



Schwerpunktthema: Kommunale Ver- und Entsorgung

- Prof. Dr. Marcus Arndt, Emir Hadžiefendić, Anschluss- und Benutzungszwang bei der Ver- und Entsorgung
- Dierk Habermann, Gebührensatzung ohne Gebührensatz?
- Prof. Dr. Marius Raabe, Nachunternehmer und Bietergemeinschaften bei der Leistungsvergabe
- Prof. Dr. Christoph Brüning, Gebührenrechtlicher Umgang mit Abschreibungserlösen, Gewinnaufschlägen und Veräußerungsgewinnen
- Prof. Dr. Florian Becker, Nikola Sieverding, Kommunales Vermögen im Bereich der Ver- und Entsorgung
- Marc Ziertmann, Beteiligungssteuerung
- Manuela Söller-Winkler, Staatliche Aufsicht über die kommunale Ver- und Entsorgungswirtschaft
- Reimer Steenbock, Wiederkehrende Beiträge für Straßen

DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung
in Schleswig-Holstein

Herausgeber Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag

63. Jahrgang · Dezember 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: dfn! Druckerei Fotosatz Nord, Kiel

Satz & Gestaltung:

Agentur für Druck und Werbung, Laboe

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 beiliegt.

ISSN 0340-3653

Titelbild: Weihnachtliches Gut Augustenhof
Foto: Jochen Nielsen

Inhaltsverzeichnis

Schwerpunktthema:

Kommunale Ver- und Entsorgung

Auf ein Wort

Jörg Bülow
Die Wahlperiode ist noch lange
nicht vorbei..... 282

Aufsätze

Prof. Dr. Marcus Arndt,
Emir Hadžiefendić
Anschluss- und Benutzungszwang
bei der Ver- und Entsorgung..... 284

Dierk Habermann
Gebührensatzung ohne
Gebührensatz?..... 287

Prof. Dr. Marius Raabe
Nachunternehmer und Bietergemein-
schaften bei der Leistungs-
vergabe..... 290

Prof. Dr. Christoph Brüning
Gebührenrechtlicher Umgang mit
Abschreibungserlösen, Gewinnauf-
schlägen und Veräußerungs-
gewinnen..... 299

Prof. Dr. Florian Becker,
Nikola Sieverding
Kommunales Vermögen im Bereich
der Ver- und Entsorgung..... 304

Marc Ziertmann
Beteiligungssteuerung..... 307

Manuela Söller-Winkler
Staatliche Aufsicht über die kommunale
Ver- und Entsorgungswirtschaft..... 311

Reimer Steenbock
Wiederkehrende Beiträge für
Straßen..... 315

Aus der Rechtsprechung

Weisungsrecht des Stadtrats gegen-
über seinen Vertretern im Aufsichtsrat
eines kommunalen Versorgungs-
betriebs..... 318

Aus der Rechtsprechung

GG Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2,
VwGO § 68 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1,
§ 72, § 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3,
§ 79 Abs. 1 Nr. 1, VwVfG § 1 Abs. 4,
§ 35 Satz 1
Gebührenbescheid; privater Ge-
schäftsbesorger; Zweckverband;
Verwaltungsakt; Nichttakt; Organi-
sationshoheit;
Az.: BVerwG 9 C 2.11..... 319

Aus dem Landesverband..... 322

Buchbesprechungen..... 323

Die Wahlperiode ist noch lange nicht vorbei ...

Am 06. Mai 2012 ist wieder Landtagswahl und der Wahlkampf hat in ersten Zügen bereits begonnen. Der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag hatte deswegen in seiner Delegiertenversammlung am 11. November 2011 in Nortorf die Spitzenkandidaten der Parteien zu Gast und sie nach ihren Vorstellungen zu den wichtigsten landespolitischen Fragen aus kommunaler Sicht befragt. Nähere Berichte hierzu finden Sie in der kommenden Ausgabe der „Gemeinde“.

Wichtig ist für uns jedoch aktuell: In der noch laufenden Landtagswahlperiode gibt es noch viel zu tun. Im Landtag werden derzeit noch 3 besonders wichtige Gesetzgebungsvorhaben aus kommunaler Sicht beraten, 2 weitere wichtige Gesetze sollen dem Landtag noch vorgelegt werden. Die Entscheidungen fallen teilweise schon Mitte Dezember, im Übrigen im Frühjahr 2012. Es geht bei allen Gesetzen um wichtige Weichenstellungen für die Gemeinden.

Kommunalverfassungsreform

Der Landtag berät derzeit über den Gesetzentwurf der Landesregierung zur Änderung kommunalverfassungs- und wahlrechtlicher Vorschriften (Drucksache 17/1663). Der Gesetzentwurf enthält den gemeinsam von Innenministerium und Gemeindetag ausgearbeiteten Vorschlag zur Reform der Amtsordnung. Mit diesem Vorschlag wird sehr weitgehend das Konzept verwirklicht, das der SHGT bereits im Juli 2010 vorgeschlagen hatte. Wir hoffen daher sehr, dass der Gesetzentwurf noch im März 2012 verabschiedet wird. Auch wenn wir weitergehende Vorstellungen hatten, würde damit eine Reform der Amtsordnung gelingen, die erstens zeitgerecht kommt und zweitens beide wesentliche Ziele aus Sicht des Gemeindetages verwirklicht: nämlich einerseits die Vorgaben des Landesverfassungsgerichts verlässlich erfüllen und andererseits die gemeinsame Handlungsfähigkeit von Gemeinden und Ämtern und damit auch deren Zukunftsfähigkeit erhalten.

Sehr erfreulich ist, dass auch die SPD einen Gesetzentwurf vorgelegt hat, der ein sog. Katalogmodell zur Begrenzung des Aufgabenübergangs von Gemeinden auf Ämter enthält. Dieser Vorschlag ist zwar etwas anders ausgestaltet als derjenige der Landesregierung. Entscheidend ist aber, dass damit gut drei Viertel

des Landtages ein Katalogmodell anstreben, so wie vom SHGT von Anfang an vorgeschlagen!

Das Gesetzgebungsverfahren betrifft aber nicht nur die Amtsordnung. Denn der Gesetzentwurf der Landesregierung enthält auch zahlreiche wichtige Änderungen der Gemeindeordnung. Mit diesen wird eine Reihe von Vorschlägen des SHGT verwirklicht. Es gibt aber auch einige sehr problematische Regelungsvorschläge, die erheblichen zusätzlichen Aufwand in unseren Gemeinden erzeugen würden. Wir setzen uns daher für zahlreiche Verbesserungen des Gesetzentwurfes ein. Insbesondere macht es überhaupt keinen Sinn, die Gemeindeordnung unter dem Stichwort „Entrümpelung“ um einige Regelungen zu verkürzen, die dann aber von jeder Stadt und Gemeinde in eine neue Satzung geschrieben werden müssten.

Kommunale Haushaltskonsolidierungshilfe

Das Land will den Kommunen mit besonders hohen Haushaltsdefiziten mit einer Kombination aus zusätzlichen Geldern und eigener langfristiger Einsparverpflichtung aus der finanziellen Zwangslage helfen (Gesetzentwurf für Kommunalhaushaltskonsolidierungshilfe, Drucksache 17/1868). Dies betrifft sieben Kreise, die vier kreisfreien Städte, sechs kreisangehörige Städte und eine Gemeinde. Im Grundsatz unterstützen wir dies, weil es von der Sache her der richtige Weg ist. Der Gesetzentwurf hat aber drei wesentliche Probleme:

- Von insgesamt 95 Millionen € in drei verschiedenen Hilfetöpfen zahlt das Land selbst nur 15 Millionen €.
- Das Land will die Schlüsselmasse um 15 Millionen € kürzen, was zulasten gerade der finanzschwächeren Kommunen ginge.
- In dem Gesetzentwurf gibt es keinerlei Leitplanken für die Einsparverpflichtungen der Hilfeempfänger und keinerlei Sanktionen für den Fall, dass diese ihre Verpflichtungen nicht erfüllen. Es gibt auch kein Anreizsystem für diejenigen, die ihre Verpflichtungen schneller oder besser erfüllen.

Daher muss das Gesetz noch deutlich verbessert werden. Es darf nicht der Eindruck entstehen, wer spart wird bestraft. Wir halten es für keine übertriebene Zumutung, dass sich diejenigen Kommu-



Jörg Bülow, Geschäftsführendes Vorstandsmitglied des SHGT

nen zu konkreten und konsequenten Sparmaßnahmen verpflichten müssen, die zusätzliche finanzielle Hilfe erhalten wollen.

Straßenausbaubeiträge

Ein Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen (Drucksache 17/1600) schlägt zwei Maßnahmen vor.

Erstens soll im Abgabenrecht als Wahlmöglichkeit das Instrument der wiederkehrenden Beiträge neu eingeführt werden. Diesen Vorschlag unterstützen wir sehr, weil er die Handlungsmöglichkeiten der Kommunen erweitert und dieses Instrument viele Probleme des bisherigen Abgabenrechts vermeidet.

Zweitens soll in der Gemeindeordnung ausdrücklich geregelt werden, dass die Kommunen zur Erhebung von Straßenausbaubeiträgen nicht verpflichtet sind. Dies wäre zwar für viele Gemeinden eine große Erleichterung, die bisher keine Beiträge erhoben haben. Es wäre aber für viele andere Gemeinden, die bisher Straßenausbaubeiträge durchgesetzt haben, ein ebenso großes Problem. Denn es würden vor Ort sofort Initiativen zur Abschaffung der Straßenausbaubeiträge entstehen. Damit würden nicht nur diejenigen „im Regen stehen“, die bisher Straßenausbaubeiträge durchgesetzt haben. Es würde auch insgesamt die Finanzierungsbasis der Kommunen strukturell geschwächt, wenn eine besondere Heranziehung derjenigen nicht mehr durchsetzbar ist, die von einer Ausbaumaßnahme in besonderer Weise profitieren.

Richtig bleibt allerdings, dass gerade im ländlichen Raum zusätzliche abgabenrechtliche Lösungen für die Umsetzbarkeit von Straßenausbaubeiträgen notwendig sind.

Kommunalisierung der Regionalplanung

In Vorbereitung befindet sich außerdem ein Gesetzentwurf zur Kommunalisierung der Regionalplanung. Dies haben wir seit mehr als zehn Jahren gefordert und daher unterstützen wir das Vorhaben nach wie vor. Der bisherige Entwurf hat aber vor allem zwei wesentliche Mängel:

- Die Planungs- und Vollzugsaufgaben sollen in jedem Planungsraum nur auf einen der betroffenen Kreise/Städte übertragen werden. Damit werden Interessenkonflikte bei den betroffenen Mitarbeitern und ihren Chefs hervorgerufen, die kaum zu lösen sind. Dies wird im Ergebnis nicht funktionieren.
- Die Städte und Gemeinden können bei der Planung nicht mitbestimmen.

Daher setzen wir uns für die Bildung von Planungsverbänden ein, mit denen sich diese Probleme lösen lassen.

Konnexitätsausführungsgesetz

Wir setzen uns seit langem für ein Konnexitätsausführungsgesetz ein. Damit würde es für die Landesregierung schwieriger, das Konnexitätsprinzip auszuhebeln. Der Ministerpräsident hat uns dies schon 2008 zugesagt. Derzeit setzt sich der Innenminister innerhalb von Regierung und Koalition für einen Gesetzentwurf ein, der dieses Ziel tatsächlich erreichen kann. Wir hoffen dass die Zeit nicht zu knapp dafür wird, ein solches Gesetz noch in dieser Wahlperiode zu beschließen.

Windeignungsflächen

Im Frühjahr 2012 steht aber auch noch die Entscheidung über die neuen Regionalpläne mit der Ausweisung der Windeignungsflächen an. Das Anhörungsverfahren wurde Mitte November abgeschlossen. Wir hoffen sehr, dass am Ende möglichst alle Entscheidungen der Gemeinden Berücksichtigung finden, sei es dass die Gemeinde Flächen ausweisen will, sei es dass sich die Gemeinde gegen Windkraft vor Ort entschieden hat. Schon durch den Diskussionsprozess bei Anmeldung der Eignungsflächen haben die Gemeinden und gerade die Ehrenamtler im Dienste der gesamtstaatlichen Energiepolitik eine enorme Leistung erbracht. Denn sie haben maßgeblich für Akzeptanz von Windenergieerzeugung in der Fläche gesorgt.

Schnellschuß: Spielhallengesetz

Immer wieder neuen Stoff gibt es aber auch für unseren Einsatz gegen zu viel Bürokratie und gegen Augenwischerei der großen Politik, was vor Ort leistbar ist und was nicht. So hat die Landesregierung den Entwurf für ein neues Gesetz zur Errichtung und zum Betrieb von Spielhallen (Spielhallengesetz) in den Landtag eingebracht (Drucksache 17/1934). Ein

echter Schnellschuß, bei dessen Vorbereitung nicht einmal eine ordnungsgemäße Anhörung der Kommunen möglich war. Das Gesetz soll die Erlaubnis für die Errichtung und den Betrieb von Spielhallen regeln und damit den Bestand von Spielhallen begrenzen. Zuständig sollen auch weiterhin die Amts- und Gemeindeverwaltungen als örtliche Gewerbebehörden sein. Für die Genehmigung von Spielhallen wird aber künftig ein wesentlich größerer Aufwand zu leisten sein. Zahlreiche neue Anforderungen wären zu prüfen. Spätestens nach 5 Jahren müssten auch alle bestehenden Spielhallen den neuen Anforderungen unterzogen werden. Viele neue Anforderungen an Spielhallen sind aber so unbestimmt formuliert, dass eine Konjunktur für Gerichte und Rechtsanwälte absehbar ist. Bei den Kosten macht es sich die Landesregierung wieder einmal einfach: „Es werden keine Mehrkosten für die öffentlichen Haushalte erwartet“, so heißt es im Gesetzentwurf. Dies ist natürlich reine Augenwischerei. Wenn ein solches Gesetz aber unpraktikable Vorschriften enthält, nicht rechtssicher umsetzbar ist und die kommunalen Ordnungsbehörden keine zusätzlichen Mittel für Kontrollen etc. erhalten, bleibt die Behauptung der Politik unglaubwürdig, man wolle mehr gegen Spielhallen unternehmen. Auch deswegen brauchen wir so dringend das bereits erwähnte Konnexitätsausführungsgesetz mit der Verpflichtung zu einer soliden Kostenschätzung bei Gesetzentwürfen.

Wir stellen uns die Frage: Sollen die Kommunen mit ihren Ordnungsbehörden diejenigen politischen Probleme kompensieren, die sich bei der vom Land beabsichtigten Öffnung des Glücksspielrechts stellen, nach dem Motto: „Wir wollen mehr Wettbuden, dafür schließen die Kommunen die Daddelhallen“?

Schulsozialarbeit: Mittel müssen schnell zu Schulträgern!

Die Bürokratie schlägt aber manchmal auch auf kommunaler Ebene „Purzelbäume“. Einige (nicht alle!) Kreise machen aus der simplen Aufgabe der Weiterleitung von Fördermitteln für die Schulsozialarbeit ein bürokratisches Monstrum. Politisch konnten wir endlich Zuschüsse des Landes und des Bundes in großer Höhe durchsetzen. Bisher wurden die Schulträger mit dieser Aufgabe nahezu völlig allein gelassen und haben sie mit großem Engagement ausgeführt. Nun wollen einige Kreise mit seitenlangen Richtlinien neue Konzepte, Kooperationsverträge etc. verlangen, wollen die Schulträger unter die vollständige Überwachung der Kreisjugendämter stellen oder zur Beauftragung freier Träger zwingen und bevorteilen die eigenen Berufsschulen dadurch, dass sie die Zahl der Berufsschüler bei der Verteilung der För-

dermittel in gleicher Höhe ansetzen wie die Schülerzahlen bei den allgemeinbildenden Schulen. Alles überflüssig! Ergebnis ist, dass die Gelder nur langsam abfließen und die Schulverbände, Ämter und Gemeinden als Schulträger benachteiligt werden. Dies ist besonders schade, denn es ist ein großer Erfolg der kommunalen Spitzenverbände und der Bundesländer, dass es überhaupt zusätzliches Geld für die Schulsozialarbeit gibt. Nachdem wir stets thematisiert hatten, dass die Schulträger mit dieser wichtigen Aufgabe nicht mehr allein gelassen werden dürfen, hatten die Länder im Frühjahr 2011 gegenüber dem Bund durchgesetzt, dass dieser landesweit jeweils etwa 12 Mio. € für die Förderung der Schulsozialarbeit in den drei Jahren 2011 bis 2013 zur Verfügung stellt. Die kommunalen Landesverbände hatten sich mit dem Bildungsministerium und dem Sozialministerium auf eine unbürokratische Weiterleitung dieser Mittel an all diejenigen Schulträger geeinigt, die Schulsozialarbeit in unterschiedlichsten Formen bisher bereits machen oder künftig einführen. So ist es auch im Landesausführungsgesetz zum SGB II geregelt. Dies wird nun leider in einigen Fällen unterlaufen. Wir haben uns daher an die beteiligten Ministerien gewandt und auch Unterstützung vom Bildungsministerium und vom Sozialministerium erhalten. Wir hoffen jetzt, dass es auch in den betroffenen Kreisen schnell zur unbürokratischen Weitergabe der Mittel kommt.

Liebe Leserinnen und Leser,

diese Ausgabe der „Gemeinde“ enthält Schriftfassungen der Vorträge aus dem 2. Forum „Recht der kommunalen Ver- und Versorgungswirtschaft“, das der Schleswig-Holsteinische Gemeindegast unter wissenschaftlicher Begleitung durch die Christian-Albrechts-Universität am 28. September 2011 in Kiel veranstaltet hatte. Unserer Stellvertretenden Geschäftsführerin, Frau Ute Bebensee-Biederer, sei nochmals sehr herzlich für die Ausrichtung dieser Tagung gedankt. Ein besonderer Dank geht auch an Herrn Prof. Dr. Christoph Brüning von der CAU zu Kiel und Herrn Rechtsanwalt Prof. Dr. Marcus Arndt für die Mühe bei der Vorbereitung und für die gemeinsame Ausrichtung der Tagung und unseren hochkarätigen Referenten, die uns ihre Manuskripte zur Verfügung gestellt haben.

Wir wünschen allen Leserinnen und Lesern eine besinnliche Adventszeit, ein friedvolles und schönes Weihnachtsfest und einen „guten Rutsch“ in ein erfolgreiches Jahr 2012.

*Ihr
Jörg Bülow*

Anschluss- und Benutzungszwang bei der Ver- und Entsorgung

Prof. Dr. Marcus Arndt¹ und Stud. jur. Emir Hadžiefendić²

A. Einleitung

Der Anschluss- und Benutzungszwang spielt im Recht der kommunalen Ver- und Entsorgung eine wichtige Rolle. Er dient nicht nur übergeordneten öffentlichen Zwecken, wie beispielsweise der Volksgesundheit oder dem Umweltschutz. Er nützt auch dem jeweiligen kommunalen Unternehmen dadurch, dass er der Gemeinde eine weitgehende Monopolstellung und Auslastung der begünstigten öffentlichen Einrichtung gewährt.

Die Praxis zeigt, dass Fragen des Anschluss- und Benutzungszwanges bis heute wichtige Vorfragen für Organisationsentscheidungen der Kommunen sein können. Es zeichnet sich in der Verwaltungspraxis ab, dass eine Organisationsform, in deren Rahmen der Betrieb einer Einrichtung durch einen Anschluss- und Benutzungszwang verstärkt wird, bei der Organisationsentscheidung oft den Vorzug vor einer Organisationsform erhält, in deren Rahmen kein Anschluss- und Benutzungszwang zulässig ist. Werden Fragen des Anschluss- und Benutzungszwanges nicht vorab bei der Organisationsentscheidung geklärt, so stellen sie sich spätestens im laufenden Betrieb einer neu geschaffenen Organisationsform.

B. Allgemeiner Überblick zum Anschluss- und Benutzungszwang I. Rechtsgrundlagen

Rechtsgrundlage für den Anschluss- und Benutzungszwang ist in Schleswig-Holstein § 17 Abs. 2 GO. Nach Satz 1 der Vorschrift kann die Gemeinde bei dringendem öffentlichen Bedürfnis durch Satz 2 für die Grundstücke ihres Gebiets den Anschluss an die Wasserversorgung, die Abwasserbeseitigung, die Abfallentsorgung, die Versorgung mit Fernwärme, die Straßenreinigung und ähnliche der Gesundheit und dem Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens dienende öffentliche Einrichtungen (Anschlusszwang) und die Benutzung dieser Einrichtungen [...] (Benutzungszwang) vorschreiben.

II. Voraussetzungen

Danach ergeben sich folgende maßgeblichen Tatbestandsvoraussetzungen für die Zulässigkeit eines Anschluss- und Benutzungszwangs:

1. Vorliegen einer von der Gemeinde betriebenen öffentlichen Einrichtung

Die Möglichkeit, einen Anschluss- und Benutzungszwang anzuordnen, beschränkt sich ausgehend vom Wortlaut des § 17 Abs. 2 GO auf den Anschluss an eine öffentliche Einrichtung und deren Benutzung. Sowohl in § 17 Abs. 1 GO, als auch in § 18 GO, wird der Begriff der öffentlichen Einrichtung gebraucht, ohne ihn dort näher zu bestimmen. Es bedarf somit zunächst der Klärung, was unter einer öffentlichen Einrichtung in diesem Sinne zu verstehen ist.

Allgemein wird unter einer öffentlichen Einrichtung die Zusammenfassung sachlicher und personeller Mittel verstanden, die für die Erstellung einer den öffentlichen Zwecken dienenden Leistung für die „wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung der Einwohner“ erforderlich sind³. Diese allgemeine Definition ist durch die Rechtsprechung des schleswig-holsteinischen Obergerichtes für Schleswig-Holstein weiter präzisiert worden⁴. Insbesondere hat das OVG Schleswig klargestellt, dass in öffentlichen Einrichtungen auch solche Mittel zusammengefasst sein können, die nicht im Eigentum der Gemeinde stehen, sofern die Gemeinde nur dafür Sorge trägt, dass die Benutzung durch die Allgemeinheit gewährleistet ist⁵.

2. Dringendes öffentliches Bedürfnis

a. Bedeutung

Darüber hinaus muss ein (dringendes) öffentliches Bedürfnis für den Anschluss- und Benutzungszwang bestehen. Neben Niedersachsen⁶ und Mecklenburg-Vorpommern⁷ sieht auch der § 17 Abs. 2 der schleswig-holsteinischen Gemeindeordnung nicht nur ein „einfaches“ öffentliches Bedürfnis als Voraussetzung für den kommunalen Anschluss- und Benutzungszwang vor, sondern verlangt das Vorliegen eines dringenden öffentlichen Bedürfnisses. Bundesweit unterschiedlich beurteilt wird in dem Zusammenhang die Frage, ob dieses Merkmal ein gerichtlich voll überprüfbarer unbestimmter Rechtsbegriff ist⁸, oder ob sich hiermit eine Beurteilungsmächtigung der jeweiligen Gemeinde verbindet⁹. Jedenfalls handelt es sich dabei nicht um eine Gewichtung des Bedürfnisses im Sinne einer erhöhten Schwelle oder erhöhten Anforderung für

den Erlass eines Anschluss- und Benutzungszwangs. Es hat eher eine Bedeutung in zeitlicher Hinsicht¹⁰. Ein Bedürfnis ist dringend, wenn es in zeitlicher Hinsicht alsbald befriedigt werden muss¹¹.

b. Beispiele eines (dringenden) öffentlichen Bedürfnisses

Zwar ist das Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Bedürfnisses der Auslegung zugänglich, es sind jedoch in Verwaltungspraxis und Kommunalrechtslehre drei typische Aspekte des Merkmals in den Fokus gerückt.

aa) Volksgesundheit

Ausgehend von der Entstehungsgeschichte wurde der Anschluss- und Benutzungszwang zunächst als ordnungsrechtliches Instrument der Gefahrenabwehr eingeführt¹². Hauptmotiv war es, durch den Anschluss- und Benutzungszwang den Schutz der Volksgesundheit zu gewährleisten¹³. Dieser Zweck ist klassischerweise für die Anordnung dieses Rechtsinstituts allgemein anerkannt. Somit ist ein öffentliches Bedürfnis

¹ Verfasser ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Partner in der Rechtsanwaltssozietät WEISSLEDER EWER in Kiel und Honorarprofessor für Öffentliches Recht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

² Verfasser ist Student der Rechtswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Rechtsanwaltskanzlei WEISSLEDER EWER in Kiel.

³ Ausführlich Borchert, in Bülow/ Erps/ Schliesky/ von Allwörden Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holstein Kommentar Band I, 21. Nachlieferung März 2005, § 17 GO, Rn. 4 ff.; Bracker, in Bracker/Dehn, Gemeindeordnung Schleswig-Holstein, 7. Auflage, Wiesbaden 2009, S. 157; Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Neubearbeitete Auflage, Baden-Baden 2003, Rn. 528.

⁴ OVG Schleswig, Urteil vom 26.03.1992 – 2 L 167/91 = Die Gemeinde 1992, 322; Urteil vom 20.12.1995 – 2 L 24/93 = SchlHA 1996, 200; Urteil vom 22.10.2003 – KN 5/02 = NordÖR 2004, 152 (153); Urteil vom 25.01.2005 – 2 LB 62/04 – zit. nach Juris.

⁵ OVG Schleswig, Urteil vom 25.01.2005 – 2 LB 62 – zit. nach Juris.

⁶ § 8 NGO – Nds. GVBl. 2011 S. 112.

⁷ § 15 Abs. 1 KV-MV – GVBl. M-V 2011, S. 777.

⁸ So etwa OLG Schleswig, Urteil vom 21.08.2002 – 2 L 30/00 = NuR 2003, 55 (56 f.) in ausdrücklicher Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung im Urteil vom 20.05.1995 – 2 L 24/93 = NVwZ-RR 1997, 47 (48); Bracker, (o. Fußn. 3).

⁹ So etwa OVG Münster, Urteil vom 28.11.1986 – 22 A 1206/81 = NVwZ 1987, 727; OVG Lüneburg, Urteil vom 08.01.1991 – 9 L 280/89 = DÖV 1991, 610.

¹⁰ Longo, Neue örtliche Energieversorgung als kommunale Aufgabe, Baden-Baden 2010, S. 338

¹¹ Borchert, (o. Fußn. 3), § 17 GO, Rn. 74; vgl. Bracker, (o. Fußn. 3); Longo, (o. Fußn. 10).

¹² Faber, Der kommunale Anschluss- und Benutzungszwang, Baden-Baden 2004, S. 74 f.

¹³ Faber, (o. Fußn. 12).

aus Gründen des Gesundheitsschutzes dann anzunehmen, wenn der Anschluss- und Benutzungszwang der Beseitigung, dem Schutz oder der Vorbeugung vor Krankheiten und Seuchen dienlich ist¹⁴.

bb) Umweltschutz

Im Laufe der Zeit hat sich der Anschluss- und Benutzungszwang von diesem rein ordnungsrechtlich motivierten Verwaltungsinstrument hin zu einem kommunalrechtlichen Instrument entwickelt¹⁵. Durch diesen Umstand gelangte der Umweltschutz zusehends in den Blickpunkt und es stellte sich die Frage, ob und inwieweit auch der Schutz der Umwelt das Merkmal des öffentlichen Bedürfnisses auszufüllen vermag¹⁶. Heutzutage findet diese Ausweitung der Anordnungsmotive des Anschluss- und Benutzungszwangs in verschiedenen Bundesländern auch Ausdruck in den gesetzlichen Regelungen. In Schleswig-Holstein fand diese Entwicklung in der Formulierung „Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens“ in § 17 Abs. 2 GO ihren Niederschlag¹⁷. Somit besteht zumindest in Schleswig-Holstein kein Zweifel daran, dass der Umweltschutz ein öffentliches Bedürfnis begründen kann.

cc) Wirtschaftlichkeit kommunaler Einrichtungen

Einigkeit besteht jedoch in Bezug auf den dritten, in der Vergangenheit häufig diskutierten Anordnungsgrund, nämlich den Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit kommunaler Einrichtungen. Es ist allgemein anerkannt, dass dieser Aspekt allein nicht ausreichend ist, um ein hinreichendes öffentliches Bedürfnis zu begründen¹⁸. Vielmehr kann er lediglich in Verbindung mit dem Gesundheits- oder Umweltschutz als Anordnungsgrund dienen. Insoweit hat der kommunale Verfassungsgeber von Mecklenburg-Vorpommern in § 15 Abs. 1 Satz 2 der Kommunalverfassung des Landes eine Anordnung aus rein fiskalischen Gesichtspunkten ausdrücklich abgelehnt¹⁹.

3. Gesundheit „und“ Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens als Einrichtungszweck

Wie soeben festgestellt vermag es die Formulierung des § 17 Abs. 1 GO durch die Benennung „der Gesundheit und [...] natürlichen Grundlagen des Lebens“ den sehr weiten Begriff des dringenden öffentlichen Bedürfnisses zu beschränken, zu konkretisieren und teilweise in seiner Unbestimmtheit aufzulösen. Allerdings kommt man nicht umhin anzumerken, dass trotz alledem der Wortlaut der Norm missglückt und missverständlich ausgestaltet ist. Richtigerweise ist die Verknüpfung der beiden Tatbestandsmerkmale mit dem Wort „und“ im Gesetzestext wohl eher als „oder“ zu ver-

stehen. Mithin ist es ausreichend, wenn der Zweck der öffentlichen Einrichtung entweder darin besteht, die Gesundheit oder die natürlichen Grundlagen des Lebens zu schützen. Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift²⁰. Denn der Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens ist als Ergänzung in § 17 Abs. 2 GO eingefügt worden, um damit den Anwendungsbereich des Anschluss- und Benutzungszwangs auf Belange des Umweltschutzes auszuweiten²¹. Diesem Zweck der Gesetzesänderung wird nur eine alternative und keine kumulative Verknüpfung der beiden Tatbestandsmerkmale gerecht.

In der Vergangenheit stellte sich die Frage im Zusammenhang mit der Fernwärmeversorgung, ob es ausreicht, wenn die Gemeinde mit der Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs überregionalen, oder gar globalen Klimaschutz beabsichtigt, oder ob es einer örtlichen klimatischen Vorbelastung bedarf. Für Schleswig-Holstein haben sowohl das OVG Schleswig²² als auch das Bundesverwaltungsgericht²³ entschieden, dass ein globaler Umweltschutz als Ziel der Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs bei der Fernwärmeversorgung zulässig und ausreichend sei. Für andere Bundesländer blieb die Frage zum Teil weiterhin umstritten.

Ein neuer Impuls in Richtung auf einen globalen Klimaschutz durch kommunalen Anschluss- und Benutzungszwang ging im Jahr 2008 vom Bundesgesetzgeber aus. Der Bundesgesetzgeber erließ am 07.08.2008 das Gesetz zur Förderung erneuerbarer Energien im Wärmebereich (Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz-EEWärmeG)²⁴, welches am 01.01.2009 in Kraft trat. In § 16 EEWärmeG heißt es:

„Die Gemeinden und Gemeindeverbände können von einer Bestimmung nach Landesrecht, die sie zur Begründung eines Anschluss- und Benutzungszwangs an ein Netz der öffentlichen Nah- oder Fernwärmeversorgung ermächtigt, auch zum Zwecke des Klima- und Ressourcenschutzes Gebrauch machen.“

Es drängt sich die Frage auf, ob der Bundesgesetzgeber für eine solche Regelung überhaupt zuständig ist. Die Kompetenznorm, auf die sich der Bundesgesetzgeber hier beruft, findet sich in Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG. Nach dieser Vorschrift besteht eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes unter anderem im Bereich der Luftreinhaltung.

Gleichwohl befremdet es, dass der Bundesgesetzgeber ausweislich der amtlichen Gesetzesbegründung²⁵ gerade keine eigenständige Ermächtigungsgrundlage schaffen will, sondern auf eine vorhandene landesrechtliche Ermächtigungsgrundlage zugreift, um sie unter Berufung auf seine bundesrechtliche

Gesetzgebungskompetenz zu erweitern. Überspitzt könnte man dies als ein Gemeindeordnung-Änderungsgesetz des Bundes klassifizieren.

Unabhängig davon, dass der Bund mit § 16 EEWärmeG eine bestehende landesrechtliche Vorschrift ändert, stellt sich die Frage, ob die Regelung nicht gegen Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG verstößt. Danach dürfen Gemeinden und Gemeindeverbänden durch Bundesgesetz Aufgaben nicht übertragen werden.

Diese Vorschrift ist erst mit der sogenannten Föderalismusreform durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes am 1. September 2006²⁶ in die Verfassung aufgenommen worden. Anstelle der Annahme, dass § 16 EEWärmeG den Gemeinden eine Pflicht zum Tätigwerden auferlegt, könnte man vielmehr annehmen, § 16 EEWärmeG verpflichte die Gemeinden zu nichts, sondern berechtige sie nur weitergehend als es bisher nach zumindest einigen Gemeindeordnungen der Fall war, den Anschluss- und Benutzungszwang aufgrund des Umweltschutzes anzuordnen. Andererseits wird man einräumen müssen, dass ein durch Bundesgesetz erweiterter Ermessensspielraum des Satzungsgebers sich für oder gegen eine Satzung zum Klimaschutz zu entscheiden bereits eine ausreichende Übertragung einer Aufgabe darstellt, um in den Anwendungsbereich von Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG zu fallen. Denn das Ermessen will ausgeübt werden. Nach hiesiger Ansicht bestehen deshalb Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift. Im Schrifttum wird die Verfassungsmäßigkeit zum Teil allerdings bejaht²⁷. Für Schleswig-Holstein mag dies dahinstehen, jedenfalls vor dem Hintergrund der

¹⁴ Faber, (o. Fußn. 12).

¹⁵ Faber, (o. Fußn. 12), S. 75.

¹⁶ Zu der Frage, ob eine örtliche Vorbelastung vorliegen müsse, um einen Anschluss- und Benutzungszwang zu begründen, oder ob überregionale, das globale Klima betreffende Schutzabsichten als hinreichende Gründe für die Anordnung ausreichen, dazu sogleich unter 3.

¹⁷ Änderungsgesetz vom 23.03.1990, GVBl. S. 134.

¹⁸ Gern, (o. Fußn. 3), Rn. 614.

¹⁹ O. Fußn. 7.

²⁰ Dazu soeben s. o. B II 2. b. bb) Umweltschutz.

²¹ S. o. B II 2. b. bb) Umweltschutz.

²² OVG Schleswig, Urteil vom 05.01.2005 – 2 LB 62/04 – zit. nach Juris.

²³ BVerwG, Urteil vom 25.01.2006 – 8 C 13/05 = BVerwGE 125, 68 = Die Gemeinde 2006, 152.

²⁴ BGBl I 2008, S. 1658.

²⁵ BT Drs. 16/8149 S. 29.

²⁶ Gesetz über die Änderung des Grundgesetzes vom 01.09.2006, BGBl I 2006, S. 2034.

²⁷ Kahl, Kommunalen Anschluss- und Benutzungszwang an Fernwärmenetze aus Klimaschutzgründen – Die Auswirkung von § 16 EEWärmeG auf das Landesrecht insbesondere in Baden-Württemberg, VBilW 2011, S. 53 ff.

Rechtsprechung des OVG Schleswig zu § 17 Abs. 2 GO²⁸.

Abschließend ist zu beachten, dass es nicht ausreicht, wenn der Satzungsgeber die Satzung für den Anschluss- und Benutzungszwang ausdrücklich oder zumindest erkennbar allein zu dem Zweck erlässt, die örtlichen klimatischen Belastungen zu beseitigen, wenn sich herausstellt, dass eine örtliche klimatische Belastung gar nicht besteht. Eine solche Satzung kann nicht dadurch in ihrer Rechtmäßigkeit aufgefangen werden, dass § 17 Abs. 2 GO zusätzlich auch zu solchen Satzungen ermächtigt, die den globalen Klimaschutz bezwecken. Der Satzungsgeber muss von dieser Ermächtigung auch gerade zu diesem Zweck Gebrauch gemacht haben. Andernfalls kann sie nicht als rechtmäßige und damit rechtswirksame Grundlage für den Erlass eines Anschluss- und Benutzungszwangs dienen.

III. Rechtsfolge

Auf Rechtsfolgenseite des § 17 Abs. 2 GO steht die Ermächtigung der Gemeinde dazu, durch Satzung für die Grundstücke ihres Gebietes den Anschluss an die öffentliche Einrichtung und deren Benutzung anzuordnen. Dabei kommt dem Satzungsgeber Ermessen zu, ob und in welchem Umfange er von dieser Möglichkeit Gebrauch macht. Den Umfang kann der Satzungsgeber sowohl in räumlicher Hinsicht als auch in sachlicher Hinsicht begrenzen²⁹. Des Weiteren kann der Satzungsgeber Ausnahmen bei der Ausgestaltung des Anschluss- und Benutzungszwangs definieren³⁰. Zu beachten ist allerdings, dass dieses Ermessen, Ausnahmen zu schaffen, durch anderweitige gesetzliche Vorgaben begrenzt werden kann. Eine solche Begrenzung ergibt sich beispielsweise aus § 3 AVBFernwärmeV³¹:

„Das Fernwärmeversorgungsunternehmen hat dem Kunden im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren die Möglichkeit einzuräumen, den Bezug auf den von ihm gewünschten Verbrauchszweck oder auf einen Teilbedarf zu beschränken. Der Kunde ist verpflichtet, seinen Wärmebedarf im vereinbarten Umfange aus dem Verteilungsnetz des Fernwärmeversorgungsunternehmens zu decken. Er ist berechtigt, Vertragsanpassung zu verlangen, soweit er den Wärmebedarf unter Nutzung regenerativer Energiequellen decken will; Holz ist eine regenerative Energiequelle im Sinne dieser Bestimmung.“

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes³² darf es aber durch die dem Verbraucherschutz dienenden Vorschriften der AVBFernwärmeV zu keiner Aushöhlung des kommunalrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwangs kom-

men³³. Im Ergebnis laufen die Vorschriften in § 3 AVBFernwärmeV auf eine Art Optimierungsgebot hinaus. Der Satzungsgeber ist danach gehalten, im Bereich der Fernwärme im Rahmen des ihm zumutbaren Ausnahmemöglichkeiten vorzusehen, insbesondere dann, wenn ein Grundstückseigentümer andere klimaschonende, regenerative Energien einsetzt³⁴. Umgekehrt muss es der kommunale Satzungsgeber nicht dulden, dass jemand ausschließlich mit Holz heizen möchte, wenn dadurch der eigentliche Zweck des Anschluss- und Benutzungszwanges, nämlich die Luftqualität zu verbessern, konterkariert würde³⁵.

C. Besondere Fallgestaltungen zum Anschluss und Benutzungszwang

I. Konkurrenz zwischen verschiedenen öffentlichen Einrichtungen

Fernwärme kann in Konkurrenz zu einem anderen leitungsgebundenen Energieträger treten, nämlich Gas. Für eine Gasversorgung lässt sich keine ausdrückliche Ermächtigung in § 17 Abs. 2 GO finden, um einen Anschluss- und Benutzungszwang zu begründen. Lediglich der Auffangtatbestand in § 17 Abs. 2 Satz 1 GO könnte eine Ermächtigung darbieten, soweit die Gasversorgung der „Gesundheit und dem Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens“ dienlich ist. Hinsichtlich des Ziels, eine emissionsfreie Heizungseinrichtung zu erhalten, ist allerdings anerkannt, dass die Abnahme von Gas zu Heizzwecken nicht aufgrund eines Anschluss- und Benutzungszwangs angeordnet werden kann³⁶. Dies erscheint auch richtig, denn es sind keine eindeutigen Gründe ersichtlich, warum eine Gasversorgung beispielsweise der Volksgesundheit oder dem Umweltschutz besonders förderlich sein sollte³⁷. Mithin besteht keine gesetzlich begründbare Verpflichtung eines Grundstückseigentümers sich an die Gasversorgung anzuschließen. Umgekehrt kann aber sehr wohl ein Anspruch eines Grundstückseigentümers bestehen, an die Gasversorgung angeschlossen und mit Gas versorgt zu werden. Hierzu heißt es in § 18 Abs. 1 EnWG:

„Abweichend von § 17 haben Betreiber von Energieversorgungsnetzen für Gemeindegebiete, in denen sie Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung von Letztverbrauchern betreiben, allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss von Letztverbrauchern in Niederspannung oder Niederdruck und für die Anschlussnutzung durch Letztverbraucher zu veröffentlichen sowie zu diesen Bedingungen jedermann an ihr Energieversorgungsnetz anzuschließen und die Nutzung des Anschlusses zur Entnahme von Energie zu gestatten. Diese Pflichten bestehen nicht, wenn der

Anschluss oder die Anschlussnutzung für den Betreiber des Energieversorgungsnetzes aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar ist.“

Damit besteht ausgehend von § 18 Abs. 1 EnWG ein Anspruch von jedermann gegenüber den Betreibern von Energieversorgungsnetzen, an das Energieversorgungsnetz – auch das Gasversorgungsnetz – angeschlossen zu werden und diesen Anschluss zur Entnahme von Energie – auch Gas – zu nutzen. Dieser Kontrahierungszwang besteht nur dann nicht, wenn sich der Anschluss oder die Anschlussnutzung für den Netzbetreiber als wirtschaftlich unzumutbar darstellen. Fraglich ist, ob es wirtschaftlich unzumutbar ist, dass ein Netzbetreiber – z. B. eines Gasversorgungsnetzes – verpflichtet wird einen Anschluss und dessen Nutzung bereitzustellen, wenn gleichzeitig ein Anschluss- und Benutzungszwang für eine andere Energieart – z. B. Fernwärme – besteht. Dieser Netzbetreiber könnte richtigerweise anführen, dass er wegen des Anschluss- und Benutzungszwangs zugunsten des „Konkurrenten“ finanzielle Probleme erwarte, denn er kann die Investitionen, die er für die Herstellung des Netzes getätigt hat, nicht über die späteren Entgelte decken, wenn der Letztverbraucher wegen des Anschluss- und Benutzungszwangs zugunsten der anderen Einrichtung absehbar nur diese in Anspruch nehmen wird. Dieses Argument wurde auch in der Rechtsprechung zu zutreffender Weise als Grund für eine wirtschaftliche Unzumutbarkeit erkannt und bestätigt³⁸. Wenn Aussicht besteht, dass ein Letztverbraucher den Anschluss nicht oder nicht mehr zur Entnahme von Energie verwendet, steht der Bereitstellung des

²⁸ OVG Schleswig, (o. Fußn. 22).

²⁹ Vgl. Bracker, (o. Fußn. 3) S. 158 m. w. N.

³⁰ Ausführlich dazu Borchert, (o. Fußn. 3) Rn. 84 ff.

³¹ BGBl I 1980, S. 742, zuletzt geändert durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Energieeffizienz und Energiedienstleistung vom 04.11.2011, BGBl I 2010, S. 1483; Die Regelungen der AVBFernwärmeV gelten unmittelbar nur für privatrechtlich ausgestaltete Benutzungsverhältnisse. Sie werden gemäß § 35 Abs. 1 AVBFernwärmeV aber auf öffentlich-rechtliche Versorgungsverhältnisse entsprechend angewandt.

³² BVerwG, Beschluss vom 12.07.1991 – 7 B 17 und 18/91 = NVwZ-RR 1992, 37 (38 f.)

³³ Vgl. BVerwG, (s. Fußn. 32).

³⁴ Vgl. BVerwG, (s. Fußn. 32).

³⁵ Vgl. die anschauliche Erläuterung des OVG Thüringen, Urteil vom 24.09.2007 – 4 N 70/03, Rn. 46 ff. – zit. nach Juris.

³⁶ Borchert, (o. Fußn. 3), § 17 GO, Rn. 57.

³⁷ Insoweit auch kritisch und i. E. verneinend VGH Baden-Württemberg Urteil vom 25.02.1994 – 5 S 317/93, Rn. 25 ff. – zit. nach Juris.

³⁸ Vgl. OLG Dresden, Urteil vom 09.08.1999 – 17 U 38/99 = NJW-RR 2000, 1083 (1084).

Anschlusses an das Energienetz kein wirtschaftliches Äquivalent mehr gegenüber³⁹. In einem solchen Fall muss das Begehren aus § 18 Abs. 1 EnWG dem Anschluss- und Benutzungszwang weichen.

