

01/2011

# DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung in Schleswig-Holstein



## Schwerpunktthema Dokumentation des Forums „Kommunale Ver- und Entsorgung“

- *Jörg Bülow*: Erstes Forum „Recht der kommunalen Ver- und Entsorgungswirtschaft“
- *Prof. Dr. Florian Becker, Jens Ambrock*: Öffentlich oder privat? – Kommunale Organisationshoheit in der Ver- und Entsorgung
- *Reinhard Wilke*: Vergaberecht und gemeindliche Aufgabenerfüllung
- *Dr. Marius Raabe*: Wechseln oder behalten – Konzessionsvergabe bei Strom und Gas
- *Dr. Marcus Arndt*: Allein oder gemeinsam? Möglichkeiten der kommunalen Zusammenarbeit
- *Helmut Harbeck*: Drinnen oder draußen? – Entgelte für die Mitbenutzung kommunaler Anlagen durch Dritte
- *Prof. Dr. Christoph Brüning*: Wasserrechtliche Fragestellungen zur der Umsetzung der DIN 1986 Teil 30

ISSN 0340-3653 C 3168 I

61. JAHRGANG

**SHGT**  
Schleswig-Holsteinischer  
Gemeindetag

Deutscher  
Gemeindeverlag  
GmbH Kiel

# DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung  
in Schleswig-Holstein

Herausgeber Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag

63. Jahrgang · Januar 2011

## Impressum

### Schriftleitung:

Jörg Bülow  
Geschäftsführendes Vorstandsmitglied

### Redaktion:

Ute Bebensee-Biederer  
Stellv. Geschäftsführerin

### Anschrift Schriftleitung und Redaktion:

Reventlouallee 6, 24105 Kiel  
Telefon (0431) 57 00 50 50  
Telefax (0431) 57 00 50 54  
E-Mail: info@shgt.de  
Internet: www.shgt.de

### Verlag:

Deutscher Gemeindeverlag GmbH  
Jägersberg 17, 24103 Kiel  
Postfach 1865, 24017 Kiel  
Telefon (0431) 55 48 57  
Telefax (0431) 55 49 44

### Anzeigen:

W. Kohlhammer GmbH  
Anzeigenmarketing  
70549 Stuttgart  
Telefon (0711) 78 63 - 72 23  
Telefax (0711) 78 63 - 83 93  
Preisliste Nr. 32, gültig ab 1. Januar 2010.

### Bezugsbedingungen

Die Zeitschrift „Die Gemeinde“ erscheint monatlich; einmal jährlich können zwei Hefte zu einem Doppelheft zusammengefasst werden. Bezugspreis ab Verlag jährlich 79,60 € zzgl. Versandkosten. Einzelheft 9,90 € (Doppelheft 19,80 €) zzgl. Versandkosten. Abbestellungen: 6 Wochen vor Jahresende beim Verlag.  
Die angegebenen Preise enthalten die gesetzl. Mehrwertsteuer.

**Druck:** Howaldtsche Buchdruckerei, Kiel

### Satz & Gestaltung:

Reimers DTP Mediengestaltung, Wapelfeld

Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Bildmaterial übernehmen Verlag und Redaktion keine Verantwortung.  
Die Redaktion behält sich Kürzungen und Überarbeitungen vor. Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beigelegt wird.

ISSN 0340-3653

Titelbild: Winter am Nord-Ostsee-Kanal  
Foto: Hans Joachim Am Wege,  
Kiel

## Inhaltsverzeichnis

### Schwerpunktthema:

### Dokumentation des Forums „Kommunale Ver- und Entsorgung“

#### Aufsätze

Jörg Bülow  
Erstes Forum „Recht der kommunalen  
Ver- und Entsorgungswirtschaft“ ..... 2

Prof. Dr. Florian Becker, Jens Ambrock  
Öffentlich oder privat? – Kommunale  
Organisationshoheit in der Ver- und  
Entsorgung ..... 3

Reinhard Wilke  
Vergaberecht und gemeindliche  
Aufgabenerfüllung ..... 6

Dr. Marius Raabe  
Wechseln oder behalten – Konzessions-  
vergabe bei Strom und Gas ..... 10

Dr. Marcus Arndt  
Allein oder gemeinsam? Möglichkeiten  
der Kommunalen Zusammenarbeit in der  
Ver- und Entsorgungswirtschaft ..... 15

Helmut Harbeck  
Drinne oder draußen? – Entgelte für die  
Mitbenutzung kommunaler Anlagen  
durch Dritte ..... 20

Prof. Dr. Christoph Brüning  
Wasserrechtliche Fragestellungen zur der  
Umsetzung der DIN 1986 Teil 30 „Ent-  
wässerungsanlagen für Gebäude und  
Grundstücke – Instandhaltung“ ..... 22

Aus dem Landesverband ..... 26

Pressemitteilungen ..... 27

Buchbesprechungen ..... 28

**Dieser Ausgabe liegen Beilagen  
der W. Kohlhammer GmbH und  
der Bundesanzeiger Verlagsge-  
sellschaft mbH bei.**

**Wie bitten um Beachtung.**

# Erstes Forum „Recht der kommunalen Ver- und Entsorgungswirtschaft“<sup>\*</sup>

Landesgeschäftsführer Jörg Bülow, SHGT

Herzlich willkommen zu unserer Fachtagung Recht der kommunalen Ver- und Entsorgungswirtschaft. Dies ist das erste Forum „Recht der kommunalen Ver- und Entsorgungswirtschaft“, das der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag in Zusammenarbeit mit der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel anbietet.

Wir freuen uns daher über den großen Zuspruch. Ihr Kommen bestätigt uns auch darin, keine leichte Kost anzubieten. Das Programm verspricht Ihnen und uns einen harten Arbeitstag. Ich bin aber sicher, dass unsere Experten Ihnen die Themen auf lebendige Weise präsentieren werden und Sie viele sehr wichtige Informationen und Anregungen mitnehmen werden. Es wird sich lohnen!

In welchem politischen Rahmen bewegen sich unsere heutigen Themen?

Lange Zeit gab es einen Trend, die Rolle der Kommunen in der Daseinsvorsorge kleinzureden. Privatisierung war das große Schlagwort. Kommunen sollten sich auf hoheitliche Kernaufgaben konzentrieren und den Rest die freie Wirtschaft machen lassen. Doch dieses Bild währte nur kurze Zeit. Denn es entsprach nicht den Bedürfnissen und Erwartungen der Menschen. Sie verlangen ein bestimmtes Niveau an Dienstleistungen und wenn diese durch den freien Markt nicht mehr angeboten werden, wenden sich die Menschen an die Gemeinde. Sie wollen durch das örtliche Gemeinwesen organisieren, was sie brauchen. Das ist ja auch die ursprüngliche Funktion der Stadt. Dies führt zu einer Reihe von neuen Aufgaben bei der Versorgung der Menschen, denen sich die Kommunen stellen müssen.

Gleichzeitig verfügen die Kommunen über umfangreiche Ver- und Entsorgungsanlagen – vor allem für Wasser und Abwasser, die mit gigantischen Investitionen errichtet wurden und zu erhalten sind. Die Herausforderungen dabei werfen immer wieder die Frage nach der besten Organisationsform und nach möglichen Kooperationen mit Partnern auf.

Daher können wir als Trends feststellen:

1. Die Rolle der Kommunen für die Daseinsvorsorge nimmt nicht ab, sondern zu. Das zeigt sich besonders deutlich durch die neue Rolle, die Kommunen

bei Energieerzeugung (Biogas, Windkraft, Solar), Energieeffizienz, und Energieverteilung einnehmen. Kommunen sorgen aber auch für Breitbandanschlüsse ans Internet oder Post- und Einzelhandelsangebote und demnächst werden sie sich um die Erhaltung von Arztpraxen kümmern.

2. Wir haben eine Renaissance in der Betrachtung des Wertes unserer leitungsgebundenen Infrastrukturen, die als Thema derzeit große kommunalpolitische Bedeutung im ganzen Land haben. Das betrifft die Abwassernetze ebenso wie die Strom- und Gasnetze.

Zu all diesen Themen stellen sich für die kommunale Praxis immer wieder wichtige Fragen:

- welche Organisationsformen stehen mir für die Wahrnehmung meiner Aufgaben zur Verfügung?
- In welchen Rechtsformen kann ich mit anderen Kommunen zusammenarbeiten?
- Welche abgabenrechtlichen Aspekte sind bei der Organisation meiner Aufgabe zu beachten?
- Wie kann ich die Nutzung meiner gemeindlichen Anlagen durch Dritte refinanzieren?
- Unter welchen Bedingungen kann ich ohne Ausschreibung mit kommunalen Partnern zusammenarbeiten, bei welcher Beauftragung Dritter muss ich zuvor eine Ausschreibung vornehmen?
- Welche Fragen stellen sich bei der aktuellen Entscheidungen über die Strom- und Gasnetze in Schleswig-Holstein?

Gesetzgebung und Rechtsprechung entwickeln den Rechtsrahmen für unser Handeln stetig weiter. Einfacher wird es dabei selten. Aber wir wollen heute einige Pfade durch diesen Dschungel schlagen.

Warum machen wir als Gemeindetag eine solche Veranstaltung? Wir wollen den Kommunen die Gelegenheit bieten, sich zu informieren, Ideen zu gewinnen und sich miteinander auszutauschen. So wollen wir die Kommunen für ihre Aufgabenwahrnehmung stärken. Gleichzeitig wollen wir den Dialog zwischen Wissenschaft, Anwaltschaft, Justiz und Praxis stärken, um die wesentlichen Akteure zusammenzuführen.

Wir wollen Ihnen heute einen aktuellen Überblick zu den wichtigsten Rechtsfra-



Landesgeschäftsführer Bülow begrüßt das Plenum

gen bieten, mit denen sich die kommunale Ver- und Entsorgungswirtschaft zu befassen hat in den Bereichen: Gemeindefachrecht, Kommunalabgabenrecht, Konzessionsrecht, Recht der kommunalen Zusammenarbeit und Vergaberecht.

Ich freue mich sehr und bin stolz darauf, dass wir hierzu erstklassige Rechtsexperten aus Schleswig-Holstein gewinnen konnten – ich würde soweit gehen zu behaupten *die* Experten aus SH zu diesen Themen!

Ich danke daher besonders allen Referenten des heutigen Tages für ihre Mühe, nämlich

Prof. Dr. Christoph Brüning, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel  
Dr. Marcus Arndt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Kiel  
Prof. Dr. Florian Becker, CAU  
RiOVG Reinhard Wilke  
RA Dr. Marius Raabe und  
VRiOVG Helmut Harbeck

Besonders danke ich Prof. Brüning, Dr. Arndt und aus der Geschäftsstelle Frau Ute Bebensee-Biederer, Stellvertretende Geschäftsführerin des SHGT, die diese Tagung gemeinsam konzipiert und mit viel Mühe vorbereitet haben.

Für die Moderation des Tages darf ich Sie nun in die Hände von Herrn Brüning und Herrn Arndt geben.

Ich wünsche Ihnen allen einen interessanten Tag, einen lebendigen Austausch mit ihren Kollegen und nicht zuletzt: viel Spaß!

<sup>\*</sup> Die Rede von Landesgeschäftsführer Jörg Bülow war der Auftakt zur Veranstaltung „Forum der kommunalen Ver- und Entsorgungswirtschaft“ am 28.9.2010 Kiel in der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Die nachfolgenden Beiträge sind die Dokumentation der Veranstaltung.

# 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.<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup> So hat jede Gemeinde etwa sicherzustellen, dass Zugang zu angemessen ausgestatteten Einrichtungen wie öffentlichen Grundschulen, Friedhöfen oder Feuerwehren besteht.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

Eine andere Möglichkeit kann in der Teilprivatisierung der entsprechenden Institution liegen. Neben einmaligen Verkaufslösungen 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.<sup>5</sup> Vielfach bietet es die Chance, dringend erforderliche Investitionen in die Infrastruktur zu ermöglichen, eine moderne und zeitgemäße

Unternehmensführung zu installieren<sup>6</sup> und durch eventuelle Schaffung von Wettbewerbsvorteile 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.<sup>7</sup>

## II. Pflichten der Gemeinde in der Ver- und Entsorgung

Unter den Aufgaben zur Daseinsvorsorge, die die Gemeinde zu erfüllen hat,<sup>8</sup> kommen der Ver- und Entsorgung herausragende Relevanz für das menschliche Zusammenleben zu. Stetiger Zugang zu sauberem Trinkwasser ist existenziell.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> Auch die Versorgung mit nicht lebensnotwendigen, aber in unserer Gesellschaft inzwischen kaum wegzudenkenden Gütern wie ein Telefon- und (nicht breitbandiger) Internetzugang<sup>11</sup> oder Energie in Form einer Stromzufuhr zählen zum Gegenstand der kommunalen Daseinsvorsorge.<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup>

Dass die Trinkwasserversorgung zur Daseinsvorsorge zählt, ist in § 50 Abs. 1 WHG<sup>14</sup> explizit geregelt. Die Gemeinde kann ihrer Versorgungspflicht jedoch da-



Prof. Dr. Becker spricht über die kommunale Organisationshoheit

durch genügen, dass die zuständige Wasserbehörde die von Unternehmern getragene Anlagen der Wasserversorgung überwacht (§ 29 Abs. 1, 2 LWG).<sup>15</sup>

Die Aufgabe der Abfallentsorgung, die im KrW-/AbfG<sup>16</sup> umfassend im Hinblick auf Umfang und Methodik konkretisiert wird, ist in § 3 Abs. 1 LABfWG<sup>17</sup> den Kreisen bzw. 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 aktuel-

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

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

<sup>3</sup> § 47 SchulG SH; § 20 Abs. 2 BestattG SH; § 2 BrSchG SH.

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

<sup>5</sup> Schließky, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, S. 134.

<sup>6</sup> Gruneberg, Gemeindehaushalt 1998, 80 (84).

<sup>7</sup> Weiß, LKV 2008, 200 (202 f).

<sup>8</sup> Von Mutius, Jura 1982, 28 (31).

<sup>9</sup> Ahmann, aaO, S. 1.

<sup>10</sup> Ahmann, aaO, S. 3.

<sup>11</sup> § 78 Abs. 2 Nr. 1 TKG.

<sup>12</sup> Luch/Schulz, MMR 2009, 19 (23).

<sup>13</sup> Brüning, Die Gemeinde 2010, 34.

<sup>14</sup> Wasserhaushaltsgesetz n.F. v. 18.08.2010.

<sup>15</sup> Landeswassergesetz Schleswig-Holstein n.F. v. 26.03.2010.

<sup>16</sup> Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz n.F. v. 18.08.2010.

<sup>17</sup> Landesabfallwirtschaftsgesetz n.F. v. 01.01.2009.

<sup>18</sup> BMU, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts,

len Referentenentwurf<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> Auch Buchführung und Jahresabschluss erfolgen selbständig für den Betrieb.<sup>22</sup> Dennoch handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Satelliten der Gemeinde,<sup>23</sup> was insbesondere steuerliche Vorteile bietet.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup>

##### 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.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

##### 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.<sup>28</sup>

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.<sup>29</sup> 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).<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

### 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.<sup>32</sup> 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 Betriebsatzung und Bestellung der Werkleitung jeweils durch die Gemeindeversammlung gemäß § 5 Abs. 1 EigVO SH<sup>33</sup>. 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,<sup>34</sup> das erforderliche Stammkapital bereitstellt<sup>35</sup> und eine Geschäftsführung bestellt.<sup>36</sup>

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.<sup>37</sup> Diese muss mindestens Be-

i.d.F. v. 06.08.2010, abrufbar unter <http://www.bmu.de/abfallwirtschaft/downloads/doc/45401.php>, abgerufen am 22.10.2010.

<sup>19</sup> Brüning, Die Gemeinde 2010, 34.

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

<sup>21</sup> § 12 Eigenbetriebsverordnung SH.

<sup>22</sup> Art. 19, 20 Eigenbetriebsverordnung SH.

<sup>23</sup> Bodanowitz, aaO, S. 8.

<sup>24</sup> Siehe unten V.2.

<sup>25</sup> Gruneberg, aaO, S. 81.

<sup>26</sup> Gruneberg, aaO, S. 82.

<sup>27</sup> Dazu ausführlich Arndt, in dieser Ausgabe.

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

<sup>29</sup> Cronauge, aaO, S. 54 ff, 61.

<sup>30</sup> Gruneberg, aaO, S. 82.

<sup>31</sup> 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).

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

<sup>33</sup> Landesverordnung über die Eigenbetriebe der Gemeinden vom 15. August 2007, GVObI. SH S. 404.

<sup>34</sup> §§ 2 Abs. 1, 3 GmbHG.

<sup>35</sup> § 5 GmbHG.

<sup>36</sup> § 35 GmbHG.

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

stimmungen über Name, Sitz, Aufgaben, Organe, Stammkapital, Wirtschaftsführung, Vermögensverwaltung und Rechnungslegung enthalten.<sup>38</sup> Die Kommunalaufsichtsbehörde ist über den Satzungserlass zu informieren; eine Genehmigung ist hingegen nicht erforderlich.<sup>39</sup> Die Details über die erforderliche Organstruktur aus Vorstand und Verwaltungsrat ergeben sich aus der KUVO.<sup>40</sup>

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.<sup>41</sup>

## 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.<sup>42</sup> Hinzu treten sich aus dem Sozialstaatsprinzip ergebende Teilaspekte der gleichwertigen Lastenverteilung, der sozialen Gerechtigkeit und der Garantie des menschenwürdigen Existenzminimums,<sup>43</sup> die durch eine flächendeckende Anbindung der Bevölkerung an Ver- und Entsorgungsleistungen und durch eine soziale Preispolitik sicherzustellen sind.<sup>44</sup> 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-<sup>45</sup> und Beihilferecht<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> Ob es sich dabei formal um einen Eigenbetrieb oder eine juristische Person des öffentlichen oder Privatrechts handelt, ist nicht von Belang, solange die Mehrheit des Kapitals oder der Stimmen in staatlicher Hand liegt.<sup>48</sup>

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.<sup>49</sup> 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 öf-

fentlich- 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.<sup>50</sup> 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 Titeleigenschaft besitzt und selbst dann, wenn der Betroffene Widerspruch erhebt, zunächst vollstreckbar ist (§ 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO). Für diese Methode der Liquidierung ist grundsätzlich ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis erforderlich. Gemäß § 14 KAG SH<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup>

## 2. Steuerrechtliche Vorteile

Unternehmen des Privatrechts unterliegen auch dann, wenn sie hoheitliche Aufgaben wie die Wasserbeseitigung wahrnehmen, der uneingeschränkten Umsatz- Gewerbe- und Körperschaftssteuerpflicht.<sup>53</sup> Dies führt oftmals zu einem erhöhten Entgelt für die Verbraucher.<sup>54</sup> Öffentlich-rechtlich organisierte Versorgungseinrichtungen un-

<sup>38</sup> § 106a Abs. 1 GO SH.

<sup>39</sup> § 106a Abs. 2 S. 4 GO SH.

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

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

<sup>42</sup> Ahmann, aaO, S. 3.

<sup>43</sup> BVerfGE 1, 105; 5, 197; 45, 387.

<sup>44</sup> Cronauge, aaO, S. 96.

<sup>45</sup> Art. 101 ff. AEUV.

<sup>46</sup> Art. 107 ff. AEUV.

<sup>47</sup> Hoppe/Uetritz, aaO, S. 38.

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

<sup>49</sup> Wuermeling, WiVerw 2008, 247 (251).

<sup>50</sup> Cronauge, aaO, S. 137.

<sup>51</sup> Kommunalabgabengesetz des Landes Schleswig-Holstein.

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

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

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

terliegen keiner Umsatzsteuerpflicht,<sup>55</sup> es kann jedoch Körperschaftssteuer anfallen.<sup>56</sup>

### 3. Haftungsrisiken

Regie- und Eigenbetrieb haften mangels Rechtsfähigkeit nicht aus eigenem Vermögen für ihre Verbindlichkeiten.<sup>57</sup> 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,<sup>58</sup> 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 Zahlungs-

verfügung der Kommunalaufsichtsbehörde, deren Bearbeitung in der Regel einen Monat dauert. Auf die von der Gemeinde beherrschte GmbH oder AG ist dies nicht anwendbar.<sup>59</sup> Ein solcher Aufschub ist aufgrund der daraus resultierenden wirtschaftlichen Flexibilität und des Zinsvorteils an Wert nicht zu unterschätzen.<sup>60</sup>

### 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.<sup>61</sup>

### 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 Versorgungssi-

cherheit.<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup> 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.

<sup>55</sup> § 3 Abs. 3 UStG.

<sup>56</sup> § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG.

<sup>57</sup> Bodanowitz, aaO, S. 95.

<sup>58</sup> Arndt/Schließky/Ziertmann, aaO, S. 79.

<sup>59</sup> Arndt/Schließky/Ziertmann, aaO, S. 79.

<sup>60</sup> Wolf, Anstalt des öffentlichen Rechts als Wettbewerbsunternehmen, 2002, S. 77.

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

<sup>62</sup> Gruneberg, aaO, S. 84.

<sup>63</sup> 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.

## Vergaberecht und gemeindliche Aufgabenerfüllung

Reinhard Wilke, Richter am OVG Schleswig-Holstein

### I. Einführung

Das Vergaberecht hat in Deutschland eine lange Tradition: Seit 1926 gibt es Verdingungsordnungen, die Regeln für die „sparsame und wirtschaftliche“ Beschaffung – auch – der Gemeinden enthalten. Der Präsident des Deutschen Städte- und Gemeindebundes hat deshalb die Entscheidungsfreiheit der Kommunen nur auf die Frage bezogen, in welcher Organisationsform sie ihre Aufgaben erledigen. Sollte dies durch Dritte erfolgen, sei auszusprechen und „nach Vergaberecht dem günstigsten Bieter der Zuschlag zu erteilen.“<sup>1</sup> Damit wird klar zum Ausdruck gebracht, dass die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen durch Kommunen der Erfüllung ihrer Aufgaben dient. Der Beschaffungsvorgang ist mit der kommunalen Aufgabe nicht gleichzusetzen und damit auch nicht der „im Rahmen der Gesetze“ (Art. 28 Abs. 2 GG) liegenden „Organisationsfreiheit“ zuzuordnen. Zu diesen Gesetzen gehört auch das Vergaberecht. Die danach gebotene Beauftragung des

„günstigsten“ Bieters zwingt i. ü. nicht zur Suche nach dem „billigen Jakob“, vielmehr erlaubt das Vergaberecht auch die Berücksichtigung qualitativer Kriterien bei der Auftragsvergabe, etwa sozialer oder ökologischer Art.

Das seit 1999 geltende „neue“ Vergaberecht hat oberhalb bestimmter Auftragswerte einen – einklagbaren – Anspruch aller Auftragsbewerber auf Einhaltung der Vergaberegeln (§ 97 Abs. 7 GWB) eingeführt. Dies nährt möglicherweise die Tendenz, die „Gefahrenzone“ von gerichtlich überprüfbaren Auftragsvergaben möglichst klein zu halten. So wurde angenommen, dass öffentlich-rechtliche Verträge<sup>2</sup> und öffentlich-private Partnerschaften nicht ausschreibungspflichtig seien<sup>3</sup>. Es wurde auch vertreten, dass das „Vergaberegime“ zu einer verfassungsrechtlich bedenklichen Einschränkung der kommunalen Organisationshoheit führe oder interkommunale Kooperationen „verhindere“.<sup>4</sup> Die „Vergabeerleichterungen“ durch das sog. Konjunkturpaket II wurden unter-



Richter am OVG Reinhard Wilke, der Vergabe-Spezialist

<sup>1</sup> Roland Schäfer: „Daseinsvorsorge – Spielräume der Kommunen erhalten“, Redemanuskript vom 03.07.2007 (Berlin)

<sup>2</sup> Der Geltungsanspruch der europäischen Vergaberichtlinien unterscheidet nicht nach der (innerstaatlichen) Rechtsnatur eines Vertrages. Vgl. EuGH, NZ-Bau 2001, 512 (zu einem nach italienischem Recht abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen Erschließungsvertrag)

<sup>3</sup> Vgl. noch die Begründung zum Regierungsentwurf des Vergaberechtsänderungsgesetzes, BT-Drs. 13/9340, S. 15

<sup>4</sup> Landesrechnungshof Schleswig-Holstein, Prüfbermerkungen 2009, S. 83 (zu 9.5)

stützt und eine Erhöhung der (für den Rechtsschutz maßgeblichen) Schwellenwerte gefordert.<sup>5</sup> Derzeit liegen die Schwellenwerte, die eine Pflicht zur europaweiten Ausschreibung begründen, bei 4.845.000 € für Bauaufträge und 193.000 € für Lieferungs- und Dienstleistungsaufträge. Die Einführung von Regelungen zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen<sup>6</sup> oder die Einführung einer Ausschreibungspflicht für den Betrieb von Wasserversorgungsnetzen<sup>7</sup> wurde von den Kommunalverbänden abgelehnt. Das Gleiche gilt für die – von der Regierungskoalition in Berlin beabsichtigte – Erweiterung des Rechtsschutzes bei der Vergabe von Unterschwellenaufträgen.<sup>8</sup>

Nachfolgend soll für Aufträge im Bereich der Kommunen, für Vertragsverlängerungen und -änderungen sowie für Dienstleistungskonzessionen die Rechtslage näher untersucht werden, um daraus den „Rahmen der Gesetze“ näher zu bestimmen, der von den Gemeinden bei Auftragsvergaben zu beachten ist.

## II. „Freiheit“ vom Vergaberecht im „House“ und in Kooperationen

1. Ausschreibungsfrei sind alle Vorgänge, die nichts mit öffentlichen Aufträgen, wie sie in §§ 99, 100 GWB definiert sind, zu tun haben. Darunter fallen die sog. „Inhouse“-Geschäfte: Die „Vergabe“ der Straßenreinigung an den – als „Regiebetrieb“ geführten – städtischen Bauhof kann kein öffentlicher Auftrag sein, denn der Bauhof ist ein rechtlich unselbständiger Eigenbetrieb der Gemeinde (§ 1 Abs. 1, § 7 Abs. 1 EigVO). Die Gemeinde kann mit sich selbst keine Verträge schließen. Ein Vertragsschluss – im Sinne eines vergaberechtsrelevanten Auftrags – ist rechtlich nur mit einem von der Gemeinde verschiedenen Rechtsträger möglich.

2. Eine zu 100 % im (Anteils-)Eigentum der Gemeinde stehende GmbH ist – zwar – ein von der Gemeinde rechtlich zu unterscheidender Rechtsträger (vgl. § 13 GmbHG), gleichwohl ist die Beauftragung einer solchen GmbH – wie im Falle des Eigenbetriebs – vergaberechtsfrei. Grund dafür ist der – europarechtlich geprägte – funktionale Ansatz des Vergaberechts: Eine 100%ige Tochter der Gemeinde wird von dieser geführt und kontrolliert wie eine eigene Dienststelle und ist insoweit einem Eigenbetrieb vergleichbar. Anders ist dies nur, wenn die Eigengesellschaft Aufträge Dritter entgegennimmt und sich somit am Wettbewerb mit Privatunternehmen beteiligt. In diesem Fall muss sich die Eigengesellschaft ebenso wie die konkurrierenden Privatunternehmen dem Wettbewerb stellen; Aufträge können also nicht mehr vergaberechtsfrei vergeben werden.

