

Öffentlich oder privat? - Kommunale Organisationshoheit in der Ver- und Entsorgung

Univ.-Professor Dr. Florian Becker, LL.M. (Cambridge), Christian-Albrechts-Universität zu Kiel /

Wiss. Mitarb. Jens Ambrock, ebd.

I. Einführung

In Zeiten knapper öffentlicher Haushalte sind die kommunalen Gebietskörperschaften in Schleswig-Holstein und andersorts darauf angewiesen, Einsparungspotentiale zu erkennen und an jeder möglichen Stelle Kosten zu reduzieren. Notgedrungen wird daher vielfach das Maß kommunaler Leistungen für den Bürger immer weiter reduziert. So werden beispielsweise Jugendtreffs und Sozialstationen geschlossen, Buslinien eingestellt und die Förderung des Lokalsports, des Kulturbereichs oder der heimischen Wirtschaft verringert. Dabei handelt es sich im Einzelfall um unbequeme und unbeliebte Entscheidungen. Aus rechtlicher Sicht ergeben sich jedoch keine Probleme, soweit es sich, wie in den genannten Beispielen, um die Beschneidung von Leistungen im Rahmen freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben handelt. In diesen Bereichen kann die Gemeinde nicht nur unabhängig von Rechtsvorschriften oder Weisungen entscheiden, in welchem Umfang sie tätig ist, sondern sie kann sich auch dafür entscheiden, der Aufgabe gar nicht (mehr) nachzugehen.¹

Einer Gemeinde obliegen jedoch auch solche Aufgaben, derer sie sich selbst in größter finanzieller Not nicht entledigen kann. Diese sogenannten pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben müssen aufgrund Gesetzlicher Vorgaben, die aus ihrer besonderen Bedeutung für die Bevölkerung resultieren, zwingend erfüllt werden.² So hat jede Gemeinde etwa sicherzustellen, dass Zugang zu angemessen ausgestatteten Einrichtungen wie öffentlichen Grundschulen, Friedhöfen oder Feuerwehren besteht.³ Eine Beendigung der Leistungserbringung ist in diesen Bereichen keine Option. Dennoch existieren Einsparmöglichkeiten. Diese liegen z. B. in einem Zusammenschluss mit benachbarten Gemeinden zur gemeinsamen Erfüllung der Aufgabe.⁴

Eine andere Möglichkeit kann in der Teilprivatisierung der entsprechenden Institution liegen. Neben einmaligen Verkaufserlösen kommt dann auch die eingesparte laufende Unterhaltung dem Gemeindehaushalt zugute, wenn die Einrichtung defizitär betrieben wird. Das Entlassen der Aufgabe in die Hände Privater sollte allerdings nicht ausschließlich als Möglichkeit der Ersparnis betrachtet werden.⁵ Vielfach bietet es die Chance, dringend erforderliche Investitionen in die Infrastruktur zu

¹ Ronellenfitch, in: Hoppe/Uetritz, Handbuch kommunale Unternehmen, 2004, § 1 Rn 4; Vogelsang/Lübking/Ulbrich, Kommunale Selbstverwaltung, 3. Aufl. 2005, Rn 47.

² Ahmann, Öffentlich- und privatrechtliche Organisationsformen kommunaler Einrichtungen der Daseinsvorsorge, 2009, S. 34 f.

³ § 47 SchulG SH; § 20 Abs. 2 BestattG SH; § 2 BrSchG SH.

⁴ Bodanowitz, Organisationsformen für die kommunale Abwasserbeseitigung, 1993, S. 19 f.; Cronauge, Kommunale Unternehmen, 1992, Rn 199 ff;

⁵ Schließky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, S. 134.

ermöglichen, eine moderne und zeitgemäße Unternehmensführung zu installieren⁶ und durch eventuelle Schaffung von Wettbewerb Vorteile für die Verbraucher zu erlangen. Trotz dieser unabwiesbaren Vorteile darf Privatisierung aber auch nicht als Allheilmittel betrachtet werden. Im Einzelfall kann gerade die öffentlich-rechtliche Trägerschaft als Garant für eine qualitativ angemessene Aufgabenerfüllung erforderlich sein.⁷