II. Anschluss- und Benutzungszwang zugunsten privater Dritter

Bei der Erbringung von Ver- und Entsorgungsleistungen binden Gemeinden oft private Dritte ein. Private lassen sich bei der Leistungserbringung einschalten als schuldrechtliche Vertragspartner im Innenverhältnis zur Gemeinde im Rahmen von Aufträgen oder Dienstleistungen, als Verwaltungshelfer, Konzessionär oder auch im Zuge weitergehender unterschiedlicher Formen der Privatisierung. All diese Gestaltungsformen leiten zu der Frage hin, ob trotz der Einschaltung einer privaten Partei noch eine öffentliche Einrichtung vorliegt, zu deren Gunsten ein Anschluss- und Benutzungszwang zulässig ist. Das gilt umso mehr, je stärker und deutlicher der Private gegenüber dem Bürger auftritt. Wird die Leistung von einem Privaten unmittelbar dem Bürger gegenüber erbracht und hat der Bürger dem Privaten hierfür ein Entgelt als Gegenleistung zu entrichten so steht im hohen Maße in Frage, ob es sich bei dieser Unternehmung noch um eine öffentliche Einrichtung der Gemeinde handeln kann, zu deren Gunsten ein Anschluss- und Benutzungszwang angeordnet werden kann. Wird die Leistung von einem Privaten dagegen nur im Innenverhältnis gegenüber der Gemeinde erbracht und gibt die Gemeinde diese Leistung an den Bürger als eigene Leistung weiter und hat der Bürger hierfür eine Entgelt an die Gemeinde zu entrichten, so steht dies der Eigenschaft als öffentliche Einrichtung kaum entgegen.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen noch von einer einem Anschluss- und Benutzungszwang zugänglichen öffentlichen Einrichtung gesprochen werden kann, hängt letztlich davon ab, ob die gegenüber dem Bürger erbrachte Leistung der Gemeinde noch hinreichend zugeordnet werden kann. Die Gemeinde muss – damit es sich um eine durch einen Anschluss- und Benutzungszwang verstärkte öffentliche Einrichtung handeln kann – in der Lage bleiben, die rechtlichen Pflichten und Gewährleistungen aufrecht-

zuerhalten, die sich aus dem Anschluss- und Benutzungszwang als kommunalem Zwangs- und Monopolrecht ergeben⁴⁰. Das bedeutet, die Gemeinde muss weiterhin die Möglichkeit haben, genügend Einfluss und Kontrolle auf den Privaten auszuüben⁴¹. Der Staat muss – auch bei Hinzutreten eines Dritten – gewährleisten, dass die Leistungen gegenüber dem Bürger weiterhin erbracht bzw. die Aufgaben unverändert erfüllt werden⁴². Ohne entsprechende Kontrolle und ohne Einfluss auf den Privaten würde der Staat seiner Residualverantwortung nicht gerecht werden⁴³. Eine solche Kontrolle kann vermittelt werden etwa durch einen beherrschenden Einfluss aufgrund einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der öffentlichen Hand an dem privaten Unternehmen⁴⁴.

Ein beherrschender Einfluss könnte sich ohne gesellschaftsrechtliche Beteiligung auch daraus ergeben, dass der Staat eine dem Beherrschungsvertrag des § 291 AktG ähnliche Abrede trifft, und sich ein Unternehmen zumindest teilweise der Leitungsmacht einer Gemeinde unterwirft, und zwar in dem Sinne, dass sowohl auf die organisationsrechtliche Ausgestaltung innerhalb des Unternehmens als auch auf die Tätigkeitsausübung eine Einwirkung erfolgen kann.

Von diesen starken gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten durch Beteiligung oder Beherrschungsvertrag abgesehen, kann eine hinreichende Einfluss- und Kontrollmöglichkeit u. U. auch aus einem rein schuldrechtlichen Vertrag des Unternehmens und einer Gemeinde bestehen, in dessen Rahmen sich der Private verpflichtet bestimmte Voraussetzungen zu erfüllen, welche ihm die Gemeinde auferlegt⁴⁵. Allerdings wird man an nur schuldrechtliche Bindungen des Privaten hohe Anforderungen stellen müssen, eventuell mit strengen Sicherungsmechanismen, um für den Bürger einen hinreichenden Schutz zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang hat auch das Sächsische Obergericht jüngst entschieden, dass es für die Annahme einer hinreichenden Einflussmöglichkeit genügt, dass sich der Träger hoheitlicher Gewalt im Rahmen eines Vertrages mit dem Privaten „Aufsichts-, Weisungs- und Kontrollrechte über sämtliche Maßnahmen im Zusammenhang mit der Erfüllung der

vertraglichen Pflichten“ des Privaten vorbehält⁴⁶. Das hatte eine andere Kammer des Gerichts bereits im Jahre 2002 gefordert, und zwar mit der Notwendigkeit einer hinreichenden Weisungsbefugnis der Gemeinde in wesentlichen Entscheidungen sowie deren Umsetzung⁴⁷. Des Weiteren wurde zu dem Zeitpunkt über die Weisungsbefugnis hinaus konkret eine umfassende Rechenschaftspflicht des Privaten verlangt, um eine hinreichende Kontrolle ausüben zu können⁴⁸.

Angesichts der soeben dargestellten, unterschiedlichen Gestaltungsansätze bleibt abzuwarten, ob sich in Zukunft eine klare Tendenz entwickelt. Diese Tendenz wäre nicht nur nützlich für die Rechtslehre und die Beratungspraxis, sondern sie würde vielmehr die Unsicherheiten beheben, denen sich Gemeinden ausgesetzt sehen, wenn sie sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben der Dienste eines privaten Dritten bedienen.

³⁹ Bourwieg, Britz/Herllermann/Hermes Energie-wirtschaftsgesetz Kommentar, 2. Auflage, München 2010, § 18 Rn. 26; Hartmann, Danner/Theobald Energierecht Kommentar, 64. Ergänzungslieferung, Band 1, München August 2009, § 18 EnWG Rn. 33.

⁴⁰ Faber, (o. FuBn. 12), S. 97.

⁴¹ BVerwG, Urteil vom 06.04.2005 – 8 CN 1/04 Rn. 32 ff. – zit. nach Juris; Sächsisches OVG, Beschluss vom 06.09.2011 – 5 B 205/10, Rn. 46, 58 ff. – zit. nach Juris; VG Cottbus, Urteil vom 06.08.2011 – 6 K 1033/09, Rn. 20 – zit. nach Juris; Püttner, Die Einwirkungspflicht – Zur Problematik öffentlicher Einrichtungen in Privatrechtsform, DVBl 1975, 353 (354 ff.).

⁴² Vgl. BVerwG (s. Fn. 41) Rn. 36, dass die Gleichwertigkeit der Leistungserbringung als Maßstab dafür heranzieht, wie stark in die Geschäftstätigkeit eingegriffen werden sollte.

⁴³ Kahl, Die Privatisierung der Wasserversorgung, GewArch 2007, 441 m. w. N., zit. nach Juris.

⁴⁴ BVerwG (s. Fn. 41) Rn. 36 – zit. nach Juris; dass, eine einfache Gesellschafterposition ausreichen soll, dazu kritisch Püttner, (s. Fn. 41) (356).

⁴⁵ Vgl. BVerwG (s. Fn. 41) Rn. 36 – zit. nach Juris; vgl. Sächsisches OVG, Urteil vom 25.02.2003 – 4 D 699/99, Rn. 75 ff.; vgl. Püttner, (s. Fn. 41) (356), der neben der Beteiligung als Gesellschafter das Vorliegen geeigneter Einwirkungsmöglichkeiten in Satzung und Vertrag, Aufstellung besonderer Verpflichtungen für den Privaten, Aufmerksamkeit bei der Organbestellung, laufende Aufsicht und Kontrolle sowie korrigierende Eingriffsmöglichkeiten verlangt.

⁴⁶ Sächsisches OVG, (s. Fn. 41); .

⁴⁷ Sächsisches OVG, Beschluss vom 22.11.2002 – 4 BS 341/02, Rn. 3 – zit. nach Juris.

⁴⁸ Sächsisches OVG, (s. Fn. 45).

Gebührensatzung ohne Gebührensatz?

Dierk Habermann, Vors. Richter am Schleswig-Holsteinischen OVG

Fragestellungen erwarten Antworten. Spontane Antworten oder Reaktionen könnten sein:
- Geht nicht. Jedenfalls kommt dies in

der Praxis bei Nutzungsgebühren nicht vor.
- Uninteressant, wir erheben private Entgelte.

- Warum überhaupt diese Fragestellung?

§ 6 Abs. 1 Satz 1 KAG lautet:

Benutzungsgebühren sind zu erheben, wenn die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung dem Vorteil Einzelner oder Gruppen von Personen dient, soweit nicht ein privatrechtliches Entgelt gefordert wird.

Im Umkehrschluss folgt daraus: Ein privates Entgelt kann auch dann gefordert werden, wenn die öffentliche Einrichtung dem Vorteil Einzelner oder Gruppen von Personen dient.

Besteht demzufolge eine Wahlfreiheit des Trägers, für die Benutzung seiner öffentlichen Einrichtung entweder eine Gebühr oder ein privates Entgelt zu fordern?

Unproblematisch ist eine solche Wahlfreiheit, soweit auch der potentielle Benutzer die Wahlfreiheit hat, die Einrichtung nicht zu benutzen.

Kann aber ein privates Entgelt auch gefordert werden, wenn Anschluss- und Benutzungszwang besteht?

Das BVerwG hat zur Fernwärmeversorgung entschieden:

Die Anordnung eines kommunalrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwanges für die Fernwärmeversorgung schließt es nicht aus, dass das Benutzungsverhältnis privatrechtlich ausgestaltet ist (Urt. v. 6.4.2005 - 8 CN 1.04 -, NVwZ 2005, 1072).

Begründung:

- Bei der Benutzung öffentlicher Einrichtungen ist zwischen dem Anspruch auf Zugang zu der öffentlichen Einrichtung, das "Ob" der Benutzung, und der Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses, dem "Wie" der Benutzung, zu unterscheiden.
- Während der Anspruch auf Zulassung oder Zugang zu der öffentlichen Einrichtung einer Kommune grundsätzlich nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Gemeindeordnung zu bestimmen ist, kann das Benutzungsverhältnis sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich ausgestaltet sein.
- Der Kommune steht die Formenwahlfreiheit hinsichtlich der Regelung der Benutzungsverhältnisse ihrer öffentlichen Einrichtungen zu.
- Sie ermöglicht eine privatrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses - und damit z.B. auch eine privatrechtliche Entgeltregelung - immer dann, wenn diese nicht durch kommunalrechtliche Vorschriften ausdrücklich ausgeschlossen ist. Dies sei nach § 17 GO nicht der Fall.

Das BVerwG überdehnt die sogenannte Zweistufentheorie. Danach ist zwischen dem Anspruch auf Zugang zu der öffentlichen Einrichtung (öffentlich-rechtlich) und der Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses (öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich) zu unterscheiden. Der Anspruch auf Zugang eröffnet dem Berechtigten die Zugangsmöglichkeit. Ob er von dieser rechtlich gebotenen Möglichkeit Gebrauch macht, obliegt allein seiner Entscheidung. Diese Entscheidungsfreiheit wird ihm (schon) mit der Anordnung des Anschlusszwangs genommen. Das Recht auf Zugang wandelt sich

zur Pflicht. Der Zugang zur öffentlichen Einrichtung wird mithin bereits durch den Anschlusszwang (öffentlich-rechtlich) abschließend geregelt. Die Pflicht zum Anschluss mag mit dem Recht auf Zugang nach der sog. Zweistufentheorie korrespondieren. Der Benutzungszwang geht darüber hinaus. Er verpflichtet den Betroffenen, ebenfalls öffentlich-rechtlich, ausschließlich mit dem Träger der Einrichtung ein Benutzungsverhältnis einzugehen. Vertraglicher Vereinbarungen bedarf es insoweit nicht. Kommt der Betroffene nicht freiwillig seiner öffentlich-rechtlichen Benutzungspflicht nach, wird er zur Benutzung der Einrichtung im Wege des Verwaltungszwangs gezwungen. Die rein tatsächliche Benutzung hat mithin ihre alleinige Grundlage im öffentlichen Recht. Zu mehr als zur tatsächlichen Nutzung der öffentlichen Einrichtung ist der dem Benutzungszwang Unterworfenen nicht verpflichtet. Bei Durchsetzung des Anschluss- und Benutzungszwangs ist eine Unterscheidung zwischen "Ob" und "Wie" der Benutzung nicht mehr möglich. Eine tatsächliche Benutzung ist immer auch mit dem "Wie" untrennbar verbunden. Mit der Anordnung des Benutzungszwangs wird daher schon entschieden, dass das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich ist.

Das BVerwG hat sich nicht zu der Frage geäußert, ob der Benutzer, der sich dem öffentlich-rechtlichen Benutzungszwang beugt, auch zum Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages gezwungen werden kann. In der zivilrechtlichen Rechtsprechung (siehe nur BGH, Urt. vom 17. 3. 2004 - VIII ZR 95/03 -, NJW-RR 2004, 928; BGH, Urt. vom 26. 1. 2005 - VIII ZR 66/04, NJW-RR 2005, 639) wird häufig eine rechtsgeschäftliche Annahmeerklärung schon darin gesehen, dass der Benutzer die Leistung der Einrichtung tatsächlich in Anspruch nimmt und zwar selbst dann, wenn er gegen die rechtsgeschäftlichen Folgen protestiert. Der Protest wird überwiegend wegen widersprüchlichen Verhaltens für unbeachtlich gehalten (BGH, Urt. vom 26. 1. 2005 - VIII ZR 66/04, NJW-RR 2005, 640; BGH, Urt. vom 19. 1. 1983 - VIII ZR 81/82 -, NJW 1983, 1777), obwohl der Benutzer nur seiner öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur tatsächlichen Benutzung der Einrichtung freiwillig oder gar erst nach Ausübung des Verwaltungszwangs nachkommt.

Lässt sich die Rechtsprechung des BVerwG zur Fernwärmeversorgung auf die Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung übertragen?

In der Praxis werden in diesen Bereichen privatrechtliche Entgelte verlangt. Das OVG Schleswig (Urt. v. 14.6.2006 - 2 KN 5/05 -, SchlHA 2007, 165) hat die Erhebung eines privaten Entgeltes auch im Abfallrecht für zulässig erachtet.

Hierzu bleibt anzumerken, dass im Rah-

men der Abwasserbeseitigung und der Abfallbeseitigung nicht nur eine öffentlich-rechtliche Überlassungs- und damit Benutzungspflicht (vgl. § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG und § 30 Abs. 2 LWG) besteht, vielmehr haben die entsorgungspflichtigen Körperschaften (Gemeinde bzw. Kreis) nach Landesrecht durch Satzung, d. h. öffentlich-rechtlich, zu regeln, in welcher Weise ihnen das Abwasser (§ 30 Abs. 3 Satz 1 LWG) bzw. der Abfall (§ 5 Abs. 1 LAbfWG) zu überlassen ist. Damit wird auch das „Wie“ der Benutzung eindeutig öffentlich-rechtlich geregelt. Ist das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich geregelt, dürfte auch nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Erhebung eines privaten Entgeltes ausgeschlossen sein (so auch VGH Mannheim, Urt. v. 11.05.1995 - 2 S 2568/92 -, ESVGH 45, 277 und OVG Magdeburg, B. v. 26.01.1998 -, NuR 1999, 56).

Warum diese Flucht in das Privatrecht?

Jedenfalls auf den ersten Blick ist öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses vorteilhafter.

Durch Benutzungssatzungen kann dem Benutzer die Art und Weise der Benutzung im Rahmen des höherrangigen Rechts "diktiert" werden. AGB's muss der Benutzer zustimmen.

Mit dem Gebührenbescheid kann sich der Träger der öffentlichen Einrichtung selbst einen vollstreckbaren Titel verschaffen und muss nicht erst ein Urteil erstreiten. Die nach § 14 KAG zulässige Vollstreckung privatrechtlicher Entgelte im Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 319 Abs. 2 LVwG einzustellen, wenn der Vollstreckungsschuldner Einwendungen erhebt.

Argumente:

1. Kontrolldichte bei den Verwaltungsgerichten ist größer.

Dies trifft wohl zu, weil die Zivilgerichte in Anwendung des § 315 BGB (nur) die "Billigkeit" des privatrechtlichen Entgeltes, die Verwaltungsgerichte dagegen die "Richtigkeit" des Gebührensatzes anhand der vorzulegen Kalkulation überprüfen.

Im Übrigen gilt im Verwaltungsprozess im Gegensatz zum Zivilprozess der Amtsermittlungsgrundsatz.

Dieses Argument ist zwar nachvollziehbar, aber fragwürdig. Die öffentliche Hand sollte sich auch einer verdichteten Kontrolle nicht entziehen.

2. Im Verwaltungsprozess führen Kalkulationsmängel zur Aufhebung des Gebührenbescheides insgesamt, während das Zivilgericht, wenn das Entgelt nicht der Billigkeit entspricht, die Billigkeit durch Urteil bestimmt (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB). Dieses Argument ist ernst zu nehmen. Im Falle einer erneuten Veranlagung (schon aus Gründen der Gleichbehandlung) wird es bei Rechtswidrigkeit einer Gebühr

erforderlich, eine Neukalkulation vorzunehmen und auf deren Grundlage die Gebührensatzung (Gebührensatz) zu ändern. Dies bedeutet einen nicht unerheblichen Verwaltungsaufwand. Der Gebührenschuldner gewinnt zwar einen Prozess, muss aber die Gebühr später doch zahlen und u.U. in derselben Höhe (abhängig von kalkulatorischen Ansätzen). Viel Lärm um (fast) nichts.

Alleiniger Grund für das "Alles oder Nichts" im Verwaltungsprozess ist die Festlegung des Gebührensatzes durch Satzung (Ortsrecht). Die Verwaltungsgerichte sind nicht befugt, Ortsrecht zu ändern.

Deshalb die Frage:

Ist es möglich, in rechtlich nicht zu beanstandender Weise eine Gebühr auf der Grundlage einer Satzung festzusetzen, die keinen Gebührensatz enthält? § 4 Abs. 2 Satz 1 KAG lautet: „Die Gebührensätze sind nach festen Merkmalen zu bestimmen.“ Nach dem Wortlaut der Regelungen sind (zunächst) die Merkmale festzulegen und auf der Grundlage der festen (festgelegten) Merkmale die Gebührensätze zu bestimmen.

Was Inhalt einer Gebührensatzung zu sein hat, regelt § 4 KAG nicht. Einschlägig ist insoweit § 2 Abs. 1 KAG, der lautet: „Die Satzung muss den Gegenstand der Abgabe,....., die Höhe und die Bemessungsgrundlage der Abgabe.....angeben.“ Welche weitergehende Bedeutung dem § 4 Abs. 2 Satz 1 KAG zukommen soll, ist danach unklar.

Nach den (aufgehobenen) Ausführungshinweisen findet der Grundsatz der Bestimmtheit in der Vorschrift des § 4 Abs. 2 Satz 1 KAG Ausdruck. Da der aus dem Rechtsstaatsprinzip entwickelte Grundsatz der Berechenbarkeit von Abgaben für alle Abgaben gilt, fragt sich, warum es für das Gebührenrecht einer gesonderten gesetzlichen Regelung bedarf, während z.B. dem Beitragsrecht eine solche Regelung fremd ist.

Mit dem § 2 Abs. 1 KAG ist bereits dem Grundsatz der Bestimmtheit und der Berechenbarkeit der Abgaben genügt.

Ergänzende spezielle Regelungen enthalten § 5 Abs. 2 KAG für die Verwaltungsgebühr und § 6 Abs. 2 und 4 KAG für die Benutzungsgebühr (Kostendeckungsprinzip/gebührenfähige Kosten/Bemessung nach Art und Umfang der Inanspruchnahme).

Nach der Begründung des Regierungsentwurfs (LT Drucks. VI/920 S. 22) sollte mit der Bestimmung des § 4 Abs. 2 Satz 1 KAG die bewährte Regelung des § 7 Pr. KAG übernommen werden. Nach § 7 Pr. KAG waren Gebühren im Voraus nach festen Normen und Sätzen zu bestimmen. Dieser Wortlaut machte eine Vorkalkulation erforderlich, insbesondere aber die vorherige Festlegung des Gebührensatzes in einer Norm.

Der Wortlaut der Vorschriften ist keinesfalls identisch.

Bei wörtlicher Auslegung haben die Vorschriften auch unterschiedliche Inhalte.

§ 4 Abs. 2 Satz 1 KAG:

Erforderlichkeit fester Merkmale und Bestimmung der Gebührensätze aufgrund dieser Merkmale.

§ 7 Pr. KAG:

Notwendigkeit einer Vorkalkulation und Festlegung des Gebührensatzes in einer Norm.

Die Gesetzesbegründung zu § 4 Abs. 2 Satz 1 KAG der "Übernahme der bewährten Regelung des § 7 Pr. KAG" findet daher im Wortlaut des Gesetzes kaum eine Stütze. Es fragt sich auch, warum der Gesetzgeber, wenn er die bewährte Regelung des § 7 Pr. KAG "übernehmen" wollte, nicht auch deren Wortlaut übernommen hat.

Bei der Normauslegung ist die Gesetzesbegründung von Bedeutung, aber nicht (allein) entscheidend. Die grammatikalische (wörtliche) Auslegung ist gleichrangig.

Weiterhin war Sinn und Zweck der Regelung des § 7 Pr. KAG, dass der Gebührenschuldner seine Gebührenpflichtigkeit bei Inanspruchnahme von Leistungen des Gebührengläubigers hinsichtlich ihrer Voraussetzungen (Merkmale) und ihrer Höhe (Sätze) voraussehen und sich entsprechend einrichten können sollte. Verhindert werden sollte, dass die Gebühren vom Ermessen des Gebührengläubigers abhängig gemacht werden können. Eine solche Regelung war damals erforderlich, weil – anders als für die Steuern durch § 18 Pr. KAG – nicht vorgeschrieben war, dass für die Erhebung von Gebühren (Gebühren) Ordnungen zu erlassen waren. Was bei den Steuern durch das Erfordernis des Erlasses einer Steuerordnung gewährleistet war, nämlich das Erfordernis, dass die Grundsätze, nach denen eine Abgabe zu erheben ist, der Willkür des Abgabengläubigers im Einzelfall entzogen waren, vielmehr durch verfassungsmäßig zustande gekommene Satzung im Voraus allgemein und ein für allemal bis zu deren Abänderung festgelegt wurden, wurde für die Gebühren durch die Sonderregelung erreicht.

Dieser Sinn und Zweck gilt für § 4 Abs. 2 Satz 1 KAG nicht. Denn dass Gebühren nur aufgrund einer Satzung erhoben werden dürfen und die Satzung Höhe und Bemessungsgrundlage angeben muss, ergibt sich bereits aus § 2 Abs. 1 KAG.

Gleichwohl verlangt nach der Rechtsprechung des OVG Schleswig (Urt. vom 19. 12. 2001 – 2 L 76/00 –) die Vorschrift des § 4 Abs. 2 Satz 1 die Festlegung konkreter Gebührensätze. Folgt man dieser Rechtsprechung ist die Eingangsfrage "Gebührensatzung ohne Gebührensatz?" zu verneinen. Da die Rechtsprechung

nicht zwingend und auch nicht weiter begründet ist, sondern nur einem tradierten System folgt, ist der Frage nachzugehen, ob denn dem § 2 Abs. 1 KAG zu entnehmen ist, dass der Gebührensatz durch Satzung festzulegen ist.

§ 2 Abs. 1 KAG lautet:

„Die Satzung muss den Gegenstand der Abgabe,....., die Höhe und die Bemessungsgrundlage der Abgabe.....angeben.“

Das Erfordernis der Angabe der Bemessungsgrundlage besagt nicht, dass durch Satzung auch Abgabensätze festzulegen sind. Das ist vielmehr bei Abgaben mit Erstattungscharakter, wie dem Straßenausbaubeitrag, auch gar nicht möglich, weil nur der tatsächlich angefallene Aufwand beitragsfähig ist und deshalb sich für jede Straßenausbaumaßnahme ein anderer Beitragssatz errechnet, der nicht im Voraus festgelegt werden kann. Dem Grundsatz der Bestimmtheit und Berechenbarkeit wird dadurch genügt, dass in der Straßenausbaubeitragssatzung Regelungen über den beitragsfähigen und umlagefähigen Aufwand sowie die Aufwandsverteilung enthalten sind. Warum Entsprechendes nicht auch für Gebühren gelten kann, ist dem § 2 Abs. 1 KAG nicht zu entnehmen.

Fazit

Ergibt sich aus § 4 Abs. 2 Satz 1 KAG das Erfordernis, Gebührensätze im Voraus betragsmäßig festzulegen, so zwingt dies zu einer Vorkalkulation, die notwendigerweise ungenau ist und deshalb zu Über- und Unterdeckungen führt.

Würden Hausgebühren auf der Grundlage tatsächlich während einer Leistungsperiode entstandener Kosten (einschließlich kalkulatorischer Kosten wie Abschreibung und Verzinsung) im Nachhinein erhoben, entfielen viele tatsächliche und rechtliche Probleme, die mit der Notwendigkeit der Vorkalkulation verbunden sind. Erwähnt seien nur die rechtlichen Folgen einer fehlerhaften Kalkulation, die nur durch eine dann ohnehin erforderliche Nachkalkulation berichtigt werden können (OVG Schleswig, Urt. vom 9. 10. 2002, NordÖR 2002, 519 = SchlHA 2003, 231), sowie die Verrechnung von Über- und Unterdeckungen auf Folgejahre (vgl. hierzu OVG Schleswig, Urt. vom 24. 10. 2001, SchlHA 2002, 51 = Die Gemeinde 2002, 69 = NordÖR 2002, 239). Der Einrichtungsträger hat die Möglichkeit der Erhebung von Vorauszahlungen (§ 6 Abs. 4 Satz 4 KAG). Damit ist seinem Interesse an einer gesicherten Finanzierung seiner Einrichtung gedient.

Aus der Sicht des Benutzers der Einrichtung ist zwar zu begrüßen, wenn er an Hand des Gebührensatzes unschwer selbst ermitteln kann, welche Belastung auf ihn zukommen wird, bei den so

genannten laufenden Hausgebühren für die Inanspruchnahme der Abfallentsorgung, der Wasserversorgung und der Abwasserbeseitigung ist dies jedoch von nachrangiger Bedeutung. Einer willkürlichen Gebührenbemessung steht bei den Nutzungsgebühren schon das Kostendeckungsprinzip entgegen.

Der Benutzer kann die auf ihn zukommende Belastung an Hand seiner Gebührenveranlagung des Vorjahres auf der Grundlage der absehbaren Kostenentwicklung hinreichend abschätzen. Unerwarteten Kostensteigerungen entgeht der

Gebührensschuldner ohnehin nicht. Sie kommen zeitverzögert auf ihn zu. Auf die Inanspruchnahme der Leistungen ist er schon wegen des regelmäßig bestehenden Benutzungszwanges angewiesen. Auf den Umfang der Inanspruchnahme dürfte ein im Voraus festgelegter Gebührensatz kaum noch Einfluss haben. Kostendeckende Hausgebühren haben zwischenzeitlich eine Höhe erreicht, die jedem Benutzer bewusst ist und zur Sparsamkeit veranlasst.

Der Landesgesetzgeber sollte durch

Streichung des m.E. überflüssigen § 4 Abs. 2 Satz 1 KAG deutlich machen, dass Gebühren aufgrund einer Nachkalkulation erhoben werden können und es der Festlegung des Gebührensatzes in der Gebührensatzung nicht bedarf. Zahlreiche Schwierigkeiten und Kosten würden dadurch vermieden, ohne dass der Gebührenscheidner dadurch wesentliche Nachteile erfährt.

Nachunternehmer und Bietergemeinschaften bei der Leistungsvergabe

Prof. Dr. Marius Raabe¹, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht

I. Einleitung

Um ihre vielfältigen Leistungen gegenüber den Benutzern zu erbringen, kann die kommunale Ver- und Entsorgungswirtschaft ohne die Vergabe von Aufträgen an externe Unternehmen nicht auskommen. Das Spektrum vergebener Aufträge reicht von der Baumaßnahme am Abwasserleitungsnetz über Aufträge betreffend die Einsammlung und Beförderung von Abfällen bis hin zu komplexen Betreibermodellen. Soweit nicht besondere Ausnahmeregelungen eingreifen, setzt die Vergabe in der Regel ein wettbewerbliches Vergabeverfahren voraus, wobei die anzuwendenden Vorschriften abhängig vom Sachzusammenhang (geht es um Sektorentätigkeiten der Trinkwasser- oder Energieversorgung, greift das Sektoren-Vergaberecht ein, sonst das „klassische“), von der Art des Auftrags (Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag) und dem Auftragswert (GWB-Vergaberecht oberhalb der EU-Schwellenwerte, Haushaltsrecht und spezielles Landesrecht darunter) zersplittert sind. Hier soll es jedoch nicht um diese Zersplitterung als solche gehen, sondern um das übergreifende Phänomen von Mehrpersonenverhältnissen auf Bieterseite, nämlich um Bietergemeinschaften und Angebote unter Einbindung von Nachauftragnehmern (Subunternehmern).

Aus Sicht der sich an solchen Verfahren beteiligenden Unternehmen handelt es sich hierbei um funktional alternative Gestaltungsformen. Es kann von der Komplexität und Umfang des in Rede stehenden Auftrags abhängen sowie insbesondere von damit verbundenen Haftungsfragen, ob Unternehmen sich als Bietergemeinschaft oder im Verhältnis von Haupt- und Nachunternehmer auf-

stellen. Häufig ist dies eine Folgefrage der vom Auftraggeber im Vorfeld getroffenen Entscheidung über den Auftragszuschnitt, beispielsweise hinsichtlich der Losvergabe.

Aus der Sicht der Vergabestelle sind mit Bewerbungen bzw. Angeboten von Bietergemeinschaften oder unter Einbindung von Nachunternehmern indes verschiedenartige Problemstellungen verbunden. Einige sollen nachfolgend betrachtet werden, um der Praxis Hilfestellungen nicht zuletzt bei der Verfahrensgestaltung zu geben.

II. Bietergemeinschaften

1. Begriff

Bietergemeinschaften sind Zusammenschlüsse von mindestens zwei Wirtschaftsteilnehmern zum Zwecke der gemeinsamen Angebotsabgabe mit dem Ziel der Erteilung des Zuschlags auf das gemeinsame Angebot, im Regelfall auch zur gemeinsamen Auftragsdurchführung. Handelt es sich um ein Vergabeverfahren mit einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb, so ist präziser zunächst von einer Bewerbergemeinschaft zu sprechen, die erst in der zweiten Phase des Verfahrens mit der Abgabe eines Angebots zu einer Bietergemeinschaft erstarkt. Eine Bietergemeinschaft wird nach allen Vergabeordnungen selbst als Bieter (bzw. Bewerber) behandelt, und zwar grundsätzlich wie ein Einzelbieter.² Die Mitglieder der Bietergemeinschaft werden vergaberechtlich nicht als „Dritte“ angesehen, für die ein gesonderter Verfügbarkeitsnachweis (vgl. etwa § 6a Abs. 10 S. 2 VOB/A) zu erbringen wäre. Jedoch ist die Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft bei der Bewerbung/Angebotsabgabe durch eine gemeinsame Bietergemeinschaftserklärung offen zu legen –

dies sollte von der Vergabestelle zur Vermeidung von Unklarheiten über die Bieteridentität in der jeweiligen Vergabebekanntmachung ausdrücklich gefordert werden.

2. Rechtsformanforderungen und Haftungsregime

Im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts kann der Auftraggeber die Annahme einer bestimmten Rechtsform von einer Bietergemeinschaft nur verlangen, sofern das für eine ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags erforderlich ist, und auch erst für den Fall der Auftragserteilung.³ EU-rechtlich ist es unzulässig, die Annahme einer bestimmten Rechtsform bereits für die Bewerbung oder das Angebot zu verlangen.⁴

Im Regelfall wird davon auszugehen sein, dass eine Bietergemeinschaft die Merkmale einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB) erfüllt, weil sich die Beteiligten zur Förderung der Erreichung eines gemeinsamen Zwecks durch einen entsprechenden Vertrag verpflichten. Erhält die Bietergemeinschaft den Zuschlag, spricht man gern von einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE), die ebenfalls in der Regel als BGB-Gesellschaft einzustufen ist – nunmehr mit dem gemeinsamen Zweck der Durchführung des Auftrags –, sofern nicht wegen der Größe und Komplexität ein kaufmännischer Geschäftsbetrieb erforderlich und daher eine Offene Handelsgesellschaft (§§ 105 ff. HGB) anzunehmen ist.⁵ In beiden Fällen haften die beteiligten Unternehmen

¹ Der Autor ist Partner der Kanzlei WEISSLEDER EWER, Kiel, und Honorar-Professor an der Universität Kiel.

² § 6 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A, § 6 EG Abs. 2 S. 1 VOL/A, § 22 SektVO, § 4 Abs. 1 S. 1 VOF.

³ § 6a Abs. 8 VOB/A, § 6 EG Abs. 2 S. 2 VOL/A, § 4 Abs. 4 VOF, § 22 S. 2 SektVO.

⁴ Art. 4 Abs. 2 Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, Art. 11 Abs. 2 Sektorenkoordinierungsrichtlinie 2004/17/EG.

⁵ Vgl. zur Problematik Messerschmidt/Thierau, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 3. Aufl. 2010, Anhang VOB/B, Rn. 119 ff.

im Zuge der Durchführung des Auftrags gesamtschuldnerisch – bei einer OHG in direkter Anwendung von § 128 HGB, bei einer BGB-Gesellschaft nach den dazu entwickelten Grundsätzen einer entsprechenden Anwendung.⁶

Dieses Haftungsregime, bei welchem ein Unternehmen gegenüber dem Auftraggeber auch für Pflichtverletzungen eines anderen Mitglieds der Arbeitsgemeinschaft einzustehen hat (wenn auch interne Rückgriffsansprüche nach Maßgabe von § 426 BGB bestehen werden), ist für die einzelnen Beteiligten riskant, weil sie zumindest das Risiko der Einbringlichkeit von Rücktrittsforderungen gegenüber anderen Mitgliedern zu übernehmen haben. Dies führt in der Praxis gerade bei komplexen Aufträgen dazu, dass Bietergemeinschaften entweder bereits vor der Angebotsabgabe eine Rechtsform mit einer beschränkten Haftung annehmen, also sich nicht als Bietergemeinschaft bewerben, sondern in der Form einer Einzweckgesellschaft (typischerweise als GmbH oder GmbH & Co. KG), oder aber darauf drängen, dass der Zuschlag nicht an die Bietergemeinschaft selbst, sondern eine von ihr gebildete Einzweckgesellschaft erteilt wird.

Es entspricht jedoch zwischenzeitlich ganz allgemeiner Überzeugung, dass die rechtliche Identität eines Bieters jedenfalls nach der Angebotsabgabe nicht verändert werden darf.⁷ Entschieden worden ist auch, dass solche Änderungen nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs bzw. Aufforderung zur Angebotsabgabe unzulässig seien.⁸ Falls die Vergabebekanntmachung und die Vergabeunterlagen keine speziellen Regelungen für diesen Fall enthalten, ist es daher kein gangbarer Weg, dass die Bietergemeinschaft sich bewirbt und im Laufe des Verfahrens ihr rechtliches „Gewand“ in dasjenige einer Projektgesellschaft ändert. Denn zum Zeitpunkt der Bewerbung wird die Bietergemeinschaft bestenfalls die Rechtsform einer Vorgründungsgesellschaft aufweisen. Diese ist rechtlich mit der späteren GmbH nicht identisch.⁹ Eine solche Identität besteht erst ab der Entstehung der Vor-GmbH mit der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags. Vor diesem Hintergrund ist es ein möglicher Weg, dass die Projektgesellschaft von vornherein als Bewerber und Bieter auftritt und sich somit ein Generalübernehmer beteiligt (zur Zulässigkeit einer solchen Beteiligung noch unten). Für den Bieter ist dies aufwändig, weil Kosten für die Gründung bzw. (im Falle einer Vorratsgesellschaft) den Erwerb zu einem Zeitpunkt aufgebracht werden, zu dem der Erhalt des Auftrags alles andere als gesichert ist. Gerade vor diesem Hintergrund schreiben aufgrund von Art. 4 Abs. 2 Satz 2 VKR zwischenzeitlich die

Vergabeordnungen jedenfalls für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte vor, dass im Falle der Bewerbung von Bietergemeinschaften vom Auftraggeber besondere Anforderungen an die Annahme einer bestimmten Rechtsform nur für den Fall der Auftragserteilung gestellt werden dürfen (siehe oben).

Daher erscheint es der angemessene Weg, den „Rollentausch“ auf die Zeit nach der Zuschlagserteilung zu verlegen. Dazu sind verschiedene Wege denkbar, etwa eine rückwirkende Vertragsübernahme durch die Projektgesellschaft oder aber die Zuschlagserteilung auf einen Rahmenvertrag, durch den sich der ursprüngliche Bieter verpflichtet, den Abschluss des eigentlichen Leistungsvertrages mit der Projektgesellschaft herbeizuführen. Da sich solche Konstellationen in der Regel vergaberechtlich im Rahmen von Verhandlungsverfahren abspielen, sollten sich entsprechende Gestaltungsmöglichkeiten diskriminierungsfrei vereinbaren lassen. Auch insoweit tut der Auftraggeber aber gut daran, die entsprechenden Regelungen hinsichtlich der Identitätswahrung von vornherein klar in den vergaberechtlichen Dokumenten zu verankern, sinnvollerweise bereits in der Vergabebekanntmachung.

Speziell bei der Vergabe von Dienstleistungen an Freiberufler stellt die in Vergabebekanntmachungen von den Auftraggebern häufig verwendete Formulierung, eine Bietergemeinschaft müsse eine Rechtsform „mit gesamtschuldnerischer Haftung und bevollmächtigtem Vertreter“ annehmen, ein besonderes Problem dar. In solchen Fällen sind häufig Angehörige verschiedener Berufsgruppen als Mitglieder einer Bietergemeinschaft vorgesehen, beispielsweise, wenn es um eine ganzheitliche Beratung bei einer Öffentlich-Privaten Partnerschaft gehen soll Ingenieurbüros und Wirtschaftsprüfer sowie ggf. auch Rechtsanwälte. Falls die Beteiligten in verschiedenen Gesellschaftsformen organisiert sind (beispielsweise in einer Sozietät einerseits, einer GmbH andererseits), kann das Haftungsregime zu einer gewerbesteuerrechtlichen Infizierung der Umsätze von Freiberuflern führen. Vor allem aber werden damit Haftungsrisiken übernommen, welche typischerweise durch die jeweilige Berufshaftpflichtversicherung nicht abgedeckt sind. Zudem stellt sich die – hier nicht zu verfolgende – Frage, ob bei einem Zusammenwirken mit Rechtsberatern ein Verstoß gegen berufsrechtliche Vorschriften wie § 59a BRAO und § 5 Rechtsdienstleistungsgesetz vorliegt. § 4 Abs. 4 VOF regelt, dass eine bestimmte Rechtsform unter anderem nur verlangt werden darf, wenn berufsrechtliche Vorschriften dem nicht entgegenstehen. In der Rechtsprechung ist es

bislang gleichwohl gebilligt worden, wenn die Auftraggeber eine solche Rechtsform verlangen.¹⁰

Es ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber hier alsbald für eine Klarstellung sorgt. Den Auftraggebern ist bis dahin zu empfehlen, bei der Beratervergabe insoweit Zurückhaltung zu üben, da viele große Anwaltskanzleien von einer Angebotsabgabe in solchen Fällen von vornherein absehen.

3. Eignungsanforderungen

Eine spezifische Problemlage ergibt sich bei Bietergemeinschaften im Hinblick auf die Prüfung der Eignung (Zuverlässigkeit, Fachkunde, Leistungsfähigkeit), die Voraussetzung jeder Vergabe ist.¹¹ Hintergrund der Bildung einer Bietergemeinschaft ist häufig, dass die beteiligten Unternehmen nur gemeinsam die Anforderungen an die Fachkunde und Leistungsfähigkeit auf allen für die Ausführung des Auftrags erforderlichen Gebieten darstellen können. Daher müssen richtigerweise die Fachkunde und die Leistungsfähigkeit nicht für jedes Mitglied bezogen auf den Auftrag vorliegen; es ist ausreichend, aber auch erforderlich, dass sich die Fähigkeiten und Kapazitäten der Unternehmen so ergänzen, dass die Bietergemeinschaft insgesamt in jeder Hinsicht über die erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit verfügt. Denn auch im Rahmen einer Bietergemeinschaft kann sich – jedenfalls im Bereich oberhalb der Schwellenwerte – ein Unternehmen auf die Leistungsfähigkeit Dritter berufen.¹² Unteilbar sind dem-

⁶ Vgl. nur Sprau, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 714 Rn. 12.

⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.10.2006 – VII-Verg 30/06 –, NZBau 2007, S. 254; OLG Celle, Beschluss vom 05.09.2007 – 13 Verg 9/07 –, NZBau 2007, S. 663.

⁸ Vgl. VK Köln, Beschluss vom 30.09.2003 – VK VOB 27/2003, zitiert nach VERIS, VK Potsdam, Beschluss vom 18.07.2001 – 1 VK 55/01 –, zitiert nach VERIS.

⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 07.05.1984 – II ZR 276/83 –, BGHZ 91, S. 148, 151; Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 11 Rdnr. 20.

¹⁰ VK Lüneburg, 25.03.2010 – VgK-07/2010 –; OLG Celle, 26.04.2010 – 13 Verg 4/10 –; OLG Jena, Beschluss vom 06.06.2007 – 9 Verg 3/07 – NZBau 2007, S. 730 ff.

¹¹ Vgl. § 97 Abs. 4 S. 1 GWB, § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, § 2 Abs. 1 S. 1 VOL/A, § 2 Abs. 1 S. 1 VOF, schwächer: § 20 SektVO.

¹² Vgl. etwa § 6a Abs. 10 VOB/A, näher noch unten. Problematisch ist vor diesem Hintergrund der Beschluss der VK Saarbrücken vom 28.10.2010 – 1 VK 12/2010 –, wonach die Anforderungen an die Höhe einer Versicherungssumme auch bei einer gesamtschuldnerischen Haftung im Hinblick auf jedes Mitglied erfüllt sein müssen. Die Höhe der Versicherung ist eine Frage der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (vgl. nur § 7 EG Abs. 2 Buchst. b VOL/A). Dies kann nur zutreffend sein, wenn das in der Vergabebekanntmachung so gefordert wurde, ansonsten muss es ausreichen, wenn ein Mitglied hinreichend hoch versichert ist.

gegenüber die Anforderungen der Zuverlässigkeit und der Gesetzestreue – diese müssen bei jedem Mitglied einer Bietergemeinschaft erfüllt sein.

III. Nachunternehmer

1. Begriff

Nachunternehmerleistungen oder Unterauftragsleistungen sind Tätigkeiten Dritter zur Erbringung der nach dem Hauptauftrag geschuldeten Leistung im Auftrag und auf Rechnung des Auftragnehmers, also ohne unmittelbares Vertragsverhältnis des Nachunternehmers zum Hauptauftraggeber.¹³ Dabei hat der Nachauftragnehmer freilich auch einen Auftraggeber, dieser ist – in der einfachsten Konstellation – zugleich der Auftragnehmer des öffentlichen Auftrags. Es ist zur Vermeidung von Verwechslungen zweckmäßig, den Auftraggeber des öffentlichen Auftrags insoweit als Hauptauftraggeber zu bezeichnen, den Auftragnehmer als Hauptauftragnehmer oder Hauptunternehmer. In diesem Verhältnis besteht der ursprünglich zur Vergabe anstehende öffentliche Auftrag, der als Hauptauftrag bezeichnet wird. Der Unterauftragnehmer demgegenüber ist Auftragnehmer eines Unterauftrags, der vom Hauptauftragnehmer erteilt wird.

Entsprechend der hierarchischen Struktur kann dabei noch zwischen Nachunternehmern verschiedener Ebenen unterschieden werden, also dem Nachunternehmer und seinen eigenen Nachunternehmern, den Nach-Nachunternehmern oder Sub-Subunternehmern. Aus der Sicht des Auftraggebers sind alle Hierarchieebenen unterhalb des Hauptauftragnehmers als Nachunternehmer anzusehen; die Anforderungen an sie treffen im Zweifel alle Hierarchieebenen.¹⁴

Diese Definitionen beziehen sich auf bestehende Vertragsverhältnisse. Vorliegend geht es indes um die Behandlung des Nachunternehmers während des noch laufenden Vergabeverfahrens. Zu diesem Zeitpunkt besteht jedenfalls zwischen dem Hauptauftraggeber und dem Hauptauftragnehmer hinsichtlich des Vergabegegenstands noch kein Vertragsverhältnis. Im Verhältnis zwischen dem Hauptauftragnehmer und dem Nachauftragnehmer ist dies hinsichtlich des konkreten Vergabegegenstands typischerweise genauso. Im Vorfeld des Vertragsschlusses gibt es somit streng genommen noch keinen Nachunternehmer, und die potentiellen Nachunternehmer sind am Vergabeverfahren in aller Regel selbst auch nicht als Bieter beteiligt. Im Hinblick auf das Vergabeverfahren ist somit der prospektive Nachunternehmer, der im Falle des Zuschlags vorgesehen ist oder in Betracht kommt.

