



Universität Potsdam

Arbeitshefte 3 (2002)

Konkurrieren statt Privatisieren Kommunale Einrichtungen im Wettbewerb

erstellt durch
Dipl.-Ök. Dietmar Hille, StK. a.D.

unter Mitarbeit von
Ass. jur. Oliver Klein und Rechtsreferendar Stefan Rösler

Projektleitung
Dr. Hansjürgen Bals und Prof. Dr. Christoph Reichard

KWI

Kommunalwissenschaftliches Institut

Kommunalwissenschaftliches Institut
der Universität Potsdam

Arbeitshefte 3 (2002)

Konkurrieren statt Privatisieren

Kommunale Einrichtungen im Wettbewerb

erstellt durch
Dipl.-Ök. Dietmar Hille, StK. a.D.

unter Mitarbeit von
Ass. jur. Oliver Klein und Rechtsreferendar Stefan Rösler

Projektleitung
Dr. Hansjürgen Bals und Prof. Dr. Christoph Reichard

Die Studie wurde durch die Hans-Böckler-Stiftung gefördert.

KWI
Kommunalwissenschaftliches Institut

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme

**Ein Titeldatensatz für diese Publikation ist bei
Der Deutschen Bibliothek erhältlich**

Impressum

Herausgeber: **Prof. Dr. Christoph Reichard, Geschäftsführender Direktor des
Kommunalwissenschaftlichen Instituts (KWI)
Am Park 14
14482 Potsdam
Telefon: +49 (0)331 977 4534
Telefax: +49 (0)331 977 4531
e-mail: kwi@rz.uni-potsdam.de
internet: www.uni-potsdam.de/u/kwi/index.htm**

Redaktion: **Dr. Christiane Büchner**

Layout: **Olaf Gründel**

Druck:: **AVZ, Universität Potsdam**

Vertrieb: **Universitätsbibliothek
Publikationsstelle
Postfach 60 15 53
14415 Potsdam
Telefon: +49 (0)331 977 4517
Telefax: +49 (0)331 977 4625
e-mail: baumann@info.ub.uni-potsdam.de
Die KWI-Arbeitshefte erscheinen in loser Folge. Der Bezug ist un-
entgeltlich. Bestellungen sind direkt an die Publikationsstelle zu
richten.**

**Manuskripte für Beiträge sind an den Herausgeber oder direkt an
die Redaktion auf Diskette oder als e-mail in einem üblichen
Textformat zu senden. Die Beiträge werden redaktionell bearbei-
tet, die Verantwortung für den Inhalt liegt bei den Autoren.**

**Alle Rechte liegen bei den Autoren. Bei Veröffentlichungen für
gewerbliche Zwecke ist gemäß § 54 UrhG eine Vergütung an den
Autor zu zahlen.**

Erscheinungsdatum: **1/2002**
ISBN **3-935024-15-0**
ISSN **1616-8127**

Inhalt

	Vorwort	7
1.	Problemstellung, Ziele und Methodik	9
1.1.	Problemstellung	9
1.2.	Ziele der Voruntersuchung	11
1.3.	Methodik und Analysefokus	11
2.	Ausgangslage/Ist-Situation	11
2.1.	Gewährleistungsstaat zwischen Wohlfahrtsstaat und liberalem „Nachtwächterstaat“	12
2.2.	Privatisierungsforderung versus Wettbewerbskonzept	13
2.3.	Konsolidierungsdruck der öffentlichen Haushalte	14
2.4.	Deregulierung und Liberalisierung von Märkten zur Stärkung des Wettbewerbs besonders durch die EU-Kommission	15
2.5.	Neues Steuerungsmodell	16
2.6.	Zwischenfazit	17
3.	Anforderungen an Kommunen: Markt- und Wettbewerbsstärkung im Rahmen des Neuen Steuerungsmodells	17
3.1.	Organisatorische Bedingungen	17
3.2.	Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen	18
3.3.	Sonstige betriebswirtschaftliche Bedingungen	19
4.	Ordnungspolitische Optionen: Ausstieg der Kommunen aus kommunalen Dienstleistungen und Übergabe an den (privaten) Markt vs. Beteiligung am Wettbewerb unter fairen Wettbewerbsbedingungen	21
5.	Überblick über die rechtliche Lage im Hinblick auf die Beteiligung kommunaler Einrichtungen am Marktwettbewerb	23
5.1.	Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen	23
5.2.	Öffentliches Vergaberecht	25
5.2.1.	Bindung an das Vergaberecht	25
5.2.2.	Anwendung der verschiedenen Verdingungsordnungen	26
5.2.3.	Vergabepflicht nach Ausschreibung	26
5.3.	Zusammenfassung der rechtlichen Situation	26
6.	Handlungsmöglichkeiten der Kommunen	27
6.1.	Beteiligung der kommunalen Einrichtungen an förmlichen Vergabeverfahren (Öffentliche oder beschränkte Ausschreibung nach VOB/A der VOL/A) der eigenen Verwaltung	27
6.2.	Beteiligung kommunaler Regie- und Eigenbetriebe oder kommunaler Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften an Ausschreibungen anderer Behörden	28
6.3.	Überführung der kommunalen Einrichtung in eine bestehende oder neue Eigen- oder Beteiligungsgesellschaft	29
6.4.	Gründung einer „Ausschreibungsgesellschaft“	30
6.5.	Erbringung von Leistungen für private Dritte	31
7.	Vergabepolitik als Wettbewerbspolitik	32
7.1.	Preisabfragen	32
7.2.	Ausschreibung und parallele Kostenermittlung in Eigenregie	33
7.3.	Marktstrukturpolitik: Ausschreibung und Vergabe von Teilleistungen	34
8.	Fazit	35
9.	Ableitung von Forschungsfragen und –methodik	35
9.1.	Forschungsfragen	35
9.2.	Methodik	37
	Anlage 1: Strukturmodell: Gewährleistende Kommune	38
	Anlage 2: Übersicht über die gesetzlichen Grundlagen	39
	Anlage 3: Literatur, die im Rahmen dieser Studie schwerpunktmäßig ausgewertet wurde	40
	Anlage 4: Weitere Literatur zum Thema „Konkurrieren statt Privatisieren“	42

Vorwort

Seit einiger Zeit sind die Kommunen sowie deren Einrichtungen und Betriebe einem verstärkten Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Sie müssen sich in den verschiedenartigsten Aufgabenbereichen der privatkommerziellen wie der gemeinnützigen Konkurrenz stellen. Das Spektrum reicht vom Wasser, Nahverkehr und Ver/Entsorgungssektor über diverse soziale und jugendbezogene Dienstleistungen (z.B. Kindertagesstätten, Pflegeheime) bis hin zu verwaltungs-internen Diensten wie Gebäudereinigung, Rechenzentren oder Grünflächenpflege. Wenn gleich es hierbei noch manche Widerstände und Abwehrhaltungen gibt, beginnt sich die kommunale Welt – nicht zuletzt aufgrund des Druckes leerer Kassen und der derzeit laufenden Verwaltungsreformen – langsam auf die neue Situation einzustellen und sich für den „Markt“ fitzumachen.

Sobald die Kommunen das noch ungewohnte marktliche Terrain betreten, machen sich indes verschiedene Stolpersteine bemerkbar, die die Teilnahme an Marktprozessen erschweren oder gar verhindern. In erster Linie sind es rechtliche Hürden, die sich auftun. Zunächst erweist sich das deutsche Vergaberecht als sperrig, das den Prozeß der Auftragsvergabe einschließlich der Teilnahmemöglichkeiten und -bedingungen an Ausschreibungen regelt. Kommunale Einrichtungen – sofern sie nicht in eine eigene Rechtspersönlichkeit überführt worden sind – dürfen sich nicht einfach an den Ausschreibungen ihrer eigenen Kommune beteiligen, wie das die Logik des „Markttests“ eigentlich erfordern würde. Eine Reihe weiterer Hürden im Vergaberecht kommen hinzu. Auch das Kommunalrecht, das die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden regelt, erweist sich hier als ausgesprochen restriktiv und wettbewerbsbeschränkend. Auch das Wettbewerbsrecht enthält verschiedene Fußangeln für die Gemeinden und deren Einrichtungen.

Die vorliegende Studie versucht, das unübersichtliche Terrain zu erkunden, die rechtlichen Hürden zu identifizieren und zu analysieren und schließlich Wege zur Umrundung resp. Beseitigung der Hürden aufzuzeigen. Manche der vorgenommenen Analysen und Handlungsempfehlungen sind noch etwas vorläufig und bedürfen einer späteren Vertiefung. Diese Studie hat bewußt einen Erkundungscharakter, sie

will in die komplexe Materie einführen und erste Handlungsperspektiven für die deutschen Kommunen aufzeigen. Sie macht zugleich deutlich, daß es in diesem Gebiet noch einen erheblichen Klärungs- und Forschungsbedarf gibt, mit dem sich das KWI der Universität Potsdam in einem künftigen tiefergehenden Forschungsprojekt auseinandersetzen will.

Insgesamt macht dieses Arbeitsheft deutlich, daß sich die Kommunen und deren Einrichtungen noch deutlicher auf den Wettbewerb einstellen müssen, um in ihm nachhaltig bestehen zu können, und daß sich einige rechtliche Rahmenbedingungen eindeutig ändern müssen, um eine gleichberechtigte und faire Teilnahme von kommunalen Einrichtungen am marktlichen Wettbewerb zu ermöglichen. Dabei geht die Studie – wie der Titel bereits erkennen läßt – ganz klar von der Position aus, daß es für die Kommunen und deren Beschäftigte wie für die Bürger in aller Regel besser ist, wenn kommunale Einrichtungen auch zukünftig ihre öffentlichen Dienstleistungen für die Bürger – ggf. im Wettbewerb mit Anderen – erbringen, als wenn diese Leistungen privatisiert werden. Wie gesagt: „Konkurrieren statt privatisieren!“

Diese Arbeit ist unter der tatkräftigen Koordination von Herrn Dr. Bals (KWI) im wesentlichen von Herrn Dietmar Hille, Kämmerer der Stadt Bielefeld a.D. sowie ergänzend und unterstützend von den Herren Oliver Klein und Stefan Rösler – beides juristische Mitarbeiter am KWI – erstellt worden. Dafür möchte ich den beteiligten Bearbeitern meinen herzlichen Dank sagen. Die Studie wäre nicht zustande gekommen, hätte nicht die Hans-Böckler-Stiftung (HBS) eine großzügige finanzielle Zuwendung geleistet. Hierfür sei der HBS nachdrücklich gedankt. Die Autoren freuen sich, wenn die mit dieser Arbeit vorgelegten Befunde und Handlungsempfehlungen bei den kommunalen Partnern des KWI Interesse finden und wenn damit ein Beitrag zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit von Kommunen geleistet werden kann.

Prof. Dr. Christoph Reichard

Geschäftsführender Direktor
des Kommunalwissenschaftlichen Instituts
der Universität Potsdam

1. Problemstellung, Ziele und Methodik

1.1. Problemstellung

Wettbewerb ist ein zentrales Element in allen aktuellen Staatsmodernisierungskonzepten. In Deutschland bemühen sich insbesondere die Kommunen um die Umsetzung dieses Konzeptes. Mit Wettbewerb sollen im Neuen Steuerungsmodell (NSM) die neuen Strukturen „unter Strom“ gesetzt werden. Dabei wird häufig zunächst an solche kommunalen Einrichtungen gedacht, die Bürgerdienste oder verwaltungsinterne Serviceleistungen erbringen, für die es auch schon heute Angebote von privaten Unternehmen gibt. Dies sind z.B. Abfallbeseitigung, Straßenreinigung und Grünflächenpflege oder Gebäudereinigung und Bauunterhaltung. Letztlich geht es aber um *alle* von den Kommunen „produzierten“ Leistungen bis hin zu Leistungen wie Rettungsdienst, Theaterbetrieb oder Familienberatung. Der für diese Einrichtungen immer wieder erhobenen Privatisierungsforderung stellt das NSM die Forderung „Konkurrieren statt Privatisieren“ entgegen. Damit ist gemeint, dass diese kommunalen Einrichtungen so gesteuert werden sollen, dass sie ihre für die kommunale Daseinsvorsorge oder für deren Systemerhaltung wichtigen Funktionen zu wettbewerbsfähigen Kosten oder zu Marktpreisen unter Wettbewerbsbedingungen erbringen. Dabei sind unterschiedliche Formen des Wettbewerbs mit unterschiedlicher Intensität und Wirksamkeit möglich, die vom nicht-marktlichen Wettbewerb (z.B. Leistungsvergleiche als Wettbewerbssurrogate) über quasi-marktliche bis zu marktlichen Varianten reichen¹.

Aber nicht nur die Modernisierungsbestrebungen der Kommunen in Richtung des NSM erzeugen Wettbewerbsdruck. Ebenso geht dieser auch von allseits erhobenen Privatisierungsforderungen kommunaler Leistungen sowie Liberalisierungsbestrebungen der EU aus. Die folgenden Beispiele sollen einen Einblick in die örtliche Wirklichkeit geben:

Beispiel 1

Eine Stadt baut nach dem NSM betriebliche Organisationsstrukturen und ein internes Kontraktmanagement auf. Die städtischen Dienstleister werden von der Verwaltungsführung mit der Erbringung der Leistungen für die Bürger über „Kontrakte“ beauftragt. Nach einer mit dem Personalrat vereinbarten Optimierungsphase sollen die städtischen Anbieter von Leistungen im Wettbewerb mit Dritten um die Auftragserteilung konkurrieren. Die städtischen Dienstleister geraten hierdurch unter Kostensenkungsdruck. Die Stadt erwartet sich durch diese Wettbewerbsoption eine kostengünstigere und für die Bürger bessere Leistung als bisher.

Beispiel 2

In einer anderen Stadt werden die Gebäudereinigungsleistungen für städtische Gebäude seit jeher von einer Abteilung des Hauptamtes mit eigenen Reinigungskräften (Eigenreinigung) erbracht. Die örtliche Gebäudereiniger-Innung fordert in Briefen an die Stadtratsmitglieder und den Bürgermeister, diese Leistungen an das örtliche Handwerk zu vergeben. Dies sei für die Kommune wirtschaftlicher und stärke zudem die örtliche Wirtschaft. Dadurch würden dort Arbeitsplätze gesichert bzw. neu geschaffen und die privaten Unternehmen zahlten auch noch Gewerbesteuer an die Stadt. Die als unwirtschaftlich kritisierte interne Gebäudereinigung beklagt die ungleichen Rahmenbedingungen gegenüber den Privaten, wie höhere Tariflöhne, Verzicht auf 630-DM-Beschäftigungsverhältnisse, unflexible Personalwirtschaft, fehlendes internes Rechnungswesen sowie Betätigungsverbot auf dem privaten Markt.

Beispiel 3

In einem wieder etwas anders gelagerten Fall dehnt die seit Jahrzehnten auf dem Zentralfriedhof bestehende Friedhofsgärtnerei einer Stadt auf Wunsch örtlicher Interessenten ihre Leistungen auf kommunale und kirchliche Friedhöfe in anderen Stadtteilen aus und bietet für jedermann, auch am Sonntag, normalen Blumenverkauf an. Die vom Rat hierzu beschlossene Satzungsänderung wird von der Kommunalaufsicht unter Hinweis auf bestehendes und ausreichendes privates Angebot wegen des Subsidiaritätsgedankens der Ge-

¹ Reichard 1998b, S. 308 f. mit weiteren Quellenangaben.

meindeordnung (NRW) abgelehnt. Zunächst wird sogar die vollständige Auflösung des bisherigen Eigenbetriebs der Stadt gefordert. Dieses kann nach Verhandlungen zwischen Stadt und Kommunalaufsicht verhindert werden, da die Stadt erklärt, dass der Eigenbetrieb seine Leistungen auf seine bisherigen Aufgaben auf dem Zentralfriedhof beschränkt und u.a. auch keine Blumen mehr an Kunden verkauft.

Diesen wenigen Beispielen ist gemein, dass sowohl intern erbrachte Leistungen der Kommunen, wie Gebäudereinigung und -instandhaltung, als auch Leistungen für die Bürger, wie Grünpflege, Straßenreinigung, Abfall- und Abwasserbeseitigung oder Friedhofsgärtnereien, in letzter Zeit aus verschiedenen Gründen unter Privatisierungs- und Wettbewerbsdruck gesetzt werden. Sobald sich Kommunen mit ihren Einrichtungen aber dem Wettbewerb stellen wollen, stoßen sie auf mannigfache Schwierigkeiten. Von den Verantwortlichen in den Kommunen werden Antworten insbesondere auf die folgenden Fragen gesucht:

- *Ist eine Beteiligung der kommunalen Einrichtungen an förmlichen Vergabeverfahren (Öffentliche oder beschränkte Ausschreibung nach VOB, VOL oder VOF) der eigenen Verwaltung möglich?*

Diese Frage stellt sich, wenn innerhalb der Verwaltung zwischen auftraggebenden Fachbereichen und auftragnehmenden Einrichtungen unterschieden wird (Auftraggeber-/Auftragnehmer-Modell). Die Fachbereiche schreiben alle einzukaufenden Leistungen aus, auch diejenigen, die bisher von eigenen Einrichtungen erbracht wurden. Letztere sollen sich an den Ausschreibungen beteiligen und werden prinzipiell wie dritte Anbieter behandelt.

- *Ist eine Beteiligung der kommunalen Einrichtungen an Ausschreibungen anderer Verwaltungen möglich?*

Diese Frage ist relevant, wenn sich z. B. ein kommunaler Baubetriebshof an der Ausschreibung der Pflege der Außenanlagen der im Gemeindegebiet gelegenen Kreisberufsschulen durch den Kreis beteiligt. Ein anderer Fall wäre die Übernahme der Unterhaltung der offenen Wasserläufe

im Auftrag einer Nachbargemeinde oder die Übernahme von Winterdienst und Straßenunterhaltung im Auftrag der Bundes- bzw. Landesstraßenbauverwaltung.

- *Darf eine kommunale Einrichtung für Private (Unternehmen oder Haushalte) tätig werden?*

Wenn die kommunalen Einrichtungen wie private Unternehmen dem Wettbewerb ausgesetzt werden sollen, dann stellt sich die Frage, ob ihnen nicht auch die gleichen Handlungsmöglichkeiten eingeräumt werden müssen. Dabei ist nicht die ungebremsste Ausdehnung auf die privaten Märkte das Motiv, sondern z.B. die temporäre Auslastung von Überkapazitäten oder die dauerhaft bessere Auslastung notwendiger Fahrzeuge oder extrem teurer Infrastruktureinrichtungen.

- *Können die rechtlichen Probleme dadurch gelöst werden, dass die kommunalen Einrichtungen in bestehende oder neue Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften überführt werden?*

Insbesondere Restriktionen des öffentlichen Vergaberechts scheinen diese Ausweichstrategie zu erfordern, wobei Nachteile für die Kommune (z.B. verminderte Steuerungsfähigkeit) ebenso in Kauf genommen werden, wie Nachteile für Beschäftigte (z.B. Ausstieg aus der öffentlichen Tarifgemeinschaft).

Die vorstehend genannten rechtlichen Fragen müssen vor dem Hintergrund weitergehender verwaltungspolitischer und personalwirtschaftlicher Fragen gesehen werden, die sich bei der Öffnung für echten Marktwettbewerb stellen:

- *Welche Konsequenzen ergeben sich für die Beschäftigten in der Verwaltung aus der Öffnung für echten Marktwettbewerb? Wie löst die Verwaltung die möglichen personalwirtschaftlichen Probleme?*

Probleme für die Beschäftigten und die Personalpolitik der Verwaltung können sich bereits aus dem bloßen Kosten-senkungsdruck ergeben. Sie werden aber vor allem dann manifest, wenn sich im Wettbewerb kurzfristige oder dauerhafte Unwirtschaftlichkeit von Einrichtungen oder einzelnen Leistungen herausstellt und personelle und sachliche Kapazitäten abgebaut werden müssen.

- *Welche Einrichtungen will oder muss die Kommune in den echten Marktwettbewerb stellen? Welche Leistungsbreiten- und Leistungstiefenpolitik verfolgt sie letztendlich?*

Die politischen Forderungen wie auch die örtlichen Ansätze reichen von einer Beschränkung auf Annextätigkeiten über eine schrittweise Ausdehnung auf alle gewerblichen Bereiche bis zur Erfassung auch der „Produktions“-Tätigkeiten in Bereichen wie Soziales, Kultur oder sogar Ordnung und Sicherheit.

- *Welche Voraussetzungen muss die Kommune in ihrer Organisation und in ihrem Haushalts- und Rechnungswesen schaffen, um geeignete Einrichtungen wirkungsvoll und glaubhaft dem echten Marktwettbewerb aussetzen zu können?*

Die grundsätzlich notwendige Auftraggeber-Auftragnehmertrennung, die Schaffung des adäquaten Kontraktsystems, die Einführung der Leistungsverrechnung und der dafür erforderlichen Kosten- und Leistungsrechnung als Grundlage für einen auch von Dritten akzeptierten Wirtschaftlichkeitsnachweis stellen nicht nur kleinere Verwaltungen vor erhebliche Probleme.

- *Wie muss die Verwaltung auf die Marktstrukturen einwirken und wie steuert sie den Wettbewerbsprozess?*

Eine wirkungsvolle Wettbewerbspolitik verlangt von der Verwaltung Kenntnisse, Fähigkeiten und Aktivitäten, die weit über das korrekte Abwickeln von Vergabeverfahren hinausgehen und mit dem Stichwort „Smart Buyer“ bezeichnet werden können.

