

## **Grundlagen der Verwaltungs-Betriebswirtschaftslehre (VBWL)**

Dozent: Klaus Wenzel

Diplom-Verwaltungswirt (FH), Verwaltungs- und Betriebswirt (VWA)  
Geschäftsführer der Fritz-Walter-Stadion Kaiserslautern GmbH a.D.  
Leitender Stadtverwaltungsdirektor a. D.

Version 6.1

## 1) Warum Verwaltungs-Betriebswirtschaftslehre?

Den Ausgangspunkt für das betriebswirtschaftliche Handeln bildet das Wirtschaftlichkeitsprinzip, auch bekannt als ökonomisches Prinzip (Minimalprinzip und Maximalprinzip).

Das Wirtschaftlichkeitsprinzip gilt auch für die Kommunalverwaltung.

- Der Haushalt ist nach den Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit aufzustellen und auszuführen (§ 93 Abs. 3 GemO RP).
- Daneben ist die Gemeinde verpflichtet, das finanzielle Gleichgewicht zu wahren. Der Haushalt ist in jedem Haushaltsjahr in Planung und Rechnung auszugleichen (§ 93 Abs. 4 GemO RP).

### Das neue Steuerungsmodell

Mit dem Neuen Steuerungsmodell der KGSt (Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement) wurde Anfang der neunziger Jahre über diese haushaltsrechtlichen Bestimmungen hinaus die Wirtschaftlichkeit des Verwaltungshandelns ein zentrales Thema.

Elemente der „**Neuen Steuerungsmodelle**“:

- Ersatz der bisherigen kameralen Buchführung durch eine erweiterte Kameralistik oder die kaufmännische Buchführung (Kommunale Doppik)
- Neugestaltung der Zusammenarbeit zwischen politischen Gremien, Verwaltungsführung und Fachbereichen durch Abschluss von Zielvereinbarungen (Kontraktmanagement)
- Umstieg von der Input-orientierten Verwaltung zur Output-orientierten Verwaltung (produktorientierter Haushalt)
- Dezentrale Ressourcenverwaltung
- Budgetierung
- Kosten- und Leistungsrechnung einschl. interne Leistungsverrechnung
- Controlling und Berichtswesen

Gegenstand der betriebswirtschaftlichen Analyse müssen alle Wirtschaftseinheiten sein. Daher sind auch die öffentliche Haushalte Betriebe, die man, um ihren Betriebscharakter zu betonen, auch als öffentliche Verwaltungsbetriebe bezeichnen sollte.<sup>1</sup>

Durch die Einführung der kommunalen Doppik in Rheinland-Pfalz (2007-2009) wurden der kommunale Haushalt und der Jahresabschluss an den betrieblichen Jahresabschluss der Privatwirtschaft angelehnt. Die neue Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO) wurde aus dem Handelsgesetzbuch (HGB) entwickelt.

## **2) Verwaltungsreformen in Rheinland-Pfalz**

- Territorialreform Ende 60er/Anfang 70er Jahre
- Funktionalreform ab Anfang der 80er (Wirtschaftliche Denkweise)
- Kommunal- und Verwaltungsreform Stufe I ab ca. 2008 bis heute
- Kommunal- und Verwaltungsreform Stufe II

**Siehe besonderes Papier**

---

<sup>1</sup> Falko Schuster, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre der Kommunalverwaltung, Maximilian-Verlag, Hamburg, 2001, S.11

### 3) Träger der kommunalen Selbstverwaltung

Bezirksverband Pfalz			
Landkreise (24)			Kreisfreie Städte (12)
Verbands- gemeinden (136)	Verbands- freie Gemeinden (30) (z. T auch Städte)	Große kreis- angehörige Städte (8)	
Orts- Gemeinden (auch Städte) (2262)			

#### Gebietskörperschaften

- Ortsgemeinden (§ 64 GemO)
- Verbandsgemeinden (§ 64 GemO)
- Verbandsfreie Gemeinden
- Große kreisangehörige Städte (§ 6 GemO)
- Kreisfreie Städte (§ 7 GemO, 12)
- Landkreise (LKO, 24)
- Bezirksverband Pfalz (§ 1 Abs. 1 BezO)

Die Anzahl der Ortsgemeinden, Verbandsgemeinden und verbandsfreien Gemeinden hat sich durch die Kommunal- und Verwaltungsreform Rheinland-Pfalz mehrfach verändert.

## 4) Rechtsformen kommunaler Aufgabenwahrnehmung

### 4.1 Gemeinden (auch Städte) sowie Landkreise und der Bezirksverband Pfalz sind Gebietskörperschaften (z. B. § 1 Abs. 2 S. 1 GemO)

Klassisch organisieren sie ihre Aufgaben in der sog. Ämterorganisation.

Beispiel für Städte:

- Dezernate
- **Ämter/Referate/Fachbereiche**
- Abteilungen
- Sachgebiete

Beispiel für Landkreise:

- Dezernate
- Abteilungen
- Ämter/Referate

Beispiel für Verbandsgemeinden/Verbandsfreie Gemeinden:

- Abteilungen/Fachbereiche
- Sachgebiete

Abwandlungen sind insbesondere im Rahmen der Umsetzung von Modulen des „Neuen Steuerungsmodells“ entstanden.

### 4.2 Rechtlich unselbstständige Organisationsformen der Gebietskörperschaften

#### 4.2.1 Regiebetrieb

Der Regiebetrieb ist weder rechtlich, noch leitungs- und haushaltsmäßig verselbstständigt, sondern wird vielmehr als Abteilung der Kommunalverwaltung geführt. Die Haushaltsführung richtet sich nach den Vorschriften für das kommunale Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen, die Personalwirtschaft ist in den allgemeinen Stellenplan eingebunden.

Beispiele für Regiebetriebe finden sich insbesondere im Bereich der sog. Kommunalen Hilfsbetriebe, die den Eigenbedarf der Verwaltung abdecken (z. B. Bauhof, Reparaturbetriebe, Friedhofsgärtnerei)<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Cronaue, Kommunale Unternehmen, 6. Auflage, Rd. Nr.32

## 4.2.2 Eigenbetrieb

Eigenbetriebe werden als **Sondervermögen** mit Sonderrechnung ohne Rechtsfähigkeit geführt (§ 86 Abs. 1 GemO).

Der Eigenbetrieb ist nach Kommunalverfassungs- und Eigenbetriebsrecht der einzelnen Bundesländer vorgesehene „klassische“ Organisationsform für wirtschaftliche Unternehmen der Kommunen.<sup>3</sup>

**Der Eigenbetrieb ist wirtschaftlich verselbständigt und rechtlich unselbständig.**

Das Rechnungswesen ist verselbständigt (§ 15 EigAnVO)

Zum Rechnungswesen gehören:

- der Wirtschaftsplan
- die Buchführung
- der Jahresabschluss
- die Kostenrechnung

Näheres über die Gemeindeordnung hinaus regelt die Eigenbetriebs- und Anstaltsverordnung (EigAnVO).

Ermächtigungsgrundlage: § 86 Abs. 5 GemO

Organe:

- Gemeinderat, § 2 EigAnVO
- Bürgermeister, § 6 EigAnVO

Dienstvorgesetzter der Bediensteten, Vorgesetzter der Werkleitung

Teilorgane:

- Werkausschuss, § 3 EigAnVO, § 86 Abs. 4 GemO
- Werkleitung, §§ 4,5 EigAnVO

Einziges Eigenbetriebsunternehmen der Stadt Kaiserslautern:

Abfall- und Stadtreinigung Kaiserslautern (ASK)

---

<sup>3</sup> Cronauge, a.a.O., Rd. Nr. 177

### 4.2.3 Sonderform: Betrieb gewerblicher Art (BgA)

Der Begriff „Betrieb gewerblicher Art“ ist keine Organisationsform für kommunale Einrichtungen, sondern eine ausschließlich steuerrechtliche Konstellation.

