

Studien und Gutachten aus dem Institut für Staatslehre,  
Staats- und Verwaltungsrecht der Freien Universität Berlin

---

Heft 16

**Rechtliche Grenzen und  
Vorgaben für eine wirtschaftliche  
Betätigung von Kommunen  
im Bereich der gewerblichen  
Gebäudereinigung**

Von

**Markus Heintzen**



**Duncker & Humblot · Berlin**

MARKUS HEINTZEN

**Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine  
wirtschaftliche Betätigung von Kommunen  
im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung**

**Studien und Gutachten aus dem Institut für Staatslehre,  
Staats- und Verwaltungsrecht der Freien Universität Berlin**

**Heft 16**

Rechtliche Grenzen und  
Vorgaben für eine wirtschaftliche  
Betätigung von Kommunen im Bereich  
der gewerblichen Gebäudereinigung

Von

Prof. Dr. Markus Heintzen



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Heintzen, Markus:**

Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung  
von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung / von

Markus Heintzen. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999

(Studien und Gutachten aus dem Institut für Staatslehre, Staats-  
und Verwaltungsrecht der Freien Universität Berlin ; H. 16)

ISBN 3-428-09734-3

Alle Rechte vorbehalten

© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0409-1426

ISBN 3-428-09734-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☉

## **Vorwort**

Die vorliegende Untersuchung ist aus einem Rechtsgutachten hervorgegangen, das der Verfasser im Auftrag des Bundesinnungsverbandes des Gebäudereiniger-Handwerks verfaßt hat. Der Text wurde vor der Drucklegung überarbeitet und ist gemäß den alten Rechtschreibregeln geschrieben. Er befindet sich auf dem Stand vom 15. Oktober 1998

*Markus Heintzen*



# Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung .....	9
II. Die Argumente aus Privat- und Kommunalwirtschaft .....	13
1. Die privatwirtschaftliche Kritik an der Expansion der Kommunalwirtschaft .....	13
2. Rechtliche Gegenargumente der Kommunen .....	16
III. Der verfassungsrechtliche Status von privatwirtschaftlichen und kommunalen Gebäudereinigungsunternehmen .....	18
1. Privatwirtschaftliche Gebäudereinigungsunternehmen .....	19
a) Freiheitsgrundrechtlicher Status .....	19
aa) Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung .....	19
bb) Thematisch berührte Freiheitsgrundrechte .....	22
b) Kommunale Konkurrenz als Grundrechtseingriff .....	23
c) Art. 3 Abs. 1 GG .....	27
aa) Steuerrecht .....	28
bb) Unfallversicherungsrecht .....	30
cc) Vergabe- und Wettbewerbsrecht .....	31
2. Kommunale Gebäudereinigungsunternehmen .....	31
a) Kommunale Unternehmerfreiheit? .....	32
b) Art. 28 Abs. 2 Sätze 1 und 2 GG .....	35
aa) Kommunalwirtschaft als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft .....	35
bb) Die Staatsgerichtetheit von Art. 28 Abs. 2 GG .....	37
cc) Konsequenzen .....	39
c) Der öffentliche Zweck .....	42
d) Chancengleichheit von Kommunalwirtschaft und Privatwirtschaft? .....	44
e) Art. 28 Abs. 2 Satz 3, 1. Halbsatz GG .....	45
f) Das Sozialstaatsprinzip .....	46
3. Wirtschaftsverfassungsrechtlicher Vorrang der Privatwirtschaft .....	47
a) Grundrechtliche Freiheit versus gemeinwohlgebundene Verfolgung öffentlicher Zwecke .....	48
b) Handwerksförderung als Verfassungsauftrag .....	49
c) Das Bekenntnis zu einer offenen Marktwirtschaft im EG-Vertrag .....	51
IV. Kommunalwirtschaftsrechtliche Grenzen kommunaler Gebäudereinigung .....	53
1. Rechtliche Problemschwerpunkte .....	53
2. Territorialitätsprinzip, Annexstätigkeiten .....	54
3. Hilfsbetriebe .....	58
a) Ausschließlichkeit der Eigenbedarfsdeckung der Gemeinden .....	59



