

**Die Entwicklung der Privatisierung
und die ÖBP als neues Instrument der kommunalen
Daseinsvorsorge**

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität München

vorgelegt von

Jian Li

aus München

2021

Referent: Prof. Dr. Peter M. Huber

Korreferent: Prof. Dr. Martin Burgi

Tag der mündlichen Prüfung: 27. November 2020

Danksagung

Bedanken möchte ich mich zunächst bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Peter M. Huber, für seine fachlich Betreuung der Arbeit. Er gab mir den notwendigen Freiraum, das Thema zu erarbeiten und hat die Fertigstellung der Arbeit sehr gefördert.

Aufrichtig danke ich schließlich meinen Eltern, deren umfassende Unterstützung und Motivation diese wissenschaftliche Betätigung erst ermöglicht haben. Zu großem Dank bin ich auch meiner Ehefrau verpflichtet, die mir über die gesamte Promotionszeit unterstützte.

Ein letztes Wort des Dankes will ich an den CSC (China Scholarship Council) für seine finanzielle Förderung richten. Ohne das Stipendium des CSC hätte ich diese Arbeit nicht leisten können.

Das Manuskript wurde im April 2017 abgeschlossen. Gesetzesänderungen sowie erschienene Literatur und Rechtsprechung wurden bis zu diesem Datum berücksichtigt.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung.....	1
A. Forschungsstand und Zweck der Arbeit.....	1
B. Fragestellung.....	5
II. Die Privatisierung der kommunalen Daseinsvorsorge und Rekommunalisierung....	9
A. Die Entwicklung der kommunalen Daseinsvorsorge in der Privatisierung.....	9
1. Daseinsvorsorge als ein offener Begriff.....	10
2. Gewährleistungsstaat als Staatsbild von der Privatisierung in der kommunalen Daseinsvorsorge.....	16
3. Die kommunale Daseinsvorsorge unter Einfluss des europäischen Rechts.....	22
B. Der Begriff der Privatisierung und ihre Kategorien.....	29
1. Privatisierung in der Rechtsdarstellung und Typen der Privatisierung.....	29
2. ÖPP-Modelle als Privatisierungsmodelle und Verwaltungskooperation.....	35
3. Ergebnis.....	49
C. Privatisierung und Neues Steuerungsmodell im Rahmen kommunaler Verwaltungsmodernisierung.....	50
1. Verwaltungsmodernisierung und Privatisierung.....	50
2. Die Veränderung des Verwaltungshandelns im Neuen Steuerungsmodell.....	56
3. Neues Steuerungsmodell auf dem kommunalen Sektor.....	59
4. Ergebnis.....	63
D. Legitimität und Legalität der Privatisierung der kommunalen Daseinsvorsorge.....	64
1. Die kommunale Daseinsvorsorge als Gewährleistungsgegenstand der kommunalen Selbstverwaltung.....	64
2. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung und Beschränkung der Privatisierung.....	71
3. Die Zulässigkeit der Privatisierung der kommunalen Daseinsvorsorge.....	80
4. Ergebnis.....	81
E. Rekommunalisierung in der kommunalen Daseinsvorsorge.....	82
1. Die Phase nach der Privatisierung: Privatisierungsfolgenrecht und Rekommunalisierung.....	82
2. Rekommunalisierung: Gründe und Wege.....	88
3. Sonderthema: Publizisierung.....	95
4. Ergebnis.....	99
A. Die Genossenschaft als Rechtsform für das ÖBP-Modell.....	101

1. Wesen der Genossenschaft und ihre Kategorisierung.....	101
2. Prinzipien der Genossenschaft.....	103
3. Ergebnis.....	112
B. Die Genossenschaft als optimale wirtschaftliche Organisationsform für die kommunalen Daseinsvorsorge.....	112
1. Die Beschränkungen der Organisationswahlfreiheit in der kommunalen Daseinsvorsorge.....	113
2. Bürgergenossenschaften in der kommunalen Daseinsvorsorge.....	123
3. Die öffentliche Genossenschaft: Kooperation zwischen Kommune und Genossenschaft mittels ÖBP-Modellen.....	129
4. Sonderfall: Die zweistufige Organisationsstruktur in der kommunalen Energiegenossenschaft.....	131
5. Ergebnis.....	133
IV. Die ÖBP als neues Instrument der kommunalen Daseinsvorsorge.....	135
A. Spielräume für das ÖBP-Modell in der Rechtspolitik.....	135
1. Die Genossenschaft zur kommunalen Leistungserbringung.....	135
2. ÖBP-Modell als Beteiligungs-Daseinsvorsorge.....	136
3. ÖBP-Modell als Mittel der Rekommunalisierung.....	140
4. Ergebnis.....	142
B. Die Zuordnung in der Rechtswissenschaft: Das öffentlich-wirtschaftliche Beteiligungsrecht.....	142
2. Die Anforderungen nach dem Haushaltsgesetz.....	147
3. Die Anforderungen des Örtlichkeitsgrundsatzes auf kommunaler Ebene.....	155
4. Ergebnis.....	156
V. Analyse der Rechtsdogmatik für das ÖBP-Modell.....	157
A. Grundrechtsfähigkeit der Genossenschaft im ÖBP-Modell.....	157
1. Grundrechtsschutz der Genossenschaft als gemischtwirtschaftliche Unternehmen.....	158
2. Grundrechtsbindung der Gemeinde im ÖBP-Modell.....	161
B. Garantie der Einwirkungspflicht im ÖBP-Modell.....	163
1. Grundlagen der Einwirkungspflicht.....	164
2. Legitimation der Einwirkungspflicht durch das Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip.....	165
3. Legitimation der Einwirkungspflicht durch das Demokratie- und Autonomieprinzip.....	167

C. Einflussmaßnahmen im ÖBP-Modell.....	169
1. Vertretung, Stimmrecht und Stimmbindung in der Genossenschaft.....	171
2. Mehrstimmrechte in der Genossenschaft.....	181
3. Gemeindevertreter in Vorstand und Aufsichtsrat.....	198
4. Stimmbindung in Vorstand und Aufsichtsrat.....	208
5. Kommunales Weisungsrecht im ÖBP-Modell.....	209
D. Sonstige Einflussnahme der Gemeinde im ÖBP-Modell.....	220
1. Direkte Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Genossenschaft.....	220
2. Externe Instrumente und Steuerungsbefugnisse.....	226
VI. Wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen des ÖBP-Modells.....	234
A. Die kommunale Genossenschaft im Vergaberecht.....	234
1. Schwellenwerte im ÖBP-Modell.....	236
2. Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts.....	237
3. In-House-Vergabe und die interkommunale Genossenschaft.....	242
4. Ergebnis.....	250
B. Kommunale Genossenschaften und das Beihilfenrecht.....	251
1. Das Beihilfeverbot aus Art. 107 Abs. 1 AEUV.....	253
2. Ausgleichsleistungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.....	260
3. Das potenzielle Monopol der Genossenschaft im ÖBP-Modell?.....	268
4. Ergebnis.....	281
VII. Gesamtfazit der Arbeit.....	282

Abkürzungsverzeichnis:

a.a.O	am angegebenen Ort
bzw	beziehungsweise
Ebd	ebenda
GenG	Genossenschaftsgesetz
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
iwS	im weiteren Sinne
mwN	mit weiteren Nachweisen
Rn	Randnummer
s.	siehe
s. a.	siehe auch
s. u.	siehe unter
vgl	vergleiche

I. Einleitung

A. Forschungsstand und Zweck der Arbeit

In den vergangenen drei Jahrzehnten war die Privatisierung staatlicher Unternehmen die wesentliche Triebkraft zur Veränderung der kommunalen Daseinsvorsorge. Dennoch kann rückblickend nur schwer beurteilt werden, ob die hohen Erwartungen an die Privatisierungsmaßnahmen erfüllt worden sind. Mit der Privatisierung gehen komplexe Phänomene einher, die die Rechtswissenschaft schon lange beschäftigen. Bei einer wissenschaftlichen Betrachtung der Privatisierung ist es von Bedeutung, nicht nur das Phänomen als solches zu verstehen, sondern auch zuverlässige Prognose über die Auswirkungen derselben treffen zu können.

Die Privatisierung bildet das Hauptmerkmal der Entwicklung der kommunalen Daseinsvorsorge. Als wichtigste Motive und Ursachen für Privatisierung sind die Folgenden zu nennen:

„Entlastung des Haushalts, Gewinnung privater Investoren, Flexibilisierung der Personalstrukturen, Erschließung privaten Know-Hows und privater Innovationskraft, Gewährleistung sicherer Wasserver- und Abwasserentsorgung, Kostenminimierung, Verbesserung der Servicequalität usw.“^[1]

Neben finanziellen Problemen der Kommunen treibt auch die Forderung nach Ökonomisierung auf EU-Ebene die Privatisierung in Deutschland voran. Darüber hinaus wird diese als ein effizientes Mittel zur Bereitstellung öffentlicher Güter und Dienstleistungen verstanden, das das kommunale Budget entlastet.

¹ Bauer, Von der Privatisierung zur Rekommunalisierung, in: Bauer/Büchner/Hajasch (Hrsg.), Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, Uni-Potsdam-Verlag 2012, S.14.

In den letzten Jahren kann jedoch auch ein Trend in Richtung Republizierung beobachtet werden, der darauf fußt, dass die erhofften Effekte der Privatisierung nicht in allen Fällen tatsächlich eingetreten sind. Damit stellt der Bereich der Rekommunalisierung - die Deprivatisierung im kommunalen Sektor - jenen Bereich dar, der mit besonders komplexen Herausforderungen konfrontiert ist. Dennoch bedeutet die Rekommunalisierung keinen grundlegenden Umbruch der Privatisierungsdogmatik, sondern kann als eine notwendige Anpassung oder Umstrukturierung angesehen werden, die mit der Rückführung der kommunalen Daseinsvorsorge in die öffentliche Hand einhergeht.

Im Rahmen der vorliegenden Dissertation soll die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen im Bereich der Daseinsvorsorge beschrieben und analysiert werden. Insbesondere der Funktionsprivatisierung kommt bei dieser Betrachtung nach Auffassung des Verfassers eine wesentliche Rolle zu, da diese im Vergleich mit der Organisations-, der Aufgaben- und der Vermögensprivatisierung die sinnvollste bzw. diejenige mit dem größten Nutzen zu sein scheint. Die Funktionsprivatisierung bildet zudem ein Kernmerkmal des Kooperationsstaats, insbesondere im ÖPP-Modell, das als eine bewährte Variante der Zusammenarbeit zwischen Kommunen und privaten Unternehmen gilt. Private Unternehmen dienen mittlerweile den Gemeinden als wesentliche Instrumente zur Erledigung vielfältiger Aufgaben im Rahmen der Daseinsvorsorge und der Kommunalwirtschaft. Diese sog. mittelbare Kommunalverwaltung hat in den vergangenen Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen.

Im Vergleich zwischen dem ÖPP- und dem ÖBP-Modell^[2] ist zunächst festzuhalten, dass das ÖPP-Modell der Kooperations-Daseinsvorsorge dient, während das ÖBP-Modell im Rahmen der Beteiligungs-Daseinsvorsorge zur

² Sog. auch Public-Citizen-Partner-Modell (PCP-Modell) auf Englisch.

Anwendung kommt.^[3] Beim letztgenannten ist die Beteiligung der Gemeindeglieder an der Daseinsvorsorge möglich. Zugleich unterscheidet sich das ÖPP-Modell vom ÖBP-Modell durch die Organisationsformen, so dass normalerweise Kapitalgesellschaften als private Unternehmen am ÖPP-Modell beteiligt sind, während am ÖBP-Modell nur Personengesellschaft als private Unternehmen teilnehmen dürfen. Darüber hinaus lassen sich unterschiedliche Intensitätsanforderungen an die Kontrolle der öffentlichen Hand bei beiden Modellen feststellen. Da die Beteiligung der Kommune bei beiden Modellen eine wesentliche Rolle spielt, sollte man zusätzlich die unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe beider Modelle bei deren Beurteilung heranziehen.

Im Laufe der Zeit kommt bei der Bewältigung kommunaler Daseinsvorsorge immer häufiger die Deprivatisierung bzw. Rekommunalisierung zum Einsatz, z. B. in Bereichen wie Müllabfuhr, Wasserversorgung, Stromnetz oder Wohnungsbau. Weiter sind seit einigen Jahren neue Entwicklungen bei der Funktionsprivatisierung zu beobachten, nämlich im „Öffentlich-Bürgerschaftliche-Partnerschaft“ (ÖBP-Modell).^[4] Im Vergleich zum ÖPP-Modell, kommt im ÖBP-Modell nur die Genossenschaft als Kooperationspartner der Kommunen in Betracht. Da aber die Genossenschaft andere rechtliche Merkmale aufweist als andere private Unternehmen, sind entsprechende Veränderungen an den Beurteilungsmaßstäben vorzunehmen, um die Kooperation an die besonderen Rahmenbedingungen anzupassen.

³ Diese beiden Konzepte stellen weder einen Widerspruch zueinander noch eine Alternative dar, sondern bilden lediglich zwei unterschiedliche Perspektiven desselben Modells ab.

⁴ Vgl. *Reiner/Rößl/Weismeier-Sammer*, Public Citizen Partnerships. *cooperativ* 3/10 S. 58.: „PCP- Modell Public Citizen Partnerships (PCP) sind Formen der Zusammenarbeit von Gemeinden und ihren Bürgern zur gemeinsamen und ihren Bürgern zur gemeinsamen Erfüllung kommunaler Aufgaben. Im Gegensatz zu Public Private Partnerships (PPP) sind die privaten Partner bei PCP-Modellen nicht Unternehmen, sondern die Bürger. Bei diesen PCP-Modellen werden der Betrieb kommunaler Einrichtungen (wie z. B. Seniorenzentren) von Bürgern und der Gemeinde partnerschaftlich, zum Beispiel in Form einer Genossenschaft, organisiert“.

Für Kommunen stellt die Implementierung des ÖBP-Modells einen Wendepunkt dar, an dem die Gebietskörperschaft die Genossenschaft im eigenen Interesse gestalten kann. So haben beispielsweise Energiegenossenschaften im Bereich erneuerbarer Energien ein gelungenes Muster entwickelt. Da die Genossenschaft die wirtschaftliche, beziehungsweise soziale Förderung ihrer Mitglieder durch einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb dem reinen Gewinnerzielungszweck vorzieht, kann eine Entfremdung des öffentlichen Zwecks durch das ÖBP-Modell verhindert werden. In der vorliegenden Dissertation wird die Energiegenossenschaft als Beispiel herangezogen, um das ÖBP-Modell in der Praxis darzustellen.

Unter dem ÖBP-Modell ist die Steuerung privater Unternehmen durch die öffentliche Hand im Innenverhältnis zu verstehen, wodurch sich die Interessen der öffentlichen und privaten Parteien einigermaßen ausgleichen. Die Kontrolle durch die öffentliche Hand soll im Zweifelsfall jedoch die private Autonomie dieser Gesellschaftsform überwiegen.

Im Außenverhältnis hat man sich der Problematik zu stellen, wie ein freier und fairer Wettbewerb zwischen öffentlichen Genossenschaften (gemischt-wirtschaftliche Genossenschaft) und konkurrierenden privaten Unternehmen am Markt gewährleistet werden kann. Es kommt häufig vor, dass der Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen von einem Kartell gesteuert wird, wodurch man direkt zu den Überlegungen über das Wettbewerbsrecht im Rahmen von Genossenschaft und ÖBP-Modell gelangt. Behandelt wird auch die besondere Problematik der Genossenschaft im ÖBP-Modell bei der öffentlichen Auftragsvergabe, in Bezug auf Beihilfen und deren marktbeherrschende Stellung.

In welchen Fällen kann die ausschreibungsfreie In-House-Vergabe im Rahmen des ÖBP-Modells angewendet werden? Sind Beihilfen an die

Genossenschaft im ÖBP-Modell erlaubt? Wie geht das Wettbewerbsrecht mit der marktbeherrschenden Stellung einer Genossenschaft im ÖBP-Modell um? Kann diese Genossenschaft vom Kartellverbot freigestellt werden? Diese Fragen und viele mehr sind Gegenstand der folgenden Untersuchung.

B. Fragestellung

(I) Die vorliegende Arbeit ist in sieben Kapitel unterteilt. Im Rahmen des ersten Kapitels werden neben der allgemeinen Vorstellung des Untersuchungsgegenstands und Zwecks der Arbeit auch das Verständnis und die Erfahrungen des Verfassers im deutschen Genossenschafts- und Kommunalrecht behandelt.

(II) Am Anfang des zweiten Teils werden zunächst unterschiedliche Definitionen der kommunalen Daseinsvorsorge vorgestellt. Im Anschluss werden die Besonderheiten der Privatisierung der kommunalen Daseinsvorsorge, deren Kategorien sowie die Bedeutung der Privatisierung in diesem Bereich dargestellt. Darüber hinaus soll in diesem Kapitel auch analysiert werden, wie die Beziehungen zwischen dem neuen Steuerungsmodell und der Verwaltungsmodernisierung in der Privatisierung aussehen bzw. auf welche Art und Weise diese das Verwaltungsrecht beeinflussen. Des Weiteren werden der Vorgang und die Auswirkungen der Deprivatisierung erläutert. Denn nicht nur die Privatisierung, sondern auch die Deprivatisierung unterliegt der Prüfung einer Erlaubnis. Eine Rekommunalisierung vollzieht sich auf rein kommunaler Ebene.

Die Rekommunalisierung steht der Gebietskörperschaft damit als Alternative zur Verfügung. Bei dieser handelt es sich quasi um Deprivatisierung im kommunalen Sektor, wobei diese aber mit keinem grundlegenden Umbruch in der Privatisierung einhergeht. Sie ist nur eine Anpassung und eine Umstrukturierung in diesem Bereich, oder anders

formuliert, die Rückkehr zur kommunalen Daseinsvorsorge. In diesem Teil werden auch sämtliche Wege der Rekommunalisierung vorgestellt.

Besonders erwähnenswert ist hier der Begriff der Publizisierung (Oder Pubklifizierung als lateinische Form des Gegenteils von Privatisierung), der von *Bauer* definiert worden ist und als Oberbegriff für die Rekommunalisierung verwendet wird. Das Auftauchen dieses Begriffs verweist darauf, dass die Publizisierung - vom ÖBP-Modell vertreten - eine neue Entwicklungsrichtung für die Kooperation zwischen Staat und Gesellschaft eröffnen kann, die anders als die Privatisierung, eine Kooperation zwischen Staat und Privatpersonen darstellt.

(III) Das dritte Kapitel befasst sich hauptsächlich mit dem Thema, warum die Genossenschaft die optimale wirtschaftliche Organisationsform für die Erfüllung örtlicher Aufgaben in der kommunalen Daseinsvorsorge darstellt. Im Rahmen der Betrachtung der Genossenschaft als Beteiligungsrechtsform des ÖBP-Modells werden ihre Rechtsnatur, Typen, Prinzipien sowie Organisationsstruktur vorgestellt. Die Zielsetzung besteht darin, die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, ihre Wahlfreiheit sowie die Beschränkungen der Organisationsformen zu thematisieren. Im Anschluss werden diese Aspekte am Beispiel der zweistufigen Organisationsstruktur bei gemeindlicher Energiegenossenschaft in der kommunalen Daseinsvorsorge praktisch angewendet.

(IV) Im vierten Teil wird die ÖBP als neues Instrument der kommunalen Daseinsvorsorge vorgestellt. Der erste Abschnitt behandelt die Analyse des ÖBP-Modells im Rahmen der Rechtspolitik. Der zweite Abschnitt dreht sich um die Analyse des ÖBP-Modells aus der rechtswissenschaftlichen Perspektive. Hier wird zudem der Begriff des öffentlich-wirtschaftlichen Beteiligungsrechts entwickelt. Unter diesem wird der Prüfungsmaßstab des ÖBP-Modells im Kommunalrecht und Haushaltsgesetz zusammengefasst

(ähnlich der Schrankentrias im ÖBP-Modell, wobei hier das Örtlichkeitsprinzip sowie die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gemäß § 7 BHO im Fokus stehen).

(V) Im fünften Teil wird das ÖBP-Modell im Rahmen der Rechtsdogmatik diskutiert, wobei vor allem seine Genossenschaftsfähigkeit und die Gewährleistung der Einwirkungspflicht von der Kommune behandelt werden. Die Notwendigkeit des Einflusses der öffentlichen Hand auf das ÖBP-Modell, sowie das Weisungsrecht für die Vertreter der Gemeinde in privaten Unternehmen, müssen überlegt werden. Da das Weisungsrecht auch eine Rolle bei privaten Unternehmen spielt, könnten Konflikte im Zusammenhang mit dem Weisungsrecht zwischen der öffentlichen Hand und den privatwirtschaftlichen Interessen entstehen. Aufgrunddessen kann häufig ein Spannungsverhältnis zwischen der Kontrolle bzw. Einwirkung der öffentlichen Hand und privater Autonomie im Innenverhältnis festgestellt werden. Hervorgehoben wird die Beschränkung der Einwirkung der kommunalen Verwaltung durch den Subsidiaritätsgrundsatz. Außerdem werden auch weitere Möglichkeiten der Einflussnahme der Gemeinde im ÖBP-Modell diskutiert.

(VI) Im sechsten Teil wird die Problematik der Genossenschaft und des ÖBP-Modells im Wettbewerbsrecht diskutiert, einschließlich der Fragestellungen rund um die kommunale Genossenschaft im Vergaberecht, bei der insbesondere die Definition der In-House-Vergabe eine bedeutende Rolle spielt. Hinzu kommt das Beihilfeproblem für die Genossenschaft und ihre Mitglieder. Zuletzt wird das potenzielle Monopol der Genossenschaft im ÖBP-Modell angesprochen. Einerseits geht es dabei um die potenzielle Marktbeherrschung der Genossenschaft im ÖBP-Modell, andererseits liegt der Diskussionsschwerpunkt auf der Kartellfreistellung der Genossenschaft und des ÖBP-Modells.

Als Fazit der Dissertation zeigt das ÖBP-Modell eine neue Entwicklungsrichtung der Gestaltung der kommunalen Daseinsvorsorge auf. Denn bei diesem handelt es sich um ein relativ junges Phänomen, dessen Beurteilung anhand von Forschungserfahrungen und –tätigkeiten noch aussteht. Durch die Erweiterung des Spektrums an Organisationsformen, die für die lokale Leistungserbringung im kommunalen Interesse grundsätzlich in Frage kommen, entfällt die Beschränkung auf rein kommunale oder rein privatwirtschaftlich orientierte Maßnahmen. Bei der intensiven Befassung mit dem ÖBP-Modell war festzustellen, dass sich die Genossenschaft als ein Hybrid auf einem “dritten Weg” jenseits von Privatunternehmen und Staat erweist. Damit gelangt man zu einer neuen Perspektive, sie neue Anwendungsmöglichkeiten für die eingetragene Genossenschaft eröffnet. Praktisch betrachtet, kann man sich in naher Zukunft auf die Entwicklung neuer, hybrider Organisationsmodelle einstellen, die die Wirtschaft bereichern und neue Wege für alle agierenden Parteien ermöglichen.

II. Die Privatisierung der kommunalen Daseinsvorsorge und Rekommunalisierung

A. Die Entwicklung der kommunalen Daseinsvorsorge in der Privatisierung

Auf dem Weg vom Wohlfahrtsstaat zum Gewährleistungsstaat ist die kommunale Daseinsvorsorge als Ausdruck der Gemeinwohlverpflichtung zu einer wichtigen und verlässlichen Säule der deutschen Gesellschaft geworden. Zur kommunalen Daseinsvorsorge zählen unter anderem sämtliche Sozialdienstleistungen sowie Abwasserentsorgung, Abfallbeseitigung, Wasserversorgung, Energie, Wohnen, Kultur und öffentlicher Personennahverkehr.^[5] So gehört die Grundversorgung der Bürger zum Kernbereich der kommunalen Daseinsvorsorge. Die traditionelle Sicht in der Vergangenheit ist, dass die Verantwortung für diesen Anwendungsbereich soll durch die öffentliche Hand wahrgenommen werden. Aber aus kommunaler Sicht heraus besteht die Problematik, dass die Kommunen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben mit finanziellen Problemen kämpfen müssen. Von der Leistungsverwaltung^[6] zur Gewährleistungsverwaltung befinden sich Kommunen im Umbruch. Um die Umriss der kommunalen Daseinsvorsorge im Privatisierungszeitalter nachzuzeichnen, muss zunächst die Entwicklung der Daseinsvorsorge in den vergangenen Jahren betrachtet werden.

⁵ Vgl. Henneke, Die Daseinsvorsorge in Deutschland, S. 18.; Hösch, DÖV 2000, S. 393 ff., S. 404.; Püttner, in: Tilch/Arloth, Deutsches Rechts-Lexikon, Band 1, S. 999.

⁶ Vgl. Scheidemann/Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 132 ff.; Der Begriff Daseinsvorsorge, S. 14 ff.; Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 96 ff.; Badura, Verwaltungsmonopol, S. 188 f.; Stern, Staatsrecht I, S. 897.

1. Daseinsvorsorge als ein offener Begriff

Eine Definition des Begriffs der Daseinsvorsorge gibt es in der deutschen Rechtsordnung nicht. Zu den Phänomenen, die von dem Begriff der Daseinsvorsorge erfasst werden, gehören unter anderem die flächendeckende Versorgung mit wichtigen Wirtschaftsgütern zu vergleichbaren Bedingungen, aber auch soziale Einrichtungen und Maßnahmen zur Sicherung des wirtschaftlichen Zusammenhaltes einer Gemeinde.^[7] Der Begriff der Daseinsvorsorge gehört dadurch in einer umfassenden Offenheit, Sinnhaftigkeit und Ganzheitlichkeit interpretiert. So wurde im Laufe seiner Entwicklung die Anpassungsfähigkeit des Begriffs aufgezeigt. Weiter hat sich mit dem Begriff der Daseinsvorsorge nicht nur ein verwaltungswissenschaftlicher Begriff etabliert ^[8], sondern auch eine soziologisch relevante Kategorie.^[9] An dieser mag man sich zwar stoßen, jedoch kann man nicht leugnen, dass die Daseinsvorsorge es schafft, durch ihre immanente Eigenanforderung das Verhältnis von Staat und Markt nachhaltig mitzubestimmen.^[10]

1.1 Ursprung und Wandlungen des Begriffs

Die Daseinsvorsorge bezeichnet die Grundversorgung der Bevölkerung mit notwendigen Gütern oder Dienstleistungen des täglichen Bedarfs, wie etwa öffentliche Sicherheit, Gesundheitsversorgung, Wohnungsbau oder Müllentsorgung.^[11] Diese Leistungen sollen einerseits für die Akzeptanz des Staates bei seinen Bürgerinnen und Bürgern sorgen und andererseits gleichwertige Lebensverhältnisse unter den Bürgern ermöglichen.^[12] Die

⁷ Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 267 f.; Fehling, AöR 1996, S. 60, 80 ff.

