

12/2014

DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung in Schleswig-Holstein



Schwerpunktthema: Kommunales Wirtschaftsrecht

- *Ronald Benter*, Reform des Kommunalwirtschaftsrechts in Schleswig-Holstein
- *Prof. Dr. Christoph Brüning*, Kommunale Selbstverwaltung in der Energiewirtschaft nach den BGH-Urteilen zur Vergabe von Wegekonzessionen
- *Prof. Dr. Florian Becker, Alexander Merschmann*, Struktur, Recht- und Zweckmäßigkeit des Tarifreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein
- *Michael Jenzen*, Die Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand: Sachstandsbericht zu den Gesprächen zwischen Bund und Ländern
- *Daniel Kiewitz*, 4. Forum „Recht der kommunalen Wirtschaft“
- *Eckard Reese, Prof. Dr. Holger Gerth*, Neue Knickschutzbestimmungen seit 2013

C 3168 E

ISSN 0340-3653

66. JAHRGANG

SHGT
Schleswig-Holsteinischer
Gemeindetag

Deutscher
Gemeindeverlag
GmbH Kiel

DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung
in Schleswig-Holstein

Herausgeber Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag

66. Jahrgang · Dezember 2014

Impressum

Schriftleitung:

Jörg Bülow
Geschäftsführendes Vorstandsmitglied

Redaktion:

Ute Bebensee-Biederer

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. 36, gültig ab 1. Januar 2014.

Bezugsbedingungen:

Die Zeitschrift „Die Gemeinde“ erscheint monatlich; einmal jährlich können zwei Hefte zu einem Doppelheft zusammengefasst werden. Bezugspreis ab Verlag jährlich 84,90 € zzgl. Versandkosten. Einzelheft 10,55 € (Doppelheft 21,10 €) 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: Dreifaltigkeitskirche in Krusendorf
Foto: Rolf Dunkel, Kiel

Inhaltsverzeichnis

Schwerpunktthema: Kommunales Wirtschaftsrecht

Auf ein Wort

Jörg Bülow
Gemeinden in 2014: Finanzausgleich
und Flüchtlingsaufnahme290

Aufsätze

Ronald Benter
Reform des Kommunalwirtschaftsrechts
in Schleswig-Holstein291

Prof. Dr. Christoph Brüning
Kommunale Selbstverwaltung in der
Energiewirtschaft nach den BGH-
Urteilen zur Vergabe von
Wegekonzessionen295

Prof. Dr. Florian Becker,
Alexander Merschmann
Struktur, Recht- und Zweckmäßigkeit
des Tariftreue- und Vergabegesetzes
Schleswig-Holstein300

Michael Jenzen
Die Umsatzbesteuerung der
öffentlichen Hand: Sachstands-
bericht zu den Gesprächen
zwischen Bund und Ländern307

Daniel Kiewitz
4. Forum „Recht der kommunalen
Wirtschaft“309

Eckard Reese, Prof. Dr. Holger Gerth
Neue Knickschutzbestimmungen
seit 2013
Was ist bei der Knick- und Gehölz-
pflege in den Gemeinden
zu beachten?310

Rechtsprechungsberichte

EuGH
Unterscheidung zwischen
vergaberechtsfreiem Mietvertrag und
öffentlichem Bauauftrag312
EuGH
Sozialleistungen für EU-Ausländer
können verweigert werden313

BAG
Urteil zu Voraussetzungen für
Anforderungsprofil im
öffentlichen Dienst313

OLG Schleswig
Fristwahrung bei vergaberechtigten
Nachprüfungsverfahren314

VG Köln
Unterkunft für Flüchtlinge im
Gewerbegebiet unzulässig – BauGB-
Novelle ändert Rechtszustand315

Aus der Rechtsprechung

Keine Steuerentlastung für mit der
Straßenbeleuchtung beauftragte
Unternehmen
Bundesfinanzhof,
Urteil vom 24.9.2014, VII R 39/13315

Aus dem Landesverband318

Gemeinden und ihre Feuerwehr319

Personalnachrichten319

Buchbesprechung320

Gemeinden in 2014: Finanzausgleich und Flüchtlingsaufnahme

Mit dieser Ausgabe der „Gemeinde“ dokumentieren wir einige der Fachvorträge des 4. Forums Recht der kommunalen Wirtschaft, das der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag gemeinsam mit der Kieler Universität unter wissenschaftlicher Leitung von Prof. Dr. Christoph Brüning und RA Prof. Dr. Marcus Arndt am 29. September 2014 veranstaltet hatte.

Am 13. November 2014 hat der Landtag die Reform des kommunalen Finanzausgleichs beschlossen. Die Bilanz fällt aus gemeindlicher Sicht sehr kritisch aus. Von insgesamt 1.106 kreisangehörigen Kommunen werden 534, d. h. 48 % durch diese Reform strukturell geschwächt.

Reform des FAG schwächt 48 % der Gemeinden

Insgesamt wird der ländliche Raum zugunsten der kreisfreien Städte deutlich benachteiligt. Zwar hat der SHGT in der Endphase des Reformprozesses noch eine Reihe von Verbesserungen gerade für die Gemeinden erreichen können. So ist die ursprünglich vorgesehene Schwächung der ländlichen Zentralorte und Stadtrandkerne durch Änderungsanträge der Koalitionsfraktionen abgewendet worden. Auch wurde das Unterstützungssystem für die besonders steuerschwachen Gemeinden durch die Koalitionsfraktionen so verbessert, dass die Reformbilanz für 172 Gemeinden abgemildert wurde. Es bleibt aber dabei, dass 60 % der 200 steuerschwächsten Gemeinden durch die FAG-Reform zusätzlich geschwächt werden. Das neue FAG ist weniger solidarisch, als das alte FAG.

Wesentliche Probleme des Finanzausgleichs bleiben ungelöst. Zu nennen sind vor allem:

- Die Benachteiligung des ländlichen Raumes, insbesondere durch die Nivellierungssystematik und die Überbewertung zentralörtlicher Aufgaben bei den kreisfreien Städten
- Das Verhältnis zwischen Kreisen und kreisangehörigen Gemeinden, z. B. die schwache rechtliche Stellung der Gemeinden bei Festlegung der Kreisumlage
- Die Problematik der faktischen Zentralorte mit großem Aufgabenbestand ohne entsprechende Zuweisungen
- Die insgesamt unzureichende Finanzierung der kommunalen Aufgaben.

Die Bewältigung des Zustromes an

Flüchtlingen und Asylbewerbern hat die Kommunen in Schleswig-Holstein 2014 außerordentlich stark gefordert. Die Zahl der neu ankommenden Flüchtlinge ist bereits jetzt wieder so hoch, wie in den 90-ziger Jahren und wird sich nach den Prognosen im Jahr 2015 wiederholen.

Flüchtlinge: Willkommenskultur als Chance

Ansonsten aber haben wir glücklicherweise völlig andere Ausgangsbedingungen, als damals. Wir haben eine hohe Akzeptanz in der Bevölkerung. Es gibt eine sehr große Bereitschaft von Menschen und Organisationen, sich ehrenamtlich um die Flüchtlinge zu kümmern. Und wir wissen bereits jetzt, dass viele der Flüchtlinge dauerhaft bei uns bleiben werden und stellen uns darauf ein.

Eine hohe Willkommenskultur gibt es in unseren Gemeinden schon längst. Sie muß nun speziell ausgerichtet auf Flüchtlinge weiterentwickelt und ausgebaut werden. Gerade der ländliche Raum kann seine hohe Integrationskraft unter Beweis stellen. Bereits jetzt sehen viele Gemeinden den Zustrom der Flüchtlinge nicht nur als Last, sondern auch als Chance. Sicherlich nicht überall, aber in vielen Gemeinden können wir gut qualifizierte Neubürger mit Familien gewinnen.

Aber wir müssen insgesamt in Schleswig-Holstein mehr tun, um die Gemeinden bei diesen Aufgaben zu unterstützen und um die Einsatzbereitschaft des Ehrenamtes sowie die Akzeptanz der Bevölkerung zu erhalten.

Dafür müssen wir die landespolitische Konzeption für die Betreuung der Flüchtlinge gründlich umbauen. Dieser Prozess hat bereits begonnen, er ist jedoch noch nicht wirksam. Drei Themen sind dabei für uns besonders wichtig:

Reform des Aufnahmekonzepts unverzichtbar

1. Die Betreuung findet vor Ort statt
Die Gemeinden tragen derzeit die Hauptlast der Betreuung und Unterbringung von Flüchtlingen. Sie mieten Wohnungen an, stellen diese aus, organisieren Sprachunterricht und soziale Betreuung, koordinieren ehrenamtliche Helfer und vieles mehr. Die Gemeinden und Ämter stellen derzeit über 100 neue Kräfte ein, die sich



Jörg Bülow, Landesgeschäftsführer des SHGT

um Flüchtlingsunterkünfte, Sprachförderung, Koordinierung von Ehrenamtlichen etc. kümmern. Dies muss von der Politik stärker gewürdigt werden.

2. Ein neues Konzept für die Aufnahme und Integration

Wir müssen die Aufenthaltszeit der Flüchtlinge in den zentralen Aufnahmeeinrichtungen auf mindestens 6 Wochen verlängern und den Menschen in dieser Zeit von Anfang Sprach- und Integrationsunterricht geben. Dann können sich die Flüchtlinge schneller zurecht finden und die Kommunen und Betreuer finden leichter Zugang zu den Menschen. Außerdem ermöglicht dies eine längere Vorlaufzeit für die Gemeinden, um geeignete Unterkünfte zu finden.

3. Die Gemeinden brauchen konkrete Unterstützung

Viele Gemeinden fühlen sich allein gelassen. Wir brauchen mehr konkrete Unterstützung. Dazu gehört eine eigene Betreuungspauschale des Landes für Gemeinden, insb. um ehrenamtliche Helfer zu unterstützen. Wir brauchen finanzielle Zuschüsse für zusätzliche Personalkosten. Notwendig ist eine höhere Erstattung für Wohnkosten. Und wir brauchen echte Zuschüsse statt Darlehen für den Bau von Unterkünften.

Wir wünschen allen Leserinnen und Lesern eine besinnliche Adventszeit, ein friedvolles und schönes Weihnachtsfest und „einen guten Rutsch“ in ein erfolgreiches und glückliches Jahr 2015.

Ihr Jörg Bülow

Reform des Kommunalwirtschaftsrechts in Schleswig-Holstein*

Ronald Benter, Leiter der Projektgruppe „Fortentwicklung des Gemeindegewirtschaftsrechtes“ im Innenministerium des Landes Schleswig-Holstein

Ich darf Ihnen heute über den aktuellen Stand zur Reform des Kommunalwirtschaftsrechts in Schleswig-Holstein berichten.

Vorab die Agenda meines Vortrages: Eingangs werde ich einige Ausführungen zum Anlass, zum Verfahren und zum Ziel der Novellierung des Kommunalwirtschaftsrechts in Schleswig-Holstein machen. Anschließend stelle ich Ihnen die wichtigsten Ergebnisse des Referentenentwurfes vor, wobei die rechtlichen Rahmenbedingungen vorangestellt werden. Ich sage an dieser Stelle deutlich, dass es sich derzeit um ein Referentenentwurf handelt, welcher insbesondere noch der parlamentarischen Gestaltung unterliegt. Abschließend komme ich auf den Zeitplan des Gesetzgebungsverfahrens und die noch ausstehenden Aufgaben bezüglich der Reform des Kommunalwirtschaftsrechts in Schleswig-Holstein zu sprechen.

1. Vorbemerkungen

Warum brauchen wir eine Reform des Kommunalwirtschaftsrechts?

Das Kommunalwirtschaftsrecht formuliert grundsätzliche Regelungen für die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigungen der Gemeinden, die sogenannte Schrankentrias. Diese wurde erstmals im Jahr 1935 in § 67 der damaligen Deutschen Gemeindeordnung (DGO) zum Schutz der Gemeinden, in Folge mehrerer Insolvenzen kommunaler Unternehmen in der damaligen Weltwirtschaftskrise, normiert.

„(1) Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen nur errichten oder wesentlich erweitern, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht,
3. der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.“

Dabei ist jedoch beachten, dass die Auslegung der in den Zulässigkeitsvoraussetzungen festgeschriebenen Rechtsbegriffe dem Wandel unterliegt. Ich werde später noch einmal darauf zurück-

kommen. Heute normiert § 101 Abs. 1 unserer Gemeindeordnung (GO):

„(1) 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.“

Sie werden vielleicht sagen, dass sich die Regelungen von 1935 und heute fast identisch anhören und fragen sich möglicherweise warum. Die Antwort ist leicht zu geben. Damals wie heute gilt, dass diese Regelungen vornehmlich zum Schutz der Kommunen vor zu großen wirtschaftlichen Risiken normiert sind.

Bevor ich zu den einzelnen Bereichen der Schrankentrias komme, will ich vorab darstellen, für wen diese gilt. Die Schrankentrias gilt für die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden!

Der Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens ist in den meisten Gemeindeordnungen nicht definiert. Wegen der Vielgestaltigkeit des Wirtschaftslebens enthält § 101 Abs. 1 GO keine definitorische Festlegung des Begriffs „Wirtschaftliches Unternehmen“. Hier ist jedoch von einem weiten Verständnis dieses Begriffes auszugehen.

Bereits die DGO hatte sich einer Definition des wirtschaftlichen Unternehmens enthalten. Daher wurde damals versucht, in der Ausführungsanweisung zu § 67 DGO eine Auslegungshilfe zur Verfügung zu stellen. Dort wird der Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens wie folgt ausgelegt: „Einrichtungen und Anlagen, die auch von Privatunternehmen mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden könnten“. Dieser Definition sind zum Beispiel auch die Gesetzgeber in Nordrhein-Westfalen (§ 107 Abs. 1 Satz 3 der Gemeindeordnung NRW) und Mecklenburg-Vorpommern (§ 68 Abs. Satz 1

der Kommunalverfassung MV) gefolgt. Dort heißt es konkret:

„Als wirtschaftliche Betätigung ist der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte.“

Auch das Bundesverwaltungsgericht definiert kommunale wirtschaftliche Unternehmen als „Wirtschaftseinheiten der Gemeinde, die auch von privaten Rechtsträgern betrieben werden“ könnten (vgl. BVerwGE 39, 329, 333). Die Rechtsform sowie die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Marktauftrittes sind hier unerheblich.

Davon zu trennen sind die sogenannten nichtwirtschaftlichen Einrichtungen und Unternehmen. Diese sind als gesetzliche Fiktion in § 101 Abs. 4 GO, vormals in § 67 Abs. 2 DGO, definiert. Für diese Betätigungen gilt die Schrankentrias ausdrücklich nicht. Diese sind jedoch auch nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu verwalten.

„(4) Als wirtschaftliche Unternehmen im Sinne dieses Abschnitts gelten nicht

1. Unternehmen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,
2. Einrichtungen des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung sowie Einrichtungen ähnlicher Art
3. Einrichtungen, die als Hilfsbetriebe ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen.“

Wenn Sie vorhin genau zugehört haben, werden Ihnen – trotz der starken Ähnlichkeiten – Unterschiede zwischen den Regelungen im heutigen § 101 Abs. 1 GO und § 67 Abs. 1 DGO aufgefallen sein. So waren im Jahr 1935 zum Beispiel keine überörtlichen Betätigungen zugelassen. Heute hingegen ist die überörtliche Betätigung im Rahmen der öffentlichen Zweckerfüllung sowie der Leistungsfähigkeit und Bedarfsdeckung grundsätzlich möglich.

Dennoch bestehen heute noch Grenzen, welche den geänderten Anforderungen

* Der Beitrag beruht auf dem gleichnamigen Vortrag des Autors beim 4. Forum der kommunalen Wirtschaft des SHGT am 28. September 2014.

an die Gemeinden und deren Unternehmen zuwiderlaufen können. Zum Beispiel können sich heute nicht alle Gemeinden rechtssicher energiewirtschaftlich betätigen. Dabei haben wir alle gemeinsam das große klimapolitische Ziel der dauerhaften Begrenzung der Erderwärmung auf 2 Grad Celsius laut Artikel 2 der im Dezember 2010 in Cancun vereinbarten UN-Klimarahmenkonvention.

Daraus folgt auch das Hauptziel der Fortentwicklung des Kommunalwirtschaftsrechts, die Erweiterung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten der Gemeinden. Diese ist insbesondere vor dem Hintergrund der Energiewende zur Stärkung der Rolle der Gemeinden im Hinblick auf die klimapolitischen Ziele auf EU-, Bundes-, und Landesebene zu entwickeln. Weitere Ziele sind die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der kommunalen Unternehmen und die Stärkung der strategischen Steuerung dieser Unternehmen durch die Gemeinden.

Wie sind wir vorgegangen?

Das Kommunalwirtschaftsrecht ist regelmäßig politisch sehr umstritten, wie beispielsweise die Diskussionen in Nordrhein-Westfalen gezeigt haben. Hier wurde im Jahr 2007 eine Verschärfung durch das Erfordernis der Erfüllung eines dringenden öffentlichen Zwecks vollzogen. Diese Verschärfung wurde wiederum im Jahr 2010 durch das sogenannte „Stadtwerkerrettungsgesetz“ zurückgeführt.

Aber auch im Bereich der Regelungen bezüglich der energiewirtschaftlichen Betätigungen der Gemeinden kann diese Entwicklungen beobachtet werden. Insbesondere in den letzten beiden Jahren wurden hier mehrere Kommunalverfassungen novelliert. Dies vornehmlich – und das ist auch völlig legitim – entsprechend den jeweiligen politischen Zielvorstellungen. Als Beispiele will ich nur kurz die Regelungen aus Mecklenburg-Vorpommern, Hessen und Rheinland-Pfalz darstellen. In Mecklenburg-Vorpommern ist die Erzeugung von Energie als Einrichtung per gesetzlicher Fiktion den nicht-wirtschaftlichen Betätigungen zugeordnet worden. In Hessen dürfen sich Gemeinden auf dem Gebiet der erneuerbaren Energien sowie der Verteilung von elektrischer und thermischer Energie bis zum Hausanschluss wirtschaftlich betätigen, wenn die Betätigung innerhalb des Gemeindegebietes oder im regionalen Umfeld in den Formen interkommunaler Zusammenarbeit erfolgt, wobei eine wirtschaftliche Beteiligung der Einwohner ermöglicht werden soll. In Rheinland-Pfalz wiederum wurde ein stark von der jeweiligen Energieerzeugungsform abhängige Regelung getroffen, wobei ich für die dortigen Kollegen hoffe, dass sich der energiewirtschaftsrechtliche Rahmen dies-

bezüglich nicht so schnell wieder ändert. § 85 Abs. 1 Satz 2 ff. Gemeindeordnung RP:

„Die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung eines wirtschaftlichen Unternehmens im Bereich Energieversorgung wird stets durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt und ist abweichend von Satz 1 Nr. 2 zulässig, wenn das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht. Satz 2 gilt nicht für die künftige Beteiligung eines wirtschaftlichen Unternehmens der Gemeinde an Anlagen zur Energieerzeugung aus fossilen Energieträgern und Kernbrennstoffen. Davon ausgenommen sind erdgasbasierte Kraftwerke als hocheffiziente GuD-Anlagen, im Rahmen der Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) oder als Erzeuger von Regel- und Ausgleichsenergie für einen stabilen Betrieb des elektrischen Netzes.“

Für uns stand von Anfang an fest, dass das Kommunalwirtschaftsrecht möglichst so weiter zu entwickeln sein wird, dass wir in Schleswig-Holstein auf Jahre verlässliche Rahmenbedingungen für die Gemeinden und deren Unternehmen schaffen. Denn Rechts- und damit auch Planungssicherheit sind die Grundvoraussetzungen für Investitionsentscheidungen. Damit liegen wir in einer Tradition in Schleswig-Holstein, denn die letzte Kommunalwirtschaftsrechtsreform liegt über 10 Jahre zurück. Dies kann unser Erachtens nur gelingen, wenn eine grundsätzliche gesellschaftliche Übereinstimmung bezüglich des fortzuentwickelnden Regelwerkes besteht. Daher hat das Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten ein Dialogverfahren initiiert, um die jeweiligen Interessen der Gemeinden und deren Unternehmen sowie die der privaten Wirtschaft zu erfahren. Nach der Auftaktveranstaltung, an der einige von Ihnen ja auch teilgenommen haben, folgte ab August 2013 ein intensiver Austausch mit den kommunalen Unternehmensverbänden VKU, BDEW und VSHEW, den Interessenvertretungen der privaten Wirtschaft (Handwerkskammer und IHK Schleswig-Holstein), den Kommunalen Landesverbänden, dem Landesrechnungshof sowie unter Beteiligung des Energiewende- und des Wirtschaftsministeriums.

2. Referentenentwurf

Welche Rahmenbedingungen bestehen für die Fortentwicklung?

Der Absatz 2 des Artikels 28 Grundgesetz (ebenfalls Art. 46 Abs. 1 der Landesverfassung Schleswig-Holsteins) stellt das zentrale Element kommunalen Handelns dar. Danach muss den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwor-

tung zu regeln. Daraus folgt verfassungsrechtlich u. a.: 1) Bindung am Gemeinwohl, 2) Art. 28 Abs. 2 GG als gleichzeitiges Recht und Grenze, 3) Schutz der Wettbewerbsfreiheit und 4) Sicherung der Leistungsfähigkeit. Diese verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen finden sich in der Schrankentrias wieder.

1) Bindung am Gemeinwohl/ Erfordernis einer öffentlichen Zweckerfüllung

Das Rechtsstaatsprinzip verlangt, dass jegliches Handeln der Träger öffentlicher Gewalt durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein muss. Dies gilt auch für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, denn diese stellt nur eine Form der Erledigung öffentlicher Aufgaben in der Gemeinde dar. Daher sind die kommunalen Unternehmen ebenfalls kompetenzgebunden. In der Folge ist die Gewinnerzielung allein kein hinreichender öffentlicher Zweck. Dies ist ebenfalls in § 1 der hiesigen Gemeindeordnung festgeschrieben, wonach Gemeinden das Wohl ihrer Einwohnerinnen und Einwohner zu fördern haben.

Was heißt dies nun für unsere Novellierungsziele?

Es ist kein Verzicht auf das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks möglich! Gleichwohl ist eine gesetzliche Vermutung oder Fiktion möglich, wenn die Gemeinwohlorientierung generell gegeben ist!

2) Art 28 Abs. 2 GG als Recht und Grenze

Artikel 28 Abs. 2 Grundgesetz stellt vornehmlich eine Klausel zum Schutz des gemeindlichen Aufgabenbestandes und der eigenverantwortlichen Aufgabewahrnehmung gegen staatliche Maßnahmen dar. Darüber hinaus auch Schutz der Gemeinde gegen Einschränkung der gemeindlichen Rechte durch andere Gemeinden. Gleichzeitig besagt das Grundgesetz, wie beschrieben, dass jedes staatliche Handeln einer Kompetenzzuweisung bedarf.

Was heißt dies nun für unsere Novellierungsziele?

Eingriffe in den Schutzbereich der Gemeinde sind nur durch oder aufgrund eines Gesetzes möglich. Jedoch gilt die Kompetenzzuweisung des Art 28 Abs. 2 GG nur für Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Nicht erfasst ist das überörtliche Wirtschaftlichen. Folglich ist die einfachgesetzliche Normierung der überörtlichen Betätigung möglich. Dies macht jedoch die Sicherstellung der Interessen der betroffenen Gemeinde erforderlich.

3) Schutz der Wettbewerbsfreiheit/ Subsidiaritätsklausel

Grundsätzlich könnte die wirtschaftliche Betätigung des Staates im Verhältnis zu denen der Privaten als Grundrechtseingriff gewertet werden. Jedoch besteht

ein Konsens in der Literatur und in der Rechtsprechung, dass dem Staat seine eigenwirtschaftlichen Betätigungen nicht generell untersagt sind. Allerdings gilt auch hier, dass die Grundrechte die Grenze bilden. Dies betrifft insbesondere das Recht der freien Berufswahl gemäß Art. 12 Grundgesetz. Dies ist auch durch die Rechtsprechung abschließend geklärt. Erst wenn die staatliche Konkurrenz die tatsächliche Berufsausübung eines privaten Konkurrenten unmöglich macht, ist die Grenze überschritten.

Was heißt dies nun für unsere Novellierungsziele?

Verfassungsrechtlich ist folglich kein allgemeines Subsidiaritätsprinzip ableitbar. Aber die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde bedarf der Wirtschaftlichkeit. Durch eine Streichung der Subsidiaritätsklausel dürfte für die Gemeinde kein Recht auf Unwirtschaftlichkeit entstehen.

4) Sicherung der Leistungsfähigkeit/ Relationsklausel

Die sogenannte Relationsklausel besagt, dass „das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf“ stehen muss. Dabei ist die Zulässigkeitsvoraussetzung „Leistungsfähigkeit“ für die Gemeinden existenziell. Diese soll vor Aktivitäten schützen, welche die Finanz- und die Verwaltungskraft der Gemeinde überfordern. Die Zulässigkeitsvoraussetzung „Bedarf“ dient nach der Rechtsprechung insbesondere der haushaltsrechtlichen Begrenzung der Betätigungen. Dies wiederum zum Schutz der Gemeinde. Als „Bedarf“ ist jedoch nicht nur der örtliche Bedarf der Gemeindeeinwohner anzusehen. Speziell bei Netzstrukturen wäre eine solche Auslegung zu eng. Dies betrifft ausdrücklich die Bereiche Breitband und Energienetze. Ich komme später noch einmal darauf zurück. Insbesondere eine Reduzierung auf die Ortsgebundenheit ist nicht angezeigt, da dieses Kriterium bereits im öffentlichen Zweck enthalten ist.

Was heißt dies nun für unsere Novellierungsziele?

Eine Bedarfsdeckungsklausel ist verfassungsrechtlich nicht zwingend. Gleichwohl wäre eine haushaltsrechtliche Begrenzung der Betätigung zum Schutz der Gemeinde weiterhin notwendig.

Welche konkreten Ergebnisse im Referentenentwurf?

Nach der Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen für eine Fortentwicklung, will ich Ihnen nun die Ergebnisse aus dem Dialogverfahren darstellen. Vorab will ich noch einmal an die Ziele der Reform des Kommunalwirtschaftsrechts erinnern: I) Erweiterung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten der Ge-

meinden, II) insbesondere vor dem Hintergrund der Energiewende, III) Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der kommunalen Unternehmen und IV) Stärkung der strategischen Steuerung der Unternehmen durch die Gemeinden.

Die Erweiterung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten soll insbesondere zum Gelingen der Energiewende beitragen, aber auch die Umsetzung der Breitbandstrategie des Landes flankieren, wonach in Schleswig-Holstein bis zum Jahr 2030 eine nachhaltige Infrastruktur auf Basis von Glasfasernetzen aufgebaut werden soll. Um die Kommunen und ihre Unternehmen für diese Aufgaben zu erüchtigen, sollen ihnen erweiterte wirtschaftliche Betätigungsmöglichkeiten eingeräumt sowie bürokratische Fesseln gelöst werden. Hinzu tritt die aus Sicht des Ministeriums für Inneres und Bundesangelegenheiten notwendige Verbesserung der Steuerung der Unternehmen.

I und II) Erweiterung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten der Gemeinden, insbesondere vor dem Hintergrund der Energiewende

A) Regelungen für alle wirtschaftlichen Betätigungen – § 101 GO-E –

Zur Erweiterung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten ist es erforderlich, die rechtlichen Hürden für das kommunale Wirtschaften herabzusetzen. Dazu sieht der Entwurf vor, die Bedarfsklausel zu streichen. Nach der Bedarfsklausel muss, wie dargelegt, ein kommunales Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zum voraussichtlichen Bedarf der Gemeinde stehen (§ 101 Abs. 1 Nr. 2 GO). Eng ausgelegt könnte diese Zulässigkeitsvoraussetzung dem Aufbau überörtlicher Netzstrukturen insbesondere im Bereich der Telekommunikation entgegenstehen. Daher wird, den überörtlichen Netzstrukturen in den Bereichen der Energiewirtschaft und der Telekommunikation Rechnung tragend, die Bedarfsklausel gestrichen. Die Streichung ist geboten, da der Wortlaut des geltenden § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO angesichts der Ortsgebundenheit des öffentlichen Zwecks (siehe Art. 28 Abs. 2 GG) den Schluss nahelegt, dass eine wirtschaftliche Betätigung stets überwiegend, also zu mindestens 50 %, der Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen müsse. Eine derart enge Auslegung geht an den tatsächlichen Verhältnissen, insbesondere am Telekommunikationsmarkt, vorbei und ist auch verfassungsrechtlich nicht geboten. So auch das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 20. Januar 2005 zur Fernwasserversorgung als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft i.S.v. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG (BVerwG 3 C 31.03; Juris, Rn. 36 f.) Das eigentliche Ziel der Bedarfsklausel ist

die haushaltsrechtliche Begrenzung der unternehmerischen Tätigkeit. So explizit das OVG Sachsen-Anhalt im Urteil vom 17. Februar 2011 zum Betreiben eines Wochenmarkt von der Stadt Naumburg (2 L 126/09 – Juris, Rn. 37). Diese Begrenzung lässt sich hinreichend dadurch erreichen, dass der Leistungsfähigkeitsbezug nicht nur an die Kommune selbst, sondern auch an das betreffende Unternehmen angelegt wird. Dazu ist eine entsprechende Ergänzung des nach der Streichung der Bedarfsklausel verbleibenden § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO vorzusehen.

