

## Gunnar Schwarting Kommunale Wirtschaft – Vor großen Herausforderungen\*

### I. Einführung

#### 1. Liberalisierung und Kommunale Selbstverwaltung

*„Eines der Hauptziele der Europäischen Union ist die globale Wettbewerbsfähigkeit des europäischen Wirtschaftsraums. Darauf gründet seit mehreren Jahren eine rigorose Wettbewerbspolitik der Europäischen Union, die jetzt die kommunale Ebene in Deutschland in massiver Weise erreicht. Die Binnenmarkt- und Wettbewerbspolitik der EU führt zu Veränderungen im Institutionengefüge staatlicher und kommunaler Daseinsvorsorge und hat Auswirkungen auf öffentliche Unternehmen....*

*Die Liberalisierung wichtiger Bereiche öffentlicher Dienstleistungen, die bisher von den Städten angeboten wurden, trifft die Städte im Kern der kommunalen Selbstverwaltung. Die wirtschaftliche Betätigung der Städte ist durch die Liberalisierung öffentlicher Dienstleistungen, ... in ihrer Existenz gefährdet. Insbesondere wird das grundgesetzlich verankerte Recht der Städte, sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben privatrechtlicher Organisationsformen zu bedienen, faktisch ausgehöhlt.“*

So umschreibt der Deutsche Städtetag in seinem Ratsbrief 16/2000 die Situation. In der Tat: Seit einiger Zeit befindet sich die kommunale Wirtschaft in einem tiefgreifenden Umbruch. Nicht allein, aber sicher maßgeblich ausgelöst durch die Liberalisierung der Energiemärkte und die Dominanz der Wettbewerbspolitik in der EU müssen sich kommunale Unternehmen neu positionieren. Dabei gibt es keine erprobten Strategien – die Risiken unter denen strategische Entscheidungen getroffen werden, sind daher erheblich. Die Unternehmen und ihre Eigner – die Kommunen – aber müssen diese Entscheidungen rasch treffen, wenn sie am Markt bestehen wollen.

#### 2. Nachhaltige Änderung der Rahmenbedingungen

Es ist müßig, die getroffenen politischen Entscheidungen zu hinterfragen. Die Bemühungen der kommunalen Spitzenverbände nach der Bundestagswahl im Herbst 1998 zu einer – kommunalfreundlichen – Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes sind erfolglos geblieben. Das unterstreicht, dass das Klima für eine regulierte öffentliche Daseinsvorsorge auch in Deutschland derzeit nicht gegeben ist. Für die Kommunen kommt es daher darauf an, unter diesen neuen Bedingungen einerseits qualitativ hochwertige öffentliche Dienstleistungen zu sichern und andererseits öffentlichen Unternehmen Perspektiven zu bieten.

Dies gilt umso mehr als das Bundesverfassungsgericht in Normenkontrollverfahren der SPD-Bundestagsfraktion, sowie der Länder Hamburg, Hessen und Saarland, und in Kommunalverfassungsbeschwerdeverfahren von 13 Städten den Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit der das Energiewirtschaftsgesetz von 1998 zumindest teilweise ausgesetzt werden sollte, am 9. September 1999 abgelehnt hat.

Im September 2000 hat die Europäische Kommission ihre Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge aus dem Jahr 1996 aktualisiert.<sup>1</sup> Darin setzt sie einen Rahmen für „marktbezogene oder nichtmarktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden.“<sup>2</sup> Ziel

---

\* Überarbeitete und aktualisierte Fassung eines Vortrages, den der Verfasser am 20. Juni 2000 vor der Mitgliederversammlung des Allgemeinen Kommunalen Haftpflichtschaden-Ausgleichs (AKHA) gehalten hat. Der Vortragscharakter ist ebenso beibehalten wie die Betonung der politischen Dimension in der Debatte. Das Manuskript wurde im Februar 2001 abgeschlossen.

<sup>1</sup> Mitteilung der Kommission vom 20. September 2000 zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 endg.

<sup>2</sup> Ebenda., Anhang II.

der Mitteilung ist es zum einen, das Erfordernis einer qualitativ hochwertigen Versorgung mit Leistungen der Daseinsvorsorge – die im übrigen dem Begriff der in Art. 86 des EG-Vertrages genannten Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sehr verwandt sind<sup>3</sup> – zu unterstreichen und dabei die Rechte und Pflichten der Behörden einerseits sowie der Leistungserbringer andererseits zu beschreiben.

Die Mitteilung, die vor allem auf den durch den Amsterdamer Vertrag vom 2. Oktober 1997 neu geschaffenen Artikel 16 des EG-Vertrages Bezug nimmt, ist zwar insoweit wichtig, als sie den in der deutschen Rechtstradition gängigen Begriff der Daseinsvorsorge aufgreift und damit den besonderen Stellenwert derartiger Leistungen dokumentiert. Ein Paradigmenwechsel ist damit jedoch nicht verbunden, denn die Kommission verknüpft die Daseinsvorsorge nicht automatisch mit öffentlicher Leistungserbringung, sondern setzt sie in den Rahmen wettbewerbs- und binnenmarktrechtlicher Regelungen:

„Die Neutralität in Bezug auf die Form der Unternehmensorganisation – öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich – wird durch Artikel 295 EG-Vertrag gewährleistet. Die Kommission macht also keine Vorgaben dahingehend, dass Leistungen der Daseinsvorsorge von öffentlichen oder privaten Unternehmen zu erbringen sind, und verlangt auch nicht die Privatisierung öffentlicher Unternehmen. Gleichzeitig gelten aber die Vorschriften des Vertrags und insbesondere die wettbewerbs- und die binnenmarktrechtlichen Bestimmungen ungeachtet des (öffentlich- oder privatrechtlichen) Status eines Unternehmens.“<sup>4</sup> Die grundsätzlichen Fragen für die Tätigkeit und die Wirtschaftsführung kommunaler Unternehmen bleiben insoweit auf der Tagesordnung.

## II. Das Ende eines „goldenen“ Zeitalters?

Nun wäre es vermessen, alle Facetten der Entwicklung zu beleuchten. Der Beitrag soll sich daher auf die derzeit jedenfalls wichtigsten Debattenfelder, die Versorgung, den ÖPNV und den Sparkassensektor, zugleich aber auch auf die jeweils gemeinsamen Fragestellungen und Probleme beschränken. Dabei muss betont werden, dass nahezu täglich neue Informationen zu berücksichtigen sind – der Beitrag kann mithin nur eine Momentaufnahme wiedergeben.

Auf die Entwicklungen der letzten 2 Jahre waren viele kommunale Unternehmen nicht vorbereitet. Kommunale Wirtschaft handelte über viele Jahrzehnte auf einem überschaubaren, stabilen, vielfach regulierten Markt. Im Vordergrund stand die dauerhafte und sichere Bereitstellung von Dienstleistungen. Die kommunale Wirtschaft reihte sich damit ein in den Gesamtkomplex der Daseinsvorsorge. Sie umfasste daher ganz klassische Aufgabenfelder wie die Versorgung, den Verkehr, den Wohnungsbau, die Wirtschaftsförderung und – als besonderen Fall – die Sparkassen.

### 1. Versorgung

Im Versorgungssektor existierten geschlossene Konzessionsgebiete mit dem ausschliesslichen Recht und der Pflicht zur Versorgung im Konzessionsgebiet; die Konzessionen hatten eine sehr lange Laufzeit. Dies ermöglichte es den Versorgungsunternehmen, ihr Hauptaugenmerk auf eine sichere Versorgung zu legen – in der Tat hat Deutschland bislang einen, auch für die Wirtschaft ganz wichtigen außerordentlich hohen und qualitativ guten Versorgungsstandard erreicht. Die Ausfallzeiten in der Energieversorgung – die jüngst ganz dramatische Ausmaße in Kalifornien annahmen – zählen zu den niedrigsten in der Welt.

Zur Sicherung der Interessen der Kunden – immerhin gab es innerhalb der Konzessionsgebiete (abgesehen von der Problematik der Sonderkunden) eine Monopolsituation – existierte eine Preiskontrolle durch eine Landesbehörde. Tarife mussten genehmigt werden. Gleichwohl haben gerade die Energieversorger nicht unbeträchtliche Überschüsse erwirtschaftet, die sie – auf kommunaler Ebene – vor allem für den ÖPNV benötigten.

<sup>3</sup> Siehe auch Ulrich Hösch, Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, in: DÖV, Jg. 53, 2000, S. 404.

<sup>4</sup> Mitteilung der Kommission vom 20. September 2000, a.a.O., hier Ziff. 21.

## 2. Verkehr

Der öffentliche Nahverkehr unterlag etwas anderen Bedingungen. Im städtischen Bereich wurde er von kommunalen Unternehmen, im ländlichen Bereich hingegen vorwiegend von den Nachfolgeunternehmen der Bahnbusgesellschaften wahrgenommen. Gemeinsam war in jedem Fall die Notwendigkeit, für jede Linie eine Konzession zu erhalten. Diese Konzessionierung erfolgte ebenfalls durch eine Landesbehörde für in der Regel jeweils acht Jahre. Die Verlängerung einer bestehenden Konzession war für die beantragenden Unternehmen dann kein Problem, wenn für den Linienverkehr keine direkten öffentlichen Zuschüsse benötigt wurden (sog. Eigenwirtschaftlichkeitsprinzip).