⁸ Vgl. Hauser, Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, 2004, S. 12.

⁹ Vgl. Ebd.

¹⁰ Vgl. Gegner, Die Wege des urbanen Verkehrs zur Daseinsvorsorge: Staatsintervention an der Schnittstelle von Sozial- und Verkehrspolitik, S.39.

¹¹ Vgl. Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 257 f.; Klein, Wirtschaftliche Teilnahme, S. 17 ff.; Rüfner, in: Isensee/Kirchhof, HbdStR III, § 80 Rn. 3, 19.

¹² Vgl. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart/Berlin 1938, S. 19 ff.

Gewährung von Leistungen der Daseinsvorsorge bildet die Grundlage der Legitimation der politischen Gewalt. Der Begriff selbst ist auch im sozial- und politikwissenschaftlichen Bereich geläufig. Die Zuständigkeit des Staates baut dabei auf den Leistungen der Daseinsvorsorge auf, die die gemeinwohlorientierten Leistungen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Art umfassen.

Weiter dient der Begriff der Daseinsvorsorge der Abgrenzung bzw. Ergänzung der Erbringung gemeinnütziger Leistungen von der Hoheitsverwaltung.^[13] Der Staat entscheidet dabei selbstständig, welche Aufgaben diesem Sektor unterfallen. Die Tendenz von 1990er Jahre geht dahin, Daseinsvorsorge zu gewährleisten und nicht mehr selbst herzustellen.^[14] Es reift damit die Erkenntnis, dass der Sozialstaat nur das Ergebnis, aber nicht den Weg vorgibt.^[15] *Stober* umschreibt diesen Umstand wie folgt:

„Staatliche Aufgabe ist es bei dieser auf ökonomische Eigen- und Mitverantwortung der Wirtschaftsbürger zielenden Lösung, die privaten Aufgabenträger nach einer öffentlichen Ausschreibung auszuwählen, sie zu kontrollieren und auf sie im Interesse einer gerechten und effektiven Verwaltung knapper Ressourcen einzuwirken. Die öffentliche Hand agiert in diesen Fällen nicht mehr als Leistungsverwaltung, sondern sie übernimmt die Rolle einer Gewährleistungsverwaltung, ...“^[16]

¹³ Vgl. *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, 1961, S. 321.; *Badura*, Staatsrecht, 2015, Rn. D 96, S. 442.

¹⁴ Vgl. *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 268 f.; *Tettinger*, DÖV 1996, S. 764 ff.; *Pieper*, VR 1996, S. 12 ff.; *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 346 ff.

¹⁵ Vgl. *Peine*, DÖV 1997, S. 353 ff.; *Von Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 28.; *Henneke*, Die Daseinsvorsorge in Deutschland-Begriff, historische Entwicklung, rechtliche Grundlagen und Organisation, in: *Krautscheid* (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, 2009, S. 19.

¹⁶ *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 269. Zum Begriff Gewährleistungsverantwortung siehe *Schuppert*, in: *König/Benz*, Privatisierung und staatliche Regulierung, S. 539, 551; *Schmidt-Aßmann*, in: *Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann*, Zur Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 11, 43 f.

1.2 Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff

Als verwaltungsrechtlicher Begriff ist die „Daseinsvorsorge“ im Jahr 1938 von Prof. Forsthoff im Rahmen der Leistungsverwaltung^[17] geschaffen worden. Wenn die Daseinsvorsorge auch ein wichtiger Zweck der Leistungsverwaltung ist, soll sie nicht mit der Leistungsverwaltung gleichzusetzen sein.^[18] So definierte Forsthoff Daseinsvorsorge allgemein als *„die Darbietung von Leistungen, auf welche der in die modernen massentümlichen Lebensformen verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist“*.^[19]

Von einem traditionellen und konservativen Standpunkt aus wird Daseinsvorsorge als ein deskriptiver Sammelbegriff ohne rechtliche Bedeutung verstanden.^[20]

Die Daseinsvorsorge als Inbegriff der besonderen Aktivitäten zur Sicherung einer allgemeinen Versorgung ist kein Rechtsbegriff des Verwaltungsrechts, aus dem sich unmittelbar Rechtsfolgen ableiten lassen. Sie umschreibt nur eine bestimmte Art von Staatsaufgaben.^[21]

Manche Autoren gehen sogar so weit, die Daseinsvorsorge als „schwammigen Begriff“ zu bezeichnen, der keiner näheren Betrachtung wert ist.^[22]

¹⁷ Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 36 f.

¹⁸ Vgl. Ossenbühl, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S.516 f.; Rüfner, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 2. Aufl., 1996, § 80, Rn.6,19.; Henneke, Die Daseinsvorsorge in Deutschland-Begriff, historische Entwicklung, rechtliche Grundlagen und Organisation, in: Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, 2009, S. 19.

¹⁹ Vgl. Neu (Hrsg.), Daseinsvorsorge: Eine gesellschaftswissenschaftliche Annäherung, 2009, S. 10.

²⁰ Vgl. Knauff, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge—Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV, 2004, S.47.; Maunz, Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, VerwArch. Bd. 1959 (50), S. 319.

²¹ Henneke, Die Daseinsvorsorge in Deutschland-Begriff, historische Entwicklung, rechtliche Grundlagen und Organisation, in: Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, 2009, S. 19.

²² Sanden, Die Privatisierungsprüfpflicht als Einstieg in die Verwaltungsprivatisierung, Die

In der öffentlichen Verwaltungspraxis stellt die Daseinsvorsorge einen unbestimmten Rechtsbegriff dar^[23], der verallgemeinernd das Anbieten öffentlicher Güter und Dienstleistungen nach akzeptablen Standard bezeichnet, die die typischen Bedürfnisse der Bevölkerung befriedigen.^[24] Zugleich definiert die EU-Kommission sie als *„marktbezogene oder nichtmarktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden“*.^[25] Badura betrachtet die Daseinsvorsorge hingegen als *„...die Vorstellung von einem Staat, der aktiv eine gerechte Sozialordnung hervorzubringen sucht. Diese Entwicklung ist weder okkasionell, noch reversibel. So gesehen haftet dem Begriff Daseinsvorsorge eine antiliberale Tendenz an, weil er das Ungenügen des Ideals gesellschaftlicher Selbststeuerung und einen autonomen Marktmechanismus voraussetzt und bestimmte ursprünglich privatwirtschaftliche Aufgaben der Verwaltung präjudiziert. Daseinsvorsorge ist nicht ein soziologischer, sondern ein juristischer Begriff der Verwaltungslehre, der einen nicht weiter auflösbaren Verwaltungszweck bezeichnet, ohne etwas über die Rechtsform seiner Verwirklichung auszusagen. Indem aber die Vorteilsgewährungen, die sich in privatrechtlicher Form vollziehen, als Verwaltung erkannt werden, an denen der Einzelne im Weg der ‘Teilhabe’ rechtlich geschützt partizipiert, wird die Leistungsverwaltung in privatrechtlicher Form an die Grundsätze des öffentlichen Rechts, insbesondere an den Gleichheitssatz gebunden“*.^[26]

Aber erst mit zusätzlichen staatlichen Leistungen, wird die Wahrnehmung einer Vielzahl rechtlicher Freiheitspositionen realisiert.^[27] Nach

Verwaltung 2005 (38), S. 376.; Kritisch auch Mayen, DÖV 2001, S. 111.;

²³ Siehe zum Wandel der Daseinsvorsorge: Von der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse zur wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Kohäsion. Kersten, in: Neu (Hrsg.), Daseinsvorsorge: Ein gesellschafts-wissenschaftliche Annäherung, 2009, S. 23.

²⁴ Vgl. Sanden, Die Privatisierungsprüfungspflicht als Einstieg in die Verwaltungsprivatisierung, Die Verwaltung 2005 (38), S. 376.; Kritisch auch Mayen, DÖV 2001, S. 111.

²⁵ EU-KOM 270 vom 21. 05. 2003.

²⁶ Badura, Das Verwaltungsmonopol, 1963, S. 188 f.

²⁷ Vgl. Ronellenfitsch, VVDStRL 2001 (60), Aussprache, S. 613.

Schmidt-Aßmann ist es umstritten,

„ob der Begriff eine dogmatische oder nur eine heuristische Funktion besitzt. Trotz dieser Unsicherheiten hat der Begriff der Daseinsvorsorge der Verwaltungsrechtswissenschaft eine 'neue Dimension' erschlossen, weil es gelang, die rechtlichen Sicherungsbedürfnisse des einzelnen gegenüber einer neuen und anders strukturierten großen Verwaltungsaufgabe auf den Punkt zu bringen“.^[28]

Die kommunale Daseinsvorsorge, die Verwaltung der öffentlichen Gemeindeeinrichtungen und die Gemeindewirtschaft prägen seit jeher das Bild („Wesen“) der kommunalen Selbstverwaltung und fügen sich in das System der kommunalen Aufgaben ein.^[29] Von den Kommunen werden die Leistungen der Daseinsvorsorge als klassische Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft betrachtet. So zählen unter anderem die folgenden Tätigkeitsbereiche zu den typischen kommunalen Leistungen, die dem Begriff der Daseinsvorsorge unterstehen: *„Grundversorgung mit Wasser und Energie, Abwasserbeseitigung, Abfallentsorgung, öffentlicher Personennahverkehr, Vorhaltung von Sparkassen und öffentlichen Versicherern, Erbringung von Gesundheitsdiensten, insbesondere die Vorhaltung von Krankenhäusern, Heimen für Alte und Pflegebedürftige sowie von sonstigen Einrichtungen der Wohlfahrtspflege, Bildungseinrichtungen aller Art (Kindergärten, allgemeinbildende und berufsbildende Schulen, Hochschulen); Theater und Sporteinrichtungen“.*^[30]

²⁸ Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Auflage, S. 165 f. So vgl auch Ossenbühl, DÖV 1971, S. 516.; Meyer-Hesemann, Methodenwandel, S. 104 ff.; mit weit. Nachw. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 379 ff.; R. Schmidt, Staat 2003, S. 229 f.

²⁹ Vgl. Hoppe/Uechtritz/Reck, Handbuch kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 1 Rn. 2, S.3.

³⁰ Henneke, Die Daseinsvorsorge in Deutschland-Begriff, historische Entwicklung, rechtliche Grundlagen und Organisatin, in: Andreas Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, 2009, S. 19.

1.3 Ergebnis

Zwar ist die wissenschaftlichen Diskussion rund um den Begriff und die rechtswissenschaftliche Einordnung der „Daseinsvorsorge“ noch lange nicht abgeschlossen, es ist jedoch unbestreitbar, dass dieser Begriff auf lange Sicht einige umfangreiche Definitionsversuche im Rahmen der Rechtsdogmatik gefunden hat.

Als Tatsache kann man jedoch durchaus anerkennen, dass der Begriff der Daseinsvorsorge inzwischen Eingang in die praktische Verwendung als Rechtsbegriff gefunden hat. Nicht nur durch den Gesetzgeber, sondern auch durch die Rechtsprechung der Gerichte. So findet sich in den Landesgesetzen von Baden-Württemberg (§ 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO), Bayern (Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 BayGO) und Thüringen (§ 71 Abs.1 Nr. 4 KO) die kommunalwirtschaftliche Subsidiaritätsklausel, welche Einschränkungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit zugunsten privatwirtschaftlicher Wettbewerber regelt und nach dem Wortlaut des Gesetzes nur „außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge“ Geltung besitzt. Das Land Brandenburg hat 2011 das „Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge“^[31] verabschiedet. Das Bundesverfassungsgericht hat bestimmte kommunalwirtschaftliche Tätigkeiten als *„typische, die Daseinsvorsorge betreffende Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften“*^[32] klassifiziert - mit der konkreten Rechtsfolge der fehlenden Grundrechtsfähigkeit des Versorgungsunternehmens. Auch in anderen Entscheidungen haben sich verschiedene Gerichte auf das Merkmal der Daseinsvorsorge bezogen.^[33]

Damit wird der Begriff der Daseinsvorsorge in der juristischen Praxis als

³¹ Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Brandenburg, Teil I – Gesetze, 23. Jahrgang, Potsdam den 09.01.2012, Nr. 1.

³² BVerfG, Beschl. vom 16.05.1989, Az: 1 BvR 705/88, NJW 1990, S. 1783.

³³ Z. B. BVerfG 1 Ablehnungsbeschluss vom 10. 09. 2008, BvR 1914/02, Rdn. 14; OLG München · Beschluss vom 19. 01. 2012 · Az. Verg 17/11; Rdn. 36; OLG Düsseldorf · Beschluss vom 28. 03. 2012 · Az. VII-Verg 37/11, Rdn. 70; kritisch dagegen OLG Hamburg, Urteil vom 14. 12. 2010, Az. 1 Verg 5/19, Rdn. 19.

Rechtsbegriff verwendet. Damit rückt die rechtstheoretische Einordnung dieses Begriffs in den Hintergrund und lässt der tatsächlichen praktischen Verwendung den Vortritt.

2. Gewährleistungsstaat als Staatsbild von der Privatisierung in der kommunalen Daseinsvorsorge

Verdeutlicht wird dieses weite Verständnis der Aufgaben der öffentlichen Hand in Bezug auf die Daseinsvorsorge durch den Begriff des „Gewährleistungsstaates“.^[34] Im Rückblick auf den Entwicklungsprozess des Verwaltungsstaates kann die Wandlung des Staatsbildes vom Polizeistaat über den Leistungsstaat zum Gewährleistungsstaat nachvollzogen werden.^[35] In dem vorliegenden Abschnitt soll analysiert werden, wie sich die Wandlung vom Leistungsstaat zum Gewährleistungsstaat vor dem Hintergrund der Privatisierung abgespielt hat. Dies ist auch im Rückblick auf dem Hintergrund und der Quelle für das ÖBP-Modell.

2.1 Vom Leistungsstaat zum Gewährleistungsstaat

Definitionsgemäß ist ein Leistungsstaat dafür verantwortlich, sämtliche Maßnahmen zu treffen, die auf Vorsorge und Förderung staatlicher Leistungen zur Erhöhung der wirtschaftlichen und sozialen Wohlfahrt gerichtet sind.^[36] Die natürliche Entwicklung des Leistungsstaates mündet in den „Gewährleistungsstaat“, in welchem alle hoheitlichen Aufgaben vom Staat und seinen eigenen Beschäftigten übernommen werden, während der

³⁴ Dazu *Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatlicher Verantwortung, VVDStRL 2003 (62), S. 266 ff.; *Matthias Knauff*, Unbegrenzte Gewährleistung statt unbegrenzter Leistung? –Kritische Anmerkungen zum Wandel von Staatlichkeit im Zeitalter der Globalisierung, VR 2003, S. 269 ff.; kritisch zu dem Begriff des Gewährleistungsstaates z.B. *Püttner*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 2005 (64), S. 277.

³⁵ Vgl. *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 933 ff.; *Martins*, Grundrechtsdogmatik im Gewährleistungsstaat: Rationalisierung der Grundrechtsanwendung?, DÖV 2007, S. 457 f.

³⁶ Vgl. *Schoch*, Gewährleistungsverwaltungsrecht: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, NVwZ 2008, S. 242.

Staat im Bereich der Leistungserbringung lediglich zu gewährleisten hat, dass diese öffentlichen Aufgaben erfüllt werden – unabhängig davon, ob er diese Aufgaben selbst erbringt oder auf andere Marktteilnehmer zurückgreift.^[37] Die Wandlung vom Leistungsstaat zum Gewährleistungsstaat wird dabei mit einer abgestuften staatlichen Verantwortung verbunden.^[38] So können die öffentlichen Aufgaben sowohl durch private Unternehmen erledigt^[39] oder an den Markt, etwaige gemeinnützigen Organisationen, den Dritten Sektor als auch an die Bürger selbst delegiert werden.^[40] Passend dazu wird von *Voßkuhle* ein Drei-Säulen-Modell, bestehend aus der staatlichen Säule, der privaten Säule und der Gewährleistungssäule beschrieben.^[41]

Das Konzept des Gewährleistungsstaates folgt der zunehmenden Privatisierung öffentlicher Unternehmen und der oftmals damit einhergehenden Liberalisierung staatlich regulierter Wirtschaftsbereiche.^[42] Dabei ist es selbstverständlich, dass eine systematische Überprüfung für die bisherige Organisation von Staatlichkeit hilfreich sein kann.^[43]

Damit in einige Bereiche mit der Gewährleistungsverantwortung wird der Gewährleistungsstaat definiert als *„der an seiner konkreten Gemeinwohlverantwortung festhaltende Staat, der die Instrumente zur eigenhändigen, also unmittelbaren Aufgabenerfüllung aufgegeben hat und*

³⁷ Vgl. *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden 2000, S. 933 ff.; *G. F. Schuppert*, Der moderne Staat als Gewährleistungsstaat, FS Wollmann, 2001, 399 ff.

³⁸ *Schuppert*, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 768.; *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 43 f.; *Hoffmann-Riem*, in: *Hoffmann-Riem/Schneider* (Hrsg.), Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht 1996, S. 22 ff.

³⁹ Vgl. *Gottschalk*, Public-Private-Partnership in der Versorgungswirtschaft, Der Städtetag 1996, S. 553.; *Tettinger*, Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764.

⁴⁰ Siehe *Hill*, Staatskonzeption, VOP 1994, S. 306 f.; *Janssen*, in: Hill (Hrsg.), Die begreifbare Stadt, 1994, S. 189.

⁴¹ *Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62 (2003), S. 305.

⁴² Vgl. *Rüfner*, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.III, 2. Aufl. 1996, § 80 Rn.3.

⁴³ Vgl. *Tettinger*, Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates, VVDStRL 2005 (63), S. 221 bezogen auf den Bereich der Sozialverwaltung.

den prinzipiellen sozialgestalterischen Anspruch des wohlfahrtsorientierten Erfüllungsstaates fortführt, indem er auf bestimmte positive gesellschaftliche Verhältnisse und Zustände zielt und sich weiterhin in der Letztverantwortung sieht“.^[44]

Durch die genaue Analyse dieses Modells wird deutlich, dass zur Verwirklichung der staatlichen Interventionen in der Wirtschaft mannigfaltige rechtliche Instrumente eingesetzt werden müssen.^[45]

Anhand dessen kann auch nachvollzogen werden, wie sich die leistungsstaatliche „Erfüllungsverantwortung“ in eine neuartige „Gewährleistungsverantwortung“ transformiert hat, die auch als Verantwortung auf den „Steuerungsstaat“, „Regulierungsstaat“ sowie „offenen Staat“^[46], oder als neuartige „Verantwortungsteilung“ zwischen Staat und Markt beschrieben wird.^[47]

⁴⁴ *Franzius*, Der Gewährleistungsstaat – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, *Der Staat*, 2003, S. 493 (494).

⁴⁵ Zur Mannigfaltigkeit der Instrumente vgl. nur *Schuppert*, Vom produzierenden zum gewährleistenden Staat, in: *König/Benz* (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, 1997, S. 539 ff.; zum „Rückzug“ und „Funktionswandel“ vgl. *König*, Rückzug des Staates?, *DÖV* 1995, S. 761 ff.

⁴⁶ *Kaufmann*, Diskussionen über Staatsaufgaben, in: *Grimm* (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 15 ff., 28 ff.; *Schuppert*, Vom produzierenden zum gewährleistenden Staat, in: *König/Benz* (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, 1997, S. 539 ff. („Gewährleistungsstaat“); *Grande*, Vom Monopol zum Wettbewerb?, 1989, S. 371 ff., 388 f.; *ders.*, Vom produzierenden zum regulierenden Staat, in: *König/Benz* (Hrsg.), Privatisierung (s.o.), S. 576 ff. („Regulierungsstaat“); *Trute*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *DVBl.* 1996, S. 959 ff. m.w.N. („Steuerungsstaat“); *Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, 1998 („offener Staat“).

⁴⁷ Zum Diskussionsstand vgl. nur *Voßkuhle*, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: *Schuppert* (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, 1999 („Verantwortungsteilung“); *Hoffmann-Riem*, Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, *DVBl.* 1996, S. 225 ff. („Gewährleistungsverantwortung“, „Auffangverantwortung“); *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 152 ff. („Steuerungsverantwortung“, S. 323 ff. („Infrastrukturverantwortung“); *Fehling*, Mitbenutzungsrechte Dritter bei Schienenwegen, Energieversorgungs- und Telekommunikationsleitungen vor dem Hintergrund staatlicher Infrastrukturverantwortung, *AöR* 1996 (121), S. 59 ff.; allg. auch *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, *VVDStRL* 1995 (54), S. 277 ff.

2.2 Regulierungen der kommunalen Daseinsvorsorge im Gewährleistungsstaat

Mit der Transformation von der ursprünglichen staatlichen Erfüllungsverantwortung zur Gewährleistungsverantwortung^[48] tauchen Probleme der inhaltlichen Bestimmung der Daseinsvorsorge gehäuft auf, die sich darauf beziehen, was Daseinsvorsorge eigentlich leisten soll und welche der ihr zugeordneten Bereiche in die staatliche Verantwortung fallen. Dabei wird zumeist der von *Hill* herausgearbeitete Begriff des Gewährleistungsstaats verwendet.^[49]

Im föderalen Staatsmodell gibt es eine Pluralität relativ autonomer Organisationseinheiten auf unterschiedlichen Ebenen, so dass in zahlreichen Gebieten öffentliche Leistungen mehr oder weniger autonom erbracht werden. Viele Probleme können innerhalb eines solchen polyzentrischen mehrstufigen Systems weder durch isoliertes Handeln dezentralisierter Organisationseinheiten noch auf hierarchischen Wegen durch eine Zentralinstanz gelöst werden.^[50] In diesen Sektoren staatlicher Verwaltung sieht das Gesetz die Notwendigkeit vor, die zur Verfügung stehenden Ressourcen so zu nutzen, dass die Aufgaben möglichst effizient erfüllt werden. Dazu ist die erfolgreiche Koordination des interorganisatorischen Handelns erforderlich und sinnvoll. Der Erfolg einer derartigen Koordinationsmaßnahme hängt davon ab, ob Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im Sinne einer flächendeckenden Grundversorgung effizient durch die öffentliche Hand bereitgestellt werden können.^[51] Im

⁴⁸ Vgl. *Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: *Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts*, 2003, S. 284.

⁴⁹ Vgl. *Hill*, In welchen Grenzen ist kommunalwirtschaftliche Betätigung Daseinsvorsorge, in: *BB* 1997, S. 426.: „Leistungs- und Gewährleistungsstaat“.

⁵⁰ Vgl. *Einig*, Positive Koordination in der Regionalplanung. Transaktionskosten des Planentwurfs in Verhandlungssystemen. *Inform. z. Raumentwicklung*, 2003, H. 8/9, S. 479 ff.; *Krebs*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR V*, 3. Aufl. 2007, § 108 Rn. 17.

⁵¹ Vgl. *Hoffmann-Riem*, Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, *DÖV* 1997, S. 437.; *Einig*, Positive Koordination in der Regionalplanung. Transaktionskosten des Planentwurfs in Verhandlungssystemen. *Inform. z. Raumentwicklung*, 2003, H. 8/9, S. 479 ff.

Gewährleistungsstaat mutiert damit der traditionelle Obrigkeitsstaat zum Partner, Moderator und Katalysator.

Die staatliche Regulierung der Wirtschaft kann in unterschiedlichen Formen und innerhalb großer Spielräume verwirklicht werden.^[52] Als Hoheitsaufgaben werden regulierende Tätigkeiten nach Maßgabe des öffentlichen Rechts angeführt.^[53] Die regulierende Tätigkeit des Staates richtet sich sowohl an der Funktion des Wettbewerbs als auch am Gemeinwohl aus und berücksichtigt damit verschiedene - zum Teil gegenläufige - Interessen, um die funktionale Grundversorgung mit Gütern und Dienstleistungen zu gewährleisten und die Grenzen eines ordnungspolitischen Rahmens für die wirtschaftliche Tätigkeit einzuhalten.^[54] Die Charakteristik besteht darin, „*dass der Gewährleistungsstaat vor allem im Gewande des Regulierungsstaates auftritt und damit der Begriff der Regulierung zu einem Zentralbegriff des Gewährleistungsstaates avanciert.*“^[55] Grundsätzlich lassen sich Preis-, Marktzutritts- und Verhaltensregulierungen unterscheiden.^[56]

„*Zentrale Aufgabe des Gewährleistungsstaates ist die Sicherstellung einer sogenannten Grundversorgung*“^[57] - darüber hinaus wachsen die Verwaltungsaufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge kontinuierlich weiter und lassen dadurch die Anzahl der wirtschaftlichen Betätigungen der

⁵² Vgl. Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 11 Rn 27, S. 345.: Es gibt der administrative Entscheidungsfreiraum mit z. B. sog. Regulierungsermessen.

⁵³ Vgl. Schmidt-Aßmann, Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung. Die Verwaltung 2001, S. 255.; von Danwitz, Was ist eigentlich Regulierung?, DÖV 2004, S. 977.; Berringer, Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, 2004, S. 84 ff.; Ruffert, Regulierung im System des Verwaltungsrechts-Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation, AöR 1999 (124), S. 237.

⁵⁴ Vgl. Stober, in: Eisenmenger/Stober, Bes. Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 178.

⁵⁵ Schuppert, Staatswissenschaft, 2003, S. 588.

⁵⁶ Siehe ausführlich Krakowski (1988) (Hrsg.): Regulierung in der Bundesrepublik Deutschland. Die Ausnahmebereiche des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Hamburg 1988, S. 10 ff.