B) Regelung für energiewirtschaftliche Versorgungsunternehmen – § 101a Absatz 1 GO-E –

Wie gesagt, zur Erweiterung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten ist es erforderlich, die rechtlichen Hürden für das kommunale Wirtschaften herabzusetzen. Um den Kommunen und ihren Unternehmen bei der Energiewende erweiterte wirtschaftliche Betätigungsmöglichkeiten einzuräumen, sieht ein neuer § 101a erleichterte Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine energiewirtschaftliche Betätigung vor. Es handelt sich hierbei um eigenständige, bereichsspezifische Anforderungen, die exklusiv, d. h. neben den (allgemeinen) Voraussetzungen des § 101 GO zur Anwendung kommen. Mit dieser Regelungssystematik wird dem nordrhein-westfälischen Gemeindefirtschaftsrecht gefolgt (§ 107 a GO NRW). Zunächst wird der Begriff einer energiewirtschaftlichen Betätigung in Anlehnung an § 3 Nr. 36 des Energiewirtschaftsgesetzes legal definiert als Erzeugung oder Gewinnung, Vertrieb oder Verteilung von Energie im Bereich der Strom-, Gas-, Wärme- und Kälteversorgung. Umfasst sind damit sämtliche Stufen der Produktion und Distribution von Endenergie, insbesondere auch deren Speicherung zur Sicherung der Versorgung und der Netzstabilität.

Zur Erleichterung einer energiewirtschaftlichen Betätigung wird die Schrankentrias im Rahmen des verfassungsrechtlich Möglichen und Zweckmäßigen wie folgt modifiziert. Zur Verfahrenserleichterung wird in Abs. 1 Satz 1 widerlegbar vermutet, dass eine energiewirtschaftliche Betätigung durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist. Der öffentliche Zweck ist im Abwägungsbericht nach § 102 GO bzw. im Anzeigeverfahren nach § 108 GO somit nicht mehr darzulegen. Ihr Vorbild findet die Regelung in § 107 a GO NRW und in § 116 Abs. 2 der Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt.

Die Vermutung ist gerechtfertigt, weil die örtliche Energieversorgung zu den durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleisteten Selbstverwaltungsangelegenheiten örtlich relevanten Charakters gehört. So

auch explizit das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 18. Mai 1995 (7 C 58/94 – Juris, Rn. 13). Auch die Liberalisierung der Energiemärkte hat daran grundsätzlich nichts geändert. So auch in der Bundestagsdrucksache zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts anlässlich der Liberalisierung des EnWG im Jahr 1997 festgeschrieben (BT-Drs. 13/9211, S. 3).

Vollends entfallen kann die Prüfung der Zweckbindung allerdings nicht. Dem steht das Rechtsstaatsprinzip entgegen. Daher muss nach unserer Auffassung die Vermutung im atypischen Einzelfall widerlegbar bleiben. Die Darlegungslast zur Begründung einer solchen Ausnahme trägt dann jedoch die Kommunalaufsichtsbehörde.

Von dem Leistungsfähigkeitsbezug hingegen können keine Abstriche gemacht werden. Demnach wird auf die Voraussetzungen des § 101, wonach die wirtschaftliche Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und des Unternehmens stehen muss, verwiesen. Denn eine energiewirtschaftliche Betätigung, welche die Verwaltungs- und Finanzkraft der Kommune übersteigt, ist fiskalisch nicht zu verantworten.

Gestaltungsspielraum besteht allerdings bei der Subsidiarität. Diese ist, wie eingangs dargelegt, verfassungsrechtlich nicht zwingend, so dass sie zumindest bereichsspezifisch entfallen kann. Im Hinblick auf eine energiewirtschaftliche Betätigung dient die Subsidiaritätsklausel insbesondere dem Schutz des Handwerks, so z. B. was Installations-, Bau- und Wartungsdienstleistungen angeht.

Da sich die Belange des Handwerks mittlerweile durch den Abschluss einer Marktpartnereinbarung zwischen den Unternehmensverbänden und der Handwerkschaft geschützt finden, bedarf es dazu einer gesetzlichen Regelung nicht mehr. Diese Partnerschaftserklärung wurde vereinbart zwischen den kommunalen Unternehmensverbänden VKU (hier die Landesgruppe Nord des Verbandes kommunaler Unternehmen e.V.) und dem Verband der Schleswig-Holsteinischen Energie- und Wasserwirtschaft e. V. (VSH EW) sowie dem Fachverband Sanitär Heizung Klima Schleswig-Holstein und dem Landesinnungsverband Elektrowerke Schleswig-Holstein. Die Partnerschaftserklärung enthält neben den Vereinbarungen zur partnerschaftlichen Zusammenarbeit auch einen Verfahrensteil für den Umgang mit Meinungsverschiedenheiten. Mit dieser konkreten Form der partnerschaftlichen Zusammenarbeit ist Schleswig-Holstein meines Wissens nach bundesweit Vorreiter.

Dies ist ein sehr gutes Ergebnis, denn damit erübrigen sich nach unserer Ansicht Regelungen zu den sogenannten

Annexstätigkeiten. Denn vor dem Hintergrund der dynamischen Entwicklung des Energiemarktes und auch des (EU-) Energiegesetzes, insbesondere mit der Energieeffizienzrichtlinie, ist eine klare gesetzliche Festlegung der Zulässigkeit von Annexstätigkeiten schwierig bzw. fast nicht leistbar.

Gleichwohl soll infolge des bereichsspezifischen Wegfalls der Subsidiarität nicht ein Recht auf Unwirtschaftlichkeit geschaffen werden. Daher soll verlangt werden, dass durch eine energiewirtschaftliche Betätigung mindestens eine angemessene Verzinsung erwirtschaftet werden muss. Als angemessen ist lediglich eine Verzinsung in Höhe der Opportunitätskosten, d. h. der entgangenen Zinsgewinne, die auf dem Kapitalmarkt zu erzielen gewesen wären, anzusehen. Zur Verwaltungsvereinfachung wird auf die gesetzlich vorgesehenen Zinssätze (§ 246 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (4%) bzw. § 352 des Handelsgesetzbuchs (5%)) abgestellt.

Wie dargestellt kann der Landesgesetzgeber die überörtliche Betätigung zulassen, wenn gleichsam die Interessen der betroffenen Gemeinden berücksichtigt werden. Durch einen Verweis gelten hier die gleichen Ausnahmen von dem Örtlichkeitsprinzip, wie für alle Unternehmen. Demnach ist die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 (die Schrankentrias) vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Die betroffene Gemeinde ist so rechtzeitig vor der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit in ihrem Gemeindegebiet zu informieren, dass sie die berechtigten Interessen geltend machen kann.

Welche Interessen dabei als berechtigt angesehen werden, hat der Landesgesetzgeber, wie in allen anderen Flächenbundesländern ebenfalls, bereits zum Zeitpunkt der Liberalisierung des Energiewirtschaftsrechtes normiert. Demnach gelten bei im Wettbewerb wahrgenommenen Aufgaben nur die Interessen als berechtigt, die nach bundesgesetzlichen Vorgaben eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen.

C) Regelung für Gemeinden ohne Versorgungsunternehmen – § 101a Abs. 2 GO-E –

Ob und in welchem Umfang es den Kommunen gestattet ist, regenerative Energien – z. B. in Wind- oder Solarparks – losgelöst von einem Versorgungsgebiet zu produzieren, war infolge des Ihnen sicher allen bekannten Urteils des Oberverwaltungsgerichts Schleswig zur Zulässigkeit des Betriebes von Windkraftanlagen durch die Gemeinde Oldensworth strittig (Urt. v. 11. Juli 2013 – 2 LB 32/12 – Die Gemeinde 2013 S. 297). Dennoch soll den Kommunen und ihren Unternehmen

zukünftig auch insoweit eine rechtssichere Möglichkeit eröffnet werden, einen Beitrag zur Energiewende zu leisten.

Der Entwurf schafft hier Rechtssicherheit. Im Falle erneuerbarer Energien ist – nunmehr eindeutig – ein öffentlicher Zweck selbst dann anzunehmen, wenn diese ohne oder losgelöst von einem örtlichen Versorgungsgebiet erzeugt werden. Der öffentliche Zweck der Energieerzeugung ist insoweit zwar nicht in dem „klassischen“ Versorgungsauftrag, wohl aber in dem gemeindlichen Bedarf zu sehen, einen Beitrag zum Umwelt- und Klimaschutz zu leisten. Gemäß Artikel 7 der Landesverfassung stehen die natürlichen Grundlagen des Lebens sowie die Tiere unter dem besonderen Schutz des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der anderen Träger der öffentlichen Verwaltung.

§ 101a Abs. 2 trägt daher dem Umstand Rechnung, dass die Rechtfertigung des öffentlichen Zwecks einer energiewirtschaftlichen Betätigung in den Fällen problematisch ist, in denen Energie losgelöst von einem örtlichen Versorgungsgebiet produziert wird. Verfassungsrechtlich zulässig ist dies allerdings nur in dem Umfang, in dem der öffentliche Zweck auf einen örtlichen „Bedarf“ an Umwelt- und Klimaschutz zurückzuführen ist.

Denn Art. 28 Abs. 2 GG besagt, dass Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft verfassungsrechtlich gesichert sind. Dem wohnt eine soziale und eine örtliche Komponente inne, welche kumulativ erfüllt sein müssen. Die unmittelbare Versorgung (Bedarfsdeckung) der Einwohner entspricht dabei der sozialen Komponente (Einwohnernutzlichkeit). Im Bereich der Erzeugung von Energie im Bereich erneuerbarer Energien stellt der Umwelt- und Naturschutz die soziale Komponente mit (vermutetem) unmittelbarem Einwohnernutzen dar. Hieraus folgt in sachlicher Hinsicht eine Beschränkung auf den Bereich erneuerbarer Energien im Sinne des § 5 Nr. 14 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes. Dies sind Wasserkraft, Windenergie, solare Strahlungsenergie, Geothermie und Energie aus Biomasse einschließlich Biogas.

Da als öffentlicher Zweck die örtliche Energieversorgung nicht geltend gemacht werden kann, muss der Ortsbezug der verfassungsrechtlich gebotenen Zweckbindung im besonderen Maße Rechnung getragen werden. Daher sieht der Entwurf vor, dass derartige energiewirtschaftliche Betätigungen nur auf dem Gebiet der betreffenden Gemeinde und auf dem angrenzender Gemeinden zulässig sein sollen, wobei die Sollvorschrift im Falle eines atypischen Verlaufs gemeindlicher Grenzen eine arrondierende Betrachtung erlaubt. Auf diese Weise wird auch die Leistungsfähigkeit der vornehmlich kleineren Gemeinden in Schleswig-

Holstein gewährt. Ferner muss zum Erhalt des „kommunalen Friedens“ ggf. das Einvernehmen mit den Nachbargemeinden hergestellt werden.

III und IV) Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der kommunalen Unternehmen und deren strategische Steuerung durch die Gemeinden

Aus Zeitgründen will ich nur kurz auf die Änderungen in den Bereichen Steuerung der Unternehmen und Verwaltungsvereinfachung eingehen.

A) Stärkung der strategischen Steuerung der Unternehmen durch die Gemeinden – §§ 102, 104, 109a GO-E –

Ein Mehr an kommunalwirtschaftlicher Freiheit bedeutet auch mehr Risiko. Gerade die Bereiche der Energiewirtschaft und der Telekommunikation sind in besonderem Maße investitionsträchtig. Und so gilt es, die Leistungsfähigkeit der Kommunen zu wahren, aber auch die Bindung des gemeindlichen Wirtschaftens an einen öffentlichen Zweck sicherzustellen. Dazu sieht der Entwurf eine Stärkung der demokratischen Kontrolle der Unternehmen vor. Die Kommunen sollen dazu angehalten werden, sich die zur Steuerung ihrer Unternehmen erforderlichen Rechte zu sichern und verbriefen zu lassen sowie diese dann auch effektiv wahrzunehmen, und zwar unabhängig von der Art und dem Umfang der kommunalen Unternehmensbeteiligung.

Um die Steuerungsaufgabe auch organisatorisch zu verankern, sollen die Kommunen eine Beteiligungsverwaltung einrichten. Bei der Steuerung sind die Kommunen gut beraten, sich auf unternehmerische Grundsatzzfragen zu konzentrieren. Ein Hineinregieren in das operative Geschäft sollte vermieden werden. Der Gesetzentwurf sieht daher die Möglichkeit vor, dass sich die Gemeindevertretung bei der Ausübung ihres Weisungsrechts dahingehend selbstbeschränkt.

B) Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der kommunalen Unternehmen

Zur Stärkung der Kommunalwirtschaft ist es auch geboten, die bürokratischen Hürden der Zulassung kommunaler Unternehmen zu senken. Zum Beispiel ist vorgesehen, dass bei einer grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Betätigung die Kommunalaufsicht künftig nicht schon bei einem Überschreiten der Landes-, sondern erst der Bundesgrenze beteiligt werden. Ferner sieht der Entwurf eine erhebliche Vereinfachung und Beschleunigung des Anzeigeverfahrens (Halbierung der Verfahrensdauer) vor, um den Kommunen schnellstmöglich Planungssicherheit für ihre unternehmerischen Grundsatzentscheidungen zu geben.

3. Ausblick

Wie geht es nun weiter?

Der Zeitplan sieht die erste Kabinettsbefassung für das IV Quartal 2014 vor. Die zweite Kabinettsbefassung und die da-

rauf folgende Übergabe an den Landtag ist für das I. Quartal 2015 geplant. Darüber hinaus werden die Regelungen aus dem Vergütungs-offenlegungsgesetz in die kommunalwirtschaftsrechtlichen Regelungen einzuarbeiten sein.

Neben dem Gesetzgebungsverfahren läuft derzeit ein weiterer Dialogprozess bezüglich der Novellierung der untergesetzlichen Regelungen. Hier soll insbesondere mit den örtlichen Praktikern und den Interessenvertretungen die Er- und Ausarbeitung der aus dem Gesetzentwurf folgenden untergesetzlichen Regelungen und Empfehlungen bis Ende 2015 erfolgen. Beispielsweise bietet sich unserer Ansicht nach, um das für die eingangs dargestellte Selbstbeschränkung erforderliche Vertrauen zwischen den Organen der Kommune und der Unternehmen zu schaffen, eine Verständigung im Wege eines Public Corporate Governance Codex an, welche das Ministeriums für Inneres und Bundesangelegenheiten durch die Herausgabe eines Musterkodexes zu unterstützen beabsichtigt. Daneben sind u. a. die Verordnung für die Eigenbetriebe und Kommunalunternehmen als Anstalten des öffentlichen Rechtes zu überarbeiten, da eine Harmonisierung der Anforderungen für öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Unternehmen vorgesehen ist.

Kommunale Selbstverwaltung in der Energiewirtschaft nach den BGH-Urteilen zur Vergabe von Wegekonzessionen

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

I. Rechtstatsächliche Ausgangslage

Die kommunale leitungsgebundene Energieversorgung weist die Besonderheit auf, dass sie auf die Inanspruchnahme des örtlichen Wegenetzes angewiesen ist. Eine flächendeckende Versorgung ist nur durch Verteilernetze möglich, die unter den (öffentlichen) Wegen, Straßen und Plätzen der Gemeinde verlaufen, da nur auf diese Weise die einzelnen Grundstücke der Endverbraucher zu erreichen sind. Aufgrund der früher regelmäßig komplett aus öffentlicher Hand stammenden Elektrizitätsversorgung befindet sich häufig auch das Verteilernetz in öffentlichem

Eigentum¹. Den Gemeinden steht damit heutzutage nach wie vor die einträgliche Möglichkeit der Konzessionierung dieser Netze (und beim Netzausbau der entgeltlichen Einräumung von Wegenutzungsrechten) offen, womit sie zugleich über eine Steuerungsmöglichkeit mit Blick auf die örtliche Energieversorgung verfügen. Angesichts der Tatsache, dass der Betrieb eines konkurrierenden Versorgungsnetzes aus wirtschaftlichen Gründen kaum in Betracht kommen dürfte, verfügen die Gemeinden somit über ein »natürliches Monopol«. Um dennoch einen funktionierenden Wettbewerb um

den örtlichen Netzbetrieb zu gewährleisten und der Gemengelage aus wirtschaftlichen und kommunalpolitischen Interessen der Gemeinden gerecht zu werden, bedarf es sachgerechter Vorgaben und Verfahren.

II. Regelungsgehalte des § 46 EnWG

Dreh- und Angelpunkt der Vergabe von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und

* Um Fußnoten ergänztes Manuskript des Vortrags auf dem 4. Forum „Recht der kommunalen Wirtschaft“ des Schleswig-Holsteinischen Gemeindetags am 29. September 2014 in Kiel. Der Beitrag geht zurück auf ein Gutachten, das das Lorenz-von-Stein-Institut im Auftrag des Verbandes der Schleswig-Holsteinischen Energie- und Wasserwirtschaft e. V. – VSHEW erstattet hat und im instituteigenen Verlag als Band 102 der Reihe „Arbeitspapiere“ veröffentlicht ist (Brüning/Schulz/Brackmann/Tischer, Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013).

¹ Zur Sonderrechtsfähigkeit von Grundstücksbestandteilen als zivilrechtliches Problem bei der Privatisierung kommunaler Leitungsnetze schon Brüning, VIZ 1997, 398 ff.

zum Betrieb von Stromleitungen in öffentlichen Verkehrswegen bildet in energiewirtschaftsrechtlicher Hinsicht § 46 EnWG. Die Norm bildet den Rahmen für das Rechtsverhältnis zwischen den Gemeinden als Inhabern des öffentlichen Verkehrswegenetzes und den Energieversorgungsunternehmen als Nutzern durch Leitungsbau und -betrieb. Es soll einerseits der Wettbewerb um Netzgebiete und die darin befindlichen Letztverbraucher befördert und andererseits die Vereinnahmung von Konzessionsabgaben als Gegenleistung für die Einräumung von Wegenutzungsrechten gesichert werden².

§ 46 EnWG greift in seiner aktuellen Fassung zwei Fallgestaltungen auf: Absatz 1 betrifft »die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet«; die Absätze 2 bis 4 regeln »die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören«. Nach dieser durch das Zweite Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli 2005³ eingeführten Differenzierung wird die Versorgung der Letztverbraucher als Gegenstand eines Konzessionsvertrages ausgenommen. Zu unterscheiden ist danach also zwischen einfachen Wegenutzungsverträgen gemäß § 46 Abs. 1 EnWG und qualifizierten Wegenutzungsverträgen nach § 46 Abs. 2 – 4 EnWG, die regelmäßig als Konzessionsverträge bezeichnet werden⁴. Erstere betreffen die Vergabe von Wegerechten für Direktleitungen unter Umständen an mehrere Energieversorgungsunternehmen; letztere regeln die Wegerechtsvergabe für ein örtliches Versorgungsnetz, die wegen des natürlichen Monopols in jedem Gemeindegebiet nur an ein Unternehmen erfolgen kann.

III. Rolle der Kommunen bei der Wegenutzung

Die energiewirtschaftsrechtliche Zielsetzung des § 46 EnWG liegt im Kraftfeld der kommunalen Selbstverwaltung, zu der traditionell auch und gerade die örtliche Energieversorgung zählt. Die Gestaltungsmöglichkeiten der Gemeinden, insbesondere im Hinblick auf die Auswahl des Betreibers des Netzes zur allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet, sind daher bei der Anwendung und Auslegung der Norm stets angemessen zu berücksichtigen.

1. Energieversorgung als Element kommunaler Selbstverwaltung

Die Versorgung mit Energie zählt nach gegenwärtigem Verständnis zu den zentralen Aspekten kommunaler Selbstverwaltung. So sehen es denn auch das BVerfG (»...die Durchführung der Wasser-

und Energieversorgung [gehört] zu den typischen, die Daseinsvorsorge betreffenden Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften«), das BVerfG⁶ (»Die örtliche Energieversorgung gehört zu den durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleisteten Selbstverwaltungsangelegenheiten örtlich relevanten Charakters.«) und bspw. der VerfGH Rheinland-Pfalz⁷ (»Im Rahmen der so genannten Daseinsvorsorge geht es dabei in erster Linie um Basisgüter wie Strom,...«). Die Gerichte, hier insbesondere das BVerfG, haben insoweit konsequent ihre Rechtsprechung zum Charakter der Energieversorgung einerseits und zum Schutz der Selbstverwaltungsgarantie andererseits verbunden und die Eigenschaft der Durchführung der Wasser- und Energieversorgung als typische Daseinsvorsorgeaufgabe klar herausgestellt⁸.

a. Energieversorgung als gemeindliche Selbstverwaltungsaufgabe

Bisweilen wird angesichts des liberalisierten Energiemarktes diese Sichtweise nicht mehr vorbehaltlos geteilt, sondern ein differenzierendes Verständnis zugrundegelegt⁹, das zwischen Energieerzeugung (die – inzwischen »entörtlicht« – keine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft mehr darstelle¹⁰) und Energieverteilung unterscheidet. Die Energieverteilung soll danach der grundsätzlichen Verantwortung der Kommunen für die Versorgung der Einwohner mit leitungsgebundener Energie obliegen – unter daseinsvorsorgerischen Gesichtspunkten sind damit Versorgungssicherheit, flächendeckende Erbringung, Sicherstellung des gleichberechtigten Zugangs und der Qualität der angebotenen Leistungen sowie erschwingliche Preise angesprochen¹¹.

Mit Blick auf die Relevanz für die hier betrachtete Fragestellung ist ein Verständnis, nach welchem lediglich die Energieverteilung örtliche Angelegenheit und damit als Aufgabe von der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie erfasst ist, hinreichend. Denn zentraler Aspekt der Energieverteilung ist die Entscheidung, den hierfür erforderlichen Netzbetrieb selbst vorzunehmen oder ihn im Wege von Konzessionsverträgen an Dritte zu vergeben¹². Die Befassung mit dieser »Systementscheidung« ist der heute vornehmlich verbliebene Gegenstand der Energieversorgung als örtliche Angelegenheit, damit Selbstverwaltungsaufgabe und ausdrücklich von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt¹³.

b. Verwaltung des örtlichen Wegenetzes als Selbstverwaltungsaufgabe

Ein weiterer Anknüpfungspunkt für die Einordnung der energiewirtschaftlichen Konzessionsentscheidung als Gegenstand kommunaler Selbstverwaltung

ist das örtliche Wegenetz. Immerhin stellt dieses »das entscheidende Glied in der Kette der leitungsgebundenen Energieversorgung vom Produzenten zum Letztverbraucher dar« und ist insoweit »die zwangsläufige Verbindung« zur wirtschaftlichen Betätigung der Kommune im Bereich der Daseinsvorsorge mit Elektrizität¹⁴. Die Ausübung der Sachherrschaft über das örtliche Wegenetz ist eine von der Selbstverwaltungsgarantie erfasste Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft¹⁵. Dafür, dass auch der Abschluss von Wegenutzungsverträgen für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur Energieversorgung eine solche Selbstverwaltungsaufgabe ist, lässt sich anführen, dass sie Bestandteil der traditionell von den Kommunen verantworteten Sicherstellung der kommunalen Energieversorgung ist¹⁶. Diese Vergabeentscheidung ist nicht lediglich Bestandteil der möglicherweise privatwirtschaftlich erfolgenden örtlichen Stromversorgung, sondern eine ihr vorgelagerte hoheitliche Gestaltungsmöglichkeit, die sich ggf. im Konzessionsvertrag realisiert und aufgrund ihrer hoheitlichen Eigenschaft und ihres örtlichen (an das Wegenetz anknüpfenden) Bezugs von der Selbstverwaltungsgarantie umfasst ist¹⁷.

Auch wenn man dahingestellt sein lässt, ob oder inwieweit die Energieversorgung zum unentziehbaren Kern der Selbstverwaltung gehört¹⁸, sind Energieversorgung und die Ausübung der Hoheit über das gemeindliche Wegenetz jedenfalls

² Vgl. BT-Drs. 13/7274, S. 20 f.

³ BGBl I S. 1970.

⁴ Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht, 3. Aufl. 2013, 8. Kap. Rn. 3.

⁵ BVerfG, NJW 1990, 1783.

⁶ BVerfGE 98, 273 (275).

⁷ VerfGH Koblenz, NVwZ 2000, 801 (803).

⁸ Hierzu und zum Folgenden Püttner, LKV 1991, 209 (211).

⁹ Etwas bei Lecheler, NVwZ 1995, 8 (10).

¹⁰ Vgl. Wieland/Hellermann, Der Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen gegenüber Einschränkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigung im nationalen und europäischen Recht, 1995, S. 24 m. w. N.

¹¹ Kolb, LKV 2006, 97 (98).

¹² Vgl. Büdenbender, Materielle rechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 61.

¹³ So auch Heintzen, NVwZ 2000, 743 (743); Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 272 f.; Damm, JZ 1988, 840 (841); ausdrücklich für den Abschluss von Konzessionsverträgen Mehde, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz – Kommentar, Loseblattsammlung, Art. 28 Abs. 2 Rn. 93; Büdenbender (Fn. 12), S. 61.

¹⁴ Wieland/Hellermann (Fn. 10), S. 95 f.

¹⁵ Hellermann (Fn. 13), S. 277.

¹⁶ Wieland/Hellermann (Fn. 10), S. 97 f.

¹⁷ Ausführlich Hellermann (Fn. 13), S. 276 f.

¹⁸ Dagegen etwa Pielow, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 3. Aufl. 2011, § 54 Rn. 13 a. E.

von der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt. Der Gesetzgeber darf somit zwar regelnd eingreifen und Bedingungen setzen, muss diese allerdings anhand der Maßgaben der Selbstverwaltungsgarantie rechtfertigen und darf den Gemeinden die Aufgabe nicht ganz entziehen oder ihnen die Erfüllung der Versorgungsaufgabe unmöglich machen¹⁹.

2. Vergaberechtliche Implikationen

Die in § 46 EnWG aufgestellten verfahrens- und materiell-rechtlichen Vorgaben für die Auswahl des Vertragspartners lösen unmittelbar Assoziationen an das Vergaberecht aus mit der Folgefrage, ob dessen Regelungen ggf. ergänzend eingreifen.

a. Wegenutzungsverträge als Dienstleistungskonzessionen

(Kartell)Vergaberecht greift indes nicht ein, da es sich beim Abschluss der Wegenutzungsverträge nach § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG nicht um die Vergabe eines öffentlichen (Dienstleistungs-)Auftrags im Sinne von § 99 Abs. 4 GWB, sondern die einer Dienstleistungskonzession handelt. In Bezug auf die Abgrenzung von öffentlichem Dienstauftrag und Dienstleistungskonzession sei auf die Grundsätze der Kommission²⁰ verwiesen. Auf Verträge gemäß § 46 Abs. 2 und 3 EnWG angewendet kann das Vorliegen dieser Voraussetzungen ohne Weiteres konstatiert werden²¹.

Entscheidend gegen das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags streitet der Umstand, dass statt einer Gegenleistung in Geld das Recht zur Verwertung der eigenen Leistung auf eigenes Risiko tritt, m. a. W.: Das Energieversorgungsunternehmen trägt nach Abschluss des Wegenutzungsvertrages das wirtschaftliche Risiko, indem es die mit Bau und Betrieb des Netzes verbundenen Kosten bei seinen Kunden refinanzieren muss. Zu den Kunden zählen diejenigen Unternehmen, die das Versorgungsnetz zur Durchleitung benutzen, in Einzelfällen auch Letztverbraucher²². Von der Gemeinde erhält der Versorger hierfür aber nichts, sondern muss ganz im Gegenteil sogar noch Konzessionsabgaben an die eine Wegenutzung gestattende Gemeinde zahlen.

b. Rechtsfolge

Die Ausschreibung von Dienstleistungskonzessionen ist bislang – abgesehen von den Sondervorschriften des § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG – gesetzlich nicht geregelt. Auf europäischer Ebene liegt zwar der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates über die Konzessionsvergabe vom 20.12.2011 vor²³. Geltendes Recht ist damit aber noch nicht geschaffen worden. Auch wenn die Dienstleistungskonzes-

sion anders als die Baukonzession nicht dem Kartellvergaberecht unterliegt, bleibt sie den allgemeinen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot, unterworfen²⁴. Dem widerspricht das Unterbleiben jeglicher öffentlicher Ausschreibung²⁵. Elementar für die Transparenz ist die Sicherstellung eines angemessenen Grades von Öffentlichkeit im Interesse der potenziellen Bieter. Erst dadurch wird der Wettbewerb um die Vergabe der Dienstleistungskonzession und die Nachprüfung ermöglicht, ob das Verfahren diskriminierungsfrei abgelaufen ist²⁶. Zum Mindeststandard in verfahrensrechtlicher Hinsicht gehört danach zum einen die Verpflichtung des Konzessionsgebers, die beabsichtigte Vergabe einer Dienstleistungskonzession öffentlich bekanntzumachen. Zum anderen muss ein unterlegener Bieter die Möglichkeit einer Nachprüfung darüber erhalten, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden ist²⁷. »Dazwischen« ist ein strukturiertes Bieterverfahren durchzuführen, d. h. neben der Bekanntmachung sind ggf. mehrere Bieter einzubeziehen, selbst gesetzte Verfahrensregeln gegenüber allen Beteiligten einzuhalten und verbindliche Fristen festzulegen. Entsprechendes gilt in Bezug auf Festlegung, Bekanntgabe und Anwendung sachlicher Kriterien bei der Auswahlentscheidung²⁸. Hier setzen die rudimentären Regelungen zum Verfahren der Konzessionsvergabe im EnWG an²⁹.

