

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

---

**Band 359**

**Verfassungsrechtliche Grenzen  
der Privatisierung kommunaler Aufgaben**

**Von**

**Jürgen Grabbe**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**JÜRGEN GRABBE**

**Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung  
kommunaler Aufgaben**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 359**

# Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben

Von

Dr. Jürgen Grabbe



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten  
© 1979 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1979 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61  
Printed in Germany  
ISBN 3 428 04389 8

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit lag im Jahre 1978 der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation vor. Da das Manuskript mit Ausnahme des Kapitels über die kommunalen Sparkassen im Jahre 1977 abgeschlossen war, konnte später erschienene Literatur und Rechtsprechung nicht mehr berücksichtigt werden.

Dank gebührt allen, die diese Arbeit ermöglicht und gefördert haben, Herrn Prof. Dr. Kriele für die Betreuung der Dissertation und Herrn Ministerialrat a. D. Prof. Dr. Broermann für die Aufnahme in seine Reihe „Schriften zum Öffentlichen Recht“.

*Jürgen Grabbe*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	17
-------------------------	----

## 1. Teil

### Die Forderung nach Privatisierung

A. <i>Tätigkeitsbereiche der Gemeinden</i> .....	19
I. Beschreibung kommunaler Tätigkeit .....	19
1. Die Allzuständigkeit der Gemeinden .....	19
2. Gliederung gemeindlicher Aktivitäten .....	20
3. Die Gemeindeeinrichtungen .....	20
II. Rechtsformen kommunaler Betätigung .....	22
1. Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung .....	22
2. Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Leistungsverhältnisse..	24
3. Rechtsformen gemeindlicher Einrichtungen .....	26
a) Der kommunale Eigenbetrieb .....	27
b) Eigengesellschaften .....	28
c) Die selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt .....	31
d) Rechtlich unselbständige Anstalten .....	32
e) Sonstiges .....	32
B. <i>Die kommunalen und öffentlichen Aufgaben</i> .....	33
I. Der Begriff der öffentlichen Aufgaben .....	33
1. Die Unterscheidung von öffentlichen und staatlichen Aufgaben..	33
2. Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts .....	34
3. Gleichsetzung von staatlichen und öffentlichen Aufgaben .....	35
4. Der Umfang der öffentlichen Aufgaben .....	36
II. Der Begriff der kommunalen Aufgaben .....	38
C. <i>Der Begriff der Privatisierung</i> .....	38
I. Die Beleihung .....	38
1. Der Begriff des beleihenen Unternehmers bei Otto Mayer .....	39
2. Die Aufgabentheorie .....	39

3.	Die Rechtsstellungstheorie .....	40
4.	Sondermeinung von Herzog/Pietzner .....	40
5.	Eigene Stellungnahme .....	40
II.	Formen der Privatisierung .....	41
1.	Aufgabenerfüllung in privatrechtlichen Organisationsformen....	41
2.	Übertragung von Hilfstätigkeiten der öffentlichen Verwaltung auf Private .....	42
3.	Übertragung öffentlicher Aufgaben zur Durchführung auf Private .....	43
4.	Generelle Übertragung von Aufgaben auf Private .....	44
5.	Übertragung öffentlicher Aufgaben auf freigemeinnützige Organisationen .....	44
6.	Reglementierende Inpflichtnahme Privater .....	45
7.	Leasing .....	46
D.	<i>Gründe für eine Privatisierung</i> .....	46
I.	Der Vorwurf der Ineffizienz .....	46
1.	Fehlendes Rentabilitätsbewußtsein .....	47
2.	Fehlendes Leistungsprinzip .....	47
3.	Einfluß haushaltspolitischer Erwägungen .....	47
II.	Gefahren für die Marktwirtschaft .....	48
III.	Unterdrückung freier Initiativen .....	48