⁵⁷ Schuppert, Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft. Die Verwaltung 2001(b), Beiheft 4, S. 220.

Kommunen weiter ansteigen. Auf kommunaler Ebene scheint eine verstärkte Zusammenarbeit sowohl mit öffentlichen Einrichtungen als auch mit privaten Unternehmen sinnvoll, da durch die Regulierung ehemals kommunaler Aufgaben die Gemeinden einem immer größer werdenden Wettbewerb ausgesetzt werden.^[58]

Die Regulierung der regional angebotenen Dienstleistungen, die im Gewährleistungsmodell erbracht werden, ist rechtlich noch nicht abschließend geklärt, wobei eine staatliche Regulierung immer den Gestaltungsraum der kommunalen Gebietskörperschaften einengen wird. Eine rein kommunale Regulierung erweist sich hingegen als institutionsökonomisch ineffizient. Denn diese fördert Insellösungen und behindert den überregionalen Wettbewerb.^[59]

2.3 Ergebnis

Aus der Perspektive der Regulierungsverantwortung wird der Gewährleistungsstaat „als Rahmensetzer und Regulierer im Spiel bleiben“.^[60] Denn es gibt „keinen Staat auf dem Rückzug“^[61], so dass die Verantwortung zwischen Staat und Bürger zu verteilen sei.^[62] Der Leistungsstaat wird bei diesem Idealbild als ineffizient erachtet, während die Aufsicht und der Modus der Auftragsvergabe für die Daseinsvorsorge als ausreichend anerkannt werden.^[63] Auch die Idee des versorgenden Staates erfreut sich nur geringer Anhänger^[64], so dass die Tendenz dahin geht, dass die kommunale Aufgabenerfüllung den privaten Märkten vorbehalten sein

⁵⁸ Wurzel/Gaß, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2015, Kap. J, Rn. 20.

⁵⁹ Eine Möglichkeit könnte an dieser Stelle die Zuordnung der generellen Regulierung zur nationalen und europäischen Ebene sein, während die konkrete Setzung der Standards auf kommunaler Ebene erfolgen kann.

⁶⁰ Schuppert, Der Gewährleistungsstaat, S. 18.

⁶¹ Schuppert, Der Gewährleistungsstaat, S. 19.

⁶² Vgl. Franzius, Der Gewährleistungsstaat – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat, 2003, S. 493.

⁶³ Vgl. Hösch, Kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 30, Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 64.

⁶⁴ Vgl. Knauff, Der Gewährleistungsstaat, S. 45.

soll.^[65]

Weiter wird die Selbstregulierung der Privatwirtschaft (durch Wirtschaftsverbände, Fachvereinigungen und ähnliche Organisationen^[66]) als notwendiger Faktor des Gewährleistungsstaates angesehen.^[67] Diese Vorgangsweise ermöglicht, *„das engere Gehäuse des die Produktion von Rechtsnormen monopolisierenden Staates zu verlassen und stattdessen von dem Befund einer Pluralität potentieller oder aktueller Normproduzenten auszugehen“* sowie *„danach zu fragen, unter welchen rechtlich geordneten institutionellen Bedingungen eine solche private oder auch halbstaatliche Normsetzung mit der Gemeinwohlverantwortung des Staates vereinbar ist“*.^[68]

3. Die kommunale Daseinsvorsorge unter Einfluss des europäischen Rechts

Auf der Ebene des Europarechts wird von „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“^[69] oder „von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“^[70] gesprochen, wenn es um den Bereich der Daseinsvorsorge geht. Die EU-Kommission definiert Leistungen der Daseinsvorsorge als *„marktbezogene oder nichtmarktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden“*.^[71]

⁶⁵ Vgl. Budäus, Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, S. 14.

⁶⁶ Vgl. Müller, Rechtsetzung im Gewährleistungsstaat in: Staat-Kirche-Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, S. 227, (234).

⁶⁷ Vgl. Schuppert, Der Gewährleistungsstaat, S. 36.

⁶⁸ Schuppert, Der Gewährleistungsstaat, S. 38.

⁶⁹ Vgl. dazu Hösch, Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, DÖV 2000, S. 404.; Bruhns, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im europäischen Binnenmarktrecht, 2001, S. 187.; Erstmals verwendet die EU den Begriff im Protokoll Nr. 26 im Vertrag von Lissabon.

⁷⁰ Heinemann, Grenzen staatlicher Monopole, S. 178 ff.; Bauer, Wettbewerbsbeschränkungen durch Staaten, S. 236 f.; Hochbaum, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 90 Rn. 56; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 113 f.

⁷¹ Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (96) 443 endg., S.2.

3.1 Die Entwicklung der Daseinsvorsorge im Europarecht

Die öffentlichen Dienstleistungssektoren der Daseinsvorsorge in Europa haben sich seit der Etablierung der Europäischen Union verändert.^[72] In allen Mitgliedstaaten wurden vor dem Hintergrund der Internationalisierung, und der ökonomischen Krisen weitreichende Reformen im Kommunalrecht umgesetzt. Obwohl unterschiedliche Traditionen die einzelnen Mitgliedstaaten prägen^[73], ist die auf die Gemeinwohlorientierung gerichtete Leistung als ein fester Bestandteil des europäischen Gesellschaftsmodells akzeptiert.^[74] Die Veränderung der Eigentumsformen (Privatisierung), die Förderung des Wettbewerbs (Liberalisierung) und die Einführung neuer Regulierungsformen stellen die zentralen Errungenschaften dieser Reformen dar.

Auf der europäischen Ebene ist das Leitbild des „wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts“ ein Unionsziel^[75], wobei auch die Daseinsvorsorge eine große Rolle in dieser Entwicklung spielt. Denn zum einen findet sich die Daseinsvorsorge als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für die „Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts“ der Gemeinschaft wieder und formt damit die Entwicklung von der jetztbezogenen staatlichen Dienstleistung hin zu einer auf die soziale Intergration ausgerichteten Daseinsvorsorge.^[76]

⁷² Vgl. *Krajewski*, Rechtsbegriff Daseinsvorsorge?, *VerwArch* 99 (2008), S. 174 ff.; *Bull*, Daseinsvorsorge im Wandel der Staatsformen, *Der Staat* 47 (2008), S. 1 ff.

⁷³ Vgl. *Schwarze*, Einführung: Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, in: ders. (Hrsg.), *Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts*, 2001, S. 12.

⁷⁴ Siehe etwa Kommission, KOM (96) 443 endg., S.1 b; KOM (2000) 580 endg., S.3; ähnlich KOM (2001) 598, S. 3; KOM (2003) 270 final, S. 3.; *Tettinger*, Public Private Partnership: Möglichkeiten und Grenzen, *NWVBL* 2005 (1) S. 1 ff.

⁷⁵ Vgl. Kommission, KOM(2003) 270 final, S. 9; *Storr*, Zwischen überkommener Daseinsvorsorge und Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse-Mitgliedstaatliche und europäische Kompetenzen im Recht der öffentlichen Dienste, *DÖV* 2002, S. 361.; *Löwenberg*, Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 2001, S. 304.

⁷⁶ Vgl. BVerfGE 5, 85, 198.; *Broß*, Wasser, Gas, Strom. Warum Privatisierung kein Allheilmittel ist oder sogar die Demokratie gefährden kann, in: *Schriftenreihe zur Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe* Heft 2 S. 8 f.; *Ruffert*, Regulierung im System des Verwaltungsrechts: Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation, *AöR* 1999, S. 247 f.

Zum anderen gewährleistet die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) in ihrem Art. 36 GRCh jedem Unionsbürger den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die zur freien Entfaltung der Persönlichkeit der Bürger notwendig sind und dem sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union dienen.^[77]

Weiter zeigt sich im Vertrag von Lissabon^[78], dass eine für die Daseinsvorsorge relevante Konkretisierung des Leitbilds der Union in drei Bereichen erfolgt: Die Regelung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 14 AEUV)^[79], die Struktur- und Regionalförderung (Art. 174 AEUV)^[80] und die transeuropäischen Netze in den Bereichen der Verkehrs-, Telekommunikations- und Energieinfrastruktur (Art. 174 AEUV).^[81] Auch für die Kommunen als eine Aufgeklärtheit beinhaltet die Annahmen im gescheiterte europäische Verfassungsvertrag einige wichtige Punkte: Die Anerkennung des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung, die Aufnahme der Daseinsvorsorge und die Stärkung der Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitskontrolle.^[82] Das Primärrecht bietet jedoch keine Hinweise für die Abgrenzung bzw. die

⁷⁷ Siehe EuGH, Urteil v. 27. 6. 2006, Rs. C- 540/03(Europäisches Parlament/Rat), Slg. 2006, I-5769, Rn. 38, 58; EuG, Urteil v. 30. 1. 2002, Rs. T-54/99 (max.mobil), Slg. 2002,II- 313, Rn. 48, 57; Beschluss v. 4.4.2002, Rs. T-198/01 R (Technische Glaswerke Ilmenau), Slg. 2002, II-2153, Rn. 85, 110.

⁷⁸ Im Überblick zum Vertrag von Lissabon etwas *Pach/Rösch*, Der Vertrag von Lissabon, NVwZ 2008, S. 473 ff.; *Mayer*, Die Rückkehr der Europäischen Verfassung? Ein Leitfaden zum Vertrag von Lissabon, ZaöRV 67 (2007), S. 1141 ff.; *Terhechte*, Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?, EuR 2008, S. 143 ff.

⁷⁹ Vgl. *Knauff*, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, EuR 2010, S. 730 ff.

⁸⁰ Entsprechend *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S.100; *Palmer*, Dasein oder Nichtsein- Der „Kampf um die Daseinsvorsorge“ als exemplarischer Fall, in: *Hrbek/Nettesheim* (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002, S. 11.; *Stober*, Neuregelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen? NJW 2002, S. 2361.

⁸¹ Vgl. *Kersten*, in: *Neu* (Hrsg.), Daseinsvorsorge: Eine gesellschaftswissenschaftliche Annäherung, 2009, S. 27.

⁸² Die wichtigsten Veränderungen für den Bereich der Dienstleistungen, die sich aus dem Vertrag von Lissabon für die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ergeben sind:

- neben der verbindlichen Geltung der Charta der Europäischen Grundrechte, die mit Artikel 36 den Zugang zu den Diensten von allgemeinem Interesse enthält,
- die Einfügung einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage für die Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse in Artikel 14,
- und das Protokoll Nr. 26 über die Dienste von allgemeinem Interesse.

Auslegung der Dienstleistungen „von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ und anderer vom Staat erbrachter Dienstleistungen. Anknüpfungspunkte für eine Zuordnung zu einem der beiden Bereiche ergeben sich lediglich aus dem wirtschaftlichen Charakter und dem allgemeinen Interesse an der Dienstleistung, sowie aus dem Sekundärrecht, das es inhaltlich in dieser Hinsicht noch zu gestalten gilt.

3.2 Der Einfluss des Wettbewerbs auf dem EU-Binnenmarkt auf die kommunale Daseinsvorsorge

In der Europäischen Gemeinschaft stellt folgendes Leitbild das Ziel der EU-Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln dar: Offene und wettbewerbsfähige Märkte zu schaffen und zu schützen. An dieser Stelle kommt man nicht umhin, sich zu fragen, wie dieses gemeinschaftsrechtliche Prinzip eines einheitlichen europäischen Marktes mit der Erbringung der Daseinsvorsorge im kommunalen Bereich vereinbart werden kann. All diese Ziele, die die Erbringung von Daseinsvorsorge als höchsten Wert betrachten, zeigen in vielen Bereichen, dass keine Beeinträchtigung durch den natürlichen Wettbewerb erfolgt. Ganz im Gegenteil verbessert dieser langfristig betrachtet sogar die Qualität der Daseinsvorsorge und lässt deren Preise sinken.^[83]

Für den Erfolg der europäischen Integration spielen die Kommunen eine wichtige Rolle. Die Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten, die den

⁸³ Ständige Rechtsprechung seit EuGH Rs C-41/90 *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979, Rn 34.; auch dazu EuGH Rs C-260/89 ERT, Slg. 1991, I-2925, Rn 37 ; und EuGH Rs C-179/90 Porto di Genova, Slg. 1991, I-5889, Rn 17-19.; EuGH Rs C-18/88 *RTT*, Slg. 1991, I-5941, Rn 17-21, 24. Siehe „Im Bereich der EU-Wettbewerbsregeln verstößt ein Mitgliedstaat gegen Art.86 Abs.1 i.V.m Art.82, wenn die staatliche Gewährung eines ausschließlichen Rechts nicht nur zur Errichtung einer marktbeherrschenden Stellung führt, sondern der Staat auch eine Lage schafft, in der das Unternehmen diese Stellung zwangsläufig mißbrauchen muß oder ein solcher Mißbrauch in den konkreten Umständen wahrscheinlich ist. Außerdem verletzt der Staat Art.86 Abs.1 i.V.m Art.82, wenn er die einem Unternehmen durch staatliches ausschließliches Recht auf einem Markt verschaffte beherrschende Stellung durch Gewährung eines weiteren ausschließlichen Rechts zugunsten desselben Unternehmens auf einen benachbarten, aber getrennten Markt ohne objektive Rechtfertigung ausdehnt.“

Bereich der nationalen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betreffen, werden im Geltungsbereich des EU-Binnenmarktrechts zunehmend eingeschränkt.^[84] Dies betrifft insbesondere den Bereich der staatlichen Beihilfen und der öffentlichen Auftragsvergabe, zu denen die Daseinsvorsorge immer mehr in ein Spannungsverhältnis gerät.^[85]

Für Umfang und Form der Erbringung der kommunalen Daseinsvorsorge ist das europäische Beihilfenrecht (Art. 107 – 109 AEUV) zugleich von besonderer Bedeutung.^[86] Es regelt aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen zugunsten bestimmter Unternehmen. Die Beihilfevorschriften verbieten staatliche Mittel oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen an private oder öffentliche Unternehmen zu erteilen. Ausnahmen gelten beim Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes oder einer ausdrücklichen Genehmigung der Kommission:^[87] u. a. Beschäftigung^[88] und Ausbildung^[89], Regionalbeihilfen^[90], Umweltschutz^[91] sowie Forschung und Entwicklung.^[92]

⁸⁴ Vgl. noch einmal Kommissionsmitteilung „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und Sozialdienstleistungen“ v. 20.11.2007 (KOM [2007] 725 endg.), S. 5.

⁸⁵ S. dazu *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *Das Verfassungsrecht der EU*, 3. Aufl. 2007, Art. 87, Rn. 27 m. w. N.; siehe auch Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge, ABl. EG Nr. C 17/4 v. 19. 1. 2001, Tz. 31.

⁸⁶ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-310/99 Italien/Kommission, Slg. 2002, I-2289, Rn. 51; EuGH, Rs. C-39/94 SFEI/La Poste, Slg. 1996, I-3547, Rn. 58.

⁸⁷ Das Altmark-Trans-Urteil des EuGH und u. a. die von der Kommission erlassene Freistellungsentscheidung vom 28. November 2005 haben mehr Klarheit über die zulässige staatliche Finanzierung der Daseinsvorsorge gebracht. Zu prüfen bleibt nun, ob wirtschaftliche Tätigkeiten i. S. d. Beihilfenrechts vorliegen und ob ein Wettbewerbsverhältnis besteht. Die Abgrenzung von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten ist schwierig, weil die EU-Kommission hierzu keine Kriterien vorgibt, sondern Einzelfallentscheidungen trifft. Hinzu kommt, dass bestimmte Tätigkeiten national als nichtwirtschaftlich angesehen werden, aber EU-rechtlich als wirtschaftliche Tätigkeiten gelten.

⁸⁸ Leitlinien für Beschäftigungsbeihilfen, ABl. 1995 C 334/4.

⁸⁹ Gemeinschaftsrahmen für Ausbildungsbeihilfen, ABl. 1998 C 30/1. Inzwischen ersetzt durch die am 12. 01. 2001 von der Kommission angenommene Gruppenfreistellungsverordnung Nr 68/2001/EG zu staatlichen Ausbildungsbeihilfen, die am 2. 2. 2001 in Kraft trat (ABl. 2001 L 10/20).

⁹⁰ Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung, ABl. 1998 C 74/9.

⁹¹ Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. 1994 C 72/3. Die Kommission hat am 21. 12. 2000 einen neuen Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen angenommen (in Kraft seit dem Tag der Veröffentlichung im ABl. 2001 C 37/3 vom 3.2.2001).

⁹² Gemeinschaftsrahmen für staatliche Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen, ABl. 1996 C 45/5.

Heute gewinnt es immer größerer Bedeutung, dass die öffentliche Auftragsvergabe und öffentliche Ausschreibung als bedeutende Instrumente in der kommunalen Daseinsvorsorge anerkannt werden.^[93] Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch die Kommunen wird durch den Abschluss privater Verträge mit den Unternehmen bestimmt. Gleichwohl sind die Kommunen als öffentliche Auftraggeber an bestimmte Regelungen gebunden^[94], die eine sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung bei der Beschaffung ihrer Lieferungen und Leistungen sicherstellen sollen.^[95] Diese besonderen Bindungen bei der Auftragsvergabe werden den Kommunen durch europäische Vergaberichtlinien vorgegeben.^[96]

In der Praxis sind kleinere Gemeinden bzw. Städte von der Ausschreibungspflicht und ihren Folgen bisher kaum betroffen.^[97] Die hier getätigten Investitionen liegen meistens unter den Schwellenwerten. Selbst wenn diese Gemeinden nur selten die Schwellenwerte überschreiten, muss trotzdem festgehalten werden, dass sie im Bedarfsfall nicht dafür gerüstet wären.^[98] Hingegen können große Städte von den Einsparungen profitieren. Sie müssen aber als Preis dafür den bürokratischen Mehraufwand, die Ausbildung ihrer Verwaltungsbeamten und die Veränderungen in den

⁹³ Vgl. *Stöß*, Europäische Union und kommunale Selbstverwaltung. Die Handlungsspielräume deutscher Kommunen unter Einwirkung der Europäischen Union aus ökonomischer Perspektive, 2000, S. 158.

⁹⁴ Vgl. *Burgi*, Das Vergaberecht als Gestaltungsmittel der Kommunalpolitik, in: *Henneke* (Hrsg.), Kommunalrelevanz des Vergaberechts, 2009, S. 11 ff.

⁹⁵ Vgl. *Schoch*, Die Rolle der Rechtsdogmatik bei der Privatisierung staatlicher Aufgaben, in: *Stürner* (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2010, S. 93.; *Sanden*, Die Privatisierungsprüfpflicht als Einstieg in die Verwaltungsprivatisierung, *Die Verwaltung* 2005 (38), S. 367.

⁹⁶ Siehe *Lattmann* und *Steger*, in: *Krautscheid* (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, 2009, zum ÖPNV (Faber, S. 159, 166 ff.) oder zur Abwasserbeseitigung (Estermann, S. 189, 197 f.), allgemein mit Blick auf interkommunale Kooperationen Waiz, ebda., Daseinsvorsorge in der Europäischen Union-Etappen einer Debatte, S. 64 ff.; auch vgl. *Hetzel*, Das Zusammenwirken von öffentlicher Hand und Privatwirtschaft in öffentlich-privaten Partnerschaften, *BayVBl* 2006 (21), S. 653.; *Wollenschläger*, *NVwZ* 2007, S. 388.

⁹⁷ Vgl. *Schultze*, Die deutschen Kommunen und die Europäische Union: Europabetroffenheit und Interessen wahrnehmung. 1997, S. 79.

⁹⁸ Vgl. *Stober*, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Vergabe öffentlicher Aufträge. In: *Hoppe/Schink* (Hrsg.), 1990, S. 116-129.

Organisationsstrukturen bewältigen.^[99] Hierzu muss neben den finanziellen Mitteln in den Verwaltungen auch der nötige Sachverstand gebündelt werden. Auch wird die Auftragsvergabe dazu genutzt, kommunale Wirtschaftsförderung zu betreiben. Letztendlich liegt es an den Gemeinden, was sie aus der Verpflichtung machen und wie sie die Möglichkeit einer europaweiten Ausschreibung nutzen.

Für diese notwendige europäische Zurückhaltung gibt es einen guten Grund. Örtliche Differenzen spielen bei der Entscheidung eine wichtige Rolle, welche konkreten Verpflichtungen im Interesse der Bürgerinnen und Bürger erforderlich sind. Außerdem soll die Frage nicht vernachlässigt werden, welches Ziel vorrangig zu verfolgen ist. Dazu gehört auch die Definition der Qualität der Leistung im Rahmen der Daseinsvorsorge und die Überwachung des Qualitätsniveaus. Die Bürgerinnen und Bürger nehmen durch ihre Teilnahme am politischen Prozess auf diese einen entscheidenden Einfluss.

3.3 Ergebnis

Wie man anhand der vorangegangenen Ausführungen erkennen kann, hat die kommunale Verwaltung von der Entwicklung des Leistungsstaates zum Gewährleistungsstaat das neue Instrument und Modell erhalten. Die Privatisierung und Delegation der staatlichen Aufgaben der Daseinsfürsorge haben neue Angebotsmodelle für öffentliche Leistungen entstehen lassen und damit eine Neuorientierung im Bereich der Verwaltungskonzepte und Regulierungen der Daseinsvorsorge ermöglicht.

Das dem nationalen Recht prinzipiell EU-Recht enthält teilweise Vorgaben für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Unternehmen als kommunalen Daseinsvorsorge. Die Legitimationsgrundlagen finden sich in dem nationalen Recht. Also die Europäische Union auch erkennt die

⁹⁹ Vgl. *Schultze*, Die deutschen Kommunen und die Europäische Union: Europa-betroffenheit und Interessenwahrnehmung. 1997, S. 78-79.

öffentlichen Unternehmen und gemeindlicher Unternehmen als die Form von der kommunalen Daseinsvorsorge an. Die öffentlichen Unternehmen unterliegen nach Art. 106 Abs. I AEUV den für alle Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln, auch in Bezug auf öffentliche Unternehmen keine dem EU-Recht widersprechende Maßnahmen beizubehalten. Einerseits ist die Europäische Union durch die Wettbewerbsregeln einschließlich des grundsätzlichen Beihilfeverbots eine wenigstens mittelbar Kontrolle für die kommunalen Daseinsvorsorge zu gewinnen, und andererseits zumindest auch ist ein Kernbereich der kommunalen Daseinsvorsorge vor europarechtlichen Eingriffen geschützt.

B. Der Begriff der Privatisierung und ihre Kategorien

1. Privatisierung in der Rechtsdarstellung und Typen der Privatisierung

Der Begriff der Privatisierung^[100] wird als die Überführung einer bislang durch die öffentliche Hand erfüllten Aufgabe in private Verantwortung verstanden^[101], was bedeutet, dass öffentliche Verwaltungsaufgaben auf private Unternehmen übertragen werden.^[102] Mangels einer allgemein

¹⁰⁰ Vgl. *Kümmritz*, Privatisierung öffentlicher Unternehmen: Ausschreibungspflichten bei der Veräußerung staatlichen Anteilsvermögens nach europäischem Vergabe- und Beihilfenrecht, Igel Verlag, 2009, S. 4; Auch vgl. DJT (2006), Die Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages Erfurt 2006, D. Abteilung Öffentliches Recht, Thema: Privatisierungen öffentlicher Aufgaben - Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Beschluss Nr. D. I.1. „Privatisierung ist eine dauerhafte ordnungspolitische Option für politische Entscheidungsträger, die wesentlich zur Modernisierung und Entbürokratisierung des Staatswesens und zur Stärkung des Wirtschaftsstandortes beitragen kann, wenn die betreffende öffentliche Aufgabe privatisierungsg geeignet ist, hierdurch nicht öffentliche Monopole durch private Monopole ersetzt werden und der Staat eine gegebenenfalls im Interesse des Gemeinwohls erforderliche Gewährleistungsverantwortung übernimmt“.

¹⁰¹ Vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, 2011, S. 627.

¹⁰² Vgl. *Peine*, DÖV 1997, 353, 354; *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 245, 250; *Ronellenfitsch*, Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben, DÖV 1999, S. 705, S. 708; *Hofmann*, Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen und Beamtenbeschäftigung, ZTR 1996, 493, 493; zum Begriff der Verwaltungsaufgaben: *Isensee*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: *Isensee/ Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 1988, § 57 Rn. 137; Auch vgl. *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 27.

anerkannten Definition,^[103] hat man sich auf eine heuristische Funktion der Definition dieses Begriffs geeinigt.^[104] Aufgrund dessen er auch hier als ein Sammelbegriff für unterschiedliche Vorgänge betrachtet wird.^[105] Heute wird Privatisierung im Allgemeinen als Oberbegriff für eine Reihe unterschiedlicher Formen der Übertragung ehemals dem öffentlichen Bereich vorbehaltenen Aufgaben auf den privaten Sektor verwendet.^[106]

Der Terminus „Privatisierung“ stellt keinen präzisen Rechtsbegriff dar. Die Bandbreite an Privatisierungsformen ist beeindruckend.^[107] Im Groben kann man zwischen „materieller Privatisierung“ als einen Fall der sogenannten „echten Privatisierung“ und „formeller Privatisierung“ als einen Fall der sogenannten „unechten Privatisierung“ unterscheiden.^[108] Die Definition der „Privatisierung“ ist nämlich noch nicht abschließend geklärt. Geht man von der auf der Aufgabenübertragung basierenden Definition der Privatisierung aus, dann lässt sich die Privatisierung grundsätzlich in drei Hauptkategorien untergliedern^[109] - Aufgabenprivatisierung, Organisations- privatisierung, und funktionelle Privatisierung.^[110] Die drei genannten Privatisierungsarten

¹⁰³ Zu den teils unterschiedlichen Definitionsansätzen sowie den unterschiedlichen Privatisierungsarten vgl. *Kämerer*, Privatisierung, S. 16 ff.

¹⁰⁴ Vgl. *Kahl/Weißberger*, Die Privatisierung kommunaler öffentlicher Einrichtungen, in: JURA 2009, S. 194ff., S. 674.

¹⁰⁵ Vgl. *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 379 ff.

