

## **Besonderes Verwaltungsrecht (4c)**

...

### d) Öffentliche Einrichtungen und wirtschaftliche Betätigung der Kommunen

#### aa) Ausgangspunkte: Die Kommunen als „Dienstleister“ und Kunden

Als allgemeine Staatsvorstellung ist das Bild vom Staat als Dienstleister (mit dem Bürger als Kunden) verfehlt. Die besonderen Aufgaben, Pflichten und Rechte jenseits einer gleichförmigen Wettbewerbsordnung heben den Staat vielmehr gerade von den gesellschaftlichen Akteuren ab; die Bürger sind nicht Kunden, sondern in ihren Grundrechten und demokratischen Bestimmungsrechten Ausgangs- und Zielpunkt der öffentlichen Verwaltung.

Dennoch ist richtig, daß der Staat in vielfacher Weise auch Dienstleistungen erbringt (sowohl in Monopolstellung wie auch im Wettbewerb mit anderen): Dabei ist die kommunale Daseinsvorsorge Teil der (i.w.S.) staatlichen Leistungsverwaltung. Traditionell wird sie – als Teil der Selbstverwaltung – in öffentlich-rechtlicher Form, etwa als Anstalt, Stiftung, Körperschaft oder Eigen- /Regiebetrieb wahrgenommen; ebenso ist aber die Wahl privatrechtlicher Rechtsformen möglich (s. u. bb)).

Die (theoretisch) entscheidende Frage in diesem Themenkreis ist, ob bereits der Umstand, daß die öffentliche Hand bestimmte Tätigkeiten ausübt (bzw. bestimmenden Einfluß darauf ausübt), diese Tätigkeit zu einer Verwaltungsaufgabe macht und dadurch insbesondere auch die Grundrechtsbindung nach Art. 1 III GG eintritt.

Davon zu trennen (zugleich jedoch damit verbunden) ist die Frage nach den Grenzen wirtschaftlicher Betätigungen der Kommunen, die sich verfassungsrechtlich z. B. durch entgegenstehende Grundrechte ergeben könnten, vor allem aber durch das einfache Gemeinderecht gezogen sind.

Ebenfalls rechtlich disponiert ist schließlich die Frage, nach welchen Regeln die Kommunen als Kunden am Wirtschaftsleben teilnehmen können (Vergaberecht).

Leseprogramm: *Wißmann*, Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVR) I, § 15 Rn. 4 f.

Zur Vertiefung: *Masing*, EuGRZ 2004, S. 395-403

bb) Rechtsformen kommunaler Einrichtungen, § 108 II NGO

Gemäß § 65 NLO gelten die §§ 82-125 NGO auch für die Landkreise

Allgemein werden kommunale Einrichtungen bestimmt als verselbständiger Bestand an Sachmitteln und ggfs. Personal, *mit dem öffentliche Aufgaben erfüllt werden* (letzteres als Begriffsmerkmal str., s. cc)) Ihre Verselbständigung und Widmung grenzt sie von den sonstigen öffentlichen Sachen ab.

Da der öffentlichen Hand bei der Organisation ihrer Einrichtungen grundsätzlich *Wahlfreiheit* zugestanden ist, sind in der Konsequenz auch öffentliche Unternehmen zu den öffentlichen Einrichtungen zu zählen, soweit sie das obengenannte allgemeine Kriterium erfüllen.

Die Wahlfreiheit hat zu einer Vielzahl von Formen im Bereich der öffentlichen Einrichtungen geführt. § 108 II NGO eröffnet für den Teil solcher Einrichtungen, der sich auf wirtschaftliche Betätigung richtet = Unternehmen folgende Möglichkeiten:

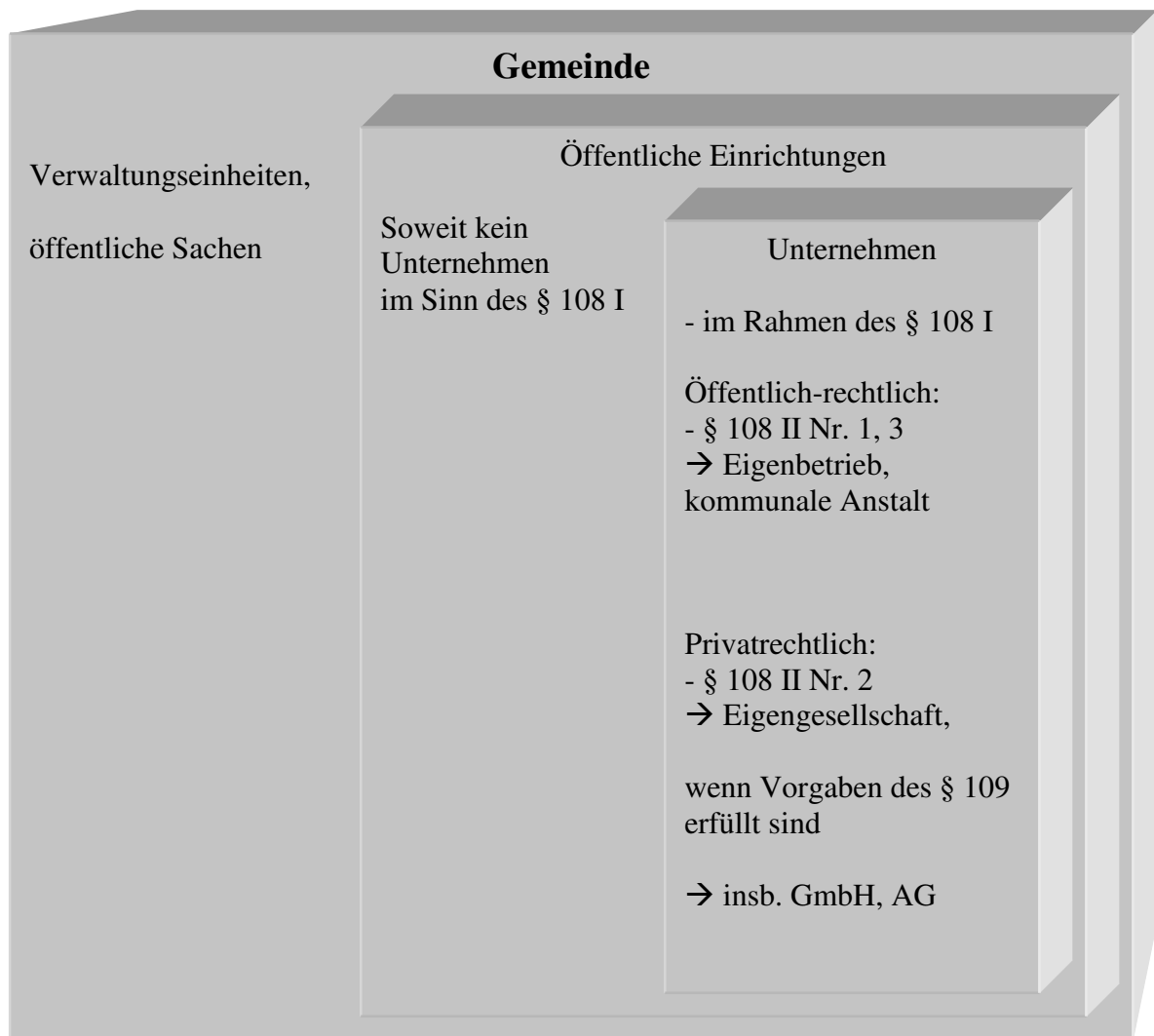
- Öffentlich-rechtliche Formen

- kommunaler *Eigenbetrieb* ohne eigene Rechtspersönlichkeit (§ 113 NGO) → Stellung eines Sondervermögens nach EigBetrVO → Werksausschuß des Rates als Gremium; im weiteren Eingliederung in die Gemeindeverwaltung (s. a.: Regiebetrieb)
- *Anstalten* (§§ 113a-g NGO) (allgemein seit 2003; zuvor schon Sparkassen) – auch über die Unternehmen i.e.S. hinaus, vgl. § 108 IV S. 3 NGO
- rechenmäßige Ausgliederung von Verwaltungseinheiten nach §§ 108 III, 110

- *privatrechtliche Form: Eigengesellschaft* nach Maßgabe des § 109 NGO

- insb. wg. Haftungsbeschränkung die GmbH, auch AG und KG auf Aktien
- Maßgabe: alle Anteile bei der Kommune, § 108 II Nr. 2
- Danach stellt sich die Frage nach Misch- und Beteiligungsgesellschaften auf kommunaler Eben zunächst nicht.
- § 108 II ist nach h.M. nicht abschließend: Möglich sind auch die Formen Stiftung, Verein

- keine Unternehmen im Sinn der NGO sind nach Maßgabe des § 108 III per definitionem die dort genannten öffentlichen Einrichtungen, soweit nicht die Ausnahmeregelungen des § 108 IV gelten; weiter sind keine Unternehmen die sonstigen Einheiten der kommunalen Verwaltung, die nicht auf wirtschaftliche Tätigkeit ausgerichtet sind. Für Sparkassen gelten gemäß § 108 V Sonderregelungen.