Nach der getroffenen Begriffsbestimmung ist der Nachunternehmer ein

„Dritter“ also ein mit dem Hauptauftragnehmer nicht identisches Rechtssubjekt. Das bedeutet, dass rechtlich nicht selbstständige Niederlassungen keine Nachunternehmer sind.¹⁵ Das bedeutet auch, dass ein Nachunternehmerverhältnis auch bei personellen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Verflechtungen zwischen dem Haupt- und dem Nachunternehmer vorliegen kann, sofern ein Unterauftrag zwischen verschiedenen Rechtssubjekten begründet wird.

Man kann erwägen, analog zur Gestaltung des In-House-Geschäfts¹⁶ auf der Auftraggeberseite bei der Beauftragung eines konzernrechtlich beherrschten Unternehmens durch das herrschende Unternehmen das „formal“ bestehende Vertragsverhältnis zwischen verschiedenen Rechtssubjekten durch die wirtschaftliche Beherrschung zu überspielen.¹⁷ Was die begriffliche Abgrenzung von Haupt- und Nachunternehmer angeht, würde dies jedoch zu Verwirrungen führen – nicht zuletzt im Hinblick auf die vertraglichen Rechte der Beteiligten. Die Frage, ob Leistungen durch konzernverbundene Unternehmen unter dem Gesichtspunkt des so genannten Gebotes der Selbstausführung als Eigen- oder Fremdleistungen anzusehen sind,¹⁸ ist davon zu unterscheiden. Konsequenterweise hat man von Fremdleistungen auszugehen – eine andere Frage ist die, inwieweit das Selbstausführungsgebot noch eingreift.¹⁹

2. Abgrenzung zum Lieferanten

Der Begriff des Nachunternehmers wird im Vergaberecht herkömmlich von dem des Zulieferers oder Lieferanten abgegrenzt, um den Kreis der Nachunternehmer einzugrenzen. Hierfür besteht ein praktisches Bedürfnis, weil, wie oben bereits angedeutet, die Bieter im Vergabeverfahren hinsichtlich der Nachunternehmer bestimmte Pflichten treffen können.

Die Abgrenzung ist allerdings nicht einfach. Teilweise wird vertreten, es komme darauf an, ob der fragliche Unternehmer einen Teil der vom Hauptauftragnehmer geschuldeten Leistung erbringe oder nur Stoffe oder Materialien liefere.²⁰ Diese Abgrenzung ist auf den ersten Blick dort wenig ergiebig, wo der Hauptauftragnehmer einen Erfolg schuldet, beispielsweise ein Bauwerk. Denn dann ist die Zurverfügungstellung von Materialien notwendige Voraussetzung für die Erreichung des Erfolgs. Inspiriert ist das offenbar durch eine an der Vertragsgestaltung zwischen Haupt- und Nachunternehmer orientierte Frage, nämlich daran, ob zwischen dem Hauptauftragnehmer und seinem Vertragspartner ein Teil der dem Hauptauftraggeber geschuldeten werkvertraglichen Leistung „durchgestellt“ wird, also ebenfalls eine Werkleis-

tung erbracht wird oder im Verhältnis zum Lieferanten lediglich ein schlichter Kaufvertrag vorliegt. Ist schon der Hauptauftrag ein nach der VOL/A zu vergebender Lieferauftrag, liefert dieses Abgrenzungsmerkmal allein gleichfalls keine befriedigenden Ergebnisse, bzw. führt dazu, dass Unteraufträge und Nachunternehmer nicht existieren. Dies mag der herkömmlichen, von der Bauvergabe dominierten Sichtweise entsprechen – möglicherweise aber nicht den Interessen des Auftraggebers eines Lieferauftrags. Dieser kann nämlich ein Interesse daran haben, sich der Leistungsfähigkeit auch hinsichtlich der Zulieferer/Nachunternehmer der Bieter zu versichern.

Generell wird man sagen können: Je eher das Leistungsbild des vom Hauptunternehmer erteilten Auftrags dem Leistungsbild des Hauptauftrags ähnelt, genauer: einem Ausschnitt der typischen Leistungspflichten des Hauptauftrags entspricht, desto eher ist von einem Unterauftrag auszugehen. Leistungen, die in der Wertschöpfungskette typischerweise der Produktionsstufe zugerechnet werden, der auch der Hauptauftrag zuzurechnen sind, werden am ehesten als Unteraufträge anzusehen sein.

Ein anderer Ansatz will nach „dem Maß an erforderlicher fachlicher Qualifikation des Dritten sowie an Abgeschlossenheit und Eigenständigkeit der Teilleistung“ differenzieren.²¹ Diese Kriterien sind freilich in verschiedenen Graden erfüllbar, so dass eine Bewertung im Einzelfall erforderlich wird.

Letztlich wird man um die bei Juristen ebenso beliebte wie gefürchtete Gesamtbetrachtung und Abwägung der Umstände des Einzelfalls nicht herumkommen, wobei mindestens die vorstehend

¹³ Vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 26.01.2005 – 1 Verg 21/04 –, zit. nach Juris.

¹⁴ Vgl. VK Leipzig, Beschluss vom 15.03.2007 – 1/SVK/007-07 –, zitiert nach Juris; VK Ansbach, Beschluss vom 08.03.2007 – 21.VK-3194-05/07 –, zit. nach Juris.

¹⁵ Vgl. VK Bund, Beschluss vom 03.05.2007 – VK 2-33/07 –, zit. nach VERIS.

¹⁶ Vgl. grundlegend EuGH, Urteil vom 18.11.1999 – C 107/98 Teckal –, Slg. 1999, S. I-8121 (=NZBau 2000, S. 90), Rdnr. 50; vgl. auch EuGH, Urteil vom 07.12.2000 – C-94/99 ARGE Gewässerschutz –, NZBau 2001, S. 99, Rdnr. 40; EuGH, Urteil vom 11.01.2005 – C-26/03 Stadt Halle –, NZBau 2005, S. 111 ff., Rdnr. 49 ff.; BGH, Beschluss vom 12.06.2001 – X ZB 10/01 –, BGHZ 148, S. 55, 61 f.

¹⁷ Vgl. zur Parallellität der Figuren Prieß/Decker, VergabeR 2004, S. 159, 165.

¹⁸ Vgl. Schraner, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 17. Aufl. 2010, § 2 VOB/A Rdnr. 4.

¹⁹ Vgl. dazu schon Prieß/Decker, VergabeR 2004, S. 159 ff.

²⁰ Vgl. Vavra, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, 2007, § 10 Rdnr. 7; vgl. auch Rusam, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 10. Aufl. 2003, Einf. zu § 8 Rdnr. 13.

²¹ Vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 26.01.2005 – 1 Verg 21/04 –.

diskutierten Kriterien einzubeziehen sind. Beliebt ist eine solche Gesamtbetrachtung, weil sie eine griffige Formel für einen Ausweg aus einer abstrakt schwer zu lösenden Problematik im Sinne des allgemeinen Appells an die Rationalität der Berücksichtigung aller Umstände bei einer Entscheidung bietet, gefürchtet, weil damit naturgemäß auch ein Verlust an Rechtssicherheit einhergeht.

Das Beurteilungsrisiko trifft im Verlaufe eines Vergabeverfahrens zunächst den Bieter, der sich überlegt, ob eine Leistung, die er im Auftragsfall „einzukaufen“ beabsichtigt, eine Nachunternehmerleistung oder eine Zulieferung darstellt – im ersten Fall gelten die nach den jeweiligen Regeln des Vergabeverfahrens zu beachtenden Anforderungen wie beispielsweise eine Benennung des vorgesehenen Nachunternehmers – und damit die Festlegung auf einen solchen – oder sogar die Beifügung eines Verfügbarkeitsnachweises zum Angebot.²² In Zweifelsfällen ist eine – rechtzeitige und neutral formulierte – Bieterfrage (§ 12 Abs. 7 VOB/A, § 12 EG Abs. 8 VOL/A) zu empfehlen.

3. Ursprüngliche und nachträgliche Einbindung

Eine Einbindung von Nachunternehmern in einen öffentlichen Auftrag kann grundsätzlich in zwei Phasen erfolgen, nämlich einmal vor der Zuschlagserteilung und einmal danach, also entweder in der Vergabephase oder in der Erfüllungsphase. Hier steht die erstgenannte Variante im Vordergrund, also der Fall, dass von vornherein bei Angebotsabgabe bzw. Bewerbung beabsichtigt ist, prospektive Nachunternehmer einzubinden. Es kann von der „ursprünglichen“ im Gegensatz zur „nachträglichen“ Einbindung die Rede sein. Die Verwendung des etwas unscharfen Begriffs der „Einbindung“ ist dabei dem Umstand geschuldet, dass in der Vergabephase noch nicht von einer „Weitervergabe“ oder „Subvergabe“ gesprochen werden kann, diese erfolgt typischerweise erst nach der Vergabe des Hauptauftrags – jedenfalls in unbedingter Form. Vergabephase und Erfüllungsphase stehen indes in einer finalen Beziehung: Das Vergabeverfahren ist auf den Zuschlag und eine erfolgreiche und wirtschaftliche Auftragsabwicklung ausgerichtet. Dementsprechend sind auch die Anforderungen an die Zulässigkeit der Einbindung von Nachunternehmern in den Phasen aufeinander bezogen. Vorliegend geht es um die von vornherein beabsichtigte Weitervergabe und die daraus resultierende Einbindung bereits in der Vergabephase.

4. Leistungsfähigkeit und Selbstausführungsgebot

Der Zulässigkeit der Einbeziehung von

Nachunternehmern kann man sich unter – mindestens – zwei Aspekten nähern, die sich wiederum grob den Interessen der Auftraggeber- bzw. der Auftragnehmerseite zuordnen lassen.

Der öffentliche Auftraggeber, der einen Auftrag ausschreibt, hat ein Interesse daran zu wissen, wer im Falle des Zuschlags die ausgeschriebenen Leistungen tatsächlich ausführt, um beurteilen zu können, ob der jeweilige Ausführende über die erforderliche Zuverlässigkeit, Fachkunde und Leistungsfähigkeit, kurz: Eignung zur Ausführung des Auftrages verfügt. Dies dient letztlich dem Schutz des Auftraggebers vor Leistungsstörungen und sonstigen Behinderungen bei der Auftragsabwicklung und damit seinem legitimen Interesse, nicht nur den formalen Vertragspartner, sondern auch den tatsächlich die Leistung Ausführenden zu kennen und – durch die Entscheidung für das Angebot eines Bieters unter Beachtung der vergaberechtlichen Vorschriften – zu bestimmen sowie ggf. unmittelbar ihm gegenüber vertragliche Pflichten durchsetzen zu können.

Die Auftragnehmerseite kann ein kollektives, durch Verbandsvertreter kanalisiertes Interesse an Restriktionen hinsichtlich der Zulässigkeit von Nachunternehmerbeauftragungen haben, weil die Position als unmittelbarer Hauptauftragnehmer der öffentlichen Hand grosso modo komfortabler sein dürfte als die des Nachunternehmers, beispielsweise hinsichtlich der Solvenz des Auftraggebers, der Zahlungsbedingungen, der Regelungen zur Risiko- und Haftungsverteilung und der im Wettbewerb jeweils durchsetzbaren Preise.²³ Dem wurde früher teilweise durch den – mittlerweile aufgehobenen – § 10 VOL/A 2006 Rechnung getragen, jetzt in Schleswig-Holstein durch § 14 Abs. 7 Mittelstandsförderungs- und Vergabegesetz (MFG), der Mindestvorgaben für die Bedingungen von Unteraufträgen enthält, traditionell aber auch das so genannte Selbstausführungsgebot.

Auf der Auftragnehmerseite steht dem freilich das individuelle Interesse solcher Interessenten an einem öffentlichen Auftrag gegenüber, die dem Selbstausführungsgebot nicht entsprechen können, weil ihnen die erforderlichen Kapazitäten fehlen. Das kann auf verschiedenen Gründen beruhen. So kann es um typische Generalübernehmer gehen, die auf die Leistungserbringung beispielsweise bei einem Bauauftrag überhaupt nicht eingerichtet sind, sondern sich nur mit kaufmännischen Aspekten befassen. Durch das Selbstausführungsgebot behindert können sich aber auch kleinere Unternehmen fühlen, welche als Bieter von vornherein nicht in Betracht kämen und auch die vielfältigen Risiken einer Bieter-

gemeinschaft nicht eingehen wollen, sondern eine Chance zur Partizipation am Auftrag überhaupt nur als Nachunternehmer sehen.

a) Traditionelles Verständnis

Zur Begründung des Selbstausführungsgebots wird herkömmlich an § 6 Abs. 2 Abs. 1 VOB/A angeknüpft, wo geregelt ist, dass bei Öffentlicher Ausschreibung die Unterlagen an alle Bewerber abzugeben sind, die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen.²⁴ Dies ist zunächst eine Anforderung an den generellen Tätigkeitsbereich des Unternehmens. Daraus wird – über den Wortlaut und die Verfahrensart der Öffentlichen Ausschreibung hinaus greifend – traditionell gefolgert, dass der jeweilige Bewerber bzw. Bieter in der Lage sein muss und auch beabsichtigen muss, die Leistung wenigstens zu einem erheblichen Teil im eigenen Betrieb auszuführen. Für die Zeit nach der Zuschlagserteilung ist dies für Bauleistungen expressis verbis in § 4 Abs. 8 Nr. 1 S. 1 VOB/B geregelt: „Der Auftragnehmer hat die Leistung im eigenen Betrieb auszuführen.“ Etwas allgemeiner äußert sich § 4 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOL/B: „Der Auftragnehmer hat die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen.“ Zwar enthalten die genannten Vorschriften im weiteren Verlauf sämtlich auch Regelungen, die eine Übertragung jedenfalls von Teilen der Leistung an Nachunternehmer unter bestimmten Voraussetzungen gestatten. Jedenfalls aber ist eine vollständige Übertragung der Leistung an Nachunternehmer nach dem Vertragsabschluss ohne Zustimmung des Auftraggebers nach diesen Regelungen, die jeweils Vertragsbestandteil werden, nicht zulässig.

Für die Zeit vor dem Vertragsabschluss, also für das Vergabeverfahren, wird aus den genannten Vorschriften traditionell der Ausschluss von so genannten Generalübernehmern²⁵ gefolgert, welche sämtliche Leistungen an Nachunternehmer vergeben.²⁶ Als Eigenleistungsquote bei

²² So wurde beispielsweise ein Bewerber um einen Abfallentsorgungsauftrag ausgeschlossen, der die Leistungen der Deponie, die er nicht selbst erbringen konnte, nicht als Nachunternehmerleistungen deklariert hatte, vgl. VK Arnsberg, Beschluss vom 22.06.2007 – VK 20/07 –, zit. nach VERIS.

²³ Vgl. schon Rusam, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 10. Aufl. 2003, Einf. zu § 8 Rdnr. 10.

²⁴ Demgegenüber ist die entsprechende Regelung von § 7 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A 2006 nunmehr entfallen.

²⁵ Bei Bauleistungen auch von Totalübernehmern, zu deren Pflichtenkreis auch die Planung gehört, vgl. Messerschmidt/Thierau, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 3. Aufl. 2010, Anhang VOB/B, Rn. 8.

²⁶ Vgl. Schraner, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 17. Aufl. 2010, § 6 Rdnr. 37 ff.; Glahs, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 3. Aufl. 2010, § 2 VOB/A Rdnr. 26, § 6 Rdnr. 35 ff.

Bauleistungen wird herkömmlich ca. ein Drittel gefordert.²⁷ Ob der Wortlaut dies tatsächlich hergibt, kann man durchaus bezweifeln.²⁸

b) Einfluss des Europarechts

Im Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts hat der EuGH indes mehrfach entschieden, dass eine Person nicht allein deshalb von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden darf, weil sie zur Ausführung des Auftrages Mittel einzusetzen beabsichtigt, die sie nicht selbst besitzt, sondern die einer oder mehreren anderen Einrichtungen gehören. Es stehe einem Dienstleistungserbringer, der nicht selbst die für die Teilnahme an dem Vergabeverfahren erforderlichen Mindestvoraussetzungen erfülle, frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er in Anspruch nehmen will, wenn ihm der Zuschlag erteilt wird. Er habe allerdings nachzuweisen, dass er tatsächlich über die diesen Einrichtungen oder Unternehmen zustehenden Mittel selbst verfüge.²⁹ Ein generelles Verbot der Subvergabe wesentlicher Leistungsteile wurde daher beanstandet.

In der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG wurde dies im Rahmen der Verfahrensvorschriften zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit in Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 3 ausdrücklich geregelt.³⁰ Dort heißt es: „Ein Wirtschaftsteilnehmer kann sich ggf. für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmen ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen stützen. Er muss in diesem Falle dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber nachweisen, dass ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, indem er beispielsweise die diesbezüglichen Zusagen dieser Unternehmen vorlegt.“

Die etwas sperrige Klausel, wonach es nicht auf den rechtlichen Charakter der zwischen dem Bieter und den potentiellen Nachunternehmern bestehenden Verbindungen ankommt, ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der EuGH seine Rechtsprechung an Fällen entwickelt hatte, welche den Rückgriff auf konzernverbundene Gesellschaften betrafen. Der EuGH hat allerdings stets betont, dass es auf die Art der rechtlichen Beziehungen zu den anderen Unternehmen nicht ankomme.³¹ Diese gemeinschaftsrechtliche Lage hat der deutsche Normgeber zuerst zum 01.09.2005 zunächst im Rahmen des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes³² im Rahmen der Vergabeverordnung (VgV) umgesetzt, zwischenzeitlich sind entsprechende Regelungen – mit im Einzelnen unterschiedlichen Formulierungen – in die Vergabeordnungen aufgenommen wor-

den.³³ Entscheidend ist, was in den Formulierungen fehlt – nämlich eine umfangsmäßige Beschränkung. Eine Eigenleistungsquote ist nicht vorgesehen, so dass nach diesen Regelungen grundsätzlich auch ein Generalübernehmer qualifiziert ist, wenn er die Nachweisanforderungen erfüllt.

Muss der Auftraggeber in der Vergabephase die Berufung auf die Leistungsfähigkeit Dritter zulassen, so kann er nach der Zuschlagserteilung dem als Auftragnehmer ausgewählten Bieter die Unterbeauftragung derjenigen Dritten, auf deren Leistungsfähigkeit der Auftragnehmer sich als Bieter berufen hatte, nicht versagen. Denn durch die Berufung auf die Leistungsfähigkeit der Dritten ist die Absicht, diese Dritten heranzuziehen, in der Regel Bestandteil seines Angebots geworden, auf welches der Zuschlag erteilt wird, und damit zum Vertragsinhalt.³⁴ Dem lassen sich auch die Vorschriften von § 4 Abs. 8 VOB/B bzw. § 4 Nr. 4 VOL/B im Ergebnis nicht entgegenhalten. Dies lässt sich zunächst mit dem Vorrang der Individualabrede (§ 305b BGB) vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen begründen, aber auch damit, dass die Zuschlagserteilung im Sinne der genannten Vorschriften als schriftliche Zustimmung des Auftraggebers zur Heranziehung der im Angebot genannten Nachunternehmer verstanden werden kann.³⁵

Umgekehrt rechtfertigt die Rechtsprechung des EuGH, wonach der Ausschluss der Subvergabe dort zulässig ist, wo der Auftraggeber die Leistungsfähigkeit der Nachunternehmer nicht hat prüfen können, auch Zustimmungserfordernisse für die nachträgliche Einbindung von Nachunternehmern wie in § 4 Abs. 8 VOB/B bzw. § 4 Nr. 4 VOL/B für den Fall, dass der Nachunternehmereinsatz nicht konkret im Angebot angekündigt worden ist.

c) Abschied vom Selbstausführungsgebot unterhalb der Schwellenwerte

Der deutsche Normgeber hat die Rechtsprechung des EuGH zur Berufung auf die Leistungsfähigkeit Dritter ausschließlich in Vorschriften umgesetzt, die oberhalb der EU-Schwellenwerte, oder genauer: im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, also Zweiten Abschnittes von VOB/A und VOL/A, der SektVO sowie der VOF zur Anwendung kommen. Daraus wird von der herrschenden Auffassung der Schluss gezogen, dass für Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte jedenfalls bei Bauvergaben nach wie vor das Selbstausführungsgebot eingreife.³⁶ Dies ist allerdings umstritten, andere Stimmen plädieren für eine Gleichbehandlung der Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte.³⁷ Diesen Stimmen möchte ich meine hinzu-

fügen, jedenfalls soweit die Aufträge Binnenmarktrelevanz besitzen.

Vom Normbefund her kann für den Anwendungsbereich der VOL/A 2009 zunächst darauf verwiesen werden, dass diese keine diesbezügliche Regelung mehr enthält, da § 7 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A 2006 aufgehoben wurde. Die Argumente greifen aber über diese Vergabeordnung hinaus:

Nach der Rechtsprechung des EuGH ergeben sich auch außerhalb des Anwendungsbereichs der europäischen Vergaberichtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG vergaberechtliche Anforderungen aus dem primären Unionsrecht. Aus den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot hat der Europäische Gerichtshof in einer Reihe von Entscheidungen grundlegende Anforderungen auch für Vergaben außerhalb des Anwendungsbereichs der gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien abgeleitet.³⁸ Die EG-Kommission hat dazu Mitteilung zur Vergabe diesbezüglicher Aufträge veröffentlicht.³⁹

²⁷ Vgl. dazu OLG Frankfurt, Beschluss vom 16.05.2000 – 11 Verg 1/99 –, NZBau 2001, S. 101, 104; Schraner, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 17. Aufl. 2010, § 6 Rdnr. 39.

²⁸ Vgl. Fietz, NZBau 2003, S. 426, 427.

²⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 18.03.2004 – C-314/01 Siemens Austria und ARGE Telekom –, Rdnr. 42 ff.; Urteil vom 02.12.1999 – C 176/98 Holst Italia –, Rdnr. 26 ff.; vgl. auch EuGH, Urteil vom 14.04.1994 – C 389/92 Ballast Nedam I –, Slg. 1994, I-1289; EuGH, Urteil vom 18.12.1997 – C-5/97 Ballast Nedam II –, Slg. 1997, I-7549.

³⁰ Für Sektorenaufträge vgl. Art. 52 Abs. 5 SKR.

³¹ Vgl. schon EuGH, Urteil vom 14.04.1994 – C 389/92 Ballast Nedam I –, Slg. 1994, I-1289, Rdnr. 13, 17. Vgl. zur Differenzierung zwischen konzernverbundenen und anderen Nachunternehmern hinsichtlich der Beteiligung Prieß/Decker, VergabeR 2004, S. 159 ff.

³² Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich-Privaten Partnerschaften vom 01.09.2005, BGBl. S. 2676.

³³ § 6a Abs. 10 VOB/A, § 7 EG Abs. 9 VOL/A, § 5 Abs. 6 VOF, § 20 Abs. 3 SektVO.

³⁴ Vgl. die Formulierungen im Angebotsformular VHB 213 EG, Ziff. 5; vgl. auch BayObLG, Beschluss vom 25.09.2003 – Verg 14/03 –, zitiert nach Juris.

³⁵ Vgl. von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 3. Aufl. 2010, § 8 VOB/A Rdnr. 45 m.w.N.

³⁶ Vgl. die Nachweise oben Fn. .

³⁷ Vgl. Müller-Wrede, VOL/A, 3. Aufl. 2010, § 6 Rn. 13; § 6 EG Rn. 11; Fietz, NZBau 2003, S. 426 ff.; Pauly, VergabeR 2005, S. 313, 317; für konzernverbundene Nachunternehmer auch Prieß/Decker, VergabeR 2004, S. 159 ff.

³⁸ Vgl. z. B. EuGH, Urteil vom 13.11.2007 – C-507/03 An Post –, NZBau 2008, S. 71; Urteil vom 13.10.2005 – C-458/03 Parking Brixen –, NZBau 2005, S. 644; Urteil vom 21.07.2005 – Rs. C-231/03 Coname –, VergabeR 2005, S. 609, Rdnr. 16 ff.; Urteil vom 18.06.2002 – C-92/00 Hospital Ingenieure –, Slg. 2002, S. I-5553; Urteil vom 07.12.2000 – C-324/98 Telaustria –, WuW/E Verg 385 Rdnr. 56 f.

³⁹ Mitteilung 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 179/2006, S. 2. Die deutsche Klage dagegen blieb erfolglos, vgl. EuGH, Urteil vom 20.05.2010 – T-258/06.

Nach dem aktuellen Stand der EuGH-Rechtsprechung sind die öffentlichen Auftraggeber auch bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte dann zur Einhaltung der grundlegenden Vorschriften des EG-Vertrags und insbesondere des Verbots zur Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verpflichtet, wenn an diesen Aufträgen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht.⁴⁰ Unter dieser Voraussetzung können auch Rechtsgedanken aus einzelnen Regelungen der Vergaberichtlinien außerhalb von deren Anwendungsbereich zu beachten sein, falls sich diese als Ausdruck des Diskriminierungsverbots darstellen. So hat der EuGH beispielsweise entschieden, dass auch in diesem Bereich die Verpflichtung zur Überprüfung ungewöhnlich niedrig erscheinender Angebote durch ein Aufklärungsverlangen (jetzt Art. 55 VKR) eingreift, und zwar maßgeblich mit der Erwägung, dass ein automatischer Ausschluss solcher Angebote ohne Aufklärungsverlangen eine indirekte Diskriminierung von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten darstellen kann, die aufgrund anderer Kostenstrukturen erhebliche Skalenerträge erzielen können oder sich mit kleineren Gewinnmargen begnügen, um auf dem fraglichen Markt besser Fuß fassen zu können.⁴¹

Mir erscheint es naheliegend, dass ein genereller Ausschluss von Generalübernehmern als indirekte Diskriminierung von Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten gewertet werden kann, weil diese dadurch daran gehindert werden könnten, in dem jeweiligen Markt dadurch Fuß zu fassen, dass sie sich bei Aufträgen in besonderer Weise auf Nachunternehmer berufen – beispielsweise auch auf lokale Nachunternehmer, um Kostennachteile aus der größeren Entfernung zum Leistungsort wettzumachen. Akzeptiert man diesen Gedanken, so erscheint ein genereller Ausschluss von Generalübernehmern jedenfalls im Bereich derjenigen Aufträge mit den Vorgaben des Primärrechts unvereinbar, an denen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht. Das gemeinschaftsrechtliche Primärrecht genießt Anwendungsvorrang vor den Bestimmungen der deutschen Verdingungsordnungen – wobei vorliegend eine europarechtskonforme Interpretation von § 6 Abs. 2 Abs. 1 VOB/A im Sinne der Vermeidung einer solchen Diskriminierung möglich ist.

Wo ein solches Interesse nicht nachgewiesen werden kann – die Beweislast liegt bei demjenigen, der den Verstoß gegen das Unionsrecht behauptet⁴² –, gelten diese Anforderungen indes nicht. Hier stellt sich die Frage, ob auch unter Ausblendung von Bewerbern aus ande-

ren Mitgliedstaaten eine möglicherweise verbotene Ungleichbehandlung von Generalübernehmern vorliegt. Dies ist in der Literatur am Maßstab von § 6 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A geprüft und bejaht worden.⁴³ Jedenfalls gilt der allgemeine Gleichheitssatz von Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz – unabhängig von der Frage nach dem Rechtsweg⁴⁴ – auch für die fiskalische Tätigkeit der Verwaltung im Rahmen von Vergabeverfahren.⁴⁵

Gemessen daran ist entscheidend, ob die Unterschiede zwischen der Vergabe des Auftrags an einen Auftragnehmer, der jedenfalls einen erheblichen Anteil der Leistungen im eigenen Betrieb erbringt, einerseits und einem Generalübernehmer, bei dem das nicht der Fall ist, andererseits von solcher Art und solchem Gewicht sind, dass sie eine pauschal unterschiedliche Behandlung im Sinne des Ausschlusses des Generalübernehmers rechtfertigen. Das scheint mir zweifelhaft.

Mit Unterschieden in der Leistungsfähigkeit kann eine solche Ungleichbehandlung jedenfalls nicht begründet werden, weil es von vornherein nur um die Gleichstellung solcher Generalübernehmer geht, die ihre Leistungsfähigkeit unter Rückgriff auf die Kapazitäten anderer Unternehmen nachweisen können. Das Argument, dass im Falle der Selbstausführung der Auftraggeber den tatsächlichen Leistungserbringer bereits vor Vertragsschluss kennen und somit im Rahmen der Entscheidung über den Zuschlag auch beeinflussen kann, wird durch die Nachweisanforderungen hinsichtlich der Leistungsfähigkeit und die Vorlage einer Verpflichtungserklärung weitgehend entkräftet.

Das weitere Argument, dass der Auftraggeber im Falle der Selbstausführung einen direkten vertraglichen Zugriff auf den eigentlichen Leistungserbringer hat und damit Leistungsstörungen im Rahmen eines Abstimmungsprozesses besser vorgebeugt sowie vertragliche Rechte faktisch leichter durchgesetzt werden können, ist zwar durchaus beachtenswert. Es ist allerdings zu bezweifeln, ob er eine so einschneidende Maßnahme wie den vollständigen pauschalen Ausschluss einer Kategorie von Leistungserbringern, nämlich der Generalübernehmer, als verhältnismäßig rechtfertigen kann. Da die von der traditionellen Ansicht geforderte Eigenleistungsquote bei etwa einem Drittel liegt, ergibt sich das gleiche Problem nämlich auch danach, nur in einem verringerten Ausmaß.

Schließlich und endlich vermag eine unterschiedliche Behandlung der Fallkonstellationen oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte vom Ergebnis her nicht zu überzeugen. Wenn im europaweiten Maßstab der Ausschluss von General-

übernehmern insbesondere Bieter benachteiligt, die ihren Sitz weiter entfernt vom Leistungsort haben, gilt dies tendenziell auch auf nationaler Ebene.

Wie sollte nun eine Vergabestelle, die sich diesen Erwägungen bei einer Vergabe unterhalb der Schwellenwerte anschließt, praktisch vorgehen? Immerhin droht bei einer Vergabe an einen Generalübernehmer die Gefahr, dass ein anderer Bieter entweder gerichtlichen Primärrechtsschutz in Anspruch nimmt – inwieweit dies zulässig ist, ist hier nicht das Thema – oder aber zumindest auf der Sekundärebene Schadensersatz wegen des entgangenen Auftrages verlangt mit der Begründung, der Generalübernehmer habe gar nicht zugelassen werden dürfen. Nach der hier vertretenen Auffassung kann sich die Vergabestelle zwar materiell auf höherrangiges Recht berufen, welches die traditionelle Auslegung von VOB/A und VOL/A im Sinne eines Selbstausführungsgebots überspielt, das verfahrensmäßige Risiko bleibt jedoch. Insoweit kann nur empfohlen werden, in den Vergabeunterlagen von vornherein die Zulässigkeit der Bewerbung von Generalübernehmern zu regeln.

5. Notwendige und gewillkürte Nachunternehmer

Vorstehend ging es darum, dass sich ein Bieter zur Begründung seiner eigenen Eignung oder Leistungsfähigkeit auf diejenige eines prospektiven Nachunternehmers berufen will.

Allerdings ist es auch denkbar, dass ein Bieter die Einbindung eines Nachunternehmers beabsichtigt, obwohl er über die erforderliche Leistungsfähigkeit auch im eigenen Betrieb verfügt. Für die Zeit nach dem Vertragsschluss tragen Regelungen wie § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B auch solchen Situationen Rechnung, in denen der Auftragnehmer eine Weitervergabe von Leistungen beabsichtigt, auf die sein Betrieb eingerichtet ist – und zwar durch ein Zustimmungserfordernis des Auftrag-

⁴⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.05.2008 – C-147/06 und C-148/06 SECAP u. Santorso –, Rdnr. 20 ff.; zit. nach VERIS, Urteil vom 13.11.2007 – C- 507/03 An Post –, NZBau 2008, S. 71, Rdnr. 29.

⁴¹ EuGH, Urteil vom 15.05.2008 – C-147/06 und C-148/06 SECAP u. Santorso –, Rdnr. 26; zit. nach VERIS,

⁴² Vgl. EuGH, Urteil vom 13.11.2007 – C- 507/03 An Post –, NZBau 2008, S. 71.

⁴³ Vgl. Fietz, NZBau 2003, S. 426, 427.

⁴⁴ Vgl. dazu BVerwG, Beschluss vom 06.05.2007 – 6 B 10/07 –, NZBau 2007, S. 389 m. w. N.

⁴⁵ Vgl. dazu BVerwG, Beschluss vom 06.05.2007 – 6 B 10/07 –, NZBau 2007, S. 389; a. A. die traditionelle zivilgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa BGHZ 36, S. 91, 95 ff.), offen gelassen von BGH, Beschluss vom 19.12.2000 – X ZB 14/00 –, NZBau 2001, S. 151, 154. Für die Fiskalgeltung die herrschende Lehre, vgl. dazu nur m. w. N. Höfling, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 1 Rdnr. 102 f.

gebers. Die Gründe für ein solches Vorgehen können vielfältig sein. Gründe der betrieblichen Ressourcenplanung, des Wirtschaftlichkeitsvergleichs, besonderer räumlicher Nähe von bestimmten Nachunternehmern zum Leistungsort kommen ebenso in Betracht wie beispielsweise die Hoffnung, dass die Einbindung eines bestimmten Nachunternehmers der beim Auftraggeber besonders wohl gelitten ist, sogar Vorteile im Vergabeverfahren verschafft.

Dies gibt Anlass zu unterscheiden zwischen Fällen, in denen die Einbindung des Nachunternehmers aus der Sicht des jeweiligen Bieters notwendig ist, um seine Qualifikation für den Auftrag überhaupt erst zu begründen, und solchen, in denen die Leistungsfähigkeit auch ohne die Einbindung des Nachunternehmers nachgewiesen werden könnte, jedoch aus anderen Gründen eine Subvergabe erfolgen soll.⁴⁶ Man kann im ersten Fall von einem „qualifizierenden“ oder „notwendigen“ Nachunternehmer, im zweiten Fall von einem „gewillkürten“, „unterstützenden“ oder „nicht-qualifizierenden“ Nachunternehmer sprechen.

Die praktische Relevanz dieser Unterscheidung ergibt sich im Hinblick auf den Verfügbarkeitsnachweis, wie er in Art. 47 Abs. 2 bzw. 48 Abs. 3 VKR sowie § 6a Abs. 10 S. 2 VOB/A, § 7 EG Abs. 9 S. 2 VOL/A, § 5 Abs. 6 S. 2 VOF und § 20 Abs. 3 S. 2 SektVO gefordert ist. Die Anforderungen an den Verfügbarkeitsnachweis beziehen sich auf den Fall, dass ein Bewerber bzw. Bieter sich zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit und Fachkunde der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen will.

Für den Fall des beabsichtigten Einsatzes eines „gewillkürten“ Nachunternehmers bedarf es eines Verfügbarkeitsnachweises nicht – denn in dieser Konstellation ist der Bieter gerade auch ohne Rückgriff auf den Nachunternehmer leistungsfähig. Dass der Nachunternehmer seinerseits zur Erfüllung des ihm zgedachten Auftragsanteils geeignet, also auch leistungsfähig, sein muss, gilt freilich auch in diesem Fall. Es ist zudem denkbar, dass die Vergabestelle von allen Nachunternehmern einen Verfügbarkeitsnachweis fordert, um sich größere Gewissheit hinsichtlich der Person der tatsächlich die Leistung Erbringenden zu verschaffen.⁴⁷

Da die Beschaffung von Verfügbarkeitsnachweisen von Nachunternehmern für die Bieter innerhalb der kurzen Fristen des Vergabeverfahrens ein häufig mühsames Geschäft ist, mag die Verlockung groß sein, Nachunternehmer ohne Verfügbarkeitsnachweis als „gewillkürte“ Nachunternehmer zu benennen. Insoweit sei den Bietern jedoch zu großer Vorsicht geraten. Denn die Benennung eines Nachunternehmers ohne Verfügbarkeitsnachweis wird so manchen Auftraggeber ohne

weiteres zu dem (möglicherweise unzutreffenden) Schluss führen, dass die Leistungsfähigkeit des Bieters ohne den Rückgriff auf den vorgesehenen Nachunternehmer gerade nicht gewährleistet ist, aber der geforderte Verfügbarkeitsnachweis nicht erbracht wurde. Für den Fall des Einsatzes eines „gewillkürten“ Nachunternehmers sollten daher im Angebot zumindest Ausführungen enthalten sein, welche diesen Verdacht zu zerstreuen helfen.

Eine Einbindung eines Nachunternehmers, auf den der Bieter zur Begründung seiner Leistungsfähigkeit nicht zwingend angewiesen ist, kann zudem noch unter einem anderen Aspekt Probleme aufwerfen, nämlich dem des Kartellrechts. Wenn sowohl der Bewerber als auch der prospektive Nachunternehmer zur Erbringung des fraglichen Leistungsanteils in der Lage sind, liegt ein Wettbewerbsverhältnis zwischen diesen nahe. Es stellt sich dann die Frage, ob die beabsichtigte Zusammenarbeit als Haupt- und Nachunternehmer ein nach § 1 GWB (bzw. im Falle der Binnenmarktrelevanz der Zusammenarbeit nach Art. 101 Abs. 1 AEUV) unzulässiges Kartell darstellt. Ein solcher Verstoß würde nach den einschlägigen Regelungen der Verdingungsordnungen, z. B. § 2 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 VOB/A, zum Ausschluss des Angebots führen. Insbesondere seit § 1 GWB entsprechend der gemeinschaftsrechtlichen Lage nicht mehr nur horizontale Vereinbarungen erfasst, spielt für diese Frage keine maßgebliche Rolle, ob das Verhältnis zwischen den Wettbewerbern eine Bietergemeinschaft oder ein beabsichtigtes Nachunternehmerverhältnis darstellt. Kartellrechtlich wird eine Zusammenarbeit von Wettbewerbern in Bezug auf die Ausführung eines einzelnen Auftrags allerdings nicht nur dann als ohne Verstoß gegen § 1 GWB zulässig angesehen, wenn die einzelnen Wettbewerber zur Erfüllung des Auftrages jeweils alleine aus Kapazitätsgründen nicht in der Lage wären, sondern auch dann, wenn eine selbstständige Teilnahme an der Ausschreibung wirtschaftlich nicht zweckmäßig und kaufmännisch nicht vernünftig gewesen wäre.⁴⁸ Diese Voraussetzungen sollten ggf. im Angebot ebenfalls thematisiert werden, um die Vergabestelle vor falschen Schlüssen zu bewahren.

IV. Verfahren der Einbindung von Nachunternehmern

Galten die vorstehenden Ausführungen dem nach vergaberechtlichen Vorschriften zulässigen Umfang der (ursprünglichen) Einbindung von Nachunternehmern, so geht es nunmehr um das Verfahren der Einbindung, insbesondere um die Angaben zu Nachunternehmern in Angeboten bzw. ggf. Teilnahmeanträgen.

1. Erklärungsfristen im Vergabeverfahren

Dazu sei zunächst ein Blick auf die möglichen Zeitpunkte bzw. Fristen innerhalb des Vergabeverfahrens zu werfen, die für die Forderung von Angaben zu Nachunternehmern in Betracht kommen.

a) Denkbare Zeitpunkte für Erklärungen

Die denkbaren Zeitpunkte unterscheiden sich dabei je nach der Art des Vergabeverfahrens, konkret danach, ob es sich um ein einstufiges Vergabeverfahren wie eine öffentliche Ausschreibung bzw. ein Offenes Verfahren oder eine mehrstufige Variante des Vergabeverfahrens handelt, die einen Teilnahmewettbewerb kennt, wie insbesondere das Nichtoffene Verfahren und das Verhandlungsverfahren nach Öffentlicher Vergabebekanntmachung.

In den letztgenannten Fällen, also mehrstufigen Verfahren, ist der erste praktisch denkbare Zeitpunkt, zu welchem Angaben zur Einbindung von Nachunternehmern gemacht werden können, derjenige des Teilnahmeantrags (Bewerbung). Für diesen Zeitpunkt ist charakteristisch, dass den Bewerbern noch keine Vergabeunterlagen zur Verfügung stehen, insbesondere keine Leistungsbeschreibung, weil diese erst nach der Teilnehmerauswahl mit der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots übersandt werden. Dies stellt die Bewerber vor das Problem, den Bedarf für die Einbindung ohne eine solche Leistungsbeschreibung nur schwer abschätzen zu können. Da die entsprechenden Angaben andererseits den Bewerber im Regelfall binden (dazu noch unten), muss ihm auch ermöglicht werden, diese Angaben auf einer verlässlichen Grundlage zu machen. In den Verfahrensarten mit Teilnahmewettbewerb ist daher dringend dazu zu raten, die Vergabebekanntmachung hinsichtlich der Beschreibung des Auftragsgegenstands so konkret und ausführlich zu fassen, dass potentielle Bewerber das Leistungsspektrum möglichst genau erkennen und bereits in dieser Phase den Nachunternehmereinsatz strukturieren können. In geeigneten Fällen mag auch die Abgabe eines Informationsmemorandums während des Teilnahmewettbewerbs helfen,

⁴⁶ Vgl. z. B. VK Düsseldorf, Beschluss vom 26.06.2007 – VK - 18 / 2007 –, zit. nach VERIS; vgl. auch Müller-Wrede, VOL/A, 3. Aufl. 2010, § 7 EG Rn. 108.

⁴⁷ Vgl. den Fall von VK Düsseldorf, Beschluss vom 26.06.2007 – VK - 18 / 2007 –, zit. nach VERIS.

⁴⁸ Vgl. mit Nachweisen Bechtold, GWB, 4. Aufl. 2006, § 1 Rdnr. 85; Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 GWB Rdnr. 285.

wobei dies transparent und diskriminierungsfrei gestaltet werden muss.

Verfügbar sind Verdingungsunterlagen demgegenüber vor dem nächsten wesentlichen Schritt, nämlich der Angebotsabgabe. In den zweistufigen Verfahrensarten mit Teilnahmewettbewerb kommt dieser Zeitpunkt für die Abforderung von Nachunternehmerangaben allerdings nur in Betracht, soweit es nicht um „notwendige“ Nachunternehmer geht, auf deren Leistungsfähigkeit sich der Bewerber berufen will. Denn die Eignungsprüfung ist in diesen Verfahrensarten grundsätzlich im Teilnahmewettbewerb vorzunehmen (vgl. etwa § 6 Abs. 3 Nr. 6 VOB/A). Demgegenüber ist es in den einstufigen Verfahrensarten, also insbesondere bei Öffentlichen Ausschreibungen bzw. Offenen Verfahren, der Regelfall, dass die Erklärungen zu Nachunternehmern mit der Angebotsabgabe abzugeben sind. Weiterhin ist aber auch denkbar, dass bestimmte Angaben zu Nachunternehmern oder Unteraufträgen nicht mit der Angebotsabgabe, sondern zwischen Angebotsabgabe und Zuschlagserteilung (in der Zuschlagsfrist) gemacht werden. So können die Auftraggeber die Anforderung bestimmter Eignungsnachweise für einen späteren Zeitpunkt (nach Angebotsabgabe) vorbehalten.⁴⁹ Um etwas Derartiges geht es, wenn wie häufig in Bewerbungsbedingungen vorgeschrieben, Nachunternehmer „auf Verlangen“ zu benennen sind. Solche Regelungen sind in der Vergabebekanntmachung ausdrücklich zu benennen.

b) Vollständigkeitsproblem

Jede Anforderung von Erklärungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens bringt das Risiko mit sich, dass nicht alle Bewerber/Bieter die jeweils geforderten Angaben tatsächlich machen. Nach der früheren Rechtsprechung führte die Unvollständigkeit oder Unklarheit von abgefragten oder sonst erforderlichen Angaben zum Nachunternehmereinsatz in einem Angebot zwingend zu dessen Ausschluss, wenn auch die Begründungswege im Einzelnen unterschiedlich waren.⁵⁰ Es sollte auch nicht zulässig sein, eine Nachunternehmeruntererklärung, die entgegen den Anforderungen der Verdingungsunterlagen nicht rechtzeitig eingereicht wurde, im Wege der Angebotsaufklärung nachzuschieben.⁵¹ Im Rahmen der Neufassungen im Jahre 2009 sind allerdings in alle Vergabeordnungen Regelungen zur Nachforderung von fehlenden Erklärungen aufgenommen worden (vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 19 EG Abs. 2 VOL/A, § 5 Abs. 3 VOF, § 19 Abs. 3 SektVO). Die Regelungen unterscheiden sich im Einzelnen danach, ob die Nachforderung verpflichtend ist (so die VOB/A) oder im Ermessen des Auftraggebers steht (so die übrigen Vergabe-

ordnungen) sowie auch danach, ob auch unvollständige Teilnahmeanträge explizit erfasst sind. Dem kann hier nicht allgemein nachgegangen werden.

