



ANDRÁSSY
UNIVERSITÄT
BUDAPEST



NEMZETI
KÖZSZOLGÁLATI
EGYETEM
LUDOVIKA



Institut
für Ostrecht
Institute for East European Law

Összehasonlító jogi kutatóműhely:

„Jogi határvidékek: a magánjog és a közjog érintkezési pontjai
hibrid jogterületeken“

Rechtsvergleichende Forschungswerkstatt:

„Juristisches Grenzland: Die Berührungspunkte zwischen Privatrecht
und öffentlichem Recht in hybriden Rechtsgebieten“

8. számú Working Paper

Working Paper Nr. 8

Gerrit Manssen

Juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts bei der Erfüllung von kommunalen Aufgaben

(Közjogi és magánjogi jogi személyek szerepvállalása
az önkormányzati feladatok ellátása során)

November 2024

Vortrag auf der Tagung der Forschungswerkstatt

„Zwischen öffentlich und privat: die juristische Person in den Rechtsordnungen

Mitteleuropas zu Beginn des 21. Jahrhunderts

A köz és a magán határán: a jogi személy Közép-Európa jogrendszerében a 21. század
kedzetén“

1. Aufgabensysteme im deutschen Kommunalrecht

Die Kommunen in Deutschland sind wesentliche Träger für die Erfüllung öffentlicher Aufgabe. Das deutsche Grundgesetz garantiert ihnen in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG die Erfüllung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze. Daraus hat sich ein dualistisches Aufgabenmodell entwickelt. Man unterscheidet im deutschen Recht traditionellerweise zwischen dem eigenen und dem sog. übertragenen Wirkungskreis. Zum eigenen Wirkungskreis gehört der große Bereich der Daseinsvorsorge, also die Angebote, die die Gemeinden in vielen Bereichen zur Verfügung stellen. Beispiele sind: Öffentlicher Verkehr, Gesundheit, Jugendhilfe, Schulen, Erwachsenenbildung Sport, Kultur- und Archivpflege (siehe etwa Art. 57 Abs. 1 BayGO), aber auch die Bauleitplanung. Im eigenen Wirkungskreis sind die Gemeinden autonom in ihren Entscheidungen und unterliegen lediglich einer staatlichen Rechtsaufsicht.

Davon zu unterscheiden ist der übertragene Wirkungskreis. Dort nehmen die Gemeinden Aufgaben wahr, die eigentlich staatlicher Natur sind, aber aus Gründen der Verwaltungseffizienz nicht von staatlichen Behörden, sondern von den Kommunen wahrgenommen werden (siehe vor allem Art. 58 Abs. 1 BayGO: Beispiele sind das Personenstandswesen, Durchführung von Wahlen, sicherheitsrechtliche Aufgaben im Straßenverkehr, Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten u. a.). Hierbei unterliegen sie auch der Fachaufsicht durch die Aufsichtsbehörden, diese können auch Weisungen hinsichtlich des gemeindlichen Ermessens geben.

Für das Untersuchungsthema unseres Workshops sind die Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises weitgehend zu vernachlässigen. Sie werden von den Gemeinden fast ausschließlich in öffentlich-rechtlichen Rechtsformen ausgeführt. Erhebliche Überschneidungsbereiche zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht zeigen sich hingegen bei den sog. eigenen Angelegenheiten, und zwar sowohl bei den freiwilligen wie bei den Pflichtaufgaben. Dort liegt ein „hybrides“ Rechtsgebiet vor.

2. Rechtsregimewahlfreiheit auch für die Kommunen

Soweit die Kommunen Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises erfüllen, haben sie grundsätzlich die Wahl, öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Rechtsformen zu wählen. Man bezeichnet dies auch als „Formenwahlfreiheit“ oder – etwas moderner – als „Rechtsregimewahlkompetenz“. Die öffentliche Hand hat das Recht, privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich zu handeln. Sie hat außerdem