Es kann bei der Wahl einer bestimmten Organisationsform für eine kommunale Einrichtung das Motiv, Steuern zu sparen, mitentscheidend sein. Steuerliche Vorteile kann die Kommune allerdings nur dort erlangen, wo sie überhaupt eine steuerliche Tätigkeit ausübt.<sup>4</sup>

Dies kann entweder der Fall sein bei der Wahrnehmung der Aufgabe in einem Eigenbetrieb, einer anderen Rechtsform (z. B. Anstalt, GmbH) oder aber in der Kernverwaltung in Form des Betriebs gewerblicher Art.

Ein Betrieb gewerblicher Art sind alle Einrichtungen, die einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen außerhalb der Land- und Forstwirtschaft dienen und die sich innerhalb der Gesamtbetätigung der juristischen Person wirtschaftlich herausheben.

### 4.2.4 Zweckverbände

Rechtsgrundlage:

**Landesgesetz über die kommunale Zusammenarbeit (KomZG)**

**Körperschaften** des öffentlichen Rechts, die sich selbst verwalten.  
Gemeinsame Aufgabenerfüllung von mehreren Gemeinden

Beispiele:

Kindergartenzweckverband, Wassierzweckverband, Abwasserzweckverband

Organe:

- Vorstandsvorsteher (Anstelle des Bürgermeisters)
- Versammlung (Anstelle des Gemeinderats)
- Daneben kann auch ein Ausschuss (Werksausschuss) gebildet werden.

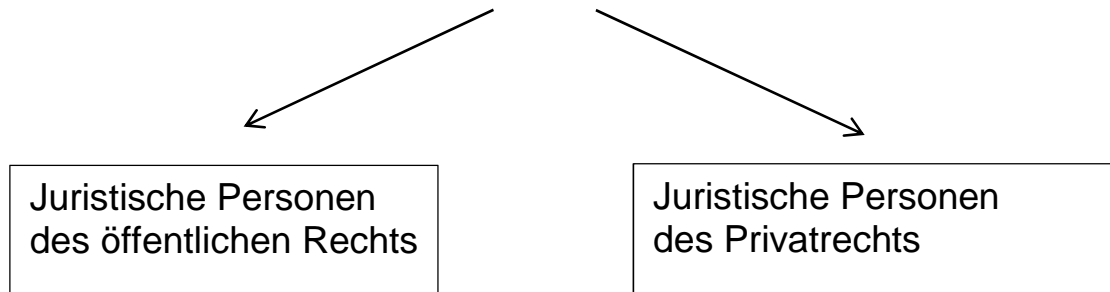
Den Finanzbedarf decken Zweckverbände regelmäßig durch Umlage bei den Verbandsmitgliedern.

Der Zweckverband ist die kommunaltypische öffentlich-rechtliche Organisationsform für die interkommunale Zusammenarbeit.

---

<sup>4</sup> Cronauge, a.a.O., Rd. Nr.35 ff.

## Juristische Personen



- Körperschaften
- Anstalten
- Stiftungen

- Kapitalgesellschaften
  - Aktiengesellschaft
  - GmbH
- Vereine (rechtsfähig)
- Stiftungen

### **Abgrenzung:**

keine juristischen Personen,  
sondern natürliche Personen  
sind insb.

- Personengesellschaften des  
Handelsrechts
  - KG
  - OHG
- Gesellschaft d. bürgerl. Rechts



## 4.3 Juristische Personen des öffentlichen Rechts

### 4.3.1 Anstalten

Eine Anstalt des öffentlichen Rechts ist eine Verwaltungseinrichtung des öffentlichen Rechts, die benutzerorientiert organisiert ist, die rechtsfähig ist, ständig öffentliche Aufgaben erfüllt und in der Regel Hoheitsgewalt hat. Sie unterliegt der Aufsicht des Staates.

Beispiele:

Bund: Deutsche Bundesbank  
Anstalt „Das Zweite Deutsche Fernsehen“ (ZDF)  
Land: Sparkassen, Rundfunkanstalten

Kommunen 1. Sparkassen (**lex specialis nach Sparkassengesetz**)  
2. **Kommunale Anstalten gem. § 86a GemO**

Beispiele:

- Zentrale Abfallwirtschaft Kaiserslautern (ZAK)  
Eigentümer: Stadt und Landkreis KL
- Stadtentwässerung Kaiserslautern AöR

### 4.3.2 Stiftungen

Eine Stiftung des öffentlichen Rechts ist ein öffentlich rechtlicher Vermögensstand, der rechtsfähig ist und öffentliche Zwecke verfolgt. Stiftungen unterliegen der staatlichen Aufsicht (Stiftungsaufsicht).

Stiftungen des öffentlichen Rechts werden vom Stifter mit Vermögen ausgestattet und vom Staat genehmigt. Ihr Ertrag steht nach dem Stifterwillen einem bestimmten öffentlichen Zweck (z.B. sozial, kulturell, wissenschaftlich) zur Verfügung.

Beispiele:

Bund: Stiftung Preußischer Kulturbesitz

Land: Natur und Umwelt, Villa Musica

Kommunen: Stadt Kaiserslautern:  
Städtisches Bürgerhospital (seit 1360)  
Bumiller-Raab (seit 1904)

### 4.3.3 Körperschaften

Eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist ein Verband des öffentlichen Rechts, der aus Mitgliedern besteht, der rechtsfähig ist, öffentliche Aufgaben ausüben kann und der Aufsicht des Staates unterliegt.

Soweit sich die Hoheitsgewalt auf ein bestimmtes Gebiet und die dort lebenden Menschen erstreckt, bezeichnet man eine solche Körperschaft als Gebietskörperschaft.

Beispiele:

Bund: Bundesagentur für Arbeit

Land: Deutsche Rentenversicherung – Bund (vorher LVA)  
AOK, IHK, Universitäten

Kommunen: **Gebietskörperschaften:**

Gemeinden, Landkreise, Bezirksverband Pfalz

## 5) Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden

Die gemeindliche Daseinsvorsorge, die Verwaltung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen sowie die Gemeindewirtschaft, also auch die Teilhabe der Gemeinden am Wirtschaftsleben prägen seit jeher das Wesen der kommunalen Selbstverwaltung; vor allem sie bestimmen das Maß politisch aktueller Selbstverwaltungskompetenz und zählen daher zum funktionellen Kern der gemeindlichen Selbstverwaltung. Die städtische Wirtschaft ist demnach prägender Faktor der verfassungsrechtlich garantierten kommunalen Selbstverwaltung.<sup>5</sup>

### 5.1 Geschichtliche Entwicklung

- Mittelalter:  
Lagerhäuser, Ratskeller
- 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts:  
Gründung von Sparkassen  
Einrichtungen der Sozial-, Hygiene- und Kulturpflege

---

<sup>5</sup> Cronauge, a.a.O., Rd. Nr. 393

- Mitte des 19. Jahrhunderts:  
Daseinsvorsorge  
Zentrale Wasserversorgung  
Beginn der kommunalen Versorgungswirtschaft  
Beginn der Gasversorgung
- Ende des 19. Jahrhunderts:  
Elektrizität
- Heute:  
ÖPNV, Wohnungsbau- und Siedlungsgesellschaften, Kureinrichtungen,  
Telekommunikationsdienstleistungen,  
Schnelles Internet, Consulting, Werkstatteleistungen für Dritte,  
Ambiente Trauungen, Städtische Druckereien, Windkraft- und  
Photovoltaik, u.s.w.

## 5.2 Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung

### Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Das Grundgesetz ist wirtschaftlich neutral; ihm lässt sich kein Bekenntnis zu einem bestimmten Wirtschaftssystem entnehmen. Insbesondere sieht das Grundgesetz keinen Vorrang der Privatwirtschaft vor der öffentlichen Wirtschaft im Sinne einer Subsidiarität vor.

Was im Übrigen den Umfang des Grundrechtsschutzes privater Anbieter gegen wirtschaftliche Konkurrenz durch einen Träger öffentlicher Gewalt betrifft, so trifft die Rechtsprechung eine Differenzierung dahingehend, ob dieser freiwillig oder in Erfüllung einer gesetzlich vorgesehenen Aufgabe tätig wird:

Im Falle freiwilliger wirtschaftlicher Betätigung ein Grundrechtsschutz nur dann, wenn die private wirtschaftliche Tätigkeit unmöglich gemacht oder unzumutbar eingeschränkt wird oder eine unerlaubte Monopolstellung entsteht.