Ob unter diese Regelungen auch fehlende Erklärungen zu Nachunternehmern fallen mit der Folge, dass eine Nachforderung möglich oder sogar erforderlich ist, ist streitig,⁵² aber richtigerweise ebenso zu bejahen wie bei anderen Erklärungen, die für die Eignung bedeutsam sind.⁵³ Schon deshalb, weil dies nicht ganz abschließend in der Rechtsprechung geklärt ist, ist den Vergabestellen anzuraten, keinen „Erklärungsmaximalismus“ zu betreiben, also nicht zu weit gehende Erklärungen zu früh zu verlangen.

2. Inhalt der Erklärungen zu Unteraufträgen

Vor diesem Hintergrund noch einige Anmerkungen zu den oben bereits aufgezählten möglichen Varianten von Angaben und Erklärungen zu Unteraufträgen.

a) Angabe des Unterauftragsanteils

Die Angabe des Unterauftragsanteils betrifft den sachlichen Leistungsumfang von Nachunternehmerleistungen, also Art und Umfang der für die Subvergabe vorgesehenen Leistungen, ohne die jeweils vorgesehenen Nachunternehmer zu benennen.

Bei der Vergabe von Bauleistungen kann der Auftraggeber nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A die Bieter auffordern, in ihrem Angebot die Leistungen anzugeben, die sie an Nachunternehmer zu vergeben beabsichtigen. Das Vergabehandbuch des Bundes sieht in seinen Angebotsformularen standardmäßig die Angabe zum Unterauftragsanteil vor.⁵⁴ Eine ähnliche Regelung findet sich in § Abs. 3 SektVO. Im Rahmen der VOF lässt sich eine entsprechende Vorgabe durch den Auftraggeber auf § 4 Abs. 2 VOF stützen. Die VOL/A kennt eine vergleichbare Vorschrift nicht. Gleichwohl ist anerkannt, dass der Auftraggeber in zulässiger Weise auch im Anwendungsbereich der VOL/A wie bei Bauaufträgen eine entsprechende Erklärung zu beabsichtigten Weitervergaben an Nachauftragnehmer und deren Umfang verlangen kann.⁵⁵ Die Aufforderung zur Angabe des Unterauftragsanteils findet sich in der Regel in den Bewerbungsbedingungen. Ist sie dort enthalten, kommt es nicht darauf an, ob den Unterlagen die entsprechenden VHB-Formblätter beigelegt sind.⁵⁶ Umgekehrt ist streitig, ob die Beifügung der Formblätter alleine (ohne entsprechende Anforderung in den Bewerbungsbedingungen) ihrerseits konkludent die Anforderung bedeutet.⁵⁷ Im Interesse der Verfahrenstransparenz ist das zu verneinen. Hinsichtlich der Anforderungen an die Art und Weise der Angaben des Unterauf-

tragsanteils ist die Spruchpraxis relativ streng.⁵⁸ Nach der schleswig-holsteinischen Spruchpraxis reicht allerdings auch die schlagwortartige Angabe der Teilleistungen aus, wenn sie hinreichend eindeutig ist.⁵⁹ Die Angaben in verschiedenen Teilen des Angebots dürfen sich auch nicht widersprechen.⁶⁰

Die Anforderung der Angabe des Unterauftragsanteils ist vor allem im Zusammenhang mit der Eignungsprüfung zu sehen, und zwar mit der Prüfung der Eignung des Bieters selbst. Art. 48 Abs. 2 Buchst. i der Richtlinie 2004/18/EG lässt als einen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit die Angabe zu, „welche

⁴⁹ So explizit § 6 Abs. 3 Nr. 5 S. 2 VOB/A. Im Anwendungsbereich der VOL/A fehlt eine entsprechende Vorschrift, hier geht § 7 EG Abs. 12 VOL/A von der Pflicht zur Vorlage bis zum Ablauf der Teilnahme- oder Angebotsfrist aus, wobei streitig ist, ob sich dies auch auf Verfügbarkeitsklärungen bezieht (vgl. Müller-Wrede, VOL/A, 3. Aufl. 2010, § 7 EGRn. 106 ff.)

⁵⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 18.09.2007 – X ZR 89/04 –, NZBau 2008, S. 137 f.; allg. BGH, Beschluss vom 18.02.2003 – X ZB 43/02 –, BGHZ 154, S. 32 ff.; aktuell etwa OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.04.2008 – 15 Verg 2/08 –, ferner zum Beispiel OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.12.2004 – VII-Verg 81/04 –, zit. nach VERIS; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.03.2005 – VII-Verg 76/04 –, zit. nach VERIS; BayObLG, Beschluss vom 25.09.2003 – Verg 14/03 –, zitiert nach Juris; OLG Jena, Beschluss vom 05.12.2001 – 6 Verg 4/01 –, VergabeR 2002, S. 256 ff.; VK Kiel, Beschluss vom 31.01.2006 – VK-SH 33/05 –, zit. nach VERIS; VK Kiel, Beschluss vom 05.08.2004 – VK-SH 19/04 –, zit. nach VERIS. Zu Teilnahmeanträgen vgl. VK Bund, Beschluss vom 27.10.2006 – VK 3 - 114/06 –, zitiert nach VERIS; VK Bund, Beschluss vom 10.05.2001 – VK 1-11/01 –, zit. nach VERIS; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.07.2003 – Verg 20/03 –, zitiert nach VERIS.

⁵¹ Vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 08.12.2005 – 6 Verg 12/05 –, zit. nach VERIS; Beschluss vom 10.03.2006 – 1 (6) Verg 13/05 –, zit. nach VERIS; vgl. zum Fall des Wechsels einer früheren – rechtswidrigen – Vergabepaxis OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.05.2003 – Verg 8/03 –, VergabeR 2003, S. 461 ff.

⁵² Für die Nachforderungsmöglichkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A Groening, VergabeR 2009, 117, dagegen Schraner, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 17. Aufl. 2010, § 2 Rn. 18.

⁵³ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.06.2010 – VII-Verg 13/10 –, NZBau 2011, S. 54; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.12.2010 – VII-Verg 56/10 –, VergabeR 2011, S. 622.

⁵⁴ Vgl. etwa VHB, Stand 08/2011, Formblatt 213 EG und 235 EG.

⁵⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.12.2005 – VII Verg 69/05 –, zit. nach VERIS.

⁵⁶ Vgl. VK Kiel, Beschluss vom 05.08.2004 – VK-SH 19/04 –, zit. nach VERIS.

⁵⁷ Dafür VK Leipzig, Beschluss vom 11.03.2005 – 1/SVK/009-05; dagegen VK Hannover, Beschluss vom 30.08.2004 – 26045-VgK 08/2004 –, alle nach VERIS.

⁵⁸ Vgl. von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 2. Aufl. 2007, § 10 VOB/A Rdnr. 51a.

⁵⁹ Vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 08.12.2005 – 6 Verg 12/05 –, zit. nach VERIS; Beschluss vom 10.03.2006 – 1 (6) Verg 13/05 –, zit. nach VERIS.

⁶⁰ Vgl. VK Ansbach, Beschluss vom 24.01.2008 – 21.VK-3194-52/07 –, zit. nach VERIS.

Teile des Auftrags der Dienstleistungserbringer unter Umständen als Unteraufträge zu vergeben beabsichtigt“. Die einzige Vergabe, die sich ausschließlich auf Dienstleistungsaufträge bezieht, die VOF, enthält in § 5 Abs. 5 Buchst. h VOF diesen Eignungsnachweis.

Dabei wird diese Anforderung traditionell so verstanden, dass ein möglichst kleiner Unterauftragsanteil positiv insbesondere im Rahmen einer Bewerberauswahl im Teilnahmewettbewerb herangezogen werden kann bzw. ein großer Unterauftragsanteil sich hier eher negativ auswirkt.⁶¹ Dies ist problematisch geworden: Angesichts der gemeinschaftsrechtlich auf gleicher Rangstufe angesiedelten Vorschrift von Art. 47 Abs. 2 bzw. 48 Abs. 3 VKR kann die Angabe eines Unterauftragsanteils jedenfalls nicht herangezogen werden, um einem Bewerber die Eignung gänzlich abzuspüren. Im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs, wie er für das VOF-Verfahren im Rahmen des Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Öffentlicher Vergabebekanntmachung typisch ist, kann dieser Umstand allenfalls dann berücksichtigt werden, wenn zwischen mehreren Bewerbern, deren Eignung bejaht wurde, auszuwählen ist, um die Zahl der Bewerber nach objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien zu verringern (vgl. Art. 44 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG).

Die bloße Benennung eines Unterauftragsanteils genügt umgekehrt aber auch nicht, um die Eignung des Bewerbers bzw. Bieters in den Fällen nachzuweisen, in denen er sich auf die Kapazitäten anderer Unternehmen berufen muss, weil er über diese nicht selbst verfügt, also in den Fällen des „notwendigen“ bzw. „qualifizierenden“ Nachunternehmers. Die bloße Benennung eines Unterauftragsanteils genügt auch nicht, um die spätere Vergabe des Unterauftrags dem Anwendungsbereich der Zustimmungserfordernisse für die nachträgliche Einbindung von Unterauftragnehmern, also § 4 Abs. 8 VOB/B und § 4 Nr. 4 VOL/B, vollständig zu „entziehen“. Denn durch diese Angabe wird das Angebot, auf welches der Zuschlag erteilt wird, hinsichtlich der Einbindung von Nachunternehmern eben noch nicht individualisiert. Der Vorrang der Individualabrede kann daher nur insoweit eingreifen, dass überhaupt für die entsprechenden Anteile ein Unterauftrag erteilt wird, nicht aber hinsichtlich der Person des Nachauftragnehmers.

b) Benennung der vorgesehenen Nachunternehmer

Letzteres ist anders, wenn die vorgesehenen Nachunternehmer auch benannt werden. Eine solche Benennung zu verlangen ist in den Verdingungsord-

nungen nicht ausdrücklich vorgesehen. Dass dies jedenfalls im Hinblick auf „qualifizierende“ Nachunternehmer zulässig ist, liegt auf der Hand, da ohne die Angabe der konkreten Nachunternehmer deren Eignung vom Auftraggeber nicht geprüft werden kann. Wo eine solche Prüfung nicht möglich ist, ist der Ausschluss der Subvergabe nach der Rechtsprechung des EuGH wie oben dargelegt aber zulässig.

In den Fällen des „notwendigen“ oder „qualifizierenden“ Nachunternehmers liegt die Benennung der Nachunternehmer durch die Bieter somit in dessen eigenem Interesse, da ansonsten ein Angebotsausschluss mangels Eignung die Folge sein wird.⁶²

Umgekehrt ist den Auftraggebern zur Vorsicht zu raten, die Benennung der Nachunternehmer bereits mit dem Angebot zu fordern. Nach der Rechtsprechung kann diese Forderung unzumutbar sein, wobei es auf eine Abwägung im Einzelfall ankommt.⁶³ Insoweit ist zu bedenken, dass die Bieter häufig innerhalb der Angebotsfrist die Suche nach den Nachunternehmern noch nicht abschließen können und daher dem Auftraggeber preislich attraktive Angebote entgehen bzw. unvollständige Angebote ausgeschlossen werden müssen. Dieser Gesichtspunkt kann sich freilich nur auf „gewillkürte“ Nachunternehmer beziehen, also den Fall, dass der Bieter sich nicht auf den Nachunternehmer zur Begründung seiner Eignung berufen muss. Angesichts dieser Situation ist der Vergabestelle zu raten, sich nicht auf formularmäßige Vorgaben zu verlassen, sondern selbst möglichst klar zu formulieren, in welchen Fällen (unter welchen Voraussetzungen) und zu welchem Zeitpunkt die Benennung von Nachunternehmern gefordert wird. Die in formularmäßigen Bewerbungsbedingungen⁶⁴ anzutreffende Regelung, wonach die Nachunternehmer „auf Verlangen“ zu benennen sind, ist hinsichtlich der nicht notwendigen Nachunternehmer sicherlich angemessen. Die Spruchpraxis vertritt jedoch teilweise den Standpunkt, dass bei „qualifizierenden“ Nachunternehmern, auf deren Leistungsfähigkeit sich der Bieter beruft, der Nachweis der Leistungsfähigkeit (und Verfügbarkeit) durch den Bieter, der sich auf die Leistungsfähigkeit Dritter berufen will, unabhängig von solchen Formulierungen „ungefragt“ zu erfolgen hat, und zwar jedenfalls im Fall des Generalübernehmers selbst dann, wenn in den Bewerbungsbedingungen die genannte Formulierung enthalten ist, dass die Benennung nur auf Verlangen erfolgen muss.⁶⁵ Diese Regelung kann insoweit den Bietern eine Falle stellen, so dass eine Klarstellung durch den Auftraggeber zweckmäßig ist.

c) Eignungsnachweise für die Nachunternehmer

Ein vergleichbares Problem ergibt sich auch dort, wo der Auftraggeber zusätzlich auch noch Eignungsnachweise für die Nachunternehmer verlangt. Eine generelle „automatische“ Verpflichtung, für alle vorgesehenen Nachunternehmer sämtliche für Bieter bzw. Bewerber verlangte Eignungsnachweise vorzulegen, ist nicht anzunehmen.⁶⁶ Jedoch muss der Bieter, der einen „qualifizierenden“ Nachunternehmer einsetzen will, diese Eignungsnachweise nach der oben angeführten Spruchpraxis ungefragt vorlegen – was konsequent ist, denn ansonsten scheitert die Berufung auf dessen Leistungsfähigkeit von vornherein. Eine vom Auftraggeber ausdrücklich aufgestellte pauschale Anforderung von Eignungsnachweisen für alle Nachunternehmer vervielfacht im Hinblick auf die zeitlichen Probleme des Bieters häufig die Zahl der unvollständigen Angebote bzw. Teilnahmeanträge und kann daher den Vergabestellen nicht geraten werden. Andererseits wird der Auftraggeber dem Zweck der Anforderungen an die Einbindung von Nachunternehmern gerecht werden wollen, vor der Vergabe die Eignung der tatsächlichen Leistungserbringer auch beurteilen zu können. Auch insoweit bedarf es einer sorgfältigen Abwägung im Einzelfall und einer klaren Kommunikation des Resultats dieser Abwägung gegenüber den Bewerbern bzw. Bietern in der Vergabebekanntmachung.

d) Verfügbarkeitsnachweise

Verfügbarkeitsnachweise sind vergaberechtlich nur in den Fällen erforderlich, in denen es um „qualifizierende“ Nachunternehmer geht, sich also der jeweilige Bewerber oder Bieter zur Begründung seiner eigenen Eignung auf die Kapazitäten künftiger Nachunternehmer berufen möchte.⁶⁷

Die entsprechenden Formulierungen aus

⁶¹ Vgl. (früher) Müller-Wrede/Diederichs, in: Müller-Wrede, VOF, 2. Aufl. 2003, § 13 Rdnr. 38.

⁶² Vgl. z. B. VK Kiel, Beschluss vom 31.01.2006 – VK-SH 33/05 –, zit. nach VERIS.

⁶³ Vgl. BGH, Beschluss vom 10.06.2008 – X ZR 78/07 –, VergabeR 2008, S. 782; OLG München, Beschluss vom 22.01.2009 – Verg 26/08 –, VergabeR 2009, S. 478.

⁶⁴ Vgl. VHB, Formblatt 212.

⁶⁵ Vgl. VK Kiel, Beschluss vom 31.01.2006 – VK-SH 33/05 –, zit. nach VERIS; vgl. ferner VK Bund, Beschluss vom 24.10.2007 – VK 1 – 116/07 –, zit. nach VERIS; VK Darmstadt, Beschluss vom 05.10.2004 – 69d VK-31/2004 –, zit. nach Juris.

⁶⁶ Vgl. VK Düsseldorf, Beschluss vom 23.04.2007 – VK-9/2007-B –, ZfBR 2007, S. 617 ff.,

⁶⁷ Ob der Nachweis auch hinsichtlich der Nachunternehmer nötig ist, erscheint zumindest der VK Bund, Beschluss vom 29.10.2007 – VK 1-110/07 –, zit. nach VERIS, zweifelhaft.

den Vergabeordnungen (§ 6a Abs. 10 S. 2 VOB/A, § 7 EG Abs. 9 S. 2 VOL/A, § 5 Abs. 6 S. 2 VOF und § 20 Abs. 3 S. 2 SektVO) benennen hinsichtlich der Form des Verfügbarkeitsnachweises beispielhaft die Verpflichtungserklärung – Art. 47 Abs. 2 bzw. 48 Abs. 3 VKR spricht ebenso beispielhaft von den „Zusagen“. Denkbar sind demnach auch andere Formen des Verfügbarkeitsnachweises. Dies kann insbesondere in der Konstellation, dass ein Bieter sich auf die Kapazitäten eines konzernverbundenen Unternehmens berufen will, von Bedeutung sein. So könnte bei der Berufung auf die Kapazitäten einer Tochtergesellschaft beispielsweise ein Unternehmensvertrag (Beherrschungsvertrag) vorgelegt werden, aus dem sich ergibt, dass der Bieter seinen Willen gegenüber der Tochtergesellschaft jederzeit durchsetzen kann. Nachweise solcher Art sind jedoch sehr komplex und verlangen von der Vergabestelle möglicherweise komplizierte gesellschaftsrechtliche Erwägungen, was der Effektivität und Praktikabilität von Vergabeverfahren insbesondere im „Massengeschäft“ abträglich ist. Solche Schwierigkeiten werden vermieden, wenn eine Verpflichtungserklärung vorgelegt wird, was gerade bei konzernverbundenen Gesellschaften als Ausdruck der Beherrschungsverhältnisse relativ leicht herbeigeführt werden kann. Im umgekehrten Fall, dass eine Tochtergesellschaft sich auf die Leistungsfähigkeit ihrer Muttergesellschaft oder einer Schwestergesellschaft

berufen will, reicht ein Hinweis auf die Konzernverbundenheit ohnehin nicht aus, weil der Tochter die gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten gegenüber der Mutter fehlen.

Jedenfalls bis zur Einführung der Vergabeordnungen 2009 stand die Spruchpraxis wie ausgeführt teilweise auf dem Standpunkt, dass dieser Verfügbarkeitsnachweis ‚ungefragt‘ zu führen sei, also auch dann, wenn der Auftraggeber ihn nicht ausdrücklich verlangt.⁶⁸ In der Fassung 2009 bestimmt § 6a Abs. 10 S. 2 VOB/A nunmehr, dass der Auftraggeber von den „in der engeren Wahl befindlichen Bietern“ diesen Nachweis fordert. Dies bringt eine praktikable Erleichterung für alle Beteiligten. Systematisch impliziert die Regelung allerdings, dass bis zu diesem Zeitpunkt die Eignung nicht abschließend geprüft werden kann. Zwar ist der Verfügbarkeitsnachweis als solcher kein Eignungsnachweis für das jeweilige Nachunternehmen – zur Leistungserbringung kann sich auch ein ungeeignetes Unternehmen verpflichten. Der Verfügbarkeitsnachweis stellt aber die rechtliche Brücke dar, über welche die Eignungsnachweise eines Nachunternehmers den jeweiligen Bieter erreichen und ihm zugeordnet werden können. Denn die bloßen Eignungsnachweise des Nachunternehmens besagen ja umgekehrt auch nicht, dass dieses zur Verfügung stehen wird. - Aus besonderen Gründen soll es dem Auftraggeber möglich sein, die Vorlage des Nachweises

auch schon früher zu verlangen.⁶⁹ Davon wird man insbesondere in zweistufigen Verfahren auszugehen haben. In den anderen Vergabeordnungen findet sich eine vergleichbare Regelung nicht, so dass die Problematik des „ungefragten“ Nachweises hier nach wie vor besteht.

V. Fazit

Mag der mit dem Vergaberecht wenig vertraute Leser auch den gegenteiligen Eindruck haben – die vorstehenden Ausführungen konnten nicht annähernd alle Probleme ausschöpfen, die sich bei der Einbindung von Bietergemeinschaften und Nachunternehmern in die Leistungsvergabe stellen können. Dafür sorgt schon die Kreativität der an Vergabeverfahren auf beiden Marktseiten Beteiligten. Der Beitrag hat seinen Zweck erfüllt, wenn er hilft, das Problembewusstsein zu schärfen.

⁶⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.08.2007 – VII-Verg 20/07 –, zitiert nach VERIS; VK Kiel, Beschluss vom 31.01.2006 – VK-SH 33/05 –, zit. nach VERIS; vgl. ferner VK Bund, Beschluss vom 24.10.2007 – VK 1 – 116/07 –, zit. nach VERIS; VK Darmstadt, Beschluss vom 05.10.2004 – 69d VK-31/2004 –, zit. nach Juris.; VK Lüneburg, Beschluss vom 04.06.2007 – VgK - 22 / 2007 –, zit. nach VERIS.

⁶⁹ Vgl. Schraner, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 17. Aufl. 2010, § 6a Rn. 39.

Gebührenrechtlicher Umgang mit Abschreibungserlösen, Gewinnaufschlägen und Veräußerungsgewinnen*

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

Ungeachtet aller rechtlichen Aufgabenverantwortung haben die Städte und Gemeinden in den Anlagen der kommunalen Ver- und Entsorgung wirtschaftlich große Finanzvolumen gebunden. Es nimmt vor diesem Hintergrund nicht wunder, dass die Aufgabenträger versuchen, insbesondere die kapitalintensiven Einrichtungen auch zum Wohle des allgemeinen Haushalts zu betreiben. Die verbreitete Ansicht, „bei der Erhebung von Gebühren dürften keine Gewinne gemacht werden“, ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Wie und wo beim Betrieb gebührenrechnender Einrichtungen mehr als Kostendeckung erzielt werden kann, soll im Folgenden untersucht werden.

I. Gebührenrechtliche Gewinnbegrenzung

Die Gebührenkalkulation selbst ist eine Kostenrechnung, die weder mit einer kameralistischen Einnahmen- und Ausgabenrechnung noch mit einer kaufmännischen Gewinn- und Verlust-Rechnung oder mit der danach ausgerichteten Ergebnisrechnung bzw. dem Ergebnisplan nach neuem Haushaltsrecht identisch ist.¹ Maßgeblich für die Gebührenkalkulation ist nicht das Haushaltsrecht, sondern allein das Abgabenrecht nach § 6 KAG SH. Es handelt sich um unterschiedliche Rechtskreise. Deshalb ist nicht alles, was haushaltsrechtlich möglich ist, auch gebührenrechtlich zulässig.²

1. Gewinne nach Handels- und Steuerrecht

Versteht man „Gewinn“ als Überschuss der Erträge über die Aufwendungen und die damit verbundene Erhöhung des Eigenkapitals wie im Handels- und Steuerrecht³ und im neuen doppischen Rechnungswesen,⁴ ergeben sich Ge-

* Um Fußnoten ergänztes Manuskript des Vortrags vom 28. September 2011 auf dem 2. Kommunalforum „Recht der kommunalen Ver- und Entsorgungswirtschaft“ des Schleswig-Holsteinischen Gemeindetages in Kiel.

¹ SächsOVG, U. v. 214.2010 -5 D 15/04 -, ZKF 2011, 46; zum Vergleich mit der kaufmännischen Verlust- und Kostenrechnung vgl. Soppa, GemHH 2000, 157.

² VGH München, U. v. 28.8.2007 -8 BV 05.2493, BeckRS 2008 -, 34663 Rz. 56.

³ Vgl. für das Steuerrecht § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG, ausführlich zur Gewinnermittlung Wied, in Blümich (Hrsg.), EStG/KStG/GewStG, Loseblatt-Kommentar (Stand Mai 2011), § 4 EStG Rn. 38.

⁴ Als Grundlage für die in der Gebührenkalkulation bei Abschreibungen und kalkulatorischen Zinsen anzunehmenden Werte können daher beispielsweise nicht die Zeitwerte aus der haushaltsrechtlichen Eröffnungsbilanz dienen.

winne zwangsläufig daraus, dass bei der Gebührenkalkulation Abschreibungen nach Wiederbeschaffungszeitwerten bemessen und Eigenkapitalzinsen berücksichtigt werden dürfen. Dies wurde auch bisher schon deutlich, wenn gebührenfinanzierte Einrichtungen als Eigenbetriebe, eigenbetriebsähnliche Einrichtungen oder rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts geführt werden. Das dann erforderliche kaufmännische Rechnungswesen verzeichnet Gewinne im vorgenannten Sinn, die gebührenrechtlich durchaus zulässig sind. Das doppelte Rechnungswesen lässt solche Zinsgewinne ohnehin offenbar werden. Unternehmen der Privatwirtschaft sind auf Gewinnmaximierung angelegt und erstreben deshalb regelmäßig einen Gewinn, der den Betrag übersteigt, der bei Anlage des Kapitals am Kapitalmarkt zu erzielen ist. Anderenfalls wäre es wirtschaftlich sinnlos, Geldmittel mit dem damit verbundenen Risiko in ein Unternehmen zu investieren. Dagegen zieht das Kommunalabgabenrecht der Höhe der Eigenkapitalverzinsung Grenzen: Die Kommune darf über Gebühren nur den Betrag erwirtschaften, den sie bei einer Anlage des eingesetzten Kapitals am Kapitalmarkt mit Zins und Zinseszins auch erzielt hätte, mehr aber auch nicht. Ein darüber hinaus gehender kalkulatorischer Gewinn bleibt ihr verwehrt.⁵ Die Begrenzung auf die Verzinsung einer alternativen Anlage am Kapitalmarkt, die ja einen Zinsgewinn nach Handels- und Steuerrecht einschließt, hat Bedeutung für den Ansatz von Abschreibungen und kalkulatorischen Zinsen, insbesondere für die Kombination bestimmter Wert- und Zinssätze.⁶

2. Abschreibungserlöse

Durch den Ansatz von Abschreibungen und kalkulatorischen Zinsen in der Gebührenkalkulation fließt jährlich ein Teilbetrag des investierten Kapitals an die Gemeinde zurück. Mit diesem Rückflusskapital kann der kommunale Träger der Einrichtung wiederum wirtschaften. Er kann es mit Zins und Zinseszins am Kapitalmarkt anlegen, es zur Erfüllung anderer öffentlicher Aufgaben verwenden oder es wiederum in die gebührenfinanzierte Einrichtung stecken. Festzuhalten ist, dass die Reinvestition in die gebührenfinanzierte Einrichtung nicht etwa den Gebührensatz sinken lässt; denn die mit dem Rückflusskapital angeschafften Anlagegüter werden in Zukunft wieder abgeschrieben und verzinst. Auch wenn das Rückflusskapital zur Schuldtilgung verwendet wird, ändert dies nichts an dem Ansatz von Zinsen und Abschreibungen in der Gebührenkalkulation. Die Schuldtilgung führt zu einer Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital. Damit ist es auch nicht zwingend, dass die Gemeinde

das Rückflusskapital wieder in die gebührenfinanzierte Einrichtung investiert.

a) Gebührenmindernder Zinsnutzen?

Soweit das Rückflusskapital nicht wieder in die Einrichtung investiert wird, kann man daran denken, den Gebührenzahlern einen Zinsnutzen gutzuschreiben und eine entsprechende Zinsgutschrift von den in der Gebührenkalkulation anzusetzenden Kosten abzuziehen. Das wird hinsichtlich der Abschreibungserlöse diskutiert. Betriebswirtschaftlicher Hintergrund für derartige Überlegungen ist der sog. Lohmann-Ruchti-Effekt. Er besagt, dass durch die zurückfließenden Abschreibungserlöse eine kontinuierliche Kapitalfreisetzung eintritt und zu einer Kapazitätserweiterung führt, wenn die Abschreibungsbeträge nicht sogleich zur Ersatzbeschaffung benötigt werden.⁷

In diesem Sinne argumentiert das OVG Schleswig: Abschreibungserlöse sind der Ausgleich für den Werteverzehr in der Kalkulationsperiode. Diese Erlöse soll der Träger der Einrichtung nicht für sich vereinnahmen, sondern der Einrichtung wieder zuführen, damit die Substanz der Einrichtung erhalten bleibt. Durch die Abschreibung erhält die Unternehmung kein zusätzliches Kapital. Vielmehr findet lediglich eine Vermögensumschichtung statt. Solange das disponierbare Kapital nicht zur Substanzerhaltung benötigt wird, weil Anlagenteile trotz Werteverlustes (noch) nicht zu ersetzen sind, kann der Träger der Einrichtung mit dem Kapital wirtschaften. Ihm fließen auf diese Weise Deckungsmittel zu, die eine Kreditaufnahme für andere Vorhaben überflüssig machen oder eine zinsgünstige Kapitalanlage ermöglichen. Dieser Zinsvorteil muss aber der Einrichtung und damit den Benutzern wieder zugutekommen. Es widerspricht dem Kostenüberschreitungsverbot des § 6 Abs. 2 Satz 1 KAG SH, wenn der Träger der Einrichtung diesen Vorteil „in die eigene Tasche steckt“ und aus dem Betrieb der Einrichtung so verdeckte Gewinne erzielt. Diese so umschriebene Wiedereinführung kann in verschiedenen Formen geschehen, so zum einen dadurch, dass mit den rechnungsperiodisch erwirtschafteten Abschreibungserlösen Fremddarlehen getilgt werden und so der den Gebührenhaushalt belastende Zinsanteil an der Annuität gemindert wird, zum anderen dadurch, dass durch die erwirtschafteten Abschreibungserlöse das in § 6 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 KAG SH angesprochene „aufgewandte Kapital“ entsprechend getilgt und dementsprechend die darauf zu berechnenden kalkulatorischen Zinsen gemindert werden.⁸ Auch wenn eine Gemeinde weder Fremddarlehen in Anspruch genommen noch durch ein Eigendarlehen teilfinan-

ziert hat, ist sie nach Meinung des OVG Schleswig nicht berechtigt, die auf die angesammelten Abschreibungserlöse angefallenen und anfallenden Guthabenzinsen am Gebührenhaushalt vorbei als allgemeine Deckungsmittel zu verwenden. Vielmehr müssten die auf das angesammelte Kapital entfallenden Guthabenzinsen dem Gebührenhaushalt und damit dem Gebührenzahler zufließen. Dies ergebe sich für kostenrechnende Einrichtung aus dem allein dem Kostenüberschreitungsverbot gerecht werdenden Einzeldeckungsprinzip. Dies zwingt dazu, bei der Kalkulation einer Gebühr eine Sonderrechnung durchzuführen, um eine ungerechtfertigte Mehrbelastung des Gebührenschuldners und eine zweckwidrige Verwendung der erwirtschafteten Abschreibungserlöse als allgemeine Deckungsmittel des gemeindlichen Gesamthaushaltes auszuschließen.⁹

b) Sinn und Zweck kalkulatorischer Kosten

Diese Rechtsprechung überzeugt nicht in vollem Umfang: In der Tat entsteht dem kommunalen Träger der Einrichtung ein Zinsnutzen, und zwar nicht nur aus den Abschreibungserlösen, sondern auch aus dem Rückflusskapital, das durch den Ansatz kalkulatorischer Zinsen erwirtschaftet wird. Wenn in Modellrechnungen ermittelt werden soll, ob die Gebühren auf Dauer die Kapitalkosten decken, ist jeweils nach der Zinseszinsformel auch ein Zinsnutzen von jährlich anfallenden Abschreibungen und kalkulatorischen Zinsen zu berücksichtigen. Das bedeutet aber nicht, dass die in der Gebührenkalkulation ansatzfähigen Kosten um diesen Zinsnutzen zu vermindern sind. Dieser Zinsnutzen steht der Gemeinde zu; denn nur unter Berücksichtigung dieses Nutzens erwirtschaftet die Gemeinde schließlich durch Gebühreneinnahmen den Betrag, den sie erzielt hätte, wenn sie das in der gebührenfinanzierten Einrichtung steckende Kapital mit Zins und Zinseszins am Kapitalmarkt angelegt hätte. Demgegenüber unterstellt das OVG Schleswig einen Kapitaleinsatz zum

⁵ Schulte/Wiesemann, in: Driehaus (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, Loseblatt-Kommentar (Stand September 2011), § 6 Rn. 83.

⁶ Vgl. hierzu Schulte/Wiesemann, in: Driehaus (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, Loseblatt-Kommentar (Stand September 2011), § 6 Rn. 158 ff.

⁷ Wöhe, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 21. Aufl., 2002, S. 736 f.; Krüger, GemHH 2002, 206, 209 ff.

⁸ OVG Schleswig, U. v. 18.7.1996 – 2 K 6/93 – Die Gemeinde 1998, 26 m.w.N.

⁹ OVG Schleswig, U. v. 30.1.1995 – 2 L 128/94 – DÖV 1995, 474 = KStZ 1996, 113 = ZKF 1995, 135 = GemHH 1996, 114 = DWW 1996, 220.

Nulltarif und umgeht damit § 6 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 KAG SH.

Im Anschluss an diese Rechtsprechung des OVG Schleswig – und entgegen der Rechtsprechung des OVG Münster¹⁰ – hat das OVG Lüneburg¹¹ entschieden, dass eine Verzinsung von Abschreibungserlösen zugunsten der Gebührenpflichtigen in Abzug gebracht werden müsse, soweit die Erlöse aus der Abschreibung von beitrags- und zuschussfinanzierten Anlagevermögen stammten oder bei einer Abschreibung nach dem Wiederbeschaffungszeitwert als „Bewertungsgewinne“ über den Erlösen einer Abschreibung nach dem Anschaffungs- und Herstellungswert lägen. In diesen Fällen führte eine freie Verfügbarkeit der Zinsvorteile aus den Abschreibungserlösen zu dem systemwidrigen Ergebnis, dass die Gemeinde Gewinne aus der Abwasserbeseitigung nur deshalb erzielte, weil Dritte in die Abwasserbeseitigung investiert hätten bzw. zu Gunsten der Erhaltung von Abwasserbeseitigungssystemen eine Abschreibung nach dem Wiederbeschaffungszeitwert gesetzlich zugelassen worden sei.¹² Verfahrensmäßig soll dazu aus den betreffenden Abschreibungserlösen eine fiktive Rücklage gebildet und mit einem jährlichen kalkulatorischen Zins belegt werden, den der allgemeine Haushalt an den Gebührenhaushalt zu entrichten habe.¹³

Aufgerufen ist damit das Stichwort des Abzugskapitals, das sich nur in den Ländern stellt, wo Beiträge und Zuschüsse nicht ohnehin bei den Abschreibungen berücksichtigt werden (müssen).¹⁴ Das ist nach der Rechtsprechung des OVG Münster in Nordrhein-Westfalen nicht der Fall, weil auch die beitrags- und zuschussfinanzierten Teile des Anlagevermögens sich abnutzen und refinanzieren werden müssen.¹⁵ Beim Ansatz der kalkulatorischen Zinsen ist in § 6 Abs. 2 Satz 4 Halbs. 2 KAG NW dagegen ausdrücklich durch Gesetz festgelegt, dass bei der Verzinsung der aus (Beiträgen und Zuschüssen Dritter) aufgebrachte Eigenkapitalanteil außer Betracht bleibt.

Das zinslos dem Betrieb von Dritten zur Verfügung gestellte Kapital erbringt gleichermaßen Abschreibungserlöse, wenn es nicht von der Abschreibungsbasis abzuziehen ist, d.h. es wird wie Eigen- oder sonstiges Fremdkapital refinanziert. Zu entscheiden ist damit letztlich eine Zurechnungsfrage, nämlich ob diese Erlöse dem Gebührenschuldner oder dem Einrichtungsträger näher stehen. Da der allgemeine Haushalt für die beitragsfinanzierten Einrichtungen die Vorfinanzierungslast getragen hat, spricht viel dafür, ihm auch insoweit den Abschreibungserlös zuzuschlagen. Durch den Abzug des aus Beiträgen finanzierten

Kapitals von der Zinsbasis wird eine Doppelbelastung der Bürger bei der Finanzierung des Anlagevermögens durch Beiträge und Gebühren vermieden.

II. Gewinnaufschläge

Der Ansatz eines „Gewinns“ als besondere Kostenposition in der Gebührenkalkulation kommt in Form eines Zuschlags für das allgemeine Unternehmerwagnis in Betracht. Es ist für einen Privatunternehmer der Ausgleich für das Risiko, das er im Wettbewerb mit Konkurrenten auch im Hinblick auf Änderungen der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung auf sich nimmt.

1. Nichtwirtschaftlicher und wirtschaftlicher Einrichtungsbetrieb

Für die nichtwirtschaftlich betriebenen Einrichtungen kann ein allgemeines Unternehmerwagnis nicht durch Wagniszuschläge abgegolten werden.¹⁶ Da beispielsweise der Betrieb der Abfallentsorgung oder der Abwasserbeseitigung keine wirtschaftliche Betätigung darstellt, ist ein Gewinnzuschlag als Kostenposition mithin nicht zulässig.¹⁷ Berücksichtigungsfähig sind hier allenfalls Einzelwagnisse. Dabei sind die möglichen Risiken im Einzelnen sorgfältig zu erfassen. Ein allgemeiner Risikoaufschlag auf sämtliche Kostenarten ist nicht erlaubt.¹⁸ Das Risiko, dass die festen Kosten, die einer Vorkalkulation zugrunde gelegt worden sind, mit den später tatsächlich entstehenden Kosten nicht übereinstimmen, d.h. das Preiswagnis, ist mit jeder Vorkalkulation verbunden und zählt, da es in wirtschaftlicher Tätigkeit schlechthin begründet ist, zum allgemeinen Unternehmerwagnis, das deshalb nicht gebührenfähig ist.¹⁹

Demgegenüber verpflichtet § 107 Satz 2 GO SH die kommunalen Körperschaften, wirtschaftliche Unternehmen so zu führen, dass sie – über die Erfüllung des öffentlichen Zwecks hinaus (Satz 1) – „für die technische und wirtschaftliche Entwicklung notwendige Rücklagen aus dem Jahresgewinn bilden und mindestens eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erwirtschaften“. Zu den wirtschaftlichen Betätigungen zählt etwa der Betrieb der Wasserversorgung. Da eine marktübliche Verzinsung auch bei nichtwirtschaftlichen Einrichtungen über den Ansatz kalkulatorischer Kosten erreicht wird, eröffnet der Jahresgewinn im Wesentlichen die Bildung von Rücklagen. Denn bei den Gebühren für Leistungsleistungen ist es nicht zulässig, zur Substanzerhaltung über den Ansatz von Abschreibungen zum Wiederbeschaffungszeitwert hinaus auch die durch den technischen Fortschritt bedingten Mehrkosten zu erfassen. Gebühren für Leistungen wirtschaftlicher

Unternehmen können als Ertragsgebühren bezeichnet werden. Die gesetzlich erlaubten Rücklagen bilden für den allgemeinen Haushalt jedoch nur insoweit einen Ertrag, als die Beträge vor einer Investition in das Anlagevermögen zum Beispiel der Wasserversorgungseinrichtung für andere Aufgaben eingesetzt werden können und nicht der gebührenrechnenden Einrichtung zugeordnet werden müssen.

2. Gewinnzuschläge Dritter

Von einem privaten Verwaltungshelfer kann nicht erwartet werden, dass er nur kostendeckend arbeitet. Er darf in sein Entgelt, das in die Gebührenkalkulation als Fremdkostenposition eingestellt wird, einen kalkulatorischen Gewinnzuschlag einrechnen. Das gilt für Aufträge, die aufgrund einer Ausschreibung vergeben werden. Das gilt auch für nach dem Preisprüfungsrecht kontrollierte Entgelte. Danach kann bei Fremdkosten ein kalkulatorischer Gewinn angesetzt werden, der nach Nr. 51a der in der Anlage zur VO PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen aufgeführten Leitsätzen zur Preisermittlung (LSP) das allgemeine Unternehmenswagnis abgilt und gemäß Nr. 52 Abs. 1 Satz 1 LSP unter anderem nach einem Prozentsatz vom betriebsnotwendigen Vermögen oder vom Umsatz zu bemessen ist. Der Gebührenzahler wird auf diese Weise mit einem Gewinnzuschlag belastet, den er nicht zu tragen hätte, wenn die Leistung in öffentlich-rechtlicher Organisationsform abgewickelt würde. Wie hoch dieser Gewinnzuschlag sein darf, ist in der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt.

¹⁰ OVG Münster, U. v. 5. 8. 1994 – 9 A 1248/92 – NVwZ 1995, 1233 = NWVBI. 1994, 428 = KStZ 1994, 213 = ZKF 1994, 227 = GemHH 1994, 233 und U. v. 20. 3. 1997 – 9 A 1921/95 – NWVBI. 1997, 422, 423.

¹¹ OVG Lüneburg, B. v. 16. 8. 2002 – 9 LA 152/02 – ZKF 2003, 221.

¹² In dem Urteil vom 18. 9. 2003 – 9 LB 390/02 – NVwZ-RR 2004, 681, 683, beschränkt sich das OVG Lüneburg darauf, eine Gutschrift für Zinserlöse aus Abschreibungen auf beitragsfinanzierte Anlage-teile zu verlangen.

¹³ OVG Lüneburg, B. v. 16. 8. 2002 – 9 LA 152/02 – ZKF 2003, 221.

¹⁴ Brüning, in: Driehaus (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, Loseblatt-Kommentar (Stand September 2011), § 6 Rn. 162 ff.

¹⁵ OVG Münster, U. v. 5. 8. 1994 – 9 A 1248/92 –, NVwZ 1995, 1233.

¹⁶ OVG Schleswig, U. v. 20. 2. 1995 – 2 L 183/94 – KStZ 1996, 134 = GemHH 1996, 240; ebenso OVG Münster, U. v. 15. 12. 1994 – 9 A 2251/93 – NWVBI. 1995, 173.

¹⁷ Thiem in Thiem/Böttcher (Hrsg.), Kommunalabgabengesetz Schleswig-Holstein, Loseblatt-Kommentar (Stand Januar 2010), § 6 Rn. 269.

¹⁸ OVG Bautzen, U. v. 16. 12. 1998 – 2 S 370/96 – NVwZ-RR 1999, 676.

¹⁹ OVG Schleswig, U. v. 20. 12. 1995 – 2 L 183/94 – KStZ 1996, 134.

a) Preisrechtlicher Ansatz

Die Rechtsprechung des OVG Münster versucht, für die Höhe diese Gewinnzuschlags für ganz oder teilweise verwaltungseigene Fremdunternehmen auf das unternehmerische Risiko des Dienstleisters abzustellen. Zu einem Selbstkostenerstattungspreis hat das Gericht entschieden, im Hinblick auf das geringe Risiko einer vom Kreis beherrschten Abfallentsorgungsgesellschaft (GmbH) sei statt der angesetzten 1,5 % nur 1 % des Umsatzes als Gewinnzuschlag gerechtfertigt.²⁰ Bei Vereinbarung eines Selbstkostenfestpreises ist ein Wagniszuschlag in Höhe von 3 % grundsätzlich angemessen.²¹ Ausdrücklich für nicht mehr entscheidungserheblich für die Frage der Bemessung eines angemessenen Wagniszuschlags hält das OVG Münster allerdings die bis dahin herangezogenen Gesichtspunkte, in welchem Umfang die Kommune an dem tätig werdenden Unternehmen beteiligt und welcher Anteil seiner wirtschaftlichen Tätigkeit vom Gebührenbereich abgedeckt ist.²² In Bezug auf die Gebührenfähigkeit einer Position „allgemeines Unternehmerisiko/kalkulatorischer Gewinn“, die dem Einrichtungsträger vom Dritten in Rechnung gestellt wird, hat das OVG Schleswig entschieden, dass als Bezugsgröße für das Unternehmensrisiko allenfalls der Umsatz nach Abzug der Kosten bezogener Leistungen gesehen werden kann, vorausgesetzt, es besteht kein allgemeines Unternehmensrisiko, sondern lediglich ein Kalkulationsrisiko, weil entsprechend der vertraglichen Abrede nach Selbstkostenfestpreisen abzurechnen ist. Insoweit ist ein Wagniszuschlag von ca. 7 % vollständig unangemessen.²³ Hierzu ist festzuhalten, dass es einem Privatunternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft nicht verwehrt werden kann, nach den Gesetzen der Privatwirtschaft eine Gewinnmaximierung anzustreben. Es kann daher zusätzlich zum kalkulatorischen Zins der branchenübliche Gewinnzuschlag vereinbart werden, der auch einem reinen Privatunternehmen zuzubilligen wäre, an dem die kommunale Körperschaft nicht beteiligt ist. Zwar hat eine Preisprüfung zu erfolgen; sie ist aber nicht gebührenrechtlich aufgeladen.

b) Gebührenrechtlicher Ausgleich

Von der Frage, ob ein Gewinnzuschlag im Fremdleistungsentgelt nach öffentlichem Preisrecht zulässig ist, ist diejenige nach der Gebührenfähigkeit dieser Kostenposition zu unterscheiden. Aufgerufen ist damit die (kostenbezogene) Erforderlichkeit, die auf die Angemessenheit der Kostenhöhe gerichtet ist. Der Ansatz von Fremdkosten ist dem Grunde nach ja durch § 6 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 KAG SH erlaubt.