II. Pflichten der Gemeinde in der Ver- und Entsorgung

Unter den Aufgaben zur Daseinsvorsorge, die die Gemeinde zu erfüllen hat,⁸ kommen der Ver- und Entsorgung herausragende Relevanz für das menschliche Zusammenleben zu. Stetiger Zugang zu sauberem Trinkwasser ist existenziell.⁹ Ohne die organisierte Ableitung und Klärung des verunreinigten Wassers und die Abfuhr und Entsorgung von Müll aller Art wäre in unserer in Siedlungen konzentrierten Gesellschaft alsbald mit dem Ausbruch von Seuchen zu rechnen. Schon aufgrund der staatlichen Schutzpflicht für Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) steht der Staat in der Pflicht, dafür zu sorgen, dass die damit verbundenen Tätigkeiten verrichtet werden.¹⁰ Auch die Versorgung mit nicht lebensnotwendigen, aber in unserer Gesellschaft inzwischen kaum wegzudenkenden Gütern wie ein Telefon- und (nicht breitbandiger) Internetzugang¹¹ oder Energie in Form einer Stromzufuhr zählen zum Gegenstand der kommunalen Daseinsvorsorge.¹²

Die verfassungsrechtliche Vorgabe der Entsorgung von Abwasser und Abfall sowie der Versorgung mit Trinkwasser hat in den einfachen Gesetzen eine weitere Konkretisierung gefunden. So hat die Abwasserbeseitigung nach § 56 S. 1 WHG i.V.m. § 30 Abs. 1 S. 1 LWG durch die Gemeinden zu erfolgen. Diese können die Aufgabe an bestimmte andere öffentlich-rechtliche Körperschaften übertragen (§ 31a Abs. 1, 3 LWG), nicht jedoch an Private. Dies bedeutet indes nicht, dass das Betreiben von Klärwerken keinen privatwirtschaftlichen Unternehmen überlassen werden darf. Bedient sich die Gemeinde nach § 56 S. 2 WHG i.V.m. § 30 Abs. 1 S. 2 LWG jedoch Dritter zur Aufgabenerfüllung, so leisten diese lediglich Verwaltungshilfe.¹³

Dass die Trinkwasserversorgung zur Daseinsvorsorge zählt, ist in § 50 Abs. 1 WHG¹⁴ explizit geregelt. Die Gemeinde kann ihrer Versorgungspflicht jedoch dadurch genügen, dass die zuständige Wasserbehörde die von Unternehmern getragene Anlagen der Wasserversorgung überwacht (§ 29 Abs. 1, 2 LWG¹⁵).

Die Aufgabe der Abfallentsorgung, die im KrW-AbfG¹⁶ umfassend im Hinblick auf Umfang und Methodik konkretisiert wird, ist in § 3 Abs. 1 LAbfWG¹⁷ den Kreisen bzw.

⁶ Gruneberg, Gemeindehaushalt 1998, 80 (84).

⁷ Weiß, LKV 2008, 200 (202 f).

⁸ Von Mutius, Jura 1982, 28 (31).

⁹ Ahmann, aaO, S. 1.

¹⁰ Ahmann, aaO, S. 3.

¹¹ § 78 Abs. 2 Nr. 1 TKG.

¹² Luch/Schulz, MMR 2009, 19 (23).

¹³ Brüning, Die Gemeinde 2010, 34.

¹⁴ Wasserhaushaltsgesetz n.F. v. 18.08.2010.

¹⁵ Landeswassergesetz Schleswig-Holstein n.F. v. 26.03.2010.

¹⁶ Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz n.F. v. 18.08.2010.

kreisfreien Städten aufgegeben. Es steht den Kreisen jedoch frei, die entsprechende Aufgabe nach § 3 Abs. 4 LAbfWG an Gemeinden, Ämter oder Zweckverbände zu übertragen. Zudem ist eine Übertragung der Bereiche der Entsorgung, die nicht die Hausmüllabfuhr betreffen, an private Entsorgungsträger bislang noch mit der Folge möglich, dass die öffentlich-rechtlichen Körperschaften von ihren entsprechenden Pflichten befreit sind (§ 15 Abs. 2 KrW-/AbfG). Dies könnte sich jedoch in naher Zukunft ändern. Im aktuellen Referentenentwurf¹⁸ für eine Novelle des Gesetzes ist zwar weiterhin die Möglichkeit der Beauftragung Dritter zur Abfallbeseitigung vorgesehen, die Verantwortlichkeit der Gemeinde endet danach hingegen erst, wenn die Entsorgung endgültig und ordnungsgemäß abgeschlossen ist (§ 22 KrWG-E).