Erst in dem Fall, dass öffentliche Zuschüsse notwendig wurden (gemeinwirtschaftliche Verkehre), bedurfte es einer Ausschreibung der Konzession. Gerade für die städtischen Unternehmen war dabei von ganz entscheidender Bedeutung, dass die interne Verrechnung zwischen Überschüssen aus der Versorgung und Defiziten aus dem Verkehr (Querverbund) nicht als öffentlicher Zuschuss angesehen wurde. Das war über viele Jahrzehnte auch gängige Praxis in Deutschland.<sup>5</sup> Im übrigen legte die Konzession unabhängig von der Definition des Verkehrs die Beförderungspflicht des Unternehmens fest.

## 3. Sparkassen

Im Wettbewerb hat sich demgegenüber seit jeher der Sparkassensektor bewegt. Allerdings war die Wettbewerbsintensität auf den einzelnen Geschäftsfeldern sehr unterschiedlich ausgeprägt. Im Privatkundengeschäft sowie in der Betreuung mittelständischer Unternehmen hatten die Sparkassen auf Grund ihrer besonders guten Repräsentanz in der Fläche stets unmittelbar eine exzellente Position. Wichtige Geschäftsfelder, wie z.B. das Wertpapiergeschäft, internationale Geschäftsbeziehungen wurden im Sparkassenverbund und in enger Zusammenarbeit mit den Landesbanken aufgegriffen.

Dem stehen öffentliche Verpflichtungen gegenüber.<sup>6</sup> Den Sparkassen wird über die jeweiligen Sparkassengesetze der Länder ein öffentlicher Auftrag gegeben. Er besteht vornehmlich in der flächendeckenden Versorgung des Sparkassengebiets mit Bankdienstleistungen – mit besonderer Ausrichtung auf den Mittelstand – und in der Kontoführung für Jedermann. Einige Bundesländer – so auch Rheinland-Pfalz – haben dies durch die Verpflichtung zur Unterstützung der Schuldnerberatung ergänzt. Zudem sind die Sparkassen durch das Regionalprinzip geprägt, das ihre Geschäftstätigkeit, insb. das Zweigstellennetz, im Grundsatz auf das Gebiet ihres Gewährträgers beschränkt.

Auf der anderen Seite ist die Sparkasse als öffentlich-rechtliches Institut letztlich durch die Anstaltslast und die Gewährträgerhaftung abgesichert. Indem – nach Ausschöpfung aller sparkasseninternen Risikovorsorge und der Inanspruchnahme der gemeinsamen Einlagensicherung der Sparkassenorganisation – notfalls auch auf den Gewährträger, d.h. in der Regel die Stadt oder der Kreis, zurückgegriffen werden kann, bietet die Sparkasse dem Einleger ein hohes Maß an Sicherheit. Erfreulicherweise darf man feststellen, dass diese Inanspruchnahme des Gewährträgers nur in äußerst seltenen Fällen erforderlich gewesen ist.

## III. Paradigmenwechsel – öffentliche Unternehmen als Problem der Marktwirtschaft?

### 1. Das nationale Meinungsklima

<sup>5</sup> Dies wurde auch durch die Umsetzung der EG-Verordnung 1191/69 i.d.F. der EG-Verordnung 1893/91 in das deutsche Personenbeförderungsrecht zum 1. Januar 1996 nicht in Frage gestellt.

<sup>6</sup> S. dazu ausführlich und kritisch Dieter Brümmerhoff und Erik Lehmann, Öffentlich-rechtliche Sparkassen oder wie gemeinnützig ist der öffentliche Auftrag?, in: ZögU, Bd. 23, 2000, S.131 ff.

Gerade in Deutschland traf die forcierte EU-Wettbewerbspolitik auf die stets latente Privatisierungsdiskussion. So verwundert es nicht, dass Spitzenverbände der Wirtschaft, mit besonderer Intensität des Handwerks, mit Nachdruck ein Zurückdrängen der öffentlichen Wirtschaft fordern. Im Juni 2000 äußerte sich in diesem Sinne auch die Wirtschaftsministerkonferenz, als sie

*„... mit wachsender Sorge fest(stellte), dass Kommunen vermehrt in Konkurrenz zu privatwirtschaftlichen Unternehmen treten und dadurch vor allem kleine und mittlere Unternehmen verdrängt und gefährdet werden....*

*Die Wirtschaftsministerkonferenz spricht sich für eine klare Grenzziehung zwischen dem Rahmen für die kommunalwirtschaftliche Tätigkeit ungeachtet der jeweiligen Rechtsform und den der Privatwirtschaft vorbehaltenen Tätigkeitsfeldern aus. Sie fordert die Innenministerkonferenz auf, für den Vorrang privatwirtschaftlicher Tätigkeit auf kommunaler Ebene zu sorgen. Insbesondere sollten in der kommunalaufsichtlichen Praxis bei der Beurteilung der Zulässigkeit kommunaler Aktivitäten, die in Konkurrenz zu privatwirtschaftlichen Tätigkeiten stehen oder stehen könnten, mittelstandspolitische Interessen das gebotene Gewicht erhalten. Notwendig ist ferner eine restriktive Auslegung des kommunalen Wirtschaftsrechts im Vollzug sowie eine effektive Kommunalaufsicht, die die geltenden rechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen für kommunale Unternehmen im Einzelfall tatsächlich durchsetzt.<sup>7</sup>*

Dieses Meinungsklima war sicher nicht ohne Bedeutung dafür, dass der nationale Gesetzgeber bei der Öffnung der Energiemärkte die Deregulierung weiter vorangetrieben hat als von der EU eigentlich gefordert. Ausdrücklich war nämlich mit der Schaffung des Art. 16 des EG-Vertrages das Recht der Nationalstaaten formuliert worden, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in eigener Kompetenz auszugestalten.

Von dieser, für den Energiebereich ausdrücklich eingeräumten, Möglichkeit hat der nationale Gesetzgeber in Deutschland allerdings keinen Gebrauch gemacht. Es wäre daher falsch, die Ursachen für die aktuellen Entwicklungen in der Kommunalen Wirtschaft ausschließlich bei der EU zu suchen. Die Liberalisierung der Märkte öffentlicher Dienstleistungen ist in nicht unerheblichem Masse auch der nationalen Politik zuzuschreiben. Dies gilt insb. für die im Jahr 2000 intensiv geführte Debatte zur Liberalisierung des Wassermarktes, die derzeit allerdings wieder etwas in den Hintergrund getreten ist.<sup>8</sup>

## 2. Öffentliche Dienstleistungen im Wettbewerb

Seit der Umsetzung der Binnenmarktrichtlinie Strom durch das nationale Energiewirtschaftsrecht 1998 befinden sich die kommunalen Energieversorgungsunternehmen mitten im Wettbewerb. Dabei sind die Marktbedingungen – anders als bei der Telekommunikation – dadurch gekennzeichnet, dass den vielen kleinen und mittleren Stadtwerken national und international große Unternehmen gegenüberstehen, die mittlerweile durch Allianzen vielfach miteinander verbunden sind. Unter diesen Unternehmen sind nicht wenige, die ursprünglich ganz oder überwiegend in öffentlichem Besitz waren oder es noch sind.

Ganz ähnlich ist die Wettbewerbssituation in den Bereichen Verkehr und Wasser. Auch hier dominiert in Deutschland bislang eine eher kleinteilige Versorgungsstruktur. Einige große Anbieter aus dem europäischen Ausland sind allerdings bereits auf dem deutschen Markt tätig. Die Liberalisierungsdiskussion hat insoweit durchaus neo-merkantile Züge. Sie wird von einigen Mitgliedstaaten der EU nicht zuletzt unter dem Blickwinkel geführt, welche Marktchancen sich

<sup>7</sup> Beschluss der Wirtschaftsministerkonferenz vom 17. und 18. Mai 2000, abgedruckt in: DStGB Aktuell Nr. 21-00 v. 26. Mai 2000, S. 20. Zurückhaltender formuliert die Innenministerkonferenz in ihrem Beschluss vom 24. November 2000. Dort heißt es nach einer grundsätzlichen Befürwortung wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen u.a.: „Nach Auffassung der Innenministerkonferenz sollten die Kommunen im eigenen Interesse die Auswirkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigung auf die örtliche mittelständische Wirtschaft und das örtliche Handwerk vor Beginn der Betätigung überprüfen.“, zitiert nach: Beschlussprotokoll über die 165. Sitzung der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder am 24. November 2000 in Bonn, Top 37 Buchst. d).

<sup>8</sup> Zu einigen Aspekten der Realisierung eines liberalisierten Wassermarktes vgl. Bettina Mankel und Reimund Schwarze, Wettbewerb in der Wasserversorgung – Konzepte, Modelle, Effekte, in: ZögU, Jg. 23, 2000, S. 418 ff.

daraus für die jeweils eigenen Unternehmen im internationalen Wettbewerb ergeben. Öffentliche Dienstleistungen sind insoweit ein offensichtlich lohnendes Feld.

