

Potsdam, 30. Dez. 1994

Gesch.Z.: III/5-1000
(Bei Antwort bitte angeben)

Bearbeiter: Herr Seeberg

Hausanschluss: 2351

Runderlass III Nr. 61/1994

Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen und die Beteiligung Privater nach den Regelungen der Kommunalverfassung Brandenburg vom 15. Oktober 1993

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung

I. Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen und ihre Grenzen

I.1 Die wirtschaftliche Betätigung

I.1.1 Definition der wirtschaftlichen Betätigung (§ 100 Abs. 1 GO)

I.1.2 Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung (§ 100 Abs. 2 GO)

I.1.2.1 Erledigung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft

I.1.2.2 Der öffentliche Zweck

I.1.2.3 Angemessenheit der wirtschaftlichen Betätigung im Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf

I.1.3 Formen der wirtschaftlichen Betätigung

I.1.3.1 Regiebetrieb

I.1.3.2 Eigenbetrieb (§ 101 Abs. 3 Nr. 1 GO)

I.1.3.3 Eigengesellschaft (§ 101 Abs. 3 Nr. 2 GO)

I.1.3.3.1 Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) (Anlage 1)

I.1.3.3.2 Aktiengesellschaft (Anlage 2)

I.1.3.4 Beteiligung an Gesellschaften (§ 101 Abs. 3 Nr. 3 GO)

I.2 **Grenzen der eigenen wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen**

I.2.1 Abwägungsgebot gem. § 100 (3) GO (Privatisierungsklausel)

I.2.1.1 Einholung von Angeboten und Vergleichsberechnungen - Markterkundungsverfahren

I.2.1.2 Öffentliches Interesse

I.2.2 Voraussetzungen für eine Unternehmungsgründung nach § 101 (4) GO

I.2.2.1 Veröffentlichung

I.2.2.2 Vorlage privater Angebote

I.2.2.3 Anwendung der Grundsätze nach § 100 (3) GO

I.2.3 Voraussetzungen für eine Unternehmungsgründung nach § 102 GO

I.2.3.1 Sicherstellung der Aufgabenerfüllung

I.2.3.2 Angemessener Einfluss der Gemeinde

I.2.3.3 Haftungsbegrenzung

I.2.4 Wirtschaftsgrundsätze nach § 107 GO

II. Formen der Beteiligung Privater unter Berücksichtigung steuerrechtlicher Aspekte

Vorbemerkung

- II.1 Leasing (Anlage 3)
- II.2 Übertragung des Betriebes - Betreibermodell/Kooperationsmodell (Anlage 4)
- II.3 Dienstleistungsvertrag (Anlage 5)

Vorbemerkung

Mit In-Kraft-Treten der neuen Kommunalverfassung (KV) des Landes Brandenburg vom 15. Oktober 1993 am 05. Dezember 1993 (GVBl. I S. 398) zuletzt geändert durch das Erste Gesetz zur Funktionalreform im Land Brandenburg (Erstes Funktionalreformgesetz - 1. BbgFRG vom 30. 06. 1994 - GVBl. I S. 230) sind neue Grundsätze über die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen sowie der Beteiligung Dritter normiert worden. Geregelt ist der Bereich der wirtschaftlichen Betätigung im dritten Abschnitt der Gemeindeordnung Brandenburg (GO - Art. 1 der KV) in den §§ 100 bis 110.

Durch die Überleitklauseln in § 63 Abs. 1 der Landkreisordnung, § 16 der Amtsordnung und §§ 8 bis 18 des Gesetzes über die kommunale Gemeinschaftsarbeit (GKG) finden diese Bestimmungen auch Anwendung bei den sonstigen, dem kommunalen Bereich zuzuordnenden öffentlich-rechtlichen Körperschaften.

Sinn und Zweck dieses Erlasses ist es, diese Grundsätze zu erläutern und sie in einen Gesamtzusammenhang zu stellen.

Zu der eher praktischen Frage, wie ein Antrag auf Genehmigung einer Unternehmensgründung usw. nach § 110 GO zu stellen ist, welche Unterlagen beizufügen und welche Kriterien entscheidungserheblich hierbei sind, werde ich in den nächsten Wochen in einem weiteren Erlass Hinweise geben.

I. Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen und ihre Grenzen

I.1 Die wirtschaftliche Betätigung

I.1.1 Definition der wirtschaftlichen Betätigung

Die Grundsätze für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden wie auch der Beteiligung Dritter sind festgelegt in § 100 GO. Dieser unterscheidet sich von den entsprechenden Regelungen in der ehemaligen Kommunalverfassung der DDR vom 17. Mai 1990 wie auch von den meisten Gemeindeordnungen in den Altbundesländern in einigen wesentlichen Punkten.

Die bisher üblichen Formulierungen über die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen fußten weitgehend auf den grundsätzlichen Regelungen des § 67 der Deutschen Gemeindeordnung (DGO) von 1935. Danach wurde auf eine Positiv-Definition des Begriffes “wirtschaftliche Betätigung” verzichtet und lediglich umschreibend und abgrenzend festgestellt, dass die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen errichten oder wesentlich erweitern durfte, wenn

- a) der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigte,
- b) das Unternehmen durch Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stand,
- c) der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wurde oder erfüllt werden konnte.

Demgegenüber enthält § 100 GO eine Legaldefinition des Begriffes “wirtschaftliche Betätigung”.

“Wirtschaftliche Betätigung im Sinne dieses Gesetzes ist das Herstellen, Anbieten oder Verteilen von Gütern, Dienstleistungen oder vergleichbaren Leistungen, die ihrer Art nach auch mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnten.”

Diese Formulierung entspricht weitgehend der bisherigen ökonomischen Begriffsbestimmung für die wirtschaftliche Betätigung in Anlehnung an den Begriff der Wertschöpfung.

Bewusst nicht mehr ausgeschlossen ist damit auch die reine Eigenbedarfsdeckung (z. B. der Betrieb einer hauseigenen Kopierstelle oder Druckerei), so wie dieses in der Vergangenheit weitestgehend der Fall war.

Wichtig bei der neuenthaltene Definition des Begriffes der wirtschaftlichen Betätigung ist die Aussage, dass diese immer schon vorliegt, wenn das Herstellen, Anbieten oder Verteilen von Gütern, Dienstleistungen oder vergleichbaren Leistungen ihrer Art nach auch mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte.

Das heißt, nach dieser sehr weit gefaßten Positiv-Definition ist jede Tätigkeit, die vorstellbar von Privaten zur Erzielung eines Gewinnes ausgeübt werden könnte, wirtschaftliche Betätigung.

Somit ist dieses auch möglich bzw. in vielen Fällen auch bereits alltägliche Wirklichkeit bei Einrichtungen wie z. B.

- der Bildung (z. B. private Weiterbildungs- und Qualifizierungseinrichtungen),
- der Gesundheit (z. B. private Kliniken, Sanatorien usw.),
- der Kultur (z. B. Privattheater, Musicalbühnen usw.),
- des Sports (z. B. private Sportschulen, Fitneßcenter usw.).

Diese Einrichtungen wurden bisher bzw. werden noch in vielen Kommunalverfassungen dem nicht-wirtschaftlichem Bereich zugeordnet.

Auch hoheitliche Aufgaben, die den Kommunen als pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben gesetzlich übertragen worden sind, wie z. B. der gesamte Abwasser- und Abfallbereich, der bisher ebenfalls dem nicht-wirtschaftlichen Bereich zugeordnet wurde, sind nach dieser Begriffsbestimmung der wirtschaftlichen Tätigkeit zuzuordnen und unterliegen demnach allen weiteren Regelungen über die Möglichkeiten und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen.

Nachrichtlich soll bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass auch in der neuen Gemeindeordnung (siehe § 101 Abs. 2 GO) dieser - ehemals nicht-wirtschaftlich genannte - Bereich separat Erwähnung findet als Raum für die Gründung von Unternehmen. Daraus darf jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass es sich hierbei um grundsätzlich nicht-wirtschaftliche Einrichtungen handelt.

I.1.2 Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung

Die grundlegenden Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden sind in § 100 Abs. 2 GO genannt.

Im einzelnen sind dies:

I.1.2.1 Erledigung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft

Diese Voraussetzung, die in vielen Gemeindeordnungen wie auch in § 67 DGO nicht enthalten ist, soll zum einen eingrenzen, dass es sich nur um Aufgaben handeln darf, die nach grundgesetzlichem Verständnis den Kommunen obliegen oder ihnen durch Gesetz übertragen worden sind.

Weiterhin ist jedoch auch der Hinweis auf die “**örtliche** Gemeinschaft” bedeutungsvoll, wird hiermit doch zum Ausdruck gebracht, dass die wirtschaftliche Betätigung außerhalb der örtlichen Zuständigkeit einer Kommune, also ihrem Hoheitsgebiet, grundsätzlich ausgeschlossen ist.

Dieses sog. Regionalprinzip soll u. a. verhindern, dass kommunale Gesellschaften zur Erhöhung der eigenen Kapazitätsauslastung auch in gemeindefremden Gebieten tätig werden.

Kein Verstoß gegen das Regionalprinzip liegt vor, wenn durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung gemäß § 23 des Gesetzes über die kommunale Gemeinschaftsarbeit im Land Brandenburg (GKG) geregelt wird, dass eine Kommune einzelne Aufgaben anderer Kommunen in ihre Zuständigkeit übernimmt oder sich verpflichtet, solche Aufgaben für die übrigen Kommunen durchzuführen.

Hiervon unbeschadet bleibt die Zuständigkeit der Landkreise gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 LKrO für solche Aufgaben, die die Leistungsfähigkeit der kreisangehörigen Gemeinden und Ämter übersteigen und damit in den überörtlichen Wirkungskreis, also in den Bereich der originären kreislichen Selbstverwaltung hineinwachsen.

I.1.2.2 Der öffentliche Zweck

Ein öffentlicher Zweck liegt immer dann vor, wenn die Leistungen und Lieferungen eines Unternehmens im Aufgabenbereich der Gemeinde liegen und eine im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohner zum Ziele haben. Allein die Absicht der Gewinnerzielung begründet keinen öffentlichen Zweck und reicht daher als Voraussetzung für eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde nicht aus.

Für das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks ist von Bedeutung, ob ein ausreichender Bedarf an den zu erwartenden Leistungen und Lieferungen schon besteht, zumindestens aber in absehbarer Zeit zu erwarten ist.

Vor allen Dingen ist darauf zu achten, dass der öffentliche Zweck hinreichend deutlich festgeschrieben und erläutert wird, und zwar sowohl bei der Entscheidung der Gemeindevertretung als auch in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag, soweit eine Gesellschaft gegründet werden sollte.

So wäre es z. B. mit dem Grundsatz, dass die Gemeinde die Aufgaben durch ihre Organe selbst vorbereitet, entscheidet und ausführt, nicht vereinbar, wenn einer Gesellschaft global die Aufgabe zugewiesen wird, alle Infrastrukturmaßnahmen in der Gemeinde oder sämtliche Bauplanung vorzubereiten und zu realisieren. In diesem Fall hätte die Gemeindevertretung keinen Einfluss mehr darauf, welche einzelnen Maßnahmen ausgeführt werden sollen.

Da die Gemeinde bei Gründung eines eigenen Unternehmens oder bei der Beauftragung eines Dritten zur Aufgabenerledigung ihre direkte und umfassende Entscheidungskompetenz zum Teil verliert, ist diese präzise Fassung erforderlich, damit von vornherein ein über die gesetzten Grenzen hinausgehendes Eigenleben des Unternehmens als Aufgabenerfüller vermieden werden kann.

Im übrigen dürfte der Begriff des “öffentlichen Zwecks” maßgeblich im Sinne der heutigen wirtschaftlichen Verhältnisse und der heutigen gemeindlichen Aufgabenstellung im Bereich der Daseinsvorsorge zu definieren sein.

Zu berücksichtigen sind die Veränderungen der tatsächlichen Lebensverhältnisse, der Funktionswandel der Gemeinden sowie die Herausbildung neuer Schwerpunkte innerhalb des gemeindlichen bzw. kreislichen (z. B. Abfallwirtschaft) Aufgabenspektrums.

I.1.2.3 Angemessenheit der Betätigung im Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf

Diese Voraussetzung gemäß § 100 Abs. 2 Nr. 2 GO entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass jede wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde sich in den Grenzen halten muss, die durch ihre Leistungsfähigkeit gezogen sind. Außerdem lässt sich der Grundsatz der Rentabilität gemeindlicher Wirtschaft nur dann verwirklichen, wenn die Gemeinde von vornherein bei der Errichtung, Übernahme oder wesentlichen Erweiterung eines Wirtschaftsunternehmens ... hinreichend Rücksicht nimmt.

Unerlässlich ist vor allem, dass Art und Umfang des Unternehmens in ein richtiges Verhältnis zu dem voraussichtlichen Bedarf gebracht wird und dass jede Überkapazität, soweit sie nicht durch eine alsbaldige, bei realistischer Einschätzung zu erwartende Bedarfssteigerung gerechtfertigt ist, vermieden wird. Greifbare Zukunftsaussichten dürfen bzw. müssen sogar bei der Planung mit berücksichtigt werden.

Die für die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung eines wirtschaftlichen Unternehmens der Gemeinde erforderlichen Investitionen sind in das von der Gemeindevertretung zu beschließende Investitionsprogramm aufzunehmen und werden damit Grundlage der fünfjährigen Finanzplanung, die den Gemeinden zwingend vorgeschrieben ist. Ergibt sich im Rahmen der jährlichen Fortschreibung des Investitionsprogrammes und des Finanzplanes, dass die vorgenannten Voraussetzungen nicht mehr vorliegen - z. B. weil die Leistungsfähigkeit der Gemeinde durch das Unternehmen wesentlich überschritten wird oder die sich ergebenden finanziellen Belastungen untragbar sind -, so ist die Gemeindevertretung als verpflichtet anzusehen, ihren früheren Beschluss zu überprüfen und nach anderen Möglichkeiten zu suchen, um den angestrebten Zweck ggf. in anderer Weise zu erreichen.

Das ergibt sich auch aus der Pflicht der Gemeinde zur sparsamen und wirtschaftlichen Führung ihrer Haushaltswirtschaft (§ 74 Abs. 2 GO) ebenso wie aus den Wirtschaftsgrundsätzen nach § 107 GO, wonach wirtschaftliche Unternehmen so geführt werden sollen, dass durch den Jahresgewinn außer den notwendigen Rücklagen mindestens eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erreicht wird, soweit dadurch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird.

