

Erfahrungen mit der Privatisierung in der Praxis

Margarete Mühl-Jäckel

I. Vorbemerkung

Der Titel des Beitrages „Erfahrungen mit der Privatisierung in der Praxis“ macht bereits deutlich, dass es nicht um einen Überblick mit quasi objektivem Geltungsanspruch geht, sondern vielmehr ein durchaus subjektiver Erfahrungsbericht zu erwarten ist: Ein Erfahrungsbericht vor dem Hintergrund einer Anwaltssozietät, deren Anwälte sich über 20 Jahre mit Berlin-Brandenburger Verankerung auch in anderen Bundesländern mit dem Thema befasst haben. Diese Erfahrungen sind vielleicht nicht repräsentativ; sie vermögen gleichwohl aber einen gewissen Überblick zu geben – in jedem Falle liefern sie die Grundlage für eine hoffentlich anregende Diskussion.

Der Überblick erfolgt in 4 Teilen. Der erste Schritt wendet sich der Frage zu, *was* eigentlich Gegenstand kommunaler Privatisierungsentscheidungen ist. Welche Sachgebiete prägen die anwaltliche Befassung? Anschließend geht es um die Motivlage, also der Frage, *warum* Kommunen privatisieren. Nachdem in einem dritten Schritt die (verfassungs-)rechtlichen Ausgangspunkte für jegliche Privatisierungsinitiativen genannt werden, zeigt der Hauptteil überblicksartig einige Punkte auf, die besonders auffällig sind und sich bei Diskussionen – oft auch mit den ehrenamtlichen Gemeindevertretern – gerade in letzter Zeit immer wieder stellen.

Eine Begriffsklärung und ein Eingeständnis sind dabei angebracht: Der Erfahrungsbericht klammert im Folgenden die sogenannte materielle Privatisierung aus. Bei ihr geht es regelmäßig um die Rückführung öffentlicher Leistungen in die Privatwirtschaft, erfasst damit also die durch gesetzliche Anordnung erfolgte Ausgliederung aus dem Bereich kommunaler Tätigkeit in die wirtschaftliche Eigenverantwortung Privater. Vielmehr widmet sich der Erfahrungsbericht praktischen Erkenntnissen und Rechtsfragen, die sich aus der sogenannten formellen Privatisierung, nämlich der Umwandlung kommunaler Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform oder als Regiebetrieb hin zu

Unternehmen mit privater Rechtsform ergeben. Hierbei werden auch die Fälle, in denen Kommunen nach Gründung kommunaler Eigengesellschaften Private Dritte als Mitgesellschafter beteiligen, einbezogen.

II. Was wird privatisiert?

Bei der Frage, in welchen Bereichen Gemeinden privatisieren, sich also – meistens in der Rechtsform juristischer Personen des Privatrechts – wirtschaftlich betätigen, fällt der Befund etwas anders aus, als dies Wirtschaftsverbände oder Unternehmensvereinigungen vielleicht erwarten. Gegenstand der anwaltlichen Befassung bei der Beratung von Kommunen sind nicht exotisch anmutende Unternehmensbetätigungen, wie etwa das kommunale Nagelstudio oder der Eigenbetrieb, der nach Umwandlung in die privatrechtliche GmbH für private Auftraggeber im Bereich des Garten- und Landschaftsbaus tätig wird.¹

Vereinzelte geblieben ist auch ein länger zurückliegender Mandatsanlass, bei dem eine brandenburgische Gemeinde nach planerischer Neuordnung des innergemeindlichen Zentrumsbereiches auf die Idee verfiel, die innerstädtische Sanierung durch den zum privatwirtschaftlich tätigen Bauunternehmen umgewandelten Bauhof und seine Mitarbeiter ausführen lassen zu wollen. Dies sind nicht die typischen Fälle, die die Privatisierung prägen. Dies bestätigt auch die Aussage der Kommunalabteilung des Innenministeriums, wonach sich Zulässigkeitsfragen der Privatisierung vor allem in den Bereichen kommunaler Daseinsvorsorge, wie der kommunalen Energieversorgung, der Abfallentsorgung, des öffentlichen Personennahverkehrs oder – mit immer stärker werdendem Akzent – im Bereich der kommunalen Krankenhausversorgung ergeben.

Die Antwort der Landesregierung in der Landtagsdrucksache 5/2601, in der die Landesregierung das Ergebnis der Erhebung des Amtes für Statistik Berlin-Brandenburg vom 7. Dezember 2010 mitgeteilt hat, stützt diesen Befund. Die Übersicht über die kommunalen Unternehmen in den Landkreisen und kreisfreien Städten zeigt, dass der ganz überwiegende Teil der Unternehmen Geschäftszwecke aufweist, die sich in der Tat in den Bereichen der kommunalen Daseinsvorsorge bewegen.

1 Vgl. dazu etwa OLG Karlsruhe, Urteil vom 16.11.2000 – 4 U 171/99, zitiert nach juris; OLG Düsseldorf, DVBl. 2001, S. 1283ff.; OLG Hamm, NJW 1998, S. 3504f. (Gelsengrün); der BGH hat durch Beschluss vom 8.10.1998 – ZR 284/97 die Revision nicht zur Entscheidung angenommen; BGH Urteil vom 24.9.2003 – KZR 4/01, GRUR 2003, S. 167ff., zitiert nach juris.