Für die Sparkassen gelten seit langem bereits Wettbewerbsbedingungen. Ihnen stehen vor allem die Privatbanken und der genossenschaftliche Sektor gegenüber. Sie haben allerdings in Jahrzehnten im Sparkassenverbund mit den Landesbanken, ergänzt um Bausparkassen und Versicherungen Strukturen aufbauen können, die es ihnen erlauben, auch mit den größten Instituten in vielen Bereichen der Finanzdienstleistungen konkurrieren zu können. Gleichwohl ist die dezentrale Struktur gerade bei raschen Änderungen am Markt nicht unproblematisch, wie die Fragen des Internet-Banking und der Beteiligung am e-commerce in den letzten Monaten gezeigt haben.

#### **IV. Der europarechtliche Rahmen kommunalen Wirtschaftens: Wettbewerb contra Daseinsvorsorge?**

##### **1. Diskriminierungsverbot**

Im Zentrum des in diesem Zusammenhang massgeblichen EU-Rechts steht das Diskriminierungsverbot. Dadurch soll allen Anbietern der ungehinderte Zugang zu den Märkten gewährleistet werden. Die Binnenmarktrichtlinie Strom folgt diesem Prinzip, indem sie die geschlossenen Versorgungsgebiete, die nicht nur für den deutschen Energiemarkt charakteristisch waren, für Dritte öffnete. Dies ist mit dem nationalen Energiewirtschaftsrecht mittlerweile umfassend – über das europäisch geforderte Maß hinaus – geschehen. Mit der sog. Verbändevereinbarung, die die Zugangsregeln zu den einzelnen Netzen regelt, haben auch die Versorgungsunternehmen die Marktöffnung faktisch umgesetzt. Ein Zurück zu zumindest teilweise geschlossenen Versorgungsgebieten erscheint mittlerweile ausgeschlossen.

Der nächste Schritt zur Aufhebung sog. diskriminierender Regelungen ist die Umsetzung der Binnenmarktrichtlinie für die Gasversorgung in nationales Recht.<sup>9</sup> Auch für die Wasserversorgung werden – wenn auch inhaltlich etwas andere – Überlegungen zur Schaffung des Wettbewerbs angestellt. Letzteres ist allerdings – das sollte betont werden – kein Anliegen der EU-Kommission, sondern ein nationaler Alleingang. Durch Streichung der §§ 103, 103a und 105 GWB sollen die ausschließlichen Wegerechte beseitigt werden. In dem Zusammenhang ist auch daran gedacht, die Abwasserbeseitigung – auch wenn sie als hoheitliche Aufgabe vom GWB nicht erfasst wird – einzubeziehen.<sup>10</sup>

##### **2. Beihilfeverbot**

Als indirekte Form der Diskriminierung gilt außerdem jede Form öffentlicher Beihilfe, da sie dem begünstigten Unternehmen einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil verschaffe. Als Beihilfe versteht die Kommission keineswegs nur unmittelbare Zahlungen, vielmehr werden alle Vorteile, z.B. aus Vergünstigungen beim Grunderwerb, aber auch öffentlich verbürgte Kredite angesehen. Auch interne Verrechnungen in öffentlichen Unternehmen zwischen gewinn- und verlustbringenden Aktivitäten gelten als problematisch. Die steuerrechtlich selbstverständlich akzeptierte Form des Gewinn- und Verlustausgleichs innerhalb eines Unternehmens könnte von der EU beihilferechtlich möglicherweise ganz anders beurteilt werden. Deshalb fordert die EU auch mit ihrer Transparenzrichtlinie vom Juli 2000 eine Offenlegung solcher Sachverhalte.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Der Entwurf eines entsprechenden Gesetzes zur „Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts“ ist vom Bundeskabinett am 20. Dezember 2000 beschlossen worden.

<sup>10</sup> So Bundeswirtschaftsminister Müller auf der Tagung des Deutschen Gas- und Wasserfachs am 16. Mai 2000 in Mainz, nach: DStGB-Aktuell Nr. 20-00 vom 19. Mai 2000, S. 19 f.

<sup>11</sup> Richtlinie 2000/52/EG zur Änderung der EG-Richtlinie 80/723/EWG vom 26. Juli 2000 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (Amtsblatt Nr. L 193 vom 29. Juli 2000, S. 75 ff.). Allerdings ist der Anwendungsbereich für den öffentlichen Nahverkehr umstritten.

## a) ÖPNV

Für die Kommunen hat diese Frage größte Bedeutung im Hinblick auf den ÖPNV. Denn dieser finanziert sich in den Städten traditionell in hohem Masse aus dem sog. Querverbund, d.h. den Überschüssen aus der Energieversorgung. Mittlerweile hat das OVG Magdeburg in einer Entscheidung vom 7. April 1998 den Beihilfecharakter des Querverbundes unterstellt.<sup>12</sup> Das Bundesverwaltungsgericht das im Revisionsverfahren mit der Angelegenheit befasst war, hat den Sachverhalt nicht selbst entschieden, sondern dem EuGH vorgelegt. Damit bleibt das Problem vorerst in der Schwebe, zumal auch der Entwurf für eine neue Nahverkehrsverordnung der EU<sup>13</sup> keine eindeutige Klarstellung vornimmt. Sollte tatsächlich der Querverbund eine Beihilfe darstellen, würde das gesamte System des ÖPNV in den Städten in Frage gestellt.

Denn dann wäre der Nahverkehr nicht mehr im Sinne des deutschen Nahverkehrsrechts, das im Personenbeförderungsgesetz kodifiziert ist, eigenwirtschaftlich. Das hätte zur Folge, dass künftig die große Mehrzahl der Konzessionen für Nahverkehrslinien ausgeschrieben werden müssten. Das würde zu unübersehbaren Konsequenzen gerade in Verkehrsverbänden mit ihrer sehr komplexen Organisations- und Tarifstruktur führen.<sup>14</sup> Denn dass der Wettbewerb um die Konzessionen stets vom bisherigen Betreiber gewonnen würde, kann zumindest nicht generell unterstellt werden. Insofern kommt es auch darauf an, den kommunalen Unternehmen – anders als auf dem Strommarkt – hinreichend Zeit zur Anpassung an neue Rahmenbedingungen zu geben.

## b) Landesbanken und Sparkassen

Inzwischen hat die Beihilfediskussion auch die öffentliche Kreditwirtschaft erreicht. Seit langem gibt es ein Verfahren der EU gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen der Einbringung des Wohnungsbauvermögens des Landes Nordrhein-Westfalen in die WestLB zur Stärkung des Eigenkapitals. Dieser zunächst sehr spezielle Fall hat sich rasch zu einer generellen Diskussion über die Landesbanken ausgeweitet. Die Anstaltslast und die Gewährträgerhaftung der Länder gegenüber den Landesbanken wird von den Privatbanken, die in den Landesbanken im überregionalen und internationalen Geschäft eine starke Konkurrenz sehen, als Wettbewerbsvorteil betrachtet. Denn – so wird argumentiert – dadurch steige die Bonität der Institute mit der Folge besserer Refinanzierungskonditionen am Markt. Als Beleg dafür, dass die öffentliche Trägerschaft nicht nur auf dem Papier stehe, wird dabei meist die Stützungsaktion des Landes Hessen zugunsten der Hessischen Landesbank in den 70er Jahren herangezogen.

Im Dezember 1999 hat der Europäische Bankenverband schließlich eine Beschwerde gegen das deutsche System der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei der EU eingereicht. Da dieses Sicherungsprinzip auch für die Sparkassen gilt, steht nunmehr die gesamte öffentliche Kreditwirtschaft in Deutschland auf dem Prüfstand.<sup>15</sup> Dabei stellt sich die Frage, inwieweit diese Instrumente zum einen mit der spezifischen Rechtsform untrennbar verknüpft sind, zum anderen zugleich als Äquivalent für den öffentlichen Auftrag dienen.

Mittlerweile hat die EU das förmliche Verfahren eingeleitet.<sup>16</sup> Sollte die EU-Kommission – nach der Stellungnahme der Bundesregierung – Anstaltslast und Gewährträgerhaftung grundsätzlich als

<sup>12</sup> Vgl. OVG Sachsen-Anhalt Az.: A1/4S221/97.

<sup>13</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit gemeinwirtschaftlichen Anforderungen und der Vergabe gemeinwirtschaftlicher Verträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Strasse und auf Binnenschiffahrtswegen vom 26. Juli 2000, KOM (2000) 7 prov.

<sup>14</sup> Zwar sieht der Entwurf der Nahverkehrsverordnung Sonderregelungen für Verkehrsverbände vor, konzentriert sich allerdings vor allem auf Schienenverkehre (so Art. 7 des Entwurfs); inwieweit die bestehenden Verkehrsverbände in Deutschland damit erfasst werden, ist noch zu prüfen.

<sup>15</sup> Vgl. Eberhard Kruse, Kommunale Sparkassen im Blickfeld des europäischen Beihilferechts, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 19. Jg., 2000, S. 721 ff.