Diese vom Europäischen Gerichtshof<sup>9</sup> entwickelten Grundsätze sind inzwischen allgemein anerkannt.<sup>10</sup> Die „Vergabefreiheit“ hängt – zusammengefasst – von zwei

Kriterien ab:

- „Kontrollkriterium“: Die Gemeinde kontrolliert die beauftragte Stelle (Eigengesellschaft) „wie eine eigene Dienststelle“. Diese Kontrolle muss die gesamte Laufzeit des Vertrages abdecken und rechtlich abgesichert sein (vgl. §§ 37 Abs. 1, 46 GmbHG; § 291 Abs. 1 AktG).
- „Wesentlichkeitskriterium“: Die beauftragte Stelle wird „im wesentlichen“ für die Gemeinde tätig. Das ist auch der

Pflichten keine nach Art. 28 Abs. 2 GG „garantierte“ Aufgabe entzogen, es wird nur die Art und Weise der Aufgabenerfüllung modifiziert.<sup>15</sup> Der Europäische Gerichtshof hat – in diesem Sinne – klargestellt, dass das nationale Recht interkommunale Kooperationen nicht von vornherein vergaberechtsfrei stellen darf.<sup>16</sup>

Die Kooperationsformen lassen sich – überblicksartig – wie folgt darstellen:

Kooperationspartner	Öffentlich-rechtlich	Privatrechtlich
Kommune- Kommune gemeinsame kommunale	Zweckverband Tätigkeiten, z. B. Strom, Gas) Anstalt Mitbenutzungsvereinbarung <sup>17</sup> Verwaltungsgemeinschaft	(im Bereich privatrechtlicher
Kommune – Eigenbetrieb Kommune – Zweckverband	- verwaltungsimtern - Zweckvereinbarung <sup>18</sup>	„Inhouse“ Umwandlung in Kapitalgesellschaft <sup>19</sup> ; Beteiligung (Beitritt) Privater <sup>20</sup>
Kommune – Kommunalunternehmen bzw. kommunale Anstalt bzw. Eigengesellschaft	Errichtung, Umwandlung von Eigenbetrieben <sup>21</sup> Beteiligung <sup>22</sup> Übertragung von Aufgaben <sup>23</sup>	Inhouse (?) Umwandlung aus Eigenbetrieb <sup>24</sup>
Kommune – Privater (ohne kommunale Beteiligung)	Mitgliedschaft im Zweckverband <sup>25</sup>	Beteiligung an Gesellschaften <sup>26</sup>
Kommunalunternehmen - Privater	--	Beteiligung an anderen (privaten) Unternehmen <sup>27</sup>

Fall, wenn sie von mehreren Gemeinden beauftragt ist und für diese tätig wird. Die Grenze der „im wesentlichen“ erfolgenden Tätigkeit wird i. d. R. umsatzbezogen ermittelt; der EuGH<sup>11</sup> hat sie bei 90 % gesehen.

Das „Kontrollkriterium“ duldet keinerlei privaten Einfluss auf die Eigengesellschaft. Auch ein geringer privater Einfluss (Beteiligung) lässt ein „Inhouse“-Geschäft ausscheiden.<sup>12</sup> Deutlicher formuliert: Die Beteiligung Privater an einer sog. (Eigen-)Gesellschaft oder an Gesellschaften, an denen eine (oder mehrere) Gemeinde(n) beteiligt sind, führt zum Verlust der Inhouse-Privilegs, also dazu, dass eine solche Gesellschaft nur im Wege einer öffentlichen Ausschreibung beauftragt werden darf. Eine Eigengesellschaft (100 %) oder überwiegend kommunal beherrschte Gesellschaft ist gem. § 98 Nr. 2 GWB selbst öffentlicher Auftraggeber, muss also die von ihr zu vergebenden Aufträge ausschreiben.<sup>13</sup>

3. Die Kooperation zwischen Gemeinden, Zweckverbänden oder Kreisen bedarf einer differenzierteren vergaberechtlichen Betrachtung:

a) Die aus Art. 28 Abs. 2 GG abgeleitete sog. „Kooperationsfreiheit“ der Kommunen<sup>14</sup> vermag nicht zu begründen, dass Kooperationen per se „vergaberechtsfrei“ bleiben. Abgesehen vom Vorrang des europäischen Gemeinschaftsrechts gegenüber dem Kommunalrecht wird den Kommunen durch vergaberechtliche

Aus vergaberechtlicher Sicht können Kooperationen als spezielle Formen der Auftragsvergabe an den Kooperationspartner verstanden werden: Die Kooperationen werden ja gerade gesucht und konzipiert, um eine bisher nicht oder nur begrenzt wahrgenommene Aufgabe künftig gemeinsam oder „durch“ einen neuen Träger,

<sup>5</sup> Brief der Kommunalen Spitzenverbände an den Bundeswirtschaftsminister vom 22.07.2010

<sup>6</sup> Stellungnahme (u. a.) des DSTGB an die EU-Kommission vom 13.07.2010

<sup>7</sup> Der Vorschlag ist im 18. Hauptgutachten der Monopolkommission enthalten; s. dazu NordÖR 2010, 347; die kommunalen Spitzenverbände haben diesen Vorschlag am 16.07.2010 abgelehnt.

<sup>8</sup> Gemeinsames Schreiben des Kommunalen Spitzenverbände an den Bundeswirtschaftsminister vom 14.07.2010

<sup>9</sup> Urt. v. 18.11.1999, C-107/98, NZBau 2000, 90 ff. („Teckal“)

<sup>10</sup> vgl. Portz, BauR 2010, 328 ff.

<sup>11</sup> Urt. v. 18.04.2007, C-295/05, ZfBR 2007, 491 („Tragba“)

<sup>12</sup> EuGH, Urt. v. 11.05.2006, C-340/04, ZfBR 2006, 496 („Carbothermo“); vgl. dazu auch OLG Düsseldorf NZBau 2004, 343

<sup>13</sup> Dies trifft z.B. auf Wirtschaftsförderungs- oder Wohnungsbaugesellschaften zu.

<sup>14</sup> Vgl. Kämper/Hesshaus, NZBau 2003, 303/304 m.w.N. bei Fn. 12

<sup>15</sup> Vgl. dazu auch Müller, VergabeR 2005, 436/445

<sup>16</sup> EuGH, Urt. v. 13.01.2005, C-84/03, NZBau 2005, 232 („Kommission ./ Königreich Spanien“)

<sup>17</sup> § 19 a Abs. 1 GkZ SH

<sup>18</sup> § 18 Abs. 1 GkZ SH

<sup>19</sup> § 17a GkZ SH,

<sup>20</sup> § 2 Abs. 2 GkZ SH

<sup>21</sup> § 106a Abs. 1 GO SH

<sup>22</sup> § 19c GkZ SH

<sup>23</sup> § 106a Abs. 3 SH GO

<sup>27</sup> § 108 Abs. 1 Nr. 1, 6 SH GO

der nach den gesetzlich zugelassenen Formen der kommunalen Zusammenarbeit<sup>28</sup> gebildet wird, zu erfüllen. Das Recht der kommunalen Zusammenarbeit und das Gemeindefinanzrecht betreten hier einen Grenzbereich zum Vergaberecht.

b) Zweckverbandsgründung

Die Gründung von Zweckverbänden, deren Mitglieder ausschließlich aus Gemeinden bestehen, ist ebenso vergaberechtsfrei wie die (delegierende<sup>29</sup>) Übertragung einer Aufgabe auf solche Verbände.<sup>30</sup> Das (o. g.) Kontrollkriterium wird in diesen Fällen durch eine gemeinsame Kontrolle mehrerer Gemeinden erfüllt. Auch das Wesentlichkeitskriterium ist in Bezug auf alle beteiligten Gemeinden zu prüfen.

Die Vergaberechtsfreiheit geht erst verloren, wenn der Zweckverband im Umfang von mehr als 10 % seiner Tätigkeit für „Besteller“ außerhalb seines kommunalen Mitgliederkreises tätig wird. Die Vergaberechtsfreiheit entfällt außerdem, wenn ein Privater als Mitglied in den Zweckverband aufgenommen wird (§ 2 Abs. 2 S. 2 GkZ SH). Bringt der Private den Auftrag „mit“ seinem Verbandsbeitritt ein, gelten die Grundsätze, die in der Vergaberechtsprechung für Anteilsveräußerungen bzw. für die Gründung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen entwickelt worden sind<sup>31</sup>: Dann ist von einer in das Gewand des Zweckverbandsrecht eingekleideten – ausschreibungspflichtigen – Vergabe auszugehen. Für ein gemeinsames Kommunalunternehmen (§ 19 b GkZ SH), an dem ein privat-öffentlicher Zweckverband beteiligt ist, gilt Entsprechendes.

c) Organisationsakte

Reine Organisationsakte sind vergaberechtsfrei, wenn eine bestehende, eigene Aufgabe der Gemeinde auf einen anderen Träger mit der Wirkung übertragen wird, dass dieser die volle (öffentlich-rechtliche) Zuständigkeit zur Aufgabenwahrnehmung erhält. In diesem Fall einer echten Aufgabendelegation ist Vergaberecht nicht anwendbar, weil es um die Verteilung von Verwaltungskompetenzen und Verantwortlichkeiten, nicht dagegen um die Erfüllung bestehender Aufgaben durch einen anderen geht.

d) delegierende Übertragungen

Die „befreiende“ Übertragung einer Aufgabe von einer Kommune auf eine andere Kommune, die – im verwaltungsrechtlichen Sinne – den Übergang der Aufgabenzuständigkeit und -verantwortung zur Folge hat, ist wie ein Organisationsakt (oben c) zu beurteilen. Die Ansicht, auch delegierende Zuständigkeitsübertragungen seien ausschreibungspflichtig<sup>32</sup>, hat sich nicht durchgesetzt.<sup>33</sup> Eine Ausschreibungspflicht besteht in diesen Fällen nicht.

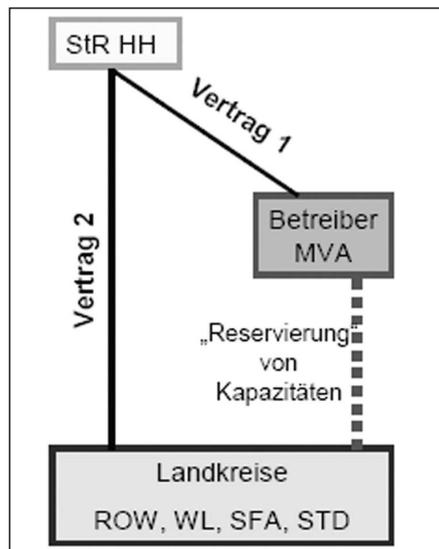
e) mandatierende Übertragung

Geht es demgegenüber darum, dass eine Gemeinde (bei Beibehaltung ihrer Zuständigkeit und Aufgabenverantwortung) allein die Ausführung bzw. Erfüllung ihrer Aufgabe auf einen Dritten überträgt, liegt ein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag vor.

Dies gilt auch dann, wenn der „Übertragungsempfänger“ eine andere Gemeinde oder ein Zweckverband ist. Die Beauftragung mit der Ausführung bzw. Erfüllung ist in diesem Falle als „mandatierende“ Übertragung ein ausschreibungspflichtiger Dienstleistungsauftrag.<sup>34</sup> Wird die Übertragung mit dem Recht verbunden, den Wert der (Dienst-)Leistung durch die Erhebung von Entgelten o. ä. von Dritten zu „vermarkten“, liegt eine Dienstleistungskonzession vor (s. dazu unten IV).

In seinem Urteil vom 09.06.2009<sup>35</sup> hat sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) nochmals mit der Frage beschäftigt, ob eine interkommunale Kooperation dem Vergaberecht unterfällt. Es ging um einen Vertrag zwischen einer Stadtreinigungs-GmbH und vier Landkreisen über die Kosten der Müllverbrennung und deren Aufteilung zwischen den Kreisen. Die Müllverbrennung als solche war – zuvor – in einem Vertrag zwischen der Stadtreinigungs-GmbH (StR) und der Betreibergesellschaft der Müllverbrennungsanlage (MVA) geregelt worden.

Der EuGH hat die Ansicht der Europä-



schen Kommission, die den Vertrag zwischen der Stadtreinigungs-GmbH und den vier Landkreisen für ausschreibungspflichtig hielt, verworfen; die Frage, ob der Vertrag der Stadtreinigungs-GmbH mit dem MVA-Betreiber ausschreibungspflichtig war, war vom EuGH nicht zu entscheiden. Der Vertrag mit den Landkreisen regelt nur die Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften im Rahmen der Abfallentsorgung, die im Sinne der Abfallrahmenrichtlinie<sup>36</sup> liege. Geregelt werde nur die Verteilung der MVA-Kosten auf die vier Kreise ausgehend von der vereinbarten Kapazität. Dies beeinträchtigt den freien Dienstleistungsverkehr nicht. Die Zusam-

menarbeit öffentlicher Stellen zur gemeinsamen Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben könne den freien Dienstleistungsverkehr und die Eröffnung eines unverfälschten Wettbewerbs in allen Mitgliedstaaten nicht in Frage stellen, solange „die Umsetzung dieser Zusammenarbeit nur durch ... Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen, und der ... Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessen gewährleistet wird, so dass kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber.“<sup>37</sup> Ausschreibungsfrei ist – m. a. W. – ein Vertrag, der allein die Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften regelt und ohne Beteiligung von Privaten abgeschlossen wird.

III. Vertragsverlängerungen

Im Bereich der sog. „Daseinsvorsorge“ werden in der Praxis häufig langjährige Verträge abgeschlossen, die unterschiedlich konzipierte Verlängerungsklauseln enthalten. So kann z. B. die Vertragsverlängerung für einen vorab bestimmten Zeitraum „automatisiert“ werden, wenn nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt gekündigt wird. Dem Vertragspartner kann auch eine Option auf Vertragsverlängerung zu gleichen oder zu neu zu vereinbarenden Konditionen eingeräumt werden oder es kann ein aufschiebend befristeter Verlängerungsvertrag mit vorab festgelegten Konditionen abgeschlossen werden. Vergaberechtlich stellt sich die Frage, ob die Vertragsverlängerung – jeweils – als neuer ausschreibungspflichtiger Auftrag anzusehen ist.

Auszugehen ist zunächst davon, dass schon eine (über-)lange Vertragslaufzeit gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit verstoßen kann.<sup>38</sup> Für Konzessionsverträge ist gem. § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG die Vertragslaufzeit auf 20 Jahre begrenzt. Bei Vertragsänderungen ist zwischen Vertragsverlängerungen oder (sonstigen) Vertragsänderungen zu unter-

<sup>28</sup> § 2 Abs. 2 GkZ SH

<sup>29</sup> § 102 Abs. 1 GO SH

<sup>30</sup> § 106a Abs. 1 S. 2 SH GO

<sup>31</sup> S. §§ 2 ff., 18, 19 b ff. GkZ SH: Zweckverband, Vereinbarung (öffentlich-rechtliche Beauftragung), gemeinsame Kommunalunternehmen; ferner: öffentlich-öffentliche Partnerschaft (Gesellschaften)

<sup>32</sup> S. u. d)

<sup>33</sup> EuGH, Urt. v. 13.11.2008, C-324/07, NZBau 2009, 54 – Coditel Brabant; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.06.2006, VII Verg 17/06, NZBau 2006, 662; s. dazu bereits Portz, Die Gemeinde, 2005, 151 ff./156

<sup>34</sup> OLG Brandenburg, Beschl. v. 03.08.2001, VergabeR 2002, 45/46; Ziekow/Siegel, VerwArch 2005, 119/132

<sup>35</sup> OLG Naumburg NZBau 2006, 58; krit. dazu Düsterdiek, NZBau 2006, 618/620 (zu IV.2); zum Fall „Hinter“ (vom EuGH nicht entschieden) s. Bauer, ZfBR 2006, 446/449 (zu IV.)

<sup>36</sup> vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2006, 662 – zu einer Zweckverbandsgründung

<sup>37</sup> OLG Frankfurt/M. NZBau 2004, 692 ff.; OLG Düsseldorf NZBau 2004, 398 ff.

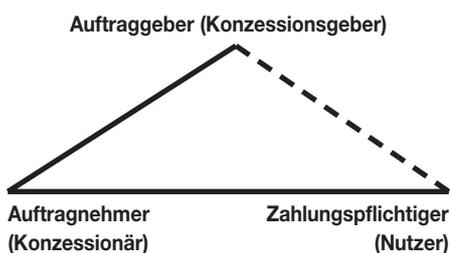
<sup>38</sup> Rs. C-480/06, NZBau 2009, 527 („Stadtreinigung Hamburg“)

scheiden, die den bisherigen Vertrag inhaltlich ändern und Vertragsverlängerungen, die nur in zeitlicher Hinsicht wirken. Änderungen eines öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer sind als Neuvergabe des Auftrags anzusehen, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen lassen. Die Wesentlichkeit ist aus wettbewerblicher Perspektive zu beurteilen: Hätten die geänderten Bedingungen die die Zulassung bzw. Beauftragung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter erlaubt, ist von einer Ausschreibungspflicht auszugehen.<sup>39</sup> Bei inhaltlichen Änderungen ist dies etwa für die Erweiterung eines Abfallentsorgungsauftrags um die „blaue Tonne“<sup>40</sup> oder in Bezug auf die sog. PPK-Fraktion<sup>41</sup> entschieden worden. Die Leistungserweiterung kam hier bei wertender Betrachtung wirtschaftlich dem Neuausschluss eines Vertrages gleich.<sup>42</sup> Auch zeitliche Änderungen können sich bei der (gebotenen) wirtschaftlichen Betrachtungsweise als Neuvergabe darstellen. Dies ist etwa für die übereinstimmende Aufhebung der Kündigung eines Vertrages mit der Folge einer Vertragsverlängerung<sup>43</sup> sowie für eine durch „Protokollnotiz“ erfolgte Verlängerung einer Vereinbarung auf unbestimmte Zeit<sup>44</sup> entschieden worden. Im Einzelnen ist die dazu entwickelte Vertragspraxis noch zu analysieren. Von einer ausschreibungspflichtigen Vergabe wird – im Regelfall – immer dann auszugehen sein, wenn die zeitliche und/oder inhaltliche Änderung zu wesentlich anderen Vertragsmerkmalen führt und den Vertragsparteien Veranlassung geben kann, über wichtige Vertrags-teile neu zu verhandeln.<sup>45</sup>

#### IV. Dienstleistungskonzessionen

Dienstleistungskonzessionen (DLK) sind eine besondere Form (öffentlicher) Aufträge. Sie sind in Art. 1 Nr. 4 der europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie als Verträge definiert, die „von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“

Eine DLK lässt sich als Dreiecksverhältnis abbilden:



Im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer erfolgt die (eigentliche) Leistungserbringung. Die „übliche“ Entgeltabrede wird durch eine Konzessionierung ersetzt. Diese kann öffentlich-rechtlich (Auftragnehmer erhält durch Beleihung die hoheitliche Befugnis zur Gebührenerhebung) oder privatrechtlich (Auftragnehmer kann auf der Grundlage einer Abtretung oder Einziehungsermächtigung Zahlungen vom Nutzer verlangen) erfolgen. Der Auftragnehmer trägt ein wirtschaftliches Risiko (des Leistungsabsatzes, der Gewinnerzielung u. a. m.).<sup>46</sup> Der Nutzer steht mit dem Auftraggeber häufig in einer öffentlich-rechtlichen Beziehung, die ihm eine Berechtigung oder einen Anspruch auf die (Be-)Nutzung vermittelt. Dienstleistungskonzessionen unterfallen nicht dem Anwendungsbereich des EG-Vergaberechts (Art. 17 VKR 2004/18/EG), sind danach also nach den Regeln der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG nicht ausschreibungspflichtig.<sup>47</sup> Allerdings hat der EuGH mehrfach hervorgehoben, dass für ihre Vergabe die allgemeinen Regeln des EU-Vertrages (jetzt: AEUV) gelten.<sup>48</sup>

In der Praxis kommen Dienstleistungskonzessionen häufiger vor, als sie – als solche – wahrgenommen werden. Beispiele sind Verträge im Bereich der Straßenwerbung<sup>49</sup> oder von sog. Betreibermodellen (z. B. für Parkplätze<sup>50</sup>, öff. Toilettenanlagen<sup>51</sup>, Kläranlagen<sup>52</sup>, Trinkwasserversorgungsanlagen<sup>53</sup> oder Kindertagesstätten<sup>54</sup>), beim Breitbandkabelbetrieb<sup>55</sup>, bestimmten Auftragsformen an Rettungsdienststräger<sup>56</sup> sowie sozialrechtliche Vergütungsvereinbarungen<sup>57</sup>. Das – als Wesensmerkmal der DLK hervorgehobene – Element des beim Auftragnehmer (Konzessionär) liegenden wirtschaftlichen Risikos ist auch gegeben, wenn die (zahlungspflichtigen) Nutzer aufgrund eines Anschluss- und Benutzungszwangs an die Leistungen des Auftragnehmers „gebunden“ sind; es verbleibt hier noch das Betriebsrisiko und das Entgeltausfallrisiko.<sup>58</sup>

Die für DLK geltenden Vorgaben des EG-Vertrages (AEUV) erfordern nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>59</sup> die Beachtung des Transparenzgebots und des Diskriminierungsverbots. Es gilt hier der Schwellenwert ab 193.000 € entsprechend, denn dieser markiert die „Binnenmarktrelevanz“ einer Dienstleistungskonzession. Erforderlich und ratsam ist deshalb die rechtzeitige europaweite Bekanntmachung der Absicht einer Konzessionsvergabe sowie der Vergabekriterien<sup>60</sup>. Ein förmliches Vergabeverfahren nach (EG-)VOL/A ist wegen Art. 17 der Vergabekoordinierungsrichtlinie zwar nicht erforderlich, doch muss – zumindest – die Vergabeabsicht (in überregionalen Tageszeitungen, im Internet) bekannt gegeben werden. Weiter müssen zu Beginn des Vergabeverfahrens die Verfahrensregeln

(in Anlehnung an die VOL/A) definiert werden. Insgesamt müssen die bekannt gemachten Informationen über die Vergabe der Dienstleistungskonzession einem potentiellen Auftragsinteressenten genügen Informationen bieten, damit dieser über eine Angebotsabgabe entscheiden kann. Die Einhaltung der allgemeinen Anforderungen des EG-Vertrages an Transparenz und Diskriminierungsfreiheit (Gleichbehandlung) sind gerichtlich nachprüfbar. Der Rechtsweg ist von der Rechtsnatur des Auftragsverhältnisses und der Konzessionierung abhängig; bei Betreibermodellen sind die Verwaltungsgerichte zuständig, weil das – entscheidend – „wert-haltige“ Modell der Konzessionierung in der Beleihung oder (sonstigen) Ermächtigung des Auftragnehmers (Konzessionärs) zur Einforderung von Gebühren oder Entgelten von den Nutzern liegt. Der effektive Rechtsschutz von Biestern gegen eine Missachtung der dargestellten Anforderungen an eine europarechtskonforme Konzessionsvergabe ist allerdings mit dem Problem konfrontiert, dass § 101 a GWB hier nicht gilt. Hier kann nur durch einstweiligen Rechtsschutz reagiert werden (§ 123 VwGO, § 935 ZPO). In der Rechtsprechung bleibt noch zu klären, ob – möglicherweise ähnlich, wie jüngst im Beamtenrecht<sup>61</sup> – die Wirksamkeit verga-

<sup>39</sup> Richtlinie 2008/98/EG, Amtsbl. EG Nr. L 312, S. 3

<sup>40</sup> a.a.O. (Fn. 35), Tn. 47

<sup>41</sup> EuGH NZBau 2006, 386/388 („Seekabotage Ria von Vigo“)

<sup>42</sup> EuGH, Urt. v. 19.06.2008, C-454/06, NJW 2008, 3341 („Presstext“)

<sup>43</sup> OLG Celle NZBau 2010, 194

<sup>44</sup> OLG Düsseldorf, 12.01.2004, VII-Verg 71/03, NZBau 2004, 343

<sup>45</sup> OLG Rostock, 05.02.2003, 17 Verg 14/02, VergabeR 2003, 321

<sup>46</sup> OLG Dresden, 24.01.2008, WVerg 10/07, VergabeR 2008, 567; OLG Düsseldorf VergabeR 2001, 210/212

<sup>47</sup> Bundeskartellamt, 10.07.2009, VK 1 – 113/09 (Juris)

<sup>48</sup> EuGH EuGH, 19.06.2008 Rs. C-454/06, NJW 2008, 3341 („Presstext“):

<sup>49</sup> In der Praxis kommen „Mischformen“ von Verträgen vor, bei denen der Konzessionär neben dem ihm überlassenen Nutzungsrecht ein zusätzliches Entgelt erhält. Beträgt das zusätzliche Entgelt mehr als die Hälfte der Einnahmen des Konzessionärs aus der von ihm erbrachten Dienstleistung ausmacht, wird vermutet, dass das wirtschaftliche Risiko wegfällt und ein „normaler“ ausschreibungspflichtiger Dienstleistungsauftrag vorliegt.

<sup>50</sup> EuGH, Urt. v. 07.12.2000, Rs. C-324/98, NZBau 2001, 148 „Teleaustria“

<sup>51</sup> EuGH NZBau 2001, 148 („Teleaustria“)

<sup>52</sup> BayOblG VergabeR 2002, 305

<sup>53</sup> EuGH, Urt. v. 13.10.2005, C-458/03, ZfBR 2006, 75 ff. „Parking Brixen“

<sup>54</sup> VK Hessen, Beschl. v. 28.05.2003, 69d VK 1-17/2003; LG Frankfurt/M. NZBau 2008, 599 (Vorlagebeschluss zum EuGH)

<sup>55</sup> Bohne/Heinbuch, NVwZ 2006, 489

<sup>56</sup> OLG Jena VergabeR 2010, 705

<sup>57</sup> OLG Dresden VergabeR 2010, 226

<sup>58</sup> VK Hessen, Beschl. v. 07.10.2005, 69d VK 2972/05 und VK 54-57/2005

<sup>59</sup> OLG München, NZBau 2009, 666; EuGH NZBau 2010, 450 ff.

<sup>60</sup> OLG Düsseldorf NZBau 2005, 652

<sup>61</sup> EuGH, Urt. vom 10.09.2009, C-206/08, NZBau 2009, 729; ergangen auf Vorlagebeschluss des OLG Jena vom 11.12.2009, 9 Verg 2/08

berechtswidrig zustandegekommener Verträge auch außerhalb des (direkten) Anwendungsbereichs des § 101 a GWB zu verneinen ist.

### V. Subsidiaritätsklausel im Gemeindefinanzierungsrecht

Nach der Gemeindeordnung ist eine (eigene) wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nur zulässig, wenn der (jeweilige) öffentliche Zweck nicht besser oder ebenso gut durch einen privaten Leistungserbringer (Anbieter) erfüllt werden kann (§ 101 Abs. 1 Nr. 3 GO SH). Das Mittelstandsförderungsgesetz (§ 4) schreibt Ähnliches vor. Zweckverbände unterliegen den gleichen Bestimmungen (§ 14 Abs. 1 GkZ SH). Der „Marktzutritt“ von kommunalen Körperschaften wird damit durch kommunalrechtliche Bestimmungen reglementiert. Als „öffentlicher Zweck“ für eine (eigene) wirtschaftliche Betätigung von Kommunen genügt eine allgemeine Gewinnerzielungsabsicht nicht. Die Kommunen sind gehalten, vor eigener Leistungserbringung die kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorgaben zu prüfen. Die Organisationshoheit und -freiheit wird damit eingeschränkt.<sup>62</sup>

### VI. Fazit

Die Gemeinden, Kreise und Zweckverbände können sich auch im Bereich der sog. „Daseinsvorsorge“ den vergaberechtl-

chen Pflichten nicht entziehen, wenn sie Dritte mit der Leistungserbringung beauftragen. Die kommunale „Organisationshoheit“ oder „-freiheit“ kann in diesen Fällen keine Einschränkung der Ausschreibungspflicht begründen. Ausschreibungen tragen zur Leistungs- und Effizienzverbesserung bei, umso mehr dann, wenn sie gut konzipiert sind und die Marktkräfte stimulieren. Das ist insbesondere dann wichtig, wenn die Kosten der Leistungserbringung anschließend über Kommunalabgaben refinanziert werden.<sup>63</sup> Der Gefahr der Entstehung überhöhter Aufwendungen lässt sich am wirksamsten durch das „Korrektiv des Wettbewerbs“ begegnen; die Annahme, im Bereich der sog. „Hoheitsbetriebe“ könne der Wettbewerb durch die „Kontrollfaktoren“ Kommunalaufsicht, Gemeinde-/Rechnungsprüfung, Kommunalpolitik, Lokalpresse und Wählerschaft ersetzt werden<sup>64</sup>, trägt weder der Rechtslage Rechnung noch kann sie (im Streitfall) belegt werden.

