorschriften behandelt (unten I bis IV). Im Anschluss werden die Beihilfe-Tatbestandsmerkmale „Selektivität“, „Begünstigung/Altmark-Rechtsprechung“ und „Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels“ diskutiert (unten V bis VII). Den Abschluss des ersten Teils bildet die Erörterung weiterer möglicher gesetzlicher Ausnahmen vom Beihilfenverbot (unten VIII).

Der 2. Teil widmet sich der Prüfung, ob und ggf. wie weit die kommunale Selbstverwaltung durch das Unionsrecht geschützt wird und ob sich daraus Konsequenzen für die rechtliche Beurteilung der gemeindlichen SÖ-Förderung ergeben.

Im abschließenden dritten Teil steht die Frage im Mittelpunkt, ob die gemeindliche Förderung gegen Grundrechte der EU-Charta verstößt.

Teil 1 Beihilfeprüfung

§ 1 Tatbestandsmäßige Voraussetzungen einer staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV

I Gewährung eines vermögenswerten Vorteils

Die Art und Weise der kommunalen Förderleistungen wurde in dieser Untersuchung mit Bedacht nicht näher bestimmt. Es soll aber davon ausgegangen werden, dass den betroffenen Unternehmen von Seiten der Gemeinde vermögenswerte Vorteile gewährt werden. In dieser Hinsicht kann also von der Gewährung einer Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV ausgegangen werden.

II Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen

Obwohl die Subvention von der Gemeinde geleistet wird, handelt es sich um staatliche Zuwendungen. Art. 107 AEUV ist auf alle Zuwendungen anzuwenden, die aus öffentlichen Mitteln finanziert werden, gleichgültig, ob vom Zentralstaat oder regionalen bzw. lokalen Einrichtungen der Mitgliedstaaten.⁹⁵⁵

III Marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter

In welchen Fällen eine staatliche Zuwendung eine Beihilfe darstellt, ist unionsrechtlich nicht definiert. Es besteht jedoch Konsens darüber, dass eine staatliche Zuwendung unabhängig von ihrer Form als Beihilfe zu verstehen ist, wenn ihr keine marktgerechte Gegenleistung des begünstigten Unternehmens gegenübersteht.⁹⁵⁶ Wenn die Transaktion zwischen Staat und Unternehmen nach marktgerechten Kriterien abgewickelt wird, ist also kein Platz für die Annahme einer Beihilfe. Um feststellen zu können, ob das staatliche Handeln den Gesetzen des Marktes entspricht, wurde von der Literatur, Rechtsprechung und der Kommission das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmers (Market Economy Operator Principle-MEOP) entwickelt. Dieses Kriterium wurde im Hinblick auf den jeweiligen Transaktionstypus weiter differenziert. So gibt es z.B. einen „private investor Test“ oder einen „private vendor Test.“⁹⁵⁷ Wenn man das MEOP-Kriterium auf die fraglichen Leistungen der Gemeinde an ein SÖ-Unternehmen anwendet, so wird deutlich, dass hier zwei Transaktionen vorliegen, die sich nach dem Geschäftsinhalt und den Beteiligten unterscheiden. Die erste Transaktion dient der Suche danach, in welcher Weise private lokale Unternehmen durch ihre Dienstleistungen (und Produkte) den lokalen Zusammenhalt befördern können. Dieser Prozess wurde oben unter kommunalrechtlichen Aspekten als Findungsverfahren gekennzeichnet. Aus Sicht des beteiligten SÖ-Unternehmens handelt es sich um eine Produktentwicklung bzw. eine Produktpassung. In diesen Prozess sind neben Gemeinde und Unternehmen auch weitere lokale stakeholder involviert. Soweit die Zuwendungen der Gemeinde an das Unternehmen dessen Leistungen und Aufwendungen im Rahmen des Findungsverfahrens vergüten, handelt es sich um ein übliches Consulting-Geschäft, das auch ein anderer marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer in dieser Art und Weise abgeschlossen hätte. Ggf. wird die Gemeinde vergleichbare Geschäfte auch mit anderen Beteiligten - z.B. im Hinblick auf eine Steuerberatung - abschließen. Diese Geschäfte sind nach den maßgeblichen Vergabevor-

⁹⁵⁵ C- 248/84 Deutschland/Kommission Rdnr. 17.

⁹⁵⁶ Calliess/Ruffert/Wolfram Cremer, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 107 Rn. 11 m.w.N..

⁹⁵⁷ Calliess/Ruffert/Wolfram Cremer, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 107 Rn. 12; EUGH C-124/10 EDF Rdnr. 78ff; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl. 2016 Nr. C 262/1, Rn. 73 ff.

schriften abzuwickeln. Daher ist diese erste Transaktion aus der weiteren beihilferechtlichen Prüfung auszuscheiden.

Anders ist die zweite Transaktion zu bewerten. Sie betrifft diejenigen gemeindlichen Leistungen, die ausschließlich mit der Zweckbestimmung gewährt werden, dem Unternehmen die Erbringung von gemeinwohlförderlichen Leistungen zu Marktbedingungen zu ermöglichen. Sie ist zwingend gekoppelt an die Leistungen des SÖ-Unternehmens gegenüber dessen Kunden, den Gemeindebürgern. Denn die Ausgestaltung dieser Marktbedingungen und der Erfolg des SÖ-Unternehmens haben unmittelbare Auswirkungen auf Art und Umfang der gemeindlichen Ausgleichsleistungen. Ein marktwirtschaftlich handelnder Unternehmer würde keine Leistungen mittelbar mitfinanzieren, die nicht ihm, sondern nur Dritten zugutekommen. Daher ist diese Transaktion unter Beihilfegesichtspunkten zu prüfen.

Unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten lässt sich das Findungsverfahren als „wettbewerblicher Dialog“ nach § 119 Abs. 6 GWB bzw. als „Innovationspartnerschaft“ nach § 119 Abs. 7 GWB einordnen.⁹⁵⁸ Bei den SÖ-Leistungen handelt es sich nicht um standardisierte Produkte, für die es einen etablierten Markt von kompetenten Anbietern gibt. Daher ist eine vorgängige einseitige Festlegung des Vergabegegenstandes durch den Auftraggeber nicht möglich.⁹⁵⁹ Ob das Vorverfahren des wettbewerblichen Dialogs oder dasjenige der Innovationspartnerschaft angemessen ist, entscheidet sich danach, ob die gesuchte SÖ-Leistung als solche überhaupt auf dem Markt verfügbar ist und ggf. noch Anpassungen vorgenommen werden müssen (dann kommt der wettbewerbliche Dialog zur Anwendung) oder ob die Leistungen nicht verfügbar sind und daher erst im Rahmen einer Innovationspartnerschaft entwickelt werden müssen.⁹⁶⁰ In beiden Fällen ist ein Teilnahme-wettbewerb gesetzlich vorgeschrieben.⁹⁶¹ Demnach muss nach vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme eine beschränkte Anzahl von Unternehmen nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien ausgewählt werden.⁹⁶²

⁹⁵⁸ Vergaberechtliche Fragestellungen können hier nicht vertieft werden, weil weder die zu beschaffenden Leistungen noch die Anbieter dieser Leistungen näher identifiziert sind.

⁹⁵⁹ vgl. Pünder/Schellenberg, Vergaberecht

3. Auflage 2019 § 119 Rdnr. 43.

⁹⁶⁰ Pünder/Schellenberg a.a.O. Rdnr. 50.

⁹⁶¹ § 119 Abs. 6 Satz 2 GWB bzw. § 119 Abs. 7 Satz 2 GWB.

⁹⁶² § 119 Abs. 4 GWB.

IV Wettbewerbsverhältnis

Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs liegt dann vor, wenn die gemeindliche Förderung einen konkurrierenden Wettbewerber begünstigt. Das Vorliegen einer Konkurrenzsituation zwischen zwei Unternehmen wird üblicherweise an Hand des Vergleichsmarkt-Konzepts beurteilt, wonach die Substituierbarkeit der jeweiligen Produkte aus Sicht des Kunden dafürspricht, einen Markt anzunehmen, auf dem beide Unternehmen agieren. Der EUGH verlangt eine Prüfung der Marktverhältnisse, insbesondere der Marktanteile und der Stellung der Konkurrenzunternehmen, soweit diese durch die Beihilfe betroffen sind.⁹⁶³ Ausreichend ist in vielen Fällen eine summarische Prüfung. Im Gegensatz dazu wird nach einer verbreiteten Auffassung vertreten, dass „jeder Beihilfengewährung eine wettbewerbsverfälschende Wirkung immanent ist.“⁹⁶⁴ Eine auch nur überschlägige Marktanalyse kann in unserem Fall nicht geleistet werden, schon weil die geförderte konkrete Leistung bzw. das konkrete Produkt nicht bekannt sind und erst recht nicht das betreffende Marktumfeld. Das Ergebnis einer derartigen Analyse könnte sein, dass die Leistung des SÖ-Unternehmens so neu und innovativ ist, dass es dafür (noch) gar keinen Markt gibt. In diesem Fall kommen als Konkurrenten nur potenzielle Wettbewerber in Betracht. Das sind diejenigen Unternehmen, die fähig und nach objektiven Kriterien bereit sind, in den betreffenden relevanten Markt einzutreten.⁹⁶⁵ Es soll daher angenommen werden, dass die Leistung des geförderten SÖ-Unternehmens auch tatsächliche negative Auswirkungen auf den Markt des Konkurrenten hat. Die Begünstigung des SÖ-Unternehmens soll demnach nicht deswegen ausgeschlossen werden können, weil gar kein Konkurrenzverhältnis besteht.

V Selektivität

Selektivität meint die „Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“ (Art. 107 Abs. 1 AEUV); das Gegenstück bilden allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahmen.

1 Allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahmen

Es besteht Einigkeit darüber, dass allgemeine staatliche oder kommunale wirtschaftspolitische Maßnahmen, die im Grundsatz die Gesamtheit der Unternehmen unterstützen, von vornherein nicht selektiv sind und daher nicht unter das Beihilfeverbot fallen.⁹⁶⁶ Beispiel-

⁹⁶³ C- 329/93 Bremer Vulkan Rdnr. 52f.

⁹⁶⁴ Calliess/Ruffert/Wolfram Cremer, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 107 Rn. 35.

⁹⁶⁵ Immenga/Mestmäcker/Fuchs, 6. Aufl. 2019, FuE-GVO Art. 1 Rn. 25.

⁹⁶⁶ Calliess/Ruffert/Wolfram Cremer, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 107 Rn. 31; Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV/Nowak, 2. Aufl. 2023, AEUV Art. 107 Rn. 40; EuG Rs. T-461/12 Hansestadt Lübeck/Kommission Rdnr. 44.

haft seien die Gestaltung der Unternehmenssteuern oder Regelungen zur beruflichen Bildung genannt.

Im Hinblick auf die kommunale Wirtschaftsförderung wurde oben unter A Teil 2 § 2 eine Differenzierung vorgenommen. Danach sind hoheitliche Fördermaßnahmen nicht-wirtschaftlicher Art, die den lokalen Unternehmen zugutekommen, keine Beihilfen. Bei den überbetrieblichen Fördermaßnahmen kann das in dieser Allgemeinheit nicht gesagt werden, insofern kommt es darauf an, ob die **tatsächlichen Wirkungen** bestimmte Unternehmen begünstigen.

Bei den hier in Frage stehenden gemeindlichen Leistungen an SÖ-Unternehmen handelt es sich um keine allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahme. Denn die Förderung richtet sich nicht an die Gesamtheit der (lokalen) Unternehmen, sondern spezifisch an SÖ-Unternehmen.

In der Literatur wird der Begriff der „allgemeinen Beihilferegelung“ verwendet.⁹⁶⁷ Mit diesem soll im Gegensatz zum Begriff der Einzelbeihilfe ausgedrückt werden, dass bestimmten „Unternehmen, die in dieser Regelung in einer allgemeinen und abstrakten Weise definiert sind, ohne nähere Durchführungsmaßnahmen Einzelbeihilfen gewährt werden können.“⁹⁶⁸ Auf Basis dieser Terminologie lässt sich die gemeindliche Regelung zur SÖ-Förderung beihilferechtlich als eine allgemeine Regelung bezeichnen.

2 Allgemeiner Bezugsrahmen

Staatliche Maßnahmen, die zwischen Unternehmen eine Differenzierung vornehmen, sind a priori selektiv.⁹⁶⁹ Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass darin eine verbotene Beihilfe liegt. Eine Leistung ist dann selektiv und damit verboten, wenn sie zwischen Wirtschaftsteilnehmern differenziert, obwohl sie sich in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden. Um diese (Nicht-)Vergleichbarkeit festzustellen, ist in einem ersten Schritt ein allgemeiner Bezugsrahmen zu ermitteln, welcher Aussagen über die Vergleichbarkeit zulässt. Für den Fall von z.B. steuerlichen Vergünstigungen ist das allgemeine Steuersystem der adäquate Bezugsrahmen. Innerhalb dieses Rahmens ist die rechtliche Bezugsregelung zu identifizieren, welche den Grund für die Begünstigung bildet. In einem abschließenden Schritt ist zu prüfen, ob „die durch die betreffende Maßnahme eingeführte

⁹⁶⁷ Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV/Nowak, 2. Aufl. 2023, AEUV Art. 107 Rn. 21.

⁹⁶⁸ Pechstein/Nowak/Häde a.a.O.

⁹⁶⁹ EUGH C-524/14 Hansestadt Lübeck Rdnr. 41.

Unterscheidung zwischen Unternehmen bei Vorteilen oder Belastungen in der Natur oder im Aufbau des geltenden allgemeinen Systems angelegt ist.“⁹⁷⁰

In unserem Fall liegt der allgemeine Bezugsrahmen in einer systematischen kommunalen Wirtschaftsordnung, die der Praxis kommunaler Wirtschaftsförderungsmaßnahmen zu Grunde liegt. Diese werden nach ihren unterschiedlichen Wirkungen und Voraussetzungen beschrieben:⁹⁷¹ z.B. positive Auswirkungen auf den Gewerbesteuerertrag; Erhalt oder Gewinn von Arbeitsplätzen in der Gemeinde; Förderung von vorhandenen Clustern; unternehmerische Leistungen zur Förderung des lokalen Zusammenhalts. Eine derartige systematische kommunale Subventionsordnung ist zwingend notwendig, weil anderenfalls nicht nachvollziehbar wäre, worin der Grund der Privilegierung von SÖ-Unternehmen liegt. Sie soll partikuläre Einzelfall-Entscheidungen ausschließen. Die kommunale Förderung ist nur dann beihilferechtlich gerechtfertigt, wenn sich die geförderten Unternehmen in relevanter Weise von den übrigen potentiellen Begünstigten unterscheiden. Der wesentliche Unterschied zu den „normalen“ Unternehmen liegt in der Struktur und dem Geschäftsmodell der SÖ-Unternehmen. Zwar ist es im Einzelfall durchaus denkbar, dass SÖ-Unternehmen ebenfalls ohne Subventionen auskommen. Aber wegen ihres gemeinwohl-bezogenen Leistungsangebots innerhalb der Gemeinde, welches nicht nach Gewinn-Aussichten entwickelt wird, besteht im Vergleich zu anderen potenziellen Subventionsempfängern ein strukturell andersartiger Subventionsbedarf. Sie können ihrer Aufgabe nur gerecht werden, wenn ihre innere Struktur sowohl wirtschaftliches Handeln wie gemeinwohlförderndes Engagement zulässt. Es geht also um wirtschaftliches Handeln außerhalb der gewöhnlichen Strukturen (wie z.B. in Kapitalgesellschaften). Von den sozialökonomisch engagierten Bürgern wird solidarisches Handeln zu Gunsten der eigenen Bürgerschaft, Partizipation, Transparenz und der Verzicht auf Profit im unternehmerischen Alltag gefordert.

3 EUGH-Entscheidung „Paint Graphos“

Eine vergleichbare Art wirtschaftlichen Handelns war Gegenstand einer Entscheidung des EUGH aus dem Jahr 2008. Er hat in einem Verfahren geprüft, ob die staatliche Förderung von italienischen Produktions- und Arbeitsgenossenschaften eine selektive Begünstigung darstellt.⁹⁷² Diese Entscheidung hebt ab auf die besondere Art und Weise des wirtschaftlichen Handelns in Genossenschaften und stellt fest, dass die Genossenschaften sich „klar von den anderen Wirtschaftsteilnehmern unterscheiden.“⁹⁷³ Das Gericht hat insbesondere

⁹⁷⁰ EUGH C-487/06 British Aggregates Rdnr. 107.