1.2. Ziele der Voruntersuchung

Die Untersuchung geht von dem Oberziel aus, die Wettbewerbsfähigkeit der kommunalen Einrichtungen *in öffentlichen Strukturen* zu sichern bzw. zu schaffen. Die Aufgabe dieser Voruntersuchung ist es, aufzuzeigen, welche Rahmenbedingungen aus verwaltungspolitischer, rechtlicher sowie ökonomischer Sicht existieren bzw. geschaffen werden müssen, um kommunalen Einrichtungen die Teilnahme am Wettbewerb zu ermöglichen. Dabei konzentriert sich die Studie auf den echten Marktwettbewerb als die

wirksamste Form des Wettbewerbs. In der Vorstudie soll vor allem der Veränderungsbedarf bei den rechtlichen Rahmenbedingungen aufgezeigt werden. Die Erarbeitung von ausführlichen Argumentations- und Arbeitshilfen für eine verbesserte Steuerung und damit die Existenzsicherung kommunaler Einrichtungen, die unter Privatisierungsdruck stehen, sowie von Orientierungshilfen für die Beschäftigten dieser Einrichtungen und die Personalvertretungen muss einer ausführlichen Studie vorbehalten bleiben.

1.3. Methodik und Analysefokus

In der Voruntersuchung erfolgt die Bearbeitung der rechtlichen und praktischen Fragen vor allem im Wege der Analyse vorliegender Literatur (unter Einschluss von Unterlagen einzelner Kommunen – graue Literatur –) und der einschlägigen Gesetzestexte, Kommentierungen und der Rechtsprechung. Ferner werden erste Erfahrungen und Lösungsansätze in wenigen ausgewählten Kommunen analysiert. Die vorgefundenen Befunde und Probleme werden interpretiert und bewertet. Das Ergebnis der Voruntersuchung ist eine „Feasibility-Aussage“, die das Problem und sich andeutende Lösungsansätze konkret beschreibt und hinreichend Aufschluss über den wissenschaftlichen und politischen Ertrag einer tiefergehenden Forschungsstudie vermittelt.

Insgesamt konzentriert sich die Untersuchung auf die Ebene der Kommunalverwaltung. Dabei wird das Hauptaugenmerk auf kommunale Einrichtungen gelegt, die (potentiell) marktfähige Leistungen erbringen, und zwar entweder als Vorleistungen für die eigene Verwaltung (interne Dienstleister) oder als Endprodukte für die Bürgerschaft.

2. Ausgangslage/Ist-Situation

Die finanzielle Situation der deutschen Kommunen ist unverändert problematisch. Alle eigenen Konsolidierungsbemühungen werden immer wieder durch Entwicklungen zunichte gemacht, die die Kommunen nicht beeinflussen können. Dazu gehört, dass die staatlichen Ebenen (Bund und Länder) nicht im gleichen Ausmaß eigene Konsolidierungsbemühungen unternehmen. Zu leicht ist es für diese Ebenen, ihre Haushalte zu lasten der jeweils nachfolgenden Ebene zu sanieren. Dies wirkt für die Kommunen kumulativ belastend, da von der staatlichen Ebene zusätzlich

neue Aufgaben zur Ausführung durch die Kommunen beschlossen werden, ohne zugleich die Finanzierung sicherzustellen. Gleichzeitig führt die – aus volkswirtschaftlicher Sicht überfällige und sinnvolle – Steuerreform zu neuen Einnahmeausfällen bei den Kommunen.

Vor diesem finanziellen Hintergrund sehen sich die Kommunen vielfältigen Anforderungen ihrer Bürger, ihrer Beschäftigten, der Politik und anderer gesellschaftlicher Kreise sowie immer stärker auch der EU-Kommission gegenüber.

2.1. Gewährleistungsstaat zwischen Wohlfahrtsstaat und liberalem „Nachtwächterstaat“

In der wissenschaftlichen Diskussion werden seit Beginn der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts die weltweit stattfindenden Aktivitäten zur Verwaltungsmodernisierung unter der Bezeichnung „New Public Management“ (NPM) untersucht. Hierbei ist es ein zentrales Anliegen, Wettbewerb unter Marktbedingungen zu stärken. So ist die Einführung von Wettbewerbselementen ein wichtiger Baustein von NPM². Während die führenden Staatsauffassungen – auf der einen Seite Liberalismus mit einem Minimum an staatlichen Leistungen und auf der anderen Seite sozialer Wohlfahrtsstaat mit einem Maximum an staatlichen Leistungen – scheinbar unvereinbar die beiden Pole möglichen Handelns bilden, bietet die Theorie des NPM Strukturen, die beide genannten Staatsauffassungen angemessen berücksichtigen können. Danach wäre die breite Aufgabenpalette des Wohlfahrtsstaates ebenso möglich wie die schmale des liberalen Staates oder eine individuelle Zwischenstufe.³ Die praktische Ausprägung dieses NPM-Ansatzes ist die Konzeption des Gewährleistungsstaates.

In dieser Konzeption entscheidet die Politik in den üblichen demokratisch legitimierten Verfahren über die Art, Menge und Qualität, insbesondere aber die Wirkung von öffentlichen Leistungen (Leistungsbreite). Bezüglich der Leistungstiefe besteht eine Wahlmöglichkeit zwischen einer Vielzahl von verschiedenen Leistungsanbietern⁴. Der

Staat zieht sich aber nicht komplett aus der Leistungserstellung zurück, wie es im liberalen Ansatz angelegt ist (Nachtwächterstaat), sondern behält die Verantwortung für bestimmte wohlfahrtsgewährende Aufgabenbereiche. Die Verwaltung handelt im Rahmen des politisch legitimierten Auftrages autonom. Indem in diesem Konzept auch Private (z.B. Private Public Partnership) und Bürger einbezogen werden, kann der Staat neuer Prägung auch als Moderator und Katalysator für öffentliche Leistungen gesehen werden. In diesem Prozess spielt die Steuerung (Ressourcen- und Leistungsallokation) über Wettbewerbselemente unter Marktbedingungen eine entscheidende Rolle.⁵ In diesem Modell liegt also die Gewährleistungsverantwortung beim Staat, während die Finanzierungsverantwortung und die Ausführungsverantwortung sowohl beim Staat, als auch bei den Bürgern bzw. privaten Dritten liegen kann.

Praktisch umgesetzt wurde dieses Modell u.a. in Großbritannien. Dort wurde seit etwa 1979 von der konservativen Regierung unter M. Thatcher eine umfassende Reform des öffentlichen Sektors sowohl auf staatlicher als auch kommunaler Ebene gesetzgeberisch eingeleitet. Im Zentrum dieser Reform standen 2 Hauptgedanken. Zum einen das Konzept der gewährleistenden bzw. „ermunternden“ Verwaltung (enabling authority), wonach eine Behörde die Versorgung mit öffentlichen Leistungen sicherstellt, diese aber nicht unbedingt selbst produzieren muss. Zum anderen die daraus ableitbare Vorstellung, dass Wettbewerb der entscheidende Schlüssel zu höherer Effizienz und kunden-/bürgerfreundlicheren Leistungen ist. Letzteres ist in der britischen Verwaltungswirklichkeit unter den Namen „Compulsory Competitive Tendering“ (CCT) bzw. „Market Testing“ bekannt.⁶ CCT wurde in Großbritannien nach der Regierungsübernahme durch die Labour-Regierung zugunsten des „Best Value“-Konzeptes (BV) abgelöst, welches weiterhin einen Schwerpunkt auf die Förderung von Wettbewerb legt, jedoch Ausschreibungen nicht mehr zwingend vorschreibt.⁷

² Vgl. u.a. Reichard 1998b, S. 305.

³ Brühlmeier/Haldemann/Mastronardi/Schedler 2001, S. 26 f., Schedler/Proeller 2000, S. 31.

⁴ Zu den Möglichkeiten kommunaler Aufgabewahrnehmung siehe u.a. Reichard 1998a, S. 121 ff.

⁵ Brühlmeier/Haldemann/Mastronardi/Schedler 2001, S. 27 f., Schedler/Proeller 2000, S. 3 ff.

⁶ Ridley 1998, S. 1 ff.

⁷ Im einzelnen hierzu siehe u.a. Boyne u.a. 1999.

Diese Überlegungen haben seit dieser Zeit außer in Großbritannien auch in anderen europäischen Ländern, wie Schweden, den Niederlanden oder Dänemark, aber auch in den USA, Neuseeland und Australien und in weiteren Staaten Fuß gefasst. Auch in Deutschland wird verstärkt die Leistungsfähigkeit des überkommenen Wohlfahrtsstaats in Frage gestellt. Ausgehend von den Theorieströmungen der Public Choice und der Institutionenökonomie wird gefordert, dass im öffentlichen Sektor stärker als bisher die Kräfte des Wettbewerbs für mehr Effizienz bei geringerem Einsatz von Finanzmitteln sorgen sollen.⁸ Hierbei spielt der oben dargestellte Gedanke des gewährleistenden Staates zunehmend eine Rolle. In Deutschland sind Ausprägungen des New Public Management unter der Begrifflichkeit „Neues Steuerungsmodell“ bekannt. Hierzu später mehr.

Erste Kommunen haben begonnen, ihre Verwaltungen entsprechend umzubauen, indem leistungserstellende Einheiten (Betriebe) von auftraggebenden Einheiten getrennt werden. Letztere erteilen Aufträge, die bereits zum Teil in Leistungsverzeichnissen beschrieben sind, an diese städtischen Auftragnehmer. In nächsten Schritten sollen diese gleichberechtigt mit Privaten um die Erteilung der Aufträge konkurrieren. Anlage 1 zeigt ein solches Strukturmodell.

2.2. Privatisierungsforderung versus Wettbewerbskonzept

Die immer wieder vorgetragene Privatisierungsforderung lebt weitgehend von der Aussage, dass Private die Leistungen grundsätzlich besser und kostengünstiger erstellen können als die öffentliche Hand. Sie reduziert das Problem damit auf ein reines Effizienz- oder Kostenvergleichsproblem. Dem setzt das NSM eine differenziertere Betrachtungsweise entgegen:

Zunächst wird in dem Zusammenhang argumentiert, dass es bei öffentlichen Einrichtungen vor allem auf die optimale Erfüllung des öffentlichen Auftrages ankommt. Dazu können auch mit der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung beabsichtigte Nebenwirkungen gehören, z.B. die Beeinflussung der Wettbewerbssituation auf Gütermärkten oder auf dem Arbeitsmarkt, die Förderung des Gemeinnsinns oder die direktere demokratische

Kontrolle bestimmter Leistungserstellungsprozesse. Nur im Zusammenhang mit diesen Fragen der Effektivität ist die Frage nach der Wirtschaftlichkeit zu stellen, also zu fordern, dass die öffentlichen Aufgaben auch *effizient* erfüllt werden⁹. Und um dies sicherzustellen, sollen die öffentlichen Einrichtungen dem Wettbewerb ausgesetzt werden. Dabei sind eine Reihe von Kriterien zu beachten, die hier nur angerissen werden können:

Zunächst muss die Kommune die zu erstellenden Leistungen möglichst detailliert beschreiben.

Sodann ist zu klären, in wie weit *unterschiedliche Ausgangsbedingungen* im Wettbewerb zwischen den eigenen Einrichtungen und privaten Wettbewerbern berücksichtigt oder – als Voraussetzung für einen fairen Wettbewerb evtl. sogar vorher beseitigt werden müssen.

In der Tat sind die Ausgangsbedingungen unterschiedlich: Auf der einen Seite die (Kommunal-) Verwaltung mit ihren historisch gewachsenen Rahmenbedingungen, wie „Rechtsstaatsprinzip vor Wirtschaftlichkeitsprinzip“, hierarchische Steuerung über Anweisungen und Anordnungen, unflexibles Tarif- und Besoldungsrecht sowie auch Einzeleingriffe in das Verwaltungshandeln durch die politischen Vertretungen etc.

Auf der anderen Seite die Privatwirtschaft, die auf Wettbewerbsmärkten für Ineffizienz mit Auftragsentzug „bestraft“ (Insolvenzrisiko) und für Effizienz mit Aufträgen belohnt wird (Gewinnchance). Privatunternehmen sind im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung frei in der internen Organisation und natürlich auch frei von Einzeleingriffen eines Stadtrates oder Kreistages.

Unterschiedliche Ausgangsbedingungen gibt es auch und besonders in den Kostenstrukturen: Die Betriebe der Kommunen zahlen oft höhere Tariflöhne, höhere Sozialleistungen, beschäftigen mehr ältere Arbeitnehmer, erbringen eine höhere Ausbildungsleistung und erhalten mehr Arbeitsplätze für Leistungsgeminderte. Auf der anderen Seite müssen sie kein Konkursrisiko tragen, können mit einer niedrigeren Eigenkapitalverzinsung und niedrigeren Zinsen beim Kommunalkredit rechnen und zahlen i. d. R. keine Steuern.

⁸ Siehe u.a. Reichard 2000, S. 15 f.

⁹ Wissenschaftlicher Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft 1994, S. 17 ff.

Der Wettbewerb zwischen kommunalen Leistungserbringern und Dritten stößt also auf sehr unterschiedliche Ausgangsbedingungen bei den Konkurrenten. Die Frage der unterschiedlichen Tariflöhne ist von den Tarifpartnern des öffentlichen Dienstes zu erörtern und kann von einer einzelnen Kommune einseitig im Rahmen von Kostenvergleichen nicht gelöst werden. Wenn aber der öffentliche Betrieb beispielsweise nachweislich eine höhere Ausbildungsleistung erbringt, werden die privaten Konkurrenten akzeptieren müssen, dass diese Zusatzkosten nicht in den Vergleich eingehen.

Führt man Leistungsvergleiche zwischen öffentlichen und privaten Dienstleistern auf einer fairen „bereinigten“ Basis durch, dann fällt das Ergebnis nicht automatisch zugunsten der Privaten aus¹⁰. Seriöse Privatisierungsstudien belegen vielmehr, dass öffentliche Anbieter unter fairen und gleichartigen Bedingungen durchaus ebenso leistungsfähig und kostengünstig sein können wie Private. Daher ist vorschnelle Privatisierung nicht die beste Therapie. Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, ein für beide Seiten faires Wettbewerbsarrangement zu finden.

Damit könnte die Diskussion über das Verhältnis zwischen öffentlichen und privaten Betrieben von der Privatisierungsideologie befreit werden und es könnte entspannter geklärt werden, was geändert werden muss, damit die Diskussion nicht regelmäßig in der Sackgasse des Themas „wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden“ stecken bleibt. Alles deutet daraufhin, dass die derzeitigen gesetzlichen Regelungen und die gängigen Argumentationsmuster die Mobilisierung von Leistungs- und Wirtschaftlichkeitsreserven in der öffentlichen Verwaltung behindern.

Dass es auch anders geht, zeigt das englische Beispiel, das deshalb eingehender untersucht werden sollte. Die gesetzlichen Regelungen in Großbritannien haben versucht, faire Ausgangsbedingungen für den Wettbewerb der Kommunen mit privaten Unternehmen herzustellen. Ein Schwerpunkt waren dabei die Kalkulationsvorschriften, mit denen u. a. verhindert werden sollte, dass die Kommunen mit quersubven-

tionierten Preisen in den Wettbewerb gehen, ein Vorwurf, der ihnen auch in Deutschland immer wieder gemacht wird. Die Praxis in Großbritannien zeigt, dass entgegen der Vorstellung der damaligen konservativen Regierung die Kommunalverwaltungen die meisten Aufträge im Rahmen des CCT bei fairen Ausgangsbedingungen gegenüber privaten Konkurrenten gewonnen haben.¹¹

2.3. Konsolidierungsdruck der öffentlichen Haushalte

Der eingangs skizzierte Konsolidierungsdruck der kommunalen Haushalte wird argumentativ oft als Grund für die – auch aus anderen Gründen – gewünschte Privatisierung kommunaler Aufgaben genannt. In vielen Kommunen werden interessanterweise zuerst die kommunalen Unternehmen verkauft, die aufgrund unterschiedlicher Gründe ihre Aufgaben im Wettbewerb mit Dritten (überwiegend äußerst) erfolgreich erbringen. Gerade sie haben damit eigentlich bewiesen, dass auch kommunale Unternehmen effizient arbeiten können, wenn sie bei gleichen Rahmenbedingungen wie die Privaten im Wettbewerb ihre Leistungen erbringen können. Als Beispiele sind hier zu allererst die kommunalen Versorgungsunternehmen zu nennen, gefolgt von Abfallwirtschaftsbetrieben und Betrieben der Grünpflege bzw. des Facility Managements. Viele Bürger merken aber sehr wohl, dass hier das städtische Tafelsilber verkauft werden soll, und wehren sich über Bürgerbegehren erfolgreich gegen den Komplettverkauf „ihrer“ Stadtwerke (u.a. Düsseldorf, Bielefeld, Steinheim).

Die Veräußerer kommunaler Unternehmen übersehen, dass diese Unternehmen wichtige Instrumente zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben sind. Mit der Veräußerung begeben sich die Kommunen dieser Instrumente.¹² Auch besteht die Gefahr, dass die einmaligen Veräußerungserlöse konsumtiv zum Stopfen von Haushaltslöchern eingesetzt werden (müssen). Damit werden aber strukturelle Haushaltsprobleme nicht gelöst, sondern eher verstärkt.

¹⁰ Vgl. z. B. die empirische Studie von Villalonga 2000.

¹¹ Ridley 1998, S. 16 (”In the majority of cases, however, in-house teams have won the contracts ...”), Boyne 1999, S.1.

¹² Wissenschaftlicher Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft 1994, S. 20 ff.

2.4. Deregulierung und Liberalisierung von Märkten zur Stärkung des Wettbewerbs besonders durch die EU-Kommission

Des weiteren wird die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen durch die Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages (Art. 81 ff. EG-Vertrag)¹³ maßgeblich beeinflusst. Aus kartellrechtlicher Sicht (Art. 81 ff. EG-Vertrag) dürfen öffentlichen und monopolartigen Unternehmen einerseits keine besonderen oder ausschließlichen Rechte eingeräumt oder solche beibehalten werden. Im übrigen gelten die in Deutschland bislang bekannten allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätze. Andererseits verbietet das sog. Beihilfenverbot (Art. 87, 86 EG-Vertrag), bestimmte Unternehmen oder Wirtschaftszweige durch staatliche Beihilfen zu begünstigen und dadurch den Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt zu verfälschen. Besonders belastend wirkt dieses Beihilfenverbot auf kommunale Unternehmen durch eine extensive Auslegung der Termini „Beihilfen“ und „Verfälschung des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt“.

Beihilfen sind danach alle Arten von (staatlichen) Vergünstigungen, für die keine marktgerechte Gegenleistung erbracht wird¹⁴. Sämtliche (unter-)staatlichen Maßnahmen werden i.Ü. auf ihre tatsächlichen Wirkungen vor dem Hintergrund „normaler“ Marktbedingungen untersucht¹⁵. Beispielhaft kann auf den jüngst abgeschlossenen Streit um die kommunalen Sparkassen und Landesbanken verwiesen werden. Dort wurden die gesetzlichen Regelungen zur Anstaltslast und zur Gewährträgerhaftung als Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag eingestuft, obgleich weder staatliche Mittel gewährt noch aus staatlichen Mitteln etwas gewährt wurde. Es kam indes auf die tatsächlich begünstigende und marktrelevante Wirkung einer Einstandspflicht in Form der staatlichen Haftungsübernahme an.

„Normale“ Marktbedingungen finden Kommunalunternehmen darüber hinaus nicht in gleicher Weise vor wie sonstige private Unternehmen. Sie unterliegen meist besonderen kommunalrechtlichen Restriktionen, Abhängig-

keiten und Einflussrechten. Diese versagen den kommunalen Unternehmen in der Regel eine „freie“ ungebundene Wettbewerbsteilnahme. Hierauf nimmt die Europäische Kommission als „Hüterin der EG-Verträge“¹⁶ indes keine Rücksicht. Sie arbeitet allein aufgabenbezogen (Art. 211 EG-Vertrag) und hat weitreichende Kompetenzen insbesondere im Wettbewerbsrecht¹⁷, um Wettbewerbsverfälschungen durch das Verhalten von Wirtschaftssubjekten einerseits oder mitgliedstaatliche Interventionen andererseits zu unterbinden. Dem liegen – anders als das dem Grundgesetz immanente Prinzip der wirtschaftspolitischen Neutralität – die Systeme des „Gemeinsamen Binnenmarktes“ und der „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ zugrunde (Art. 3 Abs. 1 lit. g; Art. 4 Abs. 1; Art. 98 Satz 2 EGV). Öffentliche Unternehmen sind dabei den privaten gleichgestellt, wobei der Begriff des Unternehmens als jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit angesehen wird, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung¹⁸. Folglich müssten auch kommunale Unternehmen den freien Wettbewerb nutzen dürfen. Hiervon sind sie jedoch tatsächlich durch insbesondere länderrechtliche Normen partiell ausgeschlossen.

Gewisse Chancen für kommunale Unternehmen im Wettbewerb bergen die sog. Grundfreiheiten des EG-Vertrages, insbesondere die Warenverkehrsfreiheit¹⁹, die Dienstleistungsfreiheit²⁰ und ggf. die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs²¹. Sie sind in erster Linie als Freiheiten der Unionsbürger konzipiert, unter bestimmten Umständen aber auch auf juristische Personen und somit auf Unternehmen der Kommunen anzuwenden. Kernpunkt dieser Grundfreiheiten ist die Philosophie, allen Unionsbürgern und Unternehmen diskriminierungsfreien Zugang zu allen Märkten – auch und insbesondere der Infrastruktur und der Daseinsvorsorge²² – zu ermöglichen. So führt die Öffnung klassischer kom-

¹³ In der konsolidierten Fassung durch die Änderungen des Vertrages von Amsterdam (Amsterdamer Fassung) vom 02.10.1997.