- insbesondere: *Zugang* zu öffentlichen Einrichtungen

- Ausgangspunkte: §§ 2 I 2 NGO, 17 I NLO; Regelung der Benutzung durch Satzung möglich, §§ 8 I Nr. 1, 9 I Nr. 1 NLO
- Zulassungsanspruch nach §§ 22 I NGO, 17 II 2 NLO
- Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich möglich (auch bei Anschluß- und Benutzungszwang) → „Zwei-Stufen-Theorie“

- zu beachten ist, daß auch bei der Wahl der privatrechtlichen Ausgestaltung die öffentliche Hand ihre Grundrechtsbindung nicht verliert; Haftungsbeschränkungen durch AGB bzw. Satzung sind möglich (nicht in Bezug auf Amtshaftung), soweit nicht die Haftung durch VO geregelt wird.
- Kehrseite: möglicher Anschluß- und Benutzungszwang, §§ 8 S. 1 Nr. 2 NGO, 9 S. 1 Nr. 2 NLO als beschränkende Ausgestaltung des Eigentums (Art. 14 I 2, II GG). Grenzziehung zum Verbraucherschutzrecht.

Leseprogramm: *Ipsen*, Niedersächsisches Kommunalrecht, Rn. 671-680; weiter 681-708

### cc) Die wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinde

Nach den Vorgaben des § 108 NGO ist den Kommunen eine wirtschaftliche Betätigung grundsätzlich möglich. Überkommene Betriebe genießen kommunalrechtlich Bestandsschutz, für neue Betriebe gelten nach §§ 108 I 2 Nr. 1-3, II ff., 109, 114 weitgehende Restriktionen:

#### - Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung

- Die wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden ist begrenzt. Die h.M. stellt – entsprechend ihrer Engführung bei der Frage der öffentlichen Einrichtungen – darauf ab, daß jenseits der Zweckbestimmung einer öffentlichen Aufgabe, also im Bereich der reinen Erwerbstätigkeit, es bereits an der öffentlichen Einrichtung und auch der Verwaltungseigenschaft fehle (*Ipsen*, Rn. 585). Nach hier vertretener Auffassung kommt es dagegen nicht auf eine vorgeschaltete materielle Betrachtung an, sondern auf die rechtliche Grenzziehung durch das Kommunalrecht (das nach a.A. letztlich deklaratorischen Charakter hat). Im Ergebnis besteht freilich Einigkeit, daß → § 108 I 2 Nr. 1 NGO regelmäßig die rein erwerbswirtschaftliche Betätigung verbietet. Insbesondere ist die Gewinnerzielung zugunsten der öffentlichen Hand selbst kein öffentlicher Zweck.

- Eine Begrenzung der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand durch Art. 12, Art. 14 GG ist entgegen der h.M. abzulehnen

- kommunale Wirtschaftsunternehmen i. e. S.

- Versorgung: herkömmlich Energie (Elektrizität, Gas), Wasser, auch Fernwärme (Warmwasser); s. auch Verkehrsbetriebe

Die entsprechenden Leitungssysteme sind im Verbund kommunaler und staatlicher Tätigkeit entstanden (Gewinnung, Verteilung). Der Zusammenschluß der Netze ermöglicht heute die Entflechtung der jeweiligen Monopolstellungen und prinzipiell deren Privatisierung. Die transportierten Leistungen werden inzwischen vielfach auch von den Kommunen nur angekauft und weitergeleitet. Insoweit ist die Verpflichtung zum diskriminierungsfreien Zugang für Wettbewerber (etwa nach EnWG) konsequent. Zu unterscheiden ist hier der Betrieb des Netzes vom Handel im Netz, was durch die vorherrschenden integrierten Lösungen in manchen Bereichen verdeckt wird.

- Verkehrsbetriebe: s. NNVG, PBefG

- zum Problem der gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfe in Querverbänden  
EuGH, Slg. 2003, I-7747 (Altmark)

- Sparkassen

Sparkassen können als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts durch Gemeinde, Landkreise oder Zweckverbände errichtet werden. Einschlägig sind die besonderen Regeln des NSparkG. Sie sind durch ihren öffentlichen Auftrag gekennzeichnet und daher von privaten Bankunternehmen im Kern geschieden. Str. ist inzwischen sowohl die Zulässigkeit ihrer Privilegierungen (Haftung) wie die Frage ihrer Privatisierung (labeling). Für die Gewährträgerhaftung und Anstaltslast ist inzwischen ein Kompromiß erreicht (§ 5, 32 NSparkG).

- zur Organisation der Sparkassen *Ipsen*, Rn. 733-739.