I.1.3 Formen der wirtschaftlichen Betätigung

I.1.3.1 Regiebetrieb

Der Regiebetrieb ist weder rechtlich noch wirtschaftlich selbständig und wird bei normaler kameraler Haushaltsführung mit allen Einnahmen und Ausgaben im Haushaltsplan der Kommune geführt. Er ist also gleichzusetzen mit jeder Verwaltungstätigkeit einer Gemeinde.

Die bewusst sehr weit gefaßte Definition des Begriffs "Wirtschaftliche Betätigung" in § 100 Abs. 1 GO, die nur auf die reine **Möglichkeit** der privaten Aufgabenerledigung abzielt, schließt auch die Möglichkeit ein, "wirtschaftliche Betätigung" im Rahmen des Regiebetriebes durchzuführen. Dieses ist durchaus beabsichtigt, um möglichst viele Aufgabenbereiche der Kommunen einer Überprüfung der wirtschaftlichen und effizienten Aufgabenerledigung unterziehen zu können.

Zwar ist in Nr. 5/6 der "Vorschriften über die Gliederung und Gruppierung der Haushaltspläne, der Gemeinden und der Gemeindeverbände" (Anlage 1 der Verwaltungsvorschriften zu § 5 der Gemeindehaushaltsverordnung Brandenburg) - Amtsblatt BB Nr. 66 vom 08. 09. 1992, S. 1201 - ausgesagt: "Nicht zu den öffentlichen wirtschaftlichen Unternehmen gehören sog. Regiebetriebe, die Brutto mit allen Einnahmen und Ausgaben im Haushalt der Gemeinde oder des Gemeindeverbandes enthalten sind." Hierdurch soll jedoch nur ausgedrückt werden, dass diese keine **Unternehmen** sind, nicht jedoch, dass hier keine wirtschaftliche Betätigung vorliegt.

I.1.3.2 Eigenbetrieb

Die GO enthält in § 103 nähere Erläuterungen für die rechtlichen Rahmenbedingungen des kommunalen Eigenbetriebes. Dieser ist wirtschaftlich selbständig, jedoch keine eigenständige juristische Person.

Da beabsichtigt ist, die in § 103 Abs. 1 GO übertragene Ermächtigung zum Erlass einer Eigenbetriebsverordnung auszuschöpfen und diese in den nächsten Wochen vorzulegen, kann an dieser Stelle auf weitere Ausführungen zum Eigenbetriebsrecht verzichtet werden.

I.1.3.3 Eigengesellschaft

Bei den Eigengesellschaften kommen üblicherweise für die kommunale Aufgabenwahrnehmung in Betracht die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) nach den Regelungen des GmbH-Gesetzes und - dieses jedoch wesentlich seltener - die Aktiengesellschaft nach den Regelungen des Aktiengesetzes.

I.1.3.3.1 Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Siehe Anlage 1

I.1.3.3.2 Aktiengesellschaft

Siehe Anlage 2

I.1.3.4 Beteiligung an Gesellschaften/Beteiligungsverwaltung

Bei der Beteiligung der Kommune an Gesellschaften sind die vorgenannten Grundsätze über GmbH- und Aktienrecht ebenfalls zu beachten.

Sowohl für die anteilige wie die vollständige Beteiligung einer Kommune an einer Gesellschaft empfiehlt es sich, vor allem bei größeren Gemeinden, eine zuständige Stelle für alle Angelegenheiten, die sich aus der Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen ergeben, einzurichten. Ihre Aufgaben beruhen formal auf den Rechten als (Mit-) Eigentümer bzw. Gesellschafter oder ergeben sich aus der Mitgliedschaft von Vertretern der Kommune in den Unternehmensorganen. Ihr fällt die Aufgabe zu, durch die Ausübung der Gesellschaftsrechte steuernd und einflußnehmend auf die Erledigung öffentlicher Aufgaben durch öffentliche Unternehmen einzuwirken, um diese organisatorisch und rechtlich verselbständigte Aufgabenerledigung in Hinsicht auf das Funktionieren der Beteiligung auch zu prüfen.

Hinsichtlich des Aufbaues einer Beteiligungsverwaltung ist eine zentrale Organisation gegenüber in mehreren Ämtern verteilten Verwaltungen vorzuziehen, da dadurch gleiche Maßstäbe angewendet werden und spezifischer Sachverstand gebündelt wird.

Dadurch kann die Effektivität der von der Beteiligungsverwaltung zu erbringenden Kontrolleistungen sichergestellt werden. Diese kann beim Kämmerer- oder beim Hauptamt, aber auch beim Verwaltungschef als Stabstelle angesiedelt werden. Sie muss eine Beteiligungspolitik entwickeln und mit der Gemeindevertretung abstimmen, die systematisch und planvoll auf die einzelnen Beteiligungen einwirkt.

Wirksame Steuerung setzt voraus, dass ein konkreter Handlungsrahmen für die Beteiligung vorher verbindlich festgelegt wird. Vor allem müssen steuerungs- und kontrollgeeignete Finanzvorhaben formuliert und durchgesetzt werden.

Wird eine eigene Stelle eingerichtet, ist bei größeren Gemeinden der Einsatz von Mitarbeitern mit betriebswirtschaftlicher Ausbildung und Erfahrung empfehlenswert.

Hinzuweisen ist bei der Beteiligungsverwaltung auch auf die Pflicht zur jährlichen Erstellung eines Beteiligungsberichtes gemäß § 104 Abs. 3 GO. Dieser Bericht über alle Beteiligungen der Gemeinde an Unternehmen und Einrichtungen in der Rechtsform des privaten Rechts ist zur Einsichtnahme für jedermann bereitzuhalten sowie der Kommunalaufsichtsbehörde vorzulegen.

I.2 Grenzen der eigenen wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen

I.2.1 Abwägungsgebot gemäß § 100 Abs. 3 GO/Privatisierungsklausel

Ausgehend von dem grundsätzlichen Gebot der wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung gemäß § 74 Abs. 2 GO ist in § 100 GO Absatz 3 folgender Grundsatz normiert worden:

“Die Gemeinde hat im Interesse einer sparsamen Haushaltsführung dafür zu sorgen, dass Leistungen, die von privaten Anbietern in mindestens gleicher Qualität und Zuverlässigkeit bei gleichen oder geringeren Kosten erbracht werden können, diesen Anbietern übertragen werden, sofern dies mit dem öffentlichen Interesse vereinbar ist. Dazu sind Angebote einzuholen und Vergleichsberechnungen vorzunehmen, die der Gemeindevertretung oder in den Fällen des § 57 Abs. 2 dem Hauptausschuss vorzulegen sind.”

Demgegenüber ging die Kommunalverfassung der DDR vom 17. 05. 1990 noch von einer zulässigen wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen aus, “sofern diese Aufgaben nicht von Dritten erfüllt werden”. Diese Regelung wurde mit Runderlass des MI vom 22. 10. 1992 “Hinweise zur kommunalen Haushaltsführung 1993” weiter präzisiert mit der Regelung: “Vor einer Übertragung ist sicherzustellen, dass die Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht beeinträchtigt wird und dass andere Träger die Erfüllung der Aufgaben tatsächlich wirtschaftlicher und besser wahrnehmen”.

Dieser Grundsatz, der bei gleichwertiger Aufgabenerfüllung und bei gleichen Kosten noch eine Priorität bei der eigenen wirtschaftlichen Betätigung durch die Kommune sah, ist insoweit umgekehrt worden, als jetzt von einer Subsidiarität der gemeindlichen Aufgabenerfüllung gesprochen werden kann, allerdings sehr stark eingeschränkt durch eine mögliche Dominanz des öffentlichen Interesses sowie der Autonomie der Entscheidung durch die Gemeindevertreter. Diese beiden Einschränkungen, die im weiteren Verlauf des Erlasses noch näher dargestellt werden, bedingen auch, dass nicht - wie vielfach praktiziert - von einem Privatisierungsgebot gesprochen werden kann, sondern von einer Privatisierungsklausel.

Dieses wird auch deutlich durch die Formulierung “die Gemeinde hat ... dafür zu sorgen”.

Die Formulierung “zu sorgen” ist auch an einigen Stellen der Landesverfassung enthalten. Als Beispiel sei genannt Artikel 48 Abs. 1: “Das Land ist verpflichtet, im Rahmen seiner Kräfte durch eine Politik der Vollbeschäftigung und Arbeitsförderung für die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit zu sorgen.” Es handelt sich hierbei nicht um “um soziale Grundrechte”, die ein Einzelner in Klageweg durchsetzen kann, sondern um “Staatsziele”. Zwar kann es sein, dass solche Staatsziele im Einzelfall bei der Auslegung von Rechtsvorschriften Bedeutung erlangen.

Im Grundsatz lassen die Staatsziele dem handelnden Gesetzgeber und der handelnden Verwaltung jedoch ausreichende Beurteilungs- und Ermessensspielräume, um nach politischen Gesichtspunkten Einschätzungen vorzunehmen und Entscheidungen zu treffen.

Aus dem Vorgenannten wie auch durch die Formulierung “im Interesse einer sparsamen Haushaltsführung” wird ausdrücklich klargestellt, dass die Vorschrift keinen sog. drittschützenden Charakter hat. Das heißt, ein einzelner Unternehmer kann aus der Vorschrift keinen Rechtsanspruch gegen die Gemeinde herleiten, dass eine bestimmte Dienstleistung zu privatisieren ist.

Sehr wesentlich bei der Umsetzung der neuen Regelung ist die Feststellung, dass - wie im weiteren Verlauf des Erlasses noch genauer dargestellt - zwar Angebote einzuholen bzw. Vergleichsberechnungen vorzunehmen sind, soweit keine Dominanz des öffentlichen Interesses besteht.

Das Ergebnis dieser Vergleichsberechnungen stellt jedoch keine zwingende Vorgabe dar, sondern soll die Gemeindevertreter sachkundig machen und sie befähigen, vor dem Hintergrund bekannter Fakten wirtschaftlich im Sinne der öffentlichen Aufgabenerledigung und im Sinne des Bürgers richtig zu entscheiden. Die Gemeindevertreter sollen ein klares Verständnis von dem haben, worüber sie entscheiden und somit auch die Konsequenzen ihrer Entscheidung übersehen können. Dabei ist von erheblicher Bedeutung, dass eine richtige Gewichtung vorgenommen wird zwischen den erforderlichen Wirtschaftlichkeitserfordernissen sowie den Gesichtspunkten der Gesamtverantwortung der Kommunen.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die Regelung einen Zwang zur Prüfung beinhaltet, auch einen Zwang zur Prüfung der eigenen Aufgabenerfüllung, die möglicherweise zur Privatisierung anstehen könnte, nicht jedoch einen Zwang zur Privatisierung.

Im einzelnen ist bei der Anwendung des § 100 Abs. 3 GO auf folgendes zu achten:

I.2.1.1 Einholung von Angeboten und Vergleichsberechnungen/Markterkundungsverfahren

Schon nach dem kommunalverfassungsrechtlich vorgegebenen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sind die Kommunen gehalten, ihren Bürgern grundsätzlich die kostengünstigste Lösung zu bieten. Daher ist es angeraten, die grundlegenden konzeptionellen Entscheidungen vom Ergebnis fundierter Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen abhängig zu machen. Dies lässt sich am sinnvollsten durch marktwirtschaftlichen Leistungswettbewerb unter verschiedenen privaten wie kommunalen Unternehmenskonzepten zur Ermittlung des Angebots mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis erreichen.

Folgende Vergabevarianten, die grundsätzlich die Möglichkeit zur Wirtschaftlichkeitsvergleichen der in Betracht kommenden betrieblichen Organisationsformen bieten, stehen zur Verfügung:

1. Freihändige Vergabe mit vorgeschalteter Markterkundung.
2. Funktionale Ausschreibung von Betreiber- und Kooperationsmodellen nach § 3 i.V.m. § 8 VOL/A
3. Baukonzessionsvergabe nach den §§ 32 a VOB/A

4. Errichtung und Betrieb einzelner Anlagen

- a) Ausschreibung der Bauleistungen nach Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis und der Zulassung von Neben- und Änderungsangeboten (§ 9 Nr. 6 ff. VOB/A)
- b) Vergabe nach Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm unter Zulassung von Neben- und Änderungsangeboten (§ 9 Nr. 10 ff. VOB/A).

Bei der Variante 2 können kommunale Unternehmen direkt, kommunale Eigenbetriebe mittelbar durch Abgabe eines kommunalen Konzeptes an der Ausschreibung teilnehmen.

Den Varianten nach den Nummern 3 und 4 a ist gemeinsam, dass eine vergleichende Beratung der tatsächlich von privaten Anbietern eingereichten Angebote mit den Kosten, die eine Kommune hätte, wenn sie die Aufgabe selbst wahrnehmen würde, nur durch eine sogenannte "fiktive Kostenberechnung" erreicht werden kann. Variante 4 a hat den Vorteil, dass sich bezüglich der reinen Bauleistung ein "harter" Wettbewerbspreis erzielen lässt. Die Varianten 4 a und 4 b können als Wirtschaftlichkeitsvergleich bezüglich der Betriebsform nur in den Fällen zum Zuge kommen, in denen im Rahmen der Ausschreibung Neben- bzw. Änderungsangebote mit abweichender Planung (nur für Variante 4 a) sowie für Finanzierung und Betrieb (Variante 4 a und 4 b) vorgelegt werden.

Die unter 1 genannte freihändige Vergabe mit vorgeschalteter Markterkundung ist ein dem wettbewerblichen Vergabeverfahren vorgeschaltetes Verfahren und kommt in Betracht, wenn die Leistung nicht eindeutig beschrieben werden kann.

Gerade im Abwasser- und Abfallbereich kann diese Alternative aber sehr oft zum Tragen kommen, da über ein solches Markterkundungsverfahren zunächst untersucht werden sollte, welche Konzeption für die Aufgabenerledigung die sinnvollste und wirtschaftlichste Lösung darstellen kann.

Bei diesem Verfahren können mehrere bei der Markterkundung oder im öffentlichen Teilnahmewettbewerb ausgewählte Firmen aufgefordert werden, eine Anlagenkonzeption mit den wesentlichen sachlichen und preislichen Eck- und Rahmendaten vorzulegen.

Zu diesen Vergabevarianten ist grundsätzlich festzustellen, dass lediglich bei der Nr. 4 die Gemeinde offen ist in ihrer späteren Auftragsvergabe. Bei den übrigen Verfahren ist darauf hinzuweisen, dass gemäß § 25 Abs. 3 VOL/A unter Berücksichtigung aller Umstände der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist.