III. Darstellung der Organisationsformen

Aus den dargestellten Gesetzen wird deutlich, dass es grundsätzlich zulässig ist, die Aufgabenerfüllung durch Dritte erledigen zu lassen. Ob die Gemeinde von dieser Option Gebrauch macht, unterliegt ihrer durch die kommunale Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG verbürgten Wahlfreiheit.¹⁹ Fällt die Entscheidung zugunsten einer öffentlich-rechtlichen Organisation aus, so kann ebenfalls aus einem breiten Katalog möglicher konkreter Organisationsformen ausgewählt werden.

1. Öffentlich-rechtliche Organisationsform

a) Regiebetrieb

Die ursprünglichste, einfachste und am nächsten an der Gemeindeverwaltung angesiedelte Form der Aufgabenerfüllung stellt der sogenannte Regiebetrieb dar. Entgegen der Bezeichnung handelt es sich hierbei nicht um einen selbständigen Betrieb, sondern um einen vollständig eingegliederten Teil der allgemeinen Gemeindeverwaltung.²⁰ Auf diese Weise ist beispielsweise die Abwasserbeseitigung der Stadt Kiel organisiert. Die Stadtentwässerung ist dort eine Abteilung des Tiefbauamtes.

b) Eigenbetrieb

Möchte man eine von der allgemeinen Verwaltung losgelöstere öffentlich-rechtliche Einrichtung schaffen, so bietet sich zunächst die Errichtung eines Eigenbetriebs i.S.d. § 106 GO SH an. Dieser verfügt zwar, wie der Regiebetrieb, über keine eigene Rechtspersönlichkeit. Seine Einnahmen und Ausgaben werden jedoch nicht im Haushaltsplan ausgewiesen. Vielmehr verfügt er als Sondervermögen über einen separaten Wirtschaftsplan.²¹ Auch Buchführung und Jahresabschluss erfolgen selbständig für den Betrieb.²² Dennoch handelt es sich um einen öffentlich-

¹⁷ Landesabfallwirtschaftsgesetz n.F. v. 01.01.2009.

¹⁸ BMU, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts, i.d.F. v. 06.08.2010, abrufbar unter <http://www.bmu.de/abfallwirtschaft/downloads/doc/45401.php>, abgerufen am 22.10.2010.

¹⁹ Brüning, Die Gemeinde 2010, 34.

²⁰ Adamska, Rechtsformen der Organisation kommunaler Interessen in gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen, 1992, S. 73.

²¹ § 12 Eigenbetriebsverordnung SH.

²² Art. 19, 20 Eigenbetriebsverordnung SH.

rechtlichen Satelliten der Gemeinde,²³ was insbesondere steuerliche Vorteile bietet.²⁴ Oftmals sind Stadtwerke als Eigenbetriebe organisiert. In diesem Fall kann es sinnvoll und unkompliziert sein, an dieses bestehende Sondervermögen Aufgaben wie die Entsorgung als weitere Sparte anzugliedern.²⁵

c) Zweckverband

Kläranlagen und andere Einrichtungen zur Ver- oder Entsorgung können aus technischen und wirtschaftlichen Gründen nur betrieben werden, wenn sie eine gewisse Mindestgröße aufweisen.²⁶ Daher ist es oft sinnvoll, wenn sich mehrere kleinere Gemeinden zusammenschließen und die von ihnen zu erfüllende Aufgabe einem Zweckverband oder einen Wasser- und Bodenverband übertragen.²⁷