⁹⁷¹ Siehe dazu oben A Teil 2 § 1f.

⁹⁷² C-78/08 Paint Graphos.

⁹⁷³ C-78/08 Paint Graphos Rdnr. 55.

auf folgende typische Merkmale abgestellt: besondere persönliche Beziehungen unter den Genossen, die über eine rein geschäftliche Beziehung hinausgehen;⁹⁷⁴ aktive Beteiligung der Genossen am Geschäftsleben; partizipative Ausrichtung;⁹⁷⁵ Handeln im wirtschaftlichen Interesse ihrer Mitglieder.⁹⁷⁶ Sofern diese Merkmale vorliegen, liegt nach Auffassung des Gerichts in der Begünstigung von Genossenschaften keine selektive Maßnahme.

Diese Charakterisierung entspricht in großen Teilen dem wirtschaftlichen Engagement der Bürger in SÖ-Unternehmen. Das ist insofern nicht überraschend als oben in A Teil 1 § 3 IV eine hohe Affinität der Genossenschaft zu den Strukturen der SÖ-Unternehmen konstatiert wurde. Diese zeigt sich in der egalitären Struktur (gleiches Stimmrecht), in den Transparenzanforderungen, in der Nachrangigkeit von Renditezielen und der Identifikation der Bürger mit dem gemeinsamen Geschäftszweck. Soweit diese inhaltliche Kongruenz reicht, lassen sich die Erwägungen des EUGH auf die SÖ-Unternehmen übertragen.

Auf den ersten Blick erscheint diese Entscheidung sehr weitreichend, weil sie einen bestimmten Typus von Wirtschafts- und Wettbewerbsteilnehmern privilegiert und damit in den Wettbewerb eingreift. In dem dort entschiedenen Fall ging es um eine Befreiung der Genossenschaften von der Körperschaftssteuer, die erhebliche Steuerersparnisse zur Folge hatte.⁹⁷⁷ Das vorliegende Gericht hat in den Vorlagefragen dementsprechend auch die Befürchtung geäußert, dass die gewährten Vergünstigungen eine allgemeine Verfälschung des Wettbewerbs bewirkten.⁹⁷⁸ Gleichwohl hat der EUGH in den Genossenschaften einen besonderen Typus eines Wirtschaftsteilnehmers gesehen, der eine unterschiedliche Behandlung dieser Unternehmen rechtfertigt. Dabei hat er einschränkend hervorgehoben, dass die Begünstigung kohärent sein muss mit dem zu Grund liegenden allgemeinen System.⁹⁷⁹ Neben der Verhältnismäßigkeit der Begünstigung⁹⁸⁰ sind auch ausreichende Kontroll- und Überwachungsverfahren einzurichten.⁹⁸¹

Oben wurde ein allgemeines System vorgestellt, in dem die SÖ-Förderung ihren Platz findet. Die Anforderungen an die Kontrolle und Verhältnismäßigkeit lassen sich nicht allgemein formulieren, sondern sind von dem konkreten Fördermodell abhängig.

⁹⁷⁴ Rdnr. 56,61.

⁹⁷⁵ Rdnr. 57,61.

⁹⁷⁶ Rdnr. 58,61.

⁹⁷⁷ Rdnr.25.

⁹⁷⁸ Rdnr. 28: Zweite Vorlagefrage.

⁹⁷⁹ Rdnr. 69ff.

⁹⁸⁰ Rdnr. 75.

⁹⁸¹ Rdnr. 74.

Die Rechtsform der Genossenschaft ist zwar für die Verfolgung von Gemeinwohlzwecken besonders geeignet. So hat die Kommission in ihrer Mitteilung über die Förderung der Genossenschaften in Europa ⁹⁸² ausdrücklich festgestellt: „Alle Genossenschaften sind im wirtschaftlichen Interesse ihrer Mitglieder tätig, aber einige stellen ihre Tätigkeit darüber hinaus in den Dienst von sozialen oder ökologischen Zielen, die entweder im Interesse ihrer Mitglieder oder in einem allgemeineren Interesse sind.“ Aber sie ist keineswegs darauf beschränkt. Die Verwendung der Rechtsform „Genossenschaft“ **allein** kann daher für die Gemeinde kein ausreichendes Kriterium sein, um die Selektivität auszuschließen, sondern es kommt darauf an, dass das ausgewählte SÖ-Unternehmen in seiner Struktur und Organisation die Gewähr für einen Geschäftsauftritt bietet, der mit dem der Genossenschaften vergleichbar ist. Auch der EUGH hat in der zitierten Entscheidung nicht allein auf die Verwendung der Genossenschafts-Rechtsform abgestellt. Obwohl die betroffenen Subventionsempfänger zweifellos Genossenschaften waren, hat er die Sache zurückverwiesen, damit das vorliegende Gericht die Erfüllung der o.g. materiellen Kriterien eigenverantwortlich prüft.

Als **Zwischenergebnis** lässt sich daher festhalten: Die Privilegierung der SÖ-Unternehmen ist dann nicht selektiv, wenn diese einen öffentlichen Zweck verfolgen und in ihrer praktischen Wirtschaftsweise die genossenschaftlichen Prinzipien der Partizipation, der Transparenz und der Identifikation der Handelnden mit dem gemeinsamen Geschäftszweck verwirklichen. Darüber hinaus müssen die Fördermaßnahmen verhältnismäßig sein und entsprechende Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen beinhalten. Sie müssen zudem Teil einer systematischen kommunalen Subventionsordnung sein.

VI Begünstigung/Altmark-Rechtsprechung

„Eine Begünstigung liegt dann vor, wenn der Beihilfeempfänger einen geldwerten Vorteil erhält, dem keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht und ihm dadurch ein marktrelevanter Vorteil im Verhältnis zu seinen (potentiellen) Wettbewerbern erwächst. Es kommt darauf an, ob Belastungen vermindert werden, die ein Unternehmen ‚normalerweise‘ zu tragen hätte.“ ⁹⁸³

1 Altmark-Rechtsprechung

Für unseren Zusammenhang könnte man fragen, ob die kommunalen Leistungen nicht einen Ausgleich (Gegenleistung) für diejenigen Unternehmen darstellen, die Gemeinwohlbe-

⁹⁸² KOM/2004/0018 Ziffer 1.1

⁹⁸³ T. Müller S. 407.

lange verfolgen. Mit ihnen würde daher nur die Wettbewerbsgleichheit mit denjenigen Unternehmen hergestellt, die solche Gemeinwohlbelange nicht verfolgen. Diese Frage steht im Zentrum der Beurteilung von staatlichen und kommunalen Leistungen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) erbringen. Der bereits erwähnte Art. 106 Abs. 2 AEUV enthält eine entsprechende Ausnahnevorschrift vom allgemeinen Beihilfenverbot. Er dient insbesondere dazu, den Mitgliedstaaten trotz des generell bestehenden Beihilfenverbots die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge zu ermöglichen. Sofern die Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse unter Wettbewerbsbedingungen tatsächlich oder rechtlich nicht möglich ist, können die Mitgliedstaaten, also auch die Kommunen Unternehmen mit der Erbringung von DAWI gegen einen entsprechenden wirtschaftlichen Ausgleich betrauen. Die Gerichte und die EU-Kommission hatten früher in diesen Ausgleichszahlungen gleichwohl eine Beihilfe (mit Notifizierungspflicht) gesehen, die jedoch nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt werden könne.⁹⁸⁴ Mit dem Altmark-Urteil des EUGH vom 24.07.2003⁹⁸⁵ und schon mit der Vorläufer-Entscheidung Ferring⁹⁸⁶ trat eine Änderung ein. Nun wurde bereits der Tatbestand einer Beihilfe verneint, sofern das begünstigte Unternehmen sog. gemeinwirtschaftliche Leistungen erbringt.⁹⁸⁷ Der Gerichtshof hat vier Voraussetzungen aufgestellt, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit das Vorliegen einer Beihilfe ausgeschlossen werden kann:

- Vorliegen eines Betrauungsaktes im Hinblick auf die zu erbringenden gemeinwirtschaftlichen Leistungen,
- vorherige Festlegung von objektiven und transparenten Parametern für den Ausgleich,
- Beschränkung des Ausgleichs auf die erforderlichen Kosten,
- Orientierung des Ausgleichs an einem durchschnittlichen Unternehmen.⁹⁸⁸

In einer weiteren Entscheidung des EuG (BUPA)⁹⁸⁹ wurde festgestellt, dass der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung aus dem Altmark-Urteil dem der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Art. 106 Abs. 2 AEUV entspricht.⁹⁹⁰ Wenn

⁹⁸⁴ z.B. EuG T-106/95 FFSA Rdnr. 172; Kommissionsentscheidung 1999/133/EG vom 10. 6. 1998 (CELF), ABl. 1999 Nr. L 44/37.

⁹⁸⁵ C-280/00.

⁹⁸⁶ C-53/00.

⁹⁸⁷ Rdnr. 87 des Altmark-Urteils.

⁹⁸⁸ Statt vieler Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV/Nowak, 1. Aufl. 2017, AEUV Art. 107 Rn. 28.

⁹⁸⁹ T-289/03.

⁹⁹⁰ Rdnr. 162; Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV/Krajewski, 1. Aufl. 2017, AEUV Art. 106 Rn. 46.

im Folgenden von DAWI gesprochen wird, so sind damit auch gemeinwirtschaftliche Leistungen gemeint.

Dieses neue System der staatlich bzw. kommunal beauftragten gemeinwirtschaftlichen Leistungen bildet nun den Handlungsrahmen für die bisherigen gemeindlichen Daseinsvorsorgeleistungen. Nun ist es aber keineswegs so, dass die Gemeinden ihre früheren Freiheiten weiterhin in Anspruch nehmen könnten. So dürfen sie nunmehr nicht einfach ihr eigenes Unternehmen mit den Leistungen beauftragen. Sie haben auf ihrem Gemeindegebiet keine Vorrechte mehr wie früher, als diese Gebiete ein Monopol sicherten. Ihnen sind nun Begrenzungen für die sog. Querfinanzierung auferlegt, mit Hilfe derer früher defizitäre Leistungen der Gemeinde aus den Erlösen aus den Versorgungsunternehmen finanziert wurden.

Während dieses System früher als strikte Ausnahme vom Wettbewerbsprinzip behandelt wurde, hat sich diese Auffassung mit dem Lissabon-Vertrag geändert. Mit der Einfügung des Art. 14 in den AEUV wurden die DAWI als ein „eigenständiges Wirtschaftsmodell“ anerkannt.⁹⁹¹ Bestätigt wurde diese Gewichtsverschiebung durch das Protokoll Nr. 26, vgl. dort Art. 2⁹⁹² und die Zuweisung einer neuen Kompetenz an die Union zur Regelung der Grundsätze und Bedingungen für DAWI⁹⁹³ sowie durch die Garantie des Zugangs zu diesen Leistungen durch Art. 36 GRCH.

Wird der lokale Nutzen, den die Unternehmen stiften, durch die Erbringung von DAWI verwirklicht? Zur Beantwortung dieser Frage ist es notwendig, auf den Begriff und seine Anwendungsvoraussetzungen näher einzugehen.

2 DAWI

Der Begriff der Dienstleistung darf nach allgemeiner Meinung nicht auf Dienstleistungen im Sinne von Art. 57 AEUV beschränkt werden, vielmehr sind unter DAWI „alle wirtschaftlichen Aktivitäten zur Sicherung von Infrastruktur und Daseinsvorsorge“ zu verstehen.⁹⁹⁴ In der Praxis wie auch in der Lehre hat sich eine Unterkategorie der DAWI herausgebildet⁹⁹⁵: Soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (SDAI). Sofern diese im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeit erbracht werden zählen die SDAI zu den DAWI. Unter dem

⁹⁹¹ Calliess/Ruffert/Jung, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 14 Rn. 21; Knauff in EuR 2010,725 qualifiziert die DAWI „als Bestandteil eines (gesamt)europäischen Gesellschaftsmodells.“

⁹⁹² ABI. 2008 C 115/308

⁹⁹³ Art. 14 Satz 2 AEUV; s.a. v. Komorowski EuR 2015,314ff.

⁹⁹⁴ Calliess/Ruffert/Jung, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 106 Rn. 36 m.w.N.; Jarass GrCh, 4. Aufl. 2021, EU-Grundrechte-Charta Art. 36 Rn. 7-9.

⁹⁹⁵ vgl. T. Müller S. 345f

Beihilfeaspekt sind DAWI und SDAI gleich zu behandeln. Der einzige Unterschied besteht darin, dass bestimmte Sozialdienstleistungen im Gegensatz zu den DAWI auch jenseits einer jährlichen Subvention von 15 Mio € freigestellt sind.

Das europäische Recht definiert nicht, was eine DAWI ist. Dem DAWI-System liegt eine bestimmte Vorstellung über die Typologie der DAWI-fähigen Leistungen zu Grunde. DAWI-Leistungen sind wirtschaftliche Leistungen, sie sind auf den Austausch von Leistungen und Gütern auf dem Markt gerichtet.⁹⁹⁶ Jede Organisation, die wirtschaftliche Leistungen erbringt, ist nach Unionsrecht ein Unternehmen. Es kommt nicht auf die Rechtsform an und auch nicht auf die Art der Finanzierung und auch nicht darauf an, ob die Organisation mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht handelt.⁹⁹⁷

Der DAWI-Charakter lässt sich aus dem Vergleich der auferlegten besonderen Aufgabe mit einer vergleichbaren Tätigkeit eines „normalen“ Unternehmens bestimmen: Sofern diese Tätigkeit von einem „Unternehmen, wenn es im eigenen gewerblichen Interesse handelt, nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen übernommen“ worden wäre.⁹⁹⁸ Oder etwas genauer: die Übertragung einer DAWI scheidet aus, wenn diese Dienstleistung von einem „ Unternehmen zu normalen Marktbedingungen, die sich z. B. im Hinblick auf den Preis, objektive Qualitätsmerkmale, Kontinuität und den Zugang zu der Dienstleistung mit dem vom Staat definierten öffentlichen Interesse decken, zufriedenstellend erbracht wird oder erbracht werden kann“.⁹⁹⁹

Die Mitgliedstaaten verfolgen mit den DAWI in legitimer Weise ihre politischen Zwecke. Die Union dagegen hat einen anderen Blick auf die DAWI. Sie interessiert sich für den Leistungserbringer. Und wegen des von ihr vertretenen funktionellen Unternehmensbegriffs spielt es keine Rolle, ob der Staat selbst, öffentliche Unternehmen, gemischt privat-öffentliche oder private Unternehmen die Leistungen erbringen. Das europäische Recht fokussiert sich daher auf die isolierte Dienstleistung, „wobei nicht auf die Erbringungsform, sondern die Ergebnissicherung abgestellt wird.“¹⁰⁰⁰ Die Beihilfe-Qualität einer nationalstaatlich definierten DAWI richtet sich nach ihren Wirkungen.

⁹⁹⁶ EUGH C-118/85 Kommission/Italien Rdnr. 7.

⁹⁹⁷ EUGH C-244/94 FFSA u.a. / Ministère de l'Agriculture Rdnr. 21.

⁹⁹⁸ DAWI Mitteilung (2012/C 8/02) vom 11.01.2012, Rdnr. 47.

⁹⁹⁹ a.a.O. Rdnr. 48.

¹⁰⁰⁰ C. Franzius S. 550.