¹⁴ Sehr instruktiv EuGH, EuZW 1999, S. 506 ff.

¹⁵ Siehe Koenig/Kühling 2000, S. 1065 ff. mit weiteren Nachweisen, Bleckmann/Pieper 1994, S. 699 ff.

¹⁶ Siehe Art. 226 EGV und Koenig/Haratsch 2000, S. 63 Rdn. 167.

¹⁷ Art. 81-89 EGV.

¹⁸ EuGH, Slg. 1991, S. I-2010, 2016 – Macrotron.

¹⁹ Art. 23 Abs. 2 EGV.

²⁰ Art. 49-55 EGV.

²¹ Art. 3 Abs. 1 lit. c), Art. 14 Abs. 2 EGV.

²² So z.B. die Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie, ABl. L 27/20 v. 30.01.1997, Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 29.04.1998, BGBl. I, S. 730.

munaler Betätigungsfelder wie der Energieversorgung zu gänzlich neuen Wettbewerbskonstellationen, nach denen z.B. das frühere Gebietsschutzsystem sowie Konzessions- und Demarkationsverträge unzulässig wurden.

Die Öffnung nahezu sämtlicher Märkte intendiert aber keineswegs eine – ordnungspolitisch motivierte – Verdrängung öffentlicher Unternehmen aus den neuen Marktverhältnissen. Vielmehr verhält sich das Europarecht gegenüber öffentlichen Unternehmen neutral, sofern diese die vertraglichen Wettbewerbsregeln beachten²³. Hiervon geht auch Art. 295 EGV aus, der die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten unberührt lässt. Die Eigentumszuordnung („wem gehört was“) ist vor Interventionen durch die Gemeinschaft gesichert. Dennoch ist die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand „dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet“ (Art. 3 Abs. 1 lit. g) und Art. 4 Abs. 1 EGV). Hieraus ergeben sich verschiedene Rechts- und Verhaltenspflichten für die bundesdeutschen Gesetzgeber – auch und insbesondere zugunsten der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen – was bislang rechtlich nicht eingehend untersucht wurde.

In Deutschland sind gesetzliche Rahmenbedingungen insbesondere durch das Energiewirtschaftsrecht mit dem Verbot von Konzessions- und Demarkationsverträgen, durch das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, das Telekommunikationsgesetz oder das Wasserhaushaltsgesetz bereits so gesetzt worden, dass für klassische Bereiche der kommunalen Unternehmen die bisherige Monopolsituation beendet wurde. Dadurch ist für die Kommunen und ihre Unternehmen ein erhöhter Wettbewerbsdruck entstanden.²⁴

2.5. Neues Steuerungsmodell

Das „Neue Steuerungsmodell“ (NMS) soll die überkommenen Strukturen der kommunalen Verwaltung überwinden und in der Privatwirtschaft erfolgreiche Managementstrukturen einführen²⁵. Insbesondere sollen die Leistungen der

Kommunen und nicht mehr der Input der Ressourcen in den Mittelpunkt gestellt werden. Die Steuerungsphilosophie kann zugespitzt als eine Abkehr von einer (in der Volkswirtschaft so genannten) Zentralverwaltungswirtschaft und eine Hinwendung zu einer (in der Volkswirtschaft so genannten) Marktwirtschaft unter Wettbewerbsbedingungen bezeichnet werden. Als Beispiel für viele Kommunen mag die Stadt Bremen dienen. Hier hat der Faktor Wettbewerb Einzug in die Verwaltungsmodernisierung gehalten. Während fiktiver Wettbewerb über interkommunale Leistungsvergleiche immerhin schon Transparenz im Hinblick auf Kosten und Wirkungen der Erstellung von Verwaltungsdienstleistungen bringt, setzt realer Wettbewerb erst dann ein, wenn ein Markt geschaffen wird. „Er ist geprägt durch konkurrierende Dienstleistungserbringer (einer oder mehrerer Gebietskörperschaft/en) und bietet Nachfragern (Kunden) aufgrund z.B. unterschiedlicher Qualität, Servicefreundlichkeit und Kosten ein Wahlrecht der Inanspruchnahme.“²⁶

Um Wettbewerbssituationen her- bzw. sicherzustellen, werden in den Kommunen neben Instrumenten wie Kosten- und Leistungsrechnung, Budgetierung, Produktbeschreibungen, Berichtswesen und Controlling insbesondere auch neue Strukturen und Steuerungssysteme eingeführt. Zu letzteren gehört die Trennung von Auftraggeberfunktionen und betrieblichen Funktionen sowie die Einführung von Kontraktmanagement²⁷. Hiermit sollen die Voraussetzungen für mehr Wettbewerb der kommunalen Leistungserstellung geschaffen werden.

In vielen Kommunen ist das inzwischen Wirklichkeit. Vor allem die internen Dienstleister spüren das Vordringen des Wettbewerbsgedankens. Budgetierung und interne Leistungsverrechnung motivieren die Fachbereiche, die mit ihrem schmalen Budget eine anspruchsvolle Palette von Leistungen erbringen sollen, die Verrechnungspreise der internen Anbieter mit Marktpreisen zu vergleichen. Fällt der Vergleich nachhaltig ungünstig aus, werden interne Abnahmeverpflichtungen gelockert oder am Ende ganz aufgehoben. Den internen Dienstleistern bleibt nur die Wahl, wettbewerbsfähig zu werden oder als Organisations-

²³ Hierzu u.a. Transparenzrichtlinie, Richtlinie 2000/52/EG v. 26.07.2000, ABl. L 193 v. 29.07.2000, S. 75 ff.

²⁴ Hill 1999, S. 127.

²⁵ Siehe grundlegend KGSt 1993, oder ausführlich Bals/Hack 2000.

²⁶ Melloh 2000, S. 4 f.

²⁷ Zum theoretischen Grundmodell vgl. Hille 1999, S. 352 ff.

einheit aufgelöst zu werden. Auf die hier liegenden *Steuerungsprobleme* und die entstehenden *organisatorischen und vor allem personalwirtschaftlichen Probleme* wurde schon hingewiesen. *Hier gibt es weiteren Untersuchungsbedarf.* Auf wichtige organisatorische und betriebswirtschaftliche Bedingungen wird im Folgenden noch eingegangen.

2.6. Zwischenfazit

Die Einführung von Wettbewerbsbedingungen wird zum Teil extern gefordert und zum Teil als Grundbedingung für eine erfolgreiche Verwaltungsmodernisierung angesehen. Die Erstellung von kommunalen Leistungen unter Wettbewerbsbedingungen wird als sinnvolle Gegenstrategie zur (z.T. ideologisch motivierten) Privatisierung öffentlicher Leistungen gesehen. Es bleibt genauer zu untersuchen, unter welchen Rahmenbedingungen und aus welchen Gründen, die Kommunalverwaltungen in bestimmten Ländern wie z.B. in Großbritannien eben nicht, wie ursprünglich politisch gewollt, auf ihre strategischen und auftraggebenden Funktionen skelettiert worden sind, sondern erfolgreich im Wettbewerb mit Dritten bestehen konnten. Es scheint, dass die gesetzliche *Pflicht* zur Ausschreibung öffentlicher Leistungen unter Beteiligung der internen Dienstleister eine Schutzfunktion hat, die eine (voreilige) Kompletprivatisierung verhindert. In Deutschland gibt es eine solche Pflicht bislang nicht.

3. Anforderungen an Kommunen: Markt- und Wettbewerbsstärkung im Rahmen des Neuen Steuerungsmodells

Betrachtet man verschiedene Marktsysteme in Volkswirtschaften, so ergibt sich, dass sowohl Zentralverwaltungswirtschaften als auch Marktsituationen, die durch Monopole bzw. Oligopole gekennzeichnet sind, weniger effizient sind als Wettbewerbsmärkte. Es ist unbestritten, dass Wettbewerbsbedingungen die Grundlage für die effiziente Allokation von Ressourcen und Gütern in einer Marktwirtschaft sind. Zur Maximierung ihrer Gewinne streben Marktteilnehmer in der Tendenz Oligopol- und Monopolmärkte an. Dieses zu verhindern ist Aufgabe des Staates als Regulator und Kontrolleur der Vorschrifteneinhaltung.

Dort wo Leistungen für die Bürger nicht über den Markt sichergestellt werden können oder

sollen, bietet der Staat diese Leistungen an und refinanziert sie überwiegend aus Steuern und sonstigen Abgaben. Diese Leistungen sind traditionell i.d.R. durch monopolistische Angebotsstrukturen gekennzeichnet. Beispiele sind investitionsintensive Aufgaben, wie Abwasserbeseitigung (Kanäle), Abfallbeseitigung (Deponien, Müllverbrennungsanlagen), Straßen und Stadtbahnanlagen ebenso wie Eingriffsverwaltung (Sicherheit und Ordnung etc.) sowie Leistungsverwaltung (Sozialhilfe, Wohngeld, Jugendhilfe etc). Allerdings zeigt die Liberalisierung der Telekommunikation sowie der Energiemärkte, wie sich auch in investitionsintensiven Bereichen Wettbewerb dadurch erzeugen lässt, dass z.B. Besitz der Netze und Betrieb getrennt werden. Darüber hinaus kann auch der Besitz der Infrastruktur in Privathand mit staatlicher Regulierung ermöglicht werden.

Die aktuelle Praxis zeigt, dass auch traditionell öffentliche Leistungen bei entsprechender Gestaltung im Wettbewerb erbracht werden können. Dabei ist z.B. im Bereich der Telekommunikation wie auch bei der Stromversorgung erkennbar, dass der Wettbewerb zu sinkenden Preisen bei verbesserter Kundenorientierung geführt hat. Allerdings hat der Wettbewerb auch die ehemals unter Monopolbedingungen möglichen Ineffizienzen der Unternehmen aufgedeckt, was sich z.B. im (kommunalen) Energieversorgungsbereich durch ein drastisches Zurückfahren der Investitionen und einen (sozialverträglichen) Abbau von Stellen äußert.

Bei Übertragung des Wettbewerbsgedankens auf die Kommunalverwaltung, wie es im NSM aufgezeigt wird, sind folgende Bedingungen in der Praxis zu erfüllen:

3.1. Organisatorische Bedingungen

Beim Gewährleistungsmodell des New Public Management, wie es z.B. in Großbritannien (s.o. 2.1.) und anderen Staaten entwickelt wurde, wird die Verwaltung in 2 Bereiche geteilt. Zum einen eine zentrale Steuerung mit Strategie- und Controllingfunktionen sowie auftraggebende Funktionen oder Organisationseinheiten und zum anderen ausführende Einheiten, die betrieblich organisiert werden.²⁸

²⁸ U.a. Reichard 1999, S. 121f, Ridley 1998, S. 11.

Entscheidende Bedeutung kommt dabei der Ausgestaltung des Auftraggeber-/Auftragnehmersystems zu. Die *auftraggebenden* Organisationseinheiten müssen in die Lage versetzt werden, den Wettbewerb zu organisieren und die Vergabe der Leistungen – an den eigenen Betrieb oder an Dritte – fachgerecht durchzuführen und zu überwachen. Dazu muss dort auch Fachkompetenz angesiedelt sein, die u.a. die folgenden Bereiche abdeckt:

- Strategische Planung: Wie soll sich das Politikfeld entwickeln?
- Operative Programmplanung: Mit welchen Leistungen können die – politischen – Ziele erreicht werden?
- Markterkundung: Welche Anbieter mit welchen Leistungen zu welchen Preisen existieren auf dem Markt?
- Vergabewesen, Auftragsvergabe und Kontrolle

Auf der anderen Seite müssen die *auftragnehmenden* betrieblichen Einheiten Entscheidungsfreiheit über Ressourceneinsatz und Produktionsbedingungen erhalten, also: weg von Ämtern – hin zu Betrieben (Einzelheiten s. u. 3.3.). Prinzipiell kann den kommunalen Betrieben die notwendige organisatorische Selbständigkeit und Flexibilität durch das Neue Steuerungsmodell im Rahmen der Kernverwaltung und des Haushalts gegeben werden. Die nötigen Ergänzungen im Rechnungswesen können dabei im Wege der Erweiterten Kammern oder – im Vorgriff auf das neue Haushaltsrecht – durch Einführung des Ressourcenverbrauchskonzepts auf doppelter Basis im Rahmen einer eigenbetriebsähnlichen Einrichtung oder eines „optimierten Regiebetriebs“ geschaffen werden. Die wirtschaftliche Verselbständigung in Form eines Eigenbetriebs oder gar die rechtliche Verselbständigung in eine privatrechtliche Gesellschaft ist also grundsätzlich *nicht* erforderlich²⁹. *Ob bestimmte Formen der Verselbständigung bessere Voraussetzungen für den Wettbewerb bieten, ist Teil der eingehender zu untersuchenden Probleme.*

Auf der neuen organisatorischen Struktur ist ein internes Kontraktmanagement aufzubauen³⁰.

²⁹ Siehe dazu ausführlich am Beispiel der Gebäudewirtschaft: Redmann 2000, S. 65 ff.

³⁰ Siehe dazu Fischer/Unger 2001, insbes. S. 117 ff.

Die internen Kontrakte können normalen Dienstleistungsverträgen nachgebildet werden, so dass sie auch – mit leichten Modifikationen – als BGB-Verträge mit Dritten geschlossen werden könnten.

Zu diesen Punkten liegen eine Reihe von theoretischen Konzepten vor. Es fehlt jedoch noch weitgehend die Transformation in die Praxis. Hierbei zeigt sich, dass insbesondere die Umsetzung des Auftraggeber-/Auftragnehmerkonzeptes und das Kontraktmanagement die größten Probleme bereiten. *Da die organisatorischen Bedingungen eine wesentliche Erfolgsvoraussetzung für die Umsetzung der Wettbewerbskonzeption des Neuen Steuerungsmodells darstellen, erscheint es lohnend, im Rahmen einer vertiefenden Studie präzisere Anforderungen herauszuarbeiten.* Unter anderem sollte untersucht werden, ob es eine kritische Größe für eine Kommune oder eine Organisationseinheit gibt, ab der die Umsetzung des Auftraggeber-/Auftragnehmermodells (betriebswirtschaftlich) sinnvoll ist. Weiterhin interessant ist die Antwort auf die Frage, ob der durch die Beauftragung und Überwachung der Leistungen entstehende Aufwand (Transaktionskosten) durch die zu erwartenden Einspareffekte und/oder Qualitätsverbesserungen für die Bürger gerechtfertigt ist und welche organisatorischen Maßnahmen im einzelnen erforderlich sind.

3.2. Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen

Den kommunalen Betrieben, die sich dem Wettbewerb stellen sollen, muss also eine größere Selbständigkeit und Flexibilität gewährt werden. Dabei können und sollen die in der öffentlichen Verwaltung üblichen gesellschaftlichen, politischen und gesetzlichen Vorgaben (Gemeinwohlaspekte, Sozialstaatsprinzip, Beschäftigung Leistungsgeminderter, Sozialversicherungspflicht etc.) zunächst nicht in Frage gestellt werden. Damit bestehen für die Betriebe der Kommunen allerdings in wesentlichen Positionen andere Ausgangsbedingungen im Wettbewerb als für die privaten Unternehmen. Auf weitere Unterschiede wurde früher bereits hingewiesen (s. insbes. 2.2). *Wie mit diesen Unterschieden umzugehen ist, um einen fairen Wettbewerb zu ermöglichen, ist einer der zentralen Fragenkomplexe, die dringend näher untersucht werden müssen.*

Unterschiedliche Strategien sind möglich: Zum einen kann versucht werden, die „Sonderlasten“ der kommunalen Betriebe genau zu iden-

tifizieren, in ihren kostenmäßigen Auswirkungen zu quantifizieren und den Betrieben dann aus allgemeinen Haushaltsmitteln Zuschüsse zu gewähren. Dafür gibt es in der Praxis bereits vereinzelte Beispiele. Meist handelt es sich um Fälle, wo die Sonderlasten einfach zu identifizieren und zu quantifizieren sind, wie beispielsweise bei einer über den eigenen Bedarf hinausgehenden Ausbildungsleistung.

Auch hier besteht weiterer Bedarf an Untersuchungen. Dabei geht es vor allem um die Frage: Wie verbreitet sind solche Erstattungen von Sonderlasten, wie werden die Abgrenzungsprobleme gelöst und sind sie geeignet, zu fairen, auch von der Privatwirtschaft akzeptierten Wettbewerbsregeln beizutragen?

Ein anders Konzept besteht darin, die Vorgaben, die für die kommunalen Betriebe gelten, genauso auch den externen Wettbewerbern aufzuerlegen, d. h. in den Aufträgen explizit mit zu vereinbaren und ggf. entsprechend zu vergüten. Auch dazu gibt es in der Praxis viele Ansätze. Beispielsweise versuchen manche Verwaltungen bei der Vergabe von Leistungen in der Gebäude-Innenreinigung dadurch (annähernd) gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen und sozialpolitische Ziele zu fördern, dass sie mit den Fremdfirmen die Beschäftigung eines bestimmten Prozentsatzes sozialversicherungspflichtiger Kräfte, die Zahlung von Tariflöhnen oder eine bestimmte (maximale) Stundenreinigungsleistung der Arbeitskräfte vertraglich vereinbaren. Zusätzlich verlangen sie eine Angebotskalkulation, die die Einhaltung dieser Bedingungen nachprüfbar ausweist.

Noch schwieriger ist es naturgemäß, allgemeine Prinzipien – Gemeinwohl, Sozialstaatsprinzip etc. – so zu operationalisieren, dass sie als Leistung beschrieben und in Aufträge aufgenommen und evtl. auch gesondert vergütet werden können. Das gleiche gilt für eine Vielzahl weiterer Leistungen, die von den kommunalen Betrieben (z.T. als Nebenleistung) sei es explizit, sei es implizit verlangt werden, wie z.B. die Berücksichtigung besonderer städtebaulicher oder umweltpolitischer Aspekte.

Damit entstehen erhebliche Kontrollprobleme: Bei externen wie auch internen Anbietern muss die Einhaltung all dieser Vorgaben überwacht werden. Dazu sind in erster Linie die auftraggebenden Organisationseinheiten verpflichtet. Sie werden aber möglicherweise von den privaten Wettbewerbern als parteiisch ab-

gelehnt und können i. d. R. auch nur begrenzt die privaten Kalkulationen und sonstigen Geschäftspraktiken kontrollieren. Vereinzelt – z.B. auf dem Gebiet der Gebäudereinigung – sind deshalb neutrale Gremien – im Beispiel gemeinsam mit der Gebäudereiniger-Innung – zur Überwachung fairer Wettbewerbsbedingungen gebildet worden.

Nach allen vorliegenden Informationen erscheint es sinnvoll und aussichtsreich, die vielfältigen örtlichen Ansätze zur Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen zwischen den öffentlichen Betrieben und den privaten Unternehmen umfangreich zu erheben, zu systematisieren und daraus Handlungsempfehlungen abzuleiten.

Zu klären wäre in diesem Zusammenhang auch, welche Rechtsnatur solche Regeln haben sollten. Während in Großbritannien beispielsweise Kalkulationsregeln für das Compulsory Competitive Tendering (s. o. 2.1) im einschlägigen Gesetz enthalten waren, könnte auch über freiwillige Vereinbarungen, evtl. sogar auf örtlicher oder regionaler Ebene nachgedacht werden. Um so wichtiger wären Leitlinien zur Versachlichung und Erleichterung der Diskussionen.

3.3. Sonstige betriebswirtschaftliche Bedingungen

Privatwirtschaftliche Unternehmen bieten die Leistungen oder Produkte am Markt an, von denen sie erwarten, dass es eine ausreichende Nachfrage nach ihnen gibt. Ihr Ziel ist es, über den Verkauf der Leistungen oder Produkte Erlöse zu erzielen, mit denen sie sowohl den für die Leistungserstellung erforderlichen Ressourcenverbrauch finanzieren als auch darüber hinaus einen möglichst hohen Gewinn erzielen können. Entweder sind die Leistungen oder Produkte am Markt bekannt, so dass nur wenige von den Konkurrenzprodukten abgrenzende Eigenschaften kommuniziert werden müssen, oder sie sind so individuell, einzigartig oder neu, dass ihre Eigenschaften komplett beschrieben werden müssen.

Auf der anderen Seite sollten Nachfrager eine klare Vorstellung von den zu erwerbenden oder zu beauftragenden Leistungen oder Produkten haben. Im Rahmen von Ausschreibungen, insbesondere von Baumaßnahmen, haben Kommunen seit langem Erfahrungen mit der Erstellung von Leistungsverzeichnissen. Dort wird die

zu beauftragende Leistung nach Art, Menge und Qualität sowie den ansonsten zu berücksichtigenden Rahmenbedingungen beschrieben.

Übertragen auf die Binnensituation einer Verwaltung sollten auch die internen Dienstleister ihre erbrachten Leistungen beschreiben. Dies wäre dann die Grundlage für Leistungsverzeichnisse, mit denen die innerstädtischen Auftraggeber-Organisationseinheiten zukünftig ausschreiben und vergeben. Im nächsten Schritt wären diese Leistungen von den internen Leistungserbringern unter Einsatz einer innerbetrieblichen Kosten- und Leistungsrechnung bzw. einer entsprechenden Marktanalyse zu bepreisen. Dabei ist die Frage, ob ggf. bestehende Marktpreise oder kostendeckende Preise zur Grundlage von internen Aufträgen (Kontrakten) gemacht werden sollen ebenso zu prüfen wie die Frage, ob das Vertrags- und Verfahrenswerk, wie es bei der Beauftragung von Externen besteht, ohne Probleme auf das interne Kontraktmanagement übertragen werden kann. Insbesondere ist – wie bereits weiter oben ausgeführt wurde – noch weiter zu untersuchen, ob z.B. ggf. gegenüber Externen bestehende Vorteile (kein kalkulatorischer Unternehmerlohn, keine Steuerpflicht, geringere Refinanzierungskosten etc.) „unter dem Strich“ ebenso ausgewiesen werden sollten, wie etwaige Nachteile (unterschiedliche Tariflöhne etc.).