In materiell-rechtlicher Hinsicht fordern die Grundfreiheiten und allgemeinen Grundsätze des primären Unionsrechts, dass eine Eignungsprüfung zu erfolgen hat, und zwar nicht nach willkürlich ausgewählten Kriterien. Vielmehr besteht ein Zusammenhang zwischen der auszuführenden Versorgungsleistung und dem Konzessionär, sodass die Eignungskriterien aus den fachgesetzlichen Anforderungen abzuleiten sind, in die der Konzessionär mit seiner Dienstleistung eintritt³⁰. Energiewirtschaftsrechtlich ergeben sich aus §§ 4, 7 bis 11 EnWG Mindestanforderungen an Bewerber. In Bezug auf die Vergabekriterien hieß es in der Gesetzesbegründung zu § 13 EnWG, der Vorgängerregelung zu § 46 EnWG, noch: »Nach welchen Kriterien die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung zu treffen hat, wird nicht bestimmt.«³¹ Hier hat der Gesetzgeber mit § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG vordergründig primärrechtliche Grundsätze erfüllt und zugleich neue Fragen aufgeworfen.

c. Ausnahme: Inhouse-Vergabe

Indem die Wegenutzungsverträge im Sinne von § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG als (Dienstleistungs-)Konzessionsverträge qualifiziert werden, erlangen die für die Vergabe solcher Konzessionen heraus-

gearbeiteten Grundsätze des Unionsrechts Bedeutung; zugleich sind sie aber nicht anzuwenden, wenn eine Ausnahme eingreift. Anerkannt ist insoweit, dass ein förmliches Auswahlverfahren – sei es sekundär- oder primärrechtlich gefordert – entbehrlich wird, wenn eine sog. Inhouse-Vergabe beabsichtigt ist. Bei Inhouse-Vergaben werden Leistungen innerhalb eines öffentlichen Auftraggebers oder durch eng mit ihm verbundene Rechtspersonen erbracht³². Unzweifelhaft liegt kein Beschaffungsakt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber mit seinem Leistungsauftrag innerhalb der staatlichen Organisation bleibt, er also von einer anderen staatlichen Einheit Leistungen entgegennimmt³³.

Diese – zum Vergaberecht nach den Vergaberichtlinien bzw. nach den §§ 97 ff. GWB entwickelte – Ausnahme wird für Dienstleistungskonzessionen entsprechend angewendet³⁴. Dies lässt sich im Wege eines Erst-recht-Schlusses begründen: Wenn die Inhouse-Vergabe als Ausnahme vom sekundärrechtlich ausge-

¹⁹ Vgl. Püttner, LKV 1991, 209 (211).

²⁰ Mitt. der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzession im Gemeinschaftsrecht Abl. EG 2000, C 121, 2 (4).

²¹ Offen gelassen vom BGH, dazu Groneberg, ER 2014, 91 (93 f. m.w.N.). Instruktiv zur Abgrenzung von Dienstleistungskonzession und Leistungsauftrag Polster/Kokew, KSzW 2012, 144 ff.; ausführlich zur Erfüllung der Merkmale einer Dienstleistungskonzession Sauer, Das Recht der Vergabe von Strom- und Gas-Konzessionsverträgen im EnWG, 2012, S. 205 ff.; zur „Zukunft der Dienstleistungskonzession“ angesichts der neuen europäischen Richtlinie Opitz, NVwZ 2014, 753 ff.

²² Statt vieler jüngst Schüttpeitz, VergabeR 2013, 361 (362 m. w. N.).

²³ Kom (2011), 897.

²⁴ Salje, EnWG, 2006, § 46 Rn. 66a; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2007, § 9 Rn. 22; zur Dienstleistungskonzession eingehend Ruhland/Hattig, NZBau 2005, 626 ff.; Ruhland, ThürVBl. 2008, 198 ff.; Weyd, Jura 2009, 448 ff.

²⁵ EuGH, NVwZ 2006, 555 f.

²⁶ EuGH, VergabeR 2008, 213 (216); NVwZ 2008, 17 (180); EuZW 2009, 849 (851); NZBau 2001, 148 (151); EuGH, NZBau 2009, 797 (800); NZBau 2005, 644 (647); NZBau 2005, 592 (593); NZBau 2001, 148 (151).

²⁷ Polster/Kokew, KSzW 2012, 144 (146 f. m. w. N. zur Rspr.).

²⁸ Siehe zum Verfahren für die Neuvergabe von Konzessionen in der Energiewirtschaft Byok/Dierkes, RdE 2011, 394 (397 ff. m. w. N.).

²⁹ Zur Frage, ob und inwieweit die Verfahrensvorgaben des § 46 EnWG ergänzt werden müssen, Sauer (Fn. 21), S. 684 ff.

³⁰ Burgi, NZBau 2005, 610 (616); Ortner, Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, 2007, S. 188 f.

³¹ BT-Drs. 13/7274, S. 21.

³² Kloster, Auftragbergemeinschaften der öffentlichen Hand, 2009, S. 125.

³³ Marx, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, Loseblatt, XVIII: Vergaberecht Rn. 73. Zur interkommunalen Zusammenarbeit aus vergaberechtlicher Sicht Brüning, DVBl. 2009, 1539 ff.

³⁴ Statt vieler Huber, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, 3. Kap. Rn. 283.

formten förmlichen Vergabeverfahren Anwendung findet, welches strengere Vorgaben formuliert als das Primärrecht, dann müssen diese Ausnahmetatbestände in vergleichbaren Fällen ebenfalls im Primärrecht anerkannt werden³⁵. Soweit dagegen eingewendet wird, das Wesentlichkeitskriterium sei bei Dienstleistungskonzessionen nicht erfüllt bzw. aufgrund der Ausgestaltung nicht erfüllbar, da der Netzbetreiber nicht für die Kommune (bzw. mehrere Kommunen) tätig werde, sondern für die Energienachfrager³⁶, kann dies nicht überzeugen³⁷. Auch nach der Rechtsprechung des EuGH sind »alle Tätigkeiten zu berücksichtigen, die dieses Unternehmen auf Grund einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, unabhängig davon, wer diese Tätigkeit vergütet – sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der erbrachten Dienstleistungen«³⁸. Maßgeblich ist insofern, dass durch die Tätigkeit des Unternehmens nicht nur eine Leistung gegenüber den Endverbrauchern erfüllt, sondern damit gerade der öffentliche Auftrag der Kommune, nämlich Gewährleistung des Netzbetriebs, verwirklicht wird. Unerheblich ist es insoweit, ob das kommunale Unternehmen bereits existiert oder erstmals im Augenblick der Rechtevergabe auftritt³⁹. Ansonsten wäre eine Rekommunalisierung, also der Übergang von der Fremd- zur Eigenerbringung, ausgeschlossen, während der Übergang von der Eigen- zur Fremderbringung ohne Einschränkungen möglich ist.

3. Gemeindegewirtschaftsrechtliche Zulässigkeitsstricken

Hinsichtlich der Systementscheidung ist es vorrangig das kommunale Wirtschaftsrecht, welches den kommunalen Aktivitäten Grenzen setzen kann, enthält dieses doch gerade eine Aussage dazu, ob und inwieweit eine Kommune überhaupt eigene wirtschaftliche Aktivitäten entfalten darf. Die in den landesgesetzlichen Vorschriften enthaltene Schrankentrias beansprucht auch für energiewirtschaftliche Betätigung Geltung, soweit diese Branche nicht in einigen Ländern explizit von einzelnen Vorgaben befreit worden ist (so bspw. in Nordrhein-Westfalen, vgl. § 107a GO NRW).

Hinsichtlich des öffentlichen Zwecks gilt auch hier, dass jedenfalls eine ausschließlich gewinnorientierte Betätigung ausgeschlossen ist⁴⁰. Ansonsten differenzieren die Vorgaben, ob der öffentliche Zweck die Betätigung »erfordert« oder lediglich »rechtfertigen« muss⁴¹.

Um die Kommunen vor einer finanziellen Überforderung zu schützen, muss die unternehmerische Betätigung in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune stehen. In der energiewirtschaftlichen Praxis spielte die-

ses Kriterium bisher keine Rolle. Unter Umständen erwächst aus dieser Vorgabe eine Grenze für Rekommunalisierungsbestrebungen kleinerer Gemeinden⁴². Beurteilungsmaßstab für die Frage, ob die Gemeinde die Tätigkeit »ebenso gut und wirtschaftlich«⁴³ bzw. sie »besser und wirtschaftlicher«⁴⁴ durch andere Unternehmen erfüllt werden kann, sind neben der Wirtschaftlichkeit auch qualitative Gesichtspunkte (Nachhaltigkeit, Dauerhaftigkeit, Zuverlässigkeit usw.)⁴⁵. Insofern besteht ein partieller Gleichlauf mit den Kriterien, nach denen eine Auswahl im Wettbewerb nach § 46 EnWG zu erfolgen hat, dennoch ist die Prüfung des Gemeindegewirtschaftsrechts vorgelagert. Zu berücksichtigen sind insbesondere die Vorschriften, die Tätigkeiten der Daseinsvorsorge oder speziell der Energieversorgung von diesem Nachweis ausnehmen⁴⁶.

Das Örtlichkeitsprinzip verlangt im Bereich der Energiewirtschaft, wenn nicht extra-territoriales Handeln einfachgesetzlich legitimiert worden ist⁴⁷, einen Bezug zu den Versorgungsinteressen der örtlichen Gemeinschaft⁴⁸. Überörtliche Aktivitäten sind für die hier relevante Fragestellung insofern von Bedeutung, als dass das Wesentlichkeitskriterium der Inhouse-Vergabe das Drittgeschäft quantitativ beschränkt⁴⁹.

Diese kommunalrechtlichen Vorgaben bleiben vom speziellen energiewirtschaftlichen Rechtsregime des EnWG unberührt. Dies erklärt sich bereits aus den unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Bundesländern: dem Bundesgesetzgeber ist eine vollständige Erfassung der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden (auch im Energiewirtschaftsrecht) versagt, mit der Folge, dass die landesrechtlichen Vorgaben zusätzlich zu beachten sind⁵⁰. Das Gemeindegewirtschaftsrecht enthält aber keine Aussage darüber, ob ein Auswahlverfahren durchzuführen ist, wenn die Gemeinde in zulässiger Weise wirtschaftlich in einem Bereich tätig werden will, in dem aufgrund eines natürlichen Monopols lediglich »Platz« für einen Anbieter ist.

IV. Die Bedeutung des § 46 EnWG für die Systementscheidung und die Vergabekriterien

§ 46 EnWG statuiert verfahrensrechtliche Anforderungen und materiell-rechtliche Kriterien für die Konzessionsvergabe. Auf dieser rechtlichen Basis stellt sich die Frage nach der Entscheidungsfreiheit der Gemeinde bei der Auswahl des Stromkonzessionärs, hier insbesondere nach der Exklusivität der im EnWG aufgestellten Kriterien, der Zulässigkeit einer Gewichtung sowie der Privilegierung öffentlicher Unternehmen. Logisch vorrangig ist die Prüfung, ob § 46 EnWG überhaupt zwingend zur Anwendung kommt oder

der Gemeinde eine kommunalpolitische Systementscheidung darüber zusteht, die örtliche Energieversorgung in Eigenregie wahrzunehmen und damit von einem energiewirtschaftsrechtlich determinierten Auswahlverfahren vollständig abzuweichen.

1. Determinierung der Systementscheidung durch das nationale und das europäische Wirtschaftsrecht

Die Frage, ob ein förmliches Auswahlverfahren notwendig ist, wenn die Gemeinde selbst wirtschaftlich tätig werden will, muss durch eine Analyse besonderer energiewirtschaftsrechtlicher sowie allgemeiner wirtschaftsrechtlicher Vorgaben beantwortet werden.

³⁵ Hellermann, Zulässige Kriterien im Rahmen der gemeindlichen Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen – Möglichkeiten der Wahrung kommunaler Interessen und Spielräume in dem Verfahren der Konzessionsvergabe, Rechtsgutachten im Auftrag des Verband kommunaler Unternehmen e. V., 2013, S. 17; VG Oldenburg, Beschl. v. 17.7.2012, 1 B 3594/12, Rn. 96, zitiert nach juris.

³⁶ So OLG Schleswig, Urt. v. 22.11.2012, 16 U (Kart) 22/12, Rn. 162, zitiert nach juris; Bündenbender (Fn. 12), S. 79.

³⁷ So auch Hellermann (Fn. 35), S. 17 f.; dagegen auch Schüttpeitz, VergabeR 2013, 361 (363 f. mit Fn. 33).

³⁸ EuGH, Urt. vom 11.5.2006, C-340/04 (Carbotermo), Rn. 72.

³⁹ Hellermann (Fn. 35), S. 18 f.; anders wohl OLG Schleswig, Urt. v. 22.11.2012, 16 U (Kart) 22/12, Rn. 162, zitiert nach juris.

⁴⁰ Pielow (Fn. 18), § 54 Rn. 21.

⁴¹ Zu den Unterschieden im Einzelnen Wendt, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 3. Aufl. 2011, § 42 Rn. 34.

⁴² Pielow (Fn. 18), § 54 Rn. 23; zu Maßstäben und Grenzen einer (Re-)Kommunalisierung von Aufträgen aus privater Hand Brüning, VerwArch. 100 (2009), 453 ff.

⁴³ So die Formulierung in § 68 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KV M-V.

⁴⁴ So bspw. in § 101 Abs. 1 Nr. 3 GO SH.

⁴⁵ Pielow (Fn. 18), § 54 Rn. 23.

⁴⁶ Bspw. § 107a GO NRW.

⁴⁷ Exemplarisch § 101 Abs. 2 Satz 1 GO SH: »Die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes ist zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen Gebietskörperschaften gewahrt sind.«; speziell für den Bereich der Energiewirtschaft § 116 Abs. 3 GO LSA: »Die wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung außerhalb des Gemeindegebietes dient einem öffentlichen Zweck und ist zulässig, wenn sie nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht, die Voraussetzung des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 3 vorliegt und die berechtigten Interessen der betroffenen Gemeinde gewahrt sind.«

⁴⁸ Pielow (Fn. 18), § 54 Rn. 26.

⁴⁹ Zutreffend Burgi, Neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen, 2010, S. 73 f.

⁵⁰ Dies ist allgemein anerkannt. Ansonsten wären die speziellen Vorgaben im Landesrecht zur Energiewirtschaft (bspw. § 107a GO NRW) oder zu Konzessionsverträgen (§ 148 Abs. 2 NKomVG) nicht möglich.

§ 46 Abs. 2 und 3 EnWG kann die Verpflichtung, ein förmliches Auswahlverfahren durchzuführen, nicht entnommen werden. Die Norm setzt eine diesbezügliche Systemscheidung der Gemeinde vielmehr voraus. Nichts anderes ergibt sich aus § 46 Abs. 1 EnWG. Sowohl das nationale als auch das europäische Kartellrecht akzeptieren dieselben Ausnahmen wie das Vergaberecht, sodass hieraus ebenfalls nichts für das Erfordernis eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens folgt. Ebenso anerkennt das europäische Primärrecht die Ausnahme der Inhouse-Vergabe unter Einbeziehung der Dienstleistungskonzession. Unterstellt, § 46 Abs. 2 und 3 EnWG verlangten ein förmliches Auswahlverfahren, so griffe gleichwohl das Inhouse-Privileg durch. Im Übrigen fehlte dem Bundesgesetzgeber die Kompetenz zu derartigen Regelungen auf dem Gebiet des Gemeindefortschrittsrechts.

2. Das Verhältnis der Zielsetzungen aus § 1 EnWG zu weiteren Vergabekriterien

Die Entscheidungsfreiheit der Kommunen bei der Auswahl des Stromkonzessionärs wird durch die über § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG anwendbaren energiewirtschaftlichen Ziele des § 1 EnWG nicht exklusiv bestimmt. Dafür streitet schon die gerichtliche Handhabung der Konzessionsvergabe bis zur Einfügung des § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG im Jahr 2011. Da die Zielvorgaben des EnWG ausdrücklich nur »im Rahmen der Vorschriften dieses Gesetzes« greifen, ist die verbindliche Regelungswirkung zwar erweitert worden, und zwar konstitutiv über das Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Endkunden hinaus für das Verhältnis zwischen Gemeinde und Netzbetreiber. Schon der gesetzliche Bezug auf die Bedeutung der Konzessionsabgaben (§§ 46 Abs. 1 Satz 2, 48 EnWG) zeigt indes, dass diese Erstreckung der Kriterien weder vorrangig noch gar abschließend gemeint ist. Das wird durch die Auslegung der Norm nach den anerkannten Methoden bestätigt. Dieser Befund erlaubt den Gemeinden indes nicht, abweichende bzw. bevorzugende Kriterien zugrunde zu legen, um die Einschaltung einer Eigengesellschaft oder eines Unternehmens, an dem sie beteiligt ist, zu erreichen. Hier gilt dasselbe wie im Vergaberecht, dass nämlich eine (unionsrechtlich) zulässige Privilegierung eigener Einrichtungen nur bei der Frage statthaft ist, ob überhaupt eine Vergabe stattfindet; im nachfolgenden Auswahlverfahren gelten dann aber Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgrundsatz. Deshalb sind Kriterien zu formulieren, die von allen Bewerbern in gleicher Weise erfüllt werden können. Schließlich müssen die zulässigen Kriterien einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle standhalten, die im Ergebnis

aber keine höheren Anforderungen voraussetzt als das Energiewirtschaftsrecht.

3. Die Rechtsprechung des BGH

Nun hat der BGH allerdings jüngst geurteilt⁵¹: Bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten gemäß § 46 Abs. 2 EnWG seien die Gemeinden als marktbeherrschende Anbieter in ihrem Gebiet aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (= § 20 Abs. 1 GWB a.F.) und § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen. Die Pflicht der Gemeinden zur diskriminierungsfreien Auswahl des Konzessionärs sei mit dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung vereinbar, weil sie nicht in den Kernbestand eingreife und im Übrigen jedenfalls verhältnismäßig sei. Weiter meint der BGH⁵²: Die Auswahl müsse in einem transparenten Verfahren erfolgen und vorrangig an Kriterien ausgerichtet werden, die das Ziel des § 1 EnWG konkretisierten. Dem gemeindlichen Anbieterinteresse an der Erzielung eines möglichst hohen Preises für die Überlassung der Wegenutzung werde durch das in § 46 Abs. 1 Satz 2 EnWG verankerte Recht zur Ablehnung von Vertragsschlüssen bei unzureichenden Konzessionsabgaben genügt, so dass die Konzessionsvergabe im Übrigen an dem Bedarf auszurichten sei, den die Gemeinde als Nachfrager im Interesse der Nutzer befriedigen müsse. Weitere Auswahlkriterien, die weder konzessionsabgaberechtliche zulässige Nebenleistungen im Zusammenhang mit der Wegenutzung noch die Ausrichtung des Netzbetriebs auf die Ziele des § 1 EnWG betreffen, seien daher unzulässig. Da die energiewirtschaftsrechtlichen Einzelziele der Konkretisierung, Gewichtung und Abwägung durch die Gemeinde zugänglich seien, werde ihrer Planungshoheit Rechnung getragen.

Und schließlich⁵³: Wenn die Konzessionsvergabe diesen Anforderungen nicht genüge, liege eine unbillige Behinderung derjenigen Wettbewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden seien. Da es sich beim Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (= § 20 Abs. 1 GWB a.F.) um ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB handele, führe eine rechtswidrige Auswahlentscheidung zu einem unwirksamen Konzessionsvertrag.

4. Kritik

Wenn und soweit ein Eingriff in den Randbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie vorliegt, ist ein sachlich zwingender Grund erforderlich; zudem muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben⁵⁴. Da ein Wettbewerb um Konzessionsverträge kein Selbstzweck ist (und bspw. von § 1 Abs. 2

EnWG auch nur für die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze als Zweck formuliert wird, also für die §§ 11 bis 35 EnWG – Teil 3 »Regulierung des Netzbetriebs«), kann es nur um die Sicherstellung der energiewirtschaftlichen Zielsetzungen aus § 1 Abs. 1 EnWG gehen. Insofern ist es aber nicht erforderlich, ausnahmslos und immer ein förmliches Auswahlverfahren zu fordern, da auch kommunale Betreiber, die ohne ein solches Verfahren ausgewählt wurden, vom EnWG auf diese Zielsetzungen verpflichtet sind⁵⁵. Diese gesetzliche Verpflichtung kommunaler Energieversorger, die ebenfalls einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie bildet, ist ein milderer Mittel zur Zweckerreichung und daher als ausreichend zu erachten. Ein weitergehender Eingriff ist nicht zu rechtfertigen⁵⁶.

Zu der Verabschiedung des Inhouse-Privilegs kommt hinzu, dass sich der Gestaltungsspielraum der Gemeinde bei einer Auswahlentscheidung, die sich ausschließlich bzw. vorrangig an diesen Zielsetzungen ausrichtet⁵⁷, auf ein Minimum reduziert. Alle Mitbewerber müssen diese Kriterien ohnehin – kraft gesetzlicher Verpflichtung – erfüllen, die Bandbreite denkbarer Abweichungen dürfte minimal sein⁵⁸, bspw. kleinste Unterschiede hinsichtlich der Versorgungseffizienz. Insofern spricht auch dieser Umstand dafür, dass weitere Kriterien im Rahmen der Entscheidung eine wesentliche Rolle spielen können – da die Einhaltung der Zielsetzungen des EnWG anderweitig hinreichend gesichert ist und nicht im Wettbewerb realisiert werden muss⁵⁹. Auch die Interessen der Endverbraucher sind so hinreichend abgesi-

⁵¹ BGH, NVwZ 2014, 807 (809 ff.).

⁵² BGH, NVwZ 2014, 807 (810 ff.).

⁵³ BGH, NVwZ 2014, 807 (812 ff.).

⁵⁴ Zu den Anforderungen im Einzelnen Burgi, Kommunalrecht, 4. Aufl. 2012, § 6 Rn. 39 ff.

⁵⁵ Dem folgend Richter/Brahms, KommJur 2014, 6 (8).

⁵⁶ So wohl auch Richter/Brahms, KommJur 2014, 6 (8). Folgerichtig fragt Groneberg, ER 2014, 91 (93): „Was bleibt von Art. 28 Abs. 2 GG für die gemeindliche Auswahlentscheidung?“

⁵⁷ Zu den Schwierigkeiten einer Bestimmung von „Vorrangigkeit“ und der Gewichtung der Einzelziele Groneberg, ER 2014, 91 (95).

⁵⁸ Zutreffend Meyer-Hetling/Probst/Wolkenhauer, ER 2012, 22 (26): »Aufgrund der generellen Verpflichtung der Energieversorgungsunternehmen (einschließlich Netzbetreiber) in § 2 EnWG an die Ziele des § 1 EnWG stellt sich zudem auch die praktische Frage, inwieweit die Zielvorgaben des § 1 EnWG überhaupt in sinnvoller Weise zu Auswahlkriterien der Gemeinde im Konzessionsverfahren gemacht werden können. Dies erklärt sich damit, dass die allgemeinen Ziele des EnWG in allen Bereichen für alle energiewirtschaftlich relevanten Akteure Geltung beanspruchen. Alle potenziell am Netzbetrieb interessierten Energienetzbetreiber sind gleichermaßen den Zielen des § 1 EnWG verpflichtet.«

⁵⁹ Ebenso Richter/Brahms, KommJur 2014, 6 (10).

chert; gemeindliche Interessen in den Mittelpunkt der Vergabeentscheidung zu rücken, beeinträchtigt diese nicht, andererseits kommen diese dem Bürger letztlich auch mittelbar zugute.

Ob die Einschränkung der Eigenverantwortlichkeit als Element der Selbstverwaltungsgarantie durch die zwingende Verpflichtung auf die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG »bei der Auswahl des Unternehmens« verfassungsgemäß ist, hängt davon ab, wie die in Bezug genommenen Ziele verstanden werden. Unbedenklich ist eine Auslegung im Sinne einer Berücksichtigungspflicht. Demgegenüber sind Auslegungsvarianten, die von einer Vorrangigkeit bzw. Ausschließlichkeit aller Zielsetzungen des § 1 EnWG ausgehen, nicht mit Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar. Schon die Pflicht zur Berücksichtigung führt nämlich in Verbindung mit dem Gebot, nur sachlich gerechtfertigte Gründe zu formulieren, dazu, dass alle Kriterien untersagt sind, die den Zielen des § 1 EnWG entgegenstehen. Wenn eine öffentliche Ausschreibung in jedem Falle verlangt wird, müssen andere Kriterien als die des § 1 EnWG erst recht berücksichtigt werden dürfen.

Wenn ein echter Wettbewerb zu eröffnen ist⁶⁰, wird bereits begrifflich verlangt, dass

– auch nachrangig – nur Kriterien formuliert werden, die von allen Bewerbern in gleicher Weise erfüllt werden können. Dies gebietet das (europarechtliche, gleichheits- und kartellrechtliche) Diskriminierungsverbot. Damit werden aber typische Kriterien, die die Gemeinden ihren Auswahlentscheidungen zur Realisierung kommunaler und kommunalpolitischer Zielsetzungen bevorzugt zugrunde legen, nicht von vornherein ausgeschlossen, da sie sachlich gerechtfertigt sein können und in der Regel auch diskriminierungsfrei gestaltet werden können. Problematisch sind aber Vorgaben zur gesellschafts-rechtlichen Beteiligung, da hier quasi durch die Hintertür kommunalen Unternehmen doch wieder Vorteile eingeräumt werden⁶¹.

V. Ausblick

Ungeachtet der Geringschätzung der kommunalen Selbstverwaltung leidet die Rechtsprechung des BGH auch an einer weiteren Unwucht: Das Verständnis des § 46 EnWG wird mit keiner Silbe zum europäischen und deutschen Vergaberecht ins Verhältnis gesetzt; nur für Einzelfragen verneint das Gericht die (analoge) Anwendbarkeit des Vergaberechts, und das auch noch inkonsequent⁶².

Dabei führt die Lesart des BGH zu einer Privatisierungspflicht, die im Widerspruch zur anerkannten Rolle der Kommunen im Bereich der Energieversorgung steht, unionsrechtlich nicht gefordert, verfassungsrechtlich bedenklich und im einfachen Recht nicht angelegt ist. Eine Verfassungsbeschwerde der betroffenen Stadt hat allerdings nicht weitergeholfen, weil das BVerfG sie nicht zur Entscheidung angenommen hat. Es bleibt daher der Auftrag des Gesetzgebers, die widersprüchliche Rechtslage in dem Sinne zu lösen, wie es die neuen Vergaberichtlinien der Europäischen Union tun: Ausschreibungspflicht mit Inhouse-Privileg. Wettbewerb ist keine Allzweckwaffe, sondern macht Halt an der Verwaltungszuständigkeit der kommunalen Selbstverwaltungsträger

⁶⁰ Zu den wesentlichen Verfahrensfragen Richter/Brahms, KommJur 2014, 6 (8 ff.).

⁶¹ Dazu und zu vertraglichen Instrumenten der Einflussnahmesicherung Groneberg, ER 2014, 91 (96).

⁶² Siehe Groneberg, ER 2014, 91 (93). Die Begründung von Eufinger, NVwZ 2014, 779 (781), ist eher behauptende, dann auch ansonsten greift das Inhouse-Privileg bei „unternehmerische(r) und damit gewerbsmäßige(r) Tätigkeit“.

Struktur, Recht- und Zweckmäßigkeit des Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein*

Prof. Dr. Florian Becker, LL.M. und Wiss. Mitarbeiter Alexander Merschmann¹

A. Das Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein

I. Rechtspolitischer Hintergrund des Gesetzes

Durch das Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein (TTG)² werden Regelungen zur Tariftreue und weiterer sog. „vergabe-“ bzw. beschaffungsfremder Kriterien in die Entscheidung über die Vergabe öffentlicher Aufträge integriert, um auf diese Weise allgemeinpolitische Anliegen zu verwirklichen. Das ökonomisch herausragende Volumen öffentlicher Aufträge³ soll somit zur Realisierung politischer Steuerungsziele fruchtbar gemacht werden. Damit vollzieht der Schleswig-Holsteinische Gesetzgeber den Wandel des Vergaberechts hin zu einem dynamischen Regelungskomplex des öffentlichen Wettbewerbsrechts.⁴ Vergabefremde Aspekte erzeugen dabei natur-

gemäß ein Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel der wirtschaftlichen Beschaffung und den darüberhinausgehenden Steuerungszielen.

Letztlich ist das TTG ein Versuch, die Folgen einer fehlenden Landesgesetzgebungskompetenz für die Etablierung eines flächendeckenden Mindestlohns⁵ für den Teilbereich öffentlicher Aufträge abzumildern. Allerdings existiert nunmehr durch das neu eingeführte Mindestlohngesetz (MiLoG)⁶ ein gesetzlicher Mindestlohn auf Bundesebene. Der schleswig-holsteinische Landesgesetzgeber hat auf diese Änderung bisher nicht reagiert, so dass das TTG in vielfacher Hinsicht Systembrüche provoziert.

II. Gesetzeszweck

Gemäß § 1 Satz 1 TTG ist Zweck des Gesetzes, „einen fairen Wettbewerb um das wirtschaftlichste Angebot bei der

Vergabe öffentlicher Aufträge unter gleichzeitiger Berücksichtigung von Sozialverträglichkeit, Umweltschutz und Energieeffizienz sowie Qualität und Innovation der Angebote zu fördern und zu unterstützen“. Dieser Zweck erfährt in § 1

* Der Beitrag beruht auf dem gleichnamigen Vortrag des Autors beim 4. Forum der kommunalen Wirtschaft des SHGT am 28. September 2014.