3 Zwischenstellung der SÖ-Unternehmen

Diese zeichnen sich dadurch aus, dass ihr Gegenstand (Leistungen mit dem Ziel der Stärkung des lokalen Zusammenhalts) so beschaffen ist, dass er nicht von einem beliebigen anderen Privaten erbracht werden kann. Praktische Bedeutung für die Gemeinden haben die DAWI vor allem im Bereich der Versorgungs- und Verkehrswirtschaft.¹⁰⁰¹ Diese Leistungen zeichnen sich im Hinblick auf objektive Qualitätsmerkmale, Preisgestaltung, kontinuierlicher Zugang zu den Diensten durch eine hohe Standardisierung aus.¹⁰⁰²

Ein Beispiel sind die Universaldienstleistungen.¹⁰⁰³ Die Union will einen allgemeinen, freien und gleichen Zugang zu diesen Leistungen sichern, die einen standardisierten minimalen Leistungsumfang, eine spezifizierte und standardisierte Qualität zu annehmbaren Preisen bieten. Die SÖ-Leistungen fallen aber eher in das Spektrum der öffentlichen Aufgaben, die von den jeweiligen Hoheitsträgern erbracht werden. Die Komplikation entsteht nun dadurch, dass diese öffentliche Aufgabe von einem wirtschaftlich handelnden Unternehmer erbracht werden soll. Wegen des öffentlichen und gemeinwohlfördernden Charakters seiner Tätigkeit und den daraus folgenden spezifischen Anforderungen an Organisation, Motivation, Finanzierung des Unternehmens handelt es sich in gewisser Weise um ein nicht-vertretbares Gut, das nicht ohne weiteres im Wettbewerb hergestellt werden kann. Mit anderen Worten: diese Art von unternehmerischen Leistungen sind auf der einen Seite keine nicht-wirtschaftlichen, hoheitlichen Tätigkeiten, sie lassen sich aber auch nicht einfach im direkten Wettbewerb bzw. im DAWI-System als einem „Ersatz-Wettbewerb“ herstellen. Man kann insofern von Ersatz-Wettbewerb sprechen, weil die Inanspruchnahme der Wettbewerbs-Ausnahme selbst wiederum nach quasi-wettbewerblichen Maßstäben gesteuert wird. Damit ist nicht gesagt, dass das Unionsrecht die Förderung von SÖ-Unternehmen ausschließt, sondern nur, dass solche Unternehmen nicht so recht in das unionale Wahrnehmungs- und Bearbeitungsmuster von DAWI passen.

Hinzu kommt, dass das DAWI-System auf einem **staatlichen** Betrauungsakt basiert. Insofern gilt auch unter europäischem Regime ebenso wie für den Begriff der Daseinsvorsorge, dass mit der Kategorie der staatlich auferlegten DAWI eine indirekte Ausgrenzung unmittelbar bürgerschaftlicher Ökonomie verbunden ist, auch wenn eine Gemeinde nicht gehindert ist, bürgerschaftliche Initiativen aufzunehmen und eine entsprechende Betrauung zu veranlassen.

¹⁰⁰¹ Nicht zufällig betrifft das Altmark-Urteil ein Unternehmen des ÖPNV.

¹⁰⁰² DAWI Mitteilung (2012/C 8/02) vom 11.01.2012, Rdnr. 48.

¹⁰⁰³ siehe z.B. Voßkuhle S. 287f; zu Universaldienstleistungen als „spezifisch europarechtlich geprägte Organisationsform der Daseinsvorsorge“ Knauff EuR 2010,728.

Als **Zwischenergebnis** lässt sich feststellen, dass sich die Leistungen der SÖ-Unternehmen weder dem Schema der wirtschaftlichen Daseinsvorsorge¹⁰⁰⁴ fügen, noch passen sie umstandslos in die Kategorie der DAWI. In welcher Form sie zu erbringen sind, kann nicht in vergleichbarer Weise standardisiert werden. Das Leistungsprofil ist auf die individuelle Gemeinde zugeschnitten und bedarf in der Regel eines vorgeschalteten Findungsverfahrens.¹⁰⁰⁵ Sie sind auch keine Leistungen, die der Staat bzw. die Kommune selbst erbringen könnte; sie könnten auch nicht in einer staatlichen bzw. kommunalen Unternehmen erbracht werden. Sie sind auch keine Leistungen, die dem hoheitlichen Spektrum (z.B. als Sozial- oder Kulturleistung) zugeordnet werden und damit aus dem Anwendungsbereich der europäischen Beihilfenkontrolle ausgenommen werden könnten.

4 Gemeindliche Definition der DAWI

Auch wenn sie damit nicht dem typischen Bild einer DAWI entsprechen, schließt das eine Anwendung der Grundsätze aus der Altmark-Rechtsprechung nicht aus. Denn nach ganz allgemeiner Auffassung haben die Mitgliedstaaten ein weites Ermessen bei der Definition von DAWI.¹⁰⁰⁶ Deren Entscheidung kann von der Kommission nur im Fall eines offenkundigen Fehlers in Frage gestellt werden.¹⁰⁰⁷ Demnach obliegt es der Gemeinde als der in unserem Fall zuständigen Behörde des Mitgliedstaates, die Leistungen der SÖ-Unternehmen als DAWI zu definieren. Im Rahmen dieser Untersuchung wurde festgestellt, dass sich die Gemeinde im Rahmen des nationalen Rechts bewegt. DAWI ist zwar ein unionsrechtlicher Begriff, der wegen seiner Ausfüllungsbedürftigkeit durch nationale Regelungen jedoch nur in begrenztem Umfang europarechtlich vorbestimmt ist. So wird verlangt, dass die Leistungen der Allgemeinheit (Universalität) zu Gute kommen müssen, wobei dem Gesichtspunkt der Universalität nicht entgegensteht, wenn die Leistungen nur einem begrenzten Nutzerkreis zur Verfügung stehen.¹⁰⁰⁸ In unserem Fall entsteht schon deswegen kein Problem, weil die SÖ-Leistungen im Grundsatz der ganzen Gemeinde zu Gute kommen sollen.¹⁰⁰⁹ Eine Verpflichtung der Union, den Zugang der Bürger zu national bestimmten und finanzierten gemeinwohlbestimmten Leistungen zu gewährleisten, lässt sich auch aus Art. 36 GRCH ableiten.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁴ s.o unter C Teil 1

¹⁰⁰⁵ siehe dazu oben E Teil 2

¹⁰⁰⁶ Calliess/Ruffert/Jung, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 106 Rn. 37; Streinz/Koenig/Paul, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 106 Rn. 36; EuG T-289/03 Rdnr. 166ff.

¹⁰⁰⁷ EuG T-17/02 Olsen Rdnr. 216.

¹⁰⁰⁸ EuG T-289/03 Rdnr. 187.

¹⁰⁰⁹ Calliess/Ruffert/Jung, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 106 Rn. 38.

¹⁰¹⁰ Knauff EuR 2010,739.

Auch dass die Leistungen obligatorisch sein müssen, in dem Sinne, dass das betraute Unternehmen zur Erbringung der Leistung verpflichtet ist, ist ein selbstverständlicher Bestandteil des Betrauungsaktes. Dasselbe gilt für die Verpflichtung des betrauten Unternehmens, jedem Bürger, der in berechtigter Weise nachfragt, diese Leistung zu erbringen (Kontrahierungszwang).¹⁰¹¹

Der Charakter der DAWI schließt im Übrigen nicht aus, dass dem begünstigten Unternehmer ein Spielraum bei der Leistungsgestaltung und der Preisfestsetzung belassen wird.¹⁰¹²

5 Ergebnis

Nachdem wir den konkreten Inhalt und Umfang der zu erbringenden SÖ-Leistungen offen gelassen haben, lassen sich die objektiven und transparenten Leistungsparameter und die daraus abgeleiteten ausgleichsfähigen Kosten entsprechend den Altmark-Kriterien nicht angeben. Diese Aufgabe dürfte aber im Hinblick auf das oben beschriebene Findungsverfahren, welches u.a. diese Kriterien entwickeln soll, zu bewältigen sein. Fachlich anspruchsvoll dürfte die Erfüllung des vierten Kriteriums sein. Wenn man davon ausgeht, dass es bisher keine vergleichbaren SÖ-Unternehmen gibt, die als benchmark dienen könnten, muss man andere Vergleichsmaßstäbe heranziehen, ggf. durch sachverständige Gutachten

Alles in allem betrachtet sind keine Hindernisse rechtlicher oder tatsächlicher Art sichtbar, welche die Anwendung der Altmark-Kriterien von vornherein ausschließen würden. Unter diesen Bedingungen ist davon auszugehen, dass die gemeindlichen Förderleistungen keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen.

VII Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind Beihilfen verboten, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Nachdem die Leistungen und /oder Produkte der geförderten lokalen SÖ-Unternehmen den örtlichen Zusammenhalt unterstützen sollen, liegt es nahe, eine zwischenstaatliche Relevanz der Förderung zu verneinen. In der Tat verfolgt die Europäische Kommission insoweit eine kommunalfreundliche Linie. So hat sie in vielen Beschlüssen die Binnenmarktrelevanz von örtlich begrenzten Beihilfen verneint. Dies gilt z.B. für die Förderung von Freizeitbädern, örtlichen Museen, des Quartiermanagements

¹⁰¹¹ EuG T-289/03 Rdnr. 190.

¹⁰¹² EuG T-289/03 Rdnr. 189.

oder eines örtlichen Yachthafens.¹⁰¹³ Die Entscheidungen sind häufig einzelfallbezogen. Trotzdem lassen sich nach Herrmann¹⁰¹⁴ zwei Kriterien angeben, um die Einordnung als nicht binnenmarktrelevant zu erleichtern: (1) das begünstigte Unternehmen ist rein lokal tätig (in der Regel bei standortgebundenen Leistungen) und (2) die Förderung schafft keine Zugangshindernisse für Wettbewerber aus anderen Mitgliedstaaten.

Die SÖ-Unternehmen werden in der Regel rein lokal tätig, obwohl wegen der großen Bandbreite möglicher SÖ-Leistungen ein „Export“ in andere Mitgliedstaaten nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, insbesondere dann, wenn dieser „Export“ zu zusätzlichen Einnahmen führt. Zweifel an der Erfüllung des zweiten Kriteriums bestehen dann, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass ein Unternehmer aus einem Mitgliedstaat Interesse an einem Zutritt zum lokalen Markt hat. In einem solchen Fall könnte die Beihilfe an das nationale Unternehmen geeignet sein, den Marktzutritt des Wettbewerbers zu erschweren.

Anders als die Kommission verfolgt der EUGH eine schärfere Linie im Hinblick auf die Annahme einer Binnenmarktrelevanz. So sieht er eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bereits darin, dass die Beihilfe das nationale Unternehmen stärken und in die Lage versetzen könnte, seinerseits „in den Markt eines anderen Mitgliedstaates einzudringen“.¹⁰¹⁵ Im Übrigen schließt nach dem EUGH weder der verhältnismäßig geringe Umfang einer Beihilfe noch die verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens von vornherein die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten aus.¹⁰¹⁶ So hat der EUGH eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in einem Fall für möglich erachtet, der eine örtliche Verkehrsregelung auf den Busspuren in London zum Gegenstand hatte.¹⁰¹⁷

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass eine generelle Aussage zur Frage, ob Leistungen von SÖ-Unternehmen, die im lokalen Raum erbracht werden, geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, nicht möglich ist. Es kommt auf den Einzelfall an.

VIII Ausnahmen vom Beihilfeverbot

Auch soweit die gemeindliche Förderung der SÖ-Unternehmen tatbestandlich keine Beihilfe darstellt, soll aus praktischen Erwägungen noch kurz auf mögliche Ausnahmetatbe-

¹⁰¹³ Eine ausführliche Darstellung mit Nachweisen findet sich bei Herrmann in KommJur 2016,201ff.

¹⁰¹⁴ a.a.O. S. 209f.

¹⁰¹⁵ C-78/08 Paint Graphos Rdnr. 80; C-518/13 Eventech Rdnr.67.

¹⁰¹⁶ C-280/00 Altmark Rdr. 81.

¹⁰¹⁷ C-518/13 Eventech Rdnr. 70; s.a. die Kritik von Weiß in EuZW 2015,186.

stände eingegangen werden. Denn u.U. ist es für die Gemeinde einfacher, sich auf Ausnahmetatbestände zu berufen, als gegen ein eventuell drohendes Beihilfeverbot zu argumentieren.

1 Mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfen nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV

Art. 107 Abs. 2 AEUV bestimmt drei Typen von Beihilfen als unmittelbar durch Gesetz mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfen. Sie sind allesamt nicht einschlägig und werden daher nicht weiter behandelt.

Art. 107 Abs. 3 AEUV benennt Kategorien von Beihilfen, die als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können. Für die Feststellung, ob sie mit dem Binnenmarkt vereinbar sind, bedarf es einer weiteren Festlegung. Auf der Basis von Art. 107 Abs. 3 lit. a-e AEUV wurde die allg. Gruppenfreistellungsverordnung¹⁰¹⁸ erlassen sowie diverse Gemeinschaftsrahmen, Leitlinien und Mitteilungen, mit denen sich die Kommission selbst für die Genehmigungspraxis im Hinblick auf unterschiedliche sektorale, regionale und horizontale Beihilfen gebunden hat.¹⁰¹⁹ Darunter befinden sich keine Beihilfen, die spezifisch auf die Besonderheiten der Sozialwirtschaft ausgerichtet sind. Allerdings gibt es freigestellte Beihilfen, die im Einzelfall auch für sozialwirtschaftliche Unternehmen in Betracht kommen. Dies gilt nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung z.B. für die KMU-Förderung (Art. 17ff), für die Inanspruchnahme von Beratungsdiensten (Art. 28) oder für die Förderung von Innovationsclustern (Art. 27).

2 Allgemeine und spezielle de-minimis-Regelung

Diese Ausnahmebestimmung stellt auf „Beihilfen an Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen“¹⁰²⁰ mit einigen Ausnahmen ab (Art. 1 Abs. 1). Sofern der Schwellenwert von 300.000,- € (Beihilfeäquivalent) in drei Steuerjahren nicht überschritten wird (Art. 3 Abs. 2), werden die Leistungen nicht als Beihilfen nach Art. 107 Abs. 1 AEUV gewertet, eine Anmeldung nach Art. 108 Abs. 3 ist daher nicht notwendig.

Diese unspezifische Freistellung können auch sozialwirtschaftliche Unternehmen in Anspruch nehmen. Es ist eine spezielle de-minimis-Regelung geschaffen worden, die auf die Belange von Unternehmen Rücksicht nimmt, die DAWI erbringen.¹⁰²¹ Für diese Unternehmen ist der Schwellenwert gegenüber der allgemeinen de-minimis-Regelung auf 750.000

¹⁰¹⁸ VO 651/2014.

¹⁰¹⁹ Calliess/Ruffert/Wolfram Cremer, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 107 Rn.4.

¹⁰²⁰ VO 2023/2831

¹⁰²¹ VO 2023/2832

€ für jedes begünstigte Unternehmen im Zeitraum von drei Steuerjahren. (Art. 3 Abs. 2) angehoben. Bis zu diesem Schwellenwert ist keine Anmeldung nach Art. 108 Abs. 3 AEUV notwendig.

Teil 2 Achtung der lokalen Selbstverwaltung durch die Union

Bisher wurden die europarechtlichen Normen lediglich unter dem Aspekt eines möglichen Beihilfeverbots geprüft. Neben dieser zentralen wettbewerbsrechtlichen Frage ist in den vorangegangenen Abschnitten aber auch das Recht zur kommunalen Selbstverwaltung ein ebenso wichtiger Prüfungsgegenstand gewesen. Daher soll eine Prüfüberlegung angestellt werden, ob es im Hinblick auf das Recht zur kommunalen Selbstverwaltung europarechtliche Normen gibt und ob diese ggf. das bisher gefundene Ergebnis modifizieren können.

Bei der Beihilfeprüfung haben wir unterstellt, dass die Gemeinde als Teil des Staates wie dieser selbst den Beihilfevorschriften des europäischen Rechts unterworfen ist. Diese Unterstellung ist insoweit zutreffend, als die Beihilfevorschriften keine Differenzierung zwischen Staat und Gemeinden vornehmen. So wie im Hinblick auf den Betrauungsakt in Art. 106 Abs. 1 AEUV nur von den „Mitgliedstaaten“ gesprochen wird, ist auch für den Beihilfebegriff nach Art. 107 Abs. 1 AEUV entscheidend, dass der Staat Urheber der Beihilfe ist bzw. die Beihilfe aus staatlichen Mitteln gewährt wird. Die europäische Beihilfekontrolle differenziert nicht nach den unterschiedlichen Stellen innerhalb des Staates, sondern ihre Beihilfekontrolle folgt einem materiellen Ziel, nämlich der Binnenmarktintegration. Daher werden alle staatlichen Zuwendungen an Unternehmen, unabhängig davon, welche Stelle innerhalb des Staates dafür verantwortlich ist, daraufhin geprüft, ob sie dem Ziel der Binnenmarktintegration ggf. entgegenstehen. Allein die Tatsache, dass eine kommunale Gebietskörperschaft handelt, kann innerhalb des Beihilfenregimes keine Freistellung oder Privilegierung bewirken.