Interessant erscheint in diesem Zusammenhang zudem eine vertiefende Analyse, warum das in einigen Städten und Kreisen bereits eingeführte Kontraktmanagement in der Praxis nicht richtig funktioniert. Dieses Problem mag an zwei Beispielen verdeutlicht werden:

Beispiel 1

In einer beobachteten Kommune war die Gebäudereinigung in Form eines optimierten Regiebetriebes organisiert. Der Rat dieser Stadt hatte beschlossen, dass abweichend von der bisherigen 100 %-igen Eigenreinigung zukünftig 4 näher bezeichnete Objekte ausgeschrieben und fremdgeräumt werden sollten. Dabei sollten insbesondere nur Unternehmen berücksichtigt werden, die für die Reinigung u.a. auf geringfügig Beschäftigte verzichten. Die Ausführung dieses Ratsbeschlusses wurde dem Regiebetrieb Gebäudereinigung übertragen. Nach formeller Ausschreibung – in der im übrigen erstmals die Leistungen der Gebäudereinigung explizit beschrieben wur-

den – wurde die Reinigung der Objekte an die jeweils mindestbietenden Unternehmen vergeben. In der Ausführungsphase kam es regelmäßig zu Problemen, da der Regiebetrieb die beauftragten Unternehmen sehr intensiv kontrollierte und entsprechende Unregelmäßigkeiten feststellte. Nach jeweils zweimaliger Abmahnung wurden die Verträge dann fristlos gekündigt. Der Regiebetrieb teilte dem Rat nach einem Jahr unter Hinweis auf diese Kündigungen mit, dass die externe Vergabe sich nicht bewährt habe. Da der Rat dennoch seinen Beschluss nicht revidierte, dauerte dieser Zustand noch lange an.

Interessant bei diesem Beispiel ist, dass die Kontrolle des Regiebetriebes von den Hausmeistern der betreuten Objekte durchgeführt wurde, die offensichtlich nur grobe Mängel bei den Leistungen des Regiebetriebes monierten. Die Externen wurden demgegenüber vom Regiebetrieb und mit einer deutlich höheren Intensität „betreut“. Der Regiebetrieb hatte wohl wegen eigener Betroffenheit die Latte für die externen Konkurrenten sehr hoch gelegt. Besser wäre die Kontrolle sowohl der Externen als auch des internen Regiebetriebes von einer „neutralen“ Stelle durchgeführt worden. Die neuere Entwicklung in dieser Kommune zeigt, dass dies nun generell durch die Nutzer geschehen soll.

Beispiel 2

In einer anderen Kommune mit rd. 25.000 Einwohnern wurde im Zuge der Einführung des Neuen Steuerungsmodells der Baubetriebshof als interner Dienstleister neu organisiert. Die Unterscheidung zwischen den auftraggebenden Fachbereichen auf der einen Seite und dem Baubetriebshof als Auftragnehmer auf der anderen Seite und die damit einhergehende Einführung der Verrechnung aller Leistungen des Baubetriebshofes wurden in der Verwaltung allgemein akzeptiert. Die gewünschten Effekte wurden aber nicht erzielt: Weil die Mittel für die Beauftragung des Baubetriebshofs nicht in die gegenseitige Deckungsfähigkeit einbezogen wurden, übernahmen die Fachbereiche nicht wirklich die Auftraggeberrolle, kümmerten sich nicht um die Schaffung der Auftragsgrundlagen (insbes. Aufgabenkataster bei den Daueraufträgen) und entwickelten kein Interesse daran, die Leistun-

gen und damit die Rechnungen des Baubetriebshofs kritisch zu hinterfragen, die Kosten zu vergleichen oder evtl. sogar eine Lockerung des Benutzungszwangs und eine Ausschreibung der Leistungen zu fordern. Die Strukturen wurden also geschaffen, jedoch gelang es bisher nicht, diese „unter Strom“ zu setzen, weil wirksame Effizianzanreize für die Fachbereiche fehlten.

Gründe für diese Probleme könnten u.a. darin liegen, dass einerseits ungleiche Kontraktpartner existieren (ehrenamtliche Politik vs. hauptamtliche Verwaltung), andererseits Verwaltungsteile, welche die bisher von ihnen selbst erbrachten Leistungen extern vergeben sollen, naturgemäß kein gesteigertes eigenes Interesse daran haben, dass die externe Vergabe „erfolgreich“ ist. Die Erzeugung von Wettbewerb für kommunale Einrichtungen und die Steuerung des Wettbewerbsprozesses im Hinblick auf die vielfältigen, z. T. divergierenden Ziele einer Verwaltung setzt offenbar strukturelle und prozessurale Veränderungen voraus, die keineswegs einfach zu schaffen und möglicherweise auch größenklassenabhängig unterschiedlich auszugestalten sind. *Hierzu erscheinen weitere empirische Studien sehr lohnenswert, die jene Kommunen erfassen, in denen das Kernstück des NSM, das Kontraktmanagement, bereits in der Praxis eingeführt ist. Hieraus ließen sich Handlungsvorschläge als Erfolgsbedingungen für ein Kontraktmanagement unter Wettbewerbsbedingungen herleiten.*

Weitere betriebswirtschaftliche Bedingungen bestehen in dem Aufbau einer Kosten- und Leistungsrechnung für interne Steuerungszwecke sowie für die Vor- und Nachkalkulation von Angeboten bzw. Aufträgen. Die Frage des hierfür geeigneten Rechnungswesens scheint beantwortet zu sein, da bundesweit Konsens darüber besteht, die Kameralistik zugunsten des Ressourcenverbrauchskonzepts auf doppischer Grundlage abzulösen³¹.

4. Ordnungspolitische Optionen: Ausstieg der Kommunen aus kommunalen Dienstleistungen und Übergabe an den (privaten) Markt vs. Beteiligung am Wettbewerb unter fairen Wettbewerbsbedingungen

Die deutsche Wirtschaftsverfassung ist vom Grundsatz her wettbewerbspolitisch neutral. Es gibt weder einen Vorrang noch einen Betätigungsschutz für private Betriebe³². Selbstverständlich müssen Kommunen, die sich im Rahmen ihrer Selbstverwaltungsgarantie wirtschaftlich betätigen, die Grundrechte der privaten Konkurrenten ebenso beachten wie das allgemein geltende Wirtschaftsrecht – hier insbesondere das Wettbewerbs- und Vergaberecht.

Auch aus der Volkswirtschaftslehre lassen sich keine Präferenzen zugunsten einer Gruppe von Marktteilnehmern ableiten. Dies setzt allerdings voraus, dass der Staat – und auch die Kommunen – sich den Gesetzen des Marktes unterwerfen, wenn sie wirtschaftlich tätig werden. Ein Tätigwerden des Staates ist unter Wettbewerbsgesichtspunkten immer dann sinnvoll und sogar zu fordern, wenn dadurch ein Marktversagen (Oligopole, Monopole) korrigiert werden kann. Es lässt sich also weder aus der Verfassung noch aus der Wirtschaftslehre eine ordnungspolitische Forderung nach einem weitest gehenden Rückzug des Staates zugunsten privater Marktteilnehmer ableiten. Im Gegenteil müsste ein Maximum an Wettbewerb die ordnungspolitische Forderung sein. So stellt auch der Wissenschaftliche Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft fest, dass öffentliche Unternehmen ein elementarer Bestandteil der Sozialen Marktwirtschaft³³ und wichtige Instrumente der Infrastrukturpolitik und der Marktkorrektur³⁴ sind.

Dennoch wird – interessengeleitet – von den Verbänden der Wirtschaft und den ihnen nahestehenden Instituten sowie Teilen der Politik immer wieder eine „ordnungspolitische“ Debatte in Szene gesetzt, mit dem Ziel, die wirtschaft-

³¹ Siehe dazu Bals/Reichard 2000, S. 203 – 233.

³² BVerfGE 39, 329 (336), OVG Münster, NVwZ 1986, S. 1045 f.

³³ Wissenschaftlicher Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft 1994, S. 8 ff.

³⁴ Wissenschaftlicher Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft 1994, S. 12 ff.

liche Betätigung von Kommunen zu brandmarken. So beklagt W. Fuest (Institut der deutschen Wirtschaft) jüngst in der Presse³⁵, dass „Städte und Gemeinden ... sich immer mehr die lukrativen Geschäftsfelder heraus(picken)“. Und weiter: „Bei mehreren Projekten wird der Ausschreibungspflicht erst gar nicht nachgekommen, obwohl private Unternehmen viele Dienstleistungen billiger und effektiver anbieten können.“ Dies ergebe sich aus einer laufenden Studie des Instituts.

Aber auch seitens der bundesdeutschen Exekutive werden Forderungen erhoben, die wirtschaftlichen Aktivitäten der Kommunen einzuschränken. So hat die Wirtschaftsministerkonferenz (WMK) in ihrer Sitzung am 17./18. Mai 2000 in Zittau u.a. folgende Punkte beschlossen³⁶:

- „Die WMK stellt mit wachsender Sorge fest, dass Kommunen vermehrt in Konkurrenz zu privatwirtschaftlichen Unternehmen treten und dadurch vor allem kleinere und mittlere Unternehmen verdrängt und Arbeitsplätze gefährdet. ...“
- Die WMK spricht sich für eine klare Grenzziehung zwischen dem Rahmen für die kommunalwirtschaftliche Tätigkeit ... und den der Privatwirtschaft vorbehaltenen Tätigkeitsfeldern aus. Sie fordert die Innenministerkonferenz (IMK) auf, für den Vorrang privatwirtschaftlicher Tätigkeit auf kommunaler Ebene zu sorgen. ...“
- Die Wirtschaftsminister und –senatoren der Länder fordern die Kommunen auf, ihre wirtschaftlichen Betätigungen auf den unverzichtbaren Kernbereich der von ihnen zu leistenden Daseinsvorsorge zu beschränken.“

Auf der anderen Seite hat die Innenministerkonferenz (IMK) zu diesen Forderungen in ihrer Sitzung am 24. November 2000 einen kommunalfreundlichen Beschluss³⁷ gefasst:

- „Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen in den klassischen Feldern der Daseinsvorsorge ist in Deutschland ein historisch gewachsener Bestandteil gemeindlicher Aufgabenerfüllung. Den Schutz des Art 28 Abs. 2 GG genießt auch die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. ...“
- Die Prüfung der Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung von Kommunen erfordert immer eine Betrachtung und Bewertung des Einzelfalls. Dies ist eine Aufgabe der Gemeinde selbst ... Die Gemeinden haben bei der Prüfung nach allgemeiner, nach Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich abgesicherter Auffassung einen Beurteilungsspielraum.
- Nach Auffassung der IMK sollten die Kommunen im eigenen Interesse die Auswirkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigung auf die örtliche mittelständische Wirtschaft und das örtliche Handwerk vor Beginn der Betätigung überprüfen. ...“

In Nordrhein-Westfalen ist letztere Forderung sogar gesetzliche Pflicht.³⁸ Es zeigt sich also, dass auch auf Bundes- und Landesebene keine eindeutige Marschrichtung auszumachen ist und damit die Entscheidung letztendlich vor Ort in den Kommunen zu treffen ist. Für die politisch Verantwortlichen in den Kommunen ergeben sich vom Grundsatz her damit zwei Optionen: Weitestgehender Ausstieg der Kommunen aus der Erstellung kommunaler Dienstleistungen (Privatisierungsoption) versus Beteiligung am Wettbewerb unter fairen Bedingungen. Die Abwägung zwischen beiden Optionen ist letztlich eine ordnungspolitische Entscheidung, die auf der Basis entsprechender Grundvorstellungen von der Rolle von Staat und Wirtschaft in unserer Gesellschaft zu treffen ist. Aus der Sicht einer verantwortungsvollen Kommunalpolitik spricht dabei viel für die zweite Option. In dieser Vorstudie wird im weiteren Verlauf die zweite Option auf Realisierbarkeit geprüft.

³⁵ Neue Westfälische 2001.

³⁶ Der vollständige Beschlusstext findet sich u.a. in DStGB Aktuell 2100 vom 26. Mai 2000, S. 20 f.

³⁷ Der vollständige Beschlusstext findet sich u.a. in DStGB Aktuell 5100 vom 22. Dezember 2000, S. 21 f.

³⁸ § 107 Abs. 5 GO NRW: „Vor der Entscheidung über die Gründung bzw. die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an Unternehmen ... ist der Rat auf der Grundlage einer Marktanalyse ... über die Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft zu unterrichten. Den örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel und ... der Gewerkschaften ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Marktanalysen zu geben.“

5. Überblick über die rechtliche Lage im Hinblick auf die Beteiligung kommunaler Einrichtungen am Marktwettbewerb

Der Rahmen für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen wird sowohl durch Verwaltungs- (und Verfassungs-) Recht als auch Privatrecht gezogen. Grundsätzlich lässt sich die rechtliche Lage im Hinblick auf die Beteiligung kommunaler Einrichtungen am Marktwettbewerb grob in zwei Bereiche teilen. Zum einen geht es um die Frage der Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung und ihrer Grenzen. Der rechtliche Rahmen für die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen ist in einer Vielzahl von Vorschriften und Gesetzen gelegt. Zum anderen geht es um das allgemeine Wettbewerbsrecht, welches im wesentlichen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der Vergabeverordnung und den Verdingungsordnungen sowie in EG-Vorschriften normiert ist. Einen Überblick über die wesentlichen relevanten Vorschriften bietet die Anlage 2.

5.1. Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen

Das deutsche Verfassungsrecht gewährleistet den Gemeinden das Selbstverwaltungsrecht für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. In seinem „Rastede-Urteil“ hat das Bundesverfassungsgericht die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden, auch im Bezug auf die wirtschaftliche Betätigung, festgestellt.³⁹ Zunächst betonte das Gericht die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden in allen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Hierzu zählen diejenigen Angelegenheiten, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf die örtliche Gemeinschaft einen spezifischen Bezug haben⁴⁰. Dazu gehört nach Ansicht des Gerichtes auch die Möglichkeit der eigenverantwortlichen Teilnahme am Wirtschaftsverkehr durch kommunale Unternehmen. Insoweit haben sich die Kommunen bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung an einem öffentlichen Zweck zu orientieren, insbesondere die Subsidiaritätsklausel zu beachten⁴¹ und sich auf das eigene Gemeindegebiet

zu beschränken⁴². Diese *Schrankentrias* ist in allen Kommunalverfassungsgesetzen der Bundesländer in unterschiedlicher Ausprägung enthalten.

Die Kommunen und ihre Unternehmen sind in das „Steuerungssystem (bzw. Wirtschaftssystem) Marktwirtschaft“ als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung einbezogen⁴³ und nehmen als „frei“ agierende Marktteilnehmer durch ihre Unternehmen eine ambivalente Position ein. Es kann solange nicht von einer freien Unternehmerschaft gesprochen werden, wie die Kommunen „Träger“ von Unternehmen sind (eigentlich: Kapital- und Anteilsinhaber in Form der Rechteinhaberschaft⁴⁴) und gleichzeitig mit Hilfe dieser Unternehmen kommunale Aufgaben – einen öffentlichen Zweck⁴⁵ – zu erfüllen haben. Ungeachtet dessen ist mit dem freien Wettbewerb neben der Anpassungsfunktion letztlich ein Ausleseprozeß verbunden. Die Folgen dieses Prozesses (Ausscheiden aus dem Markt mangels Wirtschaftlichkeit) und die prognostizierten wirtschaftlichen Risiken für die Kommunen – und somit für die Gemeindeeinwohner – fürchtet der Gesetzgeber und möchte die Gemeinde und ihre Einwohner von diesen potentiellen Lasten (Sanierungs- oder Insolvenzlaster) freistellen⁴⁶. Dies verdeutlicht auch die lediglich als *Nebenzweck* eingeordnete Gewinnerzielungsabsicht gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit. Dieser Nebenzweck stellt das Pendant zum marktveranlassten (meist) notwendigen Ziel größtmöglicher, zumindest ausreichender Gewinne dar. Hierdurch wird der fundamentale Unterschied zwischen (unter-) staatlicher, *aufgabenbezogener* Tätigkeit und sonstiger *allein* markt- und *nutzenbezogener* Tätigkeit (ökonomisches Prinzip)⁴⁷ deutlich.

⁴² Sog. Regionalprinzip, Territorialprinzip oder Lokalprinzip.

⁴³ So steht ihnen z.B. die kommunale Planungshoheit zu, mit Hilfe derer sie gezielt Wirtschaftsförderung durch Ansiedlung betreiben kann (z.B. Bauland- oder Gewerbegebietausweisung).

⁴⁴ Ob sich die Kommunen auf Art. 14 I GG berufen können, ist streitig und wird von der Rechtsprechung abgelehnt, z.B. BVerfGE 38, 175 ff. (184), BVerfGE 61, 82 ff. (100 ff.) „Sasbach-Entscheidung“, a.A. Englisch 1994, S. 116 ff. m.w.N.

⁴⁵ Siehe z.B. § 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GO Bbg.

⁴⁶ Im Ergebnis VGH BW NJW 1984, 251.

⁴⁷ Zum Zweck der Regelungen über die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden siehe Gern 1997, S. 447 (Rdn. 722).

³⁹ BVerfGE 79, 127 ff.

⁴⁰ BVerfGE 79, 127 (151) unter Bezugnahme auf BVerfGE 8, 122 (134) und BVerfGE 52, 95 (120).

⁴¹ Z.B. § 100 Abs. 3 GO Bbg.

In der Vergangenheit sind erhebliche *Divergenzen in der Rechtsprechung von Verwaltungs- und Zivilgerichten* zur Frage der Wettbewerbsteilnahme öffentlicher Unternehmen aufgetreten. Zumeist geht es um die Frage der Wettbewerbsteilnahme öffentlicher Unternehmen an sich und um die Art des Auftretens am Markt, das Marktverhalten. Bislang traten die Verwaltungsgerichte (VG) sehr passiv in Erscheinung, wenn es um den Schutz *privater Wirtschaftsteilnehmer* ging. Sie billigten den Kommunen im Rahmen ihrer Organisationshoheit einen weiten Beurteilungsspielraum (Einschätzungsprärogative) zu, ob und wie sie sich wirtschaftlich betätigen möchten⁴⁸. Das bedeutete für konkurrierende Antragsteller bzw. Kläger im Ergebnis, dass ihnen klagefähige Individualrechte gegen die Gemeinde nicht eingeräumt wurden. Die gesetzlichen Subsidiaritätsklauseln wurden im Hinblick auf einen Individualrechtsschutz nicht beachtet oder ihnen wurde eine *zwingende drittschützende Wirkung* abgesprochen⁴⁹. Da dieses Ergebnis für die Kläger und Antragsteller unbefriedigend war, wandten sie sich – zunehmend erfolgreich – an die Zivilgerichte, die eine umfassende Würdigung kommunaler Wirtschaftstätigkeit bezogen auf „Ob“ und „Wie“ der Tätigkeit vornahmen. Neben einfachgesetzliche Rechte Privater traten die sog. Unternehmergrundrechte (Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG). Aus letzteren folgende Rechts- und Anspruchspositionen stehen naturgemäß nicht den öffentlichen Unternehmen zur Verfügung. Hieraus ergeben sich ungleiche Rechtspositionen von öffentlichen und privaten Marktteilnehmern.

Die Zivilgerichte erstreckten ihre Prüfung im Rahmen des § 1 UWG auch auf die kommunalverfassungsrechtlichen Vorschriften über die Zulässigkeit kommunaler Wirtschaftstätigkeit. Den kommunalverfassungsrechtlichen Vorschriften über die Zulässigkeit gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit wurde dabei im Gegensatz zu der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte eine private Marktteilnehmer schützende Wirkung zuerkannt.⁵⁰ Das OLG Düsseldorf gab beispielsweise einem Antrag auf Erlass einer

einstweiligen Verfügung auf Untersagung des von einer Volkshochschule angebotenen Nachhilfeunterrichtes statt, da sich die Volkshochschule mit ihren Nachhilfeangeboten in einer gegen § 107 NRW GO (a.F.) verstoßenden Weise wirtschaftlich betätigt und damit zugleich gegen die guten Sitten im Wettbewerb (§ 1 UWG) verstoßen habe.⁵¹ Das LG Wuppertal konstatierte, dass ein Verstoß gegen die §§ 107, 108 GO NRW für sich bereits den Vorwurf wettbewerbswidrigen Verhaltens rechtfertige, ohne dass es darauf ankomme, ob das kommunalbeherrschte Unternehmen sich durch besondere Maßnahmen einen ungerechtfertigten Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern verschafft hat.⁵² Das OLG Hamm schließlich hatte die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung eines städtischen Eigenbetriebes auf dem Gebiet der Grünpflege zu entscheiden. Unter Hinweis auf eine drittschützende Wirkung des § 107 GO NRW hat es die wirtschaftliche Betätigung des Eigenbetriebes als sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG eingestuft und damit für rechtswidrig erklärt.⁵³ Auch in Rheinland-Pfalz wird den kommunalwirtschaftlichen Vorschriften (§ 85 GO Rhld-Pf) drittschützende Wirkung zugesprochen.⁵⁴

Diese Urteile beziehen sich zunächst nur auf die Rechtslage der Länder Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz. Die Zivilgerichte in anderen Bundesländern sind zu gegenteiligen Einschätzungen und Urteilen gelangt. Herauszuheben ist hier das Urteil des LG Kassel, welches die wirtschaftliche Betätigung eines kommunalen Eigenbetriebes auf dem Gebiet der Abfallwirtschaft für zulässig erklärt hat. Danach sei nicht jeder Rechtsverstoß (hier gegen die hessischen Vorschriften des Gemeindefirtschaftsrechts) zugleich sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG. So sei die Klärung der Frage, *ob* die öffentliche Hand einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung nachgehen dürfe, nicht zivilrechtlich überprüfbar. Im Zivilrechtsweg könne allenfalls die Frage, *wie* die öffentliche Hand sich erwerbswirtschaftlich verhalte, überprüft

⁴⁸ Siehe nur BVerwGE 39, 329 (332).