Auch in den Bereichen, die „vergabefrei“ bleiben (Inhouse, interkommunale Kooperation), muss die Wirtschaftlichkeit und Effizienz unter dem Aspekt des kommunalen Wirtschaftsrechts und der „Erforderlichkeit“ von Aufwendungen, die in Kommunalabgaben einfließen, geprüft werden. Eine „analoge“ Anwendung des Preisrechts führt kaum zu einer wettbewerbsgerechten Beurteilung von (beitrags- oder

gebührenfähigen) Leistungen und Kosten. Neben den o. g. „Kontrollfaktoren“ sollten hier auch andere wettbewerbsorientierte Prüfungsmethoden eingesetzt werden (z. B. die Durchführung von Interessenbekundungsverfahren). Eine wettbewerbswirksame Vergabe und die kommunale Daseinsvorsorge stehen nicht im Gegensatz zueinander, sondern ergänzen sich – bei richtiger Handhabung – im Sinne einer Symbiose.

<sup>62</sup> EuGH, Urt. v. 07.12.2000, C-324/98, NZBau 2001, 148 („Teleaustria“); vgl. dazu Ruhland, ThürVBl. 2008, 198

<sup>63</sup> Vgl. jüngst EuGH, Urt. v. 13.04.2010, C-91/08, NZBau 2010, 382

<sup>64</sup> s. BVerwG, Urt. v. 04.11.2010, 2 C 16.09: Die Ernennung eines Beamten ist aufzuheben, wenn diese unter Verletzung des Rechts des Mitbewerbers auf effektiven Rechtsschutz erfolgt ist. Auf das (Dienstleistungskonzessions-)Vergaberecht übertragen, würde dies die Aufhebbarkeit eines Vertrages begründen, der ohne Rechtsschutzmöglichkeit für einen Konkurrenten abgeschlossen worden ist. In die gleiche Richtung geht auch die Vorlagefrage 4 des LG Frankfurt/M (NZBau 2008, 599)

<sup>65</sup> vgl. Wilke, ZfBR 2007, 23 ff (zu III.2); aktuell – zur Reformdiskussion in Niedersachsen – vgl. Henke, NordÖR 2010, 335 ff.; zur gerichtlichen Überprüfung s. OVG Münster, NVwZ 2008, 1031

<sup>66</sup> zum sog. „Regiekostenvergleich“ s. OVG Schleswig, NordÖR 1998, 314 ff.: „Bevor die entsorgungspflichtige Körperschaft Dritte mit der Erfüllung der Aufgaben der Abfallentsorgung beauftragt, hat sie grundsätzlich zu prüfen, ob sie ihre Aufgabe nicht in eigener Regie kostengünstiger erfüllen kann und eine Wirtschaftlichkeitsberechnung anzustellen.“ – s. dazu jüngst (kritisch) OVG Saarouis, NVwZ-RR 2009, 780 ff. (bei Juris Tn. 114-122)

<sup>67</sup> So R. Schäfer, a.a.O., Fn. 1

# Wechseln oder behalten – Konzessionsvergabe bei Strom und Gas

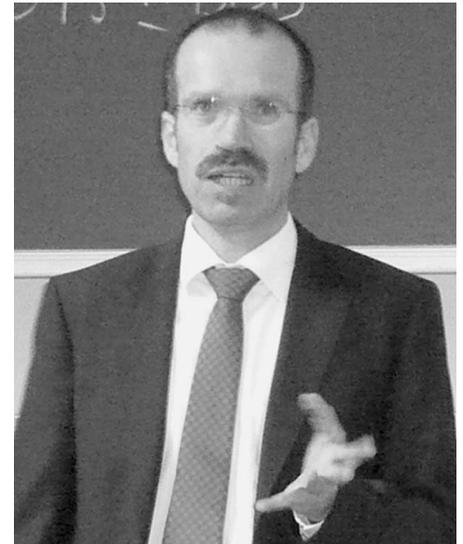
Dr. Marius Raabe, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht<sup>1</sup>

## I. Einleitung: Konzessionsverträge im Wettbewerb

Bis zum Wegfall der geschlossenen Versorgungsgebiete im Jahre 1998 durch das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts<sup>2</sup> wurde im energierechtlichen Sinne unter einer Konzession die Verleihung eines ausschließlichen Rechts zur Benutzung aller öffentlichen Wege in einer Gemeinde zur Verlegung von Leitungen für die Energieversorgung mit Strom bzw. Gas<sup>3</sup> verstanden. Nach der heutigen energierechtlichen Lage ist Ausgangspunkt die Bestimmung von § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG: „Gemeinden haben ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen.“ Danach kann es Leitungen und Netze verschiedener Versorger in der Gemeinde geben. Verschiedene Netzbetreiber müssen die gleiche Möglichkeit erhalten, zur Verlegung ihrer Leitungen die öffentlichen Verkehrswege ein-

ner Gemeinde zu nutzen und dazu entsprechende Wegenutzungsverträge mit der Gemeinde zu schließen. Da die gemeindlichen Wegenetze aufgrund ihrer Ausdehnung und Verzweigung die einzig praktikable Möglichkeit zur Verlegung eines örtlichen Verteilernetzes bieten, verfügen die Gemeinden ihrerseits über ein faktisches Wege-Netzmonopol, zu welchem sie einen diskriminierungsfreien Zugang gewährleisten müssen.

Gleichwohl existiert auf der Ebene der örtlichen Verteilernetze in den Gemeinden als „natürliches Monopol“ in aller Regel aber nur jeweils ein Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung<sup>4</sup> für Elektrizität bzw. Gas, da die Errichtung paralleler Infrastruktur nun wirtschaftlich ist. Im Vordergrund steht daher nicht ein „Wettbewerb zwischen Netzen“, sondern andere Formen des Wettbewerbs. Auch wenn aus Kundensicht der „Wettbewerb in Netzen“ am wichtigsten erscheint, also die Entflechtung des Netzbetriebs von der vorgelagerten Ebene der Produktion und der nachgelagerten des Vertriebs, so dass verschiedene Anbieter dieselben Netze



Dr. Marius Raabe

nutzen können, betrifft das hier zu erör-

<sup>1</sup> Der Verfasser ist Partner der Rechtsanwaltssozietät Weißleder & Ewer, Kiel, und Lehrbeauftragter an der Universität Kiel.

<sup>2</sup> Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24.04.1998 (BGBl. I S. 730); zwischenzeitlich hat das Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 07.07.2005 (BGBl. I S. 1970) in seinem Art. 1 das Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG) neu gefasst, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 21.08.2009 (BGBl. I S. 2870).

<sup>3</sup> Gas wird hier verstanden im Sinne von § 3 Nr. 19a EnWG: Erdgas, Flüssiggas, sofern es der Versorgung im Sinne des genannten Gesetzes dient, und Biogas.

<sup>4</sup> Zum Begriff vgl. § 3 Nr. 17 EnWG.

ternde Thema den „Wettbewerb um Netze“. Unmittelbarer Gegenstand des Wettbewerbs sind dabei nicht die örtlichen Verteilernetze selbst, sondern die diesbezüglichen Wegerechte in der Form qualifizierter Wegenutzungsverträge – eben der Konzessionsverträge.

Um einen solchen Wettbewerb zu ermöglichen, bestimmt § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG: „Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, dürfen höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden.“ Das Schicksal des Netzes selbst als Folge der Durchführung eines solchen Wettbewerbs wiederum bestimmt § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG: „Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu überlassen.“ Diese gesetzliche Konstruktion eines mittelbaren Wettbewerbs um Netze, bei welcher die Verfügungsmacht an den Verteilungsanlagen im Ergebnis eines Wettbewerbs um Wegerechte folgt, wirft komplizierte und praktisch für die Gemeinden relevante Rechtsfragen auf, von denen hier nur einige behandelt werden können.

## II. Verfahren: Konzessionsverträge zwischen Energie- und Vergaberecht

Im Mittelpunkt stehen die verfahrensrechtlichen Anforderungen, die verschiedenen Rechtsregimes entstammen können.

### 1. Transparenzpflichten nach dem EnWG

Energierechtlicher Ausgangspunkt sind die in § 46 Abs. 3 EnWG niedergelegten Transparenzpflichten der Gemeinde. Hinsichtlich der Transparenz im Sinne einer öffentlichen ›Sichtbarmachung‹ ist zwischen den vor und nach Abschluss eines (neuen) Konzessionsvertrags bestehenden Verpflichtungen zu unterscheiden:

#### a) Ex-ante-Transparenz bei regelmäßigem Auslaufen

Nach § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG machen die Gemeinden spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Konzessionsverträgen das Vertragsende durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder im elektronischen Bundesanzeiger bekannt. Wenn im Gemeindegebiet mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Versorgungsnetz angeschlossen sind, hat die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der EU zu erfolgen.

Über den Inhalt der Bekanntmachung gibt

die Vorschrift ebenso wenig Auskunft wie über die Frage, ob und welches Verfahren sich an sie anschließt. Zweck der Vorschrift ist, dass sich verschiedene Interessenten um einen Vertragsschluss mit der Gemeinde bemühen können.<sup>5</sup> Schon daraus folgt, dass die Bekanntmachung diejenigen Angaben enthalten muss, die ein Unternehmen benötigt um sich zu entscheiden, ob es sich bewirbt.<sup>6</sup> Betrachtet man allein diese Vorschrift, mag es allerdings ausreichen, in der Bekanntmachung allen Interessenten die Möglichkeit zur Abforderung weiterer Informationen zu dem Netzgebiet und dem beabsichtigten Vertrag zu eröffnen. Wie sich zeigen wird, ist das jedoch zu kurz gegriffen.

#### b) Ex ante-Transparenz bei vorzeitiger Vertragsbeendigung

Für den Fall, dass eine Gemeinde eine Verlängerung eines bestehenden Konzessionsvertrags vor Ablauf der Vertragslaufzeit beabsichtigt, bestimmt § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG, dass der bestehende Vertrag zu beenden ist und die vorzeitige Beendigung öffentlich bekanntzugeben ist. Diese besondere Regelung soll verhindern, dass eine Gemeinde im Rahmen der Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 S. 1 EnWG sich alternativ die Verlängerung eines bestehenden Vertrags vorbehält.<sup>7</sup> Nach Satz 4 dürfen im Fall der vorzeitigen Beendigung Vertragsabschlüsse frühestens 3 Monate nach der Bekanntgabe dieser Beendigung erfolgen. Das Verhältnis dieser Fristregelung zu der des S. 1 ist streitig. Das OLG Düsseldorf hat – unmittelbar freilich zu der anders formulierten Vorgängervorschrift von § 13 Abs. 3 EnWG 1998 – die Auffassung vertreten, auch für eine vorzeitige Verlängerung sei die Zweijahresfrist einzuhalten.<sup>8</sup> Dies wird mit der Erwägung bestritten, dass der Gesetzgeber des EnWG 2005 den Fall der vorzeitigen Vertragsverlängerung nunmehr ausdrücklich und mit abweichender Frist geregelt habe.<sup>9</sup> Den Gemeinden ist zu empfehlen, die Zweijahresfrist einzuhalten.<sup>10</sup>

#### c) Ex post-Transparenz

Sowohl für den Fall des regelmäßigen Auslaufens eines Konzessionsvertrags als auch für den der vorzeitigen Beendigung bestimmt § 46 Abs. 3 S. 5 EnWG, dass die Gemeinde, sofern sich mehrere Unternehmen beworben haben, bei Neuabschluss oder Verlängerung von Konzessionsverträgen ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt macht. Diese Zweitbekanntmachung erfolgt zeitlich „bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen“ – der Gesetzgeber spricht nicht von „vor Neuabschluss oder Verlängerung“. Daher wird angenommen, dass es sich nicht um eine zwingend vor dem Vertragsabschluss zu beachtende Verfahrensmodalität handelt, sondern um eine Verpflichtung zur Ex post-Transparenz. Dafür spricht auch ihr

Zweck: Sie ist nicht auf individuellen Primärrechtsschutz beteiligter Unternehmen angelegt, sondern darauf, die Entscheidung der Gemeinde rational zu disziplinieren<sup>11</sup>: Wie jeder, der weiß, dass er eine Entscheidung im Nachhinein öffentlich begründen muss, wird die Gemeinde ihrer Entscheidung Kriterien zu Grunde legen, von denen sie zumindest behaupten kann, sie seien sachgerecht und nachvollziehbar.

Hinsichtlich des Bekanntmachungsmediums enthält die Vorschrift keine explizite Vorgabe. Zu empfehlen ist hier, jeweils das Bekanntmachungsmedium zu wählen, welches auch hinsichtlich der Ex ante-Transparenz zu wählen war. Inhaltlich muss die Bekanntmachung zumindest so viel enthalten, dass die Entscheidung nachvollziehbar wird und über bloße Leerformeln hinausgeht. Dabei ist auf eine neutrale Formulierung bezüglich der Geschäftsgeheimnisse der an dem Verfahren beteiligten Unternehmen zu achten.

## 2. Verfahrensanforderungen nach Vergaberecht und EU-Primärrecht

Die zentrale Frage hinsichtlich der auf eine Konzessionsvergabe anwendbaren Vorschriften ist, ob neben den dargestellten energierechtlichen Transparenzverfahrensanforderungen weitere Verfahrensanforderungen zu beachten sind.

### a) Konzessionsvertrag als öffentlicher Auftrag?

Die Anwendbarkeit des förmlichen Vergaberechts (insbesondere §§ 97 ff. GWB) wird herkömmlich pauschal verneint.<sup>12</sup> Richtigerweise hat man zu differenzieren: Es hängt vom Inhalt der Verträge ab, die jeweils abgeschlossen werden, ob und inwieweit vergaberechtliche Anforderungen gelten.

Nach § 99 Abs. 1 GWB in seiner durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts<sup>13</sup> geänderten Fassung sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen

<sup>5</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, ZNER 2008, S. 165 ff.; Erps, Die Gemeinde SH 2009, S. 141, 143.

<sup>6</sup> Vgl. auch Byok, RdE 2008, S. 268, 271.

<sup>7</sup> Vgl. Byok, RdE 2008, S. 268.

<sup>8</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.

<sup>9</sup> Vgl. Byok, a.a.O., S. 269. Vgl. auch Salje, EnWG, § 46 Rn. 140.

<sup>10</sup> Näher Raabe, Verfahrensrechtliche Fragen auslaufender Konzessionsverträge, in: Rave/Schlie/Schliesky Erdgas, Strom, Breitband – Netzinfrastruktur in Schleswig-Holstein im Wandel, Kiel 2010, S. 43, 47 f.

<sup>11</sup> Vgl. Amtl. Begründung, BT-Drs. 13/7274, S. 21; ferner Theobald, in: Danner/Theobald, Energierecht, § 46 EnWG Rn. 110.

<sup>12</sup> Vgl. zuletzt etwa Gemeinsamer Leitfaden von BKartA und BNetzA zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 15.12.2010, Rn. 14 ([www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/101215\\_Leitfaden\\_Konzessionsrecht\\_BNetzA-BKartA.PDF](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/101215_Leitfaden_Konzessionsrecht_BNetzA-BKartA.PDF)). Warnend etwa Byok, a.a.O., S. 270

<sup>13</sup> Vom 20.04.2009 (BGBl. I S. 790).

gen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen. Durch die Betonung der „Beschaffung“ wollte der Gesetzgeber die Beschränkung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts auf Beschaffungsvorgänge verdeutlichen. Der EuGH hat dies mit der Maßgabe gebilligt, dass zwar keine Beschaffung in einem gegenständlich oder körperlich zu verstehenden Sinne nötig sei, wohl aber, dass die Leistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen müsse.<sup>14</sup>

Bei einem einfachen Konzessionsvertrag ist ein wirtschaftliches Beschaffungselement auf Seiten der Gemeinde typischerweise nicht vorhanden, weil nur eine Rechtseinräumung zu Gunsten des Energieversorgungsunternehmens stattfindet, die Gemeinde aber nichts für sich selbst »einkauft«. Dies kann aber im Einzelfall auch anders sein. Häufig werden Nebenleistungen des Energieversorgungsunternehmens vereinbart wie die Unterstützung bei der Aufstellung kommunaler Energiekonzepte oder bei Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie Ressourcen schonenden Umgang mit der jeweiligen Energieart dienen. Die Übernahme solcher Verpflichtungen durch den Energieversorger kann aus der Sicht der Gemeinde durchaus als Beschaffung verstanden werden. Vergaberechtlich kommt es auf das Gewicht des jeweiligen Beschaffungselements nicht an, auch ein untergeordneter Umfang kann den Auftragscharakter begründen.<sup>15</sup>

Unabhängig von der Klärung der Reichweite dieses Beschaffungselements scheidet die Annahme eines öffentlichen Auftrags im Sinne des Vergaberechts bei einem einfachen Konzessionsvertrag in der Regel aber deshalb aus, weil er nicht entgeltlich ist. Zwar lässt sich die Gemeinde dadurch ein Entgelt des Energieversorgungsunternehmens, nämlich die Konzessionsabgabe, versprechen (vgl. § 46 Abs. 1 und § 48 EnWG). Vergaberechtlich setzt die Entgeltlichkeit, auch wenn sie weit zu interpretieren ist,<sup>16</sup> aber eben wegen des Beschaffungselements eine umgekehrte Richtung des Zahlungsstroms hin zu dem Auftragnehmer voraus; ein vom öffentlichen Auftraggeber vereinbartes Entgelt alleine begründet den Charakter eines öffentlichen Auftrags nicht.<sup>17</sup> Die Einräumung des Wegenutzungsrechts selbst ist richtigerweise nicht als von der Gemeinde geleistetes Entgelt anzusehen.<sup>18</sup>

Derzeit werden in vielen Auswahlverfahren zur Neuvergabe von Konzessionen – gefragt oder ungefragt – Angebote über so genannte erweiterte Geschäftsmodelle unterbreitet. Dazu kann beispielsweise gehören, dass der neue Anbieter nicht selbst Konzessionsnehmer wird, sondern den Netzerwerb durch die Kommune bzw. einen kommunalen Eigenbetrieb organi-

siert und dann das Netz pachtet und betreibt, oder auch eine Beteiligung an einer gemeinsamen Netzgesellschaft.<sup>19</sup> In einer solchen Situation können – abhängig vom Einzelfall – Gegenstand der diesbezüglich abzuschließenden Verträge Verpflichtungen des neuen Partners sein, die der Gemeinde wirtschaftlich zugute kommen (z.B. Betriebsleistungen) und für die bei wirtschaftlicher Betrachtung durch die Gemeinde auch ein Entgelt geleistet wird, welches – entsprechend lange Laufzeit vorausgesetzt – auch den Schwellenwert für die Anwendung des Kartellvergaberechts (derzeit 193.000 € netto) erreichen kann. Ferner kann ein öffentlicher Auftrag auch vorliegen, wenn die Gemeinde sich im Zuge eines solchen erweiterten Geschäftsmodells selbst gesellschaftsrechtlich an dem Konzessionsnehmer beteiligt, dafür einen Kaufpreis entrichtet und zugleich Leistungen wie die oben angesprochenen zu Gunsten der Gemeinde vereinbart werden. Auch wenn gesellschaftsrechtliche Vorgänge als solche keine Vergabepflicht auslösen, können sie Bestandteil eines »funktionalen« oder »eingekapselten« öffentlichen Auftrags sein.<sup>20</sup>

### **b) Konzessionsvertrag als Dienstleistungskonzession**

Auch außerhalb solcher relativ komplexer – in der Praxis allerdings durchaus vorkommender – Konstruktionen kann ein Konzessionsvertrag eine (eingeschränkte) vergaberechtliche Relevanz besitzen, indem er nämlich zugleich auch eine Konzession im vergaberechtlichen Sinne, konkret eine Dienstleistungskonzession darstellt.

Dienstleistungskonzessionen sind – so Art. 1 Abs. 4 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG – Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen als hier die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Diese sperrige Formulierung bezieht sich auf die Konstellation, dass der Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers von diesem kein oder doch nur ein untergeordnetes Entgelt erhält und sich stattdessen durch Verwertung seiner Leistungen, also durch Einnahmen von Dritten, refinanziert. Kennzeichnend ist, dass er auf eigenes wirtschaftliches Risiko (mag dieses auch beschränkt sein) handelt.<sup>21</sup>

Anders als die parallele Gestaltung bei Bauleistungen (Baukonzessionen) sind Dienstleistungskonzessionen durch Art. 17 der Vergabekoordinierungsrichtlinie vom Anwendungsbereich des unionsrechtlichen förmlichen Vergaberechts ausgenommen. Da § 99 Abs. 1 GWB (jetzt) Baukonzessionen ausdrücklich erwähnt, nicht aber Dienstleistungskonzessionen, wird dies auch zum deutschen Recht angenommen.

Von vergaberechtlicher Relevanz sind Dienstleistungskonzessionen gleichwohl. Denn nach der Rechtsprechung ist zur Wahrung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten (insbesondere Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, Art. 43 und 56 AEUV) sowie des Diskriminierungsverbots (Art. 18 AEUV) auch die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu unterstellen.<sup>22</sup> Es ergeben sich Anforderungen aus dem Primärrecht der EU (den EU-Verträgen), so dass man vom »Primärvergaberecht« oder »primärrechtlichen Grundanforderungen« sprechen kann. Hierbei muss es sich nicht unbedingt um ein »förmliches« Vergabeverfahren handeln. Jedoch muss ein »angemessener Grad an Öffentlichkeit«<sup>23</sup> gewährleistet sein, der auch einem möglicherweise interessierten ausländischen Unternehmen »Zugang zu angemessenen Informationen« so ermöglicht, dass dieses ggf. sein Interesse am Erhalt dieser Konzession bekunden kann.<sup>24</sup> Eine Ausnahme von dieser Transparenzpflicht kann unter besonderen Umständen wie beispielsweise einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung der Konzession eingreifen<sup>25</sup> – dann fehlt es an der für die Anwendung des EU-Rechts erforderlichen Binnenmarktrelevanz. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung von Konzessionsverträgen und ihrer langen Vertragsdauer wird man in der Regel von der Binnenmarktrelevanz auszugehen haben. Dass energierechtliche Konzessionsverträge im vergaberechtlichen Sinne Dienstleistungskonzessionen sein können, ist eine mittlerweile durchaus weit verbreitete

<sup>14</sup> EuGH, NZBau 2010, S. 321 – Helmut Müller; dazu u.a. Raabe, NordÖR 2010, S. 273 ff., Hertwig, NZBau 2011, S. 9 ff.

<sup>15</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2001, S. 696 ff.

<sup>16</sup> Vgl. dazu etwa BGHZ 162, S. 116 ff.; Willenbruch, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 2. Aufl., § 99 GWB Rn. 26

<sup>17</sup> Vgl. auch EuGH, NZBau 2010, S. 506, Rn. 59 – Koïnopraxia Kazino Attikis.

<sup>18</sup> Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass der BGH im Zusammenhang mit der Altpapierverwertung schon die Einräumung eines Verwertungsrechts an kommunalem Eigentum als Entgelt angesehen hat (BGHZ 162, S. 116). Richtigerweise geht es in einem solchen Fall aber um eine Dienstleistungskonzession, s. unten.

<sup>19</sup> Vgl. aus kommunalrechtlicher Sicht zu verschiedenen Modellen Söller-Winkler, Die Gemeinde SH 2010, S. 73 ff. sowie den Erlass des Schl.-H. Innenministeriums vom 13.08.2010 – IV 329.

<sup>20</sup> Vgl. dazu etwa Dreher, NZBau 2002, S. 245, 248; Jaeger, NZBau 2001, S. 6, 7 f.; Shirvani, VergabeR 2010, S. 21 ff.; auch EuGH, NZBau 2005, S. 704, Rdnr. 38 ff.; EuGH, WuW/E Verg 1225, Rdnr. 30. Bei der Veräußerung von Geschäftsanteilen in Verbindung mit der Vereinbarung von Leistungen ist allerdings nach der neueren Rechtsprechung des EuGH auf die Qualifikation des überwiegenden Anteils abzustellen (vgl. oben Fn. 17).

<sup>21</sup> Vgl. EuGH, VergabeR 2010, S. 48.

<sup>22</sup> EuGH, WuW/E Verg 385 Rdnr. 60 ff. – Telaarstria; NZBau 2005, S. 592 ff. Rdnr. 16 ff. – Co.Na.Me; NZBau 2005, S. 644 ff., Rdnr. 46 ff. – Parking Brixen; WuW/E Verg 1225 – ANAV.

<sup>23</sup> EuGH, Urteil ANAV, Rdnr. 21

<sup>24</sup> EuGH, Urteil Co.Na.Me, Rdnr. 21.

<sup>25</sup> EuGH, Urteil Co.Na.Me, Rn. 20.

Ansicht.<sup>26</sup> Dabei ist das Merkmal der Einräumung eines Verwertungsrechts zu Gunsten des Energieversorgungsunternehmens ebenso unproblematisch gegeben wie dessen Tätigkeit auf eigenes wirtschaftliches Risiko; die Frage ist allerdings, ob das Verwertungsrecht auch als Gegenleistung für eine Verpflichtung gegenüber der Gemeinde eingeräumt wird, die aus der gemeindlichen Sicht Beschaffungscharakter aufweist.

Werden – wie häufig zu finden – eine Pflicht zum Betrieb des Netzes (sowie ggf. weitere Verpflichtungen gegenüber der Gemeinde wie Beratung usw.) vereinbart, so ist der Beschaffungscharakter zu bejahen, weil die Gemeinde ein eigenes wirtschaftliches Interesse daran hat, dass der Betreiber seine Betriebspflicht erfüllt: Davon hängt nämlich die Höhe des Aufkommens aus der Konzessionsabgabe ab (vgl. § 2 Abs. 1 KAV).<sup>27</sup> Aus verfahrenspraktischer Sicht empfiehlt sich ein Verzicht auf die Aufnahme jeglicher Verpflichtungen des Energieversorgungsunternehmens im Ergebnis auch deshalb nicht, weil ohne diese eine belastbare Bewertung von Angeboten kaum gelingen kann.

### c) Primärrechtliche Anforderungen auch ohne Dienstleistungskonzession

Wird demgegenüber ein einfaches Nutzungsrecht des Energieversorgungsunternehmens vereinbart, ohne dass diesem irgendwelche charakteristischen Leistungspflichten gegenüber der Gemeinde außer der Zahlung der Konzessionsabgabe auferlegt werden, erreicht die vertragliche Konstruktion die Schwelle zu einer Dienstleistungskonzession mangels Beschaffung nicht.