¹ Der Autor Becker ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, der Autor Merschmann ist Wiss. Mitarbeiter ebenda. Dem Aufsatz liegt eine gekürzte und aktualisierte Fassung eines Gutachtens zugrunde, das der erstgenannte Autor in dieser Angelegenheit erstattet hat.

² Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 31. Mai 2013 (GVOBl. SH, S. 239).

³ Zahlen bei Schwab, in: Heuvels/Höb/Kuß/ders. (Hrsg.), Vergaberecht, 2013, Einleitung Rn. 1.

⁴ Zu diesem Wandel Burgi, NZBau 2001, 64ff. (64); Schwab, in: Heuvels/Höb/Kuß/ders. (Hrsg.), Vergaberecht, 2013, Einleitung Rn. 2ff.

⁵ Vgl. nur Hoppe/Menzenbach, NZA 2008, S. 1110ff.; s.a. BAGE 3, 149 (151); VerfGH Bayern, Entsch. v. 3. Feb. 2009, Vf. 111-IX/08, BeckRS 2009, 31265 (NZA 2009, 443).

⁶ Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns vom 11. August 2014, eingeführt durch Art. 1 des Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie vom 11. August 2014 (BGBl. I, S. 1348).

Satz 2 TTG eine Präzisierung. Demnach verhindert das Gesetz „den Einsatz von Niedriglohnkräften und entlastet damit die sozialen Sicherungssysteme“. Darüber hinaus geht es dem Gesetzgeber gleichfalls um die Vorbildfunktion öffentlicher Auftraggeber für die gesellschaftliche Entwicklung⁷. Schließlich haben Abgeordnete der Mehrheitsfraktion zum Teil erkennen lassen, dass ein mit dem Gesetz verfolgtes Anliegen binnenmarktförderlicher Protektionismus ist⁸.

III. Anwendungsbereich

1. Subjektiver Anwendungsbereich

Der subjektive Anwendungsbereich des TTG wird in § 2 Abs. 1 TTG geregelt. Demnach gelten die Vorgaben des Gesetzes für öffentliche Aufträge aller Gebietskörperschaften des Landes Schleswig-Holstein (Nr. 1), der Kreise, Gemeinden und Gemeindeverbände (Nr. 2) sowie für die übrigen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts (Nr. 3).

2. Sachlicher Anwendungsbereich

In sachlicher Hinsicht gilt das TTG grundsätzlich für alle öffentlichen Aufträge. Oberhalb der Schwellenwerte⁹ kommen allerdings primär die bundesrechtlichen Vergabevorschriften zur Geltung. Das TTG hat insoweit nur eine ergänzende Funktion für diejenigen Bereiche, in denen es an bundesgesetzlichen Regelungen fehlt. Unterhalb der Schwellenwerte findet das TTG hingegen umfassend Anwendung, wobei jedoch die Auftragswertgrenzen der Schleswig-Holsteinischen Vergabeverordnung (SHVgVO)¹⁰ beachtet werden müssen.

Die SHVgVO ordnet jeweils die grundsätzliche Geltung der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A)¹¹, der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A (VOB/A)¹² sowie der Sektorenverordnung (SektVO)¹³ an, setzt aber Wertgrenzen fest. § 9 Abs. 1 SHVgVO sieht bis zum 31. Dezember 2015 geltende, modifizierte Wertgrenzen vor, die sich auf den Gesamtauftragswert beziehen.

§ 9 Abs. 1 Nr. 3 und 4 SHVgVO sehen für die Vergabe von Bauaufträgen nach den Bestimmungen der VOB/A vor, dass die Durchführung eines öffentlichen Teilnahmewettbewerbs unterhalb eines geschätzten Auftragswertes von 1.000.000 Euro zulässig ist, während die freihändige Vergabe unterhalb eines geschätzten Auftragswertes in Höhe von 100.000 Euro möglich bleibt. Endlich sieht § 9 Abs. 1 Nr. 5 unterhalb eines geschätzten Auftragswertes von 100.000 Euro bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und unterhalb eines geschätzten Auftragswertes von 1.000.000 Euro bei Bauaufträgen einen zulässigen Verzicht auf eine Bekanntmachung vor.

Überdies enthält § 2 Abs. 6 TTG eine Modifikation des sachlichen Anwendungsbereichs des Gesetzes. Nach dieser Vorschrift gelten die §§ 3 (Allgemeine Grundsätze) und 4 Abs. 1 TTG (Tariftruepflicht) für alle öffentlichen Aufträge, „soweit dieses Gesetz nach den Absätzen 1 bis 4 [des § 2] anwendbar ist, unabhängig von der Höhe des jeweiligen Auftragswertes. Alle weiteren Vorschriften gelten nur für Aufträge ab einem geschätzten Auftragswert ohne Umsatzsteuer von 15.000 Euro“.

Der sachliche Anwendungsbereich wird schließlich durch Verweis von § 2 Abs. 2 TTG auf § 100 Abs. 2 GWB für bestimmte Arten von Aufträgen beschränkt. Ausgenommen sind z.B. Arbeitsverträge (§ 100 Abs. 3 GWB) sowie grundsätzlich Aufträge im Bereich Verteidigung und Sicherheit (§ 100c GWB).

IV. Die Erklärung zur Tariftrue (§ 4 TTG)

Kern des Tariftrue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein ist die Tariftrueerklärung des § 4 TTG. Die nach dem Gesetz erforderliche Tariftrueerklärung kann sich entweder auf normativ bereits verbindliche (§ 4 Abs. 1 TTG) oder – in dem Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auf vom Staat für repräsentativ erklärte – Regeln beziehen (§ 4 Abs. 2 TTG). Sollten beide Optionen nicht greifen, legt das Gesetz selbst einen Mindestlohn (9,18 Euro (brutto)) fest, zu dessen Zahlung sich der Auftragnehmer verpflichten muss (§ 4 Abs. 3 TTG).

1. Mindestentgelt nach allgemein verbindlich erklärtem Tarifvertrag, Arbeitnehmer-Entsendegesetz oder Mindestarbeitsbedingungengesetz (§ 4 Abs. 1 TTG)

a) Die dreischichtige Regelung des § 4 Abs. 1 TTG

Nach § 4 Abs. 1 TTG dürfen öffentliche „Aufträge für Leistungen, deren Erbringung dem Geltungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes [...] unterfällt, [...] nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe durch Erklärung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung des Auftrages wenigstens diejenigen Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts zu gewähren, die durch einen bundesweit für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag oder eine nach den §§ 7 oder 11 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes erlassene Rechtsverordnung für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden.“

Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 TTG gilt Satz 1 entsprechend „für Mindestentgelte, die aufgrund der Vorschriften des Mindestarbeitsbedingungengesetzes [...] für den

jeweiligen Wirtschaftszweig in der jeweils geltenden Fassung festgesetzt worden sind“. Jedoch wurde durch Art. 14 des am 16. August 2014 in Kraft getretenen Tarifautonomiestärkungsgesetzes das Mindestarbeitsbedingungengesetz (MiArbG) und damit der Bezugsgegenstand dieser Regelung aufgehoben, so dass der Vorschrift insoweit keine Relevanz mehr zukommt.

b) Voraussetzung einer Verpflichtung nach § 4 Abs. 1 TTG

Um die Voraussetzung einer Verpflichtung nach § 4 Abs. 1 TTG zu begründen, muss die nachgefragte Leistung zunächst in den Anwendungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes fallen. Ursprünglich galt dies ausschließlich für in § 4 AEntG a.F. aufgeführten Branchen z.B. den Bereich des Bauhaupt- und Baunebenhandwerks (Nr.1) oder auch der Gebäudereinigung (Nr. 2)¹⁴. Durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz wurde dem § 4 des AEntG allerdings ein zweiter Absatz angefügt und dadurch der Anwendungsbereich des AEntG ausgedehnt. Nach dem neu eingeführten § 4 Abs. 2 AEntG erstreckt sich der Geltungsbereich nun auch auf „[...] Tarifverträge aller anderen als der in Absatz 1 genannten Branchen, wenn die Erstreckung der Rechtsnormen des Tarifvertrages im öffentlichen Interesse geboten erscheint, um die in § 1 [des AEntG] genannten

⁷ Entwurf der Abgeordneten des SSW und der Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen eines Gesetzes über die Sicherung von Tariftrue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftrue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein – TTG), LT-Drucks. 18/187 (in der Folge: „Gesetzesentwurf“), S. 19 f.

⁸ Schleswig-Holsteinischer Landtag, Wirtschaftsausschuss, Sitzung am 17. April 2013, Niederschrift, S. 20.

⁹ Verordnung (EU) Nr. 1336/2013 der Kommission vom 13. Dezember 2013 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren; vgl. insoweit die dynamischen Verweisungen in § 1 Abs. 1 Satz 1 VgV, § 1 Abs. 2 SektVO und § 1 Abs. 2 VSVgV.

¹⁰ Landesverordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 13. November 2013 (GVObI. SH, S. 439).

¹¹ In der Fassung der Bekanntmachung vom 20. November 2009 (BAnz. Nr. 196a vom 29. Dezember 2009, ber. BAnz. Nr. 32 vom 26. Februar 2010, S. 755).

¹² In der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2012 (BAnz. Nr. 155a vom 15. Oktober 2009, letzte Änderung BAnz. AT vom 13. Juli 2012 B3).

¹³ Sektorenverordnung vom 23. September 2009 (BGBl. I, S. 3110), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 25. Juli 2013 (BGBl. I, S. 2722).

¹⁴ Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler (Hrsg.), Arbeitnehmerentsendegesetz (3. Aufl. 2011), MiArbG Einl. Rn. 29.

Gesetzesziele zu erreichen und dabei insbesondere einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegen zu wirken.“

Damit ist zwar der Anwendungsbereich für die Anforderung einer Tarifreueerklärung auf potentiell alle Wirtschaftszweige erweitert worden, jedoch hat der schleswig-holsteinische Gesetzgeber das TTG (bisher) nicht angepasst, so dass in diesen neuen Bereichen durch Verordnung festgesetzte Mindestarbeitsbedingungen kein Bezugspunkt einer Tarifreueerklärung sein können.

c) Die normativen Bezugspunkte der Erklärung

aa) Bundesweit für allgemein verbindlich erklärter Tarifvertrag

Erstens bezieht sich § 4 Abs. 1 TTG auf einen bundesweit für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag. Das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung aus § 5 TVG wird zur Festlegung von Arbeitsbedingungen ungeachtet der Tarifgebundenheit und ohne Beschränkung auf bestimmte Regelungsgegenstände oder Branchen für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Geltungsbereich eines Tarifvertrags genutzt¹⁵. Rechtsfolge einer solchen Erklärung ist, dass die Rechtsnormen des Tarifvertrags in seinem Geltungsbereich auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfassen (§ 5 Abs. 4 TVG). Es wird eine Bindung an den Tarifvertrag bewirkt, unabhängig von einer Koalitionszugehörigkeit¹⁶.

Sollten die relevanten Tariflöhne den gesetzlichen Mindestlohn unterschreiten, sind diese Vereinbarungen nach § 3 MiLoG unwirksam und der gesetzliche Mindestlohn geht vor. In diesem Fall werden keine Mindestarbeitsbedingungen mehr i.S.d. § 4 Abs. 1 TTG über einen für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag verbindlich vorgegeben, weshalb § 4 Abs. 3 TTG einschlägig sein dürfte. Beachtlich ist zudem § 1 Abs. 3 Satz 2 MiLoG, wonach auf Grundlage von § 5 des Tarifvertragsgesetzes für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge im Sinne von § 4 Abs. 1 Nr. 1 sowie §§ 5 und 6 Abs. 2 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes ausdrücklich Vorrang gegenüber MiLoG genießen.

bb) Rechtsverordnung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz

Zweitens bezieht sich die Erklärung nach § 4 Abs. 1 TTG auf Mindestarbeitsbedingungen, die durch eine Rechtsverordnung nach §§ 7, 11 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)¹⁷ verbindlich vorgegeben werden. Diese kann aber nur die in § 5 AEntG aufgeführten Inhalte erfassen. Voraussetzung für ihren Erlass ist allein, dass sie im öffentlichen Interesse

geboten erscheint, um die Gesetzesziele des AEntG zu erreichen. Die Rechtsfolge entspricht derjenigen der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags, § 8 Abs. 1 AEntG¹⁸.

Sollten die relevanten Tariflöhne den gesetzlichen Mindestlohn unterschreiten, sind diese Vereinbarungen grundsätzlich ebenfalls nach § 3 MiLoG unwirksam und der gesetzliche Mindestlohn geht vor. Allerdings sieht § 24 MiLoG für abweichende Regelungen eines Tarifvertrags repräsentativer Tarifvertragsparteien bis zum 31. Dezember 2017 eine Übergangsregelung vor, wenn sie für alle unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland sowie deren Arbeitnehmern verbindlich gemacht worden sind¹⁹. Ab dem 1. Januar 2017 müssen solche abweichenden Regelungen dann mindestens ein Entgelt von brutto € 8,50 vorsehen. Die Übergangsregelung gilt nach § 24 Abs. 1 Satz 2 MiLoG auch für Rechtsverordnungen, die auf Grundlage von § 11 AEntG und § 3a AÜG erlassen worden sind. Schließlich wird durch § 1 Abs. 3 S. 1 MiLoG klargestellt, dass Regelungen des AEntG und auf Grundlage des Gesetzes erlassene Rechtsverordnungen den Regelungen des MiLoG vorgehen, soweit die Höhe der auf ihrer Grundlage festgesetzten Branchenmindestlöhne die Höhe des Mindestlohns nicht unterschreitet.

cc) Mindestentgelte nach dem Mindestarbeitsbedingungengesetz

Drittens kann sich die geforderte Tarifreueerklärung auf Mindestentgelte nach dem Mindestarbeitsbedingungengesetz beziehen (MiArbG). Wie bereits erwähnt wurde das Mindestarbeitsbedingungengesetz aber mittlerweile aufgehoben. Durch Art. 1 des Tarifautonomiestärkungsgesetzes wurde stattdessen das MiLoG, welches einen allgemeinen Mindestlohn vorsieht, eingeführt. Das TTG bezieht sich jedoch nicht auf dieses Gesetz.

d) Die Regelungswirkung von § 4 Abs. 1 TTG

Zumindest für die von § 4 Abs. 1 TTG erfassten Aufträge stellt sich damit die Frage nach dem Sinn der durch die Auftraggeber zu fordernden Tarifreueerklärung. Denn in den Fällen des § 4 Abs. 1 TTG knüpft die Tarifreueerklärung stets an bereits normativ verbindliche Inhalte des Arbeitsverhältnisses zwischen dem (auch ggfs. ausländischen) Auftragnehmer und seinen Arbeitnehmern an. Auf die Durchführung des bereits erteilten öffentlichen Auftrags besteht zunächst keine Auswirkung, denn erst künftig kann der Auftragnehmer nach § 21 AEntG von öffentlichen Aufträgen ausgeschlossen werden. Das Unterlaufen der Tarifreue-

erklärung kann zudem die fehlende Gesetzestreue des Auftragnehmers i.S.v. § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB indizieren, so dass ein künftiger Ausschluss von Vergabeverfahren mangels Eignung denkbar ist. Durch die Sanktionsmöglichkeiten des TTG (Vertragsstrafe, fristlose Kündigung, Auftragssperre nach den §§ 12 f. TTG) bzw. durch die dadurch bestehende Sanktionsandrohung wird jedoch zusätzlich die ohnehin bestehende normative Verpflichtung unterstrichen, was den eigentlichen Sinn der Forderung nach Tarifreueerklärung in Fällen des § 4 Abs. 1 TTG darstellt.

2. Regelung für den öffentlichen Personenverkehr auf Straße und Schiene (§ 4 Abs. 2 TTG)

Eine Sonderregelung besteht für den Personenverkehr. Für die Erteilung öffentlicher Aufträge im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene ist nach § 4 Abs. 2 TTG eine Verpflichtung erforderlich, dass den Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung mindestens das in Schleswig-Holstein für diese Leistung in einem der einschlägigen und repräsentativen Tarifverträge vorgesehene Entgelt gezahlt wird und die tariflich vereinbarten weiteren Leistungen gewährt werden²⁰. Das für Arbeit zuständige Ministerium bestimmt dabei durch Rechtsverordnung welche Tarifverträge als repräsentativ anzusehen sind. (§ 4 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 20 Abs. 2 Nr. 1 TTG). Der Grund für die eigenständige Regelung des Personenverkehrs liegt darin, dass der Personenverkehr ursprünglich nicht zu den in § 4 AEntG a.F. aufgezählten Wirtschaftsbereichen gehörte und keine Verordnung auf Grundlage des ohnehin aufgehobenen MiArbG bestand, die insoweit Mindestentgelte festsetzte. Doch auch wenn mittlerweile der Personenver-

¹⁵ Moll, RdA 2010, S. 321ff. (321).

¹⁶ Ein Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge findet sich auf der Website des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen-DinA4/arbeitsrecht-verzeichnis-allgemeinverbindlicher-tarifvertraege.pdf?__blob=publicationFile; zuletzt besucht am 14. Oktober 2014).

¹⁷ Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz) vom 20. April 2009 (BGBl. I, S. 799), zuletzt geändert durch Art. 6 Tarifautonomiestärkungsg vom 11. August 2014 (BGBl. I, S. 1348).

¹⁸ Einen Überblick über die bislang nach dem AEntG festgelegten Mindestlöhne findet sich auf der Website des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales.

¹⁹ Hierzu Sittard, NZA 2014, S. 951ff. (954).

²⁰ Vgl. im Einzelnen zu den erfassten Verkehren: Gesetzentwurf, S. 20.

kehr über § 4 Abs. 2 AEntG als Branche erfasst werden kann, bezieht sich die Erklärung der Tariftreue nach § 4 Abs. 1 TTG im Hinblick auf Verordnungen auf Grundlage des AEntG ausdrücklich nur auf solche nach den §§ 7 oder 11 des AEntG. Rechtsverordnungen, die nicht die Branchen i.S.d. § 4 Abs. 1 AEntG erfassen, sind insoweit nicht von der Forderung nach einer Tariftreueerklärung aus § 4 Abs. 1 TTG erfasst, da diese auf Grundlage des § 7a AEntG ergehen.

Unklar ist, ob aufgrund der Ausweitung des Anwendungsbereichs des AEntG und aufgrund der Bezugnahme des § 4 Abs. 1 TTG auf dessen Geltungsbereich eine Erklärungspflicht hinsichtlich eines bundesweit für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrags im ÖPNV bestehen kann, oder ob § 4 Abs. 2 TTG nach wie vor als *lex specialis* vorgeht.

Ungeachtet dessen bezieht sich die Tariftreueerklärung also bei § 4 Abs. 2 TTG auf einen nur zwischen den Tarifparteien abgeschlossenen Tarifvertrag. In den Fällen des § 4 Abs. 2 TTG wird damit tatsächlich mittelbar der Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Auftragnehmer/Arbeitgeber und dessen an der Auftragsausführung beteiligten Arbeitnehmern beeinflusst.

3. Auffangregelung (§ 4 Abs. 3 TTG)

Soweit ein öffentlicher Auftrag weder von § 4 Abs. 1 noch Abs. 2 TTG erfasst wird, greift die Auffangregelung des § 4 Abs. 3 TTG. Diese Vorschrift statuiert eine Verpflichtung zur Abgabe einer Erklärung, die sich auf ein unmittelbar durch das TTG vorgegebenes Mindestentgelt bezieht. Die konkrete Höhe des Mindeststundenentgeltes kann nach Maßgabe des § 20 durch Rechtsverordnung des für Arbeit zuständigen Ministeriums angepasst werden²¹.

V. Wesentliche Verfahrensregelungen, Kontroll- und Sanktionskompetenzen

Das TTG enthält zahlreiche Verfahrensregelungen sowie Kontroll- und Sanktionskompetenzen.

Nach § 8 Abs. 2 TTG erfolgt ein Abschluss eines Angebots von der Wertung, wenn die Bieter sowie deren Nachunternehmer die erforderlichen Verpflichtungserklärungen nicht abgeben. Gemäß § 9 Abs. 1 TTG hat sich ein Bieter in seiner Verpflichtungserklärung zu verpflichten, auch von seinen Nachunternehmern eine Verpflichtungserklärung im Sinne des § 4 abgeben zu lassen. Gleiches gilt für alle weiteren Nachunternehmer des Nachunternehmers.

Aus § 9 Abs. 2 Satz 2 TTG ergibt sich zudem die Pflicht zu prüfen, ob die Angebote der Nachunternehmer entsprechend den Anforderungen an Mindestarbeitsentgelte kalkuliert sein können. Weitere Verpflichtungen zu einer Vereinbarung,

aufgrund derer an den Überprüfungen durch die „zuständige Behörde“²² mitzuwirken ist, ergeben sich aus § 15 TTG.

Weiterhin kennt das Gesetz Sanktionskompetenzen. So sind nach § 12 Abs. 2 TTG eine Konventionalstrafe und ein fristloses Kündigungsrecht vertraglich zu vereinbaren. Auch „soll“ der öffentliche Auftraggeber den Auftragnehmer bei Verstößen mit einer bis zu dreijährigen Auftragsperre belegen (§ 13 Abs. 1 TTG).

Schließlich sieht das Gesetz die Verwirklichung eines Ordnungswidrigkeitstatbestandes vor, wenn eine unwahre Verpflichtungserklärung abgegeben wird oder trotz Abgabe die Verpflichtungen nicht erfüllt werden (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 TTG). Gleiches gilt, wenn eine Prüfung nicht geduldet bzw. bei einer Prüfung nicht mitgewirkt wird oder die Daten nicht rechtzeitig oder nicht vollständig vorlegt werden (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 TTG).

B. Unionsrechtliche Vorgaben

Die unionsrechtlichen Vorgaben für eine mitgliedstaatliche Tariftreueerklärung wie die vorliegende sind aus einer komplexen Gemengelage zu ermitteln, die sich aus primärem und sekundärem Unionsrecht verschiedener Sachbereiche zusammensetzt. Verbindender Maßstab ist dabei – außerhalb des öffentlichen Personennahverkehrs (vgl. hierzu Art. 58 Abs. 1 i.V.m. 90 ff. AEUV) – stets die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV). Deren Verwirklichung für den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe wird in Abstimmung mit anderen Zielen der Union u.a. durch die insoweit harmonisierenden Vergaberichtlinien gewährleistet, deren Öffnung für „vergabefremde Zwecke“ unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mitgliedstaatlicher Regelungen mit sonstigem primärem und sekundärem Unionsrecht steht.

I. Der vergaberechtliche Spielraum für Tariftreueeregungen im sekundären Unionsrecht und dem GWB

1. Das sekundäre Vergaberecht der Europäischen Union

Als relevantes Sekundärrecht sind die Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR)²³ und die Sektorenrichtlinie (SKR)²⁴ zu beachten. Die VKR gilt für die Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge und auch für öffentliche Baukonzessionen, oberhalb bestimmter Schwellenwerte, während die SKR Bestimmungen für Vergaben in verschiedenen, von der VKR explizit ausgenommenen Wirtschaftszweige enthält. Beide Richtlinien dienen der Vereinfachung und Modernisierung des Vergaberechts sowie auch der Rezeption und Integration „vergabefremder Zwecke“ in das Vergabeverfahren, die zunächst richterlich vorangetrieben worden war (vgl. jeweils Erwägungsgrund Nr. 1).

2. Die Öffnungsklauseln in den Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung im deutschen Recht

§ 97 Abs. 4 GWB greift Art. 26 der VKR²⁵ bzw. Art 38 der SKR, die zusätzliche Ausführungsbedingungen zulassen, auf: „Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist“²⁶.

Dies betrifft eine von der Rechtsprechung entwickelte, aber in ihrer Verwendung und Wirkung nicht ganz eindeutige vergaberechtliche Kategorie.

3. Vergaberechtliche Charakterisierung der Tariftreueerklärung

Trotz der offensichtlichen Anlehnung von § 4 TTG an die genannten Normen des Unions- und des Bundesrechts ist die Tariftreueerklärung aus systematischer Sicht und im Hinblick auf ihre Verortung in dem Vergabeverfahren keineswegs unproblematisch²⁷.

²¹ Diese Regelung findet allerdings auf „bevorzugte Bieter gemäß §§ 141 Satz 1 und 143 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX) ... keine Anwendung“. Dies privilegiert zum einen anerkannte Werkstätten für behinderte Menschen (§ 141 Satz 1 SGB IX) und zum anderen auf Grund des Blindenwarenerzeugungsgesetzes anerkannte Blindenwerkstätten (§ 143 SGB IX).

²² Diese ist nach § 15 Abs. 4 „bei der Durchführung von öffentlichen Aufträgen des Landes die Gebäudemangement Schleswig-Holstein AöR (GMSH), bei Aufträgen der Kommunen das Innenministerium.“

²³ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Abl. Nr. L 134 vom 30. April 2004, S. 114 ff.).

²⁴ Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Abl. Nr. L 134 vom 30. April 2004, S. 1 ff.).

²⁵ „Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“

²⁶ BT-Drucks. 16/10117, S. 16; Opitz, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar (2. Aufl. 2013), § 97 Abs. 4 GWB Rn. 88.

²⁷ Zu den verschiedenen Optionen der Einordnung eines Tariftreueverlangens bzw. einer entsprechenden Tariftreueerklärung im Allgemeinen, vgl. Mohr, VergabeR 2009, S. 543ff. (545); Siegel, LKRZ 2011, S. 121ff. (122 ff.).

Der Topos der „zusätzlichen Anforderung bei Ausführung des Auftrags“, auf den § 4 TTG und die Gesetzesbegründung Bezug nehmen, war durch die Rechtsprechung des EuGH ausdrücklich neben Eignungs- sowie Zuschlagskriterien in die Kategorien des Vergaberichts eingeführt worden²⁸. Mit Blick auf die in dem seinerzeitigen „Beentjes“-Verfahren in Rede stehende Bedingung einer Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen bei der Ausführung des Auftrags stellte der EuGH – noch vor dem Hintergrund einer inzwischen überkommenen Rechtsgrundlage des Sekundärrechts – fest, dass „eine solche Bedingung weder mit der Prüfung der fachlichen Eignung der Unternehmer [...] noch etwas mit den [...] Kriterien für die Erteilung des Zuschlags etwas zu tun [...]“²⁹ habe.

In nachfolgenden Urteilen hat der EuGH entweder keine systematische Einordnung solcher und ähnlicher Anforderungen vorgenommen³⁰ oder sie aber ausdrücklich als „Zuschlagskriterium“ bezeichnet³¹.

Problematisch ist insofern, dass die „zusätzlichen Anforderungen“ sich eigentlich auf die Zeit der Auftragsausführung beziehen sollen³². Dann dürfte deren Nichterfüllung konsequenterweise aber auch nicht zu einem Ausschluss des Auftrags aus der Wertung führen (vgl. aber § 8 Abs. 2 TTG). Die absolute und bereits im Zeitpunkt vor der Vertragsausführung wirkende Rechtsfolge legt vielmehr nahe, dass es sich bei der Verpflichtung zur Tariftreue tatsächlich um ein verkapptes Eignungs- oder Zuschlagskriterium handeln könnte.

a) Tariftreueerklärung als Zuschlagskriterium

Nach Art. 53 Abs. 1 VKR/Art. 55 Abs. 1 SKR kann der mitgliedstaatliche Gesetzgeber eine Entscheidung zwischen den Zuschlagskriterien des wirtschaftlichsten Angebots oder des niedrigsten Preises treffen.

Der nationale Gesetzgeber in Deutschland hat sich unter abschließender Wahrnehmung der Bundesgesetzgebungskompetenz³³ für die erste Alternative entschieden. Gemäß § 97 Abs. 5 GWB wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Unter diesem Gesichtspunkt kann die Tariftreueerklärung kein Zuschlagskriterium sein.

Kriterien zur Ermittlung dieses Angebots müssen nach der Rechtsprechung des EuGH zwar nicht alle rein wirtschaftlicher Art sein³⁴, unabdingbar bleibt aber, dass die gewählten Zuschlagskriterien der Ermittlung des – in einem weiten wirtschaftlich verstandenen Sinne – günstigsten Angebots dienen³⁵.

Konstitutive Tariftreueerklärungen führen aber zu Mehrausgaben, da die Bewerber die tarifgemäße Bezahlung in die Angebote einpreisen müssen und stehen damit in

einem Spannungsverhältnis zu dem Ziel wirtschaftlich günstiger Güterbeschaffung³⁶. Selbst bei Berücksichtigung der Verringerung der Transferleistungen sind oftmals Auftraggeber und entlastete Gebiets- oder Personalkörperschaft nicht identisch.

