



Universität Potsdam

Hartmut Bauer/Christiane Büchner/
Lydia Hajasch (Hrsg.)

Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge

Hartmut Bauer/Christiane Büchner/Lydia Hajasch (Hrsg.)
Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge

Hartmut Bauer/Christiane Büchner/Lydia Hajasch (Hrsg.)

Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

Universitätsverlag Potsdam 2012

<http://info.ub.uni-potsdam.de/verlag.htm>

Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam

Tel.: +49 (0)331 977 2533/Fax: -2292

E-Mail: verlag@uni-potsdam.de

Die Schriftenreihe **KWI-Schriften** wird herausgegeben vom
Kommunalwissenschaftlichen Institut der Universität Potsdam.

Satz: Elisabeth Döring, wissen.satz

Druck: docupoint GmbH Magdeburg

Das Manuskript ist urheberrechtlich geschützt.

ISSN (print) 1867-951X

ISSN (online) 1867-9528

ISBN 978-3-86956-170-7

Zugleich online veröffentlicht auf dem Publikationsserver der Universität Potsdam:

URL <http://pub.ub.uni-potsdam.de/volltexte/2012/5806/>

URN <urn:nbn:de:kobv:517-opus-58064>

<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:517-opus-58064>

Inhaltsverzeichnis

Editorial	7
Von der Privatisierung zur Rekommunalisierung Einführende Problemskizze <i>Hartmut Bauer</i>	11
Erfahrungen mit der Privatisierung in der Praxis <i>Margarete Mühl-Jäckel</i>	33
Erfahrungen mit Rekommunalisierungen in der Praxis <i>Ulrich Becker</i>	49
Rechtliche Voraussetzungen der Rekommunalisierung <i>Christoph Brüning</i>	59
Rekommunalisierung – Fallstricke in der Praxis Erfahrungen aus Bergkamen <i>Roland Schäfer</i>	73
Rekommunalisierung lokaler Ver- und Entsorgung Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektiven <i>Manfred Röber</i>	81
Konzessionsverträge – Handlungsoptionen für Kommunen <i>Sebastian Kunze</i>	99

Editorial

Mehr Privat statt Staat! Diese Kampfformel galt vielen noch vor kurzem als Schlüssel zur erfolgreichen Entlastung der angespannten kommunalen Haushalte. Immer mehr Kommunen beschritten den vermeintlichen Königsweg. Sie privatisierten Wasser- und Energieversorgung, Abwasser- und Abfallentsorgung, Krankenhäuser, Feuerwehren, den sozialen Wohnungsbau, Verkehrsbetriebe und vieles andere mehr. So vielfältig wie die Gegenstände sind auch die in der Verwaltungspraxis zu beobachtenden Erscheinungsformen der Privatisierung: Vermögensprivatisierung, Organisationsprivatisierung, Aufgabenprivatisierung mit facettenreichen Mischformen namentlich der Public Private Partnerships.

Zwar brachte der „Verkauf des Tafelsilbers“ den Kommunen kurzzeitig einen Geldsegen. Doch haben bei weitem nicht alle Privatisierungsmaßnahmen die in sie gesetzten Erwartungen erfüllt. So beklagen die Kommunen den mit Privatisierungen einhergehenden Verlust des politischen Einflusses und die Verringerung öffentlicher Kontrollmöglichkeit. Auch setzt sich zunehmend die Einsicht durch, dass die Privatwirtschaft nicht zwangsläufig besser, effizienter und kostengünstiger arbeitet als die öffentliche Hand.

Inzwischen deutet sich im kommunalen Bereich eine klare Trendwende an. Schlagzeilen wie „Renaissance der Stadtwerke“, „Kommunen bereuen Privatisierung“, „Vorwärts in die Vergangenheit“ oder „Zurück auf Staat“ bringen das Zukunftsthema plakativ auf den Begriff. Doch woher kommt die Trendumkehr in Richtung Rekommunalisierung? Ist der Staat wirklich der bessere Unternehmer? Darf sich die Kommune überhaupt einer vormals privatisierten Aufgabe wieder annehmen und vielleicht sogar Gewinne erwirtschaften? Gibt es Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung? Und wenn ja: Woraus ergeben sich diese Grenzen?

Hier setzt die 17. Fachtagung des Kommunalwissenschaftlichen Instituts (KWI) der Universität Potsdam an. Die Tagung greift in die anlaufende Grundsatzdebatte ein und nimmt aktuelle Bestrebungen der Rekommunalisierung lokaler Aufgaben auf. Im Vordergrund stehen erste praktische Erfahrungen, Implementationsprobleme und nicht zuletzt die rechtlichen Rahmenbedingungen und normativen Direktiven für Rekommunalisierungen namentlich in Segmenten der öffentlichen Daseinsvorsorge.

Die einführende Problemskizze (*Hartmut Bauer*, Geschäftsführender Direktor des KWI) wirft zunächst Schlaglichter auf Rekommunalisierungsszenarien. Der Beitrag spannt den Bogen von der Privatisierung zur Rekommunalisierung. Er thematisiert Begriff, Gegenstände und Motive der Rekommunalisierung. Und er bereitet mit einem kurzen Überblick über das Rechtsregime und die rechtsdogmatischen Herausforderungen den Diskussionsrahmen für Rekommunalisierungsentscheidungen auf.

Margarete Mühl-Jäckel, Rechtsanwältin aus Potsdam, stellt Erfahrungen mit der Privatisierung aus anwaltlicher Sicht dar. Ausgehend von den Motiven und Gegenständen möglicher Privatisierungsentscheidungen, beschäftigt sie sich mit dem Verhältnis von Kommunalrecht und Gesellschaftsrecht. Dabei geht sie am Beispiel der Kommunalverfassung Brandenburgs auf Irrtümer und Fehlvorstellungen im Zusammenhang mit den Auskunftspflichten gegenüber der Gemeindevertretung zu Geschäftsführervergütungen und dem Umfang kommunaler Weisungsrechte ein. Abschließend zeigt sie Problempunkte mit dem Vergaberecht und dem Konkurrentenschutz auf.

Ulrich Becker, Rechtsanwalt und Richter am Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, behandelt Erfahrungen mit Rekommunalisierungen in der Praxis. Im ersten Teil seines Beitrages erstellt er einen Werkstattbericht über Rekommunalisierungsprojekte in den brandenburgischen Gemeinden. Das schließt einen Überblick über die brandenburgische Novellierung der kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften ein. Im zweiten Teil konzentriert sich *Becker* auf das Phänomen „unfreiwilliger Rekommunalisierung“, bei dem auf die Kommunen aus anderer Richtung ein Rekommunalisierungsdruck ausgeübt wird.

Christoph Brüning, Ordinarius für Öffentliches Recht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Vorstandsmitglied des Kieler Lorenz-von-Stein-Instituts für Verwaltungswissenschaften, befasst sich mit den rechtlichen Voraussetzungen der (Re-)Kommunalisierung von Aufgaben auf gemeindlicher Ebene. Ausgehend vom Recht der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zeigt er den organisationsrechtlichen Rahmen für Rekommunalisierungsentscheidungen auf. Dabei arbeitet er verfassungsrechtliche Determinanten heraus und analysiert die aus dem Haushaltsrecht, den kommunalrechtlichen Vorgaben zur kommunalwirtschaftlichen Betätigung sowie den Anforderungen demokratischer Legitimation folgenden rechtlichen Grenzen.

Roland Schäfer, Bürgermeister der Stadt Bergkamen und Präsident des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, gibt einen Einblick in Rekommunalisierungsprozesse in der Stadt Bergkamen und skizziert zu beachtende Fallstricke in der Praxis. Damit berichtet er sozusagen aus erster Hand über praktische Erfahrungen im Umgang mit Rekommunalisierungen. Die Zurückholung von Aufgaben in die kommunale Obhut ist nach *Schäfer* nicht immer ein Allheilmittel für defizitäre Bereiche kommunaler Daseinsvorsorge. Um herauszufinden, welcher Weg für die jeweilige Gemeinde gangbar ist, sei vielmehr stets eine Einzelfallanalyse geboten. Dazu bietet der Beitrag Hilfestellungen über im Vorfeld anzustellende Auswahlüberlegungen. Zur Erleichterung von in Aussicht genommenen Rekommunalisierungsentscheidungen und der Durchführung von Rekommunalisierungsprozessen präsentiert *Schäfer* abschließend eine „Checkliste“ zu typischen Fehlerquellen und Vorgehensweisen.

Manfred Röber, Ordinarius für Verwaltungsmanagement/New Public Management an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Leipzig, zieht eine kritische Zwischenbilanz zur Rekommunalisierungspraxis. Er analysiert zunächst Ursachen und Motive der aktuellen (Re-)Kommunalisierungsdebatte, die nach *Röbers* Einschätzung an der Rechtswirklichkeit vorbei gehe, weil nach empirischen Untersuchungen der (angebliche) Rekommunalisierungstrend in der Verwaltungspraxis derzeit noch mehr „Talk“ als „Action“ sei. Anschließend stellt Röber unter Orientierung an einem Gewährleistungsmodell dar, welche Aufgaben wie von den Gemeinden erfüllt werden könnten.

Sebastian Kunze, Referatsleiter für Energie- und Kommunalwirtschaft beim Städte- und Gemeindebund Brandenburg, beschäftigt sich in seinem Beitrag mit Handlungsoptionen der Kommunen bei auslaufenden Konzessionsverträgen. Dabei hinterfragt er anhand des Zieldreiecks der Energiepolitik realisierbare Ziele einer kommunalen Betätigung im Bereich der Energiewirtschaft und räumt dabei mit einigen Mythen auf. Er präsentiert konkrete Möglichkeiten der Kommunen bei der Konzessionsvergabe und macht zugleich auf Risiken einer Rekommunalisierung unter besonderer Berücksichtigung des Energiemarktes aufmerksam.

In der Gesamtbetrachtung zeigt sich, dass eine polarisierende Gegenüberstellung von Privatisierung und Rekommunalisierung verfehlt wäre. Zwar sensibilisiert das Stichwort „Rekommunalisierung“ für einen Gegentrend zur lange Zeit vorherrschenden Privatisierung und verweist damit auf einen möglichen Stimmungsumschwung in der politischen Großwetterlage. Indes handelt es sich bei Rekommunalisierung und Privatisierung letztlich um komplementäre Modernisierungsansätze, die gleichsam die Endpunkte einer Skala mit vielen hybriden Übergängen bilden und sachgerecht verarbeitet sein wollen. Perspektive ist dann die Erarbeitung eines Rekommunalisierungs- und Privatisierungsprozesse einschließenden Optionenkatalogs, der die zeitgemäße, effiziente, effektive und optimale Erfüllung von Verwaltungsaufgaben erleichtert.

Potsdam, Anfang 2012

Hartmut Bauer, Christiane Büchner, Lydia Hajasch

Von der Privatisierung zur Rekommunalisierung

Einführende Problemskizze

Hartmut Bauer

I. Megatrend Rekommunalisierung

Derzeit sehen manche das Thema Rekommunalisierung¹ „ganz oben auf der kommunalen Agenda“². Es ist viel von (Re-)Etatisierung und (Re-)Kommunalisierung die Rede³, mitunter sogar von einem „Mode-“⁴ und „Zukunftstrend“⁵ zur Rekommunalisierung⁶. Man spricht von einem „Paradigmenwechsel“⁷ oder konstatiert doch wenigstens einen Stim-

- 1 Zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass es sich in dem hier interessierenden Kontext bei dem als „Rekommunalisierung“ bezeichneten Zugriff einer Kommune auf eine Aufgabe oder deren Wahrnehmung nicht notwendig um die Umkehrung einer vorangegangenen bzw. früheren (Privatisierungs-)Entscheidung handeln muss, sondern auch um den erstmaligen Zugriff handeln kann. Streng genommen müsste bei solchen erstmaligen Zugriffen an sich von einer „Kommunalisierung“ und bei dem Gesamtbefund von „(Re-)Kommunalisierung“ gesprochen werden (*Brüning*, (Re-)Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand – Maßstäbe und Grenzen, *VerwArch* 100 [2009], S. 453 [454]). Zur Vermeidung von Missverständnissen mit der ebenfalls als „Kommunalisierung“ bezeichneten Überführung von bislang staatlichen Aufgaben an kommunale Selbstverwaltungskörperschaften und vergleichbaren Vorgängen (dazu etwa *Kremer*, Das Beispiel Hessen: Abkehr von der Magistratsverfassung und dem monistischen Aufgabenverständnis, *VerwArch* 102 [2011], S. 242 [245ff.]) und wegen der unhandlichen Formulierung „(Re-)Kommunalisierung“, wird davon in diesem Beitrag abgesehen, zumal es in der Sache ganz überwiegend um Rekommunalisierungen im Sinne der erwähnten Umkehrung gehen dürfte.
- 2 *Libbe/Hanke*, Rekommunalisierung – neue alte Wege der öffentlichen Daseinsvorsorge, der gemeindehaushalt 2011, S. 108 (108).
- 3 Vgl. an dieser Stelle nur etwa *Collin*, Privatisierung und Etatisierung als komplementäre Gestaltungsprozesse, *JZ* 2011, S. 274ff., und *Brüning*, *VerwArch* 100 (2009), S. 453ff.
- 4 *Schäfer*, Rekommunalisierung: Modetrend oder neues Politikphänomen?, Öffentliche Finanzen, Sonderbeilage zur F.A.Z. vom 19.6.2008, S. 3.
- 5 *Bauer*, Verwaltungskooperation, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf* (Hrsg.), Verwaltungskooperation, 2008, S. 9 (22f.).
- 6 *Scholle*, Der Trend zur Rekommunalisierung – Chance oder Risiko?, in: *Gernert/Konegen/Meyers* (Hrsg.), Festschrift für Rüdiger Robert, 2010, S. 95ff.
- 7 *Brosius-Gersdorf*, Rekommunalisierung – die Renaissance der kommunalen Wirtschaftstätigkeit, im Erscheinen, I. („Paradigmenwechsel: Von der Privatisierung zur Rekommunalisierung“).

mungsumschwung⁸ weg von der Privatisierung und hin zu einer Rekommunalisierung. „Insgesamt scheint [...] das Vertrauen in die Marktkräfte zu schwinden und nach einer Privatisierungseuphorie ist [...] ein Bedürfnis nach einer Renaissance klassischer Staatlichkeit zu spüren“⁹. Mit der „Krise der Privatisierung“ verbindet sich bisweilen die Hoffnung auf eine „Rückkehr des Öffentlichen“, und zwar mit beträchtlicher politischer Tiefenwirkung¹⁰.

Der neue Megatrend hin zur Rekommunalisierung überrascht, weil die gleichsam gegenläufige Privatisierung vielen lange Zeit als Königsweg nicht nur zur Entlastung der angespannten kommunalen Haushalte, sondern auch zur effizienten Aufgabenerfüllung galt. Die Trendwende macht das Phänomen „Rekommunalisierung“ zu einem wichtigen Zukunftsthema für die Kommunalpolitik, für die kommunale Praxis und für das Kommunalrecht. Schon jetzt ist absehbar, dass die damit verbundenen Herausforderungen die Kommunalwissenschaften in den nächsten Jahren noch intensiv beschäftigen werden. In der anlaufenden Rekommunalisierungsdebatte greift diese Tagung mehrere Teilaspekte auf, nämlich rechtstatsächliche Entwicklungen (II), Rekommunalisierungsbegriff, -gegenstände und -motive (III) sowie Rechtsregime und rechtsdogmatische Herausforderungen (IV); sie münden am Ende in Überlegungen zu Entwicklungsperspektiven jenseits von Privatisierung und Rekommunalisierung (V).

8 Siehe dazu vorerst nur *Libbe/Hanke*, der gemeindehaushalt 2011, S. 108 (108): „In jüngster Zeit verläuft der Trend – zumindest im Bereich der technischen Infrastrukturen – wieder einmal in die entgegen gesetzte Richtung. Die Privatisierungseuphorie ist verflogen, das ‚Privatisierungs-Pendel zittert‘“; *Landsberg*, Privatisierung – Die Stimmung ist gekippt, KommP spezial 2/2008, S. 85ff.; *Röber*, Privatisierung adé?, Verwaltung & Management 2009, S. 227ff.

9 *Stober*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, NJW 2008, S. 2301 (2301).

10 Vgl. nur *Candeias/Rilling/Weise*, Krise der Privatisierung – Rückkehr des Öffentlichen, WSI Mitteilungen 10/2008, S. 563ff.

II. Rechtstatsächliche Befundnahmen

Eine sachkundige Beschäftigung mit der Rekommunalisierung setzt an sich möglichst detaillierte Kenntnisse über die angedeuteten Entwicklungen in der Verwaltungspraxis voraus. Indes vermitteln die rechtstatsächlichen Befunde gegenwärtig noch kein ganz eindeutiges Bild. Obschon jedenfalls im ersten Zugriff Fallstudien und zahlreiche Einzelfälle im In- und Ausland den Rekommunalisierungstrend bestätigen, gibt es nämlich auch Beobachtungen, die den Trend relativieren. Im Einzelnen:

1. Der „Fall Potsdam“

Wer *in* Potsdam eine Tagung *über* „Rekommunalisierung“ veranstaltet, muss zuallererst *über* Potsdam sprechen, zumal der „Fall Potsdam“ ein vielzitiertes¹¹ Privatisierungs- und Rekommunalisierungsbeispiel ist. Die brandenburgische Landeshauptstadt Potsdam hat nämlich frühzeitig den zunächst eingeschlagenen Pfad der Privatisierung verlassen, eine Kehrtwende um 180 Grad vollzogen und den Weg in die Rekommunalisierung eingeschlagen. Sie bietet damit zugleich einen besonders anschaulichen Beleg für die Trendwende weg von der Privatisierung und hin zur Rekommunalisierung.

Wie viele andere Kommunen hatte sich Potsdam in den 1990er Jahren für eine Privatisierung der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung interessiert. 1998 kam es zum Abschluss einer Public Private Partnership mit Eurawasser.¹² Eurawasser war damals ein weltweit agierendes Tochterunternehmen der beiden Großkonzerne Thyssen Krupp und Suez. In Deutschland konzentrierte der global player seine Geschäftspolitik unter anderem darauf, Mitgesellschafter an kommunalen

11 Siehe zum „Fall Potsdam“ und zum Folgenden eingehender *Paffhausen*, Gestaltung von Public Private Partnerships – Motive, Erfolgsfaktoren, Risiken für die Kommune, Rekommunalisierung, in: Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Verwaltungskooperation (Fn. 5), S. 95 (insb. 97ff., 101ff.); *Hachfeld*, Rekommunalisierung – Lehren aus Potsdam und Grenoble, in: Candeias/Rilling/Weise (Hrsg.), Krise der Privatisierung – Rückkehr des Öffentlichen, 2009, S. 87 (90ff).

12 Die Stadtverordneten von Potsdam hatten im Dezember 1997 dem Verkauf von 49 % der Wasserbetrieb Potsdam GmbH zu dem vereinbarten Kaufpreis von 167 Millionen DM zugestimmt; bis dahin befand sich die Wasserbetrieb Potsdam GmbH zu 100 % in den Händen der Landeshauptstadt. Bis zum endgültigen Vertragsabschluss vergingen noch einige Monate, die für Ausarbeitung der Verträge benötigt wurden. Siehe dazu *Paffhausen*, Gestaltung (Fn. 11), S. 98f., und *Hachfeld*, Rekommunalisierung (Fn. 11), S. 90f.

Wasserversorgungs- und Abwasserentsorgungsunternehmen zu werden. Die von der Landeshauptstadt Potsdam mit der Öffentlich Privaten Partnerschaft verfolgten Motive waren ähnlich gelagert wie die der seinerzeit auch andernorts zu beobachtenden Privatisierungsprozesse¹³: Entlastung des Haushalts, Anlockung privater Investoren, Flexibilisierung der Personalstrukturen, Erschließung privaten Know-hows und privater Innovationskraft, Gewährleistung sicherer Wasserver- und Abwasserentsorgung, Kostenminimierung, Verbesserung der Servicequalität usw.

Grundlage der Kooperation mit Eurawasser waren – mit den Worten eines intimen Sachkenners der Vorgänge – „insgesamt dreizehn sehr kompliziert ineinander greifende und somit fast schon unverständliche Verträge“¹⁴. Nach diesen Verträgen wurde der Kaufpreis in Höhe von 167 Millionen DM (rund 85 Millionen Euro) faktisch nicht von Eurawasser eingebracht, sondern im Wege der Forfaitierung durch eine Bank, die im Gegenzug über eine Laufzeit von zwanzig Jahren einen Anspruch auf Einnahmen aus den Wassergebühren im Wert von ca. 400 Millionen Mark (rund 205 Millionen Euro) erhielt.¹⁵ Die Kooperationsverträge sollten auch die Einflussnahme der Stadt Potsdam auf die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung absichern, und zwar namentlich durch die in den Händen der Landeshauptstadt Potsdam liegende Mehrheit der Gesellschaftsanteile mit entsprechenden Kontroll-, Weisungs-, Stimm- und Rückholrechten.

Die Public Private Partnership geriet allerdings schon bald in eine Schiefelage, die bereits im Jahr 2000 zur Rekommunalisierung führte. Ein wichtiger Grund für die Beendigung der Partnerschaft war die Entwicklung der Wasserpreise. Auf der Grundlage einer kooperationsvertraglich vereinbarten Preisgleitklausel kam es nämlich zu wiederholten Gebührenerhöhungen von anfangs 6,85 DM/m³ auf 7,86 DM/m³ im Jahr 1998, von 7,86 DM/m³ auf 8,80 DM/m³ im Jahr 1999 und einer für das Jahr 2000 geplanten weiteren Erhöhung von 8,80 DM/m³

13 Vgl. allgemein zu den frühzeitig herausgearbeiteten Privatisierungsmotiven etwa *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962 (965ff.); *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 243 (256ff.); aus jüngerer Zeit etwa *Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten D für den 67. Deutschen Juristentag, 2008, S. D 24ff.; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, §89 Rn. 30ff.

14 *Paffhausen*, Gestaltung (Fn. 11), S. 98f. (*Peter Paffhausen* war bis 2011 Geschäftsführer der Stadtwerke Potsdam GmbH); ähnliche Bewertung der Privatisierungsverträge bei *Hachfeld*, Rekommunalisierung (Fn. 11), S. 90f.: in den Einzelheiten komplizierte Vertragskonstruktion aus dreizehn Einzelverträgen.

15 Vgl. *Paffhausen*, Gestaltung (Fn. 11), S. 98f., und *Hachfeld*, Rekommunalisierung (Fn. 11), S. 90f.

auf 10,18 DM/m³; für das Jahr 2017 wiesen die von Eurawasser vorgelegten Unterlagen eine Gesamtgebühr für Trink- und Abwasser von 16,40 DM/m³ aus.¹⁶ Prozentual entspricht dies einem Anstieg der Verbraucherpreise innerhalb von nur wenigen Jahren um fast 50 %, und auf längere Sicht war ein Anstieg von fast 140 % zu erwarten. Außerdem kam es zu politischen Kontroversen wegen einer von Eurawasser mit dem Betriebsrat abgeschlossenen Vereinbarung über die „sozialverträgliche Beendigung von Arbeitsverhältnissen“, die zu einem Personalabbau führte. Und schließlich konnte die Landeshauptstadt Potsdam trotz der bei ihr verbliebenen Mehrheit der Geschäftsanteile und vertraglich vorbehaltenen Ingerenzrechte in der Praxis keinen bestimmenden Einfluss auf das Unternehmen ausüben. Dementsprechend gelangte ein von der Stadt Potsdam in Auftrag gegebenes Gutachten zu dem Ergebnis, dass die Vertragskonstruktion zu ihren Lasten ging. Die Landeshauptstadt setzte deshalb einen Rückkauf durch, der jedoch auf den Widerstand des privaten Vertragspartners stieß und Regressforderungen auslöste. Der Streit mündete in einen Vergleich, der Eurawasser in einer geschätzten Höhe von bis zu 25 Millionen DM (rund 12,8 Millionen Euro) eine finanzielle Entschädigung zusprach.

Damit war die Potsdamer Public Private Partnership bereits nach rund zwei Jahren gescheitert. An ihrem Ende stand die Rekommunalisierung der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung unter dem Dach der im hundertprozentigen Anteilseigentum der Landeshauptstadt stehenden Stadtwerke Potsdam GmbH, die unlängst mit einem rauschenden Fest ihr zehnjähriges Bestehen feierte. Weniger berauschend ist der Ausflug in die Privatisierung für die Potsdamer Bevölkerung geblieben, für die nach wie vor dessen negative Folgen spürbar sind. Die fortlaufenden Verpflichtungen aus der teuren Kreditaufnahme nach dem Forfaitierungsmodell sind nämlich über die Gebühren von den Wassernutzern zu tragen; das hat dazu geführt, dass die Preise nach der Rekommunalisierung weiter gestiegen sind und sich im bundesweiten Vergleich auf höchstem Niveau¹⁷ bewegen.

