

Daseinsvorsorge durch Privatisierung – Wettbewerb oder staatliche Gewährleistung

Bericht über das 6. Leipziger Umweltrechts-Symposion

Von Rechtsanwalt und Notar Professor Dr. Bernhard *Stüer*, 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 propagierte Ziel des schlanken Staates hat Bemühungen zur Entstaatlichung nachhaltig gefördert und auch materiellen Privatisierungen auf allen Ebenen der staatlichen Verwaltung mehr und mehr den Weg geebnet. So wird sich dann im Gegensatz zur formellen Privatisierung nicht mehr nur der privaten Rechtsform bedient, sondern in diesen Fällen das bisher staatliche Vermögen vollständig veräußert. Privatisierungen jedweder Art und alle Misch- und Zwischenformen davon sind also „in“. So wundert es auch nicht, daß sich Professor Dr. Martin *Oldiges* über mehr als 130 Anmeldungen zum nunmehr 6. Leipziger Umweltrechts-Symposion vom 05. und 06. April 2001 freuen konnte. Dabei wies der Leipziger Hochschullehrer auch auf die Problematik einer Aushöhlung der Staatlichkeit durch zu weit gehende Privatisierungen hin und machte deutlich, daß eine Privatisierung der Leistungsverwaltung zahlreiche Probleme in sich bergen könne. So seien, betonte *Oldiges* in seinen einführenden Worten, auch gegenläufige Tendenzen erkennbar. Nicht erst seit der Entscheidung „Gelsengrün“ des OLG Hamm sei offenbar, daß man auf kommunaler Ebene eine verstärkte Neigung zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand ausmachen könne.

In seinem Referat „Privatisierung und kommunale Selbstverwaltung“ setzte sich Professor Dr. Johannes *Hellermann* (Münster) mit Privatisierungsaktivitäten auf kommunaler Ebene auseinander. Zwar seien hier potentiell privatisierungsfähig erscheinende Aktivitäten besonders häufig anzutreffen, andererseits müßten die regelmäßig zu den Daseinsvorsorgeleistungen zu rechnenden Verpflichtungen zum originären Aufgabenfeld der Kommunen gezählt werden. Doch auch seien die Kommunen in Zeiten knapper Kassen um so mehr auf eine gewisse Profitabilität ihrer Unternehmungen angewiesen, so daß durchaus ein Interesse vorhanden sei, diese in kommunaler Herrschaft zu behalten. Insofern hätten sie zwangsläufig ein ambivalentes zu Privatisierungsvorhaben. Darüber hinaus seien wirtschaftliche Betätigungen der Kommunen auch durch das Recht der Selbstverwaltungsgarantie zum Zwecke der örtlichen Daseinsvorsorge verfassungsrechtlich geschützt. Dieser Schutz würde auch eingreifen, wenn der Gesetzgeber der Kommunalwirtschaft Beschränkungen im Interesse der privaten Konkurrenz auferlege. So seien derartige Maßnahmen nur zulässig, wenn die Kommune zur eigenen

Aufgabenerledigung nicht in der Lage sei. Insofern wunderte es auch nicht, daß *Hellermann* Privatisierungen als Schwächung und Gefährdung der kommunalen Selbstverwaltung sah. So forderte er schließlich auch, den Kommunen unter den Bedingungen einer staatlichen Privatisierungspolitik hinreichende Spielräume zur wirtschaftlichen Betätigung und deren organisatorischer Ausgestaltung zu belassen.

Einen gewissen Gegenpol zu *Hellermanns* Thesen bildeten die Ausführungen des Mainzer Europarechtlers Professor Dr. Meinrad *Dreher*, die die vergabe- und gemeindegewirtschaftsrechtlichen Grenzen der „Privatisierung der Daseinsvorsorge“ zum Gegenstand hatten. Ausgehend von dem Standpunkt, daß dem europäischen Recht der Begriff der Daseinsvorsorge unbekannt sei, sondern lediglich marktbezogene und nicht marktbezogene Tätigkeiten im Allgemeininteresse und bei Geltung spezifischer Gemeinwohlverpflichtungen als „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ kenne, könne keine generelle Ausnahme vom Vergaberecht für den Bereich der Daseinsvorsorge anerkannt werden. 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 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, schloß *Dreher*.