Vor allem aber ist die Verpflichtung ohnehin von allen Bietern in gleicher Weise umzusetzen, so dass sich derart die relative Wirtschaftlichkeit der einzelnen Angebote gar nicht begründen lässt. Dieses Ergebnis wird dadurch unterstrichen, dass Aspekte, die sich auf die Person des Bieters und nicht auf den Wert des Auftragsgegenstands beziehen nicht als Zuschlagskriterien verwendet werden dürfen³⁷.

b) Tariftreueerklärung als Eignungs- bzw. Ausschlusskriterium

Die Tariftreueerklärung stellt sich vielmehr als (unzulässiges) verkapptes Eignungskriterium dar. Eignungskriterien sind unternehmensbezogen, dienen also ausschließlich der Klärung, ob der Bewerber geeignet ist, den konkreten Auftrag durchzuführen³⁸.

aa) Eignungskriterien und Ausschlussgründe des sekundären Unionsrechts

Art. 45 VKR legt unter der Überschrift der „Eignung“ Kriterien fest, die Fälle fehlender Zuverlässigkeit bzw. Gesetzestreue als zwingende (Abs. 1) oder mögliche (Abs. 2) Ausschlussgründe aufgreifen. Das Vorliegen eines solchen Grundes macht bereits die Berücksichtigung eines Bieters in einem Vergabeverfahren unmöglich. In Anbetracht der Rechtsfolge des Fehlens einer Tariftreueerklärung (§ 8 Abs. 2 TTG) wäre die Qualifizierung als Eignungskriterium also passend. Aber nach der insoweit eindeutigen Rechtsprechung des EuGH ist der Katalog der bieterbezogenen Kriterien grundsätzlich abschließend³⁹. Mitgliedstaaten dürfen in ihren Vergabegesetzen also keine weiteren und neuen unternehmensbezogenen Ausschlussgründe schaffen⁴⁰.

bb) Eignungskriterien und Ausschlussgründe des deutschen Vergaberichts

Nach § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB werden Aufträge nur an „fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreu und zuverlässige Unternehmen vergeben“. Ob das Unternehmen vor Erteilung des Auftrags eine Tariftreueerklärung abgibt kann aber kein Aspekt der Eignung sein. Denn weder zur Abgabe der Erklärung noch zu der Gewährleistung der Mindestarbeitsbedingungen besteht eine normative Verpflichtung. Erst wenn Unternehmer bei der Ausführung des Auftrags gegen die zuvor durch eine konstitutive Tariftreueerklärung eingegangene Verpflichtung zur Einhal-

tung tarifgemäßer Vergütung verstößt, kann ein Eignungsmangel bestehen, der sodann bei zukünftigen Ausschreibungen zu berücksichtigen ist (vgl. auch § 13 Abs. 1 TTG)⁴¹. Die Fähigkeit zur ordnungsgemäßen Auftragserledigung hängt indes nicht von Einhaltung eines bestimmten Lohnniveaus ab⁴².

cc) Verpflichtung zur Abgabe einer Tariftreueerklärung als „verkapptes Eignungskriterium“

Der Gesetzgeber schränkt den Kreis der Bewerber ein, ohne dass diese die Möglichkeit hätten, das Fehlen der Tariftreueerklärung durch andere, positive Aspekte ihres Eignungsprofils auszugleichen. Die Nichtabgabe der Tariftreueerklärung wirkt damit wie ein absoluter, auf die Eignung bezogener Ausschlussgrund. Dies lässt sich aber vor dem Hintergrund des abgeschlossenen unionsrechtlichen Kriterienkatalogs von Eignungsgründen nicht rechtfertigen. Die in § 8 Abs. 2 TTG enthaltene Rechtsfolge einer Nichtabgabe verstößt mithin gegen die unionsrechtlichen Vorgaben. Eine Erklärung wäre nur als relativer Ausschlussgrund unionsrechtlich zulässig.

II. Die Arbeitnehmerentsenderichtlinie (96/71/EG)

Zudem ist eine solche Regelung mit der

²⁸ EuGH, Ur. v. 20. September 1988, „Beentjes“, Rs. 31/87, Slg. 1988, 4635.

²⁹ EuGH, Ur. v. 20. September 1988, „Beentjes“, Rs. 31/87, Slg. 1988, 4635 Rn. 28.

³⁰ EuGH, Ur. v. 17. September 2002, „Concordia Bus Finland“, Rs. C-513/99, Slg. 2002 I-7213; EuGH Ur. v. 4. Dez. 2003, „Wienstrom“, Rs. C-448/01, Slg. 2003 I-14527; zu der sich aus diesen Entscheidungen ergebenden Inkonsistenz Reichert, Vergaberechtlicher Zwang zur Zahlung von Tariflöhnen, 2007, S. 95 ff.

³¹ EuGH, Ur. v. 26. September 2000, Nord-Pas-de-Calais, Rs. C-225/98, Slg. 2000 I-7445 Rn. 52.

³² Vgl. die Ausführungen von Losch, EuR 2005, S. 231 ff. (232 f.); Seidel/Mertens, in: Dausen (Hrsg.), EU-Wirtschaftsrecht (32. Ergänzungslieferung 2013), H. IV. Öffentliches Auftragswesen, Rn. 282 ff.

³³ Vgl. nur Siegel, LKRZ 2011, S. 121 ff. (122).

³⁴ EuGH, Ur. v. 17. Sep. 2002, „Concordia Bus Finland“, Rs. C-513/99, Slg. 2002, I-7213 Rn. 55 ff; Ur. v. 4. Dez. 2003, „Wienstrom“, Rs. C-488/01, Slg. 2003, I-14527 Rn. 30 ff.

³⁵ EuGH, Ur. v. 4. Dez. 2003, „Wienstrom“, Rs. C-488/01, Slg. 2003, I-14527 Rn. 37 f.

³⁶ Mohr, VergabeR 2009, S. 543 ff. (549).

³⁷ Siegel, LKRZ 2011, S. 121 ff. (125); Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht (4. Auflage 2007), Rn. 216.

³⁸ Seidel/Mertens, in: Dausen (Hrsg.), EU-Wirtschaftsrecht (32. Ergänzungslieferung 2013), H. IV. Öffentliches Auftragswesen, Rn. 266.

³⁹ EuGH, Ur. v. 16. Dez. 2008, „Michaniki“, Rs. C-213/07, Slg. 2008 I-9999 Rn. 42 f., 49.

⁴⁰ Frenz, NZS 2011, S. 321 ff. (321 f.).

⁴¹ Opitz, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar (2. Aufl. 2013), § 97 GWB Rn. 90.

⁴² Wagner, in: Heuvels/HöB/Kuß/ders. (Hrsg.), Vergaberecht, 2013, § 97 GWB Rn. 91; vgl. VK Schleswig-Holstein, 14.1.2010, VK-SH 25/09 Rn. 35.

Arbeitnehmerentsenderichtlinie⁴³ vereinbar. Diese Richtlinie soll Problemen begegnen, die durch die gestiegene Anzahl von grenzüberschreitenden Entsendungen der Arbeitskräfte infolge der zunehmenden Verwirklichung des Binnenmarkts auftreten (vgl. Erwägungsgrund Nr. 3). Ausdrückliches Ziel ist der faire Wettbewerb sowie die Wahrung der Arbeitnehmerrechte (Erwägungsgrund Nr. 5). Die Vorschriften der Entsenderichtlinie genießen als *lex specialis* Vorrang vor denen der VKR (vgl. Erwägungsgrund 34).

1. Zwingende Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nach der Arbeitnehmerentsenderichtlinie

Art. 3 Abs. 1 Entsenderichtlinie enthält die Vorgabe, dass entsandten Arbeitnehmern bei staatenübergreifender Erbringung von bestimmten Dienstleistungen u.a. Mindestlohnsätze garantiert werden sollen, die durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche festgelegt sind.

2. Bezugsgegenstand der Bindung

Mit dieser Vorgabe der Arbeitnehmerentsenderichtlinie in einem vergaberechtlichen Kontext hatte sich der EuGH in der Sache Rüffert⁴⁴ angesichts des ihm vorgelegten Niedersächsischen Landesvergabegesetzes (Nds. LVergG) auseinanderzusetzen. Das Niedersächsische Landesvergabegesetz enthielt eine Forderung nach einer Tariftreueerklärung, aufgrund derer eine Vergabe öffentlicher Aufträge voraussetzt, dass sich Unternehmen verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu bezahlen. Die Bindungswirkung des in Bezug genommenen Tarifvertrags erstreckte sich nur auf einen Teil der in den geografischen Bereich des Tarifvertrags erfassten Tätigkeit, da zum einen die Rechtsvorschriften, die diese Bindungswirkung herbeiführen, nur auf die Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar waren und zum anderen dieser Tarifvertrag nicht für allgemein verbindlich erklärt worden war⁴⁵. Dies genügt den Anforderungen der Richtlinie nicht.

Zentrale Erkenntnis der Entscheidung war, dass eine Tariftreueerklärung sich auf eine allgemeingültige Rechtsnorm zu beziehen hat, die in generell-abstrakter Weise Mindestentgelte festlegt. Nicht erlaubt ist hingegen die Bezugnahme auf partikuläre Abreden, da lokale und nicht für alle Arbeitnehmer geltende Regelungen die Gefahr in sich bergen, den Partikularinteressen der heimischen Wirtschaft Vorrang vor dem Anliegen einer Verwirklichung des Binnenmarkts einzuräumen⁴⁶.

Der durch die Entsenderichtlinie im Hin-

blick auf die zu zahlenden Entgelte gewährte Schutz bildet einen festen Rahmen, der durch den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber weder unter- noch überschritten werden darf, da der Richtlinie ansonsten ihre praktische Wirksamkeit genommen würde⁴⁷. Der entsendende Unternehmer soll so nämlich auf eine einfache Weise feststellen können, welche Mindestarbeitsbedingungen er seinen entsandten Arbeitnehmern zu bieten hat.

3. Partikuläre Tariftreue und Entsenderichtlinie

Art. 3 Abs. 1 Entsenderichtlinie erlaubt also lediglich die Erstreckung von arbeitsrechtlich festgelegten und dann in einem zweiten Schritt durch staatlich-normative Intervention für alle Arbeitnehmer verbindlich gewordene Mindestarbeitsbedingungen. Die Richtlinie akzeptiert nur echte Mindestbedingungen für alle Arbeitnehmer und keinen Schutz von Partikularsystemen.

Beim TTG erfolgt aber ein Schutz von Partikularsystemen, da durch die Festlegung eines vergabespezifischen Mindestentgelts allein diejenigen Arbeitnehmer geschützt werden, deren Unternehmen öffentliche Aufträge erhalten.

Im Übrigen liegt in § 4 Abs. 3 TTG keine Bezugnahme auf ein arbeitsrechtlich festgelegtes und dann staatlicherseits verbindlich gemachtes Entgelt vor, sondern der Staat legt das Entgelt für einen Teilbereich der Wirtschaft unmittelbar selbst fest. Soweit die Tariftreueerklärung nur deklaratorisch ist, spielt dies keine Rolle, wenn aber aufgrund des TTG konstitutiv bestimmte Löhne nur für Arbeitnehmer von Unternehmen, die öffentliche Aufträge erhalten, gezahlt werden müssen, entspricht dies nicht den Vorgaben der Entsenderichtlinie. Diese gilt auch nicht für ausländische Nachunternehmer. Hinsichtlich dieser ist aber eine Verpflichtung auf die Erklärung zur Zahlung eines Mindestlohns ein unverhältnismäßiger Eingriff und damit ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit, da keine Rücksichtnahme auf das dortige Niveau der Lebenshaltungskosten genommen wird⁴⁸.

C. Bundesverfassungsrechtliche Vorgaben:

Gesetzgebungskompetenz des Landes Schleswig-Holstein

Auch in kompetenzieller Hinsicht unterliegt das TTG Bedenken. Bei Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers sind die Länder von der Regelungsbefugnis ausgeschlossen. Dies gilt bei Gegenständen der konkurrierenden Gesetzgebung zumindest solange und soweit der Bund von seiner Kompetenz abschließend Gebrauch gemacht hat, Art. 72 Abs. 1 GG⁴⁹.

I. Die Verpflichtung zur Abgabe einer Tariftreueerklärung

1. Recht der Wirtschaft, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Regelung von Mindestarbeitsbedingungen im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe dem Kompetenztitel „Recht der Wirtschaft“ aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (statt dem Arbeitsrecht) zuzuordnen⁵⁰.

Mit der Tariftreueerklärung wird ein Kriterium für die vergaberechtliche Auswahlentscheidung geregelt und bei Vorliegen eines Verstoßes gegen die Tariftreue sieht das Gesetz auch spezifisch vergaberechtliche Konsequenzen vor. Insgesamt geht es damit um einen vergaberechtlichen Regelungsgegenstand⁵¹, der zum Titel „Recht der Wirtschaft“ zählt.

2. Delegation einer Regelungsbefugnis an den Landesgesetzgeber?

Um in den Fällen einer konkurrierenden Gesetzgebung trotz einer bundesgesetzlichen Regelung die Ländergesetzgebung zu ermöglichen, darf die Materie durch das Bundesgesetz nicht erschöpfend geregelt sein. Nach § 98 Abs. 4 GWB bestehen zwei Möglichkeiten der Integration „zusätzlicher Anforderungen“: „soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte“ (Satz 2) können unmittelbar an den Auftragnehmer als zusätzliche Anforderungen für die Auftragsausführung gestellt werden. Darüber hinausgehende Anforderungen bedürfen nach Satz 3 der Normierung durch ein Bundes- oder Landesgesetz. Aufgrund der Gesetzesystematik lässt sich erkennen, dass die in Satz 3 angesprochenen anderen und weitergehenden Anforderungen im Umkehrschluss solche sein müssen, die sich nicht auf die in Satz 2 erwähnten

⁴³ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Abl. Nr. L 18 vom 21. Januar 1997, S. 1 ff.).

⁴⁴ EuGH, Ur. v. 3. April 2008, „Rüffert“, Rs. C-346/06, Slg. 2008 I-1989.

⁴⁵ EuGH, Ur. v. 3. April 2008, „Rüffert“, Rs. C-346/06, Slg. 2008 I-1989 Rn. 29.

⁴⁶ Mohr, VergabeR 2009, S. 543 ff. (553).

⁴⁷ EuGH, Ur. v. 3. April 2008, „Rüffert“, Rs. C-346/06, Slg. 2008 I-1989 Rn. 33f. unter Hinweis auf EuGH, Ur. v. 18. Dezember 2007, „Laval un Partneri“, Rs. C-341/05, Slg. 2007 I-11767 Rn. 80.

⁴⁸ EuGH, Ur. v. 18. September 2014, Rs. C-549/13 Rn. 33f.

⁴⁹ Rengeling, in: Isensee/Kirchhof, HStR Bd. VI (3. Aufl. 2008), § 135 Rn. 151.

⁵⁰ BVerfGE 4, 7 (13); 68, 319 (330); 116, 202 (216).

⁵¹ BVerfGE 116, 202 (216f.).

„soziale[n], umweltbezogene[n] oder innovative[n] Aspekte“ beziehen. Die Formulierung des zweiten Satzes: „können [...] gestellt werden“ bringt dabei die Freiheit der öffentlichen Auftraggeber zum Ausdruck, solche Anforderungen durchzusetzen oder dies nicht zu tun.

Die Verpflichtung zur Abgabe einer Tariftreueerklärung ist unzweifelhaft eine „soziale“ Regelung nach Satz 2. Die angesprochene Freiheit wird durch § 4 TTG aber landesgesetzlich beseitigt, was der Systematik widerspricht. Der Bundesgesetzgeber lässt dem Gesetzgeber des Landes allein für die in Satz 3 erwähnten anderen oder weitergehenden Anforderungen eine Gesetzgebungskompetenz offen. Außerdem fehlt es zwischen der Verpflichtung zur Abgabe einer Tariftreueerklärung und dem jeweiligen Auftragsgegenstand an dem erforderlichen Sachzusammenhang i.S.d. § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB⁵². Damit fehlt dem Land Schleswig-Holstein die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass von § 4 TTG.

II. Gesetzgebungskompetenz für die Sanktionsregelungen: Sperrwirkung durch die Ausschlussvorschrift des AEntG

Außerdem fehlt dem Landesgesetzgeber im Hinblick auf Verpflichtungserklärungen im Zusammenhang mit auf Grundlage des AEntG erlassenen Mindestarbeitsbedingungen die Gesetzgebungskompetenz für die Sanktionsregelung nach § 13 Abs. 1 TTG, da das AEntG entsprechende Regelungen abschließend trifft⁵³.

Das TTG sieht in § 13 Abs. 1 TTG eine bis zu dreijährige Auftragsperre vor, wenn der Auftragnehmer nachweislich gegen die Verpflichtung aus einer Verpflichtungserklärung nach § 4 TTG oder gegen seine Verpflichtung aus § 9 Abs. 1 Satz 1 TTG verstoßen hat. § 4 Abs. 1 TTG betrifft auch die Pflicht zur Tariftreueerklärung bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen für Leistungen, deren Erbringung dem Geltungsbereich des AEntG unterfällt. Die Nichteinhaltung einer wegen § 4 Abs. 1 TTG abgegebenen Erklärung, die sich auf ein nach dem AEntG für verbindlich erklärtes Mindestentgelt bezieht, stellt aber zugleich einen Verstoß gegen § 8 Abs. 1 Satz 1 AEntG dar. Die für einen solchen Verstoß in § 21 Abs. 1 i.V.m. §§ 23 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 AEntG vorgesehene Sanktion in Form des zeitweisen Ausschlusses von der Vergabe öffentlicher Aufträge setzt aber zusätzlich zwingend voraus, dass der Verstoß nach § 23 AEntG mit einer Geldbuße von wenigstens 2.500 Euro belegt worden ist, § 21 Abs. 1 Satz 1 AEntG. Diese Anforderungen sollen nach dem Willen des Bundesgesetzgebers nicht unterlaufen werden⁵⁴. Vielmehr soll der Ausschluss erst bei schwerwiegenden Verstößen erfolgen⁵⁵.

D. Landesverfassungsrechtliche Vorgaben für das Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein

I. Konnexitätsrelevanz der Tariftreueregelungen

Schließlich ergibt sich aus der Schleswig-Holsteinischen Landesverfassung, dass die durch das TTG entstehenden Mehrbelastungen der Kommunen durch das Land auszugleichen sind.

Neben dem in Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG enthaltenen, an den Bundesgesetzgeber gerichteten Verbot, den kommunalen Gebietskörperschaften neue (typischerweise finanzrelevante) Aufgaben zu übertragen, sichert das in Art. 49 Abs. 2 LVerf SH enthaltene Konnexitätsprinzip die aufgabenadäquate Finanzausstattung der kommunalen Gebietskörperschaften – zumindest soweit sie durch das Land übertragene Aufgaben zu erledigen haben. Der Tatbestand des Art. 49 Abs. 2 LVerf SH steht in Verbindung mit Art. 46 Abs. 4 LVerf SH. Hiernach können die Gemeinden und Gemeindeverbände durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes durch Verordnung zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben verpflichtet werden⁵⁶.

Es handelt sich bei den durch das TTG begründeten Verpflichtungen nicht um eine erstmalige Übertragung einer zuvor von den Gemeinden unter keinem Gesichtspunkt wahrgenommenen Aufgabe⁵⁷, da die Kommunen als öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 98 GWB bereits vor Erlass des TTG vergaberechtliche Erfordernisse beachten mussten. Die Rechtsfolgen des Konnexitätsprinzips werden aber auch in einem sekundären Anwendungsbereich ausgelöst, nämlich wenn Kommunen hinsichtlich des Umfangs oder Standards ihrer Aufgabenerfüllung neu oder zusätzlich verpflichtet werden⁵⁸.

Im Mittelpunkt steht der Schutz der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in Gestalt der kommunalen Finanzhoheit als Zweck des Konnexitätsprinzips. Auch aus der erläuternden Stellungnahme des Sonderausschusses Verfassungsreform zur Auslegung des Konnexitätsprinzips ergibt sich, dass eine öffentliche Aufgabe i.S.d. Art. 49 Abs. 2 LVerf SH auch in der Festsetzung kostenträchtiger Standards liegt⁵⁹.

Als Rechtsfolge ergibt sich die Pflicht des Gesetzgebers zu regeln, wer in welcher Weise die ausgelösten Kosten zu tragen hat, und wie gegebenenfalls ein Ausgleich gemeindlicher Mehrbelastung zu gestalten ist. Auszugleichen sind die Mehrbelastungen, welche im Hinblick auf das TTG sich zum einen in zahlreichen Sicherungs- und Kontrollpflichten sowie der Aufgabe Sanktionen durchzusetzen als Verwaltungsaufwand niederschlagen. Zum anderen, im Bereich konstitutiver

Tariftreueerklärungen, entstehen höhere Kosten für die öffentlichen Aufträge, da die tarifgemäße Vergütung bzw. die Kalkulation der Angebote durch die Bieter eingepreist wird.

Die schleswig-holsteinische Verfassung enthält ein striktes Konnexitätsprinzip, das im Fall der Mehrbelastung der kommunalen Ebene auch den Erlass von Kostenersatzregelungen verlangt⁶⁰. Aus den Erläuterungen des Sonderausschusses Verfassungsreform ergibt sich allerdings⁶¹, dass erstens eine Erstattungsregelung auch in einem anderen Gesetz erfolgen (z.B. im allgemeinen Finanzausgleichsgesetz⁶²) kann⁶³, und es zweitens genügt, wenn die Regelung im zeitlichen Kontext ergeht, Art. 49 Abs. 2 Satz 1 LVerf SH („dabei“)⁶⁴. Ausreichend ist demnach ein finanzieller Ausgleich im selben Haus-

⁵² Vgl. VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 14. Januar 2010, Az. VK-SH 25/09, S. 7 ff. des Umdrucks; a.A. Siegel, LKRZ 2011, S. 121 ff. (125).

⁵³ Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Schleswig-Holsteinischen Landtags vom 17. März 2010, Normsetzungskompetenz für Mindestlohnregelungen sowie Sanktionsmöglichkeiten im Tariftreuegesetz, LT-Umdr. SH 17/575, S. 19 f.

⁵⁴ Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Schleswig-Holsteinischen Landtags vom 17. März 2010, Normsetzungskompetenz für Mindestlohnregelungen sowie Sanktionsmöglichkeiten im Tariftreuegesetz, LT-Umdr. SH 17/575, S. 19 f.

⁵⁵ Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler (Hrsg.), Arbeitnehmerentendengesetz (3. Aufl. 2011), AEntG § 21 Rn. 14; Mengel, in: Thüsing (Hrsg.), Arbeitnehmerentendengesetz, 2010, § 21 AEntG Rn. 6.

⁵⁶ Koriath, Rechtsgutachten „Das Schleswig-Holsteinische Schulgesetz vom 24. Januar 2007 und die Anforderungen an das Konnexitätsprinzip nach Art. 49 Abs. 2 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein“, LT-Umdr. SH 16/3639, S. 8.

⁵⁷ Koriath, Rechtsgutachten „Das Schleswig-Holsteinische Schulgesetz vom 24. Januar 2007 und die Anforderungen an das Konnexitätsprinzip nach Art. 49 Abs. 2 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein“, LT-Umdr. SH 16/3639, S. 8.

⁵⁸ Dombert, LKV 2011, S. 353 ff. (355); vgl. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes zum Entwurf der Änderung des Tariftreuegesetzes, LT-Umdr. SH 16/873, S. 10; s.a. Wieland, Brandenburgisches Vergabegesetz und Konnexitätsprinzip, 2010, S. 11f.

⁵⁹ LT-Drucks. SH 14/1245, S. 18 a) und b).

⁶⁰ Koriath, Rechtsgutachten „Das Schleswig-Holsteinische Schulgesetz vom 24. Januar 2007 und die Anforderungen an das Konnexitätsprinzip nach Art. 49 Abs. 2 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein“, LT-Umdr. SH 16/3639, S. 5 m.w.N.

⁶¹ LT-Drucks. SH 14/1245, S. 18 d) und f); Koriath, Rechtsgutachten „Das Schleswig-Holsteinische Schulgesetz vom 24. Januar 2007 und die Anforderungen an das Konnexitätsprinzip nach Art. 49 Abs. 2 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein“, LT-Umdr. SH 16/3639, S. 17 f.

⁶² Gesetz über den Finanzausgleich in Schleswig-Holstein in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. März 2011 (GVBl. SH, S. 76), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 14. Juni 2013 (GVBl. SH, S. 274).

⁶³ BVerfGE 103, 332 (364).

⁶⁴ Vgl. Kluth, LKV 2009, 337 (341).

haltsjahr respektive im nachfolgenden Haushaltsjahr mit Rückwirkung auf den Übertragungszeitpunkt, wenn das Finanzausgleichsgesetz genutzt wird.

II. Vereinbarung zwischen dem Land und den kommunalen Landesverbänden

Mittlerweile wurde eine Vereinbarung zwischen dem Land und den kommunalen Landesverbänden über den Ausgleich einer finanziellen Mehrbelastung bei den Kommunen auf der Grundlage eines Letter of Intent vom 9. Dezember 2013 geschlossen⁶⁵. Rechtsgrundlage für den Ausgleich ist § 19 Abs. 8 Haushaltsgesetz 2014 SH⁶⁶, der vorsieht, dass „das Innen-

ministerium im Einvernehmen mit dem Finanzministerium und den betroffenen Fachressorts und nach Einwilligung des Finanzausschusses ermächtigt [wird], mit den kommunalen Landesverbänden eine Vereinbarung über den Ausgleich einer finanziellen Mehrbelastung bei den Kommunen als Folge des Inkrafttretens“ mehrere Gesetze und Verordnungen, darunter auch das TTG, zu schließen. Gemäß dem zweiten Satz der Vorschrift darf den Kommunen in dieser Vereinbarung „ein jährlicher nicht zweckgebundener Ausgleichsbetrag in Höhe von höchstens 7,5 Millionen Euro beginnend ab 2014 als Festbetrag durch das Land zugesagt werden.“ Schließlich ist in Satz 5

eine Regelung vorgesehen, die dem Land ermöglicht, der Gebäudemanagement Schleswig-Holstein die Kostenerstattung für Mehrkosten zuzusagen, sollte diese den Kommunen die kostenlose Übernahme der Kontrolltätigkeiten i.S.d. § 11 Abs. 1 TTG anbieten.

⁶⁵ LT-Umdr. SH 18/3036.

⁶⁶ Gesetz über die Feststellung eines Haushaltsplanes für das Haushaltsjahr 2014 vom 13. Dezember 2013 (GVBl. SH, S. 468).

Die Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand: Sachstandsbericht zu den Gesprächen zwischen Bund und Ländern*

Michael Jenzen, Finanzministerium Schleswig-Holstein

Der BFH hatte mit mehreren Urteilen mit seiner früheren Rechtsprechung zur Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand gebrochen, nach der entsprechend dem Wortlaut des § 2 Abs. 3 UStG i.V.m. § 4 KStG die Umsatzsteuerbarkeit vom Vorliegen eines nach Körperschaftsteuerrecht festzustellenden Betriebs gewerblicher Art (BgA) abhing. Nunmehr vertritt der BFH trotz des insoweit unveränderten Gesetzeswortlauts die Rechtsauffassung, dass § 2 Abs. 3 UStG unionsrechtskonform dahingehend auszulegen ist, dass insbesondere dem Begriff der „Vermögensverwaltung“ umsatzsteuerrechtlich keine Bedeutung mehr zukommt und sog. Beistandsleistungen, die im Wettbewerb zu Leistungen Privater erbracht werden, nicht von der Umsatzsteuer ausgenommen werden dürfen.

Steuerbarkeit heißt nicht zwangsläufig Steuerpflicht. Vermietet etwa eine jPöR Büros an umsatzsteuerpflichtige Dritte (vgl. BFH-Urteil v. 20.08.09, V R 70/05), so ist zu beachten, dass die Vermietung von Grundstücken grundsätzlich nach § 4 Nr. 12 Satz 1 Buchst. a UStG steuerfrei ist. Die jPöR könnte allerdings nach § 9 UStG die Vermietungsumsätze als steuerpflichtig behandeln und dann Vorsteuern geltend machen.

Insbesondere bei den Zweckverbänden zur Breitbandversorgung, die für den Bau

des zu vermietenden Netzes hohe Investitionskosten zu tragen haben, kann ein Vorsteuerabzug interessant sein. Insofern können sich im Bereich der Vermögensverwaltung durchaus auch gewünschte Effekte ergeben.

Bei der Sporthallennutzung ist zu differenzieren. Bei einer langfristigen Vermietung etwa an einen Sportverein greift die Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 12 Satz 1 Buchst. a UStG mit Ausnahme der Vermietung der Betriebsvorrichtungen (§ 4 Nr. 12 Satz 2 UStG, Abschnitt 4.12.11 Abs. 2 UStAE). Eine stundenweise Vermietung an Sportvereine will der BFH aber offenbar wie die Überlassung an Endverbraucher (vgl. BFH-Urteil vom 31.05.01, V R 97/98) als einheitliche Leistung (BFH v. 10.11.11, V R 41/10) behandelt wissen, die zumindest dann steuerpflichtig ist, wenn sich die jPöR nicht auf die Steuerbefreiung nach Art. 132 Abs. 1 Buchst. m MwStSystRL beruft.

Letztgenanntes Urteil hatte mit Blick auf die dort gemachten Aussagen zu den Beistandsleistungen zu erheblichen Unsicherheiten geführt. Nach einem Beschluss der Abteilungsleiter (Steuer) der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder begründen die gemeinsame Aufgabenerfüllung und Beistandsleistungen von jPöR bei der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben anderer jPöR für

Körperschaft- und Umsatzsteuerzwecke keinen BgA. Dies gelte insbesondere, wenn die beteiligten jPöR die Ausführung der hoheitlichen Aufgabe in den hierzu erforderlichen Vereinbarungen (z. B. Zweckverband oder Staatsvertrag) entsprechend regelten. Daher unterliegen Beistandsleistungen nach derzeitiger Verwaltungsauffassung nicht der Umsatzsteuer, selbst wenn diese auf privatrechtlicher Grundlage erbracht werden.