Bei einem Regiebetrieb darf eine Gemeinde einen solchen Gewinnzuschlag in der Gebührenkalkulation nicht ansetzen. Ist die kommunale Körperschaft dagegen Anteilseignerin an einer mit der Erfüllung der Entsorgungspflicht beauftragten Kapitalgesellschaft, wächst ihr ein solcher Gewinn jedoch anteilig zu: Wenn der Gewinn ausgeschüttet wird, erhält sie entsprechende Geldmittel. Verbleibt der Gewinn in der Gesellschaft, erhält sie einen entsprechenden Wertzuwachs ihrer Anteile (shareholder value). Den beteiligten Privatunternehmen steht dieser Gewinn zu. Für die kommunalen Körperschaften ist ein solcher Gewinnzuwachs zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Entsorgungspflicht aber nicht erforderlich. Der Gewinnzuwachs von kommunalen Körperschaften ist deshalb in der Gebührenkalkulation von den Entgelten für in Anspruch genommene Fremdleistungen abzuziehen.²⁴ Der Abzug ist anhand des in der Preiskalkulation enthaltenen Gewinnzuschlages zu errechnen. Klarzustellen ist, dass nur der eine angemessene Eigenkapitalverzinsung übersteigende Gewinnanteil abzuziehen ist.

Angesichts der im Gebührenrecht geltenden Veranschlagungsmaxime muss der Gewinn einer kommunalen Gesellschaft im Kalkulationszeitraum prognostiziert werden und der Anteil am Gewinnzuschlag im nach LSP kalkulierten Entgelt angesetzt werden. Weicht der nachträglich ermittelte Gewinn der Gemeinde aus ihrer Beteiligung an dem Unternehmen im „gebührengelassenen Bereich“ hiervon ab, kann das über den Ausgleich von Über- und Unterdeckungen gelöst werden.²⁵ Angesichts dieser Möglichkeit verfängt der Hinweis auf das kommunale Unternehmer(verlust)risiko, das auch bei Vereinbarung eines Selbstkostenpreises bestehe, nicht. Wohlgermerkt, es geht nicht um den Gewinn oder Verlust der Beteiligungsgesellschaft überhaupt, sondern nur um den auf die Gemeinde entfallenden Anteil an dem in das Betreiberentgelt eingerechneten Gewinnzuschlag.

Dies steht im Anklang mit der Rechtsprechung des OVG Greifswald, das auf das Maß der Beteiligung der kommunalen Gebietskörperschaft an dem privaten Verwaltungshelfer abstellt. Danach ist der auf kommunale Körperschaften entfallende Anteil am kalkulatorischen Gewinnzuschlag von dem in der Gebührenkalkulation anzusetzenden Fremdentgelt abzuziehen.²⁶ Damit ist den Privatunternehmen, die an einer als Verwaltungshelferin eingesetzten Kapitalgesellschaft beteiligt sind, ein kalkulatorischer Gewinn garantiert, den sie zu Recht beanspruchen können, wenn durch Ausschreibung oder Preisprüfungsrecht gesichert

ist, dass der Gewinnzuschlag nicht unmäßig hoch ist. Den Gemeinden als Gesellschaftern wird es verwehrt, auf dem Umweg über eine Privatisierung sich Gewinne zu verschaffen, die sie in öffentlich-rechtlicher Organisationsform bei nichtwirtschaftlicher Betätigung nicht hätten erzielen können. Inzwischen hat auch der VGH Kassel zum Abwassergebührenrecht entschieden, dass Gewinne, die einer Kommune als Anteilseignerin einer Kapitalgesellschaft, die als Verwaltungshelferin eingesetzt worden ist, zufließen, im Rahmen der Gebührenkalkulation kostenmindernd zu berücksichtigen sind, wenn diese Gewinne bei einer eigenen Durchführung der Aufgabe durch die Kommune nicht hätten erwirtschaftet werden dürfen und als Gewinn- und Wagniszuschlag auf gebührenfinanzierten Teilen der Entgeltzahlung beruhen.²⁷

III. Anlagenträgerschaft

Als gebührenrechtlich relevant kann sich schließlich erweisen, wer Träger des Anlage-/Einrichtungsvermögens ist. Insoweit können Gewinne aus der Veräußerung kommunaler Anlagen Begehrlichkeiten des Kämmerers und der Gebührenschuldner wecken.

1. Einnahmen aus Cross-Border-Leasing

Nach dem Vertragswerk, das diesen Namen trägt, haben Gemeinden ihre Anlagen zur Abwasserbeseitigung in einem Hauptmietvertrag an einen US-Investor vermietet und in einem zweiten Mietvertrag zurückgemietet. Seine Verpflichtungen aus dem Hauptmietvertrag erfüllt der US-Trust durch Vorauszahlung eines einmaligen Geldbetrages an die Gemeinde, der teils als Eigenkapital vom Investor stammt und teils als Fremdkapital durch Banken finanziert wird. Von diesem Betrag führt die Gemeinde zur Sicherung ihrer Verpflichtungen aus dem Rückmietvertrag einen Teil an ein Finanzierungsinstitut und an Banken als Erfüllungsübernahmeinstitute ab. Dabei verbleibt der Gemeinde regelmäßig ein nicht rückzahlbarer Barwertvorteil in

²⁰ OVG Münster, U. v. 4. 10. 2001 – 9 A 2737/00 – KStZ 2003, 13.

²¹ OVG Münster, U. v. 24. 6. 2008 – 9 A 373/06 – GemH 2008, 207, 209.

²² OVG Münster, U. v. 24. 6. 2008 – 9 A 373/06 – GemH 2008, 207, 209.

²³ OVG Schleswig, U. v. 16. 2. 2005 – 2 LB 109/03 –.

²⁴ A. A. de Vivie, KStZ 2011, 11, 12 f.

²⁵ So VGH Mannheim, U. v. 31. 5. 2010 – 2 S 2423/08 –.

²⁶ OVG Greifswald, U. v. 7. 11. 1996 – 4 K 11/96 – DVBl. 1997, 1072, u. U. v. 25. 2. 1998 – 4 K 8/97 – NVwZ-RR 1999, 144 = KStZ 2000, 12.

²⁷ VGH Kassel, B. v. 27. 9. 2006 – 5 N 358/04 – HSGZ 2007, 57; VGH Mannheim, U. v. 31. 5. 2010 – 2 S 2423/08 –.

Millionenhöhe (ca. 5 bis 8 % des Anlagewertes). Der Barwertvorteil ist letztlich das vorweg gezahlte Entgelt dafür, dass dem US-Investor durch die gewählte Konstruktion ein Steuerstundungsvorteil verschafft wird.

Das OVG Münster hat rechtskräftig entschieden, dass der aufgrund eines Cross-Border-Leasing-Geschäfts vereinnahmte Barwertvorteil nicht gebührenmindernd berücksichtigt werden muss.²⁸ Dem ist das Hamburgische OVG gefolgt.²⁹ Im Rahmen der Argumentation macht das Gericht Ausführungen, die allgemein für die Gebührenkalkulation von Bedeutung sind:

- Einnahmen sind nur dann von den ansatzfähigen Kosten abzuziehen, wenn sie im Zusammenhang mit der durch die Einrichtung vorgesehenen Leistungserbringung stehen bzw. wenn ihrer Erzielung Kosten der Einrichtung zugrunde liegen. Der Barwertvorteil ist das Entgelt für einen Steuervorteil und nicht für eine betriebsbedingte Leistung. Die Anlage wird nicht in ihrer Funktion, sondern nur durch ihre Existenz eingesetzt, um den Barwertvorteil zu erzielen. Dadurch wird das gebührenrechtliche Leistungsverhältnis nicht berührt.
- Vorteile, die nicht mit einem Werteverzehr im Zusammenhang stehen, sind auch nicht den Zinsen gleichzustellen. Der Barwertvorteil ergibt sich nicht aus einer gebührenrelevanten unmittelbaren Nutzung des Anlagekapitals.
- Die Gebührenpflichtigen erwerben mit ihren Gebühren keinen Anteil am Anlagevermögen. Sie werden durch die Gebühreuzahlung nicht Eigentümer der Anlagen. Finanzgeschäfte der Gemeinde mit den Anlagen beeinträchtigen daher nicht die Rechtspositionen der Benutzer.
- Nicht maßgeblich ist, dass der Ertrag aus dem Barwertvorteil im Rahmen der kaufmännischen Buchführung als außerordentlicher Ertrag zu berücksichtigen ist. Diese Regeln einer kameralistischen Einnahmen-/Ausgabenrechnung oder einer kaufmännischen Gewinn- und Verlustrechnung gelten nicht für die Gebührenkalkulation.

Dementsprechend tritt ein in der Gebührenkalkulation zu berücksichtigender Veräußerungsgewinn auch nicht ein, wenn eine Gemeinde Anteile an der als Verwaltungshelferin eingesetzten Gesellschaft veräußert.³⁰

2. Veräußerungsgewinne

Private Verwaltungshelfer können als Betriebsführungsgesellschaften mit dem Management der Abwasserbeseitigung beauftragt werden. Interessanter wird jedoch der Einsatz von Betreibergesell-

schaften, die selbst Träger des Anlagevermögens werden. Ein entgeltlicher Erwerb kommunaler Anlagen durch einen Investor verschafft dem allgemeinen Haushalt liquide Mittel. Der Kaufpreis orientiert sich regelmäßig am Sachzeitwert. Das ist der aktuelle Wiederbeschaffungswert abzüglich des Wertverlusts durch die Abnutzungen (Restwert vom Wiederbeschaffungszeitwert). Für den privaten Investor ist die Zahlung eines Entgelts in Höhe des Sachzeitwerts beim Erwerb der Anlagen von der Kommune wirtschaftlich durchaus sinnvoll, weil er sonst die Anlagen anderweitig zum höheren Wiederbeschaffungswert (Neuwert) erstellen müsste.

a) Bewertungsgewinne

Der kommunale Träger hat bei der Erstellung oder Anschaffung des Anlagevermögens nur Kosten in Höhe des Herstellungs- oder Anschaffungswertes aufgewandt. Durch die Leistungserstellung hat das Anlagevermögen an Wert verloren. Zum Zeitpunkt der Veräußerung hat das Anlagevermögen damit nur noch den Anschaffungsrestwert (Buchwert). Jede Veräußerung zu einem Preis, der oberhalb dieses Wertes liegt, führt daher zu einem Veräußerungsgewinn.³¹ Dies ist zunächst unproblematisch und widerspricht nicht den Vorgaben in § 90 Abs. 1 Satz 2 GO SH, wonach Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden dürfen. Problematisch wird dies aber, wenn die Gebührenpflichtigen über den Ansatz der Kosten für in Anspruch genommene Fremdleistungen in der Gebührenkalkulation diesen Veräußerungsgewinn refinanzieren müssen.

Das Problem der Doppelfinanzierung zulasten der Gebühreuzahler ergibt sich in Fällen, in denen bei der Berechnung des Fremdentgelts eines privaten Betreibers in die Abschreibungsgrundlage bereits vor der Vermögensübertragung voll abgeschriebene Gegenstände des Anlagevermögens einbezogen worden sind (Abschreibung unter null). Gleichermaßen zahlt der Gebühreuzahler bei einer Verlängerung der Abschreibungsdauer übertragener Anlagegüter im Ergebnis mehr als den Anschaffungspreis dieser Güter. Die Rechtsprechung ist insofern zutreffend von einem Veräußerungsgewinn ausgegangen, der dem Gebühreuzahler zugute kommen muss.³² Darauf, dass in der Betriebswirtschaft eine Abschreibung unter null üblich ist,³³ kommt es in der Gebührenkalkulation nicht an. Ein in die Gebührenkalkulation als Einnahme einzurechnender Erlös ist also dann anzunehmen, wenn Anlagevermögen, das bereits vollständig abgeschrieben ist, aber noch einen Nutzwert besitzt, der veräußernden Kommune Gewinne bringt, oder der tatsächliche

Wert den Restbuchwert zum Zeitpunkt der Veräußerung übersteigt. Denn diese Gewinne stellen den Gegenwert für die empfangene (kostenlose) Nutzungsmöglichkeit der Anlagegüter für den Gebühreuzahler dar.³⁴

Die vom OVG Münster für diesen Fall getroffene Entscheidung, den Veräußerungsgewinn im Gründungsjahr der Gesellschaft von den Kosten in der Gebührenkalkulation abzuziehen, überzeugt allerdings nicht. Wenn in Zukunft weiterhin beim Ansatz der Abschreibungen von den überhöhten Wertansätzen in der Eröffnungsbilanz der übernehmenden Gesellschaft ausgegangen wird, dann zahlen die Gebührenpflichtigen sukzessiv das zurück, was ihnen im Gründungsjahr der Gesellschaft als Vergünstigung gewährt worden ist.

Ein besserer Weg ist die Anwendung von Nr. 38 Satz 1 LSP: Danach ist der Abschreibungsbetrag für Anlagegüter unabhängig von den Wertansätzen in der Handels- und Steuerbilanz zu bestimmen. Wenn dementsprechend bei Ermittlung der Abschreibungen trotz der Ausweisung der bereits abgeschriebenen Anlagegüter in der Bilanz der Gesellschaft im Gründungsjahr diese gar nicht und andere eingebrachte oder sonst übertragene Anlagegüter nur mit ihrem tatsächlichen Anschaffungsrestwert berücksichtigt werden, wäre eine Doppelbelastung der Gebührenpflichtigen ausgeschlossen.³⁵

²⁸ OVG Münster, U. v. 23. 11. 2006 – 9 A 1029/04 – GemHH 2007, 19 = NWVBl. 2007, 110. Das BVerwG, B. v. 1. 3. 2007 – 10 B 12.07 –, hat die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen.

²⁹ OVG Hamburg, U. v. 08.12.2010 – 5 Bf 434/04 –, NordÖR 2011, 122.

³⁰ OVG Schleswig, U. v. 16.2.2005 – 2 LB 109/03 –; VGH Kassel, B. v. 27. 9. 2006 – 5 N 358/04 – HSGZ 2007, 57.

³¹ Vgl. Gabler, Wirtschaftslexikon, 15. Aufl. 2000, zum Stichwort „Veräußerungsgewinn“.

³² OVG Münster, U. v. 15. 12. 1994 – 9 A 2251/93 – NWwZ 1995, 1238 = NWVBl. 1995, 173 = ZKF 1995, 191 = StuGR 1995, 173 = GemHH 1996, 284; zustimmend OVG Schleswig, U. v. 16.2.2005 – 2 LB 109/03 –.

³³ Vgl. Oebbecke, KStZ 1997, 161, 164f.

³⁴ OVG Münster, U. v. 1.6.2007 – 9 A 372/06 –; U. v. 24.6.2008 – 9 A 373/06 – GemH 2008, 207, 208. OVG Schleswig, U. v. 16.2.2005 – 2 LB 109/03 –: „soweit der Gebühreuzahler im Hinblick auf die fortdauernde Nutzung bzw. Ersatzbeschaffung in Vorlage getreten ist“.

³⁵ Zum Problem einer unzulässigen Kostenüberdeckung, wenn nach bisheriger Abschreibung einer Kanalisationsanlage nach dem Wiederbeschaffungswert und Verzinsung zum Nominalzins in einem Privatisierungsmodell die Anlage zum Sachzeitwert auf eine Gesellschaft des Privatrechts übertragen und über ein Betriebsführungsentgelt als Fremdkostenposition in der Gebührenkalkulation der Übertragungswert durch die Gebühreuzahler refinanziert wird, siehe Brüning, in: Driehaus (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, Loseblatt-Kommentar (Stand September 2011), § 6 Rn. 200b.

Das OVG Schleswig hat auf einen weiteren Punkt aufmerksam gemacht: Würde in der Vergangenheit statt vom Anschaffungs-/Herstellungswert vom Wiederbeschaffungszeitwert abgeschrieben, hätten nach Ablauf der Nutzungsdauer die Gebührenmehreinnahmen zur Finanzierung der Reinvestition zur Verfügung gestanden. Diese Mehreinnahmen dürften dem Gebührenhaushalt nicht entzogen werden, wenn der Vermögensgegenstand der Einrichtung veräußert werde und eine Reinvestition nicht mehr beabsichtigt sei.³⁶ Anderenfalls hat die Kommune Mittel für eine Wiederbeschaffung erwirtschaftet, obwohl diese nach einer Privatisierungsmaßnahme in aller Regel gerade nicht mehr ansteht.

b) Liquidierung von Abzugskapital

Der Erwerber kommunaler Anlagen bringt Kapital auf, das er seinerseits über Abschreibungen und kalkulatorische Zinsen refinanziert. Der Kaufpreis steht grundsätzlich der veräußernden Gemeinde zu, da damit ihr noch in der Einrichtung gebundenes, d.h. noch nicht durch Abschreibungen zurückgeflossenes Kapital abgelöst wird. Die Gebührenschuldner haben keinen Anteil am Anlagevermögen erworben. Ein Verkauf des Anlagevermögens an einen Dritten ist daher gebührenrechtlich ohne Bedeutung.³⁷

Allerdings werden vom bisherigen Einrichtungsträger auch die drittfinanzierten Anlagen „mitverkauft“. Für den Gebührenschuldner ergibt sich dadurch kein Nachteil, wenn und soweit das Abzugskapital auch ohne Veräußerung nicht bei der Abschreibungsbasis zu berücksichtigen ist. In Bezug auf die Abschreibung stellt sich ein Austausch der in der Anlage gebundenen Vermögensmassen dann als gebührenneutral dar. Zu einem anderen Ergebnis gelangt man, wenn darauf abgestellt wird, dass die Beiträge dauerhaft in der Einrichtung verbleiben müssen, weil sie nur einmal erhoben werden können. Der auf drittfinanzierte Anlagenteile entfallende Kaufpreis ist dann dem Gebührenhaushalt gutzuschreiben. Unabhängig davon ist zu beachten, dass bei der Übertragung von Anlagevermögen auf einen privaten Investor bzw. Betreiber das in § 6 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 Halbs. 2 KAG SH enthaltene Zinsverbot für zuschuss- und beitragsfinanziertes Kapital (sog. Abzugskapital) nicht umgangen wird. Ohne Kürzung der kalkulatorischen Zinsen bei der Berechnung des in der Gebührenkalkulation anzusetzenden Entgelts würden auch die Gebührenpflichtigen, die durch ihre Anschlussbeiträge einen Teil des Anlagevermögens finanziert haben, beim unbeschränkten Ansatz der Fremdkosten mit ihren Gebüh-

ren diesen Teil des aufgewandten Kapitals erneut verzinsen. Daher muss in der Gebührenkalkulation das umzulegende Entgelt um die Bestandteile gekürzt werden, die auf die Zinsen für das Abzugskapital entfallen.

Die spiegelbildliche Situation ergibt sich im Fall des Rückerwerbs einer Anlage durch die Gemeinde (oder auch bei Ausübung einer Option, um beim Cross-Border-Leasing nach Ablauf der Rückmietzeit gegen Zahlung eines Optionspreises die Rechtsposition des Trusts zu übernehmen). Grundsätzlich entspricht der Kaufpreis den Kosten einer Anschaffung bzw. Herstellung der Anlage. Er ist daher aus dem kommunalen Haushalt zu finanzieren und über Abschreibungen und kalkulatorische Zinsen durch die Gebührenschuldner zu refinanzieren. Gegebenenfalls greift auch hier das Verbot von Doppelfinanzierungen ein, so dass Veräußerungsgewinne des Verkäufers zu lasten des allgemeinen Haushalts gehen.

³⁶ OVG Schleswig, U. v. 16.2.2005 – 2 LB 109/03 –.

³⁷ OVG Münster, U. v. 24.6.2008 – 9 A 373/06 – KStZ 2009, 12, U. v. 1.6.2007 – 9 A 372/06 –; VGH Kassel, B. v. 27.9.2006 – 5 N 358/04 –; VGH Mannheim, U. v. 31.5.2010 – 2 S 2423/08 –.

Kommunales Vermögen im Bereich der Ver- und Entsorgung

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

I. Einführung

Zwischen kommunalem Vermögen und der Aufgabenerfüllung durch die kommunalen Gebietskörperschaften besteht ein enger sachlicher Zusammenhang. Verkürzt stellt dieser sich wie folgt dar: Solange und soweit die Gemeinde eine Aufgabe selbst erfüllt und nicht auf Dritte überträgt, sollte sie auch das für die Aufgabenerfüllung erforderliche Vermögen nicht übertragen¹. Die Aufgabeninhaberschaft rechtfertigt und verlangt grundsätzlich die Vermögensinhaberschaft; die Beendigung der Aufgabeninhaberschaft erhöht hingegen das Legitimationsbedürfnis für die Vermögensinhaberschaft. Die hierin zum Ausdruck kommende Zweckbindung und Auftragsorientierung kommunalen Vermögens realisiert sich in dem Institut der Widmung. Durch Widmung werden Sachen, die im privatrechtlichen Eigentum des Staates stehen, dem privatrechtlichen Verkehr entzogen. Sie

werden zur *res extra commercium*². Eine Widmung kann durch Gesetz, Verordnung oder Satzung sowie durch Verwaltungsakt oder aber schlicht-hoheitliches Handeln erfolgen. Solange eine Sache dem öffentlichen Zweck gewidmet ist, darf der Staat – gleichwohl er im Regelfall auch der Eigentümer ist – also nicht über sie verfügen. Dies wird erst wieder möglich, nachdem durch gegenläufigen Hoheitsakt (sog. *actus contrarius*) eine Entwidmung erfolgt ist.

II. Aufgaben der Gemeinde in der Ver- und Entsorgung

Die Aufgabenwahrnehmung des Staates und der kommunalen Gebietskörperschaften in dem Bereich von Ver- und Entsorgung ist der Daseinsvorsorge zuzuordnen³ und gehört dort zu den typischen Tätigkeitsfeldern der Gemeinde. Von der Versorgung sind wichtige Bereiche wie die Wasser-, Strom-, und Gaszufuhr sowie

die Anbindung der Einwohner an Telefon und Internet umfasst. Das Bundesverfassungsgericht hob die Bedeutung insbesondere der Stromversorgung heraus, indem es feststellte: „Das Interesse an einer Stromversorgung ist heute so allgemein wie das Interesse am täglichen Brot.“⁴

Entsorgung, also die Beseitigung von Abfällen und die Abwasserentsorgung, ist demgegenüber ein Element der Gefahrenabwehr. Abfälle und Abwässer bringen in besonderem Maße gesundheitliche Gefahren für die Bevölkerung (Seuchen/Epidemien) mit sich. Aus der objektiven Werteordnung, die die Grundrechte des Grundgesetzes begründen, und hier insbesondere aus Art. 2 Abs. 2 GG, entspringt für den Staat eine Schutzpflicht, die körperliche Unversehrtheit und das Leben der Bürger zu schützen⁵. Die staat-

¹ Isensee, HStRV, 3. Aufl. 2007, § 122 Rn. 117.

² Isensee, HStRV, 3. Aufl. 2007, § 122 Rn. 107.

³ Tettinger, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Bd. 1, 3. Aufl. 2007, § 11 Rn. 14.

⁴ BVerfGE 91, 186 (206).

⁵ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 2, Rn. 43.

liche Pflicht zur Entsorgung kann daher direkt aus der Verfassung abgeleitet werden.

III. Das kommunale Vermögen im Bereich der Ver- und Entsorgung

Unter das kommunale Vermögen fallen „alle unbeweglichen und beweglichen Sachen und grundstücksgleichen Rechte, die Eigentum der Gemeinde sind oder ihr zustehen sowie sonstige ihr zustehende vermögenswerte Rechte“⁶. Bei den für die Ver- und Entsorgung relevanten kommunalen Vermögensgegenständen handelt es sich vor allem um Strom- und Wasserversorgungswerke, Kläranlagen, Netze, Leitungen und Rohre. Diese werden von der Gemeinde benötigt, um ihren oben beschriebenen Aufgaben im Rahmen der Daseinsvorsorge gerecht zu werden.

Man unterscheidet verschiedene Arten kommunalen Vermögens. Das Anlagevermögen dient der dauernden Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde.⁷ Hierzu zählen etwa Gebäude, Maschinen oder technische Anlagen. Das Finanzvermögen ist Vermögen, das nicht nach Maßgabe seiner Widmung unmittelbar öffentlichen Zwecken dient, sondern nur mittelbar öffentliche Zwecke durch seine Erträge oder seinen Vermögenswert fördert.⁸ Ihm gehören die finanziellen Rücklagen der Gemeinde an. Zum Sondervermögen zählen das Gemeindegliedervermögen, das Vermögen der rechtlich unselbständigen örtlichen Stiftungen, das Vermögen der Eigenbetriebe (z.B. kommunale Versorgungsbetriebe) sowie die rechtlich unselbständigen Versorgungs- und Versicherungseinrichtungen für Bedienstete der Gemeinde.⁹ Die rechtlich selbständigen örtlichen Stiftungen und das Vermögen, welches die Gemeinde nach besonderem Recht treuhänderisch zu verwalten hat (z.B. das Mündelvermögen, wenn die Gemeinde Trägerin der Jugendhilfe ist) gehören zum Treuhandvermögen.¹⁰ Daneben gibt es als weitere Kategorie das wirtschaftliche Vermögen, wonach eine von den zivilrechtlichen Eigentumsverhältnissen abweichende wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgeblich ist.¹¹

IV. Einzelfragen der Realisierung einer Aufgabenbindung der Vermögensinhaberschaft

Die soeben skizzierte enge Verbindung zwischen Aufgabenträgerschaft und Vermögensinhaberschaft, die sachenrechtlich in dem Institut der Widmung zum Ausdruck kommt, erlangt immer besondere Bedeutung, wenn sich eine der beiden Positionen – die der Aufgabebezuordnung oder die der Vermögenszuordnung – unabhängig von der anderen verändert bzw. verändern soll. Dies ist an verschiedenen Beispielen zu verdeutlichen.

1. Privatisierung

Die Privatisierung, also der Verkauf von gemeindeeigenem Vermögen, ist in Art. 90 GO SH geregelt. Neben diesen einfachgesetzlichen sind zudem verfassungsrechtliche Vorgaben zu beachten, die wiederum die Aufgabenverantwortung des Staates in den ihm vorbehaltenen Funktionsbereichen verdeutlichen: Das den ausschließlichen Staatsaufgaben (zum Beispiel im Bereich des Gewaltmonopols) dienende staatliche Vermögen darf nicht verkauft und übertragen werden, da auch die Aufgabe selbst einer Privatisierung nicht zugänglich ist. Von der Übertragbarkeit der Aufgabe kann daher auf die Frage der Veräußerbarkeit des dazugehörigen Vermögens geschlossen werden. Die öffentliche Daseinsvorsorge ist indes den konkurrierenden Staatsaufgaben zuzuordnen¹². In diesem Bereich ist grundsätzlich demnach sowohl die Privatisierung der Aufgaben als auch der dazu gehörigen Vermögensgegenstände möglich. Eine Vermögensprivatisierung erfolgt meist zur Verbesserung der Finanzlage sowie zur Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit – dies ist besonders in Bereichen wichtig, in denen eine Marköffnung erfolgen soll wie z.B. bei Energie- und Wasserversorgung oder im ÖPNV¹³.

Gemäß § 90 Abs. 1 S. 3 GO SH dürfen Vermögensgegenstände in der Regel nur zu vollem Wert veräußert werden. Auszugehen ist dabei vom Markt- bzw. Verkehrswert, der anhand eines Sachverständigengutachtens oder eines offenen und transparenten Bietverfahrens ermittelt werden kann. Das sog. Verschleuderungsverbot des § 90 Abs. 1 S. 3 GO soll dazu dienen, das kommunale Vermögen zugunsten der Bürgergemeinschaft zu erhalten¹⁴. Es hat auch beihilferechtliche Relevanz, denn ein Verkauf unter Wert an Private stellt eine grundsätzlich verbotene Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV dar, welche einer Notifizierungspflicht gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV unterliegt. Erfolgt eine Veräußerung durch die Gemeinde unter Verkehrswert, so kann dies außerdem einen zur Nichtigkeit des Vertrags führenden Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB darstellen¹⁵. Laut BGH ist sogar von einer Sittenwidrigkeit des Kaufvertrages (§ 138 BGB) auszugehen, sofern beide Vertragsparteien bewusst gegen den Grundsatz der sparsamen Haushaltsführung gem. § 75 Abs. 2 GO SH verstoßen¹⁶.

2. Funktionsnachfolge

Eine Funktionsnachfolge ist die tatsächliche Übernahme von öffentlichen Aufgaben eines Verwaltungsträgers durch einen anderen. Durch den Übergang einer Aufgabe auf einen anderen Funktionsträger ändert sich zunächst weder

etwas an der öffentlichen Zweckbestimmung der zu der Aufgabenerfüllung gehaltenen und genutzten öffentlichen Sachen noch an den diesbezüglichen privatrechtlichen Eigentumsverhältnissen. Die Beibehaltung einer solchen Vermögenszuordnung steht aber in Widerspruch mit dem organisationsrechtlichen Grundsatz, dass Zuständigkeit und Verwaltungsmittel in einer Hand zu vereinen sind. Nur so kann die Verwaltung die öffentliche Aufgabe bestmöglich ausführen. Aus diesem Grund steht dem neuen Aufgabenträger ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums an jenen öffentlichen Sachen, welche der übergegangenen Aufgabe dienen, gegen den ehemaligen Funktionsträger zu¹⁸.

Es stellt sich die Frage, ob der alte Verwaltungsträger im Gegenzug eine Kompensation für den Eigentumsverlust verlangen kann. Dies ist vorbehaltlich abweichender gesetzlicher Regelungen grundsätzlich nicht der Fall, da mit der neuen Aufgabe auch eine Aufgabenlast einhergeht, zu deren Erfüllung das Verwaltungsvermögen benötigt wird. Eine wirtschaftlich-kaufmännische Betrachtung eines solchen Vorgangs missachtet die verwaltungsorganisatorische Dimension der Funktionsnachfolge.

Ein Entschädigungsanspruch kann sich aber in Fällen von freiwilligen Selbstverwaltungsangelegenheiten aus Art. 28 Abs. 2 GG (bzw. Art. 46 Abs. 1 LVVerf) ergeben. Im Bereich der freiwilligen Selbstverwaltungsangelegenheiten (zum Beispiel Sparkassen, kulturelle und gesellschaftliche Einrichtungen) kann eine Gemeinde selbst entscheiden, welche finanziellen Mittel sie an welcher Stelle

⁶ Gern, Kommunalrecht BW, 9. Aufl. 2005, Rn. 379.

⁷ Körner/Huber, Erfassung und Bewertung kommunalen Vermögens in Bayern, 2009, S. 30.

⁸ BVerwGE 92, 215 (218).

⁹ Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 702.

¹⁰ Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 703.

¹¹ Spiegelberger, in: Brambring/Jerschke (Hrsg.), Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, E. Rn. 137.

¹² Brehme, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, 2010, S. 244.

¹³ Berger, ZfBR 2002, 134 (134).

¹⁴ Bockamp/Tesfaiesus, KommJur 2009, 88 (93).

¹⁵ Siehe Nachweise bei Grziwotz, KommJur 2010, 250 (252 Fn. 40).

¹⁶ BGH, NWZ-RR 2007, 47.

¹⁷ Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 11. Aufl. 1999, § 41 Rn. 18.

¹⁸ Schink, Rechtsnachfolge bei Zuständigkeitsveränderungen in der öffentlichen Verwaltung, 1984, S. 210. Besonders relevant wurde dieses Problem immer wieder bei der Übertragung von Sparkassen-Zweigstellen, die sich nach einer kommunalen Gebietsreform plötzlich in einer „fremden“ Gemeinde wiederfanden; vgl. P. Kirchhof, Die Rechtspflicht zur Übertragung von Zweigstellen nach einer kommunalen Neugliederung, 1998.

investiert.¹⁹ Würde eine Aufgabenverschiebung in diesem Bereich ohne finanziellen Ausgleich erfolgen, so würde die Gemeinde dafür sanktioniert, in einer freiwilligen Selbstverwaltungsangelegenheit eigenes kommunales Vermögen investiert zu haben. Eine solche Situation liefe dem Sinn des Selbstverwaltungsrechts und der kommunalen Finanzhoheit zuwider. Folglich ist in diesen Fällen grundsätzlich ein Entschädigungsanspruch gegeben.²⁰

Der Bereich der Ver- und Entsorgung zählt hingegen nicht zu den freiwilligen, sondern zu den pflichtigen Aufgaben der Daseinsvorsorge²¹, so dass Entschädigungsansprüche des alten Aufgabenträgers ausscheiden.

Der neue Funktionsträger kann hier neben dem Anspruch auf Eigentumsübertragung noch ein Interesse an weiteren Ansprüchen gegen den alten Träger haben, z.B. wenn dieser bereits Rücklagen zur Sanierung einer Entsorgungsanlage gebildet hatte. Diese Rücklagen dienen ebenfalls der Aufgabenerfüllung und sind daher Gegenstand der Übertragungsverpflichtung. Es besteht grundsätzlich eine Konnexität zwischen der übernommenen Aufgabe und den mit ihr verbundenen Lasten, beruhen diese nun auf bereits bestehenden Verpflichtungen oder künftig zu tätigenden, zwingenden Investitionen. Würden vom alten Funktionsträger aus dem Abgabenaufkommen Rücklagen gebildet, die der Aufgabe langfristig z.B. durch Sanierung des Anlagevermögens zugute kommen sollten, so ist es aus dem Gedanken der Funktionsnachfolge heraus gerechtfertigt, diese zweckgebundenen Gelder auch auf den neuen Funktionsträger überzuleiten. In einem derart gelagerten Fall ist dem neuen Funktionsträger deshalb ein entsprechender Anspruch gegen den ehemaligen Träger zuzugestehen.

3. Einbringung von Vermögen in ein gemischt-wirtschaftl. Unternehmen

Es ist ein Element der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG, dass die Gemeinde selbst entscheiden kann, wie sie sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben organisiert (Organisationshoheit)²². Im Rahmen dessen besteht auch die Möglichkeit, zur Aufgabenerfüllung private Gesellschaften zu gründen oder sich an solchen zu beteiligen.

Die wirtschaftliche und finanzielle Beteiligung der Gemeinde an einer Gesellschaft ist indes im kommunalen Wirtschaftsrecht an zahlreiche Bedingungen geknüpft. Zunächst darf die Gesellschaft nur Aufgaben wahrnehmen, die auch die Gemeinde selbst wahrnehmen dürfte – die Gemeinde kann durch die Beteiligung nicht ihren Zuständigkeitsbereich ausweiten²³. Dies gilt sowohl in örtlicher wie

auch in sachlicher Hinsicht. Die kommunalrechtlichen Voraussetzungen sind § 102 Abs. 1 S.1 GO SH zu entnehmen. Zunächst einmal muss auf Seiten der Gemeinde ein wichtiges Interesse an der Beteiligung bestehen, welches auch Eingang in den Gesellschaftsvertrag finden sollte. Daneben muss die Aufgabe durch die Gesellschaft mindestens ebenso gut wie durch eine öffentlich-rechtliche Organisationsform erfüllt werden. Die Haftung und Einzahlungspflicht der Gemeinde müssen auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt sein. Aus diesen Gründen kommt in aller Regel nur die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft in Betracht. Aus Haftungsgesichtspunkten wäre zwar auch die Kommanditistenstellung innerhalb einer KG möglich. Diese Option scheidet jedoch wegen der fehlenden Mitbestimmungsrechte des Kommanditisten in der KG aus, denn die Gemeinde muss sich einen angemessenen Einfluss auf das Unternehmen sichern²⁴. Dies gelingt in aller Regel bei einer GmbH leichter als bei einer AG, weil bei ersterer mehr Gestaltungsmöglichkeiten in dem Gesellschaftsvertrag möglich sind. Schließlich schreibt die Gemeindeordnung noch die Erstellung eines Jahresabschlusses und eines Jahresberichts vor. Zudem müssen die allgemeinen Voraussetzungen eines wirtschaftlichen Tätigwerdens gegeben sein (vgl. § 101 Abs. 1 GO).

4. Einbringung von Vermögen in eine Stiftung

Die Einbringung von Gemeindevermögen in eine Stiftung ist nur zulässig, wenn ein wichtiges Interesse der Gemeinde daran vorliegt und der von der Gemeinde angestrebte Zweck nicht ebenso gut auf andere Weise erfüllt wird oder erfüllt werden kann, § 89 Abs. 3 GO SH. Motive für die Wahl dieser Organisationsform sind steuerliche Vorteile, eine höhere Akzeptanz bei den Bürgern und die organisatorische Verselbständigung der kommunalen Aufgabe²⁵. Zwar kann die Kommune den jeweiligen Vermögensgegenstand anschließend nicht mehr frei veräußern, sie ist aber vor Fehlleistungen einzelner Entscheidungsträger auf Dauer geschützt und eventuelle Verluste belasten nicht den Gemeindehaushalt. Dem Verlust an Einflussmöglichkeit steht ein starker Gewinn an Dauerhaftigkeit gegenüber²⁶. § 89 Abs. 3 GO regelt nur die Einbringung von kommunalem Vermögen in eine bereits bestehende Stiftung (Zustiftung). Will die Gemeinde selbst eine Stiftung errichten, so findet § 90 Abs. 1 GO entsprechende Anwendung²⁷.

5. Cross-Border-Leasing

Ein besonderer Fall der Vermögensnutzung trotz beibehaltener Aufgabezuord-

nung ist unter der Bezeichnung „Cross-Border-Leasing“ bekannt geworden. Die diesem Geschäft unterliegende rechtliche Konstruktion beruht auf einer Besonderheit des US-amerikanischen Steuersystems, wonach eine deutsche Kommune bei einem grenzüberschreitenden Leasingvertrag mit einem amerikanischen Vertragspartner an US-amerikanischen Steuervergünstigungen partizipieren kann und einen Barwertvorteil ausbezahlt bekommt²⁸. Als Leasinggegenstände geeignet sind generell langlebige Wirtschaftsgüter wie z.B. Kraftwerke, Müllverbrennungsanlagen und Kläranlagen. Die deutsche Gemeinde schließt mit einem US-Trust einen Hauptmietvertrag über den jeweiligen Vermögensgegenstand (sog. head lease). Dessen Dauer richtet sich nach der Restnutzungsdauer des Leasinggegenstandes. Gleichzeitig schließen die Gemeinde und der US-Trust einen Rückmietvertrag (sub lease), damit die Gemeinde den Gegenstand auch weiterhin nutzen kann. Dessen Geltungsdauer ist in der Regel kürzer als die des Hauptmietvertrages. Nach Ablauf des Rückmietvertrages stehen der Gemeinde verschiedene Optionsrechte zu, meistens eine Kaufoption²⁹ sowie eine Anschlussmietoption. Macht die Gemeinde keinen Gebrauch von ihren Optionsrechten, so

¹⁹ Geis, Kommunalrecht, 2008, § 7 Rn. 7 f.

²⁰ Schink, Rechtsnachfolge bei Zuständigkeitsveränderungen in der öffentlichen Verwaltung, 1984, S. 226 f. – dabei wird allerdings auch eine Vorteilsausgleichung durchgeführt.

²¹ Die kommunale Pflicht zur Abwasserentsorgung ergibt sich aus § 56 S. 1 WHG i.V.m. § 30 Abs. 1 LWG. Gem. § 15 Abs. 1 KrW-/AbfG i.V.m. § 2 Abs. 1 LAbfWG sind die Kreise und kreisfreien Städte zur Abfallentsorgung verpflichtet, sie können die Aufgabe aber auf die Kommunen übertragen. Siehe zur Wasserversorgung Mutschmann/Stimmelmayer, Taschenbuch der Wasserversorgung, 2007, S. 795.

²² Hellermann, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Ed. 11, Art. 28 Rn. 40.2.

²³ Oebbecke, in: Hoeppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 2007, § 8 Rn. 3.

²⁴ Der Kommanditist ist gem. § 164 HGB von der Geschäftsführung/Mitbestimmung ausgeschlossen und gem. § 170 HGB auch nicht vertretungsbefugt. Oebbecke verweist jedoch zu Recht darauf hin, dass die Kommanditistenstellung nur dann ausschiede, falls der „mitbestimmende“ Einfluss stets der angemessene wäre, vgl. ders., in: Hoeppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 2007, § 8 Rn. 58.

²⁵ Schlüter/Krüger, DVBl 2003, 830 (830 f.).

²⁶ Zu diesen Erwägungen Bockamp/Tesfaiesus, KommJur 2009, 88 (94).

²⁷ Bockamp/Tesfaiesus, KommJur 2009, 88 (95).

²⁸ Stopp/Korsten/Bieniek, LKV 2004, 540 (540).

²⁹ Diese Option heißt so (obwohl die Gemeinde nach wie vor zivilrechtlich Eigentümerin ist), weil der US-Trust dann inzwischen nach amerikanischem Recht „wirtschaftlicher“ Eigentümer geworden ist.

ist der US-Trust berechtigt, die Anlage an Dritte weiter zu vermieten. Daneben gibt es zwischen der Gemeinde und dem US-Trust einen dritten sog. Rahmenvertrag, der allgemeine Fragen z.B. in Bezug auf die Haftung regelt. Typischerweise wird festgehalten, dass der deutsche Vertragspartner die Steuerrechtsänderungsrisiken trägt mit Ausnahme einer Änderung der US-Einkommenssteuer.

Das Cross-Border-Leasing stellt keinen Fall der Vermögensprivatisierung dar, denn die Gemeinde bleibt Eigentümerin des Leasinggegenstandes und nutzt diesen auch weiterhin. Problematisch erscheint indes, dass das Cross-Border-Leasing allein zum Zwecke der Vermögensmehrung erfolgte, da die Finanzierung von staatlichen Aufgaben vorwiegend durch Steuern erfolgen soll³⁰, siehe auch § 76 Abs. 2 GO SH. Es ist zudem äußerst fraglich, ob ein derart gewinnorientiertes Handeln der Exekutive noch einen hinreichenden Bezug zur öffentlichen Aufgabenwahrnehmung aufweist³¹. Die Gemeindevertreter entschieden in der Regel lediglich auf Grundlage einer Zusammenfassung der extrem komplexen

und oft über 1000 Seiten langen englischen Verträge. Es erscheint daher auch fraglich, ob eine hinreichende Beurteilung der Risiken – zumal durch Laien – auf diese Weise möglich ist³².

Unterschiedliche Auffassungen gab es zwischen den Bundesländern, ob es sich beim CBL um ein kreditähnliches Geschäft handelt, welches dann jedenfalls in Schleswig-Holstein der Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde bedürfte, § 84 Abs. 5 GO SH. In Schleswig-Holstein ging man hiervon aus. Die Aufsichtsbehörden in Hamburg und Schleswig-Holstein waren jedoch die einzigen bundesweit, die den CBL-Verträgen ihre Genehmigung versagten³³.

Im Jahr 2004 wurde das amerikanische Steuerrecht in den relevanten Fragen reformiert. Damit fielen die finanziellen Anreize eines Cross-Border-Leasings weg³⁴.

V. Fazit

Die Kommunen verfügen über ein ganzes Spektrum von Organisations- und Handlungsoptionen für die Erfüllung ihrer Aufgaben. Auch die rechtstechnische Einhe-

gung und Zuordnung des kommunalen Vermögens kann auf ganz unterschiedliche Art und Weise erfolgen. Bei den diesbezüglichen, oben dargestellten Gestaltungsoptionen ist jedoch darauf Acht zu geben, dass das Vermögen stets der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben dient und nicht allein wirtschaftliche Interessen bedient werden. Die dargelegten einfachgesetzlichen Vorschriften stellen die notwendige Verbindung zwischen Aufgabenträgerschaft und Vermögensinhaberschaft sicher.

³⁰ BVerfGE 78, 249 (266 f.); Gern, NVwZ 2007, 12 (14).

³¹ Rahm, NVwZ 2010, 288 (289).

³² Dies bejahend Smeets/Schwarz/Sander, NVwZ 2003, 1061 (1070); Stopp/Korsten/Bieniek, LKV 2004, 540 (543), sofern die Vertragsbeschreibung nicht ausschließlich vom Vertragspartner gefertigt wurde.

³³ Hierzu Kirbach, „Die Rathauszocker“, in: DIE ZEIT v. 16.7.2009, abrufbar unter <http://www.zeit.de/2009/30/DOS-Swap>.

³⁴ Rahm, NVwZ 2010, 288 (292).