16 Zu den Zahlen siehe *Paffhausen, Gestaltung* (Fn. 11), S. 101f.; vgl. auch *Hachfeld, Rekommunalisierung* (Fn. 11), S. 92.

17 Ein im Jahre 2008 vom *Institut der deutschen Wirtschaft Köln Consult GmbH*, INSM Abwassermonitor 2008, Abwassergebühren im Vergleich – Die 100 größten deutschen Städte, 18.8.2008, S. 6, 13, durchgeführter Abwassergebührenvergleich der 100 größten deutschen Städte ergab, dass die Potsdamer Abwassergebühren bis zu 350 % teurer als in anderen Städten sind und bescherte Potsdam den letzten Platz.

2. Weitere Rekommunalisierungsszenarien

Der besonders einprägsame „Fall Potsdam“ ist keine singuläre Erscheinung. Missglückte, Rekommunalisierungsforderungen auslösende Privatisierungsvorgänge finden sich auch anderswo, auch wenn diese nicht in vergleichbar detailliert ausgearbeiteten Fallstudien aufbereitet sind. So stößt man in unmittelbarer Nachbarschaft von Potsdam auf die Ende der 1990er Jahre durchgeführte Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe¹⁸. Die Berliner Wasserbetriebe waren eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts, der die Aufgaben der Wasserversorgung der Stadt Berlin und der Abwasserentsorgung übertragen war. Bei der Teilprivatisierung wurde diese Anstalt auf gesetzlicher Grundlage mittels eines komplizierten Geflechts privatrechtlicher Verträge im Rahmen eines Holding-Modells so in einen privatrechtlichen Konzern eingebunden, dass sich die Holding Aktiengesellschaft mit bis zu 49,9 % am Unternehmen der Anstalt beteiligt, während die restlichen 50,1 % beim Land verbleiben. Der „Modellfall Berliner Wasserbetriebe“¹⁹ war wiederholt Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen, die neben anderem das schwer durchschaubare Vertragsgeflecht betrafen. Wegen rechtstatsächlicher Fehlentwicklungen hat man zumal nach einem Anfang des Jahres 2011 durchgeführten Volksentscheid über die Offenlegung der Verträge auch in Berlin laut über eine Rekommunalisierung nachgedacht.²⁰

Die bundesweit beachteten Privatisierungs-Schiefen betreffen nicht nur die erwähnten Organisations- und Aufgabenteilprivatisierungen,

18 Die mit der Teilprivatisierung eingeleitete Umstrukturierung der Wasserwirtschaft in Berlin war wiederholt Anlass für Streitigkeiten vor dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin (VerfGH, NVwZ 2000, S. 794ff.; ferner Beschluss vom 21.10.1999 – VerfGH 71/99; Urteil vom 6.10.2009 – VerfGH 63/08; Urteil vom 14.7.2010 – VerfGH 57/08; jeweils zitiert nach juris) und ist bis heute Gegenstand öffentlichkeitswirksamer Kontroversen geblieben; zu Stellungnahmen aus der Literatur siehe *Wolfers*, Privatisierung unter Wahrung der öffentlich-rechtlichen Rechtsform: Der Modellfall Berliner Wasserbetriebe, NVwZ 2000, S. 765ff.; *Hecker*, Privatisierung unternehmenstragender Anstalten des öffentlichen Rechts, VerwArch 92 (2001), S. 261ff.; *Schmehl*, Teilprivatisierung der Daseinsvorsorge, Demokratieprinzip und Gewinnerzielungsmaxime – BerVerfGH, NVwZ 2000, S. 794ff.; JuS 2001, S. 233ff.

19 *Wolfers*, NVwZ 2000, S. 765 (765).

20 *Rudek*, Der Preis der Rekommunalisierung oder: Wie eine kostengünstige Rekommunalisierung gelingen kann, Diskussionspapier vom 5.3.2011, im Internet abrufbar unter <http://berliner-wasserbuenger.de/wp-content/uploads/2011/06/Konzept.pdf>; *Zawatka-Gerlach*, Berlin kann Wasserbetriebe nicht verstaatlichen, Der Tagesspiegel vom 7.1.2010, im Internet abrufbar unter <http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/berlin-kann-wasserbetriebe-nicht-verstaatlichen/1659132.html>; *Hachfeld*, Die Berliner Wasserbetriebe rekommunalisieren – aber wie?, 2008, im Internet abrufbar unter <http://www.davidhachfeld.de/texte/DHachfeld-RekommunalisierungBWB.pdf>.

sondern auch Vermögensprivatisierungen, die aus empirischer Sicht keineswegs durchgängig so „unproblematisch“²¹ sind, wie dies vordergründig scheinen mag. Denn auch in diesem Privatisierungssegment finden sich in der Verwaltungspraxis Konstellationen, in denen die öffentliche Hand mit der Vermögensübertragung weit über die Erzielung eines Veräußerungserlöses hinaus die Sicherstellung beispielsweise sozialer Ziele verknüpft. Ein ebenso instruktives wie politisch brisantes Beispiel ist die aktuell prekär gewordene „Dresdner Sozialcharta“, mit der die sächsische Landeshauptstadt Dresden die Sozialverträglichkeit der Privatisierung ihres kommunalen Wohnungsbestandes absichern wollte.²² Die Stadt Dresden hatte 2006 ihre Anteile an der WOBA Dresden GmbH an eine amerikanische Investmentgesellschaft verkauft. Der seinerzeit deutschlandweit für Schlagzeilen sorgende Verkauf brachte rund 982 Millionen Euro in die städtischen Kassen, von denen Dresden einen Großteil zur Tilgung der Schulden des kommunalen Haushalts einsetzte; die Stadt wurde damit gleichsam „auf einen Schlag“ schuldenfrei. Den Schutz der Mieter der bis dahin städtischen Wohnungen sollte eine in das Vertragswerk mit dem Privatinvestor aufgenommene „Sozialcharta“ gewährleisten.²³ Indes haben sich die in die „Sozialcharta“ gesetzten

21 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, §23 Rn. 64.

22 Näheres dazu sowie der Stadtratbeschluss vom 22.9.2005 zum Verkauf der WOBA Dresden GmbH nebst Sozialcharta ist auf der Internetseite der Stadt Dresden, im Internet abrufbar unter http://www.dresden.de/de/02/110/02/verwaltungsgeschichte/08_woba_verkauf.php und http://www.dresden.de/media/pdf/infoblaetter/Beschluss_SR_220905_WOBA.pdf, zu finden; siehe auch http://de.wikipedia.org/wiki/Woba_Dresden. Siehe zur Kritik und zum „Placebo-Charakter“ der Sozialcharta *Kofner*, Kommunale Wohnungspolitik, WM 2010, S. 20 (23ff.).

23 Die Sozialcharta enthält neben anderem Regelungen zu sozialen (Punkt 2), städtebaulichen (Punkt 4) und wirtschaftlichen Zielen (Punkt 5) sowie zum Arbeitnehmerschutz (Punkt 3). An erster Stelle steht allerdings der Mieterschutz (Punkt 1). So sollen u. a. die in den bisherigen Mietverträgen zugunsten der Mieter vorgesehenen Regelungen „strikt“ eingehalten und nicht unterlaufen werden; außerdem sollen einzelvertraglich für über 60jährige Mieter ein lebenslanges Wohnrecht gesichert und Luxussanierungen ausgeschlossen werden. Für Mieterhöhungen in einem Zeitraum von fünf, möglicherweise bis zu zehn Jahren, bestehen Beschränkungen und einzelvertraglich soll ein 10jähriger Schutz der Mieter vor Eigenbedarfskündigungen und Kündigungen wegen unangemessener wirtschaftlicher Verwertung abgesichert werden. Des Weiteren sieht die Sozialcharta einen Vorrang der sogenannten Mieterprivatisierungen vor Verkäufen an Nichtmieter (Punkt 1.5) vor. Danach ist den Mietern für die zum Verkauf stehende Wohnung zunächst ein um 15 % unter dem Marktpreis liegendes Angebot zu unterbreiten. Bei einem Weiterverkauf von Anteilen oder Wohnungsbeständen an Dritte, ist die WOBA GmbH verpflichtet, mit dem neuen Erwerber die Einhaltung der Bedingungen der Sozialcharta vertraglich abzusichern (Punkt 6.2); siehe auch *Landeshauptstadt Dresden*, Präsentation zum Thema Woba-Verkauf vom 18.8.2005, im Internet abrufbar unter http://www.dresden.de/media/pdf/haushalt/praesentation_zum_woba_verkauf.pdf; Übersicht über die vertragliche

Erwartungen offenbar nicht erfüllt, was nicht zuletzt auf Unklarheiten über die dazu in den Privatisierungsvertrag aufgenommenen Vertragsklauseln zurückzuführen sein soll und im Frühjahr des Jahres 2011 zu einer milliardenschweren Klage gegen den Privatinvestor geführt hat.²⁴ Auch hier wünscht sich mancher den kommunalen Wohnungsbestand zurück.

Alle bislang angesprochenen Vorgänge spielen zwar im Osten der Republik. Gleichwohl handelt es sich bei der Rekommunalisierung um kein spezifisch ostdeutsches Phänomen. Nach Angaben des Verbandes kommunaler Unternehmen haben sich seit 2007 mehr als 40 Stadtwerke neu gegründet, von denen eine ganze Reihe in Westdeutschland liegen.²⁵ So gründete die Stadt Hamburg 2009 das zu 100 % städtische Unternehmen „Hamburg Energie“, das Strom aus erneuerbaren Energien produziert²⁶. In Nordrhein-Westfalen haben sich beispielsweise acht Gemeinden des Kreises Coesfeld, die Stadtwerke Coesfeld

Umsetzung der Regelungen, Vertragsstrafen und andere rechtliche Sicherungen bei *Lu-nau*, Dresdner Sozialcharta vertraglich gesichert, *Dresdner Blätt* l 4/2006, im Internet abrufbar unter <http://www.dresdnerblaettl.de/2006/04/0701.htm>; zum „Placebo-Charakter“ *Kofner*, WM 2010, S. 20 (23ff).

24. Presseberichten zufolge betreffen die Unklarheiten insbesondere das Mietervorkaufsrecht zum Vorzugspreis, das nach den Privatisierungsverträgen auch an mögliche spätere Käufer inklusive der vereinbarten Strafen weiterzugeben war. Wegen (angeblicher) Nichteinhaltung dieser schuldrechtlichen Vereinbarung hat Dresden unlängst Klage gegen die WOBÄ Südost GmbH und WOBÄ Nordwest GmbH sowie Schiedsklage gegen die WOBÄ Holding GmbH erhoben und die „Heuschrecke“ auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von über einer Milliarde Euro verklagt. So sollen Wohnungen verkauft worden sein, ohne sie den Mietern zuvor angeboten zu haben und die aus der Sozialcharta folgenden Verpflichtungen bei Weiterveräußerungen an Dritte nicht weitergegeben worden sein; siehe dazu *Kofner*, *Gagfah: Verfall eines Wohnungsunternehmens*, WuM 2011, S. 205ff; *Redemund*, *Gagfah will Milliarden-Klage der Stadt vermeiden – vor Gericht droht, fürchterliches Blutbad*“, DNN-Online vom 17.3.2011, im Internet abrufbar unter <http://www.dnn-online.de/dresden/web/dresden-nachrichten/detail/-/specific/Fristverlaengerung-Gagfah-will-Milliarden-Klage-der-Stadt-vermeiden-1262480155>; *Sozialcharta-Klage gegen Gagfah*, n-tv online vom 1.4.2011, im Internet abrufbar unter: <http://www.n-tv.de/wirtschaft/Dresden-fordert-1-Milliarde-Euro-article2997076.html>; *Schilder*, *Häuserkampf in Dresden*, F.A.Z. vom 24.3.2011, im Internet abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/48-000-verkaufte-wohnungen-hauserkampf-in-dresden-1612925.html>; *Heeg*, *Der Dresdner Wohnungsstreit eskaliert*, F.A.Z. vom 13.6.2011, im Internet abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/immobilienunternehmen-gagfah-der-dresdner-wohnungsstreit-eskaliert-13102.html>.
25. *Verband kommunaler Unternehmen (VKU)*, Stellungnahme vom 18.1.2011 zur öffentlichen Sachverständigenanhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages am 24.1.2011 zur „Rekommunalisierung der Energienetze“, im Internet abrufbar unter http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/17/a09/anhoeungen/Archiv_der_Anhoerungen/6_Oeffentliche_Anhoerung/Stellungnahmen/17_9_379.pdf.
26. Vgl. http://de.wikipedia.org/wiki/Rekommunalisierung#cite_note-18.

und die Stadtwerke Münster 2011 zu den Gemeinsamen Stadtwerken Münsterland zusammengeschlossen und die Energieversorgung übernommen.²⁷ Schon 2003 haben die Städte Bochum und Dortmund zusammen den Konzern „Gelsen Wasser“ zurück gekauft und die Wasserversorgung wieder übernommen.²⁸ Die Stadt Kiel beschloss im Januar 2009, wieder 100 % an den im Jahr 2003 privatisierten Verkehrsbetrieben zu übernehmen. Weitere Beispiele liefern Saarbrücken, der Rhein-Sieg-Kreis und Nümbrecht²⁹; bundesweite Beachtung hat auch die öffentlichkeitswirksame Rekommunalisierung der Daseinsvorsorge in Bergkamen³⁰ gefunden. Außerdem haben in einer ganzen Reihe von Städten – wie Freiburg, Hamburg, Heidelberg, Leipzig und Rostock – ganz massive Bürgerproteste, Bürgerbegehren und Bürgerentscheide Privatisierungsmaßnahmen verhindert,³¹ dadurch für kontinuierliche kommunale Aufgabenerledigung gesorgt und so bereits im Ansatz vorsehend spätere Rekommunalisierungen entbehrlich gemacht. Auch dies kann unterstützend als Beleg für den bundesweiten Rekommunalisierungstrend gelten.

Zusätzlichen Auftrieb erhält dieser Trend durch die Vielzahl auslaufender Kooperations- und Konzessionsverträge. Viele der in den 90er Jahren begründeten Public Private Partnerships haben nämlich Laufzeiten von 20 bis 30 Jahren und stehen deshalb aktuell oder jedenfalls in absehbarer Zeit zur Verlängerung an. Nach Informationen des Verbandes kommunaler Unternehmen laufen allein in den Jahren 2010 und 2011 nicht weniger als 2000 Konzessionsverträge aus³². Tausende weiterer Konzessionsverträge stehen bundesweit in den Folge-

27 Dazu *Tesche/Otto*, Kommunale Unternehmen im Spannungsfeld von Rekommunalisierung und strategischer Partnerschaft, Power-Point-Präsentation vom 29.9.2011, im Internet abrufbar unter <http://www.derneuekaemmerer.de/veranstaltungen/pdf/dkt2011/Kommunale-Unternehmen-im-Spannungsfeld.pdf>.

28 Vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Gelsenwasser>; *Hoffmann*, Die Renaissance des Staats, Tagesspiegel vom 5.5.2009, im Internet abrufbar unter <http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/die-renaissance-des-staates/1504000.html>; *Venn*, Rekommunalisierung als Stabilisator für die Wirtschaft, City Innovations Review, Mai 2009, im Internet abrufbar unter <http://www.cireview.de/leitlinien/rekommunalisierung-als-stabilisator-fur-die-wirtschaft/>.

29 *Röber*, Verwaltung & Management 2009, S. 227 (231).

30 Dazu *Schäfer*, Sonderbeilage zur F.A.Z. vom 19.6.2008, S. 3; *ders.*, Rekommunalisierung – Fallstricke in der Praxis, in diesem Band.

31 Vgl. *Candeias/Rilling/Weise*, WSI Mitteilungen 10/2008, S. 563ff.; *Scholle*, Trend (Fn. 6), S. 95ff.; *Hachfeld*, Rekommunalisierung (Fn. 11), S. 87ff.; *Röber*, Verwaltung & Management 2009, S. 227 (231); *ders.*, Rekommunalisierung lokaler Ver- und Entsorgung – Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektiven, in diesem Band.

32 *Reck*, Pflichten der Kommunen bei auslaufenden Konzessionsverträgen in der Energieversorgung, KommJur 2009, S. 401 (401).

jahren zur Disposition.³³ In all diesen Fällen müssen die Kommunen eine Grundsatzentscheidung treffen, ob sie die Leistungserbringung durch Dritte fortführen oder wieder in eigene Regie übernehmen wollen. Dies legt zumindest eine intensive Beschäftigung mit Rekommunalisierungsoptionen nahe.

Der Rekommunalisierungstrend beschränkt sich nicht auf Deutschland und auch nicht auf Europa. Dazu liegt eine detailliertere Fallstudie insbesondere zu Grenoble vor.³⁴ Dort wurden die Wasserbetriebe nach Bürgerprotesten und Gerichtsentscheidungen, welche die vorausgegangene „Privatisierung der Wasserversorgung wegen Korruptionen und Falschinformationen für ungültig erklärt hatten“³⁵, wieder in die öffentliche Hand übernommen. Im Übrigen mögen bei einem über Deutschland hinausweisenden, auch globale Entwicklungen einbeziehenden Blickwinkel als Belege an dieser Stelle stichwortartige Hinweise auf Kommunen in Frankreich, in Kolumbien, auf den Philippinen, in Südafrika, in Tansania, in Trinidad und in den Vereinigten Staaten genügen.³⁶

3. Relativierungen

In der Gesamtbetrachtung vermitteln die geschilderten Vorgänge den Eindruck eines mittlerweile sehr kräftig fließenden Rekommunalisierungsstroms. Indes ist dieser Befund nicht völlig ungetrübt. Denn zum einen führen bei weitem nicht alle Rekommunalisierungen zu einer „rassereinen“ öffentlichen Aufgabenerledigung durch die Kommunen.³⁷ Zum anderen hinterlässt anwaltliche Werkstattberichterstat-

33 *Kunze*, Konzessionsverträge – Handlungsoptionen für Kommunen, in diesem Band.

34 *Hachfeld*, Rekommunalisierung (Fn. 11), S. 92ff. m. w. N.

35 *Hachfeld*, Rekommunalisierung (Fn. 11), S. 90.

36 Vgl. *Hachfeld*, Rekommunalisierung (Fn. 11), S. 87ff., sowie ergänzende Hinweise zu Schweden bei *Röber*, *Verwaltung & Management* 2009, S. 227 (231).

37 So sind im „Fall Potsdam“ nach der oben vorgestellten Rekommunalisierung (gemeinhin als Ergebnis zumindest einer Organisationsprivatisierung eingestufte) GmbHs mit und ohne Beteiligung Privater erhalten geblieben und in dereteiligungsstruktur auch Public Private Partnerships anzutreffen (vgl. *Paffhausen*, *Gestaltung* [Fn. 11], S. 96). Und im „Fall Grenoble“ war ein wichtiger (erster) Rekommunalisierungsschritt die Gründung einer öffentlich-privaten Gesellschaft, die zu 51 % in öffentlichem und zu 49 % in privatem Eigentum war (*Hachfeld*, *Rekommunalisierung* [Fn. 11], S. 93). Auch zu Bergkamen (dazu *Schäfer*, *Fallstricke* (Fn. 30), in diesem Band) berichtete *Schäfer* in der Diskussion von in der Auswahl-situation nach wie vor aktuellen Privatisierungsentscheidungen und sogar von einer gänzlich anders gelagerten Option, nämlich der Option zur Klerikalisierung. Die Beispiele zeigen, dass es sich vielfach um die Erschließung und den Einsatz von Gestaltungsoptionen bzw. -formen mit zurückgenommenem Einfluss von Privaten handeln dürfte.

tung zur Rekommunalisierung, welche die aktuell besonders brisanten Konzessionsverträge ausklammert, den Eindruck einer „in der breiten Fläche“ noch eher zaghaft praktizierten Modernisierungsstrategie.³⁸ Und schließlich zeichnen aktuelle empirische Untersuchungen ein differenzierteres Bild der Rekommunalisierungswirklichkeit, das darauf hindeutet, „dass der Rekommunalisierungsrhetorik nicht unbedingt Taten gefolgt“³⁹ seien, dass beim Stichwort Rekommunalisierung augenblicklich noch mehr „Talk“ als „Action“ zu verzeichnen sei⁴⁰. Der zuletzt genannte Vorbehalt passt freilich mit den vorstehenden Befunden nicht recht zusammen⁴¹, muss diese gleichsam als wenn auch bemerkenswerte, so doch Einzelfälle marginalisieren und mag deshalb an dieser Stelle auf sich beruhen⁴²; das ändert freilich nichts daran, dass er zu einer gewissen Eintrübung des Gesamteindrucks der Realbereichsanalyse beiträgt.

38 Siehe dazu die Hinweise auf die Rekommunalisierung eines Stadtfestes, einer kommunalen Wasserversorgung und der Fremdenverkehrsförderung bei *Becker*, Erfahrungen mit Rekommunalisierungen in der Praxis, in diesem Band.

39 *Röber*, Bestandsaufnahme (Fn. 31), in diesem Band.

40 So *Röber*, Bestandsaufnahme (Fn. 31), in diesem Band, der allerdings konzediert, dass die bislang vorliegenden empirischen Daten mit den dargestellten Einzelfällen nicht recht zusammen passen und künftige verstärkte Entwicklungen in Richtung Rekommunalisierung nicht ausschließen.

41 Das betrifft nicht zuletzt die erwähnten Konzessionsverträge (dazu *Kunze*, Konzessionsverträge – Handlungsoptionen für Kommunen, in diesem Band), zu denen *Kunze* in der Diskussion berichtete, dass nach seinen Erfahrungen bei Vertragsende in etwa 30 % der Fälle eine Rekommunalisierung erfolgte.

42 Der Vorbehalt kann in dem hier interessierenden Zusammenhang auch aus guten sachlichen Gründen auf sich beruhen, weil in der hier verfolgten dogmatischen Konzeption sowohl Privatisierung als auch Rekommunalisierung einen wichtigen Stellenwert haben (näher dazu unten bei Fn. 67ff.).

III. Rekommunalisierungsbegriff, -gegenstände und -motive

Beiträge zur Rekommunalisierungsdebatte weisen in bildhafter Verkürzung oftmals darauf hin, dass die über die Jahrzehnte hinweg feststellbaren Pendelbewegungen zwischen Privatisierung und Kommunalisierung nach einem länger anhaltenden Privatisierungstrend seit geraumer Zeit wieder zurück in Richtung Rekommunalisierung ausschlagen.⁴³ Bei unbefangener Betrachtung lässt sich deshalb die Rekommunalisierung als Gegenbewegung zur Privatisierung begreifen. Heuristisch legt es dies nahe, den Rekommunalisierungsbegriff spiegelbildlich zum Privatisierungsbegriff zu fassen, mit dem sich variantenreiche Phänomene der Verlagerung von bislang durch die öffentliche Hand wahrgenommenen Angelegenheiten in den privaten Bereich und vorgelagerte Grauzonen verbinden⁴⁴. Danach thematisieren die beiden Stichwörter übereinstimmend Umverteilungsprozesse zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor, allerdings in gegensätzlicher Richtung: Während es bei der Privatisierung um Umverteilungsprozesse „hin zum Privaten“ geht, meint (Re-)Kommunalisierung Umverteilungsprozesse (zurück) „hin zum Öffentlichen“ auf der kommunalen Ebene.⁴⁵

Entsprechend weitläufig sind die potentiellen Rekommunalisierungsgegenstände, die grundsätzlich auch die Privatisierungsmaßnahmen zugänglichen Aufgabenfelder⁴⁶ umfassen.⁴⁷ Nur beispielhaft sind zu nennen: Aus dem Bereich der infrastrukturellen Grundversorgung die Abfallentsorgung, die Abwasserbeseitigung, die Wasserversorgung, die Energieversorgung (Strom, Gas, Wärme), ferner Verkehrsbetriebe, Krankenhäuser, soziale und kulturelle Einrichtungen (Kindergärten, Senioren und Jugendzentren, Schwimmbäder, Theater usw.), sozialer

43 Vgl. z. B. Röber, Verwaltung & Management 2009, S. 227ff.; Libbe/Hanke, der gemeindehaushalt 2011, S. 108ff.

44 Dazu und zum Folgenden jeweils m. w. N. Bauer, VVDStRL 54 (1995), S. 243 (250f.); Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007, S. 148; Schoch, Die Rolle der Rechtsdogmatik bei der Privatisierung staatlicher Aufgaben, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2010, S. 91 (95); ders., Rechtliche Steuerung der Privatisierung staatlicher Aufgaben, Jura 2008, S. 672 (675f.); eingehender zu den Definitionsproblemen etwa Kämmerer, Privatisierung, 2001, S. 16ff. m. w. N.