das Recht, privatrechtliche Organisationen – also etwa eine GmbH oder eine Aktiengesellschaft – zu erreichen und die öffentlichen Aufgaben dann rein in privatrechtlicher Form zu erfüllen. Interessanterweise ist diese Formenwahlfreiheit nirgends ausdrücklich normiert. Sie wird aber letztlich auch nicht oder jedenfalls nicht mehr in Zweifel gezogen. Argumente gegen das Dogma der Wahlfreiheit haben sich nicht durchsetzen können. Soweit die Gefahr besteht, dass sich die öffentliche Hand durch eine „Flucht ins Privatrecht“ öffentlich-rechtlichen Bindungen (verfassungs- oder verwaltungsrechtlicher Art) entzieht, werden die rechtsstaatlich gebotenen Verpflichtungen auch bei privatrechtlichem Handeln zur Anwendung gebracht, was im Hinblick auf die Kommunen noch im Einzelnen auszuführen ist. Damit werden in rechtsstaatlicher Hinsicht quasi einheitliche Wettbewerbsbedingungen zwischen öffentlichem und privatem Recht geschaffen. Die Konkurrenz von Privatrecht und öffentlichem Recht konzentriert sich damit heute darauf, welches Regelungsregime für die konkret zu erfüllende Aufgabe die geeignetere ist.

3. Privatisierungsarten

a) Formelle Privatisierung

Bevor die öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsformen dargestellt werden, auf die die Kommunen für ihre Aufgabenerfüllung zurückgreifen können, sollen kurz folgende Unterscheidungen getroffen werden: Von einer formellen Privatisierung ist dann die Rede, wenn die öffentliche Hand (im hier interessierenden Zusammenhang die Gemeinde) Eigengesellschaften gründet. Die Gemeinde ist wirtschaftlich Eigentümer der Gesellschaft, die Gesellschaft selbst ist aber privatrechtlicher Natur, also beispielsweise eine GmbH. Die Aufgabe selbst wird von der Gemeinde weiterhin in eigener Verantwortung wahrgenommen, jedoch nicht mehr durch eigene Bedienstete, sondern durch Bedienstete der „publizierten“ GmbH oder Aktiengesellschaft. Der Einfluss der Kommune auf die Gesellschaft wird dadurch gesichert, dass die Gemeinde als Gesellschafter allein oder maßgeblich die Leitungsorgane bestimmt. Bei der formellen Privatisierung kommt es also zu einer Privatisierung der Erfüllung der Aufgabe, nicht zur Privatisierung der Aufgabe selbst.

Welche Vor- oder Nachteile hat eine formelle Privatisierung? Als wesentlicher Vorteil wird regelmäßig angeführt, die Gemeinde werde dadurch von den Zwängen des öffentlich-rechtlichen Organisationsrechts befreit. So kann gegebenenfalls die Personalbeschaffung flexibler erfolgen, was in der Regel bedeutet, dass die Leitung sehr viel mehr Geld verdient als vergleichbare Beamte der Gemeinde, die Bediensteten hingegen schlechter bezahlt werden, als wenn sie unmittelbar bei einem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn angestellt werden. Die Dienstverhältnisse unterliegen dem privaten Arbeits-

recht, was mehr Flexibilität verspricht als das öffentliche Dienstrecht. Es besteht die Möglichkeit Private als Gesellschafter aufzunehmen und sich auf diese Weise etwa weiteres Kapital oder Know-how zu beschaffen. Aber die formelle Privatisierung hat auch Nachteile. So werden die Steuerungs- und Lenkungsmöglichkeiten der Kommune und damit auch der demokratisch legitimierten Gemeindeorgane geringer. Eine Eigengesellschaft ist nicht Teil der Gemeindeverwaltung, direkte Weisungen der Gemeinde sind nicht möglich, die Gemeinde kann ihren Einfluss nur über den Umweg über die Gesellschaftsorgane geltend machen. Oft gelingt es auch nicht, für Eigengesellschaften qualifiziertes Leitungspersonal zu gewinnen (zu geringe Bezahlung, politisiertes Auswahlverfahren).