## 2. Teil

### Allgemeine verfassungsrechtliche Probleme der Privatisierung

A.	<i>Schranken für Privatisierungsmaßnahmen</i> .....	50
I.	Das Rechtsstaatsprinzip .....	50
II.	Art. 33 Abs. 4 GG .....	53
III.	Die Art. 83 ff. GG .....	55
IV.	Der Organbegriff des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG .....	56
V.	Das Sozialstaatsprinzip .....	56
1.	Die rechtliche Wirkung des Sozialstaatsprinzips .....	57
2.	Die inhaltliche Bedeutung des Sozialstaatsprinzips .....	58
a)	Allgemeine Bemerkungen .....	58
b)	Die Sicherung des sozialen Mindeststandards .....	60
	Exkurs — Der Begriff der Daseinsvorsorge .....	62

c) Sozialplanung .....	64
d) Die Kontrolle wirtschaftlicher Macht .....	65
e) Soziales Rückschrittsverbot .....	66
f) Rechtsstaat und Sozialstaat .....	66
VI. Art. 15 GG .....	67
1. Art. 15 GG als Privatisierungserschwerung .....	67
2. Der Begriff der Produktionsmittel .....	69
VII. Der Gleichheitssatz des Art. 3 GG .....	70
1. Die soziale Dimension des Gleichheitssatzes .....	70
2. Subjektiv-öffentliches Recht auf Teilhabe .....	73
a) Die Meinung Häberles .....	73
b) Andere Befürworter eines subjektiven Rechts auf Teilhabe ..	74
c) Kritik an sozialer Ausdeutung der Grundrechte .....	75
d) Entscheidung für eine differenzierte Betrachtung .....	75
aa) Originäre Teilhabe .....	77
bb) Derivative Teilhabe .....	77
cc) Beeinträchtigung eines konkretisierten Teilhaberechts durch Privatisierung .....	77
VIII. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung .....	79
1. Die inhaltliche Bedeutung der Selbstverwaltungsgarantie .....	80
a) Der Gesetzesvorbehalt in Art. 28 Abs. 2 GG .....	80
b) Der Wesensgehalt der kommunalen Selbstverwaltung .....	81
aa) Substraktionsmethode .....	82
bb) Zweckbestimmungsmethode .....	82
cc) Substanztheorie .....	82
dd) Die Frage nach den „essentialia“ der Selbstverwaltung ..	83
ee) Funktionales Selbstverwaltungsverständnis .....	84
ff) Eigene Stellungnahme .....	85
2. Die Reichweite der Selbstverwaltungsgarantie .....	86
a) Privatisierung durch Gesetz .....	86
b) Privatisierungsbeschlüsse der Gemeinde .....	87
3. Kommunale Daseinsvorsorge als Teil des Wesenskerns der Selbstverwaltung .....	90
<i>B. Grenzen öffentlicher Betätigung — Das Subsidiaritätsprinzip .....</i>	<i>92</i>
I. Allgemeines verfassungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip .....	92
1. Die rechtliche Begründung des Subsidiaritätsprinzips .....	92
2. Die Rechtsprechungsmeinung .....	96
3. Kritik der rechtlichen Begründung des Subsidiaritätsprinzips ...	96
II. Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand .....	98
III. Der außerwirtschaftliche Bereich der Daseinsvorsorge .....	100

## 3. Teil

**Die rechtlichen, politischen und sozialen Folgen der Privatisierung**

A.	<i>Rechtliche Folgen einer Privatisierung</i> .....	103
I.	Verlust an Grundrechtsschutz .....	103
	1. Geltungsbereich der Grundrechte für die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung .....	103
	a) Das Problem der Drittwirkung .....	104
	b) Die Fiskalgeltung der Grundrechte — Verwaltungsprivatrecht	107
	aa) Privatrechtlich organisierte Unternehmen der öffentlichen Hand .....	109
	bb) Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen .....	110
	2. Besondere Privatisierungsformen .....	111
	a) Übertragung kommunaler Aufgaben lediglich zur privaten Durchführung .....	111
	b) Übertragung kommunaler Aufgaben im Wege der Konzessionsvergabe .....	112
II.	Haftungsverluste .....	113
	1. Staatliche Betätigung in privatrechtlichen Formen .....	114
	2. Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Beliehene .....	116
	3. Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private lediglich zur technischen Durchführung .....	116
III.	Der Benutzungsanspruch der Gemeindegewohner .....	117
IV.	Der Öffentlichkeitsvertrag .....	120
V.	Soziale Asymmetrie .....	122
	1. Subventionierungsprobleme .....	122
	2. Entschädigungsfrage bei Rückübernahme einer Aufgabe .....	123
VI.	Monopolkontrolle .....	125
	1. Gründe für die Kommunalisierung von Wirtschaftsunternehmen mit lokalem Monopol .....	126
	2. Aktuelle Probleme der Monopolkontrolle .....	128
	3. Public Utilities .....	129
VII.	Dienst- und arbeitsrechtliche Folgen einer Privatisierung .....	130
VIII.	Besondere Pflichten im öffentlichen Dienst .....	133
IX.	Das Streikrecht der Beschäftigten .....	134
B.	<i>Steuerungsverluste der öffentlichen Hand</i> .....	135
I.	Sozial-, Bildungs- und Kultureinrichtungen .....	135