¹⁰⁶ Vgl. *Danwitz* NVwZ 2000, S. 615.; *Schoch*, Die Rolle der Rechtsdogmatik bei der Privatisierung staatlicher Aufgaben, in: *Stürner* (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2010, S. 95 ff.; *Burgi*, Privatisierung, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts. Bd. IV. 3. Auflage, 2006, § 75.; *Vofskule*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung. – VVDStRL 2003 (62), S. 220 ff., 266 ff.; *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl 1994, S. 962 ff.; *ders.*, Rechtliche Steuerung der Privatisierung staatlicher Aufgaben. Jura 2008, S. 672 ff.; *Stober*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, NJW 2008, S. 2301 ff.

¹⁰⁷ Vgl. *Huber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 164 ff.

¹⁰⁸ Vgl. *Schmidt-Aßmann/Schoch* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14 Aufl. 2008, Rn 122, S. 100 f.; *Schoch* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15 Aufl. 2013, Rn 80, S. 52.; *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15 Aufl. 2016, § 10 Rn 7, S. 308.

¹⁰⁹ Vgl. dazu *Maurer*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Privatisierung in Deutschland, *Juridica International* 2009, S. 5 f.; *Tettinger*, Public Private Partnership: Möglichkeiten und Grenzen, NWVBL 2005 (1) S. 1 ff.; *Kirchhof*, Rechtsfolgen der Privatisierung, AöR 2007(132), S. 230 f.

¹¹⁰ Vgl. *Maurer*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Privatisierung in Deutschland, *Juridica International* 2009, S. 5 f.; auch in *Schmidt-Aßmann/Schoch* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14 Aufl. 2008, Rn 122, S. 100 f.; *Schoch* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15 Aufl. 2013, Rn 80, S. 52.; *Ehlers/Pünder* (Hrsg.),

bilden eher idealtypische Grundmodelle ab. In der Praxis gibt es zahlreiche Variationen, Überschneidungen und Verknüpfungen zwischen den einzelnen Modellen. Selbst wenn weitere Privatisierungsformen unterschieden und benannt werden, lassen sich diese stets auf einen der drei genannten Grundtypen zurückführen.^[111]

Im Rahmen der sogenannten Vermögens- oder Eigentumsprivatisierung werden nicht nur Verwaltungsaufgaben, sondern auch Vermögensgegenstände an Private übertragen. Eine solche Eigentumsübertragung erfolgt durch die Übereignung der Grundstücke, Anlagen, Aktien usw. nach den Vorschriften des Zivilrechts.^[112] Außerdem existiert auch eine sogenannte Finanzierungsprivatisierung als Unterart oder Zwischengebilde,^[113] die die Finanzierung eines Vorhabens durch Private betrifft.^[114] Darunter wird unter anderem die Beteiligung von privaten Investoren an der Finanzierung öffentlicher Aufgaben verstanden.^[115]

1.1 Organisationsprivatisierung als formelle Privatisierung

Mit organisatorischer oder formeller Privatisierung ist die Übertragung staatlicher Aufgaben auf private Rechtsträger gemeint, wobei der Staat bzw. die öffentliche Hand als Träger des privatrechtlich organisierten Unternehmens weiterhin in der Verantwortung bleibt. Im Gegensatz zu dieser Organisationsprivatisierung steht die Beleihung, bei der ein Privatrechtssubjekt, dessen Träger nicht der Staat ist, mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben betraut wird.

Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 10 Rn 7, S. 308.

¹¹¹ Vgl. *Maurer*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Privatisierung in Deutschland, *Juridica International* 2009, S. 6.; *Sanden*, Die Privatisierungsprüfpflicht als Einstieg in die Verwaltungsprivatisierung, *Die Verwaltung* 2005 (38), S. 372.

¹¹² Zur Vermögensprivatisierung: Volkswagenprivatisierungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 12, 354 ff.; Zur Vermögensprivatisierung auch vgl. auch *Schoch*, DVBl. 1994, S. 962.

¹¹³ Vgl. *Hetzel*, BayVBl 2006 (21), S. 651.; *Tettinger*, Public Private Partnership: Möglichkeiten und Grenzen, NWVBl 2005 (1) S. 3 ff.

¹¹⁴ Vgl. Ebd.

¹¹⁵ Vgl. *Osterloh*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVDStRL 1995 (54), S. 217.

Bei der Organisationsprivatisierung wird eine privatrechtliche Organisationsform gewählt, die zur Gänze vom Staat beherrscht wird.^[116] Derartige Organisationen werden als öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform bezeichnet.^[117] Kennzeichnend für eine solche Organisationsprivatisierung ist die Gründung einer Eigengesellschaft in Form einer AG oder GmbH in öffentlicher Hand^[118], deren Aufgaben offen und transparent bleiben.^[119] Die Einflussmöglichkeit des Staates geht auf diese Weise nicht verloren. Daher wird die Organisationsprivatisierung auch oft als „unechte Privatisierung“^[120] bezeichnet und der „echten Privatisierung“ gegenübergestellt.^[121]

Ein Beispiel für die Organisationsprivatisierung ist in Art. 87e Abs. 3 S. 1 GG für die Eisenbahnen des Bundes und in Art. 87f Abs. 2 GG für die aus der Deutschen Bundespost hervorgegangenen Unternehmen festgeschrieben.^[122] Auf der kommunalen Ebene wird schon lange Zeit auf die Organisationsprivatisierung zurückgegriffen. Den Gemeinden wird dabei die Möglichkeit eingeräumt, ihre Unternehmen in der Rechtsform einer selbständigen, rechtsfähigen öffentlichen Anstalt oder einer Kapitalgesellschaft des Privatrechts zu organisieren.^[123] Aber durch die

¹¹⁶ Vgl. *Hoppe/Uechtritz/Reck*, Handbuch kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 7 Rn 12, S.140 f.; *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Auflage, 2015, Kap. D, Rn 2, S. 125.

¹¹⁷ Vgl. *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Auflage, 2015, Kap. B, Rn 6, S. 19.

¹¹⁸ Vgl. *Schmidt*, Die Verwaltung 28, S. 283.; *Schoch*, DVBI. 1994, S. 962; *Krebs*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. 5, 3. Aufl., §108, Rn. 14; *Peine*, DÖV 1997, S. 354 ff.

¹¹⁹ Vgl. *Peine*, DÖV 1997, S. 360 ff.; *Burgi*, in: Ehlers (Hrsg.), AllgVerwR, § 10, Rn. 23 ff.

¹²⁰ Vgl. *Stolzlechner*, Privatisierung staatlicher Verwaltungsaufgaben und Kontrolle durch die Volksanwaltschaft, ZfV 2007, S.2.

¹²¹ Vgl. *Hengstschläger*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, 170, FN 16, Kucsko-Stadlmayer, Grenzen der Ausgliederung, 17, *Lämmerzahl*, Die Beteiligung Privater, S.103.; vgl dazu weiters die Ausführungen von *Stolzlechner*, Privatisierung staatlicher Verwaltungsaufgaben und Kontrolle durch die Volksanwaltschaft, ZfV 2007, S.2.

¹²² Vgl. *Schmidt-Aßmann/Röhl*, Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts (Art. 87e GG), DÖV 1994, S. 577 ff.; *Berschien*, Zur Trennung von Netz und Betrieb der Deutschen Bahn AG auf Grund des europäischen Eisenbahnpakets, DVBI 2002, S. 1079 ff.; *Osterloh*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 1995 (54), S. 210.; *Wegener*, Bahnprivatisierung und Eisenbahnverkehrsverwaltung, DÖV 1996, S. 305.; Vgl. auch BVerfGE 147, 50.

¹²³ Vgl. *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S.153 ff.

zunehmende Beteiligung privater Hände in einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft hängt der Einfluss der Gebietskörperschaft von den Mehrheitsverhältnissen und etwaigen Sonderregelungen in den Satzungen ab.^[124]

1.2 Aufgabenprivatisierung als materielle Privatisierung

„Bei der Aufgabenprivatisierung geht das Privatisierungsobjekt in privater Erledigung durch eine Handelsgesellschaft in privaten Allein- oder Mehrheitsbesitz über, siehe z. B. die Deutsche Post AG und die Deutsche Telekom AG“.^[125]

Durch die Aufgabenprivatisierung verringert der Staat die Möglichkeit der Kontrollausübung und Steuerung. Aus diesem Grund sind echte Aufgabenprivatisierungen eher selten anzutreffen.^[126] Die materielle Privatisierung hat das Ende der staatlichen Aufgabenbesorgung zur Folge und überlässt die Tätigkeit dem freien Markt. Folge ist der Verlust des staatlichen Charakters der Handlungsform und der damit zusammenhängenden Aufgabe.^[127] Es wird jedoch verlangt, dass die Gewährleistungsverantwortung^[128] für die Qualität der Erfüllung öffentlicher Aufgaben gesichert bleiben müsse:

„Wie der Staat öffentliche Aufgaben erledigen lassen will, ist im Allgemeinen Sache seines freien Ermessens, freilich bis zu einem gewissen Grade auch von Eigenart und Gewicht der einzelnen Aufgabe abhängig. Es besteht hier eine breite Skala von Möglichkeiten, die vom

¹²⁴ Vgl. Osterloh, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVDStRL 54 (1995), S. 236 f.

¹²⁵ Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 2011, 4. Aufl., Rn. 165, S. 154.

¹²⁶ Vgl. Funk, Erodieren der Staat? Ausgliederungen, Deregulierung und die Schaffung von Regulierungsbehörden als Symptome staatlichen Wandels, in: Duschaneck (Hrsg.), Beiträge zur Ausgliederungsdiskussion, S. 8.

¹²⁷ Vgl. Stern, DVBL. 1997, S. 309, S. 310.; Burgi, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, S. 603.; Di Fabio, Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, S. 589.

¹²⁸ Vgl. Weiß, DVBL. 2002, S. 1173 f.; Burgi, in: Ehlers (Hrsg.), AllgVerwR, § 10, Rn. 10.

freien Beruf mit öffentlich-rechtlichen Auflagen bis zu Berufen reicht, die gänzlich in die unmittelbare Staatsorganisation einbezogen sind, also ‚öffentlichen Dienst‘ im eigentlichen Sinne darstellen“.^[129]

1.3 Funktionsprivatisierung als Modell der Kooperationsverwaltung

Die funktionale Privatisierung stellt ein Zwischenmodell der formellen und materiellen Privatisierung dar, das jedoch nicht mit einem Rechtsformwechsel einhergeht.^[130] Bei der funktionalen Privatisierung bleibt die betroffene Aufgabe in öffentlicher Hand.^[131] Der Private wird hier nur als Erfüllungsgehilfe oder Verwaltungshelfer angesehen, der die öffentlichen Dienstleistungen erbringt^[132], während die Aufgabenzuständigkeit und Aufgabenverantwortung in der öffentlichen Hand verbleiben. Im Vergleich zu anderen Privatisierungsmodellen geht es hier lediglich um eine Änderung der Erfüllungs- bzw. Durchführungsmittel, aber nicht um die Abgabe der Aufgabenzuständigkeit und -verantwortung des Staates.^[133]

Zu klären ist, ob im Rahmen einer unmittelbaren Bundesverwaltung Beschränkungen für die funktionale Privatisierung bestehen.^[134] Der auf Private übertragene Aufgabenvollzug kann nicht mehr als Staatsaufgabe definiert werden. Das Konzept der funktionalen Privatisierung beruht nämlich auf einer Aufspaltung der Verantwortungssphären zwischen öffentlicher Hand und Privaten. Einerseits wird das Recht der Gemeinden auf eine formelle oder funktionale Privatisierung durch die Garantie der

¹²⁹ BVerfGE 17, 371/377.

¹³⁰ Vgl. Stober, AllgWiVerwR, S. 290; Tettinger, NWVBI 2005, 1 (2).

¹³¹ Vgl. Di Fabio, Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, S. 588 f.; Schoch, DVBI. 1994, S. 963; Burgi, Privatisierung öffentlicher Aufgaben–Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten D zum 67. Deutschen Juristentag, 2008, D 28.

¹³² Vgl. Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatlicher Verantwortung, VVDStRL 2003 (62), S. 299; Schoch, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBI. 1994, S. 963; Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 283 ff.

¹³³ Vgl. Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 100 ff.; Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 36 ff.

¹³⁴ Vgl. Durner, VerwArch 2005 (96), S. 32 f.

kommunalen Selbstverwaltung gewährleistet, während andererseits die Übertragung solcher kommunalen Aufgaben auf gemischtwirtschaftliche Beteiligungsunternehmen zu einem teilweisen Verlust der kommunalen Selbstverwaltungsrechte führen kann.^[135]

2. ÖPP-Modelle als Privatisierungsmodelle und Verwaltungskooperation

Aufgrund seiner ständigen Weiterentwicklung taugt der Begriff der Öffentlich-Privaten-Partnerschaft(ÖPP)^[136] noch nicht für juristische Ableitungen.^[137] Die von *Schuppert* eingeführte Metapher verdeutlicht diesen Prozess - den Versuch, „einen Pudding an die Wand zu nageln“.^[138] Im Maßnahmenkatalog zur Verwaltungsmodernisierung ist das Konzept der „Public Private Partnership“ zu finden, die die Aufgabenwahrnehmung auf der öffentlichen und privaten Beteiligung darstellt.^[139]

Durch das Konzept der ÖPP können die Bereiche zwischen Staat und Gesellschaft deutlich voneinander getrennt und gleichzeitig die immer vielfältigeren Aufgabenarten berücksichtigt werden.^[140] Bei näherer Betrachtung des Inhalts und der Struktur der ÖPP, kann man diese

¹³⁵ Vgl. *Dietlmeier*, Rechtsfragen der Publizität im kommunalen Unternehmensrecht, 2015, S. 357 ff.

¹³⁶ Vgl. *Bonk*, DVBl. 2004, S.146.; *Tettinger*, NWVBl 2005, 3 f.; *Bausback*, DÖV 2006, S. 902.

¹³⁷ Vgl. *Bauer*, Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership, DÖV 1998, S. 89 ff.; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 99; *Tettinger*, Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764 ff.; *Budäus/Eichhorn* (Hrsg.), Public Private Partnership, 1997.

¹³⁸ *Schuppert* Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership. Rechts- und verwaltungs- wissenschaftliches Gutachten, erstellt im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, 2001, S. 4.

¹³⁹ Siehe dazu etwa *Tettinger*, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen-ein Sachstandsbericht, NWVBl 2005, 1 ff.; *Bauer*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Fußkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2008, § 36 Rn. 42 ff.; *Bausback*, Public Private Partnerships im deutschen Öffentlichen Recht und im Europarecht, DÖV 2006, 901 ff.

¹⁴⁰ Vgl. *Rupp*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. 2, 3. Aufl., § 31, Rn. 3 ff.; *Böckenförde*, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, S. 211 ff.; *Tettinger*, NWVBl. 2005, S.2 ff.; *Bauer*, Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership, DÖV 1998, S. 89 ff.; *ders.*, Verwaltungskooperation : Public Private Partnerships und Public Public Partnerships, in: Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Universitätsverlag Potsdam, 2008, S. 12 f.

grundsätzlich der funktionalen Privatisierung zuordnen.^[141] Gleichzeitig kooperiert die öffentliche Hand durch gemischt-wirtschaftliche Unternehmen mit Privaten. Deshalb kann sie auch als eine Form der Organisationsprivatisierung verstanden werden.^[142] Wie *Ziekow* erläuterte, bleibt in gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen die öffentliche Hand der Träger der Aufgabenverantwortung.^[143] Aufgrund dessen kann sie als eine Mischform zwischen formaler und funktionaler Privatisierung angesehen werden.^[144]

Vergleicht man das ÖPP-Modell mit der Privatisierung, dann lassen sich die gleichen Zweckrichtungen feststellen. Zusammenfassend zielt die Privatisierung auf die Steigerung der Effizienz, die Entlastung des überforderten Staates^[145] sowie die Verbesserung der Leistungsfähigkeit der öffentlichen Haushalte^[146] durch die Einbeziehung der privaten Kräfte ab. *Schuppert* sieht die ÖPP-Modelle als Schnittstelle zwischen öffentlichem und privatem Sektor - als den sogenannten „intermediären Bereich“.^[147]

Auf der kommunalen Ebene gibt es umfassende Einsatzfelder für die ÖPP-Modelle.^[148] Das Spektrum reicht von Infrastrukturprojekten, etwa bei der kommunalen Ver- und Entsorgungswirtschaft, dem örtlichen Straßennetz über das Sozialwesen, Krankenhäuser, die Jugendhilfe, bis hin zu Kultur-

¹⁴¹ Vgl. *Gröpl*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 90, Rn. 79; *Tettinger*, NWVBI 2005, 1 (2); *Burgi*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. 4, 3. Aufl., § 75, Rn. 7; *Ziekow*, Gutachten für verwaltungsrechtliche Kooperationsverhältnisse, S. 74 f.

¹⁴² Vgl. *Burgi*, in: *Ehlers* (Hrsg.), AllgVerwR, § 10, Rn. 14; *ders.*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. 4, 3. Aufl., § 75, Rn. 32.; *Jarass*, Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht, DÖV 2002, S. 495 f.; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideo, 2 Auflage, 2006, S. 274 ff.

¹⁴³ Vgl. *Ziekow*, Gutachten für verwaltungsrechtliche Kooperationsverhältnisse, S. 76 f.

¹⁴⁴ Ebd.

¹⁴⁵ Vgl. *Schulze-Fielitz*, DVBl. 1994, 657 (666); *Bauer*, VVDStRL 54, 243 (245); *Burgi*, in: *Ehlers* (Hrsg.), AllgVerwR, § 10, Rn. 9; *ders.*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. 4, 3. Aufl., § 75, Rn. 10.

¹⁴⁶ Vgl. *Burgi*, in: *Ehlers* (Hrsg.), AllgVerwR, § 10, Rn. 9; *Gröpl*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 90, Rn. 76; *Grünwald*, in: Ipsen (Hrsg.), Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 8; *Kämmerer*, Privatisierung, S. 3.

¹⁴⁷ *Schuppert*, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, S. 6 ff.

¹⁴⁸ Vgl. *Tettinger*, NWVBI. 2005, S. 1 (7 ff.); *Bonk*, Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships, DVBl. 2004, S. 145.

und Freizeiteinrichtungen, etwa Sportanlagen, Schulen, Kindergärten oder Sicherheitspartnerschaften.^[149] Aufgrund der den komplex miteinander verwobenen Erscheinungsformen von ÖPP-Modellen benötigt man einen abstrakten Oberbegriff, um das Konzept greifbarer zu machen. An dieser Stelle kommt die sogenannte Verwaltungskooperation ins Spiel. Diese lehnt sich an das sogenannte Verwaltungskooperationsrecht an.^[150]

2.1 Kooperationsstaat und Verwaltungskooperationsrecht

Dem Staatsbild des Kooperationsstaates zufolge soll der Staat die Erfüllung politisch angestrebter öffentlicher Aufgaben garantieren.^[151] Es ist weitgehend anerkannt, dass in „kooperativen Staaten“ die Vollziehung der Aufgaben durch Private, den Markt, gemeinnützige Organisationen, den Dritten Sektor oder sogar die Bürger selbst erfolgen kann.

Wegen der wachsenden Einbeziehung nichtstaatlicher Kooperationsakteure in vormals staatlich dominierte Prozesse stellt sich die Frage nach dem Verwaltungskooperationsrecht. Bei der Beschäftigung mit der „Public Private Partnership“ ist zunächst der Fokus im Verwaltungskooperationsrecht auf die Frage nach dem geeigneten Kooperationspartner zu richten.^[152] Nach der geltenden Rechtsordnung gibt es bislang keine einheitlichen Kriterien für Qualifikationsanforderungen für geeignete Kooperationspartner.^[153] Im Anschluss an verwaltungswissenschaftliche Vorarbeiten ist eine Regelung des Kooperationsvertrages im VwVfG geplant:

¹⁴⁹ Vgl. *Ziekow/Windoffer*, Public Private Partnership, 2008, S. 17 ff.; *Stober*, Staatliches Gewaltmonopol und privates Sicherheitsgewerbe, NJW 1997, S. 895 f.

¹⁵⁰ Vgl. *Bauer*, Verwaltungskooperation: Public Private Partnerships und Public Public Partnerships, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf* (Hrsg.), Universitätsverlag Potsdam 2008, S. 9 ff.

¹⁵¹ Vgl. *Stober*, Police-Private-Partnership aus juristischer Sicht, DÖV 2000, S. 261.; *Benz*, Kooperative Verwaltung, 1994, S. 59.

¹⁵² Vgl. *Schuppert*, Verwaltungskooperationsrecht (Public Private Partnership); Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, S. 122.; *Schmitz*, DVBl. 2005, S. 21.; *Bauer*, Verwaltungskooperation : Public Private Partnerships und Public Public Partnerships, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf* (Hrsg.), Universitätsverlag Potsdam, 2008, S. 20 ff.

¹⁵³ Vgl. *Schuppert*, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, 2001, S. 58 f., S. 122 f., S. 124.

„Die Behörde darf nur einen Vertragspartner wählen, der fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig ist“.^[154]

Im Übrigen wird das Verfahren der Auswahl der Kooperationspartner bei Verwaltungskooperationen vor allem durch das Vergaberecht in der Mehr-Ebenen-Rechtsordnung festgelegt.^[155] Flexible Formulierungen berücksichtigen dabei, dass die jüngsten Reformen in das Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) aufgenommen werden und auch die neuen gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien^[156] mit der Besonderheit des „wettbewerblichen Dialogs“ ihren Eingang finden.^[157]

Die Erfüllung der Aufgaben ist durch die Zusammenarbeit und die Verantwortungsverteilung zwischen dem öffentlichen und privaten Subjekt gekennzeichnet. Zugleich ist der Aufbau einer Rechtsordnung mit verallgemeinernden Tendenzen im Kooperationsbereich das Ziel des Verwaltungskooperationsrechts.^[158] Damit zählt die Kooperation zwischen dem öffentlichem Verwaltungsträger und Privaten auf vertraglicher Basis zum Kernbereich des Verwaltungskooperationsrechts.^[159] Aus diesem Grund

¹⁵⁴ Schmitz, DVBl. 2005, S. 21.

¹⁵⁵ Vgl. Bauer, Verwaltungskooperation: Public Private Partnerships und Public Public Partnerships, in: Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Universitätsverlag Potsdam 2008, S. 9 ff. Inklusiv sind Public Private Partnerships und Public Public Partnerships.

¹⁵⁶ Vgl. Storr, Kooperation nur nach Ausschreibung?, SächsVBl 2006, S. 235 ff.; Pöcker/Michel, Vergaberecht und Organisation öffentlicher Verwaltung: Vom Formalismus der juristischen Person zur Anpassung an sich verändernde Handlungs- und Organisationsrationalitäten, DÖV 2006, S. 445 ff.; Krajewski/Wethkamp, Die vergaberechtsfreie Übertragung öffentlicher Aufgaben, DVBl. 2008, S. 355 ff.; siehe auch s. EuGH, Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8121, Rn. 44 ff.; EuGH, Rs. C-26/03, Slg. 2005, I-1, Rn. 47 ff.; EuGH, Rs. C-410/04, Slg. 2006, I-3303, Rn. 17 ff.; EuGH, Rs. C-340/04, Slg. 2006, I-4137, Rn. 31 ff., 58 ff.

¹⁵⁷ Vgl. Knauff, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership?, NZBau 2005, S. 249 ff.; Pünder/Franzius, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, S. 20 ff.; Schenke/Klimpel, Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog: Neuere Entwicklungen im Vergaberecht Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP)/Public Private Partnership (PPP), DVBl. 2006, S. 1494 ff.; RL 2004/17/EG und RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 3. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EG Nr. 134 v. 30. 4. 2004, S. 118.

¹⁵⁸ Vgl. Bauer, Verwaltungskooperation: Public Private Partnerships und Public Public Partnerships, in: Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Universitätsverlag Potsdam 2008, S. 9 ff.; Kahl, Das Kooperationsprinzip im Städtebaurechten, DÖV 2000, S. 802; Weiß, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBl. 2002, S. 1181 f.

¹⁵⁹ Nach § 101 Abs. 5 GWB n. F. ist „ein wettbewerblicher Dialog [...] ein Verfahren zur

gilt es zunächst, das ÖPP-Modell im Verwaltungskooperationsrecht und der modernen Verwaltungsvertragsrechtslehre einzugliedern.^[160] *Bauer* zufolge, gibt es zwei Möglichkeiten, um das Verwaltungskooperationsrecht in die geltende Rechtsordnung zu implementieren: Durch gesetzliche Regelung^[161] oder durch vertragliche Vereinbarung.^[162]

2.2 Begriff der Öffentlich-Privaten-Partnerschaft

Das ÖPP-Modell stellt einen neukreierten Begriff dar^[163], der im Laufe der Verwaltungsreform entstanden ist. Als ein Sammelbegriff besitzt dieser einen großen Umfang, so dass sich diverse Phänomene darunter subsumieren lassen.^[164] Als ein unbestimmter Begriff findet er Anwendung in vielfältigen neuen Bereichen, was darauf verweist, dass dieses Modell wertvolle Beiträge für die Umorganisation und Umstrukturierung der öffentlichen Stellen zu leisten vermag.^[165] Infolge der Etablierung dieser Kooperationsform, die sich in der Übernahme der Aufgabenverantwortung durch den Staat und die Kommunen einerseits und in der Übertragung der

Vergabe besonders komplexer Aufträge durch staatliche Auftraggeber. In diesem Verfahren erfolgen eine Aufforderung zur Teilnahme und anschließend Verhandlungen mit ausgewählten Unternehmen über alle Einzelheiten des Auftrages“; siehe auch in *Schenke/Klimpel*, Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog: Neuere Entwicklungen im Vergaberecht Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP)/Public Private Partnership (PPP), DVBl. 2006, S. 1494 ff.; *Bauer*, Verwaltungskooperation: Public Private Partnerships und Public Public Partnerships, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf* (Hrsg.), Universitätsverlag Potsdam 2008, S. 9 ff.

¹⁶⁰ Vgl. *Bauer*, Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts –Statement, in: *Schuppert* (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, 1999, S. 254 ff.; *ders.*, Verwaltungskooperation: Public Private Partnerships und Public Public Partnerships, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf* (Hrsg.), Universitätsverlag Potsdam 2008, S. 9 ff.

¹⁶¹ Dazu *Voßkuhle*, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in diesem Band, III. 2. c.; *Schulze-Fielitz*, Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, Deutsches Verwaltungsblatt 1994, S. 657 f.