Die Gemeinde hat zwar durch die Formulierung "Berücksichtigung aller Umstände" einen gewissen Bewertungsspielraum. Letztlich ist dieser jedoch nicht sehr groß und unterliegt einer jederzeitigen gerichtlichen Nachprüfung.

Da die GO BB ein solches VOL/VOB-Verfahren jedoch nicht vorschreibt, sind - so die Gemeindevertreter in ihrer Entscheidung freibleiben wollen - neben den bereits dargestellten Markterkundungsverfahren auch andere Verfahren denkbar.

So kann der Forderung nach Vorlage von Angeboten und der Erstellung von Vergleichsberechnungen auch durch Ideenwettbewerbe oder die Einschaltung eines Beratungsbüros nachgekommen werden.

Es muss jedoch sichergestellt sein, dass die Gemeindevertreter über die möglichen Varianten bei der Konzeption und über die ungefähren Kosten unterrichtet sind. Dabei ist auch von Bedeutung, dass ihnen zumindest annäherungsweise die Höhe von möglichen Gebühren bekannt ist.

I.2.1.2 Öffentliches Interesse

Durch den Nebensatz in § 100 Abs. 3 GO “sofern dies mit dem öffentlichen Interesse vereinbar ist” wird deutlich, dass der Gesetzgeber den entscheidenden Organen einen weiten Entscheidungsspielraum einräumen wollte. Was “öffentliches Interesse” ist, vermag das beurteilende Organ, hier also die Gemeindevertretung bzw. der Hauptausschuss nach eigenen sachgerechten Kriterien selber festzusetzen.

Hierzu kann ein Beispiel als Erläuterung dienen: In einer Gemeinde wird darüber diskutiert, die Gebäudereinigung in den Verwaltungsgebäuden der Gemeinde statt wie bisher durch gemeindliche Kräfte durch eine Privatfirma durchführen zu lassen. Es stellt sich heraus, dass das Angebot einer privaten Reinigungsfirma günstiger ist. Trotzdem kann die Gemeindevertretung es z. B. ablehnen, der privaten Reinigungsfirma den Auftrag zu erteilen, weil sich herausgestellt hat, dass die private Reinigungsfirma ihr Personal als Teilzeitkräfte so beschäftigt, dass die Sozialversicherungsgrenzen nicht überschritten werden. Die Gemeindevertretung kann argumentieren, dass durch diese Vertragsgestaltung in Zukunft die Reinigungskräfte im Alter auf Sozialhilfe angewiesen sein werden, weil sie nicht eine rentenversicherungspflichtige Tätigkeit ausüben.

Es steht der Gemeinde frei, diese “sozialpolitischen Gesichtspunkte” als entscheidend anzusehen, weil der Begriff des “öffentlichen Interesses” weit gefasst ist und legitime Zwecke umfassen kann, die auch nicht wirtschaftlicher Art sein können. Selbstverständlich wäre auch eine gegenteilige Entscheidung denkbar mit dem Ziel, die Frage, ob Personen unterhalb der Rentenversicherungsgrenze Beschäftigung finden sollen und wollen, dem freien Spiel der Kräfte zu überlassen. Unerheblich ist es auch, ob das Ziel, zu verhindern, dass Personen auf Sozialhilfe angewiesen sind, einen konkreten Bezug zu gemeindlichen Aufgaben hat. Die Gemeinde hat eine Allzuständigkeit, soweit nicht die originäre Zuständigkeit der Landkreise für die Wahrnehmung übergemeindlicher Aufgaben gegeben ist. Dies ist bei der Berücksichtigung des legitimen “öffentlichen Interesses” mit zu berücksichtigen.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass nicht erst **nach** Vorlage von Angeboten das öffentliche Interesse, wie im o. g. Fall, gegenüber der Privatisierungsklausel als dominant bewertet werden kann.

Genauso sind Fälle denkbar, die von vornherein die Aufgabenerledigung durch die Kommune - in welcher Form auch immer - determinieren und die Vorlage von Angeboten und Vergleichsberechnungen entbehrlich machen, so z. B. im Friedhofswesen, bei Freibädern usw.

Diese Interpretation des § 100 Abs. 3 GO ergibt sich auch daraus, dass durch das Wort "dazu" ein ausdrücklicher Bezug zu Satz 1 hergestellt wird. Angebote sind deshalb nur dann einzuholen, wenn hinreichende Anhaltspunkte bestehen, dass nach Satz 1 eine Privatisierung in Betracht kommt.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der Beachtung der "Vereinbarkeit mit dem öffentlichen Interesse" gerade vor dem Hintergrund der sehr weiten begrifflichen Fassung der "wirtschaftlichen Betätigung" zwar eine große Bedeutung zukommt, dieses darf aber nicht zur Umgehung notwendiger aber unerwünschter Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen führen.

I.1.2.2 Voraussetzungen für eine Unternehmensgründung nach § 101 Abs. 4 GO

I.1.2.2.1 Veröffentlichung

Nach § 101 Abs. 4 Satz 1 GO hat die Gemeinde vor der Gründung eines Unternehmens dieses Vorhaben öffentlich bekanntzumachen.

Da die GO keine näheren Angaben dazu enthält, wie zu veröffentlichen ist oder auf die Verwendung von sonstigen Veröffentlichungsvorschriften wie z. B. die Bekanntmachungsverordnung vom 25. 04. 1994 (GVBl. II S. 314) verweist, ist grundsätzlich hier von einer dem Einzelfall angemessenen Veröffentlichung auszugehen.

Der hauptsächliche Sinn dieser Vorschrift ist, dass Privat-Unternehmern die Möglichkeit geboten wird, von dem gemeindlichen Vorhaben Kenntnis zu erlangen und evtl. ein eigenes Angebot für die Aufgabenerledigung vorzulegen. Daher muss sichergestellt sein, dass zumindest der potentielle Interessentenkreis über die beabsichtigte Unternehmensgründung durch die Kommune informiert ist. Es ist wohl davon auszugehen, dass lediglich ein Aushang im Rathaus im Regelfall nicht als ausreichend anzusehen ist. Geeignet könnte eine Veröffentlichung im Gemeinde-Amtsblatt oder in der Tageszeitung sein.

Grundsätzlich wird im Gesetzestext lediglich die Veröffentlichung des **Vorhabens** der Gemeinde gefordert, nicht jedoch ausdrücklich ergänzt um die **Aufforderung an Interessenten**, entsprechende Angebote vorzulegen. Da aber vor der Beschlussfassung die Angebote privater Unternehmen den Gemeindevertretern vorzulegen **sind**, ist der Gesetzestext so zu verstehen, dass bei Vorhaben, die sinnvollerweise nicht für eine Privatisierung in Betracht kommen, die reine Veröffentlichung ausreicht - ein möglicher Interessent kann auch ohne Aufforderung ein Angebot vorlegen -, dass bei den übrigen Vorhaben jedoch gezielt bei der Veröffentlichung auch zur Vorlage von Angeboten aufzufordern ist.

I.2.2.2. Vorlage privater Angebote

Nach der in Rede stehenden Vorschrift sind “die Angebote privater Unternehmen vor der Beschlussfassung vorzulegen”. Mit der Beifügung des Artikels “die” wird deutlich gemacht, dass die Angebote vorzulegen sind, die aufgrund der Veröffentlichung - mit oder ohne Aufforderung zur Angebotsabgabe - eingegangen sind.

Liegen solche Angebote trotz angemessener Veröffentlichung nicht vor, kann die Gemeinde auch ohne eine derartige Vorlage über eine Unternehmensgründung o. ä. entscheiden. Voraussetzung dafür ist selbstverständlich, dass die Veröffentlichung den Anforderungen genügt wie unter I.2.2.1 dargestellt, das heißt das Ausbleiben von Angeboten muss auf mangelndes Interesse beruhen und nicht auf Unkenntnis der potentiell Interessierten über das kommunale Vorhaben.

I.2.2.3 Anwendung der Grundsätze nach § 100 Abs. 3 GO

Da die Unternehmensgründung - wie bereits dargestellt - in weiten Bereichen identisch ist mit der wirtschaftlichen Betätigung, sind selbstverständlich - wie auch in § 101 (4) GO geregelt bei der Unternehmensgründung die Grundsätze des § 100 Abs. 3 GO anzuwenden.

Wichtig ist dabei festzustellen, dass der Grundsatz der möglichen Dominanz eines öffentlichen Interesses es im besonderen **Einzelfall** der Gemeindevertretung auch bei der Unternehmensgründung ermöglicht, trotz eines wirtschaftlich günstigeren Angebotes eines Dritten die Aufgabe durch ein eigenes Unternehmen der Kommune erledigen zu lassen. Diese Entscheidung muss jedoch nachvollziehbar begründet sein. Offenkundige Abwägungsfehler werden im Regelfall zum Einschreiten der Kommunalaufsicht führen.

Der Verweis auf die Grundsätze über die wirtschaftliche Betätigung lässt erkennen, dass auch die Regelung in § 101 Abs. 4 GO hauptsächlich den Sinn hat, die Gemeindevertreter sachkundig zu machen durch die Vorstellung der Durchführungsvarianten einschließlich der zukünftigen Kosten und stellt kein Privatisierungsgebot dar.

Allerdings haben die Gemeindevertreter die grundsätzliche Verpflichtung, für eine sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung und Aufgabenerledigung zu sorgen und sind somit nicht völlig frei in ihrer Entscheidung.

Aus den Regelungen über die Gründung von kommunalen Unternehmen ergibt sich ebenfalls kein einklagbarer Anspruch eines Dritten auf eine bestimmte Entscheidung der Gemeindevertretung.

I.2.3. Voraussetzungen für eine Unternehmensgründung nach § 102 GO

I.2.3.1. Sicherstellung der Aufgabenerfüllung

Die Gemeinde kann sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben unter den Voraussetzungen der §§ 100 und 101 GO eines Unternehmens in privater Rechtsform bedienen.

Die Sicherstellung der Neuaufnahme oder Weiterführung dieser kommunalen Aufgaben ist ein wesentlicher Punkt bei der Abfassung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung. Die gesetzeskonforme Aufgabenerfüllung darf durch die Unternehmensgründung nicht gefährdet werden.

Die Aufsichtsbehörde wiederum hat im Rahmen ihrer Genehmigungspflicht nach § 110 GO bei einer Gründung oder Erweiterung usw. eines Unternehmens zu prüfen, ob die vertraglichen Vereinbarungen ausreichend die Aufgabenerfüllung sicherstellen können. Ist dieses nicht der Fall, so ist die Genehmigung zu versagen.

I.2.3.2 Angemessener Einfluss der Gemeinde

Zur Sicherstellung des Einflusses der Gemeinde, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens wird auf die Ausführungen in den Anlagen 1 und 2 verwiesen.

I.2.3.3 Haftungsbegrenzung

Nach § 102 Abs. 3 GO müssen die Haftungs- und Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt werden. Damit soll verhindert werden, dass die Gemeinde unübersehbare finanzielle Risiken eingeht. Dieser Schutzgedanke dürfte auch dann zum Tragen kommen, wenn zwar im Einzelfall eine Beschränkung der gesetzlichen Haftung auf die Stammeinlage erfolgt, daneben jedoch die Gemeinde sich zu einer unbeschränkten Nachschußpflicht im Sinne der §§ 26 ff. GmbH-Gesetz verpflichtet; eine derartige unbeschränkte Nachschußpflicht bedeutet faktisch eine unbeschränkte Haftung und ist damit grundsätzlich unzulässig.

Die Voraussetzung der Haftungsbegrenzung ist erfüllt z. B. bei der Beteiligung an einer AG, an einer GmbH, an einer eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftung und an einer KG als Kommanditist.

Unzulässig ist die Beteiligung einer Gemeinde an Gesellschaften, deren Gesellschafter unbeschränkt haften, also z. B. der oHG, der KG als Komplementär oder der BGB-Gesellschaft.

Nicht nur die Haftung, sondern auch die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde muss auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt sein und darf die Finanzkraft der Gemeinde nicht übersteigen.

Für die angemessene Höhe gibt es keine generellen Anhaltungspunkte, da Größe und Finanzkraft der einzelnen Gemeinden unterschiedlich sind.

Wenn die Wahl der Rechtsform einer privatrechtlichen Kapitalgesellschaft oder eines rechtsfähigen Vereins für eine dauernd auf Zuschüsse der Gemeinde angewiesene Aufgabenerledigung erfolgen soll, ist zu empfehlen, diesen Zuschuss betragsmäßig im Gesellschaftsvertrag bzw. in der Satzung zu begrenzen und der Gesellschaft bzw. dem Verein im übrigen weitere eindeutige Vorgaben für die Wirtschaftsführung zu geben.

I.2.4 Wirtschaftsgrundsätze nach § 107 GO

Nach § 107 Satz 1 sind die Unternehmen und Einrichtungen so zu führen, dass der öffentliche Zweck nachhaltig erfüllt wird. Dies entspricht dem allgemeinen Haushaltsgrundsatz, wonach die Gemeinde ihre Haushaltswirtschaft so zu planen und zu führen hat, dass die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist.

§ 107 GO gilt **unmittelbar** nur für gemeindliche wirtschaftliche Unternehmen ohne Rechtspersönlichkeit (Eigenbetriebe), nicht also für wirtschaftliche Unternehmen in privater Rechtsform (z. B. AG, GmbH), die von der Gemeinde betrieben werden oder an der die Gemeinde beteiligt ist. Für die Wirtschaftsführung von Unternehmen in privater Rechtsform gelten unmittelbar nur die Bestimmungen des Handelsrechts; jedoch soll die Gemeinde, sofern sie über eine Mehrheitsbeteiligung verfügt, darauf hinwirken, dass auch diese Unternehmen nach den Wirtschaftsgrundsätzen des § 107 GO verfahren.