45 Vgl. auch Brüning, VerwArch 100 (2009), S. 453 (454); Libbe/Hanke, der gemeindehaushalt 2011, S. 108 (109).

46 Aktueller Überblick bei Schoch, Rechtsdogmatik (Fn. 44), S. 97f.; zu den von der Anfang der 1990er Jahre einsetzenden Privatisierungswelle erfassten Gebieten bei Bauer, VVDStRL 54 (1995), S. 243 (245ff.); jeweils m. w. N.

47 Ähnlich Brüning, VerwArch 100 (2009), S. 453 (454); „die potenziellen Aufgabenfelder decken sich“; vgl. auch Libbe/Hanke, der gemeindehaushalt 2011, S. 108 (109).

Wohnungsbau, Messen, Märkte und Volksfeste, nicht zuletzt auch die öffentliche Sicherheit und die Gefahrenabwehr.

Die Trendwende hin zur Rekommunalisierung hat viele Gründe.⁴⁸ Eine wichtige Ursache dürften die weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrisen sein, die auf ein Versagen privatwirtschaftlicher Mechanismen zurückgehen und ganz allgemein das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit der Märkte erschüttert haben. Neben diesen Veränderungen im politisch-sozialen Großklima und dem Stimmungsumschwung in den psychologischen Grundbefindlichkeiten haben Misserfolge bei der Privatisierung ebenso wie Fälle privatwirtschaftlicher Schlechterfüllung in After Privatization-Szenarien wichtige Impulse für die unerwartete Renaissance der Kommunalwirtschaft gegeben. Bei weitem nicht alle in Privatisierungen gesetzten Hoffnungen haben sich nämlich erfüllt. Vielmehr wird immer mehr bewusst, dass die Privatwirtschaft nicht zwangsläufig besser, effizienter und kostengünstiger arbeitet als die öffentliche Hand. Als weitere Motive für das erneute Umdenken in den Rathäusern und Kreisverwaltungen sind zu nennen:

- ein neu erwachtes Selbstbewusstsein der Kommunen, die Wiederbelebung der kommunalen Selbstverwaltungsidee,
- die Rückbesinnung auf Leitbilder öffentlicher Daseinsvorsorge (Gemeinwohlorientierung statt reiner Profitmaximierung, „citizen value“ statt „shareholder value“ etc.),
- die Rückgewinnung kommunaler Steuerungsoptionen und Einflussmöglichkeiten auf die Aufgabenerledigung einschließlich der dazugehörigen Kontrolle,
- die Aufbrechung monopolartiger privater Leistungserbringung mit Gewinnerzielungsinteressen,
- die Schaffung effizienter kommunaler Firmenstrukturen mit Rückwirkungen auf die Qualität der Leistungserbringung,
- die Erhaltung von Arbeitsplätzen,
- die Wahrung von Umwelt- und Sozialstandards,
- Kostensenkungen für die Bürger,
- die Erschließung von Einnahmequellen zur Querfinanzierung defizitärer Segmente kommunaler Aufgabenerfüllung und vieles andere mehr.

48 Vgl. dazu und zum Folgenden etwa *Brüning*, *VerwArch* 100 (2009), S. 453 (453f); *Röber*, *Verwaltung & Management* 2009, S. 227 (230ff.); *ders.*, Bestandsaufnahme (Fn. 31), in diesem Band; *Libbe/Hanke*, *der gemeindehaushalt* 2011, S. 108 (109); *Hachfeld*, *Rekommunalisierung* (Fn. 11), S. 88ff.; *Scholle*, *Trend* (Fn. 6), S. 95ff.; *Schäfer*, *Fallstricke* (Fn. 30), in diesem Band.

IV. Zu Rechtsregime und rechtsdogmatischen Herausforderungen

1. Zum Rechtsregime

Ähnlich wie bei Privatisierungen⁴⁹ greifen auch beim Rechtsregime für Rekommunalisierungsvorgänge Vorschriften aller Rechtsebenen, in Sonderheit des Unionsrechts,⁵⁰ des nationalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts von Bund und Ländern sowie zivilrechtliche Regelungen ineinander⁵¹. Die Weitläufigkeit der Problemlagen schließt an dieser Stelle eine auch nur ansatzweise Beschäftigung mit allen einschlägigen Rechtsgebieten oder gar sämtlichen relevanten Rechtsnormen aus,⁵² zumal Rekommunalisierungen – auch dies in einer gewissen Parallele zur (Re-)Privatisierung – in den einzelnen Sachmaterien mit entsprechend spezialgesetzlicher (Rahmen-)Regelung oder Steuerung denkbar sind – so etwa in der Ver- und Versorgungswirtschaft (Strom, Gas, Wärme, Wasser, Abwasser, Abfall), in der sozialen Infrastruktur (Krankenhäuser, Kindergärten, Sportstätten, Schwimmbäder, Theater, Museen, Märkte, Volksfeste usw.), im Verkehrs- und Kreditwesen usw. Statt dessen sind zum Rechtsregime hier nur zwei Aspekte hervorzuheben:

Erstens gehen derzeit von Gesetzgebern in der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes klare Signale in Richtung Rekommunalisierung aus. Dafür sind die landesrechtlichen Subsidiaritätsklauseln für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen eine wichtige Stellschraube, die schon in der Vergangenheit für die normative Steuerung von Privatisierungs- und Rekommunalisierungsprozessen genutzt wurde und heute erneut dafür eingesetzt wird.⁵³ So hat das Land

49 Vgl. dazu *Bauer*, Neue Tendenzen des Verwaltungsrechts im Zeitalter der Privatisierung, in: Institutum Iurisprudentia Academia Sinica (ed.), 2011 Symposium on Administrativ Regulation And Judicial Remedies, im Erscheinen, IV. 2. m. w. N.

50 *Brosius-Gersdorf*, Rekommunalisierung (Fn. 7), II. 1. und 3., IV. 4. mit ergänzenden Hinweisen auf das Wirtschaftsvölkerrecht (GATS) und unionsexternes Europarecht (Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung).

51 Vgl. etwa *Brüning*, *VerwArch* 100 (2009), S. 453 (455ff.); *Libbe/Hanke*, *der gemeindehaushalt* 2011, S. 108 (109ff.); *Brosius-Gersdorf*, *Rekommunalisierung* (Fn. 7), II. bis IV.

52 Näheres zum rechtlichen Rahmen bei *Brüning*, *Rechtliche Voraussetzungen der Rekommunalisierung*, in diesem Band.

53 Das Subsidiaritätsprinzip ist neben anderen Voraussetzungen eine weitere Anforderung an die wirtschaftliche Betätigung der Kommune. Danach darf sich die Kommune wirtschaftlich betätigen, wenn sie die Aufgabe besser erfüllen kann als ein Privater. Kann ein Privater die Aufgabe allerdings kostengünstiger erfüllen, so gebührt ihm grundsätzlich ein

Nordrhein-Westfalen 2010 mit dem „Gesetz zur Revitalisierung des Gemeindefinanzrechts“ die bis dahin geltende strengere Subsidiaritätsklausel durch eine unechte Subsidiaritätsklausel ersetzt.⁵⁴ Und in Brandenburg sollen durch ein „Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge“ unnötige Hemmnisse der kommunalwirtschaftlichen Betätigung durch den Nachrang der öffentlichen Hand gegenüber

Vorrang und die Aufgabe soll an diesen abgegeben werden. Können der Private und die Kommune die Aufgabe gleich gut erfüllen, hängt die Zulässigkeit der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung davon ab, ob die jeweiligen kommunalwirtschaftlichen Regelungen *echte* oder *unechte* Subsidiaritätsklauseln enthalten. Bei ersterer darf die Aufgabe nicht „ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt“ werden können, d. h. die Gemeinde muss im Vergleich zum privaten Leistungserbringer Effizienzvorteile vorweisen (so z. B. in Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Thüringen [§102 Abs. 1 Nr. 3 GO BW, Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO, §91 Abs. 3 BbgKVerf a. F., §121 Abs. 1 Nr. 3 HessGO, §68 Abs. 2 Nr. 3 KV MV, §136 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 NiedersKomVG, §85 Abs. 1 Nr. 3 GO RP, §108 Abs. 1 Nr. 3 SaarlKSVG, §71 Abs. 1 Nr. 4 ThürKO]). Im Fall der Leistungsparität soll die Aufnahme der wirtschaftlichen Betätigung der Kommune demnach unterbleiben, sofern keine anderweitigen Ausnahmen vom Privatisierungsgebot bestehen. Sinn und Zweck dieser „verschärfte“ Subsidiaritätsklausel ist es, die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand einzuschränken und den Vorrang der privaten Leistungserbringung zu betonen (vgl. NRW LTDruks 14/3979, S. 2, 149; BW LTDruks 12/5615, S. 18). Ein gesetzlich angeordneter Vorrang der Privatwirtschaft im Fall der Leistungsparität scheidet dagegen aus, wenn eine *unechte* Subsidiaritätsklausel vorliegt, d. h. wenn die Aufnahme kommunaler Wirtschaftstätigkeit erst ausgeschlossen ist, wenn der Zweck „nicht besser oder wirtschaftlicher“ durch einen Privaten erfüllt werden kann (so z. B. in Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein [§107 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW, §97 Abs. 1 Nr. 3 SächsGO, §116 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO LSA, §101 Abs. 1 Nr. 3 GO SH]). Hintergrund dieser „einfachen“ Subsidiaritätsregelung ist das Anliegen, die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zu stärken, da diese „seit jeher das Wesen der kommunalen Selbstverwaltung“ geprägt habe und „typusbestimmend“ sei (vgl. BW LTDruks 12/4055, S. 23f). Speziell zur Bedeutung von Subsidiaritätsregelungen für öffentliche Unternehmensbeteiligungen im Rahmen von Public Private Partnerships siehe unlängst *Shirvani*, Public Private Partnerships und die Subsidiaritätsprüfung bei öffentlichen Unternehmensbeteiligungen, DÖV 2011, S. 865ff.

- 54 Die Subsidiaritätsklausel scheint für manche Regierungsparteien eine beliebte Stellschraube für die Steuerung der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen zu sein. Dies zeigt exemplarisch ein Vergleich der Subsidiaritätsregelungen in Nordrhein-Westfalen. In Zeiten einer roten oder rot-grünen Regierung gibt es keinen Vorrang der Privatwirtschaft, sodass §107 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW in der bis zum 16.10.2007 geltenden Fassung eine unechte Subsidiaritätsklausel enthielt. Im Jahre 2005 kam es zum schwarz-gelben Machtwechsel und mit einer gewissen zeitlichen Versetzung auch zur Änderung der Subsidiaritätsklausel. Mit dem „Gesetz zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung – GO-Reformgesetz“ aus dem Jahr 2007 wurde die verschärfte echte Subsidiaritätsklausel eingeführt (vgl. LTDruks 14/3939, 14/4981). Diese sollte allerdings nicht lange währen. Der rot-grüne Machtwechsel im Jahre 2010 führte u. a. zu dem „Gesetz zur Revitalisierung des Gemeindefinanzrechts“, durch das das Gemeindefinanzrecht in §107 GO NRW wieder auf den Stand vor der Gesetzesänderung im Jahr 2007 mit seiner unechten Subsidiaritätsklausel gebracht wurde (vgl. LTDruks 15/27, 15/867).

Privaten ausgeräumt werden.⁵⁵ Solche rekommunalisierungsfördernden Impulse dokumentieren eine klare gesetzgeberische Umsteuerung in Richtung Kommunalwirtschaft und setzen einen markanten Gegenakzent zu anderweitigen Regelungen, von denen ein gewisser normativer Privatisierungsdruck ausgeht⁵⁶.

Zweitens: Neben solchen rekommunalisierungsfreundlichen Regelungen enthält die Gesamtrechtsordnung zahlreiche weitere Direktiven, die Rekommunalisierungsentscheidungen und -prozesse erleichtern, fördern, hindern, begrenzen und kanalisieren⁵⁷. Hervorzuheben sind aus dem Unionsrecht das Beihilfe- und Vergaberecht, aus dem nationalen Verfassungs- und Verwaltungsrecht namentlich das kommunale Selbstverwaltungsrecht⁵⁸, das Demokratieprinzip⁵⁹ mit dem Gebot hinreichender Legitimation, der auf das Rechtsstaatsprinzip zurückgeführte Grundsatz der funktionsgerechten Organisationsstruktur⁶⁰,

55 Vor dem Hintergrund der Debatten über echte und unechte Subsidiaritätsklauseln hat sich in Brandenburg der Landtag am 20.1.2010 zu einer öffentlichen Daseinsvorsorge durch die Kommunen bekannt und die Landesregierung aufgefordert, die dazu erforderlichen Rahmenbedingungen zu schaffen (vgl. LTDrucks 5/332-B). Durch das „Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge“ sollen unnötige Hemmnisse, die u. a. durch das verschärfte Subsidiaritätsprinzip des §91 Abs. 3 BbgKVerf entstehen, beseitigt und die Möglichkeiten für kommunalwirtschaftliche Betätigungen ausgeweitet werden. Begründet wird dies mit dem Hinweis, die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen sei wesentlicher Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie und garantiere den Kommunen die eigenverantwortliche Erledigung ihrer Aufgaben, d. h. die Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Aufgabenerfüllung; ein Nachrang der öffentlichen Hand gegenüber den Privaten sei insofern nicht sachgerecht (näher dazu LTDrucks 5/3023). Eine Umsetzung dessen ist mit dem „Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge“ vom 9.1.2012, GVBl. Bbg I, S. 1 erfolgt.

56 Dazu gehört etwa die in §7 Abs. 1 BHO und die in den entsprechenden Regelungen der Landeshaushaltsordnungen festgeschriebene Pflicht zur „Prüfung, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können“; zu dem durch die darin angelegten Darlegungs- und Begründungslasten ausgehenden normativen Privatisierungsdruck siehe *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), S. 258 mit weiteren Beispielen. Mit hierher gehören auch privatisierungsstimulierende Normen wie die in §56 S. 3 WHG getroffene (deklaratorische) Regelung, wonach sich die zur Abwasserbeseitigung verpflichteten Kommunen „zur Erfüllung ihrer Pflichten Dritter bedienen“ können; zu den Regelungssintentionen der in dem hier interessierenden Zusammenhang gleichlautenden Vorläufernorm siehe *Bauer*, Privatisierungsimpulse und Privatisierungspraxis in der Abwasserentsorgung – Eine Zwischenbilanz, *VerwArch* 90 (1999), S. 561 (563ff.).

57 Vgl. für erste Überblicke etwa *Brosius-Gersdorf*, Rekommunalisierung (Fn. 7), II. bis IV.; *Brüning*, *VerwArch* 100 (2009), S. 453 (460ff.); *Libbe/Hanke*, der gemeindehaushalt 2011, S. 108 (109ff.).

58 Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG; aus dem Landesrecht z. B. Art. 11 Abs. 2, 83 BayVerf, Art. 1, 57 BayGO.

59 Art. 20 Abs. 2 GG.

60 *Krebs*, Verwaltungsorganisation, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 108 Rn. 90.

die Grundsätze sparsamer und wirtschaftlicher Haushaltsführung⁶¹, die gesetzlichen Anforderungen an die wirtschaftliche und nicht-wirtschaftliche Betätigung der Kommunen⁶² und nicht zuletzt kommunalabgabengesetzliche Vorgaben. Über die „Härte“ der sich daraus ergebenden rechtlichen Kriterien⁶³ für die Begrenzung von Rekommunalisierungsentscheidungen lässt sich trefflich streiten, zumal sich mit derartigen Entscheidungen immer auch Wertungen verbinden, die Kommunalaufsicht in der Vergangenheit eher „großzügig“ verfahren⁶⁴ ist und der gerichtliche Konkurrentenschutz im kommunalen Wirtschaftsrecht traditionell unsicher ist⁶⁵. Für „Normalfälle“ dürften sich in der Verwaltungspraxis dem Gesamtnormenbestand weniger „harte“ Rekommunalisierungsverbote oder -gebote und statt dessen mehr Direktiven für die Rekommunalisierungsmodalitäten, also Hinweise für die modale Ausgestaltung von Rekommunalisierungsprozessen entnehmen lassen. Dazu haben eingehendere Untersuchungen insbesondere gezeigt, dass diese Vorgaben mit vielfältigen Abstufungen kommunale Gewinnerzielung nicht prinzipiell ausschließen.⁶⁶

2. Zu rechtsdogmatischen Herausforderungen

Für die Rechtsdogmatik stimuliert der normative Befund zwar keinen Perspektivenwechsel, aber eine deutliche Perspektivenerweiterung. Abweichend von der in der konventionellen Privatisierungsdebatte schon begrifflich angelegten Blickverengung auf Umverteilungsprozesse zwi-

61 Vgl. Art. 114 Abs. 2 GG; aus dem Landesrecht etwa Art. 61 Abs. 2 BayGO, §63 Abs. 2 BbgKVerf.

62 Mit der sogenannten Schrankentrias (Zweckbindungs-, Leistungsfähigkeits- und Subsidiaritätsklausel); vgl. aus dem Landesrecht etwa Art. 87 BayGO und §91 BbgKVerf (dazu Schmidt, in: Bauer/Peine [Hrsg.], Landesrecht Brandenburg, 2. Aufl. 2011, §4 Rn. 297ff.) sowie allgemein Schmidt, Kommunalrecht, 2011, S. 304ff.; Burgi, Kommunalrecht, 3. Aufl. 2010, §17 Rn. 41ff.; jeweils m. w. N.

63 Vgl. zu funktionaler Adäquanz, Wirtschaftlichkeitsvergleich und Legitimationsniveau Brüning, VerwArch 100 (2009), S. 453 (473).

64 Nach Einschätzung von Schoch, Konkurrentenschutz im kommunalen Wirtschaftsrecht, in: Appel/Hermes/Schönberger (Hrsg.), Festschrift für Rainer Wahl, 2011, S. 573 (593) spielt die Kommunalaufsicht „in Bezug auf die Einhaltung der kommunalrechtlichen Grenzen für die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen praktisch keine Rolle“; der Sache nach konzediert dies auch Brüning, VerwArch 100 (2009), S. 453 (473).

65 Frühzeitig kritisch Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 1990, S. 543, der von einer „an Rechtsverweigerung grenzenden Haltung der Verwaltungsgerichte“ spricht; zu zwischenzeitlichen Entwicklungen und dem nach wie vor als defizitär empfundenen gerichtlichen Konkurrentenschutz siehe Schoch, Konkurrentenschutz (Fn. 64), S. 573ff. m. w. N.

66 Brosius-Gersdorf, Rekommunalisierung (Fn. 7), II. bis V.; Schäfer, Fallstricke (Fn. 30), in diesem Band.

schen öffentlichem und privatem Sektor „hin zum Privaten“⁶⁷ mit ihrem Wildwuchs an Privatisierungstypen⁶⁸ und kaum noch überschaubaren Privatisierungsmodellen⁶⁹ muss eine zeitgemäße Rechtsdogmatik heute auch die in umgekehrter Richtung verlaufenden Umverteilungsprozesse „hin zum Öffentlichen“ aufnehmen. Dabei geht es nicht allein um die intensivere Wahrnehmung eines bislang unterbelichteten Segments der Verwaltungswirklichkeit, sondern vor allem um eine von der Sache her gebotene Perspektivenverknüpfung. Aus rechtsdogmatischer Sicht wäre es deshalb verfehlt, dem Bild politischer Pendelbewegungen⁷⁰ zu folgen und nach tatsächlich oder vermeintlich ernüchternden Erfahrungen nunmehr die Privatisierung auszublenden und an deren Stelle künftig einseitig die Rekommunalisierung in den Fokus verwaltungsrechtswissenschaftlicher Arbeit zu rücken.⁷¹ Denn Privatisierung und Rekommunalisierung stehen nicht unverbunden nebeneinander, sondern ergänzen sich wechselseitig als Gestaltungsoptionen⁷².

Diese Einschätzung bestätigt nicht zuletzt eine Analyse der bislang politisch und rechtlich nachhaltig geförderten Public Private Partnerships (PPP). Nach allen Beobachtungen endet nämlich früher oder später der Lebenszyklus einer jeden Öffentlich Privaten Partnerschaft – sei es durch Zeitablauf, sei es durch Kündigung, sei es als Folge inhaltlichen Scheiterns oder aus anderen Gründen. Zumindest potentiell

67 Vgl. oben bei Fn. 44f.

68 In den ausufernden Privatisierungsdebatten werden immer wieder tatsächlich oder vermeintlich neue Typen zur Diskussion gestellt. Abweichend von der gängigen typologischen Unterscheidung nach Vermögens-, Organisations- und Aufgabenprivatisierung findet sich inzwischen auch die Unterscheidung von neun und zehn Privatisierungstypen (vgl. *Burgi*, Privatisierung [Fn. 13], S. D 29 m. w. N.). „Spitzenreiter“ dürfte derzeit die Differenzierung zwischen nicht weniger als dreizehn (!) Typen der Privatisierung (*Kirchhof*, Rechtsfolgen der Privatisierung, AöR 132 [2007], S. 215 [230f.]) sein.

69 Dazu statt vieler *Tettinger*, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht, NWVBl. 2005, S. 1ff.

70 Dazu oben bei Fn. 43.

71 Zu im praktischen Ergebnis ähnlich gelagerten Vorbehalten gegen vereinseitigende Betrachtungsweisen aus verwaltungswissenschaftlicher Sicht siehe *Röber*, Verwaltung & Management 2009, S. 227 (232ff.), der Privatisierung und Rekommunalisierung gemeinsam erfassen will und in übergreifende Überlegungen aus dem Public Management einstellt. Demgegenüber würde sich die einseitige Fokussierung auf Rekommunalisierungsprozesse von politischen Weichenstellungen blenden lassen und erneut in einem wichtigen Teilbereich die Bereitstellungsfunktion der Rechtsdogmatik vernachlässigen.

72 Treffend *Collin*, JZ 2011, S. 274ff.: „Privatisierung und Etatisierung als komplementäre Gestaltungsprozesse“. Wegen der wechselseitigen Ergänzung von Privatisierung und Rekommunalisierung sind letztlich auch die bei Fn. 37ff. angesprochenen Relativierungen des rechtstatsächlichen Rekommunalisierungsbefundes für die hier verfolgte Konzeption von relativer und im Grunde nachgeordneter Bedeutung.

sind Rekommunalisierungen, mit denen die öffentliche Hand eine Aufgabe ganz oder teilweise wieder unter die eigenen Fittiche nimmt, daher völlig „normale“, mitunter durch faktische Entwicklungen sogar erzwungene Vorgänge des Verwaltungsalltags. Oder anders: (Re-)Kommunalisierungen sind notwendige *und* unverzichtbare Alternativ- und Komplementäroptionen zu (Re-)Privatisierungen.

Die nähere dogmatische Aufbereitung der Rekommunalisierung könnte – ähnlich wie bei der Privatisierung⁷³ – typisierend ansetzen⁷⁴ und eine Art „Rekommunalisierungstypologie“ entwerfen. Indes dürfte – ähnlich wie bei den Grundtypen der Privatisierung⁷⁵ – der Erkenntniswert einer solchen Typologie wegen der idealtypischen Verkürzungen und der in der Rechtswirklichkeit anzutreffenden hybriden Mischformen eher begrenzt sein. Für die dogmatische Arbeit weiterführender dürfte die Analyse des gesamten Spektrums an Organisations- und Handlungsformen sein, die den Kommunen als institutionelle Alternativen namentlich zu den vielfältigen Public Private Partnership-Konstellationen zur Verfügung stehen.⁷⁶ Dazu gehören neben der kommunalen Leistungserbringung in Eigenbetrieben und Eigengesellschaften insbesondere die facettenreichen Varianten kommunaler Zusammenarbeit etwa in Arbeitsgemeinschaften, Zweckverbänden, gemeinsamen Kommunalunternehmen sowie auf der Basis von Zweckvereinbarungen und anderen Verträgen öffentlich- oder privatrechtlicher Provenienz. Für die Kommunen, die sich in einer institutional choice-Situation befinden, erweitern solche Public Public Partnerships (PuPuP) die Optionen für die Auswahl einer für die Erledigung der jeweiligen Aufgabe passgenauen Organisation. Zur Erreichung des optimalen Designs bedürfen die Öffentlich Öffentlichen Partnerschaften – ähnlich wie die

73 Fn. 68.

74 In diese Richtung *Libbe/Hanke*, der gemeindehaushalt 2011, S. 108 (109): Wiederaufgreifen von Aufgaben durch einen Verwaltungsträger (als Konkurrent oder Monopolist), Neugründung von Eigengesellschaften zum Aufgreifen von Aufgaben (als Konkurrent oder Monopolist), Rückübertragung operativer Dienstleistungen, Überführung von Kapitalgesellschaften in öffentlich-rechtliche Organisationsformen, Erhöhung des Gesellschaftsanteils an gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen.

75 Zu dem wegen idealtypischer Verkürzungen und in der Verwaltungspraxis überwiegenen hybriden Mischformen beschränkten rechtsdogmatischen Erkenntniswert von Privatisierungstypologien Näheres bei *Bauer*, Tendenzen (Fn. 49), III.; anders wohl *Schoch*, Konkurrentenschutz (Fn. 64), S. 99ff., 103ff.