§ 1 Achtung der nationalen Identität

Etwas anderes könnte sich ggf. aus anderen europarechtlichen Normen ergeben. Zu denken ist in erster Linie an die primärrechtliche Vorschrift des Art. 4 Abs. 2 EUV, welcher die Union verpflichtet, die nationale Identität der Mitgliedstaaten und dabei insbesondere die lokale Selbstverwaltung zu achten. Auch die Präambel der GRCH verlangt: „Die Union trägt zur Erhaltung und zur Entwicklung dieser gemeinsamen Werte unter Achtung der Vielfalt der Kulturen und Traditionen der Völker Europas sowie der nationalen Identität

der Mitgliedstaaten und der Organisation ihrer staatlichen Gewalt auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene bei.“

Diese Normen fordern von der Union eine „Achtung“, d.h. sie muss diese nationalen Strukturen in irgendeiner Weise respektieren. Sie beinhalten keine Exemption der Gemeinde oder Regionen aus dem Geltungsanspruch des europäischen Rechts wie z.B. in Fragen der nationalen Sicherheit. Eine Freistellung der Gemeinden, wie sie oben angesprochen wurde, lässt sich auch aus diesen Normen nicht begründen.

Sie bewirken aber auf jeden Fall eine materiellrechtliche Bindung der Unionsorgane. Für den Fall, dass eine unionsrechtliche Maßnahme die nationale Identität, hier: die Strukturen der lokalen Selbstverwaltung nicht ausreichend beachtet, ist der Mitgliedstaat bzw. dessen Untergliederungen nicht zur Anwendung der Maßnahme verpflichtet.¹⁰²²

Welche identitätsbestimmenden Merkmale der deutschen kommunalen Selbstverwaltung kommen als Schutzobjekte des Art. 4 Abs. 2 EUV in Betracht? Für unseren Fall lassen sich zwei Kernelemente identifizieren, wie sich aus der Darstellung in Abschnitt entnehmen lässt.

Der Auftrag an die Gemeindeverwaltung, ihren Beitrag zu Stärkung der örtlichen Gemeinschaft zu leisten (unten 1). Die direktdemokratische Mitwirkungsmöglichkeit der Gemeindeglieder, nicht nur im Hinblick auf die hier im Fokus stehenden Angebote der SÖ-Unternehmen (unten2).

I Stärkung der örtlichen Gemeinschaft

Die Vorstellung einer örtlichen Gemeinschaft, die aus verfassungsrechtlichen Gründen durch eine mit besonderen Rechten ausgestattete staatliche Instanz gefördert werden soll, ist dem europäischen Recht fremd.

Das europäische Recht hat -soweit Leistungen an Unternehmen betroffen sind- eine andere Perspektive auf diese Leistungen; es schaut nicht auf die Gemeinde und die Spezifika, die mit der eigenverantwortlichen Regelung der örtlichen Angelegenheiten verbunden sind. Für das Unionsrecht löst sich die spezifische gemeindliche Aufgabe auf in eine abstrakt formulierte Aufgabenbeschreibung: die staatliche Bestimmung von DAWI. Das gilt

¹⁰²² Calliess/Ruffert/Calliess, 6. Aufl. 2022, EU-Vertrag (Lissabon) Art. 4 Rn. 50; Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV/Franzius, 2. Aufl. 2023, EUV Art. 4 Rn. 65, der eine Rechtswidrigkeit nur mit großer Zurückhaltung annehmen will, vgl. Rdr. 62ff.

nicht nur für die Inhalte der staatlichen Aufgabe, auch die handelnden unterstaatlichen Einheiten lösen sich auf in ein Handeln des Mitgliedstaates.

Für unsere Frage ist daher entscheidend, ob die Union trotz dieser unterschiedlichen Perspektiven in der Lage ist, die nationale Identität zu achten. Art. 4 Abs. 2 EUV verlangt von der Union keine Duplizierung der nationalen Identitätsmerkmale in ihren eigenen Strukturen. Es genügt, wenn sie dem nationalen Recht, soweit es in diesem Sinne identitätsbestimmend ist, seinen Raum lässt und das europäische Recht sich insoweit zurücknimmt.¹⁰²³ In unserem Fall haben wir festgestellt, dass sich die gemeindliche SÖ-Förderungs-Konzeption relativ zwanglos als Festlegung einer DAWI interpretieren lässt. Die besondere Rolle der Gemeinde findet dadurch **funktional** ihre adäquate Berücksichtigung im Beihilfesystem.

Dieses Ergebnis wird durch einen Blick auf die Unions-eigene Förderpraxis bestätigt. Die Union macht sich selbst die positiven Funktionen einer örtlichen Gemeinschaft zunutze. Das beweist die oben unter A § 7 II 3 näher dargestellte „Strategie für lokale Entwicklung“. Sie setzt u.a. auf lokale Aktionsgruppen, die in einem offenen lokal begrenzten Prozess eine Vernetzung unterschiedlicher Akteure einschließlich der Zivilgesellschaft herbeiführen sollen. Unter einem derartigen Entwicklungsprogramm ließe sich auch die lokale Sozialökonomie fördern.

II Direktdemokratisches Element

Hier geht es nicht um die vieldiskutierte Frage eines Demokratiedefizits¹⁰²⁴ in den eigenen Handlungs-Strukturen der Union, sondern darum, ob die Union ihr eigenes „Demokratie-Sensorium“ gegenüber den Anforderungen aus den Mitgliedstaaten genügend beachtet hat.

Ein Kennzeichen der deutschen kommunalen Selbstverwaltung ist die Wahl der kommunalen Vertretungsorgane durch die Gemeindebürger in allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen. (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG) Diese demokratische Qualität muss die Union gem. Art. 4 Abs. 2 EUV achten. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob das Kommunalrecht noch weitergehende Partizipationsrechte auf direktdemokratischer Ebene zulässt.

¹⁰²³ In der Literatur wird die wesentliche Funktion des Art. 4 EUV in dieser Begrenzungswirkung gesehen: Calliess/Ruffert/Ruffert, 6. Aufl. 2022, EU-Vertrag (Lissabon) Art. 9 Rn. 8.

¹⁰²⁴ z.B. wegen der bestehenden Wahlungleichheit, vgl. BVerfGE 123,267-374ff.

Wie oben erwähnt interessiert sich die Union nicht dafür, welche Stelle innerhalb des Staates Hoheitsakte wie z.B. DAWI-Festsetzungen trifft. Demgemäß unternimmt die Union auch keine Prüfung, ob das innerstaatliche Entscheidungsverfahren nach demokratischen Grundsätzen erfolgt ist. Dies ist die Aufgabe der Mitgliedstaaten selbst. Die Union nimmt das Ergebnis hin. Sie knüpft keine Rechtsfolgen an das Verfahren der DAWI-Festsetzung, sondern nur an den materiellen Inhalt dieser Festsetzung.

Damit kann der Union nicht der Vorwurf gemacht werden, sie missachte die kommunale Selbstverwaltung als Teil der nationalen Identität. Etwas anderes würde dann gelten, wenn die Union von den Mitgliedstaaten einheitliche oder gleichgerichtete DAWI-Festsetzungen verlangen würde, sei es auf nationaler Ebene oder auf Länder- bzw. regionaler Ebene. Denn dann würde das demokratische Selbstbestimmungsrecht der Gemeindebürger und damit die Repräsentation kommunaler Vielfalt auf europäischer Ebene rechtserheblich beeinträchtigt.

Teil 3 Verstößt die gemeindliche Förderung gegen Grundrechte der EU-Charta?

Abschließend soll der Frage nachgegangen werden, ob die kommunale Förderung gegen Grundrechte der EU-Charta (GRCH) verstößt. Dies ist nur möglich, sofern eine Bindung der deutschen Gemeinde an diese Charta besteht. Die Gemeinden sind nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCH verpflichtet, die Unionsgrundrechte anzuwenden, sofern sie Unionsrecht durchführen.

§ 1 Anwendbarkeit der GRCH

In Abschnitt F haben wir die Frage eines möglichen Verstoßes der gemeindlichen Förderung gegen die Grundrechte des Grundgesetzes behandelt, ohne näher auf die Tatsache einzugehen, dass es auch europäische Grundrechte gibt, die in der GRCH kodifiziert wurden. Diese Koexistenz von zwei Grundrechtsordnungen wirft komplizierte Fragen der Grundrechtsgeltung und -anwendung auf. Für unseren Zusammenhang ist der Ausgangspunkt wichtig, dass auch im Hinblick auf die Anwendung der europäischen Grundrechte der Anwendungsvorrang des europäischen Rechts gilt. Danach steht die Anwendung der nationalen Grundrechte durch die Mitgliedstaaten unter diesem Vorbehalt.¹⁰²⁵ Der Anwendungsvorrang setzt voraus, dass europäisches Recht überhaupt im konkreten Fall an-

¹⁰²⁵ Thym NVwZ 2013,892; Jarass EuR 2013,38; EUGH C-399/11 Melloni Rdnr. 58ff.

wendbar ist. Ungeachtet der vielen Streitfragen, die mit dieser Frage verbunden sind, kann generell festgehalten werden, dass erst die Existenz einschlägiger europäischer Normen des Primär- oder Sekundärrechts die Anwendung europäischer Grundrechte im Anwendungsbereich dieser Normen eröffnet und damit den Anwendungsvorrang auslöst.

Für unseren Fall ist die Frage der Existenz einschlägiger europäischer Normen relativ einfach zu beantworten: oben wurde die Anwendung der europäischen Beihilfenregelung ausführlich geprüft. Damit ist für den Beihilfe-Komplex die Anwendbarkeit einschlägiger Grundrechte aus der GRCH grundsätzlich geklärt.

Zweifel an diesem Ergebnis kann die Tatsache auslösen, dass im Hinblick auf die Anwendung des Art. 106 Abs. 2 AEUV nach den Grundsätzen der Altmark-Rechtsprechung nicht ausschließlich europäisches Recht angewendet wird. Das europäische Recht überlässt die Ausfüllung des Begriffs der DAWI den Mitgliedstaaten, die insoweit ein weites Ermessen haben, welches sie entsprechend den Vorgaben ihres nationalen Rechts ausüben. Es stellt sich daher die Frage, ob dieser Ermessensspielraum, der den Mitgliedstaaten eingeräumt ist, die Anwendbarkeit der europäischen Grundrechte ausschließt.

Der EUGH hat in dieser Frage schon recht früh nach Erlass der GRCH eine klare Position bezogen. Danach ist der Anwendungsbereich der GRCH immer dann eröffnet, wenn die fragliche Regelung in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt. In einer Entscheidung der Großen Kammer hat es den Anwendungsbereich sehr weit gefasst; danach seien „keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären“. ¹⁰²⁶ Dabei hat das Gericht auch eine vergleichsweise marginale Berührung des Sachverhalts mit dem Europarecht für ausreichend erachtet. ¹⁰²⁷ So bleibt es auch im Falle der Einräumung eines Ermessens für die Mitgliedstaaten in der entsprechenden Regelung bei der Anwendbarkeit der GRCH.

Zugleich hat der EUGH mit dieser weiten Auslegung Überlegungen eine Absage erteilt, die in der Formulierung des Art. 51 Abs. 1 GRCH „Durchführung des Rechts der Union“ eine bewusste **Beschränkung** der früheren Spruchpraxis des EUGH gesehen hatten, die schon immer auf den Anwendungsbereich abgestellt hatte. ¹⁰²⁸

Das BVerfG hat sich kritisch zu der weiten Auslegung von Art. 51 Abs. 1 GRCH durch den EUGH geäußert und erklärt, dass für die Anwendbarkeit unionsrechtlicher Grundrechte

¹⁰²⁶ C-617/10 Akerberg Fransson Rdnr. 21

¹⁰²⁷ Die Berührung der EU-Fiskalinteressen durch eine fehlerhafte Umsetzung der einschlägigen Richtlinie.

¹⁰²⁸ Latzel EuZW 2015,659; Thym NVwZ 2013,890.

nicht „jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts“ ausreiche¹⁰²⁹ und die sog. Alternativitätsthese¹⁰³⁰ aufgestellt, wonach es entweder einen durch Unionsrecht determinierten Raum gibt, in dem die Unionsrechte anzuwenden sind oder einen nicht-determinierten Raum, in dem nur die nationalen Grundrechte anzuwenden sind.

Nach dem Urteil des BVerfG hat der EUGH an seiner Anwendungsbereichs-Rechtsprechung festgehalten, sie aber präzisiert. So hat er insbesondere verlangt, dass das Unionsrecht eine Verpflichtung des Mitgliedstaates spezifisch für den fraglichen Sachverhalt enthalten müsse, um von einer Durchführung im Sinne des Art. 51 Abs. 1 GRCH ausgehen zu können.¹⁰³¹

Auf Basis dieser Rechtsprechung ist in unserem Fall die Anwendbarkeit der GRCH zu bejahen. Denn es steht außer Zweifel, dass das primärrechtliche Beihilfeverbot eine materielle Verpflichtung der Mitgliedstaaten beinhaltet. Zugleich räumt die Norm des Art. 106 Abs. 2 AEUV und die angesprochene Altmark-Rechtsprechung des EUGH den Mitgliedstaaten die Freiheit ein, von der Ausnahmemöglichkeit der DAWI Gebrauch zu machen und für den Fall, dass sie diese Möglichkeit nutzen, haben sie ein weites Ermessen im Hinblick auf den Inhalt der DAWI. Der mitgliedstaatliche Rechtsakt ist demnach nicht vollständig, sondern nur teilweise vom europäischen Recht determiniert. Für diesen Teil legt das europäische Recht den Mitgliedstaaten keine materielle Verpflichtung auf. Vielmehr will das Unionsrecht mit Rücksicht auf die nationalen Besonderheiten eine Öffnung des grundsätzlichen Beihilfeverbots.¹⁰³² Die parallele Anwendung nationaler Grundrechte kann den Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigen.¹⁰³³

Im **Ergebnis** lässt sich die Anwendbarkeit der GRCH auf unsere Fallgestaltung eines nur teilweise europarechtlich determinierten Kontextes¹⁰³⁴ feststellen. Daneben sind nationale Grundrechte im erwähnten Umfang anwendbar. Auch das BVerfG ist in einer jüngeren Entscheidung

¹⁰²⁹ BVerfG NJW 2013,1499-1500-.

¹⁰³⁰ Calliess/Ruffert/Kingreen, 6. Aufl. 2022, EU-GRCharta Art. 51 Rn. 15.

¹⁰³¹ C-206/13 Siragusa Rdnr. 26; C-198/13 Hernandez Rdnr. 35; Latzel EuZW 2015,659.

¹⁰³² Art. 36 GRCH anerkennt insoweit ausdrücklich die „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften“.

¹⁰³³ C-399/11 Melloni Rdnr. 60.

¹⁰³⁴ Wollenschläger EuZW 2015,288.

von seiner früheren kritischen Haltung insoweit abgerückt, als es nun auch im nicht-determinierten Raum neben der regelmäßigen Anwendung von nationalen Grundrechten die parallele Anwendung von Unions-Grundrechten für möglich hält.¹⁰³⁵

§ 2 Anwendbarkeit von Art. 16 GRCH

Wie oben im nationalen Rahmen ausführlich erläutert konzentriert sich die Grundrechtsprüfung in der hier zur Diskussion stehenden Konstellation auf den Tatbestand der Wettbewerbsfreiheit.

I Position der Literatur und Rechtsprechung

Der wohl überwiegende Teil der europarechtlichen Literatur erkennt ein eigenständiges Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit als Teilgewährleistung von Art. 16 GRCH, der unternehmerischen Freiheit an.¹⁰³⁶ Begründet wird dies unter Berufung auf Urteile des EUGH¹⁰³⁷ und die nicht-amtlichen Erläuterungen zu Art. 16 GRCH. Andere Literaturstimmen sind kritisch.¹⁰³⁸ Eindeutig gegen ein eigenständiges Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit hat sich Klement ausgesprochen.¹⁰³⁹

Der EuGH charakterisiert das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit in wiederkehrenden Formulierungen so: „Der durch Art. 16 gewährte Schutz umfasst die Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben, die Vertragsfreiheit und den freien Wettbewerb“¹⁰⁴⁰ und beruft sich dabei auf die erwähnten Erläuterungen zur Charta der Grundrechte. Dort wird zur Erläuterung der beiden zuerst genannten Teilfreiheiten auf bestimmte Urteile des EUGH verwiesen; im Hinblick auf die Wettbewerbsfreiheit belassen es die Erläuterungen dabei, auf Art. 119 Abs. 1 und 3 AEUV hinzuweisen, „in dem der freie Wettbewerb anerkannt wird“.