Diese Fragen beherrschten dann auch die Diskussion, würde eine Beachtung der von *Dreher* vertretenen Thesen doch zu einer weitreichenden Beschränkung der sich derzeit entwickelnden gemeindegewirtschaftlichen Aktivitäten führen. Dabei ergänzte *Dreher*, daß das europäische Recht zwar nicht zu Privatisierungen zwinge, keineswegs aber privatisierungneutral sei. Andererseits hielten *Hellermann* und Vertreter der kommunalen Ebene dem entgegen, eine konsequente Privatisierung führe allein dazu, daß die sich wirtschaftlich tragenden Einrichtungen kommerzialisiert, die verlustbringenden Aktivitäten hingegen sozialisiert werden würden. Dies könne aber nicht im Interesse der Kommunen sein,

würden doch gerade defizitäre Betriebe mittels der Gewinne der sich wirtschaftlich tragenden Einrichtungen quersubventioniert werden.

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, da die Wasserverbände eine lebensnotwendige und nicht privatisierbare Staatsaufgabe ausführten, es aber an der notwendigen personellen Legitimation der Mitglieder der Verbandsorgane fehlen würde. In seinem Vortrag „Verfassungsrechtliche Grenzen der Mitwirkung privater Personen bei der Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge“ verteidigte der seinerzeit Vorsitzende und zwischenzeitlich in den Ruhestand getretene VRBVerwG Dr. Norbert *Niehues* (Berlin) die Beschlüsse seines Gerichts und sprach sich für eine konsequente Anwendung des Demokratieprinzips aus. So seien sämtliche Aufgaben der Daseinsvorsorge allein 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 der Fall sei, weil die Vertreter privater Interessenverbände in der Verbandsversammlung zahlenmäßig Übergewichtet seien. Auch bei einem partizipativen Demokratieverständnis, so *Niehues* weiter, wäre der Einfluß dieser Gruppen auf die Erfüllung staatlicher Aufgaben nur in abgestufter Form zuzulassen. Es sei aber ausgeschlossen, daß private Mehrheiten über die Erfüllung „lebensnotwendiger Staatsaufgaben“ entscheiden könnten.

Die „Ziele und Rechtsfragen der Sächsischen Privatisierungs Verordnung“ stellte Wolf-Dieter *Dallhammer* (Dresden) dar. Der für die Fragen der Privatisierung des Wasser- und Abwasserbereichs zuständige Ministerialrat im Sächsischen Ministerium für Umwelt und Landwirtschaft betonte dabei, daß das Land nicht privatisiere, sondern allein die rechtlichen Voraussetzungen für Privatisierungen schaffe. In der nach der ausführlichen Darstellung der Verordnung folgenden Diskussion mußte sich *Dallhammer* aber vor allem von kommunaler Seite entgegenhalten lassen, daß das Land doch die Privatisierung selbst in die Hand nehmen solle, 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, letztere wird die

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

Privatisierungsvereinbarung zwischen der Kommune und dem Investor genehmigen müssen, wurde kritisiert, führe dies doch nur zu mehr Bürokratie und zeigten sich gerade die staatlichen Wasserbehörden nicht sonderlich privatisierungsfreundlich. *Dallhamer* sah hierin jedoch keine Probleme, denn einerseits werde der Rahmen von Privatisierungen nun genau abgesteckt, zum anderen sei weiterhin eine staatliche Kontrolle erforderlich, müsse das Land doch auch die Versorgung gewährleisten, wenn die Privatisierung scheitere und die Gemeinde ebenfalls nicht mehr die Wasserversorgung sicherstellen könne, weil sie sich ihrer Aufgaben in zu großem Umfang entledigt habe.