⁴⁹ VGH München, GewArch 1976, 326 (328).

⁵⁰ OLG Hamm, JZ 1998, 576 (578) mit Anm. Müller, LG Offenburg, NVwZ 2000, 717 (717); OLG Düsseldorf, NVwZ 2000, 714 (714).

⁵¹ OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1470 (1471) =NWVBl. 1997, 353 mit abl. Anm. Moraing.

⁵² LG Wuppertal, DVBl. 1999, 939; aufgehoben durch OLG Düsseldorf NVwZ 2000, 111.

⁵³ OLG Hamm, DVBl 1998, 792 ff. („Gelsengrün“).

⁵⁴ Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz, Urteil vom 28.03.2000 (VGH N 12/98).

werden. In ähnlicher Weise hat auch das OLG Karlsruhe entschieden.⁵⁵ Dies entspricht – im Gegensatz zu den Urteilen in NRW – der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH, wonach besondere Umstände im Marktverhalten der Kommune hinzutreten müssen, um ein wettbewerbswidriges Verhalten (hier: Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG) annehmen zu können. Dies sei u.a. dann gegeben, wenn der Wettbewerb durch die öffentliche Hand für einen anerkannten Berufsstand existenzbedrohend werde und er damit in seinem Bestand ernsthaft gefährdet werde.⁵⁶

Im Rahmen dieser Vorstudie kann nur auf die derzeit unterschiedliche Rechtsprechung hingewiesen werden.⁵⁷ Diese zeigt aber, dass – insbesondere im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung des BGH – eine vertiefende Auseinandersetzung mit dieser Thematik für die Möglichkeiten der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen lohnenswert ist.

5.2. Öffentliches Vergaberecht

Das Vergaberecht umfasst alle Regeln und Vorschriften, die das Verfahren für die öffentliche Hand beim Einkauf von Gütern und Leistungen bestimmen. Ziel der Regelungen ist zum einen ein wirtschaftlicher Einkauf, der durch Wettbewerb sichergestellt werden soll. Der Zwang zu wirtschaftlichem Verhalten ist erforderlich, damit Steuergelder sparsam und sachgerecht verwendet werden. Außerdem soll verhindert werden, dass der Staat als großer Nachfrager seine Marktmacht missbraucht. Ein weiteres Ziel ist die Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte in der EU durch transparente und nicht diskriminierende Verfahren für alle potentiellen europäischen Bewerber um öffentliche Aufträge.

Es gibt verschiedene Arten von Vergabeverfahren (Öffentliche Ausschreibung, beschränkte Ausschreibung und freihändige Vergabe), wobei die Öffentliche Ausschreibung vorrangig ist und nur in Ausnahmefällen davon abgewichen werden darf.

5.2.1. Bindung an das Vergaberecht

Die Kommunen sind als öffentliche Auftraggeber in unterschiedlicher Weise an die Vergabebestimmungen gebunden. Maßgeblich sind die Teile A der Verdingungsordnungen, und zwar die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A), die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) und die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF). Die VOB/A und die VOL/A haben jeweils 4 Abschnitte. Der erste Abschnitt regelt das Vergabeverfahren für Aufträge *unterhalb* der EU-Schwellenwerte⁵⁸. Dieser Abschnitt ist von den Kommunen über die jeweiligen Gemeindehaushaltsverordnungen⁵⁹ verbindlich anzuwenden. Die Regelungen haben aber keinen materiellen Rechtsnormcharakter, sondern haben die Qualität von Verwaltungsvorschriften, die keine unmittelbaren Rechtswirkungen nach außen entfalten und damit den Bietern keine subjektiven, gerichtlich einklagbaren Rechte geben.⁶⁰ Bietern steht lediglich die Überprüfung von Vergabeentscheidungen (z.B. eines Zuschlages) durch die Aufsichtsbehörden der jeweiligen Vergabestellen im Wege der Rechtsaufsicht⁶¹ offen. Eine Devolutivwirkung (Beseitigungswirkung) ist mit einer solchen Entscheidung aber nicht verbunden. Im übrigen ist das EG-rechtliche Diskriminierungsverbot (allgemein z.B. Art. 12

⁵⁸ Die Schwellenwerte betragen aktuell für Bauaufträge 5 Mio. € (§ 1a/1b Abs. 1 VOB/A). Bei einer Vergabe in Losen besteht eine europaweite Ausschreibungspflicht für Einzellose mit einem geschätzten Auftragswert von 1 Mio. € (§ 1b Abs. 2 VOB/A). Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge (VOL/A) beträgt der Schwellenwert grundsätzlich 200.000 €. Bei der Aufteilung in Lose besteht die Ausschreibungspflicht für diejenigen Lose, die den Schwellenwert von 80.000 € erreichen. Dagegen besteht keine europaweite Ausschreibungspflicht für diejenigen Lose, die einen Auftragswert von geschätzt 80.000 € nicht erreichen, es sei denn, der addierte Wert aller Lose mit einem Einzolvolumen von unter 80.000 € erreicht 1/5 des Gesamtwertes der Ausschreibung. Eine Ausnahme besteht für Dienstleistungsaufträge oberster und oberer Bundesbehörden: hier liegt der Schwellenwert bei 130.000 €. Die Schwellenwerte enthalten keine Umsatzsteuer. Siehe hierzu §§ 2, 3 VgV.

⁵⁹ Siehe u.a. § 31 GemHVO NRW und BW, § 29 GemHVO.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 21.11.1991-VII ZR 203/90, BauR 1992, S. 221.

⁶¹ Siehe hierzu jüngst VG Frankfurt/Oder vom 23.02.2000, Az.: 1 L 826/99 (nicht veröffentlicht).

⁵⁵ Urteil vom 16.11.2000 – 4-U 171/99 in Stadt und Gemeinde 3/2001, S.93 (§ 102 GO BW bezweckt keinen Schutz privater Mitbewerber.).

⁵⁶ BGHZ 82, 375 ff. (Selbstausgabe von Brillen durch ö.r. Krankenkassen).

⁵⁷ Ausführlicher Überblick mit weiteren Verweisen bei Tomerius 2000, S. 41 ff.

Abs. 1 EGV; speziell Art. 39 Abs. 2, Art. 42 Abs. 2, Art. 50 Abs. 3 EGV) zu beachten.⁶²

Anders sieht es für die Abschnitte 2-4 der VOB/A und VOL/A sowie die VOF aus. Diese wurden zur Umsetzung von maßgeblichen EG-Richtlinien⁶³ durch die von der Bundesregierung erlassene Vergabeverordnung⁶⁴ verbindliches Recht. Sie hat die rechtliche Qualität einer Rechtsverordnung mit Außenwirkung. Die Abschnitte 2 der VOB/A und VOL/A erfassen Aufträge über den EU-Schwellenwerten und Teile 3 und 4 gelten für Sektorauftraggeber. Wenn die hier zu untersuchenden Aufträge über den EU-Schwellenwerten liegen, finden die Teile 2 der VOB/A und der VOL/A sowie die VOF Anwendung.

5.2.2. Anwendung der verschiedenen Verdingungsordnungen

Die VOB gilt nur für Bauleistungen. Dies sind nach § 1 VOB/A Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instandgehalten, geändert oder beseitigt wird. Der Begriff der baulichen Anlage umfasst auch alle Arbeiten an einem Grundstück i.S.d. § 638 BGB. Für die überwiegenden Leistungen der Bauhöfe und Grünflächenämter kommt also die Anwendung der VOB/A in Betracht⁶⁵. Alle anderen Lieferungen und Leistungen unterliegen grundsätzlich der VOL oder der VOF.

5.2.3. Vergabepflicht nach Ausschreibung

Die VOB/A und VOL/A sind darauf ausgerichtet, dass die Kommune erst dann ausschreibt, wenn Sie die Leistungen auch tatsächlich an Private vergeben will. § 16 Nr. 1 VOB/A sowie § 16 VOL/A bestimmen, dass der Auftraggeber erst dann ausschreiben soll, wenn alle Verdingungsunterlagen fertiggestellt sind und die Leistung aus der Sicht des Auftraggebers innerhalb der angegebenen Frist ausgeführt werden kann. Weiterhin heißt es dort, dass Ausschreibungen für vergabefremde Zwecke (z.B. Ertragsberechnungen, Vergleichsanschläge, Markterkundung) unzulässig sind. Die Kommune darf

also Leistungen nicht deshalb ausschreiben, um zu prüfen, ob beispielsweise ihr Bauhof wirtschaftlich arbeitet oder ob es ökonomisch sinnvoller wäre, den Bauhof aufzulösen und die Leistungen von einem privaten Unternehmen erbringen zu lassen (s. auch u. 7.1).

5.3. Zusammenfassung der rechtlichen Situation

Die gesamte Rechtslage im Hinblick auf die Beteiligung kommunaler Einrichtungen am Wettbewerb scheint im Ergebnis eindeutig und konsequent zu sein, während sie tatsächlich einige Fragen offen lässt. Zunächst besteht unter dem Aspekt der „Kommunen im Wettbewerb“ die Befürchtung, dass kommunale Einrichtungen zum freien Wettbewerb nicht zugelassen werden sollen. Jedenfalls sind die Vorschriften in den (meisten) Kommunalordnungen zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden im allgemeinen restriktiv gefasst, so dass gemeindliche Einrichtungen weiterhin primär aufgaben- und nicht wettbewerbsbezogen arbeiten und wirtschaften sollen. Darüber hinaus ergeben sich in der Zusammenschau aller relevanten Vorschriften (des Vergaberechts, des Kommunalwirtschafts- und Kommunalverfassungsrechts, des Wettbewerbsrechts, der sog. Unternehmergrundrechte, des primären⁶⁶ und sekundären⁶⁷ Europarechtes) vielfältige wirtschaftliche und rechtliche Nachteile („Wettbewerbschürden“) für kommunale Einrichtungen. Sie können zudem keine oder nur äußerst begrenzte Rechte – insbesondere Abwehr- und Teilhaberechte – in Anspruch nehmen, soweit sie mehrheitlich von der öffentlichen Hand (insbesondere Kommunen) getragen oder beherrscht werden⁶⁸. Dagegen werden alle „Unternehmen“ auf europarechtlicher Ebene grundsätzlich gleich behandelt, ohne Rücksicht auf ihre Inhaber oder Unternehmensträger. Ausnahmen bestehen – konsequenterweise – im Bereich des Vergaberechtes (s. u. Fall Teckal sowie Gemeinde Arnhem⁶⁹).

Ein näheres Eingehen auf die sog. funktionale Betrachtungsweise des EuGH und des BGH ist unter dem Gesichtspunkt tatsächlich vorhandener Beherrschungs-, Einfluss- und „Eigentümer“-Befugnisse und Rechte in einer vertieften Untersuchung angezeigt.

⁶² So die Gesetzesbegründung zu §§ 97 ff. GWB, BT-Ds. 13/9340, S. 15 zu § 109 GWB.

⁶³ Im einzelnen siehe Anlage 1.

⁶⁴ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 9.01.2001 i.d.F. der Maßgaben des Bundesrates (Beschluss vom 10.11.2000, Brat DS 455/00/Beschluss), BGBl 2001 I, S. 110 ff.

⁶⁵ Siehe die Definition in § 1 VOB/A.

⁶⁶ EG-Verträge.

⁶⁷ Richtlinien, Mitteilungen, Entscheidungen, Stellungnahmen etc.

⁶⁸ BVerfG JZ 1990, 335 ff. – HEW-Fall.

⁶⁹ EuGH Urt. v. 10.11.1998, C-360/96, Slg 1998, I-6821.

6. Handlungsmöglichkeiten der Kommunen

Bei der Umsetzung des in Kapitel 2 und 3 dargestellten Konzepts „Konkurrieren statt Privatisieren“ haben die Kommunen nicht nur eine Reihe von Organisations- und Steuerungsproblemen zu lösen. Zusätzlich führt der im vorstehenden Kapitel allgemein skizzierte Rechtsrahmen zu Schwierigkeiten. Wie die Kommunen darauf reagieren könnten und welche Probleme dabei zu lösen sind, wird im Folgenden an Hand wichtiger Handlungsfelder dargestellt.

6.1. Beteiligung der kommunalen Einrichtungen an förmlichen Vergabeverfahren (Öffentliche oder beschränkte Ausschreibung nach VOB/A oder VOL/A) der eigenen Verwaltung

Wenn die kommunalen Einrichtungen in den Wettbewerb gestellt werden sollen, dann ist es naheliegend, dass diese sich an Ausschreibungen der eigenen Kommune beteiligen. Innerhalb der Verwaltung wird zwischen auftraggebenden Fachbereichen und auftragnehmenden Einrichtungen bzw. Regiebetrieben unterschieden (s. o. insbes. 3.1.). Die Fachbereiche schreiben die einzukaufenden Leistungen aus, auch diejenigen, die bisher von eigenen Regiebetrieben erbracht wurden. Die Regiebetriebe müssen sich an den Ausschreibungen beteiligen und werden prinzipiell wie dritte Anbieter behandelt.

Für diese Fallgestaltung ist insbesondere zu prüfen, ob das öffentliche Vergaberecht eine Ausschreibung zulässt und welche Konsequenzen sich aus einer Ausschreibung ergeben.

Hilfreich ist die Auslegung der VOL/A anhand der EG-Lieferkoordinierungsrichtlinie sowie der EG-Dienstleistungsrichtlinie. Mit Beschluss vom 12. Juni 2001 hat der Bundesgerichtshof⁷⁰ klargestellt, dass der öffentliche Auftraggeber (z.B. die Gemeinde) keine Auftragsvergabe nach GWB vorzunehmen hat, wenn er ein eigenes Unternehmen beauftragt, das er wie eine Dienststelle kontrollieren kann. Dann wird der Sache nach kein *anderer* mit der Erbringung der Dienstleistung beauftragt (In-Haus-Ge-

schäft). Vielmehr wird der Auftrag von einer Stelle ausgeführt, die der öffentlichen Verwaltung bzw. dem Geschäftsbetrieb des öffentlichen Auftraggebers zuzurechnen ist. Diese Beurteilung ändert sich auch nicht, wenn der öffentliche Auftraggeber eine GmbH beauftragt, deren alleiniger Inhaber (Anteilseigner) er ist und wenn die GmbH die Tätigkeiten *im wesentlichen* für ihn erbringt. Diese Rechtsprechung folgt der des Europäischen Gerichtshofes (EuGH), der im Fall Teckal⁷¹ eine derartige Abgrenzung im Jahre 1998 vornahm. Dies bedeutet zunächst, dass alle Leistungen, die eine kommunale Einrichtung oder ein kommunales Unternehmen für die Kommune selbst ausführt, nicht ausgeschlossen werden *müssen*. Andererseits bedeutet die fehlende Ausschreibungspflicht aber auch kein Ausschreibungsverbot.

An einer solchen Ausschreibung dürfen sich allerdings *Regie- und Eigenbetriebe nicht* beteiligen. Dem stehen 2 Gründe entgegen:

- a) Die Ausschreibung ist darauf gerichtet, Angebote, die bei Zuschlag zu einem Vertragsabschluss führen, einzuholen. Gem. § 145 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) liegt ein Angebot dann vor, wenn einem *anderen* die Schließung eines Vertrages angetragen wird. Dies setzt zwingend voraus, dass es sich bei dem anderen um eine Rechtspersönlichkeit handelt. Regiebetriebe und Eigenbetriebe bzw. eigenbetriebsähnliche Einrichtungen sind aber gerade dadurch gekennzeichnet, dass sie keine eigene Rechtspersönlichkeit haben und juristisch Teil der Gebietskörperschaft „Kommune“ sind. Die Kommune kann aber nicht mit sich selbst Verträge schließen.
- b) Auch die § 8 Abs. 6 VOB/A und § 7 Nr. 6 VOL/A stehen einem Mitbieten entgegen. Nach diesen Regelungen sind Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten oder ähnliche Einrichtungen zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zuzulassen. Regiebetriebe von Kommunen sind als „ähnliche Einrichtung“ zu werten.

Zwar heißt es in den amtlichen Erläuterungen zu § 7 Nr. 6 VOL/A, dass es sich bei Regiebetrieben i.d.R. nicht um eine „ähnli-

⁷⁰ Az.: X ZB 10/01, noch nicht veröffentlicht.

⁷¹ C-107/98, European Court Reports 1999 page I-8121.

che Einrichtung“ im Sinne dieser Vorschrift handelt. Diese Regelung wird allerdings in der Literatur zu § 8 Abs. 6 VOB/A, die wortgleich mit der Regelung in der VOL/A ist, anders gewertet:

- „... Gemeint sind alle Betriebe, die der öffentlichen Verwaltung angehören oder dieser unterstellt sind. ...“⁷²
- „Es gilt der Grundsatz, dass Institutionen und Anstalten, die nicht gewerbsmäßig tätig sind, am Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht teilnehmen dürfen.“⁷³

Zusammengefasst ergibt sich damit die folgende Zwickmühle: Eine Kommune muss zwar die Leistungen, die sie selbst in Anspruch nimmt, nicht ausschreiben, wenn sie von einer kommunalen Einrichtung oder einem kommunalen Unternehmen erstellt werden. Wenn sie sich aber zur Förderung des Wettbewerbs entschließt auszuschreiben, dürfen sich die eigenen Einrichtungen nicht an der Ausschreibung beteiligen. *Die zum Schutz des Wettbewerbs gedachten Vorschriften des Vergaberechts erweisen sich damit unter den Bedingungen des Neuen Steuerungsmodells eher als den Wettbewerb behindernd. Eine wettbewerbsfreundlichere Gestaltung des Vergaberechts erscheint dringend angezeigt. Im Rahmen der Vorstudie können Lösungswege nur angedeutet werden.*

Wie oben dargestellt, stellen die jeweils 1. Abschnitte der VOB/A und VOL/A allein nationale Regelungen ohne Außenwirkung dar. Die Kommunen sind über die Gemeindehaushaltsverordnungen verpflichtet, diese Regelungen einzuhalten. Die jeweiligen Landesgesetzgeber wären danach frei, diese Vorschriften zur Förderung von Wettbewerb außer Kraft zu setzen oder so zu modifizieren, dass kommunale Regiebetriebe an Ausschreibungen teilnehmen können. Zur Erprobung könnten die Länder ihren Kommunen über die in vielen Gemeindeordnungen enthaltenen Experimentierklauseln hierfür Ausnahmegenehmigungen erteilen. Diese Möglichkeit besteht aber nur für Ausschreibungen unterhalb der EU-Schwellenwerte und damit für den wohl kleineren Teil der betrachteten Leistungen.

⁷² Ingenstau/Korbion 1996, § 8 VOB/A, Rdn. 23.

⁷³ Winkler/Rothe 1993, Ausführungen zu § 8 Abs. 6 VOB.

Ein anderer Weg bestünde darin, dass die Verdingungsausschüsse, die die Verdingungsordnungen erarbeitet haben, diese entsprechend ändern, um durch diese Öffnung mehr Wettbewerb in bisher dem Wettbewerb verschlossenen Bereichen zu ermöglichen. In den Verdingungsausschüssen sind Vertreter von Bund und Ländern, Gemeinden und Kommunalen Spitzenverbänden sowie der Wirtschaftsverbände und der Gewerkschaften vertreten. Durch die Inkorporation der Verdingungsordnungen in die Vergabeverordnung des Bundes wären dann auch die Aufträge über den EU-Schwellenwerten erfasst.

Im Übrigen wäre es lohnend zu untersuchen, ob die im obigen Sinn wettbewerbseinschränkende Komponenten der Verdingungsordnungen möglicherweise höherrangigen EG-Vorschriften zuwiderlaufen. Es spricht einiges dafür, dass der Ausschluss von kommunalen Regiebetrieben an Ausschreibungen der eigenen Behörde nicht von EU-Recht gedeckt wird. Schließlich ist die Beteiligung der internen Dienstleister an Ausschreibungen der eigenen Behörde in anderen EU-Ländern, wie Großbritannien, nicht nur möglich, sondern sogar vorgeschrieben. Die nationalen Vorschriften dieser Länder sollten daraufhin untersucht werden, welche Regelungen sinnvoller Weise in Deutschland übernommen werden können, um den Wettbewerb auch für kommunale Regiebetriebe zuzulassen.

6.2. Beteiligung kommunaler Regie- und Eigenbetriebe oder kommunaler Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften an Ausschreibungen anderer Behörden

Hier geht es darum, dass sich z.B. ein kommunaler Baubetriebshof an der Ausschreibung der Pflege der Außenanlagen der im Gemeindegebiet gelegenen Kreisberufsschulen durch den Kreis beteiligen soll. Ein anderer Fall ist die Übernahme der Unterhaltung der offenen Wasserläufe im Auftrag einer Nachbargemeinde oder die Übernahme von Winterdienst und Straßenunterhaltung im Auftrag der Bundes- bzw. Landesstraßenbauverwaltung. Auch hier geht es wiederum um die Frage, ob sich eine kommunale Einrichtung an einer entsprechenden öffentlichen Ausschreibung beteiligen darf.