76 Vgl. dazu und zum Folgenden die Überblicke bei *Bauer*, Verwaltungsverträge, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2008, §36 Rn. 47ff. m. w. N.; *Reichard*, Institutionelle Alternativen zu Public-Private-Partnerships: Kommunale Eigenleistung, Public-Public-Partnerships und Contracting-Out, in: Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Verwaltungskooperation (Fn. 5), S. 61ff.

Öffentlich Privaten Partnerschaften – regelmäßig einer aufgaben- und situationsadäquaten vertraglichen Ausgestaltung. Damit sensibilisieren auch PuPuP für hochkarätige Gestaltungsaufgaben und bestätigen – nicht anders als PPP⁷⁷ – den herausragenden dogmatischen Stellenwert des Verwaltungsvertrages für das große Feld der Verwaltungskooperation.

Als verbindende dogmatische Klammer zwischen Privatisierung und Rekommunalisierung erweist sich dann über weite Strecken das Verwaltungskooperationsrecht.⁷⁸ So gesehen bewirkte der Umschwung hin zur Rekommunalisierung lediglich die Neubelebung einer anderen, bisher vernachlässigten⁷⁹ Seite des Verwaltungskooperationsrechts, nämlich die der Öffentlich-Öffentlichen Partnerschaften (PuPuP). Diese Einordnung zeigt erneut, dass eine ideologisch eingefärbte, konfrontative Gegenüberstellung von Privatisierung und Rekommunalisierung unangemessen wäre. In Wahrheit handelt es sich um Entwicklungsprozesse, die sich auf einer Skala mit vielen Trennstrichen und Verbindungslinien⁸⁰ bewegen. Nochmals: Privatisierung und Kommunalisierung sind Entscheidungsoptionen, die sich wechselseitig ergänzen und beide unverzichtbar sind, wenn die Kommunen vor der Wahl der für die Aufgabenerledigung optimalen Organisations- und Handlungsform stehen. Deshalb ist bei solchen Auswahlentscheidungen ohne ideologische Scheuklappen die *gesamte* Bandbreite des verfügbaren Arsenal an Organisations- und Handlungsformen in den Blick zu nehmen und nüchtern die Leistungsfähigkeit *aller* Optionen für den konkreten Einzelfall zu bewerten. Dies ist schon jetzt ein wichtiger Ertrag der anlaufenden Rekommunalisierungsdebatte.

77 Näheres bei *Bauer*, Verwaltungsverträge (Fn. 76), §36 Rn. 42ff., 121ff.

78 Vgl. dazu unter primär privatisierungsspezifischem Blickwinkel *Schuppert*, Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat: Vorüberlegungen zu einem Konzept der Staatsentlastung durch Verantwortungsteilung, in: Gusy (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, 1998, S. 72 (111f.); *Bauer*, Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts, in: *Schuppert* (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, 1999, S. 251ff.

79 Vgl. *Bauer*, Entwicklung (Fn. 78), S. 251 m. w. N.

80 Die Skala dürfte, nebenbei bemerkt, mehrere Dimensionen aufweisen und jenseits von Kommunen und Privaten für die Einbeziehung weiterer Akteure offen sein. Es ist hier nicht der Ort für eine eingehendere Analyse. Insoweit mag vorerst der Hinweis auf das Stichwort „Klerikalisierung“ (vgl. Fn. 37) genügen.

V. Entwicklungsperspektiven jenseits von Privatisierung und Rekommunalisierung

Im zusammenfassenden Rück- und Ausblick kann festgehalten werden: So wichtig die Auseinandersetzung mit dem Zukunftsthema „Rekommunalisierung“ ist, so deplaciert wäre es, nach der abklingenden Privatisierungseuphorie in dem Megatrend „Rekommunalisierung“ eine kopernikanische Wende in der Verwaltungspraxis auszumachen, eine grundstürzende Zäsur für die Verwaltungsrechtslehre zu sehen oder gar den Beginn eines neuen Zeitalters im Verwaltungsrecht auszurufen. Denn politische Großformeln wie „Kommunal vor Privat“ führen in der praktischen Verwaltungsarbeit ebenso wenig wie ordnungspolitische Glaubensbekenntnisse etwa nach der marktradikalen Maxime „Privat vor Staat“. Daher ist vor einer unreflektierten Rekommunalisierungseuphorie nur zu warnen. Vielmehr handelt es sich bei Privatisierung *und* Rekommunalisierung um komplementäre Strategien zur Modernisierung des Gemeinwesens. Dementsprechend sind bei konkreten Modernisierungsprojekten ergebnisoffen in jedem Einzelfall aufgaben-, sach- und situationsbezogene Vergleichsanalysen geboten,⁸¹ die für die jeweils zuständigen Akteure als Entscheidungsgrundlage dienen.

Dieses Verständnis lässt die in der politischen Diskussion oftmals anzutreffende diametrale Konfrontation von Privatisierung und Rekommunalisierung zurücktreten. In den Vordergrund treten dann Entwicklungsperspektiven, die beide Modernisierungsansätze aufnehmen und jenseits aller Polarisierung von Kommunalisierung und Privatisierung, von Öffentlich und Privat verarbeiten. Am Ende sollte ein Katalog mit Entscheidungs-, Handlungs- und Organisationsoptionen bereitstehen, der die Akteure in die Lage versetzt, die Institute auszuwählen, die eine zeitgemäße, effiziente, effektive und optimale Erfüllung der jeweiligen Aufgabe ermöglichen.⁸² Ein noch fortzuentwickelndes Verwaltungskooperationsrecht könnte dazu einen wichtigen dogmatischen Beitrag leisten.

Prof. Dr. Hartmut Bauer ist Inhaber des Lehrstuhls für Europäisches und Deutsches Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität Potsdam, ordentliches Mitglied des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer und Direktor des Kommunalwissenschaftlichen Instituts der Universität Potsdam.

81 Darauf wurde schon in den anlaufenden Privatisierungsdebatten frühzeitig aufmerksam gemacht; vgl. statt vieler *Schoch*, DVBl. 1994, S. 962 (966f.); *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), S. 243 (258).

82 Ähnlich aus verwaltungswissenschaftlicher Sicht *Röber*, *Verwaltung & Management* 2009, S. 227 (227, 232ff.), der auf „geeignete institutionelle Arrangements jenseits von Privatisierung und Kommunalisierung“ abstellt.

Erfahrungen mit der Privatisierung in der Praxis

Margarete Mühl-Jäckel

I. Vorbemerkung

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

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

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

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

II. Was wird privatisiert?

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

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

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

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

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

III. Warum privatisieren Kommunen?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Der rechtliche Ausgangspunkt für Privatisierungsbestrebungen

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

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

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

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

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

V. Ausgewählte Themenbereiche

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

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

1. Bundesrecht und Unternehmenssteuerung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

17 OVG Lüneburg, DVBl. 2009, S. 920f.

18 OVG Lüneburg, DVBl. 2009, S. 920f.

19 OVG Lüneburg, DVBl. 2009, S. 920f.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

29 LTDruks 4/5056, S. 281.

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

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

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

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

31 BGHZ 39, 296 (305).

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

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

2. Privatisierung und Vergaberecht

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

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

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

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

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

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

3. Privatisierung und Konkurrentenschutz

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Erfahrungen mit Rekommunalisierungen in der Praxis

Ulrich Becker

I. Einleitung

Die Begriffe Privatisierung/Rekommunalisierung sind außerordentlich vieldeutig. So wird beispielsweise von formaler, materieller, funktionaler Privatisierung/Rekommunalisierung gesprochen; die Attribute ließen sich fortsetzen. Ziel dieses Beitrages ist es, einige Facetten dieser schillernden Begriffe zum Leuchten zu bringen. Der Komplexität des Themas ist es geschuldet, dass sich die folgenden Ausführungen zu „Erfahrungen mit Rekommunalisierungen in der Praxis“ mit zwei Aspekten beschäftigen.

Zunächst geht es um eine Art Werkstattbericht, wobei der Bereich der Konzessionsverträge¹ trotz der Aktualität des Themas ausgespart wird.² Der erste Teil beschränkt sich auf die kurze Darstellung einiger aktueller Rekommunalisierungsprojekte in brandenburgischen Gemeinden (II). Mit eingeflochten wird dabei auch der ein oder andere Hinweis auf die aktuellen Überlegungen der brandenburgischen Landesregierung, die kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften der Kommunalverfassung zu novellieren³. Der zweite Teil widmet sich dem Phänomen unfreiwilliger Rekommunalisierung (III); ein Thema, das in den vergangenen Monaten im Land Brandenburg an Aktualität gewonnen hat.

1 Siehe dazu *Kunze*, Konzessionsverträge – Handlungsoptionen für Kommunen, in diesem Band.

2 Die Rekommunalisierung von Rettungsdienstleistungen beschäftigt derzeit ebenso eine Reihe von Aufgabenträgern in Brandenburg, vgl. hierzu insbesondere unter dem Gesichtspunkt arbeitsrechtlicher Fragestellungen *Iwers*, Rekommunalisierung des Rettungsdienstes und Betriebsübergang, LKV 2010, S. 8ff.

3 Die kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften der Kommunalverfassung Brandenburgs sind zwischenzeitlich geändert worden, vgl. Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge vom 9.1.2012 – GVBl. Bbg I, S. 1.

II. Werkstattbericht – Beispiele von Rekommunalisierungen bzw. Rekommunalisierungsbestrebungen

1. Rekommunalisierung eines Stadtfestes

Eine brandenburgische Kommune veranstaltet jährlich ein traditionelles Stadtfest. Durch einen Veranstaltungsvertrag mit einer privaten Firma wurden die Durchführung und inhaltliche Gestaltung sowie das finanzielle Risiko (bzw. der Gewinn) auf eine Veranstaltungs-GmbH übertragen. Der Veranstaltungsvertrag hat eine Laufzeit von 10 Jahren. Vor Ablauf der Vertragslaufzeit kommt es zum Streit zwischen den Vertragspartnern. Welche Rekommunalisierungsmöglichkeiten bestehen, ist in erster Linie eine Frage nach der „Haltbarkeit“ des Veranstaltungsvertrages, das heißt einer zivilrechtlichen Vereinbarung. Dieses Beispiel des Stadtfestes ist deshalb erwähnenswert, weil eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2009⁴ für erhebliche Diskussionen gesorgt hat. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um die Frage, ob ein „traditioneller Weihnachtsmarkt“ privatisiert werden durfte. Der Leitsatz der Entscheidung lautet:

„Aus der bundesverfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung folgt, dass sich eine Gemeinde im Interesse einer wirklichen Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nicht ihrer gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume begeben darf. Eine materielle Privatisierung eines kulturell, sozial und traditionsmäßig bedeutsamen Weihnachtsmarktes, der bisher in alleiniger kommunaler Verantwortung betrieben wurde, widerspricht dem. Eine Gemeinde kann sich nicht ihrer hierfür bestehenden Aufgabenverantwortung entziehen. Ihr obliegt vielmehr auch die Sicherung und Wahrung ihres Aufgabenbereichs, um eine wirkungsvolle Selbstverwaltung und Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu gewährleisten.“

Die verfassungsrechtlich verankerte kommunale Selbstverwaltungsgarantie wird gleichsam vom Bundesverwaltungsgericht als gesetzliches Verbot im Sinne von §134 BGB eingesetzt. Im Fall des brandenburgischen Stadtfestes kam es nicht zur Nagelprobe, ob die Zivilgerichte diese

4 BVerwG, DVBl. 2009, S. 1382ff.; NVwZ 2009, S. 1305ff.; vgl. hierzu u. a. *Schoch*, Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Privatisierungsverbot?, DVBl. 2009, S. 1533ff.; *Katz*, Verantwortlichkeiten und Grenzen bei „Privatisierung“ kommunaler Aufgaben, NVwZ 2010, S. 405ff.

Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts teilen. Die Kommune und der private Veranstalter verständigten sich letztlich außergerichtlich.

2. Restrukturierung der kommunalen Wasserversorgung

Dass eine Rekommunalisierung in einem ersten Stadium schwerpunktmäßig die Auseinandersetzung über Wirksamkeit und Kündigungsmöglichkeit zivilrechtlicher Verträge hervorruft, sei noch an einem anderen Beispiel kurz illustriert. Verschiedene brandenburgische Kommunen haben gemeinsam mit einem Unternehmen aus einem anderen Bundesland eine GmbH gegründet, die die Trinkwasserversorgung auf dem Gebiet der Mitgliedskommunen durchführt. Das Versorgungsverhältnis ist privatrechtlich organisiert, sodass keine (öffentlich-rechtlichen) Gebühren, sondern (privatrechtliche) Entgelte erhoben werden. Die Kommunen wollen nun die Trinkwasserversorgung wieder in eigene Regie übernehmen.

Ausgangspunkt aller Überlegungen ist auch in dieser Konstellation, ob und wenn ja, wie die (gesellschafts-)vertraglichen Bindungen gelöst werden können. Hier stellen sich zum Teil hohe Hürden, denn der Grundsatz „pacta sunt servanda“ gilt selbstverständlich auch für Kommunen. Gerade der Bereich der Trinkwasserversorgung ist für private Unternehmen außerordentlich attraktiv. Zunächst gilt es zu prüfen, ob die Kommune überhaupt die bestehenden privatrechtlichen Regelungen lösen kann und wenn ja, zu welchen Konditionen. Das heißt im Einzelnen: Wie sind die Laufzeiten des Vertrages? Gibt es Kündigungsmöglichkeiten? Welche Regelungen sieht der Vertrag für die Beendigung des privatwirtschaftlichen Engagements vor? Oft finden sich Endwertklauseln in den Verträgen, die den „Preis“ der Rekommunalisierung wesentlich bestimmen. Nicht selten wurden im Rahmen der Privatisierung vertragliche Regelungen getroffen, die eine Rekommunalisierung jedenfalls nicht ganz einfach machen. Zu prüfen ist aber regelmäßig auch, ob der Vertrag nicht möglicherweise – bislang von keiner Partei erkannt – unwirksam geschlossen wurde, sei es, weil Formalia beim Vertragsabschluss nicht beachtet wurden, sei es, weil gegen zwingende materiell-rechtliche Vorschriften verstößen wurde. Nicht zuletzt stellen sich natürlich stets arbeitsrechtliche Fragen. Kommt es kraft Gesetzes zu einem Betriebsübergang nach §613 a BGB?

3. Rekommunalisierung der Fremdenverkehrsförderung

Das letzte Beispiel in diesem „Werkstattbericht“ dient dazu, einen kurzen Eindruck von der Kompliziertheit der kommunalwirtschaftsrechtlichen Regelung zu vermitteln. In einer brandenburgischen Kommune führte ein privater Verein, der jährliche Zuschüsse von der Stadt erhielt, die Fremdenverkehrsförderung sowie die Touristeninformation durch. Diese Zusammenarbeit sollte beendet werden. Stattdessen wollte die Stadt eine eigene Tourismus-GmbH gründen. Die Auflösung der vertraglichen Beziehungen war in diesem Fall nicht das Problem. Vielmehr ging es darum, ob und wenn ja, wie die Kommune an eine eigene Tourismus-GmbH kommt. Die Stadt hat – sinnvollerweise – eine enge Abstimmung mit der Kommunalaufsicht gesucht; sinnvoll deswegen, weil die Gründung eines kommunalen Unternehmens genehmigungspflichtig ist⁵. Dabei ergaben folgende Punkte erhöhten Abstimmungsbedarf:

- Die Kommune hatte davon abgesehen, ihre Absicht, ein kommunales Unternehmen zu gründen, öffentlich bekannt zu machen. Das Gesetz fordert aber im Regelfall die öffentliche Bekanntmachung dieser Absicht verbunden mit der Aufforderung an private Dritte, eigene Angebote vorzulegen⁶.
- Zudem wollte die Kommune auch private Gesellschafter in die GmbH aufnehmen; damit stellt sich die Frage nach der vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht der GmbH-Gründung.
- Kommunalaufsichtsrechtlichen Abstimmungsbedarf gab es auch für die konkrete Formulierung des Gesellschaftszwecks und einer hinreichenden Absicherung kommunaler Einflussmöglichkeiten auf Entscheidungen der zu gründenden Gesellschaft.
- Zu beachten waren des Weiteren arbeitsrechtliche Fragen, insbesondere im Zusammenhang mit §613 a BGB.

In diesem Kontext ist hervorzuheben, dass die vom brandenburgischen Kabinett beabsichtigte Änderung der kommunalwirtschaftlichen Vorschriften⁷ die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen erleichtern soll. Die auszugsweise Gegenüberstellung macht dies deutlich:

5 Vgl. §100 S. 1 BbgKVerf.

6 Vgl. §92 S. 1 BbgKVerf.

7 Vgl. Fn. 3.

Geltende Rechtslage ⁸	Kabinettsentwurf
<p>§91 Abs. 3</p> <p>Die Gemeinde hat im Interesse einer sparsamen Haushaltsführung dafür zu sorgen, dass Leistungen, die von privaten Anbietern in mindestens gleicher Qualität und Zuverlässigkeit bei gleichen oder geringeren Kosten erbracht werden können, diesen Anbietern übertragen werden, sofern dies mit dem öffentlichen Interesse vereinbar ist. Dazu sind Angebote einzuholen und Vergleichsberechnungen vorzunehmen, die der Gemeindevertretung oder in den Fällen des §50 Abs. 2 dem Hauptausschuss vorzulegen sind.</p>	<p>§91 Abs. 3</p> <p>Die Gemeinde hat im Interesse einer sparsamen Haushaltsführung dafür zu sorgen, dass Leistungen, die von privaten Anbietern wirtschaftlicher erbracht werden können, diesen Anbietern übertragen werden. Dazu sind Angebote einzuholen oder Vergleichsberechnungen vorzunehmen, die der Gemeindevertretung oder in den Fällen des §50 Abs. 2 dem Hauptausschuss vorzulegen sind. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, wenn die Gemeindevertretung oder in den Fällen des §50 Abs. 2 der Hauptausschuss eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde im öffentlichen Interesse für erforderlich hält; die Entscheidung ist zu begründen.</p>
<p>§91 Abs. 4</p> <p>Eine wirtschaftliche Betätigung außerhalb der Versorgung der örtlichen Gemeinschaft sowie der Nutzung von Einrichtungen beziehungsweise Angeboten in der Gemeinde ist unzulässig. Dies gilt nicht für:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. für die Versorgung mit Elektrizität, Gas und Fernwärme, 2. die wirtschaftliche Betätigung im Rahmen öffentlicher Aufträge oder Konzessionen der Gemeinden, Gemeindeverbänden oder kommunalen Unternehmen, zu denen ein regionaler Bezug besteht, wenn eine Wahrnehmung dieser Aufgabe gemäß §1 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit im Land Brandenburg für Gemeinden und Gemeindeverbände grundsätzlich möglich wäre. 	<p>§91 Abs. 4</p> <p>Eine wirtschaftliche Betätigung außerhalb der Versorgung der örtlichen Gemeinschaft sowie der Nutzung von Einrichtungen beziehungsweise Angeboten in der Gemeinde ist zulässig:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. für die Versorgung mit Elektrizität, Gas und Fernwärme, 2. im Rahmen von Vereinbarungen oder Konzessionen der betroffenen Gemeinden, Gemeindeverbände oder kommunalen Unternehmen. <p>Die wirtschaftliche Betätigung im Ausland ist unter den Voraussetzungen der Absätze 2 und 3 zulässig, wenn Interessen des Bundes oder des Landes Brandenburg nicht entgegenstehen; die Kommunalaufsichtsbehörde ist rechtzeitig vor Aufnahme der Betätigung zu unterrichten.</p>

8 Vgl. Fn. 3.

<p>§91 Abs. 5 Im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung dürfen Nebenleistungen erbracht werden,</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. diese im Wettbewerb üblicherweise zusammen mit der Hauptleistung angeboten werden, 2. diese nach Art und Umfang für die Geschäftstätigkeit von untergeordneter Bedeutung sind und den öffentlichen Hauptzweck nicht beeinträchtigen. 	<p>§91 Abs. 5 Im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung dürfen Nebenleistungen erbracht werden,</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. die im Wettbewerb üblicherweise zusammen mit der Hauptleistung angeboten werden und den öffentlichen Hauptzweck nicht beeinträchtigen; mit der Durchführung dieser Nebenleistung sollen private Anbieter beauftragt werden, es sei denn, dies ist mit berechtigten Interessen der Gemeinde oder des Unternehmens nicht vereinbar, oder 2. <i>die der Ausnutzung bestehender, sonst brachliegender Kapazitäten bei der Gemeinde oder dem Unternehmen dienen.</i>
<p>§93 Abs. 3 Vor der Gründung eines Unternehmens gemäß Absatz 2 Nr. 2 bis 4 soll die Gemeinde dieses Vorhaben in geeigneter Form öffentlich bekannt machen, verbunden mit der Aufforderung an private Dritte, eigene Angebote vorzulegen. Ist eine öffentliche Bekanntmachung ungeeignet, so sind in einer unabhängigen sachverständigen Wirtschaftlichkeitsanalyse Unternehmensgründung und potentielle Privatisierungsalternativen zu vergleichen und zu bewerten. Der örtlichen Industrie- und Handelskammer beziehungsweise Handwerkskammer ist im Rahmen ihres jeweiligen Zuständigkeitsbereiches Gelegenheit zur Stellungnahme zur beabsichtigten Unternehmensgründung zu geben. Vor der Beschlussfassung über die Unternehmensgründung sind der Gemeindevertretung die Angebote privater Unternehmen beziehungsweise die Wirtschaftlichkeitsanalyse sowie die Stellungnahme der jeweiligen Kammer vorzulegen. Bei der Entscheidung sind die Grundsätze des §91 Abs. 3 anzuwenden.</p>	<p>§93 Abs. 3 Vor der Gründung eines Unternehmens gemäß Absatz 2 Nr. 2 bis 4 soll die Gemeinde <i>entweder</i> dieses Vorhaben in geeigneter Form öffentlich bekannt machen, verbunden mit der Aufforderung an private Dritte, eigene Angebote vorzulegen, <i>oder in einer unabhängigen sachverständigen Wirtschaftlichkeitsanalyse Unternehmensgründung und potentielle Privatisierungsalternativen vergleichen und bewerten; die Wirtschaftlichkeitsanalyse kann auch durch die Gemeinde erstellt werden, wenn die Unternehmensgründung für die Gemeinde eine geringe wirtschaftliche Bedeutung hat und die Wirtschaftlichkeitsanalyse durch das Rechnungsprüfamt der Gemeinde oder in Fällen des §101 Abs. 2 des Landkreises auf Kosten der Gemeinde geprüft wird. Satz 1 gilt nicht, wenn die Gemeindevertretung die Unternehmensgründung im öffentlichen Interesse für erforderlich hält; die Entscheidung ist zu begründen.</i> Der örtlichen Industrie- und Handelskammer beziehungsweise Handwerkskammer ist im Rahmen ihres jeweiligen Zuständigkeitsbereiches Gelegenheit zur Stellungnahme zur beabsichtigten Unternehmensgründung zu geben. Vor der Beschlussfassung über die Unternehmensgründung sind der Gemeindevertretung die <i>nach den Sätzen 1 bis 3 erforderlichen Unterlagen vorzulegen.</i></p>

III. Rekommunalisierungsdruck aus unerwarteter Richtung

Neben Fällen „freiwilliger Rekommunalisierung“ begegnen in der Praxis aber auch Konstellationen, in denen von außen Druck auf die Kommunen ausgeübt wird, Aufgaben zu rekommunalisieren. Zwei Fallgestaltungen seien im Folgenden angesprochen:

1. Erzwungene Rekommunalisierung, da der Rahmen zulässiger Privatisierung verlassen wurde

Bei Prozessen, in denen die Abgabenerhebung von Zweckverbänden im Streit steht, stellen Verwaltungsgerichte mitunter die Frage, ob der Zweckverband über eigenes Personal verfüge, oder ob nur die gesetzlich erforderlichen Organe vorhanden seien und die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben daher faktisch in Gänze einem privaten Dritten (z. B. einer Stadtwerke-GmbH) obliege. Hintergrund dieser Nachfrage ist die bei kommunalen Aufgabenträgern im Trink- und Abwasser-, aber auch im Abfallbereich oder auf dem Gebiet der Rettungsdienste gar nicht so selten anzutreffende Konstellation, dass sich der öffentliche Aufgabenträger zur Erfüllung seiner Aufgaben eines Privaten bedient. Hierfür gibt es unterschiedliche Modelle (z. B. Betriebsführungsverträge oder Betreiberverträge). Dies ist eigentlich unproblematisch. Allerdings gibt es zwei obergerichtliche Entscheidungen, nämlich des OVG Schleswig⁹ und des OVG Weimar¹⁰, die – zu Recht – auf Grenzen der Übertragung von Tätigkeiten auf Private hinweisen¹¹. Diese Entscheidungen thematisieren Probleme, die auch in Brandenburg bestehen, dort aber bislang zumeist verdrängt werden. Im Kern geht es darum, in welchem Umfang Kommunen sich Privater im Rahmen hoheitlicher Tätigkeit bedienen können. Im Fall des OVG Schleswig hatten die Stadtwerke die Gebührenbescheide im Namen der beklagten Kommune erlassen. Der erste Leitsatz des OVG Schleswig dazu lautet:

„Ein mit der Erhebung von Benutzungsgebühren beauftragter Privater ist als Verwaltungshelfer nicht befugt, Verwaltungsakte im Namen des Einrichtungsträgers (Gebührengläubigers) zu erlassen.“

9 OVG Schleswig, NordÖR 2006, S. 263ff.

10 OVG Weimar, Urteil vom 14.12.2009 – 4 KO 482/09, zitiert nach juris.

11 Vgl. nunmehr auch BVerwG, Urteil vom 23.8.2011 – 9 C 2.11, zitiert nach juris.

Derartige Fälle sind in Brandenburg häufiger als man denkt¹². Nicht selten ist schon an den Kopfzeilen der Abgabenbescheide zu erkennen, dass ein Privater letztlich den Briefbogen der Kommune verwendet. Zum „Glück“ der Kommunen, gehen die Verwaltungsgerichte entsprechenden Fragen derzeit nur auf ausdrücklichen Vortrag der Bürger hin nach. Hier schlummert erhebliches Klagepotential.