d) Anstalt des öffentlichen Rechts

Eine noch relativ neue Möglichkeit der Organisation gemeindeeigener Unternehmen bietet die Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts. Die auf Gemeindeebene in § 106a GO SH parallel als Kommunalunternehmen bezeichneten Einrichtungen werden, vergleichbar mit Stiftungen, zur Erfüllung eines bestimmten öffentlichen Zwecks errichtet. Die Anstalt ist anders als eine Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht mitgliedschaftlich organisiert, sondern hat Benutzer, die auf Grundlage der Anstaltsordnung in einem Rechtsverhältnis zu ihr stehen. Die Anstaltsordnung kann wahlweise öffentlich- oder privatrechtlicher Natur sein. Hinsichtlich der darin ausgestalteten innerbetrieblichen Organisation besteht mehr Gestaltungsfreiheit als bei Regie- und Eigenbetrieb, sodass eine flexible und schlanke Struktur möglich ist.²⁸

Um Anstalten des öffentlichen Rechts handelt es sich beispielsweise bei dem Kommunalunternehmen Flensburger Friedhöfe und dem Kommunalunternehmen Theater Kiel sowie (auf Landesebene) bei dem Gebäudemanagement Schleswig-Holstein und der EDV-Dienstleistungseinrichtung Dataport.

2. Privatrechtliche Organisationsform

Die Aufgabenerfüllung kann nicht nur öffentlich-rechtlichen Einheiten, sondern auch Unternehmen des Privatrechts übertragen werden. Sämtliche Modelle des Gesellschaftsrechts wie Verein und OHG sind dabei denkbar, in der Regel wird jedoch auf die Rechtsformen der GmbH oder der AG zurückgegriffen.²⁹ Dies liegt vor allem an dem Reiz der auf das Kapital beschränkten Haftung. Hinsichtlich der Wahrung der gemeindlichen Mitwirkungs- und Einflussrechte gilt es zu bedenken, dass diese bei der GmbH im Grundsatz stärker ausgestaltet sind als bei der Aktiengesellschaft (vgl. § 76 Abs. 1 AktG).³⁰

²³ Bodanowitz, aaO, S. 8.

²⁴ Siehe unten V.2.

²⁵ Gruneberg, aaO, S. 81.

²⁶ Gruneberg, aaO, S. 82.

²⁷ Dazu ausführlich Arndt, in dieser Ausgabe.

²⁸ Lindt/Schmitz, in: Wambach, Die AöR, das Kommunalunternehmen, 2004, S. 41 (42 ff.); Uechtritz, in: Hoppe/ders., aaO, § 15 Rn 27.

²⁹ Cronauge, aaO, S. 54 ff, 61.

³⁰ Gruneberg, aaO, S. 82.

Die Gemeinde kann als Gesellschafterin gemäß §§ 45 ff. GmbHG die Geschicke der GmbH steuern. Zum einen kann sie das vollständige Kapital der Gesellschaft alleine halten; in diesem Fall spricht man von einer kommunalen Eigengesellschaft. Zum anderen kann sie sich der finanziellen Hilfe privater Investoren bedienen. Dann sollte die Gemeinde darauf Wert legen, dass ihr Eigenanteil hoch genug ist, um in den Mehrheitsentscheidungen nach § 47 Abs. 1, 2 GmbHG die Oberhand zu behalten.³¹

IV. Rechtliche Vorgaben für den Wechsel der Organisationsform

Die Entscheidung einer Gemeinde, wie sie ihre Aufgaben wahrnimmt und ob sie sich dabei der Unterstützung Privater bedient, unterliegt dem Schutzbereich der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG und ist ihr somit verfassungsrechtlich garantiert.³² Die Gemeinde hat jedoch relativ konkrete gesetzliche Vorgaben für diesen Wechsel zu beachten. Diese beschränken das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht wegen des Gesetzesvorbehalts in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG in zulässiger Weise. Auch verfassungs- und europarechtliche Einflüsse dürfen bei dem Wechsel der Organisationsform nicht außer Acht gelassen werden.

