

Rechtliche Voraussetzungen der Rekommunalisierung*

Christoph Brüning

I. Aufmerksamkeitsfelder

Bedeutet „Privatisierung“ die Verlagerung herkömmlich von der öffentlichen Hand erbrachter Güter und Dienstleistungen auf privatrechtliche Träger oder die Privatwirtschaft oder deren Einschaltung in die Erledigung staatlicher bzw. kommunaler Aufgaben¹, so betrifft „Rekommunalisierung“ den umgekehrten Vorgang; die potenziellen Aufgabenfelder decken sich dementsprechend. Sie erfassen vornehmlich die infrastrukturelle Grundversorgung, ohne sich hierauf zu beschränken.

Nicht notwendig muss sich der Zugriff einer Gemeinde auf die Aufgabenwahrnehmung aber als Umkehrung einer vorangegangenen Entscheidung, das heißt als *Rekommunalisierung*, darstellen. Vielmehr kommt ebenso in Betracht, dass sich die Kommune einer Aufgabe, die bislang stets durch privatrechtlich verfasste Dritte erfüllt worden ist, erstmals bemächtigt. So könnte eine Gemeinde zum Beispiel dort, wo die Versorgung der Bevölkerung mit Strom, Gas und Wasser seit jeher durch privatrechtlich verfasste Versorgungsunternehmen erfolgt ist, nach Ablauf einschlägiger Konzessionsverträge in die Aufgabenerledigung durch eine Anstalt öffentlichen Rechts einsteigen².

* Manuskript des Vortrags vom 8.4.2011 auf der 17. Fachtagung „Rekommunalisierung öffentliche Daseinsvorsorge“, erstmals veröffentlicht in *VerwArch* 100 (2009), S. 453 ff.

1 Vgl. *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 16. Aufl. 2008, §3 III 2.

2 Siehe z. B. die Gasversorgung in den Städten Sankt Augustin, Ahrensburg (bei Hamburg), Uetersen oder die Wasserversorgung in Potsdam und Hamburg; vgl. zum Beispiel der Duisburger Stadtwerke *Steckert*, *Rekommunalisierung der Energieversorgung?*, RdE 1996, S. 94 ff.; beispielgebend ist auch die Übernahme der Energieversorgung durch kommunale Stadtwerke in den fünf neuen Ländern, vgl. dazu *Wolf*, *Rekommunalisierung aus der Sicht der energie- und kartellrechtlichen Preisprüfung*, RdE 1994, S. 98 ff.

II. Organisationswahlfreiheit

„Die Durchführung der Wasser- und Energieversorgung gehört zu den typischen, die Daseinsvorsorge betreffenden Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften“, meint das BVerfG³ und stellt damit vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG fest, dass die darin verbürgte eigenverantwortliche Regelung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft durch die Gemeinden auch für die Wasser- und Energieversorgung gilt⁴. Sie sind zuständig für diese Aufgaben und dürfen sie in eigener Verantwortung wahrnehmen, soweit der lokale Bezug reicht⁵. Die Rechtsnatur der gemeindlichen Aufgabe als freiwillige oder pflichtige Selbstverwaltungsangelegenheit besagt insoweit grundsätzlich nichts über die Organisation der Aufgabenerfüllung.

Über das „Ob“ und das „Wie“ der *kommunalen* Erfüllung der Wasser- und Energieversorgungsaufgabe ist dadurch allerdings nur so viel gesagt, als es – im Rahmen der Gesetze – in die Entscheidung der einzelnen Gemeinde gestellt ist. Maßgeblich ausgestaltet und eingegrenzt werden der kommunale Aufgabenbestand und die Eigenverantwortlichkeit der Wahrnehmung mithin durch das einfache Gesetzesrecht.

Die Organisationshoheit umfasst die Wahl zwischen Formen der unmittelbaren und der mittelbaren Kommunalverwaltung; mittelbar kann die Kommune durch öffentlich-rechtliche und durch privatrechtlich organisierte Rechtsträger tätig werden⁶. Ebenso wenig wie die Wahlfreiheit der Verwaltung im Allgemeinen beschränkt sich also die kommunale Organisationshoheit im Besonderen auf die Vorhaltung öffentlich-rechtlicher Organisationsformen. Vielmehr besitzt der Staat prinzipiell die Organisationsgewalt, wie er seine Aufgaben wahrnehmen und ob und inwieweit er dazu Private einbeziehen möchte⁷. Insoweit ist die Aufgabenwahrnehmung in staatlicher Eigenregie durchaus nicht (mehr) selbstverständlich. Diese Erkenntnis spiegelt sich in der jüngeren Gesetzgebung wider, die ausdrücklich auf privatrechtlich

3 BVerfG, NJW 1990, S. 1783ff.; ausdrücklich für Bayern Art. 83 Abs. 1 BayVerf.

4 Allgemein zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft BVerfG, NVwZ 1989, S. 347 ff.

5 Vgl. z. B. Brüning, Mittelbare Beteiligung der Kommunen am grenzüberschreitenden Wettbewerb, DVBl. 2004, S. 1451ff.

6 Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2006, Bd. II, Art. 28 Rn. 135.