¹⁶² Vgl. *Bauer*, Neue Tendenzen des Verwaltungsrechts im Zeitalter der Privatisierung, in: *Institutum Iurisprudentia Academia Sinica* (ed.), Administrative controls and administrative litigation, 2011 (16), S. 60.

¹⁶³ Vgl. *Tettinger*, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht, NWVBI 2005, S. 1 ff.; *ders.*, Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764 ff.; *Mehde*, Ausübung von Staatsgewalt und Public Private Partnership, VerwArch 91 (2000), S. 540 ff.; *Erbguth*, Privatrechtliches Handeln der Verwaltung und Privatisierung, StudZR 2011, S. 30.

¹⁶⁴ Vgl. *Tettinger*, NWVBI 2005, S. 1 ff.

¹⁶⁵ Vgl. *Stober* in: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, § 92 I 1 RdNr. 3 m. w. N.

Aufgabendurchführung auf private Stellen andererseits manifestiert, entsteht ein großer Spielraum für einen neuen Prozess, durch den sich die traditionelle Leistungsverwaltung in die bereits angesprochene Gewährleistungsverwaltung verwandelt.

Unter der öffentlich-privaten Partnerschaft wurde früher ein passiver Begriff^[166] verstanden, der von der Fremdvergabe und von der formellen oder materiellen Privatisierung ausgeschlossen war.

Die öffentlich-private Partnerschaft wird auf zwei verschiedenen Ebenen untersucht: Erster Gegenstand der Untersuchung ist die Tatsache, dass sie sich sowohl auf die private als auch auf die öffentliche Ebene bezieht, anschließend stellt die kooperative Ebene den Gegenstand der Untersuchung dar, der jedoch die Überordnung-Unterordnungs-Beziehung bei der Ausübung hoheitlicher Gewalt außer Betracht lässt.^[167] Allerdings findet dieser Begriff keine vollständige Anerkennung. Er wird bislang keiner gesetzlichen Kategorie zugeordnet, sondern eher als eine inhaltslose Formel betrachtet, die nicht als gesetzliche Definition gilt. Obwohl die ÖPP als ein Übergangsbegriff, der die davon umfassten Disziplinen zueinander in Verbindung setzt^[168], eine gewisse Bedeutung erlangt hat, weist er noch Lücken auf^[169], insbesondere wenn es darum geht, die rechtlichen Grenzen zwischen dem Staat und der Gesellschaft präzise festzulegen.^[170]

Die Funktionsprivatisierung fügt sich nahtlos in das Modell einer ÖPP ein. Diese Übereinstimmung basiert darauf, dass bei der Funktionsprivatisierung die privaten Wirtschaftssubjekte staatliche Aufgaben übernehmen, während die Durchführungsverantwortung der hoheitlichen Gewalt erhalten bleibt. Die Funktionsprivatisierung kann als eine Zwischenform formeller und

¹⁶⁶ Stober in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 92 I 1 Rd Nr. 5.; *Di Fabio*, JZ 1999, S. 588.

¹⁶⁷ Vgl. *Tettinger*, NWVBI 2005, S. 2.

¹⁶⁸ Vgl. *Burgi*, NVwZ 2001, S. 601 ff.; *ders.*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 98 f.

¹⁶⁹ Vgl. *Bauer*, DÖV 1998, S. 89.

¹⁷⁰ Vgl. *Kahl*, Jura 2002, S. 721 ff.

materieller Privatisierung angesehen werden, welche die Vorteile beider vereint: Einerseits ermöglicht sie, die flexible Form des Privatrechts und private Geldmittel zu nutzen, andererseits ermöglicht sie die ständige und aktive Beteiligung der Subjekte staatlicher Gewalt, die den staatlichen Einfluss aufrechterhält. Im aktuellen gesetzlichen Rahmen muss die Funktionsprivatisierung natürlich die breitgefächerte Gestaltungsmöglichkeit der privaten Beteiligung berücksichtigen, denn manche Privatrechtssubjekte sind nur schwer in das System der Funktionsprivatisierung einzuordnen. Offenbar bringt der Versuch, im Rechtssystem die ÖPP das Ziel der Funktionsprivatisierung zu etablieren, keinen bedeutenden Ergebnisse hervor, da man bereits beim Versuch für die Funktionsprivatisierung eine Definition zu finden, auf größere Probleme stößt.

2.3 Typologie der ÖPP-Modelle

Die auf vertraglicher Basis begründeten ÖPP-Formen können in unterschiedlichen Formen auftreten. Dem Variantenreichtum sind dabei keine Grenzen gesetzt, so dass *Tettinger* von einem „Modell-Dschungel“ spricht.^[171] In Deutschland werden gegenwärtig die in der Praxis geläufigen ÖPP-Erscheinungsformen zu drei Hauptmodellen zusammengefasst:^[172]

1. Betriebsmodell. In dieser Form der ÖPP wird der Private beauftragt, öffentliche Aufgaben in der (Bau-)planung, in der Finanzierung oder im Anlagenbetrieb durchzuführen. Die Benutzer zahlen an die öffentlichen Stellen. Der Private hat eine externe Zahlungsbeziehung mit dem öffentlichen Auftraggeber und keine rechtliche Beziehung mit dem

¹⁷¹ Vgl. *Tettinger*, NWVBI 2005, S. 3 f.

¹⁷² Vgl. *Kestler*, Öffentlich Private Partnerschaft, in: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Der Aktuelle Begriff Nr. 73/2005 v. 6. 10. 2005.; *Tettinger*, NWVBI 2005, S. 2 ff. ; *Hetzel*, Das Zusammenwirken von öffentlicher Hand und Privatwirtschaft in Öffentlich-Privaten Partnerschaften, BayVBI 2006 (21), S. 651.

endgültigen Benutzer.^[173]

2. Lizenzmodell. In dieser Form der ÖPP wird der Private beauftragt, zahlungspflichtige öffentliche Aufgaben zu übernehmen. Zwischen dem Benutzer und dem privaten Anbieter wird eine unmittelbare rechtliche Beziehung begründet. Der Betreiber ist berechtigt, Zahlungsforderungen gegenüber dem Benutzer (nämlich dem Bürger) geltend zu machen. In Bezug auf die öffentlichen Anlagen wird die traditionelle Haushaltsfinanzierung durch die Benutzerfinanzierung ersetzt. Der private Betreiber ist verpflichtet, Risiken innerhalb der Benutzung zu übernehmen.^[174] Dieses Lizenzvergabemodell passt insbesondere zur Baubranche und zum Bereich öffentlicher Dienstleistungen.

3. Kooperationsmodell. Hier werden öffentliche Aufgaben auf eine Gesellschaft privaten Rechts übertragen, an der sich neben der Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand auch private Unternehmen beteiligen können. Hierbei handelt es sich um eine Modifikation des oben erwähnten „Betriebsmodells“ in Form einer Funktionsprivatisierung. Staatliche Aufgaben werden auf eine Gesellschaft privaten Rechts übertragen, an der die öffentliche Hand eine Mehrheitsbeteiligung hält und an der sich private Gesellschafter beteiligen. Dazu zählt das im folgenden Abschnitt zu erläuternde ÖBP-Modell.

Darüber hinaus sind viele Mischformen denkbar, etwa das „Managementmodell“ und das „Vereinbarungsmodell“. Die öffentlichen Stellen beauftragen dabei externe private Mitarbeiter mit spezifischen Aufgaben und erwarten von ihnen die Anwendung besonderer Fachkenntnisse.^[175] Weiter zu nennen ist die untypologisierte ÖPP. Als eine

¹⁷³ Vgl. Tettinger NWVBI 2005, S. 3.; Stober, in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Band 3, 5. Aufl. 2004, § 92 I 1 RdNr. 25.

¹⁷⁴ Vgl. Stober, in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Band 3, 5. Aufl. 2004, § 92 I 1 RdNr. 27; siehe auch Tettinger NWVBI 2005, S. 3 f.

¹⁷⁵ Vgl. Tettinger NWVBI 2005, S. 3; Hetzel, Das Zusammenwirken von öffentlicher Hand und Privatwirtschaft in Öffentlich-Privaten Partnerschaften, BayVBI 2006 (21), S. 651.

Kooperationsform zwischen dem Staat und den privaten Wirtschaftssubjekten basiert sie auf unverbindlichen Vereinbarungen und auf in besonderen Konferenzen abgeschlossenen Memoranden. Als Bestandteile der staatlichen Tätigkeit sind auch informelle Verwaltungstätigkeiten geläufig, welche jedoch nur selten in einen Zusammenhang mit der ÖPP-Beziehung gesetzt werden.^[176] Was die obersten Richter in vergangenen Entscheidungen anerkannt haben, wird lediglich in den Kernbereichen durch die Vereinbarung bestätigt, die durch politische Entscheidungen beeinflusst worden ist.^[177]

Durch das Vorliegen eines privatrechtlichen Vertrages und der damit einhergehenden privatrechtlichen Organisation lassen sich die genannten Modelle theoretisch in die Vertrags-ÖPP und die Institutions-ÖPP einordnen.

2.3.1 Vertrags-ÖPP: Externe Kooperation

Bei den vertraglichen ÖPP-Modellen handelt es sich um eine Kooperation der öffentlichen Hand mit privaten Unternehmen, die auf Verträgen basiert. Der sogenannte koordinationsrechtliche Vertrag ist gesetzlich nicht klar geregelt.^[178] Die durchaus interessanten Strukturen dieses Vertragstyps sind bislang unzureichend analysiert. Angesichts der ungewohnten bzw. ungewöhnlich komplexen Vertragskonstruktion hat diese einen starken Einfluss auf das ÖPP-Modell, da der Verwaltungsvertrag nunmehr als Schlüsselinstitut der Privatisierung eingesetzt wird.^[179] Dieser ist darauf ausgerichtet, die Herausbildung „bereichsspezifischer Verwaltungs-

¹⁷⁶ Für den informellen Verwaltungsakt auch *Hetzel*, Das Zusammenwirken von öffentlicher Hand und Privatwirtschaft in Öffentlich-Privaten Partnerschaften, BayVBl 2006 (21), S. 651.; *Bonk*, DVBl. 2004, S. 143 f.; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 79 f.

¹⁷⁷ Vgl. BVerfG, Urt. v. 19. 2. 2002, BayVBl. 2002, 458 = NVwZ 2002, 585 ff.

¹⁷⁸ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, zu Wirkungen des öffentlichen Wirtschaftsrechts auf das allgemeine Verwaltungsrecht, in: *Bauer u. a. (Hrsg.)*, Umwelt, Wirtschaft und Recht: wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, 2002, S. 19 f.

¹⁷⁹ Vgl. *Bauer*, DÖV 1998, S. 89 ff.

kooperationsrechtsdogmatiken¹⁸⁰ (sachgebietsbezogener Erfordernisse) in die allgemeinen Überlegungen zur Dogmatik öffentlicher Verträge und in das allgemeine Verwaltungsrecht einzugliedern.

Typologisch lässt sich die Vertrags-PPP regelmäßig als Erscheinungsform der funktionalen Privatisierung einordnen, da der Private nur mit Teilfunktionen der Aufgabenerledigung betraut wird, während die Zuständigkeit und Verantwortlichkeit für die öffentlichen Aufgaben weiterhin beim Hoheitsträger verbleibt.¹⁸¹ Es handelt sich dabei einerseits um die primär aufgabenbezogenen Formen der Verwaltungshilfe und der Dienstleistungskonzession, andererseits um die projektbezogene PPP.¹⁸²

(1) Verwaltungshilfe

Das Instrument der Verwaltungshilfe findet sich heute mit zunehmender Tendenz in beinahe sämtlichen staatlichen Aufgabenfeldern. Nach *Ipsen* wird die Verwaltungshilfe als die „verwaltungsentlastende Tätigkeit einer juristischen Person des Privatrechts“¹⁸³ beschrieben.

Als der „verlängerte Arm der Verwaltung“¹⁸⁴ nimmt der Verwaltungshelfer unterstützende Tätigkeiten für die Verwaltung nach Weisung der Behörde wahr.¹⁸⁵ Im Unterschied zum Beliehenen stehen ihm dabei nur privatrechtliche Handlungsbefugnisse zur Verfügung.¹⁸⁶ Bis heute ist diese Definition in weiten Teilen der Literatur und der Rechtsprechung allgemein

¹⁸⁰ Vgl. *Voßkuhle*, *VerwArch* 2001 (92), S. 184 ff.

¹⁸¹ Zur Einordnung der (Vertrags-)PPP als funktionale Privatisierung *Bauer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Rn. 44; *Burgi*, *Gutachten/Teil D: Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, 2008, S. 33 f.; *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, § 12 Rn. 110; *Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, § 16 Rn. 83.

¹⁸² Vgl. *Burgi*, *Gutachten/Teil D: Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, 2008, S. 34 f. und 37 f.

¹⁸³ *Ipsen*, in: *Gedächtnisschrift für Jellinek*, S. 614.

¹⁸⁴ *Schlick*, *NJW* 2011, S. 3341.

¹⁸⁵ Vgl. hierzu insbesondere: *Martens*, *NJW* 1970, S. 1029 f.; *Zuleeg*, *DÖV* 1970, S. 631.; *Stober*, *Schüler als Amtshelfer*, 1972.; *Kühlhorn*, *Haftung für die durch Verwaltungshilfe Privater entstandenen Schäden*, 1972.

¹⁸⁶ Vgl. *Ehlers*, *Die Erledigung von Gemeindeaufgaben durch Verwaltungshelfer*, S. 18 ff.; *Kluth*, in: *Wolff/Bachof/Stober*, *Verwaltungsrecht Bd. 2*, 6. Auflage, § 67, Rn. 22; *Jungk*, *Police Private Partnership*, 2002, S. 95ff.

anerkannt.^[187]

Ursprünglich umfasste die Verwaltungshilfe jene Fälle, in denen private Hilfstätigkeiten für den Staat nach behördlicher Anweisung bzw. unter behördlicher Aufsicht wahrgenommen wurden. Bei der Realisierung der Tätigkeit standen dem Helfenden nur privatrechtliche Handlungsmittel zur Verfügung.^[188] Die Verwaltungshilfe unterscheidet sich durch die im folgenden beschriebenen Merkmale sowohl von der Organisationsprivatisierung als auch von der (Teil-)Aufgabenprivatisierung. Das Tätigwerden der Verwaltungshelfer kann weder als ein Fall der Wahrnehmung von Staatsaufgaben durch Private noch als Tätigwerden in gesellschaftlicher Selbstregulierung qualifiziert werden.^[189]

(2) Dienstleistungskonzession

Im Konzessionsmodell wird die Aufgabenverantwortung von der Kommune auf einen Privaten übertragen. Der Private hat einerseits die Verpflichtung zur Erbringung bestimmter Leistungen unmittelbar gegenüber den Bürgern; andererseits steht ihm das Recht auf die Erhebung von Entgelt oder Gebühren gegenüber den Nutzern der betreffenden öffentlichen Anlage zu.^[190]

In Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG^[191] wird die Dienstleistungskonzession als Vertrag definiert. Das wichtigste Merkmal für die Dienstleistungskonzession ist, dass die Gegenleistung für die Dienstleistung

¹⁸⁷ Vgl. *Kumanoff/Schwarzkopf/Fröse*, SächsVBl 1997, S. 73, 75; *Gramm*, VerwArch. 1999 (90), S. 329, 335 und 340; *Gramm*, VerwArch. 1999 (90), S. 329, 335 und 340; *Stollmann*, Aufgabenerledigung durch Dritte im öffentlichen Gesundheitsdienst, DÖV 1999, S.186 f.; *Fertig*, Die Aufgabenwahrnehmung durch Dritte in der Tierkörperbeseitigung, DÖV 1994, S. 102 ff.

¹⁸⁸ Vgl. *Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatlicher Verantwortung, VVDStRL 2003 (62), S. 312 ff.; *Kahl*, Jura 2002, S.721 ff.

¹⁸⁹ Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe: Staatsaufgabendogmatik - Phänomenologie – Verfassungsrecht, 1999, S.100.

¹⁹⁰ Vgl. *Bausback*, DÖV 2006, S. 902.; *Tettinger*, NWVBl 2005, S. 3 f.; Grünbuch zu ÖPP, KOM (2004), S. 327, Rn. 22; BMVBS/DSGV (Hrsg.), PPP-Handbuch, S. 67.

¹⁹¹ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31. 03. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. V. 30. 04. 2004, L 134/114.

entweder nur im Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Der Dienstleistungskonzessionär erbringt die Dienstleistung an den Endverbraucher und vereinnahmt von diesem auch das Entgelt für die erbrachte Dienstleistung. Von der Unterscheidung zwischen einer Dienstleistungskonzession und einem Dienstleistungsauftrag hängt u.a. die Frage ab, ob ein Vergabeverfahren durchzuführen ist. Denn auf die Erteilung von Dienstleistungskonzessionen finden die §§ 97 ff. GWB und die Vergabeverordnung keine Anwendung. Das OLG Jena hat nach Vorlage an den EuGH entschieden, dass es für die Annahme einer Dienstleistungskonzession ausreiche, dass der Konzessionär die Vergütung für seine Leistung vom Dritten ausgezahlt bekommt.^[192]

Das Vergaberecht findet auf die Dienstleistungskonzession keine Anwendung, so dass die Höhe des Auftragswertes keine Bedeutung für das Vergabeverfahren hat. Bei der Vergabe sind die Vergabegrundsätze und die EU-Grundfreiheiten einzuhalten und eine Ausschreibung für den Bieterwettbewerb durchzuführen.

(3) Projektbezogene PPP

Bei der projektbezogenen PPP ist die Gründung von privatrechtlich organisierten Gesellschaften hilfreich, die einen neuen Schwung an Investitionen und Ideen einbringen und die Interessen und Vorstellungen privater Unternehmen vor Ort bündeln und koordinieren. Man kann projektbezogene PPP definieren als *„langfristige, vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft zur wirtschaftlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben, wobei die erforderlichen Ressourcen von den Partnern in einem gemeinsamen Organisationszusammenhang eingestellt und vorhandene Projektrisiken*

¹⁹² OLG Jena, Beschl. v. 9 Verg 2/08.; siehe auch OLG München, Beschluss vom 02. 07. 2009, Verg 5/09.

entsprechend der Risikomanagementkompetenz der Projektpartner angemessen verteilt werden“.^[193]

Die Privatrechtsgesellschaft unter Beteiligung der öffentlichen Hand hat vorrangig eine Anstoßfunktion, aber nicht die Aufgabe einer Vorfinanzierung notwendiger Strukturmaßnahmen. Ziel privater Partner im Zuge einer projektbezogenen Kooperation ist die schnelle Generierung von Einnahmen als Folge der langfristigen Strukturinvestition. Die Führung und Einrichtung des Betriebes wird für einen längeren Zeitraum einem privaten Unternehmen überlassen.^[194] Im sogenannten Betriebsführungsmodell betreiben Private auf Grundlage der mit der öffentlichen Hand abgeschlossenen Verträge den öffentlichen Betrieb. So kommen keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen dem privaten Betreiber und dem Nutzer zustande. Sofern der Staat von den Nutzern des Betriebes Gebühren einhebt, stellen die vom Staat an den Betriebsführer zu zahlenden Entgelte Kostenpositionen dar. Das Entgelt setzt sich aus der Deckung der eigentlichen Rechnung und eines Kostenanteils an dem zukünftigen Risiko zusammen und wird von der öffentlichen Hand ausgezahlt.^[195] Das Kooperationsmodell stellt ein sogenanntes Beteiligungsmodell dar, das mit dem Betreibermodell vergleichbar ist, wobei es sich jedoch beim Betreiber um ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen handelt. In den meisten Fällen wird der Private in diesem Fall zusätzlich als Betriebsführer für das gemischtwirtschaftliche Unternehmen nominiert.

2.3.2 Organisations-ÖPP: Interne Kooperation

Als klassische Form der ÖPP ist die Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens zu erwähnen, welches in den letzten Jahren durch die Organisations-ÖPP (Institutionelle ÖPP oder

¹⁹³ *Burgi*, Gutachten/Teil C: Privatisierungsoptionen in relevanten Privatisierungsfeldern, 2008, S. 36 f.

¹⁹⁴ Vgl. *Bausback*, DÖV 2006, S. 901.; *Tettinger*, NWVBI 2005, S. 3 f.

¹⁹⁵ Vgl. *Tettinger*, NWVBI 2005, S. 3.

PPP-Gesellschaftsmodell)^[196] ergänzt worden ist.^[197] In diesem Modell ist der gemischtwirtschaftliche Unternehmenszweck auf die Verfolgung öffentlicher sowie privatwirtschaftlicher Ziele gerichtet.^[198] Dabei werden die Kooperationsverhältnisse nicht wie in der Vertrags-PPP durch Verträge begründet und bestimmt, sondern beide Akteure errichten gemeinsam ein neues Wirtschaftsgebilde, nämlich eine Gesellschaft als organisatorische Basis für die Aufgabenerfüllung.^[199]

Bei der institutionalisierten Public Private Partnership oder Organisations-PPP^[200] beruht das Zusammenwirken des öffentlichen und privaten Partners auf einem Vertrag oder einer Satzung (sogenanntes Kooperationsmodell).^[201] Diese ist von der auf vertraglichen Beziehungen beruhenden Public Private Partnership zu unterscheiden. Das vertragliche PPP-Modell ist dadurch gekennzeichnet, dass eine öffentliche Aufgabe mittels eines Vertrags auf ein privates Unternehmen, meist eine sogenannte Betreibergesellschaft, übertragen wird, die die vereinbarten Leistungen erbringt und hierfür die erforderlichen Ressourcen (know-how, Kapital und Personal) bereitstellt.^[202] Die Zusammenarbeit zwischen den beiden Akteuren wird im Rahmen einer eigenen Rechtspersönlichkeit des Wirtschaftsgebildes umgesetzt, um einen Rahmen für die Zusammenarbeit

¹⁹⁶ Vgl. *Weber/Schäfer/Hausmann*, Praxishandbuch: Public Private Partnership, 2005, S. 213 ff.

¹⁹⁷ Vgl. *Ziekow*, Gutachten für verwaltungsrechtliche Kooperationsverhältnisse, S. 76.; *Schuppert*, Gutachten für PPP, S. 13.

¹⁹⁸ Vgl. *Hetzel*, Das Zusammenwirken von öffentlicher Hand und Privatwirtschaft in Öffentlich-Privaten Partnerschaften, BayVBl 2006 (21), S. 650.; *Erbguth*, Privatrechtliches Handeln der Verwaltung und Privatisierung, StudZR 2011, S.30.

¹⁹⁹ Vgl. *Krasemann*, PPP, S. 10; *Schuppert*, Gutachten für PPP, S. 13; *Tettinger*, NWVBI 2005, S. 4; Grünbuch zu ÖPP, KOM (2004), 327, Rn. 20 und 53 ff.; BMVBS/DSGV (Hrsg.), PPP-Handbuch, S. 66.

²⁰⁰ Der Begriff „Organisations-PPP“ soll die staatlich-private Kooperation innerhalb einer mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Organisation (nämlich einer Gesellschaft) zum Ausdruck bringen, vgl. *Tettinger*, NWVBI 2005, S. 4.; *Hetzel*, Das Zusammenwirken von öffentlicher Hand und Privatwirtschaft in Öffentlich-Privaten Partnerschaften, BayVBl 2006 (21), S. 651.

²⁰¹ *Stober* in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 93 Rn. 29.; *Schede/Pohlmann*, in: Weber/Schäfer/Hausmann (Hrsg.), Praxishandbuch Public Private Partnership, 2005, S. 146.

²⁰² Vgl. *Alfen/Fischer*, in: Weber/Schäfer/Hausmann (Hrsg.), Praxishandbuch Public Private Partnership, 2006, S. 3; *Tettinger*, NWVBI 2005, S. 3.

zu schaffen, sowie in organisatorischer Hinsicht die Kräfte und Ressourcen der Privatwirtschaft bei der Aufgabenerfüllung zu bündeln.^[203]

Die besondere Stellung der ÖPP^[204] wird durch neue Einsatzgebiete verdeutlicht, begegnet aber kritischen Stimmen, wie jener von *Schmidt*, der der Ansicht ist, dass damit „ein Teil der staatlichen Souveränität und Legitimität erodiert“.^[205] Gerade im Infrastrukturbereich sowie bei den öffentlichen Einrichtungen bestand die Staatspraxis bislang im eigenverantwortlichen Bau und fortlaufenden Unterhalt der öffentlichen Hand.

3. Ergebnis

Im weitesten Sinne stellt der Begriff der ÖPP die langfristig vertraglich geregelte Kooperation von öffentlicher Hand und privater Beteiligung zur Erfüllung von öffentlichen Aufgaben dar.^[206] Ziel einer ÖPP ist es, „vermeintlich effizientere Managementkonzepte der Privatwirtschaft für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu nutzen“.^[207] Damit kann die ÖPP auch im Bereich der Daseinsvorsorge zum Einsatz kommen.^[208]

Tatsächlich kann die Organisationsform der ÖPP in eine Vielzahl von Kategorien unterteilt werden: Befristete projektbezogene ÖPP, auf Dauer angelegte ÖPP, auf vertraglichen Vereinbarungen beruhende ÖPP oder institutionalisierte ÖPP, beispielsweise in Form eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens. Obwohl die spezifische Typenaufteilung der ÖPP sich in der Praxis weitaus komplizierter gestaltet, können wir drei grobe Modelltypen innerhalb der Rechtswissenschaft

²⁰³ Grünbuch zu ÖPP, KOM (2004), S. 327, Rn.54 ff.; *Tettinger*, NWVBI 2005, S. 4.

²⁰⁴ Vgl. *Bonk*, DVBI. 2004, S. 143.

²⁰⁵ *Schmidt*, Die Ordnung des Marktes durch Recht, in *Pitschas/Uhle* (Hrsg.), Festschrift für Rupert Scholz, 2007, S. 889 ff.

²⁰⁶ Vgl. *Dümke*, Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft, Universitätsverlag Potsdam, S. 41 f.

²⁰⁷ *Budäus*, Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, S. 13.