Beteiligungssteuerung

Marc Ziertmann, stv. Geschäftsführer des Städteverbandes Schleswig-Holstein¹

A. Einleitung

Im Jahr 2003 wertete das Deutsche Institut für Urbanistik (DIFU) im städtischen Bereich der Bundesrepublik Deutschland Beteiligungsberichte aus. Nach dieser Auswertung kamen die 36 erhobenen Städte zusammen auf 3034 inländische und 178 ausländische Beteiligungen. Die Spanne reicht dabei von 404 Beteiligungen der Freien und Hansestadt Hamburg bis zu 11 Beteiligungen der Landeshauptstadt Kiel im Jahr 2003. Im Durchschnitt besaß jede Stadt 84,3 inländische und 4,9 ausländische Beteiligungen. Die mit Abstand am meisten genutzte Rechtsform für kommunale Beteiligungsunternehmen in den ausgewerteten Berichten war im Jahre 2003 mit 75,7 Prozent die der GmbH, gefolgt von der GmbH & Co. KG mit 6,7 Prozent sowie der Aktiengesellschaft mit 6,1 Prozent. Danach folgen die beiden öffentlich-rechtlichen Formen des Eigenbetriebs (4,8 Prozent) und des Zweckverbands (1,9 Prozent). Im Bereich der Ver- und Versorgungswirtschaft waren im Jahr 2005 1.371 Unternehmen im Verband der kommunalen Unternehmen organisiert mit folgenden Anteilsverhältnissen: 334 Eigenbetriebe (24,4%); 79 Zweckverbän-

de (5,8 %); 43 Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts (3,1 %); 152 sonstige öffentlich-rechtliche Organisationsformen (11,1 %); 61 Aktiengesellschaften (4,4%); 653 GmbHs (47,6 %); 49 sonstige gemischtwirtschaftliche Gesellschaften (3,6 %).

Mit dem in den letzten Jahren zunehmenden Trend der Rekommunalisierung von Aufgaben und der weiteren Ausdifferenzierung kommunaler Aufgaben sowie weiterer Ausgliederung bestehender oder neuer Aufgaben geht einher, dass die Aufgabenwahrnehmung außerhalb der Gemeinde in rechtlich verselbständigten Einheiten weiter zugenommen hat. Damit steigt zugleich das Bedürfnis nach Steuerung der Ausgliederungen durch die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften. Die Kommunen haben das Recht zur Selbstverwaltung, vgl. Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 46 LV und machen bei den Entscheidungen, eine Aufgabe außerhalb der Gemeindeverwaltung zu erfüllen, von ihrem Recht auf Organisationshoheit Gebrauch. Im dritten Abschnitt der Gemeindeordnung (§§ 101 ff.) finden sich Regelungen über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Gemeint sind dabei diejenigen Tätigkeiten, die von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung

vorgenommen werden können². Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn

1. ein öffentlicher Zweck, dessen Erfüllung im Vordergrund der Unternehmung stehen muss, das Unternehmen rechtfertigt,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
3. der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden kann (§ 101 Abs. 1 GO).

Der öffentliche Zweck rechtfertigt das Unternehmen, wenn es um die Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge geht, also z.B. Stromversorgung, Wasser, Gas, Verkehrsbetriebe. Das angemessene Verhältnis ist gewahrt, wenn die Gemeinde das Unternehmen auch im Hinblick auf mögliche Verluste finanziell tragen kann und ein entsprechender Bedarf gegeben ist. Diese Grundsätze gelten nicht für Einrichtungen, die primär der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen und nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind.

¹ Gekürzte Schriftfassung des Vortrags auf dem 2. Forum „Recht der kommunalen Ver- und Versorgungswirtschaft“

² BVerwGE 39, 329 (333).

Die Steuerungsaufgabe bleibt bei Ausgliederung von Aufgaben bestehen. Im Zuge des Verfassungsrechtsstreits bezogen auf die Amtsordnung wurde u.a. festgestellt, dass aus Art. 46 Abs. 1 LV für den Kernbereich der gemeindlichen Selbstverwaltung eine Pflicht folge, sich dieser Aufgaben nicht durch Übertragung auf Dritte derart zu entledigen, dass eine eigenverantwortliche, von echten politisch-demokratischen Gestaltungsmöglichkeiten geprägte Selbstverwaltung auf Gemeindeebene nicht mehr möglich ist. Die Gemeinde ist zur Einflussssicherung verpflichtet, damit der in Art. 2 Abs. 2 LV festgelegte Demokratiegrundsatz eingehalten wird. Wenn eine Gemeinde im Rahmen der ihr zustehenden Organisationshoheit sich dafür entscheidet, kommunale Aufgabenerfüllung in eigenständigen Unternehmen zu verselbständigen, dann hat sie die Pflicht, mittels satzungsmäßiger, vertraglicher und organisatorischer Regelungen zu gewährleisten, dass sie die für die Aufgabenerfüllung wesentlichen Fragen in diesen Unternehmen steuern, beeinflussen und Entwicklungen im kommunalen Interesse korrigierbar und notfalls umkehrbar gestalten kann. Haushaltswirtschaftlich besteht zwischen der Kommune und ihrer Ausgliederung Teilidentität.

Der Gesetzgeber hat eine Reihe von Einzelregelungen in der Gemeindeordnung verankert, die diese Einflussssicherung gewährleisten sollen. § 102 GO reagiert auf typische Gefährdungen kommunaler Belange durch Ausgliederung kommunaler Aufgaben in Organisationsformen des Privatrechts. Dem liegt die Erfahrung zugrunde, dass bei derartigen Auslagerungen die öffentliche Bindung, namentlich der kommunale Einfluss, kontinuierlich abnimmt und daher die verbleibende Rahmenverantwortlichkeit der Gemeinde in ihrer haupt- wie ehrenamtlichen Repräsentation durch ein effizientes Teilnehmungscontrolling gesichert werden muss. Hinzu treten Risiken einer kommunalen Haftung oder Verpflichtung, etwaige Defizite bei der privat-rechtlich organisierten Unternehmung ausgleichen zu müssen. Über § 103 GO wird die Einflussssicherung bei Veräußerung oder Beteiligung der Gesellschaft sichergestellt. § 104 Abs. 1 sichert die Vertretung der Gemeinde in Gesellschaften und § 104 Abs. 2 i.V.m. § 25 die Weisungsrechte der Gemeindevertretung. Die Kompetenzverteilung in der Gemeinde weist über § 28 GO der Gemeindevertretung die Zuständigkeit über die wesentlichen Entscheidungen zu (vgl. § 28 Nr. 17 Errichtung, Erweiterung, Auflösung wirtschaftlicher Unternehmen, Nr. 18 Gründung von Gesellschaften sowie Beteiligung an diesen; Nr. 19 Umwandlung; Nr. 20 Bestellung von Vertre-

tern in Gesellschaften; Nr. 23, 24, 25 Zweckverbände; Ö.-r. Vereinbarung, Verwaltungsgemeinschaft; Nr. 26 für hauptamtlich verwaltete Gemeinden: Berichtswesen; Nr. 27 Ziele und Grundsätze der wirtschaftlichen Betätigung). Für die Kontrolle in hauptamtlich verwalteten Gemeinden ist der Hauptausschuss zuständig (vgl. § 45 b Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 Entwicklung und Anwendung des Berichtswesens; § 45 b Abs. 4 GO Steuerung der wirtschaftlichen Betätigung und privatrechtlichen Beteiligungen). Darüber enthält die Gemeindeordnung die Vorschrift über das Berichtswesen (§ 45 c GO).

Das Gemeindehaushaltsrecht verlangt eine Darstellung der Beteiligungen im Vorbericht. Zudem sollen dem Haushaltsplan grundlegende Informationen über die Lage der Beteiligungen (Wirtschaftspläne, neueste Jahresabschlüsse) dem Haushaltsplan als Anlage beigefügt werden (vgl. § 2 Abs. 3, § 3 Nr. 14, 15 GemHVO-Kameral und § 6 Abs. 3 und § 6 Nr. 13, 14 GemHVO-Doppik). Gemeindehaushaltsrechtlich wird die Frage der Beteiligungssteuerung in Zukunft größere Bedeutung bekommen. Die doppisch buchenden Gemeinden mit mehr als 3.000 Einwohnerinnen und Einwohnern haben gemäß § 95 o GO unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung zum Schluss eines jeden Haushaltsjahres ihren Jahresabschluss nach § 95 m und die Jahresabschlüsse des gleichen Geschäftsjahres der

1. Eigenbetriebe nach § 106 und anderen Sondervermögen nach § 97,
2. Unternehmen und Einrichtungen, die

6. Zweckverbände nach § 15 Abs. 3 GkZ und Zweckverbände, die die Regelung nach § 15 Abs. 3 GkZ aufgrund § 15 Abs. 4 GkZ entsprechend anwenden, zu deren Stammkapital die Gemeinde mehr als 50 % beigetragen hat,

7. Gesellschaften, die der Gemeinde gehören,
8. Gesellschaften, an denen die Gemeinde, auch mittelbar, mit mehr als 50 % beteiligt ist,

zu einem Gesamtabschluss zu konsolidieren. Die Gemeinde kann auf die Aufstellung eines Gesamtabschlusses in den ersten fünf Jahren nach Aufstellung der Eröffnungsbilanz verzichten³.

B. Die Unternehmensführung und das Beteiligungsmanagement in der Kommune

Für eine gute Unternehmensführung und ein funktionierendes Beteiligungsmanagement sind unterschiedliche Faktoren entscheidend. Es beginnt bei der Rechtsformwahl (nachfolgend unter I.) und setzt sich in einem gut organisierten und sachkundigen Beteiligungsmanagement (nachfolgend unter II.) fort. Steuerungsrelevant sind darüber hinaus insbesondere die Gesichtspunkte der Qualifikation, Information und der Prüfung (nachfolgend unter III.-V.).

I. Kriterien der Rechtsformwahl bei Ausgliederung

Das Gemeindevirtschaftsrecht stellt für die Aufgabenerledigung unterschiedliche öffentlich-rechtliche oder zivilrechtliche Rechtsformen zur Verfügung.

Grundsätzlich besteht Organisationsermessen. Zu den Elementen des Orga-

ohne eigene Rechtspersönlichkeit	öffentlich-rechtlich		zivilrechtlich
	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	
mit eigener Rechtspersönlichkeit	Juristische Person des öffentlichen Rechts → Körperschaft (z.B. Zweckverband), Anstalt (z. B. Kommunalunternehmen), Stiftung		Eigengesellschaft → GmbH, AG, KG, eG

3. Kommunalunternehmen nach § 106 a, die von der Gemeinde getragen werden,
4. gemeinsamen Kommunalunternehmen nach § 19 b des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit (GkZ) in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Februar 2003 (GVOBl. Schl.-H. S. 122), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. Dezember 2006 (GVOBl. Schl.-H. S. 278), zu deren Stammkapital die Gemeinde mehr als 50 % beigetragen hat,
5. anderen Anstalten, die von der Gemeinde getragen werden, mit Ausnahme der öffentlich-rechtlichen Sparkassen,

nisationsermessens gehören u.a. Kriterien wie

- die Eröffnung wirtschaftlicher Handlungsspielräume,
- der Verlust kommunaler Einflussnahme und Kontrolle,
- die Möglichkeit der Kooperation mit anderen Rechtssubjekten (Kooperationsfähigkeit),
- steuerrechtliche Aspekte,

³ Der Gesetzentwurf der Landesregierung zur Änderung der Gemeindeordnung sieht folgende Änderung vor: „Die Gemeinde kann auf die Aufstellung eines Gesamtabschlusses für die ersten fünf Jahresabschlüsse nach § 95 m verzichten“, vgl. LT-Drs. 17/1663, S. 20.

- personalbezogene Aspekte (Mitbestimmung, Tarifgebundenheit usw.),
- die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung,
- die Verbesserung der Finanzierung,
- die Frage der vergaberechtlichen Bindungen,
- die rechtsformabhängigen Kosten,
- das Rechnungs- und Prüfungswesen, einschließlich der Publizitätsanforderungen.

Die Gemeinde muss sich im Rahmen des Organisationsermessens für diejenige Lösung entscheiden, die sie im Einzelfall aus sachlichen und zweckgerichteten Erwägungen in Anbetracht der zu verfolgenden Normziele für die Beste halten⁴. Die Organisationsentscheidungen der Kommunen werden häufig durch nicht unmittelbar organisationsbezogene Rahmenbedingungen mitbestimmt; wie z.B. die an die jeweilige Rechtsform geknüpften dienstrechtlichen oder steuerrechtlichen Konsequenzen. Dies ist nicht unzulässig. Doch ist es den Kommunen verwehrt, etwa aus Gründen der Steuerersparnis Organisationslösungen zu wählen, die der bestmöglichen Wahrnehmung der Aufgabenstellung entgegenstehen. Danach ergibt sich bei der Formenwahl kein freies Ermessen, sondern bestimmte Organisationsdirektiven, an denen die Entscheidung zu messen ist:

- Rechtfertigungsgründe bei geplanter Ausgliederung
- Rechtfertigungsgründe für die Inanspruchnahme privatrechtlicher Unternehmensformen
- Rechtfertigungsgründe für die Inanspruchnahme steuerungsfeindlicher Unternehmensformen
- Rechtfertigungsgründe für die Entscheidung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen
- Beachtung institutioneller Vorkehrungen für eine effektive Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen.

Unter Steuerungsgesichtspunkten ist mithin bereits die Rechtsformwahl maßgeblich für die darauf aufbauende Organisation der Beteiligungsverwaltung.

II. Beteiligungsmanagement

Dem Beteiligungsmanagement kommt eine zentrale Bedeutung für die Beteiligungssteuerung zu. In organisatorischer Hinsicht bezeichnet man als Beteiligungsmanagement die Abteilung oder Einheit, die die Verwaltungsleitung und die Entscheidungsträger/innen in ihrer Steuerungsverantwortung unterstützt und eine Überwachung und Unterstützung der Beteiligungen unter einheitlichen fachlichen, wirtschaftlichen und organisatorischen Gesichtspunkten sichert. Inhaltliche Aufgaben des Beteiligungsmanagements sind die Beteiligungsverwaltung, das strategische und operative Beteiligungscontrolling und die Mandatsbetreuung

sowie das Personalmanagement für die Führungskräfte der Beteiligungsunternehmen⁵.

Die Beteiligungsverwaltung hat u.a. folgende Funktionen:

- Zentrale Archivierung von Unterlagen, die zur Ausübung der Gesellschafterfunktion notwendig sind
- Überwachung formaler Anforderungen (kommunalaufsichtsrechtliche Anzeige- und Genehmigungspflichten)
- Überwachung der gesellschaftsrechtlichen, gesellschaftsvertraglichen und satzungsrechtlichen Regelungen
- Terminüberwachung
- Erstellung Beteiligungsberichte
- Vor- und Nachbereitung der Sitzungen der Überwachungsorgane, Ausschüsse und Gesellschafterorgane einschließlich der Beratung der gemeindlichen Vertreter⁶.

Die Organisation der Beteiligungsverwaltung ist abhängig von der Größe und Organisationsstruktur der Gemeinde, von der Größe und Anzahl der zu verwaltem Beteiligungen und von der Zielsetzung der Gemeinde. Zu beachten ist, dass eine dezentrale Organisation hohen Koordinationsaufwand bedingt, weshalb einige Kommunen zu selbständigen Lösungen der Beteiligungsverwaltung übergegangen sind (eigenbetriebliche Lösungen oder GmbH oder Kommunalunternehmen).

Empfehlenswert ist es, das Beteiligungsmanagement daher an das verwaltungsleitende Organ anzubinden, weil die Wirksamkeit der Beteiligungsverwaltung von der Unterstützung und dem politischen Willen der kommunalen Führungsebene wesentlich abhängt. Dies gilt auch vor dem Hintergrund einer bestmöglichen Zielverwirklichung und der Kommunikation sowie dem Informationsfluss. Häufige Variante des zentralen Beteiligungsmanagements ist die Ansiedlung des Beteiligungsmanagements bei der Kämmerei, in der auf den betriebswirtschaftlichen Sachverstand der Finanzverwaltung zurückgegriffen werden kann⁷. Bei dezentralen Modellen ist zu berücksichtigen, dass jeweils eine eigene Beteiligungsverwaltung aufzubauen ist und der Sachverstand für die Beteiligungsverwaltung mehrfach vorzuhalten ist sowie eine Koordinierung zwischen den einzelnen Beteiligungsverwaltungen erforderlich wird. Für die Struktur der Gemeinden in Schleswig-Holstein spricht daher vieles für zentrale Lösungen. Einige Städte im Bundesgebiet haben sich dazu entschieden, das Beteiligungsmanagement im Konzernvorstand zu vereinen, dem der Oberbürgermeister, die hauptamtlichen Stadträte - denen zum Teil die Funktion des Aufsichtsratsvorsitzenden in den Unternehmen übertragen wurde - und die Geschäftsführer der Beteiligungen angehören⁸. Weiterer zentraler Bestandteil des Beteili-

gungsmanagements ist das Beteiligungscontrolling, das in strategisches und operatives Beteiligungscontrolling unterschieden wird. Beteiligungscontrolling ist ein Instrument, um entscheidungsvorbereitende Informationen zu liefern, es unterstützt somit die Entscheidungsfindung.

Das strategische Controlling erfolgt auf oberster Führungsebene, das heißt durch die Gemeindevertretung bzw. nach der GO durch den Hauptausschuss. Es unterstützt die strategische Planung und umfasst die Gesamtsteuerung der Verwaltung, die Gesamtentwicklung der Kommune und ist (in seinen politischen Erfolgen) langfristig angelegt. Es betrifft die Umsetzung der kommunalpolitischen Ziele unter Wahrung der Anforderungen aus der Gemeindeordnung in den Grundsatzfragen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde. Hierunter fallen insbesondere die Bereiche der Gesellschaftsneugründungen, der Eröffnung neuer Geschäftsfelder und der Abschluss und ggf. die Ausgestaltung von Haustarifverträgen bzw. von Betriebsvereinbarungen von besonderer Bedeutung. Auch die Überprüfung des Wirtschaftsplanes der kommunalen Beteiligungen kann in diesen Bereich gehören. Durch das strategische Beteiligungscontrolling wird die Anbindung der Beteiligungen an die kommunale Willensbildung gesichert⁹. Des Weiteren sind die Durchführung und Begleitung der notwendigen Anzeigeverfahren gegenüber der Aufsichtsbehörde ebenso Teil des strategischen Beteiligungscontrollings wie die inhaltliche Gestaltung von Satzungen und Gesellschaftsverträgen und die Vorbereitung und Abstimmung von strategi-

⁴ Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsverhältnis von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln? Gutachten für den 64. Deutschen Juristentag DJT 2002, E 105 ff.

⁵ Vgl. Deutscher Städtetag, Strategien guter Unternehmensführung Hinweise und Strategien für die Steuerung städtischer Beteiligungen, Dezember 2009, S. 8.

⁶ Vgl. Eilenfeld, Kommunales Beteiligungsmanagement – Aufgaben, Instrumente und Organisationsmodelle aus der Praxis in: Veldboer/ Bruns/ Eckert, Praxishandbuch Kämmerei, 2011, S. 409 (410 f.).

⁷ Vgl. Deutscher Städtetag, Strategien guter Unternehmensführung Hinweise und Strategien für die Steuerung städtischer Beteiligungen, Dezember 2009, S. 9.

⁸ Vgl. Deutscher Städtetag, Strategien guter Unternehmensführung Hinweise und Strategien für die Steuerung städtischer Beteiligungen, Dezember 2009, S. 10.

⁹ Vgl. Deutscher Städtetag, Strategien guter Unternehmensführung Hinweise und Strategien für die Steuerung städtischer Beteiligungen, Dezember 2009, S. 18.

schen Zielvereinbarungen. Hinzu kommen Informations- und Dokumentationsfunktionen, etwa die Vorhaltung der wesentlichen Unterlagen wie Satzungen und Gesellschaftsverträge, Handelsregisterauszüge, Wirtschaftspläne, Jahresabschlüsse etc..

Das operative Beteiligungscontrolling besteht aus unterschiedlichen, miteinander verknüpften Teilsystemen und umfasst Planungs-, Informations- und Kontrollsysteme. Dadurch wird eine Analyse ermöglicht, die konkrete und zielgenaue Steuerung erst zulässt. So können erzielte Wirkungen dargestellt, Abweichungen gemessen und Ursachen für künftige Vermeidung von Fehlern ergründet werden. Zum operativen Beteiligungscontrolling gehören u.a.:

- Finanzcontrolling: Steuerung zentraler betriebswirtschaftlicher Größen (Gesamterfolg, Vermögen, Finanzierung, Liquidität, Investitions- und Personalplanung); hierfür können den Unternehmen Planerstellungen auferlegt werden, wie dies z. T. auch in den Gemeindeordnungen vorgesehen ist: Aufstellung einer fünfjährigen Investitions-, Finanzierungs- und Erfolgsrechnung, die eine Abschätzung der voraussichtlichen Ertrags- und Liquiditätsentwicklung aufzeigen soll, um Auswirkungen auf den Haushalt früher zu erkennen. Dazu kommt eine jährliche Wirtschaftsplanung, d. h. vor jedem Jahr muss von der Geschäftsführung ein Wirtschaftsplan erstellt werden (Erfolgsplan, Finanzplan, Investitions sowie Stellenplan).
- Leistungscontrolling Überprüfung der formulierten Leistungserwartungen an die Gesellschaft, Formulierung klar definierter, neuer und operationalisierbarer Zielvorgaben.
- Risikocontrolling: Risikocontrolling, Risikoberichterstattung und Risikomanagement gehören zu den originären Aufgaben der Unternehmensleitung. Aufgabe des Beteiligungscontrolling ist die kritische Auswertung der Risikoberichte bzw. dafür zu sorgen, dass eine solche Risikoberichterstattung in einer dem Unternehmen angemessenen Form eingerichtet und betrieben wird.
- Investitionscontrolling, mit dem Rentabilität, Wirtschaftlichkeit und Amortisation großer Investitionsvorhaben erfasst werden können¹⁰.

Zum Beteiligungsmanagement gehört der Beteiligungsbericht. Der Beteiligungsbericht ist ein Informations- und Dokumentationsinstrument für Gemeindevertretung, Verwaltung und Öffentlichkeit. Aufgabe des Berichts ist es, einen Überblick über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zu geben. Die inhaltlichen Mindestanforderungen an

den Bericht umfassen i.d.R. Angaben über die Erfüllung des öffentlichen Zwecks, die Beteiligungsverhältnisse, die Zusammensetzung der Organe der Gesellschaften, die Zusammenfassung der wichtigsten Kennziffern in personeller und finanzieller Hinsicht und die Darstellung der finanziellen Leistungsbeziehungen zwischen der Stadt und ihren Beteiligungen. Er ermöglicht insgesamt also einen umfassenden Überblick über die Beteiligungen. Einzelne Elemente des Beteiligungsberichts sind gemeindehaushaltsrechtlich Gegenstand des Vorberichts zum Haushalt bzw. Anlage zum Haushaltsplan, aber keine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung wie in anderen Bundesländern (vgl. z.B. § 105 Abs. 2 GO-BW; Art. 94 ABS: § GO-Bay; § 105 Abs. 3 GO-BB; § 73 GO-MV; § 116a GO-NI; § 112 Abs. 3 GO NRW). In Schleswig-Holstein sieht § 45 c) GO ein Berichtswesen vor, das auch Eigenbetriebe, Kommunalunternehmen, Gesellschaften (§ 102) und andere privatrechtliche Vereinigungen (§ 105) der Gemeinde sowie Beteiligungen an diesen, umfasst. Zu den denkbaren Berichten gehören

- Quartalsberichte
- Pläne (Wirtschaftsplan, Liquiditätsplan usw.)
- Jahresabschluss/Prüfberichte
- Managementletter
- Bedarfsberichte.

Politisch wird die Einführung von gesetzlichen Berichtspflichten teilweise eingefordert¹¹.

Für eine effektive Beteiligungssteuerung können Regelungen sinnvoll sein, die in Beteiligungsrichtlinien, Dienstanweisungen oder Vereinbarungen mit den Unternehmen die organisatorische Anbindung festlegen, Zuständigkeiten und Kompetenzen klar definieren und einen fachlichen und finanziellen Rahmen abstecken. Dabei geht es sowohl um beteiligungsrelevante verwaltungsinterne Beziehungen als auch um Beziehungen zu den Beteiligungen. Hier können auch Informationsrechte des Beteiligungsmanagements sowie Informationspflichten durch andere Ämter oder die Beteiligungen festgelegt werden. Die Beteiligungsregelungen können die Grundlage einer vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen der Stadt und ihren Beteiligungen bilden. Die Zuständigkeit liegt beim Hauptausschuss, vgl. § 45 b Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 und Abs. 4 GO.

Die Zusammenarbeit im Verhältnis Gemeinde zur Gesellschaft der Organe muss transparent und eindeutig geregelt sein. Eine gute Unternehmensführung soll gewährleisten, dass das Unternehmen seine Aufgaben bzw. die Ziele der Gemeinde optimal umsetzt und dabei sowohl die öffentliche Zielsetzung als auch den Werterhalt und den wirtschaftlichen Erfolg sicherstellt. Diese Grund-

sätze können auch in einem Public Corporate Governance Kodex festgehalten werden¹².

Besondere Aufmerksamkeit verlangt die Gestaltung der Gesellschaftsverträge vor dem Hintergrund der Einflusssicherung, der Transparenz, der Information, ggf. der Inhouse-Problematik und des Beihilfenrechts. Mit Blick auf die Transparenz könnte den der Beteiligungsverwaltung bspw. ein Gaststatus im Aufsichtsrat eingeräumt werden, vor dem Hintergrund, dass in SH keine Pflicht zur Vertretung der der hauptamtlichen Verwaltung in Gesellschaften (§104 GO) besteht.

Als weitere wichtige Aufgabe des Beteiligungsmanagements tritt die Mandatsbetreuung hinzu, die die Servicefunktion des Beteiligungsmanagements hinsichtlich der von der Gemeindevertretung in die Aufsichtsgremien der Beteiligungsunternehmen entsandten Mitglieder ebenso wie Beratung der gesamten Gemeindevertretung und der Fachämter sowie der Beteiligungsunternehmen selbst umfasst. Die Verwaltung kann die Mandatsträger durch Sichtung der Beschlussvorlagen, deren Kommentierung sowie gegebenenfalls die Abgabe von Empfehlungen fachlich unterstützen. Darüber hinaus können Seminare oder andere Informationsveranstaltungen für Aufsichtsratsmitglieder über Rechte und Pflichten in den Aufsichtsräten sowie über aktuelle Themen durchgeführt bzw. angeboten werden.

III. Steuerung durch Qualifikation

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes müssen Aufsichtsratsmitglieder von Ausgliederungen über Mindestkenntnisse allgemeiner, wirtschaftlicher, organisatorischer und rechtlicher Art verfügen, die erforderlich sind, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können¹³. Hierzu gehören insbesondere:

- die Kenntnisse der gesetzlichen und satzungsmäßigen Aufgaben des Aufsichtsrats;
- die Kenntnisse der Rechte und Pflichten als Aufsichtsratsmitglied;

¹⁰ Vgl. Deutscher Städtetag, Strategien guter Unternehmensführung Hinweise und Strategien für die Steuerung städtischer Beteiligungen, Dezember 2009, S. 19.

¹¹ Vgl. Gesetzentwurf der Fraktion der SPD zur Änderung der Gemeindeordnung, LT-Drs. 17/1660, S. 22, 23.

¹² Vgl. Public Corporate Governance Kodex - Standards zur Steigerung der Effizienz, Transparenz und Kontrolle bei den kommunalen Beteiligungsgesellschaften in NRW -, Anlage 3 zur Veröffentlichung Deutscher Städtetag, Strategien guter Unternehmensführung Hinweise und Strategien für die Steuerung städtischer Beteiligungen, Dezember 2009, S. 19

¹³ BGHZ 85, S. 293, 295.

- die Kenntnisse, um die dem Aufsichtsrat vorliegenden Berichte verstehen, bewerten und daraus Schlussfolgerungen ziehen zu können;
- die Kenntnisse für die Prüfung des Jahresabschlusses mit Hilfe des Abschlussprüfers;
- die Kenntnisse zur Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit von Führungsentscheidungen;
- nach Möglichkeit eigene unternehmerische Erfahrungen.

Bei der Auswahl der gemeindlichen Aufsichtsratsmitglieder stehen deshalb folgende Fragestellungen im Vordergrund:

- Bringen die vorgesehenen Personen die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen mit?
- Ist eine ausreichende zeitliche Verfügbarkeit gewährleistet, so dass die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied sorgfältig und gewissenhaft ausgeübt werden kann?
- Besteht die Gewähr dafür, dass die vorgesehenen Personen oder die ihnen nahestehenden Personen oder Unternehmen keine eigenen Interessen verfolgen, die im Widerspruch zu den Interessen der Gesellschaft stehen?
- Können durch die Aufsichtsratsbesetzung evtl. bestehende Lücken bei den unternehmerischen Erfahrungen und Fertigkeiten oder im Bereich wünschenswerter Fachkenntnisse geschlossen werden?

IV. Steuerung durch Information

Ein Problemkreis in der Besteuerungssteuerung besteht insbesondere bei der Rechtsform der GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat teilweise in der Informationsgewinnung. Das Aufsichtsratsmitglied ist grundsätzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet, weshalb in der Praxis häufig Probleme auftreten, dass der Informationsfluss von der Gesellschaft zur Gemeindeverwaltung gewahrt bleibt. Grundsätzlich wird auf den Konflikt zwischen Gesellschaftsrecht (Bundesrecht) und Kommunalrecht (Landesrecht) mit der Konfliktregelung des Art. 31 GG (Bundesrecht bricht Landesrecht) verwiesen. Das Aufsichtsratsmitglied einer Gesellschaft hat aber eine Treuepflicht sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch der Kommune. § 52 GmbHG (Regelung über den fakultativen Aufsichtsrat) verweist in Bezug auf die Treuepflicht auf §§ 93, 116 AktG. Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Aufsichtsratsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat bekanntgeworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren. Gemäß § 394 AktG unterliegen Aufsichtsratsmitglieder,

die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, hinsichtlich der Berichte, die sie der Gebietskörperschaft zu erstatten haben, keiner Verschwiegenheitspflicht. Für vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, gilt dies nicht, wenn ihre Kenntnis für die Zwecke der Berichte nicht von Bedeutung ist.

Der Landesrechnungshof hat sich mit der Frage der Rechte und Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds, insbesondere der Verschwiegenheitspflicht in seinem Kommunalbericht befasst und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass der Kommunikation zwischen der Kommune und den kommunalen Aufsichtsratsmitgliedern grundsätzlich keine Verschwiegenheitspflichten entgegenstehen¹⁴. Auch die Rechtsprechung geht in diese Richtung. So kann ein Hoheitsträger sich öffentlich-rechtlichen Auskunftsansprüchen nicht dadurch entziehen, dass er zur Erfüllung seiner hoheitlichen Aufgaben eine privatrechtliche Rechtsform wählt. Sinn und Zweck des kommunalrechtlichen Auskunftsanspruches ist es, dass die Gemeindevertreter über die erforderlichen Informationen verfügen, um ihr Mandat effektiv wahrnehmen zu können¹⁵. Aktuell hat das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass kommunale Gremien gegenüber ihren Vertretern in einem fakultativ errichteten Aufsichtsrat eines Versorgungsunternehmens, das als Gesellschaft mit beschränkter Haftung organisiert ist und an dem die Kommune eine Mehrheitsbeteiligung hält, auch dann weisungsbefugt sein können, wenn dies im Gesellschaftsvertrag nicht explizit verankert ist¹⁶.

V. Steuerung durch (Beteiligungs-) Prüfung

Steuerungsrelevant sind auch die Informationen der Prüfungsergebnisse von Beteiligungen. Dies betrifft zunächst die Abschlussprüfung (§§ 316 ff. HGB) mit der Beglaubigungs-, Informations- und Kontrollfunktion.

Zu beachten ist, dass nach § 102 Abs. 1 GO die Gemeinde Gesellschaften nur gründen, sich an der Gründung von Gesellschaften beteiligen oder sich an bestehenden Gesellschaften beteiligen darf, wenn gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden. § 11 Abs. 1 und 3 Kommunalprüfungsgesetz (KPG) enthält ebenfalls Regelungen zur Prüfung von Gesellschaften

(Gewährleistung von Jahresabschlussprüfungen nach KPG, Ausübung der sich aus § 53 Abs. 1 HGrG ergebenden Rechte u. a. Festlegung von bestimmten Prüfungsinhalten im Rahmen der Jahresabschlussprüfung wie z.B. Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung, Entwicklung der Vermögens- und Ertragslage sowie Rentabilität und Liquidität, Verlustbringende Geschäfte/ Ursache der Verluste, Ursachen des Jahresfehlbetrags, Einräumung des in § 54 HGrG vorgesehenen unmittelbaren Unterrichtsrechts zugunsten von Prüfungsinstitutionen).

C. Ausblick

Die Frage der Besteuerungssteuerung wird weiter an Bedeutung gewinnen. Landesweite Beteiligungsgesellschaften wie beispielsweise im IT-Bereich mit dem IT-Verbund Schleswig-Holstein (ITVSH) oder die Beteiligung an der Schleswig-Holstein Netz AG oder regionale Organisationsstrukturen in Fragen des Breitbandausbaus sind nur einige aktuelle Beispiele für das Entstehen neuer Beteiligungsstrukturen. Die Frage, ob der Gesetzgeber mit der Implementierung von gesetzgeberischen Vorgaben zur Einführung eines Beteiligungsmanagements und/oder eines Beteiligungsberichts reagieren muss, erweist sich als klärungsbedürftig. Auch ohne ausdrückliche gesetzgeberische Vorgaben müssen die Gemeinden im Eigeninteresse als (Teil-)Eigentümer der Gesellschaften für ihre Beteiligungen über ein funktionierendes Beteiligungsmanagement verfügen. Klare strategische Zielvorgaben der Gemeinden sind unverzichtbar. Im Verhältnis der Gemeinde zur Gesellschaft müssen zeitnahe Informationspflichten durch Berichtswesen sichergestellt und Abstimmungspflichten über den Wirtschaftsplan, den Liquiditätsplan usw., den Jahresabschluss, neue Beteiligungen und Investitionen, der Bestellung / Anstellung Geschäftsführung, der Geschäftsordnungen der Gesellschafterorgane, der Prüfungsrechte (HGrG), des Beteiligungscontrolling bei mittelbaren Beteiligungen und der Einhaltung des Gemeindefinanzrechts bei mittelbaren Beteiligungen gewährleistet werden. Hinzu treten interne Pflichten der (Kern-) Verwaltung zur Betreuung der Aufsichtsratsmitglieder, zur Schaffung klarer Zuständigkeitsregelungen innerhalb der Verwaltung sowie der Aufbau eines Berichtswesens (Checklisten).

¹⁴ Landesrechnungshof, Kommunalbericht 2008, S. 99 ff.

¹⁵ VG Oldenburg, U. v. 21.08.2007 - 1 A 2385/06 – zit. nach juris (ebenso VG Regensburg U. v. 02.02.2005).

¹⁶ BVerwG, B. v. 31.08.2011 - 8 C 16.10. - , zit. nach juris.

Staatliche Aufsicht über die kommunale Ver- und Entsorgungswirtschaft*

Manuela Söller-Winkler, Leiterin der Kommunalabteilung im Innenministerium Schleswig-Holstein

Die Themenstellung „Staatliche Aufsicht über die kommunale Ver- und Entsorgungswirtschaft“ kann sehr weitreichend verstanden werden und bedarf daher zunächst der Eingrenzung und Konkretisierung: Unter dem Begriff der Staatsaufsicht ist sowohl die Rechtsaufsicht als auch die Fachaufsicht über rechtlich selbständige Körperschaften zu verstehen. Als Leiterin der Kommunalabteilung des Innenministeriums möchte ich den Begriff der Staatsaufsicht beschränken auf den Aspekt der Kommunalaufsicht und damit der reinen Rechtsaufsicht. Eventuelle fachaufsichtliche Fragestellungen lasse ich außer Betracht.

Der Begriff der „kommunalen Ver- und Entsorgungswirtschaft“ verdeutlicht bereits, dass wir uns hier in einem Teilbereich der wirtschaftlichen Betätigungen der Kommunen bewegen – wenn auch nach § 101 Abs. 4 GO speziell die Unternehmen der Abfallentsorgung und der Abwasserbeseitigung nicht als wirtschaftliche Unternehmen im Sinne des §§ 101 und anderer Normen des kommunalen Wirtschaftsrechts zu verstehen sind.

Die Rechtsaufsicht hat dafür Sorge zu tragen, dass die Kommunen auch in diesem Themenspektrum das geltende Recht einhalten. Das betrifft zunächst einmal das Kommunalverfassungsrecht selbst mit seinen Regelungen zum kommunalen Wirtschaftsrecht, das betrifft aber auch gesellschafts- oder kartellrechtliche Regelungen des Bundes sowie fachspezifische Vorgaben des Bundes und des Landes z.B. zum Wasserrecht oder zum Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht. Und natürlich darf auch das Europarecht nicht außer Betracht bleiben – insbesondere dem Vergabe- und dem Beihilferecht kommt eine große Bedeutung zu.

Einer Konkretisierung bedarf auch der Begriff der Ver- und Entsorgung. Er umfasst historisch gewachsene Bereiche wie die Wasser- und Energieversorgung und die Abwasser- und Abfallentsorgung. Es entstehen jedoch auch neue Bereiche wie die Versorgung der Bevölkerung mit Breitbandanschlüssen oder es verstärkt bzw. verändert sich die Rolle der Kommunen im Bereich der Energieversorgung, aber auch der Energieverteilung. Ich möchte mich auf diese neueren Bereiche beschränken. Sie verdeutlichen zwar nur in einem kleinen Ausschnitt, aber dennoch beispielhaft die zunehmende

rechtliche und tatsächliche Komplexität von Entscheidungen und Umsetzungsmaßnahmen im Bereich der Ver- und Entsorgung und zeigen damit zugleich die Herausforderungen und auch die Grenzen auf, vor denen eine Kommunalaufsichtsbehörde heute in diesem Bereich steht.

Bedeutsam für ein Unternehmen im Sinne des §101 GO ist zunächst der Gegenstand des Unternehmens: Steht insbesondere ein öffentlicher Zweck im Vordergrund, steht das Vorhaben in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und kann der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden? Bedeutung hat aber immer auch die Organisation der Aufgabenwahrnehmung: Werden die Vorschriften für die Gründung von bzw. für die Beteiligung an privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisierten Rechtsträgern bzw. für die Errichtung eines Eigenbetriebs gewahrt? In diesem Kontext stellt sich dann auch die heute bereits von Herrn Ziertmann in seinem Vortrag beleuchtete Frage der effizienten Beteiligungssteuerung durch die Kommune. Hier stößt allerdings eine Rechtsaufsicht schon an ihre Grenzen, weil insoweit „harte“ Rechtsvorschriften im Landesrecht nicht existieren. Eine gewisse Nachsteuerung erwarte ich insoweit von dem Gesetzentwurf zur Änderung des Kommunalverfassungsrechts, den die Landesregierung dem Landtag zur Beratung zugeleitet hat.

Diese Fragen will ich aber heute nicht näher beleuchten. Vielmehr möchte ich zunächst insbesondere anhand des Themas der Versorgung der Bevölkerung mit Breitbandanschlüssen darlegen, dass inzwischen ganz andere Fragestellungen und Rechtsbereiche wie insbesondere das Beihilferecht eine Rechtsaufsicht vor Herausforderungen ganz eigener Qualität stellen. Des Weiteren möchte ich auf die sich verändernde Rolle der Kommunen im Bereich der Energieversorgung eingehen und schließlich im Hinblick auf Kooperationen gerade im Bereich der Ver- und Entsorgung auch noch einen spezifischen Aspekt des Vergaberechts beleuchten.

Zum Beihilferecht ist vorab folgendes festzustellen:
Anknüpfungspunkt für eine beihilferechtliche Prüfung der Kommunalaufsicht ist

eine erforderliche Genehmigung, die Erteilung von Ausnahmen oder die Prüfung von Anzeigen nach der Gemeindeordnung. Hier sind gerade auch wirtschaftliche Ver- und Entsorgungsunternehmen der Kommunen von Interesse.

Dabei gilt aber erschwerend, dass nur die EU-Kommission selbst eine rechtsverbindliche Aussage treffen kann, ob es sich im Einzelfall um eine EU-rechtskonforme Beihilfe handelt. Den Kommunen kann daher nicht die Verantwortung abgenommen werden, ein geplantes Vorhaben auch bei Vorliegen einer rechtlichen Bewertung der Kommunalaufsicht ggf. durch eine Notifizierung durch die EU-Kommission abzusichern.

Sind die Tatbestandsmerkmale einer Beihilfe erfüllt, dürfte es sich bei Ver- und Entsorgungsleistungen vielfach um DAWI-Leistungen handeln, also um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, für die mit dem Monti-Kroes-Paket besondere Vorschriften gelten. Die Reform der EU-Beihilfevorschriften für Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wird bis Ende des Jahres abgeschlossen sein.

Seitens der Bundesrepublik Deutschland sind im Rahmen der Anhörung gegenüber der EU-Kommission zu den Entwürfen der Texte der Reformvorschriften erhebliche Änderungswünsche artikuliert worden. Es dürfte absehbar sein, dass sich die Anforderungen an einen hoheitlichen Betrauungsakt, um Ausgleichszahlungen EU-rechtskonform gestalten zu können, voraussichtlich nicht ändern werden. Das heißt, in dem Betrauungsakt werden unverändert Gegenstand und Dauer der Verpflichtung zur Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen, die Benennung des betroffenen Unternehmens und ggf. des betreffenden Gebiets, die Art etwaiger gewährter ausschließlicher besonderer Rechte, die Festlegung der Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen und Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung etwaiger Überkompensation im Vorwege zu bezeichnen sein. Vor diesem Hintergrund möchte ich zunächst auf die Versorgung der Bevölkerung mit Breitbandanschlüssen eingehen:

Die Versorgung der Bevölkerung mit Breitbandanschlüssen ist aufgrund der zunehmenden Digitalisierung der Gesellschaft für die Menschen von essentieller Bedeutung, für den ländlichen Raum wird

* Vortrag von Manuela Söller-Winkler, Leiterin der Kommunalabteilung im Innenministerium Schleswig-Holstein

sie teilweise sogar als existenziell beschrieben. Das gilt ungeachtet des Befundes, dass die Breitbandversorgung aus heutiger Sicht wohl dennoch (noch?) nicht der Daseinsvorsorge zuzurechnen ist.

Die Versorgung mit Glasfasernetzen wird derzeit vor allem durch eigenwirtschaftliche Aktivitäten der Stadt- und Gemeindewerke, aber auch anderer kommunaler Anbieter, wie z. B. dem Zweckverband Hüttener Berge bewerkstelligt. Bei der Umsetzung der Breitbandversorgung stehen neben den konkreten einzelfallbezogenen Aufgabenstellungen die beihilfenrechtlichen Anforderungen im Vordergrund.

Der Einsatz von staatlichen Mitteln, auch kommunaler Mittel, im Bereich Breitband stellt laut Art. 107 I des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) grundsätzlich eine verbotene Beihilfe dar. Ausnahmen sind im AEUV und weiteren Rechtstexten der Kommission geregelt, z.B. in Regionalleitlinien, Forschungsrahmen, Umweltleitlinien oder Breitbandleitlinien.

Generell gilt das Durchführungsverbot, d. h. ohne vorherige Genehmigung der Kommission darf keine Beihilfe gewährt werden. Es besteht aber die Möglichkeit zur Genehmigung von Programmen oder zu Freistellungen, etc.. So sind in Deutschland z.B. die Voraussetzungen geschaffen, Leerrohre für die Breitbandversorgung in einer beihilfenrechtlich zulässigen Weise zu fördern. Dabei gilt jedoch wiederum die „Philosophie“ der Kommission, eine Beihilfe ausschließlich im Rahmen einer Grundversorgung zu akzeptieren.

Allein schon am Beispiel der Förderung von Leerrohren wird deutlich, welche Anforderungen an die Praktiker vor Ort und damit auch an die Rechtsaufsicht gestellt werden:

So hat die Kommune darauf zu achten, dass zur Gewährleistung einer beihilfenrechtskonformen Umsetzung vor Ort folgende Schritte eingehalten werden:

- Die Unterversorgung muss festgestellt sein (< 2 Mbit/s)
- Der Breitbandbedarf muss ermittelt sein. Hier geht es um die erforderliche Bandbreite, die regionale Abdeckung etc. (Befragungen mit anschließender Bewertung)
- Die Ist-Situation vor Ort ist zu ermitteln (Anbieter, Infrastrukturen, geplante Baustellen etc.) und technische Alternativen sind zu bewerten („Machbarkeitsstudie“)
- Im Rahmen einer Markterkundung ist abzufragen, ob es Anbieter gibt, die den geforderten Breitbandbedarf ohne Zuschüsse realisieren.