7 Hellermann, Handlungsformen und Handlungsinstrumentarien wirtschaftlicher Betätigung, in: Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 2007, §7 Rn. 11f. m. w. N.; Erbuth/Stollmann, Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte? – Zu den Kriterien bei der Wahl der Rechtsform, DÖV 1993, S. 798 (799); Tettinger, Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764 (768).

verfasste Aufgabenträger Bezug nimmt (§1 Abs. 1 Satz 3 IFG, §98 Nr. 4–6 GWB, §16 KrW-/AbfG).

III. Steuerungsressource Organisation

Der Aufgabenträger hat demnach eine Auswahlentscheidung über die angemessene Organisationsform zu treffen. Entgegen der Formulierung von der „Formenwahlfreiheit der Kommunen“ steht die Entscheidung einer staatlichen Verwaltungseinheit darüber in Rede, wie sie zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben tätig werden will. Es geht also nicht um schrankenlose Freiheit, die einem Träger von Staatsgewalt ohnehin nie zukommt, sondern um pflichtgemäße Ausübung von kommunalem Ermessen⁸. Der Aufgabenträger muss sich bewusst sein, dass er insoweit einen Gestaltungsspielraum hat, und er muss ihn zweckentsprechend, das heißt sachaufgabenbezogenen, und unter Einhaltung etwaiger verfassungs- und einfachrechtlicher Vorgaben ausfüllen⁹.

Das kommunale Unternehmen als Organisationseinheit ist nicht um seiner selbst willen geschaffen, sondern als Instrument der Gemeinwohlverwirklichung. Das Recht, das diese Organisation regelt, hat nicht nur die Funktion, Aufbau und Abläufe festzulegen, sondern legt darüber hinaus die organisatorischen Bedingungen der Gemeinwohlverwirklichung fest und passt sie gegebenenfalls neu an¹⁰. Darin kommt zum Ausdruck, dass das Verwaltungsorganisationsrecht eine zentrale Steuerungsressource sowie einen wesentlichen Baustein für eine gute Verwaltung im Sinne einer umfassend zu verstehenden Good Governance darstellt, wie sie auch vom Unionsrecht eingefordert wird (vgl. Art. 41 der Europäischen Grundrechte-Charta)¹¹. Im täglichen

8 Ehlers, Verwaltungsrecht, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, §3 Rn. 39; Uechtritz, Rechtsform kommunaler Unternehmen: Rechtliche Vorgaben und Entscheidungskriterien in: Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), Handbuch (Fn. 7), §6 Rn. 11. Allgemeiner meint Schneider, Das neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 103 (112), die Bindung mit dem Begriff der Organisationsverantwortung adäquat erfassen zu können. Instrukтив auch Müller, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 1993, S. 299 f.

9 Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 375; Müller, Rechtsformenwahl (Fn. 8), S. 300.

10 Burgi, Neue Organisations- und Kooperationsformen im europäisierten kommunalen Wirtschaftsrecht – ein Plädoyer für die kommunale Organisationshoheit, in: Ruffert (Hrsg.), Recht und Organisation, 2003, S. 55 (64).

11 Stober, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, NJW 2008, S. 2301 (2304) m. w. N.; instruktiv Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisation als Steuerungsressource, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 8), S. 9 (19 f.).

Geschäft der praktizierenden Organisationsgewalt erfolgt Steuerung durch Organisation hauptsächlich als Steuerung über die Wahl der Organisationsrechtsform, indem entschieden werden muss, welche von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsformtypen für die Erledigung einer bestimmten Verwaltungsaufgabe eingesetzt werden sollen¹².

Die Selbstverwaltungsgarantie ist als zuständigkeitsleitende Norm Recht *und* Pflicht, deren Einhaltung sich die Kommunen nicht durch Verzicht auf das Selbstverwaltungsrecht entziehen können¹³. Immer dort, wo Wahlfreiheit bzw. Organisationshoheit Fragen zum Ob, Wie und Danach einer Privatisierungsmaßnahme eröffnen, ist die Möglichkeit kommunaler Eigenregie logisch daneben gestellt, und die Antwort so oder so begründungs- bzw. rechtfertigungsbedürftig. Selbst die staatliche bzw. kommunale Eigenregie ist nicht auf Verwirklichung in einer einzigen Organisationsform festgelegt: Denn auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts stehen vom Regiebetrieb über den Eigenbetrieb bis hin zur öffentlichen Anstalt von Gesetzes wegen verschiedene Modelle zur Verfügung, die eine Auswahl verlangen. Insofern macht es für die ermessenslenkenden Maßstäbe aber keinen Unterschied, ob der kommunale Erstzugriff, die Privatisierung oder die Rekommunalisierung einer Aufgabe beabsichtigt wird, weil mit der Organisationshoheit der Kommune jeweils derselbe rechtliche Ausgangspunkt in Rede steht.