Diese Feststellung ist notwendig: Denn nachdem die Landesregierung beschlossen hatte, die Kommunalverfassung in den §§ 91 ff. BbgK-Verf – Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung – zu novellieren, wurde bei privaten Unternehmen die Befürchtung geweckt, kommunale Begrenztheiten würden künftig zu einer bedrohlichen Konkurrenz der Unternehmen vornehmlich des Mittelstandes führen. Diese Erfahrung ist indes nicht bestätigt. Befürchtungen und Skepsis, wie sie in diesen Wochen von dem einen oder anderen Diskussionsteilnehmer aus der privaten Wirtschaft zu hören sind, steht die Anwaltschaft sehr viel nüchterner gegenüber. Deutlicher formuliert: Es geht bei der formellen Privatisierung in der Praxis regelmäßig eher um moderate Neudefinition und Stärkung kommunaler Daseinsvorsorge, nicht aber um die Ermöglichung unternehmerischer Husarenritte von Bürgermeistern und Beigeordneten.

III. Warum privatisieren Kommunen?

Die Motive, die Gemeinden dazu bringen, anstelle „klassischer“ Instrumente wie dem Regie- und Eigenbetrieb auf – um nur ein Beispiel zu nennen – kommunale Eigengesellschaften zu setzen, sind vielfältig². Mehrere Motive sind zu unterscheiden:

Ein Motiv ist die unzureichende kommunale Finanzausstattung.³ Die Rechtsprechung insbesondere der Landesverfassungsgerichte hat in den letzten Jahren herausgearbeitet, dass der Anspruch der Kommunen auf eine aufgabenangemessene Finanzausstattung auch bei fehlender Leistungsfähigkeit des Landes die vom Land zu gewährleisten Mindestausstattung nicht unterschreiten darf.⁴ Die verfassungsrechtliche Zustandsbeschreibung ist das Eine, praktische Wirklichkeit das Andere. Ungeachtet der kommunalfreundlichen Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte bleibt es dabei, dass die Länder ihre Kommunen bei der Finanzierung der ihnen bundes- wie landesseitig übertragenen Aufgaben schlicht im Stich gelassen haben, was bei zahlreichen Kommunen neben Überlegungen zum Aufgabenabbau und zu Effizienzsteigerung auch Betrachtungen zur Erschließung neuer

2 Dazu ausführlich *Schneider*, Rechts- und Betriebsformen, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2. Aufl. 2010, D.

3 In diesem Sinne auch *Henneke*, Kommunen als Unternehmer?, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis (Fn. 2), A Rn. 7ff.

4 LVerfG Brandenburg, NVwZ-RR 2000, S. 129ff.; dazu auch LVerfG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 11.5.2006 – 1/05, 5/05, 9/05, zitiert nach juris.

Einnahmequellen forciert hat⁵. Anders ausgedrückt: Die Kommunalpolitik hofft immer häufiger nach dem Motto: „Der Zweck heiligt die Mittel“ die kommunale Haushaltswirtschaft durch unternehmerische Betätigung mit Kommunen als Profitcenter sanieren zu können⁶.

Die Haushaltskrise hat mithin viele Kommunen dazu veranlasst, einen Lösungsbeitrag in einer Ausweitung unternehmerischer Tätigkeit zu suchen; eine Entwicklung, die nicht neu ist. Während beispielsweise die Kommunalwirtschaft vor dem Ersten Weltkrieg auf die Daseinsvorsorge für die Gemeindebürger fixiert war, dabei aber auch durchaus beträchtliche Gewinne für die kommunalen Haushalte abwarf, dehnte sich die kommunale Wirtschaftstätigkeit in der Weimarer Zeit auch in den Bereich der reinen Erwerbswirtschaft aus – dies allerdings nicht aus unternehmerischen Motiven, sondern als Ersatz für die nach dem Zweiten Weltkrieg erheblich geschwächte mittelständische Wirtschaft.⁷ Die Strukturen dieser Bestimmung sind noch heute in den Definitionen für die kommunalwirtschaftliche Betätigung von Kommunen zu finden. §67 der Deutschen Gemeindeordnung ist das Vorbild für die entsprechenden Regelungen in den Kommunalverfassungen der einzelnen Länder geworden.⁸

Als Erklärung tritt neben die unzureichende kommunale Finanzausstattung der Versuch einer Verwaltungseffektivierung. Die Entwicklung der kommunalinternen Strukturen der letzten Jahre zeigt auf, dass betriebswirtschaftliche Steuerungs- und Managementinstrumente seit etwa anderthalb Jahrzehnten Einzug in die kommunale Verwaltung gehalten haben. Fachbereiche erhalten Budgets, können innerhalb ihres Budgets eigenverantwortlich wirtschaften und können in diesem Rahmen auch darüber entscheiden, ob sie benötigte Dienstleistungen, die bisher Querschnittsämtern zugeordnet waren, selbst erbringen oder sie am Markt „einkaufen“. Durch die Budgetierung wird nicht nur die Ausgabensenkung begünstigt, sondern gleichzeitig die Einnahmeerzielung angeregt: Kreativität wird freigesetzt, die nicht nur darauf ausgerichtet ist zu prüfen, wie die bestehenden Strukturen verbessert werden können, sondern auch darauf abzielt, durch Erschließung neuer Geschäftsfelder weitere Einnahmen generieren zu können.⁹

5 Vgl. Henneke, Kommunen (Fn. 3), A Rn. 9.

6 Vgl. Henneke, Kommunen (Fn. 3), A Rn. 9.

7 §67 der Deutschen Gemeindeordnung vom 30.1.1935 hat dort seinen Ursprung; vgl. auch Rennert, Der Selbstverwaltungsgedanke im kommunalen Wirtschaftsrecht, JZ 2003, S. 385 (394) m. w. N.