Indes hat der EuGH auch für die Erteilung einer „Spielbankkonzession“ ausdrücklich die Beachtung der Transparenzanforderungen des primären Unionsrechts zur Wahrung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit angemahnt. Der bloße Umstand, dass die Erteilung von Genehmigungen für den Betrieb von Spielbanken nicht mit Dienstleistungskonzessionsverträgen gleichzustellen sei, könne für sich allein nicht rechtfertigen, die Grundsätze der Gleichbehandlung und des Transparenzgebots zu missachten.<sup>28</sup> Daraus schließen Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt zu Recht, unabhängig von der Einordnung eines energierechtlichen Konzessionsvertrags als Dienstleistungskonzession seien die in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Transparenzanforderungen zu beachten.<sup>29</sup>

### d) Verfahrensanforderungen aus allgemeinem Kartellrecht

Schließlich sei noch erwähnt, dass sich ein Gebot zur Durchführung eines diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens auch kartellrechtlich in der Regel aus den §§ 19 und 20 GWB ergibt, weil die Gemeinde

wie eingangs erwähnt in ihrem Gebiet marktbeherrschend hinsichtlich der Zurverfügungstellung der Wegerechte ist.<sup>30</sup>

### 3. Weit gehende Konvergenz der Verfahrensanforderungen

Vom dogmatischen Ausgangspunkt her können die verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Konzessionserteilung je nach dem Rechtsregime unterschiedlich ausfallen. In der praktischen Verfahrensdurchführung konvergieren sie aber weitgehend.

#### a) Energierecht

Zwar hat das OLG Düsseldorf die Auffassung vertreten, die Gemeinde werde durch § 46 Abs. 3 EnWG (bzw. den Vorläufer § 13 Abs. 3 S. 1 EnWG 1998) „nicht zu einer reglementierten Ausschreibung mit konkreten und nachvollziehbaren Wertungskriterien – etwa nach dem Vorbild des Vergaberechts – gezwungen“,<sup>31</sup> Angesichts des großen Anwendungsbereichs der aus den unionsrechtlichen Grundfreiheiten abgeleiteten Transparenzerfordernisse des EU-Rechts kann das jedoch in der Praxis dahinstehen.<sup>32</sup>

#### b) Transparenzerfordernisse des EU-Rechts

Welche Verfahrensanforderungen im Einzelnen sich allerdings aus den Transparenzerfordernissen des EU-Rechts ergeben, ist bislang nicht im Detail abschließend geklärt.

Die Anforderungen richten sich nach der Spruchpraxis des EuGH im Kern darauf, dass „zu Gunsten der potentiellen Bieter ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen ist, der die Dienstleistungskonzession dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind“<sup>33</sup>. Die EU-Kommission hat daraus schon in ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen zu Konzessionen im Gemeinschaftsrecht im Jahr 2000 entnommen, dass die „Spielregeln“ allen potentiellen Konzessionären bekannt seien und auf alle in gleicher Art und Weise angewendet werden müssten. In der Bekanntmachung sollten alle Informationen enthalten sein, die ein Unternehmen normalerweise für die Entscheidung darüber benötige, ob es Interesse bekunden solle. Aus der Rechtsprechung ergebe sich, dass der „Grundsatz des offenen Wettbewerbs einzuhalten“ sei; allerdings könne der Konzessionsgeber das geeignetste Vergabeverfahren frei bestimmen.<sup>34</sup> Die Wahl der Konzessionäre müsse auf objektiver Grundlage erfolgen, die Verfahrensbestimmungen sowie die zu Beginn festgelegten grundlegenden Anforderungen müssten eingehalten werden.

Als Verstoß gegen die genannten Grundsätze hat die Kommission „Praktiken“ angesehen, welche „die Annahme von Angeboten erlauben, die nicht den

Ausschreibungsunterlagen entsprechen oder die nach ihrer Öffnung geändert wurden, sowie die Berücksichtigung von Varianten, sofern dies ursprünglich nicht vorgesehen war. Auch dürfe „der ursprüngliche Entwurf“ nicht im Laufe der Verhandlungen hinsichtlich zu Beginn des Verfahrens festgelegter Kriterien und Anforderungen verfälscht werden. Andererseits hat die Kommission eingeräumt, in manchen Fällen habe der Konzessionsgeber „keine Möglichkeit, die technischen Erfordernisse hinreichend präzise zu beschreiben“. Er werde „daher versuchen alternative Angebote einzuholen, die für ein allgemein formuliertes Problem verschiedene Lösungsmöglichkeiten bieten“. Aber auch dann müsse „das Lastenheft nichtdiskriminierend und objektiv darlegen, was von den Bewerbern verlangt wird, insbesondere welche Modalitäten sie bei der Vorbereitung der Angebote zu beachten haben“.<sup>35</sup>

Daraus, dass die Kommission in ihrer späteren Mitteilung zu Kleinaufträgen außerhalb der EU-Vergaberichtlinien ganz ähnliche Anforderungen als Zusammenfassung der Rechtsprechung des EuGH aufgestellt hat, kann geschlossen werden, dass diese Sichtweise fortbesteht.<sup>36</sup> Auch wenn diese Mitteilung vom Gericht erster Instanz als zutreffende Zusammenfassung der Rechtsprechung des EuGH gebilligt wurde, so können sich in der Rechtsentwicklung durchaus Unterschiede zu dieser Spruchpraxis ergeben. So hat der EuGH erst jüngst betont, aus den allgemeinen Transparenzanforderungen ließe sich keine zwingende Verpflichtung zur Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und von deren Gewichtung vor Angebotsabgabe entnehmen – unzulässig ist nach dieser

<sup>26</sup> Vgl. etwa Ortner, VergabeR 2008, S. 608, 610; Byok, a.a.O., S. 270 f.; Eips, Die Gemeinde SH 2009, S. 141, 142; a.A. offenbar Ruhland, Die Dienstleistungskonzession, 2006, S. 29. Für eine Dienstleistungskonzession in Bezug auf Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung EuGH, NZBau 2009, S. 729 – WAZV Gotha.

<sup>27</sup> Vgl. zum Merkmal einer solchen finanziellen Beteiligung EuGH, Urteil Helmut Müller, Rn. 53; EuGH, NZBau 2009, S. 792 Rn. 52 – Köln Messe

<sup>28</sup> EuGH, EuZW 2010, S. 821, Rn. 52 – Engelmann.

<sup>29</sup> Gemeinsamer Leitfaden, Rn. 15.

<sup>30</sup> Vgl. auch insoweit Gemeinsamer Leitfaden, Rn. 16 ff.

<sup>31</sup> OLG Düsseldorf, ZNER 2008, S. 165 ff.

<sup>32</sup> Es entspricht wohl zwischenzeitlich allgemeiner Auffassung, dass sich auch aus den Transparenzpflichten von § 46 Abs. 3 EnWG eine Verpflichtung zur Durchführung eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens ergibt, vgl. Byok, a.a.O.; Pippke/Gaßner, RdE 2006, S. 33, 36.

<sup>33</sup> EuGH, Urteil Parking Brixen, Rn. 49.

<sup>34</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI. C Nr. 121/2 vom 29.04.2000, S. 6 f.

<sup>35</sup> Kommission, a.a.O. Die letztgenannten Ausführungen lassen ersichtlich anklagen, was heute für das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs geregelt ist (vgl. bislang § 6a VgV).

<sup>36</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (ABI. C Nr. 179/2 vom 01.08.2006). Die Klage Deutschlands gegen diese Mitteilung wurde vom Gericht erster Instanz abgewiesen, EuG, VergabeR 2010, S. 593.

Entscheidung allerdings deren nachträgliche Änderung.<sup>37</sup> Den Gemeinden ist allerdings dringend zu empfehlen, die Auswahl- und Zuschlagskriterien vorab transparent zu machen, um auch den Anforderungen der Kommission (sowie der Bundesnetzagentur und des Bundeskartellamts) vorsorglich zu entsprechen.<sup>38</sup>

### c) Verfahrensanforderungen nach dem Vergaberecht

Soweit abhängig von dem Gegenstand der jeweiligen Ausschreibung darauf das förmliche Vergaberecht Anwendung findet, lassen sich die Verfahrensanforderungen zwar nicht abstrakt vom Einzelfall beschreiben, da das Vergaberecht je nach Auftragsart und Auftragsvolumen unterschiedliche Vergabeordnungen und Verfahrensarten vorgibt. So hängt vom konkret zur Beauftragung anstehenden Geschäftsmodell die Frage ab, ob die Gemeinde bei einer – unterstellt – als öffentlicher Auftrag anzusehenden Konzessionsvergabe einer Sektorentätigkeit auf dem Gebiet der Elektrizitäts- und Gasversorgung im Sinne von Nr. 2 der Anlage zu § 98 Nr. 4 GWB nachgeht und daher die Vergabe sich – auch für einen klassischen öffentlichen Auftraggeber – nach der noch relativ neuen Sektorenverordnung<sup>39</sup> richtet (vgl. § 1 SektVO). Ist das der Fall, wäre die Vergabe grundsätzlich im Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb zulässig (§ 6 Abs. 1 SektVO). Typischerweise wird jedoch auch dort, wo die Privilegierung des Sektorenvergaberechts nicht eingreift, der Gegenstand des Geschäftsmodells so komplex sein, dass auch nach dem klassischen Vergaberecht eine solche Verfahrensart (die dort nur als Ausnahme konzipiert ist) gewählt werden kann.<sup>40</sup>

### III. Ausgewählte Probleme der Neukonzessionierung

Zur praktischen Durchführung der Verfahrensschritte eines transparenten wettbewerblichen Konzessionsverfahrens ist an anderer Stelle mehr gesagt worden, ebenso zu den Folgen einer Verletzung, die je nach dem anwendbaren Regime durchaus unterschiedlich sein können und auch noch nicht in allen Hinsichten abschließend geklärt sind.<sup>41</sup> Hier soll der beschränkte Raum noch zu einem kurzen Blick auf einige typische Problemlagen im Verlaufe solcher Verfahren genutzt werden.

#### 1. Netzinformationen

Wie eingangs ausgeführt, betrifft die Konzessionsvergabe unmittelbar den Abschluss eines Wegenutzungsvertrags. Auch wenn die Übernahme des örtlichen Verteilernetzes der allgemeinen Versorgung gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG rechtlich nur einen Annex darstellt, ist sie wirtschaftlich für die Interessenten die wichtigste Folge. Daher ist es verständlich, wenn

die Bereitschaft zur Abgabe eines Angebots und auch dessen Inhalt von Informationen über dieses Netz abhängt. Diese Informationen liegen bei der Gemeinde häufig nicht vor, sondern nur beim Altkonzessionär. Ebenso häufig weigert sich dieser, Netzinformationen bereits am Anfang des Verfahrens der Gemeinde zur Verfügung zu stellen, soweit diese über die ohnehin gemäß § 27 Abs. 2 Strom- bzw. GasNEV veröffentlichten hinausgehen. Sie berufen sich darauf, dass aus § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG ein gesetzliches Schuldverhältnis erst nach der Auswahl eines Neukonzessionärs entstehen könne.

Der Wortlaut dieser Vorschrift gibt für eine andere Sichtweise in der Tat wenig her. Wenn allerdings – erstens – eine Gemeinde schon aus EU-rechtlichen Gründen zu einem transparenten Auswahlverfahren verpflichtet ist, wobei – zweitens – zu einem transparenten Verfahren auch eine diskriminierungsfreie Beschreibung des Auftragsgegenstands unabdingbar zählt und – drittens – der Altkonzessionär einen Vorteil bei einer erneuten Bewerbung genießt, wenn nur er die nichtveröffentlichten Netzinformationen beispielsweise zur Altersstruktur der Investitionsgüter kennt, gerät die Gemeinde in das Dilemma, dass sie ihre Verpflichtung zur Durchführung eines diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens gar nicht erfüllen kann. Damit müsste sie möglicherweise gegen § 46 Abs. 3 EnWG, ggf. gegen Vergaberecht, jedenfalls aber gegen EU-Primärrecht und nach Auffassung des Bundeskartellamts auch gegen deutsches Kartellrecht<sup>42</sup> verstoßen. Ob man angesichts dessen § 46 Abs. 2 und 3 EnWG nach Sinn und Zweck dahin auslegen kann, dass eine Verpflichtung zur Preisgabe der Netzinformationen gegenüber der Gemeinde besteht, ist zwar zweifelhaft. Jedenfalls aber wäre es für den Altkonzessionär ein Verstoß gegen eine nach Treu und Glauben aus dem bisherigen Konzessionsvertrag abzuleitende Nebenpflicht, wenn diese Informationen der Gemeinde nicht übermittelt werden.<sup>43</sup> Zugleich kann die Nichterfüllung dieser vertraglichen Pflicht einen Verstoß gegen das Kartellverbot (§ 1 GWB) darstellen, Gemeinden sollten sich daher in solchen Situationen an die zuständigen Kartellbehörden wenden. Für den Abschluss neuer Konzessionsverträge ist in jedem Fall zu empfehlen, ausdrückliche Auskunftsansprüche im Rahmen der Endschaftklauseln zu vereinbaren.

#### 2. Nebenleistungsverbot

Wie bereits erwähnt, werden in laufenden Konzessionsverfahren derzeit häufig so genannte erweiterte Geschäftsmodelle oder Beteiligungsmodelle angeboten, die häufig auf eine Beteiligung der jeweiligen Gemeinde am Netzerwerb hinauslaufen, beispielsweise durch Gründung gemeinsamer Netzgesellschaften oder die Beteiligung an solchen, teilweise

mit dem Versprechen einer Garantieverzinsung verbunden. Solche Angebote werfen eine Vielzahl von Fragen auf. Verfahrensrechtlich geht es insbesondere um die Wahrung des Transparenzgebotes und die Berücksichtigung im Auswahlverfahren nach Maßgabe diskriminierungsfreier Zuschlagskriterien. Es können aber auch kommunalrechtliche<sup>44</sup> und beihilferechtliche Fragestellungen berührt sein. Hier sei die Aufmerksamkeit nur auf die noch nicht abschließend geklärte Frage gelenkt, ob solche Gestaltungen und Versprechen mit dem konzessionsabgabenrechtlichen Nebenleistungsverbot aus § 3 KAV vereinbar sind. Andere Leistungen als die Konzessionsabgaben darf sich die Gemeinde als Gegenleistung für die Einräumung von Wegerechten nämlich nur äußerst eingeschränkt versprechen lassen. Vom OLG Frankfurt und vom BGH ist dies ausdrücklich offen gelassen worden, wobei die Formulierungen des BGH durchaus den Schluss nahe legen, dass ein Verstoß vorliegen könnte, wenn der Abschluss des Konzessionsvertrags und die Einräumung eines Geschäftsanteils an einer Netzgesellschaft so eng miteinander stehen und fallen sollten.<sup>45</sup> Auch wenn eine solche Annahme eines Verstoßes gegen das Nebenleistungsverbot nicht genügend berücksichtigt, dass bei derartigen erweiterten Geschäftsmodellen die Einräumung von Vorteilen nicht die unmittelbare Gegenleistung für die Konzessionserteilung ist, sondern für die Übernahme eines unternehmerischen Risikos oder einen Anteilsverkauf durch die Gemeinde, ist bis zu einer abschließenden Klärung Vorsicht geboten, auch bei der Formulierung entsprechender Auswahl- oder Zuschlagskriterien.

### 3. Netzüberlassung und ihr Preis

Ungeklärt und nach wie vor umstritten sind ferner viele Fragen, welche sich nach dem Abschluss des Auswahlverfahrens

<sup>37</sup> EuGH, NZBau 2011, S. 50 Rn. 43 f. – Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen.

<sup>38</sup> Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt halten es für einen Verstoß gegen Kartellrecht, wenn die Kriterien nicht vorab bekannt gegeben werden (Leitfaden, Rn. 22).

<sup>39</sup> Sektorenverordnung vom 23.09.2009 (BGBl. I S. 3110).

<sup>40</sup> Wäre der Vergabegegenstand als Dienstleistungsauftrag über Dienstleistungen des Anhangs I A der VOL/A einzuordnen, käme dies nach § 3 EG Abs. 3 Buchst. b oder Buchst. c VOL/A 2009 in Betracht, bei einer Einordnung der Dienstleistungen in den Anhang I B als Betrieb von elektrischen Anlagen“ (CPV-Nr. 65320000) oder „Stromversorgungsunternehmen und zugehörige Dienste“ (CPV-Nr. 65300000) wäre eine europaweite Ausschreibung ohnehin entbehrlich und hinsichtlich der Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe § 3 Abs. 5 VOL/A 2009 maßgeblich.

<sup>41</sup> Raabe, Verfahrensrechtliche Fragen auslaufender Konzessionsverträge, a.a.O., S. 43 ff.

<sup>42</sup> Gemeinsamer Leitfaden, Rn. 25 ff.

<sup>43</sup> Zutreffend Gemeinsamer Leitfaden, Rn. 27 ff.

<sup>44</sup> Vgl. nochmals die Nachweise oben bei Fn. 19.

<sup>45</sup> BGH, Urteil vom 29.09.2009 – EnZR 15/08 –, zit. nach juris, Rn. 30 ff.; OLG Frankfurt, Urteil vom 29.01.2008 – 11 U 19/07 –, zitiert nach juris; vgl. dazu z. B. Sauer, eWeRK 2010, S. 47, 50.

bei der eigentlichen Netzübernahme gemäß § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG ergeben. Umstritten ist insbesondere, ob die Verpflichtung zum „Überlassen“ eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung impliziert oder beispielsweise auch durch eine Verpachtung erfüllt werden kann.<sup>46</sup> Der BGH hat dies bislang offen gelassen,<sup>47</sup> allerdings klargestellt, dass ein vertraglicher Übereignungsanspruch der Gemeinde durch die zwischenzeitliche Formulierung des Gesetzes nicht berührt wird.<sup>48</sup> Die Bundesnetzagentur hält eine Verpachtung für ausreichend, konnte sich mit dem Bundeskartellamt allerdings nicht über diese Frage einig werden, sondern nur darüber, dass eine ausdrückliche vertragliche Regelung zu empfehlen sei.<sup>49</sup> Letzteres ist sicher richtig.

Eine schon klassische und ebenfalls nicht abschließend geklärte Frage ist schließlich die nach dem Verständnis der wirtschaftlich angemessenen Vergütung für die Netzüberlassung im Sinne von § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG. Der BGH hatte in seiner Kaufering-Entscheidung 1999 eine vertragliche Vereinbarung des Sachzeitwerts als Bemessungsgrundlage für den Fall als kartellrechtswidrig beanstandet, dass die

ser den Ertragswert nicht unerheblich übersteigt und dadurch eine Übernahme des Versorgungsnetzes faktisch verhindert wird.<sup>50</sup> Ob diese Rechtsprechung auch auf die Zeit nach Inkrafttreten der EnWG-Novellen 1998 und 2005 mit der jetzt geltenden strikten Trennung zwischen Netzbetrieb und Energievertrieb übertragen werden kann, ist streitig, indes richtigerweise zu bejahen, da das Gegenteil dem vom Gesetzgeber nach wie vor gewünschten und angeordneten Wettbewerb um Netze vereiteln würde.<sup>51</sup> Auch die Bundesnetzagentur will die Grundsätze der Kaufering-Entscheidung weiter angewendet wissen, so dass danach der nach den Vorgaben der Strom- bzw. GasNEV netzentgeltkalkulatorisch zu ermittelnde Ertragswert einen limitierenden Faktor darstellt.<sup>52</sup> Dies muss angesichts der gesetzlichen Verankerung in § 1 GWB auch dann gelten, wenn ein alter Konzessionsvertrag ausschließlich auf den Sachzeitwert abstellt, was allerdings im Streitfall auszufechten wäre.

#### IV. Fazit

Nicht zuletzt diese Probleme zeigen: Bei aller Komplexität, die durch eine fragmen-

tarische gesetzliche Regelung verursacht werden, ist die verfahrensmäßige Form, in welcher die Gemeinden beim Auslaufen von Konzessionsverträgen ihre Handlungsoptionen wahrnehmen, zwar nicht trivial, aber durchaus handhabbar. Vor allem kommt es darauf an, dass die Gemeinden sich am besten vor der Einleitung des Verfahrens darüber klar werden, wie weit sie den Raum für die möglichen Ergebnisse abstecken wollen, um daran auch die Gestaltung des Verfahrens ausrichten zu können. Eine solide Vorbereitung kann schwerwiegende Folgen ersparen.

<sup>46</sup> Vgl. etwa OLG Koblenz, ZNER 2009, S. 146; Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl., § 46 Rn. 76 ff. m.w.N.; Theobald, in: Danner/Theobald, Energierecht, § 46 EnWG Rn. 35 ff.

<sup>47</sup> BGH, ZNER 2010, S. 165 – Endschäftsbestimmung II

<sup>48</sup> BGH, a.a.O.; vgl. auch OLG Schleswig, RdE 2006, S. 199.

<sup>49</sup> Gemeinsamer Leitfaden, Rn. 33.

<sup>50</sup> BGHZ 143, 128 ff. – Kaufering.

<sup>51</sup> Der BGH hat im Jahre 2006 ohne weiteres auf die Kaufering-Entscheidung Bezug genommen, vgl. BGH, NJW-RR 2006, S. 1139, 1142.

<sup>52</sup> Gemeinsamer Leitfaden, Rn. 42 ff.

## Allein oder gemeinsam? Möglichkeiten der Kommunalen Zusammenarbeit in der Ver- und Entsorgungswirtschaft<sup>1</sup>

Dr. Marcus Arndt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Kiel<sup>2</sup>

### A. Einleitung

#### I. Rechtliche Grundlagen und Legitimation kommunaler Zusammenarbeit

Die schleswig-holsteinischen Gemeinden sind berechtigt, aufgrund des Gesetzes über die kommunale Zusammenarbeit (GkZ) zu kooperieren und sich dabei der in diesem Gesetz geregelten Instrumentarien zu bedienen. Daneben sieht die Amtsordnung (AO) für ehrenamtlich verwaltete Gemeinden das Amt als eine gesetzlich vorgeschriebene Form der Zusammenarbeit vor. Das zivilrechtliche Gesellschaftsrecht und Vereinsrecht bietet den Gemeinden weitere Kooperationsformen.

Außerhalb dieser gesetzlich geregelten Instrumente der Zusammenarbeit ergibt sich aus der Organisationshoheit als Teil des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden aufgrund von Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 46 Abs. 1 LVerf eine prinzipielle Befugnis, zusammen zu arbeiten und dabei sonstige, unregelmäßige Formen zu wählen. Das gilt allerdings nur, soweit diese Formen nicht gegen gesetzliche oder verfassungsrechtliche Grenzen verstoßen.

Schon der Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 46 Abs. 1 LVerf gewährleistet die kommunale Selbstverwaltung nur im Rahmen der geltenden Gesetze. Die verfassungsrechtlich verankerte Garantie gemeindlicher Selbstverwaltung bedarf der einfachgesetzlichen Ausgestaltung und Formung.<sup>3</sup> Für die Organisationshoheit der Gemeinden gilt – anders als für die Befugnis, die Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft wahrzunehmen – auch kein Prinzip der grundsätzlichen „Allzuständigkeit“. So wäre eine Gemeinde allein aufgrund von Art. 28 Abs. 2 GG oder aufgrund von Art. 46 Abs. 1 LVerf nicht berechtigt, zusammen mit einer anderen Gemeinde etwa einen gemeinsamen Eigenbetrieb zu errichten. Ein gemeinsamer Eigenbetrieb wäre bereits mit § 106 GO unvereinbar, dessen Legaldefinition den Eigenbetrieb als wirtschaftliches Unternehmen „der Gemeinde“ und damit nur einer einzelnen Gemeinde ansieht. Ebenso wenig wäre eine Gemeinde ohne besondere gesetzliche Grundlage berechtigt, eine juristische Person zu errichten, zum Beispiel eine bislang gesetzlich nicht geregelte Form einer Körperschaft. Ein solches



Dr. Marcus Arndt zieht die Gesetze zur Rate

Unterfangen würde gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen, soweit man das Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit, die Amtsordnung oder die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des Zivilrechts als abschließend ansehen will.<sup>5</sup> Auch sonst würde die Errichtung einer ju-

<sup>1</sup> Der folgende Beitrag ist die schriftliche Abfassung eines Vortrags des Verfassers auf dem Forum „Recht der kommunalen Ver- und Entsorgungswirtschaft“.

<sup>2</sup> Der Verfasser ist Partner in der Rechtsanwaltssozietät Weißleder & Ewer in Kiel.

<sup>3</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.11.1988 – 2 BvR 1619, 1628/83 – „Rastede“, BVerfGE 79, 127, 143.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschluss vom 26.10.1994 – 2 BvR 445/91 – BVerfGE 91, 229, 240.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu Herbert, Beratung in der Gemeinde, in NVwZ 1995, 1056, 1057 m. w. N.

ristischen Person neuartigen Typs wegen der damit verbundenen Verleihung von Rechtsfähigkeit dem Parlamentsvorbehalt unterfallen. Die grundlegenden Entscheidungen von besonderer Bedeutung für die Allgemeinheit und/oder einzelne Bürger hat der parlamentarische Gesetzgeber selbst zu treffen.<sup>6</sup> Dem Parlamentsvorbehalt unterfallen dabei auch die grundlegenden Entscheidungen im Bereich des Verwaltungsorganisationsrechts.<sup>7</sup> Insbesondere die Einzelheiten der Schaffung von neuen Verwaltungsträgern unterliegt dem Parlamentsvorbehalt schon deshalb, weil sie nicht unerheblich auf die Grundrechtsausübung der Bürger ausstrahlen kann.<sup>8</sup> Die Errichtung juristischer Personen außerhalb der gesetzlich zur Verfügung gestellten Instrumentarien ist Gemeinden allein aufgrund von Art. 28 Abs. 2 oder Art. 46 Abs. 1 LVVerf also nicht möglich.

## II. Zweck kommunaler Zusammenarbeit

Fragen nach Möglichkeiten und Grenzen kommunaler Zusammenarbeit haben Konjunktur in Zeiten des Strukturwandels. Schickt sich der Gesetzgeber an, in größerem Umfang Aufgabenzuweisungen zu ändern, also etwa Landesaufgaben auf die kommunale Ebene herabzuziehen, geraten die vorhandenen Verwaltungsstrukturen unter Druck. Entsprechendes kann bei neu auftretenden Aufgaben gelten, zum Beispiel der Versorgung der Fläche mit Breitbandkapazitäten. In solchen Zeiten werden oft Rufe nach Gebietsreformen laut, weil die vermeintlich zu kleinen Körperschaften zu kleinteilige Verwaltungsstrukturen besäßen und für raumbedeutsame Aufgaben ungeeignet seien. Das sind die Momente, in denen die Instrumentarien der kommunalen Zusammenarbeit ins Spiel kommen, nicht selten als Gegenargument für die Notwendigkeit von Gebietsreformen. Klar ist, dass Möglichkeiten zur kommunalen Zusammenarbeit dazu beitragen, die Verwaltungsstrukturen auf kommunaler Ebene nicht bei jeder Änderung der Verhältnisse anpassen zu müssen, sondern dass die Gemeinden passende Verwaltungsstrukturen durch die Eingehung von Kooperationen selbst schaffen. Speziell im Bereich der kommunalen Ver- und Versorgungswirtschaft bieten kommunale Kooperationsformen zudem die Chance, die Wettbewerbsfähigkeit kommunaler Unternehmen durch geeignete Organisationsformen zu verbessern.

## B. Kommunale Zusammenarbeit nach dem GkZ

Das Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit sieht als Formen für eine Zusammenarbeit den Zweckverband (§§ 2 ff. GkZ), die öffentlich-rechtliche Vereinbarung (§§ 18, 19 GkZ), die Verwaltungsgemeinschaft beziehungsweise die Verein-

barung über die Mitbenutzung von Einrichtungen (§ 19 a GkZ) sowie das gemeinsame Kommunalunternehmen (§ 19 b GkZ) vor.