Aus der Steuerungsperspektive stehen folgerichtig bei der Wahl des Organisationstyps als Element der Auswahlentscheidung alle rechtlich verfügbaren Rechtsformen nebeneinander, ohne dass es auf die politische Stoßrichtung ankommt¹⁴. Wie die einzelnen Belange gewichtet und miteinander abgewogen werden, ist auf kommunaler Ebene primär die Aufgabe der Gemeindevertretung als der unmittelbar demokratisch legitimierten Instanz. Innerhalb des beträchtlichen Spielraums, der dabei für die konkrete Vornahme von Organisationsentscheidungen besteht, werden zahlreiche spezielle Zielsetzungen wirksam¹⁵. Hiermit ist ein wichtiger Schritt getan, herrscht doch im politischen Raum der Gemein-

12 *Schuppert, Verwaltungswissenschaft*, 2000, S. 585, der vor diesem Hintergrund das Problem einer auch rechtlich angemessenen Ausgestaltung der Verwaltungsorganisation primär nicht für eine Rechtsformproblematik, sondern eine Steuerungsproblematik hält (ebd., S. 606 f.).

13 *Oebbecke, Zweckverbandsbildung und Selbstverwaltungsgarantie*, 1982, S. 66.

14 Vgl. etwa *Schuppert, Verwaltungswissenschaft* (Fn. 12), S. 612 f.; auch *Wahl, Privatorganisationsrecht als Steuerungsinstrument bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht* (Fn. 8), S. 301 (322ff.).

15 *Wahl, Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung im Spannungsfeld von Demokratie und Effizienz*, in: Henneke (Hrsg.), *Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung*, 1998, S. 15 (37 f.).

den bisweilen die Ansicht vor, kommunale Eigenregie bei der Aufgabenwahrnehmung – und zwar weit verstanden auch durch „eigene“ Stadtwerke – sei stets und ohne weiteres zulässig.

IV. Verfassungsrechtliche Determinanten

Indem die kommunale Wirtschaftstätigkeit einen Modus der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben bildet, erweist sie sich zwanglos als Teil des Verwaltungsorganisationsrechts, für den grundsätzlich die allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorgaben gelten¹⁶. Zuvörderst zu beachten ist also das Gebot demokratischer Legitimation, das sich allgemein aus Art. 20 Abs. 2 GG ergibt und auf der kommunalen Ebene zusätzlich durch die politische Funktion der Selbstverwaltung als Modus bürgerschaftlicher Teilhabe an der Staatsgewalt hervorgehoben wird¹⁷. Hieraus folgt die Pflicht, ein bestimmtes Legitimationsniveau zu erreichen, indem die Gemeindeverwaltung durch Aufsicht (gegenüber öffentlichen Einrichtungen) und gesellschafts- bzw. vertragsrechtliche Einwirkung (gegenüber privatrechtsförmigen Unternehmen) die Verwirklichung des politischen Willens sicherstellt¹⁸.

Hinzu tritt der Grundsatz der funktionsgerechten Organisationsstruktur. Er wurzelt im Rechtsstaatsprinzip¹⁹ und zielt innerhalb der Exekutive auf eine erfolgsversprechende Zuordnung der verschiedenen Organisationstypen und -formen zu den Verwaltungsaufgaben²⁰. Das Funktionengliederungsprinzip bringt damit Funktion und Organisations- bzw. Organstruktur, Verwaltungsaufgabe und Ausgestaltung der Verwaltungsorganisation in einen rechtlichen Zusammenhang²¹.

Ergänzt und vertieft wird das verfassungsrechtliche Gebot, eine rationale Zuordnung von Organisationen zu Aufgaben vorzunehmen durch das in Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG verankerte Gebot der Wirtschaftlichkeit. Begrifflich ist Effektivität als Maß für die Erreichung des durch die Gesetze vorgegebenen, im Prozess der Rechtsanwendung näher konkretisierten Ziels zu verstehen. Demgegenüber bildet Effizienz

16 I. d. S. auch *Burgi*, Organisationsform (Fn. 10), S. 63.

17 Vgl. *Hendler*, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, S. 678.

18 *Burgi*, Organisationsform (Fn. 10), S. 64 f.

19 *Krebs*, Verwaltungsorganisation, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, §69 Rn. 77; *Di Fabio*, Verwaltungsentscheidung durch externen Sachverständigen, *VerwArch* 81 (1990), S. 193 (210 f.).