<sup>16</sup> Vgl. o.V. Monti erhöht bei WestLB den Druck auf Berlin, in: Handelsblatt v. 29. Januar 2001.

wettbewerbswidrige Beihilfe deklarieren, müsste wohl ein monetäres Äquivalent gefunden werden, hierzu liegen jedoch bisher keine praktikablen Vorschläge vor.<sup>17</sup> Eine Untersagung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im Sinne einer ersatzlosen Aufhebung wäre schon im Hinblick auf den Schutz der Gläubiger mehr als problematisch. Bei der Diskussion ist auch zu berücksichtigen, dass zwischen Landesbanken und ggf. sehr großen Sparkassen einerseits und den typischen Stadt- und Kreissparkassen andererseits durchaus differenziert werden kann.

## V. Der kommunalrechtliche Rahmen kommunalen Wirtschaftens: Fesseln oder notwendige Bändigung?

### 1. Die Schrankentrias der Gemeindeordnungen

Während das EU-Recht erst in den letzten Jahren seine Wirksamkeit für die kommunale Wirtschaft entfaltet hat, gibt es seit Jahrzehnten das Gemeindegewirtschaftsrecht. Es war bis in die jüngste Vergangenheit geprägt durch die sog. Schrankentrias:

- Den öffentlichen Zweck
- Den Bezug zur Leistungsfähigkeit des Eigentümers Kommune und
- Die Subsidiaritätsklausel

Danach konnte – von kleineren länderspezifischen Nuancen abgesehen – eine Gemeinde ein wirtschaftliches Unternehmen errichten, wenn es einem öffentlichen Zweck diene, die Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht gefährdete und kein Dritter diesen Zweck wirtschaftlicher oder besser erfüllen konnte. Dabei galt stets, dass die reine Gewinnerzielung keinen öffentlichen Zweck darstelle, auch wenn der Gewinn selbst wieder für einen öffentlichen Zweck verwendet werden sollte. Für den Sparkassensektor indes gab es mit den jeweiligen Sparkassengesetzen ein besonderes Recht, das den spezifischen Problemen eines Kreditinstituts, insb. im Hinblick auf den Einlegerschutz, Rechnung tragen soll.

In der juristischen Literatur wird seit einigen Jahren verstärkt die Diskussion um die rechtliche Position kommunaler Unternehmen im Gefüge einer marktwirtschaftlichen Ordnung geführt.<sup>18</sup> Parallel dazu hat auch die politische Diskussion in den Bundesländern zum Gemeindegewirtschaftsrecht neu begonnen. Das über viele Jahrzehnte in beachtlichem Maße homogene Recht hat sich inzwischen erheblich auseinanderentwickelt. Dies führt nicht zuletzt dazu, dass die Führung und Gründung ländergrenzenüberschreitender Gemeinschaftsunternehmen der Kommunen erheblich erschwert wird; denn die jeweils zuständigen Aufsichtsbehörden beurteilen die Gesellschaft nur nach ihrem Landesrecht. Die Innenministerkonferenz ist daher seit einiger Zeit bestrebt, auf diesem Gebiet wieder ein höheres Maß an Einheitlichkeit herzustellen.<sup>19</sup>

Ohne auf die verfassungsrechtlichen Implikationen im einzelnen abzustellen, ist zunächst festzuhalten, dass die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen unzweifelhaft zulässig ist. Das hat der Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz in seiner Entscheidung vom 8. Mai 2000 deutlich hervorgehoben. „Den Schutz des Art. 49 Abs. 1 und 3 LV genießt auch die wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden. Bezogen auf die sog. Daseinsvorsorge zählt sie zum überkommenen, typusprägenden Bild der kommunalen Selbstverwaltung.“<sup>20</sup> Gleichwohl seien einschränkende Bestimmungen, wie sie die Schrankentrias enthält, kein Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung.<sup>21</sup> Umgekehrt erscheine die Betrachtungsweise eines vom Marktgeschehen

<sup>17</sup> Vgl. Eberhard Kruse, a.a.O., hier S. 725.

<sup>18</sup> So z.B. Joachim Wieland, Kommunalwirtschaftliche Betätigung unter veränderten Wettbewerbsbedingungen, in: Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet?, hrsg. von Hans-Günter Henneke, 1998, S. 193 oder Johannes Hellermann, Kommunale Wirtschaft in einem wettbewerblichen Umfeld, in: der städtetag, 51. Jg., 1998, S. 523 ff. So auch Ulrich Hösch, a.a.O., hier S. 398.

<sup>19</sup> So Beschlussniederschrift, a.a.O., TOP 37 Buchst. e).

<sup>20</sup> VGH Rheinland-Pfalz, Urteil vom 8. Mai 2000, VGH N 12/98, vgl. auch Wolfgang Neutz, Gemeindegewirtschaftsrecht – Verschärfte Subsidiaritätsklausel und Berichtspflicht sind mit der Verfassung von Rheinland-Pfalz vereinbar, in: Zeitschrift für Gesetzgebung, Jg. 15, 2000., hier S. 280.

<sup>21</sup> Vgl. VGH Rheinland-Pfalz., a.a.O., hier S. 8.

entfernten, im wesentlichen ordnend und administrierend tätigen Staates – gerade vor dem Hintergrund zahlreicher gemischtwirtschaftlicher Unternehmen – realitätsfern. Insoweit komme der Konkretisierung der Schrankentrias eine wesentliche Bedeutung zu.

## 2. Gibt es einen eindeutigen öffentlichen Zweck?

Die Frage des öffentlichen Zwecks kommunalen Wirtschaftens spielte bis vor einigen Jahren keine wesentliche Rolle. Zum einen waren typische Betätigungsfelder kommunaler Unternehmen in der Versorgung, im Verkehr, im Wohnungsbau allgemein akzeptiert; zum anderen hatte der „Markt“ öffentlicher Dienstleistungen bis dahin wenig Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit gefunden. Welche Marktpotenziale dort jedoch für Private liegen könnten, wurde erstmals deutlich bei der intensiven Diskussion über die Privatisierung der Abwasser- und Abfallbeseitigung. Nunmehr wurden auch gewisse „exotische“ Formen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung als Begründung dafür herangezogen, den kommunalen Drang zu „ungehemmter wirtschaftlicher Betätigung“ – so der Originalton einer Landtagsdrucksache in Rheinland-Pfalz – einzudämmen.

### a) Das „Gelsengrün-Urteil“

Einschneidend war fraglos das sog. Gelsengrün-Urteil vom 23. September 1997.<sup>22</sup> Darin wurde dem beklagten kommunalen Unternehmen durch das OLG Hamm untersagt, Grünpflegearbeiten auch privaten Dritten anzubieten. Gestützt war das Verfahren auf das Kartellrecht; zur Begründung bediente sich das OLG jedoch des Gemeindefinanzrechts. Es verneinte den dringenden öffentlichen Zweck dieser Aufgabe (§ 107 Abs.1 GO NW a.F.) und sah insoweit wettbewerbswidriges Verhalten als gegeben an. Mittlerweile liegt jedoch ein – noch nicht rechtskräftiges – Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe vor, das die wirtschaftliche Betätigung eines kommunalen Eigenbetriebs auf dem Gebiet der Grünpflege für Private nicht grundsätzlich untersagt, sondern sich bei der Beurteilung auf die Art und Weise, in der diese Betätigung geschieht, konzentriert.<sup>23</sup>

Neu – und für die Kommunen problematisch – war dabei die Tatsache, dass eine kommunalrechtliche Frage unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten von der Zivil-, nicht der Verwaltungsgerichtsbarkeit geprüft wurde. Insofern ist ausdrücklich hervorzuheben, dass der Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz in seiner jüngsten Entscheidung das Verwaltungsgerichtsverfahren und dabei vor allem im Hinblick auf ein sachgerechtes Abwägungsverfahren durch die Gemeinde, nicht den Inhalt der gemeindlichen Bewertung selbst, in den Vordergrund gerückt hat.<sup>24</sup>

### b) Entwicklungschancen kommunaler Unternehmen

Die Frage berührt keineswegs nur Randbereiche; sie zielt auf den Kern kommunalen Wirtschaftens. Zur Sicherung der eigenen Konkurrenzfähigkeit müssen kommunale Unternehmen in der Lage sein, zum einen ihre Kapazitäten optimal auszulasten, um effizient arbeiten zu können. Dies erfordert ggf. die Hereinnahme von Aufträgen Dritter. Zum anderen muss es kommunalen Unternehmen auch möglich sein, ihr Kerngeschäft durch weitere Aktivitäten zu arrondieren, um ihre Marktchancen zu halten und unter Umständen zu verbessern. Das sog. Facility-Management, in das Energieversorgungsunternehmen eingestiegen sind oder einsteigen wollen, ist typisch für ein solches Geschäftsfeld. Auch das bereits erwähnte Urteil des VGH Rheinland-Pfalz unterstreicht und billigt dieses Erfordernis.

<sup>22</sup> OLG Hamm, Az: 4 U 99/97, s. dazu ausführlicher Jens Peter Singer, Wettbewerbsrecht gegen kommunale wirtschaftliche Betätigung, in: Zeitschrift für Kommunalfinanzien Jg. 48, 1998, hier S. 219.