II Kritik der Rechtsprechung des EUGH

Gleichwohl sind erhebliche Zweifel an der Anwendbarkeit eines europäischen Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit aus Art. 16 GRCH angebracht, die sich aus der eigenen Rechtsprechung des EUGH herleiten lassen. Schon bis zum Erlass der Charta hat sich das

¹⁰³⁵ BVerfGE 152,152-169f.

¹⁰³⁶ Jarass GrCh, 4. Aufl. 2021, EU-Grundrechte-Charta Art. 16 Rn. 10; Calliess/Ruffert/Ruffert, 6. Aufl. 2022, EU-GRCharta Art. 16 Rn. 2; Kersten 2010 S. 308; Schwarze EuZW 2001,518.

¹⁰³⁷ z.B. C-133/85 Rau Rdnr. 15ff; C-200/96 Metronome Musik Rdnr. 28.

¹⁰³⁸ z.B. Bernsdorff, in: Meyer, Art. 16 Rdnr. 15; Rengeling DVBl 2004,459; Rengeling/Szczekalla, Rn. 801 f.

¹⁰³⁹ siehe dazu oben F Teil 1 § 3 II 1b.

¹⁰⁴⁰ z.B. RS C-283/11 Sky Österreich Rdnr. 42; C-540/16 Spika Rdnr. 34.

Gericht sehr unsicher über den Standort einer grundrechtlich geschützten Wettbewerbsfreiheit positioniert. In der für die Anwendung von EU-Grundrechten grundlegenden Nold-Entscheidung hat das Gericht keine Differenzierung zwischen dem Eigentumsgrundrecht, „der Freiheit der Arbeit, des Handels und anderer Berufstätigkeiten“ vorgenommen.¹⁰⁴¹ Dementsprechend hat es auch keine Abgrenzung der Schutzbereiche vorgenommen.¹⁰⁴² In der ABDHU-Entscheidung differenziert der Gerichtshof zwischen den **Grundsätzen** des freien Wettbewerbs und der **grundrechtlichen** Handelsfreiheit.¹⁰⁴³ Daraus lässt sich schließen, dass er der Wettbewerbsfreiheit keinen eigenständigen Grundrechtsrang zuweisen wollte.¹⁰⁴⁴ In der Rau- Entscheidung hat das Gericht offengelassen, auf welches der drei genannten Grundrechte (Freie Berufsausübung, Allgemeine Handlungsfreiheit, Wettbewerbsfreiheit) es seine Entscheidung stützt.¹⁰⁴⁵ In der Metronome-Entscheidung differenziert es nicht zwischen dem Grundrecht des Eigentums und dem Grundrecht der Freien Berufsausübung.¹⁰⁴⁶ In der Eridiana-Entscheidung hat der EuGH ganz auf die Benennung eines Grundrechts verzichtet.¹⁰⁴⁷ Deshalb ist es wohl kein Zufall, dass in den Charta-Erläuterungen zur Wettbewerbsfreiheit auf die Heranziehung von Urteilen des EuGH verzichtet wurde.

Aber auch nachdem das Grundrecht in Art. 16 GRCH kodifiziert und unmittelbar anwendbar war (seit 01.12.2009) hat dieses Grundrecht durch die europäische Rechtsprechung keinerlei Konturen erhalten. So hat der EuGH in der Entscheidung Deutscher Weinkontor noch offengelassen, ob die fragliche Beeinträchtigung des betroffenen Unternehmens an Art. 15 oder Art 16 GRCH zu messen sei.¹⁰⁴⁸ Insbesondere die wettbewerbstypischen Fragen, wie sie oben behandelt wurden (Ordnungsmodelle, Konzepte natürlicher Freiheit, etc) werden in den einschlägigen Entscheidungen nicht angesprochen. Selbst eine so zentrale Frage, ob das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit ein subjektives Recht vermittelt, wurde nicht behandelt.¹⁰⁴⁹ Nach Art. 16 GRCH wird „die unternehmerische Freiheit ... nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt.“ Die Konflikte, die im Zusammenhang mit dem Verweis auf einzelstaatliche Normen und Gepflogenheiten aufgeworfen werden, sind vom EuGH nicht geklärt. So zum Beispiel die Frage, ob darin der Schutzbereich nach nationalen Normen (mit)bestimmt

¹⁰⁴¹ Slg. 1974,00491 Rdnr.14.

¹⁰⁴² Klement S. 397.

¹⁰⁴³ C-240/83 Rdnr. 9.

¹⁰⁴⁴ Vgl. Klement S. 399.

¹⁰⁴⁵ Slg. 1987,2289 Rdnr. 15.

¹⁰⁴⁶ Slg. 1998, I-1953 Rdnr. 21.

¹⁰⁴⁷ C-230/78 Rdnr. 20ff.

¹⁰⁴⁸ C-544/10 Rdnr. 44 und 54.

¹⁰⁴⁹ Frenz Rdnr. 2712ff; Bernsdorff a.a.O.m.w.N.

wird¹⁰⁵⁰ oder ob damit lediglich eine leichtere Einschränkung von Grundrechten zum Ausdruck gebracht werden soll.¹⁰⁵¹ Oder die Frage wie das Verhältnis von Art. 16 zu anderen Grundrechten der Charta beschaffen ist angesichts der Tatsache, dass in Deutschland die Vertragsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG und die Wettbewerbsfreiheit entweder ebenso bei Art. 2 Abs. 1 oder bei Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) verankert ist.

III Ergebnis

Für unsere Zwecke bedürfen diese offenen Fragen keiner Beantwortung, denn sowohl der EUGH wie die h. M. müssen in der Konstruktion eines einschlägigen Grundrechts -auf welchem Weg auch immer- auf die objektiven unionsrechtlichen Wettbewerbsnormen Bezug nehmen. Für das hier angesprochene Segment der Wettbewerbsbeeinflussung durch hoheitliche Leistungen ist das Beihilferecht nach Art. 107ff AEUV einschlägig. Diese Normen schaffen für diesen Teilbereich eine objektive Wettbewerbsordnung. Wie oben dargestellt entsprechen die kommunalen Beihilfen den europäischen Normen in der Art und Weise, wie sie von den europäischen Gerichten ausgelegt werden; ein Verstoß gegen ein Unionsgrundrecht, das nur vor Verletzungen dieser Normen schützt, liegt daher nicht vor.¹⁰⁵²

§ 3 Anwendbarkeit von Art. 36 GRCH

Gemäß Art. 36 GRCH anerkennt und achtet die Union den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Die Bestimmung gewährt nach einhelliger Meinung keine subjektiven Rechte. Die h.M. sieht in Art. 36 GRCH einen Grundsatz nach Art. 52 Abs. 5 GRCH.¹⁰⁵³ Inhaltlich besteht weitgehende Deckungsgleichheit mit Art. 14 AEUV.

Demnach können Gemeindebürger als Begünstigte aus Art. 36 GRCH keine unmittelbaren Ansprüche ableiten. Die Grundsätze der GRCH verpflichten jedoch die Union sowie die Mitgliedstaaten, soweit diese Unionsrecht ausführen. Dabei entfalten die Grundsätze nach Art. 52 Abs. 5 GRCH erst dann unmittelbare Rechtswirkungen, wenn sie durch Rechtsakte umgesetzt und ausgestaltet werden.

¹⁰⁵⁰ Calliess/Ruffert/Kingreen, 6. Aufl. 2022, EU-GRCharta Art. 52 Rn. 49.

¹⁰⁵¹ so Ehlers: Allg. Lehren der Grundrechte Rdnr. 91.

¹⁰⁵² Für Klement, der eine „Identität“ zwischen Grundrechtsschutz und objektiven Wettbewerbsnormen ablehnt, bedarf es im Rahmen seiner „Differenzthese“ gar keines Grundrechtsschutzes. Die Freiheitsgrundrechte stehen quasi neben den objektiven Normen – siehe S. 49ff und 395f

¹⁰⁵³ So die Erläuterungen zur GRCH S. 27, obwohl Art. 36 nicht in der Aufzählung der Grundsätze in den Erläuterungen zu Art. 51 GRCH erwähnt ist; ebenso Jarass GrCh, 4. Aufl. 2021, EU-Grundrechte-Charta Art. 36 Rn. 15; dagegen Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV/Krajewski, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 36 Rn. 4, der in Art. 36 GRCH ein soziales bzw. wirtschaftliches Grundrecht sieht.

Oben haben wir festgestellt, dass die Mitgliedstaaten bei Entscheidungen nach Art. 106 Abs. 2 AEUV im Anwendungsbereich der GRCH handeln, auch wenn die Festlegung der DAWI nach nationalem Recht erfolgt. Im Grundsatz können daher auch Mitgliedstaaten aus Art. 36 GRCH verpflichtet sein. Dieser Grundsatz bzw. dieses Grundrecht enthält jedoch keine Aussage über Inhalt und Qualitätsniveau der DAWI.¹⁰⁵⁴ Darüber entscheiden die Mitgliedstaaten nach nationalem Recht. Dies gilt auch für die Festlegung des Kreises derjenigen, die aus den DAWI begünstigt werden. Insofern ist aus Art. 36 GRCH kaum ein Anwendungsbereich denkbar, der weitergehende Zugangsrechte vermitteln könnte. Eine willkürliche oder unverhältnismäßige mitgliedstaatliche Zugangsbeschränkung wäre allerdings mit Art. 36 GRCH nicht vereinbar.

Für die Union ist dagegen ein größerer Anwendungsbereich denkbar. Sie muss in den ausgestaltenden Rechtsakten nach Art. 52 Abs. 5 GRCH, also sowohl in Rechtssetzungs- wie in Ausführungsakten, den Grundsatz der Zugangsgewähr beachten. Dies gilt z.B. für die Rechtsetzung nach Art. 14 S. 2 AEUV. Für unseren Fall der SÖ-Leistungen bedeutet das, dass die Union weder die Gemeinde noch die SÖ-Unternehmen an einem entsprechenden Angebot hindern darf. In unserer Fallgestaltung drängt sich die Gefahr einer solchen Behinderung zwar nicht auf. Aber nicht auszuschließen ist beispielsweise eine Konstellation, in der ausländischen Unternehmen auf Basis der Grundfreiheiten ein Zugang zum lokalen SÖ-Markt erschlossen wird. Dieser Zugang könnte dann problematisch werden, wenn dadurch der Charakter der SÖ-Leistungen als Selbsthilfeangebote von lokalen Unternehmen für die lokale Gemeinschaft verfälscht würde.¹⁰⁵⁵

Die Union darf auch den Zugang zu den SÖ-Leistungen nicht dadurch „verbessern“, indem sie auch Bürgern außerhalb der Gemeinde den Zugang verschafft. Damit würde sie auf jeden Fall die nationale Identität, wie sie sich in dem Konzept der lokalen Selbstverwaltung ausdrückt, missachten.

Im **Ergebnis** ist ein unmittelbarer Anwendungsbereich des Art. 36 GRCH für unsere Fallgestaltung nicht erkennbar.

¹⁰⁵⁴ Zumindest solange keine näheren Festlegungen durch die Union nach Art. 14 S.2 AEUV getroffen werden.

¹⁰⁵⁵ s.a. Welti AÖR 2005,529-557-.

Thesen

1. Gegenstand der Untersuchung ist die gemeindliche Förderung von lokalen Unternehmen der Sozialökonomie. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie auf dem lokalen Markt Leistungen anbieten, welche geeignet sind, den Zusammenhalt in der örtlichen Bevölkerung zu stärken. Ihre innere Organisation ist durch Mitbestimmung und Transparenz gekennzeichnet. Evtl. Überschüsse aus der Geschäftstätigkeit werden sozialen Zwecken zugeführt.¹⁰⁵⁶
2. Anders als bei sozialpolitischen Interventionen setzt die Gemeinde auf die Flexibilität, Kreativität und Effizienz unternehmerischen Handelns. Sie richtet ihre Förderung auf den hybriden Charakter dieser Unternehmen aus, die sich in einem Grenzbereich zwischen Markt und örtlicher Bürgergesellschaft bewegen.¹⁰⁵⁷
3. Dauer und Volumen der Förderung orientieren sich am Nachteil, den die geförderten Unternehmen wegen ihrer sozialökonomischen Ausrichtung am Markt haben.¹⁰⁵⁸
4. Die historische Entwicklung seit dem Mittelalter zeigt, dass die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, seien es eigene oder die Unterstützung fremder Aktivitäten, die längste Zeit unter der Verantwortung der örtlichen Gemeinschaft, relativ unbeeinflusst von staatlichen Vorgaben erfolgte.¹⁰⁵⁹
5. Gravierende Veränderungen ergaben sich für die Gemeinden mit der Phase der Hochindustrialisierung. Sie waren nun eingespannt in den Prozess der Industrialisierung und begleiteten die Entwicklung zu einem organisierten Kapitalismus.¹⁰⁶⁰
6. In den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts erfolgten zu Gunsten der privaten Wirtschaft erstmals entscheidende gesetzliche Einschränkungen gemeindlicher Wirtschaft, die im Grundsatz bis heute erhalten geblieben sind. Der frühere enge Bezug zur gemeindlichen Bürgerschaft wird nach und nach gelockert. In den Vordergrund treten zunehmend erwerbswirtschaftliche Motive, wonach die Erlöse aus der gemeindlichen Wirtschaft dem Haushalt der Gemeinden verbleiben sollen.¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁶ A Teil 1.

¹⁰⁵⁷ A Teil 2 § 3 I bis III.

¹⁰⁵⁸ A Teil 2 § 3 IV.

¹⁰⁵⁹ B Teil 1 bis Teil 3 §§ 1 und 2.

¹⁰⁶⁰ B Teil 3 § 3.

¹⁰⁶¹ B Teil 4 §§ 2 und 3.

7. Trotz eines starken sozialpolitischen gemeindlichen Engagements während der Weimarer Zeit sind nach dem Scheitern der Kommunalisierungspläne keine verbreiteten kommunalen wirtschaftlichen Unternehmungen bekannt, die gleichzeitig die Beförderung sozialökonomischer Zwecke zum Ziel gehabt hätten. Auch über eine entsprechende Förderung privater Unternehmen ist nichts bekannt.¹⁰⁶²
8. Mit den EU-Richtlinien zur Liberalisierung des Energiemarktes erfolgte seit 1996 ein Wechsel des Paradigmas der deutschen Energiewirtschaft und ein Bruch mit der deutschen ordnungspolitischen Tradition. Der Wettbewerb wurde zum herrschenden Regulierungsprinzip auch jenseits der kommunalen Versorgungswirtschaft. In diesem wettbewerblich dominierten Kontext gibt es kaum Platz für lokale Unternehmen, die in der Bürgerschaft verankert sind und sozialökonomische Ziele verfolgen.¹⁰⁶³ Es gibt allerdings Versuche, sich die Beteiligung der örtlichen Bevölkerung über wirtschaftliche Anreize innerhalb dieses Ordnungsrahmens nutzbar zu machen.¹⁰⁶⁴
9. Ideengeschichtlich war die Phase bis zur Industrialisierung von dem Prinzip der genossenschaftlichen Bedarfsdeckung wesentlich bestimmt. Es gab Versuche, die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung auch über diese Zeit hinaus als eine Form genossenschaftlichen Handelns zu begreifen. Die geschichtliche Entwicklung hat jedoch die frühere ganzheitliche Schutz- und Sicherungsfunktion der Gemeinde für ihre Einwohner im Hinblick auf Sicherung des Erwerbs, auf Sicherung in elementaren Notfällen und Schutz vor externen Einflüssen weitgehend beseitigt.¹⁰⁶⁵
10. Seit den 30er Jahren des vergangenen Jahrhunderts wurde daher die Funktion der gemeindlichen Wirtschaft bis heute in der Daseinsvorsorge gesehen. Damit wird eher ein politisches Prinzip als eine rechtsdogmatische Figur bezeichnet. Die gemeindliche SÖ-Förderung lässt sich darunter nicht subsumieren, weil Daseinsvorsorge als Ausfluss staatlicher Verantwortung und nicht als Betätigung bürgerschaftlichen Engagements verstanden wird.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶² B Teil 4

¹⁰⁶³ B Teil 6 § 1.

¹⁰⁶⁴ B Teil 6 § 3.

¹⁰⁶⁵ C Teil 1.

¹⁰⁶⁶ C Teil 2.