Demgegenüber sollen nach der neuen Rechtsprechung des BFH die allgemeinen Grundsätze gelten. Danach ist eine jPöR Unternehmer, wenn sie eine wirtschaftliche und damit eine nachhaltige Tätigkeit zur Erbringung entgeltlicher Leistungen (wirtschaftliche Tätigkeit) ausübt, die sich innerhalb ihrer Gesamtbetätigung heraushebt. Handelt sie dabei auf privatrechtlicher Grundlage durch Vertrag, kommt es auf weitere Voraussetzungen nicht an. Erfolgt ihre Tätigkeit auf öffentlich-rechtlicher Grundlage, ist sie demgegenüber nur Unternehmer, wenn eine Behandlung als Nichtunternehmer zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde oder es sich um eine Tätigkeit i. S. d. Anhangs I der MwStSystRL von mehr als unbedeutendem Umfang handelt.

Wie sollte man mit der neuen Rechtsprechung umgehen? Der ursprüngliche auf Arbeitsebene abgestimmte Vorschlag ging dahin, die BFH-Urteile zu veröffentlichen und mit einer großzügigen Übergangsfrist anzuwenden. Die Finanzminister/-innen baten indes um Vorlage

* Der Beitrag beruht auf dem gleichnamigen Vortrag des Autors beim 4. Forum der kommunalen Wirtschaft des SHGT am 28. September 2014.

weiterer Lösungsvorschläge. Darauf bildete sich im November 2012 eine Arbeitsgruppe der Finanzstaatssekretäre, die unter Beteiligung einer Fach-Unterarbeitsgruppe, der kommunalen Spitzenverbände, der Innenministerkonferenz und Prof. Dr. Englisch (Uni Münster) Lösungsvorschläge erarbeiten sollte. Eine schlichte Nichtanwendung wurde ebenso verworfen wie ein Nichtanwendungserlass. Ein Nichtanwendungserlass zielt darauf ab, dem BFH Gelegenheit zu geben, seine Rechtsauffassung in einem weiteren Verfahren nochmals zu überprüfen und diese soweit zu konkretisieren, dass die sich aus ihr ergebenden Grundsätze zur Verallgemeinerung hinreichend geklärt sind. Vorliegend sprach gegen einen Nichtanwendungserlass daher insbesondere, dass der BFH die von ihm vorgenommene Auslegung des § 2 Abs. 3 UStG schon mehrfach bestätigt und methodische Zweifel an der Beachtung der Wortlautgrenzen bereits zurückgewiesen hat. Ungeachtet der Zweifel an der Zulässigkeit einer solchen Auslegung konnte daher nicht erwartet werden, dass der BFH seine Auffassung in einem weiteren Gerichtsverfahren wieder ändern würde. Im Übrigen gibt der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD eine restriktive Handhabung von Nichtanwendungserlassen vor.

Vor dem Hintergrund, dass nach der Rechtsprechung die umsatzsteuerrechtliche Behandlung von Beistandsleistungen vom Vorliegen von Wettbewerbsverzerrungen abhängig sein soll, wurde – auch beflügelt durch einen Beitrag von Prof. Dr. Englisch (Umsatzsteuerpflicht bei interkommunaler Kooperation, UR 2013, 570) – der Gedanke geprüft, ob hinsichtlich der Frage, wann die die Tätigkeit einer jPöR zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führt, neben den Grundsätzen der Rechtsprechung des BFH und des EuGH zur Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand auch das EU-Vergaberecht herangezogen werden kann. In seiner Stellungnahme zum Konsultationspapier der Europäischen Kommission zur Überprüfung bestehender MwSt-Rechtsvorschriften zu den öffentlichen Einrichtungen und Steuerbefreiungen für dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten schrieb die Finanzministerkonferenz, dass der Begriff der größeren Wettbewerbsverzerrungen an Kontur gewinnen könnte, wenn man ihn an den vergaberechtlichen Wettbewerbsbegriff des EuGH annähert. Auch die kommunalen Spitzenverbände sprachen sich in ihren Stellungnahmen für eine Orientierung am Vergaberecht aus. Zwei Entscheidungen des EuGH zum Vergaberecht sind in diesem Zusammenhang zu nennen: Nach dem EuGH-Urteil vom 18.11.1999 – C-107/98 – (Teckal) sind sog. „In-house-Geschäfte“ von den Vorschriften des Vergaberechts ausge-

schlossen. Für die Annahme eines In-house-Geschäfts müssen zwei Kriterien kumulativ erfüllt sein:

1. Der Auftraggeber muss den Auftragnehmer kontrollieren wie eine eigene Dienststelle (Kontrollkriterium) und
2. der Auftragnehmer muss seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber verrichten, der seine Anteile innehat (Wesentlichkeitskriterium).

In dem EuGH-Urteil vom 9. Juni 2009 - C-480/06 - (Hamburger Stadtreinigung) hatte der EuGH einen relevanten Wettbewerb verneint bei Vorliegen nachfolgender Kriterien:

1. langfristig abgeschlossene Vereinbarung über die Zusammenarbeit von öffentlich-rechtlichen Körperschaften bei der Wahrnehmung einer ihnen obliegenden öffentlichen Aufgabe,
2. unmittelbarer Zusammenhang mit dem Gegenstand der öffentlichen Aufgabe,
3. Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen,
4. Handeln nur gegen Kostenerstattung / rein kostendeckenden Kalkulation und
5. keine Einbindung privater Dritter.

Die Arbeitsgruppe hat letztlich unter Heranziehung der Rechtsprechung zum Vergaberecht und der Vergaberichtlinie den neuen § 2b. Abs. 3 UStG-E als Ersatz für § Abs. 3 UStG entwickelt.

Der Absatz 1“(1) ¹Vorbehaltlich des Absatzes 4 gelten juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht als Unternehmer im Sinne des § 2, soweit sie Tätigkeiten ausüben, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen, auch wenn sie im Zusammenhang mit diesen Tätigkeiten Zölle, Gebühren, Beiträge oder sonstige Abgaben erheben. ²Satz 1 gilt nicht, sofern eine Behandlung als Nichtunternehmer zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde.“ entspricht weitgehend dem Wortlaut von Artikel 13 MwStSystRL.

Nach Absatz 2 sollen größere Wettbewerbsverzerrungen nicht vorliegen, wenn der Jahresumsatz der jPöR aus gleichartigen Tätigkeiten den Betrag von 17.500 € nicht übersteigt. Bei dieser Betragsgrenze hat man sich an der Kleinunternehmergrenze des § 19 UStG orientiert.

Verneint wird eine Wettbewerbsverzerrung auch dann, wenn vergleichbare, auf privatrechtlicher Grundlage erbrachte Leistungen ohne Recht auf Verzicht (§ 9 UStG) einer Steuerbefreiung unterliegen. Die Ausnahme von grundsätzlich steuerfreien Leistungen, bei denen aber ein Recht auf Verzicht auf die Steuerbefreiung nach § 9 besteht, räumt den jPöR die Möglichkeit zur Option zur Steuerpflicht ein.

In Absatz 3 geht es um die Zusammenarbeit von jPöR. Nach der Nr. 1 sollen grö-

ßere Wettbewerbsverzerrungen nicht vorliegen, wenn die Leistungen aufgrund gesetzlicher Bestimmungen nur von einer jPöR erbracht werden dürfen. Die Nr. 1 dürfte unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs mit der privaten Wirtschaft unproblematisch sein.

Kritik von Seiten der Wirtschaft hat es aber zur Nr. 2 gegeben, wonach größere Wettbewerbsverzerrungen verneint werden, wenn „2. ¹die Zusammenarbeit durch gemeinsame spezifische öffentliche Interessen bestimmt wird.

²Dies ist regelmäßig der Fall, wenn

- a) die Leistungen auf langfristigen öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen beruhen,
- b) die Leistungen dem Erhalt der öffentlichen Infrastruktur und der Wahrnehmung einer allen Beteiligten obliegenden öffentlichen Aufgabe dienen,
- c) die Leistungen ausschließlich gegen Kostenerstattung erbracht werden und
- d) der Leistende im Wesentlichen für andere juristische Personen des öffentlichen Rechts tätig wird.“

Der Absatz 4 schließlich nimmt die bisherige Regelung des § 2 Abs. 3 UStG auf und verweist ergänzend auf den Anhang I der MwStSystRL. In Bezug auf die im Anhang I zur MwStSystRL genannten Tätigkeiten (z.B. Lieferung von Wasser, Gas) gelten die jPöR als Steuerpflichtige, wenn die Tätigkeit mehr als unbedeutend ist.

Der Entwurf wurde im Auftrag der Staatssekretärinnen und Staatssekretäre vom Bayerischen Staatsministerium für Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat zur Anhörung gebracht. In den Stellungnahmen der Wirtschaft wurde insbesondere kritisiert, dass die vorgeschlagene Regelung die öffentliche Hand erheblich privilegiere und die Nichtbesteuerung der Zusammenarbeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu massiven Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten privater Unternehmen führen würde. Von Betroffenen der öffentlichen Hand wurde kritisiert, der Entwurf gehe nicht weit genug, um Belastungen öffentlicher Leistungen mit Umsatzsteuer zu vermeiden.

Nachtrag: Die Finanzministerinnen und Finanzminister der Länder haben in ihrer Sitzung am 23.10.2014 das Ergebnis der Arbeitsgruppe zustimmend zur Kenntnis genommen und den Bundesminister für Finanzen gebeten, zeitnah ein entsprechendes Gesetzgebungsverfahren zu initiieren und die einschlägige Rechtsprechung mit einer auf das Gesetzgebungsverfahren abgestimmten Übergangsfrist zu veröffentlichen.

4. Forum „Recht der kommunalen Wirtschaft“

Daniel Kiewitz, Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag

Nachdem das letzte Forum unter dem Titel „Recht der kommunalen Ver- und Entsorgungswirtschaft“ 2012 stattfand, lud der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag



Landesgeschäftsführer Bülow begrüßt die Teilnehmer

zunehmend am 29. September unter wissenschaftlicher Leitung durch Prof. Dr. Christoph Brüning und Prof. Dr. Marcus Arndt in Kiel ein. Mit dem erneuerten Titel der Fachtagung wurde der Themenschwerpunkt von der reinen Ver- und Entsorgungswirtschaft auf die kommunale



Prof. Dr. Arndt moderiert die Veranstaltung

Wirtschaft insgesamt ausgedehnt. So war es möglich, etwa die aktuelle Diskussion zur Reform des Gemeindefinanzrechts oder die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Einführung wiederkehrender Straßenausbaubeiträge thematisch zu berücksichtigen.

Den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Fachtagung - vor allem aus der kommunalen Führungsebene - erwarteten interessante Vorträge mit rechtlich und praktisch bedeutsamen Fragestellungen zur ganzen Breite wirtschaftlichen Handelns der Kommunen. Nach einer fachlichen Einführung in die Veranstaltung durch Prof. Dr. Christoph Brüning und Prof. Dr. Marcus Arndt stellte Roland Benter, Leiter des Projekts „Fortentwicklung des Gemeindefinanzrechts“ im Innenminis-



Roland Benter spricht über die Änderungen im Kommunalfinanzrecht

terium, den aktuellen Diskussionsstand dar. Insbesondere unter Berücksichtigung auch der kommunalen Anstrengungen im Zuge der Energiewende sei es unabdingbar, den Gemeinden weitere Betätigungsmöglichkeiten einzuräumen. Dies werde einerseits durch die Streichung der Bedarfsklausel in § 101 Abs. 2 GO erreicht. Andererseits sei beabsichtigt, einen Sondertatbestand für energiewirtschaftliche Betätigungen in Form eines neuen § 101 a GO zu schaffen, der u.a. eine grundsätzliche Vermutung des öffentlichen Zwecks bei energiewirtschaftlicher Betätigung beinhalten solle. Die kommunalen Folgen im Bereich der



Prof. Dr. Becker kommentiert das neue Tarifreue- und Vergabegesetz

Energiewirtschaft aufgrund aktueller BGH-Rechtsprechung stellte Prof. Dr. Christoph Brüning vor. Die Gemeinden werden bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten im Sinne des § 46 Abs. 2 EnWG zukünftig neu statuierte Anforderungen an einen diskriminierungsfreien Wettbewerb zu beachten haben. Michael Jenzen, Finanzministerium, gab anschließend einen Überblick über den Diskussionsstand zu den Gesprächen, die zwischen dem Bund und den Ländern zur Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand geführt werden. Den



Angeregtes Pausengespräch mit Prof. Dr. Brüning

Gesprächen war eine Kehrtwende in der Rechtsprechung des BFH zum Begriffsverständnis des Betriebes gewerblicher i.S.d § 2 Abs. 3 UstG vorausgegangen. Eine Arbeitsgruppe bestehend aus Fi-

nanzstaatssekretären, Vertretern der kommunalen Spitzenverbände, der Innenministerkonferenz und Prof. Dr. Englisch (Uni Münster) berate derzeit Lösungsmöglichkeiten, wie mit der veränderten Auslegung angesichts des unveränderten Gesetzeswortlautes umzugehen sei. Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Marius Raabe berichtete über die Auswirkungen der im März 2014 in Kraft getretenen sog. Dienstleistungskonzessionsrichtlinie (RL 2014/23/EU). Für die Kommunalwirtschaft positiv zu bewerten seien die Bereichsausnahme für die Wasserkonzessionen sowie die Tatsache, dass von der Richtlinie insgesamt kein Privati-

sierungsdruck ausgehe. Die Frage der nationalen Kodifikation sei jedoch umstritten und noch nicht abschließend geklärt. Prof. Dr. Florian Becker beleuchtete die Struktur-, Recht- und Zweckmäßigkeit des Tarifreue- und Vergabegesetzes.

Abschließend zeigte Prof. Dr. Marcus Arndt diejenigen Voraussetzungen auf, die für eine Kommune bei der Einführung wiederkehrender Straßenausbaubeiträge zu beachten sind. Grundsätzlich komme diese Art der Beitragserhebung in Betracht, wenn sich im Gemeindegebiet ein oder mehrere homogene Gebiete zu Abrechnungsgebieten zusammenfassen lie-

ßen. Im Übrigen sei es eine politische Entscheidung, wie die Gemeinde die Finanzierung des Straßenausbaus organisieren wolle.

Die Fachtagung wurde mit einer Schlussbetrachtung von Jörg Bülow, geschäftsführendes Vorstandsmitglied des SHGT, beendet, der zugleich den Referenten für ihre informativen Vorträge und organisatorische Unterstützung dankte. Die Präsentationen der Vortragenden sind im Download-Bereich der Homepage des Gemeindetages (www.shgt.de) abrufbar, ein Teil der Beiträge erscheint in dieser Ausgabe.

Neue Knickschutzbestimmungen seit 2013

Was ist bei der Knick- und Gehölzpflege in den Gemeinden zu beachten?

Eckard Reese, Geschäftsführer des Landesverbandes der Lohnunternehmer in Land- und Forstwirtschaft Schleswig-Holstein e.V. und Prof. Dr. Holger Gerth, Landesbeauftragter für Naturschutz

Bereits im Sommer 2013 hatte das Umweltministerium die Vorschriften für den Knickschutz neu geregelt, dafür die Biotopverordnung¹ novelliert und Durchführungsbestimmungen² herausgebracht, die nicht nur Landwirte einhalten müssen, sondern die gleichermaßen für Kommunen verbindlich sind.

Das seitliche Einkürzen der Knicks

Ein seitliches Beschneiden der Knicks, auch „Aufputzen“ genannt, wird durchgeführt, um einen problemlosen Einsatz der Landmaschinen auf den landwirtschaftlichen Flächen und die ungehinderte Befahrbarkeit der Straßen und Wege zu gewährleisten.

Aus Artenschutzgründen sollte der Rückschnitt entlang von Straßen und Wegen sowie im innerörtlichen Bereich auf die Zeit vom 1. Januar bis 14. März begrenzt werden. Das seitliche Einkürzen in der Landwirtschaft sollte bei Stoppelkulturen möglichst im Sommer nach der Feldernte bzw. - nach der Brutzeit der Vögel erfolgen. Das seitliche Einkürzen wird, je nach Wüchsigkeit des Knicks, in der Regel erst nach sieben bis acht Jahren erforderlich. In einigen Regionen Schleswig-Holsteins wurde sogar im einjährigen Turnus senkrecht vom Knickwallfuß hoch seitlich eingekürzt. Dies ist nun nicht mehr erlaubt.

Neu ist geregelt: Es gibt einen Saumstreifen von 50 cm ab dem Knickwallfuß und höchstens alle 3 Jahre ist ein seit-

liches Einkürzen zulässig. Nach dem letzten Auf-den-Stock-setzen beträgt die Frist sogar 6 Jahre. Das seitliche Beschneiden der Knicks darf ab dem Saumstreifen bis in 4 Meter Höhe entweder im Verhältnis 1: 3 (70 Grad) oder 1 Meter vom Knickwallfuß entfernt senkrecht nach oben erfolgen. Bei Knicks ohne Erdwall ist nach

wie vor ein Abstand von 1 Meter vom äußeren Wurzelhals zulässig. Diese Einschränkungen gelten nicht für die erforderlichen Maßnahmen zur Erhaltung und Sicherung der öffentlich gewidmeten Straßen, Wege und Plätze zum Beispiel, wenn diese zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit notwendig sind.

Im Straßenbereich ist häufig zu beobachten, dass Knicks seitlich beschnitten werden, obwohl breite Straßenränder und ein geradliniger Straßenverlauf einen Rückschnitt nicht erforderlich machen. Ein

¹ Landesverordnung zur Änderung der Biotopverordnung vom 11. Juni 2013 (GVOB. Schl.-H. S. 264).
² Durchführungsbestimmungen zum Knickschutz vom 13. Juni 2013 (Amtsbl. Schl.-H. 2013 S. 468) und ergänzende Hinweise vom 07. Juli 2014.



Seitliches Einkürzen eines Knicks

solcher Rückschnitt ist nicht von der gesetzlichen Freistellung abgedeckt, so dass an Straßen und Wegen mit breiter Bankette die oben genannten Vorschriften immer einzuhalten sind. Auch Landwirte dürfen nur im Ausnahmefall bei außerordentlichem Knickwachstum oder untypischen Knickaufbau vor der Frist von 3 bzw. 6 Jahren seitlich einkürzen, wobei der jährlich wiederholt durchgeführte seitliche Rückschnitt in jedem Fall unzulässig ist.

Ein übermäßiges Einkürzen führt zu einer

ren, um damit das Auswachsen der Gehölze auf Nachbarflächen zu verhindern. Diese Pflegemaßnahme ist nur in der Zeit vom 15. Oktober bis zum 14. März erlaubt. Die Mahd des Knicksaumes ist bereits vom 15. Juli an (bis zum 14. März) zulässig.

Das Auf-den-Stock-setzen der Knicks

Ab dem 1. Oktober werden landesweit wieder die Knicks auf den Stock gesetzt, d.h. der gesamte Gehölzaufwuchs mit Ausnahme der Bäume, Überhälter ge-

gender Energiekosten und staatlicher Förderung für den Betrieb von Hackschnitzel-Feuerungsanlagen wird der Bedarf an Hackschnitzel weiterhin zunehmen. Dies erfordert von allen Beteiligten ein verantwortungsbewusstes Handeln, um die Knickstruktur in unserem Land langfristig zu sichern.

Ziel muss es daher sein, bei allen Arbeiten am Knick mit Augenmaß dafür zu sorgen, dass das Ökosystem des Knicks erhalten bleibt. Die ökologische Funktion des Knicks wird durch regelmäßiges Knicken gewährleistet. Dieses „Auf-den-Stock-setzen“ ist ab dem 10. Standjahr möglich und sollte spätestens nach 15 Jahren durchgeführt werden. In einer Frist unter 10 Jahren ist das Knicken verboten.

Zulässig ist das Knicken nur in der Zeit vom 1. Oktober bis zum 14. März. In dieser Zeit findet kein Brutgeschäft der Vögel statt und viele in den Knicks lebende Tiere befinden sich im Winterschlaf. Bei Knicks, in denen die geschützte Haselmaus vorkommt, sollte bis in den November Ruhe herrschen.

Die Gehölze werden in der Regel eine Hand breit über dem Boden, sonst dicht über dem Stockausschlag, abgeschnitten. Beim Arbeiten mit der Knickschere ist besondere Sorgfalt geboten, damit ein Stockaustrieb gewährleistet bleibt. Je nach Holzart können Bäume bis ca. 20 cm Stammdurchmesser geschnitten werden. Das Buschwerk wird mit kleinen „Bissen“ geschnitten, um Wurzelabriss zu reduzieren. Aufgesplitterte Schnittstellen werden mit der Motorsäge nachgeschnitten. Bei größeren Bäumen kneift die Baggerchere lediglich Äste bis circa 20 cm Durchmesser ab. Bei dieser Arbeitsweise können pro Stunde ca. 80-100 m Knick auf den Stock gesetzt werden. Der verbleibende Baumstumpf wird anschließend mit der Motorsäge abgesägt. Regional betrachtet soll das Knicken möglichst abschnittsweise erfolgen, um keinen großräumigen „Kahlschlag“ innerhalb einer Gemarkung zu erzeugen. Eine vorherige Abstimmung zwischen den Landbesitzern und der Kommune erweist sich als sehr hilfreich.

Überhälter stehen lassen

Einzelne Bäume mit einem Stammumfang bis 2 Meter (in 1 Meter Höhe), dies entspricht einem Brusthöhendurchmesser von 30 – 60 cm, werden als Überhälter bezeichnet und dürfen gefällt werden, wenn in Abständen von 40 bis 60 m auf dem Knick weitere Bäume stehen und das Fällen im Rahmen des Auf-den-Stock-setzens erfolgt. Damit ist verboten, einzelne Bäume zwischendurch zu fällen. Verboten ist zudem das Fällen von Überhältern mit einem Stammumfang von mehr als 2 Metern. Auch Überhälter, die aufgrund der alten BiotopVO als Ersatzüberhälter stehen gelassen oder ge-



Übermäßiger Rückschnitt

starken Beeinträchtigung des Ökosystems, weil der Blütenbereich und damit der spätere Fruchtansatz verloren gehen. Zudem wird Blattwerk zerstört und damit die Photosyntheseleistung der Gehölze verringert, was den Zuwachs an Biomasse zur Energiegewinnung negativ beeinträchtigt. Im Bereich der Straßen und Wirtschaftswege sollte daher der Rückschnitt auf die Breite der Straßenränder angepasst werden.

Zum Beschneiden der Knicks sollten möglichst Heckenscharen und Kreissägen eingesetzt werden, weil sie einen sauberen Schnitt gewährleisten. Die Arbeitsleistung beträgt mit diesen Maschinen circa 1,5-2 km/h. Schlägelnde Maschinen und stumpfe Schneidegeräte dürfen nicht verwendet werden, sie zersäen die Schnittstellen und fördern den Pilzbefall der Gehölze.

Mahd der Knickwallflanken und des Knicksaumes

In einigen Regionen Schleswig-Holsteins werden die Flanken der Knickwalle gemäht, um die Krautvegetation und die holzigen Wurzelaußschläge zu reduzie-

ren, wird abgesägt. Dieses Abholzen der Knicks ist eine wichtige Pflegemaßnahme und dient dem Erhalt unserer landestypischen Knicklandschaft. Ansonsten überaltern unsere Knicks und verlieren ihre vielfältigen Funktionen.

Noch vor wenigen Jahren haben überwiegend Landwirte mit der Handsäge, später Motorsäge, in schwieriger Handarbeit die Knicks auf den Stock gesetzt. Aus den Knickeichen sind in der Regel Spaltpfähle zur Einfriedigung der Viehweiden hergestellt worden. Aus diesem Bedarf heraus sind immer wieder neue Überhälter nachgezogen worden. Das übrige Holz wurde auf dem Betrieb mit Hilfe eines Buschhackers zerkleinert und zu Scheitholz verarbeitet.

Diese Arbeit übernehmen heute zum großen Teil Lohnunternehmer mit Bagger, Knickschere und Holzhammer. Die Knicks werden mit diesen Maschinen und geschultem Fachpersonal wesentlich schneller auf den Stock gesetzt. Das anfallende Holz wird unmittelbar vor Ort zu Hackschnitzel zerkleinert und anschließend in ein Zwischenlager oder zu den Heizwerken transportiert. Aufgrund stei-

pflanzt wurden, dürfen nicht gefällt werden. Gleiches gilt auch für Bäume, die aufgrund von Baumschutzsätzen im Innenbereich oder laut B-Plan zu erhalten sind oder die landschaftsbestimmend oder ortsbildprägend sind.

Fazit

Die neuen Knickschutzbestimmungen gehen sehr ins Detail. Es wird daher auf die Biotopverordnung vom 11.6.2013 und die darauf folgenden Durchführungsbestimmungen zum Knickschutz verwiesen. Weitere Informationen, wie beispielsweise die 50 Fragen und Antworten zur Umsetzung der neuen Knickschutzregelungen, können beim Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume (MELUR) abgerufen werden. Sie stehen auch im Internet unter <http://www.schleswig-holstein.de/UmweltLandwirtschaft/DE/Startseite/LatenteThemen/Knickschutz.html>

Auf Grundlage dieser Vorgaben zur fachgerechten Knickpflege sollte es möglich sein, den ökologischen Wert der Knicks nachhaltig zu sichern und gleichzeitig ein harmonisches Landschaftsbild zu erhalten, das für Schleswig-Holstein prägend ist und Touristen anlockt.

Fortbildungsveranstaltung zur Knickpflege am 26.02.2015 geplant

Der SHGT plant zusammen mit dem Lan-



Zum Beschneiden der Knicks sollten möglichst Heckenscheren und Kreissägen eingesetzt werden

desverband der Lohnunternehmer eine Fortbildungsveranstaltung zur Knickpflege am 26.02.2015 im Raum Rendsburg. Die Veranstaltung richtet sich in erster Linie an Leiter und Mitarbeiter von kommunalen Bauhöfen sowie Interessierte aus Kommunalverwaltungen. Neben

einer theoretischen Einführung in das Thema Knickpflege werden verschiedene Knickpflegemaßnahmen mit unterschiedlichen Gerätetypen praktisch vorgeführt. Nähere Informationen mit der Möglichkeit zur Anmeldung werden in der Infothek sowie über ein Info-intern veröffentlicht.

Rechtsprechungsberichte

(Quelle: DStGB aktuell)

1. EuGH zur Unterscheidung zwischen vergaberechtsfreiem Mietvertrag und öffentlichem Bauauftrag

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat mit Urteil vom 10.07.2014 (Rs. C-213/13) zur Unterscheidung zwischen einem vergaberechtsfreien Mietvertrag und einem öffentlichen Bauauftrag Stellung genommen. Dem Urteil zufolge unterliegt ein Mietvertrag über ein noch zu errichtendes Gebäude nur dann nicht dem Vergaberecht, wenn der öffentliche Auftraggeber auf die Ausführung der Bauleistung keinen entscheidenden Einfluss ausüben kann. Insoweit kommt es auf die inhaltliche Schwerpunktsetzung an.

Im zugrunde liegenden Sachverhalt hatte sich der EuGH mit der Anmietung eines noch zu errichtenden Gebäudes zu befassen. Im konkreten Fall hatte die Stadt Bari (Italien) eine „Marktuntersuchung“ für die Errichtung eines neuen Gerichtskomplexes EU-weit ausgeschrieben. Ein Anhang definierte dabei den „Rahmen der

strukturellen, funktionalen und organisatorischen Anforderungen“. Mit diesem Rahmen bestimmte die Stadt die technischen Merkmale des zu errichtenden Gebäudes (unter anderem Anzahl der Büros, Sitzungssäle, Flächen, Parkplätze). Die Stadt behielt sich außerdem ein Prüfungsrecht vor Abnahme vor.

Der EuGH hat festgestellt, dass bei einem Vertrag, der zugleich Elemente eines öffentlichen Bauauftrags und eines Auftrags anderer Art aufweist, auf den Hauptgegenstand des Vertrags abzustellen ist. Da das Gebäude bei Vertragsschluss noch nicht errichtet war, sei die Errichtung zwangsläufig Voraussetzung für die spätere Vermietung und damit Hauptgegenstand des Vertrags. Unter Berufung auf die Rechtsprechung in Sachen „Helmut Müller“ hat der EuGH zudem unterstrichen, dass die Stadt sich mit dem Anforderungsrahmen einen entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung gesichert habe. Zwar enthalte der von den Bietern abzugebende Entwurf einer Ver-

pflichtungserklärung zur Vermietung auch charakteristische Merkmale eines Mietvertrags. Der Hauptgegenstand liege jedoch in der Erbringung der Bauleistung zugunsten des öffentlichen Auftraggebers. Die Höhe der Vergütung und die Art und Weise ihrer Zahlung spielten indes für die Qualifikation des Vertrags als öffentlicher Auftrag im Sinne des Vergaberechts keine Rolle.

Anmerkung:

Dem Urteil des EuGH ist zu entnehmen, dass ein Mietvertrag über ein noch zu errichtendes Gebäude, das später vom öffentlichen Auftraggeber genutzt werden soll, nur dann nicht dem Vergaberecht unterliegt, wenn der Auftraggeber auf die Ausführung der Bauleistung keinen entscheidenden Einfluss ausüben kann. Stellt der Auftraggeber hingegen präzise Anforderungen an die Gestaltung des Gebäudes auf und lässt sich ein Prüfungsrecht einräumen, bestehen am Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags keine

Zweifel. Anders kann es allenfalls sein, wenn der öffentliche Auftraggeber lediglich einen „groben Rahmen“ vorgibt oder ein Nutzungskonzept beschreibt, dem Unternehmer bei der konkreten Umsetzung / Ausgestaltung des Gebäudes jedoch weitgehend freie Hand lässt. Insofern ist grundsätzlich eine Einzelfallentscheidung vorzunehmen.