²⁰⁸ Vgl. *Schäfer/Thiersch*, in *Weber/Schäfer/Hausmann*, Praxishandbuch Public Private Partnership, 2006, S. 85.

aufschlüsseln, nämlich das Betreiber-, das Konzessions- und das Kooperationsmodell.^[209] Diese Modelltypen basieren auf der Aufgabenverteilung zwischen öffentlicher Hand und privatem Partner, sowie dem Verhältnis des Bürgers zu den Beteiligten des jeweiligen ÖPP-Modells.^[210]

C. Privatisierung und Neues Steuerungsmodell im Rahmen kommunaler Verwaltungsmodernisierung

1. Verwaltungsmodernisierung und Privatisierung

Verwaltungsmodernisierung ist ein kontinuierliches Bedürfnis der Bürgerinnen und Bürger, sowie der Motor der Wirtschaft und das oberste Credo der modernen Verwaltung.^[211] Die Ziele stellen eine qualitative Verbesserung des Verwaltungshandelns,^[212] eine flexiblere Steuerungsfähigkeit der Verwaltung, eine größere Kundenorientierung bei Entscheidungsprozessen und die Verbesserung des Leistungsangebots dar.^[213]

1.1 Vom schlanken Staat zum aktivierenden Staat: Verwaltungsreform im Bund

Bei der Modernisierung des überkommenen Leistungsstaats^[214] entwickelten sich die Leitbilder des „schlanken Staats“ und des „aktivierenden

²⁰⁹ Vgl. *Bausbach*, Public Private Partnership im deutschen Öffentlichen Recht und im Europarecht, DÖV 2006, S. 901 (902).

²¹⁰ Vgl. *Dümke*, Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft, Universitätsverlag Potsdam, S. 41 f.

²¹¹ Vgl. *Storr*, LKV 2005, S. 521.; *Ellwein/Hesse*: Thesen zur Reform der öffentlichen Verwaltung in Deutschland, StWiss 7 (1996), S. 469 f.; *König*, „Neue“ Verwaltung oder Verwaltungsmodernisierung: Verwaltungspolitik in den 90er Jahren, DÖV 1995, S. 349.

²¹² Siehe dazu *Hoffmann-Riem*: Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 213 ff.

²¹³ Vgl. *Burgi*, Die Ausschreibungsverwaltung, DVBI 2003, S. 949.; *Ehlers*, Die Erledigung von Gemeindeaufgaben durch Verwaltungshelfer, 1997, S. 18 f.

²¹⁴ Vgl. von *Bandemer/Hillbert*, Vom expandierenden zum aktivierenden Staat, in: Blanke u. a., Handbuch der Verwaltungsreform, S. 26.

Staates“ im Zuge der Industrialisierung und des wissenschaftlich-technischen Fortschritts der vergangenen zwanzig Jahre.^[215]

Der „schlanke Staat“ als ein zentrales politisches Ziel wurde im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP im November 1994 vereinbart^[216], und in weiterer Folge auf Bundesebene im Rahmen der verwaltungspolitischen Reformdiskussionen formuliert.^[217] Der „aktivierende Staat“ wurde 1998 als Leitbild im Koalitionsvertrag von SPD und Bündnis 90/DIE GRÜNEN verankert.^[218] Die Koalitionspartner erheben den Anspruch nicht nur punktuell-reaktiv sondern auch großräumig-prospektiv zu agieren.^[219]

1.1.1 Schlanker Staat

Der Begriff des „schlanken Staates“, der vor allem von Wirtschaftsliberalen befürwortet wird, strebt eine möglichst kleine und effiziente Staatsverwaltung an. Damit verfolgt er die Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandortes.^[220]

Das zentrale Ziel des schlanken Staates ist darauf ausgerichtet, öffentliche Tätigkeiten auf das notwendige Maß zurückführen, um die Leistungsfähigkeit des staatlichen Handlungsapparates zu erhöhen.^[221] Die Diskussion über den „schlanken Staat“ wird vom Managementkonzept des

²¹⁵ Vgl. *Blanke*, Aktivierenden Staat – aktive Bürgergesellschaft. Eine Analyse für das Bundeskanzleramt, S. 8.

²¹⁶ Vgl. *Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 1 Rn. 62, S. 50.

²¹⁷ Vgl. *Braun*, Leitbilder im Recht, 2015, S. 72.

²¹⁸ Koalitionsvertrag „Aufbruch und Erneuerung-Deutschlands Weg ins 21. Jahrhundert“ vom 20. Oktober 1998, Kapitel IX, Nr. 11.

²¹⁹ Vgl. *Fußkuhle* in: DV 92 (2001), S. 184 (187); *Hoffmann-Riem*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, in: Kirchhof u. a., FS für K. Vogel, S. 48 (50); zur Aufgabenexpansion des Staates repräsentativ *Grimm*, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaates, in: *ders.*, Wachsende Staatsaufgaben, S. 291 ff.

²²⁰ Vgl. *Blanke*, Aktivierender Staat – aktive Bürgergesellschaft. 2001. S. 10.; *Lamping/Schridde/Plaß/Blanke*, Der Aktivierende Staat. Positionen, Begriffe, Strategien. 2002. S. 13.

²²¹ Hierzu *König/Füchtner*, „Schlanker Staat“, S. 326 ff.

„Lean Management“ beeinflusst.^[222] Darüber hinaus finden auch weitere Managementkonzepte wie „Outsourcing“, „Contracting out“ oder „Total Quality Management“^[223] damit Eingang in die öffentliche Verwaltung. Diese Ansätze finden mit dem Neuen Steuerungsmodell (New Public Management) Anwendung auf Steuerungsprobleme der öffentlichen Verwaltung.

Der schlanke (Sozial-)Staat befreit sich von seiner Aufgabenlast und verlagert diese auf willige und fähige Individuen. Mit dem Rückzug des Staates aus der Aufgabenverantwortung verliert er seine Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten, die sich im Ideal des aktivierenden Staates wiederfinden. Privatisierung und Deregulierung dienen der Stärkung der gesellschaftlichen Selbstregelungskräfte (weniger Staat, mehr Markt) und der individuellen Selbstverantwortung.^[224]

1.1.2 Aktivierender Staat

Der Begriff des „aktivierenden Staates“^[225] als Gegenbild zum „schlanken Staat“ findet sich in politischen Reform- und Modernisierungskonzepten. Mit dem Leitbild des „aktivierenden Staates“^[226] wird schlagwortartig das gewünschte Verhältnis aus hierarchischer Steuerung, marktwirtschaftlichem Wettbewerb und gesellschaftlicher Selbstverantwortung beschrieben und seine sozialen und politischen Folgen dargestellt. Die neue

²²² Vgl. *Hill*, Lean Management in der Kommunalverwaltung, BayBgm 1/1994, S.13.; *Zavelberg*, Lean Management: ein methodischer Ansatz für mehr Effizienz und Effektivität, DÖV 1994, S. 1040.

²²³ Vgl. *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBI 1994, S. 962.; *Osterloh/Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 204 ff./ 243 ff.; *Bull*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, VerwArch 1995, S. 621.

²²⁴ Vgl. *Benz*, Regulierung, Deregulierung und Regulierung- Staatsentlastung?, in: Beck u. a. (Hrsg.), Arbeitender Staat, Festschrift für K. König, 1995, S. 45 ff.; *Schuppert*, DÖV 1995, S. 767; *ders.*, Privatisierung und Regulierung- Vorüberlegungen zu einer Theorie der Regulierung im kooperativen Verwaltungsstaat, Discussion paper, April 1996.

²²⁵ Den „Aktivierenden Staat“ hat die rot-grüne Bundesregierung zum Leitbild für die Modernisierung von Staat und Verwaltung erklärt, siehe das Programm der Bundesregierung von 1999 sowie die Fortschreibung des Konzepts der Bundesregierung 2004.

²²⁶ Siehe hierzu *Schröder*, Der aktivierende Staat aus der Sicht der Politik, in: F. Behrens u. a., Den Staat neu denken, S. 277 ff.

Verantwortungsteilung zwischen Gesellschaft und Staat hat neue Forderungen an die gesellschaftlichen Voraussetzungen und Beschränkungen der staatlichen Steuerung gestellt.^[227] Allerdings strebt die Zielsetzung des „aktivierenden Staats“ nicht nur Effektivität, Effizienz und Gerechtigkeit an,^[228] sondern auch eine umfassende Dienstleistungsorientierung als Ausdruck eines politisch bürgerzentrierten Engagements bei der Regulierung.^[229] So einleuchtend einerseits das Bestreben ist, wonach der „aktivierende Staat“ unmittelbar die Selbsthilfekräfte der Gesellschaft stärken soll, so notwendig ist es gleichzeitig, die Verpflichtungen des „Gewährleistungsstaates“ zu definieren. Denn nur dann kann der Staat von Aufgaben und Haushaltslasten entlastet werden^[230], die auch von nicht-staatlichen Akteuren übernommen werden können.

1.2 Die Merkmale der kommunalen Verwaltung und die Ziele des Neuen Steuerungsmodells

Die wachsenden Anforderungen an die Dienstleistungen der Kommunen

²²⁷ Vgl. *Blanke*, Aktivierender Staat – aktive Bürgergesellschaft. 2001. S. 9. Der „aktivierende Staat“ gewann mit der Regierungsbeteiligung der Sozialdemokratie Ende der 60er-Jahre an Kontur. Er hat den Gedanken der Rationalisierung von Politik (Steigerung der internen Problembearbeitungsfähigkeit von Politik und Verwaltung) mit dem steuerungsoptimierten Ziel einer neuen und umfassenden Gestaltbarkeit von Wirtschaft und Gesellschaft verknüpft (Globalsteuerung; Ausbau des Wohlfahrtsstaates). Es ist der demokratische Zentralstaat, der in diesem Konzept als Motor koordinierter und langfristiger gesellschaftlicher Veränderung gedacht wird. Der „aktivierende Staat“ steht für eine Ausrichtung des Staatshandelns, dessen Kernidee eine Interpretation der Beziehung von Staat und Gesellschaft ist, die im Staat den normativen „Garanten des Gemeinwohls“ sieht und die gleichzeitig von einer tiefen Skepsis gegenüber dem Wirken des zu bändigenden Marktes (umfassendes „Marktversagen“) geprägt ist. Dem Konzept des „aktivierenden Staates“ entspricht v. a. der fürsorgliche Umverteilungsstaat, der soziale Rechte und kollektive Ansprüche gegen sich schafft und neue erzeugt (additiver Aufgabenzuwachs). Staatliche Steuerung wird im „aktivierenden Staat“ weitgehend als wohlmeinender (fürsorglicher) Zwang gedacht. Die Interaktion und Kooperation mit den Bürgern ist eher schwach ausgeprägt („bürgernaher Staat“).

²²⁸ Vgl. *Zypries*, Moderner Staat- Moderne Verwaltung. Leitbild und Programm der Bundesregierung, S. 7 f.

²²⁹ Vgl. *Hüsken/Mann*, Der Staat als „Homo Oeconomicus“?, in: DÖV 2005, S. 143 ff.

²³⁰ Vgl. *Voßkuhle*, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert, Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, S. 69.; *Maurer*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Privatisierung in Deutschland, Juridica International 2009, S. 5 f.; *Erbguth*, Privatrechtliches Handeln der Verwaltung und Privatisierung, StudZR 2011, S. 27.

bieten Chancen für Innovationen in der Kommunalverwaltung. Im kommunalen Sektor bildet das Neue Steuerungsmodell ein Reforminstrument^[231], um eine Erhöhung der Qualität der öffentlichen Produkte und eine Stärkung der Akzeptanz der Dienstleistungen zu erreichen.^[232]

Ziel des Neuen Steuerungsmodells ist der Aufbau einer unternehmensähnlichen dezentralen Führungs- und Organisationsstruktur, die sich durch folgende Eigenschaften auszeichnet:

- durch das Kontraktmanagement wird eine klare Verantwortungsabgrenzung zwischen Politik und Verwaltung vorgenommen;
- die dezentrale Ressourcen- und persönliche Ergebnisverantwortung werden mit einem zentralen Steuerungsbereich verbunden;
- die Outputsteuerung erfolgt in Form von Produktdefinition;
- Einsatz von Kosten- und Leistungsrechnung, Budgetierung und Qualitätsmanagement zur Schaffung direkter Abnehmerorientierung;
- Einsatz verstärkter Wettbewerbselemente (z. B. ÖPP-Modell);
- Aktivierung der Einbeziehung der Bürger (Stärkung der Kundenrechte, Elemente repräsentativer oder direkter Demokratie).^[233]

Ferner soll mit Hilfe des Neuen Steuerungsmodells die Transparenz und Effizienz des Verwaltungshandelns erhöht werden. Damit kann der Finanzierungslücke in den öffentlichen Haushalten entgegengewirkt werden. Die Privatisierung erfolgt in der Absicht, die beste und qualitativ hochwertigste Leistung unter den Bedingungen des Wettbewerbs zu

²³¹ Dazu *Schröter/Wollmann*: New Public Management, in: Handbuch zur Verwaltungsreform, Blanke/Bandemer/Nullmeier/Wewer (Hrsg.), 2. Auflage., Opladen, 2001, S. 71 ff.; *Otting*, Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommunen, 1997, S. 4 ff.

²³² *Scholz*, Abschlußbericht des Sachverständigenrats „Schlanker Staat“, II. Auflage, 1998, S. 188 ff.; *Dirk Ehlers*, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBL 1998, S. 497.

²³³ Vgl. *Bogumil*, Verwaltungsmodernisierung und aktivierender Staat, 2002, S.11.

übernehmen. Das kann zur Konzentration auf die eigenen Stärken beitragen, wobei dies die Bereitschaft voraussetzt, in der verantwortungsvollen Position der öffentlichen Hand Evaluation, Qualitätssicherung, Qualitätsmanagement etc. zusätzlich übernehmen zu können. Um dem Einzelnen effektiven (Grund-)Rechtsschutz zu gewähren, müsste der Vertragsschluss im Rahmen der Privatisierung bestimmten Transparenzanforderungen unterliegen.

Deregulierung ist ein weiteres Ziel des Neuen Steuerungsmodells, da ein Hinzuziehen weiterer Steuerungsinstrumente zu dem schwerfälligen Bürokratisierungsprozeß kontraproduktive Wirkung entfalten könnte. Aus Sicht des Wettbewerbs sollen durch die Deregulierungen die marktwirtschaftlichen Verzerrungen beseitigt werden. Deshalb ist die Deregulierung als eine neue Form der Kontrolle zu verstehen.

In Unternehmen (und teilweise auch in Behörden) wird zunehmend versucht, durch eine Entbürokratisierung eine höhere Flexibilität zu erreichen. In der Politik ist eine weitgehende Flexibilisierung aufgrund der komplexen, miteinander verwobenen Prozesse nur schwerer umzusetzen. Deswegen wird das Ziel der Entbürokratisierung zwar von allen Seiten begrüßt, aber im Einzelfall ist die Umsetzung häufig umstritten. Zum Beispiel bewirkt der Abbau von Sicherheitsvorschriften in der Chemieindustrie für die Wirtschaft zwar Vorteile, die Bevölkerung könnte jedoch größeren gesundheitlichen Gefahren ausgesetzt werden.

1.3 Privatisierung als Mittel zur Modernisierung der Kommunalverwaltung

Unter dem Begriff des Neuen Steuerungsmodells werden heute alle Maßnahmen zur Modernisierung der öffentlichen Verwaltung zusammengefasst.

„Im Rahmen der politikwissenschaftlichen Diskussion wird

Modernisierung als zielorientierter Innovationsprozess verstanden, der den Übergang von hierarchischzentralistischen zu komplexeren Steuerungsformen von Staat und Gesellschaft kennzeichnet.^[234]

Auf kommunaler Ebene soll in diesem Rahmen durch Privatisierung die Verwaltung an ein effektiveres Wirtschaften herangeführt werden.^[235] Dabei ist zwischen Maßnahmen der Privatisierung und der Deregulierung bzw. des „Bürokratieabbaus“ zu unterscheiden. Die Deregulierung zielt darauf ab, auf der materiell-rechtlichen Ebene weitere Regelungen zu vermeiden und den unübersichtlichen Wildwuchs an Gesetzen und Verordnungen zu begrenzen. Dadurch kann das Rechtsnormensystem einfacher, überschaubarer und effektiver gestaltet werden.^[236]

Bei den Überlegungen zu einem organisatorischen Paradigmenwechsel in den deutschen Kommunalverwaltungen und -betrieben steht der Gedanke der Optimierung des Ressourceneinsatzes im Vordergrund. Infolge der angespannten kommunalen Haushalte und der Bemühung zur Verwaltungsmodernisierung bietet die Privatisierung eine Alternative zu anderen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen. Durch private Organisationsstrukturen wird die Einbeziehung privaten Kapitals und umfassender Fachkenntnis in die kommunale Aufgabenerledigung ermöglicht.

2. Die Veränderung des Verwaltungshandelns im Neuen Steuerungsmodell

Unter der Maxime von „Kosten und Effizienz“ wird das Neue Steuerungsmodell in vielen Gebietskörperschaften umgesetzt. Jedoch gibt es einen klassischen Konflikt zwischen Rechtmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit

²³⁴ Bogumil/Naschold, Modernisierung des Staates. New Public Management in deutscher und internationaler Perspektive. 2. Auflage, Opladen 2000, S. 15 f.

²³⁵ Vgl. Shirvani, Public Private Partnership und die Subsidiaritätsprüfung bei öffentlichen Unternehmensbeteiligung, DÖV 2011 (22), S. 865 f.

²³⁶ Vgl. Voßkuhle, VerwArch 2001 (92) S. 207 f.; Stober DÖV 1995, 125 ff.; Burgi Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, 2 f.; Bull, Verw 2005 (38), S. 285.

des Neuen Steuerungsmodells (NSM).

Dieser kommt beispielsweise in § 6a HGrG zum Ausdruck, der geeignete Informations- und Steuerungsinstrumente verlangt, um insbesondere die Einhaltung der Vorgaben des Haushaltsplans zur Erbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Leistungen sicherzustellen. In seiner einfachen kommunalspezifischen Fassung lässt sich das Modell ohne größere Gesetzesänderungen in das bestehende Kommunalrecht einarbeiten.^[237] Das NSM verschiebt zwar durch seine Steuerungs- und Kontrollansätze das Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive^[238], jedoch kann man feststellen, dass die für Gewaltenteilung und Legitimation insgesamt wichtige Rationalität des staatlichen Entscheidens nicht gemindert, sondern u. U. sogar erhöht wird.^[239]

Besondere Aufmerksamkeit verdient jener Aspekt, unter dem die „Neue Verwaltungswissenschaft“ Impulse auf die Rechtswissenschaft ausübt, die zu einer Zäsur in der Arbeit am Verwaltungsrecht^[240] geführt haben sollen. Für das NSM spielen vor allem Steuerung^[241], Governance^[242], Effizienz^[243], Selbstregulierung^[244] eine bedeutende Rolle. Diese Terminologie aus

²³⁷ Vgl. *Pünder*, Haushaltsrecht im Umbruch, S. 405 ff.; *Mutius*, in: FS für Stern, S. 685 ff.

²³⁸ Vgl. *Machura* Verw 1999 (32) S. 403 ff.

²³⁹ Vgl. *Schneider*, DV 2001, S. 177 ff.; ders., DV 2001, S. 342 f.; *Kube*, Finanzgewalt und Kompetenzübergriff, i. E., § 6 II. Schwierigkeiten, das NSM in das derzeitige Verwaltungsverfahren zu integrieren, sieht dagegen *Ziekow*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 349 ff.

²⁴⁰ *Voßkuhle*, New Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 1 Rn. 71, S. 59.

²⁴¹ Vgl. *Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 68 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource - Einleitende Problemskizze, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 15 ff.

²⁴² Vgl. *Schuppert* (Hrsg.), Governance-Forschung: Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, 2005; *Schuppert/Voßkuhle* (Hrsg.), Governance von und durch Wissen, 2008; *Trute/Denkhaus/Kühlers*, Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 2004 (37), S. 451.; *Engi*, Governance - Umrisse und Problematik eines staatstheoretischen Leitbildes, Der Staat 2008 (47), S. 573.

²⁴³ Vgl. *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 19 ff.; *Sanden*, Die Privatisierungsprüfungspflicht als Einstieg in die Verwaltungsprivatisierung, Die Verwaltung 2005 (38), S. 377.

²⁴⁴ Zur Verbreitung des Begriffs hat vor allem Hoffmann-Riem beigetragen, vgl.

Soziologie, Wirtschafts- und Politikwissenschaften bildet eine besondere Herausforderung für die Rechtsdogmatik. Angesichts der Hinweise des NSM bekommt die Richtigkeit als Ersatz für die Gesetzmäßigkeit „ausreichend Konkretisierung“.^[245] Es soll daher ein neuer Prüfungsmaßstab beim Verwaltungshandeln eingesetzt werden. Deshalb ist es von außerordentlicher Bedeutung, dass die Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft begriffen wird, um die Verwaltungsträger zu kontrollieren und zu beschränken.^[246] Dabei gilt die Erfahrung der Rechtsdogmatik nur als ein Kriterium, um die Richtigkeit zu gewährleisten.^[247] Ein Ziel der neuen Verwaltungswissenschaft ist die Schaffung einer guten und vor allem effizienten Verwaltung.^[248]

Das Neue Steuerungsmodell ist ein modifiziertes Steuerungsinstrument in dem zentralen Steuerungsbereich, der vor allem das Haushaltswesen betrifft. Der Einsatz der verschiedenartigen Instrumente im Haushaltswesen soll der Entlastung der politischen Führung von Einzelfragen und der stärkeren

Schmidt-Aßmann, Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung, in: Berg/Fisch/Schmitt-Glaeser/Schoch/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates. Ergebnisse des Symposiums aus Anlaß des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem, Die Verwaltung Beiheft 4, 2001, S. 253 ff.; siehe auch in hier *Voßkuhle*, Regulierte Selbstregulierung – Karriere eines Schlüsselbegriffs, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), S. 198.

²⁴⁵ *König*, Zur Rationalität öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Hans Herbert von Arnim zum 65. Geburtstag, 2004, S. 88, 94.

²⁴⁶ Vgl. *Hoffmann-Riem*, Governance im Gewährleistungsstaat - Vom Nutzen der Governance Perspektive für die Rechtswissenschaft, in: *Schuppert* (Hrsg.), Governance -Forschung, 2006, Aufl. 2. S.212.; *Böckenförde*, Aussprache zum Thema: Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungs-wissenschaftlichem Anspruch, in: VVDStRL 2008 (67), S. 337.

²⁴⁷ Vgl. *Hoffmann-Riem*, Rechtsform, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2., 2008, § 10, Rn. 57 ff.; *Hoffmann-Riem*, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch: Zur Qualitätsleistung durch Normen, AöR 2005 (130), S. 16, 28 ff.; *Pitschas*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2., 2008, § 42, Rn.28.

²⁴⁸ Vgl. *Eifert*, Regulierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I., 2006, § 19, Rn.154 ff.; *Hoffmann-Riem*, Methoden einer rechtsanwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 25 f.

Output- und Kundenorientierung dienen.^[249]

3. Neues Steuerungsmodell auf dem kommunalen Sektor

Im Kern dient die „Neue Steuerung“ durch ein erhebliches Maß an Dezentralisierung der Stärkung der „Basis“-Verantwortung der Kommune. Anders als nach der herkömmlichen bürokratischen Verwaltung spielt das wirtschaftliche Denken heute eine entscheidende Rolle. In Schlagworten gesprochen, geht es vorrangig um:

- 1) Entflechtung von Politik und Verwaltung und die damit einhergehende Trennung der beiderseitigen Verantwortungsbereiche;
- 2) Einführung von Wettbewerbselementen und „Kundenorientierung“ in der Verwaltung;
- 3) dezentrale Verantwortung sowohl für die Aufgabenerfüllung als auch für den Ressourcenverbrauch.^[250]

3.1 Neues Steuerungsmodell auf dem kommunalen Sektor

Wie bereits beschrieben bedient sich das NSM moderner Managementmethoden. Das Ziel der Neuen Steuerung ist die Lenkung der Menschen und Prozesse in die richtige Richtung.^[251] Die Betriebswirtschaftslehre definiert „Management“ als *„Steuerungsaufgaben, die zur Leistungserstellung und -sicherung in arbeitsteiligen Systemen notwendig sind.“*^[252]

Das Management in der Verwaltung zielt zwar auf die handlungsorientierte

²⁴⁹ Vgl. Wallerath JZ 2001, 209 ff.; Penski DÖV 1999, S. 85.; Pünder, DÖV 1998, 63 ff.; Schuppert, Verwaltungswissenschaft, S. 707 ff.

²⁵⁰ Vgl. Bull/Methde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 8. Aufl. 2009, S. 175.

²⁵¹ Vgl. Kulosa, Die Steuerung wirtschaftlicher Aktivitäten von Kommunen. Eine betriebswirtschaftliche Analyse. Schriftenreihe des Freiherrn-vom-Stein-Instituts, Bd. 46. Dissertation Westf. Wilhelms-Universität Münster 2003, Stuttgart 2003, S. 77.

²⁵² Budäus, Public Management. Konzepte und Verfahren zur Modernisierung öffentlicher Verwaltungen, Aufl. 1995, S. 49 f.

Steuerung in der inneren Organisation ab, jedoch stellt die legitimierte politische Vertretung bzw. die Führungsebene der Verwaltung das eigentliche Steuerungssubjekt dar. Als Objekt fungiert die Administration mit ihren internen Ressourcen und Strukturen. Die forcierten Ziele sind Effektivität und Effizienz, wobei diese auch weiterhin diskutiert werden, ebenso wie die Fragen der Legitimität, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, die in diesem Zusammenhang auftauchen.^[253]

Der Begriff des NSM wurde von der kommunalen Gemeinschaftsstelle (KGSt) entwickelt^[254] und gilt kommunalen Bereich als ein optimales Modell zur strategischen Steuerung von Verwaltungen in der Organisationslehre^[255], Bürgerorientierung und Effizienz/Wirtschaftlichkeit öffentlicher Verwaltungen.^[256] Durch eine neue Verantwortungsteilung zwischen Politik und Verwaltung^[257], Zielklarheit und -transparenz, Output- und Outcome-Steuerung sowie bei der dezentralen Gesamtverantwortung von Fachbereichen gibt das NSM eine klare Antwort auf die Anforderungen einer globalen Wissensgesellschaft.^[258]

3.2 Kommune als Dienstleistungsunternehmen

Das Modell der „Kommunen als Dienstleistungsunternehmen“ der kommunalen Gemeinschaftsstelle ist in einer Vielzahl von Kommunen

²⁵³ Vgl. *KGSt* (Hrsg.), *KGSt-Bericht Nr. 11/1991: Dezentrale Ressourcenverantwortung-Überlegungen zu einem neuen Steuerungsmodell*; *Jann*, Neues Steuerungsmodell, in: *Blanke/v.Bandemer/Nullmeier/Wewer* (Hrsg.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*, 3. Auflage, S. 82.

