

Daseinsvorsorge durch Privatisierung – Wettbewerb oder staatliche Gewährleistung

Bericht über das 6. Leipziger Umweltrechts-Symposium

Von Rechtsanwalt und Notar Professor Dr. Bernhard *Stiier*, Münster/Osnabrück, und Caspar David *Hermanns*, Berlin

Rechtsfragen bei der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen gewinnen zunehmend an Bedeutung. Insbesondere das von der Bundesregierung der 13. Legislaturperiode ausgegebene Lösungswort des „schlanken Staates“ hat die Bemühungen zur Entstaatlichung nachhaltig gefördert und auch materiellen Privatisierungen auf allen Ebenen der staatlichen Verwaltung den Weg geebnet. Dabei gehen die Vorstellungen über eine Aufgabenwahrnehmung durch die Kommunen in privatrechtlichen Gesellschaftsformen im Sinne einer lediglich formellen Privatisierung hinaus und beinhalten auch Modelle, bei denen die Aufgabe und das bisher staatliche Vermögen vollständig auf Private übertragen werden, die Kommunen sich aus diesen Bereichen also ganz zurückziehen. Privatisierungen jedweder Art und auch alle Misch- und Zwischenformen scheinen also offenbar im allgemeinen Trend zu liegen. So wundert es nicht, dass sich Professor Dr. Martin *Oldiges* über mehr als 130 Anmeldungen zum nunmehr 6. Leipziger Umweltrechts-Symposium freuen konnte. Der Leipziger Hochschullehrer warnte allerdings vor einer grenzenlosen Privatisierung, die zu einer Aushöhlung der Staatlichkeit führen und zahlreiche Probleme in sich bergen könne. So seien auch gegenläufige Tendenzen erkennbar. Denn nicht erst seit der Entscheidung „Gelsengrün“ des OLG Hamm ist auf kommunaler Ebene eine verstärkte Neigung zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand erkennbar. Zugleich stellen sich hier schwierige Abgrenzungsfragen im Spannungsfeld von Kommunalrecht, Wirtschaftsrecht, Gesellschaftsrecht und Wettbewerbsrecht.

In seinem Referat „Privatisierung und kommunale Selbstverwaltung“ setzte sich Professor Dr. Johannes *Hellermann* für einen eigenverantwortlichen kommunalen Spielraum bei den Privatisierungsaktivitäten ein. Zwar stünden zahlreiche kommunale Bereiche auf der Privatisierungsliste, andererseits müssten die regelmäßig zu den Daseinsvorsorgeleistungen zu rechnenden Verpflichtungen zum originären Aufgabenfeld der Kommunen gezählt werden. Vor allem in Zeiten knapper Kassen seien die Kommunen auf eine gewisse Profitabilität ihrer Unternehmungen angewiesen. Es bestehe deshalb durchaus ein Interesse daran, diese „gewinnbringenden“ Einrichtungen in kommunaler Hand zu behalten. Die Kommunen haben daher zwangsläufig ein ambivalentes Verhältnis zu Privatisierungsvorhaben. Darüber hinaus sind wirtschaftliche Betätigungen der Kommunen auch durch das Recht der Selbstverwaltungsgarantie zum Zwecke der örtlichen Daseinsvorsorge verfassungsrechtlich geschützt, machte der Münsteraner Hochschullehrer klar. Dieser Schutz greife auch ein, wenn der Gesetzgeber der Kommunalwirtschaft Beschränkungen im Interesse der privaten Konkurrenz auferlege. „Derartige Maßnahmen sind nur zulässig, wenn die Kommune zur eigenen Aufgabenerledigung nicht in der Lage sind“, meinte *Hellermann* und betonte, dass sich Privatisierungen aus seiner Sicht in der Tendenz eher als Schwächung und Gefährdung der kommunalen Selbstverwaltung darstellen. Zugleich erhob er die Forderung, den Kommunen unter den Bedingungen einer staatlichen Privatisierungspolitik hinreichende Spielräume zur wirtschaftlichen Betätigung und deren organisatorischer Ausgestaltung zu belassen.