<sup>23</sup> OLG Karlsruhe, Az. 4 U 171/99 vom 16. November 2000; siehe auch LG Kassel Az. 11 O 4033/99 vom 19. März 1999.

<sup>24</sup> VGH Rheinland-Pfalz, vgl. Wolfgang Neutz, a.a.O., hier S. 285 f.



Schließlich darf nicht übersehen werden, dass die Entwicklung insb. auf dem Feld der Informationstechnologie die Kommunen vor neue Herausforderungen stellt. So erörtern manche Kommunen, ob sie zur Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit ihres innerstädtischen Handels „Internet-Portale“ oder „Kommunale Marktplätze“ anbieten oder zumindest fördern sollen. Auch die Strukturen kommunaler Information – bisher im wesentlichen durch das Amtsblatt und/oder die örtliche Presse gewährleistet – sind einem Veränderungsprozess unterworfen. Nach frühen Erfahrungen mit dem Lokalradio, das als public-private partnership konzipiert war, sei hier vor allem auf die Auseinandersetzungen um regelmäßige kommunale Presseorgane, die „Rathauszeitungen“ verwiesen.

Frühere und aktuelle Diskussionen um die Beratungsleistungen kommunaler Wirtschaftsförderungsunternehmen, Teile des Angebots von Volkshochschulen oder den Verkauf von Kfz-Kennzeichen durch kommunale Zulassungsstellen zeigen, dass offensichtlich nahezu alle kommunalen Leistungen auf den juristischen Prüfstand gestellt werden können.

### **c) Einschätzungsprärogative der Kommunen?**

Eine allgemein verbindliche Definition des öffentlichen Zwecks gibt es nicht; sie unterliegt fraglos auch Änderungen im Zeitablauf. So wird die Telekommunikation heute – anders als vor 80 Jahren – wohl kaum noch als ein vorrangig öffentlicher Zweck anzusehen sein, zumal im Zeitalter des Mobilfunks auch die Frage der Erhaltung von Telefonzellen an Brisanz verloren hat. Umgekehrt mag aber gerade die wachsende Bedeutung des Internet öffentliche Aktivitäten erforderlich machen, um allen einen Zugang zu diesem für die Zukunft entscheidenden Medium zu machen.

Nach einer sehr weit ausgelegten Auffassung besitzt die Kommune hinsichtlich des öffentlichen Zwecks eine Einschätzungsprärogative.<sup>25</sup> Dies würde bedeuten, dass die Frage einer gerichtlichen Nachprüfung im wesentlichen entzogen wäre. Eine solche Auslegung greift gewiss zu weit. Gleichwohl muss der öffentliche Zweck so verstanden werden, dass er nicht allein Tradiertes sichert, sondern auch Raum für Fortentwicklungen bietet.<sup>26</sup> Dabei wird ein öffentlicher Zweck vor allem dort anzunehmen sein, wo der Markt allein ein unzureichendes oder sozial unangemessenes Ergebnis brächte. In der Nationalökonomie ist hierfür der Begriff der „merit goods“ geprägt worden. Viele öffentliche Dienstleistungen auch öffentlicher Unternehmen lassen sich so sehr wohl begründen.

Unabhängig davon ist unstrittig, dass die Gewinnerzielung kein öffentlicher Zweck ist, auch wenn der Gewinn selbst wieder für einen öffentlichen Zweck verwendet würde. Dem steht auch die in manchen Gemeindeordnungen verankerte Bestimmung, dass wirtschaftliche Unternehmen einen Ertrag für den Haushalt abwerfen sollen (so § 85 Abs. 2 GemO Rh-Pf), nicht entgegen. Denn Vorrang besitzt auf jeden Fall der öffentliche Zweck.<sup>27</sup>

Vor dem Hintergrund des Bemühens der Privatwirtschaft, den öffentlichen Zweck möglichst eng zu verstehen, sind öffnende Klarstellungen durch die Landesgesetzgebung sehr wichtig. Nordrhein-Westfalen, das den Kommunen die Betätigung auf dem Feld der Telekommunikation ausdrücklich gestattet, mag in diesem Punkte als beispielgebend angesehen werden.

## **3. Müssen kommunale Unternehmen besser als Private sein?**

### **a) Änderung des Gemeindefinanzrechts in Rheinland-Pfalz**

Eine zweite – stark ideologiebehaftete – Diskussion konzentriert sich auf das Subsidiaritätsprinzip. Sie wird exemplarisch in Rheinland-Pfalz geführt, wo es der F.D.P. gelungen war, eine Verschärfung des Prinzips im Koalitionsvertrag 1996 zu verankern. Nach mittlerweile geltender Rechtslage können sich Kommunen nur dann wirtschaftlich betätigen, wenn der Zweck nicht

<sup>25</sup> So Markus Moraing, Kommunales Wirtschaftsrecht vor dem Hintergrund der Liberalisierung der Märkte, in: *Wirtschaft und Verwaltung* 1998, hier S. 254.

<sup>26</sup> So auch VGH Rheinland-Pfalz, vgl. Wolfgang Neutz, a.a.O., hier S. 283.

<sup>27</sup> Vgl. Wolfgang Neutz, a.a.O., hier S. 281.

mindestens gleich gut oder wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt werden kann.<sup>28</sup> Über den sog. Beteiligungsbericht, der jährlich zu erstellen ist, werden die Kommunen zudem verpflichtet, diese Anforderung auch für ihre bestehenden Unternehmen regelmäßig zu prüfen. Damit hat Rheinland-Pfalz bewusst einen anderen Weg gewählt als andere Bundesländer, die das Gemeindefortschrittsrecht gelockert haben. Kommunale Unternehmen in Rheinland-Pfalz haben damit nicht nur gegenüber Privaten, sondern auch gegenüber kommunalen Unternehmen anderer Bundesländer womöglich Nachteile. Diese können sich bereits darin manifestieren, dass es für rheinland-pfälzische Kommunen schwerer wird, private Kooperationspartner zu finden.

## b) Bestandsschutz und Fortentwicklung

Die gesetzliche Neuregelung hat zu einem Verfassungsverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz geführt. Das Urteil ist in der Öffentlichkeit vollkommen unterschiedlich bewertet worden – gerade weil es eine sehr differenzierte Argumentation vornimmt. Denn das Gericht hat die sog. verschärfte Subsidiaritätsklausel als mit der Verfassung vereinbar bezeichnet, aber – zur Wahrung kommunalen Selbstverwaltungsspielraums – wichtige Einschränkungen für die Anwendung gesetzt. So hat das Gericht ausdrücklich festgestellt, dass bestehende kommunale Unternehmen keinem Privatisierungszwang unterliegen, auch wenn sie die verschärfte Subsidiarität nicht erfüllen sollten.

Dabei ist es ausdrücklich zulässig, vorhandene Geschäftsfelder zu ergänzen – das Gericht nennt in dem Zusammenhang Zusatzdienste wie Energieberatung und Installation durch ein Stadtwerk. „Der Bestandsschutz, den § 85 Abs.1 GemO den Kommunen gewährt, ist deshalb keineswegs gleichbedeutend mit Stagnation.“<sup>29</sup> In dem Zusammenhang ist auch der Hinweis des Gerichts wichtig, dass vorhandene und vorübergehend nicht benötigte Kapazitäten auch für gewinnbringende Aufträge von Dritten genutzt werden können. Für dauerhafte Überkapazitäten – so das Gericht – gilt diese Feststellung allerdings nicht, ebenso sei es unzulässig, neue Kapazitäten zur Gewinnerzielung aufzubauen.<sup>30</sup>

Ganz entscheidend ist die Absage des Gerichts an die „Rosinenpickerei“: Bei der Bewertung komme es stets auf das Unternehmen in seiner Gesamtheit an; es ginge nicht an, dass einzelne Teile eines Unternehmens auf die Subsidiarität hin überprüft würden und dann eine Privatisierung dieser Teile verlangt werde. Ein solches Teilprivatisierungsgebot verletze die Belange kommunaler Selbstverwaltung.<sup>31</sup>

## c) Der Qualitätsaspekt

Der zentrale Gedanke des Gerichts betrifft den Beurteilungsmaßstab für die Gewährleistung des Subsidiaritätsprinzips. Das Gericht führt dazu aus, dass die Gemeinde bei ihrer Beurteilung gleichrangig auch die Güte der angebotenen Leistungen zu bewerten habe. Dazu zählt das Gericht die Dauerhaftigkeit oder die Sicherheit der Leistungserstellung; es hebt aber auch hervor, dass sozial angemessene Bedingungen gerade bei öffentlichen Dienstleistungen ein wesentliches Kriterium sind: „Je wichtiger eine durch den öffentlichen Zweck gerechtfertigte Leistung für die Bürger ist, desto größer ist das Bedürfnis nach einem krisenfesten, stetigen und möglichst ungestörten Angebot, und zwar zu sozial angemessenen Bedingungen.“<sup>32</sup>

Damit wird der Grundgedanke der Daseinsvorsorge – eben auch in Bezug zu Art.16 des EU-Vertrages – deutlich hervorgehoben. Die Argumentation des Bundeswirtschaftsministeriums zur Liberalisierung der Wasserversorgung, das – gestützt auf Aussagen der Weltbank – die Kostensenkungspotenziale und damit niedrigere Bezugspreise betont, ist danach zu einseitig.