Mithin können sich öffentliche Auftraggeber nicht dadurch dem Vergaberecht entziehen, dass sie einen Vertrag mit einem ausschreibungspflichtigen Inhalt als „Mietvertrag“ bezeichnen (vgl. auch EuGH vom 29.10.2009 – C-536/07 „KölnMesse“). Von einem vergaberechtsrelevanten öffentlichen Bauauftrag ist in aller Regel auszugehen, wenn die von einem „Mieter“ zu erbringende Bauleistung dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt (vgl. EuGH vom 25.03.2010 – C-451/08 „Helmut Müller“).

2. Europäischer Gerichtshof: Sozialleistungen für EU-Ausländer können verweigert werden

Deutschland muss Bürgern aus anderen EU-Staaten keine Sozialleistungen zahlen, wenn diese mit dem Ziel nach Deutschland einreisen, eine Beschäftigung zu suchen oder Sozialhilfe zu beziehen. Der Europäische Gerichtshof (C-333/13) hat in seinem Urteil vom 11.11.2014 klargestellt, dass ein Mitgliedstaat das Recht haben muss, nicht erwerbstätigen Unionsbürgern, die von ihrer Freizügigkeit allein mit dem Ziel Gebrauch machen, in den Genuss der Sozialhilfe zu kommen, diese Sozialleistungen zu versagen. Deutschland kann damit den Leistungsbezug von SGB II- und SGB XII-Leistungen ausschließen, wenn EU-Bürger ausschließlich nach Deutschland kommen, um Sozialhilfe zu beziehen oder einen Job zu suchen, ohne über ausreichende Finanzmittel zu verfügen. Durch die Regelung soll Missbrauch und „eine gewisse Form von Sozialtourismus“ verhindert werden. Der Europäische Gerichtshof bestätigt mit seiner Entscheidung die Rechtsauffassung des DStGB. Deutschland ist aufgrund seiner hohen Sozialleistungen ein attraktives Zuwanderungsland. Es muss sichergestellt werden, dass nur wirklich Berechtigte Leistungen erhalten.

In dem konkreten Fall begehren eine Rumänin und ihr in Deutschland geborener Sohn Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II. Sie leben seit mehreren Jahren in der Wohnung einer Schwester der Klägerin und werden von dieser versorgt. Die Frau war weder in ihrem Heimatland noch in Deutschland jemals berufstätig und besitzt keine Ausbildung. Sie war offensichtlich auch nicht nach

Deutschland eingereist, um Arbeit zu suchen und bemüht sich auch nicht darum, eine Beschäftigung in Deutschland zu finden. Das Jobcenter weigerte sich unter Berufung auf § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II, der Klägerin SGB II-Leistungen zu gewähren. Nach dieser Regelung sind Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zwecke der Arbeitssuche ergibt, sowie ihre Familienangehörigen von SGB II-Leistungen ausgeschlossen. Der § 23 Abs. 3 SGB XII schließt Ausländer von Sozialhilfeleistungen aus, wenn sie allein mit dem Ziel nach Deutschland gekommen sind, Sozialhilfe zu erhalten oder eine Beschäftigung zu suchen. Hiergegen war die Klägerin gerichtlich vorgegangen. Das Sozialgericht Leipzig hat den EuGH im Vorabentscheidungsverfahren angerufen und um Klärung der Frage gebeten, ob das EU-Recht der deutschen Rechtslage entgegenstehe.

In Beantwortung der Fragen des Sozialgerichts Leipzig hat der Europäische Gerichtshof (C-333/13) in seinem Urteil vom 11.11.2014 entschieden, dass Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten eine Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats hinsichtlich des Zugangs zu bestimmten Sozialleistungen (wie den deutschen Leistungen der Grundsicherung) nur verlangen können, wenn ihr Aufenthalt die Voraussetzungen der „Unionsbürgerrichtlinie“ erfüllt. Damit soll verhindert werden, dass nicht erwerbstätige Unionsbürger das System der sozialen Sicherheit des Aufnahmemitgliedstaats zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts in Anspruch nehmen. Ein Mitgliedstaat muss daher die Möglichkeit haben, nicht erwerbstätigen Unionsbürgern, die von ihrer Freizügigkeit allein mit dem Ziel Gebrauch machen, in den Genuss der Sozialhilfe eines Mitgliedstaats zu kommen, obwohl sie nicht über ausreichende Existenzmittel für die Beanspruchung eines Aufenthaltsrechts verfügen, Sozialleistungen zu versagen; insoweit ist jeder Einzelfall zu prüfen, ohne die beantragten Sozialleistungen zu berücksichtigen. Unter diesen Umständen entscheidet der Gerichtshof, dass die Unionsbürgerrichtlinie und die Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit einer nationalen Regelung nicht entgegenstehen, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten vom Bezug bestimmter „besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen“ ausschließt, während Staatsangehörige des Aufnahmemitgliedstaats, die sich in der gleichen Situation befinden, diese Leistungen erhalten, sofern den betreffenden Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten im Aufnahmemitgliedstaat kein Aufenthaltsrecht nach der Richtlinie zusteht. Schließlich weist der Gerichtshof darauf hin, dass die Verordnung zur Koordinierung der Systeme der

sozialen Sicherheit nicht die Voraussetzungen für die Gewährung besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen regelt. Da hierfür der nationale Gesetzgeber zuständig ist, hat er auch den Umfang der mit derartigen Leistungen sichergestellten sozialen Absicherung zu definieren. Die Mitgliedstaaten führen somit nicht das Recht der Union durch, wenn sie die Voraussetzungen und den Umfang der Gewährung besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen festlegen, so dass die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nicht anwendbar ist. In Bezug auf die Klägerin und ihren Sohn führt der Gerichtshof aus, dass sie nicht über ausreichende Existenzmittel verfügen und daher kein Recht auf Aufenthalt in Deutschland nach der Unionsbürgerrichtlinie geltend machen können. Folglich können sie sich nicht auf das in der Richtlinie und der Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit verankerte Diskriminierungsverbot berufen.

Ungeachtet dessen plant die Bundesregierung eine Einreisesperre bei Sozialmissbrauch. EU-Bürgern soll danach künftig bei Missbrauch von Sozialleistungen die Wiedereinreise in die Bundesrepublik verboten werden. Derzeit können EU-Bürger trotz aberkannten Aufenthaltsrechts jederzeit wieder in die Bundesrepublik zurückkehren. Geplant ist nunmehr, diese Personen von Amtswegen mit einer Wiedereinreisesperre zu belegen. Darüber hinaus soll Kindergeld nur noch dann ausgezahlt werden, wenn der Antragsteller eine Steueridentifikationsnummer vorlegen kann.

Urteil zu Voraussetzungen für Anforderungsprofil im öffentlichen Dienst

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat mit Urteil vom 06.05.2014 über das Begehren eines Stellenbewerbers im öffentlichen Dienst entschieden, trotz mangelnder Erfüllung des ausgeschriebenen Anforderungsprofils in das Auswahlverfahren einbezogen zu werden. Es gab dem Stellenbewerber recht und sah beim Arbeitgeber eine Darlegungslast, dass die Festlegung des Anforderungsprofils den Anforderungen der zu besetzenden Stelle entspricht, wobei ein Verweis auf die in der Ausschreibung genannte Entgeltgruppe nicht genüge. Öffentliche Arbeitgeber werden nun stärker darauf achten müssen, die beim zu besetzenden Arbeitsplatz zur Aufgabenwahrnehmung im Einzelnen erwarteten Anforderungen persönlicher und fachlicher Art zum Gegenstand eines Anforderungsprofils / einer Ausschreibung zu machen.

Dem BAG-Urteil vom 06.05.2014 (BAG 9 AZR 724/12) lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger war Diplom-Ingenieur der Fachrichtung Architektur und in der Entgeltgruppe E 12 (TVöD/VKA) im Bereich Gebäudewirtschaft der Beklagten beschäftigt. Diese beabsichtigte die Besetzung der Stelle eines Ingenieurs bzw. einer Ingenieurin im gleichen Arbeitsbereich in der Abteilung Objektmanagement und der Aufgabe, die Stellvertretung der Sachgebietsleitung zu übernehmen. Die Stelle sollte nach der EG 13 bzw. der Besoldungsgruppe A 13, höherer Dienst, eingruppiert werden. In der Ausschreibung wurde unter anderem ein abgeschlossenes Studium einer Universität bzw. Technischen Hochschule in der Fachrichtung Architektur oder Bauingenieurwesen verlangt. Der frühere Stelleninhaber besaß lediglich einen Fachhochschulabschluss. Die Beklagte lehnte die Einbeziehung des Klägers in das Auswahlverfahren mangels Erfüllung des Anforderungsprofils ab und wurde darin sowohl vom Arbeitsgericht wie auch vom Landesarbeitsgericht bestätigt. Die Revision des Klägers hatte Erfolg.

Ausgehend von der bisherigen Rechtsprechung geht das BAG davon aus, ein Arbeitgeber im öffentlichen Dienst dürfe für die Besetzung einer Stelle ein arbeitsplatzspezifisches Anforderungsprofil aufstellen und auf diese Weise die Möglichkeiten eines Zugangs zum entsprechenden öffentlichen Amt einschränken. Dementsprechend darf der Arbeitgeber solche Bewerber vom Zugang und damit vom weiteren Auswahlverfahren ausschließen, die das Anforderungsprofil – in seinen zwingenden Merkmalen – nicht erfüllen.

Das jeweilige Anforderungsprofil unterliegt allerdings nach Auffassung des BAG ungeachtet des Beurteilungsspielraums einer gerichtlichen Kontrolle mit der Konsequenz, dass ein fehlerhaftes Anforderungsprofil zur Fehlerhaftigkeit der darauf gestützten Auswahlentscheidung führt. Inhaltlich verlangt das BAG, das Anforderungsprofil müsse bezogen auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle sachlich nachvollziehbar sein. Es dürften keine sachfremden Erwägungen angestellt worden sein.

Nimmt der Arbeitgeber zur Rechtfertigung des Anforderungsprofils lediglich Bezug auf die beabsichtigte Eingruppierung und dort vorgesehenen Bildungsvoraussetzungen, genügt das für eine nachvollziehbare Begründung eines entsprechenden Merkmals nicht. Für den konkreten Fall verneint das BAG die Notwendigkeit einer wissenschaftlichen Hochschulausbildung für die Wahrnehmung der ausgeschriebenen Stelle. Der Verweis auf die Eingruppierungsvoraussetzungen sei schon deshalb fehlerhaft, weil die Eingruppierung der Stellenbesetzung im Hinblick auf die auf der Stelle wahrzunehmenden Tätigkeiten nachfolge.

Den Wunsch des Arbeitgebers, durch das

formale Kriterium eines wissenschaftlichen Studiums als Zugangsvoraussetzung das Auswahlverfahren zu vereinfachen, hält das BAG für unbeachtlich, weil diesem Aspekt jeder Bezug zu den tatsächlichen Anforderungen der zu besetzenden Stelle fehle, und die Vereinfachung des Auswahlverfahrens kein Selbstzweck sei, sondern sich ebenfalls an Art. 33 Abs. 2 GG messen lassen müsse. Art. 33 Abs. 2 GG gewähre dem Arbeitgeber nicht das Recht, ohne nachvollziehbare Gründe eine Stelle mit überqualifizierten Bewerbern bzw. Bewerberinnen zu besetzen.

Der Hinweis des Arbeitgebers auf die Möglichkeit eines flexibleren Personaleinsatzes von Mitarbeiter/innen mit wissenschaftlichem Hochschulabschluss sei vorliegend schon deshalb unbeachtlich, weil schon nicht dargelegt sei, dass eine solche Flexibilität für die ausgeschriebene Stelle tatsächlich möglich sei, wie sie aussehen solle, und warum die angestrebte Flexibilität konkret eine wissenschaftliche Hochschulausbildung erfordere. Im Übrigen lässt das BAG offen, ob die Möglichkeit eines flexibleren Personaleinsatzes aufgrund einer wissenschaftlichen Hochschulausbildung ein entsprechendes Merkmal im Anforderungsprofil sachlich rechtfertigen könne.

4. OLG Schleswig zur Fristwahrung bei vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren

Die Anforderung zusätzlicher Rettungsdienstleistungen durch den Kreis Schleswig-Flensburg vom Deutschen Roten Kreuz (DRK) im Jahr 2012 ist durch einen Mitbewerber, ein privates Rettungsdienstleistungsunternehmen, im Jahr 2014 verspätet angegriffen worden. Ein eventueller Verstoß gegen Vergaberecht kann deswegen vor Gericht nicht mehr überprüft werden. Dies hat der Vergabesenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts entschieden (Beschluss vom 04.11.2014, Az.: 1 Verg 1/14).

Nach einem von dem Kreis eingeholten Gutachten aus dem Sommer 2012 bestand ein Mehrbedarf an Rettungsmittelwochenstunden ausgehend von der Forderung, dass jeder an einer öffentlichen Straße gelegene Ort im Rettungsdienstbereich innerhalb von zwölf Minuten nach Notrufeingang erreicht werden soll. Der DRK Kreisverband, seit 1978 mit der Durchführung von Rettungsdienstleistungen im Kreisgebiet Schleswig-Flensburg beauftragt, erhöhte nach einem Schreiben des Kreises vom 02.11.2012 den Umfang der Rettungsmittelwochenstunden um 194 Stunden. Weil ein privates Rettungsdienstunternehmen bereits mit zwei Schreiben aus dem Jahr 2010 an den Kreis Schleswig-Flensburg sein Interesse an der Erbringung von Rettungsmittel-

dienstleistungen im Kreisgebiet zum Ausdruck gebracht hatte, machte es mit Nachprüfungsantrag vom März 2014 geltend, dass die «Aufstockung» zusätzlicher Rettungsmittelwochenstunden zugunsten des DRK eine rechtswidrige «de-facto-Vergabe» sei, die den Vorgaben des Vergaberechts widerspreche.

Mit Beschluss vom 12.03.2014 stellte der Kreistag fest, dass die notwendige Ergänzung der Rettungsmittelvorhaltung im Rahmen des bestehenden Vertrages mit dem DRK auszuführen sei. Die Vergabekammer Schleswig-Holstein hat den Antrag des privaten Rettungsdienstunternehmens, nämlich festzustellen, dass es durch die tatsächliche Beauftragung des DRK mit zusätzlichen Rettungsmittelwochenstunden durch den Kreis ohne ein gemeinschaftsrechtkonformes Auswahlverfahren in seinen Rechten verletzt wurde und dass diese de-facto-Vergabe unwirksam sei, mit Beschluss vom 05.05.2014 abgewiesen. Auch die Beschwerde gegen diesen Beschluss blieb erfolglos.

Der von dem privaten Rettungsdienstunternehmen gestellte vergaberechtliche Nachprüfungsantrag wegen der Erhöhung der Rettungsmittelwochenstunden sei verspätet gestellt worden, entschied das OLG. Denn ein Nachprüfungsantrag, mit dem die vergaberechtliche Unwirksamkeit festgestellt werden soll, müsse jedenfalls innerhalb von sechs Monaten gemäß § 101b Abs. 2 GWB gestellt sein. Die Beschwerdeführerin habe ihren Antrag aber erst im März 2014 – und damit zu spät – gestellt, so der Vergabesenat.

Das Gericht stellte klar, dass mit der Sechs-Monats-Frist der deutsche Gesetzgeber nur eine Vorgabe der EU-Richtlinie 2007/66/EG korrekt umgesetzt habe. Für den Fristablauf komme es nicht darauf an, ob die Beschwerdeführerin von dem etwaigen Vergaberechtsverstoß zuvor Kenntnis gehabt habe. Der Gesetzgeber habe sich mit dieser Frist deshalb zulässig und europarechtskonform dafür entschieden, dass sechs Monate nach der de-facto-Vergabe Rechtssicherheit eintreten soll und dies vergaberechtlich nicht mehr von anderen Anbietern erfolgreich angegriffen werden könne.

Auch war der Kreistagsbeschluss vom März 2014 keine Grundlage für die bereits zuvor Ende 2012 erfolgte Aufstockung um 194 Rettungsmittelwochenstunden. Die Beschwerdeführerin könne auch nicht erfolgreich an den zwischen dem Kreis und dem DRK 1978 geschlossenen, später mehrfach ergänzten Vertrag und der darin im Hinblick auf die zu erbringenden Rettungsdienstleistungen vorgesehenen Anpassungsklausel anknüpfen. Ein Fall bewusster Gesetzesumgehung des Kreises zur Verhinderung der Wahrung der Frist aus § 101b Abs. 2 GWB durch die Beschwerdeführerin liege auch nicht vor, so

das OLG. Auch die von der Beschwerdeführerin gerügten Verstöße gegen EU-Beiihilfenrecht, Kartellrecht, Wettbewerbsrecht und die Grundrechte aus Art. 3 und 12 GG hat der Senat nicht feststellen können.

5. VG Köln: Unterkunft für Flüchtlinge im Gewerbegebiet unzulässig –

BauGB-Novelle ändert Rechtszustand

Das Verwaltungsgericht Köln hat mit zwei Beschlüssen vom 13. November 2014 den Anträgen von Gewerbetreibenden in einem Gewerbegebiet in Köln gegen eine Baugenehmigung für das Aufstellen von Wohncontainern für Flüchtlinge stattgegeben (Az.: 2 L 2039/14; 2 L 2050/14, nicht rechtskräftig). Der Bebauungsplan erlaube die Unterkünfte im Gewerbegebiet nicht, so das Gericht.

Die Stadt Köln beabsichtigt in einem Gewerbegebiet in Köln-Lövenich befristet für zwei Jahre Wohncontainer zur Unterbringung von rund 120 Flüchtlingen und Asylsuchenden aufzustellen. Mit einem vorläufigen Rechtsschutzantrag wandten sich die Antragsteller hiergegen, weil Wohnunterkünfte dem Gebietscharakter eines Gewerbegebietes nicht entsprächen.

Dem folgte das VG im Ergebnis. Zwar leide der Bebauungsplan, der das Gewerbegebiet festsetze, derzeit an einem Verkündungsmangel und sei daher unwirksam. Dieser formelle Fehler lasse sich jedoch ohne weiteres korrigieren. Nach der alsbald zu erwartenden Heilung des Bebauungsplanes sei die genehmigte Unterkunft im Gewerbegebiet nicht zulässig. Auch könne die Unterkunft nicht durch eine Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans zugelassen werden. Einer Befreiung stehe nach Auffassung des VG Köln der generelle Charakter eines Gewerbegebietes, dass nicht dem Wohnen diene, und damit ein

Grundzug der Planung entgegen. Zur Errichtung der vorgesehenen Wohncontainer bedürfe es vielmehr der Änderung des Bebauungsplanes, die nur vom Rat der Stadt Köln beschlossen werden könne.

Anmerkung des DStGB:

Flüchtlingsunterkünfte in Gewerbegebieten künftig als Befreiung zulässig

Die Zulässigkeit von Unterkünften für Flüchtlinge und Asylbewerber richtet sich regelmäßig nach den Vorgaben des jeweiligen Bebauungsplans und der Art der Nutzung (§ 30 BauGB i. V. m. § 1 Abs. 2 BauNVO). Insofern ist zwischen der Unterbringung von Flüchtlingen in Anlagen für soziale Zwecke und in Wohnungen zu unterscheiden:

Flüchtlingsunterkünfte sind oft Gemeinschaftsunterkünfte und können damit unter die Anlagen für soziale Zwecke im Sinne der BauNVO fallen. Diese Anlagen sind baurechtlich in allgemeinen und besonderen Wohngebieten sowie in Dorf-, Misch- und Kerngebieten allgemein zulässig. Ausnahmsweise sind Anlagen für soziale Zwecke auch in reinen Wohngebieten sowie in Gewerbe- und Industriegebieten zulässig. Eine Ausnahme dürfte bei der Unterbringung von Flüchtlingen wegen des öffentlichen Zwecks und der nichtvorhandenen Störung insbesondere in Gewerbegebieten zwar in der Regel gegeben sein. Problematisch ist aber die ungeschriebene Voraussetzung, wonach eine derartige Unterkunft eine Funktion im Zusammenhang mit der Hauptnutzungsart, also dem Gewerbegebiet, erfüllen muss. Dies war zuletzt neben der Entscheidung des VG Köln auch in anderen Entscheidungen aufgrund des reinen Wohn- und Unterbringungscharakters von Flüchtlingsunterkünften von der Rechtsprechung verneint worden. Beispielhaft wird auf die Entscheidung des VGH Baden-Württemberg vom 09.04.2014 verwiesen. In diesem Fall mussten die Bewohner von einem für die

neue Nutzung angepassten und relativ komfortablen Lehrlingswohnheim, das sich in einem Gewerbegebiet befand, ausziehen, um in Container auf einem Parkplatz in einem „baurechtlich passenden Gebiet“ (Mischgebiet) umzusiedeln.

Nach § 246 Abs. 10 BauGB des aktuell beschlossenen und in Kürze in Kraft tretenden Gesetzes über Maßnahmen im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen „kann bis zum 31.12.2019 in Gewerbegebieten (§ 8 BauNVO, auch i. V. m. § 34 Abs. 2 BauGB) für Aufnahmeeinrichtungen, Gemeinschaftsunterkünfte oder sonstige Unterkünfte für Flüchtlinge oder Asylbegehrende von den Festsetzungen des Bebauungsplans befreit werden, wenn an dem Standort Anlagen für soziale Zwecke als Ausnahme zugelassen werden können oder allgemein zulässig sind und die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit öffentlichen Belangen vereinbar ist. § 36 gilt entsprechend“.

Die Befreiungsregelung ermöglicht den Städten und Gemeinden die Unterbringung von Flüchtlingen in Gewerbegebieten. Voraussetzung ist, dass an dem Standort Anlagen für soziale Zwecke als Ausnahme zugelassen werden können oder allgemein zulässig sind. Anders als bei einer Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB ist nach der Neuregelung eine Befreiung auch möglich, wenn die Grundzüge der Planung durch das Vorhaben berührt werden. Zudem muss die Frage, ob Unterkünfte für Flüchtlinge und Asylbegehrende als Anlagen für soziale Zwecke eingestuft werden, nicht mehr entschieden werden. Durch die weiter bestehende Voraussetzung der Vereinbarkeit der Befreiung mit öffentlichen Belangen wird gewährleistet, dass Flüchtlingsunterkünfte nur in Gewerbegebieten auf Standorten zugelassen werden können, an denen Konflikte speziell mit Lärm – oder Geruchsmissionen nicht zu erwarten sind.

Aus der Rechtsprechung

§ 9b Abs. 1 Satz 2 StromStG

Keine Steuerentlastung für mit der Straßenbeleuchtung beauftragte Unternehmen - Nutzer i.S. des § 9b Abs. 1 Satz 2 StromStG

Leitsätze

1. Das im Rahmen eines Straßenbeleuchtungsvertrags mit der Erzeugung von Licht und der Beleuchtung von Straßen und anderen Flächen eines Stadtgebiets beauftragte Unternehmen

ist nicht Nutzer des Lichts i.S. des § 9b Abs. 1 Satz 2 StromStG, so dass ihm hinsichtlich des zur Lichterzeugung verwendeten Stroms keine Steuerentlastung gewährt werden kann.

2. Der von § 9b Abs. 1 Satz 2 StromStG angesprochene Nutzer des Lichts ist derjenige Primärnutzer, auf dessen Veranlassung und nach dessen näheren Vorgaben z.B. Straßen und andere Flächen beleuchtet werden. Dies gilt ungeachtet einer bestehenden Ver-

kehrssicherungspflicht und des rechtlichen Bestands eines Beleuchtungsvertrags.

3. Die der Straßenbeleuchtung in unbestimmter Anzahl ausgesetzten Anlieger und Straßenbenutzer sind lediglich nachrangige Nutzer des Lichts, die nicht als Nutzer i.S. des § 9b Abs. 1 Satz 2 StromStG angesehen werden können.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 24.9.2014, VII R 39/13

Zum Tatbestand:

I. Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist ein Versorgungsunternehmen und ein Unternehmen des Produzierenden Gewerbes, das durch Ausgliederung aus der Stadtwerke X GmbH (GmbH) entstanden ist. Seit 2001 ist sie mit der Durchführung der Beleuchtung der öffentlichen Verkehrsflächen in X beauftragt. Durch einen Kaufvertrag hatte die Stadt X der GmbH das Eigentum an den Straßenbeleuchtungsanlagen übertragen, die aus den Straßenbeleuchtungsmasten bzw. Abspannvorrichtungen, Leuchten, Leuchtmitteln, Elektrizitätsversorgungsanlagen, Schaltschränken, Übergabestellen, Beleuchtungskabeln sowie den Schalt- und Steuergeräten bestehen. Zeitgleich mit diesem Vertrag schlossen die Stadt X und die GmbH einen Straßenbeleuchtungsvertrag ab, mit dem die GmbH mit der Durchführung der Beleuchtung der öffentlichen Verkehrsflächen im Stadtgebiet beauftragt wurde. Nach der Gesamtrechtsnachfolge im Zuge der Ausgliederung oblag der Klägerin als Eigentümerin der Straßenbeleuchtungsanlagen der Betrieb, die Instandhaltung, Planung und Errichtung, Änderung und Erneuerung dieser Anlagen im Stadtgebiet X. Für den Betrieb, die Instandhaltung und die Erneuerung der Straßenbeleuchtungsanlagen erhielt die Klägerin nach dem Straßenbeleuchtungsvertrag eine monatliche Pauschale pro Leuchte. Nach § 10 des Vertrags haftet die Klägerin für alle Schäden, die der Stadt oder Dritten bei der Errichtung, Unterhaltung und dem Betrieb der Straßenbeleuchtungsanlagen nach Maßgabe des Vertrags zugefügt wurden. Ferner hat die Klägerin die Stadt von Ansprüchen Dritter, die darauf beruhen, dass die Klägerin ihre vertraglichen Pflichten, wie z.B. die Beleuchtungsverpflichtung, verletzt, freizustellen.

Dem Antrag der Klägerin auf Entlastung von der Stromsteuer nach § 9b des Stromsteuergesetzes (StromStG) für die im Zeitraum Januar bis März 2011 für betriebliche Zwecke verwendete Strommenge entsprach der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Hauptzollamt --HZA--) nur teilweise. Im Hinblick auf die seit dem 1. Januar 2011 geänderte Gesetzeslage lehnte das HZA die Steuerentlastung für die zur Straßenbeleuchtung eingesetzten Strommengen mit der Begründung ab, der Endnutzer des Lichts sei kein Unternehmen des Produzierenden Gewerbes oder der Land- und Forstwirtschaft, sondern die Stadt X. Einspruch und Klage hatten keinen Erfolg.

Das Finanzgericht (FG) bestätigte mit seinem Urteil die Rechtsauffassung des HZA. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte durch die Gesetzesänderung eine unerwünschte Auslagerung bestimmter energieintensiver Tätigkeiten aus nicht nach § 2 Nr. 3 und 5 StromStG begünstig-

ten Unternehmen auf eigens gegründete und infolge der Auslagerung produzierend tätige Unternehmen verhindert werden. Maßgeblich für die Begünstigung sei die tatsächliche Nutzung bestimmter Nutzenergien von Unternehmen des Produzierenden Gewerbes. Im Streitfall werde das Licht der öffentlichen Straßenbeleuchtung durch die Verkehrsteilnehmer und Anlieger genutzt. Ob eine weitergehende Nutzung durch den Träger der jeweiligen Straßenbaulast gegeben sei, könne dahingestellt bleiben. Die bloße Übernahme der Beleuchtungsverpflichtung führe nicht zu einer tatsächlichen Nutzung des Lichts. Soweit § 9b Abs. 1 Satz 2 StromStG die nachweisliche Nutzung der jeweiligen Nutzenergie durch ein Unternehmen des Produzierenden Gewerbes oder der Land- und Forstwirtschaft verlange, dieser Nachweis aber nicht geführt werden könne, sei dies verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Regelung in § 9b StromStG sei eine Subvention des Produzierenden Gewerbes, die nicht gegen Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) verstoße. Verfassungsrechtlich sei die Auswahl der begünstigten Unternehmen nicht zu beanstanden. Dies gelte auch für die in § 9b Abs. 1 Satz 2 StromStG getroffene Regelung, mit der die Auslagerung energieintensiver Erzeugung von Nutzenergie auf besondere Unternehmen von der steuerlichen Subvention ausgenommen worden sei. Es bestünden keine Bedenken, eine Subvention davon abhängig zu machen, dass der begünstigte Zweck durch ein Unternehmen des Produzierenden Gewerbes nachweisbar sei. Aus der Sonderregelung des § 9b Abs. 1 Satz 3 StromStG, bei der die Gefahr einer Auslagerung der Nutzenergieerzeugung nicht bestehe, folge nichts anderes. Schließlich sei § 17c der Stromsteuer-Durchführungsverordnung (StromStV), der erst zum 30. September 2011 in Kraft getreten sei, nicht auf den Streitfall anwendbar.