Im Falle rechtlich bindend vorgegebener Aufgabenerfüllung braucht die Kommune als Träger öffentlicher Gewalt keine Rücksicht darauf nehmen, dass private Konkurrenz möglich bleibt; ein Grundrechtsverstoß liegt allenfalls bei einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) oder zielgerichteter Nachteilsführung auf Basis sachfremder Erwägungen vor.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Cronauge, a.a.O., Rd.Nr. 393

1. Im Grundgesetz ist wirtschaftliche Tätigkeit der Kommune nicht ausdrücklich geregelt.

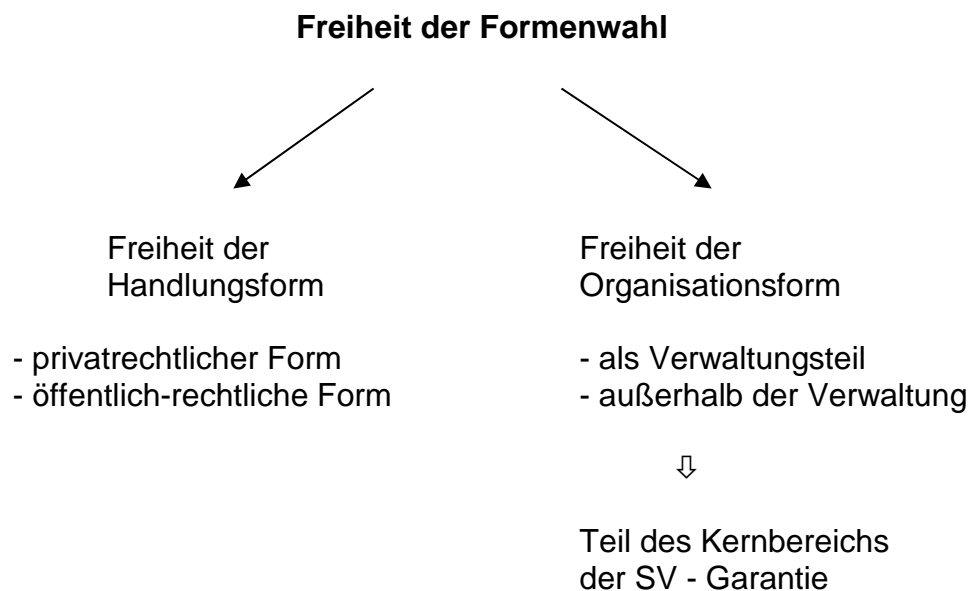
**- Kein Verbot -**

Nach Grundgesetz (GG) ist staatliches Handeln in Privatrechtsform grundsätzlich zulässig.

2. Art. 28 GG enthält:

- Institutionelle Rechtssubjektgarantie (Einrichtungsgarantie). Diese garantiert die Institution Gemeinde und Gemeindeverbände.
- Objektive Rechtsinstitutsgarantie (Aufgabengarantie). Diese gewährleistet Aufgabenerfüllung in Eigenverantwortung.
- Subjektive Rechtstellungsgarantie (Eigenverantwortlichkeit). Sie gibt Rechtsschutz bei Verletzung der Rechte.

3. Aus objektiver Rechtsinstitutsgarantie ergibt sich Organisationshoheit und daraus Freiheit der Formenwahl:



Die Funktion gemeindlicher Selbstverwaltung in der Gegenwart ist wesentlich durch die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen geprägt. Eine umfangreiche breit gestreute Gemeindefirtschaft bestimmt weithin das Bild der kommunalen Selbstverwaltung. Die Erträge aus der wirtschaftlichen Betätigung gewinnen überdies angesichts der nahezu chronisch unterentwickelten Finanzausstattung wachsendes Gewicht als Funktionsbedingungen der gemeindlichen Selbstverwaltung. Vor diesem Hintergrund umfasst das in Art. 28 Abs. 2 GG verankerte Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden nach heutigem herrschendem und unbestrittenen Verständnis auch das überkommene, historisch vorgefundene Aktionsfeld der wirtschaftlichen Betätigung.<sup>7</sup>

### **Zulässigkeitsvoraussetzungen**

Kommunal wirtschaftliche Betätigung hat stets eine dem Gemeinwohl dienende Funktion. Sie ist niemals Selbstzweck, sondern muss – wie jedwede kommunale Tätigkeit – auf die Verwirklichung der den Gemeinden kraft Verfassungs- und Rechtsnormen übertragenen Sach- und Verbandskompetenzen gerichtet sein. Vor diesem Hintergrund erklärt sich, dass die wirtschaftliche Betätigung stets auf die Verwirklichung eines öffentlichen Zwecks abzielen muss.

Die Kommunen können sich keineswegs unbegrenzt auf wirtschaftlichem Gebiet betätigen. Eine grenzen- und schrankenlose Betätigung der Kommunen würde das in einem Konzept der sozialen Marktwirtschaft notwendige Nebeneinander von privatem und öffentlichem Handeln beeinträchtigen.

Die Rechtsordnung hat deshalb der Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Betätigung Grenzen gesetzt. Aus kommunaler Sicht maßgebliche Zulässigkeitsgrenze ist die in den Kommunalverfassungen der einzelnen Bundesländer enthaltene sogenannte Schrankentrias; einschlägig sind darüber hinaus – mit Rücksicht auf die Konkurrenz privater Anbieter – Grenzziehungen des Wirtschaftsrechts.<sup>8</sup>

## **5.3 Wirtschaftliche Betätigung nach § 85 Gemeindeordnung S 85 Abs. 4 GemO**

### **Sparkassen**

Die Gemeinde darf öffentliche Sparkassen errichten auf der Basis des Sparkassengesetzes (Lex specialis Regelung) - § 85 Abs. 5 GemO

### **Wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Unternehmen**

---

<sup>7</sup> Cronauge, a.a.O., Rd.Nr. 395

<sup>8</sup> Cronauge, a.a.O., Rd.Nr. 398

## 1. Nichtwirtschaftliche Unternehmen (Einrichtungen)

Von der wirtschaftlichen Betätigung im Sinne Abs. 1-3 sind **Einrichtungen** gemäß § 85 Abs. 4 GemO ausgeschlossen.

### Einrichtung i. S. § 85 Abs. 4 Satz 1 GemO

Wirtschaftliche Unternehmen im Sinne der Absätze 1 bis 3 sind nicht Einrichtungen, die überwiegend folgenden Zwecken zu dienen bestimmt sind:

1. Erziehung, Bildung und Kultur
2. Sport und Erholung
3. Sozial- und Jugendhilfe
4. Gesundheitswesen
5. Umweltschutz
6. Wohnungswesen und Stadtentwicklung (neu 2009) sowie
7. Deckung des Eigenbedarf der Gemeinde  
z. B. Schulen, Museen, Bauhöfe, Altenheime, Krankenhäuser

## 2. Wirtschaftliche Unternehmen i. S. § 85 Abs. 1 GemO

Die Gemeindeordnungen verzichten in der Regel auf die Definition des wirtschaftlichen Unternehmens. Überwiegend wird auf Umschreibung in der Deutschen Gemeindeordnung von 1935 zurückgegriffen. Danach sind wirtschaftliche Unternehmen solche Einrichtungen und Anlagen der Gemeinde, die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden könnte.

In diesem Zusammenhang hat das Verwaltungsgericht Münster entschieden, dass eine Gemeinde ihren Bürgern anbieten dürfe, bei der Beantragung von Ausweispapieren kostenlos Passfotos zum Zweck der Ausweiserstellung anzufertigen. Mit der Herstellung der Bilder werde die Gemeinde nicht am allgemein zugänglichen Markt tätig, sondern nur als Pass- bzw. Personalausweisbehörde im Rahmen des Verwaltungsverfahrens. Eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde liege daher nicht vor, so dass bereits aus dem Grunde das Herstellen der Lichtbilder nicht gegen die Vorschriften der Gemeindeordnung NRW sowie des UWG (Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb) und des GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) verstoße.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Cronauge, a.a.O., Rd.Nr. 406

### **Abgrenzung zum Hoheitsbetrieb**

Als Hoheitsbetrieb und damit nichtwirtschaftliche Unternehmen im Sinne der Kommunalverfassungen der Bundesländer kommen drei Fallgruppen in Betracht:

- Unternehmen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist (z. B. Feuerwehren)
- Einrichtungen des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Abfall- und Abwasserbeseitigung, der Straßenreinigung sowie Einrichtungen ähnlicher Art
- Einrichtungen, die als Hilfsbetriebe ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs von Gemeinden und Gemeindeverbänden dienen; es handelt sich somit um sogenannte Hilfsbetriebe, die ausschließlich den Eigenbedarf der Kommune befriedigen, was zum Beispiel auf gemeindliche Bauhöfe, den Fuhrpark oder die Gärtnereien zutrifft.