b) Privatrechtsform für Hilfsbetriebe .....	65
aa) Gesetzliche Beschränkungen der Formenwahlfreiheit .....	65
bb) Das wichtige Gründungsinteresse .....	71
cc) Allgemeine Beschränkungen der Verwendung von Organisationsformen des Privatrechts .....	72
dd) Keine drittsschützende Wirkung kommunalgesetzlicher „Eigengesell- schaftsfeindlichkeit“ .....	72
c) Hilfsbetriebe und wirtschaftliche Unternehmen .....	73
aa) Trennung .....	73
bb) Gemeinsamkeiten .....	73
d) Zusammenfassung .....	79
4. Wirtschaftsbetriebe .....	79
a) Begriffliche Einordnung .....	80
b) Das Kriterium des öffentlichen Zwecks .....	81
c) Das Leistungsfähigkeitsgebot des Kommunalrechts .....	86
d) Kommunalrechtliche Subsidiaritätsklauseln .....	86
5. Die Ausgestaltung privatrechtsförmiger Betriebe .....	90
6. Die Kommunalaufsicht .....	91
7. Gerichtlicher Rechtsschutz .....	93
8. Zulässige und unzulässige kommunale Gebäudereinigung .....	98
9. Vorschläge für eine Änderung des geltenden kommunalen Wirtschaftsrechts ....	100
V. Wirtschaftsrechtliche Vorgaben für die kommunale Gebäudereinigung .....	102
1. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) .....	102
a) Verstöße gegen das kommunale Wirtschaftsrecht als Verstöße gegen § 1 UWG .....	103
aa) Die 2. Blockeis-Entscheidung des Bundesgerichtshofs .....	103
bb) „Besondere Umstände“ .....	104
cc) Wettbewerbsrechtlicher Schutznormcharakter der einzelnen Vorschrif- ten des Kommunalrechts .....	107
b) Sonstige Fallgruppen unlauteren Wettbewerbs .....	110
2. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) .....	111
a) §§ 26 Abs. 2, 35 Abs. 1 und 3 GWB .....	111
b) § 22 Abs. 4 und 5 GWB .....	112
c) Kartellverbot gemäß § 1 GWB .....	113
d) Ergebnis .....	113
3. Vergaberecht .....	113
a) Kommunalrechtliche Ausschreibungspflichten .....	115
b) Europäische Vergaberichtlinien .....	117
c) Gleichbehandlungsgrundsatz .....	118
4. Beihilfenrecht (Art. 92 f. EG-Vertrag) .....	119
VI. Zusammenfassung .....	122
Literaturverzeichnis .....	125
Sachverzeichnis .....	136

## I. Einleitung

Die Frage nach rechtlichen Grenzen und Vorgaben<sup>1</sup> für eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung ist durch eine Entwicklung veranlaßt, die in neuerer Zeit bei der Reinigung kommunaler Gebäude zu beobachten ist. Diese Aufgabe wird zunehmend privatrechtlich verfaßten Gebäudereinigungsunternehmen übertragen, die mehrheitlich oder ganz kommunalen Körperschaften gehören. Solche Unternehmen übernehmen zum einen Eigenreinigungsdienste, die bislang von den Kommunen in ihren Gebäuden selbst erbracht worden sind. Zum anderen verdrängen sie privatwirtschaftliche Gebäudereinigungsunternehmen aus dem kommunalen Bereich. Dadurch verlieren diese Unternehmen in einem beträchtlichen Umfang Marktanteile bei der Reinigung kommunaler Gebäude, einem ökonomisch wichtigen Marktsegment. Kommunale Gebäudereinigungsunternehmen beschränken sich zudem nicht auf die Reinigung kommunaler Gebäude, sondern bewerben sich auch um Aufträge aus dem nicht-kommunalen Bereich (zur Zeit etwa Winterdienste oder Bürgersteigreinigung). Überdies ist der „kommunale Bereich“ nicht eindeutig zu fassen; man muß nur an die zahlreichen Eigen- und Beteiligungsgesellschaften<sup>2</sup> von Kommunen denken, z. B. Flughafen- oder Messegesellschaften. Unabhängig davon ist der Gang an den Markt „wohl der nächste Schritt“, wenn ein kommunales Gebäudereinigungsunternehmen erfolgreich ist.<sup>3</sup>

Für diese Entwicklungen gibt es auf kommunaler Seite vielfältige Gründe: das Bestreben, die Entlassung kommunaler Mitarbeiter zu vermeiden; das Bestreben, nicht kündbare Mitarbeiter zu beschäftigen<sup>4</sup>; das Bestreben, die betriebswirtschaft-

---

<sup>1</sup> Mit „Grenzen“ sind Rechtsnormen gemeint, die kommunalwirtschaftliche Betätigung verbieten, mit „Vorgaben“ Normen, die, bei grundsätzlicher Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung, deren Ausübung – insbesondere im Interesse einer Chancengleichheit privatwirtschaftlicher Konkurrenten – regeln.

