www.kommunsense.de
Rechtsprechungs-Bekanntgaben der Verwaltungsgerichte

Oberverwaltungsgericht NRW

Beschluss vom 12.10.2004 (Az.: 15 B 1889/04)

Gemeinderecht steht der Abfallentsorgung durch eine Gemeinde im Gebiet einer anderen Gemeinde nicht entgegen

Vorinstanz:

Verwaltungsgericht Münster (Az.: 1 L 960/04)

G r ü n d e :

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag, der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO aufzugeben, es vorläufig bis zur rechtskräftigen Entscheidung über eine noch zu erhebende Unterlassungsklage zu unterlassen, abfallwirtschaftliche Tätigkeiten wie die Einsammlung und den Transport von Restmüll, Bioabfall oder Sperrmüll-Abfällen auf dem Gemeindegebiet der Beigeladenen aufzunehmen, zu Recht abgelehnt. Er ist als Antrag gemäß § 123 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) zwar zulässig, aber unbegründet.

Der Senat lässt offen, ob im vorliegenden Beschwerdeverfahren des einstweiligen Rechtsschutzes der vom Verwaltungsgericht nicht geklärte Verwaltungsrechtsweg trotz § 173 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 5 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) allgemein oder jedenfalls hier wegen des Umstandes, dass das Verwaltungsgericht über das Antragsbegehren ohne Vorabentscheidung nach § 17a Abs. 3 Satz 2 GVG entschieden hat, zu prüfen ist. Jedenfalls ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben, weil eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt (§ 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die Antragstellerin erstrebt nämlich mit der beantragten einstweiligen Anordnung eine Regelung in Bezug auf ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist für das Antragsbegehren nicht der Vergaberechtsweg gemäß § 104 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gegeben. Dieser betrifft allein Ansprüche auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren und sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind. Damit kommen für den Vergaberechtsweg von vorneherein nur Ansprüche gegen die die Vergabe betreibende Beigeladene in Betracht, nicht aber der hier geltend gemachte Anspruch gegen einen kommunalen Bieter, sich wegen eines Verbots wirtschaftlicher Betätigung aus dem Gemeindewirtschaftsrecht der im Vergabeverfahren angebotenen Tätigkeit zu enthalten.

Die Antragstellerin hat auch ein Rechtsschutzbedürfnis, das nicht wegen der Möglichkeit eines parallelen Vergabenachprüfungsverfahrens entfällt. Ein Rechtsschutzbedürfnis könnte hier nur verneint werden, wenn der Antragstellerin eine einfachere oder effektivere Möglichkeit des Rechtsschutzes zur Verfügung stünde. Es ist nicht erkennbar, warum das Vergabenachprüfungsverfahren gegenüber dem einstweiligen Rechtschutz durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit eine solche Möglichkeit sein sollte, zumal die hier geltend gemachten öffentlich- rechtlichen Schranken wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Betätigung von Kommunen primär der Beurteilung der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterliegen und für die Vergabekammern und -senate allenfalls Vorfrage sein können. Die vom Verwaltungsgericht angeführten Gründe für die vermeintliche Vorzugswürdigkeit des Vergabenachprüfungsverfahren mögen einen Anordnungsgrund für eine einstweilige Anordnung in Frage stellen, begründen aber nicht das Fehlen des nach dem Rechtsmissbrauchsverbot zu fordernden Rechtsschutzinteresses.

Schließlich ist die Antragstellerin als Wirtschaftsteilnehmerin, deren Marktinteressen durch die wirtschaftliche Betätigung der Antragsgegnerin beeinträchtigt wird, auch antragsbefugt.

Vgl. zur Reichweite des Drittschutzes OVG NRW, Beschluss vom 13. August 2003- 15 B 1137/03 -, NWVBI. 2003, 462 (464).

Die drittschützende Wirkung des Gemeindewirtschaftsrechts erstreckt sich jedenfalls auch auf nicht im Gebiet der sich wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich betätigenden Gemeinde ansässige Konkurrenten, wenn das Konkurrenzverhältnis im Geltungsbereich der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung besteht.