- Exkurs: Kommunales Haushaltsrecht

- finanzverfassungsrechtliche Grundlagen: Art. 28 II 3, 106 GG; Art. 57 IV NV

- Steuern der Kommunen können als Satzungen nach Maßgabe des NKAG ergehen

- Einnahmequellen:

- Realsteuern (Grundsteuer, Gewerbesteuer), örtliche Verbrauchs- und Aufwandssteuer, Art. 106 VI GG

- Anteil Einkommenssteuer, Art. 106 V 1
  - Finanzausgleich/Finanzausgleich, Art. 106 VII, NFAG
  - Gebühren (Verwaltungsgebühr, Nutzungsgebühr) als Entgelte auf Grundlage einer Satzung, § 2 I NKAG; Obergrenze Kostendeckung, § 5 NKAG; weiterer mat. Maßstab Äquivalenzprinzip; Kostenermittlung nach Wirklichkeits- und Wahrscheinlichkeitsprinzip, § 5 III NKAG; Bindung an Gleichheitssatz, nach § 5 III 3 f. sozialpolitische Gründe zur Modifizierung möglich.
  - Beiträge für mögliche Vorteile, § 6 NKAG (z. B. Fremdenverkehrs- und Kurbeitrag, §§ 9 f. NKAG).
  - auch: privatrechtliche Entgelte, § 5 I 1 NKAG; hierzu zählen auch die Durchleitungsentgelte („Konzessionsabgaben“), § 48 EnWG
- insbesondere: Haushaltssatzung, Haushaltsplan, §§ 84 f. NGO
- Die öffentlichen Haushalte (Haushaltspläne) haben eine unverzichtbare Legitimationsfunktion. Sie stellen die geplanten Ausgaben der Exekutive unter den Vorbehalt einer demokratischen Vorabkontrolle und räumen so der Bürgerversammlung eine entscheidende Lenkungsmöglichkeit ein. Dies gilt auch für die Kommunen. Der Haushaltsplan nach § 85 NGO weist die erwarteten Einnahmen und Ausgaben (inkl. Stellenplan) aus. Durch die Haushaltsneuordnung von 2005 ist hierbei nun von Erträgen und Aufwendungen auszugehen, § 82 IV 2 NGO, vgl. auch § 82 VI.
  - die Gemeinden haben ihren Haushaltsplan in einer jährlich zu erlassenden Haushaltssatzung niederzulegen, sowie die Liquiditätskredite und die Steuersätze, § 84 NGO; vgl. zur Bilanzpflicht § 96 NGO. Gegenstück ist der Jahresabschluß, § 100 NGO.
  - Genauer ist nach neuem Recht ein Ergebnishaushalt vom Finanzhaushalt (Einzahlungen/Auszahlungen) zu unterscheiden, § 85 II 1 NGO. Durch § 82 III NGO von 2005) sind die Kommunen auf die doppelte = kaufmännische Buchführung verpflichtet; zur Überleitung bis 2011 GemHNeuOG.

- Die Maßstäbe von § 82 II begründen nach der Rspr. nur eine eingeschränkte Kommunalaufsicht nach dem Maßstab der Vertretbarkeitskontrolle.

- insbesondere: Neues Steuerungsmodell

- die hier geschilderte Neufassung der Gemeindegewirtschaft zielt auf die Umsetzung des NStM. Dessen Ziel ist es, statt der kameralistisch-anonymen Ausgaben/Einnahmen-Ordnung eine konkrete Relation von Verwaltungsdiensten in ihren Kosten und Erträgen aufzustellen („Produkte“). Dies wird dadurch erreicht, daß die haushaltsmäßige Erfassung sich auf die Gegenüberstellung von Ressourcen in Aufkommen und Verbrauch konzentriert.

- das neue Steuerungsmodell, das mit Budgets arbeitet, relativiert auch die Jährlichkeit des Haushaltsrechts. Nach § 20 GemHKVO sind Budgetreste inzwischen regelmäßig übertragbar.

Leseprogramm: *Ipsen*, Niedersächsisches Kommunalrecht, Rn. 803-825, insbesondere auch zum bisher geltenden Recht.

Zur Vertiefung: *J.-P. Schneider*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 103 ff.;

- Die Kommunen als öffentliche Auftraggeber

- §§ 97 ff. GWB verpflichten die Kommunen zu besonderen Regeln vor der Vergabe öffentlicher Aufträge.

- Es gilt eine Ausschreibungspflicht, § 100 I GWB – Schwellenwerte

- weitere Verpflichtungen nach LVergabeG (Bauwesen), § 32 II GemHVO (→ VOB; VLO)