Eine Kommune mit ihren Regiebetrieben als Bieter bei der Ausschreibung einer anderen Behörde zuzulassen, wird rechtlich kaum möglich sein. Dem steht das derzeitige Vergaberecht entgegen, das die Kommunen ausschließlich als Auftraggeber sieht. Das Vergaberecht in Verbindung mit dem übrigen

Wettbewerbsrecht (GWB, UWG) verfolgt das Ziel, den Wettbewerb zwischen den *privaten* Unternehmen zu schützen und zu fördern (s. o. 5.2). Dabei werden die Kommunen grundsätzlich nur als Nachfrager gesehen und nicht als mögliche Teilnehmer am Wettbewerb auf der Anbieterseite.

Bei der Teilnahme von Regiebetrieben an Ausschreibungen anderer Gebietskörperschaften besteht ein Unterschied zur Option 6.1 darin, dass der jeweilige andere Regiebetrieb als „fremdes“ Unternehmen betrachtet werden könnte. *Ob hier möglicherweise die Rechtsprechung des BFH zu § 4 Abs. 1 und 5 KStG (Betriebe gewerblicher Art) Hilfe bietet, müsste näher geprüft werden.*

Zusätzlich ist hier noch zu beachten, dass mit einem Tätigwerden außerhalb der Gemeindegrenzen das Örtlichkeitsprinzip verletzt sein könnte. Das Örtlichkeits- oder Territorial- oder Regionalprinzip stellt sich zunächst zusätzlich als Barriere dar, lässt aber – wie die sonstige interkommunale Zusammenarbeit zeigt – auch Ausnahmen zu. *Ob diese auch für Regiebetriebe in Anspruch genommen werden können, bedarf näherer Untersuchung, insbesondere unter dem speziellen Aspekt des Vergaberechtes⁷⁴.*

Trotz der genannten rechtlichen Schwierigkeiten ist davon auszugehen, dass es in der Praxis eine große Zahl von Fällen gibt, in denen Kommunen Leistungen für andere Behörden erbringen, teilweise unentgeltlich, teilweise gegen Kostenerstattung, teilweise aber auch gegen Entgelte. *Über Art, Umfang und Häufigkeit solcher Leistungsaustausche sollten im Hinblick auf die Fragestellung mehr Informationen gesammelt werden. Dabei geht es insbesondere um die jeweils zugrundeliegenden rechtlichen Arrangements (ÖRV, privatrechtlicher Vertrag ohne Ausschreibung usw.) für solche Leistungsbeziehungen und die Frage, wie hier stärker wettbewerbliche Strukturen und Prozesse eingeführt werden können. Da in der Praxis zu dieser Option ein großer Klärungsbedarf besteht, andererseits aber – wie dargestellt – große rechtliche Unsicherheit herrscht, sollten alle Möglichkeiten ausgelotet werden um hier zu praktikablen Lösungen zu kommen.*

6.3. Überführung der kommunalen Einrichtung in eine bestehende oder neue Eigen- oder Beteiligungsgesellschaft

Um das Problem zu beseitigen, dass eine kommunale Einrichtung nicht an Ausschreibungen von öffentlichen Auftraggebern teilnehmen darf, ist zu überlegen, die kommunalen Regieeinrichtungen, die dem Wettbewerb ausgesetzt werden sollen, in bestehende oder neu zu gründende Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften zu überführen. Die in Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften überführten ehemaligen Regiebetriebe sollen sich dann dem Ausschreibungswettbewerb stellen und selbst am Wettbewerb teilnehmen.

Ob dies zulässig ist, kann nicht allein mit Hinweis auf die rechtliche Selbständigkeit der Eigen- bzw. Beteiligungsgesellschaft beantwortet werden.⁷⁵ Zu fragen ist, ob hier der funktionale Auftraggeberbegriff Anhaltspunkte für die Beantwortung gibt (s. auch o. 6.1). Entwickelt wurde der Begriff im Zusammenhang mit der Frage einer Ausschreibungspflicht. Dabei wurde durch die Rechtsprechung die funktionale Betrachtungsweise entwickelt. Sie beantwortet die Frage, ob eine bestimmte Leistung (hier die der Eigen- oder Beteiligungsgesellschaft) funktional der Trägerkommune als Auftraggeber zuzuordnen ist, mit der Folge, dass dann *keine* Ausschreibungspflicht besteht. Fraglich ist, ob daraus gefolgert werden muss, dass dann eine Teilnahme solcher Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften an Ausschreibungen der Trägerkommune *auch nicht zulässig* ist. Dazu gibt die bisherige bekannte Rechtsprechung keine eindeutigen Hinweise. Im Übrigen wäre auch hier ggf. die oben angeführte Entscheidung der Vergabekammer Magdeburg zu beachten, dass die Kommune sich mit ihrer Gesellschaft im Rahmen der kommunalrechtlichen Vorgaben zulässigerweise wirtschaftlich betätigt.

Die rechtliche Verselbständigung könnte also – vorausgesetzt die vorstehenden Bedenken können ausgeräumt werden – wesentliche Wett-

⁷⁴ Vgl. u.a. Entscheidung der Vergabekammer Magdeburg vom 8.6.2000 (Geschäftsnummer: 33-32571/07 VK 09/00 MD), wonach die *Vergabebehörde* prüfen muss, ob bei einem Bieter mit einem oder mehreren kommunalen Gesellschaftern, deren wirtschaftliche Betätigung nach der maßgeblichen Gemeindeordnung zulässig ist.

⁷⁵ A. A. wohl Heiermann/Riedl/Rusam 1997, § 8 Nr.6 VOB/A, Rdnr. 58, wonach erwerbswirtschaftlich orientierte Unternehmen, die der öffentlichen Hand ganz oder teilweise gehören und in Form einer Kapitalgesellschaft geführt werden, keine Betriebe der öffentlichen Hand im Sinne von § 8 Nr. 6 VOB/A sind.

bewerbsbeschränkungen beseitigen, denen die Betriebe in Regieform unterworfen sind. Das könnte für eine Verselbständigung solcher Einrichtungen sprechen, die dem Wettbewerb ausgesetzt werden sollen. *Dagegen* sprechen allerdings gewichtige verwaltungspolitische Aspekte allgemeinerer Art wie Skelettierung der Verwaltung, Erschwerung der Steuerung aus einem Guss u. a. Eine Ausgründung, *nur* um die formalen rechtlichen Voraussetzungen für die Teilnahme am Wettbewerb zu schaffen, muss deshalb – unabhängig von den noch weiter zu klärenden rechtlichen Problemen – als sehr bedenklich bezeichnet werden. Insofern kann wiederholt werden, dass alle Anstrengungen darauf gerichtet werden sollten, ausreichende Wettbewerbsmöglichkeiten auch für rechtlich *nicht* verselbständigte kommunale Einrichtungen, insbesondere für *Regiebetriebe* zu schaffen.

Allerdings können weitere Ziele hinzukommen, die im Einzelfall für eine rechtliche Verselbständigung sprechen können, und zwar auch Ziele, die etwas mit dem Thema Wettbewerbsfähigkeit und Kostensenkung zu tun haben. Oft werden die Ausgründungen in rechtlich selbständige Gesellschaften nämlich auch deshalb durchgeführt, um aus dem öffentlichen Tarifrecht auszubrechen. Dann tritt die neue Gesellschaft u.a. aus dem kommunalen Arbeitgeberverband (KAV) sowie der öffentlichen Zusatzversorgung aus. Weiterhin werden mit dem neuen Betriebsrat ggf. Betriebsvereinbarungen geschlossen, die für die Beschäftigten ungünstiger sind als diejenigen, die der (alte) Personalrat mit der Behördenleitung der Kommune geschlossen hatte. Beispiele für diese vom Kostensenkungsziel getriebenen Verselbständigungen gibt es vor allem in den Bereichen, wo die Löhne im öffentlichen Bereich erheblich über denen im privaten Bereich liegen, z.B. in der Gebäudereinigung und im öffentlichen Personennahverkehr.

Unabhängig von der Motivation für Verselbständigungen müssen die Auswirkungen auf die Beschäftigten berücksichtigt werden. U. a. ist zu klären, in wie weit in Überleitungsverträgen die bisherigen Rechte für die überzuleitenden Beschäftigten gesichert werden können und sollen. Dies gilt auch für etwaige Rückkehrrechte zum bisherigen Arbeitgeber Kommune. *In dieser Vorstudie kann diese Problematik nur angerissen werden. Sie sollte, auch im Hinblick auf die an-*

sonsten laufende „echte“ Privatisierungsdebatte, in einer ausführlichen Studie weiter untersucht werden, um für die Beschäftigten, aber auch die kommunalen Arbeitgeber, Hilfestellungen geben zu können.

6.4. Gründung einer „Ausschreibungsgesellschaft“

Als weitere Möglichkeit, die derzeit bestehenden rechtlichen Wettbewerbshemmnisse zu umgehen, ist die Gründung einer „Ausschreibungsgesellschaft“ zu prüfen. In diesem Fall gründet die Kommune in der Rechtsform einer GmbH oder einer Anstalt des öffentlichen Rechts eine Gesellschaft, deren einziger Zweck darin besteht, sich an Ausschreibungen der Kommune zu beteiligen. Sie würde weder eigenes Personal beschäftigen noch eigenes Betriebsvermögen besitzen (reine „Mantelgesellschaft“). In die Angebotskalkulation fließen die vom kommunalen Regiebetrieb kalkulierten Kosten zzgl. etwaiger Steuern, Bearbeitungskosten etc. ein. Bei Abgabe des günstigsten Angebotes und Zuschlag würde sich diese Gesellschaft des Personals und der Einrichtungen des kommunalen Regiebetriebes bedienen.

Zu untersuchen wäre zunächst, ob das Modell einer Ausschreibungsgesellschaft vor dem Hintergrund der oben angesprochenen Rechtsprechung von EuGH und BGH hinsichtlich der „Zuordnung“ von Unternehmen zur Auftraggeber- oder Bieterseite nach der sog. funktionalen Einordnung tatsächlich eine Alternativform für Kommunen bietet, sich mit ihren Regiebetrieben dennoch an eigenen oder fremden Ausschreibungen – zumindest mittelbar – zu beteiligen. Zu beachten wären sämtliche mit der „Beherrschung“ eines Unternehmens zusammenhängenden Teilprobleme wie Außen- und Innensteuerung, faktische Einflüsse, Minoritäts-, Majoritäts- und sonstige Interventionsrechte sowie Fragen der Arbeitnehmerüberlassung und steuerliche Fragen (Umsatzsteuerpflicht, Gewerbesteuer etc.) usw.

Sollten sich aus der funktionalen Zuordnung unüberwindliche Schwierigkeiten ergeben, so wäre alternativ zu prüfen, ob sich die Schwierigkeiten dadurch beseitigen lassen, dass sich mehrere Kommunen an einer Ausschreibungsgesellschaft beteiligen, ohne dass eine Kommune einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.

Dieser Fall einer Ausschreibungsgesellschaft ist in der Praxis bisher nicht bekannt. In einer weitergehenden Untersuchung müssten zusätzlich mindestens kommunalaufsichtsrechtliche und wettbewerbsrechtliche Positionen erforscht und ggf. berücksichtigt werden. Treffsichere Prognosen zum Ausgang einer Untersuchung können hier nicht angestellt werden. Im Übrigen wäre zu prüfen, ob bei einer derartigen neuen Rechtskonstruktion nicht ein „Umgehungstatbestand“⁷⁶ vorliegen würde. Grundsätzlich gilt jedoch für sämtliche neuen Rechtsformen: Je mehr sich ein (kommunales) Unternehmen von der „Nachfragemacht Öffentliche Hand“ rechtlich und tatsächlich löst, desto stärker dürfte es in die Nähe einer Bieterposition rücken. Auf jeden Fall kann der Griff zu dieser Konstruktion sehr plastisch den praktischen Handlungsbedarf aufzeigen.

6.5. Erbringung von Leistungen für private Dritte

Im Gegensatz zu den vorangegangenen Handlungsoptionen, die eher vergaberechtlich geprägt waren, geht es bei dieser Option um die Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen.

Im Rahmen der Fragestellung ist hier zu prüfen, ob und wie sich der kommunale Betrieb durch die Hereinnahme von Aufträgen privater Dritter aktiv am Wettbewerb beteiligen kann, um z.B. temporäre Überkapazitäten dadurch auszulasten, dass diese mindestens grenzkostendeckend am Markt dem privaten Sektor angeboten werden. Die Untersuchung wird sich dabei sowohl auf den Fall der *kapazitätsauslastenden* Tätigkeitserweiterung als auch auf den Fall der *kapazitätserweiternden* Tätigkeitserweiterung erstrecken.⁷⁷

Eine kapazitätsauslastende Tätigkeitserweiterung liegt vor, wenn der kommunale Betrieb bestehende, derzeit jedoch nicht benötigte Kapazitäten im Rahmen des bestehenden Tätigkeitsfeldes zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken auslastet, um weitere Einnahmen zu erzielen. Denkbar ist hier der Fall, dass sich ein kommunaler Gärtnereibetrieb beispielsweise dazu entschließt, freie Kapazitäten mit der entgeltlichen Pflege nicht-kommunaler Grünanlagen auszulasten.

Bei der kapazitätserweiternden Tätigkeitserweiterung geht es dagegen darum, dass gezielt neue Kapazitäten geschaffen werden, um gewinnorientiert Zusatzleistungen außerhalb des bestehenden Tätigkeitsfeldes anbieten zu können. Praktische Relevanz kommt der kapazitätserweiternden Tätigkeitserweiterung wohl weniger im Bereich der kommunalen Regiebetriebe, als eher im Bereich der kommunalen Unternehmen zu, indem sich z.B. ein kommunales Energieversorgungsunternehmen dazu entschließt, die bestehende Leitungsarchitektur durch entsprechende Umbaumaßnahmen für die Erbringung von Kommunikationsdienstleistungen zu nutzen. Diese liegen aber auch dann vor, wenn die im Eingangsbeispiel vorgestellte Friedhofsgärtnerei ihre Tätigkeit auf nicht kommunale Friedhöfe ausweitet bzw. Schnittblumen auch an Sonntagen verkauft und dafür zusätzliches Personal einstellt und weitere Maschinen und Fahrzeuge anschafft.

Die rechtliche Brisanz derartiger Tätigkeitserweiterungen liegt vor allem in der traditionellen Bindung der kommunaler Wirtschaftstätigkeit an die Zwecke der Daseinsvorsorge.⁷⁸ Während sich die wirtschaftliche Tätigkeit der Kommunen in der Vergangenheit vor allem auf die klassischen Bereiche der Daseinsvorsorge wie u.a. Abfall- und Abwasserentsorgung, Wasser- und Energieversorgung etc. beschränkte, begeben sich einzelne Kommunen in neue Tätigkeitsfelder, wobei sie von einem moderneren, erweiterten Begriff der Daseinsvorsorge ausgehen und beispielsweise Telekommunikationsleistungen als wirtschaftsfördernde Infrastrukturleistung sehen. Oft ist es schwer, zu entscheiden, ob es sich um neue Aufgaben auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge handelt, oder lediglich um kapazitätsauslastende Annex Tätigkeiten oder ob nicht doch die Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung überschritten werden, wenn Kommunen z.B. Reisebüros oder Fahrschulen betreiben, ihre Kfz-Werkstätten für Dritte öffnen oder Consultingleistungen in ingenieurnahen Bereichen sowie auf den Gebieten Informatik und der Multimedia für private Unternehmen oder private Haushalte anbieten.

Damit bewegen sich kommunale Betriebe in einem Randbereich rechtlich zulässiger kommunaler Wirtschaftstätigkeit. Während sich auf verfassungs- und europäischer Ebene keine

⁷⁶ Siehe hierzu exemplarisch die umfangreiche Rechtsprechung zu § 42 Abgabenordnung (AO).

⁷⁷ Vgl. zur Terminologie Britz 2001, S. 384.

⁷⁸ Britz 2001, S. 381.

zweckbegrenzenden Regelungen finden, schränken die landesrechtlichen Vorschriften zur Zulässigkeit kommunaler Wirtschaftstätigkeit das Anbieten kommunaler Leistungen auf dem Markt durch eine Bindung an öffentliche Zwecke ein. Kommunale Wirtschaftstätigkeit ist nach den kommunalverfassungsrechtlichen Vorschriften nur dann zulässig, wenn sie der Erfüllung öffentlicher Zwecke dient⁷⁹.

Im Rahmen einer Hauptstudie könnte versucht werden, Abgrenzungskriterien zu finden, um die rechtlich noch zulässige wirtschaftliche Betätigung unter Wahrung der öffentlichen Zweckbindung von der unzulässigen Wirtschaftstätigkeit kommunaler Einrichtungen abzugrenzen. Die Untersuchung sollte sich dabei auf die kapazitätsauslastende Tätigkeits-erweiterung konzentrieren. Sie ist für die bestehenden kommunalen Betriebe unter dem Aspekt fairer Wettbewerbsbedingungen besonders wichtig. Dabei müssten zunächst mehr Informationen über Art und Umfang solcher Annex Tätigkeiten erhoben werden.

Immerhin gibt es kommunale Regiebetriebe, die mehr als 20 % ihrer Umsätze mit privaten Dritten machen. *Interessant ist in dem Zusammenhang auch die Beantwortung der Frage, inwieweit die jeweiligen politischen Gremien – beispielsweise bei den Beschlüssen über die Wirtschaftspläne – auf den Umfang der Annex Tätigkeiten Einfluss nehmen, z. B. indem sie sie auf maximal 10 % begrenzen. Vor allem aber sind die länderweise unterschiedliche Rechtslage und die umfangreiche Rechtsprechung aufzuarbeiten.*

Dazu gehört die Frage, inwieweit bei Annex Tätigkeiten, die an sich vorliegende öffentliche Zweckbindung der ausgeübten Wirtschaftstätigkeit im Hauptgeschäft Ausstrahlungswirkung auf die zur Kapazitätsauslastung bzw. Erweiterung angestrebte wirtschaftliche Betätigung hat, sowie die Auswirkungen des kommunalverfassungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitspostulates auf die ebenfalls normierte öffentliche Zweckbindung. Untersucht werden müsste insbesondere, inwieweit das Wirtschaftlichkeitspostulat die öffentliche Zweckbindung im Interesse effizienter Ressourcenausnutzung zurücktreten lässt.

⁷⁹ Art. 87 I Nr. 1 BayGO, §§ 102 I Nr. 1 BadWüGO, 100 II Nr. 1 BbgGO, 121 I Nr. 1 HessGO, 116 I Nr. 1 LSAGO, 68 I Nr.1 MVGO, 108 I Nr. 1 NdsGO, 107 I Nr. 1 NRWGO, 85 I Nr. 1 RhPfGO, 108 I Nr. 1 SaarlKSVG, 97 I Nr. 1 SächsGO, 101 I Nr. 1 SchlHGO, 71 I Nr. 1 ThürKO.

Für die kommunale Praxis klärungsbedürftig ist auch die Frage, ob den Kommunen eine Einschätzungsprärogative in Bezug auf die öffentliche Zweckbindung der beabsichtigten Annex Tätigkeiten zukommt, und die Frage nach dem Umfang der gerichtlichen Kontrollrechte.

Ziel muss es auch bei diesem Handlungsfeld sein, zu klaren und fairen Wettbewerbsregeln zu kommen. Unfair wäre es, kommunale Betriebe dem Wettbewerb auszusetzen, ihnen aber durch das Verbot von Ergänzungs- und Ausgleichsgeschäften die Optimierungsmöglichkeiten vorzuenthalten, die jedem Privatbetrieb offen stehen.

7. Vergabepolitik als Wettbewerbspolitik

7.1. Preisabfragen

Wie oben dargestellt, darf eine Leistung nicht ausgeschrieben werden, um z.B. zu ermitteln, ob die eigenerstellte Leistung im Vergleich zu externen Dritten wirtschaftlich und kostengünstig erbracht wird. Mit der Ausschreibung dürfen keine vergabefremden Zwecke verfolgt werden, da die Ausschreibung per se auf eine Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen gerichtet ist. Aus diesem Grund bietet es sich an, unterhalb der formellen Bedingungen einer Ausschreibung eine Preisabfrage durchzuführen.⁸⁰

Hierbei werden in Betracht kommende private Anbieter gebeten, für die zu beauftragenden Leistungen Preise zu nennen (keine Ausschreibung). Parallel nennt der kommunale Betrieb seine „Preise“ und hinterlegt diese bei einer neutralen Stelle, z.B. beim Rechnungsprüfungsamt. Zu klären ist auf jeden Fall, auf welche Weise der interne Anbieter seine „Preise“ kalkulieren muss und welche Kostenbestandteile in die Kalkulation einfließen dürfen bzw. müssen. Nachteilig ist, dass private Bieter nicht auf ihre genannten Preise verpflichtet werden können. Sollte die Eigenerstellung nach der Preisabfrage teurer sein und wird danach ausgeschrieben, sind die Bieter nicht an ihre vorherigen (unverbindlichen) Preise gebunden. Die Ausschreibungsergebnisse können darüber liegen, so dass danach die Eigenerstellung doch günstiger gewesen wäre. Wenn die Kommune

⁸⁰ Weitere Ausführungen zu dieser Thematik s. u.a. KGSt 2000, S. 30 ff.

daran denkt, diese für sie unwirtschaftliche Ausschreibung aufzuheben, muss sie einen durch die Verdingungsordnungen gedeckten Grund für die Aufhebung nennen können. Ein auch in der Rechtsprechung anerkannter Grund ist ein unwirtschaftliches Ergebnis der Ausschreibung. Hierfür gelten aber ganz eng auszulegende Kriterien, die der gerichtlichen Überprüfung unterliegen. Es ist also auf jeden Fall ein juristisches und damit wirtschaftliches Risiko mit der Aufhebung verbunden (s. hierzu Ziff. 7.2.).