In dem eingangs erwähnten Fall hat der Zweckverband allerdings reagiert und eigenes Personal eingestellt, das mit den hoheitlichen Tätigkeiten (Erlass von Beitrags-, Gebühren- und Widerspruchsbescheiden, Durchsetzung des satzungrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwanges) betraut war. Allerdings ist dem ein außerordentlich mühsamer Entscheidungsfindungsprozess innerhalb der Verbandsversammlung vorausgegangen.

Möglicherweise wäre in diesem Bereich der – so könnte man es nennen – unfreiwilligen Rekommunalisierung der Gesetzgeber gefordert. So findet sich etwa in §10 Abs. 1 des Kommunalabgabengesetzes des Landes Sachsen-Anhalt folgende Bestimmung:

„Die Gemeinden und Landkreise können in der Satzung bestimmen, dass die Ermittlung von Berechnungsgrundlagen, die Abgabeberechnung, die Ausfertigung und Versendung von Abgabenbescheiden sowie die Entgegennahme der zu entrichtenden Abgaben von einem damit beauftragten Dritten wahrgenommen werden. Die Ermächtigung darf nur erteilt werden, wenn die ordnungsgemäße Erledigung und Prüfung nach den für die Landkreise und Gemeinden geltenden Vorschriften gewährleistet sind. Die Landkreise und Gemeinden können sich zur Erledigung der in Satz 1 genannten Aufgaben auch der ADV-Anlagen Dritter bedienen; dies setzt auch voraus, dass von den für die Prüfung zuständigen Stellen die Unbedenklichkeit der Programme vor ihrer Anwendung festgestellt wurde.“

12 Vgl. etwa VG Potsdam, Beschluss vom 9.12.2011 – 8 L 44/10.

2. Rekommunalisierung durch das Versagen interkommunaler Gemeinschaftsarbeit?

Schließlich noch ein Hinweis auf ein Phänomen, von dem nicht sicher abzuschätzen ist, ob es sich um Einzelfälle handelt oder um einen Eisberg, dessen wahres Ausmaß noch nicht absehbar ist. Dabei geht es um gewisse Auflösungserscheinungen im Bereich der Zweckverbände – Rekommunalisierung als Ausstieg aus Formen kommunaler Zusammenarbeit und Rückholung der Aufgaben auf die kommunale Ebene.

Anfang des Jahres 2011 enthielt das Ausschreibungsblatt Berlin/Brandenburg ein Gutachtenauftrag für eine Auseinandersetzungsvereinbarung eines Zweckverbandes. Das für sich genommen wäre wohl keiner Erwähnung wert. Stutzig macht aber der Umstand, dass sich Auseinandersetzungen innerhalb von Zweckverbänden häufen. Zum Teil haben diese schon zu Austritten bzw. Auflösungen von Zweckverbänden geführt bzw. bergen so großes Konfliktpotential, dass sie zur Auflösung von Strukturen eigentlich sinnvoller interkommunaler Zusammenarbeit führen könnten. Konkreter Anlass ist in diesen Fällen häufig die sogenannte „Altanliegerproblematik“¹³. Kurz gesagt geht es darum, dass die Aufgabenträger im Trink- und Abwasserbereich die beitragsrechtliche Veranlagung von Grundstücken durchführen müssen, die bereits am 3. Oktober 1990 über eine gesicherte Anschlussmöglichkeit an die öffentliche Anlage verfügten. Der Eindruck, Rekommunalisierung sei auch Ausdruck für das Versagen interkommunaler Entscheidungsmechanismen, ist jedenfalls nicht ganz fern liegend.

13 Vgl. hierzu ausführlich etwa *Möller*, in: Driehaus (Hrsg.), Kommunalabgabenrecht, Loseblatt-Kommentar, 2010, §8 Rn. 2091 ff.; vgl. auch *Hentschke*, Verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber der neuen Altanschließerregelung in Brandenburg, LKV 2009, S. 248ff.; *Steiner*, Verfassungsrechtliche Fragen der Erhebung von Abwasserbeiträgen in Brandenburg, LKV 2009, S. 254ff.; *Schmidt-Wottrich*, Alte Anlieger – neue Probleme?, LKV 2008, S. 355ff.

IV. Schlussbemerkung

„Ein starkes und demokratisches Brandenburg braucht starke und leistungsfähige Städte, Gemeinden und Landkreise. Starke, leistungsfähige und selbstbewusste Städte, Gemeinden und Landkreise sind die Grundlage unseres Gemeinwesens. Vor Ort können die Bürgerinnen und Bürger am besten selbst bestimmen, wie sie zusammen leben wollen und welche Leistungen sie im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge in welcher Form anbieten wollen. Integraler Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltung ist die Freiheit der Kommunen, sich wirtschaftlich zu betätigen.“¹⁴

Dieses Hohe Lied der kommunalen Selbstverwaltung entstammt einer EntschlieÙung des Brandenburgischen Landtages aus dem Jahr 2010. Die vorstehenden Ausführungen sollten unterschiedliche Aspekte des schillernden Begriffs Rekommunalisierung andeuten. Rekommunalisierung ist nicht „an sich“ gut oder „an sich“ schlecht. Das Pendel des Zeitgeistes wird mal mehr in Richtung Privatisierung und dann wieder mehr in Richtung Kommunalisierung ausschlagen. Es hat den Anschein, als betone die Rechtsprechung in einigen jüngeren Urteilen die Bedeutung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie als Chance aber auch als Pflicht. Gradmesser für die richtige Balance zwischen Privatisierung und Kommunalisierung wird sein, in welcher Form die Absicherung der elementaren Bedürfnisse, die wir mit dem Begriff der Daseinsvorsorge umschrieben, am besten gelingt.

Dr. Ulrich Becker ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Richter am Verfassungsgericht des Landes Brandenburg.

14 LTDrucks 5/332-B, EntschlieÙung vom 20.1.2010.

Rechtliche Voraussetzungen der Rekommunalisierung*

Christoph Brüning

I. Aufmerksamkeitsfelder

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

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

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

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

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

II. Organisationswahlfreiheit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Steuerungsressource Organisation

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Verfassungsrechtliche Determinanten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Einfach-rechtliche Vorgaben

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

1. Funktionale Adäquanz

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Wirtschaftlichkeitsvergleich

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

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

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

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

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

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

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

32 Vgl. in diesem Zusammenhang §100 Abs. 3 BbgGO, wonach die Gemeinde im Interesse einer sparsamen Haushaltsführung dafür zu sorgen hat, dass Leistungen, die von privaten Anbietern in mindestens gleicher Qualität und Zuverlässigkeit bei gleichen oder geringeren Kosten erbracht werden können, diesen Anbietern übertragen werden, sofern dies mit dem öffentlichen Interesse vereinbar ist. Zu diesem Zweck sind Angebote einzuholen und Vergleichsrechnungen vorzunehmen, die der Gemeindevertretung oder dem Hauptausschuss vorzulegen sind.

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

3. Legitimationsniveau

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. Ausblick

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

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

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

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

Rekommunalisierung – Fallstricke in der Praxis

Erfahrungen aus Bergkamen

Roland Schäfer

I. Ausgangslage

Schon seit der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts versorgen Städte und Gemeinden ihre Bürger mit Wasser, Gas und Strom. Nicht viel später kamen Abwasser- und Abfallentsorgung sowie weitere Dienstleistungen hinzu. Die Bandbreite reichte und reicht von der Feuerwehr über Friedhöfe, Krankenhäuser, sozialem Wohnungsbau und ÖPNV bis zu kulturellen, sportlichen und sozialen Angeboten. Gründe für das kommunale Engagement waren die wachsende Nachfrage der Bevölkerung und der Wirtschaft nach diesen Gütern und Dienstleistungen, Gesichtspunkte der Sicherstellung von Volksgesundheit und Seuchenbekämpfung sowie Förderung von wirtschaftlichem und sozialem Fortschritt einerseits, andererseits das fehlende bzw. mangelhafte Angebot durch Privatunternehmen. Folglich hat die Erledigung von Aufgaben der Daseinsvorsorge durch die Kommunen eine lange Tradition.

In den Jahrzehnten des Bestehens der Bundesrepublik entwickelte sich aber die Tendenz, immer mehr Leistungen der Daseinsvorsorge auf Private zu übertragen. Dahinter stand die weit verbreitete Auffassung, private Unternehmer seien letztlich leistungsfähiger und effizienter als es eine Behörde je sein könne. Nach der Wiedervereinigung wurden in den Kommunen der neuen Bundesländer, vielfach unter Verzicht auf den Aufbau eigener kommunaler Betriebe und Einrichtungen, die Leistungen sofort an Privatunternehmen vergeben.

II. Aktuelle Entwicklungen

Seit den letzten Jahren scheint sich diese Entwicklung umzukehren. So zeichnet sich im kommunalen Bereich nach Jahren der Privatisierung von Leistungen der Daseinsvorsorge eine gewisse Veränderung ab. Kommunale Unternehmen weiten ihre Wirtschaftstätigkeit aus und erschließen neue Geschäftsfelder, ehemals privatisierte Leistungen, etwa im Bereich der Abfallentsorgung, werden rekommunalisiert.

Exakte Zahlen für alle Felder der Daseinsvorsorge sind schwierig zu ermitteln. Für den Bereich der Abfallentsorgung sind aus den Jahren 2006 und 2007 insgesamt 12 Fälle bekannt, bei denen Kommunen oder Kommunalverbände mit einer Gesamtbevölkerung von 1,6 Millionen Einwohnern von einem privaten Entsorger zu einem kommunalen Eigenbetrieb oder einem interkommunalen Zweckverband gewechselt sind.¹ In Nordrhein-Westfalen konnten die kommunalen Entsorger im Zeitraum von Anfang 2005 bis Anfang 2007 ihren Marktanteil um 4 % auf knapp 52 % erhöhen.² Allein beim deutschen Marktführer REMONDIS soll das Entsorgungsgebiet von 2005 bis 2007 um mehr als 10 % geschrumpft sein.³ Der Bundesverband der Deutschen Entsorgungswirtschaft (BDE) spricht seit 2006 offen von einem „Trend zur Rekommunalisierung“.⁴ Auch im Bereich der leitungsgebundenen Versorgung mit Strom, Gas und Wasser ist eine Veränderung zu beobachten. Die Kommunen planen oder haben sich entschieden, die Netze wieder zu übernehmen, neue Gesellschaften zu gründen, veräußerte Unternehmensanteile zurück zu kaufen oder denken zumindest sehr ernsthaft über eine Rekommunalisierung nach.

1 REMONDIS AG & Co. KG vom 28.6.2007.

2 Umweltministerium NRW, zitiert nach Europaticker vom 11.2.2007.

3 Europaticker vom 13.3.2007.

4 Handelsblatt vom 18.10.2006.

III. Ursachen des Trends zur Rekommunalisierung

Zum Teil hat in den Rathäusern und der Öffentlichkeit die Erkenntnis zugenommen, dass „privat“ nicht automatisch „besser und billiger“ bedeutet und eine kommunale Eigenerledigung eine Reihe weiterer Vorteile für die Bürgerschaft mit sich bringt. Zu dieser Einschätzung beigetragen haben mögen einige Fälle von Negativentwicklungen nach Privatisierungen oder ÖPP-Projekten. Durch die weltweite Finanz- und Wirtschaftskrise – ausgelöst durch ein eklatantes Versagen von Topmanagern der Privatwirtschaft – ist schlaglichtartig deutlich geworden, dass der „Markt“ nicht automatisch richtig funktioniert und die private Wirtschaft keineswegs immer einer wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand überlegen ist. Ebenso sind bei einer Reihe von Kommunalpolitikern und Führungskräften der Verwaltung die Überzeugung und das Selbstbewusstsein gewachsen, dass kommunale Eigenbetriebe und Gesellschaften durchaus effizient organisiert und geführt werden können. Gefördert wird diese Entwicklung durch die Einführung der Doppik, die verstärkt betriebswirtschaftliche Handlungsweisen in die Kommunalverwaltungen einziehen lässt. Eine weitere Rolle spielt sicher auch die Rückbesinnung auf die grundlegende Funktion der öffentlichen Daseinsvorsorge. Die Orientierung am Gemeinwohl – verstanden als Gesamtinteresse der Bürgerschaft – ist zentrale Idee der Daseinsvorsorge. Das Gemeinwohl beinhaltet Gedanken wie Ver- und Versorgungssicherheit, Nachhaltigkeit, Transparenz, Erschwinglichkeit einer Leistung für breite Bevölkerungsschichten sowie Erhalt von Qualitäts-, Umwelt- und Sozialstandards. Zwar steht die Gemeinwohlorientierung im Widerspruch zum Ziel reiner Profitmaximierung, nicht aber zu betriebswirtschaftlichem Denken oder Gewinnerzielung. Viele kommunale Verantwortungsträger sind inzwischen davon überzeugt, dass sich die Privatunternehmen nicht nach der „Theorie des Rosinenpickens“ die lukrativen Geschäftsfelder sichern können und den Kommunen allein die defizitären Bereiche überlassen.

IV. Praktische Erfahrungen aus Bergkamen

Bergkamen, ein Mittelzentrum mit gut 51.000 Einwohnern in Nordrhein-Westfalen, hat versucht unvoreingenommen je nach Einzelfall sowohl öffentliche als auch private Lösungen in verschiedenen Bereichen der Daseinsvorsorge zu finden; Lösungen, die jeweils die vorteilhaftesten für die Bürger sind.

Die Gründung des interkommunalen Stadtwerks – „GSW – Gemeinschaftsstadtwerke Kamen-Bönen-Bergkamen GmbH“ – schaffte 1995 die Voraussetzung dafür, die bis dahin durch private Versorgungsunternehmen erfolgte Strom- und Erdgasversorgung im Gebiet der drei Kommunen zu kommunalisieren. Später kam die Fernwärmeversorgung hinzu sowie der Aufbau einer eigenen Telekommunikationsgesellschaft. Die GSW haben sich bis heute ausgesprochen erfolgreich und für die Stadt und ihre Bürgerschaft gewinnbringend im Markt behaupten können. Der Baubetriebshof der Stadt übernahm im Jahr 2002 nach Vertragsende zudem die bis dahin privat vergebene Straßenreinigung, wodurch die Straßenreinigungsgebühr um 25 % gesenkt werden konnte. Ein weiteres Beispiel für die Kommunalisierung der Aufgaben der Daseinsvorsorge ist die Übernahme der Müllabfuhr Mitte 2006 – bis dahin immer durch Privatunternehmen ausgeführt – durch einen städtischen Eigenbetrieb, verbunden mit einer Gebührensenkung um rund 12 % und einer Verbesserung im Serviceangebot. Inzwischen ist auch die Wasserversorgung kommunalisiert worden. Der Rat der Stadt kündigte den Konzessionsvertrag mit dem bisherigen privaten Wasserversorger fristgerecht zum Ende des Jahres 2008. Eine transparente Ausschreibung und diskriminierungsfreie Vergabeentscheidung oder die In-house-Vergabe der Konzession an die eigenen Stadtwerke waren mögliche Alternativen der zukünftigen Wasserversorgung. Nach intensiver Beratung hat sich der Rat für eine kommunale Lösung entschieden. Die Auseinandersetzungen mit dem bisherigen Versorger – unter anderem bezüglich des Kaufpreises für das Wasserrohrnetz und der Entflechtungskonzeption – haben sich bis 2010 hingezogen. Im Ergebnis hat Bergkamen das Wassernetz des Privatversorgers zwar nicht gekauft, aber mit dem Privatversorger eine gemeinsame Netzgesellschaft gegründet. Diese hat allerdings eine reine Back-Office-Funktion, sodass die Stadtwerke seit Oktober 2010 die Wasserversorgung allein gegenüber den Kunden wahrnehmen. Trotz mangelnder Erhöhung der Wasserpreise werden die Gewinne für die Stadtwerke spürbar steigen.

V. Privatvergabe oder Kommunalenerledigung?

Trotz erfolgreicher Kommunalisierung der Strom-, Gas-, Fernwärme und Wasserversorgung sowie der Abfallbeseitigung hat die Erfolgsgeschichte in Bergkamen keine generelle Vorbildfunktion. Kommunalisierung bzw. Rekommunalisierung ist keineswegs das Allheilmittel für alle Bereiche der kommunalen Daseinsvorsorge. In anderen Städten mag eine völlig andere Lösung angezeigt sein. Die Bandbreite reicht vom kommunalen Eigenbetrieb oder einer GmbH über Formen interkommunaler Zusammenarbeit und ÖPP-Modelle bis hin zur vollständigen Privatisierung durch Ausschreibung und Vergabe.

Welche Gründe sprechen also für eine Ausschreibung und Vergabe an ein Privatunternehmen und welche für die Erledigung durch die Kommune selbst?

Für die Ausschreibung spricht:

- exakte Übersicht über interessierte Firmen und Ermittlung des preisgünstigsten Bieters,
- Behebung eines eventuellen kommunalen Investitionsstaus durch eine kapitalstarke Privatfirma,
- Garantie hoher Effizienz bei der Aufgabenerledigung aufgrund betriebswirtschaftlichen Denkens und – berechtigter – Gewinnerorientierung des Privaten,
- Einbringung von überregionalen Erfahrungen, spezifischem Fachwissen und spezialisiertem Know-how,
- Kostensicherheit für die Kommune während der Vertragslaufzeit,
- alleiniges Risiko für Personaleinsatz (Krankheit, Streik etc.), Finanzkalkulation und Vertragserfüllung beim Privatunternehmen.

Für eine kommunale Aufgabenerfüllung spricht:

- Schaffung sozialversicherungspflichtiger und tariflich bezahlter Arbeitsstellen zur Stärkung der lokalen Arbeits- und Ausbildungsplatzsituation und der Kaufkraft in der Kommune,
- gezielte Auftragsvergaben an heimische Unternehmen von Handwerk und Mittelstand als örtliche Wirtschaftsförderung,
- flexible und kurzfristige Reaktion auf Bürgerwünsche und neue Anforderungen – und damit mehr Bürgernähe,

- Berücksichtigung von nichtmonetären Zielen wie Umweltschutz, Verbraucherschutz, Sozialstandards etc.,
- direktere Steuerung durch Rat und Verwaltung – und damit ein Instrument der Stadtentwicklung,
- bei wirtschaftlicher Tätigkeit: Gewinnerzielung zugunsten der Kommune und ihrer Bürgerinnen und Bürger und nicht zugunsten einer fernen Konzernzentrale.

Nur durch eine konkrete Abwägung vor Ort kann die jeweils günstigste Lösung für die Bürgerinnen und Bürger ermittelt werden. Im Sinne der kommunalen Selbstverwaltung ist allein wichtig, dass die Verantwortlichen einer Kommune um die konkreten Handlungsalternativen wissen, eine sorgfältige, nachvollziehbare Abwägung durchführen und erst dann im Interesse ihrer Bürgerschaft eine transparente Entscheidung treffen.

1. Typische Fehler bei Entscheidungen zur Rekommunalisierung

Nicht zu verschweigen sind die im Folgenden beispielhaft aufgezeigten Fehler bei der Rekommunalisierungsentscheidung:

- zu später Beginn der Entscheidungsvorbereitung,
- Unklarheiten über Alternativen,
- diffuse Verantwortungs- und Entscheidungsstrukturen in Verwaltung und Politik,
- unterschätzen der Zweifel, Unsicherheiten und Gegenstrategien,
- mangelnde Fachkenntnisse, Entscheidungsbereitschaft und politische Mehrheiten,
- Widerstand in Presse und Öffentlichkeit.

2. Anregungen zur Vorgehensweise

Trotz aller Notwendigkeit einer ortsbezogenen, individuellen Lösung lassen sich doch einige allgemeine Hinweise zu einem optimierten Vorgehen bei anstehenden Rekommunalisierungsentscheidungen formulieren:

- rechtzeitig anfangen, Zeit lassen, hartnäckig sein (dickes Fell, Rückgrat, Fingerspitzengefühl);
- Verwaltung: Chefsache, Mitstreiter suchen („Schlüsselpersonen/Meinungsführer“), Arbeitsgruppe, klare Federführung, konkrete Arbeits-, Zeit- und Ablaufpläne;
- Kommunalpolitik: frühzeitig einbeziehen, interfraktioneller Arbeitskreis, breite überparteiliche Mehrheit anstreben;
- Identifizierung von Befangenen, Bedenkenträgern und Unterstützern;
- Kenntnisnahme bzw. Beschlussfassung wichtiger Zwischenschritte durch Fachausschuss und Rat;
- Sachverstand selbst erwerben: reisen, fragen, zuhören, lernen;
- externes technisches, rechtliches und wirtschaftliches Fachwissen nützen;
- Handlungsalternativen darstellen: Vorteile herausarbeiten, Risiken nicht verschweigen;
- Einstellen auf Gegenstrategien des Privaten: gezielte Verzögerungen, mediale Querschüsse, persönliche Einflussnahmen, öffentliche Verunsicherungen;
- eigene aktive sachbetonte Öffentlichkeitsarbeit durch Einbeziehung der Lokalpresse;
- Mut zur Lücke, Bereitschaft zu unternehmerischem Risiko (es gibt kein „Rundum-Sorglos-Paket mit Vollkasko-Garantie“);
- den einmal für richtig erkannten Weg energisch verfolgen;
- „Nur wer selbst von einer Sache überzeugt ist, kann andere überzeugen!“

VI. Fazit

Zusammenfassend muss die Kommune sich ihrer Handlungsalternativen bewusst sein und sich nach sachlichen Gesichtspunkten in einem transparenten Verfahren entscheiden, welche Leistungen in welcher Form erbracht werden. Dabei sollte sie nicht außer Acht lassen, dass die kommunale Eigenerledigung durchaus möglich und oft der beste Weg ist!

Roland Schäfer ist Bürgermeister der Stadt Bergkamen, Präsident des Deutschen Städte- und Gemeindebundes und erster Vize-Präsident des Städte- und Gemeindebundes Nordrhein-Westfalen.

Rekommunalisierung lokaler Ver- und Entsorgung

Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektiven

Manfred Röber

I. Einleitung

In vielen Städten und Gemeinden werden – in der Vergangenheit getroffene – Privatisierungsentscheidungen inzwischen sowohl von der Politik als auch von der Bevölkerung immer skeptischer beurteilt. Die mit Privatisierungen verbundenen Hoffnungen und positiven Erwartungen haben sich offenkundig nicht durchgängig erfüllt. Deshalb wird zurzeit verstärkt darüber diskutiert, früher privatisierte Aufgaben in den Bereich der öffentlichen Verfügungsgewalt zurückzuholen („Rekommunalisierung“). Im folgenden Beitrag geht es darum, die Entwicklung und den augenblicklichen Stand der Wahrnehmung von Aufgaben der Öffentlichen Daseinsvorsorge zu skizzieren und der Frage nachzugehen, ob es außer umfassenden Rekommunalisierungen auch andere organisationspolitische Optionen als Antwort auf Privatisierungsdefizite gibt, die Perspektiven für neue institutionelle Arrangements im Bereich der lokalen Ver- und Entsorgung eröffnen.