### I. Zweckverband

Gemäß § 2 Abs. 1 GkZ können sich Gemeinden, Ämter und Kreise zu Zweckverbänden zusammenschließen und ihnen einzelne oder mehrere zusammenhängende Aufgaben der öffentlichen Verwaltung übertragen. Der Zweckverband ist Körperschaft des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit, § 4 GkZ. Errichtet wird er, indem die beteiligten Gemeinden hierüber einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließen. Gleichzeitig vereinbaren die Verbandsmitglieder eine Verbandsatzung, die der Zweckverband erlässt, § 5 Abs. 1 und Abs. 3 GkZ.<sup>9</sup> Wesensmerkmal des Zweckverbandes ist es, dass der Verband selbst Träger einer oder mehrerer Aufgaben der öffentlichen Verwaltung sein muss.<sup>10</sup> Mit der Errichtung eines Zweckverbandes verändert sich also stets die Zuständigkeit für die Erfüllung von Aufgaben. Es wird angenommen, dass der Zweckverband selbst eine eigene Zuständigkeit für eine eigene Aufgabe der öffentlichen Verwaltung inne haben muss und es nicht ausreicht, ihn lediglich zu dem Zweck zu errichten, Aufgaben der Gemeinden zu erledigen. Der Zweckverband wird also nicht lediglich zur Erledigung von Aufgaben mandatiert, sondern es werden zwingend Aufgaben auf ihn delegiert.

### II. Öffentlich-rechtliche Vereinbarung

Gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 GkZ können Gemeinden, Ämter, Kreise und Zweckverbände untereinander oder mit anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts oder mit rechtsfähigen Anstalten oder rechtsfähigen Stiftungen des öffentlichen Rechts durch öffentlich-rechtlichen Vertrag vereinbaren, dass einer der Beteiligten einzelne oder mehrere zusammenhängende Aufgaben der übrigen Beteiligten übernimmt. Grundlage dieser Form der kommunalen Zusammenarbeit ist also auch – wie beim Zweckverband – der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages. Anders als beim Zweckverband entsteht im Falle der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung jedoch keine neue juristische Person. Genauso wie beim Zweckverband führt die öffentlich-rechtliche Vereinbarung aber dazu, dass sich die Zuständigkeit für die Erfüllung von Aufgaben verändert. Wie beim Zweckverband wird nicht etwa ein anderer mit der Erledigung einer Aufgabe beauftragt, sondern es wird die Aufgabe auf einen anderen Träger der öffentlichen Verwaltung delegiert.

### III. Verwaltungsgemeinschaft/Mitbenutzung von Einrichtungen

Gem. § 19 a Abs. 1 Satz 1 GkZ können Gemeinden, Ämter, Kreise, Zweckverbände und auf Gesetz beruhende sonstige

Verbände untereinander oder mit anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts oder rechtsfähigen Anstalten oder rechtsfähigen Stiftungen des öffentlichen Rechts durch öffentlich-rechtlichen Vertrag vereinbaren, dass ein Beteiligter zur Erfüllung seiner Aufgaben die Verwaltung eines anderen Beteiligten in Anspruch nimmt. Die Vorschrift nennt ein solches vertragliches Verhältnis „Verwaltungsgemeinschaft“. Entsprechend kann vereinbart werden, dass ein Beteiligter des Vertrages den übrigen Beteiligten die Mitbenutzung einer von ihm betriebenen Einrichtung gestattet. Anders als beim Zweckverband aber genauso wie bei der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung entsteht im Falle der Verwaltungsgemeinschaft keine neue juristische Person. Anders als beim Zweckverband und anders als bei der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung ändert sich im Falle der Verwaltungsgemeinschaft nicht die Zuständigkeit für eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung. Die Verwaltungsgemeinschaft führt nicht dazu, dass Aufgaben auf einen anderen Verwaltungsträger delegiert werden.<sup>11</sup> Vielmehr führt die Verwaltungsgemeinschaft lediglich dazu, dass ein anderer Verwaltungsträger eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung für den zuständigen Verwaltungsträger erledigt. Gleiches gilt für den öffentlich-rechtlichen Vertrag über die Mitbenutzung von Einrichtungen.<sup>12</sup>

### IV. Gemeinsames Kommunalunternehmen

Gem. § 19 c Abs. 1 Satz 1 GkZ können Gemeinden, Kreise, Ämter und Zweckverbände durch öffentlich-rechtlichen Vertrag ein gemeinsames Kommunalunternehmen errichten. Hierbei handelt es sich um eine gemeinsame kommunale Anstalt öffentlichen Rechts, § 106 a Abs. 1 Satz 1 GO. Nach § 19 c Abs. 1 Satz 2 GkZ können die Beteiligten auch einem bestehenden Kommunalunternehmen beitreten. Die Gemeinden können dem Kommunalunternehmen einzelne oder alle mit einem bestimmten Zweck zusammenhängende Aufgaben ganz oder teilweise übertragen, § 106 a Abs. 3 Satz 1 GO in Verbindung mit § 19 d Abs. 1 GkZ. Ebenso wie beim Zweckverband, jedoch anders als im Falle der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung

<sup>6</sup> Vgl. nur BVerfG, Urteil vom 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97 – BVerfGE 98, 218, 251.

<sup>7</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage, München 2009, § 6, Rn. 30, S. 131.

<sup>8</sup> Vgl. Sommermann, in: von Mangoldt/Klein/Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Auflage, München 2010, Art. 20 Abs. 3, Rn. 283.

<sup>9</sup> Wegen der Einzelheiten sei verwiesen auf die Erläuterungen von Dehn, Gesetz über kommunale Zusammenarbeit, Kommentar, Loseblatt Stand 37. Nachlieferung, Wiesbaden, September 2010, § 5, Erl. 1 ff.

<sup>10</sup> Dehn, Gesetz über kommunale Zusammenarbeit, Kommentar, Loseblatt Stand 37. Nachlieferung, Wiesbaden, September 2010, § 2, Erl. 3.

<sup>11</sup> OVG Schleswig, Beschluss vom 25.10.1993 – 2 M 9/93 – SchlHA 1994, 51, 52; Dehn, a. a. O., § 19a, Erl. 5.1.

<sup>12</sup> Dehn, a. a. O., Erl. 5.2.

bzw. der Verwaltungsgemeinschaft entsteht im Falle des gemeinsamen Kommunalunternehmens eine neue juristische Person. Da es sich hierbei nicht um eine Körperschaft, sondern um eine Anstalt handelt, sind die Gemeinden nicht Mitglieder, sondern Träger des Kommunalunternehmens. Anders als die bisher genannten Formen der Zusammenarbeit ist das gemeinsame Kommunalunternehmen nicht auf Mandatierung oder Delegation als sich ausschließende Alternativen festgelegt. Die Gemeinden können dem Kommunalunternehmen Aufgaben übertragen, § 106 a Abs. 3 Satz 1 GO, müssen es aber nicht. Das Kommunalunternehmen kann also auch zu dem Zweck errichtet werden, als Dienstleister bestimmte Aufgaben der öffentlichen Verwaltung für seine kommunalen Träger zu erledigen, ohne dass hierdurch die Zuständigkeit der betreffenden Gemeinde berührt wird.

Während die Sitzungen der Verbandsversammlung des Zweckverbandes gemäß § 5 GkZ i.V.m. § 35 GO grundsätzlich öffentlich sind, gilt dies – mit Ausnahme von Sitzungen über Abgabensatzungen – nicht zwingend für das entsprechende Organ des Kommunalunternehmens, den Verwaltungsrat, vgl. § 4 Abs. 1 Satz 5 der Landesverordnung über Kommunalunternehmen als Anstalt des öffentlichen Rechts (KUVO). Zudem ist die Kontrolle des Verwaltungsrats durch die Trägergemeinden im Falle des Kommunalunternehmens besser gewährleistet als die Kontrolle der Mitglieder einer Verbandsversammlung. Während die Mitglieder der Verbandsversammlung gemäß § 9 Abs. 6 Satz 1 GkZ grundsätzlich nach ihrer freien, durch das öffentliche Wohl bestimmten Überzeugung handeln, unterliegen die Mitglieder des Verwaltungsrates den Beschränkungen des § 25 Abs. 1 GO. Danach haben Ehrenbeamte und ehrenamtlich tätige Bürger, die mit der Vertretung der Gemeinde in juristischen Personen beauftragt sind, die Weisungen der Gemeinde zu befolgen.

## V. Mischformen

Die vorgenannten Instrumente kommunaler Zusammenarbeit sind nicht nur in ihrer jeweils reinen Form, sondern auch in Mischformen denkbar. Beispielsweise können zwei Gemeinden ein Kommunalunternehmen errichten und dem Kommunalunternehmen eine Aufgabe übertragen. Dasselbe Kommunalunternehmen könnte gleichzeitig diese Aufgabe für eine dritte Gemeinde, die nicht am Kommunalunternehmen beteiligt ist, im Rahmen einer Verwaltungsgemeinschaft erledigen. Alternativ könnte ein Zweckverband mehrerer Gemeinden seinerseits mit weiteren kommunalen Körperschaften ein gemeinsames Kommunalunternehmen errichten, um dem Kommunalunternehmen Teile der dem Zweckverband von den Mitgliedsge-

meinden übertragenen Aufgaben weiter zu übertragen<sup>13</sup> oder um das Kommunalunternehmen mit der Erledigung dieser Aufgaben zu beauftragen. Auch die Errichtung eines Kommunalunternehmens nach § 106a GO durch einen Zweckverband ist möglich, was durch die Vorschrift des § 19c Abs. 3 GkZ bestätigt wird, der die Verschmelzung eines Zweckverbandes mit einem vom Zweckverband allein getragenen Kommunalunternehmen zu einem gemeinsamen Kommunalunternehmen ermöglicht.

## C. Kommunale Zusammenarbeit nach der Amtsordnung

Die Amtsordnung enthält mit dem schleswig-holsteinischen Amt ebenfalls eine Art Instrument der kommunalen Zusammenarbeit, wenngleich es sich hierbei nicht um ein von den betroffenen Gemeinden frei wählbares Instrument handelt. Andererseits kann auch der üblicherweise freiwillig gebildete Zweckverband unter den Voraussetzungen des § 7 GkZ im Einzelfall einseitig durch das Land angeordnet werden, sei es durch einen pflichtigen Zusammenschluss mehrerer Gemeinden zu einem Pflichtverband oder durch einen pflichtigen Anschluss einer Gemeinde an einen bestehenden Zweckverband. Umgekehrt kann der Zusammenschluss zu einem Amt unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 AO auch auf Antrag und damit auf freiwilliger Basis erfolgen.

Das Amt hat die „Aufgabe“, in Selbstverwaltungsangelegenheiten die Beschlüsse der Gemeinde vorzubereiten und durchzuführen, § 3 Abs. 1 Satz 1 AO. In dieser Grundkonstellation ist das Amt nicht selbst Träger der betreffenden Selbstverwaltungsaufgabe, sondern es erledigt die Aufgabe für die betreffende Gemeinde. Insofern hat das Amt gewisse Bezüge zur Verwaltungsgemeinschaft, in deren Rahmen Aufgaben eines Trägers ebenfalls durch die Verwaltung eines anderen Verwaltungsträgers erledigt werden, ohne dass es zu einer Aufgabendelegation kommt<sup>14</sup>. Anders als im Falle der Verwaltungsgemeinschaft tritt das Amt beim Erlass von Verwaltungsakten selbst mit seinen Behörden nach außen auf. So erscheint ein Abwassergebührenbescheid, den das Amt aufgrund einer gemeindlichen Gebührensatzung erlässt, auf dem Briefkopf des Amtes. Erlassende Behörde ist der Amtsvorsteher oder der Amtsdirektor. Im Falle der Verwaltungsgemeinschaft könnte der mandatierte Verwaltungsträger hingegen nicht in Angelegenheiten der anderen Gemeinde nach außen auftreten und unter seiner Behördenbezeichnung Verwaltungsakte erlassen.<sup>15</sup> Er könnte allenfalls behördliche Entscheidungen der mandatierenden Gemeinde vorbereiten, unter Umständen auch auf deren Briefkopf, sofern sich die mandatierende Gemeinde diese Entscheidung sodann zu eigen macht und in der Folge mit Wirkung

nach außen erlässt.

Das Amt ist hingegen selbst Träger der Aufgaben zur Erfüllung nach Weisung, die ihm oder den amtsangehörigen Gemeinden übertragen werden, § 4 Abs. 1 Satz 1 AO. Darüber hinaus konnten bis vor kurzem mehrere amtsangehörige Gemeinden dem Amt gemäß § 5 Abs. 1 AO gemeinsam Selbstverwaltungsaufgaben übertragen. Die Vorschrift des § 5 Abs. 1 ist in Verbindung mit der Regelung des § 9 AO vom Landesverfassungsgericht mit Urteil vom 26.02.2010 für mit der Landesverfassung unvereinbar erklärt worden, weil die Ämter wegen der zu großen Zahl und Bedeutung übertragener Selbstverwaltungsaufgaben nicht mehr hinreichend demokratisch legitimiert seien und infolge von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 der Landesverfassung beim jetzigen Aufgabenbestand einer vom Volk gewählten Vertretung bedürften<sup>16</sup>. Die Vorschriften in § 5 Abs. 1 AO und § 9 AO bleiben bis zum 31.12.2014 nach dem Tenor des Urteils des Landesverfassungsgerichts anwendbar.<sup>17</sup> § 5 Abs. 1 Satz 1 AO bleibt allerdings nur insoweit anwendbar, als Aufgaben bis einschließlich zum 26.02.2010, dem Tag der Urteilsverkündung durch das Landesverfassungsgericht, übertragen wurden. Bis zum 31.12.2014 hat der Gesetzgeber eine verfassungsgemäße Neuregelung zu treffen.

Zwischen der Amtsordnung und dem Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit gibt es verschiedene Verzahnungen. Die Regelungen über Amt und Zweckverband berühren sich infolge von § 5 Abs. 1 AO und § 2 Abs. 3 GkZ. So dürfen gemäß § 2 Abs. 3 GkZ Zweckverbände nicht gebildet werden, soweit Gemeinden dem Amt nach § 5 Abs. 1 der Amtsordnung Aufgaben übertragen können. Seit dem Urteil des Verfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit von § 5 Abs. 1 AO dürfte die Vorschrift des § 2 Abs. 3 GkZ leerlaufen, denn derzeit ist eine Übertragung von neuen Aufgaben auf das Amt nach § 5 Abs. 1 AO nicht möglich. Amt und Verwaltungsgemeinschaft verzahnen sich aufgrund von § 1 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 i.V.m. § 23 Abs. 3 AO einerseits und § 19 a GkZ andererseits. Nach § 1 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 i.V.m. § 23 Abs. 3 AO kann das Amt auf eine eigene Verwaltung verzichten, wenn es eine Verwaltungsgemeinschaft nach § 19 a GkZ vereinbart. In diesen Fällen hat der Bürgermeister der geschäftsführenden Gemeinde oder der Amtsdirektor oder der leitende Verwaltungsbeamte des geschäftsführenden Amtes die Rechte und Pflichten eines leitenden Verwaltungsbe-

<sup>13</sup> Siehe aber unten unter F. III.

<sup>14</sup> S.o. unter B. III.

<sup>15</sup> OVG Schleswig, Beschluss vom 25.10.1993 – 2 M 9/93 – SchlHA 1994, 51, 52.

<sup>16</sup> LVerfG, Urteil vom 26.02.2010 – LVerfG 1/09 – Die Gemeinde 2010 S. 79, SchlHA 2010, 131-142 = NordÖR 2010, 155-166.

<sup>17</sup> LVerfG, Urteil vom 26.02.2010 – LVerfG 1/09 – a. a. O.

amten des auf eigene Beschäftigte und Verwaltungseinrichtungen verzichtenden Amtes, § 23 Abs. 3 AO.

## D. Kommunale Zusammenarbeit nach zivilrechtlichen Vorschriften

Abgesehen von den Möglichkeiten zur kommunalen Zusammenarbeit nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften können sich Gemeinden zu Kooperationszwecken auch des Zivilrechts bedienen. Hierfür kommt zum einen das Gesellschaftsrecht in Betracht, das nicht nur Personen des Privatrechts, sondern auch Gemeinden die Möglichkeit bietet, sich gemeinsam an unterschiedlichen Gesellschaftsformen zu beteiligen. Allerdings wird die Beteiligung an Gesellschaften durch § 102 GO eingeschränkt. Zum einen fordert § 102 Abs. 1 Nr. 1 GO ein öffentliches Interesse an der Beteiligung. Dieselbe Vorschrift begründet einen Vorrang von Organisationsformen des öffentlichen Rechts. Das wird in der Praxis oft dazu führen, dem Kommunalunternehmen als öffentlich-rechtlicher Anstalt den Vorrang vor zivilrechtlichen Gesellschaftsformen zu geben. Unabhängig davon muss gemäß § 102 Abs. 1 Nr. 2 GO die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde angemessen begrenzt werden. § 102 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 GO stellen Anforderungen an den Einfluss der Gemeinde in Überwachungsorganen und an den Jahresabschluss. Weitere Anforderungen an die Beteiligung von Gemeinden finden sich in § 102 Abs. 3-5 GO für den Fall bestimmter Mehrheitsverhältnisse zu Gunsten der kommunalen Körperschaften.<sup>18</sup>

Aufgrund der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Beteiligung von Gemeinden an Gesellschaften, insbesondere wegen der erforderlichen Begrenzung von Haftung und Einzahlungsverpflichtung gemäß § 102 Abs. 1 Nr. 2 GO kommt vor allem die GmbH in Betracht, sofern mit Blick auf die Eigenverantwortlichkeit des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG) gem. § 102 Abs. 1 Nr. 3 GO ein hinreichender Einfluss der Gemeinde auf die Gesellschaft gewährleistet werden kann, auch die Aktiengesellschaft.<sup>19</sup>

Abgesehen vom Gesellschaftsrecht können Gemeinden sich nach bürgerlichem Recht zu Vereinen zusammenschließen. Beispiele hierfür sind der Schleswig-Holsteinische Gemeindegtag und der Städtebund Schleswig-Holstein als eingetragene Vereine oder der Städtetag Schleswig-Holstein und der Städteverband Schleswig-Holstein als nichtrechtsfähige Vereine.

## E. Nicht geregelte Formen der kommunalen Zusammenarbeit

Im schleswig-holsteinischen Landesrecht sind bestimmte Formen kommunaler Zusammenarbeit bislang nicht vorgesehen.

Hierzu zählen etwa der Zweckverband<sup>20</sup>, die gemeinsame Dienststelle, Möglichkeiten einer Verwaltungsdoppelspitze<sup>21</sup>, der gemeinsame Bürgermeister und sonstige faktische und informelle Formen der Zusammenarbeit.

### I. Zweckverband

Gelegentlich wird der Zweckverband als Form der kommunalen Zusammenarbeit von einer betroffenen Gemeinde nicht genutzt, weil mit dem Zweckverband zwingend der Verlust einer Aufgabe bei der Gemeinde verbunden ist. Zwar wird die Gemeinde als Verbandsmitglied Einflussmöglichkeiten auf ihren Zweckverband haben. Dieser Einfluss ist aber nicht vergleichbar mit der eigenen Zuständigkeit für eine Aufgabe. Entschließt sich eine Gemeinde, einen Abwasserzweckverband mit einer anderen Gemeinde zu gründen, und geht die Aufgabe der Schmutz- und Niederschlagswasserbeseitigung auf den Zweckverband über, so verliert die Gemeinde ihren unmittelbaren Einfluss auf die Ermessens- und Gestaltungsentscheidungen. Die Gemeinde kann beispielsweise nicht mehr selbst darüber disponieren, in welchem Umfang im Gemeindegebiet Grundstücke an die zentrale Kanalisation angeschlossen werden, ob und in welchem Umfang ein Anschluss- und Benutzungszwang eingeführt und im Einzelfall zwangsweise durchgesetzt wird oder wie die Gebühren gestaltet werden, etwa mit einem einheitlichen Gebührensatz oder getrennt nach Grund- und Zusatzgebühr. Dieser gelegentlich als Nachteil des Zweckverbands empfundene Gesichtspunkt des Aufgabenverlusts tritt nicht ein im Falle der Verwaltungsgemeinschaft. Die Verwaltungsgemeinschaft führt gerade nicht zu einem Aufgabenübergang auf einen anderen Träger der öffentlichen Verwaltung. Sie führt lediglich dazu, dass die Aufgabe nicht mehr von der eigenen, sondern von einer fremden Verwaltung durchgeführt wird. Allerdings wird auch dieser Gesichtspunkt der Fremdverwaltung gelegentlich als Hemmnis angesehen. Die Verwaltung hat nicht nur Einfluss auf die Art und Weise der Aufgabenerledigung. Sie beeinflusst mit dem Sachverstand von hauptamtlichen Mitarbeitern maßgeblich die Willensbildung des Ehrenamtes. Hierin besteht auch die Aufgabe der Verwaltung; denn deren Pflicht ist es unter anderem, das willensbildende Organ zu beraten und dessen Entscheidungen vorzubereiten. Das im willensbildenden Organ typischerweise vertretene Ehrenamt ist sich des faktischen Einflusses der hauptamtlichen Verwaltung meist bewusst. Vor diesem Hintergrund neigen Gremien dazu, einer eigenen Verwaltung eher zu vertrauen, als einer fremden Verwaltung.

Will man die Vorteile des Zweckverbands (keine Fremdverwaltung wie bei der Verwaltungsgemeinschaft) mit den Vorteilen

der Verwaltungsgemeinschaft (kein Verlust der Aufgabe) kombinieren, so könnte man sich einen Verband vorstellen, auf den die betreffenden Gemeinden als Mitglieder Einfluss haben wie beim Zweckverband, der aber – wie im Falle der Verwaltungsgemeinschaft – nicht Träger der Aufgabe wird, sondern die Aufgabe lediglich für die betreffenden Gemeinden erledigt. Kombiniert man Zweckverband und Verwaltungsgemeinschaft nicht nur inhaltlich, sondern auch begrifflich, so könnte man einen solchen Verband als „Verwaltungsverband“ bezeichnen. Ein solcher Verwaltungsverband kann den Zweck haben, größere Verwaltungsstrukturen zu schaffen, ohne dass es hierfür einer Gebietsreform oder eines Aufgabenentzugs bei den vorhandenen Verwaltungsträgern bedürfte. Vergleichbare Verbände gibt es derzeit im Landesrecht von Sachsen<sup>22</sup>, Baden-Württemberg<sup>23</sup> und Hessen<sup>24</sup>. Allerdings sehen die Regelungen in Sachsen und Baden-Württemberg vor, dass bestimmte Aufgaben, etwa die Aufgaben zur Erfüllung nach Weisung, zwingend von den Mitgliedsgemeinden auf den Verwaltungsverband übergehen.

### II. Gemeinsame Dienststelle

Das schleswig-holsteinische Landesrecht sieht bislang nicht die Möglichkeit einer gemeinsamen Dienststelle vor. Gemeint ist hiermit ein Modell, bei dem mehrere Träger der öffentlichen Verwaltung durch Vertrag vereinbaren, bestimmte Aufgaben gemeinsam durchzuführen und hierzu eine gemeinsame Dienststelle zu bilden. Die gemeinsame Dienststelle kann auch als Teil einer der beteiligten Behörden eingerichtet werden. Die Zuständigkeit der Behörden bleibt durch die Bildung der gemeinsamen Dienststelle unberührt. Die Bediensteten der gemeinsamen Dienststelle üben ihre Tätigkeiten in der Dienststelle nach der fachlichen Weisung der jeweils zuständigen Behörde aus. Im Übrigen bleibt ihre dienstrechtliche Stellung unberührt. Unberührt bleibt auch die Haf-

<sup>18</sup> Wegen der Einzelheiten Sprenger, in: Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein, Kommentar, Loseblatt Stand 37. Nachlieferung, Wiesbaden, September 2010, § 102, Rn. 11 ff.; Ziertmann, in: Rentsch/Ziertmann, Gemeindeverfassungsrecht Schleswig-Holstein, 1. Auflage, Kiel 2008, § 102 GO, Rn. 2 ff.

<sup>19</sup> Wegen der insoweit bestehenden Schwierigkeiten bei der Beteiligung einer Gemeinde an einer Aktiengesellschaft vgl. etwa Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2003, 15. Kap, Rn. 764.

<sup>20</sup> Arndt, Notwendigkeit neuer Instrumentarien für die kommunale Zusammenarbeit, Die Gemeinde 2004, 86, 87 ff.

<sup>21</sup> Schliesky/Arndt, Verwaltungsleitung durch temporäre Doppelspitze und Kollegialorgane, Die Gemeinde 2005, 199 ff.

<sup>22</sup> §§ 3 ff. des Sächsischen Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit (SächsKomZG).

<sup>23</sup> Dort als „Gemeindeverwaltungsverband“, eine als Verband verfasste Verwaltungsgemeinschaft nach §§ 59 ff. der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (GemO).

<sup>24</sup> Gemeindeverwaltungsverband nach den §§ 30 ff. des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit (KGG).

tung des jeweiligen Verwaltungsträgers im Außenverhältnis. Verletzt ein Bediensteter der gemeinsamen Dienststelle seine Amtspflicht, so ist Verpflichteter eines sich daraus ergebenden Schadensersatzanspruchs der für die betreffende Aufgabe zuständige Verwaltungsträger.

Das Landesrecht von Baden-Württemberg regelt die Möglichkeit einer gemeinsamen Dienststelle in § 16 des Landesverwaltungsgesetzes<sup>25</sup> vom 14.10.2008. Dort ist die gemeinsame Dienststelle also nicht nur im Kommunalverfassungsrecht als Instrument der kommunalen Zusammenarbeit, sondern als allgemeines Instrument für die Gestaltung von Verwaltungsorganisation vorgesehen.

Ebenso wie beim Verwaltungsverband müsste auch die gemeinsame Dienststelle von den beteiligten Verwaltungsträgern nicht als Fremdverwaltung angesehen werden, und ebenso wenig führt die gemeinsame Dienststelle zum Verlust von Aufgaben bei den vorhandenen Verwaltungsträgern. Anders als beim Verwaltungsverband schafft die gemeinsame Dienststelle aber keine neue juristische Person. Hierin liegt ein Vorteil gegenüber dem Verwaltungsverband, wenn man die Schaffung neuer Verwaltungsebenen vermeiden möchte.

### III. Temporäre Verwaltungsdoppelspitze

Das schleswig-holsteinische Landesrecht sieht auch nicht die Möglichkeit vor, für einen Übergangszeitraum eine Verwaltungsleitung durch eine Mehrzahl von Personen zuzulassen. Der vorhandene Personalbestand im Bereich der Verwaltungsleitung ist oft ein faktisches Hemmnis bei der Schaffung von gemeinsamen Verwaltungsstrukturen. Wollten zwei Ämter fusionieren, um eine einheitliche, größere Verwaltung zu schaffen und auf diese Weise Verwaltungskosten zu senken, so wäre künftig nur noch für einen von zwei leitenden Verwaltungsbeamten Platz. Gerade der jeweilige Verwaltungsleiter spielt für den Erfolg eines freiwilligen Fusionsprozesses eine wichtige Rolle. Bei dieser Ausgangslage ist es dem Fusionsprozess abträglich, wenn beide Amtsinhaber fürchten müssen, ihre jeweilige leitende Position künftig zu verlieren. Abhilfe kann man schaffen, indem man für die Dauer einer Übergangszeit eine doppelte Verwaltungsspitze zulässt, etwa solange, bis einer der beiden Amtsinhaber ausscheidet<sup>26</sup>. Sodann reduziert sich die Verwaltungsleitung wieder auf einen einzigen Amtsinhaber. Eine Verwaltungsdoppelspitze verhindert zwar in gewissem Umfang die erwünschten Einsparungen, dies aber nur für eine Übergangszeit. Die Alternative – gar keine Veränderung der Verwaltungsstruktur – kann je nach den Umständen im Einzelfall teurer sein.