### **Wirtschaftliche Unternehmen**

In Abgrenzung zu den in § 85 Abs. 4 GemO ausdrücklich genannten nichtwirtschaftlichen Unternehmen (Einrichtungen) lassen sich die – nicht näher im Gesetz bestimmten – **wirtschaftlichen Unternehmen** einer Kommune positiv im Wesentlichen wie folgt umschreiben:

- Versorgungsbetriebe: Wasser-, Gas-, Elektrizitäts- und Fernheizwerke
- Verkehrsbetriebe (z. B. Straßenbahnen, Autobusse, U-Bahnen, Luftverkehr, Schiffe, Fähren, Parkhäuser)
- Betriebe der Urproduktion und darauf aufgebaute Verarbeitungsbetriebe (z.B. Güter, Molkereien, Sägewerke, Salinen Gartenbaubetriebe, Gestüte)
- Sonstige Betriebe (z.B. Stadthallen, Messehallen, Kurbetriebe, Hotels, Gaststätten (Ratskeller, Theatergaststätten, Weinkeller), Lagerhäuser, Reklamebetriebe)

## 5.4 Rechtliche Grenzen wirtschaftlicher Betätigung

### I. Verfassungsrechtliche Grenzen

Art. 28 GG ermöglicht grundsätzlich eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden – siehe vorstehende Ausführungen

### II. Kommunalverfassungsrechtliche Grenzen - § 85 Abs. 1 GemO

Die Gemeindeordnung macht die Einrichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung wirtschaftlicher Unternehmen von drei Voraussetzungen abhängig:

= sog. **Schrankentrias** -

#### 1. öffentliche Zweck

Wichtigste Voraussetzung für eine wirtschaftliche Betätigung ist, dass ein „öffentlicher Zweck“ vorliegt (= zentrale Legitimationsgrundlage für die Kommunalwirtschaft).

Ein öffentlicher Zweck liegt immer dann vor, wenn die Leistungen und Lieferungen eines Unternehmens im Aufgabenbereich der Gemeinde liegen und eine im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohner zum Ziel haben. Öffentlicher Zweck in diesem Sinne ist somit jede gemeinwohlorientierte, im öffentlichen Interesse der Einwohner liegende Zielsetzung, also die Wahrnehmung einer sozial-, gemeinwohl- und damit einwohnernützigen Aufgabe. Dabei geht der Begriff über den Rahmen der sogenannten Daseinsvorsorge noch hinaus. Wesentlich ist darüber hinaus eine Bewertung, die den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen und den heutigen Aufgabenstellungen der Kommunen Rechnung trägt.<sup>10</sup>

Das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Kommune auch einen **Gewinn** mit dem Betrieb des Unternehmens erzielen möchte; die Gewinnerzielung ist aber im Gegensatz zur Privatwirtschaft nicht primäres Ziel. Die alleinige Absicht der Gewinnerzielung dürfte keinen öffentlichen Zweck begründen.

#### 2. Leistungsfähigkeit und Bedarf

Das wirtschaftliche Unternehmen einer Kommune muss außerdem nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf stehen.

---

<sup>10</sup> Cronauge, a.a.O., Rd.Nr. 412



Diese Klausel will die Kommunen vor Aktivitäten bewahren, die ihre Verwaltungs- und/oder Finanzkraft überfordern. Mit Blick auf diese Zielrichtung entfaltet die Klausel keinen Drittschutz.

Unwirtschaftliches Handeln verbietet sich der Kommune auch mit Rücksicht auf die in den Vorschriften der Haushaltswirtschaft normierte grundlegende Pflicht zur sparsamen und wirtschaftlichen Führung ihrer Haushaltswirtschaft.

**Ausnahme:** im Bereich der Energieversorgung. Siehe § 85 Abs. 1 2. Absatz GemO

### **3. Subsidiarität**

Die Kommunalverfassungen normieren als dritte Zulässigkeitsvoraussetzung – in unterschiedlicher Intensität – den Grundsatz der Subsidiarität (**Nachrangigkeit**).

#### **a) Einfache Subsidiarität**

Sie bestimmt, dass der durch das kommunale Unternehmen zu erfüllende Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder werden kann.

#### **b) Verschärfte Subsidiaritätsklausel (u.a. in Rheinland-Pfalz)**

Sie lässt eine wirtschaftliche Betätigung durch die Gemeinden nur dann zu, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Bei der verschärften Subsidiaritätsklausel muss die Kommunalwirtschaft besser und wirtschaftlicher sein als private Unternehmen. Damit wird ein Vorrang der privaten Leistungserbringung vor der Leistungserbringung durch die öffentliche Hand betont.

#### **Keine Prüfung der Subsidiarität**

Gemäß § 85 Abs. 1 Nr. 3 GemO wird die Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wärme (Energieversorgung), die Versorgung mit Wasser, die Versorgung mit Breitbandkommunikation und des öffentlichen Personennahverkehrs von der Subsidiaritätsklausel ausgenommen.

Die Konkretisierung der Subsidiaritätsklausel lässt der Kommune im Einzelfall einen Beurteilungsspielraum, den auch nur die Gemeinde aufgrund ihrer umfangreichen Kenntnisse der örtlichen Wirtschaftsverhältnisse ausfüllen kann. Die Beurteilung durch die Gemeinde ist danach richterlicher Überprüfung weitgehend entzogen. Als Anhaltspunkte für die Entscheidungsfindung können die Zuverlässigkeit privater Wettbewerber, die gleichmäßige Versorgung der Einwohner, das soziale Bedürfnis der Leistungsempfänger und die daraus resultierende Notwendigkeit sozial ausgerichteter Leistungsentgelte, die

Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung sowie sämtliche Qualitätsmerkmale der Leistung herangezogen werden.

Sofern ein privater Wettbewerber eine gemeindliche Betätigung im Einzelfall für unzulässig hält, weil er – im Unterschied zu der gemeindlichen Einschätzung – eine private Zweckerfüllung für besser und wirtschaftlicher hält, hat er dies konkret darzulegen und auch im Rahmen eines etwaigen Prozesses zu beweisen.

#### **Problem der verschärften Subsidiaritätsklausel**

Die verschärfte Subsidiaritätsklausel und die hiermit verbundene Einschränkung des den Kommunen verfassungsrechtlich zuzubilligenden Gestaltungsspielraums dürfte in unzulässiger Weise in den Randbereich des Art. 28 Abs. 2 GG eingreifen. Die allein ordnungspolitisch motivierte Festlegung des Subsidiaritätsprinzips zugunsten der Privatwirtschaft durch den Landesgesetzgeber missachtet im Ergebnis die verfassungsrechtlich garantierte Allzuständigkeit der Kommunen, die die Entscheidung darüber, ob bestimmte Bereiche der örtlichen Daseinsvorsorge durch gemeindliche Unternehmen bedient werden sollen, prinzipiell den demokratisch legitimierten Gemeindeorganen zuweist.<sup>11</sup>

#### **4. Örtlichkeitsprinzip - § 85 Abs. 2 GemO**

Vor dem Hintergrund neuer Wettbewerbsordnungen in klassischen Bereichen kommunaler Daseinsvorsorge, namentlich in der Energieversorgung infolge der Liberalisierung der entsprechenden Märkte, hat die Ausgestaltung des Örtlichkeitsprinzips mit Blick auf die Eröffnung einer gleichberechtigten Teilhabe kommunaler Unternehmen am Wettbewerb in der letzten Zeit zentrale Bedeutung erlangt.