Die „Privatisierung der Daseinseinsvorsorge aus der Sicht eines Unternehmens der Wasserwirtschaft“ beleuchtete *Christophe Hug*, Geschäftsführer der OEWA Wasser und Abwasser GmbH, Leipzig, sowie der Vivendi Water Deutschland GmbH, Frankfurt/M. Dabei machte *Hug* deutlich, daß die Erfahrungen aus der Liberalisierung/Privatisierung anderer Wirtschaftsbereiche der wie Energie- oder Telekommunikationsmärkte nicht ohne weiteres übertragbar seien. Im Bereich der lebensnotwendigen Wasserversorgung könne es daher auch nicht um eine vollständige Privatisierung, sondern allein um eine Liberalisierung gehen. Zielsetzung für alle Beteiligten sei es dabei, eine qualitativ hochwertige Versorgung langfristig sicherzustellen und gleichzeitig an neue Anforderungen angepaßte Strukturen unter Einsatz moderner Techniken zu schaffen. Da insbesondere das Fehlen eines Verbundnetzes, aber auch andere Faktoren wie fehlende Durchleitungsrechte, ungleiche Bedingungen für Kunden im ländlichen Raum, einen Wettbewerb im Markt unmöglich machen würden, da er weder den Kunden noch der Umwelt sowie der Wasserwirtschaft insgesamt Vorteile bringe, sei allein ein Wettbewerb um den Markt möglich. Dies bedeute, so *Hug*, das auf der Ebene der Leistungserstellung der Wettbewerb stattfinden müsse. Das Instrument eines solchen Wettbewerbssystems seien Ausschreibungsverfahren mit genau definiertem Leistungsumfang und Leistungsanforderungen, mit der Folge, daß die Marktkräfte im Rahmen klar definierter Vorgaben wirksam werden würden. Da die bestehenden Versorgungsgebiete erhalten bleiben würden, würde auch nicht das Solidarprinzip unterlaufen werden. So sei zum Nutzen aller Beteiligten eine Effizienzsteigerung zu erwarten. Über ein erfolgreiches Privatisierungsvorhaben berichtete dann auch RA Dr. *Benedikt Wolfers* (Berlin). „Privatisierung unter Wahrung der öffentlich-rechtlichen Rechtsform – „das Berliner Modell““, sei der Versuch, so *Wolfers*, 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 aufgrund seiner Komplexität nur empfehlenswert, wenn die öffentlich-rechtliche gegenüber der privatrechtlichen Rechtsform manifeste wirtschaftliche Vorteile biete. Es sei aber auch in Rechnung zu stellen, daß ein solches Modell einen Kompromiß zwischen Privatisierungsgegnern und Befürwortern bieten könne, seien doch Fragen der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen regelmäßig sehr emotionsgeladen. Doch auch wenn im Holding-Modell im Konfliktfall die Letztentscheidung über die Erteilung einer Weisung beim Anstaltsträger, hier also beim Land Berlin, liege, sei man in der Praxis auf eine jedenfalls in grundsätzlichen Fragen einvernehmliche Unternehmenssteuerung seitens des Anstaltsträgers und des privaten Investors angewiesen. Durch das Instrument des Weisungsausschusses, der das Letztentscheidungsrecht des Anstaltsträgers sichere, werde jedoch dabei ein derartig hohes Maß an sachlich-inhaltlich demokratischer Legitimation erreicht, daß es aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Mehrheitsbeteiligung des Anstaltsträgers an der Holding nicht mehr bedürfe, soweit alle übrigen Sicherungsinstrumente beibehalten werden würden. Insofern 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 des Vorsitzenden Richters am *BVerwG* 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), der 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, wie schon in den Diskussionen im Anschluß an die Vorträge, die unterschiedlichen wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten besonders zum Ausdruck, die ein einheitliches Resümee ausschließen. Doch auch wenn das Leipziger Umweltrechts-Symposium 2001 mit dem Thema Umwelt allenfalls mittelbar etwas zu tun hatte, schmälert dies nicht den Ertrag der diesjährigen Zusammenkunft, die sicherlich insbesondere dem sächsischen Gesetzgebungsprozeß, aber auch darüber hinaus der Diskussion über Privatisierungen neue Impulse geben wird.

Leipzig hat sich als Tagungsstandort behauptet und bewährt, die Atmosphäre garantiert produktive Beratungen, 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.