1. Einfachgesetzliche Vorgaben

Die Errichtung eines Eigenbetriebes erfolgt durch Schaffung des Sondervermögens, Erlass der Betriebssatzung und Bestellung der Werkleitung jeweils durch die Gemeindeversammlung gemäß § 5 Abs. 1 EigVO SH³³. Vergleichbar verhält es sich bei der Errichtung einer privatrechtlichen Gesellschaft wie der GmbH, indem die Gemeindeversammlung den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages beschließt, der in der Folge notariell geschlossen wird,³⁴ das erforderliche Stammkapital bereitstellt³⁵ und eine Geschäftsführung bestellt.³⁶

Die Errichtung eines Kommunalunternehmens bzw. Umwandlung aus einer der in § 106a Abs. 1 GO SH abschließend aufgezählten Organisationsform erfolgt durch Erlass einer entsprechenden Satzung einer Gemeindeversammlung oder eines Kreistages.³⁷ Diese muss mindestens Bestimmungen über Name, Sitz, Aufgaben, Organe, Stammkapital, Wirtschaftsführung, Vermögensverwaltung und Rechnungslegung enthalten.³⁸ Die Kommunalaufsichtsbehörde ist über den Satzungserlass zu informieren; eine Genehmigung ist hingegen nicht erforderlich.³⁹ Die Details über die erforderliche Organstruktur aus Vorstand und Verwaltungsrat ergeben sich aus der KUVO.⁴⁰

³¹ Zur durch unternehmerische Mitbestimmung möglichen Gefahr des Kontrollverlustes vgl. Becker, Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, 3. Aufl. 2010 (erscheint demnächst).

³² Brüning, aaO, S. 34; Erbguth/Strollmann, DÖV 1993, 798 (799); Tettinger, DÖV 1996, 764 (768).

³³ Landesverordnung über die Eigenbetriebe der Gemeinden vom 15. August 2007, GVOBl. SH S. 404.

³⁴ §§ 2 Abs. 1, 3 GmbHG.

³⁵ § 5 GmbHG.

³⁶ § 35 GmbHG.

³⁷ Arndt/Schliesky/Ziertmann, Das Kommunalunternehmen, 2003, S. 13 ff.

³⁸ § 106a Abs. 1 GO SH.

³⁹ § 106a Abs. 2 S. 4 GO SH.

⁴⁰ Landesverordnung über Kommunalunternehmen als Anstalt des öffentlichen Rechts vom 1. Dezember 2008, GVOBl. SH S. 735.

Aufgrund der zuvor dargestellten essentiellen Bedeutung der hygienischen Abwasserbeseitigung hat der Landesgesetzgeber in diesem Bereich besonders strenge Anforderungen an die Ausgliederung der Aufgabenerfüllung aus der allgemeinen Verwaltungsstruktur aufgestellt. So ist die Übertragung der Aufgabe auf andere ortsnahe öffentlich-rechtliche Einrichtungen gemäß § 31a Abs. 3 Wassergesetz SH nur zulässig, wenn dies aus Gründen des Allgemeinwohls erforderlich ist und die Kommunalaufsichtsbehörde dies genehmigt. Diese Erfordernisse ersetzen die frühere Regelung nach der nur nach einer Einzelfallgenehmigung des Innenministers das Modell des Eigenbetriebs gewählt werden durfte.⁴¹

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die Überlassung der Aufgabenerfüllung an eine andere Stelle kann die Gemeinde nicht von ihren verfassungsrechtlichen Pflichten befreien. Dazu zählt zum einen die staatliche Schutzpflicht für Leib und Leben seiner Bürger aus Art. 2 Abs. 2 GG, die eine Versorgung mit lebenswichtigen Gütern wie Trinkwasser und eine Sicherstellung eines hygienischen Umfeldes durch eine Abfall- und Abwasserbeseitigung einschließt.⁴² Hinzu treten sich aus dem Sozialstaatsprinzip ergebende Teilaspekte der gleichwertigen Lastenverteilung, der sozialen Gerechtigkeit und der Garantie des menschenwürdigen Existenzminimums,⁴³ die durch eine flächendeckende Anbindung der Bevölkerung an Ver- und Entsorgungsleistungen und durch eine soziale Preispolitik sicherzustellen sind.⁴⁴ Insofern hat die Gemeinde darauf zu achten, dass ihr an der die Aufgabe erfüllenden Institution angemessene Beteiligungsrechte bzw. entsprechende Einflussrechte zustehen, damit sie der fiskalischen Geltung der Grundrechte gerecht werden kann.