<sup>2</sup> Zur Begrifflichkeit, statt vieler, *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 2. Aufl., 1997, Rn. 756 ff. Überblick über die Rechtsformalternativen bei *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 3. Aufl., 1997, S. 53 ff.

<sup>3</sup> Zitat bei *Steckert*, der städtetag 1996, 283 (I. Sp.); ferner S. 282 (I. Sp.); taktische Variante, um Frieden mit der Kommunalaufsicht zu schließen. Beispiel: die Gebäudemanagement GmbH Innovatio in Düsseldorf (Deutsches Handwerk report. Organ des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks, Heft 5/98, S. 16; Dialog Handwerk 2/98, hrsg. vom Nordrhein-Westfälischen Handwerkstag, Anhang 2 (S. 19 ff.), ferner Rheinische Post vom 17. 6. 1998). Allgemein *Cronauge* (Fn. 2), Rn. 769a.

<sup>4</sup> Siehe etwa den Artikel: Die Unkündbaren: Die Universitätsverwaltung kann ihren Personalstamm nicht verkleinern und bietet nun Dienstleistungen an, in: Berliner Zeitung vom

lichen Nachteile des öffentlichen Dienstes durch Organisationsprivatisierung von Reinigungsdiensten zu vermeiden; das Bestreben, angesichts leerer Kassen Kosten für privatwirtschaftliche Gebäudereinigung zu sparen und vielleicht sogar Gewinne zu erwirtschaften; das Bestreben, neue Betätigungsfelder zu erschließen, nachdem Abfallwirtschaft und Energiemarkt liberalisiert worden sind<sup>5</sup>; das Streben nach kundenfreundlichen Komplettlösungen. Die Kommunalwirtschaft befindet sich in einem Strukturwandel. In Dienstleistungsbereichen expandiert sie stark zu Lasten der Privatwirtschaft. Dies kann man bei aller Vorsicht vor solchen Aussagen festhalten, die sich im relativierenden Abstand von einigen Jahren nicht selten als Übertreibungen erweisen.

Die kommunalwirtschaftlichen Aktivitäten gehören zu einem Teil in den größeren Zusammenhang des Neuen Steuerungsmodells. Dieses Modell für eine Verwaltungsreform, konzipiert von der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung<sup>6</sup>, zielt auf eine Steigerung der Effizienz der Verwaltungsleistungen, eine stärkere Berücksichtigung der Kundeninteressen (neue Verwaltungskultur) und eine Erhöhung der Steuerungsfunktionen der Gemeindevertretung.<sup>7</sup> Das Neue Steuerungsmodell betrifft in seinem Kern zwar die Kommunalverwaltung, nicht die Kommunalwirtschaft, doch erfaßt seine betriebswirtschaftliche Programmatik letztlich beides. Wenn eine Kommune sich als Dienstleistungsunternehmen begreifen soll, wenn Fach- und Ressourcenverantwortlichkeit in einer Hand liegen und nicht mehr getrennt werden und wenn Zuschußbudgets an die Stelle von Ausgabenbudgets treten, dann liegt es nahe, daß Reinigungsdienstleistungen einer verselbständigten, durch Kontraktmanagement gesteuerten Einheit in dem kommunalen Verbund zugeordnet werden und daß diese Einheit im Sinne eines profit-center versucht, eigene Einnahmen zu erzielen.<sup>8</sup> In einem jüngst erschienenen Aufsatz zu Rechtsproblemen der Kommunalwirtschaft wird – wohl pointierend – festgestellt, daß unter den Devisen „Konkurrieren statt Privatisieren“ und

---

16. 4. 1998. Hierzu schon *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988, S. 159.

<sup>5</sup> Vgl. etwa den Artikel „Stromriese mäht auch den Rasen“ in: Saarbrücker Zeitung vom 14. 6. 1996. Verlustliste bei *Moraing*, Möglichkeiten und Grenzen des kommunalen Wirtschaftsrechts, in: Nachrichtendienst des Verbandes kommunaler Unternehmen, Folge 589, Januar 1998, S. 3 ff. – *Cronauge* in: SPD-Landtagsfraktion NRW (Hrsg.), Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, 1997, S. 24, sieht die Kommunen sogar in der Defensive, nicht in der Offensive.

<sup>6</sup> Von deren zahlreichen einschlägigen Schriften ist wohl grundlegend: Das Neue Steuerungsmodell: Begründung, Konturen, Umsetzung, Bericht 5/1993 der Kommunalen Gemeinschaftsstelle.