<sup>28</sup> Vgl. ebenda, hier S. 279 f. Zur Begründung der Neuregelung in Rheinland-Pfalz vgl. Rudolf Oster und Reimer Steenbock, Reform des Rechts der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden in Rheinland-Pfalz, Schriftenreihe des Gemeinde- und Städtebundes Rheinland-Pfalz, Bd. 9, Mainz 1998, hier S. 33 ff.

<sup>29</sup> VGH Rheinland-Pfalz, a.a.O., vgl. Wolfgang Neutz, a.a.O., hier S. 283.

<sup>30</sup> Vgl. Wolfgang Neutz a.a.O., hier S. 283.

<sup>31</sup> Vgl. ebenda.

<sup>32</sup> Vgl. ebenda.

Gerade beim Produkt Wasser kommt den vom Gericht genannten Qualitätsaspekten eine herausragende Bedeutung zu.

In der Praxis wird es oft schwer sein, einen solchen abwägenden Vergleich zu führen. Denn es handelt sich nicht um die Ausschreibung einer Lieferung oder Leistung, sondern um einen sehr komplexen Sachverhalt. Ob das in § 7 Abs. 2 BHO oder z.B. in der Kommunalverfassung Thüringens dafür vorgesehene Markterkundungsverfahren geeignet ist, muss dahingestellt bleiben. Möglicherweise könnte die sog. Konzessionsausschreibung, die nicht nur den Bau, sondern auch die Finanzierung und den späteren Betrieb einer öffentlichen Einrichtung erfasst, einige Anhaltspunkte liefern. Sie stellt allerdings an die Qualität der Ausschreibung und die entsprechenden Vertragswerke außerordentlich hohe Anforderungen.

#### **4. Das Örtlichkeitsprinzip – Gemeinde bleib in deinen Grenzen?**

##### **a) Eine restriktive Auslegung**

Nicht zuletzt ausgelöst durch das neue Energiewirtschaftsrecht wird in jüngster Zeit sehr intensiv der räumliche Wirkungskreis der Kommunalwirtschaft erörtert. In enger Auslegung von Art. 28 GG wird den kommunalen Unternehmen der gleiche Wirkungskreis wie den Gebietskörperschaften zugeschrieben.<sup>33</sup> Danach dürften kommunale Unternehmen – sofern sie nicht in Form interkommunaler Zusammenarbeit geführt werden – über die Gemeindegrenzen hinaus im Prinzip nicht tätig werden. Das würde die Geschäftsmöglichkeiten vieler kommunaler Unternehmen erheblich einengen und zu beträchtlichen Wettbewerbsnachteilen führen.

Denn das Energiewirtschaftsrecht hat die geschlossenen Konzessionsgebiete aufgehoben, so dass jeder Anbieter – der nicht den gleichen kommunalrechtlichen Bindungen unterliegt – im Versorgungsbereich eines kommunalen Unternehmens tätig werden kann. Umgekehrt sollte dies kommunalen Unternehmen verwehrt sein? Diese Problematik haben die Landesgesetzgeber übrigens frühzeitig für den Sparkassensektor erkannt und den Sparkassen zugebilligt, dass sie ihre Geschäftskunden auch im Rahmen des Regionalprinzips selbstverständlich auch über die Gemeindegrenzen hinweg „begleiten“ können.

Zudem verhalten sich auch die Bundesländer höchst unterschiedlich. Das Land Nordrhein-Westfalen – ähnlich auch Bayern – hat die Möglichkeit einer Betätigung jenseits der Gemeindegrenze ausdrücklich in der Gemeindeordnung verankert und dabei auch Auslandsgeschäfte (allerdings nur mit Genehmigung des Landes) einbezogen.<sup>34</sup> Das ist im europäischen Binnenmarkt und der grenznahen Lage vieler Kommunen eine adäquate Lösung. Andere Bundesländer, wie das Land Thüringen kennen ähnliche Regelungen schon länger, heben allerdings auf die Zustimmung der betroffenen Kommunen ab. Das ist zumindest auf dem dynamischen Energiemarkt sicher nicht praktikabel. Deshalb hat Bayern gerade für den Energiemarkt diese Einschränkung im Prinzip aufgehoben.

##### **b) Mehr Flexibilität in der Diskussion**

Schließlich hat sich der Bundesinnenminister im Januar 2000 für eine flexible Handhabung des Örtlichkeitsprinzips ausgesprochen. Anlässlich eines Handelsblatt-Forums sagte er:

„Aus dem Grundgesetz lässt sich nicht ableiten, dass die Gemeinden in ihren wirtschaftlichen Betätigungen räumlich auf das Gemeindegebiet beschränkt sind. In sofern haben die Länder vielmehr einen weiten Regelungsspielraum...“

Im Ergebnis ist festzuhalten: Die verfassungsrechtliche Zuweisung der örtlichen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft an die Gemeinden lässt eine weitergehende Öffnung der

<sup>33</sup> Dazu ausführlich Rudolf Oster und Reimer Steenbock, a.a.O., hier S. 49 ff. und Markus Heintzen, Zur Tätigkeit kommunaler (Energieversorgungs-)Unternehmen außerhalb der kommunalen Gebietsgrenzen, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 19. Jg. 2000, hier S. 743 ff.

<sup>34</sup> Vgl. Markus Heintzen, a.a.O., hier S. 745 sowie ausführlich Ralf Leimkühler, Gemeindegrenzen im Wandel, in: Sachsenlandkurier, 11. Jg. 2000, hier S. 265 ff.

Gemeindewirtschaft zu. In diesem Sinne haben die Länder die Möglichkeit, kommunalwirtschaftliche Beschränkungen in gewissem Umfang zu lockern.<sup>35</sup>

Soweit der Bundesinnenminister, nunmehr soll die Innenministerkonferenz die Frage erörtern. Es ist zu wünschen, dass möglichst rasch Entscheidungen getroffen werden. Denn es wäre für die kommunalen Unternehmen nicht zumutbar, wenn die Frage auch noch länderweise unterschiedlich gehandhabt würde. Ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu mehr Flexibilität ist das sog. Awista-Urteil, in dem die Beteiligung eines kommunalen Entsorgungsunternehmens an einer Ausschreibung in einer benachbarten Gemeinde als zulässig erachtet wurde.<sup>36</sup>

## VI. Neue Strategien – Kommunale Unternehmen auf neuem Kurs?

„Betrachtet man .... nur die Elektrizitätsversorgung, müssen sich nur diejenigen Kommunen Sorgen machen, die selbst als Elektrizitätsversorger tätig sind ... Hierbei soll es sich derzeit um eine Zahl von 551 Unternehmen handeln, wobei allerdings gerade die großen Städte in der Regel über bedeutende Unternehmen verfügen. Setzt man diese Zahl in Relation zur Gesamtzahl der Gemeinden ... und Kreise ..., kommt man auf eine Relation von unter 4%. Selbst wenn man berücksichtigt, dass an einem kommunalen Versorgungsunternehmen mehrere Kommunen beteiligt sein können, läßt sich feststellen, daß deutlich mehr als 90% der Kommunen keine eigene Elektrizitätsversorgung betreiben. Diese Kommunen werden durch die Liberalisierung des Strommarktes aber keinen Schaden erleiden, sondern ganz im Gegenteil erheblich profitieren, da sie selbst in großem Ausmaße Strom verbrauchen und nunmehr hierfür weniger Geld auszugeben brauchen. Das gilt zumal dann, wenn die Kommunen künftig den Stromeinkauf gemeinsam organisieren, wie viele bereits angekündigt oder gar in die Tat umgesetzt haben.“<sup>37</sup>

Mit dieser Betrachtung minimalisiert Dirk Ehlers die Problematik, so dass der Eindruck entstehen könnte, die kommunale Ebene sei im Grunde kaum berührt. Gewiss ist zu konstatieren, dass die kommunale Wirtschaft vornehmlich in den großen und mittleren Städten eine wichtige Rolle spielt, während kleine Gemeinden in der Regel über keine Unternehmen verfügen. Gleichwohl wäre es verfehlt, die Diskussion als Randproblem anzusehen. Insbesondere in den Großstädten und Ballungsräumen sind schon heute erhebliche Konsequenzen erkennbar.

### 1. Chancen und Risiken auf dem Energiemarkt

In der Tat hat der sehr rasch einsetzende Wettbewerb auf dem Strommarkt zunächst zu positiven Auswirkungen für die kommunalen Unternehmen geführt. Auf Grund deutlich günstigerer Konditionen beim Bezug konnten sie in den ersten Monaten Vorteile erzielen. Dabei haben die kommunalen Unternehmen zum einen – wie Ehlers zu Recht betont – Möglichkeiten der Einkaufskooperation gesucht.<sup>38</sup> Ob und inwieweit solche Kooperationen bei funktionierenden Strombörsen noch den gleichen Stellenwert haben wie in der Anfangsphase wird sich noch erweisen.