II.	Kommunale wirtschaftliche Unternehmen .....	137
1.	Allgemeine Bedeutung .....	137
2.	Umweltschutz .....	138
3.	Der Querverbund .....	139
III.	Die Gemeindegewirtschaft und das kommunale Einrichtungswesen als Ganzes .....	140
C.	<i>Soziale Folgen der Privatisierung kommunaler Aufgaben</i> .....	140
I.	Folgen für die Benutzer .....	140
II.	Folgen für die Beschäftigten .....	143

#### 4. Teil

##### **Folgerungen für die einzelnen kommunalen Aufgabenbereiche**

A.	<i>Eingriffsverwaltung</i> .....	145
I.	Materiell-rechtliche Grenzen der Privatisierung .....	145
II.	Der Vorbehalt des Gesetzes .....	146
B.	<i>Leistungsverwaltung</i> .....	148
I.	Allgemeine Grundsätze .....	148
II.	Fallgruppen einer Privatisierung kommunaler Leistungsaufgaben..	150
1.	Energie- und Wasserversorgung .....	150
a)	Privatisierung durch Gesetz .....	151
aa)	Die Bedeutung kommunaler Versorgungsunternehmen in der Versorgungswirtschaft .....	152
bb)	Die Bedeutung kommunaler Versorgungsunternehmen für die gemeindliche Selbstverwaltung .....	154
cc)	Schlußfolgerungen für die verfassungsrechtliche Stellung kommunaler Versorgungsunternehmen .....	154
b)	Privatisierung durch die Kommunen selbst .....	156
2.	Entsorgungswesen .....	159
a)	Tätigkeit Privater im Entsorgungsbereich .....	159
b)	Vorteile kommunaler Regiebetriebe .....	160
c)	Die sozialen Bedingungen für die Beschäftigten .....	161
d)	Monopolkontrolle .....	162
e)	Entsorgungsgarantie .....	163
f)	Die Selbstverwaltungsgarantie .....	163
3.	Verkehrswesen .....	164
a)	Privatisierung durch Gesetz .....	164
b)	Privatisierung durch Ratsbeschlüsse .....	165

4. Schulwesen .....	167
a) Verfassungsrechtliche Grenzen einer Privatisierung .....	167
b) Subjektiv-öffentliches Recht auf Beibehaltung einer öffentlichen Schule .....	171
5. Jugendwohlfahrt und Sozialwesen .....	172
a) Kindergartenwesen .....	172
aa) Gewerbliche private Träger .....	173
bb) Gemeinnützige Organisationen .....	174
cc) Elterninitiativen .....	174
dd) Kriterien für eine zulässige Privatisierung .....	175
ee) Subjektiv-öffentliches Recht auf Bestandserhaltung .....	175
b) Altenheime .....	176
c) Sonstige Einrichtungen der Jugendwohlfahrt und Sozialhilfe .....	177
6. Kultur und Freizeit .....	177
a) Kultureinrichtungen .....	177
b) Weiterbildungseinrichtungen .....	180
c) Freizeiteinrichtungen .....	180
7. Gesundheitswesen .....	181
8. Die kommunalen Sparkassen .....	183
9. Sonstige kommunale Einrichtungen mit Bindung an einen öffentlichen Zweck .....	187
a) Außenwerbung .....	187
b) Bestattungswesen .....	188
c) Messen .....	188
d) Stadthallen .....	188
e) Schlachthöfe .....	188
10. Historisch begründete Einrichtungen .....	190
11. Aufgaben im Zwischenbereich von Eingriffs- und Leistungsverwaltung .....	190
12. Annexaufgaben .....	191
III. Zusammenfassende Betrachtung der Leistungsverwaltung .....	192