8 Vgl. Henneke, Kommunen (Fn. 3), A Rn. 11.

9 Henneke, Kommunen (Fn. 3), A Rn. 12, 13.

Beispielhaft sei erwähnt: Das kommunale Krankenhaus reagiert etwa auf die demografische Entwicklung und entwickelt unter Vernetzung mit freien Trägern Leistungsangebote für eine „Medizin in der 2. Lebenshälfte“, die auf ein Netzwerk von Altenheimträgern, Betreuungsunternehmen und möglicherweise niedergelassenen Ärzten setzt.

IV. Der rechtliche Ausgangspunkt für Privatisierungsbestrebungen

Den rechtlichen Rahmen für die so verstandene Privatisierung schaffen in Brandenburg die §§91ff. BbgKVerf, die die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden oder Landkreisen regeln. Es geht damit um die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden zur Erledigung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft (§91 Abs. 2 BbgKVerf). Die Gesetzeslage gibt den verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt wieder. Öffentliche Aufgaben müssen nicht zwingend im Rahmen öffentlich-rechtlicher Organisationsformen wahrgenommen werden. Die Entscheidung einer kommunalen Körperschaft darüber, ob sie ihre Aufgaben in öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Handlungsformen erfüllt, ist vielmehr eine von ihrem verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstverwaltungsrecht umfasste Organisationsentscheidung.¹⁰ Diese organisationsbezogene Freiheit nimmt sogar Mehrkosten in Kauf. Zwar ist die Kommune vor Beauftragung Dritter – beispielsweise im Bereich der Abfallentsorgung auf der Grundlage des §16 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG – mit Blick auf ihre Verpflichtung, Ausgaben so niedrig wie möglich zu halten, gehalten zu prüfen, ob sie die den Gegenstand des Auftrags bildenden Tätigkeiten nicht in eigener Regie kostengünstig selbst vornehmen kann.¹¹ Solange allerdings entstehende Kosten keine grob unangemessene Höhe erreichen¹², sind auch Mehrkosten, die etwa aus der Beauftragung privater Dritter – auch eigener Gesellschaften resultieren – gebührenfähig.¹³

10 BVerwG, NVwZ 1999, S. 653; VGH Mannheim, Urteil vom 31.5.2010 – 2 S 2423/08, zitiert nach juris.

11 VGH Mannheim, Urteil vom 31.5.2010 – 2 S 2423/08; VG Freiburg, Urteil vom 20.6.2008 – 4 K 1144/07, Rn. 56; jeweils zitiert nach juris.

12 VG Freiburg, Urteil vom 20.6.2008 – 4 K 1144/07, Rn. 56; VG Aachen, Urteil vom 8.7.2005 – 7 K 1884/04; jeweils zitiert nach juris.

13 BVerwG, NVwZ 1999, S. 653; VGH Mannheim, Urteil vom 31.5.2010 – 2 S 2423/08, zitiert nach juris.

V. Ausgewählte Themenbereiche

Wenn im Folgenden einige Einzelaspekte, also Erfahrungen mit der Privatisierung, angesprochen werden, sind dies Punkte, auf die sich die anwaltliche Beratung regelmäßig zu erstrecken pflegt. Es sind Punkte, bei denen man vor allem im Gespräch mit ehrenamtlichen Gemeindevertretern immer wieder Irrtümer beseitigen und Fehlvorstellungen korrigieren muss.

Vereinfacht ausgedrückt: Die privatwirtschaftliche Betätigung von Kommunen verschafft nicht nur Freiräume, sondern hat auch Grenzen zu beachten, die manchmal für den Einen oder Anderen mit Enttäuschungen verbunden sind. Diese Enttäuschungen treten ein, wenn das frisch gegründete Unternehmen, also die kommunale Eigengesellschaft, keineswegs so in den Dienst kommunalpolitischer Aufgabenerfüllung gestellt werden kann, wie die Gemeindevertretung sich dies vorstellt. Enttäuschungen treten auch ein, wenn bei der Auswahl der privaten Partner die Anforderungen des modernen Vergaberechts die kommunale Entscheidung formalisieren und damit Entscheidungsspielräume einschränken. Mit diesen Stichworten sind zwei Aspekte angesprochen, auf die im Folgenden eingegangen werden soll: Es geht zum einen um den Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Kommunalrecht, zum anderen geht es um die Auswirkungen des Vergaberechts, denen sich die Gemeinde gegenüber sieht.

1. Bundesrecht und Unternehmenssteuerung

Vielleicht geht es auf eine bundesdeutsche Neiddebatte zurück, wenn in den letzten Monaten verschiedentlich die Forderung erhoben wurde, der Gemeindevertretung solle Auskunft über die Höhe jener Gehälter erteilt werden, die Geschäftsführern kommunaler Eigengesellschaften gezahlt werden. Dieses Thema ging – wie man lesen konnte – sogar so weit, dass eine Landtagsfraktion einen Gesetzentwurf einbringen wollte bzw. eingebracht hat, in dem kommunalrechtlich die Rechtsgrundlage für derartige Auskunftspflichten vorgesehen werden sollte. Tatsächlich sind diese Diskussion und die Versuche vieler Gemeindevertreter, Geschäftsführervergütungen zum Gegenstand (kommunal-)politischer Erörterungen zu machen, nicht nur Ausdruck kommunalpolitischen Kontrollstrebens, sondern auch rechtlicher Missverständnisse. Diese Missverständnisse zeigen sich auch an Beispielen, in denen nach Gründung der privatrechtlichen Trinkwasserversorgungs-GmbH

trotz wirtschaftlicher Notwendigkeiten die Vertreter in der Gesellschafterversammlung oder im fakultativen Aufsichtsrat der Meinung sind, betriebswirtschaftlich notwendige Preise dürften schon deswegen nicht durchgesetzt werden, weil es darum gehen müsse, „bezahlbares“ Trinkwasser zu gewährleisten.