Für die Gemeinden besteht vielfach die Notwendigkeit, wirtschaftliche Unternehmen zu betreiben, ohne dass dabei die Grundsätze wirtschaftlicher Verwaltung immer zu verwirklichen sind: so z. B. bei der Versorgung der Bevölkerung mit Energie, Wasser und Verkehrsleistungen oder bei der Erschließung von Gelände für Bau- und Siedlungszwecke. Auch die Energieberatung der Bevölkerung und der Wirtschaft durch kommunale Unternehmen im Hinblick auf einen sparsamen und rationellen Energieeinsatz sowie die aktive Unterstützung und Förderung von privaten und öffentlichen Energiesparmaßnahmen sind durchaus mit dem öffentlichen Zweck kommunaler Versorgungsunternehmen zu vereinbaren. Die in § 107 GO normierten Grundsätze gebieten gerade nicht die dem Gemeinwirtschaftsprinzip verpflichteten kommunalen Unternehmen, möglichst viel Energie abzusetzen und damit möglichst hohe Gewinne zu erzielen. Das Ertragsstreben muss abgestimmt werden mit der öffentlichen Zielsetzung des wirtschaftlichen Unternehmens und mit seiner besonderen Stellung als einer gemeindlichen Einrichtung. Damit wird es nicht in Einklang stehen, wenn z. B. Versorgungstarife über gewisse Höchstbeträge hinaus gesteigert würden, um einen Ertrag für den Gemeindehaushalt zu ermöglichen.

Andererseits erfordert eine wirtschaftliche Verwaltung - auch im Hinblick auf die Wettbewerbsfähigkeit zur Privatwirtschaft - eine Anpassung der inneren Organisation kommunaler wirtschaftlicher Betriebe an diejenigen der Privatwirtschaft.

§ 107 Satz 2 GO enthält Regelungen über die Höhe des anzustrebenden Jahresgewinns wirtschaftlicher Unternehmen, aus dem ein Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abgeführt werden soll.

Ein Überschuss für den Haushalt steht aber nur dann zur Verfügung, wenn nach der erforderlichen Rücklagenbildung für die technische und wirtschaftliche Fortentwicklung mindestens ein Betrag verbleibt, der der marktüblichen Verzinsung des Eigenkapitals entspricht. Wesentliche Voraussetzung für die Vermögenserhaltung ist der ordnungsgemäße und stichtagsgerechte Nachweis des Vermögens und sämtlicher Erträge und Aufwendungen im Jahresabschluss. Aus dem Jahresgewinn, der sich aus dem Unterschied der Erträge und Aufwendungen ergibt, sind zunächst die notwendigen Rücklagen für die technische und wirtschaftliche Fortentwicklung des Betriebes zu bilden; der verbleibende Betrag ist an die Gemeinde abzuführen.

Die Erwirtschaftung einer marktüblichen Verzinsung des Eigenkapitals enthält das Gebot einer Mindestverzinsung. Allerdings kann z. B. vom Eigenbetrieb keine Gewinnmaximierung erwartet werden, wie dies in der Privatwirtschaft üblich ist.

Der Eigenbetrieb soll also nicht höchstmöglichen Gewinn, sondern lediglich einen angemessenen Gewinn ausweisen. Anhaltspunkt für die Höhe des marktüblichen Zinssatzes kann der Zinssatz sein, den die Gemeinde bei Anlagen auf Festkonto erzielt.

Hiervon ist allerdings noch die Belastung mit Körperschaftssteuer abzuziehen, da die marktübliche Verzinsung sich nach Abzug der Steuer versteht. Angemessen könnte im übrigen auch der Zinssatz für langfristiges Fremdkapital, etwa die Verzinsung von Kommunalobligationen, sein. Absolute Obergrenze für die Höhe ist jedoch die branchenübliche Verzinsung.

Nach der Formulierung des § 107 GO **soll** durch das Unternehmen oder Einrichtung nur dann eine Verzinsung des Eigenkapitals erwirtschaftet werden, soweit dadurch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird. Damit wird deutlich, dass in dem Maße, in dem die Erwirtschaftung eines Gewinns und damit einer Eigenkapitalverzinsung die Erfüllung des öffentlichen Zwecks gefährdet, auf diesen Wirtschaftlichkeitsgrundsatz nicht nur verzichtet werden **kann**, sondern sogar verzichtet werden **muss**. So kann durchaus eine Musikschule z. B. als GmbH o.Ä. geführt werden. Durch die Erhebung nicht nur kostendeckender, sondern auch gewinnorientierter Gebühren wäre jedoch kaum eine Familie in der Lage, diese Kosten zu tragen. Die Musikschule würde nur einen kleinen Prozentsatz der Bevölkerung erreichen, nämlich nur diejenigen, die aufgrund ihrer finanziellen Leistungskraft die hohen Gebühren bezahlen können. Soweit der öffentliche Zweck als politische Vorgabe für die Einrichtung der Musikschule darauf abzielt, größere Bereiche der Bevölkerung an eine eigene kreativ-kulturelle Betätigung heranzuführen, würde dieser Zweck durch die Erhebung von gewinnorientierten Gebühren unterlaufen.

II. Formen der Beteiligung Privater unter Berücksichtigung steuerrechtlicher Aspekte

Vorbemerkung

Die Hinweise gelten für kommunale Projekte, insbesondere für Großprojekte. Sie setzen voraus, dass die Aufgabe, der das Projekt dienen soll, eine kommunale Aufgabe bleibt. Soweit die Kommune Private einschaltet, kann es daher im Rahmen dieser Hinweise nur darum gehen, ihnen die **Durchführung** kommunaler Aufgaben zu übertragen.

Den Gemeinden obliegt in den nächsten Jahren die große kommunalpolitische Aufgabe des Ausbaues der öffentlichen Infrastruktur. Hierzu zählt insbesondere auch der Bereich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung.

Wegen des Investitionsbedarfs für die Infrastrukturvorhaben sind neben der herkömmlichen Finanzierung aus Haushaltsmitteln und Krediten geeignete andere Finanzierungsformen in die Überlegungen mit einzubeziehen. Dabei geht es auch darum, in welchem Umfang Private Einrichtungen für die Kommunen betreiben können, unter welchen Voraussetzungen an den Einsatz solcher neuen Finanzierungsformen gedacht werden kann und welche Vor- und Nachteile für die Kommunen und deren Bürger dadurch entstehen.

Allgemeingültige Aussagen für oder gegen die Einbeziehung privater Unternehmen lassen sich kaum treffen. Eine Auswahl kann nur durch eine gründliche Bestandsaufnahme vor Ort getroffen werden, dafür ist aber ein Kostenvergleich zwischen privater und kommunaler Lösung durchzuführen.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die Stellungnahme des Arbeitskreises III der Arbeitsgemeinschaft der Innenminister der Länder zum 3. Bericht der Arbeitsgruppe "Finanzierung und Organisation öffentlicher Dienstleistungen durch Private" der Wirtschaftsministerkonferenz vom 09. September 1993 hinzuweisen. Hierin ist folgendes ausgesagt:

"Es ist stets zu beachten, dass das Wirtschaftlichkeitskriterium zwar ein sehr wichtiges ist, aber im Rahmen der Bereitstellung öffentlicher Dienstleistungen auf Gemeinwohlinteressen, wie Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten der Kommune, Versorgungs-, Entsorgungs- und Nachsorgesicherheit, Zuverlässigkeit des Betreibers, Sozialverträglichkeit des Entgelts, Umweltgesichtspunkte, Haftung, strafrechtliche Verantwortlichkeit, Wettbewerb, Monopolvermeidung u. ä. mit berücksichtigt werden müssen."

Die nachstehenden Hinweise wurden im Einvernehmen mit dem Umwelt-, Wirtschafts- und Finanzminister ausgearbeitet. Der Inhalt ist mit den Innenministerien der anderen neuen Bundesländer sowie hinsichtlich der steuerrechtlichen Punkte mit der Obersten Finanzbehörde des Bundes sowie allen Finanzministerien der Länder abgestimmt. Diese Hinweise stellen Empfehlungen bzw. Prüfungskriterien dar, die autonome Entscheidung der Gemeindevertretung wird hierdurch nicht berührt, soweit alle gesetzlichen Vorgaben beachtet werden.

Haushaltsrechtliche Grundlage für die Planung und Entscheidung über die Durchführung dieser Projekte ist der Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung (§ 74 Abs. 2 GO). Für die Planung und Durchführung kommunaler Investitionen gelten im einzelnen die §§ 9, 26 und 29 der Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplanes der Gemeinden (Gemeindehaushaltsverordnung - GemHVO - vom 23. 06. 1992, GVBl. S. 306).

Auf diese Bestimmung und die dazu erlassenen Verwaltungsvorschriften (VV GemHVO Bbg. vom 23. 06. 1992, Amtsblatt Seite 1150) wird hingewiesen.

Soweit keine besonderen gesetzlichen Vorschriften bestehen, können die Kommunen grundsätzlich eigenverantwortlich über die Finanzierung und die Organisationsform ihrer Einrichtungen entscheiden. Dieses Gebot, dass schon bei der Planung der kommunalen Einrichtung zu berücksichtigen ist, gilt auch für die Ausführung, Finanzierung und die Organisationsform. Aus den verschiedenen Finanzierungs- und Organisationsmodellen ist die wirtschaftlichste Form durch einen Kostenvergleich zu ermitteln, wobei gleiche Leistungen und Kalkulationsmethoden zugrunde zu legen sind.

Bereits vor der Beschlussfassung über Vergaben im Sinne dieses Erlasses sind der Gemeindevertretung mittel- bis langfristige betriebswirtschaftliche Kostenermittlungen und Abgabeberechnungen für die Bürger vorzulegen.

Für die Zusammenarbeit zwischen Kommunen und Privaten bei der Finanzierung oder Betriebsführung kommunaler Unternehmen kommen neben den üblichen Wegen und Rechtsformen wie z. B. der Kreditfinanzierung folgende hier zu behandelnde Möglichkeiten in Betracht:

II.1 Leasing (s. Anlage 3)

II.2 Übertragung des Betriebes - Betreibermodell/Kooperationsmodell (s. Anlage 4)

II.3 Dienstleistungsvertrag (s. Anlage 5)

Im Auftrag

gez. Muth
(Dr. Muth)

Bemerkung:

Die Datei wurde nach den neuen Rechtschreibregeln erstellt.

Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Die GmbH überwiegt im kommunalen Bereich zahlenmäßig alle anderen privatrechtlichen Organisationsformen gemeindlicher Unternehmen erheblich. Vereinzelt findet man sie auch als Holding-Gesellschaft. Aus kommunaler Sicht bestehen hinsichtlich der Möglichkeit zur Einflussnahme grundlegende Unterschiede zwischen GmbH und AG. Im einzelnen gibt die weitgehende Regelungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen von GmbH's den Gemeinden die Gelegenheit, durch entsprechende Bestimmungen einen stärkeren Einfluss als Gesellschafter bei der Lenkung und Überwachung der Geschäftsführung und somit bei der Sicherung des öffentlichen Interesses auszuüben (s. hierzu § 102 Nr. 1 - 3 GO).

Die GmbH hat zwei Organe: Einen oder mehrere Geschäftsführer (§ 6 GmbHG) sowie die Gesellschafterversammlung (§§ 45 ff GmbHG). Ein Aufsichtsrat ist grundsätzlich fakultativ (vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG); soweit gesetzliche Vorschriften der Mitbestimmung dies vorschreiben, ist er allerdings obligatorisch. Nach § 77 Betriebsverfassungsgesetz ist ein Aufsichtsrat zwingend bei Unternehmen mit mehr als 500 und nach § 1 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz mit mehr als 2.000 Beschäftigten vorgeschrieben.

Nach §§ 6 Abs. 3, 37, 38, 45 und 52 GmbHG stehen der Gemeinde auf wirtschaftliche Unternehmen, bei denen die gesellschaftsvertraglichen Möglichkeiten ausgeschöpft wurden und an denen sie allein oder mehrheitlich beteiligt ist, relativ umfassende Einwirkungsmöglichkeiten zu, einschließlich des Rechts, bindende Weisungen zu erteilen.

Auch über die personelle Auswahl und die Bestellung der Geschäftsführung bestimmt die Gemeinde (vgl. §§ 6 Abs. 3 und 46 Nr. 5 GmbHG). Die Gesellschafterversammlung als oberstes Organ der GmbH hat im Vergleich zur Hauptversammlung bei der AG wesentlich weitergehende Befugnisse. Sie kann jede Gesellschaftsangelegenheit an sich ziehen (§§ 45 und 46 GmbHG). Diese Befugnisse müssen jedoch grundsätzlich in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden (§ 45 GmbHG).

Den Gesellschaftern wird folglich das Recht zugestanden, die Geschäftsführung unmittelbar zu beeinflussen. Im § 45 GmbHG ist geregelt, dass die Bestimmungen der §§ 46 ff GmbHG abdingbares Recht darstellen und demnach die Zuständigkeitsregelungen, die im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden, stets vorgehen. Deshalb sollte bei der Gründung einer GmbH und beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages besonders darauf geachtet werden, dass der Gemeinde insbesondere bei Beteiligungsgesellschaften über die Gesellschafterversammlung wirkungsvolle Einflußrechte eingeräumt werden.

Unter dem Geltungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes und des Betriebsverfassungsgesetzes werden die Weisungs- und Kontrollfunktionen der GmbH-Gesellschafter auf den gemäß § 111 Aktiengesetz zulässigen Umfang reduziert.

Dementsprechend können dafür keine unmittelbaren Weisungen der Kommunen als Gesellschafter an die Geschäftsführung erfolgen. Im Gegensatz dazu, und dies betrifft den weit überwiegenden Teil der kommunalen GmbH's, sind unmittelbare Weisungen der Kommune als Gesellschafterin an Geschäftsführer von nicht diesen gesetzlichen Bestimmungen unterliegenden Gesellschaften zulässig, d. h. die Gesellschafterversammlung darf den Geschäftsführern Weisungen erteilen (§ 35, 37 GmbHG), an die auch der Aufsichtsrat gebunden ist.

§ 104 Abs. 1 letzter Satz GO enthält für die Gemeindevertretung ein Richtlinienrecht gegenüber den von ihr in die Gesellschafterversammlung entsandten Vertretern. Die von der Gemeindevertretung bestellten Vertreter sollen in der Gesellschafterversammlung die Interessen der Kommune wahrnehmen. Da es in der Gesellschafterversammlung kein freies Mandat gibt, widerspricht es auch nicht dem GmbHG, sie an Beschlüsse des Rates zu binden.

Nach § 104 Abs. 1 Satz 1 GO wird die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung einer GmbH durch den hauptamtlichen Bürgermeister oder den Amtsdirektor vertreten. Von diesem Grundsatz abweichend, kann die Gemeindevertretung gemäß § 104 Abs. 1 Satz 2 GO auch eine andere Regelung treffen. Dieses könnte grundsätzlich bedeuten, dass der Beschluss einer Gemeindevertretung, sich durch mehrere oder alle Gemeindevertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung vertreten zu lassen, auch nach der Gemeindeordnung zulässig ist. Unter Berücksichtigung der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ist jedoch davon auszugehen, dass eine derartige Vertretungsregelung eher als theoretische Möglichkeit angesehen werden kann.