II. Privatisierung und Kommunalisierung in historischer Betrachtung

Ein Blick in die Geschichte der Daseinsvorsorge zeigt, dass es immer wieder „Privatisierungs- oder Kommunalisierungszyklen“ gegeben hat. Private Unternehmen spielten vor allem in den Anfängen der Daseinsvorsorge im 19. Jahrhundert eine bedeutende Rolle. Schon damals hat es allerdings eine Trägervielfalt gegeben, die neben öffentlichen auch gemischtwirtschaftliche, private und genossenschaftliche Einrichtungen umfasste. Die dann gegen Ende des 19. Jahrhunderts einsetzende wachsende Bedeutung kommunaler und staatlicher Unternehmen war darauf zurückzuführen, dass Aufgaben der Daseinsvorsorge von privaten Unternehmen unter marktwirtschaftlichen Rahmenbedingungen nur unzureichend erfüllt wurden – mit der Folge, dass es in diesen Bereichen aufgrund von Marktversagen zu quantitativen und qualitativen Versorgungsproblemen kam. Insbesondere die Gefahren, die mit der Bildung privater Monopole verbunden sind, haben zur Kommunalisierung vieler Unternehmen im Bereich der Daseinsvorsorge beigetragen.

In der darauf folgenden Epoche, die in das verwaltungspolitische Leitbild des sorgenden Wohlfahrtsstaates¹ mündete, spielten öffentliche und frei-gemeinwirtschaftliche Unternehmen – als Reaktion auf die negativen Folgen des Marktversagens – eine wichtige Rolle. Diese Unternehmen sind lange Zeit als integraler (und dominierender) Bestandteil eines umfassenden wohlfahrtsstaatlichen Systems angesehen worden. Im Laufe der Zeit gerieten diese Unternehmen aber ihrerseits immer stärker in die öffentliche Kritik. Ihre faktische und häufig auch in Bezug auf Gebietszuständigkeiten rechtlich abgesicherte Position als Angebotsmonopolist führte zu Monopolrenten in Form von Ineffizienzen und Privilegien der in diesen Unternehmen Beschäftigten.² Zusätzlich wurden öffentliche Unternehmen parteipolitisch instrumentalisiert und zu begehrten Objekten parteipolitischer Patronagepolitik.³ Letztlich wurden sie mit dem Schlagwort des Staatsversagens unter den Generalverdacht der Ineffizienz bei der Produktion öffentlicher Leistungen gestellt.

1 Siehe zu diesem Begriff und seiner Deutung *Vogel*, Die Staatsbürgerschaft der Gesellschaft, 2007, S. 40ff.

2 Vgl. auch *Mühlenkamp*, Kooperation und Wettbewerb im öffentlichen Sektor, in: Röber (Hrsg.), Institutionelle Vielfalt und neue Unübersichtlichkeit – Zukunftsperspektiven effizienter Steuerung öffentlicher Aufgaben zwischen Public Management und Public Governance, im Erscheinen.

3 Vgl. *Scheuch/Scheuch*, Cliques, Klüngel und Karrieren. Über den Verfall der politischen Parteien – eine Studie, 1992, und *Röber*, Das Parteibuch – Schattenwirtschaft der besonderen Art?, in: Bundeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), Aus Politik und Zeitgeschichte 2001, B 32–33, S. 6ff.

In vielen Fällen sind die für diese Unternehmen politisch und administrativ verantwortlichen Akteure in Städten und Gemeinden nicht in der Lage gewesen, im Rahmen der Corporate-Governance-Strukturen ihrer Aufgabe als Eigentümer nachzukommen und für „ihre“ Unternehmen klare Ziele zu formulieren und dafür zu sorgen, dass diese auch erreicht werden. Häufig beschränkten sie sich nur auf populistische ad-hoc-Interventionen. Daraus entstanden Spielräume, die von nicht wenigen Managern öffentlicher Unternehmen genutzt wurden, um eine an eigenen Interessen orientierte Unternehmenspolitik zu betreiben. Die Folge hiervon war, dass öffentliche Unternehmen in zunehmendem Maße in Bezug auf ihre Aufgaben der nachhaltigen Daseinsvorsorge strategisch untersteuert und auf Grund der kleinteiligen opportunistischen Eingriffe seitens der Politik operativ übersteuert waren. In dem Moment, als die Bürger nicht länger bereit waren, dieses Verhalten, das sich in schlechtem Service zu überhöhten Preisen niederschlug, zu tolerieren, und als die öffentlichen Einnahmen nicht mehr ausreichten, die häufig defizitär arbeitenden öffentlichen Unternehmen zu subventionieren, gerieten diese unter einen wachsenden Effizienz- und Legitimationsdruck. Diese Entwicklung führte ab den 1980er Jahren im OECD-Raum – durch eine von der Public Choice-Theorie begründete und durch pointierte politische Positionen beflügelte Politik – zu einer verstärkten materiellen Privatisierung öffentlicher Aufgaben – wobei die Bundesrepublik Deutschland im internationalen Kontext bis in die 1990er Jahre allerdings eher zu den EU-Ländern gehörte, die eine zurückhaltende Privatisierungspolitik betrieben. Dem steigenden Privatisierungsdruck konnten sich aber auch die deutschen öffentlichen Unternehmen nicht länger entziehen – wie sich sowohl am zunehmenden Privatisierungsvolumen⁴ als auch am Rollenverständnis vieler Manager in der öffentlichen Wirtschaft ablesen lässt.⁵

In jüngster Zeit mehren sich allerdings sowohl in der Bevölkerung als auch in der Politik wieder die Zweifel, ob die Privatisierung (in Verbindung mit einer ausgeprägten Liberalisierungs- und Deregulierungspolitik) die Ergebnisse gebracht hat, die man sich von ihr versprach – mit der Folge, dass inzwischen verstärkt über eine Rekommunalisierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge nachgedacht wird.

4 Nach eigenen Berechnungen lagen die Veräußerungserlöse im öffentlichen Gesamthaushalt (Bund, Länder und Gemeinden) 1970 noch bei rd. 1,9 Mrd. DM und 1980 bei rd. 4,4 Mrd. DM, stiegen 1995 auf rd. 31 Mrd. DM und erreichten 1998 mit knapp 53 Mrd. DM ihren Höhepunkt.

5 Siehe *Edeling*, Stadtwerke zwischen Markt und Politik, ZöGU 2002, S. 127ff.

III. Ursachen der Kommunalisierungs-Renaissance

Dass öffentliches Eigentum in der Daseinsvorsorge inzwischen wieder in besserem Licht gesehen wird, kann auf ganz unterschiedliche Gründe zurückgeführt werden. Zunächst einmal ist davon auszugehen, dass die weltweite Finanzkrise ein Klima erzeugt hat, in dem das Vertrauen in private Wirtschaftsakteure und in die Leistungsfähigkeit von Märkten erheblich erschüttert worden ist. Dies hat sicherlich mit dazu beigetragen, dass sich die politischen Akteure bei Entscheidungen zur Rekommunalisierung inzwischen auf eine breite Unterstützung der Bevölkerung berufen können, die – nach einer Umfrage des dimap-Instituts im Auftrag des Bundesverbandes Öffentliche Dienstleistungen (BVöD) und des Verbandes kommunaler Unternehmen (VKU) – den öffentlichen Unternehmen bei Aufgaben der Daseinsvorsorge (insbesondere bei Energie und Wasser) wesentlich mehr Vertrauen als den privaten Unternehmen entgegenbringen, wenn es um Kriterien wie „Zuverlässigkeit“, „Sicherheit“, „Nachhaltigkeit“, „Gemeinwohlorientierung“ und „Förderung der Region“ geht.⁶ Hieran hat auch das Verhalten einiger Städte und öffentlicher Unternehmen, die sich auf weltweite, riskante Finanzgeschäfte (wie z. B. Cross-Border-Leasing) eingelassen haben, im Prinzip nichts geändert. Diese zum Teil spekulativen Geschäfte haben vielmehr dazu beigetragen, die Idee der ausschließlich am Gemeinwohl orientierten Öffentlichen Wirtschaft zu stärken.

Die zunehmende Attraktivität, kommunale Dienstleistungen in Eigenregie zu erstellen, liegt offensichtlich aber auch darin begründet, dass Privatisierungen häufig zu Preiserhöhungen (mit Gewinnabschöpfungen privater Monopole oder Oligopole) und Qualitätsverschlechterungen führten.⁷ In vielen Fällen sind die Entscheidungen für eine Rekommunalisierung damit begründet worden, dass die in die Privatisierung gesetzten Erwartungen nicht erfüllt wurden oder Privatisierungsprojekte sogar komplette Misserfolge waren. Dies wird auch durch die Untersuchung der Rückübertragung operativer Dienstleistungen in der Abfallwirtschaft bestätigt, in der die dort präsentierten Fallbeispiele in Bezug auf Kostenersparnisse, regionales Marktversagen, Qualität der Leistung, Sicherung der Leistungserstellung, faire

6 Dieser Meinungsumschwung spiegelt sich z. B. auch in der inhaltsanalytischen Auswertung von Zeitungsartikeln wider; siehe hierzu *Theuvsen/Zschache*, Die Privatisierung kommunaler Unternehmen im Spiegel massenmedialer Diskurse, *ZöGU* 2011, S. 3ff.

7 Siehe zu einigen in- und ausländischen Beispielen *Röber*, Privatisierung adé?, *Verwaltung & Management* 2009, S. 227 (230f.).

Bezahlung der Beschäftigten, regionale Beschäftigungswirkungen und ökologische Effizienz analysiert worden sind.⁸

Vor dem Hintergrund der mit Privatisierungen verbundenen Fehlentwicklungen nehmen die Ängste der Bevölkerung vor weiteren Privatisierungen von Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge offenkundig zu. Dadurch, dass seit den 1990er Jahren auf der kommunalen Ebene direkt-demokratische Entscheidungsformen ausgebaut worden sind, haben die Bürgerinnen und Bürger inzwischen bessere Möglichkeiten, ihren Befürchtungen mit Hilfe von Volksinitiativen, Volksbegehren und Volksentscheiden Ausdruck zu verleihen. Dies hat sich in den letzten Jahren in einer Reihe von ablehnenden Entscheidungen gegen geplante Privatisierungen bzw. Teilprivatisierungen niederschlagen.⁹ Diese Abstimmungsergebnisse korrespondieren mit einer Reihe von Ergebnissen in Bevölkerungsumfragen. So wird zum Beispiel in einer forsa-Umfrage von Dezember 2007 zusammenfassend festgestellt, dass die Erfahrungen der Bürgerinnen und Bürger mit Privatisierungen eher negativ als positiv sind und weitere Privatisierungen zunehmend kritisch gesehen werden.¹⁰

Die Tendenz zur Rekommunalisierung hängt ganz offensichtlich aber auch damit zusammen, dass Kommunen nach nunmehr knapp 20 Jahren managementorientierter Verwaltungsreformen über ein besseres betriebswirtschaftliches Know-how verfügen. Sie sind inzwischen in der Lage, mit Hilfe der Informationen aus ihrem Kostenmanagement zu zeigen, dass ihre Leistungen nicht generell teurer sind als die von privaten Anbietern und die Behauptung, Private können grundsätzlich alles besser, billiger und schneller erledigen, nichts als reine Ideologie ist. Hieraus ist auch ein neues Selbstbewusstsein in den Städten und Gemeinden entstanden. Sie müssen den Wettbewerb mit privaten Konkurrenten nicht scheuen und können sich zutrauen, „ihre eigenen Betriebe organisatorisch und wirtschaftlich erfolgreich aufzustellen“.¹¹

Schließlich hat die Rekommunalisierungs-Renaissance auch mit der wachsenden Sorge zu tun, dass die kommunale Selbstverwaltung trotz grundgesetzlicher Garantie faktisch dadurch ausgehöhlt wird,

8 Siehe *Verbücheln*, Risikoübertragung operativer Dienstleistungen durch Kommunen am Beispiel der Abfallwirtschaft, Difu-Papers 2009, S.13f.

9 Siehe zu ausgewählten Beispielen *Röber*, Management & Verwaltung 2009, S. 227 (231f.).

10 Vgl. *Güllner*, Privatisierung staatlicher Leistungen – Was wollen die Bürger, 2008, P090.34, im Internet abrufbar unter <http://www.who-owns-the-world.org/wp/wp-content/uploads/2008/01/forsa.pdf>.

11 *Gecon GmbH*, Kommunen wollen rekommunalisieren, Pressemitteilung vom 28.11.2007, im Internet abrufbar unter <http://openpr.de/news/174231/Kommunen-wollen-rekommunalisieren.html>.

dass immer mehr öffentliche Aufgaben Schritt für Schritt aus der Kernverwaltung ausgelagert werden.¹² Dies gilt sowohl für die Bildung teilselbständiger Organisationseinheiten („Agencification“) und die Schaffung verselbständiger öffentlicher Unternehmen („Corporatization“) als auch – natürlich in besonders starkem Maße – für die materielle Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Wenn über immer weniger Angelegenheiten in den Kommunen von den demokratisch legitimierten Organen entschieden werden kann, dann wird deren Handlungsspielraum eingeschränkt¹³ und dann droht das Interesse an Kommunalpolitik zurückzugehen. Die kommunalen Steuerungsverluste treten nach den empirischen Befunden bei *Edeling*¹⁴ vor allem in marktnahen, wettbewerbsintensiven Sektoren auf – und zwar nicht erst bei der materiellen Privatisierung, sondern auch schon in den Fällen der Agencification und Corporatization, weil „durch Einführung von Markt und Wettbewerb politisches Handeln durch wirtschaftliches Handeln ersetzt wird.“¹⁵ Bei öffentlichen Gütern und Dienstleistungen, die nicht einem strikten Marktregime unterliegen, könne demgegenüber leichter politisch eingegriffen und gesteuert werden.

IV. Rekommunalisierung öffentlicher Aufgaben – mehr „Talk“ als „Action“?

Die zuvor beschriebenen positiven Einstellungen zu öffentlichen Unternehmen in der Daseinsvorsorge und die angesprochenen Rekommunalisierungsbeispiele sagen allerdings noch nichts darüber aus, ob wir es mit einem gleichsam säkularen einheitlichen empirischen Gesamttrend in Richtung „Rekommunalisierung“ zu tun haben. Die Ergebnisse einer aktuellen empirischen Untersuchung von deutschen Kommunen mit mehr als 20.000 Einwohnern, die am Kompetenzzentrum für Öffentliche Wirtschaft und Daseinsvorsorge an der Universität Leipzig durchgeführt wurde, geben ein differenzierteres Bild der Rekommunalisierungswirklichkeit wieder als die öffentlichen Ver-

12 Vgl. *Reichard/Grossi*, Corporate Governance von städtischen Holdings, Sonderheft ZöGU 2008, S. 86ff.; *Reichard*, Flucht aus der Kernverwaltung: Erfahrungen mit der Verselbständigung öffentlicher Einrichtungen, in: Röber (Hrsg.), Vielfalt (Fn. 2).

13 Vgl. hierzu z. B. *Edeling*, Institutionelle Umbrüche im öffentlichen Sektor: Das Ende der kommunalen Daseinsvorsorge, in: Sackmann/Jonda/Reinhold (Hrsg.), Demographie als Herausforderung für den öffentlichen Sektor, 2008, S. 145 (145).

14 Siehe *Edeling*, Umbrüche (Fn. 13), S.149.

15 *Edeling*, Umbrüche (Fn. 13), S. 160 mit Verweis auf v. *Weizsäcker/Young/Finger*, Grenzen der Privatisierung. Wann ist des Guten zuviel? Bericht an den Club of Rome, 2006.

lautbarungen zu diesem Thema erwarten lassen und deuten darauf hin, dass der Rekommunalisierungsrhetorik nicht unbedingt Taten gefolgt sind.¹⁶

Dabei ist zunächst zu beachten, dass mit dem Begriff „Rekommunalisierung“ unterschiedliche Vorstellungen verbunden werden, die vom Rückkauf von Gesellschaftsanteilen oder ganzer Gesellschaften über die Gründung neuer öffentlicher Unternehmen bis zum Auslaufen von Konzessionsverträgen¹⁷ reichen können. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Ausgangsbedingungen in den Sektoren der Daseinsvorsorge zum Teil sehr unterschiedlich sind. Während bei der kommunalen Energieversorgung in der von *Lenk/Rottmann/Albrecht* durchgeführten Untersuchung in rund drei Viertel der befragten Kommunen private Eigentümer vertreten sind, befänden sich die Wasserversorgung, die Abfallentsorgung und der Öffentliche Personennahverkehr überwiegend in kommunalem Eigentum. Dies wirkt sich offensichtlich nicht unerheblich auf die politischen Überlegungen zur Rekommunalisierung aus. Für die Energieversorgung hat immerhin rund ein Drittel der befragten Kommunen angegeben, dass sie sich eine Rekommunalisierung vorstellen können. Konkrete Maßnahmen werden allerdings nur von 16 % der Kommunen geplant. Dieser Wert ist im Vergleich mit den anderen drei untersuchten Sektoren (Wasserversorgung, Abfallentsorgung, Öffentlicher Personennahverkehr), in denen es nur eine sehr geringe Bereitschaft gibt, über Rekommunalisierungen nachzudenken, allerdings relativ hoch.¹⁸

Bei den Gründen für eine mögliche Rekommunalisierung überwiegt in der Untersuchung von *Lenk/Rottmann/Albrecht* der Wunsch der Städte und Gemeinden, den kommunalen Einfluss auf die Leistungserstellung zu stärken. Andere Gründe (wie z. B. hohe Transaktionskosten oder Zielkonflikte zwischen privaten und öffentlichen Akteuren) scheinen eher unwichtig zu sein. Weitgehend unklar bleibt allerdings, woher die finanziellen Mittel für Rekommunalisierungen –

16 *Lenk/Rottmann/Albrecht*, Renaissance der Kommunalwirtschaft – Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen, 2011.

17 Siehe speziell zu Konzessionsverträgen *VKU Verband kommunaler Unternehmen e.V.*, Stadtwerke der Zukunft IV: Konzessionsverträge, Handlungsoptionen für Kommunen und Stadtwerke, o. J.

18 Vgl. zu den genauen Werten *Lenk/Rottmann/Albrecht*, Renaissance (Fn. 16), S. 16ff.; dieser Befund korrespondiert hinsichtlich der Energieversorgung mit anderen Analysen – wie z. B. von *Wollmann*, From public sector-based to privatized service provision – and reverse? Service Provision in European Countries between State, Local Government and Market, 2011; *ders.*, From public to private and return? Discourse swings forth and back on public service provision, 2011.

insbesondere in den Fällen, in denen an einen Rückkauf von Gesellschaftsanteilen gedacht wird – kommen sollen. Dass insbesondere jene Gebietskörperschaften, die Haushaltsdefizite zu verzeichnen haben, verstärkt darüber nachdenken, Gesellschafteranteile von Unternehmen der Daseinsvorsorge zurück zu kaufen, deutet darauf hin, dass es sich bei vielen Rekommunalisierungsüberlegungen mehr um Wunschdenken als um eine realistische politische Option handelt. Außerdem ist – trotz managementorientierten Reformen auf der kommunalen Ebene und trotz der Formulierung von Corporate-Governance-Konzepten für öffentliche Unternehmen, deren handlungsleitende Maximen sowohl zu einer besseren internen Führung als auch zu einer besseren externen Steuerung und Kontrolle dieser Unternehmen durch die Gebietskörperschaften führen sollen – zu bezweifeln, dass Kommunalpolitik und -verwaltung inzwischen besser in der Lage sind, ihre Beteiligungen in Bezug auf politische Sachziele effektiv so zu steuern, wie die OECD dies für Staatsbetriebe postuliert hat: „The state should act as an informed and active owner and establish a clear and consistent ownership policy, ensuring that the governance of state-owned enterprises is carried out in a transparent and accountable manner, with the necessary degree of professionalism and effectiveness“.¹⁹

Insgesamt deuten die bislang vorliegenden empirischen Daten nicht darauf hin, dass wir es – trotz bemerkenswerten Einzelfällen²⁰ – mit einem überwältigenden Trend zur Rekommunalisierung und einem erneuten Pendelausschlag in Richtung „öffentliches Eigentum“ zu tun haben. Augenblicklich ist noch wesentlich mehr „Talk“ als „Action“ zu verzeichnen, wobei allerdings nicht auszuschließen ist, dass der politische Druck steigen wird, die für die Bevölkerung lebenswichtigen Leistungen der Daseinsvorsorge dem privaten Renditekalkül mehr und mehr zu entziehen.

19 OECD, OECD Guidelines on the Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2005, S. 5.

20 Siehe z. B. den Beitrag von Schäfer, Rekommunalisierung – Fallstricke in der Praxis, in diesem Band.

V. Privatisierung versus Kommunalisierung – eine überholte Debatte!

Die bei den institutionellen Arrangements nach wie vor zu konstatierende Vielfalt – als Ausdruck funktional äquivalenter Organisationsformen – kann als Indiz dafür genommen werden, dass „öffentlich“ nicht grundsätzlich besser ist als „privat“. Das Gleiche gilt natürlich auch umgekehrt.²¹ Besonders problematisch sind Privatisierungen ohne die gleichzeitige Einführung von Wettbewerbsstrukturen, weil die dabei entstehenden privaten Monopole weder über den Markt noch von der Politik wirksam kontrolliert werden können. Angesichts dieses Befundes ist deshalb zu fragen, ob das Eigentum für ein erfolgreiches Wirtschaften von Unternehmen überhaupt noch von signifikanter Erklärungskraft ist und ob deshalb die in dieser Debatte vorgenommene Fokussierung auf das Eigentum nicht längst überholt ist. Im Kontext der Daseinsvorsorge hat das Eigentum – als eine die Ordnungspolitik konstituierende Größe – eine Bedeutung, die ihm bei näherer Untersuchung von Entscheidungsprozessen in Unternehmen nicht zukommt.²² Ordnungspolitisch viel entscheidender als die Frage nach dem Eigentum – und der daraus folgenden Befürwortung oder Ablehnung von Privatisierungen – ist die Frage, wie Wettbewerbsstrukturen und Regulierungsregimes geschaffen werden können, in denen öffentliche und private Unternehmen bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zum Wohle der Gesellschaft und der Bürger („citizen value“) arbeiten können, ohne dass es dabei zu Fehlallokationen, Effizienzeinbußen oder Machtmissbrauch kommt.

Daraus folgt, dass man private Anbieter, wenn sie öffentliche Aufgaben übernehmen, nicht sich selbst überlassen kann, sondern sie wirksam steuern und regulieren muss. Hierauf hat *Yarrow* schon frühzeitig hingewiesen und geschlussfolgert, „that competition and regulatory

21 So kommen etwa *Cavaliere* und *Scabrosetti*, *Privatization and Efficiency: From Principals and Agents to Political Economy*. FEEM Working Paper No. 99.06., 2006, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=914476>, bei ihrer Auswertung der theoretischen ökonomischen Literatur zum Thema Privatisierung und Effizienz zu keiner eindeutigen Aussage bezüglich der Vorteilhaftigkeit privater gegenüber öffentlicher Produktion – zit. nach *Haug*, *Privatisierung kommunaler Leistungen – Erfolgs- und Misserfolgskriterien für die Entstaatlichung kommunaler Leistungen*, in: Sackmann/Jonda/Reinhold (Hrsg.), *Demographie* (Fn. 13), S. 164; siehe auch *Mühlenkamp*, *Öffentliche Unternehmen aus der Sicht der Neuen Institutionenökonomik*, *ZöGU* 2006, S. 390ff.

22 Siehe *Röber*, *Über einige Mißverständnisse in der verwaltungswissenschaftlichen Modernisierungsdebatte: ein Zwischenruf*, in: Reichard/Wollmann (Hrsg.), *Kommunalverwaltung im Modernisierungsschub?*, 1996, S. 98 (100f).

policy are more important determinants of economic performance than ownership per se”²³. In dieselbe Richtung weisen auch andere Untersuchungen, in denen Erfolge von Privatisierungen nur unter der Bedingung ermittelt werden konnten, dass der Staat nicht zurückgedrängt und geschwächt wird, sondern dass er in der Lage ist, Spielregeln festzulegen und diese – wenn es sein muss – auch durchzusetzen, und er darüber hinaus auch auf soziale Ausgewogenheit achtet.²⁴ Dementsprechend stellt *Hoffmann-Riem* völlig zu Recht fest, dass die Kombination von Privatisierung und Deregulierung in die falsche Richtung geht und es stattdessen neuer Regulierungen („Reregulierungen“) bedarf.²⁵ Damit wird zugleich zum Ausdruck gebracht, dass die vorgebliche Alternative von Markt oder Staat konzeptionell in die Irre führt, weil es sich beim Markt um ein Steuerungsmedium und beim Staat um einen „Eigentumstitel“ handelt, die nicht miteinander vermengt werden dürfen.

Wenn die Diskussion über die Zukunft der Daseinsvorsorge auf die Eigentumsfrage beschränkt wird und Fragen des Wettbewerbs und der Regulierung ausgeblendet werden, dann wächst die Gefahr, dass letztlich nur ordnungspolitische Glaubensbekenntnisse ausgetauscht werden, in denen auf der einen Seite das altbekannte Klischee von der effektiven Privatwirtschaft und den unwirtschaftlichen öffentlichen Unternehmen aufgewärmt und auf der anderen Seite die öffentliche Wirtschaft romantisch verklärt wird.