<sup>7</sup> Zur Stärkung des Rates durch die §§ 107 ff. GO NRW n.F. *Erichsen*, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., 1997, S. 283 ff.

<sup>8</sup> Zu einem Spannungsverhältnis zwischen Neuem Steuerungsmodell und Privatisierungs- und Verschrankungsbemühen *Badura*, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, Rechtsgutachten, 1998, S. 7 ff. („ambivalentes Gesicht“); *Hill*, BB 1997, 426. Vgl. ferner *Petri* in: Thieme (Hrsg.), Niedersächsische Gemeindeordnung, 3. Aufl., 1997, § 108 Rn. 1 und 2.

„Insourcing statt Outsourcing“ in vielen Kommunen so etwas wie Goldgräbermentalität herrsche.<sup>9</sup>

Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung ist mithin kein isoliertes Phänomen. Sie ist Teil einer auf breiter Front betriebenen Ausweitung kommunal- und staatswirtschaftlicher Betätigungsfelder. Andere Beispiele, die verdeutlichen sollen, wie weit das Spektrum der betroffenen Wirtschaftsbranchen reicht, sind öffentliche Forstdienstleistungen<sup>10</sup> und das technische Consulting<sup>11</sup>. Anzutreffen ist diese Entwicklung in größeren, kreisfreien Städten, weniger in Landkreisen und in kreisangehörigen Gemeinden.<sup>12</sup> In der vorliegenden Studie wird, zusammenfassend für diese Gebietskörperschaften, von Kommunen gesprochen.<sup>13</sup>

Das Neue Steuerungsmodell und die Expansion der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen treffen auf ein in seinen Grundzügen seit § 67 der Deutschen Gemeindeordnung von 1935 bestehendes, von Bundesland zu Bundesland leicht divergierendes, vom Gesetzgeber gelegentlich in Details modifiziertes, letztlich aber als bewährt angesehenes Kommunalwirtschaftsrecht. Friktionen erscheinen darum als unvermeidbar, zumal wenn die auf betriebswirtschaftliche Effizienz gerichteten Ansätze des Neuen Steuerungsmodells in den Dienst arbeitsmarkt- und sozialpolitischer Ziele gestellt und damit zweckentfremdet werden.

Die Kommunen gerieren sich zwar als Marktteilnehmer, werden aber ihren eigenen Prämissen untreu, wenn sie – was nicht selten geschieht – ihre Unternehmen nicht in fairem Wettbewerb gegen privatwirtschaftliche Konkurrenz antreten lassen, sondern sie bevorzugen, teils aus arbeits- und sozialpolitischen Gründen, teils aus Eigentümergeoismus. Das geht so weit, daß einzelne Kommunen Reinigungsaufträge im Sinne eines closed shop nur noch an das „eigene“ Unternehmen vergeben. Damit übergehen sie nicht nur – wie zu zeigen sein wird, rechtlich – geschützte Interessen privatwirtschaftlicher Konkurrenten, sondern auch Interessen des Steuerzahlers: Zahlreiche betriebswirtschaftliche Untersuchungen, auch solche von Rechnungshöfen, kommen nämlich zu dem Ergebnis, daß die kommunale Eigenreinigung kommunaler Gebäude in der Regel teurer ist als privatwirtschaftliche Fremdreinigung; der Abstand ist so groß, daß man bezweifeln darf, er könnte im

---

<sup>9</sup> Ehlers, DVBl. 1998, 498. Ähnlich Otting, DVBl. 1997, 1258.

<sup>10</sup> Dazu Giesen/Besgen, demnächst in: Agrarrecht 1998.

<sup>11</sup> Hierzu Unternehmerinstitut e.V., Scheinprivatisierung im Technischen Consulting, 1996.

<sup>12</sup> Wie zuvor, S. 22. Bei den Landkreisen ist als wichtigste Ausnahme im Bereich der Gebäudereinigung auf die Kreiskrankenhäuser hinzuweisen; vgl. etwa Rhein-Main-Zeitung vom 20. 12. 1997 („Facility Management“ in Klinik). Auch ansonsten sind vereinzelt Aktivitäten von Landkreisen auf dem Gebiet der gewerblichen Gebäudereinigung festzustellen; vgl. Gießener Anzeiger vom 12. 2. 1997 (Kreis Gießen) und Kreiszeitung Wesermarsch vom 17. 6. 1997 (kreiseigene Beschäftigungsförderungsgesellschaft).

<sup>13</sup> So auch eine Legaldefinition des Begriffs „Kommune“ in Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Sachsen-Anhalt.