Grundsätzlich darf das kraft Gesetzes mit jedem Gesellschaftsanteil verbundene Stimmrecht nur einheitlich wahrgenommen werden (s. Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbH-Gesetz, § 47, RdNr. 11, 27 u. 34). Das bedeutet, dass jeder Gesellschafter gleichgültig, ob er über einen Gesellschaftsanteil oder mehrere Gesellschaftsanteile verfügt, in der Gesellschafterversammlung einheitlich abzustimmen hat. Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass eine abweichende Regelung in einem Gesellschaftsvertrag von der Bindung der einheitlichen Stimmabgabe nicht dispensieren kann. Der Gesellschafter kann zur Stimmrechtsausübung in der Gesellschaftsversammlung zwar Bevollmächtigte bestellen, aus dem Grundsatz der einheitlichen Stimmabgabe wird jedoch gefolgert, dass das Teilnahmerecht auf einen Vertreter zu beschränken ist, insofern also auch nur ein Bevollmächtigter aufgestellt werden darf. Zur Erzielung von Rechtssicherheit empfiehlt es sich daher, im Gesellschaftsvertrag zu regeln, dass die Stimmrechtsausübung für einen Gesellschafter jeweils nur durch eine einzige Person als Gesamtvertretungsberechtigter zulässig ist. Der Einsatzbereich der Regelung des § 104 Abs. 1 Satz 3 GO ist insofern beschränkt.

Wenn die Gemeindevertretung sicherstellen will, dass bestimmte Angelegenheiten der Gesellschaft im Rahmen der Gesellschafterversammlung nicht ohne ihre Unterrichtung bzw. Zustimmung beschlossen werden sollen, so kann sie dieses über die Erteilung von Richtlinien und Einzelanweisungen an ihren Vertreter nach § 104 Abs. 1 Satz 4 GO erreichen.

Der Geschäftsführer vertritt gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Der oder die Geschäftsführer müssen nicht hauptamtlich angestellt sein, so dass bei kleineren Eigengesellschaften oder überschaubarem Aufgabenbereich durchaus ein Mitarbeiter der Kommune im Nebenamt mit der Aufgabe der Geschäftsführung der GmbH betraut werden kann.

Bei größeren Gesellschaften sollten - auch im Interesse einer gegenseitigen Kontrolle - zumindest zwei Geschäftsführer - ggf. einer davon im Nebenamt - angestellt werden.

Durch Gesellschaftsvertrag oder auf Beschluss der Gesellschafterversammlung kann die Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis weitgehend eingeschränkt werden (§ 37 GmbHG). Außerdem kann der Kommune im Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Bestellung und Abberufung (§ 38 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) der bzw. des Geschäftsführers eingeräumt werden. Im Ergebnis hat sie damit weitgehende Einflußmöglichkeiten. Auch dann, wenn die Gesellschaft der Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz oder dem Mitbestimmungsgesetz unterliegt, kann die Kommune als Mehrheitsgesellschafter einer GmbH ihren Einfluss geltend machen, da die Gesellschafterversammlung ihr Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer behält. Schließlich lässt sich die Autonomie der Geschäftsführung durch Klauseln im Gesellschaftsvertrag begrenzen, die die Maßnahmen der Geschäftsführung von der Zustimmung der Gesellschafterversammlung abhängig machen.

Es empfiehlt sich, die Geschäftsführer für max. fünf Jahre zu bestellen und sie im Anstellungsvertrag zu einer vertrauensvollen Zusammenarbeit mit der Kommune zu verpflichten. Die Kompetenz, diese zu bestellen oder abzuberufen, bleibt ansonsten bei der Gesellschafterversammlung; sie behält auch ihr Weisungsrecht in Geschäftsführungsangelegenheiten (§§ 37 und 45 GmbHG).

Für die GmbH besteht in aller Regel keine Verpflichtung zur Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrates. Die Gesellschafter können ein derartiges Gremium einrichten, sie müssen aber nicht.

Sofern ein Aufsichtsrat auf freiwilliger Basis oder aus zwingenden rechtlichen Gründen eingerichtet wird, gehen auf ihn vor allen Dingen solche Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung über, die der Kontroll- und Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates entsprechen (§ 52 Abs. 1 GmbHG). Zur Erleichterung der Überwachung kann ferner bestimmt werden, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden dürfen (§ 52 GmbHG). Ist kein Aufsichtsrat vorhanden, soll die Zustimmung der Gesellschafter vorgesehen werden.

Im überwiegend anzutreffenden Fall eines fakultativen Aufsichtsrates kann im Gesellschaftsvertrag die rechtliche Ausgestaltung eines freiwillig gebildeten Aufsichtsrates nach den Vorstellungen der Kommune vorgenommen werden, da die Gesellschafterversammlung der GmbH einerseits allzuständig und andererseits zur Errichtung eines Aufsichtsrates gesetzlich nicht verpflichtet ist.

Nach § 103 Abs. 2 Aktiengesetz kann die Gemeindevertretung die von ihr entsandten Mitglieder jederzeit abberufen. § 52 GmbHG verweist zwar nicht ausdrücklich auf § 103 Abs. 2 Aktiengesetz, die Vorschrift kann aber bei entsprechender Vertragsgestaltung bei einem fakultativen Aufsichtsrat herangezogen werden. Die Gemeindevertretung besitzt prinzipiell eine durch das GmbHG abgesicherte Abberufungskompetenz. Allerdings darf der Gesellschaftsvertrag die Grundsituation des § 53 GmbHG ändern und die Anwendung des § 103 Abs. 2 Aktiengesetz ausschließen, indem er die Abberufungskompetenz auf die Gesellschafterversammlung überträgt.

Durch die Weisungsunabhängigkeit eines obligatorischen Aufsichtsrates vermag das Kommunalparlament auf dessen Entscheidungen nur mittelbar einzuwirken. Wichtig ist in diesem Fall, dass der für den Aufsichtsrat verpflichtende Gesellschaftszweck möglichst genau festgelegt wird.

Aktiengesellschaft

Die Aktiengesellschaft ist als kommunale Eigengesellschaft, bei der sämtliche Anteile in der Hand der Kommune liegen, als verselbständigtes Rechtsobjekt vom Zentrum "Gemeindevertretung" ein gutes Stück entfernt. Die Kommune als Anteilseignerin ist - wie jeder andere Private - prinzipiell auf die existierenden Mechanismen des Aktienrechtes zur Einflussnahme und Kontrolle angewiesen. Insbesondere die Struktur der Aktiengesellschaft (AG) und die herausragende Stellung des Vorstandes als Gesellschaftsorgan lassen einer Kommune nur wenig Möglichkeiten, bestimmenden Einfluss auszuüben.

Eine direkte Kontrolle des Eigentümers ist unzulässig, lediglich eine indirekte durch die Einschaltung weiterer Organe. Das bestehende Spannungsverhältnis zwischen dem Kommunalverfassungsrecht und dem Gesellschaftsrecht wird bei der AG zugunsten des Gesellschaftsrechts entschieden.

Die wichtigsten Aufgaben der Hauptversammlung als oberstes Organ der AG sind (vgl. § 119 AktG) Beschlussfassungen über:

- Die Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrates, soweit sie nicht in den Aufsichtsrat zu entsenden oder von den Arbeitnehmern nach Mitbestimmungsgesetzen zu wählen sind,
- die Verwendung des Bilanzgewinns,
- die Entlastung der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates,
- die Bestellung der Abschlussprüfer,
- Satzungsänderungen (grundsätzlich ist eine Mehrheit von 3/4 des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erforderlich - s. § 179 Abs. 2 Satz 1 AktG).

In der Hauptversammlung üben die Aktionäre ihre Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft aus (§ 118 Abs. 1 AktG). Im Falle einer Eigengesellschaft ist die Kommune alleiniger Aktionär, so dass ausschließlich sie in der Hauptversammlung vertreten ist. Die Hauptversammlung kann in diesem Falle aus dem Bürgermeister und der jeweiligen Gemeindevertretung bestehen. Jedoch muss dann zwischen der Gemeindevertretung als Organ der Kommune und den förmlich einzeln zu bestellenden Mitgliedern der Hauptversammlung unterschieden werden. Bei Beteiligungsgesellschaften setzt sich die Hauptversammlung aus den von der Kommune bestimmten Vertretern und denen der weiteren Aktionäre zusammen.

Für Gemeinden als juristische Person nimmt gemäß § 104 Abs. 1 GO in der Haupt- oder Gesellschafterversammlung der Bürgermeister für die Dauer seiner Amtszeit die Gesellschafterrechte wahr. Soweit der Bürgermeister mit Zustimmung des Gemeinderates einen Vertreter bestellt, ist dieser an seine Weisung gebunden.

Die Gemeindevertretung kann den Vertretern der Gemeinde als deren Repräsentanten in der Gesellschafterversammlung oder in dem ihr entsprechenden Organ einer anderen Unternehmensform gemäß § 104 Abs. 1 S. 4 GO Richtlinien erteilen.

Durch diese Richtlinien sollen in allen wichtigen Angelegenheiten eine Bindung der Vertreter an das gemeindliche Entscheidungsorgan sichergestellt und mögliche Interessenkonflikte vermieden werden.

Die hiernach mögliche Richtliniengebundenheit der Hauptversammlungsvertreter verstößt nicht gegen Vorschriften des Gesellschaftsrechts. Es gibt in der Hauptversammlung kein freies Mandat. Gesellschaftsrechtlich ist das Auftreten von weisungsgebundenen Vertretern in der Hauptversammlung einer AG ebenso zulässig wie in der Gesellschafterversammlung der GmbH. Der Bürgermeister, der in erster Linie die ordnungsgemäße Wahrnehmung der gemeindlichen Belange sicherzustellen hat, hat primär die Aufgabe, dafür zu sorgen, dass der Gemeinderat rechtzeitig Richtlinien für die Vertreter der Gemeinde erlassen kann.

Auch Einzel-Weisungsrechte gegenüber den Gemeindevertretern in Haupt- bzw. Gesellschafterversammlungen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Gesellschafter und deshalb Mitglied der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung ist nämlich die juristische Person Gemeinde selbst, die als solche nicht handlungsfähig ist und sich zur Ausübung ihrer Rechte eines Vertreters bedient.

Ihr und nicht diesem stehen die Gesellschafterrechte einschließlich des Stimmrechts zu. Die Statuierung eines Weisungsrechts gegenüber dem Vertreter betrifft daher nicht das Gesellschaftsverhältnis, sondern ausschließlich das Rechtsverhältnis zwischen der Gemeinde und ihrem Vertreter.

Der Aufsichtsrat (§ 95 AktG) besteht aus mindestens drei Mitgliedern. Seine zwei Hauptaufgaben sind die Bestellung und Abberufung des Vorstandes (§ 84 Abs. 1 AktG) sowie die laufende Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung (§ 111 Abs. 1 AktG). Der exakte Überwachungsmaßstab des Aufsichtsrates lässt sich nur nach Lage des Einzelfalles bestimmen. Er erstreckt sich vor allem darauf, dass

- der Vorstand richtig besetzt, durch Geschäftsordnung in seinen Aufgaben zweckmäßig abgegrenzt sowie in seiner Arbeitsweise sachgerecht organisiert ist,
- die Geschäftsordnung eingehalten wird,
- die Unternehmensplanung, das Rechnungswesen sowie das Berichtswesen den Erfordernissen entsprechen,
- die Berichterstattung an den Aufsichtsrat pünktlich und ausreichend erfolgt,

- die ausstehenden Vorstandsentscheidungen mit der gebotenen Sorgfalt erarbeitet, vorgetragen und begründet werden, so dass der Aufsichtsrat ihre Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit ohne weiteren Aufwand beurteilen kann.

Zu den Obliegenheiten des Aufsichtsrates zählt die Vornahme von sorgfältigen und genauen Prüfungen und die Pflicht, die Abstellung festgestellter Mängel zu veranlassen.

Gegebenenfalls kann der Vorstand an Zustimmungen des Aufsichtsrates gebunden werden. Vorstandsmitglieder der AG sind vom Aufsichtsrat auf höchstens fünf Jahre zu bestellen.

Nach § 102 Nr. 2 GO ist die Gründung einer Gesellschaft oder die Beteiligung einer Gesellschaft seitens der Gemeinde nur dann kommunalrechtlich zulässig, wenn die Gemeinde einen **angemessenen Einfluss** im Aufsichtsrat erhält. Dies gilt während der gesamten Zeit der Beteiligung. Unter angemessenem Einfluss ist ein der Kapitalbeteiligung entsprechender Einfluss zu verstehen.

Aufsichtsratsmitglieder können Ratsmitglieder, Vertreter der Verwaltung oder sonstig vom Rat bestellte dritte Vertreter sein. Der Bürgermeister ist nach geltendem Recht nicht kraft Amtes Mitglied des Vorstandes des Aufsichtsrates oder eines entsprechenden Organs eines Beteiligungsunternehmens und hat auf solche Positionen keinen Rechtsanspruch. Trotzdem sollte es der Regelfall sein, dass der Bürgermeister bei allen wichtigen Beteiligungsunternehmen die Interessen der Gemeinde im Aufsichtsrat maßgeblich vertritt.

Allerdings haben die Vertreter der Kommunen im Aufsichtsrat der AG nicht primär die Rechte der Kommune als Anteilseignerin wahrzunehmen, sondern - unter Berücksichtigung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (vgl. §§ 93 und 116 AktG) - auf das Wohl der Gesellschaft zu achten. Bindende Weisungen durch die Gemeindevertretung oder den Bürgermeister gegenüber den kommunalen Aufsichtsratsmitgliedern sind zwar nach dem Aktienrecht nicht verboten. Sie haben aber nur Wirkung im Innenverhältnis.

Die Kollision zwischen der Stellung als Aufsichtsratsmitglied, also dem Gesellschaftsrecht einerseits und der Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte der kommunalverfassungsrechtlich verbürgten Richtlinienkompetenz der Vertretungskörperschaft andererseits, ist dahingehend aufzulösen, dass auch insoweit das Gesellschaftsrecht das Kommunalverfassungsrecht überlagert (Art. 31 Grundgesetz). Der von der Gemeindeordnung geforderte Einfluss der Kommune im Aufsichtsrat einer AG findet damit in der gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder auf das Interesse der Gesellschaft seine Begrenzung. Nur in diesem Rahmen darf das kommunale Beteiligungsinteresse zum Tragen gebracht werden.