Problematisch ist auch die Durchsetzung von Zugangsansprüchen gegen Eigengesellschaften. Grundsätzlich haben nach deutschem Kommunalrecht die Gemeindeangehörigen einen Anspruch darauf, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen (siehe als Beispiel Art. 21 Abs. 1 S. 1 BayGO). Kommt es zu Streitigkeiten über die Zulassung (z. B. bei der Überlassung einer Stadthalle für bestimmte Veranstaltungen), so ist eigentlich der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet (§ 40 VwGO). Nach ganz überwiegender Meinung besteht der Zulassungsanspruch aus den Gemeindeordnungen aber nur gegen die Gemeinde, nicht gegen die Eigengesellschaft. Bürger oder Vereinigungen, die den Zugang begehren, werden daher auf einen beschwerlichen Weg verwiesen. Sie müssen beim Verwaltungsgericht eine Leistungsklage erheben, und zwar nicht auf Zulassung, sondern darauf, dass die Gemeinde auf die Gesellschaft einwirkt, die Zulassung zu bewirken. Oder die Zugangspetenten müssten ihr Glück auf dem Zivilrechtsweg versuchen, unter Berufung auf eine Norm des Zivilrechts, welches vom Gedanken der Vertragsfreiheit beherrscht wird und nur sehr ausnahmsweise Kontrahierungspflichten kennt. Eine moderne Lösung bestände darin, ähnlich wie bei Art. 1 Abs. 3 GG auch im Verwaltungsrecht eine unmittelbare Bindung von publizierten Gesellschaften anzunehmen. Das überfordert aber wohl derzeit noch die Innovationsfreude unserer Verwaltungsgerichte. Auf der Beklagtenseite muss die öffentliche Hand sitzen, alles andere verwirrt alle die, die verkrustete Strukturen so lieben.

b) Materielle Privatisierung

Von der formellen Privatisierung zu unterscheiden ist die materielle Privatisierung. Hierunter versteht man, dass die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe von der Verwaltung aufgegeben wird. Stattdessen wird die Erfüllung privaten Initiative überlassen, getraut dem bei Ökonomen beliebten Glaubenssatz: The market will care about it.

Eine solche materielle Privatisierung kommt vor allem dort in Betracht, wo die Kommunen lediglich freiwillige Leistungen erbringen. Wird etwa bisher eine Musikschule betrieben, kann die Gemeinde aus finanziellen Gründen beschließen, die Schule an einen Privaten zu verkaufen oder die Schule zu schließen. Musikbegeisterte und hinreichend begüterte Eltern müssen dann private Musiklehrer für die musikalische Ausbildung des Nachwuchses engagieren.

Einer unbegrenzten materiellen Privatisierung hat allerdings das Bundesverwaltungsgericht in einer bemerkenswerten Entscheidung aus dem Jahr 2009 einen Riegel vorgeschoben. Es ging um die Durchführung des Weihnachtsmarktes in der hessischen Stadt Offenbach. Die Ausrichtung wurde von der Stadt auf einen privaten Verein übertragen, in dem vor allem Geschäftsinhaber aus dem örtlichen Einzelhandel Mitglied waren. Der Verein entschied auch darüber, wer einen Stand auf dem Weihnachtsmarkt erhielt, er formulierte zudem Bedingungen dafür, welche Waren an den Ständen angeboten werden durften. Ein Imbissbetreiber bewarb sich um einen Stand, erhielt aber keinen Zuschlag und klagte nun gegen die Stadt Offenbach.

Der erkennende Senat des Bundesverwaltungsgerichts (Az.: 8 C 10/08, Urteil vom 27.5.2009) hielt das Vorgehen der Stadt für rechtswidrig. Eine Gemeinde dürfe sich nicht ihrer gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume begeben. Ein kulturell, sozial und traditionsmäßig bedeutsamer Weihnachtsmarkt, der bisher in alleiniger kommunaler Verantwortung betrieben worden sei, könne daher nicht vollständig materiell privatisiert werden. Die Gemeinde müsse eine wirkungsvolle Selbstverwaltung und Wahrnehmung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft gewährleisten.

Das Ergebnis hat Erstaunen hervorgerufen. Die Stadt Offenbach war nicht verpflichtet, einen Weihnachtsmarkt zu veranstalten. Warum sollte dann eine materielle Privatisierung unzulässig sein? Das Bundesverwaltungsgericht aktiviert zur Beantwortung dieser doch naheliegenden Frage die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. Die Gemeinden dürften nicht durch Abstoßen oder Nichtwahrnehmung ihre ureigenen Aufgaben aushöhlen. Sie müssen sich grundsätzliche Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeiten offenhalten.

c) Funktionale Privatisierung

Damit ist die dritte Form der Privatisierung angesprochen, die sog. funktionale Privatisierung. Hierbei geht es um die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben durch Private, wobei die Erfüllungsverantwortung in Bezug auf die Gesamtaufgabe beim Staat verbleibt. Unter den Begriff der funktionellen Pri-

Összehasonlító kutatóműhely „Jogi határvidékek“ / Rechtsvergleichende Forschungswerkstatt „Juristisches Grenzland“
Working Paper: Juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts bei der Erfüllung kommunaler Aufgaben
vatisierung fallen verschiedenste Erscheinungsformen: die Einschaltung von Privaten als unselbständige Verwaltungshelfer, die Beleihung von Privaten mit öffentlichen Aufgaben oder sog. Public-private-Partnership-Modelle, also Kooperationen der öffentlichen Hand mit privaten Akteuren.