20 *Burgi*, Selbstverwaltung angesichts von Ökonomisierung und Europäisierung, *VVDStRL* 62 (2003), S. 405 (430 f.).

21 *Krebs*, Verwaltungsorganisation (Fn. 19), §69 Rn. 77.

eine Größe für die Wirtschaftlichkeit²². Wirtschaftlichkeit ist immer in Bezug auf die Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Aufgaben, in Bezug auf den Erfolg für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Interessen zu sehen. Welche öffentlichen Interessen der Verwaltung aufgegeben sind, bestimmt der Gesetzgeber.

V. Einfach-rechtliche Vorgaben

Da Organisation kein Selbstzweck, sondern Hilfsmittel ist, ist die Entscheidung hierüber nicht intrinsisch motiviert, sondern fremdbestimmt. Insoweit erwachsen Begrenzungen möglicher Organisations- und Handlungsformen zunächst aus dem auf die wahrzunehmende Aufgabe bezogenen, jeweiligen Fachrecht. Ferner sind vor allem die spezifisch auf die kommunalwirtschaftliche Betätigung abzielenden Regelungen der Gemeindeordnungen sowie das Kommunalhaushaltsrecht beachtlich²³. Diese gesetzlichen Grenzen der Rechtsformenwahl lassen sich den zuvor benannten verfassungsrechtlichen Vorgaben zuordnen.

1. Funktionale Adäquanz

Der rechtsstaatliche Grundsatz funktionsgerechter Organisationsstruktur ist auf die Verwirklichung bestimmter materieller Vorgaben durch Organisation gerichtet²⁴. Das Erfordernis eines öffentlichen Auftrags ist seinerseits verfassungsrechtlich begründet, weil (auch) das Tätigwerden kommunaler Unternehmen durchgehend eine Erscheinungsform der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben, das heißt Kompetenzausübung,

22 *Hoffmann-Riem*, Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 433 (437). Obwohl *Gaentzsch*, Gesetzmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung – Beißt sich oder verträgt sich das?, DÖV 1998, S. 952 (954), lediglich Effizienz meint, setzt er Wirtschaftlichkeit mit der Effektivität des Verwaltungshandelns gleich. *Achterberg*, Grundsätze des Verwaltungshandelns, JA 1982, S. 237 (239), übersetzt Effektivität mit Zweckmäßigkeit und sieht in ihr das Pendant zur sozialwissenschaftlichen Maxime der Effizienz. *Schwarze*, Administrative Leistungsfähigkeit als verwaltungsrechtliches Problem, DÖV 1980, S. 581 ff., untersucht die „administrative Leistungsfähigkeit“, unter der er alle sachlichen, personellen, arbeitsmäßigen und finanziellen Bedingungen versteht, unter denen die Verwaltung den ihr durch Verfassung und Gesetz zugewiesenen Ordnungs- und Leistungsauftrag jeweils erfüllen muss (ebd., S. 583).

23 *Hellermann*, Handlungsformen (Fn. 7), §7 Rn. 17.

24 *Burgi*, VVDStRL 62 (2003), S. 405 (431); *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, Kap. 5 Rn. 15: „Gleichwohl ist über die Wirksamkeitsbedingungen des Organisationsrechts ohne Aufgabenanalyse nicht sinnvoll zu diskutieren.“

darstellt²⁵. Damit rücken die jeweiligen Anforderungen des einschlägigen Fachrechts in den Blick der Auswahlentscheidung: Staat und Kommunen haben in jeder Phase der Aufgabenwahrnehmung zu prüfen, ob zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung geeignetere Handlungs- und Organisationsformen zur Verfügung stehen. Dabei ist das Kriterium der Geeignetheit auf die materielle Qualität der Erledigung bezogen und nicht lediglich fiskalisch zu verstehen.

Für die Frage nach einer Wahlfreiheit ist regelmäßig nicht nach der Aufgabe zu differenzieren, weil daraus nur dann zwingende Folgerungen für eine ausschließlich verwaltungsrechtliche Erledigung gezogen werden können, wenn eine Verbindung zu einer öffentlich-rechtlichen Wahrnehmung nachweisbar ist²⁶. Jenseits einschlägiger Präjudizien vermag eine Sachaufgabe rechtlich keinen ganz bestimmten Organisationstypus oder eine ganz bestimmte Organisationsgestaltung zu fordern, weil die Zahl der Variablen zu groß und die Bewertung schon einzelner Kriterien zu komplex ist. Jedoch lässt sich ein Spektrum erkennen, in dem eine Organisationsform für die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe mehr oder weniger leistungsfähig ist²⁷.