So schließt die Verpflichtung der Gesellschaftsorgane auf das Wohl des Unternehmens es nicht aus, dass sie bei ihren Entscheidungen gesamtwirtschaftliche Gesichtspunkte und das Allgemeinwohl im Rahmen ihrer Verantwortlichkeit und der satzungsmäßigen Unternehmensziele angemessen mit berücksichtigen.

Zu unterscheiden sind im übrigen aus der Sicht der Kommune zwei Bestellmöglichkeiten der Aufsichtsratsmitglieder.

Grundsätzlich werden die Aufsichtsratsmitglieder von der Hauptversammlung auf Vorschlag des Aufsichtsrates (§ 124 Abs. 2 Satz 1 AktG) oder eines Aktionärs (§ 127 i.V.m. § 126 AktG) gewählt.

Diese von der Gemeindevertretung vorgeschlagenen, aber erst aufgrund einer besonderen Wahl durch die Hauptversammlung in den Aufsichtsrat der AG gelangten Vertreter der Kommunen können nicht an Weisungen gebunden werden.

Daneben kann die Kommune als Aktionärin Mitglieder in den Aufsichtsrat einer AG gemäß § 101 Abs. 2 AktG entsenden, wenn die Gesellschaftssatzung die Entsendungsrechte einräumt. Die Zahl der entsandten Aufsichtsratsmitglieder darf höchstens 1/3 der Gesamtzahl der Aufsichtsräte (§ 101 Abs. 2 Satz 4 AktG) betragen.

Die Gemeindevertretung hat allein für die von ihr entsandten Mitglieder des Aufsichtsrates eine Abberufungsbefugnis. Gegenüber diesem Personenkreis verfügt sie also über ein Instrument, die Willensbildung indirekt zu beeinflussen. Im Gegensatz hierzu können die weiteren der Kommune zustehenden, von der Hauptversammlung gewählten Aufsichtsratsmitglieder nur durch einen Beschluss (§ 103 Abs. 1 AktG), für die das Gesetz eine qualifizierte Mehrheit von 3/4 der in der Hauptversammlung abgegebenen Stimmen vorsieht, ihrer Funktion enthoben werden.

§ 104 Abs. 3 GO stellt die Vertreter der Gemeinde in Gesellschaftsorganen von der Haftung, insbesondere im Regreßfall nach Befolgung einer kommunalen Weisung, frei. Das heißt auch bei Vorliegen von vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Handeln ist die Gemeinde regreßpflichtig, wenn der von ihr entsandte oder vorgeschlagene Vertreter nach ausdrücklicher Weisung der Gemeinde, der Gemeindevertretung oder des Bürgermeisters gehandelt hat.

Der **Vorstand** einer AG leitet diese unter eigener Verantwortung. Zuständigkeiten des Vorstandes können weder durch Satzung noch durch Beschluss der Hauptversammlung auf andere Organe der Gesellschaft verlagert werden. Die Gemeinde kann somit als Gesellschafter keinen Einfluss auf den Vorstand nehmen. Sie kann jedoch durch Satzungsregelung oder durch Beschluss im Aufsichtsrat ihren Einfluss dadurch geltend machen, dass bestimmte Arten von Geschäften vom Vorstand nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden dürfen (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG).

Kriterium für die Zusammenstellung des Kataloges der an die Zustimmung des Aufsichtsrates zu bindenden Geschäfte sollte der in der Satzung umschriebene öffentliche Zweck des Unternehmens sein. Je zielgefährdender das Geschäft potentiell ist, desto dringender bedarf es der Aufnahme in den Vorbehaltskatalog.

Die ausschließlich aktienrechtliche Betrachtung zum Ausschluss verbindlicher Weisungen an Mitglieder der Aufsichtsräte für öffentliche Unternehmen ist aus kommunaler Sicht vom Ergebnis her nicht befriedigend. Schließlich gilt es, ein dem Gemeinwohl und dem öffentlichen Zweck entgegengesetztes Eigeninteresse des Unternehmens zu unterbinden. Um Kollisionen zu vermeiden, sind deshalb im

Wirtschaftsleben im Verhältnis Gesellschafter/Unternehmen **Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge** allgemein verbreitet und gängiges Instrument von Unternehmensverpflichtungen verschiedenster Art (s. §§ 291 ff, 308 Abs. 2 AktG). Kommunen können sich dieser im Wirtschaftsleben üblichen Praxis bedienen.

Der Abschluss eines Beherrschungsvertrages lässt sich grundsätzlich nur durchsetzen, wenn der beteiligte Hoheitsträger über die erforderliche Mehrheit von 3/4 des vorhandenen Grundkapitals in der Hauptversammlung verfügt.

Durch einen Beherrschungsvertrag kann die Leitung einer AG auf eine Kommune übertragen werden. Der Vorstand hat den Weisungen des zuständigen kommunalen Organs zu folgen. Die Geschäftsführung ist dann aufgrund des Weisungsrechts der Kommune in deren Interesse zu betreiben.

Gemäß §§ 311 ff AktG ist die Gemeinde als herrschendes Unternehmen im Rahmen der §§ 317 und 318 AktG allerdings grundsätzlich zur Übernahme von Verlusten, die aufgrund ihrer Einwirkung auf die Gesellschaft entstanden sind, verpflichtet.

Leasing

I. Grundzüge des Leasing-Verfahrens

Leasing ist eine besondere Art der Vermietung von beweglichen und unbeweglichen Investitionsgütern. Der wirtschaftliche Gehalt von Leasing-Verträgen ist unterschiedlich und reicht vom Mietvertrag bis zum verdeckten Ratenkaufvertrag. Die Dauer des Vertrages und die Höhe der Leasingraten werden so bemessen, dass der Leasinggeber während der Grundmietzeit seine Investitionskosten aus den Leasingraten ganz oder teilweise amortisieren kann. Häufig wird dem Leasingnehmer ein Kaufrecht am Leasingobjekt eingeräumt, das er bei Beendigung des Leasingvertrages ausüben kann.

Die Leasingrate setzt sich zusammen aus

- Zinsen und Amortisationen für das vom Leasinggeber eingesetzte Kapital.
- Zuschlag für Kosten, Risiken und Gewinn des Leasinggebers.

Die Kosten des Leasingobjektes (Abgaben, Versicherungen usw.) werden dem Leasingnehmer meist gesondert in Rechnung gestellt. Instandhaltungen und Unterhaltungen werden in der Regel vom Leasinggeber übernommen.

I.1 Immobilienfonds

Leasing ist auch im Rahmen eines geschlossenen Immobilienfonds möglich. Zur Finanzierung und Errichtung des vorgesehenen Objekts wird eine Fondsgesellschaft gegründet. Diese finanziert die Investitionsmaßnahme - zumindest zum Teil - aus dem Verkauf von Anteilszertifikaten. Wenn das für das Objekt vorgesehene Eigenkapital aufgebracht ist, wird der Fonds geschlossen. Die Fondsgesellschaft verleast das Objekt nach Fertigstellung an die Kommune.

Die Finanzierung über einen geschlossenen Immobilienfonds unterscheidet sich von anderen Formen des Leasings durch die Art der Kapitalbeschaffung. Während sich Leasinggesellschaften nahezu ausschließlich über Fremdkapital finanzieren, wird bei einem Immobilienfonds ein wesentlicher Anteil des benötigten Kapitals über den Verkauf der Anteilszertifikate als Eigenkapital des Fonds aufgebracht. Dadurch erwerben die Fondsgesellschafter anteilig Eigentum an dem Objekt und können unter besonderen Umständen steuerlich wie Mitunternehmer der Fondsgesellschaft behandelt werden. Das bringt dem Beteiligten steuerliche Vorteile und soll ihn veranlassen, mit einer geringeren Rendite seines Kapitals (vor Steuern) zufrieden zu sein.

I.2 Rechtliche Beurteilung

Der Abschluss eines Leasingvertrages ist für die Gemeinden die Begründung einer Zahlungsverpflichtung, die einer Kreditaufnahme wirtschaftlich gleich kommt und zu der die Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde gemäß § 85 Abs. 5 GO eingeholt werden muss. Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn

- die übernommenen Verpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde in Einklang stehen (§ 85 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. § 85 Abs. 2 Satz 3 GO),
- die Gemeinde durch die besondere Finanzierungsart wirtschaftlich insgesamt mindestens ebenso günstig fährt wie bei der herkömmlichen Kreditfinanzierung und gegenüber allen mit der besonderen Finanzierungsart verbundenen Risiken voll abgesichert ist. Die Gemeinde darf in ihrer Aufgabenerfüllung nicht unnötig beeinträchtigt werden. Die Belastung aus dem Vertrag soll im Rahmen der dauernden Leistungsfähigkeit getragen werden können (s. Nr. 7.2 aus Runderlass III Nr. 11/1994 vom 17. Februar 1994, Amtsblatt 1994, S. 178). Indexklauseln und Wertsicherungsklauseln dürfen grundsätzlich nicht vereinbart werden, wenn sich für die Gemeinde zusätzliche Belastungen gegenüber einer herkömmlichen Kreditfinanzierung ergeben können.
- die steuerlichen Fragen im Einzelfall durch die Finanzverwaltung geklärt sind,
- durch das Leasingverfahren nicht eine staatliche Förderung des Objekts verlorengelht und sich hierdurch trotz möglicher, mit dem Leasing verbundener Steuervorteile im Ergebnis eine zusätzliche Belastung gegenüber einer herkömmlichen Kreditfinanzierung ergibt.

Besonders zu beachten ist, dass

- dem Abschluss eines Leasingvertrages grundsätzlich eine Ausschreibung vorausgehen muss (§ 29 GemHVO; bei über 200.000 Europäischen Rechnungseinheiten - ECU - EG-weit, siehe § 11 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A).
- sichergestellt sein muss, dass der Leasinggeber und seine Vertragspartner die für die Kommunen geltenden Vergabegrundsätze (z. B. VOB/A, Mittelstandsförderungsgesetz, Umweltrichtlinien, öffentliches Auftragswesen usw.) einhalten.

I.3 Auswirkungen des Einsatzes privaten Kapitals auf öffentliche Zuwendungen

Es kann von dem Grundsatz ausgegangen werden, dass kommunale Projekte unter Einsatz privaten Kapitals dann förderfähig sind, wenn der Einsatz privaten Kapitals weder für den Bürger noch für den Staat zu höheren Belastungen als bei einer herkömmlichen Kreditfinanzierung führt und auch bei dieser Gestaltungsform ein zuverlässiger Aufgabenvollzug dauerhaft gewährleistet ist.

II. Steuerrechtliche Beurteilung

II.1 Allgemeines

Private Kapitalanleger streben als Leasinggeber bei Leasingmodellen zum Bau und Betrieb kommunaler Einrichtungen und zur Verbesserung der Rendite auch steuerliche Vorteile an. Die Vorteile bestehen in der Minderung der Einkommensteuer (Körperschaftsteuer, ggf. auch Gewerbesteuer) durch den sofortigen Abzug von Anlaufkosten oder durch Abschreibungen (Absetzungen für Abnutzung oder erhöhte Absetzungen, zusätzliche Sonderabschreibungen). Ist bei betrieblicher Kapitalanlage aus der Veräußerung des Objekts nach Ablauf der Mietzeit (des Leasingzeitraums) ein Gewinn zu versteuern, ergeben sich Zinsvorteile und bei der Einkommensteuer ggf. eine Steuerersparnis durch die ermäßigte Versteuerung des Veräußerungsgewinnes (mit dem halben Steuersatz).

Zu den steuerlichen Vorteilen kann es nur dann kommen, wenn das Leasingobjekt (die kommunale Einrichtung) den privaten Kapitalanlegern als Leasinggeber - in der Regel über eine Personengesellschaft oder Gemeinschaft - zugerechnet wird. Dies setzt voraus, dass die Personengesellschaft (zumeist Fondsgesellschaft in der Rechtsform der KG) oder Gemeinschaft als Leasinggeber nicht nur bürgerlich-rechtlicher, sondern auch wirtschaftlicher Eigentümer des Leasingobjekts ist.

II.2 Wirtschaftliches Eigentum

Wirtschaftliches Eigentum ist nach den handels- und steuerrechtlichen Bestimmungen bei der Person gegeben, die die Sachherrschaft über das Objekt ausübt; die Substanz und der Ertrag des Wirtschaftsgutes müssen vollständig und auf Dauer auf diese Person übergegangen sein (vgl. § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO). Für die Frage des wirtschaftlichen Eigentums - die nicht leasingspezifischer Natur ist - kommt es auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise an; maßgebend sind neben den vertraglichen Vereinbarungen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer und ihrer tatsächlichen Durchführung auch die Art des Leasingobjekts der kommunalen Einrichtung und der Verwendung durch den Leasingnehmer (also durch die Kommune).

II.3 Allgemeine Zurechnungsgrundsätze

Für die Frage, ob nach der Vertragsgestaltung das wirtschaftliche Eigentum im Einzelfall beim Leasinggeber (Fondsgesellschaft, Objektgesellschaft) angenommen werden kann, sind auch im Bereich des Kommunalleasing die von der Finanzverwaltung herausgegebenen allgemeinen Grundsätze (in den sogenannten Leasingerlassen) heranzuziehen.

Danach gelten

- für Vollamortisationsverträge (Leasinggeber erhält während der unkündbaren Grundmietzeit seine Investitionskosten vollständig über die Leasingraten ersetzt) über unbewegliche Wirtschaftsgüter die Regelungen im BMF-Schreiben vom 21.3.1972 (BStBl. I S. 188) und in den entsprechenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder sowie über bewegliche Wirtschaftsgüter die Regelung im BMF-Schreiben vom 19.4.1971 (BStBl. I S. 264) und in den entsprechenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder;
- für Teilamortisationsverträge (Leasingraten während der Grundmietzeit decken die Investitionskosten zum Teil) über unbewegliche Wirtschaftsgüter die Regelungen im BMF-Schreiben vom 23.12.1991 (BStBl. 1992 I S. 13) und in den entsprechenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder sowie über bewegliche Wirtschaftsgüter die Regelungen im BMF-Schreiben vom 22.12.1975 IV B 2 - S 2170 - 161/75 (Steuererlasse in Karteiform EStG § 6 Abs. 1 Ziff. 1 Nr. 45) und in den entsprechenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder.