### *5. Teil*

#### **Alternativen zur Privatisierung kommunaler Aufgaben**

I.  Verselbständigung von Verwaltungsträgern .....	195
II. Reform des Dienstrechts .....	198
<b>Zusammenfassung in Leitsätzen .....</b>	<b>199</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>203</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
AbfG	= Abfallbeseitigungsgesetz
a. F.	= alter Fassung
AfK	= Archiv für Kommunalwissenschaften
AG	= Aktiengesellschaft
AktG	= Aktiengesetz
Allg.	= Allgemeines
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis Nachschlagwerk des Bundesarbeitsgerichts
ArbG	= Arbeitsgericht
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAGE	= Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	= Bundesangestelltentarifvertrag
Bay	= Bayerisch
BayVBl	= Bayerische Verwaltungsblätter
BB	= Betriebsberater
BBG	= Bundesbeamtengesetz
BBauG	= Bundesbaugesetz
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	= Bundeshaushaltsordnung
BK	= Bonner Kommentar
BMF	= Bundesministerium der Finanzen
BMT-G	= Bundesmanteltarif für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe
BMW	= Bundesministerium für Wirtschaft
BNotO	= Bundesnotarordnung
BRRG	= Beamtenrechtsrahmengesetz
BSG	= Bundessozialgericht
BSHG	= Bundessozialhilfegesetz
BT	= Bundestag
BetrVG	= Betriebsverfassungsgesetz
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	= Baden-Württemberg

DGO	= Deutsche Gemeindeordnung
DJT	= Deutscher Juristentag
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DrS	= Drucksache
DRZ	= Deutsche Rechtszeitschrift
DSt	= Der Städtetag
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
EGKSV	= Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EigG	= Eigenbetriebsgesetz
EigVO	= Eigenbetriebsverordnung
EnWG	= Energiewirtschaftsgesetz
ESVGH	= Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg mit Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe beider Länder
EvStl	= Evangelisches Staatslexikon
EVU	= Energieversorgungsunternehmen
EWGV	= Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
GG	= Grundgesetz
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	= Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GenG	= Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GO	= Gemeindeordnung
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hess.	= Hessisch
HGO	= Hessische Gemeindeordnung
HKWP	= Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
h. M.	= herrschende Meinung
i. a.	= im allgemeinen
i. V. m.	= in Verbindung mit
JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	= Juristische Rundschau
jur.	= juristisch
JurA	= Juristische Analysen
JuS	= Juristische Schulung
JWG	= Jugendwohlfahrtsgesetz
JZ	= Juristenzeitung
KAG	= Kommunalabgabengesetz
KE	= Kommissionsbericht zur Reform der Staatshaftung
KgG	= Kindergartengesetz
KGSt	= Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinbarung
KHG	= Krankenhausfinanzierungsgesetz

KHG NW	= Krankenhausgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
KomSelbst	= Kommunal selbstverwaltungsgesetz
VerwG	
KPV	= Kommunalpolitische Vereinigung der CDU und CSU Deutschlands
KSchG	= Kündigungsschutzgesetz
KWG	= Gesetz über das Kreditwesen
LAbfG	= Landesabfallgesetz
LAG	= Landesarbeitsgericht
LBG	= Landesbeamtengesetz
LT	= Landtag
MdI	= Minister des Innern
MitbestG	= Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
Mrd.	= Milliarden
Nds.	= Niedersachsen
NDV	= Nachrichtendienst des deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge
n. F.	= neue Folge
NGO	= Niedersächsische Gemeindeordnung
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
NSpG	= Sparkassengesetz für das Land Niedersachsen
NW	= Nordrhein-Westfalen
OGU	= örtliches Gasversorgungsunternehmen
OLG	= Oberlandesgericht
ÖPNV	= Öffentlicher Personennahverkehr
ÖTV	= Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr
OVG	= Oberverwaltungsgericht
OVGE	= Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg mit Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes Nordrhein-Westfalen und des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes
PBefG	= Personenbeförderungsgesetz
RdA	= Recht der Arbeit
RE	= Referentenentwurf zur Reform des Staatshaftungsrechts
RGBI	= Reichsgesetzblatt
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RMBliV	= Ministerialblatt des Reichs- und Preußischen Ministeriums des Innern
Rh.-Pf.	= Rheinland-Pfalz
RuPrMdi	= Reichs- und Preußischer Minister des Innern
Saar	= Saarland
SchulVG	= Schulverwaltungsgesetz