Grundsätzlich ist daher auch keine Unterscheidung zwischen erwerbswirtschaftlich und daseinsvorsorgend tätigen öffentlichen Unternehmen angezeigt. Allerdings differenzieren die gemeindefinanzwirtschaftlichen Betätigungsvoraussetzungen danach, ob eine wirtschaftliche Betätigung oder eine nichtwirtschaftliche Betätigung aufgenommen oder weiter ausgeübt werden soll. Diese Unterscheidung ist vor allem für die Wasserwirtschaft wichtig, da die Wasserversorgung nach § 101 Abs. 1 GO SH, § 107 Abs. 1 GO NRW wirtschaftlichen Charakter hat, während die Abwasserbeseitigung ebenso wie die Abfallentsorgung in § 101 Abs. 4 GO SH, § 107 Abs. 2 GO NRW ausdrücklich genannt und dem nichtwirtschaftlichen Bereich zugeordnet werden²⁸. Ersterenfalls greift für jeden Einzelfall das Erfordernis eines das Unternehmen rechtfertigenden öffentlichen Zwecks, „dessen Erfüllung im Vordergrund stehen muss“ (§ 101 Abs. 1 Nr. 1 GO SH), bzw. eines die Betätigung erfordernden „dringenden öffentlichen Zwecks“ (§ 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO NRW); dieser Zweck wird letzterenfalls gesetzlich

25 *Burgi*, Organisationsform (Fn. 10), S. 57 f.; *Schulze-Fielitz*, Die kommunale Selbstverwaltung zwischen Diversifizierung und Einheit und Verwaltung, in: Henneke (Hrsg.), Organisation (Fn. 15), S. 223 (241 f.), hebt die Kontinuität der Gemeinwohlverantwortung der Kommunen im Falle einer Privatisierung explizit hervor.

26 *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 23 Rn. 6.

27 *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 24), Kap. 5 Rn. 17.

28 Siehe *Dierkes/Hamann*, Öffentliches Preisrecht in der Wasserwirtschaft, 2009, S. 60 ff.

fingiert. Insoweit ist festzuhalten, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen der §101 Abs. 1 GO SH, §107 Abs. 1 GO NRW für eine wirtschaftliche Betätigung unabhängig von der ins Auge gefassten Rechtsform bestehen, das heißt auch eine kommunale Eigenregie erfassen. Die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform ist dann nach §102 GO SH, §108 GO NRW so oder so an weitere Bedingungen geknüpft.

Wenn der rechtfertigende öffentliche Zweck gegeben ist, ist die kommunalwirtschaftliche Betätigung indes noch kein Selbstläufer: §7 Abs. 2 Satz 3 BHO gebietet, „in geeigneten Fällen privaten Anbietern die Möglichkeit zu geben darzulegen, ob und inwieweit sie staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten nicht ebenso gut oder besser erbringen können (Interessenbekundungsverfahren)“²⁹. Kommunalrechtlich statuieren §101 Abs. 1 Nr. 3 GO SH, §107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NRW eine Subsidiaritätsklausel für den Fall besserer Zweckerfüllung „auf andere Weise“ bzw. „durch andere Unternehmen“. In Nordrhein-Westfalen gilt diese Voraussetzung allerdings (nur) „bei einem Tätigwerden außerhalb der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs sowie des Betriebes von Telekommunikationsleitungsnetzen einschließlich der Telefondienstleistungen“. In jedem Fall verlangt §107 Abs. 5 GO NRW eine kommunal gesteuerte und finanzierte Marktanalyse³⁰.

2. Wirtschaftlichkeitsvergleich

Nun könnte man meinen, dass dort, wo der Gesetzgeber den Kommunen eine Aufgabe zur Pflicht macht, ohne weiteres eine gemeindeunmittelbare Wahrnehmung der Zuständigkeit zulässig ist. Dasselbe scheint vordergründig betrachtet auch dann zu gelten, wenn Kommunen freiwillig im Rahmen ihrer Verbandskompetenz aktiv werden. Demgegenüber verpflichtet §7 Abs. 1 Satz 2 BHO im Anwendungsbe-
reich der Bundeshaushaltsordnung stets zur Prüfung, „inwieweit staat-

29 Stober, NJW 2008, S. 2301 (2308): Ungeachtet des Umstandes, dass das Erfordernis einer gründlichen Analyse vor einer Privatisierungsentscheidung nur rudimentär gesetzlich verankert ist, sind die Vor- und Nachteile des in Betracht gezogenen Privatisierungsfeldes und die in Frage kommende Privatisierungsform sorgfältig unter Berücksichtigung sämtlicher öffentlicher und privater Interessen sowie Risiken zu prüfen und abzuwägen.