Einen gewissen Gegenpol zu diesen Thesen bildeten die Ausführungen des Mainzer Europarechtlers Professor Dr. Meinrad *Dreher*, der sich mit den vergabe- und gemeindefirtschaftsrechtlichen Grenzen der „Privatisierung der Daseinsvorsorge“ befasste. Dem europäischen Recht sei der Begriff der Daseinsvorsorge unbekannt. Es unterscheide lediglich marktbezogene und nicht marktbezogene Tätigkeiten im Allgemeininteresse und bei Geltung spezifischer Gemeinwohlverpflichtungen als „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“. Auch der Bereich der Daseinsvorsorge unterliege daher dem Vergaberecht. Daher müsse insbesondere im Falle einer gemischtwirtschaftlichen kommunalen Tochtergesellschaft als Auftragnehmerin geprüft werden, ob der Einfluss des öffentlichen Auftraggebers tatsächlich weit oberhalb der Schwelle jedes Beherrschungsbegriffs liege. Erst dann nämlich sei eine vergaberechtliche Privilegierung von Leistungsbeziehungen zwischen der beherrschenden Kommune und der Tochtergesellschaft zulässig. Es komme daher nicht auf starre Beteiligungsschwellen, sondern auf die nach Gesellschaftsrecht und nach dem Gesellschaftsvertrag sowie sonstigen Rechtsbeziehungen rechtlich möglichen Einflussnahmen an. Darüber hinaus werde der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden über private Rechtsträger dadurch Grenzen gesetzt, dass die Regelungen der Gemeindeordnungen hinsichtlich der wirtschaftlichen Betätigung justiziabel, gerichtlich voll überprüfbar und vor allem drittschützend seien, aber auch über § 1 UWG oder andere Vorschriften privatrechtlich durchgesetzt werden könnten. Das alles schränkt den kommunalen Handlungsspielraum schon recht ein.

Die Diskussion wurde vor allem von der Frage bestimmt, ob die Beachtung der von *Dreher* vertretenen Thesen nicht doch zu einer weit reichenden Beschränkung der sich derzeit entwickelnden gemeindefirtschaftlichen Aktivitäten führen. Dabei ergänzte *Dreher*, dass das europäische Recht zwar nicht zu Privatisierungen zwingt, keineswegs aber privatisierungsneutral sei. Andererseits warnten Vertreter der kommunalen Ebene und auch *Hellermann* davor, dass nicht durch eine „konsequente Privatisierung“ die wirtschaftlich tragfähigen Einrichtungen kommerzialisiert würden, während die verlustbringenden Aktivitäten weiter in öffentlicher Hand verblieben und damit sozusagen sozialisiert würden. Dies könne aber nicht im Interesse der Kommunen sein, konnten doch bisher defizitäre kommunale Betriebe durch die Gewinne wirtschaftlich ertragreicher

bisher defizitäre kommunale Betriebe durch die Gewinne wirtschaftlich ertragreicher Einrichtungen quersubventioniert werden. Diese Finanzierungsformen der kommunizierenden Röhren sind – so wurde in der Diskussion bemerkt – Ausdruck einer sozialstaatlicher Daseinsvorsorge.