Artikel 28 Abs. 2 GG gewährleistet den Gemeinden das Recht, alle **Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft** im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Fraglich ist die Reichweite des Gebietsbezugs im Lichte sich dramatisch wandelnder Rahmenbedingungen vom Monopol zum Wettbewerb.

Die Beschränkung auf Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft bedeutet nicht in jedem Fall zugleich, dass die Gemeinde bei der wirtschaftlichen Betätigung räumlich auf das Gemeindegebiet beschränkt ist.

Gebietsüberschreitende Aktivitäten sind zunächst selbstverständlich im Rahmen interkommunaler Kooperationen möglich. Danach können kommunale Arbeitsgemeinschaften, Zweckverbände oder gemeinsame Kommunale Anstalten gebildet sowie öffentlich-rechtliche Vereinbarungen abgeschlossen werden. Gemeinsame Aufgabenwahrnehmungen sind auch in der Rechtsform des privaten Rechts möglich.

---

<sup>11</sup> Cronauge, a.a.O., Rd. Nr. 419

## **§ 85 Abs. 2 GemO legt die Voraussetzungen für Rheinland-Pfalz fest:**

### **Eine wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets ist zulässig,**

- wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die berechtigten Interessen aller hiervon unmittelbar betroffenen Gemeinden gewahrt ist.
- Bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas gelten ausschließlich die Interessen als berechtigt, die nach den Bestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen.

## **5. Drittschützende Wirkung<sup>12</sup>**

Die drittschützende Wirkung der öffentlich-rechtlichen Regelungen des Gemeindegewirtschaftsrechts zugunsten privater Dritter ist äußerst umstritten; Rechtsprechung und Literatur zeigen ein kontroverses Meinungsbild. Soweit der Drittschutz in der Rechtsprechung bejaht wird, erfolgt überwiegend ein Rückgriff auf die Subsidiaritätsklausel; vereinzelt wird auch der „öffentliche Zweck mit besonderem Blick auf das Erfordernis einer Marktanalyse“ herangezogen.

Die Annahme einer drittschützenden Wirkung erscheint im Letzteren zweifelhaft. Ziel und Zweck der Marktanalyse ist ein Schutz der Gemeinde vor sich selbst und unnötiger wirtschaftlicher, die Kommune womöglich überfordernder Tätigkeit.

## **5.5 Wirtschaftsrechtliche Grenzen<sup>13</sup>**

Kernbestandteile des allgemeinen Wirtschaftsrechts, das die Ordnungsgrundsätze für die wirtschaftliche Betätigung innerhalb der sozialen Marktwirtschaft normiert, sind das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (**UWG**) und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (**GWB**). Während das GWB den im öffentlichen Interesse liegenden Schutz des Wettbewerbs absichern will, knüpft das UWG an diese Institution des freien Wettbewerbs an und bekämpft und untersagt die Anwendung unlauterer Wettbewerbsmethoden.

Zu fragen ist, inwieweit die Regelungen des GWB und des UWG auch auf die wirtschaftliche Betätigung Anwendung finden.

---

<sup>12</sup> Cronauge, a.a.O., Rd.Nr. 444

<sup>13</sup> Cronauge, a.a.O. Rd.,Nr. 445 ff

Das GWB legt die Anwendbarkeit auf „öffentliche Unternehmen“ ausdrücklich fest; die Betätigung der Kommunen in wirtschaftlichen Unternehmen unterfällt somit dem GWB.

Im UWG fehlt zwar eine vergleichbare gesetzliche Festlegung, dennoch findet nach allgemeiner Auffassung auch das UWG auf wirtschaftliche Unternehmen Anwendung, wenn sich diese in der Form des Privatrechts am Wirtschaftsverkehr beteiligen.

Nicht eindeutig in Rechtsprechung und Literatur wird die Anwendung des Kartell- und Wettbewerbsrechts für den Fall erörtert, dass die Kommune selbst oder ein Eigenbetrieb, in den Handlungsformen des Öffentlichen Rechts Leistungen im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringt.

GWB und auch UWG finden demzufolge grundsätzlich auf die wirtschaftlichen Unternehmen der Kommunen Anwendung.

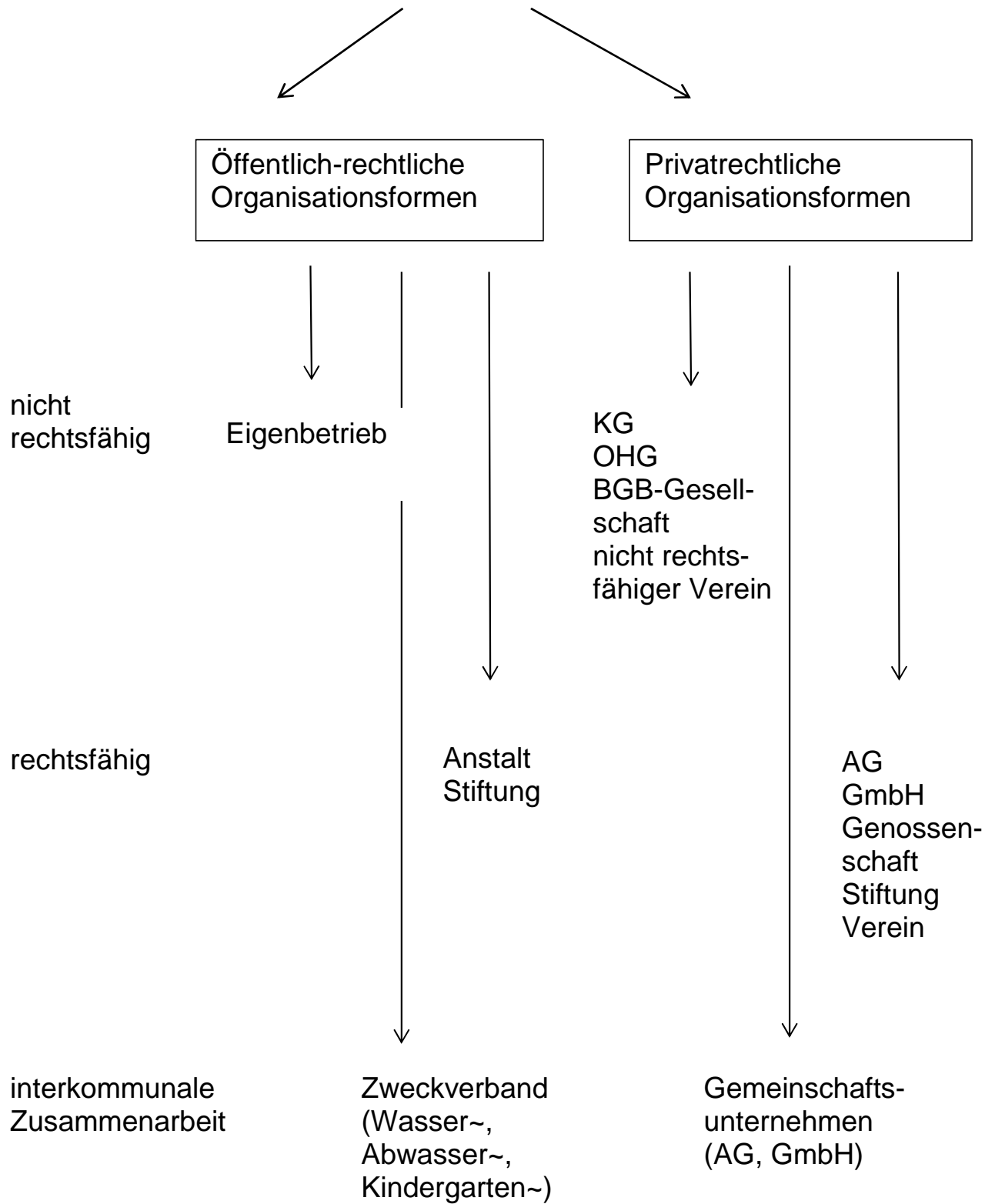
Fraglich ist darüber hinaus, ob auch die kommunalverfassungsrechtlichen Vorschriften, insb. § 85 GemO für die konkurrierenden Privaten als Anspruchsgrundlage, etwa auf die Unterlassung eines bestimmten kommunalen wirtschaftlichen Unternehmens, im Einzelfall herangezogen werden können. Dies setzt voraus, dass die einschlägigen kommunalverfassungsrechtlichen Vorschriften zumindest auch den Schutz der privatrechtlichen Konkurrenten bezwecken.