Zudem muss sie darauf eingestellt sein, nach einem Wegfall der Leistungserbringung z.B. durch Insolvenz der die Leistung erbringenden Institution, kurzfristig an deren Stelle zu treten und ihrem Verfassungsauftrag entsprechend die Bevölkerung zu versorgen. Da sie nicht die ihr obliegende Aufgabe an die Institution übertragen kann, sondern sich lediglich ihrer Hilfe bei der Durchführung bedient, bleibt die Gemeinde zur Aufgabenerfüllung auch dann verpflichtet, wenn ihr Dienstleister wegfällt.

3. Europarechtliche Vorgaben

Die europarechtlichen Vorschriften zum Wettbewerbs-⁴⁵ und Beihilferecht⁴⁶ finden gemäß Art. 106 Abs. 1 AEUV auf öffentliche Unternehmen uneingeschränkt Anwendung. Öffentliche Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift sind solche, auf die eine staatliche Gebietskörperschaft beherrschenden Einfluss ausübt.⁴⁷ Ob es sich dabei formal um einen Eigenbetrieb oder eine juristische Person des öffentlichen

⁴¹ § 101 Abs. 2 S. 2 GO SH a.F.; dazu Bodanowitz, aaO, S. 12 f.

⁴² Ahmann, aaO, S. 3.

⁴³ BVerfGE 1, 105; 5, 197; 45, 387.

⁴⁴ Cronauge, aaO, S. 96.

⁴⁵ Art. 101 ff. AEUV.

⁴⁶ Art. 107 ff. AEUV.

⁴⁷ Hoppe/Uetritz, aaO, S. 38.

oder Privatrechts handelt, ist nicht von Belang, solange die Mehrheit des Kapitals oder der Stimmen in staatlicher Hand liegt.⁴⁸

Damit ist es grundsätzlich auch Unternehmen der kommunalen Ver- und Entsorgung untersagt, die marktbeherrschende Stellung, die ihnen typischerweise regional zukommt, missbräuchlich auszunutzen (Art. 102 AEUV). Auch dürfen die Gemeinden ihnen keine unerlaubten Beihilfen zukommen lassen (Art. 107 AEUV). Dieser Begriff umfasst im Europarecht nicht nur Subventionen, sondern auch etwa Steuerbefreiungen, Bürgschaften zu Vorzugsbedingungen, die unentgeltliche oder besonders preisgünstige Überlassung von Grundstücken sowie die Übernahme von Verlusten, also allesamt Vorteile, die die das Unternehmen betreibende Gemeinde diesem häufig zubilligen möchte.

Relevant sind diese europarechtlichen Beschränkungen jedoch nur, wenn die Zwischenstaatlichkeitsklauseln der Art. 102 S. 1 a.E., 107 Abs. 1 a.E. AEUV erfüllt sind. Danach muss die sanktionierte Handlung von solcher Tragweite sein, dass sie geeignet ist, den Handel zwischen mehreren Mitgliedsstaaten der Union zu beeinträchtigen. Betreibt eine Gemeinde also lediglich ein kleines Klärwerk, ist die Gefahr eines eigenen Verstoßes gegen Art. 101 ff. AEUV gering. Bieten hingegen Stadtwerke ihre Dienste beispielsweise auch in Dänemark an, ist höchste Vorsicht geboten.

Der durch den Vertrag von Lissabon im Dezember 2009 neu gefasste Art. 14 AEUV stärkt in solchen Fällen zwar die Position der Anbieter von Diensten allgemeinen wirtschaftlichen Interesses zu Lasten des Wettbewerbsrechts. Sie bleiben jedoch abhängig von einer Einzelfallentscheidung der Wettbewerbsbehörden, die kaum prognostizierbar ist.⁴⁹ Ob auch die mit Art. 4 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 3 EUV n.F. nun erstmals im europäischen Primärrecht verankerte kommunale Selbstverwaltung die künftige Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht beeinflussen wird, kann noch nicht klar abgesehen werden. Jedoch kann eine grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit nicht mehr zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung gezählt werden, sodass die Neuregelungen in diesem Zusammenhang ohne Belang bleiben dürften.