Gleich, ob es um Auskünfte zu Geschäftsführervergütungen oder aber den Willen geht, die kommunale Eigengesellschaft in den Dienst politischer Gestaltung zu stellen, muss eines festgehalten werden: Formelle Privatisierung geht mit einem Verlust politischer Steuerung zwingend einher. Dies soll am Beispiel der Auskunftsansprüche zu Geschäftsführervergütungen deutlich gemacht werden.

Hat sich eine Kommune dazu entschlossen, allein oder mit einem privaten Mitgesellschafter kommunale Aufgaben in der Rechtsform der GmbH zu erfüllen, ist es vor allem die Bestimmung des §97 Abs. 7 Satz 1 und 2 BbgKVerf, die die Kontroll- und Steuerungsfunktion der Gemeindevertretung bzw. des Hauptausschusses gegenüber den selbständigen Unternehmen der Kommune gewährleisten soll.¹⁴ Satz 1 statuiert eine Unterrichtungspflicht, die die Vertreter der Gemeinde in den Organen des Unternehmens, insbesondere in der Gesellschafterversammlung – im gesetzlichen Regelfall (vgl. §97 Abs. 1 S. 1 BbgKVerf) den Hauptverwaltungsbeamten – trifft und die Gemeindevertretung „über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten“ haben. Die Vorschrift begründet eine Obliegenheit des Hauptverwaltungsbeamten, begründet aber bereits ihrem Wortlaut nach keine Auskunftsansprüche der Gemeindevertretung selbst.

Dies geschieht allerdings durch §97 Abs. 7 Satz 2 BbgKVerf. Nach dem Wortlaut der Norm kann der Hauptausschuss bzw. die Gemeindevertretung von den Vertretern der Gemeinde jederzeit Auskunft verlangen.¹⁵ Das Auskunftsrecht wird gemeinhin als Ausfluss der Gestaltungsbefugnis von Gemeindevertretung und Hauptausschuss angesehen. Ähnlich wie dem staatsrechtlichen Parlament kommt diesen Gremien die Aufgabe zu, an der lokalen Rechtssetzung mitzuwirken und die Kontrolle über die Verwaltung auszuüben. Für eine effektive Wahrnehmung dieser Aufgabe sind die Gremien angesichts der Vielzahl und Komplexität der zu beurteilenden Gegenstände auf Informationen aus

14 LTDruks 4/5056, S. 281 – Begründung zu §97 Abs. 7.

15 Daran hat sich durch die Neufassung des §97 Abs. 7 BbgKVerf durch Gesetz vom 9.1.2012 prinzipiell nichts geändert. Der Auskunftsanspruch besteht jetzt zwar unmittelbar gegenüber dem Hauptverwaltungsbeamten, ihm sind jedoch die Vertreter der Gemeinde berichtspflichtig.

dem Bereich der Verwaltung angewiesen.¹⁶ Deshalb bedarf es nicht einmal der ausdrücklichen Normierung in §97 Abs. 7 Satz 2 BbgKVerf; denn ein solches Auskunftsrecht besteht schon als „verfassungsunmittelbarer Informationsanspruch“.¹⁷ Das Informationsrecht des §97 Abs. 7 Satz 2 BbgKVerf steht dem Gremium, also nicht dem einzelnen Gemeindevertreter zu. §97 Abs. 7 Satz 2 BbgKVerf sieht die Gemeindevertretung als Adressaten an, weil sie es ist, die in erster Linie dazu aufgerufen ist, das Unternehmen zu steuern und zu überwachen.¹⁸ Im Rahmen des §97 Abs. 7 BbgKVerf stehen Unterrichtungen wie Auskünfte zudem in engem Zusammenhang mit dem der Gemeindevertretung eingeräumten Weisungsrecht gegenüber den Vertretern der Gemeinde nach §97 Abs. 1 Satz 6 BbgKVerf.¹⁹ Wenn damit nur das Organ als Ganzes die Rechte nach §97 Abs. 7 Satz 2 BbgKVerf geltend machen kann, bedarf es also zum Auskunftsverlangen stets eines Mehrheitsbeschlusses entweder in der Gemeindevertretung/Stadtverordnetenversammlung oder im Hauptausschuss. Dies ist nicht zu beanstanden. Dass die dem Organ – Stadtverordnetenversammlung oder Hauptausschuss – zustehenden Rechte nur „die Mehrheit“ ausüben kann, ist rechtsstaatlich gewollt. Dies folgt aus dem durch die Verfassung vorgegebenen Demokratieprinzip (Art. 20 und 28 GG) und schließt bereits deshalb den Einwand aus, es könne gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen, wenn der „Minderheit“ oder einem Einzelnen (Gemeindevertreter) nicht die gleichen Rechte zugestanden würden wie „der Mehrheit“.²⁰

Allerdings macht der Wortlaut bereits deutlich, dass der Anspruch des Hauptausschusses bzw. der Gemeindevertretung nach §97 Abs. 7 Satz 3 BbgKVerf nur besteht, „soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist“. Die Regelung zum Informationsanspruch des einzelnen Gemeindevertreters gegenüber dem Hauptverwaltungsbeamten nach §29 BbgKVerf sieht in Satz 4 vor, dass Auskunft und Akteneinsicht zu verweigern sind, „wenn und soweit schutzwürdige Belange Betroffener oder Dritter oder ein dringendes öffentliches Interesse entgegensteht“. Dies macht deutlich, dass Informationsbegehren stets Schranken ausgesetzt sind. Dem Gesetzgeber ist es mit dieser Formulierung schon bei der Vorgängervorschrift des früheren §104 Abs. 4 GO darum gegangen, eine Grenze in der „Verschwiegenheitspflicht über Betriebs- und