In erster Linie verfolgen die kommunalverfassungsrechtlichen Vorschriften über die Zulässigkeit und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen den Zweck, die Kommunen vor den damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken zu schützen. Insbesondere die Subsidiaritätsklausel will aber den Ausgleich zwischen Privatwirtschaft einerseits und der verfassungsrechtlichen Gewährleistung kommunaler Wirtschaftstätigkeit andererseits gewährleisten. Folglich kann durchaus ein privater Konkurrent der Gemeinde, der durch eine unzulässige wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde beeinträchtigt wird, aus den kommunalverfassungsrechtlichen Vorschriften über die kommunale wirtschaftliche Betätigung einen Unterlassungsanspruch herleiten.

Nach herrschender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung vermag allein die Verletzung der kommunalrechtlichen Zulässigkeitsvorschriften noch nicht den Unterlassungsanspruch nach dem UWG begründen. Voraussetzung ist zudem eine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UWG im Einzelfall.

Grundrechte eines privaten Anbieters schützen im Übrigen grundsätzlich nicht vor dem Hinzutreten der Kommunen als Konkurrenten, solange die private wirtschaftliche Betätigung nicht unmöglich gemacht oder unzumutbar eingeschränkt wird oder eine unerlaubte Monopolstellung entsteht.

## Organisationsformen kommunaler Unternehmen



## 6) Kommunale Unternehmen in Privatrechtsform - § 87 GemO

Die Gemeinde kann wirtschaftliche Unternehmen sowie Einrichtungen i. S. des § 85 Abs. 4 Satz 1 als Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts führen oder sich daran beteiligen, wenn bestimmte Vorgaben erfüllt werden.

### 6.1 Begrenzung der Haftung - § 87 Abs. 1 Nr. 4 GemO

Es muss eine Rechtsform gewählt werden, die die **Haftung** der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag **begrenzt**.

Das finanzielle Risiko einer Kommune soll damit kalkulierbar gemacht werden. Die Voraussetzungen der Haftungsbegrenzung erfüllen diejenigen Gesellschaften, bei denen die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen begrenzt ist, wie z. B. die AG, die GmbH sowie bei einer KG der Kommanditist.

Die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde muss in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen.

Die Gemeinde darf sich nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unangemessener Höhe verpflichten. Ausgeschlossen ist also zum Beispiel eine unbegrenzte Nachschusspflicht.

### 6.2 Öffentlicher Zweck - § 87 Abs. 1 Nr. 1 GemO

Der öffentliche Zweck muss die Rechtsform rechtfertigen. Die öffentliche Zweckverfolgung ist damit unmittelbar in der zugrunde liegenden gesellschaftsrechtlichen Grundlage zu verankern, so dass bei allen unternehmerischen Entscheidungen die öffentliche Zweckbestimmung als das wesentliche Unternehmensziel zu berücksichtigen ist.

Beispiel:

Gegenstand des Unternehmens ist die sichere, preisgünstige und umweltverträgliche Versorgung des Gemeindegebiets mit Strom, Gas, Wasser und Fernwärme.

### 6.3 Angemessener Einfluss - § 87 Abs. 1 Nr. 3 GemO

Der Gemeinde muss ein angemessener Einfluss im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan eingeräumt werden. Dieser muss im Gesellschaftsvertrag, der Satzung oder in anderer Weise gesichert werden.

#### **6.4 Nachrangigkeit der Aktiengesellschaft - § 87 Abs. 2 GemO**

Die Gemeinde darf unbeschadet des Absatzes 1 wirtschaftliche Unternehmen sowie Einrichtungen im Sinne des § 85 Abs. 4 Nr. 1 GemO in der Rechtsform der Aktiengesellschaft nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

#### **6.5 Vorlage- und Beratungspflicht - § 92 GemO**

Beabsichtigt die Gemeinde, ein wirtschaftliches Unternehmen oder eine Einrichtung im Sinne des § 85 Abs. 4 Satz 1 GemO als Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts zu errichten, so hat sie eine Analyse zu erstellen über die Vor- und Nachteile der öffentlichen und privatrechtlichen Organisationsformen im konkreten Einzelfall.

Die Analyse ist der Aufsichtsbehörde unverzüglich vorzulegen.

#### **6.6 Welche juristische Personen des Privatrechts kommen danach in Betracht?**

##### **a) Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)**

Kapitalgesellschaft

Gesetzliche Grundlage: GmbH-Gesetz

##### **Organe:**

- Geschäftsführung (ein oder mehrere Geschäftsführer)
- Gesellschafterversammlung
- Aufsichtsrat
  - Grundsätzlich: Fakultativ  
aber:  
Die Aufsichtsbehörde fordert bei kommunalen GmbH's regelmäßig einen Aufsichtsrat
  - Obligatorisch:  
Bei mehr als 500 Arbeitnehmern (gemäß Betriebsverfassungsgesetz)

**b) Aktiengesellschaft (AG)**

Kapitalgesellschaft

Gesetzliche Grundlage: Aktiengesetz

**Organe:**

- Vorstand (Leitungsorgan)
- Aufsichtsrat (Überwachungsorgan)
- Hauptversammlung (oberstes Organ)

**c) Kommanditgesellschaft (KG)**

Gesetzliche Grundlage: § 161 ff. HGB

KG ist eine Personengesellschaft

2 Arten von Gesellschaftern:

- Komplementäre (Vollhafter) – haften mit Privatvermögen
- Kommanditisten (Teilhafter) – haften nur mit ihrer Einlage

Wegen der Haftungsbeschränkung (§ 87 Abs. 1 Nr.4 GemO) kommt für Gemeinden nur die Rolle des Kommanditisten in Frage.

Allerdings hat der Kommanditist geringere Befugnisse. Die Gemeinde hat in dieser Rolle wohl Probleme den nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 GemO geforderten „angemessenen Einfluss“ geltend zu machen.

In der Praxis spielt die KG daher für Gemeinden eine untergeordnete Rolle.

**d) GmbH & Co. KG**

Eine Besonderheit bildet die GmbH und Co. KG, die Wesenselemente von Personengesellschaft und Kapitalgesellschaft verbindet.

Die GmbH & Co. KG ist eine KG, an der eine GmbH als – regelmäßig einziger – persönlich haftender Gesellschafter beteiligt ist.



Neben dem Gesellschaftsvermögen der KG haftet den Gesellschaftsgläubigern damit nur die GmbH als Komplementär nach §§ 161, 128 HGB unbeschränkt persönlich – also mit dem Stammkapital (mindestens 25.000 Euro).

Die GmbH & Co. KG kann grundsätzlich für eine Gemeinde in Betracht gezogen werden, sofern sich deren Beteiligung auf die Komplementär-GmbH beschränkt. Die Haftung ist dann vergleichbar der GmbH.

In der Praxis hat die GmbH & Co. KG für Gemeinden kaum Bedeutung.

## **7) Einflussnahme der Gemeinde auf die Gesellschaft des Privatrechts**

### **7.1 Grundsatz: § 87 Abs. 1 Nr. 3 GemO**

Die Gemeinde kann Gesellschaften in der Rechtsform des privaten Rechts errichten, wenn die Gemeinde einen ihrer Beteiligung angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens erhält und dieser durch die Ausgestaltung des Gesellschaftervertrags oder der Satzung oder in anderer Weise gesichert wird.

### **7.2 Weisungsrecht des Rates gemäß § 88 GemO**

Das Weisungsrecht des Rates gegenüber den Vertretern der Gemeinde in den Organen der Kapitalgesellschaft ist in § 88 Abs. 1 Satz 3 und § 88 Abs. 3 Satz 1 GemO geregelt.

Hierbei handelt es sich um öffentlich-rechtliche Organisationsregeln, die unter dem Vorbehalt abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsrechts stehen.