²⁵⁴ Vgl. *Laux*, Über kommunale Organisationspolitik, AfK 1995, S. 238 f.

²⁵⁵ Vgl. *Schneider*, Das Neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, Baden-Baden 1997, S. 125 ff.; *Jann*, Neues Steuerungsmodell, in: *Blanke/v.Bandemer/Nullmeier/Wewer* (Hrsg.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*, 3. Auflage, S. 82.

²⁵⁶ Vgl. *Reichard*, Die „New Public Management“-Debatte im internationalen Kontext, in: *Reichard/Wollmann* (Hrsg.), *Kommunalverwaltung im Modernisierungsschub?*, Basel, Boston, Berlin, 1996, S. 263 f.

²⁵⁷ Vgl. *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, Berlin, 2000, S. 41 ff.

²⁵⁸ Vgl. *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, Berlin, 2000, S. 41 ff.; *KGSt*, Das Neue Steuerungsmodell: Erste Zwischenbilanz, Bericht 10/1995, S. 24 ff.

Ausgangspunkt und Grundlage der Verwaltungsreform.^[259] Es bedeutet, dass Verwaltungsleistungen als „Produkte“ und zugleich „der Bürger als Kunde“ verstanden werden.^[260] Die Steuerung und Bewertung der Leistungen der Verwaltung sollen nach betriebswirtschaftlichen Methoden am Ergebnis orientiert werden.^[261] Dadurch soll die Behörde in ein von der Politik gesteuertes Dienstleistungsunternehmen verwandelt werden.^[262] Um die Kommunen als Dienstleistungsunternehmen wahrzunehmen, muss die Gebietskörperschaft folgende Aktionen durchführen:

Erstens muss ein neues Kontraktmanagement^[263] als Instrument und Strategie der Verwaltungsmodernisierung eingeführt werden.^[264] Die einzelnen Leistungen der Gesamtverwaltung sind als Produkte zu definieren.^[265] Das Kontraktmanagement als verwaltungsinterne Steuerungsform nimmt dabei die entsprechende Funktion zwischen Verwaltungsspitze und operativ verantwortlichen Fachbereichen ein. Für die vertraglichen Regelungen des PPP-Modells wird eine kontraktbestimmte Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und privaten Unternehmen angestrebt^[266] und als Kontraktmanagementsbeziehung betrachtet.^[267]

²⁵⁹ Grundsätze neuer Steuerungsmodelle, in: Handbuch Kommunale Politik - Das Mandat erfolgreich gestalten, Stuttgart 1994, I/D 2.1., S.1-S. 14.

²⁶⁰ Dazu KGSt-Bericht Nr. 5/1993; *Hill*, in: Schmidt-Außmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht, S. 71 ff.; *Schneider*, dort S. 114 ff.; *Veith Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, S. 85 ff.

²⁶¹ Siehe dazu auch *Schliesky*, Auswirkungen des E-Government auf Verfahrensrecht und kommunale Verwaltungsstrukturen, NVwZ 2003, S. 1322 ff.

²⁶² Vgl. *Kommunale Gemeinschaftsstelle*, Wege zum Dienstleistungsunternehmen Kommunalverwaltung - Fallstudie Tilburg, KGSt-Bericht, Köln, Nr.19/92.

²⁶³ Vgl. *Schneider*, Das Neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Außmann/ Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 128 f.; *Hill*, Einstieg in das Kontraktmanagement in der Kommunalverwaltung, Die innovative Verwaltung 1995, S. 42 ff.

²⁶⁴ In diesem Sinne *Schuppert*. Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat: Vorüberlegungen zu einem Konzept von Staatsentlastung durch Verantwortungsteilung, in: Gusy (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben, 1998, S. 115.

²⁶⁵ Vgl. *Schneider*, Das Neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht, in: *Schmidt-Außmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 128 f.; *KGSt*, Das Neue Steuerungsmodell: Definition und Beschreibung von Produkten, Bericht 8/1994, S. 9 f.

²⁶⁶ Vgl. *Siemer*, Interne Dienstleistungen der Kommunen im Wettbewerb: Zur

Zweitens wird die neue Steuerung der Kommunalverwaltung zur outputorientierten Steuerung verändert, indem die gewünschten Ziele qualitativ und quantitativ festgelegt und als Ziel des kommunalen Handelns sowie der angestrebten Wirkungen definiert werden.^[268] Ziele der Outputsteuerung sind eine stärkere Kundenorientierung für den Bürger, eine Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes sowie eine effektivere Verwaltungssteuerung.^[269]

Drittens kann eine Kommunalverwaltung wie ein Dienstleistungsunternehmen agieren^[270], die Verantwortung zwischen Politik und Verwaltung klar abgrenzen und damit anhand der drei Managementdimensionen (normative, strategische und operative) eine dezentrale Verantwortungsstruktur etablieren. Ziel dieser Verantwortungsverlagerung ist eine weitergehende nachfrage- und bedürfnisorientierte Aufgabenerfüllung und Optimierung der Arbeitsabläufe.^[271]

Schließlich bezeichnet die „Kontrolle“ (bzw. das Controlling) aus der Verwaltungsbetriebswirtschaftslehre das Verfahren der Steuerung und Überwachung von Organisationseinheiten im Rahmen des „outputorientierten“ Neuen Steuerungsmodells.^[272] Sie dient als Informations-, Planungs-, Koordinations- und Kontrollsystem auf allen hierarchischen Ebenen^[273] und ermöglicht die betriebswirtschaftlich

Notwendigkeit einer Verselbständigung kommunaler Serviceeinheiten, Springer 2002, S. 84 ff.

²⁶⁷ Vgl. *Naschold*, Public Private Partnership in den internationalen Modernisierungsstrategien des Staates, in: Budäus/Eichhorn (Hrsg.): *Public Private Partnership: Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung*, 1. Aufl., Baden-Baden 1997, S. 80 f.

²⁶⁸ *Kommunale Gemeinschaftsstelle* (Hrsg.), *Politikerhandbuch zur Verwaltungsreform*, Köln, 1996, S. 92.

²⁶⁹ *Joachim Sanden*, Die Privatisierungsprüfungspflicht als Einstieg in die Verwaltungsprivatisierung, *Die Verwaltung* 2005 (38), S. 377.

²⁷⁰ *Stadt Dülmen* (Hrsg.), *Neues Steuerungsmodell – Informationen für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter*, Dülmen, August 1995, S.9.

²⁷¹ Vgl. *Weiß*, *Das Neue Steuerungsmodell – Chance für die Kommunalpolitik?* Reihe: Städte und Regionen in Europa, Bd. 9, Dissertation Bundeswehrhochschule München 2001, Opladen 2002, S. 59.

²⁷² Vgl. *Bull/Methde*, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, 8. Aufl. 2009, S. 175.

²⁷³ Vgl. *Reimann*, *Landschaftsverband Westfalen-Lippe-Westfälisches Archivamt* –

orientierte Definition von Leistungen der Verwaltung und eine Messung der Effizienz der Zielerreichung.^[274]

4. Ergebnis

Die Privatisierung ist zunächst ein Phänomen im Verwaltungsbereich und erst dann ein Gegenstand der Rechtswissenschaft. Als ein bedeutendes Mittel zur kommunalen Verwaltungsmodernisierung im Rahmen des Neuen Steuerungsmodells ist sie selbst zum *Gebot* geworden. Die Rechtspolitik hat zu entscheiden, ob eine Privatisierung sinnvoll ist und wie die Privatisierung im Einzelnen ausgestaltet werden soll. Dabei sind die von der Rechtsdogmatik erarbeiteten Grundsätze zu beachten, soweit keine gesetzlichen Vorschriften bestehen. Es ist daher eine wichtige Aufgabe der Rechtspolitik, den Wert und die Bedeutung der Privatisierung in der Verwaltungswissenschaft festzulegen, was gleichzeitig auch ein wesentliches Wertkriterium (reflektierte Wertungsschwelle^[275]) für die Rechtsdogmatik wäre, und die Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung zu treffen.

Münster 1999, S. 39; *Günther*, Die Verwaltungsmodernisierung in Städten, Gemeinden und Kreisen Nordrhein-Westfalens, in: *Günther* (Hrsg.), Verwaltungsmodernisierung. Anforderungen, Erfahrungen, Perspektiven. Festschrift zum 10-jährigen Bestehen des Instituts für Kommunal- und Verwaltungswissenschaften Nordrhein-Westfalens. Baden-Baden 2000, S. 54.

²⁷⁴ Vgl. *Weiß*, Das Neue Steuerungsmodell – Chance für die Kommunalpolitik? Reihe: Städte und Regionen in Europa, Bd. 9, Dissertation Bundeswehrhochschule München 2001, Opladen 2002, S. 67.

²⁷⁵ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Auflage. 2006 S.

D. Legitimität und Legalität der Privatisierung der kommunalen Daseinsvorsorge

1. Die kommunale Daseinsvorsorge als Gewährleistungsgegenstand der kommunalen Selbstverwaltung

Die kommunale Selbstverwaltung bildet eines der Grundprinzipien der Demokratie und besitzt durch die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG Verfassungsrang.^[276] Die individuelle Ausgestaltung des Artikels 28 Abs. 2 GG gehört zu den Kompetenzen der Landesverwaltung, wobei die Regelung der örtlichen Angelegenheiten im Rahmen der bestehenden Gesetze erfolgen muss.^[277] Die wirtschaftliche Betätigung der Städte und Gemeinden gehört zu jenen Elementen, die das Wesen der kommunalen Selbstverwaltung ausmachen.^[278] In der Praxis werden die Spielräume der kommunalen Selbstverwaltung durch eine zunehmende Flut zentraler Regelungen und staatlicher Eingriffe sowie die immer stärker absinkende Finanzausstattungen der Kommunen eingeengt, die dem selbstbestimmten Rahmen der Kommunalpolitik ein enges Korsett aufsetzen. Auch eine verstärkte staatliche Einflussnahme insbesondere über die Fördermittelpolitik, über starre Zweckbindungen bei Zuwendungen und über Bedarfszuweisungen setzt der kommunalen Selbstverwaltung klare Grenzen.

1.1 Art. 28 Abs. 2 GG als verfassungsrechtliche Grundlage kommunaler Daseinsvorsorge

Zentrale verfassungsrechtliche Grundlage für die kommunale

²⁷⁶ Vgl. *Stober*, Kommunalrecht, S. 58 f.; *Lange*, Kommunalrecht, 2019, S. 2 ff.; *Schoch/Danwitz*, Besonderes Verwaltungsrecht: mit Onlinezugang zur Jura-Kartei-Datenbank, 2013, S.22.

²⁷⁷ Vgl. Hierzu *Badura*, Staatsrecht, Rn. D.92.; *Erbguth/Mann/Schubert*, Besonderes Verwaltungsrecht: Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Baurecht, 2015, S. 94 f.

²⁷⁸ Vgl. *Scholz*, Neue Entwicklungen im Gemeindefinanzrecht - Strukturfragen und Verfassungskritik, DÖV 1976, 441 (442); *Burmeister*, Verfassungsrechtliche Grundfragen der kommunalen Wirtschaftstätigkeit, FS von Unruh, 1983, S. 623.

Wirtschaftsbetätigung stellt Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG dar, der den Gemeinden das Recht gewährleistet, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung regeln zu dürfen. Zugleich ergibt sich aus dem Grundsatz der Allzuständigkeit eine widerlegbare Vermutung zu Gunsten der kommunalen gegenüber der staatlichen Zuständigkeit.^[279] Dieses Prinzip knüpft an den Grundsatz der Gewaltenteilung an und strukturiert die zweite Säule der staatlichen Gewalt. Durch die dezentrale, die örtliche Verwurzelung betonende Struktur werden auch die elementaren Grundrechte durch eine dem tatsächlichen Lebenssachverhalt näherstehende Verwaltungszuständigkeit betont.^[280] Art. 28 Abs. 2 GG ist jedoch vorrangig eine staatsgerichtete Kompetenznorm und keine wirtschaftsorientierte Befugnisnorm, die eine Betätigung im Wettbewerb mit privaten Unternehmen gestattet. Diese Norm behandelt lediglich die Aufgabenverteilung innerhalb der Staatsorganisation und enthält keine Verteilungsregel zwischen Staat und Privatwirtschaft. Damit werden darin auch keine Befugnisse zum Eingriff in den Aufgabenbestand Privater festgehalten.^[281]

Die kommunale Selbstverwaltung dient der Stärkung der dezentralen Verwaltungsebene im Sinne der Grundprinzipien der Demokratie. In diesem Zusammenhang beinhaltet Art. 28 Abs. 2 GG ein Aufgabenverteilungsprinzip innerhalb der Staatsorganisation und daher kein Verteilungsprinzip zwischen privater und gemeindlicher Wirtschaft. Die Abgrenzung von staatlicher und privater Aktivität erfolgt nicht im Rahmen

²⁷⁹ Vgl. BVerfGE 79, 127 (149).

²⁸⁰ Vgl. zu diesem Gesichtspunkt BVerfGE 95, S. 1 (16 ff.); OVG Lüneburg, DVBl. 1970, S. 803.

²⁸¹ *Schmidt-Aßmann*, in: ders., *BesVerwR*, 1. Abschnitt Rn. 9; *Jarass/ Pieroth*, GG, Art. 28 Rn. 10.; *Löwer*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 28 Rn. 37 f.; *Stober*, in: *Stober/Vogel*, *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, S. 2; *Badura*, DÖV 1998, S. 818 ff., S. 823; *Burgi*, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, S. 301; *Ruffert*, NVwZ 2000, S. 763 ff., S. 764; *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG, Art. 28 Rn. 10a; vgl. *Pielow*, NWVBl 1999, S. 369 ff., S. 374; *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 133.; VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 996.; *Kluth*, *Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme*, S. 48; *Storr*, *Der Staat als Unternehmer*, S. 224.

der Staatorganisationsnormen, sondern im einfachen Recht und hier insbesondere bei den Grundrechtsgewährleistungen.^[282] Auch wenn die Kommunalverfassungsbeschwerde in mancherlei Hinsicht an die Grundrechte erinnern mag, dient sie dieser Auffassung nach nicht der Durchsetzung eines Grundrechts, sondern der Kontrolle der körperschaftlichen Zuständigkeit bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben.^[283] Der Problematik der Schutzrichtung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Sie wird jedoch im Zusammenhang mit der Untersuchung der Beschneidung des kommunalen Aufgabenkreises durch die sogenannten echten Subsidiaritätsklauseln noch einmal aufzugreifen sein.^[284]

Damit regelt Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG die Grundlage und auch die Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen. Die Einschränkungen ergeben aus dem bereits bezeichneten Passus „*im Rahmen der Gesetze*“. Durch die gemeindewirtschaftsrechtlichen Regelungen der Kommunalgesetze der Bundesländer werden die Bedingungen und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden und Gemeindeverbänden oftmals mit unterschiedlichem Inhalt reglementiert. Zudem gehören zu den Gesetzen, die dem kommunalen Wirtschaftsrecht Grenzen setzen, auch wettbewerbsrechtliche Regelungen wie etwa § 1 UWG.

Weitere grundgesetzliche Grenzen der kommunalen Wirtschaftsbetätigung ergeben sich daraus, dass diese Befugnis auf die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft beschränkt ist. Diese Beschränkung auf die örtlichen Angelegenheiten in Art. 28 Abs. 2 GG wird auch als Territorial- oder Örtlichkeitsprinzip bezeichnet.^[285] Um eine örtliche Angelegenheit i.S. des

²⁸² Vgl. *Schink*, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 133.; *Ossenbühl*, Energierechtsreform, S. 22 ff.

²⁸³ Vgl. *Hösch*, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 75.

²⁸⁴ Vgl. *Shirvani*, Public Private Partnership und die Subsidiaritätsprüfung bei öffentlichen Unternehmensbeteiligung, DÖV 2011(22), S. 868.; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 217 ff.

²⁸⁵ Vgl. *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 769 f.; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 33, Rn. 394a.

Art. 28 Abs. 2 GG handelt es sich gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur in jenen Fällen, in denen die betreffenden Angelegenheiten in den Bedürfnissen und Interessen der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder einen spezifischen Bezug zu dieser aufweisen.^[286] Gemeint sind damit solche Angelegenheiten, die die Gemeindegewohnen als solche verbinden, indem sie das Zusammenleben und -ohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen.^[287] Auf die Verwaltungskraft der Gemeinde soll es hierbei nicht ankommen.^[288] Die Rechtsprechung stellt somit auf einen örtlichen Bezug der Angelegenheiten ab. Hierdurch wird ersichtlich, dass der Gemeinde kein uneingeschränktes allgemeinpolitisches Mandat^[289] zukommt und Aufgabenbereiche wie beispielsweise die Verteidigungs- oder Außenpolitik grundsätzlich nicht zum gemeindlichen Aufgabenkreis gehören, da es hier zumeist an einem direkten örtlichen Bezug fehlt. Diese, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft hinsichtlich der inhaltlichen Aufgaben definierende Dimension wird auch als Örtlichkeitsprinzip im materiellen Sinne bezeichnet und ist im Schrifttum weitgehend unstrittig.^[290]

1.2 Die kommunale Daseinsvorsorge als öffentliche Aufgabe

Öffentliche Aufgaben sind Angelegenheiten des Gemeinwesens mit einem Gemeinwohlbezug, so dass an deren Erledigung ein öffentliches Interesse und nicht nur ein privates Partikularinteresse besteht.^[291] Öffentliche Aufgaben werden nicht notwendigerweise vom Staat selbst wahrgenommen; sie sind unabhängig vom Aufgabenträger und vom Ausführenden der

²⁸⁶ BVerfGE (Rastede) 79, 127 (151).

²⁸⁷ BVerfGE 79, 127 (151), Rn. 59.

²⁸⁸ BVerfGE 79, 127 (150).

²⁸⁹ BVerfGE 79, 127 (147).

²⁹⁰ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: ders., *Besonderes Verwaltungsrecht*, 1. Abschnitt Rn. 14 f.; *Erbguth/Mann/Schubert*, *Besonderes Verwaltungsrecht: Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Baurecht*, 2015, S. 95 ff.

²⁹¹ Vgl. BVerfGE 38, 299.

Aufgabe.^[292] So müssen beispielsweise Aufgaben der Daseinsvorsorge nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht deshalb unmittelbar vom Staat erledigt werden, weil sie von wesentlicher Bedeutung für das Gemeinwohl sind.^[293] Es ist ausreichend, wenn der Staat z. B. durch seine Rechtsordnung gemeinwohlsichernde Rahmenbedingungen für die private Leistungserbringung sichert. Das BVerfG hat diesen Umstand folgendermaßen formuliert:

Mit öffentlichen Aufgaben „*sind die Aufgaben gemeint, an deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht, die aber so geartet sind, dass sie weder im Wege privater Initiative wirksam wahrgenommen werden können, noch zu den im engeren Sinn staatlichen Aufgaben zählen, die der Staat selbst durch seine Behörden wahrnehmen muss*“.^[294]

Problematisch gestaltet sich dabei bereits die Abgrenzung der Begriffe „öffentliche Aufgabe“ und „Staatsaufgabe“. Während die Rechtsprechung beide Termini regelmäßig synonym gebraucht, wird im Schriftum überwiegend für eine klare Abgrenzung zwischen „staatlichen“ und „öffentlichen“ Aufgaben plädiert.^[295] Denn als öffentliche Aufgaben gelten sämtliche Aufgaben, die im öffentlichen Interesse liegen und damit auch gemeinwohlorientierte Handlungen Privater umfassen.^[296] Dieser Ansicht folgend hat die Bestimmung der Staatsaufgaben formalistisch zu erfolgen. Sie beinhaltet sämtliche Tätigkeiten, die der Staat tatsächlich wahrnimmt bzw. politisch als Staatsaufgabe bestimmt.^[297] Die daraus erfließende Wahlfreiheit der Kommune in Bezug auf die Schaffung öffentlicher

²⁹² Ua. BVerfGE 30, 311 f. – am Beispiel der Energieversorgung.

²⁹³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 05.12.2002, 2 BvL 5/98, BVerfGE 107, 59, 93, Rn 147.

²⁹⁴ BVerfGE 38, 281/ 299.

²⁹⁵ Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 43; *Fluck/Theuer*, GewArch 1995, S. 96, 97; a. A.: *Di Fabio*, JZ 1999, S. 585, 586.

²⁹⁶ Vgl. *Fluck/Theuer*, GewArch 1995, S. 96, 97; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 41ff.; *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 105 f.

²⁹⁷ Vgl. *Fluck/Theuer*, GewArch 1995, S. 96, 97; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 61; *Gusy*, DÖV 1996, S. 573, 574.

Aufgaben, die lediglich in den kompetenzrechtlichen Vorschriften der Verfassung vorkommen^[298], sowie nur auf die sogenannten Kernkompetenzen der Kommunen reduziert sind, negiert die Interessen der örtlichen Gemeinschaft.

Die Formulierung „Daseinsvorsorge“ wird heute als Rechtsbegriff verstanden^[299], da sie ihren Eingang sowohl in die Gesetzessprache gefunden hat und ihr in vielen Gerichtsentscheidungen Bedeutung beigemessen wurde. Leistungen der Daseinsvorsorge sind gemeinwohlorientierte Leistungen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Natur, an deren Erbringung die Allgemeinheit und der Staat ein besonderes Interesse haben.^[300] Auf der kommunalen Ebene zählt die Daseinsvorsorge zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung. Welche Güter und Dienstleistungen zur Daseinsvorsorge zählen, entscheiden sich wandelnde gesellschaftliche und politische Erwartungen an die öffentliche Verwaltung. Teilweise wird in diesem Zusammenhang auch von Leistungen zur grundlegenden Versorgung der Bevölkerung mit wesentlichen Gütern und Dienstleistungen gesprochen. Als klassische Bereiche der öffentlichen Daseinsvorsorge gelten etwa die Abfallentsorgung, die Abwasserbeseitigung oder die Wasserversorgung sowie der Betrieb des öffentlichen Personennahverkehrs.

1.3 Privatisierung und kommunale Daseinsvorsorge als private wirtschaftliche Betätigung

Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zählt zum überkommenen

²⁹⁸ Vgl. *Fluck/Theuer*, GewArch 1995, S. 96. 97.; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 61.

²⁹⁹ Vgl. *Ronellenfitsch*, DVBl. 2008, 201. Kritisch *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat, 2004, S. 52.

³⁰⁰ Vgl. zu Gemeinwohlsicherung und Gewährleistungsstaat auch *Trute*, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 2002, S. 344.; *Dohms*, in: Schwarze (Hrsg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001, S. 41; *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 18 f.

und typusprägenden Bild der kommunalen Selbstverwaltung.^[301] Der kommunale Gesetzgeber hat darauf zu achten, dass der Kommunalwirtschaft diejenigen wirtschaftlichen Leistungen, die der Bürger zur Sicherung seiner Existenz benötigt, als Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften zugewiesen bleiben. Die kommunale Daseinsvorsorge soll damit ein integraler Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltung im eigenen Wirkungskreis der Gemeinden bleiben.^[302] Als Begründung für diese Aufgabenzuweisung wird vor allem die historische Verortung und örtliche Verwurzelung genannt.^[303] Begreift man Daseinsvorsorge als vom Staat wahrzunehmende Verwaltungsaufgabe, bedarf es einer gesetzlichen Grundlage für die jeweils konkreten Verwaltungsmaßnahmen. Es ist somit für jeden Einzelfall einzeln zu prüfen, ob eine gesetzliche Ermächtigung für die kommunale Verwaltungstätigkeit vorliegt. Nicht um Daseinsvorsorge handelt es sich, wenn das kommunale Unternehmen nicht unmittelbar der Daseinsvorsorge dient, sondern durch Einnahmeerzielung den finanziellen Spielraum der Gemeinde vergrößern soll.

Im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung sind Gemeinden berechtigt, aber auch verpflichtet, Dienstleistungen zu erbringen, wenn ein dringender öffentlicher Zweck besteht oder ein öffentliches Interesse dies erfordert. Außerdem soll die wirtschaftliche Betätigung auf die Gewährleistung der Versorgungssicherheit und Einhaltung von Qualitätsstandards gerichtet sein. Dadurch soll der Bereich der elementaren Daseinsvorsorge weitestgehend von der Kommerzialisierung verschont bleiben.

³⁰¹ Vgl. *Stern*, Die Reform des gemeindlichen Wirtschaftsrechts in Nordrhein-Westfalen im Lichte der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie, in: Kirchhof/Papier/Schäffer (Hrsg.), FS für D. Merten, 2007, S. 293 (297 ff., 301); *Burgi*, Kommunalrecht, 6. Auflage, 2019, S. 257 ff.

³⁰² Vgl. *Stern/Püttner*, Gemeindegewirtschaft, S. 161; *Badura*, Staatsrecht, Rn. D 96; zu Recht kritisch *Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 99.

³⁰³ Vgl. statt vieler *Wieland/Hellermann*, Das Verbot ausschließlicher Konzessionsverträge und die kommunale Selbstverwaltung, DVBl. 1996, S. 406.

2. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung und Beschränkung der Privatisierung

Im Grundgesetz ist kein allgemeines Privatisierungsgebot oder Privatisierungsverbot zu finden^[304], aus dem man die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Privatisierung ableiten kann. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Privatisierung oder deren Beschränkung ist unter anderem den Vorschriften über die Kompetenzen und die Organisation der Bundesverwaltung, z. B. im 8. Abschnitt des Grundgesetzes (Art. 83 ff. GG), und dem sog. Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG vorbehalten.