30 Damit ist die kostenträchtigere Alternative zu dem Interessenbekundungsverfahren benannt, wie es bundeshaushaltsrechtlich vorgesehen ist, vgl. Mann, Möglichkeiten und Grenzen kommunaler Wirtschaftstätigkeit, in: Ipsen (Hrsg.), Unternehmen Kommune?, 2007, S. 45 (61 ff.). In der kommunalen Praxis werden an die Marktanalyse aber wohl eher geringe Anforderungen gestellt.

liche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können“³¹. Vergegenwärtigt man sich, dass die vorbehaltlose Prüfungspflicht des §7 Abs. 1 Satz 2 BHO das Gebot zur Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des §7 Abs. 1 Satz 1 BHO ausgestaltet, so fällt auch auf die gemeindliche Organisationsfreiheit ein Schatten. Denn §75 Abs. 1 Satz 1 GO SH, §75 Abs. 1 Satz 1 GO NRW verpflichten die Gemeinde ebenfalls dazu, ihre Haushaltswirtschaft so zu planen und zu führen, dass die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist, und §75 Abs. 2 GO SH, §75 Abs. 1 Satz 2 GO NRW gebieten, die Haushaltswirtschaft wirtschaftlich und sparsam (in Nordrhein-Westfalen zudem „effizient“) zu führen³².

Kommunalwirtschaftsrechtlich konkretisiert wird dieses Gebot zum einen durch die Subsidiaritätsklausel der §101 Abs. 1 Nr. 3 GO SH, §107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NRW, die für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde eine „ebenso gute“ wie „wirtschaftliche“ Erfüllung des öffentlichen Zwecks wie „auf andere Weise“ bzw. „durch andere Unternehmen“ verlangen. Zum anderen muss die Betätigung gemäß §101 Abs. 1 Nr. 2 GO SH, §107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO NRW „nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde“ (in Schleswig-Holstein zudem „zum voraussichtlichen Bedarf“) stehen. Auch nichtwirtschaftliche Betätigungen sind nach §101 Abs. 4 Satz 2 GO SH, §107 Abs. 2 Satz 2 GO NRW nach wirtschaftlichen und sparsamen Gesichtspunkten zu verwalten.

Soll die Drittbeauftragung mit einer Versorgungsleistung beendet und wieder die Eigenerstellung dieser Leistung vorgesehen werden, muss die Gemeinde prüfen, ob eine Neuausschreibung der Leistung oder die Durchführung in Eigenregie unter Haushalts Gesichtspunkten die wirtschaftlichere Alternative ist. Vergleichend gegenübergestellt werden die Kosten und die Risiken für das in bisheriger Organisation (z. B. öffentlich-private Partnerschaft) durchgeführte Projekt und die Kosten und Risiken für das nach Neuorganisation (z. B. Eigenbetrieb)

31 Zur Privatisierungsprüfungspflicht in der Bundes- und Landesverwaltung *Sanden*, Die Privatisierungsprüfungspflicht als Einstieg in die Verwaltungsprivatisierung, DV 38 (2005), 367ff.

32 Vgl. in diesem Zusammenhang §100 Abs. 3 BbgGO, wonach die Gemeinde im Interesse einer sparsamen Haushaltsführung dafür zu sorgen hat, 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. Zu diesem Zweck sind Angebote einzuholen und Vergleichsrechnungen vorzunehmen, die der Gemeindevertretung oder dem Hauptausschuss vorzulegen sind.

durchgeführte Projekt³³. Ohne eine detaillierte, betriebswirtschaftlich anerkannte Wirtschaftlichkeits- und Risikoanalyse wird ein aussagekräftiger Vorteilhaftigkeitsvergleich nicht möglich sein. Entscheidend hierfür ist, dass sämtliche tatsächliche Kosten des Projekts über die gesamte Lebensdauer exakt untersucht und transparent dargestellt werden. Lebenszykluskosten, Leistungsstandards und Kostenrisiko bzw. Wert einer Kostengarantie gegenüber der Kommune sind angemessen zu berücksichtigen³⁴. Ergibt sich danach, dass die Gemeinde etwa die Aufgabe der Wasserversorgung oder Abwasserbeseitigung nicht kostengünstiger selbst durchführen kann als bei Beteiligung eines Privaten an der Aufgabenwahrnehmung, zum Beispiel mittels Konzessionierung, hat die (Re-)Kommunalisierung zu unterbleiben.

3. Legitimationsniveau

(Vor-)Steuerung in Form von Leitentscheidungen und allgemeine Kontrolle durch ein aus Wahlen hervorgegangenes repräsentativ-demokratisches Organ sind über Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG für kommunales Handeln zwingend geboten³⁵. In der Einwirkungs- oder Ingerenzpflicht begegnen sich Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip.