SH	= Schleswig Holstein
SKV	= Staats- und Kommunalverwaltung
SpkG	= Sparkassengesetz
StabG	= Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft
StGH	= Staatsgerichtshof
TV	= Tarifvertrag
Tz.	= Textziffer
UiD	= Unionsinformationsdienst
usw.	= und so weiter
v.	= vom
v. a.	= vor allem
VBL	= Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VerfGH	= Verfassungsgerichtshof
VerwR	= Verwaltungsrecht
VerwRspr	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Sammlung obergerichtlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VG	= Verwaltungsgericht
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VGHE	= Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, des Bayerischen Dienststrafhofs und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte
VKS	= Verband kommunaler Städtereinigungsbetriebe
VKU	= Verband kommunaler Unternehmen e. V.
Vorbem.	= Vorbemerkung
VÖV	= Verband öffentlicher Verkehrsbetriebe
VPS	= Verband privater Städtereinigungsbetriebe
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VwG	= Verwaltungsgesetz
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
VwVerfG	= Verwaltungsverfahrensgesetz
WirtVerwR	= Wirtschaftsverwaltungsrecht
wiss.	= wissenschaftlich
WRV	= Weimarer Reichsverfassung
WSI-Mitteilungen	= Zeitschrift des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts des Deutschen Gewerkschaftsbundes GmbH
ZgesStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
z. T.	= zum Teil

## Einleitung

Im Zuge der Weltrezession nach der Ölkrise gerieten Bund, Länder und Gemeinden im Jahre 1975 in erhebliche Finanznot. Der wissenschaftliche Beirat beim Bundesfinanzministerium schätzte das Defizit der Gebietskörperschaften für 1975 auf 60 Mrd. DM, wovon die Hälfte nicht konjunkturbedingt, sondern Ausdruck eines strukturellen Ungleichgewichts der öffentlichen Haushalte sein sollte<sup>1</sup>. Um die öffentlichen Haushalte zu entlasten, schlug der wissenschaftliche Beirat unter anderem vor, bisher öffentlich angebotene Leistungen auf private Anbieter zu verlagern<sup>2</sup>, allerdings mit der Einschränkung, daß die Aufdeckung konkreter Fälle einer möglicherweise kostengünstigeren privaten Produktion keine leichte Aufgabe sei<sup>3</sup>. Auch der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Lage sieht in der Privatisierung öffentlicher Leistungen bzw. in der privaten Produktion öffentlicher Leistungen Einsparungsmöglichkeiten für den Staat<sup>4</sup>. Diese Anstöße seitens der Wissenschaft führten zu einer breiten öffentlichen Diskussion in der Bundesrepublik.

Die Privatisierungsdiskussion stellt den Reformtrend der frühen Siebzigerjahre in Frage; ging es doch dabei um die Ausweitung des öffentlichen Sektors, um so die kollektiven Bedürfnisse der Bevölkerung zu befriedigen. Es wird behauptet, der Staat produziere öffentliche Leistungen zu teuer (These von der öffentlichen Verschwendung) und produziere unnötig private Güter, wozu das Bildungswesen vom Kindergarten bis zur Universität gerechnet wird (These von der öffentlichen Überlastung)<sup>5</sup>. Von daher ertönt der Ruf nach Privatisierung öffentlicher Aufgaben, nach Entstaatlichung. Im Mittelpunkt des Interesses steht die Privatisierung bisher von den Gemeinden wahrgenommener Aufgaben, von der Müllabfuhr über die Energieversorgung bis zu den Planungsämtern<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Zur Lage und Entwicklung der Staatsfinanzen in der Bundesrepublik Deutschland, Bulletin Nr. 103/S. 1001 v. 16. 8. 1975.

<sup>2</sup> Wiss. Beirat beim BMF, S. 1007 ff.

<sup>3</sup> Wiss. Beirat beim BMF, S. 1008.

<sup>4</sup> Jahresgutachten 1975, BT DrS 7/4326, S. 138 f.

<sup>5</sup> So Wolfram Engels, zitiert nach Wirtschaftswoche Nr. 32 v. 1. 8. 1975, S. 16; ähnlich Engels, in: Was soll und kann der Staat noch leisten?, 15 (26 ff.).

<sup>6</sup> Ebenso Pausch, Möglichkeiten einer Privatisierung öffentlicher Unternehmen, S. 1 Fn. 1, S. 33 ff.

Es bleibt allerdings die Frage, wie eine sozial gerechte Gesellschaft geschaffen werden soll, wenn das Gemeinwohl allein privatem Soll und Haben unterworfen ist, wie das mit dem Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes zu vereinbaren ist. Die Privatisierungsdiskussion darf nicht nur unter finanz- und gesellschaftspolitischen Gesichtspunkten geführt werden. Die rechtlichen Folgen und Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben dürfen nicht außer acht gelassen werden. Dazu will die vorliegende Arbeit einen Beitrag leisten.