Mit ihrer Revision macht die Klägerin eine unzutreffende Auslegung des § 9b Abs. 1 Satz 2 StromStG durch das FG geltend. Dem Wortlaut der Vorschrift lasse sich nicht entnehmen, dass nur derjenige Nutzer sei, der die Nutzenergie "physisch" oder tatsächlich nutze. Unter den Begriff der Nutzung könne jegliche Art der Nutzung fallen. Grundsätzlich könne auch auf einen Betreiber einer Anlage als Nutzer der Energie abgestellt werden, wie dies in der Praxis der Finanzverwaltung bei Schwimmbadbetreibern der Fall sei. Das alleinige Abstellen auf den physischen Nutzer führe zu unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der betrieblichen Nutzung eines Unternehmens und der privaten Nutzung der Kunden und Mitarbeiter. Für den Fall, dass sich der tatsächliche Nutzer nicht ermitteln lasse, müsse auf den wirtschaftlichen Nutzer abgestellt werden. Eine fehlende

Nachweisbarkeit solle grundsätzlich nicht zu Lasten des Erzeugers von Nutzenergie gehen, wie die Regelung für Druckluft belege. Die unterschiedliche Behandlung von Strom zur Erzeugung von Druckluft und von Strom zur Erzeugung von Licht, das zur öffentlichen Straßenbeleuchtung eingesetzt werde, sowie die unterschiedliche Behandlung von Unternehmen, denen der geforderte Nachweis der Nutzenergieverwendung gelinge, und solchen, denen ein Nachweis zu führen unmöglich sei, verstoße gegen den Gleichheitssatz. In Bezug auf Licht sei von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen, so dass auf den Streitfall § 9b Abs. 1 Satz 3 StromStG analog angewandt werden müsse.

Das HZA schließt sich im Wesentlichen der Rechtsauffassung des FG an. § 9b Abs. 1 StromStG könne nicht entnommen werden, dass sich das die Nutzenergie erzeugende Unternehmen in Zweifelsfällen selbst als Nutzer der Energie ansehen dürfe. Die Sonderregelung für die Druckluftherzeugung, die den erschwerten Nachweismöglichkeiten Rechnung trage, könne nicht auf die Lichterzeugung übertragen werden.

Aus den Gründen:

II. Die Revision der Klägerin ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Das Urteil entspricht dem Bundesrecht (§ 118 Abs. 1 FGO). Das FG hat zu Recht entschieden, dass der Klägerin kein Entlastungsanspruch nach § 9b Abs. 1 StromStG für die Entnahme von Strom zur Erzeugung von Licht zusteht, weil das von ihr zur Erfüllung des Straßenbeleuchtungsvertrags erzeugte und zur Straßenbeleuchtung verwendete Licht nicht durch ein Unternehmen des Produzierenden Gewerbes oder ein Unternehmen der Land- und Forstwirtschaft genutzt worden ist.

1. Nach § 9b Abs. 1 Satz 1 StromStG wird einem Unternehmen des Produzierenden Gewerbes auf Antrag eine Steuerentlastung für nachweislich nach § 3 StromStG versteuerten Strom gewährt, wenn dieser Strom für betriebliche Zwecke entnommen worden und nicht nach § 9 Abs. 1 StromStG von der Steuer befreit ist. Für die Entnahme von Strom zur Erzeugung von Licht, Wärme, Kälte, Druckluft und mechanische Energie wird die Entlastung jedoch nur unter der Voraussetzung gewährt, dass diese Erzeugnisse nachweislich durch ein Unternehmen des Produzierenden Gewerbes oder ein Unternehmen der Land- und Forstwirtschaft genutzt worden sind (§ 9b Abs. 1 Satz 2 StromStG). Auf dieses Erfordernis kann nach § 9b Abs. 1 Satz 3 StromStG nur bei der Verwendung von Strom zur Erzeugung von Druckluft verzichtet werden,

sofern diese in Druckflaschen oder anderen Behältern abgegeben wird.

2. Entgegen der Ansicht der Klägerin kann sie nicht selbst als Nutzer des Lichts i.S. des § 9b Abs. 1 Satz 2 StromStG angesehen werden. Denn das von ihr erzeugte Licht hat sie nicht für die Beleuchtung eigener Räumlichkeiten oder Anlagen eingesetzt, sondern es in Erfüllung des Straßenbeleuchtungsvertrags der Stadt X zur Verfügung gestellt, wobei es keiner weiteren Ausführungen bedarf, dass die Stadt X nicht als Unternehmen des Produzierenden Gewerbes oder der Land- und Forstwirtschaft angesehen werden kann. Nach den Feststellungen des FG, gegen die keine Verfahrensrügen erhoben worden sind und an die der erkennende Senat nach § 118 Abs. 2 FGO gebunden ist, verwendet die Klägerin den Strom, für den sie eine Entlastung von der Stromsteuer begehrt, für die öffentliche Straßenbeleuchtung, zu der sie nach dem mit der Stadt X bestehenden Straßenbeleuchtungsvertrag verpflichtet ist. Durch den Betrieb der in ihrem Eigentum stehenden Straßenleuchten werden bestimmte Flächen, nämlich das städtische Straßennetz, das nicht in ihrem Eigentum steht, beleuchtet. Daher werden die Beleuchtungsanlagen nicht mit der Zielsetzung betrieben, Räumlichkeiten oder Anlagen der Klägerin zu beleuchten. Sofern dies geschehen sollte, handelt es sich lediglich um einen Nebeneffekt der gegenüber der Stadt X zu erbringenden Dienstleistung. Nutzer des Lichts ist nicht die Klägerin, sondern die Stadt X, der die Straßenbaulast und die Verkehrssicherungspflicht obliegen (§§ 9 und 9a des Straßen- und Wegegesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen sowie §§ 3 und 5 des Bundesfernstraßengesetzes) und die ohne die Beauftragung der Klägerin die Nutzenergie in eigenen Anlagen selbst erzeugen müsste. Im Rahmen des Beleuchtungsvertrags stellt die Klägerin der Stadt X nach näherer Anweisung Nutzenergie zur Verfügung, die diese insbesondere zur Aufrechterhaltung des Straßenverkehrs und zur Gewährleistung der Sicherheit der Verkehrsteilnehmer und Anlieger während der Dunkelheit benötigt und hierzu auch nutzt. Damit wird sie in die Lage versetzt, die ihr unbeschadet des mit der Klägerin geschlossenen Vertrags nach den gesetzlichen Bestimmungen obliegenden öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungs- und Beleuchtungspflichten zu erfüllen. In § 1 Abs. 2 des Beleuchtungsvertrags wird auf die nach wie vor bestehende Pflichtstellung der Stadt X ausdrücklich hingewiesen.

Die Straßenbenutzer und die Anlieger können allenfalls als nachrangige Nutzer des von der Klägerin erzeugten Lichts angesehen werden, denn sie sind in unbestimmter Anzahl und nicht individuali-

sierbar lediglich der Beleuchtung ausgesetzt, ohne diese gezielt für eigene Zwecke zu nutzen. Primärnutzer des Lichts ist die Stadt X.

Auf die Eigenschaft der Stadt X als originärer Nutzer des von der Klägerin erzeugten Lichts weist auch die in § 3 des Beleuchtungsvertrags erwähnte Planungshoheit für die Neuerrichtung von Straßenbeleuchtungsanlagen hin. Danach obliegt es der Stadt X, hierfür die Grundkonzeption zu erstellen. Lediglich im Rahmen der von der Stadt X vorzulegenden Bebauungs- bzw. Ausbaupläne wirkt die Klägerin an der Planung, Projektierung und Kalkulierung der technischen Umsetzung zur Errichtung der Straßenbeleuchtungsanlagen mit. Aufgrund des von der Klägerin vorgefundenen und übernommenen Altbestands an Straßenleuchten und nach den für den Fall ihrer Neuerrichtung getroffenen vertraglichen Regelungen ist davon auszugehen, dass nicht die Klägerin, sondern die Stadt X darüber bestimmt, welche Straßen zu beleuchten sind und wie das von der Klägerin erzeugte Licht im konkreten Fall einzusetzen ist. Daraus wird deutlich, dass die Stadt X die eigentliche Verfügungsmacht über die Nutzenergie besitzt und infolgedessen das Licht auch tatsächlich nutzt.

Letztlich kommt es aber nicht darauf an, ob die Stadt X aufgrund ihrer Verkehrssicherungs- und Beleuchtungspflichten tatsächlich zur Beleuchtung sämtlicher Straßen verpflichtet ist, für welche die Klägerin eine Stromsteuerentlastung nach § 9b Abs. 1 Satz 2 StromStG beantragt hat, und ob bzw. inwieweit und auf welcher Grundlage diese Pflichten von der Klägerin übernommen worden sind. Maßgeblich ist allein, dass die allgemeine Beleuchtung der Straßen und Flächen des Stadtgebiets in der originären Zuständigkeit der Stadt X liegt, die dadurch zum Primärnutzer des Lichts wird.

3. Eine Auslegung des § 9b Abs. 1 Satz 2 StromStG, nach der die Klägerin das von ihr zur Erfüllung des Beleuchtungsvertrags erzeugte Licht nicht selbst nutzt, entspricht der gesetzgeberischen Intention, die Fälle des sog. "Schein-contractings" einzuschränken und eine missbräuchliche Inanspruchnahme von Steuervorteilen zu verhindern. Ausweislich der Gesetzesbegründung trägt die Regelung dem Umstand Rechnung, dass die Begünstigung der Unternehmen des Produzierenden Gewerbes und der Land- und Forstwirtschaft für nicht begünstigte Unternehmen anderer Wirtschaftszweige einen Anreiz schaffen hat, insbesondere die energieintensive Erzeugung von Kälte, Wärme, Licht, Druckluft und mechanische Energie auf begünstigte Unternehmen auszulagern. Um die faktische Inanspruchnahme der Steuerentlastung durch

nicht begünstigte Unternehmen weitgehend auszuschließen, wurde die Regelung getroffen, dass u.a. der Verbrauch von Strom für diese Zwecke nur begünstigt ist, soweit die genannten Erzeugnisse auch durch ein Unternehmen des Produzierenden Gewerbes oder ein Unternehmen der Land- und Forstwirtschaft tatsächlich genutzt werden (BTDrucks 17/3030, S. 45). Als Beispiel für die Erzeugung mechanischer Energie hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich den Betrieb von Rolltreppen in Kaufhäusern angeführt und damit zum Ausdruck gebracht, dass in Fällen des "Schein-Contractings" (vgl. Wundrack in Bongartz/Jatzke/Schröer-Schallenberg, EnergieStG, StromStG, § 9b StromStG Rz 51 f.) eine Stromsteuerentlastung in Bezug auf Nutzenergie, deren Einsatz einem Handel treibenden Unternehmen zugutekommt, nicht mehr gewährt werden soll. Dieses Beispiel lässt sich auch auf den Betrieb von Kühlanlagen und Beleuchtungseinrichtungen in Kaufhäusern übertragen. Die durch die Gesetzesmaterialien belegte Zielsetzung der Vorschrift schließt es aus, den Begriff des Nutzers der Energie dahingehend zu deuten, dass als solcher auch derjenige angesehen werden kann, der die Nutzenergie im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung erzeugt, ohne sie unmittelbar selbst --etwa zur Beleuchtung eigener Anlagen oder in einem Produktionsprozess-- einzusetzen. Somit ist die in § 9b Abs. 1 Satz 2 StromStG normierte Voraussetzung, dass das Licht durch ein Unternehmen des Produzierenden Gewerbes genutzt wird, im Streitfall nicht erfüllt, so dass die Klägerin keinen Anspruch auf die von ihr begehrte Steuerentlastung hat.

4. Entgegen der Ansicht der Klägerin besteht hinsichtlich der Nutzung von Licht keine planwidrige Regelungslücke, die durch eine analoge Anwendung der in § 9b Abs. 1 Satz 3 StromStG für Druckluft getroffenen Regelung geschlossen werden müsste. Sofern Druckluft durch den Erzeuger dieser Form von Nutzenergie nicht in Behältern, sondern leitungsgebunden zur Verfügung gestellt wird, bestehen in Bezug auf die Nachweispflichten des Erzeugers von Druckluft und Licht keine Unterschiede. Lediglich für den Sonderfall, dass die Nutzenergie in Druckflaschen oder anderen Behältern gespeichert und abgegeben wird, hat der Gesetzgeber aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung von einem Nachweis der in § 9b Abs. 1 Satz 2 StromStG normierten Voraussetzungen abgesehen. Bei Nutzenergie in Form von Licht stellt sich dagegen die Frage nicht, wie mit der Abgabe dieses durch Strom gewonnenen Erzeugnisses für den Fall der Speicherung und des ungewissen Verkaufsverfahrens werden soll.

5. Da das Tatbestandsmerkmal der Nutzung des Lichts durch ein Unternehmen des Produzierenden Gewerbes oder ein Unternehmen der Land- und Forstwirtschaft nicht erfüllt ist, kommt es im Streit-

fall nicht darauf an, ob der Klägerin der Nachweis einer entsprechenden Verwendung des Lichts gelingen könnte oder von vornherein unmöglich wäre, so dass unter Berücksichtigung der Nachweisführung

bei anderen Nutzenergieformen ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Betracht käme.

Aus dem Landesverband

Infothek

Kommunalrichtlinie 2015/2016 zur Förderung von Klimaschutzprojekten

Die Bundesregierung hat die Kommunalrichtlinie 2015/2016 zur Förderung von Klimaschutzprojekten veröffentlicht. Förderanträge der Städte und Gemeinden im Rahmen der „Richtlinie zur Förderung von Klimaschutzprojekten in sozialen-, kulturellen und öffentlichen Einrichtungen im Rahmen der nationalen Klimaschutzinitiative“ können vom 01.01.2015 bis 31.03.2015 gestellt werden.

Zwischen 2008 und 2013 wurden insgesamt mehr als 6.000 Projekte in fast 3.000 Kommunen gefördert. Neu ist unter anderem die verlängerte Geltungsdauer von zwei Jahren, die den Städten und Gemeinden vor allem mehr Planungssicherheit ermöglicht. Die Kommunalrichtlinie

eröffnet den Kommunen Zugang zu einer Vielzahl von Instrumenten für den kommunalen Klimaschutz von der Einstiegsberatung bis zu umfassenden Klimaschutzkonzepten. Kommunale Unternehmen haben 2015 erstmalig die Möglichkeit, Klimaschutzteilkonzepte für die Bereiche Green-IT, Erneuerbare Energien und integrierte Wärmenutzung erstellen zu lassen. Auch für die Umsetzung von Energiesparmodellen an Schulen und Kindertagesstätten gibt es Zuschüsse. Außerdem bietet die Kommunalrichtlinie auch finanzielle Unterstützung für investive Maßnahmen, wie z.B. für den Einbau von hocheffizienter LED-Beleuchtungs-, Steuer- und Regelungstechnik oder für den Austausch von Lüftungsanlagen. Im Bereich der nachhaltigen Mobilität werden die Verbesse-

rung des Alltagsradverkehrs, sowie die Verknüpfung umweltfreundlicher Mobilitätsformen weiterhin im Fokus der Förderung stehen.

Das Service- und Kompetenzzentrum: Kommunaler Klimaschutz beim Deutschen Institut für Urbanistik (Difu) ist Ansprechpartner für alle Fragen rund um die Fördermöglichkeiten. Kontakt:

www.difu.de/

www.klimaschutz.de/kommunen

Termine:

26.2.2015: Fortbildungsveranstaltung von SHGT und Landesverband der Lohnunternehmer zur Knickpflege

19.3.2015: Kommunaltag Schleswig-Holstein auf der CeBIT, Hannover

28.3.2015: Landesweite Aktion „Unser sauberes Schleswig-Holstein“

SHGT-Landesvorstand tagte im Oktober

Zu einer weiteren Sitzung traf sich der Landesvorstand des Gemeindetages am 07.10.2014. Diese Sitzung diente vor allem der Vorbereitung der Delegiertenversammlung des SHGT am 31.10.2014. Außerdem beriet der Landesvorstand über den aktuellen Sachstand der Reform des kommunalen Finanzausgleichs. Weiterer Themenschwerpunkt war die Aufnahme von Asylbewerbern und Flüchtlingen. Die Mitglieder des Landesvorstandes berichteten über die unterschiedlichen Erfahrungen in den Kreisen. In manchen Kreisen fühlten sich die Gemeinden sehr gut unterstützt, in anderen weitgehend alleingelassen. Der Landesvorstand fasste in der Sitzung auf Grundlage eines Beschlussvorschlages des Schul-, Sozial- und Kulturausschusses des Gemeindetages folgenden Beschluss:

1. Die Kommunen fordern eine stärkere politische Anerkennung durch das Land für ihre Leistungen bei der Aufnahme und Integration von Flüchtlingen.
2. Die Kommunen brauchen Beratung für ihre Verwaltungen und die ehrenamtlich tätigen Unterstützer von Flüchtlingen und wünschen sich daher eine Beratungsstruktur durch das Land.
3. Bei der Verteilung der Flüchtlinge auf die Gemeinden müssen längere Vorlaufzeiten erreicht werden. Dafür müssen die Kapazitäten des zentralen Aufnahmelagers in Neumünster und ggf. der zentralen Aufnahmeeinrichtungen der Kreise durch das Land angepasst werden.
4. Um ihre spätere Integration in den Gemeinden und Ämtern zu erleichtern,

sollte das Land den Flüchtlingen unabhängig von ihrem aktuellen Antragsstatus so früh wie möglich Deutschkurse sowie Informationen über Rechte und Pflichten, das Schulsystem etc. anbieten. Auch dafür können längere Aufenthalte in der Aufnahmeeinrichtung genutzt werden.

5. Anstelle von Darlehen benötigen die Kommunen ein Investitionsprogramm mit echten Zuschüssen für die Schaffung von Wohnraum für Asylsuchende.
6. Das Land muss bei der Angemessenheit der Wohnkostenerstattung noch mehr Flexibilität zeigen, damit die Kommunen nicht auf ihren Kosten sitzen bleiben.
7. Das Land muss den Kommunen vor Ort für die Betreuung von Flüchtlingen eine eigene Pauschale zuweisen.

Jörg Bülow

Offizielle Feuerwehr-Hymne“ gesucht

Bisher gibt es kein offizielles Lied für die Feuerwehr. Das soll sich ändern! Im Vorfeld der Interschutz suchen das Feuerwehr-Magazin und der MM-Musik-Media-Verlag aus Köln gemeinsam nach der „Offiziellen Feuerwehr-Hymne“. Als Preisgeld sind 5.000 Euro ausgeschrieben.

Lieder über die Feuerwehr gibt es viele. Meist handelt es sich dabei aber um Kinderlieder, in denen das richtige Absetzen des Notrufes und das Vorgehen bei Einsätzen beschrieben werden. Und auch einige staatstragende Werke existieren, oder Kompositionen mit pathetisch-schwülstigen Texten. Bisher hat es kein Lied, kein Song oder Stück geschafft, die Feuerwehr-Masse langfristig zu begeistern. Gemeinsam mit den Zeitschriften Gitarre & Bass, Keyboards, Sound & Recording, Sticks und dem Musiker-Portal musikmachen.de des MM-Musik-Media-Verlags sucht das Feuerwehr-Magazin deshalb nach einem Feuerwehrlied mit Kultpotential: sozusagen der „Offiziellen Feuerwehr-Hymne“. Aus diesem Grund trägt der Wettbewerb auch diesen Namen. Das Lied sollte die Arbeit der Feuerwehren beschreiben und vielleicht sogar würdigen. Inhaltliche Vorgaben gibt es kaum. Ob in Deutsch, Englisch oder einer anderen Sprache gesungen wird, ist egal. Chor, Sänger, Sängerin oder Band –

Hauptsache es klingt gut. Die Musikrichtung spielt keine Rolle. Und auch, ob und welche Instrumente eingesetzt werden, müssen einzig die Komponisten entscheiden. Die Stücke müssen nicht einmal neu komponiert werden. Auch bereits existierende eigene Werke dürfen eingereicht werden.

Drei Dinge gilt es aber doch zu beachten:

- 1.) Ein Stück darf maximal 3:00 Minuten lang sein. „Wenn es ein oder zwei Sekunden mehr sind, geht das auch“, erklärt Jan-Erik Hegemann, Chefredakteur des Feuerwehr-Magazins und Initiator des Wettbewerbs.
- 2.) Die Teilnehmer müssen sich mit den Wettbewerbsbedingungen einverstanden erklären.
- 3.) Der Beitrag muss bis zum 31. Januar 2015 beim Feuerwehr-Magazin eingereicht werden.

Die Stücke können entweder auf einem Datenträger (CDROM, DVD, Stick) an die Redaktion Feuerwehr-Magazin, Stichwort „Offizielle Feuerwehr-Hymne“, Kurt-SchumacherAllee 2, 28329 Bremen geschickt werden. Alternativ kann auch an redaktion@feuerwehrmagazin.de eine Mail mit dem Song/Musikstück als Dateianhang (maximal 20 MB) geschickt werden. Jeder Teilnehmer erhält eine Eingangsbestäti-

gung. Aus allen Einsendungen wählt eine Jury im Februar die 16 besten Stücke aus. Diese Stücke treten dann im Internet gegeneinander an: Jeden Tag zwei. Auf feuerwehrmagazin.de und musikmachen.de können die User dann abstimmen, welches Lied eine Runde weiter kommt. Aus 16 Wettbewerbsbeiträgen werden also acht, dann vier, dann zwei. Die Verlierer der beiden Halbfinals treten dann im kleinen Finale um Platz 3 gegeneinander an. Das Finale zwischen den beiden beliebtesten Titeln soll Ende März stattfinden. Der Gewinner des Wettbewerbs erhält ein Preisgeld in Höhe von 2.500 Euro. Der zweite Platz ist mit 1.250 Euro dotiert. Für den dritten Platz gibt es 750 Euro, für den vierten Platz 500 Euro. Geplant ist, alle 16 Finalisten auf einer CD zusammenzufassen. Der Verkaufstart wird auf der Interschutz Anfang Juni 2015 in Hannover sein. Von jeder verkauften CD wird ein Euro an Paulinchen e.V., die Initiative für brandverletzte Kinder, gespendet.

Ganz wichtig für die Komponisten der Feuerwehr-Stücke: Die Urheberrechte bleiben bei den Künstlern. Mit der Teilnahme am Wettbewerb wird lediglich der Ausspielung zur Siegerermittlung und der Veröffentlichung auf dem Sampler zugestimmt. Vom Verkaufspreis erhalten die Künstler übrigens den üblichen Anteil. Nähere Einzelheiten finden sich in den Wettbewerbsbedingungen auf www.feuerwehrmagazin.de.

Personalnachrichten

Freiherr-vom-Stein-Verdienstnadel verliehen

Innenminister Stefan Studt:

Demokratie braucht Bürger, die nicht nur zur Wahl gehen, sondern auch zur Tat schreiten

Innenminister Stefan Studt hat 28 Frauen und Männer für ihr langjähriges ehrenamtliches Engagement in der Kommunalpolitik mit der Freiherr-vom-Stein-Verdienstnadel ausgezeichnet. „Demokratie braucht Bürgerinnen und Bürger, die nicht nur zur Wahl gehen, sondern auch zur Tat schreiten“, sagte Studt auf der Festveranstaltung am 19. November 2014 in Bündelsdorf (Kreis Rendsburg-Eckernförde). Er sei stolz darauf, dass in Schleswig-Holstein nach wie vor viele Menschen bereit seien, in der Kommunalpolitik maß-

geblich die Lebensbedingungen vor Ort zu gestalten.

Eine lebendige Demokratie sei keine Selbstverständlichkeit. Sie erfordere Menschen, die sich mit Verantwortungsbewusstsein, großem Idealismus und viel Engagement in die Angelegenheiten ihrer Gemeinde, ihres Kreises oder ihres Landes einmischen. „Eine aktive Bürgergesellschaft ist ein unverzichtbarer Grundstein für die Stabilität unseres Staates“, sagte der Minister. Von der Kommunalpolitik gingen häufig wichtige Impulse für die die Entwicklung des ganzen Landes aus.

Aus aktuellem Anlass dankte Studt den Kommunalpolitikern in den Kreisen, Städten und Gemeinden für ihr Engagement bei der Unterbringung und Betreu-

ung von Flüchtlingen. „Es ist bewundernswert, wie sich Frauen und Männer im kommunalen Haupt- und Ehrenamt um die Menschen kümmern“, sagte Studt. Die Bereitstellung von Unterkünften sei eine der derzeit größten sozialpolitischen und humanitären Herausforderungen, vor denen das Land und die Kommunen stünden.

„Die Landesregierung wird die Kommunen mit dieser Aufgabe nicht allein lassen“, sagte der Minister. Mit den kommunalen Landesverbänden und in einer interministeriellen Arbeitsgruppe werde eine gemeinsame Strategie zur Zuwanderung und Integration abgestimmt. Alle Initiativen und Maßnahmen hätten das Ziel, den Menschen in Not eine sichere Zuflucht und einen guten Start in ein Le-

ben ohne Ängste zu schaffen. Und wörtlich fügte Studt hinzu: „Wir werden dieses Ziel nur erreichen, wenn wir die Menschen in unseren Städten und Gemeinden auf diesem Weg der Offenheit gegenüber den Flüchtlingen mitnehmen. Seien wir uns immer bewusst: Aus Flüchtlingen werden Mitbürger. Die Flüchtlinge von gestern sind die Schleswig-Holsteiner von heute.“ Die Freiherr-vom-Stein-Gedenkmedaille wurde anlässlich des 200. Geburtstages des Reichsfreiherrn Heinrich Friedrich Karl vom und zum Stein am 26. Oktober 1957 gestiftet. Der Minister für Inneres und Bundesangelegenheiten des Landes Schleswig-Holstein verleiht sie alljährlich in einer Feierstunde. Seit 2009 gibt es statt der Medaille die Freiherr-vom-Stein-Verdienstnadel. Mit der Auszeichnung werden Frauen und Männer gewürdigt, die sich durch ihre ehrenamtliche Tätigkeit besondere Verdienste um die kommunale Selbstverwaltung erworben haben. Es sollen damit langjähriges Engagement und die Wahrnehmung herausragender Funktionen anerkannt werden. Vorschlagsberechtigt sind die Kreise, die kreisfreien Städte und die Städte über 20 000 Einwohnerinnen und Einwohner. Aus diesen Vorschlägen wird alljährlich eine begrenzte Anzahl von Persönlichkeiten für die Verleihung ausgewählt.

In diesem Jahr wurden folgende Damen und Herren ausgezeichnet:

Jürgen Bachmann, Westerholz
Regine Balzer, Friedrichstadt
Horst Bauer, Husum

Ute Borwieck-Dethlefs, Heide
Helmut Brüggemann, Rümpel
Detlef Buder, Büsum
Manfred Christiansen, Sören
Manfred Fürstenberg, Groß Boden
Andreas Detlef Heinsen, Humptrup

Annegret Mißfeldt, Bad Bramstedt
Ingo Nötges, Neumünster
Karl-Heinz Piper, Schönberg
Hans-Alfred Plötner, Schönwalde a. B.
Clemens Preine, Brokstedt
Norbert Schildbach, Hohenwestedt



Foto: Hans Korth

Jens Heinze, Mönkeberg
Helmut Jahnke, Halstenbek
Burkhard Jürß, Ahrensböök
Ove Becker Ketels, Osterhever
Hans-Jürgen Köhncke, Badendorf
Peter Lengfeld, Travenbrück
Martin Leonhardt, Dersau

Horst Schramm, Seedorf, OT Berlin
Eckhard Schröder, Schaalby/Moldenit
Ulrich Schulz, Leezen
Klaus Seyfert, Pinneberg
Heike Topp, Blumenthal
Harry Unger, Westerhorn

Buchbesprechung

Baugesetzbuch

Dr. Peter Runkel, Roxana Heinrich
ISBN: 978-3-8462-0084-1
12., aktualisierte und überarbeitete
Auflage 2013, 695 Seiten, 13,0 x 19,0 cm
Buch (Softcover), € 19,80 inkl. MwSt

Die Textausgabe enthält alle wichtigen Gesetze und Verordnungen zu Städtebau und Raumordnung sowie fachplanungsrechtliche Regelungen in aktueller Fassung.

Die in zwei Stufen erfolgende BauGB-Novelle 2011/2013 macht eine Neuauflage der bewährten Textausgabe notwendig. Mit der BauGB-Klimaschutznovelle ist die erste Stufe bereits 2011 vollzogen worden. Die zweite Stufe mit gesetzgeberischen Maßnahmen zur Stärkung der Innenentwicklung der Städte sowie Neu-

regelungen der Baunutzungsverordnung und im sonstigen Städtebaurecht folgte im 1. Halbjahr 2013.

Eine kompetente Einführung mit besonderen Hinweisen zu den nach der Voraufgabe erfolgten Rechtsänderungen von BauGB und BauNVO sowie ein umfassendes Sachregister runden diese Textsammlung ab.

Aus dem Inhalt

- Baugesetzbuch (BauGB)
- Baunutzungsverordnung (BauNVO)
- Planzeichenverordnung (PlanZV)
- Immobilienwertermittlungsverordnung (ImmoWertV)
- Raumordnungsgesetz (ROG)
- Raumordnungsverordnung (RoV)
- Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG)
- Bundeskleingartengesetz (BKleingG)

- Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)
- Wasserhaushaltsgesetz (WGH)
- Fachplanungsrechtlichen Regelungen
- Verwaltungsgerichtlichen Regelungen
- Berücksichtigt alle Änderungen bis Juli 2013

Vorteile

- Das BauGB und alle abgedruckten baurechtlichen Vorschriften auf aktuellem Rechtsstand
- Kompetente Einführung in die aktuelle Rechtslage mit Hinweisen zu relevanten Rechtsänderungen seit Juli 2010, insbesondere von BauGB und BauNVO
- Umfangreiches Sachverzeichnis zum schnellen Auffinden der benötigten Norm