16 Vgl. zum Auskunftsrecht der Gemeindevertreter OVG Lüneburg, DVBl. 2009, S. 920f.

17 OVG Lüneburg, DVBl. 2009, S. 920f.

18 OVG Lüneburg, DVBl. 2009, S. 920f.

19 OVG Lüneburg, DVBl. 2009, S. 920f.

20 Wie hier auch ausdrücklich OVG Magdeburg, Urteil vom 12.12.1998 – A 2 S 502/96, Rn. 71, zitiert nach juris.

Geschäftsgeheimnisse“ zu ziehen. Die Standardkommentierung²¹ weist darauf hin, dass zu den Betriebsgeheimnissen „Informationen aus dem technischen Bereich“ und zum Geschäftsgeheimnis „solche aus dem kaufmännischen Bereich“ zählen. Daneben werden von der Rechtsprechung als „allgemeine Schranke“²² „wirtschaftliche oder datenschutzrechtliche Vorschriften“, im Übrigen auch „Personalangelegenheiten [...] typischerweise als geheimhaltungsbedürftig“²³ angesehen.

Der Gesetzgeber macht mit der Beschränkung in beiden Vorschriften deutlich, dass mit der Entscheidung zur formellen Aufgabenausgliederung zugleich eine Pflicht zur Selbstbeschränkung der öffentlichen Hand einhergeht: Wer sich im Zuge der Privatisierung kommunaler Aufgaben für Organisationsformen des Privatrechts entscheidet, muss einen eigenverantwortlichen Aktionsraum des verselbständigten kommunalen Unternehmens anerkennen.²⁴ Kommunale Stadtwerke haben sich – um ein Beispiel zu nennen – etwa bei der Strom- und Gasversorgung im freien Wettbewerb zu behaupten, sie handeln gewinnorientiert. Ebenso wie bei privaten Konkurrenzunternehmen ist es erforderlich, dass über geheimhaltungsbedürftige Tatsachen striktes Stillschweigen bewahrt wird. Dies liegt für Geschäftsführervergütungen offen zu Tage: Abgesehen davon, dass derart sensible Daten zur politischen Auseinandersetzung genutzt werden können, schwächt es die Fähigkeit des kommunalen Unternehmens zur Gewinnung geeigneten Personals, wenn der Bewerber für die verantwortliche Stellung des Geschäftsführers damit rechnen muss, dass Interna seines Anstellungsvertrages Gegenstand kommunalpolitischer wie öffentlichkeitsbezogener Debatten werden. Soweit das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG die Schaffung kontrollfreier Räume verbietet, wird dem durch die Einrichtung einer Beteiligungsverwaltung des § 98 Bbg-KVerf, vor allem durch den regelmäßig zu erstellenden Beteiligungsbericht, Rechnung getragen.²⁵ Der Beteiligungsbericht hat alle Angaben über alle wesentlichen Angelegenheiten der Gesellschaft zu enthalten.²⁶

21 So *Benedens*, in: Schumacher/Augustesen/Benedens u. a. (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Brandenburg, Bd. I, § 104 GO, Anm. 6.

22 OVG Magdeburg, Urteil vom 12.12.1998 – A 2 S 502/96, Rn. 88, zitiert nach juris.

23 *Will*, Informationszugriff auf AG-Aufsichtsratsmitglieder durch Gemeinden, *VerwArch* 94 (2003), S. 248 (251).

24 Siehe hierzu *Ganzer/Tremml*, Die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder einer kommunalen Eigengesellschaft in der Rechtsform einer mitbestimmten GmbH – dargestellt anhand der Rechtslage in Bayern, *GewArch* 2010, S. 141 (146).

25 Im Internet abrufbar unter www.potsdam.de/cms/beitrag/0046951/721524.

26 *Ganzer/Tremml*, *GewArch* 2010, S. 141 (149); dazu auch Ministerium des Innern des Landes Brandenburg, Rundschreiben vom 22.12.2009.

Mit dem Beteiligungsbericht soll die privatwirtschaftliche Tätigkeit der Gemeindevertretung gegenüber transparenter und besser kontrollierbar gestaltet werden.²⁷ Damit wird der Steuerungs- wie Kontrollfunktion der Kommune Rechnung getragen, gleichzeitig werden aber die Belange des Unternehmens „am Markt“ gewahrt. Dabei kann man sich wohl auch nicht auf den Standpunkt stellen, Angaben über Geschäftsführervergütungen könnten zum Bestandteil des Beteiligungsberichtes gemacht werden. Vielmehr ist §286 Abs. 4 HGB zu beachten. Bei Gesellschaften die keine börsennotierten Aktiengesellschaften sind, können die Angaben über die Gesamtbezüge der in §285 Nr. 9 lit. a und b HGB bezeichneten Personen unterbleiben, „wenn sich an Hand dieser Angaben die Bezüge eines Mitglieds dieser Organe feststellen lassen“. Dies ist angesichts des Umstandes, dass die genannten Gesellschaften nur einen Geschäftsführer haben, unzweifelhaft der Fall. Die Vorschrift gilt nur für solche Organe, die aus mehreren Mitgliedern bestehen.²⁸ Auch hier geht es wiederum um den Schutz der persönlichen Daten der Organmitglieder.