11. Das gilt auch für das geläufige Verständnis des Konzepts vom Gewährleistungsstaat. Auch er geht aus von staatlichen Aufgaben und fragt, in welcher Art und Weise Private an der Aufgabenerledigung beteiligt werden können.¹⁰⁶⁷
12. Verwandt mit dem Begriff des Gewährleistungsstaates ist das Analyse-Instrument der Governance. Es bietet eine interdisziplinäre Hilfestellung für die Implementation des gemeindlichen Förderprogramms.¹⁰⁶⁸
13. Weder die Verfassungen noch spezialgesetzliche Normen der Länder enthalten eine „Ermächtigung“ der Gemeinden zu **der** Wirtschaftsförderung. Einschlägige Landesgesetze wie z.B. die Mittelstandsförderungsgesetze oder die Landesplanungsgesetze entfalten im Hinblick auf die SÖ-Förderung keine einschränkende Bindungswirkung für die Gemeinden. Dies gilt auch für den inhaltlichen Rahmen, den die Landesverfassungen vorgeben.¹⁰⁶⁹
14. Auch allgemeinpolitische Motive der Gemeinde sind für ihre SÖ-Förderung unbeachtlich, solange objektiv eine Regelung erfolgt, die sich im kommunalen Rechtskreis bewegt.¹⁰⁷⁰
15. In der Untersuchung wird eine verfassungsrechts-dogmatische Konstruktion vorgestellt, die im Gegensatz zu der staatszentrierten Interpretation von Art. 28 Absatz 2 Satz 1 GG den inhaltlich-politisch grundierten Vorgang der kommunalen Aufgaben-Kreation in den Mittelpunkt stellt.¹⁰⁷¹
16. Dieses „Findungsverfahren“ wird als ein Kommunikationsprozess zwischen hoheitlicher Gemeinde und den Instanzen der örtlichen Gemeinschaft verstanden. Unter diesem Blickwinkel lässt sich die kommunale Förderung einer lokalen Sozialökonomie als Konstituierung eines örtlichen Gemeinwohlbelangs darstellen.¹⁰⁷²
17. Im Rahmen dieses Findungsprozesses kommt der örtlichen Zivilgesellschaft eine entscheidende Bedeutung zu. Die Unternehmen der Sozialökonomie können Unterstützungsfunktionen für die Zivilgesellschaft wahrnehmen.¹⁰⁷³

¹⁰⁶⁷ C Teil 3

¹⁰⁶⁸ C Teil 4

¹⁰⁶⁹ D Teile 1 und 2.

¹⁰⁷⁰ E Teil 1 § 2.

¹⁰⁷¹ E Teil 2 § 4 III a; Teil 3 § 2 I und II.

¹⁰⁷² E Teil 3 § 2 III.

¹⁰⁷³ E Teil 3 § 2 III 1.

18. Das Findungsverfahren lässt sich weder in Begriffen des Verwaltungsverfahrens erklären, noch passt es in das staatsrechtliche Verständnis als Beteiligung am Staats- bzw. Volkswillensbildungsprozess.¹⁰⁷⁴
19. Die überwiegende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung verlangt für die gemeindliche Einräumung von Mitentscheidungsrechten der Gemeindebürger im Findungsverfahren ein parlamentarisches Gesetz.¹⁰⁷⁵ Diese Interpretation wird im Hinblick auf die verfassungsrechtlich fixierten Funktionen der Gemeinde, das Demokratieprinzip und das sog. monistische Legitimationsprinzip kritisch hinterfragt.¹⁰⁷⁶
20. Die grundrechtliche Prüfung des gemeindlichen Förderprogramms unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsfreiheit muss das spezifische wettbewerbliche Umfeld der SÖ-Unternehmen (These 1 und 2) berücksichtigen.¹⁰⁷⁷ Seine wettbewerbskritische Tendenz ist verfassungsrechtlich durch die Offenheit des Grundgesetzes hinsichtlich möglicher Gestaltungen der Wirtschaftsverfassung legitimiert.¹⁰⁷⁸
21. Es werden zwei unterschiedliche Sichtweisen vorgestellt, wie die Wettbewerbsfreiheit grundrechtlich geschützt werden kann. Das Modell der natürlichen Freiheit versteht den Wettbewerb primär als Produkt autonomer Entscheidungen von Wirtschaftssubjekten, während das Ordnungsmodell die sozialen Bedingungen und staatlichen Beiträge mitberücksichtigt, die eine freiheitliche Wirtschaftstätigkeit erst möglich machen.¹⁰⁷⁹
22. Das Modell der natürlichen Freiheit wird abgelehnt, weil es nicht in der Lage ist, den sozialen Kontext des Wettbewerbs angemessen abzubilden.¹⁰⁸⁰ Von den Ordnungsmodellen wird jenes von M. Bäcker weiterverfolgt, das als einziges in der Lage ist, die wirtschaftspolitische Offenheit des Grundgesetzes systematisch zu verarbeiten.¹⁰⁸¹
23. Es zeichnet sich dadurch aus, dass jegliche objektive Wirtschaftsordnung, die der Gesetzgeber in der ihm eingeräumten Freiheit schafft, den Schutz des Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit genießt, sofern sie nicht gegen andere Verfassungsbestimmungen verstößt. Diese offene Konstruktion erlaubt ihre Erweiterung auf Ordnungen

¹⁰⁷⁴ E Teil 2 §§ 2f.

¹⁰⁷⁵ E Teil 2 § 4 II und III.

¹⁰⁷⁶ E Teil 2 § 5.

¹⁰⁷⁷ F Teil 1 § 1.

¹⁰⁷⁸ F Teil 1 § 2.

¹⁰⁷⁹ F Teil 1 § 3 II

¹⁰⁸⁰ F Teil 1 § 3 II 2.

¹⁰⁸¹ F Teil 2.

- nicht- oder eingeschränkter wettbewerblicher Art wie das gemeindliche SÖ-Förderprogramm.¹⁰⁸²
24. Die gemeindlichen Ordnungsvorgaben für die SÖ-Förderung stellen eine objektive wettbewerbs-grundrechtlich zulässige Sonderordnung in einem Zwischenbereich von Wettbewerb und Nicht-Wettbewerb dar. Sie bedürfen daher keiner gesetzlichen Ermächtigung zu Grundrechtseingriffen.¹⁰⁸³
25. Die gemeindliche Subvention ist keine selektive Zuwendung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV, solange die SÖ-Unternehmen einen eigenen, besonderen Typus von Wirtschaftsakteuren darstellen, der sich durch Partizipation, hohe Transparenz und Identifikation der Handelnden mit dem gemeinsamen Geschäftszweck auszeichnet und die Förderleistung in einer systematisch angelegten Subventionsordnung verankert ist.¹⁰⁸⁴
26. Die Leistungen der SÖ-Unternehmen entsprechen zwar nicht dem typischen Erscheinungsbild von subventionsrechtlich zulässigen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI), aber die Gemeinde ist unionsrechtlich befugt, die SÖ-Leistungen als DAWI zu definieren.¹⁰⁸⁵
27. Solange der Gemeinde dieses Definitionsrecht und das Recht zur eigenständigen demokratisch legitimierten Entscheidung ihrer Organe von der Union nicht bestritten wird, kann sie aus Art. 4 Abs. 2 EUV keine Rechte wegen Verletzung der nationalen Identität herleiten.¹⁰⁸⁶
28. Nachdem sich die gemeindliche Subvention innerhalb der Grenzen der unionsrechtlichen Wettbewerbsnormen bewegt, scheidet insoweit ein Verstoß gegen Art. 16 GRCH aus.¹⁰⁸⁷ Für einen Verstoß gegen Art. 36 GRCH bieten sich keine Anhaltspunkte.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸² F Teil 2 § 2.

¹⁰⁸³ F Teil 2 § 2 II und III.

¹⁰⁸⁴ G Teil 1 § 1 V.

¹⁰⁸⁵ G Teil 1 § 1 VI.

¹⁰⁸⁶ G Teil 2.

¹⁰⁸⁷ G Teil 3 § 2.

¹⁰⁸⁸ G Teil 3 § 3.

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl	Amtsblatt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AllIMBl	Allgemeines Ministerialblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Bay	Bayern
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
BayIntG	Bayerisches Integrationsgesetz
BayLplG	Bayerisches Landesplanungsgesetz
BbgMFG	Brandenburgisches Mittelstandsförderungsgesetz
BbgVerf	Verfassung des Landes Brandenburg
BV	Verfassung des Freistaates Bayern
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen der amtlichen Sammlung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen der amtlichen Sammlung
BW	Baden-Württemberg
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
Difu	Deutsches Institut für Urbanistik
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
EBM-RL	Richtlinie zum Elektrobinnenmarkt
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EEG-RL	Erneuerbare-Energien-Richtlinie
EFRE	Europäischer Fonds für regionale Entwicklung
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
ESF Plus	Europäischer Sozialfonds Plus
EUGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union

ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs und Staatsgerichtshofs Baden-Württemberg
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWeRK	Zeitschrift des Institutes für Energie- und Wettbewerbsrecht in der kommunalen Wirtschaft e.V.
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
FuE-GVO	Gruppenfreistellungsverordnung für Forschungs- und Entwicklungsverträge
GenG	Genossenschaftsgesetz
GG	Grundgesetz
GRCH	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRWG	Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“
HdbdStR	Handbuch des Staatsrechts
h.M.	herrschende Meinung
Jhdt.	Jahrhundert
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JUS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
Juris	Das juristische Informationssystem Deutschland
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KOM	Europäische Kommission
KommJur	Kommunaljurist (Zeitschrift)
LSAVerf	Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt
LT-Drucksache	Landtag-Drucksache
MFG	Mittelstandsförderungsgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
Rdnr.	Randnummer
RGBl	Reichsgesetzblatt

RhPfVerf	Verfassung für Rheinland-Pfalz
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
SGB II	Zweites Buch Sozialgesetzbuch
SGB III	Drittes Buch Sozialgesetzbuch
SGB V	Fünftes Buch Sozialgesetzbuch
SGB VIII	Achtes Buch Sozialgesetzbuch
SH	Schleswig-Holstein
Slg	Sammlung
SÖ	Sozialökonomie
SRa	Sozialrecht aktuell (Zeitschrift)
Der Staat	Der Staat (Zeitschrift)
StGHBW	Staatsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg
SVerf	Verfassung des Saarlandes
TH	Thüringen
ThürKO	Thüringer Kommunalordnung
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (Zeitschrift)
Verf NRW	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen
Verf HE	Verfassung des Landes Hessen
Verf TH	Verfassung des Freistaats Thüringen
VO	Verordnung
Die Verwaltung	Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechts- lehrer
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
ZöGU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehme
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Literaturverzeichnis

- Abelshauer W. (1987): Die Weimarer Republik – ein Wohlfahrtsstaat? in derselbe (Hrsg.): Die Weimarer Republik als Wohlfahrtsstaat
- Achatz A. (2011): Grundrechtliche Freiheit im Wettbewerb, eine grundrechtsdogmatische Studie zur Verarbeitung von staatlichen Einflüssen auf das Umfeld wirtschaftlicher Betätigung
- Ackermann C. (2012): Die Bedeutung der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts zum Kommunalrecht für unsere heutige Dogmatik
- Allisch, M. (1998): Soziale Stadtentwicklung durch Stadtteilmanagement: Solidarische Ökonomie und Empowerment, in Klöck T. (Hrsg.): Gemeinwesenarbeit, Jahrbuch 6
- Albers M. (2005): Informationelle Selbstbestimmung
- Altrock U. (2017): Lokale Ökonomie - Alternative Wirtschaftsförderung oder Sackgasse der Quartiersplanung, in Besecke/Meier/Pätold/Thomaier (Hrsg.): Stadtökonomie-Blickwinkel und Perspektiven
- Ambrosius, G. (1987): Die wirtschaftliche Entwicklung von Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerken, in Pohl H. (Hrsg.): Kommunale Unternehmen - Geschichte und Gegenwart
- Augsberg I. (2018): Die Verwaltung als Akteur gesellschaftlicher Wissensgenerierung, Die Verwaltung 2018,351ff
- Bäcker M. (2007): Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht
- Badura P. (2012) Innerdeutsche Verträge, insbesondere der Einigungsvertrag, in Handbuch des Staatsrechts Band X, 3. Auflage § 225
- Baer S. (2022) Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. 1 § 13, 3. Auflage
- Beckerath, Erwin von (Hrsg.) (1961): Handwörterbuch der Sozialwissenschaften - zugleich Neuauflage des Handwörterbuchs der Staatswissenschaften, 3. Band: Domänen - Fondswirtschaft
- Beckmann M. (2011): Social Entrepreneurship – Altes Phänomen, neues Paradigma moderner Gesellschaften oder Vorbote eines Kapitalismus 2.0?, in Hackenberg/Empter (Hrsg.): Social Entrepreneurship – Social Business: Für die Gesellschaft unternehmen
- van der Beek G. /Korn T. (2010): Instrumente der Wirtschaftsförderung zwischen Markt- und Staatsversagen, in Korn T./van der Beek G./Fischer (Hrsg.): Aktuelle Herausforderungen in der Wirtschaftsförderung
- Beetz S. (2007) Wohnungsgenossenschaften und Nachbarschaften, in Bundesinstitut für Bau- Stadt- und Raumforschung (Hrsg.): Informationen zur Raumwirtschaft, Heft 4

- Benz A. (2004): Governance-Modebegriff oder nützliches sozialwissenschaftliches Konzept?, in Benz A. (Hrsg.): Governance - Regieren in komplexen Regelsystemen
- Berlin I. (2006): Zwei Freiheitsbegriffe, in Berlin I.: Freiheit, Vier Versuche
- Berthoin, Antal A., Dierkes, M., Oppen, M. (2007): Zur Zukunft der Wirtschaft in der Gesellschaft, in: Kocka, J. (Hrsg.): Zukunftsfähigkeit Deutschlands
- Bethge H. (1983): Selbstverwaltungsrecht zwischen Garantie und Freiheit, in: v. Mutius A (Hrsg.) Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von G.Ch. v. Unruh
- Beuthien V. (2011): GenG-Kommentar, 15. Auflage
- Birkhölzer K., Kramer, L. (2000): Grundstrukturen und Erfolgsbedingungen sozialer Unternehmungen in Deutschland
- Bode I., Evers A., Schulz, A. (2004): Beschäftigungsgesellschaften als soziale Unternehmen – die Gemeinwirtschaft neu erfinden. Lokale Beschäftigung und Ökonomie
- Böckenförde E.-W. (2004): Demokratie als Verfassungsprinzip, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts § 24, 3. Auflage
- Böckenförde E.-W. (2016): Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in Staat, Gesellschaft, Freiheit
- Böckenförde E.W. (2021): Freiheit und Recht, Freiheit und Staat, in Böckenförde: Recht, Staat, Freiheit, 8. Auflage
- Bogumil J. (2004): Bürgerkommunen als Perspektive der Demokratieförderung und Beteiligungsstärkung, in Kessl F., Otto H.-U. (Hrsg.): Soziale Arbeit und Soziales Kapital
- Bogumil J./ Holtkamp L. (2006): Kommunalpolitik und Kommunalverwaltung
- Böhret C. (1966): Aktionen gegen die „kalte Sozialisierung“: 1926-1930
- Bonas I./Schwarz C. (2001) Gemeinwesenarbeit und Gemeinwesenökonomie am Beispiel eines Modellprojekts im Bundesland Brandenburg, in Sahle R., Scurell B (Hrsg.) Lokale Ökonomie, Aufgaben und Chancen für die Soziale Arbeit
- Brugger W. (1999): Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus
- Brunckhorst H.-D. (1978): Kommunalisierung im 19. Jahrhundert dargestellt am Beispiel der Gaswirtschaft in Deutschland
- Brunner S. (2014): Volkswirtschaftslehre
- Bücher K. (1893): Die Entstehung der Volkswirtschaft, in Ders.: (1920) Die Entstehung der Volkswirtschaft
- Bull H.P. (2008): Daseinsvorsorge im Wandel der Staatsformen, in Der Staat 2008,1ff
- Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (Hrsg./ 2017): Zwischenevaluierung des Städtebauförderungsprogramms Soziale Stadt

- Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (Hrsg./2020): Studie Lokale Ökonomie BIWAQ
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (2012): Erster Engagementbericht, Drs. 17/10580
- Bundesministerium für Finanzen (2021): 28. Subventionsbericht des Bundes 2019 bis 2022
- Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg./2010): Aktivierung von Potenzialen genossenschaftlichen Wohnens. Evaluierung der Empfehlungen der Expertenkommission Wohnungsgenossenschaften im Forschungsprogramm ExWoSt. BMVBS-Online-Publikation 25/2010
- Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (Hrsg./2004): Wohnungsgenossenschaften Potenziale und Perspektiven. Bericht der Expertenkommission Wohnungsgenossenschaften
- Bundeszentrale für politische Bildung: Stichwort „Wohnungspolitik“ in Handbuch des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland
- Bundeszentrale für politische Bildung: Stichwort „Wohlfahrtsverbände“ in Handbuch des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland
- Burgi (2003): Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, VVDStRL Bd. 62,367
- Burgi M. (2019): Kommunalrecht, 6. Auflage
- Christ J. S. (1983): Direkte kommunale Wirtschaftsförderung, ihre Zulässigkeit und ihr Verhältnis zur regionalen Wirtschaftsförderung von Bund und Ländern
- Cramer C./ Behrens J. (2001) Lokale Ökonomie-eine zentrale Strategie für die Soziale Stadt, in Deutsches Institut für Urbanistik (Hrsg.) Soziale Stadt info Nr. 5
- Cremer W. (2003): Freiheitsgrundrechte
- Dahme H.-J., Wohlfahrt, N. (2010): Dezentralisierung und Kommunalisierung: die Aktivierung des Lokalen als Aufgabe und strategische Ressource bürgerschaftlicher Sozialpolitik, in dies (Hrsg.): Regiert das Lokale das Soziale? Die Kommunalisierung und Dezentralisierung sozialer Dienste als sozialpolitische Reformstrategie
- Dangschat J. S. (1997): Entwicklung von Problemlagen als Herausforderung für die soziale Stadt, in Hanesch W. (Hrsg.): Überlebt die soziale Stadt? Konzeption, Krise und Perspektive kommunaler Sozialstaatlichkeit
- Daum T. (2017): Das Kapital sind wir. Zur Kritik der digitalen Ökonomie
- Deutscher Bundestag (2002): Bericht der Enquete-Kommission "Zukunft des Bürger-schaftlichen Engagements", Drs. 14/8900
- Deutscher Städtetag (2018): Diskussionspapier für eine erfolgreiche Wirtschaftsförderung

- Deutsches Institut für Urbanistik (2012): Urban Icons, in Informationen zur modernen Stadtgeschichte, Band 2
- Deutsches Institut für Urbanistik (2019): Kommunale Wirtschaftsförderung 2019, Autorin: S. Wagner-Endres
- Dietlein J. (2006) in Stern: Staatsrecht: Die einzelnen Grundrechte Bd. IV/1
1. Auflage
- Dirksmeier P., Göb A., Herrmann S., Ibendorf J., Knaps F., Othengrafen F., Ruffing E. (2020): Räumliche Unterschiede und gesellschaftlicher Zusammenhalt, in Deitelhof N./Groh-Samberg O./Middell M. (Hrsg.): Gesellschaftlicher Zusammenhalt
- Domanski D. (2014): Soziale Innovationen als Impulsgeber für moderne Wirtschaftsförderung, in Beck/Heinze/Schmid (Hrsg.): Zukunft der Wirtschaftsförderung
- Drupp M. (1987): Gemeinnützige Bauvereine im Wohnungswesen der Weimarer Republik in Abelshauer, W. (Hrsg.): Die Weimarer Republik als Wohlfahrtsstaat – zum Verhältnis von Wirtschafts- und Sozialpolitik in der Industriegesellschaft
- Ehlers D. (2014): in Ehlers, D. (Hrsg.): Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage
- Ehlers D. (1990): Kommunale Wirtschaftsförderung und kommunale Selbstverwaltung, in Ehlers D. (Hrsg.): Kommunale Wirtschaftsförderung
- Eifert M. (2022): Regulierungsstrategien, in Voßkuhle A./Eifert M./ Möllers C. (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, § 19, 3. Auflage
- Engel E. (1993): München: Die deutsche Stadt des Mittelalters
- Engels A. (2014): Die Verfassungsgarantie kommunaler Selbstverwaltung
- Erbguth W. (1996): Verstärkung der Elemente unmittelbarer Bürgerbeteiligung auf kommunaler Ebene, in Henneke H.-G- (Hrsg.) Aktuelle Entwicklungen der inneren Kommunalverfassung
- European Commission, Directorate C (2020): A map of social enterprises and their ecosystems in europe
- Fehling M. (2019) in Pünder/Schellenberg (Hrsg.): Vergaberecht, 3. Auflage
- Felber C. (2010): Gemeinwohl-Ökonomie, Das Wirtschaftsmodell der Zukunft
- Forsthoff E. (1938): Die Verwaltung als Leistungsträger
- Forsthoff E. (1954): Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 12, S. 8ff
- Forsthoff E. (1958): Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Auflage (teilweise zitiert aus 10. Auflage 1973)
- Forsthoff E. (1964): Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, in Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964
- Forsthoff E. (1970): Von der Sozialen zu Technischen Realisation, in Der Staat 9 S. 145ff

- Fouquet G. (2015): Landesgeschichte und Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters – urbanisierungsgeschichtliche Aspekte deutschsprachlicher Forschung, in Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte S. 52ff
- Franzius C. (2003): Der Gewährleistungsstaat, in Der Staat (42) 2003,493
- Franzius C. (2009): Gewährleistung im Recht, Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen
- Frenz W. (2009): Handbuch Europarecht, Band 4, Europäische Grundrechte
- Fritsch M. (2014): Marktversagen und Wirtschaftspolitik
- Frotscher W. (1983): Selbstverwaltung und Demokratie, in v. Mutius A. (Hrsg.): Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft S. 127ff
- Geis M.-E. (1997): Die öffentliche Förderung sozialer Selbsthilfe, verfassungsrechtliche Grundlagen und verwaltungsrechtliche Ausgestaltung
- Gemeinschaftsinitiative „Soziale Stadt“ (2005/Hrsg.): Argebau-Leitfaden
- v. Gierke O. (1868): Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Band 1
- Grawert R. (1978) Gemeinde und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart, in VVDStRL 1978, S. 277-336
- Grawert R. (2011): Legitimität der Wettbewerbswirtschaft, in Der Staat 2011, 227 ff
- Grimm D. (1991): Verbände und Verfassung, in Grimm D.: Die Zukunft der Verfassung
- Grimm D. (1991): Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus, in Grimm D.: Die Zukunft der Verfassung
- Gröttrup H. (1973): Die kommunale Leistungsverwaltung, Grundlagen der gemeindlichen Daseinsvorsorge
- Habermas J. (1992): Faktizität und Geltung
- Habisch A. (2011): Gesellschaftliches Unternehmertum – Blinder Fleck wirtschafts- und sozialwissenschaftlicher Gemeinwohltheorien, in Hackenberg/Empter (Hrsg.): Social Entrepreneurship – Social Business: Für die Gesellschaft unternehmen
- Hackenberg H./Empter S. (2011): Social Entrepreneurship und Social Business: Phänomen, Potentiale, Prototypen – Ein Überblick, in dieselben (Hrsg.): Social Entrepreneurship – Social Business: Für die Gesellschaft unternehmen
- Häberle P. (1972): Grundrechte im Leistungsstaat, in VVDStRL 30 (1972) S. 44ff
- Häberle P. (2002): „Gemeinwohl“ und „Gemeinsinn“ im national-verfassungsstaatlichen und europarechtlichen Kontext, in Münkler H./ Fischer K. (Hrsg.): Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht
- Harth A., Herlyn U., Scheller G., Tessin W. (2010); Stadt als Erlebnis: Wolfsburg
- Haus M. (2003): Kommunitarismus, Einführung und Analyse
- Häußermann H., Wutzbacher J. (2005): Die Gemeinde als Ort politischer Integration in Heitmeyer, W., Imbusch, P. (Hrsg.) Integrationspotenziale einer modernen Gesellschaft

- Hecker J. (2007): Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht
- Heinelt H. (2004): Governance auf lokaler Ebene, in Benz A. (Hrsg.): Governance-Regieren in komplexen Regelsystemen
- Heinze R.G., Schneiders K., Grohs S. (2011): Social Entrepreneurship im deutschen Wohlfahrtsstaat, Hybride Organisationen zwischen Markt, Staat und Gemeinschaft, in Hackenberg/Emptner (Hrsg.): Social Entrepreneurship – Social Business: Für die Gesellschaft unternehmen
- Hellermann J. (2000): Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung
- Hendler R. (2007): Grundbegriffe der Selbstverwaltung, in Mann T./ Püttner G. (Hrsg.) Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Dritte Auflage
- Hendler R. (2008): Das Prinzip Selbstverwaltung. In: Isensee J./Kirchhof P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI, 3. Auflage
- Henning F.-W. (1977): Das vorindustrielle Deutschland 800 bis 1800, 3. Auflage
- Henning F.-W. (1979): Die Industrialisierung in Deutschland 1800 bis 1914, 5. Auflage
- Hesse K. (1999): Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage
- Hinrichs W. (2007): Die Bevölkerungsentwicklung in den Kommunen, in Mann T./ Püttner G. (Hrsg.): Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, 3. Auflage
- Höffe O. (1975): Strategien der Humanität
- Hoffmann-Riem W. (2004): Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte? In Bäuerle, u.a. (Hrsg.): Haben wir wirklich Recht? Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit
- Hoffmann-Riem W. (2004): Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 2004,203
- Huber P.M. (1991): Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht
- Hünnekens G. (1995): Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur
- Hufen F. (1989): Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht, in VVDStRL 47 (1989) S. 143ff
- Hufen F. (1991): Soziale Selbstverwaltung im demokratischen Rechtsstaat in Selbstverwaltung in der Sozialversicherung
- Hufen F. (2001): Die Zukunft der kommunalen Selbstverwaltung, in Geis M.E./Lorenz D: (Hrsg.): Staat, Kirche, Verwaltung; Festschrift für H. Maurer
- IMK Vorlage der Kommunalabteilungsleiter an die Innenministerkonferenz zur Frage der kommunalen Wirtschaftsförderung vom März 1981, abgedruckt im Anhang von (1981) Knemeyer/Schäfer/von der Heide (Hrsg.): Kommunale Wirtschaftsförderung
- Institut für Stadtforschung und Strukturpolitik GmbH (2004): Die Soziale Stadt, Ergebnisse der Zwischenevaluierung

- Ipsen H.P. (1967) Verwaltung durch Subventionen, in VVDStRL 25 S. 257ff
- Isensee J (2008) Die bundesstaatliche Kompetenz, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts Bd. VI, 3. Auflage
- Jachtenfuchs M./ Kohler-Koch B. (2004): Governance in der Europäischen Union, in Benz A. (Hrsg.): Governance - Regieren in komplexen Regelsystemen
- Jähner H. (2020): Wolfszeit, Deutschland und die Deutschen 1945-1955
- Jannsen A. (1990): Über die Grenzen des legislativen Zugriffsrechts
- Jellinek K. (1892): System der subjektiven öffentlichen Rechte, Nachdruck
- Jungbluth D. (2018): Die Entwicklung des deutschen Wirtschaftsverfassungsrechts
- Kaufmann F.X. (1987): Zur Einführung: Ein sozialpolitisches Schwerpunktprogramm der DFG – und was daraus wurde, in Kaufmann F.X. (Hrsg.): Staat, intermediäre Instanzen und Selbsthilfe
- Kellenbenz H. (1977): Deutsche Wirtschaftsgeschichte, Band 1
- Kellner H. (1936): Die grundsätzlichen Auseinandersetzungen über die kommunale Wirtschaftstätigkeit in der Nachkriegszeit
- Kersten J. (2005): Die Entwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge im Werk von E. Forsthoff, in Der Staat (44) S. 543ff
- Kersten J. (2010): Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe. In VVDStRL 69, 288
- Klages H. (1983): Selbstverwaltung und menschliche Selbstverwirklichung, in v. Mutius A. (Hrsg.): Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft S. 41ff
- Klement J.H. (2015): Wettbewerbsfreiheit, Bausteine einer europäischen Grundrechtstheorie
- Klöck, T. (1998): Solidarische Ökonomie, Empowerment, Gemeinwesenarbeit und das Geschlechterverhältnis – solidarische Ökonomie und Empowerment
- Kluth W. (2009): Grenzen der Kommunalwirtschaft aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in Haug P./Rosenfeld T.W. (Hrsg.) Neue Grenzen städtischer Wirtschaftstätigkeit: Ausweitung versus Abbau?
- Kluth W. (2014): Die Rolle von Genossenschaften und Kooperationen (einschließlich Kammern) im Bereich der Bildungsinfrastrukturen, in Schmidt-Trenz H.-J. (Hrsg.): Der Dritte Sektor als Infrastrukturakteur
- Kluth W. (2017): Die Infrastrukturgenossenschaft: Begriff und Systematik sowie ihre Bedeutung als Aktivierungs- und Gestaltungsinstrument, in Kluthe W. (Hrsg.): Infrastrukturgenossenschaften
- Kluth W. (2019): Öffentliches Wirtschaftsrecht
- Kluth W. (2019): Verwaltungsverfahren, in Stober R., Kluth W., Korte S., Eisenmenger S., Wolff H.J., Bachof O. ((Hrsg.): Verwaltungsrecht I, 13. Auflage

- Knemeyer, F.-L. (1981): Möglichkeiten und Grenzen kommunaler Wirtschaftsförderung, in Knemeyer, Schäfer, von der Heide (Hrsg.): Kommunale Wirtschaftsförderung
- Kocka J.: (2003) Zivilgesellschaft in historischer Perspektive, in Forschungsjournal NSB, Jg. 16, Heft 2, S. 29 – 37
- König C. (1994): Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung
- Kösters H. (1993): Ein menschenwürdiges Dasein zu gewährleisten – kommunale Wohnungspolitik in der Weimarer Republik. Das Beispiel der preußischen Stadt Altona (1919 - 1928) in Hofmann W., Kuhn G. (Hrsg.): Wohnungspolitik und Städtebau 1900 - 1930
- Köttgen, A. (1931): Tübingen: Die Krise der Kommunalen Selbstverwaltung, in: Kommunale Selbstverwaltung zwischen Krise und Reform, Ausgewählte Schriften
- Köttgen A. (1960): Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Eine verfassungsrechtliche Untersuchung, in: Kommunale Selbstverwaltung zwischen Krise und Reform, Ausgewählte Schriften
- Köttgen A. (1963): Der heutige Spielraum kommunaler Wirtschaftsförderung
- Komorowski v., A. (1998): Äußerungsrecht der kommunalen Volksvertretungen und gemeindliche Verbandskompetenz-Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der gegliederten Demokratie, in Der Staat 37, S. 122 ff
- Krabbe, W. (1989): Die deutsche Stadt im 19. und 20. Jahrhundert
- Krabbe W. (1990): Städtische Wirtschaftsbetriebe im Zeichen des „Munizipalsozialismus“, in Blotevogel, H. H. (Hrsg.): Kommunale Leistungsverwaltung und Stadtentwicklung vom Vormärz bis zur Weimarer Republik.
- Krebs W. (1990): Der Vorbehalt des Gesetzes für Maßnahmen der kommunalen Wirtschaftsförderung. in: Ehlers D.(Hrsg.): Kommunale Wirtschaftsförderung und kommunale Selbstverwaltung
- Kunze R. (1993): Konzepte der Mieterbeteiligung von den zwanziger Jahren bis zur frühen Nachkriegszeit in Schulz, G. (Hrsg.): Wohnungspolitik im Sozialstaat. Deutsche und Europäische Lösungen 1918 - 1960
- Lange K. (1981): Möglichkeiten und Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsförderung
- Lange K. (2019): Kommunalrecht, 2. Auflage
- Läpple D., Deecke, H., Krüger, T. (1994): Strukturentwicklung und Zukunftsperspektiven der Hamburger Wirtschaft unter räumlichen Gesichtspunkten: Clusterstruktur und Szenarien
- Lepsius O. (2021): Gesetz und Gesetzgebung, in Herdegen/Masing/Poscher/Gärdit (Hrsg.): Handbuch des Verfassungsrechts
1. Auflage
- v. Loesch, A. (1972): Die wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Funktionen gemeinwirtschaftlicher Unternehmen