Der Antrag ist aber unbegründet. Die Antragstellerin hat den geltend gemachten Anordnungsanspruch, nämlich einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch aus § 107 Abs. 1 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW), nicht glaubhaft gemacht. Bei der beanstandeten beabsichtigten Sammlung von Abfällen und

deren Transport im Gebiet der Beigeladenen handelt es sich nämlich nicht um eine wirtschaftliche Betätigung im Rechtssinne, sodass sie den Schranken des § 107 Abs. 1 GO NRW nicht unterliegt.

Die der Schrankentrias dieser Vorschrift unterworfene wirtschaftliche Betätigung wird legaldefiniert durch § 107 Abs. 1 Satz 3 GO NRW als Betrieb von Unternehmen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte. Die beanstandete Tätigkeit der Antragsgegnerin erfüllt zwar der Sache nach diese Voraussetzungen. Jedoch unterfällt sie wegen § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NRW nicht dem Begriff der wirtschaftlichen Betätigung im Sinne des Gemeindewirtschaftsrechts.

Nach dieser Vorschrift gilt als wirtschaftliche Betätigung im Sinne des Abschnitts "Wirtschaftliche Betätigung und nichtwirtschaftliche Betätigung" der Gemeindeordnung nicht der Betrieb von Einrichtungen der Abfallentsorgung. Dadurch wird im Wege der Fiktion ein solcher Betrieb vollständig aus dem Anwendungsbereich der Regelungen über die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden ausgenommen, so dass er insbesondere nicht den Beschränkungen wirtschaftlicher Betätigung nach § 107 Abs. 1 GO NRW unterworfen ist. Dies mag man rechtspolitisch bedauern, so etwa Held u.a., Kommunalverfassungsrecht NRW, Loseblattsammlung (Stand: Mai 2004), vor §§ 107 ff. GO Anm. 3.2, mit der Entgegensetzung des Betriebs "einer hoch defizitären städtischen Veranstaltungshalle" als wirtschaftlicher Betätigung einerseits und der Abfallentsorgung "mit mehreren hundert Millionen DM Umsätzen und satten Gewinnen" als nichtwirtschaftlicher Betätigung andererseits, ist aber als gesetzgeberische Entscheidung hinzunehmen.

Die hier in Rede stehende beabsichtigte Tätigkeit der Antragsgegnerin über ihren Eigenbetrieb im Gebiet der Beigeladenen erfüllt die Kriterien der so nach § 107 Abs. 2 Nr. 4 privilegierten Tätigkeit. Die Sammlung von Abfällen und deren Transport im Gebiet der Beigeladenen ist ein Kernbestandteil der Abfallentsorgung (§ 5 Abs. 6 Satz 1 des Landesabfallgesetzes- LAbfG -).

Der Umstand, dass die Antragsgegnerin nicht auf eigenem Gebiet, sondern im Gebiet der Beigeladenen tätig werden will, steht der Privilegierung nicht entgegen. Eine Beschränkung der Betätigung in Bezug auf das Gebiet anderer Gemeinden sieht § 107 Abs. 3 GO NRW nur für eine wirtschaftliche Betätigung vor. Aus der fehlenden Erwähnung nichtwirtschaftlicher Betätigung in dieser Vorschrift kann nicht etwa im Umkehrschluss gefolgert werden, dass diese Betätigung außerhalb des eigenen Gemeindegebietes verboten sei. Nach der Systematik des § 107 GO NRW stellt diese Vorschrift in Absatz 1 Beschränkungen für eine wirtschaftliche Betätigung auf, von denen sie in Absatz 2 bestimmte Tätigkeitsfelder als fingiert nichtwirtschaftliche Betätigung ausnimmt. Absatz 3 erlaubt nicht etwa eine Betätigung in einem weiteren als durch die vorhergehenden Absätze gezogenen Rahmen, sondern verschärft die allgemeinen Schranken des Absatzes 1 für wirtschaftliche Betätigung außerhalb des eigenen Gemeindegebietes noch dadurch, dass zusätzlich die berechtigten Interessen der betroffenen anderen Gemeinden gewahrt sein müssen. Absatz 3 stellt sich somit als eine Verschärfung des Absatzes 1 dar, so dass aus jenem Absatz für ein Verbot der nach Absatz 2 privilegierten Tätigkeiten außerhalb des eigenen Gemeindegebietes nichts hergeleitet werden kann.