Im Dezember 1997 erlangten zwei Vorlagebeschlüsse des *BVerwG*¹ an das *BVerfG* nicht nur in Fachkreisen besondere Aufmerksamkeit. In diesen wurden das Lippeverbands- und das Emschergenossenschaftsgesetz für verfassungswidrig erachtet. Die Wasserverbände nehmen nach Auffassung der Berliner Richter eine lebensnotwendige und nicht privatisierbare Staatsaufgabe wahr, es fehle aber an der notwendigen personellen Legitimation der Mitglieder der Verbandsorgane. In seinem Vortrag „Verfassungsrechtliche Grenzen der Mitwirkung privater Personen bei der Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge“ verteidigte der damalige Senatsvorsitzende VRBVerwG a. D. Dr. Norbert *Niehues* (Berlin) die Beschlüsse seines Gerichts und sprach sich für eine konsequente Anwendung des Demokratieprinzips aus. So seien die Aufgaben der Daseinsvorsorge hoheitlich zu erfüllen. Einer Mitwirkung von Privaten bei der Aufgabenerfüllung werde dabei durch das Demokratieprinzip Grenzen gesetzt. Dieses erfordere nach der ständigen Rechtsprechung des *BVerfG*, dass das Volk einen effektiven Einfluss auf die personelle Zusammensetzung der Organe und deren Tätigkeit haben müsse. Mittels dieser sich ergänzenden Legitimationsformen sei das im Einzelfall notwendige Legitimationsniveau zu erreichen, was aber bei den genannten Wasserverbänden nicht erreicht sei, weil die Vertreter privater Interessenverbände in der Verbandsversammlung zahlenmäßig die Oberhand hatten. Auch bei einem partizipativen Demokratieverständnis, so *Niehues* weiter, wäre der Einfluss dieser Gruppen auf die Erfüllung staatlicher Aufgaben nur in abgestufter Form zuzulassen. Es müsse aber ausgeschlossen sein, dass private Mehrheiten über die Erfüllung „lebensnotwendiger Staatsaufgaben“ entscheiden könnten. Schlichte Thesen, die es aber durchaus in sich haben. Denn wenn in allen Bereichen der Daseinsvorsorge die Kommunen mitzuwirken und die Entscheidungsträger durch Wahlen legitimiert sein müssen, dann setzt das am Ende auch den Bestrebungen, die Politik aus den Aufsichtsräten und Kontrollorganen zu verbannen, enge Grenzen. Dann können sich auch weiterhin die Spitzenpolitiker auf gut dotierte Aufsichtsratsposten und Beiratsmandate freuen.

Die „Ziele und Rechtsfragen der Sächsischen Privatisierungs-Verordnung“ stellte Wolf-Dieter *Dallhammer* (Dresden) dar. Nach den Worten des für die Fragen der Privatisierung des Wasser- und Abwasserbereichs zuständigen Ministerialrats im Sächsischen Ministerium für Umwelt und Landwirtschaft privatisiert das Land nicht selbst, sondern schafft allein die rechtlichen Voraussetzungen für Privatisierungen auf der kommunalen Ebene. In der nachfolgenden Diskussion wurde *Dallhammer* aber vor allem von kommunaler Seite empfohlen, das Land solle doch die Privatisierung selbst in die Hand nehmen, wenn es die Aufgabenprivatisierung wolle. Insbesondere die kleineren Kommunen seien hierzu jedenfalls nicht in der Lage. Auch das infolge der Verordnung entstehende Dreiecksverhältnis zwischen Investor, Gemeinde und Wasseraufsicht sei nicht unproblematisch. Wenn die Wasseraufsicht die Privatisierungsvereinbarung zwischen der Kommune und dem Investor genehmigen müsse, führe dies zu mehr Bürokratie, zumal die staatlichen Wasserbehörden erfahrungsgemäß nicht gerade privatisierungsfreundlich seien.