Spätestens mit dem Beginn des Wettbewerbs um den Privatkunden (Stichwort: „Yello“) sanken aber auch die Abgabepreise, so dass die Erträge rückläufig waren. Im Ergebnis wird man festhalten können, dass mittlerweile die Margen deutlich niedriger liegen als vor der Liberalisierung. Allerdings hat sich auch gezeigt, dass die Wechselbereitschaft der

<sup>35</sup> Rede des Bundesministers des Innern, Otto Schily, zum Thema „Artikel 28 GG und die Gemeindeordnung auf der 7. Handelsblatt-Jahrestagung Energiewirtschaft 2000 am 20. Januar 2000 in Berlin, Redemanuskript S. 9 f., die Position der Wirtschaftsministerkonferenz (Fußnote 7) weist indes nicht in diese Richtung. Die Arbeiten der Innenministerkonferenz an einer Harmonisierung des Gemeindewirtschaftsrechts haben zwar mittlerweile zu einem vorläufigen Ergebnis geführt. Es ist jedoch kaum anzunehmen, dass der dort verabschiedete Text (der im übrigen noch eine Reihe offener Formulierungen enthält) automatisch in die einzelnen Kommunalverfassungen Eingang findet.

<sup>36</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Januar 2000, Az.: Verg 3/99.

<sup>37</sup> Dirk Ehlers, Die Auswirkungen des europäisierten Energierechts auf die Kommunen, in: Hans-Günter Henneke (Hrsg.), Kommunen und Europa – Herausforderungen und Chancen, Stuttgart u.a. 1999, S. hier 115

<sup>38</sup> Siehe beispielsweise Malte Thomas, Ein bundesweites Energiebündnis geschmiedet, in: Handelsblatt vom 31. Mai 2000.

Haushaltskunden weit geringer ist, als anfangs angenommen. Den Stadtwerken ist es in hohem Maße gelungen, ihre Kundschaft an sich zu binden.

Hierfür war es notwendig, von der sicheren Versorgung zum Verkauf des Produkts Energie überzugehen. Diesen Schritt haben zahlreiche Stadtwerke erstaunlich gut bewältigt. Sie haben dabei zum einen auf die Kompetenz vor Ort gesetzt; zum anderen haben sie neue Produkte um die Energielieferung herum kreiert. Das hat einen erheblichen Wandel der Mitarbeiterqualifikationen erforderlich gemacht. Mit Schlüsselkompetenzen, die die Stadtwerke besitzen, haben sie Beratungs-, Meß- und Wartungsdienste, Installationsleistungen, aber auch komplettes Energie-Management für Gebäude mit Erfolg anbieten können. Allein auf die Energieversorgung bezogen ist das vielfach prognostizierte „Stadtwerke-Sterben“ bislang ausgeblieben.

## **2. Probleme bei Eigenerzeugung und ÖPNV-Betrieb**

Schwierig ist die Situation indes für jene Unternehmen, die über eigene große Erzeugungskapazitäten verfügen. Die Produktionskosten in diesen Anlagen liegen durchweg höher als die auf dem Markt erzielbaren Einkaufskonditionen. Das liegt nicht zuletzt an dem hohen Standard der inländischen Stromerzeugung. Mit gesetzlichen Regelungen hat die Bundesregierung versucht, zumindest die aus ökologischen Gründen lange propagierte Kraft-Wärme-Kopplung zu sichern und damit diese Energie wettbewerbsfähig zu halten. Es bleibt abzuwarten, ob dies gelingen wird. Ähnliche Probleme ergeben sich auch im Hinblick auf die Verstromung von Stein- und Braunkohle.

In allen Unternehmen werden – trotz guter Behauptung am Markt – die sinkenden Margen die Erträge drücken. Dies wiederum hat direkt oder indirekt Auswirkungen auf die kommunalen Eigner. Unmittelbar sind geringere Ertragsteuern und – sofern Überschüsse erzielt werden – niedrigere Gewinnabführungen zu erwarten. Die eigentliche Dramatik konzentriert sich jedoch auf die Finanzierung des ÖPNV im Querverbund. Denn in vielen Städten konnten die Defizite im ÖPNV nur auf Grund der Überschüsse bei der Energieversorgung getragen werden.

Der Deutsche Städtetag schätzt das Volumen dieses Querverbundes auf ca. 3,2 Mrd. DM. Dieser Verlustausgleich wird in Zukunft wohl nicht mehr die Regel, sondern der Ausnahmefall sein. Damit fehlen dem ÖPNV wichtige Finanzierungsmittel. Im Vordergrund steht daher derzeit bei den Verkehrsunternehmen die Verbesserung der Kostenstrukturen. Dabei leidet die Debatte unter unzutreffenden Kostenvergleichen zwischen privaten und öffentlichen Verkehrsunternehmen. Unbestreitbar allerdings ist die Tatsache, dass die Löhne und Gehälter in privaten Unternehmen allein auf Grund anders abgeschlossener Tarifverträge deutlich niedriger sind. Ohne in Besitzstände massiv einzugreifen, lässt sich diese Kostenschere nicht schließen. Seit geraumer Zeit verhandeln deshalb die öffentlichen Arbeitgeber mit der ÖTV über Möglichkeiten einer Angleichung der Tarifbedingungen. Erste Korrekturen der bisherigen Tarifverträge für die öffentlichen Unternehmen sind mittlerweile erfolgt.

Daneben stellt sich die Frage, ob das Verkehrsangebot in der bisherigen Form auch weiterhin gewährleistet werden kann. Viele Verkehrsunternehmen haben ihre Netz- und Taktstrukturen überprüft. Dies kann zu erheblichen Differenzen mit den bestehenden Nahverkehrsplänen der Kommunen führen, die bestimmte Verkehrsleistungen vorsehen. Noch komplizierter wird es, wenn die Linienkonzessionen auch noch ausgeschrieben würden. Die Kommunen, die sich bisher im Nahverkehr eines eigenen Unternehmens bedienen, werden künftig weitaus stärker steuernd über den Nahverkehrsplan tätig sein müssen. Das ist eine besonders komplexe Aufgabe in den großen Verkehrsverbänden. Gleichzeitig müssen die Kommunen aber auch die Wettbewerbsfähigkeit ihres Nahverkehrsunternehmens sichern. In Einzelfällen gibt es dabei die durchaus interessante Überlegung, eigene Angebote für den Schienenpersonennahverkehr zu entwickeln und damit in Konkurrenz zur DB zu treten.

## **3. Kooperation oder Veräußerung?**

### **a) Private Partner?**

Dies führt nicht selten zu der Frage, ob nicht eine Veräußerung kommunaler Unternehmen der geboteneren, zumindest einfachere Weg sei. In der Tat hat es eine Reihe, zum Teil spektakulärer Verkäufe gegeben. Fast täglich wird im Wirtschaftsteil über neue Verhandlungen berichtet; nur zwei eher außergewöhnliche Beispiele seien genannt: So hat das Land Berlin sein Wasserversorgungsunternehmen teilweise an Vivendi veräußert; dabei haben nicht zuletzt aber auch haushaltswirtschaftliche Gründe eine wichtige Rolle gespielt. Die Stadt Bad Kreuznach hat ihren defizitären Verkehrsbetrieb an ein deutsch-französisches Unternehmen für einen symbolischen Preis abgegeben. Viele weitere strategische Kooperationen gerade im Bereich der Energieversorgung, zumeist mit einem der großen Anbieter der Branche, ließen sich ebenso anführen.

Mit der Hereinnahme eines privaten Partners soll zum einen das Marktpotenzial des eigenen Unternehmens gestärkt werden. Daneben spielt zweifellos auch der Know-How-Transfer eine wichtige Rolle. Auf der anderen Seite versuchen die großen Anbieter auf diese Weise in neue Absatzgebiete vorzudringen. Die kommunale Wirtschaft findet sich dabei in einem ganz neuen Spannungsfeld wieder. Denn die mittelständischen Stadtwerke stehen global operierenden Unternehmen, die wie z.B. Vivendi auch in ganz anderen Sektoren wie der Telekommunikation tätig sind, und deren unternehmensinterne Prioritätensetzung nicht selten raschem Wandel unterliegt, gegenüber. Wie sich dabei langfristig die Qualität der Dienstleistungen – weniger in der Versorgung, eher im Verkehr – entwickelt, ist schwer abzuschätzen. Erfahrungen aus dem Ausland sind ambivalent. Der englische ÖPNV z.B. hat sich in Folge der Privatisierung erheblich verschlechtert, in Skandinavien hingegen ist von positiven Effekten der Privatisierung die Rede. Daneben wird auch über Outsourcing-Lösungen diskutiert. Gerade im Nahverkehr gibt es Bestrebungen, den reinen Fahrbetrieb (dazu zählen auch die Werkstätten) in eine neue Gesellschaft zu übertragen oder von einem – zuvor erworbenen – privaten Nahverkehrsunternehmen führen zu lassen. Dabei spielt vor allem die nach wie vor hohe Differenz der Tariflöhne eine wesentliche Rolle bei der Entscheidung.