Deshalb kann es bei der Rekommunalisierung nicht darum gehen, einfach die „Eigentumsschraube zurückzudrehen“. Damit liefe man Gefahr, zu den Zuständen zurückzukehren, die maßgeblich dazu beigetragen haben, dass öffentliche Unternehmen unter Privatisierungsdruck geraten sind. Die wahrscheinliche Folge hiervon wäre, dass das Pendel irgendwann wieder genau in die andere Richtung schlägt. Außerdem begäbe man sich mit einem solchen Vorgehen einiger Gestaltungsmöglichkeiten, die als institutionelle Arrangements im Rahmen des Public Management zur Verfügung stehen. Aus dem Grunde muss die Debatte über die Zukunft der Daseinsvorsorge wesentlich differenzierter geführt werden.²⁶

23 *Yarrow*, *Privatization in Theory and Practice*, *Economic Policy*, 1986, S. 323 (325).

24 Siehe hierzu v. *Weizsäcker/Young/Finger*, *Privatisierung* (Fn. 15), mit ihrer aufschlussreichen Studie für den Club of Rome.

25 Vgl. *Hoffmann-Riem*, *Tendenzen der Verwaltungsrechtsentwicklung*, *DÖV* 1997, S. 433ff.

26 Einen interessanten und hilfreichen Anstoß hierfür hat z. B. der Deutsche Städte- und Gemeindebund mit seinen Zukunftskongressen in den Jahren 2007 und 2008 gegeben, auf denen über die Frage „Braucht Deutschland eine (Neu-)Definition der Daseinsvorsorge?“ diskutiert wurde.

VI. Anregungen aus dem Public Management

Geht man davon aus, dass die Existenzberechtigung öffentlicher Unternehmen mit ihrer Instrumentalfunktion für die Gesellschaft begründet wird, dann heißt dies, dass Städte und Gemeinden die Möglichkeit haben (müssen), öffentliche Aufgaben mit Hilfe eigener Unternehmen so zu erfüllen, dass auch bei den Aufgaben der Daseinsvorsorge politische Ziele wie zum Beispiel Versorgungssicherheit und Leistungen zu bezahlbaren Preisen erreicht werden können. Bei öffentlichen Unternehmen geht es demzufolge – im Gegensatz zu den in der Privatwirtschaft primär am Shareholder Value ausgerichteten Entscheidungskriterien – darum, für die Bürgerinnen und Bürger einen Mehrwert zu erwirtschaften („citizen value“) und damit einen Beitrag zum Gemeinwohl einer Gesellschaft zu leisten.²⁷

Wenn nun durch die Öffnung und Deregulierung des europäischen Marktes für (öffentliche) Dienstleistungen Monopole kommunaler Versorgungsunternehmen aufgebrochen werden und auf Grund des daraus resultierenden Wettbewerbsdrucks auch in öffentlichen Unternehmen eine stärker am Modell des erfolgsorientierten Handelns im erwerbswirtschaftlichen Sinne ausgerichtete, marktliche Unternehmenssteuerung erfolgt, dann kann dies dazu führen, dass sich öffentliche Manager stärker am Gewinnziel orientieren²⁸ und die Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen geschwächt und ihre Legitimation untergraben wird.²⁹

Daraus folgt aber nicht, dass der mit der Einrichtung öffentlicher Unternehmen ursprünglich verfolgte Zweck, Aufgaben der Daseinsvorsorge zu sichern, aufgegeben werden muss und die Idee der Instrumentalfunktion bedeutungslos wird. Dies wäre nur dann der Fall, wenn man davon ausgeht, dass der öffentliche Zweck und die angestrebten politischen Wirkungen einzig und allein mit öffentlichen Unternehmen erreicht werden können. Diese Schlussfolgerung ist aber

27 Begriffe wie „Gemeinwohl“ oder Allgemeininteresse sind allerdings immer leerformelverdächtig, weil sie inhaltlich sehr unterschiedlich interpretiert und konkretisiert werden können und demzufolge immer im Spannungsfeld politischer Interessen stehen; siehe auch *Schuppert*, *Gemeinwohl*, das. Oder: Über die Schwierigkeiten, dem Gemeinwohlbegriff Konturen zu verleihen, in: *Schuppert/Neidhardt* (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 2002, S. 19ff.

28 Vgl. *Machura*, *Die Gemeinde als Unternehmer*, Betrachtungen zum Steuerungsverhalten der Kommunen gegenüber ihren Unternehmen und zum Modell „Konzern Stadt“, *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 1996, S. 533 (539).

29 Vgl. *Edeling*, *ZögU* 2002, S. 127 (160); *Röber*, *Die Sphäre des Politischen – ein blinder Fleck in der Public Corporate Governance?*, *Sonderheft ZögU* 2008, S. 57 (66).

alles andere als zwingend. Stattdessen muss gefragt werden, welche funktionalen (organisatorischen) Äquivalente zur Verfügung stehen, um den Zweck, der mit der Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen angestrebt wird, unter den veränderten Rahmenbedingungen der Marktöffnung und des Wettbewerbs sichern zu können.

Für die Diskussion über funktionale Äquivalente kann der konzeptionelle Bezugsrahmen des Gewährleistungsmodells genutzt werden, der eine im Vergleich zur bisherigen Diskussion wesentlich differenziertere Behandlung des Rekommunalisierungsthemas gestattet. Die Grundidee des Gewährleistungsmodells³⁰ besteht darin, dass die Kommune die Erfüllung eines bestimmten Angebots an öffentlichen Leistungen sicherstellt, ohne dass diese notwendigerweise von kommunalen Einrichtungen selber erbracht werden müssen. Daraus folgt, dass die Kommune nicht mehr als monolithische Einheit betrachtet werden kann, sondern in ihren unterschiedlichen Rollen als Auftraggeber bzw. Besteller und als Auftragnehmer bzw. Produzent öffentlicher Aufgaben und Leistungen gesehen werden muss.

Bevor über organisationspolitische Optionen nachgedacht und entschieden wird, ist zunächst allerdings zu klären, was zum Kanon der öffentlichen Aufgaben gehören soll. Im Prinzip geht es um die Frage der Breite des öffentlichen Leistungsprogramms, das heißt um das, was zum Aufgabenportfolio der Kommune gehören soll. Hierfür gibt es keine „objektiven“ Kriterien, die gleichsam naturrechtlich aus dem Gemeinwohl abgeleitet werden können. Was zum Kanon öffentlicher Aufgaben gehört, muss im demokratischen Diskurs und Willensbildungsprozess geklärt und letztlich von politisch legitimierten Mehrheiten in Bezug auf politische Ziele (wie z. B. demokratische, rechtsstaatliche, wirtschaftliche, sozialstaatliche oder ökologische Ziele) entschieden werden. Bei diesen Entscheidungen geht es um die Sinnhaftigkeit und die Effektivität öffentlicher Programme und Leistungen („doing the right things“). Dabei können dann – im Umkehrschluss – solche Aufgaben aussortiert werden, die überflüssig sind, weil es für sie keinen gesellschaftlichen Bedarf mehr gibt. Außerdem hat die kritische Durchleuchtung des öffentlichen Aufgabenportfolios den Effekt, dass jene Programme und Leistungen herausgefiltert werden können, die

30 Vgl. hierzu die grundlegenden und stilbildenden Arbeiten von *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen, DV 1998, S. 415ff.; *ders.*, Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, 1999; *ders.*, Verwaltungswissenschaft, 2000; *ders.*, Der Gewährleistungsstaat – ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005.

von anderen Anbietern – seien es öffentliche oder gemeinwirtschaftliche oder auch private – ohnehin schon angeboten werden.

Erst wenn über die Breite des öffentlichen Aufgabenspektrums entschieden wurde, ist es zweckmäßig, darüber zu diskutieren, mit welchen institutionellen Arrangements einzelne dieser Aufgaben am besten wahrgenommen werden können, weil es nicht sinnvoll wäre, über eine Optimierung von Aufgaben nachzudenken, die ohnehin überflüssig sind oder die nach einer materiellen Privatisierung von privaten Einrichtungen auf eigenes Risiko und auf eigene Rechnung angeboten bzw. bearbeitet werden.³¹

Aus der Perspektive des Public Management geht es dabei primär um die Frage, mit welchen institutionellen Arrangements bestimmte Leistungen, Aufgaben oder Aufgabenbündel am effizientesten und am effektivsten gesteuert und erledigt werden können („doing the things right“). Hierbei greift man – unter dem Stichwort der Leistungstiefenpolitik³² – auf Kategorien der ökonomischen Institutionentheorie zurück. Leistungstiefe heißt, dass jede öffentliche Aufgabe aus einer Wertschöpfungskette mit einer mehr oder weniger großen Zahl von vor- und nachgelagerten Teilprozessen besteht.³³ Für jeden dieser Teilprozesse kann geprüft und entschieden werden, wer die Leistung erstellen und die Verantwortung hierfür übernehmen soll. Generell wird in *Gewährleistungs-, Vollzugs-, Finanzierungs- und Auffang- bzw. Rückholverantwortung* unterschieden.³⁴

Damit stehen Städten und Gemeinden im Bereich der Daseinsvorsorge für Aufgaben insgesamt oder für einzelne Teile der Leistungsprozesskette unterschiedliche organisationspolitische Optionen zur Verfügung, die sich metaphorisch als konzentrische Kreise charakterisieren

31 Diese Systematik entspricht der Unterscheidung in Zweck- und Vollzugskritik im Konzept der Aufgabenkritik; vgl. hierzu *KGSt – Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung*, Aufgabenkritik, Bericht Nr. 21/1974.

32 Vgl. *Naschold/Budäus/Jann u. a.*, Leistungstiefe im öffentlichen Sektor, Erfahrungen, Konzepte, Methoden, 1996.

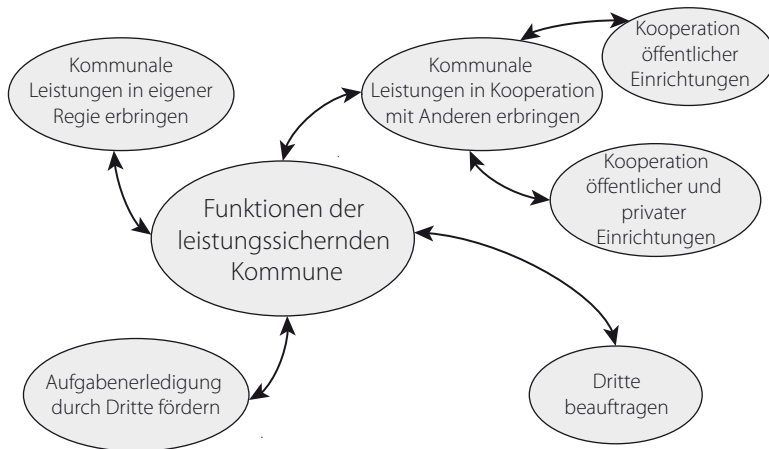
33 Siehe *Brüggemeier*, Gestaltung und Steuerung öffentlicher Leistungsnetzwerke im Kontext von Electronic Government, in: Reichard/Scheske/Schuppan (Hrsg.), *Das Reformkonzept E-Government*, 2004, S. 188ff.; *ders.*, Neue Perspektiven und Forschungsbedarf für einen aufgeklärten Gewährleistungsstaat auf der Basis von E-Government, *Verwaltung & Management* 2007, S. 79ff.

34 Vgl. *Schuppert*, Der Gewährleistungsstaat (Fn. 30); siehe auch *Reichard*, Das Konzept des Gewährleistungsstaates, in: *Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft* (Hrsg.), *Neue Institutionenökonomik, Public Private Partnership, Gewährleistungsstaat*, 2004, S. 48ff., und *Röber*, Aufgabenkritik im Gewährleistungsstaat, in: v. Bandemer/Blanke/Nullmeier u. a. (Hrsg.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*, 3. Aufl. 2005, S. 84ff.

lassen, welche um die klassische staatliche und kommunale Kernverwaltung gezogen werden können.³⁵

Der innere Kreis enthält alle Erscheinungsformen verselbständigter Verwerkeinheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Der nächste Kreis umfasst Betriebe und Anstalten in öffentlicher Rechtsform mit eigener Rechtspersönlichkeit, gefolgt von halbstaatlichen und gemeinnützigen Unternehmen und Organisationen der Zivilgesellschaft. Der äußere Ring wird schließlich von privaten erwerbswirtschaftlichen Unternehmen gebildet, die öffentliche Leistungen für einen bestimmten Zeitraum erbringen, für die der Staat oder die Kommune aber nach wie vor die Gewährleistungsverantwortung übernehmen. Über diesen äußeren Kreis hinausgehende institutionelle Arrangements führen zur Form der materiellen Privatisierung, bei der eine zuvor öffentliche Aufgabe vollständig und endgültig auf private Anbieter übertragen wird, für die der Staat oder die Kommune dann aber auch nicht mehr die Gewährleistungsverantwortung übernehmen.

Das daraus entstehende Geflecht kann graphisch wie folgt dargestellt werden:



Quelle: KGSt – Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement, *Kommunale Organisationspolitik – Teil I*, 2010, S. 9.

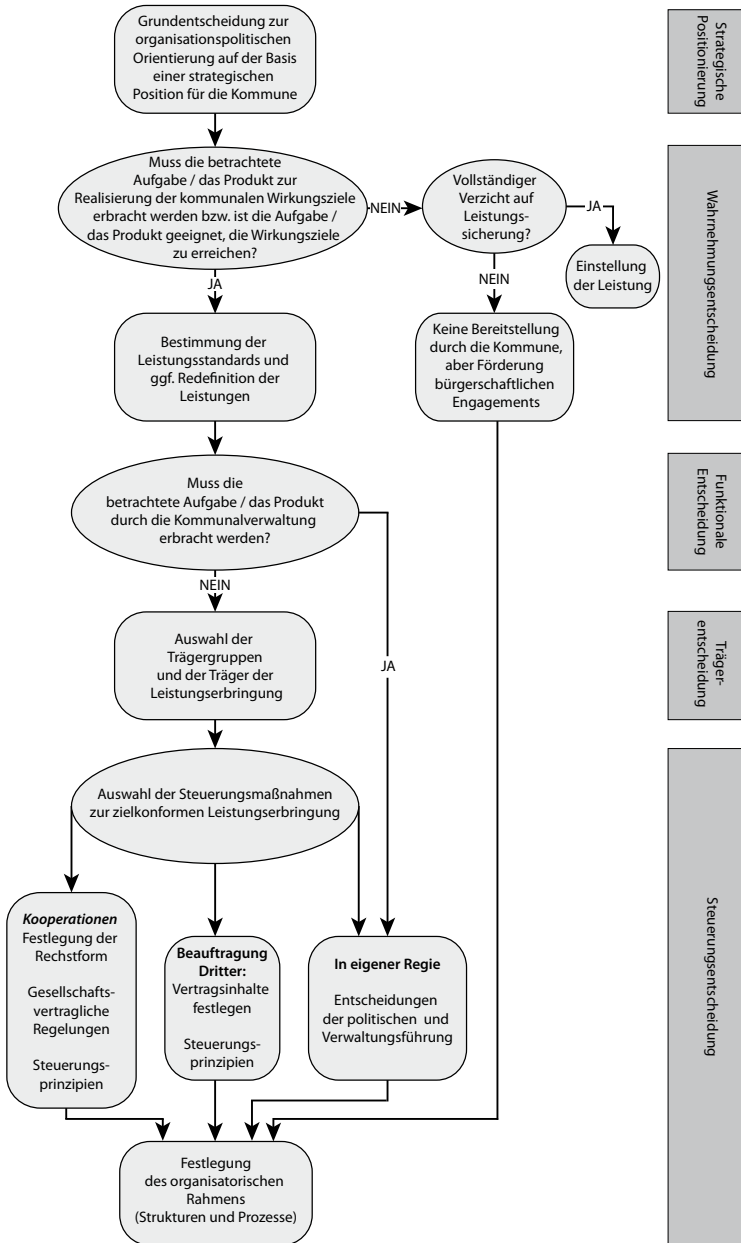
³⁵ Vgl. Reichard/Röber, Verselbständigung, Auslagerung und Privatisierung, in: Blanke/Nullmeier/Reichard u. a. (Hrsg.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*, 4. Aufl. 2010, S. 168ff.

Die Entscheidung über angemessene institutionelle Arrangements für einzelne Aufgaben der Daseinsvorsorge ist das Ergebnis eines mehrstufigen Entscheidungsprozesses, der idealtypisch aus folgenden Phasen besteht³⁶: In der *ersten* Phase geht es um die strategische Positionierung, in der eine Grundentscheidung über die organisationspolitische Orientierung zu treffen ist (z. B. „Kommune als Gewährleistungskommune“ oder „Kommune als Leistungskommune“). In der *zweiten* Phase wird gefragt, ob eine bestimmte Aufgabe oder Leistung erforderlich ist, um die angestrebten kommunalen Wirkungsziele zu erreichen. Wird diese Frage verneint, ist zu klären, ob die Leistung komplett eingestellt werden soll oder ob sie von zu unterstützenden bürgerschaftlichen Initiativen weitergeführt werden kann. Wird die Frage bejaht, müssen zunächst Leistungsstandards definiert werden. Danach ist in der *dritten* Phase zu prüfen, ob die Leistung von der Kommune selbst erbracht werden muss. Ist dies der Fall, erhalten wir eine In-House-Lösung. Ist dies nicht der Fall, dann hat die Kommune die Möglichkeit, unter den infrage kommenden Trägern diejenigen zu wählen, der am besten in der Lage ist, die Leistung zu den definierten Leistungsstandards zu erbringen. Damit wird der Möglichkeitsraum institutioneller Arrangements aufgespannt, der daraus besteht, dass

- Dritte (private erwerbswirtschaftliche oder gemeinnützige Einrichtungen) beauftragt oder in einem Ausschreibungswettbewerb ermittelt werden,
- mit Dritten kooperiert wird (ÖPP oder ÖÖP) oder
- eine eigene kommunale Einrichtung den Auftrag erhält, diese Leistung anzubieten.

Für jedes dieser Arrangements müssen schließlich Steuerungsprinzipien festgelegt werden, um laufend überwachen zu können, ob die vereinbarten Leistungsziele eingehalten werden, und um im Falle von Zielabweichungen korrigierend eingreifen zu können.

36 Vgl. zum Folgenden *KGSt – Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement, Kommunale Organisationspolitik – Teil I*, 2010, S. 23.



Quelle: KGSt – Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement, Kommunale Organisationspolitik – Teil I, 2010, S. 23.

Mit einem solchen Konzept der Verantwortungsstufung und Verantwortungsteilung besteht die Möglichkeit, auf die in der Bevölkerung vorherrschenden Befürchtungen über eine zunehmende Privatisierung differenziert zu reagieren, weil Aufgaben der Daseinsvorsorge im Gewährleistungsmodell im Falle der Einbeziehung von privaten Leistungsanbietern nicht in toto infrage gestellt und komplett aus der öffentlichen Verantwortung entlassen werden. Die Kommune bleibt in der Pflicht zu gewährleisten, dass öffentliche Aufgaben ordnungsgemäß erfüllt werden, ohne jedoch bei allen Teilprozessen zugleich auch für die Durchführung (und ggf. auch für die Finanzierung) zuständig und verantwortlich zu sein. Lediglich bei nicht ordnungsgemäßer Erfüllung der Leistung durch Dritte ist die Kommune verpflichtet, subsidiär einzuspringen und diese Leistung selber zu erbringen.

VII. Abschließende Bemerkung

Im Kontext des Gewährleistungsmodells geht es demzufolge beim Thema „Rekommunalisierung“ zunächst darum, jene Aufgaben zu bestimmen, die aufgrund ihrer strategischen Relevanz auf jeden Fall von öffentlichen Einrichtungen wahrgenommen werden sollen, und bei den öffentlichen Aufgaben, deren Wahrnehmung privaten Anbietern übertragen wurde, zu prüfen, ob sie wieder in öffentliche Regie überführt werden sollen. Diese Überprüfung sollte (z. B. auch mit Hilfe von Wettbewerbsmechanismen in Form von Ausschreibungen) „ergebnisoffen“ erfolgen, um zu ermitteln, welcher Anbieter am besten geeignet ist, Leistungen in Bezug auf klar definierte Qualitätsstandards am kostengünstigsten zu erbringen. Städte und Gemeinden sind deshalb gut beraten, nach sorgfältiger Prüfung in jedem Einzelfall zu entscheiden, welche öffentlichen Aufgaben sie mit eigenen Unternehmen erledigen wollen und für welche dieser Aufgaben private Anbieter herangezogen werden können.

Dieses Verfahren unterscheidet sich gravierend von der simplen Entscheidungsalternative „öffentlich“ oder „privat“. In den meisten Fällen werden sich Rekommunalisierungen, über die auf der Grundlage des Gewährleistungsmodells als konzeptionellem Bezugsrahmen entschieden wird, auf die Dimension der Vollzugsverantwortung und letztlich darauf beziehen, frühere „funktionale Privatisierung(en) der operativen Leistung“³⁷ rückgängig zu machen, weil die Gesamtverantwortung für

37 *Verbücheln*, Difu-Papers 2009 (Fn. 8), S. 5.

Aufgaben der Daseinsvorsorge (im Sinne der Gewährleistungsverantwortung) bei den meisten Privatisierungen der letzten Jahre ohnehin bei den demokratisch legitimierten politischen Repräsentanten der Kommune verblieben ist. Für die Instrumentalfunktion der Öffentlichen Wirtschaft folgt daraus, dass diese nicht mehr (allein) institutionell von öffentlichen Unternehmen, sondern auch funktional im Sinne der Gewährleistungsverantwortung gesichert werden kann.

Hieraus können neue Governance-Strukturen entstehen, in denen öffentliche, gemeinwirtschaftliche und erwerbswirtschaftliche Institutionen in Form von Netzwerken an der Erstellung von Leistungen der Daseinsvorsorge beteiligt sind. Solche Netzwerke bieten vor allem auf der Ebene von Kommunen und Regionen die Chance, neue Modelle der Zusammenarbeit bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zu entwickeln, die leistungsfähiger sind als die traditionellen bürokratischen Arrangements. Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass diese Ausdifferenzierung der Leistungserstellung im öffentlichen Sektor zu erheblich höheren Anforderungen an die Steuerung der Leistungsprozesse in der lokalen Ver- und Entsorgung führt, denen augenblicklich nur die wenigsten Gebietskörperschaften gerecht werden. Für den weiteren Reformprozess im öffentlichen Sektor heißt dies, den auf organisationsinterne Strukturen und Steuerung gerichteten Fokus bisheriger Reformansätze zu überwinden und neue netzwerkorientierte Managementsysteme für die bislang vernachlässigten organisationsübergreifenden Leistungsprozesse zu entwickeln.³⁸

Prof. Dr. Manfred Röber ist Inhaber des Lehrstuhls für Verwaltungsmanagement/New Public Management an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Leipzig.

38 Vgl. hierzu *Brüggemeier/Röber*, Auf dem Weg zu einem neuen Produktionsregime? Eine Analyse des Zusammenhangs von Steuerung und Arbeitsorganisation im öffentlichen Sektor, in: Koch/Conrad/Lorig (Hrsg.), *New Public Service, Öffentlicher Dienst als Motor der Staats- und Verwaltungsmodernisierung*, 2. Aufl. 2010, S. 213ff.

Konzessionsverträge – Handlungsoptionen für Kommunen

Sebastian Kunze

I. Einleitung – Befundnahme

Konzessionsverträge gemäß §46 Abs. 2 EnWG werden zwischen Gemeinden und Strom- bzw. Gasnetzbetreibern geschlossen und berechtigen den Netzbetreiber, die öffentlichen Verkehrswege in der Gemeinde für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, zu benutzen. Tausende dieser Konzessionsverträge laufen bundesweit innerhalb der nächsten Jahre aus. Nahezu flächendeckend enden die Anfang der Neunziger Jahre insbesondere in den neuen Bundesländern abgeschlossenen Konzessionsverträge, bei denen für gewöhnlich eine Laufzeit von 20 Jahren vereinbart wurde. Allerdings ist festzustellen, dass die ansässigen Regionalversorgungsunternehmen bei einer Vielzahl der Verträge von der Möglichkeit eines vorzeitigen Neuabschlusses gemäß §46 Abs. 3 Satz 3 EnWG Gebrauch gemacht haben und daher die anstehenden Neuabschlüsse von Konzessionsverträgen nicht in dem Umfang zur Debatte stehen, wie er von der Politik gemeinhin dargestellt wird. Dies soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass viele Konzessionsverträge in den nächsten Jahren dennoch ihr Ende finden und viele Kommunen vor der Frage stehen, wie sie den Betrieb der örtlichen Strom- und Gasverteilnetze organisieren wollen. Hinzu kommt, dass es – anders als noch vor drei oder vier Jahren – mittlerweile einen regen Wettbewerb um Konzessionen gibt und es daher auch in kleineren Gemeinden eher die Regel als die Ausnahme ist, dass sich zwei oder mehr Unternehmen um eine Konzession bewerben.