Problem:

- Nach dem Gesellschaftsrecht (HGB, GmbHG, AktG) sind die Geschäftsführung und der Aufsichtsrat dem Wohl der Gesellschaft verpflichtet. Dieses muss nicht deckungsgleich sein mit dem Wohl der Gemeinde.
- Das Gesellschaftsrecht ist Bundesrecht, die Gemeindeordnung ist Landesrecht (Art. 31 GG: Bundesrecht bricht Landesrecht)

### 7.3 GmbH

#### **Einflussnahme auf den Aufsichtsrat**

Nach h. M. besteht ein Weisungsrecht der Gemeinde gegenüber den Aufsichtsräten, soweit es sich um einen fakultativen Aufsichtsrat handelt.

Beim obligatorischen Aufsichtsrat gibt es kein Weisungsrecht (wie bei der AG).

#### **Einflussnahme auf die Geschäftsführung**

§ 37 Abs. 1 GmbHG ermöglicht die Entscheidungsbefugnis der Geschäftsführung (des Geschäftsführers) im Innenverhältnis wesentlich zu beschränken (Satzung) und an Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu binden.

§ 37 Abs. 1 GmbHG beinhaltet ebenso ein Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung durch Gesellschafterbeschlüsse.

Ebenso kann der Einfluss der Gemeinde durch Besetzung des Geschäftsführerpostens durch Personal der Gemeinde weitgehend gesichert werden.

#### **Einflussnahme auf die Gesellschafterversammlung**

§ 88 Abs. 1 Satz 6 GemO findet Anwendung.  
Das Gesellschaftsrecht steht einer Weisung nicht entgegen.

### 7.4 Aktiengesellschaft (AG)

#### **Einflussnahme auf den Aufsichtsrat**

- a) Aufsichtsratsmitglieder werden vom Rat vorgeschlagen, aber von der Hauptversammlung gewählt (§ 101 Abs. 1 AktG).

Gegenüber gewählten Aufsichtsratsmitgliedern hat der Rat kein Weisungsrecht. Aufsichtsratsmitglieder sind nur der Gesellschaft gegenüber verpflichtet.

- b) Aufsichtsratsmitglieder werden vom Rat entsandt (§ 101 Abs. 2 AktG)

Weisungsrecht ist umstritten. BGH (NJW 1962, S. 864 ff) ist der Auffassung, dass kein Weisungsrecht besteht.

## **Einflussnahme auf den Vorstand**

Ein **Weisungsrecht** gegenüber dem Vorstand ist **ausgeschlossen**. Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten. Er vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Beschränkungen der umfassenden Vertretungsmacht sind Dritten gegenüber im Außenverhältnis nicht (§ 82 Abs. 1 AktG), im Innenverhältnis nur sehr eingeschränkt möglich (82 Abs. 2 AktG).

## **Einflussnahme auf die Hauptversammlung**

Dem Weisungsrecht gegenüber den Vertretern der Gemeinde in der Hauptversammlung steht das Gesellschaftsrecht nicht entgegen.

Es gilt § 88 Abs. 1 Satz 6 GemO:

„Der Gemeinderat kann dem für die Vertretung der Gemeinde zuständigen Bürgermeister oder Beigeordneten und den weiteren Vertretern Richtlinien und Weisungen erteilen.“

Die Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion (ADD) Trier hat als Kommunalaufsicht ihre Kommunen mit Schreiben vom 21.02.2013 ausdrücklich angewiesen, dies künftig zu beachten.

Begründung der ADD:

„In der Hauptversammlung agiert der Gemeindevertreter für die Gemeinde als Gesellschafterin (=Eigentümerin, Anmerkung des Verfassers) so dass er dabei die Interessen der Kommune wahrnehmen muss. Diese sind maßgeblich vom Gemeinderecht bestimmt, so dass dessen Anforderungen und eventuelle Weisungen des Gemeinderates zu beachten sind.

Dies gilt jedoch dann nicht, wenn die kommunalrechtlichen Vorgang zum **Unternehmensgegenstand** der Aktiengesellschaft stehen. In diesem Fall setzt sich der Vorrang des Gesellschaftsrechts durch, da der Unternehmensgegenstand für alle Gesellschafter verbindlich und die Gemeinde an ihn bei der Ausübung von Stimmrechten gebunden ist.“

### **Unternehmensgegenstand:**

Der Unternehmensgegenstand beschreibt den Bereich und die Art der Tätigkeit eines Unternehmensträgers, hier der Aktiengesellschaft. Gemäß Aktiengesetz ist der Unternehmensgegenstand zwingender Inhalt der Satzung einer AG. Er muss in das Handelsregister dieser Gesellschaften eingetragen werden.

Beispiel: Auszug Stadtwerke Kaiserslautern (SWK)

Gegenstand des Unternehmens ist die Erzeugung von und die Versorgung mit Strom, Gas, Wärme und Wasser sowie das Erbringen der hiermit zusammenhängenden Dienstleistungen, insbesondere im Bereich Ver- und Entsorgung. Daneben kann die Gesellschaft weitere, insbesondere von der Stadt Kaiserslautern übertragene Aufgaben wahrnehmen.

Die Hauptversammlung entscheidet u. a. über die Gewinnverwendung. Die Gemeinde kann so ihre Vertreter anweisen, dass eine Gewinnabführung an die Gemeinde beschlossen wird.

## 8) Besteuerung der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen

### Problem: Umsatzsteuer und interkommunale Zusammenarbeit

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteilen vom 10.11.2011 (Az. V R 41/10) und vom 01.12.2011 (Az. V R 1/11) entschieden, dass die bisher geltende Auslegung der Abgrenzungskriterien des Umsatzsteuergesetzes für die Unternehmereigenschaft der öffentlichen Hand nicht EU-rechtskonform sei.

Mit seinen Entscheidungen hat der BFH (gestützt auf Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes – EuGH) faktisch zugleich einen neuen Rahmen für die umsatzsteuerliche Unternehmereigenschaft von juristischen Personen des öffentlichen Rechts (jPöR) geschaffen.

Zum 01.01.2016 wurde der neue **§ 2b** in das Umsatzsteuergesetz (**UStG**) eingefügt. Dieser regelt die Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand ab 01.01.2017 grundlegend neu.

Nachdem bislang die Umsatzsteuerpflicht zwingend mit dem Vorliegen eines Betriebs gewerblicher Art gem. § 4 KStG einhergegangen ist, richtet sich der neue § 2b UStG ausschließlich auf die Qualität der erbrachten Leistung und ob ein Wettbewerb für die angebotene Leistung besteht.

Diese grundlegende Änderung der Besteuerungssystematik wird durch die Notwendigkeit begründet, das nationale Umsatzsteuerrecht an die unionsrechtlichen Vorgaben in der Mehrwertsteuersystem-Richtlinie (MwStSysRL) anzupassen (vgl. Art. 13 MwStSysRL).

Durch die Änderung der Umsatzbesteuerung, sind die erbrachten Leistungen der juristischen Personen zunächst in zwei grundlegende Bereiche zu unterteilen. Zu unterscheiden sind Leistungen, die auf privatrechtlicher Grundlage, also z. B. eines Kaufvertrages u. ä., erbracht werden und Leistungen, die im Rahmen öffentlicher Gewalt erbracht werden. Bei Leistungen, die auf privatrechtlicher Grundlage erbracht werden, sind juristische Personen des öffentlichen Rechts zukünftig immer unternehmerisch tätig und somit zur Erhebung der Umsatzsteuer verpflichtet und damit auch vorsteuerabzugsberechtigt.

Für Leistungen, die die juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Rahmen der öffentlichen Gewalt erbringen, werden zusätzliche Prüfungen notwendig. Sollte die Behandlung der juristischen Person des öffentlichen Rechts als Nichtunternehmer in Bezug auf die festgestellte Leistung zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen, ist die Leistung, auch wenn sie im Rahmen öffentlicher Gewalt erbracht wird, umsatzsteuerpflichtig. Hierbei müssen insbesondere die Leistungen im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit betrachtet und ggf. angepasst werden.

In der Folge werden zahlreiche vormals nicht steuerbare Leistungsbeziehungen der öffentlichen Hand insbesondere aus den Bereichen der Beistandsleistungen/Interkommunalen Kooperationen sowie der sog. (ertragssteuerlichen) Vermögensverwaltung steuerpflichtig.