Erst wenn festgestellt ist, dass sich ein solcher Anbieter nicht findet und zudem

noch festgestellt ist, dass es keine Anbieter gibt, die aufgrund ihrer Technologie keine Leerrohre nutzen können, die aber mithilfe einer Förderung der Wirtschaftlichkeitslücke den Breitbandbedarf verlässlich abdecken können, beginnt das eigentliche Verfahren „Leerrohre“:

- Die Gemeinde erstellt ein Trassenkonzept für Leerrohre und startet die Ausschreibung für den Betrieb der Leerrohre zur Sicherstellung der gewünschten Breitbandversorgung.
 - Nach Auswahl eines Betreibers erfolgt die Feinabstimmung der Leerrohrplanung zwischen der Gemeinde und dem Betreiber, die VOB-Ausschreibung des Leerrohrbaus, der Abschluss eines Nutzungsvertrags zwischen der Gemeinde und dem Betreiber, der Bau der Leerrohre und schließlich die technische Realisierung der eigentlichen Breitbandversorgung.
- Bereits im allerersten Schritt, bei der Feststellung der Unterversorgung, beginnen die praktischen Probleme, denn der Bau eines Leerrohrnetzes rechnet sich einzelwirtschaftlich am ehesten, wenn große Einheiten gebildet werden, welche bestenfalls sowohl dicht besiedelte als auch weniger dicht besiedelte Gebiete umfassen. Jedoch besteht häufig in den dichtbesiedelten Gebieten bereits eine nach den Regularien der Kommission zu bestimmende, nicht zwingend technische Grundversorgung, so dass hier eine beihilfenrechtliche Einzelfallprüfung stattfinden muss. Diese wird aufgrund der spezialgesetzlichen Materie in enger Zusammenarbeit mit dem zuständigen Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein und dem Breitbandkompetenzteam SH durchgeführt. Jeder sich anschließende Schritt birgt weitere praktische und in der Folge rechtliche Risiken eigener Art und kann daher seinerseits beihilfenrechtlich problematisch sein.

Neben diesen für sich bereits sehr komplexen beihilfenrechtlichen Anforderungen ergeben sich im Bereich des Ausbaus von Leerrohrnetzen erhebliche Schnittpunkte zwischen anderen Rechtsgebieten.

So sind Sicherheitsleistungen des Netzpächters zur Absicherung der beteiligten Gemeinden vergaberechtskonform auszugestalten, indem sichergestellt wird, dass die Höhe der Sicherheitsleistung 5% der Auftragssumme nicht überschreitet (siehe Breitbanderlass des Innenministeriums vom 16. März 2011).

Lassen Sie mich nun noch einige Anmerkungen zum Thema „Energieerzeugung“ machen:

Derzeit ist zu beobachten, dass die Kommunen eine verstärkte Rolle bei der Energieerzeugung einnehmen. Dabei

sind rechtsaufsichtlich zwei Bereiche intensiv zu betrachten:

- 1) Die bestehenden Stadt- und Gemeindewerke weiten ihr Geschäftsfeld in dem Bereich der Energieerzeugung aus und
- 2) Gemeinden drängen selbst in die Rolle von Energieerzeugern.

Hier stehen tatsächlich die „klassischen“ Aspekte des kommunalen Wirtschaftsrechts im Vordergrund:

Bei der Ausweitung der Geschäftsfelder von bestehenden Stadt- und Gemeindewerken ist insbesondere die nötige Leistungsfähigkeit zu betrachten. Grundsätzlich benötigen die Stadtwerke, um langfristig überleben zu können, eigene Erzeugungskapazitäten, da sie andernfalls als reine „Energieweiterleiter“ im Preiswettbewerb unterliegen könnten. Dieser Entwicklung stand und steht das Innenministerium als oberste Kommunaufsichtsbehörde grundsätzlich positiv gegenüber. Jedoch ist im Einzelfall von jedem Stadt- und Gemeindewerk die wirtschaftliche Verhältnismäßigkeit zu betrachten. Die Größe des Einkaufes von Energiemengen bzw. Erzeugungskapazitäten, z. B. von „Kraftwerkscheiben“, muss sich am Bedarf und an der Leistungsfähigkeit der Gemeinde orientieren. Ggf. sind für kleinere Stadt- und Gemeindewerke Kooperationen, welche – aus Sicht des Innenministeriums notwendigerweise – in Schleswig-Holstein bereits häufig praktiziert werden, das bessere Modell als die jeweils isolierte eigene Energieerzeugung. Dabei sind in jedem Fall zwingend Nachschusspflichten oder andere Einstandspflichten der Gemeinden aufgrund der Geschäftsausweitung zu vermeiden.

Problematischer wird häufiger ein „Neueinstieg“ von Gemeinden in die Energieerzeugung sein. Grundsätzlich steht den Gemeinden die Möglichkeit der Energieerzeugung offen, jedoch bedarf es zur Bejahung des öffentlichen Zweckes einer unmittelbaren Wohnernützigkeit. Diese ist dann gegeben, wenn die Gemeinde ein eigenes Stadt- oder Gemeindewerk zur Energieversorgung der eigenen Bevölkerung, ggf. im geringfügigeren Maß auch der außergemeindlichen Bevölkerung, errichten würde. Die Energieerzeugung durch Gemeinden ohne eine eigene Versorgung der Bevölkerung ist gemeindefortschaftsrechtlich, abgesehen von Ausnahmen wie die Photovoltaikanlage auf dem Dach einer Schule oder die geringfügige Beteiligung einer Gemeinde an einem Bürgerwindpark, unzulässig, da die erzeugte Strommenge in das allgemeine Stromnetz eingespeist wird und die Versorgung der Bevölkerung durch Dritte (nämlich private Energieversorgungsunternehmen) erfolgt. Daran ändert auch die kürzlich eingeleitete Energiewende nichts, denn die Energieerzeugung ohne gleichzeitige Versorgung

der eigenen Bevölkerung dient vornehmlich der Gewinnerzielung und ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts unzulässig (BVerwGE 39 329 ff.).

Lassen Sie mich kurz auf ein weiteres Thema eingehen, das mit der Rolle der Kommunen bei der Energieversorgung in unmittelbarem Zusammenhang steht: Derzeit laufen die Wegenutzungsverträge für Strom- und Gasleitungen aus. Die damit zusammenhängende Frage, mit wem die jeweilige Gemeinde den neuen Wegenutzungsvertrag abschließen soll, wird derzeit landauf, landab diskutiert. Die grundsätzliche Bewertung aus Sicht der Rechtsaufsicht habe ich bereits in der gemeinsamen Veranstaltung des LKT SH und des SHGT zum Thema „Lokale und landesweite Netzgesellschaften aus Sicht von Kommunalrecht, Regulierung und Versorgungspolitik“ am 7. Dezember 2009 in Rendsburg dargestellt (abgedruckt in Die Gemeinde 3/2010, S. 73 ff.). Das will ich an dieser Stelle nicht wiederholen. Des Weiteren hat das Innenministerium die Prüfung der Zulässigkeit der Beteiligung der Gemeinden an der Schleswig-Holstein Netz AG im vergangenen Jahr zum Anlass genommen, seine grundsätzliche kommunalaufsichtsrechtliche Bewertung detailliert schriftlich darzustellen (Erlass vom 13. August 2010).

Aus aktuellem Anlass will ich aber auf die Problematik der Vergabe von Wegenutzungsverträgen (also auf die Konzessionsverträge) nochmals kurz eingehen: So ist zu beobachten, dass mehrere Gemeinden überlegen bzw. bereits entschieden haben, die Netze selbst oder über ihre Stadt- oder Gemeindewerke vom Altkonzessionär zurückzukaufen. Dabei sind von den Gemeinden insbesondere die finanziellen Auswirkungen der Transaktion detailliert zu bewerten. Die Leistungsfähigkeit der Gemeinde bzw. des netzübernehmenden Stadt- oder Gemeindewerkes sind hier von besonderer Bedeutung. Das netzübernehmende Unternehmen muss nach § 46 Abs. 3 in Verbindung mit §§ 1 und 4 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) die notwendige personelle, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zum Betreiben des Netzes vorweisen.

Neben diesem energiewirtschaftsrechtlichen Nachweis der Leistungsfähigkeit muss das Unternehmen bei der Gründung bzw. der Erweiterung des Unternehmensgegenstandes oder der wesentlichen Erweiterung des Unternehmens im angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen. Die gemeindewirtschaftsrechtliche Beurteilung der Leistungsfähigkeit ist gegenüber der energiewirtschaftsrechtlichen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens

nach § 4 EnWG weitergehend. Die gemeindewirtschaftsrechtliche Leistungsfähigkeit bei Netzübernahmen ist nur gegeben, wenn das Stadt- oder Gemeindewerk über ausreichendes Eigenkapital in Höhe von mindestens 30% verfügt und die Netzübernahme auch in einer worst-case-Szenariobetrachtung ohne finanziellen Rückgriff auf die tragende Gemeinde erfolgt.

Bei dieser Gelegenheit sei ergänzend angemerkt, dass zur Unternehmenserweiterung auch die Netzübernahme bei bestehenden Stadt- und Gemeindewerken gehört, wenn diese sich im Umsatz deutlich bemerkbar macht. Dabei ist eine Steigerung von einem Drittel als eine wesentliche Erweiterung des Unternehmens anzusehen.

Diese Erweiterung ist auch dann gegeben, wenn Netzübernahmen in zeitlich größeren Abständen erfolgen, z. B. durch Stadt- bzw. Gemeindewerke in angrenzenden Netzgebieten; Bezugspunkt der wesentlichen Erweiterung ist das jeweils gemeindliche Netzgebiet bzw. das Netzgebiet vor der Liberalisierung des Energiewirtschaftsrechtes.

Ich warne eindringlich, wie auch die gemeinsame Handreichung des Deutschen Städtetages, des Städte- und Gemeindebundes und des Verbandes der kommunalen Unternehmen („Konzessionsverträge – Handlungsoptionen für Kommunen und Stadtwerke“) vom 19. August 2009 vor einer unwirtschaftlichen Netzübernahme durch Gemeinden. Aus volkswirtschaftlicher Sicht ist nicht von Bedeutung, wem die Netze gehören, sondern wie die Netzzugangsbedingungen gesetzlich ausgestaltet sind.

Der Leitfaden der Bundesnetzagentur und des Bundeskartellamtes weist explizit darauf hin, dass Verteilernetze unterhalb einer gewissen Größenordnung unter bestimmten Bedingungen Effizienz Nachteile beim Netzbetrieb und erhöhten Regulierungsaufwand nach sich ziehen können. Bei der Überlegung, Netze zu rekommunalisieren, müssen die Auswirkungen auf die örtlichen Energiepreise und die Risiken des Netzbetriebes beachtet werden. Im Hinblick auf den Wunsch zur Rekommunalisierung der örtlichen Netze sollten Kooperations- und Pachtlösungen angedacht werden, um eine effiziente Netzstruktur zu erreichen.

Am Beispiel des Energierechtes werden übrigens die Grenzen der Rechtsaufsicht erneut deutlich: Die Informationsrechte der Gemeinde gegenüber dem Altkonzessionär waren und sind trotz der im Rahmen der sog. Energiewende erfolgten Änderung des § 46 EnWG einer der Hauptstreitpunkte zwischen der Gemeinde und dem Altkonzessionär. Die Gemeinde ist nach Auffassung des Bundeskartellamtes zwar verpflichtet, den Bietern

die zur effektiven Teilnahme am Vergabeverfahren notwendigen Informationen und Daten, die der Bieter für eine Preiskalkulation benötigt (Altersstruktur, Qualität und Quantität des Verteilungsanlagen etc.), mitzuteilen, jedoch bekam und bekommt die Gemeinde aufgrund einer, wohl auch weiterhin, unzureichenden Gesetzeslage bzw. unzureichender Verträge diese Informationen gerade nicht vom Altkonzessionär. Diese fehlenden Informationen hatten und haben auch Auswirkungen im Rahmen des Anzeigeverfahrens bei der Kommunalaufsicht. Aufgrund der fehlenden Informationen müssen die Unternehmen in die Kalkulation den vom Altkonzessionär geforderten, aber nach Verhandlungen oftmals geringeren Preis im Rahmen der worst-case-Szenariobetrachtung in die Kalkulation voll mit einfließen lassen und bestimmt damit die Frage der wirtschaftlichen Verhältnismäßigkeit der Netzübernahme. In der Folge musste und muss sich auch die Rechtsaufsicht mit einer entsprechend unklaren Datenlage zufriedengeben.

Wie angekündigt, möchte ich nun noch auf das Thema „Kooperation und Vergaberecht“ eingehen, das für alle Bereiche der Ver- und Entsorgung zunehmend interessant ist, zugleich aber auch aus Sicht der Rechtsaufsicht schwierige Fragestellungen birgt:

Schon im Hinblick auf die Breitbandversorgung und die Energieerzeugung ist deutlich geworden, dass kommunale Kooperationen häufig wirtschaftlich und strategisch mindestens sinnvoll, wenn nicht gar geboten sind. Dies aber wirft wiederum vergaberechtliche Fragestellungen auf, zu denen auch nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs zur Hamburger Stadtreinigung (EuGH, 09.06.2009 - C-480/06; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006CJ0480:DE:HTML>) keine Rechtssicherheit besteht. Vor dem Urteil begann sich die Rechtsauffassung durchzusetzen, dass im gemeindewirtschaftlichen Bereich ausschließlich eine Aufgabendelegation vergaberechtlich unproblematisch sei. Das heißt, wollte ein kommunaler Träger eine ihm obliegende Aufgabe für sein „Einzugsgebiet“ nicht mehr wahrnehmen, sondern von einem anderen kommunalen Partner mit erledigen lassen, hatte er sich zur Vermeidung vergaberechtlicher Probleme dieser Aufgabe durch Übertragung der Aufgabenträgerschaft auf den gewählten kommunalen Partner vollständig zu entledigen (Aufgabendelegation). Die bloße Übertragung einer Aufgabendurchführung auf einen Dritten, die sog. Mandatierung, sollte dagegen zur Anwendung des Vergaberechts führen. Der EUGH hat diese Unterscheidung

offenbar jedoch aufgegeben. Im Falle der Hamburger Stadtreinigung hat er entscheidend darauf abgestellt, dass mehrere Kooperationspartner Aufgaben ohne Veränderung der Aufgabenträgerschaft gemeinsam und mit einer gegenseitigen Einstandspflicht erledigen. Bisher allerdings steht weitere Rechtsprechung zu derartigen Fallkonstellationen aus, so dass gegenwärtig noch große Unsicherheit darüber herrscht, in welcher Weise sich die in diesem konkreten Fall vom EUGH angestellten Erwägungen verallgemeinern lassen. Auch hier kann daher Rechtsaufsicht keine abschließende Rechtssicherheit geben.

Als Fazit lässt sich feststellen, dass eine Rechtsaufsicht über die kommunale Ver- und Entsorgung angesichts der sich stetig wandelnden wirtschaftlichen und (insbesondere EU-) rechtlichen Rahmenbedingungen und nicht zuletzt auch des sich fortentwickelnden Aufgabenspektrums ebenso wie die Kommunen selbst stets vor neuen Herausforderungen steht. Damit stößt aber auch der Anspruch an die „Unumstößlichkeit“ rechtsaufsichtlicher Bewertungen an Grenzen. Das hat im negativen Falle an der einen oder anderen Stelle zur Folge, dass die Autorität der Staatsaufsicht von einzelnen Akteuren in Frage gestellt wird. Positiv

verstanden führt dies jedoch zu einem verstärkten, frühzeitig vor einer abschließenden Entscheidung beginnenden konstruktiven Dialog zwischen Staatsaufsicht und „Beaufsichtigten“ über den rechtssichersten und damit auch unter diesem Aspekt gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern am besten zu vertretenden Weg. Der Beratungsfunktion einer Rechtsaufsicht kommt dementsprechend gerade bei den auf dem Gebiet der Ver- und Entsorgungswirtschaft immer wieder zu treffenden komplexen Entscheidungen ein großes Gewicht zu.

Wiederkehrende Beiträge für Straßen

Verbandsdirektor a.D. Reimer Steenbock, Reinbek

I. Ausgangspunkt und Anlass

Die Regierungsfractionen im Landtag von Schleswig-Holstein haben, leider ohne Begründung, einen Entwurf zur Änderung des Kommunalabgabengesetzes eingebracht (LT-Drucks. 17/1600), der derzeit in der internen Diskussion im Landtag ist. Mit einer Entscheidung ist in den nächsten Monaten zu rechnen.

Inhalt des Gesetzentwurfs ist

- neben dem Versuch,
 - die Erhebung von Straßenbaubeiträgen freizustellen (Ausnahme von § 76 Abs. 2 GO),
 - den Mindestgemeindeanteil bei Straßenbeiträgen von 10 auf 15 v.H. zu erhöhen und
 - dem Versuch, die sog. tiefenmäßige Begrenzung auch außerhalb des unbeplanten Innenbereichs zuzulassen,
- die Einfügung einer alternativen Möglichkeit (neuer § 8a), Straßenbaubeiträge zu erheben. Dabei geht es um wiederkehrende Beiträge für öffentliche Straßen, Wege und Plätze, also eine alternative Gestaltung der Erhebung von („einmaligen“) Straßenbaubeiträgen nach § 8 KAG.

Die Erhebung von Erschließungsbeiträgen nach §§ 127 ff. BauGB, also die Erhebung von Beiträgen für die erstmalige Herstellung von zum Anbau bestimmten Straßen, bleibt unberührt. Insoweit wird es auch zukünftig bei der ausschließlichen Möglichkeit, Straßen, Wege und Plätze einzeln abzurechnen, bleiben. Für die Diskussion von Bedeutung ist die schon bisher im BauGB gegebene Möglichkeit, Erschließungseinheiten zu bilden. Diese sind allerdings nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in der Praxis fast immer ausgeschlossen.

Die alternative Möglichkeit für die Straßenbaufinanzierung wiederkehrende Beiträge zu erheben, gibt es schon heute in Rheinland-Pfalz, Thüringen, Sachsen-Anhalt und dem Saarland. In Hessen läuft eine Initiative aus dem Bereich der Städte und Gemeinden, diese Gestaltungsform auch im Hessischen Kommunalabgabengesetz zuzulassen. Neu ist jetzt die Initiative und Diskussion in Schleswig-Holstein.

Anlass für die derzeit laufende Diskussion zur Einführung wiederkehrender Beiträge sind in der Praxis immer wieder aufkommende Diskussionen über teilweise erheblich unterschiedliche Straßenbaubeitragsbelastungen. Dazu zählt auch, dass wegen unterschiedlicher Gemeindeanteile für Straßen mit unterschiedlicher Verkehrsbedeutung und wegen teilweise sehr unterschiedlichen Grundstücksstrukturen an ansonsten vergleichbaren Straßen, vergleichbar nutzbare Grundstücke teilweise außerordentlich unterschiedliche Beitragsbelastungen zu tragen haben (z. B. Ausbau einer Anliegerstraße als verkehrsberuhigter Bereich in 5 m Breite im Vergleich zu einer Anliegerstraße mit Fahrbahn, zwei Gehwegen und Parkstreifen oder vergleichbare Anliegerstraßen mit und ohne Schulgrundstück als Anliegergrundstück).

Ein Grund ist auch die Diskussion in Schleswig-Holstein über die Erhebungspflicht für Straßenbaubeiträge (§ 76 Abs. 2 GO). Wenn es denn nicht anders geht soll damit Gemeinden ein Instrument an die Hand gegeben sein, Beitragsbelastungen so zu gestalten, dass sie für die Grundstückseigentümer leichter und angenehmer zu finanzieren sind. Dazu gehört auch die Betonung der Solidaritätsgemeinschaft von Grundstückseigentümern, die alle ein einheitliches Verkehrs-

system benutzen und nicht eigentlich nur die Straße, zu der ihr Grundstück zufälligerweise als Anlieger- oder Hinterliegergrundstück erschlossen ist.

Ein weiterer Anlass ist auch die Notwendigkeit, neue Finanzierungswege für die Erneuerung „Grüner Planwege“. Gemeint sind die Wirtschaftswege, die vor Jahrzehnten, häufig über den Grünen Plan, mit wenig Mitteln der Anlieger (meistens mit gar keinen) finanziert worden sind und die heute umfassend erneuerungsbedürftig sind. Nicht zuletzt haben auch die sprunghaft angestiegenen Achslasten landwirtschaftlicher Fahrzeuge und Maschinen zur Erneuerungsbedürftigkeit beigetragen. Dagegen spielen die Verkehrsbelastungen durch Biogasanlagen oder Windenergieanlagen insoweit eigentlich eine geringere Rolle. Dafür müssten weniger neue Finanzierungsinstrumente geschaffen werden. Vielmehr müssten heute schon bestehende Möglichkeiten, die so genutzten Grundstücke höher zu belasten, ausgenutzt werden.

II. Grundsätze des bisherigen Straßenbeitragsrechts

Nachstehend noch einmal die wesentlichen Grundsätze des bisherigen Straßenbeitragsrechts (soweit nach § 8 KAG zu beurteilen), um Unterschiede und Vergleichbarkeit mit alternativ möglichen wiederkehrenden Beiträgen darzustellen.

1. Es werden die tatsächlichen Investitionsaufwendungen abgerechnet. Demgemäß ist eine Abrechnung immer erst nach Beendigung der Baumaßnahme möglich. Der Beitragsanspruch entsteht grundsätzlich mit der Schlussabnahme. Beitragsfähig sind nur Investitionsaufwendungen, nicht Aufwendungen für die laufende Unterhaltung, also die Instandhaltung oder Instandsetzung. Maßnahmen, die ausschließlich die Verschleißdecke betreffen (3 – 4 cm, oberste Schicht) sind nicht beitragsfähige Unterhaltungsmaßnahmen. Maßnahmen, die

tiefer gehen, also stärker in den Straßenkörper eingreifen, gehören zu den beitragsfähigen Investitionsmaßnahmen.

2. Öffentliche Einrichtung ist die einzelne Straße. Abgerechnet wird unter Berücksichtigung aller Grundstücke an dieser Straße. Es werden nicht nur die Grundstücke im Bereich der tatsächlichen Baumaßnahme einbezogen, sondern alle Grundstücke, die von der ausgebauten/teilausgebauten Straße erschlossen werden.

Die Feststellung, was öffentliche Einrichtung, also „Straße“ im beitragsrechtlichen Sinne ist, ist gelegentlich die schwierigste Frage. Straße ist „was sich nach unabhängiger Betrachtungsweise eines neutralen Beobachters als öffentliche Straße darstellt“.

3. Je nach Verkehrsbedeutung einer Straße gibt es unterschiedliche Gemeindeanteile und damit auch unterschiedliche Beitragsanteile. Als Straßentypen sind zumindest zu unterscheiden:

- Anliegerstraßen (die im Wesentlichen dem Anliegerverkehr dienen)
- Haupteerschließungsstraßen (die im Wesentlichen den innerörtlichen Verkehr dienen)
- Hauptverkehrsstraßen (die im Wesentlichen dem überörtlichen Durchgangsverkehr dienen)

4. In die Verteilung und damit auch in die Veranlagung sind alle erschlossenen Grundstücke einzubeziehen. Erschlossen sind alle Grundstücke, denen die Möglichkeit des Zugangs eingeräumt ist; bei gewerblicher, industrieller oder ähnlicher Nutzung ist die Möglichkeit einer Zufahrt erforderlich. Bei Hinterliegergrundstücken muss die rechtliche und tatsächliche Zugangs- oder Zufahrtmöglichkeit gesichert sein (Ausnahme: Hinterliegergrundstücke des gleichen Eigentümers).

5. Zugrunde zulegen ist das Grundbuchgrundstück, also das Grundstück, das im Grundbuch als ein Grundstück gebucht ist. Maßgebend dafür ist die gleiche laufende Nummer im Bestandsverzeichnis im Grundbuch, auch wenn das mehrere Flurstücke erfasst. Ausnahme gelegentlich bei landwirtschaftlichen Grundstücken wenn, nach Flurbereinigung, alle Grundstücke eines Landwirts unter einer laufenden Nummer gebucht sind.

6. Maßstab für die Verteilung der beitragsfähigen Aufwendungen und damit letztlich auch für die Veranlagung ist grundsätzlich Grundstücksfläche mit Zuschlägen nach der Zahl der Vollgeschosse und Zuschlägen für die gewerbliche, industrielle und ähnliche Nutzung. Möglich wäre grundsätzlich auch die Geschossfläche. Maßstabskombinationen

aus diesen beiden Maßstäben sind möglich. Weitere Maßstäbe sind heute praktisch nicht mehr möglich. Für Grundstücke im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) ist eine sogenannte tiefenmäßige Begrenzung (= ortsübliche Tiefe von Baugrundstücken) möglich.

Für Grundstücke im Außenbereich (und die Flächen hinter der tiefenmäßigen Begrenzung) erfolgt eine Gewichtung der Grundstücksfläche, so dass die normalerweise sehr viel größeren landwirtschaftlich genutzten Grundstücke im Außenbereich in eine vergleichbare Größe zu Grundstücken im Innenbereich kommen. Die Größenordnung für den Gewichtungsfaktor von unbebauten, landwirtschaftlich genutzten Grundstücken im Außenbereich liegt erfahrungsgemäß in der Größenordnung zwischen 0,02 und 0,08 (= 2 % - 8 %) je nach örtlichen und regionalen Verhältnissen.

7. Grundstücke, die mehrfach erschlossen sind (also Eckgrundstücke oder sogenannte durchlaufende Grundstücke zwischen zwei Straßen), können (nicht müssen) eine Vergünstigung erhalten. Den durch die Vergünstigung ausfallenden Betrag trägt die Gemeinde. Die Vergünstigung wird also nicht – wie bei den Erschließungsbeiträgen – auf die anderen erschlossenen und beitragspflichtigen Grundstücke umgelegt.

8. In Ortsdurchfahrten von Kreisstraßen, Landesstraßen und Bundesstraßen beschränkt sich die öffentliche Einrichtung auf die festgesetzte Ortsdurchfahrt (erkennbar durch OD-Steine oder OD-Schilder). Innerhalb der Ortsdurchfahrt obliegt den Gemeinden grundsätzlich (Ausnahme: größere Städte) nur die Baulast für Gehwege, Parkstreifen, Straßenentwässerung, Straßenbeleuchtung und zum Teil auch Radwege. Insbesondere auch für die Fahrbahn ist die jeweilige Gemeinde oder Stadt aber nicht zuständig.

9. Kosten für die Straßenentwässerung fallen nicht im Rahmen der Aufgabe „Niederschlagswasserbeseitigung“, sondern im Rahmen der Aufgabe „Trägerschaft der Straßenbaulast“ an. Straßenentwässerungskosten gehören deshalb zu den Investitionskosten für Straßen. Für diese Investitionskosten sind Straßenbeiträge zu erheben. Jegliche Investitionsmaßnahmen an Niederschlagswasserkämen, die auch der Straßenentwässerung dienen, sind damit gleichzeitig beitragsfähige Straßenbaumaßnahmen.

III. Wiederkehrende Beiträge für Straßen

Der Gesetzentwurf der CDU-Fraktion und der FDP-Fraktion im Landtag von Schleswig-Holstein hat, wie gesagt, zum Ziel,

eine alternative (freiwillige) Möglichkeit für die Gemeinden und Städte zu schaffen, anstelle der einmaligen Beiträge für Straßenbaumaßnahmen nach dem eben geschilderten System wiederkehrende Beiträge einzuführen. Gibt es keine Entscheidung der Gemeinde für wiederkehrende Beiträge, gilt das Recht der einmaligen Beiträge.

Die nachstehende Beschreibung beruht auf dem Gesetzentwurf und unterstellt, dass er in dieser Form Gesetz wird. Veränderungen sind in der einen oder anderen Frage, insbesondere in Bezug auf Abrechnungseinheiten, noch vorstellbar. Das im Entwurf vorgesehene System entspricht nahezu vollständig dem System, wie es in den oben genannten Ländern vorgesehen ist. Gesetzgeberisches Neuland wird also insoweit damit nicht betreten.

Die auch vom Autoren dieses Artikels noch 1986 bei der Änderung des Kommunalabgabengesetzes Rheinland-Pfalz gehegte Annahme, wiederkehrende Beiträge für Straßen seien insbesondere für mittlere und kleinere Gemeinden und Städte interessant, wurde schnell widerlegt. Nach dem Inkrafttreten des neuen Rheinland-Pfälzischen Kommunalabgabengesetzes (1988) waren die Landeshauptstadt Mainz und die Stadt Ludwigshafen (Mainz mit deutlich über 200.000 Einwohnern, Ludwigshafen mit deutlich über 100.000 Einwohnern) mit die ersten, die wiederkehrende Beiträge einführen. In beiden Städten gab es damals Straßenbaubeitragssatzungen, die aber mehr oder weniger seit Jahren nicht angewandt worden waren, weil die Schwierigkeiten mit der Veranlagung und Heranziehung von Grundstückseigentümern befürchtet wurden (und auch weil noch Geld für Straßenbaumaßnahmen ohne Beitragserhebung da war).

Die Annahme, wiederkehrende Beiträge seien deshalb nur für sehr kleine oder kleinste Gemeinden interessant, entspricht zumindest nicht den Erfahrungen in anderen Bundesländern.

Wiederkehrende Beiträge gibt es in Rheinland-Pfalz in mehr als einem Drittel der insgesamt rund 2.000 Gemeinden (die übrigens alle eine Straßenbeitragsatzung haben und sie anwenden; § 76 Abs. 2 GO und der Grundsatz: „Keine Investitionszuweisungen ohne eigene Einnahmeausschöpfung“ lassen grüßen).

1. Der Schleswig-Holsteinische Gesetzentwurf lässt nicht nur einheitliche Entscheidungen für eine Gemeinde oder Stadt zu. Zulässig ist die Zusammenfassung von öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen zu sog. Abrechnungseinheiten. Abrechnungseinheiten können sein:

- alle Straßen im Gemeindegebiet
- alle Straßen innerhalb einer sogenannten selbständigen städtebau-

lichen Einheit (z. B. Ortsteil oder Ortsbezirk)

- die Straßen in einem Baugebiet nach § 1 Abs. 2 BauNVO

In Miniortslagen (nur eine Straße) sind die Abrechnungsgebiete von einmaligen und wiederkehrenden Beiträgen gleich.

Die Bildung von Abrechnungseinheiten für Baugebiete im Sinne von § 1 Abs. 2 BauNVO halte ich persönlich für problematisch, weil insoweit eine „städtebauliche Einheit“ (vergleichbar einer Insellage mit ein oder zwei Anbindungen an das übrige Verkehrsnetz) relativ selten sind. Die gegenseitige Abgrenzung solcher Abrechnungseinheiten ist nicht unproblematisch. Dagegen sind städtebauliche Einheiten im Sinne von separierbaren Ortsteilen oder Ortsbezirken denkbar. Auch Abgrenzungen, die nicht allein durch den Außenbereich, sondern durch Flüsse, Eisenbahnlinien, Durchgangsstraßen und dergleichen (alles, was zur Kanalisierung von Verkehrswegen führt) vorgenommen werden, sind denkbar.

Zielpunkt der Überlegungen in einer Gemeinde ist aber normalerweise die Zusammenfassung aller Erschließungsanlagen in einer Ortslage. Dass das beispielsweise für eine Stadt wie Kiel ein völlig neuer, anderer Denkansatz ist, ist verständlich. Dass das aber denk- und umsetzbar ist, und vielleicht auch ständige Verwaltungsgerichtsverfahren überflüssig macht, machen andere Städte deutlich (s.o.)

2. Zum Abrechnungsgebiet gehören auch die Ortsdurchfahrten (soweit Baulast der Gemeinde gegeben ist). Die Grundstücke an Ortsdurchfahrten werden also dann in Bezug auf Beitragsbelastungen nicht anders behandelt als Grundstücke an gemeindlichen Straßen.

Zum Abrechnungsgebiet gehören natürlich auch die Straßen, Wege und Plätze im Außenbereich, soweit gemeindliche Baulast gegeben ist, insbesondere also beispielsweise die Wirtschaftswege.

Wenn auffallen sollte, dass beispielsweise die Abrechnung wiederkehrender Beiträge in Rheinland-Pfalz sich auf die bebaute Ortslage beschränkt: Für die Wirtschaftswege gibt es in Rheinland-Pfalz einen gesonderter wiederkehrenden Beitrag, praktisch also zwei getrennte Abrechnungsgebiete. Das hat historische Gründe (Einsatz der Jagdpacht für Bau und Unterhaltung der Wirtschaftswege). Außerdem ist die Siedlungsstruktur im Außenbereich deutlich anders (weniger Normalbebauung = Einzelhäuser im Außenbereich).

3. Beitragsfähig sind unverändert die tatsächlichen Investitionsaufwendungen. Es ist die gleiche Abgrenzung zwischen Unterhaltungsaufwendungen und Investitionsaufwendungen vorzunehmen wie bei einmaligen Beiträgen.

Abweichend von den einmaligen Beiträgen werden aber die tatsächlichen jährlichen Investitionsaufwendungen umgelegt, das Ende der Baumaßnahme muss nicht abgewartet werden. Praktisch werden Vorauszahlungen auf der Grundlage der geschätzten Investitionsaufwendungen laut Haushaltsplan oder vergleichbarer Festlegung erhoben. Bauprogramme sind nicht mehr erforderlich, um den Zeitpunkt der Entstehung des Beitragsanspruchs festzuhalten, aber um den Umfang der erforderlichen Investitionsaufwendungen festzustellen (wenn keine Einzelzuordnung im Rahmen der Jahresrechnung erfolgt). Für die erhobenen Vorauszahlungen erfolgt nachträglich eine Spitzabrechnung im jeweils folgenden Jahr („Nachkalkulation“).

Vorgesehen ist im Gesetzentwurf die Bildung von Durchschnittssätzen für bis zu 5 Jahren, praktisch also die Erhebung von Beiträgen anhand der Investitionsprogramme. Nachträglich muss dann auch hier die Abrechnung erfolgen, allerdings nicht im Jahresrhythmus, sondern durch Vortrag der Über- und Unterdeckungen und den Ausgleich dann spätestens nach Ablauf des 5-Jahres-Zeitraums.

4. Unterschiedliche Gemeindeanteile für einzelne Straßen kann es beim wiederkehrenden Beitrag nicht mehr geben. Auch unterschiedliche Gemeindeanteile für unterschiedliche Abrechnungsgebiete halte ich für die Ungleichbehandlung vergleichbarer Fälle, zumindest im Grundsatz (extremer Ausnahmefall: Abrechnungseinheit mit fast ausschließlich Durchgangsverkehr gegenüber einer Abrechnungseinheit mit entsprechender Durchmischung von Anliegerverkehr und Durchgangsverkehr). Der Gemeindeanteil bei wiederkehrenden Beiträgen beträgt mindestens 15 v. H. Dieser Mindestanteil muss höher sein als der Mindestgemeindeanteil bei einmaligen Beiträgen (bisher 10 v. H.), weil in einer Abrechnungseinheit Straßen aller drei Straßentypen zusammenkommen und sich, würde man eine Durchschnittsberechnung der bisher unterschiedlichen Gemeindeanteile vornehmen, natürlich auch ein höheres Gemeindeanteilniveau ergeben, als es bei den reinen Anliegerstraßen der Fall ist.

5. Der Kreis der erschlossenen Grundstücke ändert sich nicht. Auch bleibt es unverändert dabei, dass die Grundbuchgrundstücke maßgebend für die beitragsrechtliche Beurteilung sind. Zu berücksichtigen und heranzuziehen sind immer alle erschlossenen Grundstücke im Abrechnungsgebiet. Das dürfte der wesentliche Anfangsaufwand bei der Ermittlung wiederkehrender Beiträge sein, weil alle Grundstücke im Abrechnungsgebiet – in der Regel wird es sich um die gesamte

Ortslage handeln – zu berücksichtigen sind. Einzige Ausnahme: Außenbereichsgrundstücke, die ausschließlich durch Bundes-, Landes- oder Kreisstraßen außerhalb der Ortsdurchfahrt erschlossen sind.

Der Fortführungsaufwand für eine entsprechende Grundstücksdatei wird normalerweise überschätzt. In Gemeinden mit normaler Bautätigkeit wurde geschätzt, dass sich pro Jahr etwa die Verhältnisse bei 4 % der Grundstücke verändern. In Zeiten von ALB und ALK sowie von sich immer mehr auch im Bereich der Grundbücher durchsetzenden elektronischen Verarbeitungsformen ist dieser Fortführungsaufwand überschaubar. Gelegentlich verbreitete Horrorzahlen über den jährlichen Verwaltungsaufwand (Fortführungsaufwand) zeugen von wenig Verwaltungspraxis.

6. Auch der Maßstab bleibt gegenüber den bisherigen einmaligen Beiträgen grundsätzlich unverändert.

7. Mehrfach erschlossene Grundstücke gibt es innerhalb eines Abrechnungsgebietes nicht mehr. Eckgrundstücke oder durchlaufende Grundstücke können nur vorkommen, wenn Grundstücke von mehreren Abrechnungseinheiten erschlossen würden. Für den Normalfall – Abrechnungsgebiet = Gemeindegebiet – würden alle Eckgrundstücke nur einmal berücksichtigt.

IV. Übergangsregelungen

Beim Umstieg von einmaligen auf wiederkehrende Beiträge bei Gemeinden, die in den letzten Jahren und Jahrzehnten mehr oder weniger regelmäßig einmalige Beiträge erhoben haben, sind Übergangsregelungen notwendig. Das gilt auch im unmittelbaren Anschluss an die erstmalige Herstellung einer Straße, denn es darf natürlich nicht sein, dass ein Grundstückseigentümer, der gerade erst Erschließungsbeiträge für die erstmalige Herstellung seiner Straße gezahlt hat, dann gleich in die Erhebung von Straßenbaubeiträgen (im Sinne von wiederkehrenden Beiträgen) einbezogen wird.

Eine entsprechende Übergangsregelung dient also der Vermeidung von Doppelbelastungen etwa in einem Zeitraum, der der durchschnittlichen Nutzungsdauer von Straßen (20 – 30 Jahre) entspricht. Bei Zahlung eines vollständigen umfassenden Beitrags, der die Investitionsaufwendungen für die gesamte Straße mit allen Teilen umfasst – vergleichbar den Erschließungsbeiträgen – könnte/sollte eine Freistellung für beispielsweise die ersten 15 – 20 Jahre erfolgen.

Für Fälle, in denen einmalige Beiträge nur für Teilmaßnahmen erhoben worden sind, ist eine entsprechend geringere Frist erforderlich. Man wird im Einzelfall die

Verhältnisse in der jeweiligen Gemeinde betrachten müssen.

Übergangsregelungen sind auch notwendig, wenn eine Gemeinde von wiederkehrenden Beiträgen zu einmaligen Beiträgen zurückkehren will. Dann wäre beispielsweise die Anrechnung der Zahlungen in einem bestimmten Zeitraum auf den nächsten entstehenden einmaligen Beitragsanspruch denkbar.

IV. Ausblick

Wiederkehrende Beiträge sind eine gute Möglichkeit,

- die Belastungen der Beitragspflichtigen erträglicher zu gestalten,

- die Notwendigkeit von Billigkeitsmaßnahmen (= Zahlungsschwierigkeiten von Grundstückseigentümern) deutlich zu verringern,
- Voraussetzungen für bessere und schnellere Investitionsmaßnahmen im Straßenbereich zu schaffen; damit erfolgt in gewissem Umfang eine Konjunkturförderung und
- gemeindespezifische Systeme für den Straßenbau zu entwickeln und fortzuführen, nicht Straßengestaltungen nach dem Wunsch der Anlieger, möglichst wenig zu bezahlen.

In Deutschland können neue Systeme nur mit gehöriger Diskussion über die Verein-

barkeit mit dem Grundgesetz eingeführt werden. Das war auch für den wiederkehrenden Beitrag für Straßen so. Alles, was es an Literatur, Gutachten, Stellungnahmen, Meinungsäußerungen, Gerichtsentscheidungen usw. zu dieser Frage gibt, liegt für die Landtagsberatung und ist bekannt. Ich teile die Auffassung derjenigen, die den wiederkehrenden Beitrag für Verkehrsanlagen nicht für verfassungswidrig halten und die die Einführung dieser alternativen Finanzierungsmöglichkeit für Straßenbaumaßnahmen uneingeschränkt begrüßen.

Rechtsprechungsberichte

Weisungsrecht des Stadtrats gegenüber seinen Vertretern im Aufsichtsrat eines kommunalen Versorgungsbetriebs

Kommunale Gremien können gegenüber ihren Vertretern in einem fakultativ errichteten Aufsichtsrat eines Versorgungsunternehmens, das als Gesellschaft mit beschränkter Haftung organisiert ist und an dem die Kommune eine Mehrheitsbeteiligung hält, auch dann weisungsbehaftet sein, wenn dies im Gesellschaftsvertrag nicht explizit verankert ist. Das hat das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig heute entschieden.

Die Kläger sind Mitglieder des beklagten Rates der Stadt Siegen und auf dessen Vorschlag von der Gesellschafterversammlung der Siegener Versorgungsbetriebe GmbH (SVB) gewählte Mitglieder im Aufsichtsrat dieses Unternehmens. Sie wenden sich gegen Weisungen, Aufträge und andere Maßnahmen des Beklagten im Hinblick auf ihre Aufsichtsratsstätigkeit, durch die sie die freie, am Wohl der Gesellschaft orientierte Ausübung ihrer Aufsichtsratsmandate gefährdet sehen. Ihre Klage mit dem Ziel festzustellen, dass der Beklagte nicht berechtigt sei, ihnen Weisungen oder das Stimmrecht im Aufsichtsrat berührende Aufträge zu erteilen, blieb in allen Instanzen erfolglos. Seit dem Jahr 2005 war es zwischen den Parteien insbesondere bei der Preisfestsetzung der SVB mehrfach zu Divergenzen über die Zulässigkeit von Weisungen des Stadtrats gegenüber vom Rat vorgeschlagenen Mitgliedern des Aufsichtsrats der GmbH gekommen. Versuche der Stadt, den Gesellschaftsvertrag dahingehend zu ändern, dass ihr ausdrücklich ein Weisungsrecht gegenüber diesen Aufsichtsratsmitgliedern eingeräumt wird, scheiterten am Widerstand des zweitgrößten Gesellschafters, ohne dessen Mitwirkung die Stadt nicht

über die erforderliche 75 %-Mehrheit verfügt. Die Stadt stützt sich bei der Annahme ihres Weisungsrechts auf § 113 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW), demzufolge die Vertreter der Gemeinde in Gesellschafterversammlungen, Aufsichtsräten etc. von juristischen Personen, an denen die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, die Interessen der Gemeinde zu verfolgen haben und an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden sind.

Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Weisungsgebundenheit der kommunalen Vertreter auf Grund des Gesellschaftsvertrages bejaht. Das kommunale Weisungsrecht gemäß § 113 GO NRW steht unter dem Vorbehalt, dass nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist. Eine solche andere gesetzliche Regelung stellt § 52 Abs. 1 GmbHG dar, demzufolge auf einen fakultativen, d. h. (nur) nach dem Gesellschaftsvertrag zu bestellenden Aufsichtsrat verschiedene Vorschriften des Aktiengesetzes, unter anderem die über die Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder, entsprechend anzuwenden sind, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist. Hier hatte der Gesellschaftsvertrag die Vorschriften des Aktiengesetzes abbedungen, aber zur Frage des Weisungsrechts keine ausdrückliche Regelung getroffen. Daher ist im Wege der Vertragsauslegung zu prüfen, was der Gesellschaftsvertrag an Stelle der aktienrechtlichen Vorschriften regeln wollte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gemeinde bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages im Zweifel die gesetzlichen Voraussetzungen an die kommunalrechtliche Zulässigkeit ihrer Beteiligung an einer derartigen Gesellschaft einhalten wollte. Mit den kommunalrechtlichen Vorschriften ist ein Regelungssystem vorhanden, auf das als Aus-

legungshilfe für den Gesellschaftsvertrag zurückgegriffen werden kann. Da sich die Gemeinde gemäß § 108 Abs. 5 Nr. 2 GO NRW nur dann an einer GmbH mit einem fakultativen Aufsichtsrat beteiligen darf, wenn durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages sichergestellt ist, dass der Rat den von der Gemeinde bestellten oder auf Vorschlag der Gemeinde gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrats Weisungen erteilen kann, ist davon auszugehen, dass die Gesellschafter die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für eine Relevanz dieser Weisungen im Gesellschaftsvertrag schaffen wollten. Deshalb ist der Ausschluss der Vorschriften des Aktiengesetzes durch den Gesellschaftsvertrag dahin auszulegen, dass stattdessen ein Weisungsrecht des Beklagten gegenüber den Klägern für die Wahrnehmung ihrer Rechte als Mitglieder des Aufsichtsrats bestehen soll.

BVerwG 8 C 16.10 - Urteil vom 31. 8. 2011

§ 52 Abs. 1 GmbHG:

"Ist nach dem Gesellschaftsvertrag ein Aufsichtsrat zu bestellen, so sind § 90 Abs. 3, 4, 5 Satz 1 und 2, § 95 Satz 1, § 100 Abs. 1 und 2 Nr. 2 und Abs. 5, § 101 Abs. 1 Satz 1, § 103 Abs. 1 Satz 1 und 2, §§ 105, 107 Abs. 4, §§ 110 bis 114, 116 des AktG i.V.m. § 93 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2 des AktG, § 124 Abs. 3 Satz 2, §§ 170, 171 des AktG entsprechend anzuwenden, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist."