Mit der „Privatisierung der Daseinsvorsorge aus der Sicht eines Unternehmens der Wasserwirtschaft“ befasste sich Christophe *Hug*. Die Erfahrungen aus der Liberalisierung bzw. Privatisierung anderer Wirtschaftsbereiche wie etwa der Energie- oder Telekommunikationsmärkte seien nicht ohne weiteres auf die Unternehmen der Wasserwirtschaft übertragbar, machte der Geschäftsführer der OEWA Wasser und Abwasser GmbH, Leipzig, sowie der Vivendi Water Deutschland GmbH, Frankfurt/M deutlich. Im Bereich der lebensnotwendigen Wasserversorgung könne es daher auch nicht um eine vollständige Privatisierung, sondern nur um eine Liberalisierung gehen. Es gelte, eine qualitativ hochwertige Versorgung langfristig sicherzustellen und zugleich an neue Anforderungen angepasste Strukturen unter Einsatz moderner Techniken zu schaffen. Da das Fehlen eines Verbundnetzes, fehlende Durchleitungsrechte und ungleiche Bedingungen für Kunden im ländlichen Raum einen Wettbewerb im Markt unmöglich machen, sei allein auf der Ebene der Leistungserstellung ein Wettbewerb um den Markt möglich. Hier setzte sich *Hug* für Ausschreibungsverfahren mit genau definiertem Leistungsumfang und Leistungsanforderungen ein, um den Marktkräften im Rahmen klar definierter Vorgaben eine kalkulierbare Grundlage zu geben. Da die bestehenden Versorgungsgebiete erhalten bleiben, werde auch das Solidarprinzip nicht unterlaufen. So sei zum Nutzen aller Beteiligten eine Effizienzsteigerung zu erwarten. Über ein erfolgreiches Privatisierungsvorhaben berichtete auch RA Dr. Benedikt *Wolfers* (Berlin). „Privatisierung unter Wahrung der öffentlich-rechtlichen Rechtsform – „das Berliner Modell““, sei der Versuch, das Beste zweier Welten miteinander zu verbinden: einer juristischen Person des öffentlichen Rechts werde so einerseits ihre öffentlich-rechtliche Rechtsform und damit verbundenen Vorteile belassen, andererseits bestehe auch die Möglichkeit des Zuflusses von privatem Kapital. Allerdings sei eine dem Berliner Holding-Modell vergleichbare formelle Privatisierung auf Grund seiner Komplexität nur empfehlenswert, wenn die öffentlich-rechtliche gegenüber der privatrechtlichen Rechtsform handfeste wirtschaftliche Vorteile biete. Die Einflussnahme der kommunalen Seite könne in vielfältigen Formen gesichert werden und setze nicht eine

¹*BVerwG*, Beschl. v. 17.12.1997 – 6 C 1.97 – *BVerwGE* 106, 64; Beschl. v. 17.12.1997 – 6 C 2.97 –.

bestimmte Organisationsstruktur voraus. Deshalb hoffte *Wolfers*, ganz im Gegensatz zu *Niehues*, dass das *BVerfG* die genannten Vorlagebeschlüsse des *BVerwG* zum Anlass nehme, die grundsätzliche Anknüpfung des Demokratieprinzips an rein formelle Kriterien zu relativieren.

Zum Abschluss der Tagung diskutierten unter der Leitung von VRiBVerwG d. D. Dr. Günter *Gaentzsch* (Berlin) der Staatssekretär im Sächsischen Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit Dr. Wolfgang *Vehse* (Dresden), Professor Dr. Jürgen *Salzwedel* (Köln), Professor Dr. Hans-Jürgen *Ewers* (Berlin), Bürgermeister der Stadt Leipzig Holger *Tschense*, Dr. Andreas *Möhlenkamp* (Bundesverband der Deutschen Industrie, Berlin) und Ulrich *Cronauge* vom Verband kommunaler Unternehmen (Köln) unter rechts- und wirtschaftspolitischen Vorzeichen über die Neustrukturierung der Wasserwirtschaft. Hierbei kamen noch einmal die unterschiedliche wirtschaftliche, kommunalrechtliche und gesellschaftsrechtliche Sichtweise der Beteiligten zum Ausdruck, die bereits die vorangehenden Einzeldiskussionen bestimmten. Doch auch wenn das Leipziger Umweltrechts-Symposium 2001 vom Thema Umwelt eher mittelbar geprägt war, schmälert dies nicht den Ertrag der Zusammenkunft, die sicherlich insbesondere dem Gesetzgebungsprozess auf Länderebene, aber auch darüber hinaus der Diskussion über Privatisierungen neue Impulse geben wird. Leipzig hat sich als Tagungsstandort bewährt, was nicht zuletzt auch dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Tagung wiederum durch das Sächsische Staatsministerium für Umwelt und Landwirtschaft und – man möchte sagen „natürlich“ – durch die Stadt Leipzig gefördert wurde. Insofern kann man sich auch schon jetzt auf ein baldiges Erscheinen des Tagungsbandes und vor allem auf die Beratungen im nächsten Jahr freuen.