### IV. Gemeinsamer Bürgermeister

Ebenso wenig wie die temporäre Doppelspitze sieht das Landesrecht in Schleswig-Holstein den gegenteiligen Fall vor, dass sich zwei oder mehr Gemeinden einen Bürgermeister teilen. Diese Möglichkeit wird einzig in § 63 der baden-württembergischen Gemeindeordnung angeboten. Voraussetzung ist, dass es sich um benachbarte kreisangehörige Gemeinden handelt. Die beteiligten Gemeinden teilen sich nicht etwa ein Organ. Sie teilen sich vielmehr die Person, die das mit dem Organ verbundene Amt ausübt. Außer dieser Personalunion bleiben die Gemeinden in jeder rechtlichen Hinsicht getrennt. Insbesondere ist die Wahl des Bürgermeisters in jeder Gemeinde getrennt durchzuführen. Sie richtet sich nach den jeweiligen örtlichen Regelungen. Die Amtszeit des gemeinsamen Bürgermeisters in der einen oder der anderen Gemeinde kann voneinander abweichen und bestimmt sich für jede Gemeinde nach den hierfür geltenden Vorschriften. Die Regelung dient der Gewinnung besser qualifizierter Bürgermeister<sup>27</sup>.

### V. Faktische und informelle Formen der kommunalen Zusammenarbeit

Schließlich finden sich in Schleswig-Holstein keine gesetzlichen Regelungen für sonstige faktische und informelle Formen der kommunalen Zusammenarbeit. Solche informellen Formen werden in unterschiedlichsten Ausprägungen je nach Bedarf praktiziert. So werden auf kommunaler Ebene Arbeitsgruppen oder Arbeitsgemeinschaften gebildet, deren Zweck darin bestehen kann,

- Erfahrungen in bestimmten Bereichen der kommunalen Verwaltung oder des Verwaltungsrechts auszutauschen,
  - rechtliche Interessen gemeinsam wahrzunehmen, z.B. durch ein abgestimmtes Vorgehen mehrerer kreisangehöriger Gemeinden gegen eine Kreisumlageerhöhung oder gegen Eingriffe in den Finanzausgleich,
  - wirtschaftliche Interessen gemeinsam wahrzunehmen, etwa durch eine gemeinsame oder abgestimmte touristische Vermarktung einer Region,
- oder
- Mustersatzungen für bestimmte Rechtsbereiche zu entwerfen.

Solche Formen der Zusammenarbeit sind in der Regel aufgrund von Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 46 Abs. 1 LVerf ohne weiteres, d.h. ohne besondere gesetzliche Ermächtigung zulässig<sup>28</sup>.

### F. Offene Rechtsfragen zur kommunalen Zusammenarbeit

Für den Bereich der kommunalen Zusammenarbeit bestehen eine Reihe noch klärungsbedürftiger Rechtsfragen. Im Folgenden sei hiervon eine kleine Auswahl kurz dargestellt.

### I. Abgrenzung von Aufgabenübertragung und Aufgabenerledigung

Die Kriterien für die richtige Unterscheidung zwischen Aufgabenübertragung und Erledigung einer Aufgabe werden bisweilen kaum hinterfragt, obwohl es auf diese Unterscheidung vielfach ankommt. Die Verwaltungsgemeinschaft führt nicht zur Übertragung von Aufgaben, sondern nur zu deren Erledigung durch die Verwaltung eines anderen Verwaltungsträgers<sup>29</sup>. Die öffentlich-rechtliche Vereinbarung hingegen führt zur Übertragung von Aufgaben<sup>30</sup>. Die Errichtung eines Zweckverbandes ist in Schleswig-Holstein nur dann zulässig, wenn eine Aufgabe auf den Zweckverband übertragen wird. Die bloße Erledigung von Aufgaben, wie man sie einem Verwaltungsverband zuschreiben könnte, soll für den Zweckverband nicht ausreichen<sup>31</sup>. Andererseits ist anerkannt, dass einem Zweckverband nicht zwingend eine bestimmte Aufgabe in ihrer Gesamtheit übertragen werden muss, sondern dass auch Teile von Aufgaben übertragbar sind<sup>32</sup>. Begreift man etwa die Abwasserbeseitigung als eine einheitliche Aufgabe, so ist es ohne weiteres zulässig, einem Zweckverband nur die Teilaufgabe der Schmutzwasserbeseitigung, nicht aber die Teilaufgabe der Niederschlagswasserbeseitigung zu übertragen. Vollkommen frei gestaltbar wird der Übertragungsumfang bei freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben. Anders als pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben sind freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben nicht durch gesetzliche Beschreibungen ihrem Umfang nach definiert. Vielmehr steht es im Ermessen der jeweiligen Gemeinden, den Umfang und die genaue Abgrenzung einer freiwilligen Aufgabe zu bestimmen. In diesen Bereichen beginnt die Grenze zwischen einer Aufgabe und ihrer Erledigung zu verschwimmen. Mehrerer Gemeinden können beschließen, einen Zweckverband für das Betreiben einer Fahrbücherei zu errichten. Alternativ können die Gemeinden einen Zweckverband nur für die Beschaffung von Büchern und sonstigen Ausstattungsgegenständen ihrer jeweils selbst betriebenen Büchereien errichten. Hier lässt sich nicht mehr ohne weiteres erkennen, ob im zweiten Beispiel der Beschaffungszweckverband Träger einer eigenständigen Aufgabe ist oder ob er nur mit

<sup>25</sup> Verkündet als Artikel 4 des Verwaltungsstrukturreform-Weiterentwicklungsgesetzes vom 14. Oktober 2008 (GBl. S. 313, 314).

<sup>26</sup> Schliesky/Arndt, Verwaltungsleitung durch temporäre Doppelspitzen und Kollegialorgane, Die Gemeinde 2005, S. 199 ff.

<sup>27</sup> Waibel, Gemeindeverfassungsrecht Baden-Württemberg, 5. Auflage, Stuttgart 2007, § 24, Rn. 407.

<sup>28</sup> S.o. unter A. I.

<sup>29</sup> S.o. unter B. III.

<sup>30</sup> S.o. unter B. II.

<sup>31</sup> Vgl. Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2003, 20 Kap., Rn. 935, S. 596.

<sup>32</sup> OVG Sachsen, Urteil vom 21.05.2003 – 5 B 957/02 – zitiert nach Juris, Rn. 42.

der Erledigung eines Teils der bei der Gemeinde verbliebenen Aufgabe „Bücherei“ beauftragt wird.

Es schließt sich die Frage an, ob die Durchführung von Selbstverwaltungsaufgaben, wie sie etwa dem Amt für die amtsangehörigen Gemeinden gemäß § 3 Abs. 1 AO obliegt, nicht in Wirklichkeit die Übertragung eines Teils der Aufgabe als solcher ist.

## II. Residualrechte und Rückfallverantwortung nach einer Aufgabenübertragung

Klärungsbedürftig erscheint auch die Frage, ob eine Gemeinde nach der vollständigen Übertragung einer Aufgabe sämtlicher mit der Aufgabe verbundenen Pflichten entbunden ist oder ob sie auch nach vollständiger Aufgabenübertragung gewisse Residualrechte zurückbehält. Die Frage stellt sich, wenn die Gemeinde etwa die ihr durch das Gesetz zugewiesene Aufgabe der Abwasserbeseitigung auf eine von ihr nicht getragene Anstalt öffentlichen Rechts durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung im Sinne von § 18 GKz über-

trägt und die Anstalt die Aufgabe im Anschluss daran dauerhaft unzureichend erfüllt. Trägt nunmehr allein die Anstalt öffentlichen Rechts alle Verantwortung hierfür? Kann die (zum Beispiel durch die Kommunalaufsicht) hierauf angesprochene Gemeinde nach der Aufgabenübertragung und der damit nicht mehr bei ihr liegenden sachlichen Zuständigkeit auf den neuen Aufgabenträger verweisen? Muss ihr dies nicht jedenfalls dann möglich sein, wenn der neue Aufgabenträger seinerseits eine der Aufsicht des Landes unterstehende juristische Person des öffentlichen Rechts ist? Man könnte erwägen, dass die gesetzliche Regelung, mit der die Aufgabe im Ausgangspunkt der Gemeinde zugewiesen wurde (zum Beispiel § 30 Abs. 1 Landeswassergesetz), selbst nach Übertragung der Aufgabe auf einen anderen Träger der öffentlichen Verwaltung eine Art Gewährleistungspflicht der ursprünglich zuständigen Gemeinde begründet. Eine ähnliche Pflicht könnte sich aus Art. 46 Abs. 1 LVfV ergeben, weil es auch nach Aufgabenübertragung auf einen anderen Träger der öffentlichen Verwaltung Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft bleibt, eine ordnungsgemäße Abwasserbeseiti-

gung im Gemeindegebiet zumindest sicherzustellen.

## III. Grenzen der Weiterübertragung von Aufgaben

In Schleswig-Holstein hat sich in der Vergangenheit wiederholt die Frage gestellt, ob ein Verwaltungsträger, dem eine Aufgabe übertragen wurde, seinerseits berechtigt ist, die Aufgabe an einen Dritten weiter zu übertragen. Für eine solche Befugnis könnte sprechen, dass der neue Verwaltungsträger mit der Aufgabenübertragung alle Rechte und Pflichten erwirbt, die zuvor der übertragenden Gemeinde zukamen. Hierzu, so könnte man annehmen, gehört auch das Recht, die Aufgabe zu übertragen. Andererseits dürfte es vom Willen der übertragenden Gemeinde oft nicht erfasst gewesen sein, dass die Aufgabe nach ihrer Übertragung nicht bei dem hierfür ausgewählten Verwaltungsträger verbleibt, sondern auf einen von der Gemeinde nicht ausgewählten dritten Verwaltungsträger weiter wandert. Es stellt sich die Frage, ob und mit welchen Maßgaben eine solche Perpetuierung der Aufgabenübertragung zulässig ist.

# Drinne oder draußen? – Entgelte für die Mitbenutzung kommunaler Anlagen durch Dritte \*

VRiOVG Helmut Harbeck, Schleswig

## 1. Kostendeckung öffentlicher Einrichtungen

Entsprechend den Vorgaben der Kommunalverfassung, etwa § 17 Abs. 1 GO, schaffen Kommunen öffentliche Einrichtungen u. a. zur Ver- und Entsorgung. Die durch den Betrieb dieser Einrichtungen entstehenden Kosten müssen gedeckt werden. Auf welche Weise dies zu geschehen hat, ergibt sich zunächst aus den Finanzierungsprinzipien der kommunalen Finanzverfassung. Nach § 3 a Satz 2 GO haben die Gemeinden die zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Mittel aus eigenen Einnahmen aufzubringen. Diese Regelung basiert auf der aus dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht folgenden Befugnis der Gemeinden, eigene Finanzquellen im Rahmen der Gesetze zu erschließen.<sup>1</sup> Ergänzend dazu bestimmt § 76 GO die Grundsätze der Finanzmittelbeschaffung. In der Regelung des § 76 GO, wonach die Gemeinde die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Finanzmittel

1. aus Entgelten für ihre Leistungen,
2. im übrigen aus Steuern zu beschaffen haben, soweit die sonstigen Finanzmittel nicht ausreichen,

wird durchweg eine Rangfolge gesehen, nach der die kommunalen Abgaben zur Deckung der kommunalen Ausgaben zu erheben sind.<sup>2</sup> Ob der damit verbundene Grundsatz der Subsidiarität der Steuererhebung zwingend ist oder es sich dabei im Wesentlichen um eine „programmatische Finanzierungsregel“ handelt, die der gerichtlichen Nachprüfung ihrer Natur nach grundsätzlich nicht zugänglich ist,<sup>3</sup> ist fraglich. Dies könnte etwa Gegenstand einer kommunalaufsichtlichen Beanstandung der Nichterhebung spezieller Leistungsentgelte und daraus gefolgertem Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz sein.<sup>4</sup> Für Schleswig-Holstein liegt zu dieser Frage – soweit ersichtlich – noch keine gerichtliche Entscheidung vor.<sup>5</sup>

## 2. Benutzungsgebühren der Einrichtung

Nach § 6 Abs. 1 KAG sind Benutzungsgebühren zu erheben, wenn die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung dem Vorteil einzelner oder Gruppen von Personen dient, soweit nicht ein privatrechtliches Entgelt gefordert wird. Die Regelung gilt unmittelbar bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung des; mittelbar sind aus dieser



Abgaben-Spezialist Richter am OVG  
Helmut Harbeck

Vorschrift abzuleitende Prinzipien aber auch bei der Erhebung privatrechtlicher Entgelte zu beachten.<sup>6</sup>

\* Der folgende Beitrag ist die schriftliche Abfassung eines Vortrags des Verfassers auf dem Forum „Recht der kommunalen Ver- und Entsorgungswirtschaft“.

<sup>1</sup> v. Mutius / Rentsch, Kommunalverfassungsrecht Schl.-H., 5. Aufl., § 3 a Rn. 1

<sup>2</sup> vgl. v. Mutius / Rentsch, a.a.O., § 76 GO Rn. 3; v. Schelha / Sprenger, KVR SH, § 76 GO Rn. 8; Bräse / Kooops / Leder, Gemeindehaushaltsrecht Schl.-H., 12. Aufl., Anm. zu § 76 GO; Thiem / Böttcher, KAG, § 1 Rn. 43

<sup>3</sup> so OVG Lüneburg, Urte. v. 19.09.1990 – 13 OVG C 4/87 –, NVwZ 1991, 907 zum niedersächsischen Recht

<sup>4</sup> vgl. dazu HessVGH, Beschl. v. 15.03.1991 – 5 TH 642/89 –, GemH 1992, 206

<sup>5</sup> vgl. zum Thema OVG SH, Urte. v. 19.05.2010 – 2 KN 2/09 –, Die Gemeinde 2010, 202

<sup>6</sup> vgl. Habermann / Arndt, KAG, § 6 Rn. 30 ff.

Nach § 4 I KAG sind Gebühren Geldleistungen, die als Gegenleistung für die Inanspruchnahme einer besonderen Leistung – Amtshandlung oder sonstige Tätigkeit – der Behörden (Verwaltungsgebühren) oder für die Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen (Benutzungsgebühren) erhoben werden. Es handelt sich dabei – wie auch der Wortlaut des § 6 Abs. 1 KAG zeigt – um ein Vorteilsentgelt. Die gebührenpflichtigen Benutzer einer Einrichtung dürfen über die Gebühren lediglich in dem Maße und mit den Kosten der Einrichtung belastet werden, wie die Leistungserstellung nur ihretwegen nötig ist. Das gilt sowohl innerhalb eines Satzungsgebietes für die (unmittelbaren) Benutzer einer Einrichtung, die an diese Einrichtung angeschlossen sind, aber nicht alle angebotenen Leistungen in Anspruch nehmen (müssen), etwa bei der Abwasser- oder Abfallentsorgung,<sup>7</sup> als auch einrichtungsübergreifend für die (mittelbaren) Benutzer aus Umlandgemeinden oder -kreisen. In soweit gibt es jedoch Unterschiede hinsichtlich der Grundsätze der Kostenrechnung.

### 3. Kostenzuordnung.

Innerhalb des Wirkungsbereiches eines Einrichtungsträgers – Gemeinde, Kreis, Verband – erfolgt die Zuordnung der Kosten zu verschiedenen Leistungsbereichen, etwa Schmutz- und Niederschlagswasser, sowohl innerhalb einer Einrichtung als auch einrichtungsübergreifend auf der Grundlage einer Vollkosten-, nicht anhand einer Grenzkostenrechnung. So dürfen etwa die Kosten einer Kläranlage nicht allein der Schmutzwasserentsorgung mit der Erwägung zugeordnet werden, dass die Dimensionierung der Klärteiche allein am zu erwartenden Schmutzwasseranfall ausgerichtet wurde. Vielmehr sind die Gebühren nach den Grundsätzen des § 6 KAG für alle Benutzer zu bestimmen. Gebührenrechtlich ist es erforderlich, die in der Kostenartenrechnung ermittelten Kosten in der Kostenstellenrechnung insgesamt den jeweiligen Leistungsarten und dann in der Kostenträgerrechnung der jeweiligen Benutzungseinheit zuzuordnen.<sup>8</sup>

### 4. Mitbenutzung

Anders verhält es sich hinsichtlich der Nutzung von Anlagen einer öffentlichen Einrichtung durch Dritte, etwa Nachbargemeinden. In diesen Fällen ist auch eine Grenzkostenbetrachtung zulässig, d.h. die Kalkulation braucht lediglich die durch die Mitbenutzung verursachten Zusatzkosten zu erfassen. Die auf die Mitbenutzung durch Umlandgemeinden entfallenden Kosten der öffentlichen Einrichtung sind auf Grund einer Kostenstellenrechnung gesondert auszuweisen.<sup>9</sup> Dabei ist es zulässig, die Kosten der Mitbenutzung nach Maßgabe der Gebührensätze des Einrichtungsträgers zu ermitteln,<sup>10</sup> doch ist das nicht zwingend. Eine Einrichtung, inner-

halb derer alle Benutzer *ceteris paribus* gleich zu behandeln sind, stellt z. B. die Abwasseranlage des Einrichtungsträgers innerhalb des Geltungsbereiches seiner Entwässerungssatzung dar. Bei gleicher Leistung ist pro Einheit eine einheitliche Gebühr zu erheben, ohne zu berücksichtigen, welche Kosten – etwa im Hinblick auf die Länge der benutzten Abwasserleitung – im Einzelfall entstehen. Das gilt nicht nur dann, wenn einzelne Gebietskörperschaften (Gemeinden, Kreise) Einrichtungsträger sind, sondern auch für Einrichtungen der Zweckverbände. Dies gilt jedoch nicht für die Mitbenutzer der Einrichtung aus anderen Körperschaften. Sie haben zwar die dadurch veranlassten Kosten zu tragen, doch können die Verteilungsmaßstäbe nach anderen Kriterien festgelegt werden.<sup>11</sup> Selbst wenn diese Maßstäbe zu beanstanden sein sollten, führte dies nicht zur Rechtswidrigkeit des vom Einrichtungsträger in der Satzung festgelegten Gebührensatzes, weil die Höhe dieses Gebührensatzes von der Verteilung der ausgesonderten Kostenmasse unberührt bleibt. Die Anfechtung einer Gebührensatzung kann daher auch nicht mit dem Argument Erfolg haben, der an die Einrichtung Angeschlossene zahle mehr „Klärerwerksgebühr“ als ein Hauseigentümer eines gleich großen Hauses im Umland mit einem gleichen Verbrauch. Die Höhe der Benutzungsgebühren in Nachbargemeinden bestimmt sich allein nach den Verhältnissen der dortigen Einrichtungen unter Einbeziehung des ggf. zu entrichtenden Entgelts für die Mitbenutzung von Anlagen. Auch wenn die daraus resultierenden Benutzungsgebühren niedriger sein sollten als die Gebühr der „Zentralgemeinde“, läge darin keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, weil Vergleiche nur innerhalb der Einrichtung bzw. des Geltungsbereiches der Satzung rechtlich erheblich sein können.<sup>12</sup>

Daher ist es z. B. zulässig, wenn der Einrichtungsträger für das Leitungsnetz den „Basispreis“ ermittelt, der abbildet, was der Transport je Kubikmeter Schmutzwasser in den von den Umlandgemeinden mitbenutzten Teilen der Abwasseranlage kostet, und dem Umfang der Mitbenutzung nach Ort und Menge der Einleitung Rechnung trägt.<sup>13</sup> Hinsichtlich der Kosten für die Mitbenutzung des Klärwerks durch Umlandgemeinden ist dagegen eine leistungsorientierte Zuordnung (Schmutzfracht, Menge) vorzunehmen.

### 5. Überkapazität, Kapazitätsreserve und gemeinsame Planung

Bei der Bemessung der Benutzungsgebühren und der Entgelte für Mitbenutzer sind Konzeption und Kapazitätsbemessung zentraler Anlagen, etwa eines Klärwerks oder einer Müllverbrennungsanlage, zu berücksichtigen. Kosten sind nicht erforderlich und daher nicht in die Ge-

bührenkalkulation einzustellen, wenn sie durch nicht voll ausgelastete Anlagenteile bedingt sind.<sup>14</sup> Der Gemeinde steht aber als Einrichtungsträgerin hinsichtlich Konzeption, Größe und Organisation einer Einrichtung ein Entscheidungsspielraum zu, der nicht in allen Einzelheiten an rechtlich definierten Maßstäben festzumachen ist. Innerhalb einer vertretbaren Bandbreite kann die Gemeinde von ihrem Entscheidungsspielraum in unterschiedlicher Weise Gebrauch machen, ohne dass die Gerichte insoweit eingzugreifen befugt sind. Das gilt auch bezüglich einer Kapazitätsreserve einer Abwasseranlage, die grundsätzlich im allgemein üblichen Rahmen hinzunehmen ist. Erst wenn eindeutig festzustellen ist, dass die Dimensionierung der Abwasserbeseitigungsanlage auf objektiv unrichtigen Planungsdaten (zum Abwasseranfall oder zur Schmutzfracht) beruht, die ins Gewicht fallen und auch nicht mehr durch die allen Prognosen innewohnenden Ungewissheiten zu erklären sind, oder wenn die Einrichtung oder wesentliche Teile davon gewissermaßen auf Vorrat konzipiert worden sind, besteht für die Gerichte ein Ansatzpunkt, die Erforderlichkeit der in die Gebührenbedarfsermittlung eingestellten Kosten in dieser Hinsicht zu überprüfen. Allein aus dem Umstand, dass die aus Umlandgemeinden aufgenommene Abwassermenge 5 % des Gesamtzuflusses in der Kläranlage ausmacht, lässt sich nicht auf eine Überdimensionierung schließen.<sup>16</sup>

Wird bei Planung einer Ver- oder Entsorgungsanlage die Mitbenutzung durch Dritte einbezogen und entsprechend dimensioniert, bietet sich eine Verteilung der Voll-

<sup>7</sup> OVG SH, Ur t. v. 05.04.2000 – 2 L 215/98 –, Die Gemeinde 2000, 234 = NordÖR 2000, 307; Ur t. v. 17.01.2001 – 2 L 9/00 –, NordÖR 2001, 307 = SchIHA 2001, 293

<sup>8</sup> OVG SH, Ur t. v. 18.10.2006 – 2 LB 11/06 –.

<sup>9</sup> OVG SH, Ur t. v. 29.10.1991 – 2 L 144/91 –, Die Gemeinde 1992, 48 = NWZ-RR 1993, 158 = SchIHA 1992, 156

<sup>10</sup> OVG SH, Beschl. v. 15.12.2000 – 2 L 105/00 –, NordÖR 2001, 175

<sup>11</sup> a. A. zunächst OVG Lüneburg, Beschl. v. 16.8.2002 – 9 LA 152/02 –, ZKF 2003, 84: es sei unter Kostenbeteiligungsgesichtspunkten ausschlaggebend allein, dass die Nachbargemeinde das Abwasserbeseitigungssystem der Beklagten in gleicher Weise in Anspruch nehme wie alle Gebührenpflichtigen im Gebiet der Beklagten, ohne dass es auf die Belegenheit der entwässerten Grundstücke ankomme; daher sei belanglos, welche Teile des Systems von der Nachbargemeinde benutzt würden und wie deren Abwasser in das Klärwerk der Beklagten gelange; im nachfolgenden Berufungsverfahren – 9 LB 390/02 – weiterhin als sachgerechtes Finanzierungsmodell angesehen, aber es sei auch zulässig, wenn der Dritte sich nur an den Zusatzkosten beteilige

<sup>12</sup> OVG SH, Ur t. v. 24. 10. 2007 – 2 LB 36/06 –, SchIHA 2008, 99 = KStZ 2009, 93

<sup>13</sup> OVG SH, Ur t. v. 15.3.2006 – 2 LB 9/05 – NordÖR 2006, 263

<sup>14</sup> OVG SH, Ur t. v. 30.01.1995 – 2 L 128/94 –, Die Gemeinde 1995, 86

<sup>15</sup> OVG SH, Ur t. v. 20.05.1997 – 2 L 128/94 –, Ur t. v. 17.01.2001 – 2 L 9/00 –, Die Gemeinde 2002, 100 = NordÖR 2001, 307 = SchIHA 2001, 293; s. a. Beschl. v. 06.10.2003 – 2 LA 109/03 –

<sup>16</sup> OVG SH, Ur t. v. 24.10.2007, aaO

kosten nach dem Verhältnis der Nutzungsanteile an.<sup>17</sup> Insoweit besteht eine Parallele zur Kostenzuordnung bei gemeinsamer Nutzung einer Zentralanlage durch verschiedene Einrichtungen eines

Trägers (s. o.) bzw. bei differenziertem Leistungsangebot. Kosten verbleibender Überkapazitäten können nicht durch Gebühren abgedeckt werden, sondern sind aus allgemeinen Haushaltsmitteln des Ein-

richtungsträgers zu bestreiten.

<sup>17</sup> vgl. VG Kassel, Beschl. v. 27.04.1999 – 5 N 3909/98 –, NVwZ-RR 2000, 243

# Wasserrechtliche Fragestellungen zur der Umsetzung der DIN 1986 Teil 30 „Entwässerungsanlagen für Gebäude und Grundstücke – Instandhaltung“\*

Univ.-Prof. Dr. Christoph Brüning, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Schon Thales von Milet (ca. 624 - 546 v. Chr.) – griechischer Naturphilosoph, Staatsmann, Mathematiker, Astronom und Ingenieur, der seit Aristoteles als Begründer von Philosophie und Wissenschaft überhaupt gilt – wusste: „Das Prinzip aller Dinge ist das Wasser. Aus dem Wasser ist alles und ins Wasser kehrt alles zurück.“ Die Frage ist nur, auf welchem Wege?! Bezogen auf die kommunale Ver- und Entsorgungswirtschaft heißt das: Versickert das Abwasser aus undichten Leitungen in den Vorgärten privater Grundstücke und gelangt so in das Grundwasser oder wird es zur umweltverträglichen Beseitigung zunächst in die öffentliche Kanalisation geleitet und dann über Kläranlagen den Vorflutern zugeführt? Letzteres ist die Vorstellung des Wasserrechts, und die Dichtheitsprüfung ist ein Baustein zur ordnungsgemäßen Ausgestaltung der Abwasseranlagen. Doch Fragen bleiben!

## I. Bundesrechtliche Ausgangslage

Nach § 60 Abs. 1 WHG sind Abwasseranlagen entsprechend den Anforderungen an die Abwasserbeseitigung, im Übrigen nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik zu errichten, zu betreiben und zu unterhalten. Inhaltlich entspricht die Norm damit der Vorgängerregelung des § 18b WHG a.F.; normativ entfaltet die jetzt geltende Vorschrift jedenfalls unmittelbare Wirkung.<sup>1</sup> Genügt eine vorhandene Abwasseranlage nicht den Anforderungen nach § 60 Abs. 1 WHG, „so sind die erforderlichen Maßnahmen innerhalb angemessener Fristen durchzuführen“, § 60 Abs. 2 WHG. Die Vorschrift schafft also bundesrechtlich eine unmittelbare Sanierungspflicht des Anlagenbetreibers. Dabei fallen unter den weit zu verstehenden Begriff der Abwasseranlage neben öffentlichen Abwasseranlagen, insbesondere Kanalisationen, auch private Abwasserleitungen.<sup>2</sup>

§ 61 WHG trifft zudem nunmehr eine bundesrechtliche Grundsatzregelung zur „Selbstüberwachung bei Abwassereinlei-

tungen und Abwasseranlagen“. Zur Begründung heißt es, dass eine kontinuierliche Eigenkontrolle der Gewässerbenutzer und Anlagenbetreiber wesentlich dazu beitragen könne, die Gewässer durch einen ordnungsgemäßen Vollzug der gesetzlich und behördlich vorgeschriebenen Anforderungen wirksam zu schützen.<sup>3</sup> Insoweit trägt das Bundesgesetz dem Umstand Rechnung, dass schon unter alter (Rahmen-)Rechtslage nahezu alle Landeswassergesetze Bestimmungen zur Selbstüberwachung enthielten (vgl. § 85 LWG SH a.F.). In der Sache regelt § 61 Abs. 1 WHG die Selbstüberwachung für Abwasser und Absatz 2 diejenige für Abwasseranlagen. § 61 Abs. 2 WHG bestimmt, dass der Betreiber einer Abwasseranlage unter anderem verpflichtet ist, „ihren Zustand, ihre Funktionsfähigkeit, ihre Unterhaltung und ihren Betrieb (...) selbst zu überwachen“.