- Löwer W.: (1989) Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft
- Longo, F. (2010) Neue örtliche Energieversorgung als kommunale Aufgabe, Solarsatzungen zwischen gemeindlicher Selbstverwaltung und globalem Klima- und Ressourcenschutz
- Lübbe-Wolff G. (1988): Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen
- Markmann F. (2018): Lokale Leistungserbringung im kommunalen Interesse: Revival der Genossenschaft?
- Matzerath H. (1970): Nationalsozialismus und kommunale Selbstverwaltung
- Matzerath H. (1990): Kommunale Leistungsverwaltung – zu Bedeutung und politischer Funktion des Begriffs im 19. und 20. Jahrhundert. Wien: Blotevogel, H. H. (Hrsg.), kommunale Leistungsverwaltung und Stadtentwicklung vom Vormärz bis zur Weimarer Republik
- Matzerath H. (2007): Die Zeit des Nationalsozialismus in Mann T./ Püttner G. (Hrsg.) Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, Dritte Auflage
- Maurer/Waldhoff (2020): Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage
- Mayntz R. (2008): Von der Steuerungstheorie zu Global Governance, in Schuppert G.F./ Zürn M. (Hrsg.): Governance in einer sich wandelnden Welt
- Michael L./ Morlok M. (2016): Grundrechte, 5. Auflage
- Mittendorf V./ Rehmet F. (2002): Bürgerbegehren und Bürgerentscheide, in Bogumil (Hrsg.): Kommunale Entscheidungsprozesse im Wandel
- Möller, F. (1963): Kommunale Wirtschaftsförderung
- Mollenhauer D. (2014): Partizipation und Kontrolle. Zur Entwicklung von Stadt und Demokratie in Frankreich bis 1914, in Bräunche E.O. / Steinbach P (Hrsg.) Stadt und Demokratie
- Monzon, J. L., Chaves, R. (2012): Die Sozialwirtschaft in der Europäischen Union, Bericht des CIRIEC für den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss
- Müller T. (2014): Wettbewerb und Unionsverfassung, Begründung und Begrenzung des Wettbewerbsprinzips in der europäischen Verfassung
- Müller T.B. (2014): Demokratie und Wirtschaftspolitik in der Weimarer Republik, in Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 4/2014 S. 569ff
- Münkler H./Fischer K. (2002): Gemeinwohl-Konkretisierungen und Gemeinsinn-Erwartungen im Recht, in Münkler H./ Fischer K. (Hrsg.): Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht
- v.Mutius A. (1983) Örtliche Aufgabenerfüllung, in v.Unruh G.-C./ v.Mutius A. (Hrsg): Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft: Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg-Christoph von Unruh

- Neumann P. (2007): Bürgerbegehren und Bürgerentscheid, in Mann T./ Püttner G. (Hrsg.): Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, Dritte Auflage
- Nierhaus M. (2011): Selbstverwaltungsgarantie und wirtschaftliche Betätigung, in Mann T./ Püttner G. (Hrsg.): Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, Kommunale Wirtschaft, Dritte Auflage
- Niethammer, L. (1979): Ein langer Marsch durch die Institutionen. Zur Vorgeschichte des preußischen Wohnungsgesetzes von 1918 in Niethammer L. (Hrsg.): Wohnen im Wandel – Beiträge zur Geschichte des Alltags in der bürgerlichen Gesellschaft
- Novy K. (1984): Die veralltäglichten Utopie-Richtungen genossenschaftlicher Wohnreformen in Berlin vor 1914 in Schwarz K. (Hrsg.): Die Zukunft der Metropolen, Band 1, Aufsätze
- Oebbecke J. (2003): Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, VVDStRL Bd. 62,367
- Oldenburg F. (2011): Wie Social Entrepreneurs wirken – Beobachtungen zum Sozialunternehmertum in Deutschland, in Hackenberg/Empter (Hrsg.): Social Entrepreneurship – Social Business: Für die Gesellschaft unternehmen
- Oldiges M. (1990): Zulässigkeit und Schranken kommunaler Leistungssubventionen in Ehlers, D. (Hrsg.): Kommunale Wirtschaftsförderung
- Ostrom E. (1999): Die Verfassung der Allmende
- Ossenbühl F. (1971): Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29,137
- Papier H.J. (1983): Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, in: Benda, E., Maihofer, W., Vogel, H. J. (Hrsg.): Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland
- Pielow J.-C. (2001): Grundstrukturen öffentlicher Versorgung
- Pöhlmann/Fandrich/Bloehs/Fandrich (2012): Kommentar zum GenG, 4. Auflage
- Pohl H. (1975): Wirtschaftsgeschichte Kölns im 18. und beginnenden 19. Jahrhundert, in Kellenbenz H. (Hrsg.): Zwei Jahrtausende Kölner Wirtschaft Band 2
- Pohl H. (1983): Wurzeln und Anfänge der Selbstverwaltung, dargestellt am Beispiel der Städte in v. Mutius A. (Hrsg.): Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft: Festgabe zum 70. Geburtstag von G.C. v. Unruh
- Pohl H. (1985): Kommunale Wirtschafts- und Finanzpolitik in Bayern zur Zeit der Weimarer Republik
- Polanyi K. (1944): The Great Transformation
- Poscher R. (2003): Grundrechte als Abwehrrechte
- Prange, M., Warsewa, G. (2000): Arbeit und nachhaltige Stadtentwicklung – das Handlungsfeld lokale Ökonomie, in Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (Hrsg.)

- Preuß U. K. (1990): Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates, in Sachße, C., Engelhardt, H. T. (Hrsg.): Sicherheit und Freiheit
- Priller, E., Zimmer, A. (2001): Der Dritte Sektor in Deutschland, Wachstum und Wandel
- Püttner G. (2008): Kommunale Selbstverwaltung, in Isensee J./ Kirchhof P. (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts Band VI § 144, 3. Auflage
- Putnam R. D. (1993): Making Democracy work; Civic traditions in modern Italy
- Putnam R. D. (2000): Bowling alone
- Reuter J. (2005): Verfassungsrechtliche Grundlagen des bürgerschaftlichen Engagements
- Ribhegge W. (1976): Die Systemfunktion der Gemeinden. Zur deutschen Kommunalgeschichte seit 1918, in Frey R. (Hrsg.): Kommunale Demokratie
- Rinken A. (2020): Demokratie als Organisationsform der Bürgergesellschaft
- Rixen S. (2005): Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht
- Röhl H.C. (2019): Kommunalrecht, in Schoch F. (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht
- Rössner P.R. (2021): Marx, Mercantilism and the Cameralist Path to Wealth, in Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte S. 224ff
- Rossen-Stadtfeld H. (2012): Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, in Hoffmann-Riem W., Schmidt-Aßmann E., Voßkuhle A. (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts Band 2, 2. Auflage
- Roth R. (2003): Die dunklen Seiten der Zivilgesellschaft, in Forschungsjournal NSB 2003, 59ff
- Roth W. (1994): Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum
- Rudloff W. (2007): Die kommunale Selbstverwaltung in der Weimarer Zeit, in Mann T./ Püttner G. (Hrsg.) Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, Dritte Auflage
- Rüfner W. (1967): Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft
- Runkel P/ Kiepe F. (2010): Der institutionelle Rahmen des Förderprogramms Soziale Stadt und sein Fortentwicklungsbedarf, in F. Ebert-Stiftung (Hrsg.): Das Programm Soziale Stadt, Kluge Städtebauförderung für die Zukunft der Städte
- Rupp H.H. (2004): Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in Isensee/Kirchhoff (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts Bd. 2, 3. Auflage § 31
- Saldern v. A. (1979): Kommunalpolitik und Arbeiterwohnungsbau im Deutschen Kaiserreich in Niethammer, L. (Hrsg.): Wohnen im Wandel – Beiträge zur Geschichte des Alltags in der bürgerlichen Gesellschaft
- Saldern v. A. (1985): Sozialdemokratie und kommunale Wohnungsbaupolitik in den 20er Jahren - am Beispiel von Hamburg und Wien, in Archiv für Sozialgeschichte 25 (1985), S. 183-239
- Scheuing D.H. (1982): Selbstbindungen der Verwaltung, in VVDStRL 40 (1982) S. 153ff

- Schmidt G. (1987): Frühkapitalismus und Zunftwesen. Monopolbestrebungen und Selbstverwaltung in der frühneuzeitlichen Wirtschaft. Sigmaringen: Kirchgässner, B., Naujoks E. (Hrsg.): Stadt und wirtschaftliche Selbstverwaltung
- Schmidt-Aßmann E. (1991): Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff AÖR 116 S. 329ff
- Schmidt-Aßmann E. (1993): Grundrechtswirkungen im Verwaltungsrecht, in Festschrift Redeker
- Schmidt-Aßmann E. (2001): Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, in Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht Band 2
- Schmidt-Aßmann E. (2007): Verwaltungsverfahren, in Isensee/Kirchhoff (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, § 109, 3. Auflage
- Schmidt-Leithoff (2011): Gemeindegewirtschaft im Wettbewerb
- Schmitt C. (1931): Der Hüter der Verfassung
- Schmitt C. (1965): Verfassungslehre, 4. Auflage
- Schmitt Glaeser W. (1973): Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, in VVDStRL Band 31 S. 179ff
- Schmitt Glaeser W. (2005) Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, § 38 in Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage
- Schmoll F. (1990): Schneller Wohnen in Borst/Krätke/Mayer/Roth/Schmoll (Hrsg.) Das neue Gesicht der Städte
- Schmoller G. (1922): Studien über die wirtschaftliche Politik Friedrichs des Großen und Preußens überhaupt von 1680 - 1786 in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich
- Schmoller G. (1922): Deutsches Städtewesen in alter Zeit
- Schoch F. (2011): Unmittelbare Demokratie im deutschen Kommunalrecht durch Bürgerbegehren und Bürgerentscheid, in Schliesky U./Ernst C./Schulz S.E. (Hrsg.) Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig
- Scholz R. (1967): Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen
- Scholz R. (1971): Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz
- Scholz R. (1971): Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem
- Schulze-Fielitz H. (1990): Der Einfluss von Verfassungsordnungen auf die Entstehung und Entwicklung von Staatsaufgaben, in Grimm D. (Hrsg.): Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts
- Schuppert G.F. (2001): Der moderne Staat als Gewährleistungsstaat, in Schröter E. (Hrsg.): Empirische Policy- und Verwaltungsforschung
- Schuppert G.F. (2008): Governance – auf der Suche nach Konturen eines „anerkannt uneindeutigen Begriffs“, in Schuppert G.F./ Zürn M. (Hrsg.): Governance in einer sich wandelnden Welt

- Simmel G. (1970): Grundfragen der Soziologie
- Sommerrock K. (2011): Sozialunternehmerische Geschäftsmodelle – Anreizstrategien zur Versorgung mit öffentlichen Gütern, in Hackenberg/Empter (Hrsg.): Social Entrepreneurship – Social Business: Für die Gesellschaft unternehmen
- Verhandlungen der Sozialisierungs-Kommission über die Kommunalisierung (1921), Berlin
- Verhandlungen der Sozialisierungs-Kommission über die Neuregelung des Wohnungswesens (1921) Band 1, Berlin
- Spiegel P. (2011): Social Impact Business – Soziale und ökologische Probleme unternehmerisch lösen, in Hackenberg/Empter (Hrsg.): Social Entrepreneurship – Social Business: Für die Gesellschaft unternehmen
- Stein T. (2011): Global Social Entrepreneurship – Komplement oder Konkurrenz zu Global Governance? in Hackenberg/Empter (Hrsg.): Social Entrepreneurship – Social Business: Für die Gesellschaft unternehmen
- Stepanek B. (2013): Verfassungsunmittelbare Pflichtaufgaben der Gemeinden
- Stern K./Püttner G. (1965): Die Gemeindegewirtschaft, Recht und Realität
- Stober R. (1990): Die rechtlichen Grenzen kommunaler Verschonungssubventionen und Realförderungen, in Ehlers D. (Hrsg.): Kommunale Wirtschaftsförderung
- Stober R. (2014): Zum Infrastrukturbegriff und seiner Bedeutung für Aktivitäten im Dritten Sektor, in Schmidt-Trenz H.-J. (Hrsg.): Der Dritte Sektor als Infrastrukturakteur
- Stober R./ Korte S. (2019): Öffentliches Wirtschaftsrecht-Allgemeiner Teil, 19. Auflage
- Stolleis M. (1988): Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 1. Band
- Tettinger P. (1990): Zielkonflikte staatlicher und kommunaler Wirtschaftsförderung, in Ehlers, D. (Hrsg.): Kommunale Wirtschaftsförderung
- Thaysen U. (1982): Bürger-, Staats- und Verwaltungsinitiativen
- Tischer J. (2017): Bürgerbeteiligung und demokratische Legitimation
- Tönnies F. (1920): Gemeinschaft und Gesellschaft
- Trute H.-H./Kühlers D./ Pilniok A. (2008): Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analyseinstrument, in Schuppert G.F./ Zürn M. (Hrsg.): Governance in einer sich wandelnden Welt
- Trute H.-H. (2012): Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Baer S. (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts Band 1, 2. Auflage
- Unger S. (2019) Subventions- und Beihilfenrecht (§ 8) in Schmidt R./Wollenschläger F. (Hrsg.) 5.Auflage
- Unger/Huber (2019): Öffentliches Wirtschaftsrecht, in Schoch F. (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht

- Unruh v. G.-Ch. (1981): Ursprung und Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung im frühkonstitutionellen Zeitalter. Berlin, Heidelberg: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis , Bd. 1, 2. Auflage.
- Vogt L. (2005): Das Kapital der Bürger, Theorie und Praxis zivilgesellschaftlichen Engagements
- Volkman U. (2006): Freiheit und Gemeinschaft, in Badura P. (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band 2
- Voßkuhle A. (2003): Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in VVDStRL 2003,266ff
- Waechter K. (2010): Verfassungsrechtlicher Schutz der gemeindlichen Selbstverwaltung gegen Eingriffe durch Gesetz, AöR 135 (2010) S. 327ff
- Walther U.-J., Günther S. (2004): Programmatische Überforderung? Anmerkungen zur Weiterentwicklung des Bund-Länder-Programms "Soziale Stadt", in Hanesch, W., Krüger-Conrad, K. (Hrsg): Lokale Beschäftigung und Ökonomie, Herausforderung für die "Soziale Stadt"
- Walter A. (2014): Administrative Governance
- Weber F. (2023): Auf der Welle der Deliberative(n), in JÖR 2023, 259
- Weber M. (1976): Wirtschaft und Gesellschaft, Studienausgabe
- Weck S. (2005): Quartiersökonomie im Spiegel unterschiedlicher Diskurse
- Wehler H.-U. (1974): Der Aufstieg des Organisierten Kapitalismus und Interventionsstaates in Deutschland, in Winkler H.A. (Hrsg.): Organisierter Kapitalismus, Voraussetzungen und Anfänge
- Weimer P. (2002): Die Gemeinwirtschaft in der Anfangszeit der Weimarer Republik
- Wex T. (2004): Der Nonprofit-Sektor der Organisationsgesellschaft
- Willoweit D. (2005) Deutsche Verfassungsgeschichte, 5. Auflage
- Wirsching A. (1996): Zwischen Leistungsexpansion und Finanzkrise. Kommunale Selbstverwaltung in der Weimarer Republik. In: Birke, Adolf M.; Brechtken, Magnus (Hrsg.): Kommunale Selbstverwaltung. Geschichte und Gegenwart im deutsch-britischen Vergleich
- Wissenschaftlicher Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft (1983), in Eichhorn P., Münch P. (Hrsg.): Aufgaben öffentlicher und gemeinwirtschaftlicher Unternehmen im Wandel
- Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (Hrsg./2012): Dritte Sektor-Organisationen heute: Eigene Ansprüche und ökonomische Herausforderungen
- Witt P-C (1979): Inflation, Wohnungszwangswirtschaft und Hauszinssteuer in: Niethammer, L. (Hrsg.): Wohnen im Wandel – Beiträge zur Geschichte des Alltags in der bürgerlichen Gesellschaft

- Wollmann H. (2002): Zur Doppelstruktur der lokalen Ebene: zwischen politischer Kommune und (zivil)gesellschaftlicher Gemeinde, in Haus, M. (Hrsg.): Bürgergesellschaft und soziales Kapital und lokale Politik, theoretische Analysen und empirische Befunde.
- Ziekow, J. (2020): Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Auflage
- Zielinski H. (1997): Kommunale Selbstverwaltung im modernen Staat, Bedeutung der lokalen Politikebene im Wohlfahrtsstaat
- Zimmermann C. (1991): Von der Wohnungsfrage zur Wohnungspolitik – die Reformbewegung in Deutschland 1845 – 1914