## **b) Die spezielle Situation der Sparkassen**

Etwas anders ist die Situation im Sparkassenbereich. Die Sparkassen verfügen über Strukturen, die ihnen eine gute Position im Wettbewerb gesichert haben. Angesichts des rapiden Wandels und des zunehmenden Wettbewerbs auf den Märkten für Finanzdienstleistungen müssen auch die Sparkassen ihre Kostenstrukturen überprüfen. Das wird sicher nicht ohne Auswirkungen auf das Zweigstellennetz bleiben. Zugleich stellt sich auch die Frage nach der noch vertretbaren Betriebsgröße der einzelnen Institute. Gerade in Rheinland-Pfalz mit seinen zum Teil sehr kleinen Sparkassen muss diese Diskussion intensiv geführt werden.

Grundsätzlich werden drei Lösungsansätze erörtert.<sup>39</sup> Zunächst gilt es, die von einer einzelnen Sparkasse nicht zu erbringenden Leistungen über den Sparkassenverband der Kundschaft zur Verfügung zu stellen. Die Stärkung des Verbandes ist in einer Organisation mit leistungsfähigen Großinstituten wie der Hamburger Sparkasse einerseits und kleinen Ortssparkassen wie der Gemeindesparkasse Speicher ein mühsames Unterfangen, wie die Diskussionen um das Internet-Banking oder das Scheitern eines gemeinsamen Wertpapierhauses für die Sparkassenorganisation jüngst gezeigt haben. Deshalb sind andere Kreditinstitute auf diesem wichtigen Feld den Sparkassen möglicherweise ein gewisses Stück voraus.

Der zweite Lösungsansatz besteht in der horizontalen Konzentration. Der klassische Weg ist die Bildung eines Zweckverbandes zweier oder mehrerer Sparkassengewährträger. Hierfür gibt es eine Reihe guter Beispiele; eine der größten deutschen Sparkassen, die Kreissparkasse Köln sei in dem Zusammenhang genannt. Allerdings scheitern betriebswirtschaftlich und regionalpolitisch zweckmäßige Zusammenschlüsse nicht selten – dies sei durchaus selbstkritisch angemerkt – auch am mangelnden Willen der Kommunalpolitik. In Rheinland-Pfalz ist – unterhalb der Fusion über einen Zweckverband – neuerdings auch die Möglichkeit der einseitigen oder der gegenseitigen Beteiligung am Stammkapital geschaffen worden. Davon ist indes bisher noch kein Gebrauch

<sup>39</sup> Zu einigen Grundsatzüberlegungen siehe Hanns Karrenberg und Engelbert Münstermann, a.a.O., hier S. 44 ff.

gemacht worden. Eine Fusion mit privaten oder genossenschaftlichen Kreditinstituten ist bisher ausgeschlossen.

Eine dritte, allerdings sehr umstrittene Lösung ist die vertikale Konzentration. Dabei binden sich Sparkassen eng an ihre Landesbank, um damit Finanzdienstleistungen aus einer Hand anbieten zu können. Das Modell hat besondere Aufmerksamkeit in Sachsen („Sachsenbank“) erfahren. Aus kreditwirtschaftlicher und unternehmenspolitischer Sicht ist ein solcher Schritt gewiss nachzuvollziehen. Allerdings schwächt er zum einen den Verbundgedanken, da zumindest für die in vertikaler Bindung stehenden Sparkassen der Verbund an Bedeutung verliert. Zum anderen wird der Einfluss der Kommunen als Gewährträger in „ihren“ Instituten geschwächt, da die Grundlinien der Geschäftspolitik dann zentral entschieden werden. Der Charakter der Sparkasse als kommunalem Institut könnte damit im Laufe der Zeit schwinden.

## **VII. Fazit**

Auch wenn längst nicht alle Aspekte zur Sprache kommen konnten, so sei doch an dieser Stelle ein vorläufiges Fazit gezogen. Die kommunale Wirtschaft steht vor ihrer größten Herausforderung nach dem Wiederaufbau. Sie kann diese Herausforderungen einerseits nur bestehen, wenn sie nicht ausschließlich in einer defensiven Position verharrt. Andererseits braucht sie die aktive Unterstützung ihrer kommunalen Eigner. Diese müssen ganz eng in die strategischen Überlegungen eingebunden sein.

### **1. Vorausschauende Strategie**

Die kommunale Seite hat in der Diskussion um die Zukunft der Kommunalwirtschaft durchweg eher auf Änderungen der für sie maßgeblichen Rahmenbedingungen reagiert. Angesichts des derzeit herrschenden Meinungsklimas, das einem Erhalt der überkommenen Strukturen kommunaler Unternehmen zuwiderläuft, sind jedoch vorausschauende Strategien wichtiger denn je. Wenn die Kommunen ihren Unternehmen eine Perspektive sichern wollen, kommen zunächst – und zwar möglichst rasch – Kooperationslösungen mit anderen Kommunen bzw. deren Unternehmen in Betracht. Die außerordentlich dezentrale, sehr kleinteilige Struktur in vielen Bereichen kommunalen Wirtschaftens ist auf Dauer nicht zu halten. Durch Zusammenarbeit und Zusammenschluss können Synergien genutzt und Marktpotenziale gestärkt werden. Das bedeutet aber im Ergebnis möglicherweise auch den Verzicht auf ein „eigenes“ kommunales Unternehmen. In eine ähnliche Richtung weisen Lösungen, die auf Public-Private-Partnership setzen. Sie sind im Gegensatz zur interkommunalen Zusammenarbeit insoweit schwieriger, als nicht von vornherein davon auszugehen ist, dass gleichartige Unternehmensphilosophien und -strategien aufeinandertreffen. Daher ist bei der Auswahl privater Partner besondere Sorgfalt erforderlich. Denn nicht jede für ein einzelnes Unternehmen in Betracht kommende Option ist aus gesamtstädtischer Sicht zweckmäßig. So mag zwar die Kooperation auf dem Stromsektor mit einem privaten Partner sehr reizvoll sein, möglicherweise aber bereits bestehende Kooperationen in anderen Sektoren (ein typischer Fall wäre die Gasversorgung) gefährden.

Unabhängig davon müssen die kommunalen Unternehmen ihre Kostenstrukturen überprüfen. In der Versorgungswirtschaft und den Sparkassen, aber auch in den Verkehrsbetrieben geschieht dies bereits. Im Wettbewerb können kommunale Unternehmen nur bestehen, wenn sie kostengünstig arbeiten können. Ein Vergütungsgefälle zwischen öffentlichem und privatem Tarif – wie derzeit noch im Nahverkehr – kann daher dauerhaft auch keinen Bestand haben.

All dies erfordert große Anstrengungen der Kommunen und ihrer Unternehmen. Je früher sie diese Fragen angehen, um so besser ist das jeweilige Unternehmen auf den künftigen Wettbewerb vorbereitet. Auf die Hoffnung, es werde keine weiteren Strukturänderungen geben, sollten die Kommunen keinesfalls setzen. Sollen kommunale Unternehmen erfolgreich am Wettbewerb teilnehmen können, dann allerdings dürfen ihnen auch keine weitergehenden Fesseln, wie das in einigen Bundesländern geschehen ist, angelegt werden.

## 2. Daseinsvorsorge in Europa

Der Überblick hat aber auch gezeigt, dass das System der öffentlichen Daseinsvorsorge in Deutschland insgesamt in Frage steht. Zu lange hat die deutsche Politik die Brisanz dieses Themas in Europa nicht erkannt. Dabei kann die kommunale Seite nicht ausgenommen werden. Sehr spät wird jetzt versucht, in Europa für die hiesigen Strukturen Verständnis zu wecken. In einer vielbeachteten Pressekonferenz am 2. Mai 2000 haben daher die deutschen kommunalen Spitzenverbände in Brüssel zur „öffentlichen (kommunalen) Daseinsvorsorge und europäischen Wettbewerbspolitik“ Stellung bezogen.

Dabei hoben sie auf den vernünftigen Ausgleich zwischen Wettbewerbspolitik und Gemeinwohlverpflichtungen ab. Denn sonst sei die Zustimmung der Bevölkerung zum gesamten europäischen Integrationsprozess in Gefahr. Dazu brauchen die Kommunen aber auch die Unterstützung der nationalen Politik. Nicht umsonst hat der Deutsche Städtetag in seinem Gemeindefinanzbericht 2000, der sonst traditionell der Finanz- und Steuerpolitik gewidmet ist, den Perspektiven der Kommunalen Wirtschaft breiten Raum gegeben.<sup>40</sup>

Die eingangs erwähnte Mitteilung der EU-Kommission zur Daseinsvorsorge ist fraglos ein wichtiger Schritt; sie ändert aber nichts an den grundlegenden Regelungen des EG-Vertrages. Insofern wird es auch darauf ankommen, den öffentlichen Auftrag, den kommunale Unternehmen zu erfüllen haben, präziser zu fassen, um damit auch ihre besondere Stellung zu markieren. Die Eröffnung eines Beihilfeverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen der Anstaltslast und der Gewährträgerhaftung indes macht deutlich, dass die Grundlinien europäischer Wettbewerbspolitik unverändert geblieben sind.

---

<sup>40</sup> Vgl. Hanns Karrenberg und Engelbert Münstermann, a.a.O., hier S. 40 ff.