§ 108 Abs. 5 GO NRW:

"Die Gemeinde darf unbeschadet des Absatzes 1 Unternehmen und Einrichtungen in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nur gründen oder sich daran beteiligen, wenn durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages sichergestellt ist, dass
1. ...

2. der Rat den von der Gemeinde bestellten oder auf Vorschlag der Gemeinde gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrats Weisungen erteilen kann, soweit die Bestellung eines Aufsichtsrats gesetzlich nicht vorgeschrieben ist."

§ 113 Abs. 1 GO NRW:

"Die Vertreter der Gemeinde in Beiräten,

Ausschüssen, Gesellschafterversammlungen, Aufsichtsräten oder entsprechenden Organen von juristischen Personen oder Personenvereinigungen, an denen die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, haben die Interessen der Gemeinde zu verfolgen. Sie sind an die Beschlüsse des Rates und seiner Aus-

schüsse gebunden. Die vom Rat bestellten Vertreter haben ihr Amt auf Beschluss des Rates jederzeit niederzulegen. Die Sätze 1 bis 3 gelten nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist."

Pressemitteilung des BVerwG

Aus der Rechtsprechung

GG Art. 28 Abs. 2 Satz 1 und 2, VwGO § 68 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1, § 72, § 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, § 79 Abs. 1 Nr. 1, VwVfG § 1 Abs. 4, § 35 Satz 1

Gebührenbescheid; privater Geschäftsbesorger; Zweckverband; Verwaltungsakt; Nichtakt; Organisationshoheit;

Leitsatz:

1. Für die Annahme eines Verwaltungsakts in Abgrenzung von einem Nichtakt (Scheinverwaltungsakt) ist dann, wenn die betreffende Maßnahme eine Behörde als Entscheidungsträger ausweist, intern jedoch ein Privater sie getroffen hat, erforderlich, aber auch genügend, dass die nach außen in Erscheinung tretende Behörde das Tätigwerden des Privaten als Geschäftsbesorger veranlasst hat.

2. Von der Prüfung, ob ein im Wege der Anfechtungsklage angreifbarer Verwaltungsakt vorliegt, ist die Prüfung seiner formellen und materiellen Rechtmäßigkeit zu unterscheiden.

3. Die in § 72 VwGO nicht vorgeschriebene Abgabennachricht, mit der die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, dem Widerspruchsführer mitteilt, dass sie seinem Widerspruch nicht abhilft, stellt eine unselbständige Verfahrenshandlung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens und keine Regelung im Sinne des Verwaltungsaktsbegriffs dar.

4. § 68 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 VwGO ermöglicht dem Gesetzgeber nicht nur den gänzlichen Ausschluss des Widerspruchsverfahrens, sondern auch eine Beschränkung der Prüfungs- und Entscheidungskompetenz der Widerspruchsbehörde.

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts v. 23.8.2011, Az.: BVerwG 9 C 2.11

Zum Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen einen Wasser- und Abwassergebührenbescheid. Er wurde mit Bescheid, der mit Hilfe einer elektronischen Datenverarbeitungsanlage erstellt wurde, keine Unter-

schrift trägt und im Briefkopf und der Grußformel den beklagten Zweckverband als erlassende Behörde ausweist, für sein Grundstück in T. zu Wasser- und Abwassergebühren in Höhe von 607,12 € herangezogen. Auf seinen Widerspruch hin teilte der Beklagte mit, dass nach eingehender Prüfung der Sach- und Rechtslage dem Widerspruch nicht abgeholfen werden könne und dieser zuständigkeitshalber an das Landratsamt G. als Widerspruchsbehörde abzugeben sei. Das Landratsamt G. wies den Widerspruch zurück. Das Verwaltungsgericht hat der hiergegen gerichteten Klage stattgegeben. Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen, die Revision des Beklagten blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die zulässige Revision ist unbegründet. Das angefochtene Urteil verstößt nicht gegen Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO).

1. Das Oberverwaltungsgericht hat, indem es davon ausgegangen ist, dass es sich bei dem angefochtenen Gebührenbescheid um einen Verwaltungsakt handelt, den Verwaltungsaktsbegriff, der als Begriff des Prozessrechts der Verwaltungsgerichtsordnung (§§ 42, 68, 70, 75, 79 VwGO) auch dem Bundesrecht angehört (Urteil vom 12. Januar 1973 - BVerwG 7 C 3.71 - BVerwGE 41, 305 <306>), nicht verkannt. Bei dem Gebührenbescheid handelt es sich um eine auf unmittelbare Außenwirkung gerichtete Entscheidung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts im Sinne des bundesrechtlichen Verwaltungsaktsbegriffs, wie er in § 35 Satz 1 VwVfG definiert ist. Sein Erlass ist auch dem Beklagten und damit einer Behörde im Sinne des Verwaltungsaktsbegriffs (vgl. § 1 Abs. 4 VwVfG) zuzurechnen. Nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts hat der Beklagte den für ihn tätig gewordenen privatrechtlich organisierten Geschäftsbesorger vertraglich ausdrücklich ermächtigt, Veranlagungen zu Ge-

bühren und Beiträgen durchzuführen und Gebühren- und Beitragsbescheide zu erstellen und zu versenden. Anders als in dem von der Revision zitierten Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. August 2006 - BVerwG 10 B 38.06 - (Juris Rn. 6) ist hier die Mitwirkung des Privaten nach außen nicht erkennbar geworden, sondern allein im internen Bereich geblieben. Als Entscheidungsträger ist nach außen nicht der Geschäftsbesorger, sondern ausschließlich der Beklagte aufgetreten. Der angefochtene Bescheid hat daher nicht den Charakter einer allein von einer Privatperson getroffenen Maßnahme. Dass der Beklagte den Inhalt des Gebührenbescheids nicht kannte und ihn vor seinem Erlass nicht auf seine Richtigkeit hin überprüfen konnte, führt zu keiner anderen Beurteilung der Verwaltungsaktsqualität. Erforderlich, aber auch genügend für die Annahme eines Verwaltungsakts in Abgrenzung von einem Nichtakt (Scheinverwaltungsakt) ist dann, wenn die betreffende Maßnahme eine Behörde als Entscheidungsträger ausweist, intern jedoch ein Privater sie getroffen hat, dass die nach außen in Erscheinung tretende Behörde das Tätigwerden des Privaten als Geschäftsbesorger veranlasst hat, der Geschäftsbesorger also mit ihrem Wissen und Wollen tätig geworden ist. Hiervon kann nur gesprochen werden, wenn die von dem Geschäftsbesorger durchzuführende Tätigkeit ihrer Art und ihrem Umfang nach so hinreichend genau bestimmt ist, dass ohne Weiteres feststellbar ist, ob er sich im Rahmen der ihm übertragenen Tätigkeit gehalten hat. Dies war hier nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts der Fall. Durch den Geschäftsbesorgungsvertrag und die von ihm erlassenen satzungsrechtlichen Regelungen hat der Beklagte die Grundlagen für das Tätigwerden des Geschäftsbesorgers geschaffen und gleichzeitig den Umfang der Aufgabenwahrnehmung im Einzelnen festgelegt. Innerhalb dieses Rahmens hat sich der Geschäftsbesorger bewegt, so dass sein Tätigwerden dem

beklagten Zweckverband als eigenes Handeln zuzurechnen ist.

Die Annahme des Oberverwaltungsgerichts, der Bescheid sei inhaltlich von dem privaten Geschäftsbesorger erlassen worden, steht nicht im Widerspruch zur Qualifizierung des Gebührenbescheids als Verwaltungsakt und ist nicht willkürlich. Widersprüchlich und willkürlich wäre das Berufungsurteil nur dann, wenn die Formulierung, der Bescheid sei formal dem Beklagten zuzurechnen, inhaltlich aber nicht von ihm, sondern dem Geschäftsbesorger erlassen worden, so verstanden werden müsste, dass es nach Auffassung des Berufungsgerichts schon an einer dem Beklagten zurechenbaren Entscheidung, die die Begriffsmerkmale eines Verwaltungsakts erfüllt, fehlt. Das ist indes nicht der Fall.

Das Oberverwaltungsgericht prüft und bejaht in dem angegriffenen Urteil zunächst die Zuständigkeit des Beklagten zum Erlass von Wasser- und Abwassergebührenbescheiden und stellt dann fest, dass der Beklagte nach der auch im öffentlichen Recht anwendbaren Auslegungsregel des § 133 BGB dem objektiven Erklärungswert des angegriffenen Bescheids nach formal als diejenige Körperschaft anzusehen sei, die den Bescheid erlassen habe. Damit geht es der Sache nach davon aus, dass es sich bei dem Gebührenbescheid um eine dem Beklagten zurechenbare Einzelfallregelung im Sinne des bundesrechtlichen Verwaltungsaktsbegriffs handelt. Mit der dann folgenden Gegenüberstellung von formaler Zurechnung und inhaltlichem Erlass des Bescheids stellt das Oberverwaltungsgericht entgegen der Auffassung der Revision nicht das Vorliegen eines Verwaltungsakts wieder in Frage. Mit dieser Gegenüberstellung will das Oberverwaltungsgericht vielmehr deutlich machen, dass mit der Feststellung der Verwaltungsaktsqualität des Bescheids aufgrund der Zurechenbarkeit zum Beklagten nicht schon über dessen Rechtmäßigkeit entschieden ist. Dies lässt einen Bundesrechtsverstoß nicht erkennen. Von der Prüfung der Handlungsform, also vorliegend der Frage, ob überhaupt ein im Wege der Anfechtungsklage angreifbarer Verwaltungsakt vorliegt, ist die Prüfung der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit des behördlichen Handelns zu unterscheiden. Die Rechtmäßigkeitskontrolle behördlichen Handelns setzt voraus, dass die gewählte Handlungsform bestimmt ist. Aus der Unterscheidung zwischen der Bestimmung der Handlungsform und der Rechtmäßigkeitsprüfung der Handlung folgt, dass dann, wenn eine behördliche Handlung die Begriffsmerkmale des Verwaltungsaktsbegriffs erfüllt, Verstöße gegen Vorschriften des Verfahrens- und des sachlichen Rechts und selbst besonders

schwere Fehler, die den Verwaltungsakt nichtig machen und zu seiner Unwirksamkeit führen (vgl. §§ 44, 43 Abs. 3 VwVfG), nichts daran ändern, dass begrifflich ein - wenn auch rechtswidriger oder nichtiger - Verwaltungsakt vorliegt.

2. Das Oberverwaltungsgericht hat nicht gegen Bundesrecht verstoßen, indem es in Auslegung und Anwendung von Thüringer Landesrecht zu dem Ergebnis gekommen ist, eine gesetzliche Ermächtigung für die Aufgabenwahrnehmung durch den privaten Geschäftsbesorger habe nicht existiert und der Beklagte habe gegen den Grundsatz der Selbstorganschaft und die sich daraus ergebende Pflicht verstoßen, das zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Ganges der Geschäfte erforderliche Personal einzustellen. Der vom Beklagten hierin gesehene Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG scheidet schon deswegen aus, weil der Beklagte keine Gemeinde ist. Er ist aber auch kein Gemeindeverband im Sinne des Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG. Gemeindeverbände sind kommunale Zusammenschlüsse, die entweder zur Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben gebildete Gebietskörperschaften sind oder denen Selbstverwaltungsaufgaben obliegen, die nach Gewicht und Umfang denen der Gemeinden vergleichbar sind (vgl. BVerfG, Urteil vom 24. Juli 1979 - 2 BvK 1/78 - BVerfGE 52, 95 <112>). Der Beklagte ist dagegen als Zweckverband auf den Zweck der Trinkwasserversorgung und Abwasserentsorgung beschränkt (ebenso ThürVerfGH, Urteil vom 23. April 2009 - VerfGH 32.05 - ThürVBl 2009, 197 <198>).

Selbst wenn mit dem Beklagten eine mittelbare Schutzwirkung des Art. 28 Abs. 2 GG zugunsten gemeindlicher Zweckverbände anzunehmen wäre, würde es nicht zu dem in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG den Gemeinden gewährleisteten Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln, und dem nach Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG den Gemeindeverbänden im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereichs zustehenden Recht auf Selbstverwaltung gehören, die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung einer privatrechtlichen Gesellschaft zu überlassen. Zu der in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG enthaltenen Befugnis der eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte gehört auch die Organisationshoheit (Urteil vom 6. April 2005 - BVerwG 8 CN 1.04 - BVerwGE 123, 159 <162> m.w.N.). In eingeschränktem Umfang gilt dies auch für die Gemeindeverbände nach Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG (vgl. BVerfG, Urteil vom 20. Dezember 2007 - 2 BvR 2433, 2434/04 - BVerfGE 119, 331 <352 f.>). Die Organisationshoheit umfasst die Be-

fugnis der Gemeinde, sich dafür zu entscheiden, eine bestimmte Aufgabe eigenständig oder gemeinsam mit anderen Verwaltungsträgern wahrzunehmen. Hieraus folgt jedoch kein Recht der Gemeinde, Verwaltungstätigkeiten ohne gesetzliche Ermächtigung auf Private zu übertragen. Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit, der die Gemeinde verpflichtet, ihre Aufgaben grundsätzlich durch eigene Verwaltungseinrichtungen, also mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrzunehmen (BVerfG, Urteil vom 20. Dezember 2007 a.a.O. S. 367, 372 f.), steht einem so weitgehenden Verständnis der Organisationsfreiheit entgegen. Im Übrigen würde, selbst wenn die Forderung nach einer gesetzlichen Grundlage für eine Privatisierung von Verwaltungstätigkeiten den Garantiegehalt der kommunalen Selbstverwaltung berührte, nichts für einen Eingriff in den Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie für Gemeinden und Gemeindeverbände durch eine Beschränkung der Einschaltung privater Dritter bei der Erledigung von Selbstverwaltungsangelegenheiten sprechen (hierzu BVerfG, Beschluss vom 26. Oktober 1994 - 2 BvR 445/91 - BVerfGE 91, 228 <238> m.w.N.; BVerwG, Urteil vom 6. April 2005 a.a.O.).

3. Ein Bundesrechtsverstoß liegt auch nicht darin begründet, dass das Berufungsgericht der Nichtabhilfeentscheidung und der Abgabennachricht des Beklagten vom 23. Juni 2006 nicht die Bedeutung einer eigenständigen Einzelfallregelung beigemessen hat. Bundesrecht ist insoweit berührt, als das Abhilfeverfahren in §§ 72, 73 Abs. 1 Satz 1 VwGO geregelt ist. Insoweit wird das Verfahren bundesrechtlich bestimmt. Ausdrücklich geregelt ist in § 72 VwGO nur die Abhilfeentscheidung. Mit ihr ändert die Ausgangsbehörde den angefochtenen Verwaltungsakt ganz oder teilweise ab und gestaltet damit das Rechtsverhältnis. Der Abhilfebescheid ist selbst Verwaltungsakt (vgl. statt vieler Geis, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 72 Rn. 14). Hält die Ausgangsbehörde den Widerspruch dagegen für nicht zulässig oder nicht begründet, so ist sie zur Vorlage des Widerspruchs an die Widerspruchsbehörde verpflichtet. Der Senat hat bereits im Beschluss vom 4. Februar 2011 - BVerwG 9 B 55.10 - (Juris Rn. 10), mit dem er die Nichtzulassungsbeschwerde in einem weiteren Klageverfahren gegen den Beklagten zurückgewiesen hat, ausgeführt, dass die in § 72 VwGO nicht vorgeschriebene Abgabennachricht eine unselbständige Verfahrenshandlung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens und keine Regelung im Sinne des Verwaltungsaktsbegriffs (des Bundesrechts) darstellt. Daran hält

er fest. Dafür, ob ein Verwaltungsakt vorliegt, ist ausschlaggebend, ob die Behörde nach dem objektiven Sinngehalt ihrer Entscheidung, d.h. wie sie der Empfänger bei objektiver Würdigung aller Umstände verstehen konnte, Rechte des Betroffenen im Sinne des Verwaltungsaktsbegriffs „regelt“, d.h. begründet, ändert, aufhebt oder verbindlich feststellt oder die Begründung, Änderung, Aufhebung oder verbindliche Feststellung solcher Rechte verbindlich ablehnt (Urteil vom 3. November 1988 - BVerwG 7 C 115.86 - BVerwGE 80, 355 <364>). Die Abgabenerklärung enthält keine solche verbindliche Ablehnung. Sie erschöpft sich vielmehr in der Mitteilung der Ausgangsbehörde, auch unter Berücksichtigung des Widerspruchsvorbringens an ihrer Beurteilung der Recht- und Zweckmäßigkeit des Ausgangsbescheids festzuhalten und den Widerspruch deshalb der Widerspruchsbehörde zur abschließenden Entscheidung weiterleiten zu wollen. Die an den Kläger gerichtete Nichtabhilfemitteilung vom 23. Juni 2006 hat keinen darüber hinausreichenden rechtlichen Gehalt. Der äußere Aufbau des Schreibens weist zwar mit seiner Unterscheidung in einen „Tenor“ und eine Begründung Ähnlichkeiten mit einem Verwaltungsakt auf. Es fehlt aber an einer Einzelfallregelung. Der „Tenor“ zu I beschränkt sich im Gegensatz zu dem „Tenor“ zu II, mit dem der Antrag auf Aussetzung der Vollziehung nach § 80 Abs. 4 Satz 1 VwGO ausdrücklich abgelehnt wird, auf die ausdrücklich als solche bezeichnete Mitteilung, dass dem Widerspruch nach eingehender Prüfung nicht abgeholfen werden könne. Der fehlende Regelungscharakter des Schreibens wird durch den Hinweis in der Begründung unterstrichen, der Widerspruch sei „zuständigkeitshalber“ an das Landratsamt G. abzugeben, wegen der Kostenpflichtigkeit des Widerspruchsverfahrens werde mit der Abgabe aber noch einen Monat gewartet.

4. Die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts, der Erlass des Widerspruchsbescheids führe zu keiner anderen Beurteilung der Rechtswidrigkeit des angegriffenen Gebührenbescheids, verletzt Bundesrecht im Ergebnis ebenfalls nicht. Die Begründung des Berufungsurteils, dass es an einer von der Ausgangsbehörde selbst getroffenen Regelung fehle, die bestätigt oder umgestaltet werden könnte, steht allerdings mit § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO nicht in Einklang (a). Dagegen ist die weitere Begründung, der Erlass des Widerspruchsbescheids führe auch deshalb zu keiner anderen Beurteilung, weil es sich bei der Erhebung von Wasser- und Abwassergebühren um eine Selbstverwaltungsangelegenheit handele, bei der die Aufsichtsbehörde auf die bloße Rechts-

aufsicht beschränkt sei, bundesrechtlich nicht zu beanstanden (b).

a) Das in §§ 68 ff. VwGO normierte Widerspruchsverfahren ist unbeschadet seiner Eigenschaft als Sachurteilsvoraussetzung für die Anfechtungs- und die Verpflichtungsklage (§ 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO) Verwaltungsverfahren im Sinne des Verwaltungsfahrensrechts. Das Ausgangsverfahren bildet mit dem Widerspruchsverfahren eine Einheit und wird erst mit einem etwaigen Widerspruchsbescheid abgeschlossen (Urteile vom 18. April 1986 - BVerwG 8 C 81.83 - Buchholz 316 § 3 VwVfG Nr. 2 S. 3 und vom 1. Dezember 1989 - BVerwG 8 C 14.88 - BVerwGE 84, 178 <181>). Auch im gerichtlichen Verfahren setzt sich die Einheit fort, wie § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO zeigt. Der Widerspruchsbehörde kommt im Überprüfungsverfahren eine umfassende Kontrollbefugnis zu. Sie besitzt grundsätzlich die gleiche Entscheidungsbefugnis wie die Erstbehörde. Sie ist zur Änderung, Aufhebung und Ersetzung des Ausgangsbescheids einschließlich seiner Begründung und Ermessenserwägungen befugt (vgl. Urteile vom 1. Dezember 1978 - BVerwG 7 C 68.77 - BVerwGE 57, 130 <145> und vom 11. Februar 1999 - BVerwG 2 C 28.98 - BVerwGE 108, 274 <280>). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liegt eine Gestaltänderung im Sinne des § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO auch dann vor, wenn ursprünglich kein Verwaltungsakt existierte und der Widerspruchsbescheid aus einer (schlichten) Willenserklärung einen Verwaltungsakt macht (Urteile vom 12. Januar 1973 - BVerwG 7 C 3.71 - BVerwGE 41, 305 <307 f.>, vom 6. Dezember 1978 - BVerwG 8 C 24.78 - BVerwGE 57, 158 <161>, vom 21. November 1980 - BVerwG 7 C 18.79 - BVerwGE 61, 164 <168> und vom 26. Juni 1987 - BVerwG 8 C 21.86 - BVerwGE 78, 3 <5>; ebenso Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl. 2011, § 79 Rn. 1; Redeker/von Oertzen, VwGO, 15. Aufl. 2010, § 79 Rn. 2; kritisch dagegen Brenner, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 79 Rn. 24; Pietzcker, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, Stand: Mai 2010, § 79 Rn. 3; Happ, in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 79 Rn. 11 - jeweils m.w.N.). Hieran gemessen steht der Umstand, dass der Beklagte die Prüfung der Gebührenforderung und die Erstellung der Bescheide dem privaten Geschäftsbesorger übertragen hat, einer Gestaltung des Ausgangsbescheids nicht entgegen. Wenn selbst eine Willenserklärung ohne Verwaltungsaktsqualität durch einen Widerspruchsbescheid in einen Verwaltungsakt umgestaltet werden kann, muss es erst recht möglich sein, einen bloß formal der Behörde zurechenbaren Verwaltungsakt durch Nachholen einer materiellen, be-

hördlich verantworteten Regelung zu gestalten. Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts verletzt mithin Bundesrecht.

b) Die grundsätzliche Zulässigkeit einer Gestaltänderung des bloß formalen Verwaltungsakts durch die Widerspruchsbehörde schließt allerdings Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit der Widerspruchsbehörde durch Bundes- oder Landesrecht nicht aus. § 68 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 VwGO ermächtigt den Landesgesetzgeber, die in § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO vorgeschriebene Nachprüfung der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit eines Verwaltungsakts in einem Vorverfahren auszuschließen. Nach § 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 VwGO ist der Landesgesetzgeber zudem befugt, von der dort normierten Zuständigkeit der Selbstverwaltungsbehörde für den Erlass des Widerspruchsbescheids in Selbstverwaltungsangelegenheiten durch eine andere Zuständigkeitsbestimmung abzuweichen. Von diesen Ermächtigungen hat der Thüringer Landesgesetzgeber durch die vom Oberverwaltungsgericht herangezogenen landesrechtlichen Vorschriften (§ 2 Abs. 2, § 117 Abs. 1 ThürKO, § 43 Abs. 1 Satz 2, § 46 Nr. 1 ThürKGG) Gebrauch gemacht, indem er bei Widersprüchen gegen den Verwaltungsakt eines Zweckverbandes in Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises grundsätzlich der staatlichen Aufsichtsbehörde die Zuständigkeit zum Erlass von Widerspruchsbescheiden übertragen, sie aber dabei auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit beschränkt hat. In für das Revisionsgericht verbindlicher Auslegung dieser landesrechtlichen Vorschriften hat das Berufungsgericht angenommen, dass das Überprüfungsrecht und die Entscheidungskompetenz der durch § 46 Nr. 1 ThürKGG zum Erlass des Widerspruchsbescheids berufenen Aufsichtsbehörde auf die ihr als solche zukommenden Befugnisse beschränkt ist. Dazu gehöre nicht die Befugnis zu einer eigenen Sachentscheidung (vgl. auch zur reformatio in peius OVG Weimar, Urteil vom 21. Juli 2010 - 4 KO 173/08 - LKV 2011, 92 <95>). Diese Auffassung des Berufungsgerichts steht nicht im Widerspruch zu Bundesrecht.

§ 68 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 VwGO ermöglicht dem Landesgesetzgeber nicht nur den gänzlichen Ausschluss des Widerspruchsverfahrens, sondern auch eine Beschränkung der Prüfungs- und Entscheidungskompetenz der Widerspruchsbehörde (BVerfG, Beschluss vom 17. April 1991 - 1 BvR 419/81 und 213/83 - BVerfGE 84, 34 <48>; BVerwG, Urteil vom 20. Juli 1984 - BVerwG 7 C 28.83 - BVerwGE 70, 4 <9 f.>; Beschluss vom 5. Mai 1988 - BVerwG 7 B 76.88 - NJW 1988, 2632; ebenso Geis, in: Sodan/Ziekow a.a.O. § 68 Rn. 185; Dolde/Porsch, in:

Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner a.a.O. § 68 Rn. 11; Rennert, in: Eyermann a.a.O. § 68 Rn. 15; Funke-Kaiser, in: Bader, VwGO, 5. Aufl. 2011, § 68 Rn. 18; Kopp/Schenke a.a.O. § 68 Rn. 18). Ob der Widerspruchsbehörde eine erstmalige materielle Regelung des Rechtsverhältnisses zu Lasten des Widerspruchsführers aufgrund einer Einschränkung ihrer grundsätzlich umfassenden Kontroll- und Ersetzungsbefugnis verwehrt ist, richtet sich nach dem jeweils einschlägigen Landesrecht einschließlich seiner Zuständigkeitsvorschriften (vgl. Urteil vom 29. August 1986 - BVerwG 7 C 51.84 - Buchholz 451.55 Subventionsrecht Nr. 83 S. 55 zur *reformatio in peius*).

Die Annahme einer Einschränkung der Entscheidungsbefugnis der Widerspruchsbehörde steht auch nicht im Widerspruch zur Aussage des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil vom 26. Juni 1987 - BVerwG 8 C 21.86 - (BVerwGE 78, 3 <5 f.>), dass die sich aus § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ergebende Möglichkeit zu einer Gestaltänderung durch die Wider-

spruchsbehörde keine Rücksicht darauf nehme, ob die Widerspruchsbehörde rechtmäßig gehandelt habe. Diese Aussage ist im Zusammenhang mit der prozessualen Ausgangssituation des damaligen Falles zu sehen, die dadurch gekennzeichnet war, dass die Klägerin eine ihrem objektiven Erklärungsinhalt nach missverständliche Willensäußerung der Verwaltung erhalten hatte und ihre hiergegen gerichtete Anfechtungsklage daher nicht zuletzt im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) als zulässig angesehen werden musste. Nur vor dem Hintergrund, dass es nicht zu Lasten des Bescheidempfängers gehen dürfe, wenn er Anfechtungsklage erhebe und sich damit so verhalte, „wie sich zu verhalten ihm der Widerspruchsbescheid - bei objektiver Würdigung - nahegelegt hat“ (Urteil vom 26. Juni 1987 a.a.O. S. 5), ist die Formulierung zu verstehen, dass die Frage, ob die Widerspruchsbehörde so handeln durfte, wie sie gehandelt hat, keine Rolle spiele. Eine vergleichbare Konstellation,

bei der die Schutzwürdigkeit der Erstbehörde vor Eingriffen in ihre Rechte durch die Widerspruchsbehörde abzuwägen wäre mit der prozessualen Schutzwürdigkeit des Betroffenen, liegt im Fall des Klägers nicht vor. Hinzu kommt ein weiterer Unterschied, der eine Übertragung der Aussagen des Urteils vom 26. Juni 1987 auf den vorliegenden Fall ausschließt. Im damaligen Fall lag mit der in einen Bescheid umgestalteten Rechnung materiell eine Sachentscheidung über die Wasseranschlusskosten durch die für den Bescheiderlass sachlich zuständige Ausgangsbehörde vor; hieran fehlt es im vorliegenden Fall aufgrund der umfassenden Aufgabenübertragung auf den privaten Geschäftsbesorger. Die Widerspruchsbehörde hätte mithin mit einer Umgestaltung des Ausgangsverwaltungsakts erstmals eine materiell behördlich verantwortete Entscheidung getroffen, wozu sie nach der irreversiblen Auslegung des Landesrechts durch das Oberverwaltungsgericht nicht zuständig gewesen wäre. (...)

Aus dem Landesverband

Infothek

Workshop für Bürgermeisterinnen und Bürgermeister an der Landesfeuerweherschule Schleswig-Holstein vom 16. bis 17.2.12

Die Landesfeuerweherschule in Harsilee führt jedes Jahr spezielle Workshops für Bürgermeisterinnen und Bürgermeister der schleswig-holsteinischen Gemeinden durch. Diese regelmäßig gut besuchten Veranstaltungen sind speziell auf die Erwartungen und Fragestellungen der kommunalen Teilnehmer zugeschnitten, so dass sich aus diesem homogenen Teilnehmerkreis auch regelmäßig ein interessanter Erfahrungsaustausch am Abend ergibt. Das Angebot der Landesfeuerweherschule umfasst sowohl die theoretische Kenntnisse in die Aufgaben der Feuerwehr und der Gefahrenabwehr als auch eine praktische Einführung in die Tätigkeiten der Feuerwehr. Wir würden uns sehr freuen, wenn die Möglichkeit zur Auffrischung von Kenntnissen über eine ganz wichtige gemeindliche Einrichtung von möglichst vielen Teilnehmerinnen und Teilnehmern wahrgenommen werden würde. Die Teilnahme am Workshop der Landesfeuerweherschule sowie die Unterbringung und Verpflegung ist kostenfrei! Anmeldungen bitte an die Landesfeuer-

weherschule Schleswig-Holstein, Tel.: (04 61) 77 44 120 oder
E-Mail: renate.palitis@lfs-sh.de bis spätestens 12. Januar 2012.

Vordrucke für den „Feuerwehrführerschein“

Nachdem die Landesverordnung über die Erteilung von Fahrberechtigungen an ehrenamtlich tätige Angehörige der Freiwilligen Feuerwehren, der anerkannten Rettungsdienste, des Technischen Hilfswerks und sonstiger Einheiten des Katastrophenschutzes (Fahrberechtigungsverordnung) endlich in Kraft getreten ist, werden nun die ersten Einweisungen mit der vorgeschriebenen Abschlussfahrt durchgeführt. In Gesprächen mit dem Kohlhammer / Deutscher Gemeindeverlag ist es uns gelungen, für Schleswig-Holstein einen Vordruck für die Fahrberechtigungen zu initiieren. Da die Fahrberechtigung auf landesrechtlichen Regelungen beruht, ist es nicht selbstverständlich gewesen, dass der Verlag einen entsprechenden Vordruck nur für Schleswig-Holstein entwickeln würde. Da die Fahrberechtigung von den Feuerwehrleuten auch bei Einsätzen mitgeführt

werden muss, ist es sehr zu begrüßen, dass der Verlag die Fahrberechtigung in einer schmutz- und wasserabweisenden Qualität anbietet. Außerdem hat uns der Verlag kostenlos eine PDF-Datei für die Bescheinigung über die Einweisung nach § 1 Abs. 2 FahrbVO zur Verfügung gestellt.

Termine

02.02.2012: Norddeutsches Syposium, Rendsburg

15.-17.02.2012: Sankelmark-Tagung des HVB-Verbandes

29.02.2012: Sitzung des Landesvorstandes des SHGT, Kiel

07.03.2012: Ambulante medizinische Versorgung im ländlichen Raum - Herausforderungen und Perspektiven" mit dem Bildungszentrum für Natur, Umwelt und ländliche Räume (BNUR), Flintbek

24.03.2012: Landesweite Aktion „Sauberes Schleswig-Holstein“

Studie „Wege mit Aussichten“, - Handlungsleitfaden für Kommunen - 2. überarbeitete Auflage erschienen

Unter großem Zuspruch fand die Abschlussveranstaltung zum „Praxistest“ des Handlungsleitfadens der Studie „Wege mit Aussichten“ in Rendsburg am 10.11.2011 statt. 4 Modellkommunen hatten selbständige mit der Umsetzung des sog. „Handlungsleitfadens C“ der Studie Wege mit Aussichten begonnen. Die Praxiserfahrungen der Kommunen wurden in die 2. überarbeitete Auflage aufgenommen und steht nun allen Kommunen als Download unter www.shgt.de zur Verfügung. Der Handlungsleitfaden dient der Zustandsanalyse und -einschätzung des gemeindlichen Wegenetzes vor Ort. Daneben gibt er zahlreiche

Tipps, wie durch ein gutes Straßenmanagement, durch die Nutzer und die Kommune, die Nutzungsdauer von Straßen verlängert werden kann. Dem nächsten Bürgermeisterbrief wird jeweils ein Druckexemplar der Studie beigelegt.

Kreisrichtlinien zur Schulsozialarbeit teilweise unzulässig

Mit einem gemeinsamen Schreiben der beiden zuständigen Ministerien für Bildung und Soziales haben die beiden Staatssekretäre, Frau Dr. Bonde und Herr Zirkmann, die Kritik des SHGT an den verschiedenen Kreisrichtlinien zur Verteilung der Bundesmittel für Schulsozialarbeit in vielen Punkten bestätigt. In diesem Brief an die Kreise wird festge-

stellt, dass einige Richtlinien unstatthaft und unrechtmäßig sind. Kreiskonzepte zur Schulsozialarbeit und damit auch die Verteilung der erheblichen Bundesmittel können nur im Einvernehmen mit dem kreisangehörigen Raum beschlossen werden. Kritikpunkte des SHGT an einigen Kreisrichtlinien waren der erhebliche bürokratische Aufwand, der einen schnellen effektiven Mittelabfluss verhindert, eine Selbstbevorzugung der Kreise durch unberechtigte Vorwegabzüge an den Bundesmitteln und Bevorzugung ihrer Berufsschulen sowie die Einführung von unberechtigten Förderungsvoraussetzungen (Berufsqualifikationen, Kooperationszwänge). Der SHGT hat hierzu die Kreisverbände zeitnah und umfangreich informiert.

Rechts-, Verfassungs- und Finanzausschuss des SHGT tagte am 2. November 2011

Der Rechts-, Verfassungs- und Finanzausschuss des SHGT kam am 2. November 2011 unter dem Vorsitz von Amtsdirektor Michael Koops, Amt Schrevenborn, in Kiel zu seiner zweiten Sitzung im Jahre 2011 zusammen.

Landesgeschäftsführer Bülow berichtete zunächst über den aktuellen Sachstand zu den Gesetzentwürfen zur Reform der

Kommunalverfassung. Anschließend beriet der Ausschuss über die Entwürfe der Landesregierung für ein Kommunalhaltungskonsolidierungsgesetz sowie ein Konnexitätsausführungsgesetz.

Weitere Themen waren die Kosten und Zuständigkeit für die Kinderbetreuung und das Nachfolgeprojekt NKR-SH. Außerdem beschäftigte sich der Rechts-,

Verfassungs- und Finanzausschuss mit der Verteilung des Gemeindeanteils an der Einkommensteuer und mit Einzelfragen des kommunalen Finanzausgleichs. Die Landesgeschäftsstelle informierte schließlich über die SHGT-Initiative zur Einführung wiederkehrender Straßenausbaubeiträge und einen entsprechenden Gesetzentwurf der regierungstragenden Landtagsfraktionen.

Die nächste Sitzung des Rechts-, Verfassungs- und Finanzausschusses wird im Frühjahr 2012 stattfinden.

Jochen Nielsen

Sitzung des Schul-, Sozial- und Kulturausschuss des SHGT am 01.11.2011 in Schleswig

Am 1. November 2011 kam der Schul-, Sozial- und Kulturausschuss des SHGT zu seiner Herbstsitzung zusammen. Sitzungsort war das Landesarchiv in Schleswig, das sog. Prinzenpalais.

Schwerpunkte der Sitzung waren, neben der Vorstellung der Möglichkeiten und

Aufgaben des Landesarchivs, die aktuelle Problematik beim bevorstehenden neuen Schullastenausgleich und die Mittelverwendung im Rahmen der Schulsozialarbeit in den Kreisen aus den Bundesmitteln des Bildungs- und Teilhabepaketes. Landesgeschäftsführer Bülow berichtete,

dass nach einer ersten Auswertung der verschiedenen Richtlinien der Kreise zur Schulsozialarbeit die Geschäftsstelle zu dem Schluss kommt, dass diese erhebliche Mängel aufweisen und sie in vielen Punkten nicht mit dem Wortlaut des Landesausführungsgesetz zum SGB II vereinbar sind. Aus diesem Grund hat der Gemeindetag auch die zuständigen Minister Dr. Garg und Dr. Klug angeschrieben und diese Mängel benannt.

Hans Joachim Am Wege

Buchbesprechungen

Gabriel, Müller-Graff, Steger (Hrsg.): Kommunale Aufgaben im Europäischen Binnenmarkt.

2010. 177 Seiten. Broschiert. 39 Euro. Nomos Baden-Baden.

Ob im Wettbewerbs- oder im Vergaberecht: immer tiefer greift die Europäische Union in die kommunale Daseinsvorsorge ein. Unter anderem mit diesen Fragen beschäftigte sich die 1. Europakonferenz

der Freiherr vom Stein-Akademie für Europäische Kommunalwissenschaften in Zusammenarbeit mit dem Arbeitskreis Europäische Integration zum Thema "Kommunale Aufgaben im Spannungs-

feld zwischen Binnenmarkt und Gemeinwohl". Wissenschaftler und Praktiker hatten dort an zwei Tagen eine intensive Diskussion über die verschiedenen Aspekte der Thematik geführt, die im nun vorliegenden Sammelband nachvollzogen werden kann.

Christian O. Steger verortet zunächst die Kommunen im Gefüge des EG-Vertrages und des Reformvertrages von Lissabon, wobei er auch die verbliebenen Schwachstellen des Letzteren aufzeigt. Die Binnenmarktrelevanz lokaler Tätigkeit in der Daseinsvorsorge beleuchtet Peter-Christian Müller-Graff, wobei er den Widerspruch zwischen der nationalen Definitionshoheit der "Dienste von allgemeinem Interesse" und der Verwirklichung des Binnenmarktes herausarbeitet. Der Präsident des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes, Heinrich Haasis, begründet die Bedeutung kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen im Allgemeinen und der Sparkassen im Besonderen und geht auf das problematische Verhältnis der Europäischen Kommission zum deutschen Sparkassenwesen ein. Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht stehen auch nach der neuesten Rechtsprechung des EuGH durchaus noch in Konflikt miteinander. Dieser Erkenntnis geht Jost Pietzcker in seinem Beitrag nach, in dem er aber auch aufzeigt, wie den Herausforderungen begegnet werden kann, um dieses wichtige Instrument kommunaler Aufgabenerfüllung zu stützen. Ulrich Hufeld und Christine Heller loten aus, welche Zukunft die nationalstaatliche, damit auch kommunale Organisationshoheit, aber speziell auch die Finanzhoheit, haben angesichts zunehmender Nivellierungstendenzen im Europarecht. Ebenfalls unter dem Aspekt einer europäischen Angleichung stehen die Ausführungen Oscar W. Gabriels, der jedoch eine Chance darin sähe, wenn es zu einheitlichen europäischen Standards der Good Governance auf kommunaler Ebene käme. Zum Ausgangspunkt einer Stärkung der Rolle der Kommunen in diesem Sinne könnte laut Angelika Vetter die "Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung" werden, deren politische Bedeutung sie in ihrem Beitrag analysiert. Als wichtiges Ziel fordert Erwin Teufel die Erhöhung der Bürgernähe in der Europäischen Union, deren Wichtigkeit er historisch und politisch begründet. Christoph E. Palmer sieht mit Recht Europäisierung und Globalisierung dort an Grenzen stoßen, wo sie auf die von ihm auch zahlenmäßig dargelegten Akzeptanzprobleme in der Bevölkerung treffen. Jürgen Dieringer und Gábor Schneider eröffnen einen Blick über die Grenzen hinaus: ihr Beitrag befasst sich mit der lokalen Selbstverwaltung in heutigen Ungarn, der sie eine erfolgreiche Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips, aber

auch eine gewisse Überlastung attestieren.

In Folge der Konferenz ist ein Sammelband entstanden, der große Teile der weitgreifenden Problematik der kommunalen Aufgaben im Europäischen Rahmen behandelt und dabei Probleme aufzeigt, aber auch Lösungen anbietet. Er eignet sich für all diejenigen, die beruflich im weitesten Sinne mit Daseinsvorsorge zu tun haben und dabei immer wieder mit den Auswirkungen europäischer Binnenmarkt- und Wettbewerbspolitik konfrontiert werden. Für sie hält dieses Buch interessante Hintergründe, Problem- und Lösungsvorschläge bereit.

Dr. Klaas Engelken Das Konnexitätsprinzip im Landesverfassungsrecht

Die Kommunen und Aufgabenübertragungen durch die Länder
Zugleich Kommentierung des neugefassten Art. 71 Abs. 3 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg
2009, 152 S., Broschiert, 39,- €
ISBN 978-3-8329-5029-3, Nomos-Verlag
Baden-Baden

Viele finanzielle Erwartungen der Kommunen richten sich auf die Konnexitätsregelungen in den Landesverfassungen. Noch mehr, seit dem Bund in der Föderalismusreform 2006 verboten wurde, den Kommunen künftig noch Aufgaben zu übertragen (Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG). Wieweit können die Landesverfassungen solche Erwartungen erfüllen? Nützt es zum Beispiel den Kommunen finanziell, wenn der Bund seine bisherigen Übertragungsregelungen streicht und an ihre Stelle inhaltsgleiche Landesregelungen treten, wie dies aktuell geschieht?

Solche und alle anderen Konnexitätsfragen werden in diesem Werk behandelt. Der Autor verdeutlicht die gemeinsamen Strukturmerkmale des Konnexitätsprinzips im Landesverfassungsrecht. Die sorgfältige, vom Verfassungswortlaut ausgehende Auslegung wirkt sich in vielen Fällen zugunsten der Kommunen aus, zeigt aber auch die Begrenzungen. Mit den länderübergreifenden Fragen verbindet sich eine gründliche Kommentierung der seit 2008 neugefassten baden-württembergischen Konnexitätsregelung. Hier wurden bedeutsame Erweiterungen und Präzisierungen vorgenommen. Die Neufassung stellt sich als erste Landesverfassung auf die Grundgesetzänderung von 2006 ein. So gibt sie auch Antwort auf die umstrittene Frage, ob die Länder den Kommunen Erweiterungen des Bundes bei Aufgaben erstatten müssen, die den Kommunen bereits übertragen sind.

Zusammenfassungen sowie ausführliche Register für Stichworte, Rechtsprechung

und Literatur machen das Buch zu einem Nachschlagewerk.

Es wendet sich – außer an die Wissenschaft – zunächst an die Kommunen und ihre Juristen sowie an die mit Landesgesetzgebung befassten Personen; auch für die Bundesgesetzgebung ist wichtig, was der Bund bei den von den Kommunen zu erledigenden Aufgaben regeln darf sowie ob und welche Konnexitätsfolgen für die Länder eintreten. Bei den Gerichten werden die Konnexitätsfragen nicht nur von den Landesverfassungsgerichten zu entscheiden sein, sondern auch von der Verwaltungsgerichtsbarkeit, etwa wenn um Ausgleich für „besondere Anforderungen“ eines Landes gestritten wird, die in Form von Erlassen oder Verordnungen an die kommunale Aufgabenerfüllung gestellt werden. Gerade nach der aktuellen Entscheidung des Landesverfassungsgerichts NRW zum Konnexitätsprinzip wird die Diskussion um seinen Inhalt und seine Grenzen wieder beginnen.

Franz Dieblich, Mark von Wietersheim, Christopher Zeiss Vergabe- und Vertragsrecht 2010

Die wichtigsten Vorschriften für die Vergabe und Abwicklung öffentlicher Aufträge und zum Rechtsschutz mit Erläuterungen zum neuen Vergaberecht
erschienen 2010, 384 Seiten, Softcover, 49,- €

Die 3. Auflage des Werkes umfasst alle wichtigen Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge ober- und unterhalb der Schwellenwerte nach dem neuen Vergaberecht. Darüber hinaus enthält es die wesentlichen Vorschriften zur vertraglichen Abwicklung öffentlicher Aufträge (VOB/B, VOL/B und die einschlägigen BGB-Vorschriften) sowie die Regelungen zum Rechtsschutz.

Die Autoren erläutern die mit der Vergaberechtsreform geänderten Verfahrensvorschriften geordnet nach Bau-, Liefer- und Dienstleistungen und gehen auf die Grundzüge des Rechtsschutzes ein. Zahlreiche Ablaufschemata, Checklisten und Praxistipps erleichtern das Verständnis der neuen Gesetzgebung.

Aus dem Inhalt

- Einführung in die neue Rechtslage
- Synoptische Darstellung der aktuellen Änderungen in VOB/A, VOL/A und VgV sowie GWB 4. Teil
- VOB/B und VOL/B
- Einschlägige Vorschriften aus dem BGB-Schuldrecht
- Das neue Forderungssicherungsgesetz
- Aktuelle Vorschriften zum Rechtsschutz (GWB 4. Teil)
- Erläuterungen der Rechtsänderungen im Vergabeverfahren, Vertragsrecht und Rechtsschutz