Auch kann der Ausschluss nichtwirtschaftlicher Betätigung außerhalb des eigenen Gemeindegebiets nicht aus einem vermeintlichen Ortsbezug der in Absatz 2 aufgezählten privilegierten Tätigkeiten gefolgert werden. Dafür gibt der Wortlaut keinerlei Anhalt. Richtig ist, dass es sich bei dem Privilegierungskatalog im Wesentlichen um althergebrachte kommunale Tätigkeiten der Daseinsvorsorge handelt, die ihren Ursprung in der örtlichen Gemeinschaft hatten. Es wäre jedoch geradezu widersinnig, zwar die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des eigenen Gemeindegebietes unter dem Vorbehalt der Wahrung der berechtigten Interessen der betroffenen Gemeinden zuzulassen, aber die Betätigung in den hergebrachten Kernkompetenzfeldern der Gemeinden außerhalb des eigenen Gemeindegebietes zu untersagen. Im hier in Rede stehenden Fall hieße dies, dass Privatunternehmen zwar ihre Abfallentsorgungsleistungen unbeschränkt von kommunalen, Länder- und Staatsgrenzen anbieten könnten, die Gemeinden aber bei solchen Leistungen nur auf ihrem eigenen Gebiet tätig werden könnten. Damit würde der Privilegierungskatalog des § 107 Abs. 2 GO NRW im Ergebnis zu einem Tätigkeitsbeschränkungskatalog verfälscht. Eine nichtwirtschaftliche Betätigung wie die hier in Rede stehende Abfallentsorgungstätigkeit ist in räumlicher Hinsicht - insoweit ebenso wie die wirtschaftliche Betätigung - nur insofern beschränkt, als nach § 107 Abs. 4 GO NRW eine Genehmigung erforderlich ist, soweit die Betätigung auf ausländischen Märkten stattfinden soll. Dies soll allerdings nur die Gemeinde vor einer Überspannung ihrer Betätigung schützen.

Auch ist unerheblich, dass die beabsichtigte Abfallentsorgungstätigkeit nicht der Antragsgegnerin, sondern gemäß § 5 Abs. 6 Satz 1 LAbfG der Beigeladenen obliegt. Betätigungen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist, sind nach § 107 Abs. 2 Nr. 1 GO NRW eigenständig privilegiert, so dass diese Voraussetzung nicht noch zusätzlich für die anderen Privilegierungstatbestände gefordert werden kann.

Die nichtwirtschaftliche Betätigung im Sinne des Gemeindewirtschaftsrechts unterliegt auch nach § 107 GO NRW keiner abgemilderten Beschränkung etwa in dem Sinne, dass eine die Grenzen des eigenen Gemeindegebietes überschreitende Abfallentsorgungstätigkeit jedenfalls in einem fördernden Zusammenhang mit der gebietsbezogenen Erfüllung des öffentlichen Zwecks stehen müsse, zu dem die Abfallentsorgungseinrichtung gegründet wurde.

So aber OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Juni 2002 - Verg 18/02 -, NWVBl. 2003, 192 (198 f.).