Auf jeden Fall bietet eine (unverbindliche) Preisabfrage für die Kommune einen guten Einstieg, um ein Gefühl für die Leistungsfähigkeit und die Preiswürdigkeit ihres eigenen internen Anbieters zu erhalten. Immerhin ist der interne Dienstleister in diesem Verfahren erstmals gezwungen, seine eigenen Leistungen dezidiert unter Marktgesichtspunkten zu beschreiben und zu bepreisen. Weiterhin bekommt die Kommune Erfahrungen in der Ausschreibungspraxis. Naturgemäß sind bei diesem Verfahren eine Vielzahl von Detailfragen zu klären, wie z.B. Abgrenzung und Detailliertheit der Leistungsbeschreibungen, Art der Preisermittlung, Einbeziehung externer und interner Rahmenbedingungen, Bestimmung des Kreises der Unternehmen, die für eine Preisabfrage einbezogen werden, Erstattung der für eine Preisabfrage entstehenden Kosten der Externen, Beschreibung des formellen Verfahrens einer Preisabfrage. *Die Klärung dieser Fragen muss einer vertiefenden Studie vorbehalten bleiben. Desgleichen wäre näher zu prüfen, inwieweit die im aktuellen Haushaltsrecht vorgesehenen „Markterkundungsverfahren“ hier eine Hilfe bieten können und welche Bedeutung ihnen überhaupt im Rahmen einer stärkeren Wettbewerbsorientierung der Kommunen zukommt.*

7.2. Ausschreibung und parallele Kostenermittlung der Leistungen in Eigenregie

Zuvor wurde dargestellt, dass reine Preisabfragen zwar als Einstieg aber nicht als konkretes Mittel zur Einführung von Wettbewerb in Betracht kommen. Belastbare Angebote von externen Anbietern wird die Kommune nur bei echten Ausschreibungen erhalten. An diesen Ausschreibungen dürfen sich kommunale Einrichtungen nach heutigem Rechtsstand aber nicht beteiligen, so dass im Vorfeld einer Ausschreibung sehr genau überlegt und

geprüft werden sollte, ob man im Zweifel tatsächlich die bisher intern erbrachte Leistung extern vergeben würde. Hierzu bieten sich neben der oben beschriebenen Preisabfrage bei externen Anbietern auch Anfragen bei anderen Kommunen oder im Einzelfall sogar bei Unternehmen an, die die in Betracht kommenden Aufgaben (Gebäudereinigung, Grünpflege, Gebäudemanagement etc.) schon an externe Anbieter vergeben haben. Kommunen müssen also auch hier Instrumente der Privatwirtschaft wie z.B. Market Research erproben und einsetzen.

Wenn sich die Kommune nach intensiver Vorbereitung für eine Ausschreibung entscheidet, sind zwei Ergebnisse möglich: Die Leistung in Eigenregie ist günstiger als die extern angebotene Leistung oder sie ist wirtschaftlich ungünstiger.

- Ist die Leistung in Eigenregie günstiger, könnte eine Aufhebung der Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 c) VOL/A in Betracht kommen, wenn sie kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat. Dem könnte § 16 VOL/A (ernsthafte Absicht zur Vergabe) mit Folge von Schadensersatzansprüchen gegen die Kommune entgegenstehen. Auf jeden Fall wäre dieses Verfahren daraufhin zu untersuchen, ob die privaten Marktteilnehmer nach mehrmaligem Praktizieren eines solchen Vorgehens der Kommune bei weiteren Ausschreibungen noch ernsthafte Angebote abgeben oder nicht. Immerhin ist auch bei sonstigen Auftragsvergaben nie sichergestellt, dass der Bieter auch den Auftrag erhält.
- Ist die Leistung in Eigenregie ungünstiger, muss sie an den günstigsten Bieter vergeben werden. Hierfür sollten bereits vor Ausschreibung Vorkehrungen für die bisherigen „Ressourcen“, also insbesondere das eigene Personal und die eigenen Geräte, Maschinen, Fahrzeuge etc. getroffen werden. Insbesondere für das Personal stellt sich die Frage der Weiterbeschäftigung bei dem externen Leistungsersteller. Nach der Rechtsprechung, auch des EuGH⁸¹, handelt es sich bei der Vergabe von bisher selbst erstellten Leistungen um einen Betriebsübergang im Sinne des § 613 a BGB, dem jeder einzelne Mitarbeiter widersprechen könnte, wenn er nicht im Rahmen eines Tarifvertrages

⁸¹ EuGH, Urt. v. 25.01.2001 – RS C-172/99.

(Personalüberleitungsvertrag) für alle Mitarbeiter vereinbart wird. Hierzu sind also am sinnvollsten vor der Ausschreibung Gespräche bzw. Verhandlungen mit der Personalvertretung und der örtlichen Gewerkschaft aufzunehmen.

In der Praxis existieren bereits erprobte Personalüberleitungsverträge, die die Interessen der kommunalen Beschäftigten bei einem Betriebsübergang sichern (Tariffragen, Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten beim neuen Arbeitgeber, Rückkehrrechte zum alten Arbeitgeber etc.). *Im Rahmen einer Hauptstudie könnte aus den örtlichen Erfahrungen von Personalräten und Gewerkschaften ein Muster entwickelt werden, um die Interessen von Beschäftigten im Falle eines Betriebsübergangs weitestgehend abzusichern.*

Für die Durchführung von Ausschreibungen sind die unter Ziff. 7.1. genannten Fragen ebenso zu klären wie darüber hinausgehende vergabespezifische Regularien.

7.3. Marktstrukturpolitik: Ausschreibung und Vergabe von Teilleistungen

Die Ausschreibung einer bisher selbst erstellten Leistung ist immer mit der „Gefahr“ verbunden, dass der Auftrag vergeben werden muss, weil ein externer Anbieter kostengünstiger ist oder trotz eines schlechteren Angebotes gegenüber der Eigenerstellung eine Ausschreibung nicht aufgehoben werden kann. Um hier eine praktikable Lösung zu erreichen, sollte möglichst nicht die gesamte Leistung ausgeschrieben werden, sondern versucht werden, einzelne überschaubare Lose zu bilden, die zum Teil intern weiter erstellt werden (also nicht ausgeschrieben werden) und zum Teil einzeln ausgeschrieben und vergeben werden.⁸²

Beispielsweise lassen sich bei der Abfallbeseitigung zunächst Teilleistungen wie Einsammlung, Recycling, Deponierung, stoffliche Verwertung etc. bilden. Danach können diese Teilleistungen

in Lose aufgeteilt werden, wobei beim Beispiel Einsammlung die Aufteilung der Kommune in Müllsammelbezirke denkbar ist. Die Kommune kann bei diesem Vorgehen für jede Teilleistung die Eigenerstellung oder Fremdvergabe oder eine Mischung. Das Verhältnis des Umfangs zwischen Fremdvergabe und Eigenerstellung könnte sich daran orientieren, in wie weit der Regiebetrieb seine Kapazitäten in Schritten (sozialverträglich) anpassen kann. Der Regiebetrieb beteiligt sich nicht an der Ausschreibung, sondern erhält eine Teilleistung oder ein Los zugeteilt. Er kalkuliert seine Leistungen aber unter den gleichen Bedingungen, wie ein privater Wettbewerber, der ein auskömmliches Angebot abgibt. Entscheidend für diesen Prozess ist es, die gleichen Bedingungen für den internen und den/die externen Anbieter zu bestimmen und zu verankern. Dazu gehören u.a. mögliche Auflagen in den Ausschreibungen bzw. Dienstleistungsverträgen wie z.B. Festschreibung der Beschäftigung von Schwerbehinderten, keine 630-DM-Beschäftigung etc., aber auch Festlegungen für die interne Kostenkalkulation wie z.B. angemessene Eigenkapital-Verzinsung oder Einbeziehung kalkulatorischer Unternehmerlöhne. Hierbei ist sehr genau abzuwägen, wo die Grenze für die „Gleichmachung“ gezogen wird, da nicht alle Effekte in jedem Einzelfall monetär bewertbar sind.

Auch herrscht in der kommunalen Praxis Uneinigkeit darüber, ob der Regiebetrieb im Fall günstigerer Marktpreise der Privaten auch nur zum günstigsten Marktpreis entlohnt wird, so dass seine mögliche Ineffizienz zu Lasten des Haushaltes der Kommune geht. Dafür spricht, dass der Regiebetrieb auch die positiven Effekte behalten sollte, wenn er kostengünstiger als der Private produzieren kann und dennoch als Entgelt den dann höheren Marktpreis erhält.

Diese Fragen sind in der Praxis bisher nicht befriedigend beantwortet und führen erfahrungsgemäß zu unfruchtbaren Diskussionen, die im Extrem den Erfolg des Wettbewerbsmodells gefährden können, da von den Beteiligten mangelnde Transparenz und Ungerechtigkeit beklagt werden. *In einer vertiefenden Studie sollten für diese erfolversprechende Variante Vorschläge für eine praktikable Umsetzung erarbeitet werden. Neben den obigen Fragen sollte darin auch der Frage nachgegangen werden, ob es im Hinblick z.B. auf strategische Relevanz, Steuerbarkeit, demokratische Kontrolle oder*

⁸² Vgl. u.a. KGSt 2000, S. 34 ff. aber auch Erfahrungen anderer Kommunen, z.B. der Stadt Phoenix, Arizona (Bertelsmann-Preisträgerin). Hier wurden u.a. Feuerwehrleistungen bezirksweise ausgeschrieben, wobei sich die eigene Feuerwehr aber an der Ausschreibung beteiligen durfte und mehrere Bezirke in der Ausschreibung gewonnen hat.

Spezifität benötigter Ressourcen einen Mindestbestand an kommunaler Eigenerstellung bei sukzessiver Fremdvergabe geben sollte. Daraus resultieren Aussagen zur Leistungstiefenpolitik⁸³. Ergänzend sollten praktische Auswirkungen aus dem Konzept des „Smart Buyer“ untersucht werden, das aus verschiedenen Gründen fordert, dass ein Mindestmaß an Kernkompetenz in der Kommune erhalten werden sollte.

Ganz am Anfang steht auch die Behandlung der Frage, auf welche Marktformen die Kommunen bei ihrer Wettbewerbspolitik stoßen und wie sie Gefahren oligopolistischer oder monopolistischer Strukturen (z. B. beim Angebot von Standardsoftware oder in der Abfallwirtschaft) erkennen und verhindern können.

8. Fazit

Sowohl erste Ansätze in Deutschland als auch insbesondere eine Vielzahl von Beispielen in vielen anderen Ländern zeigen, dass es gute Gründe dafür gibt, eine Lösung für die Erstellung von kommunalen Leistungen *zwischen* den „Ideologien“ zu suchen. Als theoretische Grundlage scheint das Modell der gewährleistenden Kommune im Rahmen des Neuen Steuerungsmodells in der Zukunft wegweisend zu sein. Ganz aktuell beschäftigt sich auch der Deutsche Städtetag im Rahmen seines Projektes „Kommunen der Zukunft – Zukunft der Kommunen“ sowie das von der Bertelsmannstiftung, der Hans-Böckler-Stiftung und der KGSt getragene „Netzwerk Kommunen der Zukunft“ mit seinem Netzwerkknoten „Innovation und ständiger Wandel“ mit dieser Thematik. Entscheidendes Element der kommunalen Aufgabenerfüllung der Zukunft wird eine verstärkte Einbeziehung von Wettbewerbsstrukturen sein. Die praktische Umsetzung ist in Deutschland aufgrund zahlreicher rechtlicher Restriktionen aus den Bereichen Vergaberecht sowie Kommunalverfassungsrecht (wirtschaftliche Betätigung von Kommunen) derzeit nur über Hilfskonstruktionen oder in Teilbereichen möglich. Im Moment ist kommunalen Einrichtungen die Teilnahme an Ausschreibungen untersagt und die Tätigkeit für private Dritte stark eingengt. Das Europarecht und hier insbesondere auch die Aktivitäten der EU-Kommission fordern allerdings eine schärfere Anwendung und Beachtung von Wettbewerb, was in der kommu-

nen Praxis in den Bereichen Energieversorgung, Nahverkehr und Beihilfenrecht schon spürbar geworden ist. Aus EU-Sicht, wie auch aus Sicht unseres Grundgesetzes werden aber keine Präferenzen zugunsten der Privatwirtschaft oder der Öffentlichen Wirtschaft gesetzt. Hier könnte ein erfolgversprechender Ansatz liegen, ggf. den deutschen Gesetzgeber dazu zu bringen, die Restriktionen in den oben genannten Rechtsgebieten EU-konform und damit wettbewerbsfreundlich zu beseitigen.

Das theoretische Rüstzeug für die Einführung von Wettbewerbselementen in der kommunalen Aufgabenerfüllung liegt weitestgehend vor. Viele Kommunen bemühen sich vor diesem konzeptionellen Hintergrund um die Einführung von Wettbewerbselementen. Es mangelt an einer Aufarbeitung der bisherigen Praxiserfahrungen und daraus abgeleiteten praktisch umsetzbaren Handlungsempfehlungen. Hierzu könnten auch die Erfahrungen der ausländischen Kommunen insbesondere in den EU-Mitgliedstaaten hilfreiche Aufschlüsse geben. Die Kommunen und ihre Beschäftigten sollten auf jeden Fall nicht den Fehler begehen und das Thema Wettbewerb einfach negieren. Denn es ist immer besser, ein Thema aktiv zu gestalten als nur reaktiv zu agieren.

9. Ableitung von Forschungsfragen und –methodik

9.1. Forschungsfragen

Die durchgeführte Untersuchung bestätigt die praktische Relevanz der aufgeworfenen Fragen und die Notwendigkeit weiterer intensiver Forschung. Wettbewerb ist ein zentrales Element aller aktuellen Staatsmodernisierungskonzepte. In Deutschland bemühen sich insbesondere die Kommunen im Rahmen der Einführung des Neuen Steuerungsmodells um die Umsetzung dieses Konzepts. Davon ausgehend ist eine Wettbewerbspolitik zu entwickeln, deren Ziel es sein muss, den dafür geeigneten Teilen der Kommunalverwaltung die Teilnahme an einem funktionsfähigen Wettbewerb mit Dritten, insbesondere privaten Unternehmen zu ermöglichen oder diesen unter bestimmten Bedingungen auch zu erzwingen.

⁸³ S. dazu grundlegend Naschold u.a. 1996.

Damit öffnet sich ein erster Fragenkreis. Er betrifft die *rechtlichen Rahmenbedingungen*. Die Vorstudie bestätigt erheblichen Änderungsbedarf insbesondere im Vergaberecht und in den Bestimmungen zur wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen. Hierzu sollten Vorschläge erarbeitet werden. Die Chancen, dass Änderungsvorschläge von den Gesetzgebern umgesetzt werden, erscheinen groß. Zum einen erweisen sich die zum Schutze des Wettbewerbs geschaffenen Vorschriften des Vergaberechts, die eine Teilnahme kommunaler Regiebetriebe an Ausschreibungen verhindern, im Lichte des Neuen Steuerungsmodells als kontraproduktiv. Zum anderen zeigen andere Staaten wie etwa Großbritannien, wie man es besser machen kann. Ausländische Erfahrungen und die absehbare weitere Entwicklung des Wettbewerbsrechts der EU sind deshalb intensiv auszuwerten bzw. zu berücksichtigen. Was die Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen angeht, so erscheint zunächst eine systematischere Erhebung von Art und Umfang von Annex-tätigkeiten sinnvoll. Vor diesem Hintergrund bieten sodann die länderspezifischen Regelungen und die unterschiedliche Rechtsprechung Ansatzpunkte für die Formulierung eines Kodex der Grenzen wirtschaftlicher Betätigung unter Wettbewerbsaspekten, wobei auch hier der Gedanke eines fairen Wettbewerbs erkenntnisleitend sein müsste.

Ein zweiter Fragenkreis betrifft die *institutionellen und organisatorischen Voraussetzungen*, die innerhalb einer Kommune als Voraussetzung für die Einführung von Wettbewerb getroffen werden müssen. Dazu erscheint es sinnvoll, die offenbar bei der Einführung der Auftraggeber-/Auftragnehmertrennung und des Kontraktmanagements auftretenden Probleme zu analysieren und daraus verwaltungspolitische Empfehlungen abzuleiten. Dazu gehört die Frage nach den Besonderheiten der unterschiedlichen Arten von Einrichtungen, die sich dem Wettbewerb stellen sollen: Bei den internen Dienstleistern wollen die oft sehr weitgehenden theoretischen Konzepte auch Dienste wie Personalverwaltung, Organisationsabteilungen oder Hochbauamt einbeziehen. Die Praxis geht dagegen eher schrittweise vor und beginnt i. d. R. mit den „gewerblichen“ Bereichen wie den Baubetriebshöfen. Ähnlich ist bei den externen Diensten zwischen den „gewerblichen“ Regiebetrieben wie Abfall-

beseitigung oder Grünflächenpflege einerseits zu unterscheiden und den „Produktionsleistungen“ in Bereichen wie Kultur (z. B. Theaterversorgung), Soziales (z. B. Familienberatung) oder gar Ordnung und Sicherheit (z. B. Bewachungsaufgaben) andererseits, wobei für letztere nur die ganz weitgehenden Gewährleistungs- und Wettbewerbsmodelle eine Vergabe im Wettbewerb vorsehen. Daran schließt sich die Frage nach der notwendigen „unternehmerischen“ Selbständigkeit dieser Einrichtungen und ihren Rechten und Pflichten im neuen Kontraktssystem an. In Abhängigkeit von der derzeitigen oder angestrebten zukünftigen Rechtslage ist dabei insbesondere das Für und Wider der *rechtlichen* Verselbständigung zu prüfen.

Die rechtlichen und die institutionell-organisatorischen Fragen werden überwölbt von der zentralen Frage nach den *Regeln für einen fairen Wettbewerb zwischen privaten und öffentlichen (kommunalen) Leistungsanbietern*. Bereits die Neufassung der rechtlichen Rahmenregelungen und auch die institutionellen und organisatorischen Vorkehrungen innerhalb der Verwaltungen müssen geprägt sein von dem Ziel, die Voraussetzungen für einen fairen Wettbewerb zu schaffen. Die Voruntersuchung zeigt (s. insbes. 3.2), dass diesbezüglich Aussagen zu einer Fülle von tatsächlich oder angeblich vorliegenden wettbewerbsverzerrenden Unterschieden von öffentlichen und privaten Betrieben nötig sind. Die angestrebte Entideologisierung nach dem Motto „Konkurrieren statt Privatisieren“ setzt offenbar voraus, dass Wettbewerbs- bzw. Vergleichsregeln vereinbart werden, die sowohl von der öffentlichen Hand als auch von den Wirtschaftsverbänden akzeptiert werden. Materiell geht es um einen Katalog von wettbewerbsverzerrenden Faktoren und deren Behandlung und formal geht es um die Frage nach der Rechtsnatur der angestrebten Regelungen. Bei der Handhabung geht es zusätzlich um die Frage nach geeigneten Kontroll- und Überwachungs-gremien und -prozeduren. Zur Klärung der materiell zu regelnden Tatbestände sind intensivere Feldstudien bei ausgewählten Kommunen angezeigt. Zur möglichen Rechtsnatur solcher Regeln sind insbesondere die Erfahrungen mit dem englischen System des Compulsory Competitive Tendering (s. o. 2.1) eingehender auszuwerten.

Ein vierter Fragenkreis ergibt sich aus den konkreten örtlichen Problemen bei der *Um-*

setzung einer Wettbewerbspolitik und speziell einer wettbewerbsorientierten Vergabepolitik. Auf dem Markt agieren und auf den Markt reagieren müssen, stellt die Kommunen vor neue Herausforderungen. Die Bandbreite der neuen Instrumente reicht von der Marktbeobachtung über die Losgrößenpolitik bis zur Gestaltung von Marktstrukturen, z. B. zur Verhinderung örtlicher Monopole. Das schließt Überlegungen zur Leistungstiefenpolitik ein, und damit die Frage, welche Leistungen – im Zweifelsfall auch unabhängig von Wettbewerbs- oder Kostenvergleichsergebnissen – auch zukünftig in eigener Regie erbracht werden sollten. Insbesondere in Bereichen, in denen die Kommunen traditionell eine Mischung („Institutionenmix“) aus Eigenerstellung und Vergabe haben, z. B. in der Grünflächenunterhaltung, in der Gebäudereinigung oder in der Abfallentsorgung, liegen Erfahrungen vor, auf deren Basis Empfehlungen zur Leistungstiefen- und Einkaufspolitik im Sinne des Smart-Buyer-Prinzips entwickelt werden können.