V. Konsequenzen

Die Frage, ob die Ver- und Entsorgung öffentlich- oder privatrechtlich organisiert werden sollte, kann nur jede Gemeinde für sich anhand ihrer speziellen Bedürfnisse entscheiden. Es lassen sich jedoch generelle Vorzüge und Nachteile der Rechtsformen aufzeigen.

1. Vollstreckung von Entgelten und Gebühren

Wird der Versorgungsbetrieb in privatrechtlicher Organisationsform betrieben, kann auch das Rechtsverhältnis zu den Nutzern nur privatrechtlicher Natur sein.⁵⁰ Zur Vollstreckung des Entgeltes ist somit ein Titel erforderlich, der nach den Vorschriften der ZPO gegebenenfalls im langwierigen Gerichtsverfahren erstritten werden muss. Komfortabler ist die Festsetzung einer Gebühr per Verwaltungsakt, der bereits Titeileigenschaft besitzt und selbst dann, wenn der Betroffene Widerspruch erhebt,

⁴⁸ EuGH, Rs. C-41/90, Slg. 1991 I-1978 Tz 21 (Höfer-Elser/Macrotron); verb. Rs. C-159/91, NJW 1993, 2597 (Christian Poucet/Assurances Générales de France u.a.).

⁴⁹ Wuermeling, WiVerw 2008, 247 (251).

⁵⁰ Cronauge, aaO, S. 137.

zunächst vollstreckbar ist (§ 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO). Für diese Methode der Liquidierung ist grundsätzlich ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis erforderlich. Gemäß § 14 KAG SH⁵¹ ist es zwar theoretisch auch möglich, dass Entgelte bestimmter privatrechtlich organisierter Institutionen im Verwaltungswege vollstreckt werden. Die Praxisrelevanz dieser Norm ist jedoch gering, da die Vollstreckung im Verwaltungswege einzustellen ist, sobald der Schuldner gegen den Grund oder die Höhe der Forderung Einwendungen erhebt.⁵²

2. Steuerrechtliche Vorteile

Unternehmen des Privatrechts unterliegen auch dann, wenn sie hoheitliche Aufgaben wie die Wasserbeseitigung wahrnehmen, der uneingeschränkten Umsatz-Gewerbe- und Körperschaftssteuerpflicht.⁵³ Dies führt oftmals zu einem erhöhten Entgelt für die Verbraucher.⁵⁴ Öffentlich-rechtlich organisierte Versorgungseinrichtungen unterliegen keiner Umsatzsteuerpflicht,⁵⁵ es kann jedoch Körperschaftssteuer anfallen.⁵⁶

3. Haftungsrisiken

Regie- und Eigenbetrieb haften mangels Rechtsfähigkeit nicht aus eigenem Vermögen für ihre Verbindlichkeiten.⁵⁷ Insofern muss die Gemeinde für Verluste vollständig aufkommen. Kommunalunternehmen, GmbH und AG haften hingegen Dritten gegenüber selbständig mit ihrem Stammkapital bzw. dem Anstaltsvermögen. Während sich die Gemeinde bei einer defizitären Aufgabenerfüllung durch eine GmbH oder AG im Zuge eines Insolvenzverfahrens zunächst von den Verlusten der Gesellschaft schadlos halten kann, ist eine Insolvenz des Kommunalunternehmens ausgeschlossen,⁵⁸ sodass letztlich die Gemeinde als Träger verantwortlich bleibt. Unabhängig von der gewählten Rechtsform muss die Gemeinde jedoch wegen ihrer verfassungsrechtlichen Verpflichtung jederzeit in der Lage sein, die Aufgaben einer nicht mehr aktionsfähigen Einrichtung zur Ver- und Entsorgung zu übernehmen.