Einen wichtigen Hinweis liefert in diesem Zusammenhang auch die Begründung zu §97 BbgKVerf, die Gemeindevertretern gar nicht häufig genug verdeutlicht werden kann. Sie hält wörtlich fest:²⁹

„Die Einschränkung der in Satz 1 grundsätzlich geregelten Unterrichtungspflicht bzw. des Auskunftsrechts in Satz 2 ist erforderlich, da gemäß Art. 31 Grundgesetz die – landesgesetzlichen – Regelungen der Kommunalverfassung immer überlagert werden durch die – bundesgesetzlichen – Regelungen des Handels- und Gesellschaftsrechts. Hier sind z. B. Treue- und Verschwiegenheitspflichten der Mitglieder von Aufsichtsgremien gegenüber ihren Unternehmen vorgegeben, die durch Unterrichtungs- und Auskunftspflichten nicht unterlaufen werden dürfen [...]“

Gemeinden und Landkreise müssen also wissen: Formelle Privatisierung kann Steuerungsverlust bedeuten. Das Kommunalrecht hat den Vorrang des Gesellschaftsrechts zu beachten. Zwingende Vorgaben des Gesellschaftsrechts – namentlich des GmbH-Gesetzes sowie des Aktiengesetzes – stellen die Regelungen dar, die gegenüber den Vorschriften des Landesrechts Vorrang genießen und dazu führen, dass der Landesgesetzgeber unter Beachtung des Art. 31 GG („Bundesrecht bricht

27 *Strobel*, Weisungsfreiheit oder Weisungsgebundenheit kommunaler Vertreter in Eigen- und Beteiligungsgesellschaften?, DVBl. 2005, S. 77ff.

28 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.6.1997 – 19 W 2/97 AktE, Rn. 21, zitiert nach juris.

29 LTDruks 4/5056, S. 281.

Landesrecht“) nicht mehr eingreifen kann.³⁰ Mit §97 BbgKVerf hat der Gesetzgeber eine Feststellung berücksichtigt, die bereits der BGH im grundlegenden Urteil vom 29. Januar 1962³¹ verankert hatte:

„Entsante Aufsichtsratsmitglieder haben dieselben Pflichten wie gewählte Aufsichtsratsmitglieder. Als Angehöriger eines Gesellschaftsorgans haben sie den Belangen der Gesellschaft den Vorrang vor denen des Entsendungsberechtigten zu geben und die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen, ohne an Weisungen des Entsendungsberechtigten gebunden zu sein.“

Mit dieser Aussage sind zwei Feststellungen verbunden. *Erstens* statuiert das Bundesrecht nicht nur den Vorrang des Unternehmensinteresses vor dem Kommunalinteresse, sondern begrenzt *zweitens* auch den Umfang kommunaler Weisungsrechte. Dies hat für die Auslegung des §97 Abs. 1 Satz 4 BbgKVerf Bedeutung. Denn soweit dort vorgesehen ist, dass die Gemeindevertretung Weisungen erteilen kann, ist dieses Weisungsrecht nur solange und soweit bindend und beachtlich, wie die Weisungen rechtmäßig sind. Das heißt, der Vorrang des Bundesrechts ist zu beachten. Weisungen, die mit dem Bundesrecht kollidieren, sind rechtswidrig und können keine Bindungswirkung entfalten. Dementsprechend können auch Gremienbeschlüsse, mit denen etwa Geschäftsführervergütungen vorbestimmt werden sollen, nur Empfehlungscharakter, nicht aber Bindungswirkung haben. Deutlich wird hieran die weitere Konsequenz, die in der kommunalpolitischen Praxis nicht immer hinreichend gesehen wird. Wer Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge in den Gestaltungsformen des Privatrechts erledigen will, unterstellt sein kommunalpolitisches Handeln Rechtsbereichen außerhalb des Kommunalrechts. Für die Aufsichtsratsmitglieder der kommunalen GmbH bedeutet dies beispielsweise, dass die von der Kommune entsandten Aufsichtsratsmitglieder den Interessen der Gesellschaft den Vorrang vor politischer Gestaltung zu geben haben.³² Dies bedeutet vor allem Verschwiegenheit. Diese Verpflichtung wird in den meisten Fällen durch die Bestimmungen der §§52 GmbHG, 116, 93 AktG ausgelöst. Nach §§116, §93 Abs. 1 Satz 2 AktG, auf den auch

30 So bereits Schwintowski, Gesellschaftsrechtliche Bindungen für entsante Aufsichtsratsmitglieder in öffentlichen Unternehmen, NJW 1995, S. 1316ff.; Ganzer/Tremml, GewArch 2010, S. 141 (146).

31 BGHZ 39, 296 (305).

32 A. A. Altmeyen, Die Einflussrechte der Gemeindeorgane in einer kommunalen GmbH, NJW 2003, S. 2561 (2566).

§52 GmbHG verweist, sind Aufsichtsratsmitglieder zur Verschwiegenheit verpflichtet. Im Hinblick auf die kommunale GmbH wird die Verschwiegenheitspflicht auch gegenüber dem Kollektivorgan Gemeindervertretung/Kreistag angenommen. Dies wird mit dem Hinweis begründet, die Geheimhaltung sei wegen der Größe und Zusammensetzung des Gemeinderats nicht gewährleistet, was „ein immenses Risiko“ in sich birge.³³