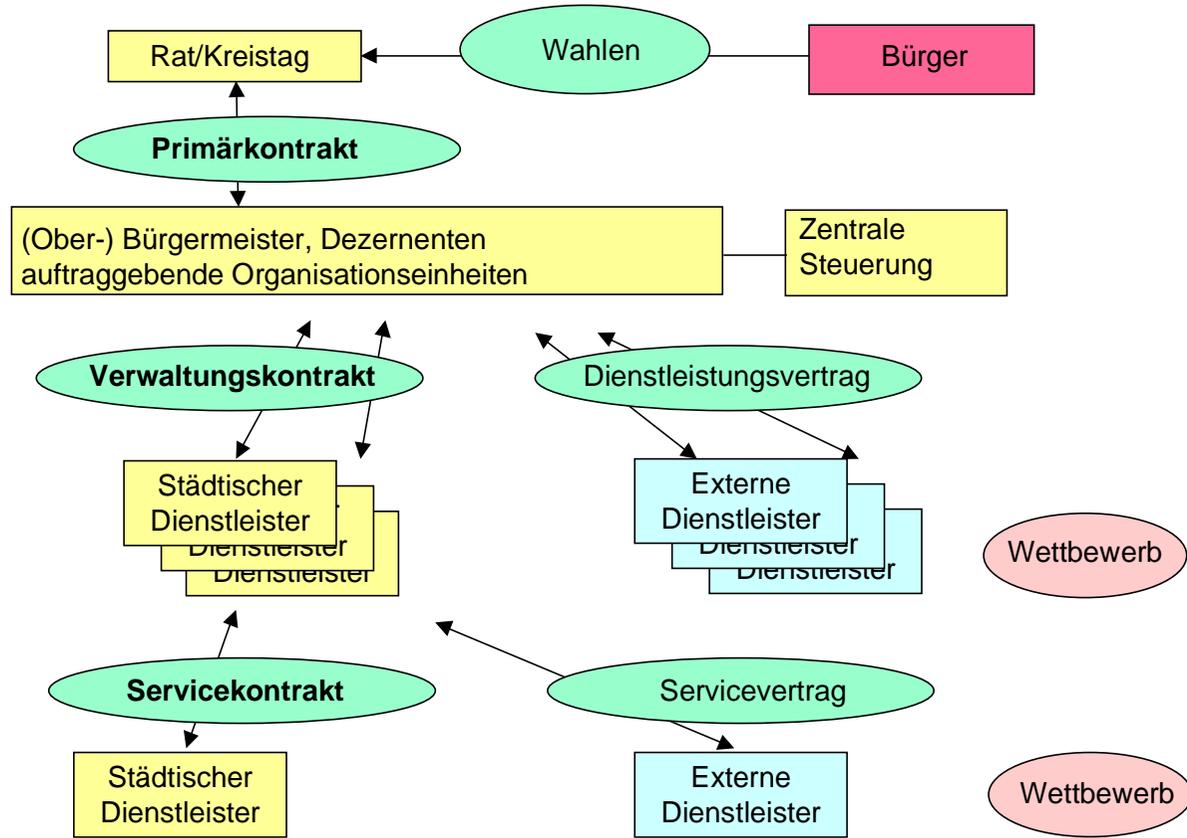
Das leitet über zu dem fünften Fragenkomplex, bei dem es um die *neuen Anforderungen an die Personalpolitik* der Kommunen und um die *Belange der betroffenen Beschäftigten* geht. Zum einen geht es darum zu beschreiben, welche neuen Anforderungen, Chancen und Motivationen sich aus der neuen Steuerungs politik für die Beschäftigten der Betriebe ergeben und welche neuen Strukturen und Abläufe, welche Formen der Dezentralisierung, welche neuen Arbeitszeitmodelle u. ä. dafür erforderlich sind. Zum anderen geht es um erforderliche flankierende Maßnahmen zur sozialverträglichen Steuerung von evtl. notwendigen Anpassungsprozessen, wie z. B. temporäre Kontrahierungspflicht für interne Dienstleistungen und Kündigungsschutz für die Beschäftigten als Voraussetzungen eines einvernehmlichen Veränderungsprozesses bis hin zur Auswertung von Erfahrungen mit Betriebsüberleitungsverträgen bei verlorenen Wettbewerben. Ein besonderer Fragenkreis ergibt sich in diesem Zusammenhang, wenn tatsächlicher Wettbewerb, Kostenvergleiche oder auch nur die Privatisierungsforderung zu Überlegungen führen, durch rechtliche Verselbständigung Kostensenkungen – insbesondere durch Tarifwechsel – und größere – auch personalwirtschaftliche – Flexibilität zu erzielen.

9.2. Methodik

Die bisherigen Untersuchungen zeigen, dass das Forschungsprojekt nur interdisziplinär bearbeitet werden kann. Zunächst ist die bisher nur überblicksmäßig durchgeführte Analyse der einschlägigen Rechtsvorschriften und vor allem der umfangreichen Rechtsprechung zu vertiefen. Sodann ist intensiv nach geeigneten Praxisberichten zu forschen, um den Stand der Praxis und deren Probleme repräsentativ darstellen zu können. Dabei sind die Ergebnisse des Netzwerkknotens „Innovation und ständiger Wandel“ des von der Bertelsmann Stiftung, der Hans-Böckler-Stiftung und der KGSt getragenen Netzwerks „Kommunen der Zukunft“ weiter auszuwerten. Auf dieser Grundlage können Fallanalysen ausgewählter Kommunen und ihrer kommunalen Einrichtungen erhoben und ausgewertet werden. Hier sollte ein Schwerpunkt der Recherche liegen. Im Rahmen der Fallstudien sollten auch Gespräche mit Personalvertretungen geführt werden. Zusätzlich erscheinen qualitative Expertenbefragungen (u.a.: kommunale Spitzenverbände, Verbände kommunaler Betriebe, Gewerkschaften, Experten in Wissenschaft und Kommunalpolitik) als sinnvoll. Die Vorstudie zeigt, dass sich auch ein intensiveres Studium der entsprechenden Praxis von Nachbarstaaten sehr empfiehlt, in denen Auftraggeber-/Auftragnehmermodelle mit Ausschreibungsverfahren bereits seit längerer Zeit erfolgreich funktionieren; das betreffe insbesondere Großbritannien.

Im Ergebnis geht es darum, aufzuzeigen, was die Kommunen tun können, um durch mehr Wettbewerb Wirtschaftlichkeitsreserven und bessere Leistungen für ihre Bürger zu mobilisieren. Es geht aber auch darum, was die Kommunen fordern müssen, damit ihren Betrieben und Unternehmen faire Bedingungen im Wettbewerb eingeräumt werden.

Strukturmodell - Gewährleistende Kommune



Anlage 1

Konkurrieren statt Privatisieren

Anlage 2

Übersicht über die gesetzlichen Grundlagen zur wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen sowie deren Teilnahme am Wettbewerb

1. Europarecht:

- **Richtlinie 98/4/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor.
- **Richtlinie 97/52/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge.
- Als sog. soft-law wird auch den Mitteilungen und Stellungnahmen der EG-Kommission (Kommission) oder des Rates eine gewisse Rechtsqualität (Normergänzungsfunktion i.S. einer Normkonkretisierung) zugebilligt, soweit der konkrete Inhalt der Mitteilung diesen Schluss zulassen kann. In dem Sinne hat die Mitteilung der Kommission **KOM (98) 143** vom 11.03.1998 Ein- und Auswirkungen z.B. auf die Auslegung der o.g. Richtlinien, die allerdings bereits in deutsches Recht umgesetzt wurden.

2. Verfassungsrecht: Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 110 Abs. 1 GG

3. Landesverfassungsrecht: Art. 100 Verf Bbg., Art 78 LV NRW u.a.

4. Einfachgesetzliche Ebene (Bund)

- a. Bundeshaushaltsordnung (BHO)
- b. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG); ggf. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB); Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG)
- c. Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung -VgV) vom 13.12.2000 i.d.F. der Maßgaben des Bundesrates (Beschluss vom 10.11.2000, Brat DS 455/00/Beschluss)

5. Einfachgesetzliche Ebene (Land)

- a. Landeshaushaltsordnung (LHO)
- b. Gemeindeordnung (Landkreisordnung, ggf. Amtsordnung); Gemeindehaushaltsverordnung, Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit (GKG); Eigenbetriebsverordnung usw.
- c. Vergabenachprüfungsverordnung (der Länder)

6. Sonstige Regeln

- a. VOB
- b. VOL
- c. VOF

Anlage 3

Literatur, die im Rahmen der Vorstudie schwerpunktmäßig ausgewertet wurde

- Bals, Hansjürgen/Hack, Hans**, Verwaltungsreform: Warum und wie, Band 1 der Reihe „Die neue Kommunalverwaltung“. München 2000.
- Bals, Hansjürgen/Reichard, Christoph**, Das neue kommunale Haushalts- und Rechnungswesen. In: Budäus, Dietrich/Küpper, Willi/Streitferdt, Lothar (Hrsg.): Neues öffentliches Rechnungswesen – Stand und Perspektiven. Klaus Lüder zum 65. Geburtstag. Wiesbaden 2000, S. 203-233.
- Bechtold, Rainer**, Kartellgesetz - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 2. Auflage. München 1999.
- Lenz, Carl Otto**, EG-Handbuch, Recht im Binnenmarkt, 2. Auflage. Berlin 1994.
- Boyne, George u.a.**, Competitive Tendering and Best Value in Local Government. In: Public Money and Management, Oct.-Dec. 1999, S. 29 f.
- Britz, Gabriele**, Funktion und Funktionsweise öffentlicher Unternehmen im Wandel: Zu den jüngsten Entwicklungen im Recht der kommunalen Wirtschaftsunternehmen. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2001, S. 380-387.
- Brühlmeier, Daniel/Haldemann, Theo/Mastronardi, Philippe/Schedler, Kuno**, Politische Planung. Bern, Stuttgart, Wien 2001.
- Englisch, Lutz**, Die verfassungsrechtliche Gewährleistung kommunalen Eigentums im Geltungskonflikt von Bundes- und Landesverfassung. Berlin 1994.
- Fischer, Johannes/Unger, Walter**, Führung und Organisation, Band 3 der Reihe „Die neue Kommunalverwaltung“, hrsg. von Bals, Hansjürgen/Hack, Hans/Reichard, Christoph. München 2001.
- Gern, Alfons**, Deutsches Kommunalrecht, 2. Auflage. Baden-Baden 1997.
- Heiermann, Wolfgang/Riedl, Richard/Rusam, Martin**, Handkommentar zur VOB, Teile A und B, 8. Auflage. Wiesbaden, Berlin 1997.
- Hill, Hermann**, Kommunen im wirtschaftlichen Wettbewerb unter veränderten Rahmenbedingungen. In: Bohne, Eberhard (Hrsg.): Kommunen im wirtschaftlichen Wettbewerb. Wiesbaden 1999, S. 127-143.
- Hille, Dietmar**, Das neue Steuerungsmodell erfordert auch neue Organisationsformen. In: Verwaltung und Management, 1999, S. 352-355.
- Ingenstau, Heinz/Korbion, Herrmann**, VOB-Kommentar, Teile A und B, 13. Auflage. Düsseldorf 1996.
- KGS**-Bericht Nr. 5/1993, Das Neue Steuerungsmodell – Begründung, Konturen, Umsetzung.
- KGS**-Bericht Nr. 12/2000, Kommunale Leistungen im Wettbewerb.
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen**, Grundfragen des EG-Beihilfenrechts. In: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2000, S. 1065- 1074.
- Koenig, Christian/Haratsch, Andreas**, Europarecht, 3. Auflage. Tübingen 2000.
- Melloh, Klaus**, Neues Steuerungsmodell: Der Faktor Wettbewerb. In: Der Senator für Finanzen (Hrsg.): Informationen zur Verwaltungsreform, E-mail-Info Nr. 6, Bremen 2000, S. 4-5.
- Naschold, Frieder u.a.**, Leistungstiefe im öffentlichen Sektor – Erfahrungen, Konzepte, Methoden. Sonderband 4 der Reihe „Modernisierung des öffentlichen Sektors“. Berlin 1996.
- Redmann, Reinhard**, Gebäudemanagement. Bd. 2 der Reihe „Die neue Kommunalverwaltung“, hrsg. von Bals, Hansjürgen/Hack, Hans/Reichard, Christoph. München 2000.

- Reichard, Christoph**, Institutionelle Wahlmöglichkeiten bei der öffentlichen Aufgabewahrnehmung. In: Budäus, Dietrich (Hrsg.): Organisationswandel öffentlicher Aufgabewahrnehmung, Baden-Baden 1998, S. 121-153 (1998a).
- Reichard, Christoph**, Kommunale Wirtschaft unter Anpassungsdruck. In: Eichhorn P. u.a. (Hrsg.), Kommunale Wirtschaft im Wandel – Chancen und Risiken, Baden-Baden 2000, S. 15-24.
- Reichard, Christoph**, Staats- und Verwaltungsmodernisierung im „aktivierenden“ Staat. In: Verwaltung und Fortbildung (VuF), 1999, S. 117-130.
- Reichard, Christoph**, Wettbewerbselemente in der öffentlichen Verwaltung – Kommentierung aus wissenschaftlicher Sicht, In: König, Klaus/Füchtner, Natascha (Hrsg.): „Schlanker Staat“ - Verwaltungsmodernisierung im Bund, Speyerer Forschungsberichte 183, Speyer 1998, S. 305-326 (1998b).
- Reidt, Olaf/Stickler, Thomas/Glahs, Heike**, Vergaberecht, Kommentar. Köln 2000.
- Ridley, F.F.**, Managing local government in Britain: A new model, unveröffentlichtes Manuskript, Liverpool Institute of Public Administration and Management. University of Liverpool 1998.
- Schedler, Kuno/Proeller Isabella**, New Public Management. Bern u.a. 2000.
- Pietzcker, Jost**, Die neue Gestalt des Vergaberechts. In: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) 1998, S. 427-473.
- Tomerius, Stephan**, Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zwischen Gemeindefinanzrecht und Wettbewerbsrecht. In: Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 2000, S. 41-47.
- Villalonga, Belén**, Privatization and efficiency: differentiating ownership effects from political, organizational and dynamic effects. In: Journal of Economic Behavior & Organization 2000, S. 43-74.
- Winkler Walter/Rothe Günther**, VOB Gesamtkommentar, 8. Auflage. Braunschweig, Wiesbaden, Vieweg, Berlin, Köln, Frankfurt/Main 1993
- Wissenschaftlicher Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft**, Privatisierungsdogma widerspricht Sozialer Marktwirtschaft, Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft 13, Berlin 1994.

Anlage 4

Weitere Literatur zum Thema „Konkurrieren statt Privatisieren“

- Benz, A.**, Privatisierung und Deregulierung - Abbau von Staatsaufgaben? In: DV 1995, S. 337-359.
- Bernhardt, B.**, Neuorganisation der staatlichen Aufgabenerfüllung. Baden-Baden 2000.
- Brede, H. (Hrsg.)**, Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Baden-Baden 2000/2001.
- Bruch, H.**, Outsourcing. Wiesbaden 1998.
- Brüning, C.**, Der Private bei der Erledigung kommunaler Aufgaben, insbesondere der Abwasserbeseitigung und der Wasserversorgung. Berlin 1997.
- Budäus, D. (Hrsg.)**, Organisationswandel öffentlicher Aufgabenwahrnehmung. Baden-Baden 1998.
- Budäus, D.**, Einzelwirtschaftliche Effizienzanalyse privater und öffentlicher Leistungserstellung in der Privatisierungsdiskussion. In: H. Brede (Hrsg.), Privatisierung und die Zukunft der öffentlichen Wirtschaft. Baden-Baden 1988, S. 203-233.
- Bull, H. P.**, Privatisierung öffentlicher Aufgaben. In: Verwaltungsarchiv 1995, S. 621-631.
- Bundesministerium der Verteidigung**, Market Testing-Richtlinie (MT-RL). Verfahrensregelung zum marktwirtschaftlichen Vergleich von Leistungen für die Bundeswehr 1998.
- Burr, W.**, Theoretische Ansätze zur Erklärung und Gestaltung der Leistungstiefe im öffentlichen Sektor. In: Verwaltung und Management 2000, S. 346-351.
- Carnaghan, R./Bracewell-Milnes B.**, Testing the Market - Competitive Tendering for Government Services in Britain and Abroad. London 1993.
- Council of Europe (Hrsg.)**, The role of competitive tendering in the efficient provision of local services. Strasbourg 1993.
- Domberger, S./Hensher, D.**, On the Performance of Competitively Tendered Public Sector, Cleaning Contracts. In: Public Administration 1993, S. 441-454.
- Ehlers, D.**, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft. In: Deutsches Verwaltungsblatt 1998, S. 497-548.
- Gramm, C.**, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben. Berlin 2001
- Haller, R.**, Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Juristische Möglichkeiten und Schranken neuer Organisationsstrukturen im öffentlichen Sektor. In: Die öffentliche Verwaltung 1997, S. 97-104.
- Hein, A.**, Privatisierung durch Ausschreibung: Ein effizientes Instrument zur Sicherung des öffentlichen Auftrags? In: ZögU Nr. 4/98 S. 397-412.
- Hibbeler, H.**, „Markttest“ öffentlicher Dienstleistungen. Einführung von Wettbewerb durch flächendeckende Angebotsbeziehung - Konzept des Personalrates der Stadt Detmold 1999.
- Hoffjan, A.**, Zur Make-or-Buy-Problematik in der Öffentlichen Verwaltung. Darstellung am Beispiel der Trägerschaft der öffentlichen Jugendhilfe. In: VR 1995, S. 389-401.
- Hoffmann, E.**, Der Aussagewert von Vergleichen kommunaler und privater Leistungserstellung. In: ZögU, Band 7, Heft 3, 1984, S. 311-327.
- Karwat, K.**, Compulsory Competitive Tendering. Entwicklung am Beispiel des Landkreises Knowsley bei Liverpool. In: VM 3/1997, S. 159-161.

- Koch, M.**, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Berlin 1992.
- Koppelman, U. (Hrsg.)**, Outsourcing. Stuttgart 1996.
- Krause, H./Hampke, R.**, Hauswartleistungen nur noch extern vergeben. Outsourcing: Landkreis Uckermark ohne eigene Hausmeister. In: VOP 1996, S. 41-43.
- Krönes, G.**, Outsourcing von öffentlichen Leistungen. In: VOP 6-7/1997, S. 30-34.
- Lange, C.**, Privatisierung der Rechtsform. Umwandlung öffentlicher Einheiten in Kapitalgesellschaften. Frankfurt/Bern/New York/Nancy 1984.
- Mayrzedt, H. (Hrsg.)**, Privatwirtschaftliche Tätigkeit im Dienst von Kommunen. Berlin 1996.
- McIntosh, K./Shauness, J./Wettenhall, R.**, Contracting out in Australia. Canberra 1997.
- Monzel, M.-G.**, Gestaltungsmöglichkeiten des Personalübergangs bei der Privatisierung kommunaler Entsorgungseinrichtungen – eine personalwirtschaftliche Analyse. München 2001
- Mühlenkamp, H.**, Eine ökonomische Analyse ausgewählter institutioneller Arrangements zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Baden-Baden 1999.
- Müller, N.**, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Institutional choice). Köln usw. 1993.
- OECD**, Internal Markets. Market-Type Mechanisms Series No.6. Overview, Denmark, Ireland, United Kingdom (Byrne, Mellors). Paris 1993.
- Otting, O.**, Die Aktualisierung öffentlich-rechtlicher Schranken kommunalwirtschaftlicher Betätigung durch das Wettbewerbsrecht. In: Die öffentliche Verwaltung 1999, Heft 13, S.549-555.
- Parker, D./Martin, S.**, The Impact of UK Privatization on employment, profits and the distribution of business income. In Public Money & Management 1996, H. 1, S. 31ff.
- Peine, F.-J.**, Grenzen der Privatisierung - verwaltungsrechtliche Aspekte. In: Die öffentliche Verwaltung 1997, S. 353-365
- Prager, J.**, Contracting Out Government Services: Lessons from the Private Sector. In: Public Administration Review, 1994, S. 176-184.
- Röber, M.**, Competition: How far can you go? In: Public Management Review 2000.
- Schoch, F.**, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben. In: Deutsches Verwaltungsblatt 1994, S. 962-977.
- Scholl, R./Thöne, M.**, Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen. Stuttgart 1998
- Schulte-Beckhausen, S.**, Kommunale Unternehmen und Wettbewerb. In: Der Städtetag, Heft 9/97, S. 635-640
- Schuppert, G.**, Vom produzierenden zum gewährleistenden Staat: Privatisierung als Veränderung staatlicher Handlungsformen 1997. In: König, K./Benz, A. (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung. Baden-Baden.
- Schuppert, G.F.**, Die Privatisierungsdiskussion in der deutschen Staatsrechtslehre. In: Ellwein T. u.a. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft. Baden-Baden 1996.

- Spelthahn, S./Hulitz, E.**, Privatisierung kommunaler Dienstleistungen - das Beispiel der Wasserwirtschaft im europäischen Vergleich. In: Steger, U. (Hrsg.), Lean Administration. Frankfurt a.M. 1994, S. 67-92.
- Thamerus, T./Schwab, S.**, Outsourcing in der Kommunalverwaltung - Modewort oder innovativer Ansatz? In: Kommunalkassenzeitschrift 9/96, S. 173-177.
- Vest, P.**, Die formelle Privatisierung öffentlicher Unternehmen – Eine Effizienzanalyse anhand betriebswirtschaftlicher Kriterien der Rechtsformwahl. In: ZögU, Heft 3/98, S. 189-202.
- Vincent-Jones, P.**, Competition and Contracting in the Transition from CCT to Best Value: Towards a more Reflexive Regulation? In: Public Administration 2/99, S. 273-291.
- Völmicke, C.**, Privatisierung öffentlicher Leistungen in Deutschland. Frankfurt/M. usw. 1996.
- Wätzel, S.**, Effiziente Gestaltung der Phasen gemeindlicher Aufgabenerfüllung durch Mitwirkung Privater. 1997.
- Walsh, K.**, Competition for White-Collar Services in Local Government. In: Public Money & Management 1995, H. 2, S. 11-18.
- Wegener, A.**, Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Dienstleistungsanbietern. Idee, Recht und Realität. In: Berliner Debatte INITIAL 2000, Heft 3, S. 41-49.
- Wright, V./Perrotti, L.**, Privatization and Public Policy. Cheltenham - Northampton 2000.