4. Verzögerung von Zahlungen

Einen besonderen Vorteil des Regie- und Eigenbetriebes bietet die Vorschrift des § 131 Abs. 1 GO, die nach § 106a Abs. 5 GO auch für das Kommunalunternehmen gilt. Danach erfordert die Zwangsvollstreckung gegen die Institution bzw. die Gemeinde grundsätzlich eine Zahlungsverfügung der Kommunalaufsichtsbehörde, deren Bearbeitung in der Regel einen Monat dauert. Auf die von der Gemeinde beherrschte GmbH oder AG ist dies nicht anwendbar.⁵⁹ Ein solcher Aufschub ist aufgrund der daraus resultierenden wirtschaftlichen Flexibilität und des Zinsvorteils an Wert nicht zu unterschätzen.⁶⁰

⁵¹ Kommunalabgabengesetz des Landes Schleswig-Holstein.

⁵² Thiem/Böttcher, Kommunalabgabengesetz Schleswig-Holstein, 12. EL 2003, § 14 KAG Rn 8.

⁵³ Gruneberg, aaO, S. 82; Hellermann, in: Hoppe/Uechtritz, aaO, S. 183; Wambach, in: ders., aaO, S. 15 (16).

⁵⁴ Bodanowitz, aaO, S. 95; Hellermann, in: Hoppe/Uechtritz, aaO, S. 183.

⁵⁵ § 3 Abs. 3 UstG.

⁵⁶ § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG.

⁵⁷ Bodanowitz, aaO, S. 95.

⁵⁸ Arndt/Schließky/Ziertmann, aaO, S. 79.

⁵⁹ Arndt/Schließky/Ziertmann, aaO, S. 79.

⁶⁰ Wolf, Anstalt des öffentlichen Rechts als Wettbewerbsunternehmen, 2002, S. 77.

5. Preisgünstige Versorgung

Der Pflicht zur flächendeckenden Versorgung wird die Gemeinde nur dann gerecht, wenn die Leistung für alle Schichten der Bevölkerung bezahlbar ist. Daher hat sie ein Modell zu wählen, das erschwingliche Preise langfristig garantiert. Handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Einrichtung, ist auch diese unmittelbar von dieser Pflicht betroffen, sodass die Betriebsführung für günstige Preisstrukturen eintreten muss. Allerdings kann gerade die offene Ausschreibung der Beteiligung den effizientesten privatwirtschaftlichen Partner mit sich bringen, sodass die Betriebskosten und damit auch die Preise langfristig sinken.⁶¹

6. Außerökonomische Ziele

Neben der Gewährleistung einer hochwertigen Versorgung zu niedrigen Preisen liegen noch weitere Ziele im Interesse der Gemeinde, die nicht im ökonomischen Bereich. Dazu zählen beispielsweise die Schaffung und der Erhalt von Arbeitsplätzen, der Umweltschutz und die auf sehr lange Dauer angelegte Versorgungssicherheit.⁶² Eine öffentlich-rechtliche Organisation innerhalb der Gemeinde bietet die Garantie, dass diese Ziele nicht außer Acht gelassen werden. Hat die Gemeinde die Stimmenmehrheit in einer privaten Gesellschaft, kann sie ebenfalls auf diese Interessen hinwirken. Minderheitenrechte, wie etwa das AktG sie vorsieht, können dies jedoch erschweren. Die Problematik begrenzter Mitbestimmung kann sich auch bei öffentlich-rechtlicher Organisationsform ergeben, ist dort aber tendenziell schwächer ausgeprägt.⁶³

Die Verfolgung außerökonomischer Ziele sollte nur Nebenzweck der wirtschaftlichen Tätigkeit sein. Führt die Gemeinde das Unternehmen nicht-wirtschaftlich und bewusst defizitär, so droht die Gefahr eines Verstoßes gegen das Beihilfeverbot aus Art. 107 AEUV.

⁶¹ Hellermann, in: Hoppe/Uechtritz, aaO, S. 182.

⁶² Gruneberg, aaO, S. 84.

⁶³ So kann die Gemeindevertretung z.B. nur über besonders bedeutsame Handlungen eines Eigenbetriebes direkt bestimmen; ansonsten kann die Werkleitung autonom agieren, solange sich nicht abgesetzt wurde (§§ 3-5 EigVO SH). Zudem ist die Mitbestimmung der einzelnen Gemeinde besonders bei Kooperationsmodellen wie dem gemeinsamen Kommunalunternehmen nach § 19b GkZ SH begrenzt.