2. Privatisierung und Vergaberecht

Hat sich eine Kommune dazu entschlossen, die kommunalen Aufgaben in privatrechtlicher Rechtsform oder privatwirtschaftlicher Rechtsform zu erbringen, ist damit der wirtschaftliche Erfolg nicht in allen Fällen vorprogrammiert. Will die kommunale Abfallentsorgungs-GmbH den mit Infrastruktureinrichtungen versehenen privaten Kooperationspartner binden oder die kommunale Krankenhaus-GmbH ein medizinisches Angebot für ältere Mitmenschen entwickeln und einen bei einer ihrer Tochtergesellschaften versierten Pflegeheimbetreiber als Mitgesellschafter beteiligen, ist bei jedem dieser im Zusammenhang mit Privatisierungsentscheidungen stehenden Schritte mehr denn je die Maßgabe des Vergaberechts zu beachten. Dabei ist im Grundsatz von Folgendem auszugehen:

Die alleinige Veräußerung von Geschäftsanteilen bzw. die Veräußerung eines Unternehmens unterfällt grundsätzlich nicht dem Vergaberecht.³⁴ Eine solche Veräußerung stellt für sich genommen keinen Beschaffungsvorgang im Sinne des §99 GWB dar. Eine Ausschreibungspflicht kommt allerdings dann in Betracht, wenn mit der Übertragung der Geschäftsanteile auch die Vergabe eines öffentlichen Auftrags beabsichtigt ist. Gemeint sind damit entgeltliche Verträge zwischen Kommune, deren Tochtergesellschaft und/oder einer weiteren „Enkel“-Gesellschaft, die die Erbringung von Liefer- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben und über die rechtlichen Beziehungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft hinausgehen. Wird die Veräußerung von Geschäftsanteilen nämlich mit der vorherigen oder gleichzeitigen Erteilung eines Auftrags an das (teilweise) zu veräußern- de Unternehmen verknüpft, ist die Auftragserteilung, die Veräußerung

³³ *Altmeyden*, NJW 2003, S. 2561 m. w. N.

³⁴ *Otting*, in: Bechtold (Hrsg.), Kartellgesetz: GWB, 5. Aufl. 2008, §99 Rn. 15 b; *Dreher*, in: Im- menga/Mestmäker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Aufl. 2007, §99 Rn. 31.

der Geschäftsanteile oder beides nach den Regeln des Vergaberechts auszuschreiben.³⁵

Darüber hinaus ist folgende Einschränkung zu beachten: Die unmittelbare Beteiligung an einem Unternehmen stellt einen Vermögenswert im Sinne des §79 Abs. 2 BbgKVerf dar. Die Veräußerung von Geschäftsanteilen darf daher in der Regel nur zu ihrem vollen Wert erfolgen. Dieser volle Wert ist zu ermitteln. Der maßgebliche Runderlass 2/2009 des Ministeriums des Innern geht davon aus, dass zur Vermeidung von möglicherweise erheblichen Kosten in der Regel davon abgesehen werden sollte, eine Wertermittlung auf Grundlage eines von einem Wirtschaftsprüfer oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erstellten Wertgutachtens gemäß §3 Nr. 2 GenehmFV vorzunehmen; vielmehr soll es ausreichend sein, wenn der Marktwert im Rahmen einer offenen Ausschreibung (gemäß Nr. 1) ermittelt wird.

3. Privatisierung und Konkurrentenschutz

Ein Punkt darf in einem solchen Beitrag nicht fehlen, obwohl er eigentlich in diesem Zusammenhang nichts zu suchen hat, da er keineswegs zu den „Erfahrungen“ mit der Privatisierung gehört. Die Rede ist vom Konkurrentenschutz, also dem gerichtlichen Vorgehen des privatwirtschaftlichen Unternehmens, das sich durch die kommunale Eigengesellschaft wirtschaftlich so bedrängt sieht, dass es die Überprüfung der Gründungsvoraussetzungen begehrt und entweder die Aufsichtsbehörde oder das Gericht anruft. Diese Konstellation gehört tatsächlich nicht zu den „Erfahrungen“ ihrer Berichterstatterin, wofür ganz unterschiedliche Ursachen maßgeblich sind:

Es mag zum einen daran liegen, dass – wie oben dargestellt – die Privatisierungen tatsächlich in jenen Bereichen erfolgen, in denen es um kommunale Daseinsvorsorge und nicht um die klassisch-private Marktwirtschaft geht. Es mag zum anderen in der Wahrnehmung der anwaltlichen Beratungsfunktion begründet sein. Denn tatsächlich erfolgt die Beratung des Rechtsanwalts nicht mit dem Ziel, den vorgegebenen Rahmen der Kommunalverfassung möglichst auszuweiten, gar zu überschreiten. Die anwaltliche Beratung hat vielmehr der Bestimmung des rechtssicheren Rahmens zu dienen. Sie soll vor allem in Kontakt und Dialog mit der Kommunalaufsicht sicherstellen, dass die Privatisierung objektiv rechtmäßig und vor allem schnell zu einem

35 *Otting*, in: Bechtold (Hrsg.), *GWB* (Fn. 34), §99 Rn. 15 b; OLG Brandenburg, Beschluss vom 3.8.2001 – Verg 3/01; VK BaWü, Beschluss vom 24.10.2001 – 1 VK 34/00.

Abschluss gebracht wird. Beide Erklärungsversuche mögen der Grund sein, warum die nachstehenden Ausführungen aus intellektueller Redlichkeit und wissenschaftlicher Genauigkeit, nicht aber deswegen vorgenommen werden, weil damit ein Punkt angesprochen wäre, der in der Praxis große Bedeutung hätte. Gefragt ist danach, unter welchen Voraussetzungen die kommunalaufsichtliche Genehmigung der Gründung einer kommunalen Eigengesellschaft angefochten werden oder aber vom privaten Konkurrenten Unterlassung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit kommunaler Eigengesellschaften begehrt werden kann. Das heißt, unter welchen Voraussetzungen die §§91 ff. BbgKVerf Drittschutz vermitteln.