Dafür geben der Wortlaut des Gesetzes und sein erkennbarer Zweck nichts her. Der Wortlaut des Gesetzes nimmt die Abfallentsorgung eindeutig vom Begriff der wirtschaftlichen Betätigung aus und unterwirft sie daher auch nicht deren Schranken, insbesondere nicht der Voraussetzung, dass ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordern muss. Der Zweck des Ausnahmekatalogs des § 107 Abs. 2 GO NRW besteht gerade darin, die dort genannten Tätigkeiten von den Bindungen des § 107 Abs. 1 GO NRW auszunehmen. Das ist schon seit der erstmaligen Einführung von Schranken wirtschaftlicher Betätigung durch § 67 Abs. 1 der Deutschen Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935 so, der in Absatz 2 ebenfalls einen Negativkatalog von Betätigungen enthielt, die nicht als wirtschaftliche Unternehmen gelten sollten. Der Sinn des Ausnahmekataloges ist gerade die Freistellung der dort genannten Tätigkeiten von Beschränkungen, so dass in die Vorschrift keine - auch nur reduzierten - Schranken hineingelesen werden können.

Auch § 107 Abs. 2 Satz 2 GO NRW ist für die Annahme einer Begrenzung der nichtwirtschaftlichen Betätigung unergiebig.

Anders OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Juni 2002- Verg 18/02 -, NWVBl. 2003, 192 (198 f.).

Nach dieser Vorschrift sind auch Einrichtungen der nichtwirtschaftlichen Betätigung, soweit es mit ihrem öffentlichen Zweck vereinbar ist, nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten. Dies setzt keine Schranke für eine nichtwirtschaftliche Betätigung, sondern gibt nur Vorgaben dafür, unter welchen Voraussetzungen solche Einrichtungen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten sind. Der Vorschrift kann allenfalls entnommen werden, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass auch Einrichtungen der nichtwirtschaftlichen Betätigung regelmäßig einen öffentlichen Zweck verfolgen, wie es allgemein und auch hier der Fall ist, denn mit dem Eigenbetrieb (Abfallwirtschaftsbetriebe der Stadt N , B) verfolgt die Antragsgegnerin u. a. den öffentlichen Zweck und erfüllt die ihr nach § 5 Abs. 6 Satz 1 LAbfG übertragene Aufgabe, in ihrem Stadtgebiet Abfälle einzusammeln und zu den Abfallentsorgungsanlagen oder zu den Müllumschlagstationen zu transportieren. § 107 Abs. 2 Satz 2 GO NRW kann hier nicht mehr entnommen werden, als dass die Verwaltung der B nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit diesem Zweck vereinbar sein muss.

Lässt sich daher der genannten Vorschrift keine Schranke für die in Rede stehende Betätigung der Antragsgegnerin entnehmen, so kann demgegenüber zu deren Gunsten sogar festgestellt werden, dass das Gemeinderecht eine solche Betätigung - zwar nicht in privatrechtlicher, wohl aber in öffentlich-rechtlicher Form - ohne die genannte Schranke erlaubt: Nach § 23 Abs. 1 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit (GkG) können Gemeinden und Gemeindeverbände vereinbaren, dass einer der Beteiligten einzelne Aufgaben der übrigen Beteiligten in seine Zuständigkeit übernimmt oder sich verpflichtet, solche Aufgaben für die übrigen Beteiligten durchzuführen. Der Beigeladenen ist es also danach erlaubt, die ihr obliegenden Abfallentsorgungsaufgabe an die Antragsgegnerin zu delegieren oder sie mit der Durchführung zu mandatieren, unbeschadet der Frage, ob derartige öffentlich-rechtliche Vereinbarungen als öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB dem Vergaberecht unterliegen.

Vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Mai 2004 - VII-Verg 78-03 -, NWVBl. 2004, 398; zum Streitstand Boesen, Vergaberecht, § 99 Rn. 23 ff.; Eschenbruch, in: Niebuhr u.a., Kommentar zum Vergaberecht, § 99 Rn. 20 ff.