In den letzten ein bis zwei Jahren ist in der Öffentlichkeit vermehrt von einem sogenannten „Trend zur Rekommunalisierung“ die Rede. Insbesondere in Bezug auf den Betrieb des Strom- bzw. Gasverteilnetzes vor Ort wird in diesem Zusammenhang die Frage aufgeworfen,

ob die Kommune nach Auslaufen des Konzessionsvertrages das Netz kaufen und selbst betreiben soll. Die Gründe für solche Überlegungen sind vielfältig. Einfluss auf die örtliche Infrastruktur, Förderung erneuerbarer Energien, Einfluss auf die Strompreise und nicht zuletzt Gewinnerwartungen sind Argumente, die in der Diskussion häufig eine Rolle spielen.

II. Vorüberlegungen der Rekommunalisierungsentscheidung in der Energiewirtschaft

Doch zunächst, und dies wird nach meiner Wahrnehmung in den wenigsten Kommunen gemacht, ist zu klären, was konkret mit einer möglichen kommunalen Betätigung im Bereich der Energiewirtschaft realisiert werden soll und ob das gewählte Segment dazu grundsätzlich geeignet ist.

1. Zieldreieck der Energiepolitik

Ausgangspunkt für diese Überlegungen kann das sogenannte Zieldreieck der Energiepolitik sein, welches die drei Aspekte Versorgungssicherheit, Wirtschaftlichkeit und Umweltverträglichkeit zueinander in Beziehung setzt. Grundaussage dieses Modells ist, dass die drei Ziele der Energiepolitik – Versorgungssicherheit, Wirtschaftlichkeit und Umweltverträglichkeit – ausbalanciert sein müssen, denn bei jeder Fokussierung auf nur einen Aspekt leiden die beiden anderen Aspekte. Legt man beispielsweise den Fokus zu sehr auf die Wirtschaftlichkeit, leidet sowohl die Versorgungssicherheit als auch die Umweltverträglichkeit. Ziel einer ausgewogenen Energiepolitik ist es aber, alle drei Aspekte gleichmäßig zu berücksichtigen und eine Ausgewogenheit zu erreichen.

2. Ziele kommunaler Energiepolitik

Vor diesem Hintergrund muss sich die Kommune fragen, was Ziele der kommunalen Energiepolitik sein können. Im Bereich der Versorgungssicherheit spielen insbesondere die Netzqualität und Investitionen in das Netz eine Rolle; im Bereich der Wirtschaftlichkeit werden Gewinnabführung, Beteiligungserträge und ein eventueller Querverbund für die Kommune relevant sein. Unter dem Aspekt Umweltverträglichkeit

können für die Kommune die Erzeugung erneuerbarer Energien, der Bezug von Energie aus regenerativen Quellen sowie die Förderung von Energieeffizienz ausschlaggebend sein. Im klassischen Energiedreieck kann aus kommunaler Sicht neben den Absichten der kommunalen Energiepolitik der Aspekt, Dienstleister der Bürger zu sein, maßgebend sein. Die Gewährleistung kurzer Wege für den Bürger, Beratungsangebote für die Einwohner sowie der Einfluss auf die Energiepreise vor Ort sind dabei mögliche Anliegen.

3. Zuordnung der Ziele unter besonderer Berücksichtigung des Energiemarktes

Nachdem die Kommune die Ziele, die sie mit einem Engagement in der Energiewirtschaft realisieren will, herausgearbeitet hat, muss sie eruieren, in welchem Bereich der Energiewirtschaft diese Anliegen überhaupt umsetzbar sind.

Dazu sind grundsätzliche Kenntnisse über die heutige Struktur der Energiewirtschaft unverzichtbar. Die Energieversorgung lässt sich nach den tief greifenden gesetzlichen Veränderungen der letzten Jahre grundsätzlich in drei Felder aufteilen: Erzeugung, Netzbetrieb und Vertrieb. Im derzeitigen sogenannten „unbündelten“ Energiemarkt sind diese drei Bereiche völlig voneinander getrennt. Während bei der Erzeugung und dem Vertrieb wettbewerbliche Strukturen herrschen, stellt der Netzbetrieb ein natürliches Monopol dar. Daher unterliegen alle Netzbetreiber den Vorgaben der Bundesnetzagentur auf der Grundlage der Anreizregulierung. Der Netzbetreiber ist ein purer Dienstleister; er nimmt diejenige Energie, die in seinem Netzgebiet erzeugt wird, in sein Netz auf und schließt jeden Endverbraucher, der in seinem Netzgebiet Energie beziehen will, an das örtliche Verteilnetz an. Der Netzbetreiber hat jedoch weder Einfluss darauf, welche oder wieviel Energie in seinem Netzgebiet erzeugt wird noch darauf, welche oder wieviel Energie die Endverbraucher in seinem Netzgebiet verbrauchen. Der Netzbetreiber hat lediglich diskriminierungsfrei sein Netz zur Verfügung zu stellen.

Vor diesem Hintergrund muss jede sich energiewirtschaftlich betätigende Kommune ihre definierten Ziele dahingehend überprüfen, ob diese im Segment des Netzbetriebs realisierbar sind oder der Erzeugungs- oder Vertriebsbereich besser geeignet ist.

Bei genauer Analyse wird die Kommune feststellen, dass beispielsweise Umweltverträglichkeitsaspekte, wie die Erzeugung oder der Bezug regenerativer Energien, mit einer Betätigung im Netzbetrieb

keineswegs durchgesetzt werden können. Wie bereits oben dargestellt, sind Netzbetreiber zur Neutralität verpflichtet und bloße Dienstleister zwischen Erzeugung und Vertrieb. Der Netzbetreiber hat keinerlei Einfluss darauf, ob durch das Netz grüner, gelber oder andersfarbiger Strom fließt. Will die Kommune mit ihrem Engagement in der Energiewirtschaft primär Anliegen aus dem Umwelt- bzw. Klimaschutzsektor verfolgen, so ist beispielsweise der Erzeugungsbereich wesentlich besser geeignet als der Netzbetrieb. In diesem Fall kann die Kommune durch den Betrieb eigener Erzeugungsanlagen EEG-Strom produzieren, diesen in das Stromnetz einspeisen und die gesetzlich garantierte Einspeisevergütung dem kommunalen Haushalt zuführen. Sieht die Kommune die Versorgungssicherheit mit den Teilbereichen Netzqualität und Netzinvestition als ihren ureigenen Wirkungsbereich an, ist die Aktivität im Netzbetrieb die richtige Wahl.

Zusammenfassend ist demnach die Auswahl des Betätigungsfeldes in einem der drei Energiewirtschaftsbereiche davon abhängig, welche Absichten die Kommune durch ihr Engagement in der Energiewirtschaft verfolgen will.

4. Mythos Eigenkapitalrendite im Netzbetrieb und Strompreisregulierung

Ergänzend sei hinzugefügt, dass der Netzbetrieb – wie von einigen Beratern dargestellt – weder „die Keimzelle jeder energiewirtschaftlichen Betätigung der Kommune“ ist, noch eine Cash Cow eine Eigenkapitalrendite von 9 % für die Kommunen abwirft. Wie oben dargestellt, sind Erzeugung, Netzbetrieb und Vertrieb drei selbständige, völlig voneinander getrennte Bereiche. Die Kommune kann jederzeit, ohne Netzbetreiberin zu sein, eigene Erzeugungsanlagen errichten, Energie erzeugen und diese einspeisen. Ebenso kann die Kommune jederzeit im Bereich des Vertriebs tätig werden, Strom einkaufen und beispielsweise unter einem Stadtwerklabel Strom an Endkunden verkaufen. Für keine der beiden vorgenannten Aktivitäten ist der Netzbetrieb eine notwendige Grundlage.

Entgegen der Behauptung einschlägiger Berater ist eine Eigenkapitalrendite von 9,14 % für das gesamte Kapital im Netzbereich grundsätzlich nicht erzielbar. Unter Berücksichtigung der Vorschriften der Anreizregulierung und der Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur sind Renditen zwischen 3 % und 6 % eher realistisch. Höhere Renditen sind in der Regel nur dann zu erzielen, wenn die Effizienzvorgaben der Bundesnetzagentur überboten werden.

Die Möglichkeit der Einflussnahme des Netzbetreibers auf den Strompreis ist ebenso minimal. Bei der Höhe des Strompreises spielen verschiedene Komponenten eine Rolle. So schlagen Energieerzeugung und Vertrieb mit circa 38 % zu Buche. Die Netzkosten liegen bei circa 24 %, die restlichen 38 % sind staatliche Abgaben (EEG- und KWK-Umlage, Stromsteuer, Mehrwertsteuer und Konzessionsabgabe). Der Netzbetreiber kann lediglich die Netzkosten beeinflussen. Würde der Netzbetreiber beispielsweise die Netzkosten um sehr ambitionierte 10 % senken, würde dies den Gesamtstrompreis um lediglich 2,4 % verringern.

III. Konkrete Möglichkeiten der Konzessionsvergabe

Nach diesen Vorüberlegungen kommen wir nun zu den konkreten Möglichkeiten der Kommune in Bezug auf die Konzessionsvergabe. Wie immer im Leben gibt es dabei nicht nur schwarz und weiß, sondern dazwischen jede Menge Graufacetten. Im Falle der Konzessionsvergabe heißt das, dass es zwischen der Vergabe des Wegenutzungsvertrages an ein Energieversorgungsunternehmen, an dem die Kommune keine Anteile hält, und einem Vertragsabschluss mit eigenen 100 %-Stadtwerken eine Vielzahl von Beteiligungslösungen gibt, bei denen die Kommune je nach Gestaltung unterschiedliche Chancen und Risiken hat.

1. Wegenutzungsvertrag mit dem bisherigen Netzbetreiber

Mit dem wenigsten Aufwand für die Kommune ist sicherlich der Abschluss eines Wegenutzungsvertrages mit dem bisherigen Netzbetreiber verbunden. Aufgrund des mittlerweile herrschenden Wettbewerbs um Konzessionen sind die Regionalversorgungsunternehmen oftmals bereit, den Kommunen Vertragsbedingungen anzubieten, die erheblich besser als die bisherigen sind und die auch über die Regelungen der Musterverträge hinausgehen, welche die Energieversorger mit den kommunalen Spitzenverbänden vereinbart haben.

2. Wegenutzungsvertrag mit einem neuen Netzbetreiber

Eine weitere Möglichkeit ist der Abschluss eines Wegenutzungsvertrages mit einem anderen als dem bisherigen Energieversorgungsunternehmen. In diesem Falle erwirbt das neue Energieversorgungsunternehmen das Netzeigentum von dem bisherigen Netzbetreiber. Ob eine solche Konzessionsvergabe – abgesehen von Netzbereichserweiterungen eines benachbarten Stadtwerks – wirtschaftlich sinnvoll ist, darf zumindest angezweifelt werden. Das Energiewirtschaftsgesetz und die Konzessionsabgabenverordnung setzen enge Leitplanken für den Gestaltungsspielraum eines Wegenutzungsvertrages. Die derzeitige Vertragspraxis macht deutlich, dass die bisherigen Netzbetreiber bei entsprechender Konkurrenzsituation fast ausnahmslos Vertragsbedingungen anbieten, die denen der Mitbewerber entsprechen, die ein neues Konzessionsgebiet übernehmen wollen. Bei Vertragsbedingungen, die von den Regelungen des Energiewirtschaftsgesetzes und der Konzessionsabgabenverordnung abweichen, drohen kartell-, zivil- und strafrechtliche Konsequenzen für die Beteiligten.

3. Beteiligungsmodelle

Neben der Vergabe des Wegenutzungsvertrages an ein 100 % eigenes Stadtwerk kommen eine Vielzahl möglicher Beteiligungsmodelle in Betracht. Im Folgenden werden die drei gängigen Grundmodelle skizziert:

a) Klassisches Partnermodell

Beim klassischen Partnermodell gründet die Kommune zusammen mit einem Partner das Stadtwerk. Vertragsparteien des Wegenutzungsvertrages sind die Kommune und das Stadtwerk, das die Konzessionsabgabe an die Kommune zahlt. Das Stadtwerk ist bei diesem Modell Netzeigentümer, Netzbetreiber, Konzessionär und Betriebsführer. Für die Kommune besteht der Mehrwert gegenüber dem Abschluss eines Wegenutzungsvertrages mit einem Energieversorgungsunternehmen ohne kommunale Beteiligung einerseits darin, dass die Kommune in ihrer Funktion als Netzeigentümerin und Netzbetreiberin Einfluss auf die Gestaltung der örtlichen Infrastruktur nehmen kann. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass die Kommune im Rahmen einer Gewinnausschüttung aus dem Stadtwerk über die Konzessionsabgabe hinaus finanziell vom Netzbetrieb partizipieren kann. Dies setzt aber voraus, dass das Stadtwerk ein positives Jahresergebnis erwirtschaftet.

b) Dienstleistermodell

Typisch für das sogenannte Dienstleistermodell ist die Gründung einer Netzgesellschaft – die Netzeigentümerin, Netzbetreiberin und Konzessionärin ist – durch die Kommune und einen Partner. Da auch bei diesem Modell die Kommune und die Netzgesellschaft Vertragsparteien des Wegenutzungsvertrages sind, fließt die Konzessionsabgabe von der Netzgesellschaft zur Kommune. Im Unterschied zum klassischen Partnermodell ist die Betriebsführung aber aus der Netzgesellschaft ausgelagert. Über einen Dienstvertrag wird ein Betriebsführer eingebunden, der den Netzservice gewährleistet. Da beim Dienstleistermodell das operative Betriebsrisiko des Netzservices demnach ausgelagert wird, ist das unternehmerische Risiko für die Kommune im Vergleich zum klassischen Partnermodell beschränkt; allerdings sinken spiegelbildlich dazu auch die unternehmerischen Chancen der Kommune. Weist die Netzgesellschaft ein positives Jahresergebnis aus, ist aber auch hier im Rahmen einer Gewinnausschüttung aus der Netzgesellschaft ein über die Konzessionsabgabe hinausgehender Beitrag für den kommunalen Haushalt möglich.

c) Pachtmodell

Im Rahmen eines Pachtmodells gründet die Kommune zusammen mit einem Partner eine Eigentümergesellschaft, die sich lediglich auf ihre Eigentümerfunktion am Netz beschränkt. Die Eigentümergesellschaft schließt mit einer Netzbetreibergesellschaft einen Pachtvertrag ab, über den die Eigentümergesellschaft ein Pachtentgelt generieren kann. Die Netzbetreibergesellschaft nimmt – abgesehen von der Eigentümerfunktion – alle klassischen Funktionen eines Netzbetreibers wahr; sie ist Betriebsführerin, Konzessionärin und Netzbetreiberin. Den Wegenutzungsvertrag schließen die Kommune und die Netzbetreibergesellschaft ab; die Konzessionsabgabe fließt im Verhältnis Netzbetreibergesellschaft zur Kommune. Das Pachtmodell ist von den drei vorgestellten Modellen das mit den geringsten operativen Risiken, da sich die Eigentümergesellschaft lediglich auf ihre Funktion als Netzeigentümerin beschränkt. Liegt das mit der Netzbetreibergesellschaft als wesentliche Einnahmequelle der Eigentümergesellschaft vereinbarte Pachtgeld über den für die Eigentümergesellschaft anfallenden Kosten, ist auch hier ein positives Ergebnis und damit eine Gewinnausschüttung zugunsten der Kommune denkbar.

IV. Risiken der Rekommunalisierung

Eine Rekommunalisierung ist allerdings kein Allheilmittel. Im Folgenden werden daher einige wesentlich zu beachtende Risiken skizziert:

1. Kaufpreis, Entflechtungs- und Einbindungskosten

An erster Stelle ist das Kaufpreisrisiko zu nennen. Der abgebende Netzbetreiber verlangt für sein Netz in der Regel den sogenannten „Sachzeitwert“. Sämtliche Machbarkeitsstudien basieren jedoch stets auf dem sogenannten „Ertragswert“, welchen der Erwerber auch zu zahlen bereit ist. Zwischen Sachzeitwert und Ertragswert können bis zu 30 % Differenz liegen. Die Wirtschaftlichkeit der Netzübernahme hängt somit ganz wesentlich davon ab, welchen Kaufpreis der Erwerber für das Netz entrichten muss. Üblicherweise rechnet sich eine Netzübernahme bei Zahlung des Ertragswertes (zumindest auf dem Papier); bei Zahlung des Sachzeitwertes allerdings nicht. Welcher Kaufpreis für ein Verteilnetz letztendlich zu zahlen ist, wird in der Regel erst in aufwändigen Gerichtsverfahren geklärt, sodass der Erwerber erst nach Jahren des Rechtsstreites weiß, welchen Kaufpreis er für das Netz letztendlich zu entrichten hat.

Des Weiteren fallen Entflechtungs- und Einbindungskosten in nicht unerheblicher Höhe an, bei denen oftmals zu klären ist, wer diese Kosten zu tragen hat. Die Höhe der Erlösobergrenze, die Abnahmeverpflichtung für Dritteinspeisungen und der dafür erforderliche Netzausbau sowie die Gewährleistung der Versorgungssicherheit sind weitere Punkte, die im Rahmen einer Netzübernahme zu beachten sind.

2. Gewerbesteuer

Ein weiteres Argument der Rekommunalisierungsbefürworter ist oftmals die Gewerbesteuer, die im Rahmen einer Rekommunalisierung von dem neu gegründeten Stadtwerk an die Kommune zu zahlen ist. Hierzu muss man wissen, dass die beiden großen in Brandenburg tätigen Regionalversorger mit den zuständigen Finanzämtern eine Gewerbesteuererlegung vereinbart haben. Danach erhält jede Gemeinde einen bestimmten Anteil der Gewerbesteuer des Regionalversorgungsunternehmens, der an die Höhe des Anlagevermögens in der Gemeinde gekoppelt ist. Ob und in welcher Höhe ein neu gegründetes Stadtwerk,

insbesondere vor dem Hintergrund des zu finanzierenden Netzerwerbs, in den ersten Jahren des Bestehens Gewerbesteuer an die betreffende Kommune zahlen wird, ist aus meiner Sicht höchst ungewiss.

3. Personal

Fraglich ist nicht zuletzt, ob das neu gegründete Stadtwerk überhaupt in der Lage ist, qualifiziertes Personal für den Netzbetrieb zu rekrutieren und den administrativen Aufwand, der im Zusammenhang mit den Vorschriften der Anreizregulierung anfällt, schultern kann.

4. Keine Vergleichbarkeit mit früheren Stadtwerkegründungen

An dieser Stelle sei auch erwähnt, dass zwischen den Stadtwerkegründungen der Neunziger Jahre und den heutigen Stadtwerkeneugründungen erhebliche Unterschiede bestehen. Anders als in den Neunziger Jahren fallen zunächst Kosten für den Netzerwerb an. Die Stadtwerke, die Anfang der Neunziger Jahre gegründet wurden, bekamen auf der Grundlage des Kommunalvermögensgesetzes das Anlagevermögen kostenlos übereignet. Heutzutage fallen für den Netzerwerb nicht unerhebliche Kosten an (siehe IV. 1). Des Weiteren gehen die Vertriebskunden bei einem Netzerwerb nicht auf den neuen Netzbetreiber über. Vielmehr verbleiben sie bei ihren bisherigen Lieferanten. Mit Vollzug des Netzerwerbs hat ein neu gegründetes Stadtwerk somit nicht einen einzigen Vertriebskunden. Ein weiterer Unterschied zu den Neunziger Jahren besteht darin, dass die Netznutzungsentgelte nunmehr durch die Bundesnetzagentur reguliert werden und eine Gewinnerzielung damit nur in einem engen Rahmen stattfinden kann. Weitere Divergenzen ergeben sich aus der Abnahmeverpflichtung für regenerative Einspeisungen inklusive ihrer Abrechnung, der Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzbetriebs und dem derzeit ungleich umfangreicheren Rechtsrahmen. Aufgrund dessen sind Stadtwerkegründungen der Neunziger Jahre mit heutigen Stadtwerkeneugründungen nicht vergleichbar.

V. Auswirkungen regionaler Rekommunalisierungen

Zum Abschluss, und das liegt mir als Vertreter aller Städte und Gemeinden im Land Brandenburg besonders am Herzen, möchte ich den Blick auf die Auswirkungen von Rekommunalisierungen im regionalen Maßstab lenken.

Welche Auswirkungen regionale Rekommunalisierungen haben können, verdeutlicht folgendes Beispiel im Landkreis Havelland. Der Landkreis Havelland hat eine Fläche von 1.700 km² und 155.000 Einwohner. Mit einer durchschnittlichen Einwohnerdichte von 90 Einwohnern je Quadratkilometer liegt der Landkreis Havelland im Brandenburger Durchschnitt. Gründen die beiden größten Städte im Landkreis – die Städte Falkensee und Rathenow – nun eigene Netzgesellschaften und brechen damit aus dem bisher zusammenhängenden Netzgebiet heraus, gestaltet sich die Situation wie folgt:

Die Stadt Falkensee hat eine Fläche von 43 km² und 40.000 Einwohner, die Stadt Rathenow 105 km² und 26.000 Einwohner. Der Netzbetreiber des Landkreises Havelland verliert damit 9 % der Fläche seines Gebietes, aber 43 % der Einwohner! Durch das Herausbrechen der Städte Falkensee und Rathenow verbleibt dem bisherigen Netzbetreiber fast die gesamte bisherige Netzlänge, aber nur noch die Hälfte der Einwohner. Da die Netznutzungsentgelte über den Strompreis letztlich von den Einwohnern im Netzgebiet bezahlt werden, würden die Strompreise im ländlichen Raum steigen. Denn der Netzbetreiber muss seine nur unwesentlich verringerten Netzkosten auf wesentlich weniger Einwohner umlegen. Hinzu kommt, dass die Kosten, die im Zusammenhang mit dem Anschluss von EEG-Anlagen anfallen, nicht bundesweit solidarisiert werden. Vielmehr verbleiben sie im jeweiligen Netz und fließen dort in die Netznutzungsentgelte ein. Da der Anschluss von EEG-Anlagen primär im ländlichen Raum erfolgt, führt dies zu einer weiteren Steigerung der Netzkosten, die von immer weniger Netzkunden zu zahlen sind.

VI. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Kommune zuerst klären muss, welche energiepolitischen Ziele sie anstrebt. Erst im Anschluss kann festgelegt werden, auf welchem Gebiet der Energiewirtschaft sich die Kommune betätigen will. Für ein ökologisches Engagement der Kommune sind der Besitz und der Betrieb des örtlichen Stromnetzes keine Voraussetzung. Wenn sich die Kommune für den Netzbetrieb entscheidet, sollte sie verschiedene Modelle prüfen, potentielle Partner beteiligen und die Chancen und Risiken abwägen.

Sebastian Kunze ist Referatsleiter für Energie- und Kommunalwirtschaft beim Städte- und Gemeindebund Brandenburg.

Mehr Privat statt Staat! Diese Kampfformel galt vielen noch vor kurzem als Schlüssel zur erfolgreichen Entlastung der angespannten kommunalen Haushalte. Immer mehr Kommunen beschritten den vermeintlichen Königsweg. So vielfältig wie die Gegenstände sind auch die in der Verwaltungspraxis zu beobachtenden Erscheinungsformen der Privatisierung: Vermögensprivatisierung, Organisationsprivatisierung, Aufgabenprivatisierung mit facettenreichen Mischformen namentlich der Public Private Partnerships.

Zwar brachte der „Verkauf des Tafelsilbers“ den Kommunen kurzzeitig einen Geldsegen. Doch haben bei weitem nicht alle Privatisierungsmaßnahmen die in sie gesetzten Erwartungen erfüllt und es setzt sich zunehmend die Einsicht durch, dass die Privatwirtschaft nicht zwangsläufig besser, effizienter und kostengünstiger arbeitet als die öffentliche Hand. Inzwischen deutet sich im kommunalen Bereich eine klare Trendumkehr in Richtung Rekommunalisierung an.

Die 17. Fachtagung des Kommunalwissenschaftlichen Instituts (KWI) der Universität Potsdam greift in diese anlaufende Grundsatzdebatte ein und nimmt aktuelle Bestrebungen der Rekommunalisierung lokaler Aufgaben auf. Im Vordergrund stehen erste praktische Erfahrungen, Implementationsprobleme und nicht zuletzt die rechtlichen Rahmenbedingungen und normativen Direktiven für Rekommunalisierungen namentlich in Segmenten der öffentlichen Daseinsvorsorge.

KWI

Kommunalwissenschaftliches Institut

ISSN 1867-951X

ISBN 978-3-86956-170-7