Schließlich ermächtigt § 61 Abs. 3 WHG die Bundesregierung zum Erlass einer Rechtsverordnung, die konkrete Regelungen für die Selbstüberwachung enthält. Nach der Gesetzesbegründung sollen die bestehenden landeswassergesetzlichen Vorschriften bis zum Inkrafttreten dieser Rechtsverordnung fortgelten.<sup>4</sup> Insoweit bleibt abzuwarten, ob und ggf. wann und mit welchem Inhalt der Bund überhaupt von seiner Verordnungsermächtigung in § 61 Abs. 3 WHG Gebrauch macht und eine Rechtsverordnung in Kraft tritt, die den Regelungsauftrag umsetzt. Insbesondere ist offen, ob die auf alle Abwasseranlagen, d. h. auch die Grundstücksentwässerungsanlagen, bezogene Pflicht zur Selbstüberwachung aus § 61 Abs. 2 WHG wieder auf bestimmte Anlagen beschränkt wird.

## II. Exkurs: Technische Standards

In § 60 Abs. 1 WHG verwendet der Bundesgesetzgeber eine Generalklausel („allgemein anerkannte Regeln der Technik“), um hierüber technische Standards in die gesetzliche Regelung einzubeziehen. Da-



Prof. Dr. Brüning vor seinen „Studenten“

mit werden diejenigen Prinzipien und Lösungen bezeichnet, die in der Praxis erprobt und bewährt sind und sich bei der Mehrheit der Praktiker durchgesetzt haben.<sup>5</sup> Hierfür kommen vor allem DIN-Normen und sonstige technische Regelwerke (z. B. der ATV und das DVGW) als geeignete Quellen in Betracht. Zwar haben sie diese Qualität nicht schon kraft ihrer Existenz und sie begründen auch keinen Ausschließkeitsanspruch, sondern müssen sich mit den in der Praxis überwiegend angewandten Vollzugsweisen decken. Bei Regelwerken, die wie DIN-Normen unter Beachtung bestimmter verfahrensrechtlicher Vorkehrungen zustande gekommen sind, besteht aber eine tatsächliche Vermutung für ihre Qualität als allgemein anerkannte Regeln der Technik.<sup>6</sup>

In diesem Sinne gestaltet die DIN 1986 Teil 30 den ordnungsgemäßen Zustand der Abwasseranlagen näher aus.<sup>7</sup> Ziel dieser Norm ist es, die Infrastruktureinrichtung der Abwasserbeseitigung zu sichern, den

\* Um Anmerkungen ergänztes Manuskript des Vortrags vom 3. September 2010, den Verf. auf den 7. Norddeutschen Kanalsanierungs-Tagen im Rahmen der NORDBAU in Neumünster gehalten hat.

<sup>1</sup> So auch schon zur vorherigen rahmenrechtlichen Regelung OVG Lüneburg, ZfW 1997, 24; dahingestellt gelassen von BVerwG, ZfW 1997, 24.

<sup>2</sup> Czychowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 10. Aufl. 2010, § 60 Rn. 10 f.

<sup>3</sup> BT-Drucks. 16/12275, S. 70.

<sup>4</sup> BT-Drucks. 16/12275, S. 70; zustimmend Queitsch, in: Wellmann/Queitsch/Fröhlich, WHG, Kommentar, 2010, § 61 Rz. 6.

<sup>5</sup> BVerfGE 49, 89, 135; BVerwG, UPR 1997, 101, 102.

<sup>6</sup> Dahme, in: Sieder / Zeidler / Dahme / Knopp, WHG und AbwAbgG, Loseblatt-Kommentar, Stand 1.3.2010, § 18b Rn. 12; Czychowski/Reinhardt (Fn. 2), § 60 Rn. 23.

Boden, das Grundwasser und die Trinkwasserversorgung vor Verunreinigungen aus undichten Leitungen zu schützen und das Eindringen von Grundwasser in die Leitungen zu verhindern, damit die Betriebskosten der Kläranlagen nicht unnötig steigen.<sup>8</sup>

Durch die Verwendung ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe wird das Gesetz von technischen Detailregelungen entlastet; zugleich soll angesichts der rasch voranschreitenden Erkenntnisse und Entwicklungen jeweils der aktuelle Stand ohne entsprechende Anpassungen des Gesetzes in die Verbindlichkeitswirkung des Gesetzes aufgenommen werden. Technische Regelwerke wie DIN 1986 Teil 30 erhalten dadurch aber keinen Rechtsnormcharakter.<sup>9</sup> Deshalb binden sie das Gericht nicht und auch den Anlagenbetreiber jedenfalls nicht unmittelbar, unterliegen aber als fachkundige Aussage der richterlichen Beweiswürdigung.<sup>10</sup> Das Gericht kann sie zur Erleichterung seiner Ermittlungspflicht als sog. antizipierte Sachverständigengutachten heranziehen.<sup>11</sup>

### III. Landesrechtliche Ausgestaltung

Dort, wo es bereits landesgesetzliche Konkretisierungen der Anforderungen an private Abwasseranlagen gegeben hat, gelten diese bis zum Erlass einer auf § 61 Abs. 3 WHG gestützten Rechtsverordnung fort. So beinhaltet beispielsweise § 61a Abs. 3 – 6 LWG NRW die Pflicht, dass Grundstückseigentümer die ihnen zuzuordnenden Abwasserleitungen in einem vorgegebenen Fristrahmen auf Dichtigkeit zu überprüfen haben.<sup>12</sup> Im LWG SH wird die Dichtigkeitsprüfung auch nach der Novellierung im Zuge der Neufassung des WHG an keiner Stelle angesprochen.

Ungeachtet dessen werden unmittelbar durch das WHG (auch) die Eigentümer bzw. Betreiber privater Grundstücksentwässerungsanlagen verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass jene nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik arbeiten (§ 60 Abs. 1 WHG) und fachkundig überwacht werden (§ 61 Abs. 2 WHG). Die neuen wasserhaushaltsrechtlichen Vorschriften des Bundes unterliegen der Abweichungskompetenz der Länder, soweit sie nicht stoff- und anlagenbezogen sind, Art. 72 Abs. 3 Nr. 5 GG.<sup>13</sup> Selbst bei anlagenbezogenen Bundesregelungen bleiben allerdings Verfeinerungen bzw. Ausgestaltungen möglich und auch sinnvoll, sofern das Landesrecht die bundesrechtliche Regelung nicht inhaltlich unterläuft.<sup>14</sup> Die Pflicht, Abwasseranlagen nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik zu errichten, zu betreiben und zu unterhalten.

§ 34 Abs. 1 LWG SH bestimmt insoweit, dass als nach § 60 Abs. 1 WHG jeweils in Betracht kommende Regeln der Technik für die Errichtung und den Betrieb von Abwasseranlagen auch die technischen Bestimmungen gelten, die von der obersten

Wasserbehörde durch öffentliche Bekanntmachung im Amtsblatt für Schleswig-Holstein eingeführt werden. Die Vorschrift geht nicht davon aus, dass grundsätzlich alle allgemein anerkannten Regeln der Technik durch die oberste Wasserbehörde eingeführt werden müssen. Für eine wasserbehördliche Einführung kommen in erster Linie solche Regeln in Betracht, deren allgemeine Anerkennung zweifelhaft bzw. nicht gegeben ist oder die wegen landesspezifischer Besonderheiten in Teilen ergänzt oder verändert werden müssen.<sup>15</sup>

Bei einem entsprechenden Einführungserslass, wie er in Schleswig-Holstein bezüglich der DIN 1986 Teil 30 zwischenzeitlich vorliegt,<sup>16</sup> handelt es sich um eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift<sup>17</sup> der obersten Wasserbehörde, die dem technischen Regelwerk für die nachgeordneten Behörden Verbindlichkeit im Rahmen der Einführung verleiht. Gerichte und Anlagenbetreiber werden davon unmittelbar nicht erreicht. Die Einführung ergibt aber für denjenigen, der die eingeführten Regeln beachtet, die tatsächliche Vermutung, dass er die Abwasseranlage nach allgemein anerkannten Regeln errichtet hat, unterhält oder betreibt; er braucht dies nicht noch besonders nachzuweisen. Solange die Regeln eingeführt bleiben, kann einem Unternehmer, der sich daran hält, von der Wasserbehörde nicht entgegengehalten werden, er beachte nicht die allgemein anerkannten Regeln der Abwassertechnik, selbst wenn zwischenzeitlich eine Fortentwicklung der technischen Standards erfolgt ist<sup>18</sup>.

Gegenstand der Einführung sind dem Sinn der § 60 Abs. 1 WHG, § 34 Abs. 1 LWG SH entsprechend technische Standards. Dabei handelt es sich nicht um Regelungen des Verfahrens oder rein naturwissenschaftliche Tatsachen. Technische Bestimmungen in diesem Sinne sind vielmehr Regelungen, die die Bauausführung (insbesondere die bautechnische Gestaltung), den verwendeten Bau- oder Werkstoff, die Anwendung bestimmter Fertigungsmethoden oder bestimmte Bemessungsgrößen für Teile einer Abwasseranlage zum Gegenstand haben.<sup>19</sup> Angaben über Fristen stellen in diesem Zusammenhang keine Regeln der Technik dar.

Vor diesem Hintergrund wirft der vorliegende Entwurf des Einführungserlasses Fragen auf: Hinsichtlich der Regelungsgegenstände ist schon problematisch, ob eine DIN-Norm der zutreffende Platz für die Bestimmung von Fristen zur Durchführung von Dichtigkeitsprüfungen ist. Diese Zweifel setzen sich fort, wenn Fristen im Wege einer Verwaltungsvorschrift als „technische Bestimmungen“ für nachgeordnete Behörden verbindlich eingeführt werden. Denn allgemein anerkannte Regeln im Sinne des Gesetzes gelten oder gelten nicht; wenn eine DIN-Norm aber diese Qualität

besitzt, kann weder der private Normsetzer selbst noch eine Verwaltungsbehörde ihre Anwendung temporär suspendieren. Die ausgewiesenen Fristen sind daher nicht ohne Weiteres bindend.

Im Gegensatz zu gesetzlichen Vorschriften anderer Länder, die dezidiert Voraussetzungen für Fristabweichungen im Satzungswege festlegen (vgl. z. B. § 61a Abs. 5 LWG NRW), fehlt im Erlass jedes Kriterium für die Ermessensausübung bei der Abweichung von den genannten Fristen mit Zustimmung der unteren Wasserbehörde „in besonderen Härtefällen“ (vgl. Ziff. 1.5). Soweit daneben als Voraussetzung einer Fristabweichung benannt wird, dass „der Träger der Abwasserbeseitigungspflicht von der unter Ziffer 4.2.1 genannten praktischen Umsetzungsempfehlung Gebrauch macht“, wird er systemwidrig in die Pflicht genommen. Zum einen enthält die genannte Ziffer ausdrücklich nur eine Empfehlung aus Zweckmäßigkeitsgründen dahin, „die Betreiber der Grundstücksentwässerungsanlagen über die Pflichten, die sich aus der DIN 1986 Teil 30 ergeben, zu informieren und zu beraten. In diesem Zusammenhang wird empfohlen, das Gemeindegebiet in Untersuchungsgebiete einzuteilen, für die nach Ziffer 1.5 Fristen festgelegt werden.“ Zum anderen fehlt dem Abwasserbeseitigungspflichtigen teilweise die rechtliche Handhabe gegenüber den privaten Grundstückseigentümern.

### IV. Ortsrechtliche Möglichkeiten

Das Erfordernis einer Dichtigkeitsprüfung besteht also von Gesetzes wegen und wird nicht durch den Entscheidungsträger aufgestellt; es ist und bleibt stets eine Pflicht des Anlagenbetreibers.

#### 1. Abwasserbeseitigungspflicht und Dichtigkeitsprüfung

Die Dichtigkeitsprüfung privater Abwasseranlagen ist kein Bestandteil der gemeindlichen Abwasserbeseitigungspflicht und

<sup>7</sup> I.d.S. OVG Schleswig, Die Gemeinde 1992, 47 f.; NVwZ-RR 1998, 641.

<sup>8</sup> So die Handlungsempfehlung zur Umsetzung der DIN 1986 Teil 30 des Ministeriums für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein, Stand Mai 2009, S. 4.

<sup>9</sup> Kollmann, in: Praxis der Kommunalverwaltung, LWG-Kommentar, Stand September 2006, § 34 Erl. 3.

<sup>10</sup> BVerwG, NJW 1978, 1450.

<sup>11</sup> Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 114 Rn. 380.

<sup>12</sup> I.d.S. auch § 17b Hamburgisches Abwassergesetz.

<sup>13</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/12275, S. 41.

<sup>14</sup> Queitsch, in: Wellmann/Queitsch/Fröhlich (Fn. 4), § 61 Rz. 7.

<sup>15</sup> Kollmann, in: Praxis der Kommunalverwaltung (Fn. 9), § 34 Erl. 2.

<sup>16</sup> Amtsbl. SH 2010, S. 905.

<sup>17</sup> Dazu Wolff, in: Sodan/Ziekow (Fn. 11), § 114 Rn. 382.

<sup>18</sup> Dahme, in: Sieder/Zeidler/Dahme/Knopp (Fn. 6), § 18b Rn. 16; Reinhardt/Czychowski (Fn. 2), § 60 Rn. 31.

<sup>19</sup> Dahme, in: Sieder/Zeidler/Dahme/Knopp (Fn. 6), § 18b Rn. 17.

kann dazu auch nicht im Wege der Satzung erhoben werden. Insbesondere kann die Gemeinde in ihrer Abwassersatzung nicht festzulegen, „dass eine Untersuchung der auf privaten Grundstücken befindlichen Anlagen (Grundstücksentwässerungsanlagen) von ihr selbst oder durch von ihr Beauftragte durchgeführt wird“.<sup>20</sup> Soll mit der Satzungsbestimmung der Inhalt der Abwasserbeseitigungspflicht dergestalt verändert werden, dass die Pflicht zur Dichtheitsprüfung statt Sache des Anlagenbetreibers nunmehr Angelegenheit des kommunalen Entsorgungsträgers ist, scheidet das an der Normenhierarchie: Denn mit einer ortsrechtlichen Regelung lässt sich die gesetzliche Pflichtenverteilung nicht ändern. Hiernach trifft den Abwasserbesitzer aber „nur“ eine Überlassungspflicht aus § 30 Abs. 2 LWG SH gegenüber dem Abwasserbeseitigungspflichtigen. Wie das Abwasser zu überlassen ist, regelt das LWG SH nicht; diese Anforderungen, z. B. hinsichtlich der Übergabestelle, der Anschlussleitungen etc., werden daher in der kommunalen Entwässerungssatzung festgelegt. Sie enthält damit die rechtlichen Grundlagen für die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Überlassung des auf den jeweiligen Grundstücken anfallenden Abwassers.

Anknüpfungspunkt satzungsrechtlicher Vorgaben für die Hausanschlüsse ist danach allein, Schäden an anderen Versorgungsleitungen in der Straße oder am öffentlichen Kanal zu vermeiden. Einrichtungsbedingt sind darüber hinaus Anforderungen, um die Einleitung von Grund- und Drainagewasser (sog. Fremdwasser) in die öffentliche Abwasseranlage wirksam abstellen zu können, weil anderenfalls auch die Gemeinde bzw. der Verband ihre/seine Pflicht zur Abwasserbeseitigung nicht ordnungsgemäß erfüllen kann. Aufgerufen sind insoweit das Verdünnungsverbot des § 3 Abs. 3 Abwasserverordnung des Bundes sowie die Gefahr der erhöhten Abwasserabgabe zum Nachteil aller Benutzer. Nur in diesem Zusammenhang kann die abwasserbeseitigungspflichtige Körperschaft eine entsprechende Regelung zur Beachtung der DIN 1986 Teil 30 als anerkannte Regel der Technik in ihre Abwassersatzung aufnehmen (vgl. § 30 Abs. 3 Satz 1 LWG SH). Die Abwasserersatzung dient indes nicht dazu, unabhängig vom Anschluss an die gemeindliche Kanalisation einen wasserrechtlich ordnungsgemäßen Zustand der privaten Abwasseranlagen zu gewährleisten.

Ungeachtet dessen sind nicht die abwasserbeseitigungspflichtigen Gemeinden, sondern die unteren Wasserbehörden für die Durchführung des Wasserhaushaltsgesetzes zuständig (vgl. §§ 105 Abs. 1, 107 Abs. 1 Nr. 1 LWG SH).<sup>21</sup> Sie haben Bau und Betrieb von Abwasseranlagen – einschließlich privater Grundstücksent-

wässerungsanlagen – zu überwachen und gegenüber dem Betreiber die erforderlichen Maßnahmen unter Fristsetzung anzuordnen, wenn die Abwasseranlagen nicht den Anforderungen des § 60 Abs. 1 WHG entsprechen (§ 34 Abs. 2 LWG SH). Diese Kompetenzverteilung kann durch eine Satzungsregelung nicht durchbrochen werden.

Entwässerungssatzungsrechtliche Ordnungswidrigkeitentatbestände i.S.v. § 144 Abs. 2 LWG SH bzw. § 134 Abs. 5 GO SH können nicht weiter reichen als die – zuvor beschriebene – Zuständigkeit für die Ausgestaltung des Anschluss- und Benutzungsverhältnisses, insbesondere der Abwasserüberlassungspflicht. Insoweit erwachsen hieraus weder Zuständigkeiten noch Befugnisse der entsorgungspflichtigen Körperschaft.

## 2. Öffentliche Einrichtung und Dichtheitsprüfung

Weder das neue WHG noch das LWG SH definieren, unter welchen Voraussetzungen eine Abwasserleitung öffentlich oder privat ist. Grundsätzlich regelt die abwasserbeseitigungspflichtige Körperschaft in ihrer Entwässerungssatzung, welche Abwasserleitungen zu ihrer öffentlichen Abwasseranlage gehören.<sup>22</sup> Das sind regelmäßig der Hauptkanal in der Straße sowie die Grundstücksanschlüsse, d. h. die Leitungsstrecken vom Hauptkanal bis zur privaten Grundstücksgrenze. Für öffentliche Abwasserleitungen gilt die aufgrund von §§ 85a Abs. 2, 85c LWG SH erlassene Landesverordnung über die Selbstüberwachung von Abwasseranlagen und Abwasserleitungen (Selbstüberwachungsverordnung – SüVO)<sup>23</sup>.

Private Abwasseranlagen bleiben die Hausanschlüsse, d. h. die Leitungsstrecken vom Haus bis zum Übergabeschacht an der Grundstücksgrenze. Hier muss der Grundstückseigentümer die Dichtheit prüfen. Der Gemeinde fehlen Befugnisse zur einseitigen Ausdehnung der öffentlichen Einrichtung der Abwasserbeseitigung auf private Abwasseranlagen: Denn eine schlichte Satzungsbestimmung reicht nicht aus, um die kommunale öffentliche Einrichtung auch auf (bestehende) Hausanschlussleitungen zu erweitern; diese werden von der Einrichtungsvergrößerung nur erfasst, wenn die Eigentümer der betroffenen Grundstücke zustimmen.<sup>24</sup> Ein Anspruch der Gemeinde auf Mitwirkung des privaten Grundstückseigentümers, die Widmung durch die Gemeinde zu ermöglichen, besteht aber nicht.<sup>25</sup>

Zwar besteht ein durch Satzung gestaltbares öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis des einzelnen Grundstückseigentümers zum Einrichtungsträger. Wenn ein Anschlussnehmer die ihm von Gesetz wegen oder per Abwassersatzung auferlegten Pflichten, einschließlich der Pflichten zum technisch ordnungsgemä-

ßen Anschluss und zur ordnungsgemäßen Unterhaltung der Grundstücksanschlüsse, nicht erfüllt, kann der Einrichtungsträger ihm durch Verwaltungsakt aufgeben, Abhilfe zu schaffen. Die Kommune kann aber nicht sofort selbst Maßnahmen ergreifen, sondern muss im Wege des Verwaltungszwangs vorgehen, falls der Anlagenbetreiber die Pflichterfüllung unterlässt. Im Übrigen kann der Grundstückseigentümer vom abwasserbeseitigungspflichtigen Einrichtungsträger nur insoweit zur Sanierung undichter privater Abwasserleitungen gezwungen werden, als dies notwendig ist, um seine Abwasserüberlassungspflicht ordnungsgemäß erfüllen zu können. Allein hierfür greift die Anstaltsgewalt für die von der Gemeinde betriebene öffentliche Abwasserentsorgungseinrichtung.<sup>26</sup> Umweltschutzgesichtspunkte im weiteren Sinne fallen demgegenüber in den Zuständigkeitsbereich der unteren Wasserbehörde.<sup>27</sup>

## 3. Kostenerstattungsanspruch und Dichtheitsprüfung

§ 9a KAG SH erlaubt der Gemeinde, die Kosten der Herstellung, Beseitigung, Erneuerung und Unterhaltung der Haus- und Grundstücksanschlussleitung gegenüber dem Grundstückseigentümer über den Kostenersatzanspruch geltend zu machen. Dabei bildet das Merkmal der Unterhaltung im Sinne von § 9a Abs. 1 Satz 1 KAG einen Auffangtatbestand, der alles umfasst, was der Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit der Anlage dient, also auch eine Dichtheitsprüfung beinhaltet. Der Anspruch aus § 9a KAG SH setzt zwar voraus, dass die Gemeinde sich in der Abwasserbeseitigungssatzung (Entwässerungssatzung) die Kostenerstattung für die Herstellung von Haus- und / oder Grundstücksanschlüssen vorbehalten

<sup>20</sup> So aber der Entwurf eines § 30 Abs. 4 Satz 1 LWG, vgl. LT-Drucksache 17/211.

<sup>21</sup> Vor diesem Hintergrund sind vom MLUR in einem Rundschreiben vom 8.11.2010 ausgesprochene Empfehlungen an die Träger der Abwasserbeseitigungspflichtigen, die Betreiber der Grundstücksentwässerungsanlagen über Pflichten, die sich aus der DIN 1986 Teil 30 ergeben, zu informieren und zu beraten, mindestens fragwürdig.

<sup>22</sup> Exemplarisch OVG Schleswig, NordÖR 2002, 239, 240.

<sup>23</sup> GVObI. SH 2007, S. 92.

<sup>24</sup> Letzteres übersieht offenbar OVG Schleswig, Urteil vom 6.6.1996 – 2 K 1/95 –.

<sup>25</sup> Zutreffend Arndt / Bock, Die Gemeinde 2010, 36, 40, die insbesondere die kommunalabgaben- und kostenersatzungsrechtlichen Folgen der Einbeziehung von Hausanschlüssen in die öffentliche Einrichtung untersuchen

<sup>26</sup> OVG NRW, Urt. v. 14.1.2003 – 15 A 4115/01 –; B. v. 7.5.2009 – 15 B 354/09 –.

<sup>27</sup> Auch der Gedanke eine Nebenpflicht des Anschluss- und Benutzungsverhältnisses (vgl. Arndt / Bock, Die Gemeinde 2010, 36, 41 f.) führt nicht weiter, weil es bei der Duldung von Arbeiten an dem nicht zur öffentlichen Einrichtung gehörenden privaten Hausanschluss um eine zusätzliche, das Benutzungsverhältnis überschreitende Pflicht geht. Die auf das ordnungsgemäße Funktionieren der öffentlichen Einrichtung bezogene (Haupt-)Pflicht des Instandsetzungsunwilligen oder -unfähigen Grundstückseigentümers kann der Einrichtungsträger überdies ja durchsetzen.

hat, verlangt aber nicht die Einbeziehung des Hausanschlusses in die öffentliche Einrichtung.

Die Ausdehnung des Ersatzanspruchs auf Anschlussleitungen innerhalb der Privatgrundstücke umfasst indes nicht zugleich eine Entscheidung über die Zulässigkeit, Arbeiten an privaten Grundstücksentwässerungsanlagen innerhalb der Privatgrundstücke durchzuführen, und begründet auch keine korrespondierende Duldungspflicht des Eigentümers. Die Regelung des KAG besagt also nur, dass sich der sondergesetzliche Erstattungsanspruch unter der Voraussetzung eines Rechts der Gemeinde, den Hausanschluss auf dem Grundstück des Anschlussnehmers selbst zu verlegen bzw. zu unterhalten, auch auf diesen Teil der Anschlussleitungen erstreckt.

Damit ist weniger der durch die wasserrechtliche Regelung aufgegriffene Kostenersatzungsanspruch im Sinne von § 9a KAG SH problematisch als vielmehr das vorausliegende Recht der Gemeinde, die Grundstücksentwässerungsanlagen auf dem Privatgrundstück selbst oder durch Beauftragte zu untersuchen und ggf. zu sanieren. Sämtliche vorbehandelte Rechtsfragen kulminieren also in Grund und Umfang der Kostenerstattung und sind von der Gemeinde gegenüber dem Grundstückseigentümer – ggf. im Verwaltungsstreitverfahren – zu beantworten. Die Gemeinde muss die Duldung des Abwasseranlageninhabers hinsichtlich der auf seinem Grundstück von ihr vorzunehmenden Untersuchungs- und Sanierungsarbeiten erzwingen, sie muss den Kostenerstattungsanspruch durchsetzen und sie trägt das Ausfallrisiko.

#### **4. Anschluss- und Benutzungszwang und Dichtheitsprüfung**

Schließlich vermag auch die Möglichkeit zur Anordnung eines Anschlusszwangs die Überleitung des Untersuchungsrechts auf die Gemeinden nicht zu rechtfertigen: Denn der satzungsrechtliche Anschlusszwang verpflichtet den Grundstückseigentümer, auf seinem Grundstück auf eigenen Kosten alles Erforderliche zu tun, um das Grundstück ordnungsgemäß an die öffentliche Einrichtung anzuschließen. Es entstehen mithin Pflichten des Grundstückseigentümers. Die Anordnung eines Anschlusszwangs führt nicht aus Gründen der Sicherstellung des ordnungsgemäßen Funktionierens der Anlage zu der Befugnis, die Anschlussleitungen auch auf den Privatgrundstücken selbst zu verlegen oder durch einen beauftragten Unternehmer verlegen zu lassen. Der Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG umfasst neben der Wohnung im engeren Sinn auch das befriedete Grundstück, soweit eine gewisse räumliche Nähe zu Gebäuden gegeben ist,<sup>28</sup> was bei Hausanschlussleitungen bereits begriffsnotwendig regelmäßig gegeben sein wird. Eingriffe in die Unver-

letzlichkeit der Wohnung verlangen eine bereichsspezifische formellgesetzliche Ermächtigungsgrundlage für eine gemeindliche Satzung;<sup>29</sup> diesen Anforderungen genügt die allgemeine kommunalrechtliche Ermächtigung des § 17 Abs. 2 S. 1 GO SH zur Regelung eines Anschluss- und Benutzungszwangs nicht.<sup>30</sup>

Falls der Anschlussverpflichtete der satzungsrechtlichen Anordnung nicht nachkommt, kann er dazu mittels Verwaltungsakts angehalten werden, der seinerseits im Wege des Verwaltungszwangs durchsetzbar ist. Unabhängig von der dogmatischen Verschiedenheit von Handeln und Dulden begründet erst die Durchsetzung des Anschluss- und Benutzungszwangs mittels Verwaltungszwanges ausnahmsweise eine Eingriffsbefugnis des Einrichtungsträgers, der eine Duldungspflicht des Grundstückseigentümers korrespondiert. Dem gegenüber besteht bei der hier aufgerufenen Pflicht zur Duldung gemeindlicher Untersuchungen weder ein Bezug zum Anschlusszwang noch zu seiner Durchsetzung, weil durch eine entsprechende Satzungsvorschrift nicht der Anschlusszwang konkretisiert wird; vielmehr soll die Dichtheitsprüfung gemäß DIN 1986 Teil 30 dem angeschlossenen Grundstückseigentümer ohne vorausgegangene Pflichtverletzung entzogen und der Gemeinde überantwortet werden.