II.4 Spezialleasing

Handelt es sich bei dem Leasingobjekt um ein Wirtschaftsgut, das speziell auf die Verhältnisse des Leasingnehmers zugeschnitten ist und nach Ablauf der Grundmietzeit nur noch bei ihm wirtschaftlich sinnvoll verwendbar ist, so ist der Leasingnehmer unabhängig von der Vertragsgestaltung von vornherein als wirtschaftlicher Eigentümer anzusehen; in diesem Fall liegt Spezialleasing vor.

Von Spezialleasing ist insbesondere dann auszugehen, wenn hinsichtlich des Leasingobjekts aufgrund seiner konkreten Beschaffenheit und seiner Lage ein Wechsel des Leasingnehmers (Benutzers) nicht denkbar ist und das Wirtschaftsgut ohne Umbaumaßnahmen bzw. Umstrukturierung von einem anderen Leasingnehmer nicht genutzt werden kann (mangelnde Drittverwendungsfähigkeit). Die sogenannte Drittverwendungsfähigkeit ist zu verneinen, wenn ein Wechsel des Leasingnehmers oder ein anderer Erwerber, bei dem das Objekt ebenfalls wirtschaftlich verwendbar wäre, ausgeschlossen erscheint.

Spezialleasing ist immer dann gegeben, wenn bei Abschluss des Leasingvertrages ein Markt für derartige Wirtschaftsgüter nicht besteht und daher ein Wechsel des Leasingnehmers ausgeschlossen erscheint; in einem solchen Fall übernimmt der Leasingnehmer nach Ablauf der Grundmietzeit das Objekt zwangsläufig (auch zivilrechtlich), weil ein anderer Erwerber nicht denkbar ist, insbesondere wenn mit der kommunalen Einrichtung eine nach geltendem Recht hoheitliche, im Verhältnis zum Bürger nicht privatisierbare Aufgabe durch die Kommune erfüllt wird.

II.5 Verfahren

Über die Frage, wem in Einzelfall das Leasingobjekt zuzurechnen ist, entscheidet das für den Leasinggeber (Fondsgesellschaft, Objektgesellschaft) zuständige Finanzamt; die Beurteilung durch dieses Finanzamt hat grundsätzlich Vorrang gegenüber einer vom Finanzamt des Leasingnehmers möglicherweise vertretenen anderweitigen Auffassung.

Vor der abschließenden Entscheidung des Finanzamtes im Rahmen der Veranlagung (Feststellung der Einkünfte) ist in einem verwaltungsinternen Verfahren der Einzelfall von den obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder zu erörtern, wenn es sich beim Leasingobjekt um ein kommunales Bauobjekt handelt und dieses dem Leasinggeber zugerechnet werden soll (entsprechendes gilt im übrigen für Bauobjekte anderer Gebietskörperschaften ebenfalls). Die Abklärung auf Bundesebene, die vom Finanzminister eingeleitet wird, dient der Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsanwendung im Hinblick darauf, dass die im Kommunalleasing errichteten Bauobjekte häufig so auf die Verhältnisse des Leasingnehmers zugeschnitten sind, dass Spezialleasing vorliegt. Sie betrifft Leasingobjekte, bei denen eine Kommune unmittelbar Leasingnehmer ist oder eine privatrechtlich organisierte Gesellschaft (Betriebs-GmbH, AG, Personengesellschaft), an der mehrheitlich Kommunen beteiligt sind, als Leasingnehmer der kommunalen Einrichtung auftritt; auch soweit kommunale Betriebe wie z. B. Stadtwerke Leasingverträge als Leasingnehmer abschließen, liegt ein Fall des Kommunalleasing vor.

Kommunale Bauobjekte sind z. B. Verwaltungsgebäude zur büromäßigen Nutzung; Betriebsgebäude (z. B. Lager, Kfz.-Halle und dergleichen für die Stadtwerke), Parkhäuser, Bürgerhäuser, Kultur-, Kongress- und Freizeitzentren, Kurhäuser, Freibäder und Thermalbäder, Schulen, Theater, Gewerbezentren, Energieversorgungsanlagen (Strom, Gas Wasser, Fernwärme), Abwasseranlagen, Müllverwertungs- und Verbrennungsanlagen, Kompostieranlagen usw. Auf die kommunalrechtliche Abgrenzung zwischen Pflichtaufgaben und freiwillig übernommenen Aufgaben der Kommunen bzw. ihrer Einordnung nach den Eigenbetriebsverordnungen kann es für die zur Sicherstellung einer einheitlichen Beurteilung angeordnete interne Vorlagepflicht ebensowenig ankommen wie auf steuerrechtliche Unterscheidung zwischen Gebäude und Betriebsvorrichtungen bzw. zwischen unbeweglichem und beweglichem Vermögen.

Die interne Prüfung auf Bundesebene kann eingeleitet werden, sobald die Kommunen mit einem bestimmten Anbieter auf dem Leasingmarkt die Durchführung eines kommunalen Bauobjektes im Leasingverfahren vereinbart hat; vor Abschluss der Ausschreibung und Erteilung des Zuschlages ist eine steuerliche Beurteilung schon im Hinblick auf die Wahrung der Wettbewerbsneutralität nicht möglich. Zur Vorlage bei den obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder ist sodann erforderlich, dass der Anbieter namens des Leasinggebers (Fondsgesellschaft oder Objektgesellschaft, der das kommunale Bauobjekt steuerlich zugerechnet werden soll) ein ausgearbeitetes Vertragswerk, dessen Verwirklichung konkret betrieben wird, zusammen mit einer eigenen Wertung der Zurechnungsfrage dem Finanzministerium übersendet; eine gleichzeitige Einreichung der Unterlagen beim zuständigen Finanzamt kann in der Regel entfallen.

Übertragung des Betriebes - Betreibermodell/Kooperationsmodell

Eine Kommune kann einem in der Rechtsform des Privatrechts tätigen Dritten (dem "Betreiber") die Durchführung einer gemeindlichen Aufgabe durch den Betrieb einer Anlage übertragen.

Die nachfolgende Darstellung geht davon aus, dass die Anlage im Eigentum des Betreibers steht.

I. Grundzüge

Anlagen, bei denen der Betrieb übertragen wird (z. B. Abwasserbeseitigungs- oder Abfallentsorgungsanlagen), werden herkömmlicherweise von den Kommunen als Bauherren finanziert und errichtet. Die Planungen erfolgen in der Regel durch ein privates Ingenieurbüro, die Bauleistungen werden nach einer öffentlichen Ausschreibung von privaten Firmen erbracht. Mit der Abnahme der Bauleistungen bzw. dem Ablauf der Gewährleistungsfristen ist die Tätigkeit der beteiligten Firma beendet. Die Anlagen werden regelmäßig in der Form eines Regiebetriebes von den Kommunen betrieben.

Bei der Übertragung des Betriebes wird dagegen die Anlage von einem durch öffentliche Ausschreibung ermittelten Betreiber (ggf. auch von mehreren Rechtspersonen) nicht nur errichtet, sondern auch selbst finanziert und langfristig - 20 bis 30 Jahre - in eigener Verantwortung und z. T. mit eigenem Personal betrieben. Die Kommune kann in diesem Zusammenhang dem Betreiber an denjenigen Grundstücken, auf denen die Anlage errichtet wird, ein Erbbaurecht bestellen. Es kann auch vorgesehen werden, dass der Betreiber von der Kommune eine bestehende Altanlage erwirbt.

Die Übertragung des Betriebes kann nicht an der Zuständigkeit der Kommune für die Erfüllung von Pflichtaufgaben ändern; übertragbar ist hier nur die **Durchführung**, nicht die **Aufgabe** selbst. Rechtsbeziehungen bestehen nur zwischen der Kommune und dem Bürger sowie der Kommune und dem Betreiber, der von der Kommune ein privatrechtliches Entgelt für seine Leistungen erhält.

II. Sonderform - Kooperationsmodell

Die Betreiberfunktionen müssen nicht von einem Betreiber (z. B. einer Betreibergesellschaft) allein ausgeübt, sondern können auf eine **Besitz- und eine Betriebsgesellschaft** aufgeteilt werden.

Die Bildung von Gesellschaften - in Form getrennter Besitz- und Betriebsgesellschaften, aber auch in Form einer Betreibergesellschaft - bietet der Gemeinde die Möglichkeit, sich im Sinne von § 101 Abs. 3 Nr. 3 GO zu beteiligen.

Die Beteiligung der Gemeinde sichert ihr einen stärkeren Einfluss auf die Durchführung der Aufgabe und kann z. B. im Einzelfall auch für die staatliche Förderung abfallwirtschaftlicher Maßnahmen von Bedeutung sein.

Bei einer Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand (insbesondere Kommunen) an der Betreiber- oder Besitzgesellschaft kann die Gesellschaft dem Förderbereich öffentlicher Träger zugerechnet werden. Sie kann damit selbst Empfänger staatlicher Finanzierungshilfen sein.

Beteiligt sich die Kommune mit mehr als einem Viertel an einer solchen Gesellschaft, so ist dieses bis zum 31. 12. 1998 gem. § 110 Abs. 4 i.V.m. § 110 Abs. 1 Nr. 7 GO genehmigungs-, danach anzeigepflichtig. Der Abschluss von Betreiber- bzw. Kooperationsverträgen ist grundsätzlich nach § 86 GO genehmigungspflichtig, weil in der Regel hierdurch langfristige finanzielle Bindungen eingegangen werden.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1 Fachgesetze

Die Übertragung der Ausführung einer Aufgabe muss nach den für die Aufgabe jeweils geltenden besonderen Vorschriften zulässig sein. So schließt das Wasserrecht nicht aus, dass die Gemeinden sich zur Erfüllung ihrer Abwasserbeseitigungspflicht (§ 18 a Abs. 2 Wasserhaushaltsgesetz) Dritter bedienen. Die Pflicht der Gemeinden zur Erfüllung dieser Aufgabe bedeutet nicht, dass sie die Abwasserbeseitigung mit eigenen Organisationsmitteln wahrnehmen müssen, soweit sie nur für die Aufgabenerfüllung verantwortlich bleiben und hoheitliche Funktionen selbst ausüben.

Vergleichbares gilt für das Abfallwirtschaftsrecht.

III.2 Kommunales Wirtschaftsrecht

Das Gebot der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung (§ 74 Abs. 2 GO BB) verlangt, dass die Wahl der Übertragung des Betriebs ein mindestens ebenso wirtschaftliches Ergebnis erwarten lässt wie eine herkömmliche Organisationsform (etwa der Regie- oder der Eigenbetrieb). Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Anlage bei gleichem Leistungsumfang und gleicher Leistungsqualität zu mindestens ebenso wirtschaftlich errichtet und betrieben werden kann. Bei dem Vergleich sind vor allem Fragen der Finanzierung, steuerlicher Auswirkungen, möglicher Rationalisierungseffekte, Organisationsvorteile und Optimierungsmöglichkeiten bei der Planung und dem Bau der Anlage zu berücksichtigen.

Dem Abschluss eines Betreibervertrages muss nach dem in § 29 GemHVO enthaltenen Grundsatz eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen. Der Gegenstand der zu errichtenden Anlage ist entweder als Bauleistung oder als eine sonstige Leistung, die nicht Bauleistung ist (z. B. eine Müllverbrennungsanlage) einzuordnen.

Die Grundsätze der VOL/A können im letzteren Fall im Rahmen des § 29 GemHVO zur Auslegung herangezogen werden. Liegt die sonstige Leistung über der Schwelle von 200.000 ECU, so finden die a-Paragraphen der VOL/A Anwendung. Im Falle von Bauleistungen kommen die Vorschriften der VOB/A einschließlich der a-Paragraphen zur Anwendung. Die Ausschreibungsmodalitäten lassen sich nur im Einzelfall bestimmen.

Danach hat bei Bauleistungen u. a. eine EG-weite Ausschreibung nach den Abschnitten 2 bis 4 VOB/A zu erfolgen, sofern die geschätzten Baukosten den Schwellenwert von 5 Mio ECU übersteigen.

Übernimmt die Gemeinde gegenüber einer Bank eine Garantiefunktion, um Kreditkonditionen für den Betreiber so günstig wie möglich zu gestalten, bedarf der Abschluss des Garantievertrages der Genehmigung (§ 86 Abs. 2 GO).

Auch die Bestellung von Sicherheiten durch die Gemeinde zugunsten Dritter, etwa die Mithaftung eines gemeindlichen Grundstückes für Grundpfandrechte an dem Erbbaurecht des Betreibers, ist genehmigungspflichtig (§ 86 Abs. 1 GO).

Will die Gemeinde eine vorhandene Anlage an den Betreiber veräußern, verstößt dieses nicht gegen § 90 Abs. 1 Satz 1 GO BB, weil sie die Anlage während der Laufzeit des Betreibervertrages nicht zur Erfüllung ihrer Aufgabe braucht. Im Betreibervertrag sollte bereits der Rückkaufwert der Anlage bei Vertragsende geregelt werden. Die Anlage darf nach § 90 Abs. 1 Satz 2 GO in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden.

III.3 Kommunalabgabenrecht

Das Aufkommen der Gebühren für die Benutzung der öffentlichen Einrichtungen soll nach dem Kostenüberschreitungsverbot (§ 6 Abs. 1 Satz 3 KAG) die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten nicht übersteigen. Das Kostenüberschreitungsverbot wird nicht dadurch verletzt, dass in den Kosten, die der Betreiber der Kommune in Rechnung stellt und die die Kommune mit ihren eigenen Kosten über die Gebühren an die Abgabenschuldner weitergibt, ein Gewinnanteil des Betreibers enthalten ist. Eine Verletzung des Kostendeckungsprinzips liegt nur vor, wenn die Gebührenkalkulation auf einen Gewinn der Kommune selbst angelegt ist.

III.4 Zuwendungsrechtliche Fragen

Projekte mit privater Beteiligung können grundsätzlich im gleichen Maße staatlich gefördert werden wie öffentliche, falls dauerhaft gesichert ist, dass der geförderte Zweck erreicht wird und die Projekte fachlich und rechtsaufsichtlich bedenkenfrei sind.

Grundvoraussetzung für die staatliche Förderung von Projekten im Rahmen der Übertragung von Betrieben ist, dass die Einschaltung des Betreibers weder für den Bürger (Anschlußnehmer) noch für den Staat zu einer erhöhten finanziellen Belastung führt.

Zuwendungsempfänger sind grundsätzlich die Kommunen, die die Zuwendung an den privaten Betreiber weitergeben.