Daraus erwächst die Pflicht der Gemeinde, sich bereits bei der Ausgliederung Einwirkungsmöglichkeiten einräumen zu lassen und nachwirkend in Erfüllung des Prinzips von Legitimation, Verantwortlichkeit und Kontrolle die Aktivitäten des Privaten zu beobachten und unter Umständen lenkend einzugreifen³⁶. Mit dem Gebot demokratischer Legitimation wäre es nicht vereinbar, wenn die Volksvertretung wesentliche Aufgabenbereiche des „Unternehmens Gemeinde“ ungesteuert einer Beteiligungsgesellschaft, womöglich mit einer Mehrheitsbeteiligung Privater, überließe³⁷. Deshalb müssen in jedem privatrechtlich

33 Held/Becker/Decker u. a. (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Loseblatt-Kommentar, 2008, § 107 GO Erl. 3.1.3: Der Kommune obliegt es, neben der Möglichkeit, Drittunternehmen mit Versorgungsaufgaben zu betrauen, auch die Alternative zu prüfen, die Leistungsfähigkeit des eigenen Unternehmens den steigenden Anforderungen anzupassen.

34 Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (Hrsg.), Wasserleitfaden, 2005, S. 84 f., und ausführlich zum Wirtschaftlichkeitsvergleich ebd., Anhang A 3.

35 *Knemeyer*, Das selbständige Kommunalunternehmen des Öffentlichen Rechts in Bayern, in: Henneke (Hrsg.), Organisation (Fn. 15), S. 131 (139 f).

36 Ausführlich *Brüning*, Der Private bei der Erledigung kommunaler Aufgaben, 1997, S. 107 ff. m. w. N. Vgl. auch § 7 ÖffPrivZusG SH.

37 Held/Becker/Decker u. a. (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht (Fn. 33), § 107 GO Erl. 2.4.

verfassten Organisationsmodell die Festlegung der öffentlichen Aufgabenstellung, ein Vorbehalt geeigneter Einwirkungsmöglichkeiten, die Aufmerksamkeit bei der Bestellung der Leitungsorgane, laufende Kontrolle und Aufsicht sowie korrigierende Eingriffsmaßnahmen im Verletzungsfall gewährleistet sein³⁸. In Umkehrung der früheren Vorstellung von der Impermeabilität des Staates kann man sagen, dass der ausgelagerte Bereich für die Gemeindevertretung und die Verwaltungsspitze „permeabel“ sein muss³⁹.

Üblicherweise wird den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen wie Eigenbetrieb oder Anstalt des öffentlichen Rechts ohne weiteres die Eigenschaft zugeschrieben, dass hierüber die politischen Instanzen zusätzlichen Einfluss sichern bzw. die Organisationen stärkeren Bindungen unterworfen werden können⁴⁰. Während das für den Regiebetrieb noch uneingeschränkt gilt⁴¹, begegnet die Feststellung für den Eigenbetrieb bereits Bedenken: Der Eigenbetrieb ist ein Sondervermögen mit eigenständiger Buchführung und ohne eigene Rechtspersönlichkeit, das Teil des Gemeindevermögens bleibt, aber einer besonderen Zweckbindung unterliegt. Die Handlungen des Eigenbetriebs werden rechtlich zwar der Trägergemeinde zugerechnet, von der er in organisatorischer und finanzwirtschaftlicher Sicht jedoch getrennt ist⁴². Die Steuerungsmöglichkeiten der Gemeindeorgane sind mediatisiert durch Betriebsausschuss und Betriebsleitung, sodass dem Eigenbetrieb in der Praxis bereits eine erhebliche Entscheidungsfreiheit zukommt⁴³.

Erst recht gilt das für die selbständige öffentliche Anstalt, die von einem Vorstand „in eigener Verantwortung“ geleitet sowie gerichtlich und außergerichtlich vertreten wird. Kommunalpolitische Einflussnahme und Kontrolle vermag hier allein über den Verwaltungsrat ausgeübt zu werden⁴⁴. Die Anstalt öffentlichen Rechts hat schon ihrem Normierungszweck nach die Funktion, eine selbständige Unternehmensform des öffentlichen Rechts zur Verfügung zu stellen. Im Gegensatz zu privatrechtlichen Kapitalgesellschaften wird hier indes vermutet, dass der kommunale Träger hinreichend Einfluss auf das Geschäftsgebaren des

38 Held/Becker/Decker u. a. (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht (Fn. 33), Vor §§ 107 ff. GO Erl. 3.2.

39 So *Wahl*, Organisation (Fn. 15), S. 15 (29).

40 *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 24), Kap. 5 Rn. 52; auch Held/Becker/Decker u. a. (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht (Fn. 33), Vor §§ 107 ff. GO Erl. 3.2.

41 Dazu *Brüning*, Aufgaben (Fn. 36), S. 65 ff.

42 *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 741; ausführlich *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, 5. Aufl. 2006, Rn. 141 ff.

43 Im Einzelnen *Brüning*, Aufgaben (Fn. 36), S. 70 ff.; *Cronauge/Westermann*, Unternehmen (Fn. 42), Rn. 153.

44 *Cronauge/Westermann*, Unternehmen (Fn. 42), Rn. 177ff.