Nichts anderes folgt aus der Regelung des § 17 Abs. 2 S. 4 GO SH: Zwar erfasst die gesetzliche Grundlage eines Betretungsrechts kraft Satzungsbestimmung neben der öffentlichen Einrichtung selbst ausdrücklich auch den nicht dazu gehörenden privaten Hausanschluss. Allerdings wird tatbestandlich die „Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit“ vorausgesetzt. Bezogen auf Abwasseranlagen bedeutet das, dass jedenfalls ein mangelhafter Hausanschluss gegeben sein muss, von dem aus alsbald eine Verunreinigung von Grundwasser und Boden droht. Ohne Anhaltspunkte für eine dringende Gefahr für die öffentliche Sicherheit greift das satzungsrechtliche Betretungsrecht nicht ein. Die Durchführung bloßer Wartungsarbeiten oder die Erneuerung von Hausanschlussleitungen ohne vorherigen Schadenfall fallen damit ebenso heraus wie routinemäßige Untersuchungen einschließlich einer flächendeckenden Dichtheitsprüfung.<sup>31</sup>

#### **V. Fazit**

Durch das am 1. März 2010 in Kraft getretene neue Wasserhaushaltsgesetz wird die Pflicht der Grundstückseigentümer zur Dichtheitsprüfung an ihren privaten Abwasserleitungen und -anlagen nicht aufgehoben oder obsolet. Diese Pflicht besteht unabhängig von Abwasserüberlassungs- und Abwasserbeseitigungspflichten; insbesondere der gesetzlich vorgegebene Inhalt der Abwasserbesei-

gungspflicht kann durch kommunales Satzungsrecht nicht hierauf erweitert werden, wenn keine entsprechende gesetzliche Ermächtigung besteht. Eine satzungsmäßig begründete Pflicht zur Duldung gemeindlicher Untersuchungen auf Privatgrundstücken ist weder durch das Bestehen eines Benutzungsverhältnisses an einer öffentlichen Einrichtung noch durch die Anordnung eines Anschlusszwangs zu rechtfertigen. Danach ist die Kommune nicht befugt, Anschlussleitungen auf Privatgrundstücken selbst auf Dichtheit zu prüfen oder durch beauftragte Unternehmer prüfen zu lassen. Erst und nur wenn der Anlagenbetreiber seinen Pflichten nicht nachkommt, kann die Pflichterfüllung im Wege des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden.

Zuständig dafür sind in erster Linie die untere Wasserbehörde und die abwasserbeseitigungspflichtige Körperschaft nur insoweit, als eventuelle Undichtigkeiten der Hausanschlussleitungen den ordnungsgemäßen Einrichtungsbetrieb stören. Angesichts dieses doppelten Zugriffs auf die Grundstückseigentümer und der Schwierigkeiten, die wasserbehördlichen und kommunalen Zuständigkeiten im Einzelfall abzugrenzen, erscheint eine landesgesetzliche Regelung der Dichtheitsprüfung privater Abwasserleitungen angezeigt. Dadurch wird der Anlagenbetreiber unmittelbar in die Pflicht genommen; zugleich kann eindeutig festgelegt werden, von wem die Erfüllung zu überwachen ist. Falls die Kontrolle auf die abwasserbeseitigungspflichtigen Gemeinden übertragen wird, ist allerdings zu berücksichtigen, dass diese Landesaufgabe der Gefahrenabwehr dann zur Erfüllung nach Weisung wahrgenommen wird. Das bedeutet zum einen, dass die Kosten nicht benutzungsgebührenfähig sind; zum anderen ist der landesverfassungsrechtliche Konnexitätsgrundsatz des Art. 49 Abs. 2 LVerf SH aufgerufen.

<sup>28</sup> Deshalb ist die vom MLUR in einem Rundschreiben vom 8.11.2010 aufgestellte Behauptung: „Die Träger der Abwasserbeseitigungspflicht können aufgrund des Satzungsrechts die Einhaltung der DIN 1986 Teil 30 durchsetzen (Aufforderung zur Dichtheitsprüfung und Sanierung).“ in dieser Absolutheit kaum haltbar. Merkwürdigerweise wird zutreffend, aber vom eigenen Ansatz her widersprüchlich hinzugesetzt: „Kommt der Betreiber der Grundstücksentwässerungsanlage seiner Untersuchungs- und Sanierungspflicht nicht nach, haben die Wasserbehörden die erforderlichen Maßnahmen unter Fristsetzung anzuordnen.“

<sup>29</sup> Hermes, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 13 Rn. 19.

<sup>30</sup> Vgl. Hermes, in: Dreier (Fn. 28), Art. 13 Rn. 110; ausführlich zu satzungsrechtlichen Betretungsrechten Lübbe-Wolff, DVBl. 1993, 762 ff.

<sup>31</sup> I.d.S. VGH München, NVwZ 1998, 540.

<sup>32</sup> Ebenso Arndt/Bock, Die Gemeinde 2010, 36, 41.

## Infothek

### **Geodateninfrastrukturgesetz (GDIG) vom Landtag verabschiedet Kommunen erhalten Geobasisdaten vom Land kostenfrei**

Am 15. Dezember 2010 hat der Landtag das Geodateninfrastrukturgesetz für das Land Schleswig-Holstein (GDIG) beschlossen. Das Gesetz schafft den rechtlichen Rahmen für den Ausbau und den Betrieb der Geodateninfrastruktur in Schleswig-Holstein als Bestandteil der Geodateninfrastruktur in Deutschland und dient der Umsetzung der Vorgaben der INSPIRE-Richtlinie (Richtlinie 2007/2/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.03.2007, ABl. EU Nr. L 108 S. 1) zur Schaffung der Geodateninfrastruktur in der Europäischen Gemeinschaft. Die INSPIRE-Richtlinie verlangt, dass verschiedene Systeme von Geodaten und Geodatendiensten miteinander kombiniert werden können. Mit dem Gesetz soll es für Bürger, Behörden und die Wirtschaft künftig einfacher werden, auf Geodaten zuzugreifen. Außerdem wurden Bestimmungen zur Lizenzierung und im Bereich der Gebührenerhebung neu geregelt.

Der nunmehr erfolgten Verabschiedung des Gesetzes gingen lange und intensive Verhandlungen der kommunalen Landesverbände mit dem Land zur Kostenfrage voraus. Ein erster Gesetzentwurf, den die Landesregierung bereits in der Kabinettsitzung am 17.03.2009 zustimmend zur Kenntnis genommen hatte, sah zunächst eine kostenfreie Abgabe der Geobasisdaten an die geodatenhaltenden Stellen vor. Begründet wurde die Kostenfreiheit der Datennutzung mit dem Konnexitätsanspruch der Kommunen für die Übernahme der Aufgabe „abgebende Stellen“ mit der Verpflichtung zur Nutzung der Daten. Im Rahmen des seinerzeitigen Beteiligungsverfahrens hatten die kommunalen Landesverbände den geplanten Regelungsmechanismus im Wesentlichen mitgetragen.

In der Folge wurde der Gesetzentwurf aus dem Jahre 2009 jedoch nicht in den Landtag eingebracht. Dies erfolgte erst über ein Jahr später im Sommer dieses Jahres. Allerdings sah der zwischenzeitlich geänderte Gesetzentwurf, bei dem die kommunalen Landesverbände keine erneute Gelegenheit zur Stellungnahme bekommen haben, keine kostenfreie Abgabe der Geobasisdaten mehr vor, was im Ergebnis zu einer finanziellen Belastung für die Kommunen von bis zu 1,0 Mio. EUR pro Jahr geführt hätte.

Die kommunalen Landesverbände haben gegen die geänderte Kostenregelung hef-

tig protestiert. Allerdings sah sich die Landesregierung nicht in der Lage, eine entsprechende Änderung des Gesetzentwurfs herbeizuführen. Die kommunalen Landesverbände haben daraufhin die Fraktionen der im Landtag vertretenen Parteien angeschrieben und diese aufgefordert, sich dafür einzusetzen, den Kommunen, wie im ursprünglichen Gesetzentwurf aus dem Jahre 2009 vorgesehen, für ihre Aufgabenerfüllung ein kostenfreies Nutzungsrecht an den Geobasisdaten des Landes einzuräumen. In einem Gespräch mit dem Arbeitskreis Innen und Recht der CDU-Landtagsfraktion am 3. November 2010 wurde noch einmal die kommunale Sichtweise deutlich gemacht.

Erfreulicherweise hat dann der Innen- und Rechtsausschuss des Landtages – nicht zuletzt aufgrund der Intervention der kommunalen Landesverbände – dem Gesetzentwurf der Landesregierung mit der Maßgabe zugestimmt, dass die Geobasisdaten den geodatenhaltenden Stellen für Zwecke des Gesetzes kostenfrei zur Verfügung gestellt werden (§ 12 Abs. 1). Der Landtag hat das Gesetz dann in der geänderten Fassung am 15.12.2010 beschlossen.

Das GDIG ist am 23.12.2010 im Gesetz- und Verordnungsblatt Schleswig-Holstein verkündet worden und am Tag danach in Kraft getreten, sodass alle Gemeinden und Ämter nun die Geobasisdaten über die Kopfstellen der Kreise kostenfrei beziehen können.

### **Der GVV-Ehrenamtspreis**

Die GVV-Kommunalversicherung hat uns darüber informiert, dass sie aus Anlass ihres 100-jährigen Bestehens den GVV-Ehrenamtspreis ins Leben gerufen hat, um bürgerschaftliches Engagement in Deutschland, das z. T. im Verborgenen stattfindet, zu unterstützen und mehr in das Bewusstsein der Öffentlichkeit zu rücken. Mit insgesamt 10.000 Euro jährlich fördert der GVV-Ehrenamtspreis Organisationen oder Personen im Bereich der Mitgliedschaft der GVV-Kommunalversicherung, die sich für die Mitmenschen und deren Lebensumwelt auf unterschiedlichsten Betätigungsfeldern verantwortungsbewusst einsetzen.

Unterstützt wird jede Form bürgerschaftlichen Engagements, das sich durch Freiwilligkeit, fehlende persönliche materielle Gewinnabsicht und Orientierung am Gemeinwohl auszeichnet – sei es in der Nachbarschaft, am Arbeitsplatz, in der Freizeit, in Kirche oder Politik. Angesprochen sind Aktivitäten auf dem Gebiet der Kultur-, Sozial-, Sport-, Schul- und Umweltpolitik vor Ort.

Vorschlagsberechtigt sind die Mitglieder der GVV-Kommunalversicherung VVaG.

Vorschläge können bis zum 31. März eines jeden Jahres eingereicht werden. Die Preisträger werden anlässlich der alljährlichen Mitgliederversammlung geehrt und anschließend in der Mitgliederzeitschrift der Bundesarbeitsgemeinschaft Deutscher Kommunalversicherer (BADK) porträtiert.

Der GVV-Ehrenamtspreis wird erstmalig im Rahmen des Festaktes zum 100-jährigen Jubiläum der GVV-Kommunalversicherung VVaG am 20. Juni 2011 im Gürzenich zu Köln verliehen.

### Kontaktdaten für Bewerbung

GVV-Kommunalversicherung VVaG,  
Stichwort Ehrenamtspreis,  
Aachener Straße 952-958, 50933 Köln,  
E-Mail: ehrenamtspreis@gvv.de

### **Sportboothafenverordnung**

Das Ministerium für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein hat uns über die neue Verwaltungsvorschrift zu § 5 Abs. 1 Sportboothafenverordnung informiert. Nachdem am 1. Juni 2010 die neue Sportboothafenverordnung in Kraft getreten ist, musste nun auch die Verwaltungsvorschrift zu § 5 erneuert werden, die die Voraussetzungen für die Abfallbewirtschaftungspläne nennt. Bei der Festlegung der Anforderungen und Einrichtungen ist zu berücksichtigen, um was für einen Sportboothafen es sich handelt und welchen Bedürfnissen der gerecht werden muss; d. h. welche Boote mit welcher Ausstattung diesen Hafen üblicherweise nutzen (kleiner Vereinshafen oder gewerblich betriebener Jachthafen).

### **Entfristung Landesimmissionschutzgesetz**

Mit Schreiben vom 09.12.2010 an die Landesregierung hat sich der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag – gemeinsam mit dem Landkreistag und dem Städteverband – für eine Entfristung des Landesimmissionsschutzgesetzes ausgesprochen. Zum 31.12.2011 werden die §§ 3 bis 5 des Landes-Immissionsschutzgesetzes außer Kraft treten. Diese Vorschriften ermöglichen es Gemeinden, ortsrechtliche Vorschriften zum Schutz vor schädlichen Einwirkungen von Luftverunreinigungen, Geräuschen oder sonstigen Emissionen zu erlassen und Verstöße hiergegen als Ordnungswidrigkeiten zu ahnden. Die Regelungen des LImSchG hatten eine unbeabsichtigte Regelungslücke geschlossen, die durch die Streichung des Tatbestandsmerkmals der „Öffentlichen Ordnung“ aus § 174 LVwG entstanden war. Es waren insbesondere für die touristisch geprägten Gemeinden erhebliche Rechtsunsicherheiten entstanden, nachdem deren bis da-

hin bestehenden ortsrechtlichen Verordnungen auf Grundlage des § 174 LVwG ihre Rechtsgrundlage verloren hatten. Nachdem das Landes-Immissionsschutzgesetz am 6. Januar 2009 verkündet worden ist, haben insbesondere touristisch geprägten Gemeinden von der Verord-

nungsermächtigung im LImSchG Gebrauch gemacht.

#### **Termine:**

03.02.2011: VI. Norddeutsches Symposium „Strategien zum Umgang mit Entwässerungssystemen im öffentlichen und pri-

vaten Bereich“, Kulturzentrum Rendsburg 16.-18.02.2011: HVB Fachtagung, Sankelmark

09.03.2011: Fachtagung „Sorgenkind Schulmensa“ in Heide

26.03.2011: „Unser sauberes Schleswig-Holstein“

## Arbeitskreis der wirtschaftlich tätigen Zweckverbände tagte am 8. November 2010 in Kiel

Der Arbeitskreis der wirtschaftlich tätigen Zweckverbände beschäftigte sich in seiner Sitzung am 8. November 2010 in Kiel schwerpunktmäßig mit dem Thema „Demografische Entwicklung im Hinblick auf die Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung“.

Nach einer kurzen Einführung durch Lan-

desgeschäftsführer Bülow berichtete Herr Mrowka vom Zweckverband Ostholstein (ZVO) in einem Impulsreferat über die „Auswirkungen des demografischen Wandels in der Abwasserentsorgung beim Zweckverband Ostholstein“. Das ZVO-Demografie-Projekt wurde gemeinsam mit der Brandenburgischen Technischen Uni-

versität Cottbus (BTU) und der Bertelsmann-Stiftung erarbeitet und wird voraussichtlich im Frühjahr 2011 abgeschlossen sein.

Es folgte ein Erfahrungsaustausch, bei dem deutlich wurde, dass sich auch die anderen Zweckverbände bereits mit dem Thema beschäftigen. Die Teilnehmer waren sich darüber einig, das Projekt des ZVO als „Anstoßprojekt“ einem größeren Kreis zugänglich zu machen. Unter anderem soll dies Schwerpunktthema der Sitzung des Bau- und Umweltausschusses im Frühjahr 2011 werden.

*Jochen Nielsen*

## Sorgenkind Schulmensa: Fachtagung am 9.3.2011 in Heide

Ob bei Ausrüstung, Nachrüstung oder Zuschuss – viele Schulmensaen liegen den Gemeinden schmerzlich auf der Tasche. Eine sachliche Diskussion über die Kosten fällt jedoch schwer, geht es doch um nichts Geringeres als die Gesundheit unserer Kinder. An dieser Stelle setzt ein Beratungstag zum Thema „Nachhaltiger Betrieb von Schulmensaen“ an, der am 9. März 2011 an der Fachhochschule Westküste (FHW) in Heide stattfindet. Hierzu lädt der SHGT gemeinsam mit der Vernetzungsstelle Schulverpflegung die Schulträger herzlich ein.

Die Initiatoren haben Kompetenzen aus den Bereichen Ernährung, Betriebswirtschaft, Informatik und Bauplanung sowie

eine gehörige Portion Soziologie und Psychologie gebündelt und werden das vielschichtige Thema praxisnah aus allen Richtungen beleuchten. So stellen sie einen ersten Leitfaden vor, der bei der Planung oder Umstrukturierung der Räumlichkeiten und der Ausstattung sowie beim Betrieb helfen soll. Wichtig ist, dass die Beratung unabhängig von kommerziellen Ausrüster- oder Betreiberinteressen erfolgt, so dass sich Verantwortliche wirklich eine fundierte Meinung bilden können.

Die Begleitung der Interessengruppen in der Planungs- und Umsetzungsphase wird als mittel- bis langfristiger Prozess verstanden. Antje Korthals von der FHW, Koordinatorin des Projekts: „Das fängt schon an bei der Ankündigung des Vorha-

bens und der Gesprächsführung mit den Eltern an und endet mit der Frage der Vertragsgestaltung mit externen Anbietern. Jede Schule ist anders, aber das systematische Herangehen ist immer ähnlich.“ Zentrale Tagungsbeiträge kommen von Martina Goetz, Fachfrau für Ernährung, selbst Ausbilderin und Betreiberin einer Schulmensa, von Paul-Hinrich Wichers, beratender Ingenieur und Mensaplaner, sowie von Birgit Braun, Leiterin der Vernetzungsstelle Schulverpflegung.

Der Beratertag richtet sich vor allem an Schulträger aus Schleswig-Holstein, aber auch Schulleitungen und Elternvertreter sind herzlich willkommen. Die Teilnehmerzahl ist auf 80 begrenzt. Anmeldeformulare (Anmeldeschluss 25. Februar 2011) sowie weitere Informationen befinden sich im Internet unter [www.shgt.de](http://www.shgt.de) und unter [www.fh-westkueste.de/Wissenstransfer/MENSANA](http://www.fh-westkueste.de/Wissenstransfer/MENSANA).

## Pressemitteilungen

### **Arbeitsgemeinschaft der Kommunalen Landesverbände vom 15.12.2010**

#### **Zum Landeshaushalt 2011/2012 erklären die kommunalen Landesverbände:**

## Die Kommunen sind nicht die Reservekasse des Landes – ihnen droht selbst die Haushaltsnotlage

Die Kommunen sind vom Parlament an den vorliegenden Sparbeschlüssen nicht beteiligt worden. Ohne den Dialog zu suchen oder die Kommunen in die Überlegungen frühzeitig einzubinden, werden sie aber kurzfristig mit neuen Belastungen konfrontiert.

#### **Beispiel 1:**

Über die Presseveröffentlichung des Bildungsministeriums wird mitgeteilt, dass die Kommunen zukünftig an den Kosten des Gastschulabkommens beteiligt werden. Hierzu soll in letzter Sekunde das Schulgesetz (§ 113) geändert werden.

#### **Beispiel 2:**

Ein Tag vor der Verabschiedung des Landeshaushaltes 2011/2012 erfahren die Kommunen über die Presse, dass es Überlegungen zur kommunalen Kofinanzierung der Küstenschutzabgabe gibt. „Die kommunalen Landesverbände stellen fest, dass die Kommunen nicht die Reservekasse des Landes Schleswig-Holstein sind. Sowohl der Landesregierung als auch dem Schleswig-Holsteinischen Landtag ist bekannt, dass die Kommunen die Rückführung des Eingriffs in den kommunalen Finanzausgleich zur Sicherung einer aufgabenangemessenen Finanzausstattung und die Einhaltung des Konne-

xitätsprinzips fordern sowie auf Zusagen vertrauen, dass keine zusätzlichen Lasten vom Land auf die Kommunen verschoben werden,“ erklärten die drei Geschäftsführer der kommunalen Landesverbände Jochen von Allwörden, Städteverband Schleswig-Holstein, Jörg Bülow, Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag, und Jan-Christian Erps, Schleswig-Holsteinischer Landkreistag, übereinstimmend.

„Wir brauchen eine echte Konsolidierungspartnerschaft von Land und Kommunen, in der das Konnexitätsprinzip und der Anspruch auf Gewährleistung einer aufgabenangemessenen Finanzausstattung der Kommunen Wirkung entfaltet und keine einseitigen Lastenverschiebungen“, so die drei Geschäftsführer abschließend.

**SHGT vom 11. Januar 2011:**

## Gemeindetag zur Amtsordnung: Mut zur Weiterentwicklung statt Rückschritt

**– Ämter sind Kooperationsebene, nicht nur Verwaltungszentrale**

„Wir fordern von der Politik den Mut zur Weiterentwicklung der Amtsordnung ein. Ein Verbot der Aufgabenübertragung auf Ämter wäre ein Rückschritt und nicht zukunftsfähig. Die Gemeinden wollen die erfolgreiche interkommunale Zusammenarbeit in den Ämtern fortsetzen und stärken. Wir wollen mehr Zusammenarbeit statt weniger“, sagte Jörg Bülow, Geschäftsführer des Schleswig-Holsteinischen Gemeindetages (SHGT) zu den heute von der Landesregierung beschlossenen Eckpunkten zur Zukunft der Amtsordnung. Wenn gemäß den Eckpunkten der Landesregierung Selbstverwaltungsaufgaben nicht mehr auf das Amt übertragen wer-

### Hintergrund: Eingriff in den kommunalen Finanzausgleich beenden

Durch Artikel 2 des Haushaltsstrukturgesetzes 2007/2008 vom 14.09.2006 (GVO-BI. SH Seite 309) ist die Finanzausgleichsmasse ab dem Jahr 2007 um jährlich 120 Mio. Euro vermindert worden. Die Kommunen haben damit einen Konsolidierungsbeitrag in den Jahren 2007 bis 2010 in Höhe von 480 Mio. Euro geleistet. Der jährliche Konsolidierungsbeitrag in den vergangenen vier Jahren entsprach nahezu der Summe, die das Land zum Ausgleich seines strukturellen Defizits in den nächsten Haushaltsperioden jährlich benötigt. Begründet wurde der Eingriff im Rahmen des Artikels 2 des Haushaltsstrukturgesetzes zum Haushaltsplan 2007/2008 (Landtags-Drucksache 16/910). Dort heißt es auf den Seiten 14 ff. unter anderem: „(...) In der Entwicklung der Steuern einschließlich der Einnahmen aus

dem kommunalen Finanzausgleich ist die Einnahmesituation der Kommunen im Vergleich zu der des Landes bezüglich der Leistungen des kommunalen Finanzausgleichs deutlich besser. (...) Nach den Ergebnissen der Steuerschätzung vom Mai 2006 wird sich die Einnahmesituation der Kommunen durch eine deutliche Erhöhung der originären Steuereinnahmen weiter positiv entwickeln.“

Die seinerzeit prognostizierte Entwicklung ist nicht eingetreten. Die Rahmenbedingungen haben sich sogar in ihr Gegenteil verkehrt. Dennoch hält das Land mit den vorliegenden Entwürfen zum Landeshaushalt 2011/2012 in unveränderter Form an den Eingriff in den kommunalen Finanzausgleich fest. Eine angemessene Finanzausstattung der Kommunen, wie sie in Artikel 49 Abs. 1 der Landesverfassung gefordert ist, wird damit nicht mehr gewährleistet.

operation auf Amtsebene würde in Frage gestellt, befürchtet der Gemeindetag.

Daher habe der Gemeindetag schon im Juli 2010 ein klares Konzept zur Weiterentwicklung der Amtsordnung mit folgenden Kernpunkten vorgelegt:

- Bestimmte Aufgaben (z. B. Bauleitplanung) dürfen gar nicht mehr auf Ämter übertragen werden („Negativkatalog“).
- Alle anderen Aufgaben dürfen übertragen werden, jedoch zahlenmäßig begrenzt („Auswahlkatalog“).
- Außerdem werden die Koordinierungsfunktion und die Unterstützungsfunktion der Ämter gestärkt.

„Mit dem Konzept der Gemeinden und Ämter zur Weiterentwicklung der Amtsordnung erreichen wir beide Ziele: die Vorgaben des Landesverfassungsgerichts werden erfüllt und die Zusammenarbeit der Gemeinden auf Amtsebene wird gestärkt“, erläuterte Bülow.

## Buchbesprechungen

### Die professionelle Personalauswahl in der öffentlichen Verwaltung

von Dipl.-Verwaltungswissenschaftlerin Dr. Anne Drescher unter Mitwirkung von Anneluise Ruwolt, Rechtsanwältin, und Dr. Peter Meyer, Rechtsanwalt

2010, ca. 144 Seiten, € 19,80 – edition moll – ISBN 978-3-415-04429-6

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Scharrstr. 2, 70563 Stuttgart bzw. Levetingstr. 6 a, 81673 München

Die Auswahl qualifizierter Bewerber ist – gerade vor dem Hintergrund wachsender Qualifikationsanforderungen und steigender Kosten – entscheidend für ein erfolgreiches Personalmanagement. Nur mit einem systematischen und zielorientierten Auswahlverfahren gelingt es, den geeigneten

Mitarbeiter für die jeweilige Stelle zu finden. Das Handbuch liefert Arbeitshilfen, Checklisten und Musterbeispiele für die optimale Vorbereitung und Durchführung von Auswahlverfahren. Die vielfältigen Fragestellungen aus der Praxis werden konkret beantwortet: Wie sieht eine »rechtssichere« Bewerberübersicht aus? Inwieweit sind Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zu beachten? Wie vermeide ich Konkurrentenklagen? Der Leser erhält konkrete Tipps und Empfehlungen, u. a. für die Erstellung von zweckmäßig und präzise formulierten Anforderungsprofilen, die effiziente Vorauswahl potenziell geeigneter Kandidaten, die sinnvolle Gliederung von Interviewleitfäden sowie die Strukturierung gezielter Fragetechniken im Bewerber-

gespräch. Die rechtlichen Rahmenbedingungen sind anhand der einschlägigen Rechtsprechung im jeweiligen Zusammenhang ausführlich erläutert.

Themenschwerpunkte:

- Entwicklung und Inhalt eines Anforderungsprofils
- Suche nach geeigneten Bewerberinnen und Bewerbern
- Vorauswahl, Auswahlinterview und ergänzende Auswahlinstrumente
- Auswahlentscheidung und Auswahlverfahren

Im Anhang sind ein beispielhafter Kompetenzkatalog, das Muster eines Kompetenzmodells, ein Rahmenprofil sowie das Beispiel für einen Beobachtungs- und Bewertungsbogen abgedruckt.