Die drittschützende Wirkung einer Vorschrift des öffentlichen Rechts beurteilt sich nach gesicherter Erkenntnis danach, ob diese ausschließlich objektiv-rechtlichen Charakter hat und nur dem öffentlichen Interesse dient oder ob sie – zumindest auch – dem Schutz von Individualinteressen dienen soll.³⁶ Die Normen der §§91 ff. BbgKVerf dienen ausschließlich öffentlichen Interessen und nicht Interessen Einzelner. §91 Abs. 1 Satz 2 BbgKVerf stellt klar, dass die „nachfolgenden Regelungen [...] ausschließlich dem Schutz der Leistungsfähigkeit der Gemeinden“ dienen. Es handelt es sich um einen Teil des objektiven Verhaltensrechts für die Gemeinden, aus dem der von der öffentlichen Konkurrenz betroffene Private daher grundsätzlich keine Abwehr- oder Unterlassungsansprüche herleiten kann.³⁷

Dies wird in den Ländern unterschiedlich geregelt. Die Kommunalrechtsordnungen der einzelnen Bundesländer sind in Bezug auf die Frage, ob ihre jeweiligen Normen über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde Drittschutz vermitteln, zunächst danach zu unterscheiden, ob und inwieweit sie eine Subsidiaritätsklausel enthalten.³⁸ Dabei hat der jeweilige Kommunalverfassungsgeber Raum für unterschiedliche Regelungen. Für die Frage, ob eine Vorschrift des Gemeindefachrechts Drittschutz vermittelt, ist folglich an den Inhalt der spezifischen Norm selbst anzuknüpfen.³⁹ Enthält eine (landesrechtliche) Kommunalrechtsordnung eine solche Subsidiaritätsklausel – und damit ein Nachrangigkeitsprinzip für gewerbliches wirtschaftliches

36 Vgl. BVerwG, DVBl. 1999, S. 100 (102).

37 Vgl. Meyer, (Rechts-)Wege zur Überprüfung der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen, Der Landkreis, 2003, S. 29ff.

38 Vgl. Zeiss, Wechselwirkungen zwischen kommunalem Wirtschaftsrecht und Vergaberecht, NZBau 2003, S. 475 (476).

39 Vgl. Schlacke, Konkurrentenklage gegen die Wirtschaftstätigkeit von Gemeinden, JA 2002, S. 48 (50).

Tätigwerden der Gemeinden – wird von einer in der Literatur vertretenen Ansicht ein subjektives Recht eines privaten Konkurrenten bejaht⁴⁰, wobei allerdings differenziert wird, ob es sich um eine echte oder um eine unechte Subsidiaritätsklausel handelt.⁴¹ Bei einer echten Subsidiaritätsklausel ist die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune nicht statthaft, wenn der Zweck durch einen Privaten mindestens ebenso gut und wirtschaftlich erfüllt werden kann.

Der brandenburgische Gesetzgeber hat in §91 Abs. 3 BbgKVerf in der derzeit geltenden Fassung das Subsidiaritätsprinzip aus Gründen der sparsamen Haushaltsführung verankert, mithin Drittschutz nicht eröffnet. Danach ist die Kommunalwirtschaft gegenüber der Privatwirtschaft bei gleicher Leistungsfähigkeit grundsätzlich nachrangig. Nun soll nach den Vorstellungen der Landesregierung dieses Subsidiaritätsprinzip abgeschafft werden. Dies bedeutet: Ist die kommunale wirtschaftliche Betätigung ebenso wirtschaftlich wie eine private Leistungserbringung, muss die Kommunalwirtschaft zukünftig nicht hinter privaten Anbietern zurücktreten. Als Ausfluss des allgemeinen Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit hat die Gemeinde nach der Neuregelung erst dann für eine Übertragung auf private Anbieter zu sorgen, wenn diese die Leistungen wirtschaftlicher erbringen können. Dabei ist zu beachten, dass der Begriff der Wirtschaftlichkeit – ähnlich wie im Vergaberecht – nicht nur den Preis, sondern auch Merkmale wie Qualität und Zuverlässigkeit umfasst.⁴² Deutlich wird hieran, dass es einen Konkurrentenschutz auch in Zukunft nicht geben wird.

Daher wird dieses Thema vermutlich auch in Zukunft trotz anders lautender Befürchtungen keine Rolle spielen – ein Umstand, den das Innenministerium wohl ähnlich sieht. Auch dort sieht man die Landkreise und Gemeinden eher darum bemüht, Daseinsvorsorge modern und bezahlbar zu gestalten, nicht aber in fremde Reviere einzudringen.

Dr. Margarete Mühl-Jäckel, LL.M. (Harvard) ist Partnerin in der Sozietät Dombert Rechtsanwälte Potsdam, Vorsitzende der Potsdamer Juristischen Gesellschaft e.V. sowie Mitglied des Deutschen Juristentages, der Gesellschaft für Umweltrecht und der Deutsch-Amerikanischen Juristenvereinigung.

40 Vgl. etwa *Schliesky*, Rechtsprechung Öffentliches Recht, JA 1998, S. 930 (932) m. w. N.

41 Vgl. *Schmid*, Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, ZKF 2001, S. 242 (244f); vgl. zum Ganzen auch *Berger*, Das kommunalrechtliche Subsidiaritätsgebot als subjektives öffentliches Recht, DÖV 2010, S. 118 (127).

42 So im Gesetzesentwurf der Landesregierung „Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge“, Bearbeitungsstand: 5.10.2010, Begründung, S. 4.