Die Rechtmäßigkeit einer solchen Delegation oder eines solchen Mandats hängt nicht davon ab, ob der Delegatar oder Mandatar mit der Übernahme oder Durchführung der Aufgabe einen von ihm mit seiner Einrichtung verfolgten öffentlichen Zweck fördert. Vielmehr liegt der Sinn dieser Möglichkeit der Aufgaben- oder Durchführungsverlagerung darin, dass durch die Tätigkeit einer leistungsfähigeren Gemeinde oder durch Tätigkeitskonzentration die Aufgabenerledigung mit dem Willen der abgebenden Gemeinde effizienter wird. Die Verfolgung des öffentlichen Zwecks der Abfallentsorgung durch die Beigeladene rechtfertigt das Tätigwerden der Antragsgegnerin. Wenn somit die Übernahme der hier in Rede stehenden Abfallentsorgungsaufgabe durch die Antragsgegnerin öffentlich-rechtlich ohne die oben genannte Schranke zulässig wäre, gibt es gemeindewirtschaftsrechtlich keinen Grund, der Antragsgegnerin mittels einer solchen Schranke ein entsprechendes privatrechtliches Angebot zu untersagen.

Anders OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Juni 2002 - Verg 18/02 -, NWVBl. 2003, 192 (199) für den Kommunalverband Ruhrgebiet.

Wenn auch das Gemeindewirtschaftsrecht für die Zulässigkeit der in Rede stehenden nichtwirtschaftlichen Betätigung - abgesehen von der Genehmigungsbedürftigkeit für Auslandsaktivitäten in § 107 Abs. 4 GO NRW - keine besonderen Schranken aufstellt, so muss sich die Tätigkeit doch an den allgemeinen Schranken messen lassen, die für eine Wirtschaftstätigkeit des Staates - auch soweit sie nur im Wege der Fiktion als nichtwirtschaftliche Betätigung qualifiziert wird - bestehen, hier solche aus dem Verfassungsrecht. Der Senat braucht aus Anlass des vorliegenden Falles diese Grenzen, die angesichts der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes,

vgl. BVerfG, Urteil vom 20. Juli 1954- 1 BvR 459/52 u.a. -, BVerfGE 4, 7 (17 f.),

und des Umstandes, dass auch die nordrhein-westfälische Landesverfassung keine bestimmte Wirtschaftsordnung vorschreibt,

vgl. Müller- Terpitz, in: Löwer/Tettinger, Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein- Westfalen, Vorbemerkungen vor Art. 24 -29a Rn. 2,

im Einzelnen streitig sind,

vgl. etwa Ronellenfitsch, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, § 84 Rn. 31 ff.; Löwer, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, WDStRL 60, 416 ff.; Berg, Die wirtschaftliche Betätigung des Staates als Verfassungsproblem, GewArch 1990, 225 (228 ff.); Ehlers, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1990, 1089 (1094 ff.),

nicht festzulegen. Denn Verfassungsrecht verbietet den Kommunen nicht, die hier in Rede stehende Abfallentsorgungstätigkeit auf dem Markt anzubieten. Das ergibt sich daraus, dass diese Tätigkeit überhaupt nur deshalb ein marktgängiges Produkt ist, weil einige Kommunen - wie hier die Beigeladene - diese Leistung, zu deren Erbringung sie gesetzlich verpflichtet sind, am Markt nachfragen statt sie selbst zu erfüllen, sich also zur Erfüllung ihrer Aufgaben Privater bedienen. Es liegt auf der Hand, dass das Verfassungsrecht die Durchführung von Staatsaufgaben, hier die Abfallentsorgung im Gebiet der Beigeladenen, dem Staat, hier in Gestalt der Antragsgegnerin, nicht verbietet.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 2 VwGO. Es erscheint nach § 162 Abs. 3 VwGO nicht billig, der Antragstellerin die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen, da diese sich nicht durch einen eigenen Antrag am Verfahren beteiligt und somit auch keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat (vgl. § 154 Abs. 3 Satz 1 VwGO). Die Streitwertentscheidung beruht auf §§ 47 Abs. l' 52 Abs. l' 53 Abs. 3 Nr. 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.