Vermögensverwaltung:

z. B. Vermietung von Vermögen, Gestattete Aufstellung von Automaten durch eine Firma gegen Gebühr

Ertragssteuern:

Einkommenssteuer, Körperschaftssteuer, Gewerbesteuer

Die unmittelbare Folge sind erhebliche umsatzsteuerliche aber auch administrative Zusatzlasten für die Kommunen, die allenfalls nur teilweise durch korrespondierende Vorsteuerabzugsmöglichkeiten aufgefangen werden.

Bis mindestens zum Jahr 2017 hatten die Kommunen die Möglichkeit, weiterhin die bisherige Verwaltungspraxis anzuwenden.<sup>14</sup>

**Die Länder und Kommunen setzen im Rahmen der Konsolidierung der gemeindlichen Haushalte verstärkt auf die interkommunale Zusammenarbeit, um so Synergien und damit Kosten zu sparen. Diese Bemühungen werden durch die neue Umsatzsteuerproblematik deutlich erschwert.**

Die neue gesetzliche Regelung macht eine umfassende Prüfung aller von den Kommunen erbrachten Leistungen erforderlich. Der Gesetzgeber hat diesen Abstimmungsaufwand ebenfalls erkannt und eine Übergangsfrist bis 31.12.2020 eingeräumt.

Die Inanspruchnahme der Übergangsfrist müssen die Gemeinderäte für ihre Kommune beschließen. Die Inanspruchnahme ermöglicht die Anwendung des § 2 Abs. 3 UStG in der Fassung vom 31.12.2015 und damit die bisherige Umsatzbesteuerung bis einschließlich 31.12.2020.

---

<sup>14</sup> Schreiben des Deutschen Städtetages vom 06.11.2012

### **Aktueller Stand zur Einführung des § 2b UStG:**

Nach bisherigem Stand **war** der § 2b UStG ab dem 01.01.2023 verpflichtend von allen juristischen Personen des öffentlichen Rechts anzuwenden.

Ursprünglich **wurde** § 2b UStG zum 01.01.2017 **eingeführt**, mit einer Options-/Übergangsfrist bis zum 31.12.2020. Diese Frist **wurde** u.a. coronabedingt bis zum 31.12.2022 verlängert.

### **Ganz neu:**

Nach einer Verlautbarung des Deutschen Städtetags vom 15.11.2022 plant das BMF (Bundesministerium der Finanzen), die zwingende Erstanwendung des § 2b UStG auf den **01.01.2025** zu verschieben. Die Umsetzung soll im Jahressteuergesetz 2022 erfolgen.

Nach Aussage des Deutschen Städtetages bereitet das BMF eine Formulierungshilfe für die Regierungsfractionen im Bund vor, mit welcher im Rahmen des laufenden Gesetzgebungsverfahrens zum Jahressteuergesetz 2022 die bestehende Übergangsregelung des § 27 Abs. 22 Satz 3 UStG i.V.m. § 27 Abs. 22a UStG, d. h. die zwingende Anwendung des § 2b UStG für jPdöR ab 01.01.2023 um weitere zwei Jahre verlängert werden soll. Danach könnten JPdöR das alte Umsatzsteuerrecht noch bis Ende 2024 weiterhin anwenden.

Die aktuellen Herausforderungen für Bund, Länder und Gemeinden angesichts von Ukraine-Krieg, Gasmangellage, Covid und Flüchtlingskrise bieten genügend Argumente, warum die erforderlichen Umstellungen in der Verwaltung in den letzten Monaten nicht mit dem notwendigen Nachdruck bearbeitet werden konnten.

Bis zur tatsächlichen Gesetzesänderung verbleibt es rechtlich bei der zwingenden Anwendung ab dem 01.01.2023. Es ist zu hoffen, dass Bundestag und Bundesrat die Verlängerung der Optionsregelung unterstützen werden. Das Gesetzgebungsverfahren zum Jahressteuergesetz 2022 wird voraussichtlich erst kurz vor Weihnachten abgeschlossen sein.

### **Nachfolgend ist der Zeitplan des Gesetzgebungsverfahrens:**

- Von einer Umsetzung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens kann mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden, wenn der Finanzausschuss des Bundestags – nach derzeitigem Zeitplan am 30. November 2022 – die finale Fassung des JStG 2022 beschließt (Beschlussempfehlung).
- Der anschließende, für den 2. Dezember 2022 vorgesehene Gesetzesbeschluss des Bundestagsplenums über diese Ausschussfassung ist regelmäßig nur noch Formsache.

- Ein mögliches (theoretisches) Restrisiko beschränkt sich dann nur noch auf eine Ablehnung des gesamten Jahressteuergesetzes 2022 im Bundesrat am 16. Dezember 2022. Aus Regierungskreisen gab es hierfür jedoch bislang keine Anzeichen.
- Damit sollte vorbehaltlich des Beschlusses am 30. November 2022, am 2. Dezember der Gesetzesbeschluss (Jahressteuergesetz) im Bundestag und am 16. Dezember die Zustimmung im Bundesrat erfolgen.
- Sollten sich die Verhandlungen zwischen den Koalitionsparteien im Bundestag verzögern, wäre der nächste Termin für die Finalisierung des Gesetzes im Bundestag der 14.-16. Dezember 2022. Auch in diesem Fall würden Bund und Länder vermutlich darauf abzielen, die Bundesratszustimmung noch am 16. Dezember 2022 einzuholen.

### Hinweis:

Den Kommunen wird empfohlen, trotz der wahrscheinlichen Verschiebung der zwingenden Anwendung des § 2b UStG unverändert zeitnah die notwendigen Vorbereitungen zu treffen. Hierzu zählt neben der Einnahmeanalyse auch die Prüfung des möglichen Vorsteuerabzugspotentials.

Hierzu ist am 25.10.2022 durch das **BMF der Entwurf einer Vereinfachungsregelung (siehe Anlage)** an die Verbände/Betroffenen versandt und veröffentlicht worden. Die dort angedachte Pauschalierung führt nach Rückmeldung vieler unserer Mandanten zu einer eher sehr geringen Vorsteuerquote aus laufenden Allgemeinkosten. Investitionen sind nach dem Entwurf getrennt zu prüfen. Ob bzw. welche Änderungen hier noch einfließen können, kann derzeit nicht abgeschätzt werden.

Auch wenn die Verlängerung der Übergangsfrist wie erwartbar umgesetzt werden wird, kann die einzelne jPdöR sich durch Antrag bereits vorzeitig zur Anwendung der Neuregelung des § 2b UStG entscheiden. Dies kann insb. bei größeren Investitionen zu Vorteilen durch erhöhten Vorsteuerabzug führen. Hierbei ist jeweils der konkrete Einzelfall zu prüfen. Die Entscheidung kann jedoch nur einheitlich für die gesamte jPdöR getroffen werden; nicht für einzelne Einnahmen bzw. Eigenbetriebe.

Eine Verlängerung der Übergangsregelung des § 27 Absatz 22 Satz 3 UStG i.V.m. § 27 Abs. 22a UStG um weitere zwei Jahre bedeutet, dass das alte Umsatzsteuerrecht optional noch bis einschließlich des Jahres 2024 angewendet werden kann.

Sofern die Neuregelung analog zur letzten Fristverlängerung erfolgt, so kann die Option zur Anwendung der Übergangsregelung jeweils zu Beginn eines auf die Abgabe folgenden Kalenderjahres widerrufen werden.

Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts stehen damit vor der Wahl, ab wann sie das neue Recht anwenden möchten:

- Wie bisher geplant ab dem 1. Januar 2023. In diesem Fall müsste die Option mit Wirkung zum 1. Januar 2023 widerrufen werden. Dies müsste folglich noch in 2022 entschieden werden, weil bereits für Januar 2023 Umsatzsteuervoranmeldungen abzugeben wären.
- Unter voller Ausnutzung der Verlängerung um zwei Jahre, d.h. ab dem 1. Januar 2025. In diesem Fall müsste keine gesonderte Erklärung abgegeben werden.
- Unter teilweiser Ausnutzung der Verlängerung um ein Jahr, d.h. bei Widerruf der Option ab dem 1. Januar 2024. Ob diese Möglichkeit genutzt wird, kann auch noch im Laufe des nächsten Jahres entschieden werden.