Der Betreiber muss bereit sein, sich den gleichen förderrechtlichen Auflagen zu unterwerfen wie die Kommune. Der Betreiber wäre danach u. a. zu verpflichten, die Vorteile aus der staatlichen Förderung in Form eines Verzichts auf die Berechnung von Zinsen und Abschreibungen für den mit Zuschüssen finanzierten Teil der Investitionskosten an die Kommune weiterzugeben. Nur dann kann die Kommune ihrer Verpflichtung nachkommen, die Vorteile aus der staatlichen Förderung an die Beitrags- bzw. Gebührenpflichtigen weiterzugeben.

Zu den Auflagen, denen sich der Betreiber unterwerfen muss, gehört auch die Bindung an die Vorschriften des öffentlichen Verdingungswesens.

III.5 Steuerrechtliche Beurteilung

Steuerlich sind die Abwasserbeseitigungs- und die Abfallentsorgung durch die hierzu verpflichteten Körperschaften hoheitliche Tätigkeiten, die weder zu steuerlichen Pflichten (z. B. Körperschaft-, Gewerbe- oder Umsatzsteuer) noch zu steuerlichen Rechten (z. B. Vorsteuerabzug) führen. Anders ist die Rechtslage, wenn ein privater Unternehmer für die Kommune tätig wird.

III.5.1 Umsatzsteuer

Maßgebend für die umsatzsteuerrechtliche Beurteilung ist das Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 27. Dezember 1990 (BStBl. 1991 I S. 81). Zu den hier interessierenden Fragen gilt danach folgendes:

III.5.1.1 Allgemeines

Juristische Personen des öffentlichen Rechts (Kommunen) können im Rahmen des geltenden Rechts zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichtaufgaben wie z. B. Müll- und Abwasserbeseitigung Unternehmer i.S.d. § 2 Abs. 1 Umsatzsteuergesetz (privatrechtliche Gesellschaften) einschalten. Bei eigener Durchführung der Aufgaben würden die Hoheitsträger als Letztverbraucher mit der auf den Leistungsbezügen ruhenden Umsatzsteuer belastet, da im hoheitlichen Bereich keine Berechtigung zum Vorsteuerabzug besteht. Wenn jedoch der eingeschaltete Unternehmer - hier die Betreibergesellschaft - statt des Hoheitsträgers die Leistungen bezieht, wird damit grundsätzlich die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs beim eingeschalteten Unternehmer eröffnet. Andererseits sind die Leistungen des eingeschalteten Unternehmers an den Hoheitsträgern steuerbar und steuerpflichtig.

III.5.1.2 Vorsteuerabzug

Eingeschaltete Unternehmen sind zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, es sei denn, die Einschaltung eines Unternehmers ist rechtsmißbräuchlich, weil wirtschaftlich oder sonst beachtliche Gründe fehlen (§ 42 AO).

Rechtsmißbräuchlichkeit ist insbesondere dann anzunehmen, wenn diese Gestaltungsform allein zum Zweck der Steuerersparnis gewählt wurde.

Besteht die Berechtigung zum Vorsteuerabzug, verringert sich der Finanzbedarf während der Investitionsphase, weil die an den Investor ausgeführten Lieferungen und sonstigen Leistungen durch den Vorsteuerabzug von der Umsatzsteuer entlastet werden. Die Ersparnis beträgt 13,0435 % (15 % aus Gesamtkosten ohne Umsatzsteuer) der Gesamtkosten gegenüber herkömmlicher Finanzierung beim Bau durch die Kommune. Dieser umsatzsteuerliche Vorteil geht aber in der Betriebsphase verloren. Das von der Kommune zu zahlende Entgelt, das sich aus den Betriebskosten, den Kapitalkosten (= Zins und Abschreibung) und dem Gewinnaufschlag zusammensetzt, wird mit Umsatzsteuer belastet. Zu den Betriebskosten gehören auch diejenigen Kosten, die nicht der Umsatzsteuer unterliegen, insbesondere Personalkosten, Versicherungen und ertragsunabhängige Betriebssteuern. Da die Kommune, die das Entgelt an das eingeschaltete Unternehmen bezahlen muss, nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist, ergibt sich durch die Umsatzsteuer eine Belastung, die den Vorteil des Vorsteuerabzuges übersteigen kann.

III.5.1.3 Zuschüsse aus den öffentlichen Kassen

Werden Zahlungen wie z. B. Investitionskostenzuschüsse, auf die nur der Hoheitsträger - hier die Kommune - einen Anspruch hat, an den eingeschalteten Unternehmen geleistet; handelt es sich gleichwohl um ein steuerpflichtiges Entgelt für eine sonstige Leistung des eingeschalteten Unternehmers.

Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG gehört zum Entgelt für die Leistungen alles, was der Leistungsempfänger aufwendet, um die Leistung zu erhalten, jedoch abzüglich der Umsatzsteuer. Die Zahlungen der Hoheitsträger (= Leistungsempfänger) an den eingeschalteten Unternehmer werden regelmäßig - unabhängig von ihrer Bezeichnung z. B. als Zuschuss, Investitionskostenzuschuss, Zuwendungen, Beihilfe, Verlustabdeckung usw. und dem Zeitpunkt ihrer Entrichtung - aufgrund des Leistungsaustauschverhältnisses zwischen dem Unternehmer und dem Hoheitsträger entrichtet und sind damit Entgelt für die jeweilige sonstige Leistung (vgl. Abschnitt 150 Abs. 2 UStR) und deshalb weder echte Zuschüsse (vgl. Abschnitt 150 Abs. 4 UStR) noch nicht steuerbare Gesellschafterbeiträge (vgl. Abschnitt 6 Abs. 9 und 10 UStR).

Gleiches gilt unbeschadet der körperschaftsteuerrechtlichen Beurteilung, wenn Zahlungen wie z. B. Zuschüsse eines Landes, auf die nur der Hoheitsträger (z. B. eine Gemeinde) einen gesetzlichen oder sonstigen Anspruch an, unter Abkürzung des Zahlungsweges unmittelbar an den eingeschalteten Unternehmen geleistet werden. In diesem Fall liegt rechtlich und wirtschaftlich eine Zahlung an den Hoheitsträger und eine weitere Zahlung des Hoheitsträgers an den eingeschalteten Unternehmer vor.

Beispiel:

Mehrere Gemeinden haben eine GmbH gegründet und diese mit der Errichtung und dem Betrieb einer Müllverbrennungsanlage beauftragt. Die Gemeinden erhalten für den Bau auf Antrag Zuschüsse des Landes (Investitionskostenzuschüsse), die das Land auf Wunsch der Gemeinden unmittelbar auf das Konto der GmbH überweist.

Die Überweisung der Landeszuschüsse an die GmbH ist rechtlich und wirtschaftlich als Zahlung des Landes an die einzelnen Gemeinden und als weitere Zahlung der Gemeinden an die GmbH anzusehen. Die Zahlungen der Gemeinden an die GmbH sind unabhängig von ihrer Bezeichnung als Investitionskostenzuschuss Entgelt für die sonstige Leistung der GmbH.

Beim Betreibermodell nach I. unterliegen somit die staatlichen Zuwendungen als vorweg genommenes Entgelt der Kommune an den Betreiber der Umsatzsteuer.

III.5.1.4 Besonderheiten bei Anlagen der Abfallentsorgung

Im Rahmen der Abfallentsorgung ergeben sich bei der Umsatzsteuer aufgrund der anfallenden Verwertungserlöse und auch der Erbringung von Leistungen an Unternehmen Vorteile im Vergleich zum Betreibermodell bei der Abwasserentsorgung, weil bei der Abfallentsorgung im Gegensatz zur Abwasserentsorgung steuerpflichtige Umsätze auch gegenüber privaten Unternehmen getätigt werden, die ihrerseits vorsteuerabzugsberechtigt sind. Solche umsatzsteuerpflichtigen Verwertungserlöse werden durch Verkauf von Werkstoffen und Energie an Unternehmen erzielt. Gleiches gilt für die Erbringung von Leistungen an private Unternehmen.

III.5.2 Sonstige Steuern

Als Unternehmer unterliegt der Betreiber grundsätzlich auch der Einkommens-/Körperschaftsteuer sowie der Gewerbe- und Vermögenssteuer. Er kann aber auch die zeitlich befristeten Vergünstigungen nach dem Fördergebietgesetz (z. B. Sonderabschreibungen) oder Investitionszulagengesetz beanspruchen. Die genannten Steuern können in das Betreiberentgelt eingehen.

Die Gewerbesteuer wird zwar von der Gemeinde vereinnahmt, vermindert sich jedoch anschließend um die Gewerbesteuerumlage (kommunaler Finanzausgleich).

III.6 Kriterien für die Entscheidung der Kommune

III.6.1 Leistungsstandard

Die Leistung durch den Betreiber muss quantitativ wie qualitativ in bisherigen bzw. im zukünftig erforderlichem Maße gewährleistet und der Zugang der Bürger zu den Leistungen auf Dauer sichergestellt sein.

III.6.2 Finanzwirtschaftliche Kriterien

Die Aufnahmen von Krediten für Investitionen auf dem Gebiet der Abwasserbeseitigung zählt zu den rentierlichen Krediten. Voraussetzung hierfür ist selbstverständlich, dass entsprechend der Verpflichtung aus § 6 Abs. 1 KAG i.V.m. § 75 Abs. 2 GO und § 3 Abs. 2 KAG kostendeckende Gebühren erhoben werden.

Gegen die Genehmigung dieser Kreditaufnahme im Rahmen des § 85 Abs. 2 GO bestehen insoweit keine Bedenken. Sollten in diesem Zusammenhang kreditähnliche Rechtsgeschäfte vorliegen, so ist eine Genehmigung gemäß § 85 Abs. 5 GO erforderlich.

Die Gemeinde soll die Gebühren für die Benutzung der Anlage gem. § 6 Abs. 1 Satz 1 KAG so bemessen, dass auch die sog. kalkulatorischen Kosten (angemessene Abschreibungen und angemessene Verzinsung des Anlagekapitals) voll gedeckt werden. Wird der Schuldendienst so festgelegt, dass er aus den Gebührenerlösen für die kalkulatorischen Kosten erbracht werden kann, dann werden allgemeine Haushaltsmittel auch nicht vorübergehend beansprucht. Die Gemeinde kann auch Beiträge und schon Vorauszahlungen auf Beiträgen nach § 8 KAG erheben.

Durch eine denkbare Veräußerung der Altanlage an den Betreiber können der Kommune erhebliche Mittel zufließen. Allerdings zahlt die Kommune den Verkaufserlös wieder an den Betreiber zurück, weil dieser den Kaufpreis in sein Entgelt einbezieht. Außerdem wird die Veräußerung der Altanlage - jedenfalls bei der Abwasserbeseitigung (Kanalnetz) - praktisch kaum möglich sein, da das Übernahmerisiko für den Betreiber sehr hoch ist.

Das Betreiberentgelt ist durch einen Zuschlag für Wagnis und Gewinn belastet.

III.6.3 Rationalisierung

Die Übertragung des Betriebs kann die kommunale Verwaltung vor allem in der Bauphase entlasten. Anfallende Kommunalabgaben müssen die Kommunen selbst erheben. Durch die Rechtsbeziehungen zwischen Betreiber und Kommune entsteht ein zusätzlicher Verwaltungsaufwand (Kontrollaufgabe der Kommune, Betreiberentgelt). Gleichzeitig fällt aber der Verwaltungsaufwand für den Betrieb einer eigenen Anlage durch die Kommune weg.

Durch Spezialisierung und besondere Managementmethoden kann der Betreiber Rationalisierungsvorteile nutzen. Die tatsächlichen Vorteile können jedoch nur im Einzelfall festgestellt werden.

Spezialisierungs- und Rationalisierungseffekte bei Planung und Realisierung kommunaler Investitionen sind auch bereits durch die Einschaltung privater Planungs- und Baubetreuungsunternehmen erzielbar, die häufig als Verbundunternehmen der Sparkassen tätig sind und denen die Anforderungen aus dem kommunalen Bereich bekannt sind.

Wenn der Betreiber zwar eine bestehende Anlage, nicht aber das gemeindliche Personal übernimmt oder dieses nach Maßgabe eines Personalgestellungsvertrages einsetzt, muss die Kommune angemessene Lösungen für die betroffenen Bediensteten finden.

III.6.4 Monopolstellung des Betreibers, Risiko

Durch den Betreibervertrag bindet sich die Kommune jahrzehntlang an einen Betreiber. Das ist nur vertretbar, wenn der Preisgestaltungsspielraum vertraglich festgelegt wird, die Kommune ein angemessenes Kündigungsrecht für den Fall hat, dass der Betreiber seine Pflichten nicht erfüllt und wenn die Kommune außerdem berechtigt bleibt, die Bauleistungen für Erneuerungs- und Erweiterungsinvestitionen weiterhin selbst nach der VOB auszuschreiben. Im übrigen muss der Kommune bewusst sein, dass sie durch die lange Dauer des Betreiberverhältnisses eine über die rechtlichen Grundlagen hinausgehende faktische Bindung eingeht, die dem Betreiber eine starke Position bei Verhandlungen über Vertragsänderungen verschafft.

Diese Bindung ist noch stärker, wenn die Kommune gegenüber der Kreditgeberin des Betreibers eine Garantieerklärung abgegeben hat. In diesem Fall trägt sie das Konkursrisiko des Betreibers mit.

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass eine solche Garantieerklärung gemäß § 86 Abs. 1 GO genehmigungspflichtig ist.

Die mit der langjährigen Bindung an einen Betreiber verknüpften Probleme können dadurch gemildert werden, dass die Kommune sich an gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen auf der Betreiberseite selbst beteiligt (siehe Nr. II), um so einen größeren Einfluss auf den Betreiber zu erhalten. Eine völlige Vermeidung von Risiken lässt sich jedoch auch hierdurch nicht erreichen.

Übertragung der Betriebsführung oder Dienstleistung - Dienstleistungsvertrag

Bei dieser Form bleibt die Kommune Eigentümerin und Betreiberin der Anlage, jedoch ist die Betriebsführung einem privaten Unternehmen übertragen, der dafür ein Entgelt erhält. Die Rolle des Privaten beschränkt sich darauf, die Leitung des Betriebes zu übernehmen. Er tritt in rechtliche Beziehungen lediglich zur Kommune (formelle Privatisierung).

Ein Betriebsführungsvertrag hat gegenüber der Übertragung des Betriebs den Vorteil, dass die Kommune den Betriebsführer wechseln kann und dieser sich in regelmäßigen Abständen im Rahmen von Ausschreibungen im Wettbewerb stellen muss, während der Betreiber als Eigentümer der Anlage eine jahrzehntelange Monopolstellung innehat.