Es soll gefragt werden, ob sich aus dem Grundgesetz ein Bereich gebotener staatlicher Verantwortlichkeit und Tätigkeit ermitteln läßt, der einer Privatisierung entgegensteht. Auch sind die sozial- und rechtsstaatlichen Bedingungen einer zulässigen Privatisierung zu klären.

Die Untersuchung der verfassungsrechtlichen Grenzen von Privatisierungsmaßnahmen soll beschränkt sein auf die Privatisierung kommunaler Aufgaben, da diese im Mittelpunkt der Diskussion stehen. Zudem legen die spezifische Bedeutung der Gemeinden als bürgernaheste demokratische und soziale Gemeinwesen und ihre verfassungsrechtlich abgesicherte Stellung dies nahe.

Das Schwergewicht der Untersuchung liegt bei der kommunalen Leistungsverwaltung. Im Sozialstaat ist die Darbietung von Leistungen für die Bürger zur Befriedigung der kollektiven Bedürfnisse (Daseinsvorsorge) zur Hauptaufgabe der Gemeinden geworden<sup>7</sup>. Gerade gegen die umfassende Betätigung der Kommunen in diesem Bereich wenden sich die Befürworter einer Privatisierung kommunaler Aufgaben. Die Eingriffsverwaltung wird dagegen zum Teil aus der Diskussion ausgeklammert.

---

<sup>7</sup> So auch Fröhler/Oberndorfer, Die Gemeinde im Spannungsfeld des Sozialstaats, S. 11.

## 1. TEIL

### Die Forderung nach Privatisierung

#### A. Tätigkeitsbereiche der Gemeinden

Ausgangspunkt der Forderung nach Privatisierung öffentlicher Aufgaben ist die These von der Überlastung der öffentlichen Hand<sup>1</sup>. Der Staat müsse seine politische Substanz wiedergewinnen<sup>2</sup>. Es ist daher nützlich, zu Beginn der Untersuchung einen Blick auf die Tätigkeitsbereiche der Gemeinden zu werfen.

#### I. Beschreibung kommunaler Tätigkeit

##### 1. Die Allzuständigkeit der Gemeinden

Art. 28 Abs. 2 GG garantiert den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Dieser Grundsatz der gemeindlichen Allzuständigkeit (Universalität<sup>3</sup>), der seit den Reformen des Freiherrn vom Stein das deutsche Gemeinderecht beherrscht<sup>4</sup>, ist durch die Gemeindeordnungen der Länder konkretisiert worden<sup>5</sup>. Damit ist den Gemeinden das Recht zur umfassenden Pflege und Sorge für die Wohlfahrt der Gemeindeeinwohner, für die Förderung ihrer Kultur-, Sozial- und Wirtschaftsinteressen zugestanden<sup>6</sup>. Von diesem Recht haben die Gemeinden intensiv Gebrauch gemacht. Deutsche Gemeinden unterhalten Feuerwehren, betreiben eigene Wirtschaftsunternehmen zur Versorgung ihrer

<sup>1</sup> Engels, zitiert nach Wirtschaftswoche Nr. 32 v. 1. 8. 1975, S. 16.

<sup>2</sup> Fischer-Menshausen, in: Verselbständigung von Verwaltungsträgern, 51 (52 f.).

<sup>3</sup> BVerfGE 1, 167 (175) v. 20. 3. 1952; 8, 122 (134) v. 30. 7. 1958; 21, 117 (128) v. 17. 1. 1967; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 28 Rdn. 9.

<sup>4</sup> Siehe schon § 108 Preußische Städteordnung von 1808. Im Gegensatz dazu gilt im Ausland teilweise der Spezialitätsgrundsatz, nach dem den Gemeinden Aufgaben ausdrücklich zugewiesen sein müssen. Vgl. dazu v. Unruh, in: Besonderes VerwR (Hrsg. v. Münch), S. 98.

<sup>5</sup> § 2 Abs. 1 GO BW, Art. 6 Abs. 1 BayGO, § 2 HGO, § 2 NGO, § 2 GO NW, § 2 Abs. 1 GO Rh.-Pf., § 5 Abs. 1 KomSelbstVerwG Saar, § 2 Abs. 1 GO SH.

<sup>6</sup> Vgl. Kunze/Schmid/Rehm, GO BW, § 2 Erl. I, 2 u. § 1 Erl. II, 3; Kottenberg/Rehn, GO NW, § 1 Erl. II, 1; v. Loebell, GO NW, § 1 Erl. 4.