4. Optionen der Gemeinden bei der Formenwahl

a) Allgemeines

Folgt man der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in der Offenbach-Entscheidung, muss eine Gemeinde jedenfalls bei den das Bild der Selbstverwaltung prägenden Aufgaben auf zivilrechtliche Gestaltungen zwar nicht verzichten. Grundsätzlich ist es auch möglich, Private mit in die Aufgabenerfüllung einzuschalten, sei es in Form einer rein formellen oder auch materiellen Privatisierung. Die Gemeinde darf sich aber ihrer Einwirkungsmöglichkeiten in wesentlichen Bereichen nicht völlig begeben. Die grundsätzliche Erfüllungsverantwortung verbleibt bei ihr. Dies ermöglicht einen Blick auf die Gestaltungsmöglichkeiten, die juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts bei der Erfüllung von gemeindlichen Aufgaben spielen können. Dargestellt werden sie am Beispiel des bayerischen Kommunalrechts. Bayern ist das flächenmäßig größte deutsche Bundesland mit dem wohl am stärksten ausdifferenzierten Verwaltungsrecht.

b) Regiebetriebe und Eigenbetriebe

Eine Gemeinde kann eine öffentliche Aufgabe immer selbst mit ihrer eigenen Verwaltung erfüllen. Dies bezeichnet man als einen Regiebetrieb. Ein Regiebetrieb ist letztlich nichts anderes als eine Abteilung in der Gemeindeverwaltung. Die Bayerische Gemeindeordnung geht sogar davon aus, dass die Erfüllung durch die Verwaltung selbst der Regelfall sein soll. „Unternehmen“ (sei es in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Rechtsform) dürfen nur unter bestimmten Voraussetzungen errichtet, übernommen oder wesentlich erweitert werden (siehe Art. 87 BayGO). Vor allem müssen die Unternehmen immer in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen (Art. 87 Abs. 1 Nr. 2 BayGO). Im Grundsatz soll es dabei bleiben, dass die Gemeinde mit Hilfe ihrer normalen Verwaltung ihre Aufgaben erfüllt.

Für die Gründung eines eigenen Unternehmens gibt es dabei zunächst die Rechtsform des Eigenbetriebs (siehe Art. 88 BayGO). Beim Eigenbetrieb wird ein Sondervermögen gebildet, welches aber über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt (Art. 88 Abs. 1 BayGO). Der Eigenbetrieb erhält eigene Organe, eine Werkleitung und einen Werkausschuss. Ein solcher Eigenbetrieb verwaltet sich

weitgehend selbst, ist also vor allem nicht an die inneren Abläufe gebunden, die sonst in einer Kommunalverwaltung herrschen.

Das Bayerische Kommunalrecht kennt sogar noch eine Zwischenform zwischen Regie- und Eigenbetrieb, eine Art „Regiebetrieb plus“. Abteilungen innerhalb der allgemeinen Verwaltung können teilweise nach den vor allem haushaltsrechtlichen/wirtschaftsrechtlichen Regelungen über Eigenbetriebe geführt werden, ohne ein Eigenbetrieb zu werden (Art. 88 Abs. 6 BayGO). Diese gesetzlichen Regelungen zeigen ein großes Bedürfnis nach Flexibilität in der Aufgabenerfüllung, welches das bayerische Kommunalrecht erfüllen will.

c) Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts

Die Gemeinden haben nach bayerischem Kommunalrecht weiterhin die Möglichkeit, selbständige Kommunalunternehmen in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts zu errichten (Art. 89 Abs. 1 S. 1 BayGO). Es ist möglich gemeindliche Unternehmen, die bisher in privater Rechtsform betrieben worden sind, in ein Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts umzuwandeln (Art. 89 Abs. 2a BayGO). Hieran zeigt sich, dass der Gesetzgeber eine deutliche Präferenz dahingehend hat, dass die Gemeinden zur Erfüllung ihrer Aufgaben öffentlich-rechtliche Rechtsformen verwenden. Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts haben eine Satzung, in der die organisatorischen Grundentscheidungen getroffen werden (Zahl der Vorstandsmitglieder und des Verwaltungsrates, Stammkapital). Die Gemeinde haftet subsidiär für Verbindlichkeiten des Unternehmens (sog. Gewährträgerhaftung, siehe Art. 89 Abs. 4 BayGO). Solche Kommunalunternehmen sind dienstherrenfähig, sie haben also das Recht, Dienstherr von Beamten zu sein (Art. 90 Abs. 4 BayGO).

d) Unternehmen in Privatrechtsform

Weiterhin haben die Gemeinden die Möglichkeit, Unternehmen in Privatrechtsform zu gründen oder zu erwerben bzw. sich daran zu beteiligen. In Betracht kommen als Rechtsform vor allem die GmbH oder die Aktiengesellschaft. Die Tätigkeit in Privatrechtsform muss zur Erfüllung eines öffentlichen Zwecks geschehen, also nicht mit dem reinen Ziel der Gewinnerzielung (Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO). Die Gemeinde muss einen ausreichenden Einfluss im Aufsichtsrat haben (Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BayGO) und die Haftung der Gemeinde muss grundsätzlich begrenzt sein (Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayGO). Der 1. Bürgermeister der Gemeinde vertritt die Gemeinde in der Gesellschafterversammlung oder einem entsprechenden Organ (Art. 93 Abs. 1 BayGO). Es muss darauf geachtet wer-

den, dass die Gemeinde einen entsprechenden Einfluss auf die Tätigkeit der Gesellschaft hat (Art. 93 Abs. 2 GO).

e) Gemeindliche Zusammenarbeit

Die genannten Möglichkeiten zur Rechtsformwahl betreffen einzelne Gemeinden. Zusätzlich können Gemeinden sich auch zusammenschließen und gemeinsam öffentliche Aufgaben erfüllen. Dies kann erneut in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Form geschehen. So können sich Gemeinden (oder auch andere Körperschaften des öffentlichen Rechts) beispielsweise zu einem öffentlich-rechtlichen Zweckverband zusammenschließen und damit eine neue Körperschaft des öffentlichen Rechts schaffen (Art. 2 Abs. 3 KommZG). An einer solchen öffentlich-rechtlichen Körperschaft können sich interessanterweise sogar Privatpersonen oder juristische Personen des Privatrechts beteiligen (Art. 17 Abs. 2 KommZG). Daneben steht auch die Möglichkeit bereit, gemeinsam eine juristische Person des Privatrechts zu gründen, wofür dann die allgemeinen Regelungen der Gemeindeordnung Anwendung finden würden.

f) Sonderfall Sparkassen

Ein Sonderfall sind schließlich die Sparkassen. Grundsätzlich dürfen die Gemeinden keine Bankgeschäfte betreiben (Art. 87 Abs. 4 BayGO). Für Sparkassen, die in der Rechtsform einer selbständigen Anstalt betrieben werden, gilt eine Ausnahme. Mittlerweile ist sog. Gewährträgerhaftung der kommunalen Träger aber abgeschafft. Somit bewegen sich die Sparkassen auf dem Markt der Finanzprodukte letztlich wie private Banken auch.

5. Zusammenfassung und Resümee

Das Recht der gemeindlichen Daseinsvorsorge ist ein hybrides Rechtsgebiet. Bei der Rechtsformwahlfreiheit zeigt sich die Konkurrenz zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Gestaltungsformen.

Man sagt in Deutschland: Wer die Wahl hat, hat die Qual. Das gilt auch für die Bestimmung der geeigneten Rechtsform. Das Bayerische Gemeinderecht übt einen sanften Druck auf die Gemeinden aus, bei öffentlich-rechtlichen Rechtsformen zu bleiben, ohne den Weg in privatrechtliche Gestal-

Összehasonlító kutatóműhely „Jogi határvidékek“ / Rechtsvergleichende Forschungswerkstatt „Juristisches Grenzland“
Working Paper: Juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts bei der Erfüllung kommunaler Aufgabentungsformen zu versperren. Letztlich brauchen die Gemeinden gute Unternehmens- und Steuerberater, um die für sie am besten geeignete Lösung zu finden.