Kommunalunternehmens besitzt. Die öffentlich-rechtliche Natur dieser Rechtsform soll offenbar dafür bürgen⁴⁵. Folgerichtig hat sich der Gesetzgeber in den Vorgaben zur Sicherung der Steuerungsfunktion – im Gegensatz zu den Gründungs- und Beteiligungsvorschriften für Unternehmen des privaten Rechts – völlig zurückgehalten.

Ein Weiteres kommt hinzu: Im Falle privatrechtlicher Beteiligungsformen tritt neben oder an die Stelle einer gesellschaftsrechtlichen Beherrschung einer Eigen- bzw. Beteiligungsgesellschaft durch die Kommune eine Absicherung der aus der Aufgabenverantwortung der Kommune und ihrem demokratischen Kontrollanspruch erwachsenden Einwirkungsrechte über den Geschäftsbesorgungsvertrag⁴⁶. Bei allen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen fehlt dieses Band. Zwar besteht bei der Leistungserbringung in Eigenregie kontinuierlich die Möglichkeit, die Leistungen anzupassen, ohne in Verhandlungen über Vertragsanpassungen mit teilweise schwierigen vergaberechtlichen Fragen eintreten zu müssen. Jedoch führt der Weg bei Eigenbetrieb und Anstalt von Gemeindevertretung und Bürgermeister immer erst und ausschließlich über die Aufsichtsgremien zu Betriebsleitung bzw. Anstaltsvorstand. Schon Betriebsausschuss und Verwaltungsrat können aber eine abweichende Sicht der Dinge einnehmen; erst recht dürften die für das operative Geschäft Verantwortlichen nur noch einen unternehmerischen Blick auf die fraglichen Dienstleistungen werfen. Zu Recht wird deshalb betont, zur Sicherung einer gesetzesentsprechenden Führung des Kommunalunternehmens dürfe nicht allein auf die kommunaladäquate Handhabung durch die maßgeblichen Personen vertraut werden, sondern es bedürfe der rechtlichen Absicherung der Einwirkungsmöglichkeiten⁴⁷. Aufgerufen ist damit eine vertragliche Bindung zur Sicherung des strategischen Einflusses einer Kommune auf ihre Trabanten⁴⁸. Von Rechts wegen besteht diese Option bei allen in Betracht zu ziehenden rechtlich selbständigen Organisationsformen, seien sie privat- oder öffentlich-rechtlich.

45 I. d. S. etwa *Knemeyer*, Kommunalunternehmen (Fn. 35), S. 137 f.

46 Vgl. etwa *Mann*, kommunale Wirtschaftstätigkeit (Fn. 30), S. 114.

47 Schon *Knemeyer*, Kommunalunternehmen (Fn. 35), S. 140.

48 Vgl. hierzu *Engel*, Die öffentliche Hand zwischen Innen- und Außensteuerung, in: Henneke (Hrsg.), Organisation (Fn. 15), S. 145 (181 f.). I. d. S. statuiert §8 ÖffPrivZusG SH „Mindestinhaltsklauseln“.

VI. Ausblick

Mit einer echten (Re-)Kommunalisierung treten die Gemeinden (wieder) in die Kontrolle der Kommunalaufsichtsbehörden ein. Und wegen der Bedeutsamkeit dieser Entscheidung über eine Steuerungsressource mit verfassungsrechtlichem Impetus kann die Aufsicht auch nicht wegschauen. Nach den Erfahrungen mit den Aufsichtsbehörden in der Vergangenheit müssen diese daran allerdings unter Hinweis auf ihre Haftungsrisiken noch erinnert werden.

Zudem ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass das Haushaltsrecht als für die Gemeinden ohnehin bindendes und von der Kommunalaufsicht zu prüfendes Innenrecht mittelbar dadurch außenwirksam wird, dass korrespondierende Maßstäbe im Kommunalabgabenrecht bestehen. Insbesondere Wirtschaftlichkeitsvorgaben sind so gegebenenfalls von Dritten durchsetzbar. Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit kann der Abgabenschuldner die Gebühren- und Beitragserhebung gerichtlich überprüfen lassen⁴⁹. Vor diesem Hintergrund der rechtlichen Bindung und Kontrollierbarkeit der Organisationswahlentscheidung sollte sich die Gemeinde tragfähige Begründungselemente, insbesondere einen Wirtschaftlichkeitsvergleich, zurechtlegen.

Prof. Dr. Christoph Brüning ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Vorstandsmitglied des Lorenz-von-Stein-Instituts für Verwaltungswissenschaften.

⁴⁹ Dazu *Schulte/Wiesemann*, in: Driehaus (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, Loseblatt-Kommentar, 2011, §6 Rn. 69 ff.