2.1 Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip als Kompetenz- und Ordnungsgrundlage für die Privatisierung

2.1.1 Demokratieprinzip

Das Demokratieprinzip verlangt die Aufrechterhaltung der Legitimationskette zum Volk, so dass bei wesentlichen Fragen in Bezug auf die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe die Letztentscheidung eines demokratisch legitimierten und verantwortlichen Verwaltungsträgers gesichert ist.^[305] Aus den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Demokratieprinzip entspringt der sog. „Wesentlichkeitsgedanke“.^[306]

Als ausdrückliche gesetzliche Regelung, die sich auf das Verhältnis staatlich-privater Aufgabenausführung bezieht, ist zunächst der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG zu betrachten. In diesem gilt der Grundsatz, dass die Ausübung hoheitlicher Befugnisse in der Regel mittels öffentlich-rechtlicher Organisationsformen durchzuführen ist. Die Norm trifft also eine Grundsatzentscheidung über die Wahrnehmung bestimmter

³⁰⁴ Vgl. *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962 ff.

³⁰⁵ Vgl. *Maurer*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Privatisierung in Deutschland, in *Juridica International*, 2009, No. 1, S.4 ff.

³⁰⁶ BVerfGE 49, S. 89, 126; BVerfGE 61, S. 260, 275.

öffentlicher Aufgaben durch staatliche Beamte^[307] und beschränkt damit zugleich die Möglichkeit der Aufgabenübertragung auf Nichtbeamte auf einen begründungsbedürftigen Ausnahmefall.^[308] Umstritten ist die Frage, ob Art. 33 Abs. 4 GG eine „Privatisierungsschranke“ darstellt.^[309] Auf Grundlage von Art. 33 Abs. 4 GG hat sich ein Maßstab entwickelt, um zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Dienstverhältnissen zu unterscheiden. Es ist unstrittig, dass die hoheitsrechtlichen Aufgaben in der Regel von Beamten wahrgenommen werden müssen. Jedoch wird die Erledigung von Aufgaben aus dem nicht hoheitlichen Kernbereich durch Privatrechtssubjekte durch Art. 33 Abs. 4 und 5 GG nicht explizit ausgeschlossen.^[310]

Aus dem Verfassungsgebot der Demokratie resultiert das verfassungsrechtlich gesicherte Gebot der politischen Einwirkungsmöglichkeit, da die kommunalen Vertretungsorgane stets Volksvertretungen sind, durch die die Bürger auf die Verwaltung einwirken können.^[311] Auch können sie ihre Berufung auf das unmittelbar vom Volk gewählte Parlament zurückführen und werden in umgekehrter Richtung von der parlamentarischen Kontrolle erfasst.^[312] Ebenso umfassend wie der Anspruch an die demokratische Legitimation ist damit auch der Kontrollanspruch zu erfüllen.^[313]

2.1.2 Rechtsstaatsprinzip

Aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) lassen sich nicht für jeden

³⁰⁷ Vgl. *Lübbe-Wolff*, in: *Dreier (Hg.)*, Grundgesetz Kommentar Bd. II, Art. 33, Rn. 53; *Ehlers*, Die Erledigung von Gemeindeaufgaben durch Verwaltungshelfer, S. 24.

³⁰⁸ Vgl. *Lübbe-Wolff*, in: *Dreier (Hg.)*, Grundgesetz Kommentar Bd. II, Art. 33, Rn. 62f.

³⁰⁹ Vgl. *Isensee*, in: *Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.)*, Handbuch des Verfassungsrechts. 2. Aufl., 1994, § 32 Rn. 59.

³¹⁰ Vgl. *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 109 und 113; *Scholz*, NJW 1997, S. 14, 15; *Haug*, NVwZ 1999, S. 816, 820.

³¹¹ Vgl. *Henneke*, DVBl. 1997, S. 1270; *Schuppert*, DÖV 1995, S. 764 f.

³¹² Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, S. 53; *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, S. 572 ff.

³¹³ Vgl. *Ehlers*, DVBl. 1998, 497, 505; *Schmidt-Aßmann*, in: *ders. (Hrsg.)*, Bes. VerwR., 1. Abschn. Rn. 125.; *Gusy*, Privatisierung und parlamentarische Kontrolle, ZRP 1998, S. 265.

Sachverhalt in allen Einzelheiten eindeutig bestimmte Gebote oder Verbote von Verfassungsrang ableiten, denn dieser Verfassungsgrundsatz bedarf der Konkretisierung in Bezug auf die individuellen sachlichen Gegebenheiten.^[314] So entsteht das organisatorische Erfordernis, dass allein das Gesamtinteresse und die Freiheitsrechte als maßgebliche Richtschnur des Exekutivhandelns dienen.^[315] In Anbetracht des Umstandes, dass staatliche Verwaltung in privater Rechtsform nicht ausgeschlossen ist, verlangen die Voraussetzungen von Privatisierungsentscheidungen, dass Grundrechtseinbußen vermieden werden, Kernbereiche hoheitlichen Handelns gewahrt bleiben und der Staat seinen Kontrollpflichten nachkommen kann.^[316]

Eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips ist der vielzitierte „Vorbehalt des Gesetzes“.^[317] Der Vorbehalt des Gesetzes enthält das Postulat, dass der formelle Gesetzgeber die der staatlichen Eingriffsmöglichkeit obliegende Rechtssphäre selbst abgrenzt und die Eingriffsbefugnis nicht Dritten, speziell Privaten überlässt.^[318] So stellt der Gesetzesvorbehalt kein grundsätzliches Privatisierungshindernis dar. Es zeigt sich dadurch, dass dieser Rechtsgrundsatz – als förmliches Gesetz oder untergesetzliche EntschlieÙung – eines zusätzlichen Rechtsaktes aus demokratisch-rechtsstaatlichen Gründen bedarf. So ist der Vorbehalt des Gesetzes im Wesentlichen eine Folgefrage der rechtstechnischen Umsetzung, wenn der materielle Gehalt und die Zulässigkeit einer Privatisierungsmaßnahme im Wesentlichen bereits feststehen.^[319]

Aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt sich, dass auch die in privatrechtlichen

³¹⁴ Vgl. BVerfGE 7, 89 (92 f.); 74, 129 (152).

³¹⁵ Vgl. BVerfGE 7, 89 (92 f.); 74, 129 (152).

³¹⁶ Vgl. *Däubler*, Privatisierung als Rechtsproblem, S. 82.

³¹⁷ Vgl. BVerfGE 40, 237 (248 f.); 49, 89 (126).; *Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 62 Rdnr. 35 ff.

³¹⁸ Vgl. BVerfGE 8, 71 (76 f.); 20, 257 (258).

³¹⁹ Vgl. *Ludwig*, Privatisierung staatlicher Aufgaben im Umweltschutz, 1998, S.154 ff.

Formen organisierte Leistungsverwaltung an die Grundrechte gebunden bleibt. Aus den Grundrechten kann ein Verbot materieller Privatisierung in all ihren Erscheinungsformen nur dann abgeleitet werden, wenn die Grundrechtsausübung durch die Privatisierung unzulässig eingeschränkt wäre. Das zeigt sehr deutlich am Beispiel der Wasserversorgung.^[320] Ein generelles Verbot der materiellen Privatisierung lässt sich dabei aus den Grundrechten nicht ableiten.^[321] Dogmatisch stellt die kommunale Selbstverwaltung auch eine kompetenzgebundene Ausübung von Hoheitsgewalt gegenüber dem Bürger und keine Wahrnehmung einer unmittelbaren Freiheit dar.^[322] Grundrechte können Hoheitsträgern als Grundrechtsverpflichteten nicht zustehen. Da die Gemeinden keine Träger von Grundrechten sind, können sie sich zur Rechtfertigung ihrer wirtschaftlichen Betätigung auch nicht auf die Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 oder Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG berufen.^[323]

2.2 Steuerstaat und Subsidiaritätsgrundsatz als Triebfeder für die Privatisierung

2.2.1 Steuerstaat

Obwohl die Steuer als die wichtigste Finanzquelle des Staates gilt, ist es wichtig, die profitorientierten Tätigkeiten der Regierung im Steuerstaat

³²⁰ „Da das Wasser nicht nur ein Wirtschaftsgut ist, sondern für das Leben und die Gesundheit der Menschen elementare Bedeutung besitzt, muss der Staat aufgrund des Art. 2 II GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip eine angemessene, ausreichende und flächendeckende Wasserversorgung, die auch den hygienischen und ökonomischen Voraussetzungen entspricht, gewährleisten.“ Vgl. dazu *Forster*, Privatisierung und Regulierung der Wasserversorgung in Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika. 2007, S. 114 ff, 181 ff.

³²¹ Vgl. *Stober*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben-Phantomdiskussion oder Gestaltungsoption in einer Verantwortungsgeteilten, offenen Wirtschafts-, Sozial- und Sicherheitsverfassung?, NJW 2008, S. 2305.

³²² Vgl. *Maurer*, Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, in: DVBl. 1995, S. 1043.

³²³ Vgl. *Knemeyer*, in: BayVBl. 1988, S. 129 ff. bejaht die Grundrechtsfähigkeit bayerischer Gemeinden zumindest für fiskalisch genutztes Vermögen; zu Recht ablehnend *Badura*, Grundrechte der Gemeinde?, in: BayVBl. 1989, S. 1 ff.; *Jachmann*, Der Schutz gemeindlichen Eigentums nach der Bayerischen Verfassung, in BayVBl. 1998, S. 129 ff.

einzuschränken.^[324] Begrenzt durch Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip ist der moderne Staat verpflichtet, die Ordnung der privaten Wirtschaft und die finanziellen Bedürfnisse des Staates sicherzustellen, die im Wesentlichen durch das Steueraufkommen gedeckt werden. Aus diesem Grund liegt im Wesen des Rechtsstaates der Steuerstaat, der sich nicht mehr am Wettbewerb auf dem privaten Markt beteiligt, sondern als Bewahrer der marktwirtschaftlichen Ordnung wirkt. Auf dieser Grundlage erhebt der Staat Steuern von den privaten Wirtschaftsakteuren, um die ordentliche Staatsverwaltung aufrechtzuerhalten.

In einem Steuerstaat hat der Staat eine zwingende Verpflichtung zur Durchführung der öffentlichen Aufgaben.^[325] Einerseits verkörpert diese Verpflichtung die Legitimität der Steuererhebung des Staates, andererseits verfügen die privaten Subjekte in manchen Bereichen tatsächlich über Vorteile, um öffentliche Aufgaben zu erfüllen, was die Notwendigkeit der Privatisierung unterstreicht.^[326] Die staatliche Legitimität des Steuerprinzips zieht die Gewährleistungsverantwortung nach sich; der Staat ist berechtigt, seinen Bürgern steuerliche Pflichten aufzuerlegen, weil er gleichzeitig die Erledigung staatlicher Aufgaben gewährleistet. Dabei wird die finanzielle Leistungsfähigkeit des Staates durch das Steuerstaatsprinzip beschränkt. Privatisierungsmaßnahmen dienen dazu, den staatlichen Einfluss auf dem Markt zu vermindern und zugleich die finanziellen Ausgaben des Staates zu verringern. Demzufolge kann das Steuerstaatsprinzip als ein Privatisierungsgebot verstanden werden.^[327] Gegenmeinungen vertreten,

³²⁴ Vgl. *Heun*, Die Entwicklung des Steuerstaatskonzepts in theoretischer und tatsächlicher Hinsicht. In: Sacksofsky/Wieland (Hrsg.): Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat, Baden-Baden, 2000, S. 10 ff.

³²⁵ Vgl. *Isensee*, Steuerstaat als Staatsform. In: Stödter (Hrsg.): Hamburg, Deutschland, Europa – Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht; FS für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag. Tübingen 1977, S. 409 ff.

³²⁶ Vgl. *Weber-Grellet*, Steuern im modernen Verfassungsstaat, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2001, S. 5.

³²⁷ Vgl. *Heßlinger*, Die Regulierungsverantwortung des Bundes aus Art. 87f Abs. 1 GG für die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutsche Post AG am Beispiel der AGB BRIEF NATIONAL, Herbert Utz Verlag, 2006, S. 25 ff.

dass der Steuerstaat eine Gegenposition zum wirtschaftenden Staat einnimmt, der die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben durch die Erhebung von Steuern gewährleistet und keine eigene wirtschaftliche Tätigkeit zu Lasten der Steuerzahler anstrebt.^[328]

2.2.2 Subsidiaritätsgrundsatz

Der Grundsatz der Subsidiarität kann sich auf das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft, aber auch auf das Verhältnis der verschiedenen staatlichen Ebenen (Bund-Länder-Gemeinden) zueinander beziehen.^[329] Im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft bedeutet der Grundsatz der Subsidiarität einen allgemeinen Vorrang der Privatwirtschaft gegenüber der staatlichen Wirtschaftstätigkeit.^[330] Eine staatliche Wirtschaftstätigkeit könne nämlich nicht effektiv dem Gemeinwohl dienen, wenn der Zweck der Betätigung bei der Privatwirtschaft besser und wirtschaftlicher zu erreichen wäre (sog. Grundsatz der Leistungsparität^[331]). Damit ist eine staatliche Wirtschaftstätigkeit nicht erforderlich, wenn eine ausreichende Versorgung durch die Privatwirtschaft vorhanden ist.^[332]

Der Subsidiaritätsgrundsatz im kommunalen Wirtschaftsrecht resultiert in der Annahme, dass sich die Gemeinde wirtschaftlich nur dann betätigen darf, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird bzw. erfüllt werden kann.^[333] Den Kommunen ist damit ein eigenes Tätigwerden bei Leistungsparität untersagt. Einer Zusammenarbeit mit Dritten steht die Subsidiaritätsklausel aber nicht entgegen.^[334] Durch eine verschärfte Subsidiaritätsklausel sollen die

³²⁸ Vgl. *Buchmann*, Kommunale Energieversorgungsunternehmen in der Krise, S. 238.

³²⁹ Vgl. *Püttner*, in: Brede, Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 47.

³³⁰ So auch *Ehlers*, Gutachten E, S. 48.

³³¹ Vgl. *Berger*, Das kommunalrechtliche Subsidiaritätsgebot als subjektives öffentliches Recht, in: DÖV 2010, S. 119.

³³² So *Berg*, WiVerw 2000, S. 141 ff., S. 157.

³³³ Vgl. *Ehlers*, DVBl. 1998, 497, 501; ders. in: DVBl. 1997, 137, 138; *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, S. 156.

³³⁴ Vgl. *Shirvani*, Public Private Partnership und die Subsidiaritätsprüfung bei öffentlichen

Kommunen verpflichtet werden, Privatisierungspotentiale zu überprüfen und gegebenenfalls eine entsprechende Aufgabenübertragung in Betracht zu ziehen. Das die Liberalisierung und Privatisierung kommunaler Aufgaben stützende Subsidiaritätsprinzip drängt den Einfluss der kommunalen Selbstverwaltung zugunsten Privater zurück und manifestiert sich in der zunehmenden Privatisierung typisch kommunaler Aufgaben wie der Wasser- und Abwasserversorgung.

Das Prinzip des Vorrangs der privaten Aufgabenerledigung kann auch als das grundrechtliche Subsidiaritätsprinzip (Vorrang der kleinsten Einheit)^[335] bezeichnet werden. Danach sollen Privaten Aufgaben der allgemeinen Lebensbewältigung überlassen werden können. Der kommunale Subsidiaritätsgrundsatz unterliegt seinerseits Begrenzungen durch das private Subsidiaritätsprinzip. Soweit der europäische, der Bundes- oder Landesgesetzgeber Privatisierungen anordnet, kollidieren das kommunale und das private Subsidiaritätsprinzip miteinander. Einen starren Vorrang des privaten vor dem kommunalen Selbstverwaltungsprinzip gibt es insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge jedoch nicht.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs folgt in dieser Hinsicht der Faustregel, dass Verstöße gegen die kommunalrechtlichen Subsidiaritätsgebote kein Gegenstand eines zivil-^[336] oder wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch sein können.^[337] Diese Grundsätze regeln den allgemeinen Marktzugang der Kommunen, stellen jedoch kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar und dienen nicht dazu, die Lauterkeit

Unternehmensbeteiligung, DÖV 2011(22), S. 869 f.; *Burgi*, Kommunalrecht, 6. Auflage, 2019, S. 276; *Lange*, Kommunalrecht, 2019, S. 903 ff.; *Erbguth/Mann/Schubert*, Besonderes Verwaltungsrecht: Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Baurecht, 2015, S. 137 ff.

³³⁵ Vgl. *Lecheler*, Subsidiaritätsprinzip, 1993, S. 32; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 290.

³³⁶ Nach BGH, Urt. v. 26. 5. 1961, I ZR 177/60, MDR 1962, 108 f. - Blockeis I; Urt. v. 26. 9. 2002, I ZR 293/99, NJW 2003, 586 (588) - Altkarverwertung, ist das kommunalrechtliche Subsidiaritätsgebot kein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB.

³³⁷ So BGH, Urt. v. 26. 4. 1974, I ZR 8/73, NJW 1974, 1333 ff. - Schilderverkauf; BGHZ 150, 343 ff. - Elektorarbeiten, und BGH, Urt. v. 26. 9. 2002, I ZR 293/99, NJW 2003, 586 (587) - Altkarverwertung.

des Marktverhaltens der Gemeinde im Interesse der privaten Marktteilnehmer zu garantieren.^[338]

2.3 Sozialstaatsprinzip als Beschränkung der Privatisierung

Das Sozialstaatsprinzip im Art. 20 Abs. 2 GG begründet die Verpflichtung des Staates für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze zu sorgen, insbesondere die Schwachen zu schützen und deren Lebensumstände zu verbessern und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen.^[339] Das Sozialstaatsprinzip erfordert zwingend, dass der Staat die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein seiner Einwohner gewährleistet.^[340] Durch die programmatische Fassung des konkretisierungsbedürftigen Sozialstaatsprinzips lässt sich aus diesem keine genaue verfassungsrechtliche Grenze für die wettbewerbsrelevante Staatstätigkeit entnehmen. Diese Begrenzung bleibt der Ausgestaltung des einfachen Gesetzgebers vorbehalten. So folgt aus dem Sozialstaatsprinzip ein Gebot der gesamtwirtschaftlichen Beeinflussung auch durch wettbewerbsrelevante Staatstätigkeit als Mittel zur Erfüllung des sozialstaatlichen Zwecks bzw. ein Verbot, den Wirtschaftsablauf völlig sich selbst zu überlassen.^[341]

Aus dem Sozialstaatsprinzip lässt sich keine Vorrangigkeit des privaten vor dem staatlichen Handeln ableiten. Deshalb beinhaltet das Sozialstaatsprinzip keine Aussagen zu einem Privatisierungsverbot. Einerseits nimmt die öffentliche Hand selbst die Durchführung von öffentlichen Aufgaben wahr, andererseits überlässt sie die Wahrnehmung solcher öffentlichen Aufgaben

³³⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 24. 9. 2002, KZR 4/01, NJW 2003, 752 ff. - Schilderprägebetrieb; Urt. v. 19. 6. 1986, I ZR 53/84, NJW 1987, 62 (63) - Bestattungswirtschaftsbetrieb II; Urt. v. 19. 6. 1986, I ZR 54/84, NJW 1987, 60 (61) - Bestattungswirtschaftsbetrieb I; OLG Karlsruhe, Urt. v. 16. 11. 2000, 4 U 171/99, NVwZ 2001, 712 (714) - Landschaftsgartenbau; OVG LSA, Urt. v. 29. 10. 2008, 4 L 146/05, NVwZ-RR 2009, 347 (349).

³³⁹ Vgl. BVerfGE 22, 180 (204).

³⁴⁰ Vgl. BVerfGE 82, 60 (80); 59, 231 (263); 94, 241 (263); 96, 288 (306, 308); 98, 169 (201).

³⁴¹ Vgl. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997, S. 132 f.

Privaten.^[342] Ein weitgreifendes Privatisierungsverbot lässt sich auch deshalb nicht aus dem Sozialstaatsprinzip ableiten, da die Sozialpolitik auch ohne öffentliche Unternehmen verwirklicht werden kann. Nur wo sich im Bereich der Daseinsvorsorge die Aufgabenerledigung ohne staatliche Betätigung nicht erreichen lässt, kann sich im Einzelfall eine Pflicht der öffentlichen Hand zur Betätigung und damit ein Privatisierungsverbot herleiten.^[343]

Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet die Kommunen im Bereich der Daseinsvorsorge, für den Bestand und die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Einrichtungen zu sorgen, sowie diese gegebenenfalls zu etablieren und zu betreiben, soweit sie zur Erfüllung unentbehrlicher und lebensnotwendiger Grundbedürfnisse der Bürger erforderlich sind. Es genügt aber, wenn die Bereitstellung solcher Einrichtungen und Leistungen von der Verwaltung überwacht wird (Einwirkungspflicht der Verwaltung) und die Gewährleistungsverantwortung anstatt der Durchführungsverantwortung von Staat und Kommunen wahrgenommen wird.^[344] Auch das Sozialstaatsprinzip vermag damit keine genauen Grenzen für die kommunale Wirtschaftstätigkeit zu liefern. Es kann jedoch im Einzelfall der Legitimation von wirtschaftslenkenden gesetzgeberischen Eingriffsakten dienen. So sieht beispielsweise auch die Rechtsprechung die Einführung eines Anschluss- und Benutzungszwangs als eine Konkretisierung der dem Eigentum anhaftenden Sozial- und Umweltverpflichtung an.^[345]

³⁴² Vgl. *Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: Herdegen/Stefan/Martin/von Armin (Hrsg.), Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts, 2003, S. 266 ff.; v. *Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 77; *Gersdorf*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, JZ 2008, S. 839.

³⁴³ Vgl. *Ronellenfitsch*, in: *Blümel*, Forsthoff Kolloquium, S. 77; *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen: ein Handbuch zu Verfassungs- und Rechtsfragen der öffentlichen Wirtschaft, 1984, S. 178 ff.; *Broß*, JZ 2003, S. 874 ff., S. 874 f.

³⁴⁴ Vgl. *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, S. 156.

³⁴⁵ BVerwG, NVwZ-RR 1990, S. 96; BGHZ 40, 355 (361).

3. Die Zulässigkeit der Privatisierung der kommunalen Daseinsvorsorge

Das Verfassungsrecht zwingt die Kommunen nicht generell dazu, in eigener Verantwortung die Versorgung der Bevölkerung zu übernehmen. Es gibt keine zwingende Betriebspflicht der Kommunen. Deshalb ist eine Privatisierung der gemeindlichen Aufgaben in der Regel zulässig^[346], sofern die Gewährleistungsverpflichtung der öffentlichen Hand bestehen bleibt.^[347]

Bei der kommunalen Aufgabenwahrnehmung wird grundsätzlich zwischen obligatorischen und freiwilligen Aufgaben der Gemeinden unterschieden.^[348]

Welche Leistungen welchen Aufgaben zugeordnet werden, hängt hauptsächlich von den kommunalrechtlichen Bestimmungen der jeweiligen Länder ab.

In Deutschland haben sich zwei Grundtypen der kommunalen Aufgabenwahrnehmung herausgebildet: Die dualistische (Bayern, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt und Thüringen) und die monistische (Brandenburg, Baden-Württemberg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen und Schleswig-Holstein) Aufgabenstruktur. Grenzen für die Zusammenarbeit in öffentlich-privaten Partnerschaften ergeben sich zunächst in Bereichen, in denen das Gesetz den Gemeinden ausdrücklich Aufgaben zuweist. Auf kommunaler Ebene betrifft dies Länder, die in ihren Gemeindeordnungen eine dualistische Aufgabenstruktur vorsehen und damit Auftragsangelegenheiten und Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeinden voneinander trennen, und in Ländern mit einer monistischen Aufgabenstruktur, die Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung sowie

³⁴⁶ Vgl. *Mayen*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben: rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, DÖV 2001, S. 112.

³⁴⁷ Vgl. *Britz*, „Kommunale Gewährleistungsverantwortung“–Ein allgemeines Element des Regulierungsrechts in Europa?, *Die Verwaltung* 2004 (37), 145 ff.; *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004, S. 186 f.

³⁴⁸ Vgl. *Weber/Schäfer/Hausmann*, Praxishandbuch: Public Private Partnership, C. H. Beck 2005, S. 193.

die Pflichtaufgaben ohne Weisung unterscheiden.^[349]

Bei der gesetzmäßigen Wahrnehmung dieser Aufgaben ist es der Gemeinde verwehrt, sich ihrer grundsätzlich vollständig zu entledigen.^[350] Das schließt aber nicht aus, dass die Gemeinde die ihr übertragene Aufgabe in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllen kann, sich also der Hilfe Privater bedient, solange die Aufgabenverantwortung selbst bei ihr verbleibt. Eine solche Form der Verwaltungshilfe, die auch als funktionale Privatisierung bezeichnet wird^[351], ist auch ohne gesetzliche Ermächtigungsgrundlage grundsätzlich zulässig.^[352]

Die Übertragung von freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben auf einen Privaten bedarf im Allgemeinen keiner gesetzlichen Rechtfertigung. Denn nach überwiegender Auffassung bedürfen weder die Organisation der gemeindlichen Selbstverwaltung noch die Erbringung von Leistungen durch die Gemeinden einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.^[353] Die Überführung einer der Erfüllung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben dienenden Einrichtung in eine Public Private Partnership unterliegt folglich dem pflichtgemäßen Ermessen der Gemeinde. Im Rahmen dieses Ermessens sind die örtlichen Bedürfnisse und die Leistungsfähigkeit der Gemeinde zu berücksichtigen.^[354]

4. Ergebnis

Rechtsstaatsprinzip, Demokratieprinzip, Sozialstaatsprinzip, Prinzip der

³⁴⁹ Vgl. *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 227 ff.; *Burgi*, Kommunalrecht, 6. Auflage, 2019, S. 95 ff.; *Lange*, Kommunalrecht, 2019, S. 718 ff.; *Erbguth/Mann/Schubert*, Besonderes Verwaltungsrecht: Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Baurecht, 2015, S. 95 ff.

³⁵⁰ Vgl. *Burgi*, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht, NVwZ 2001, S. 602; *Mayen*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, DÖV 2001, S. 111.

³⁵¹ Vgl. *Lange*, Kommunalrecht, 2019, S. 746 ff.

³⁵² Vgl. *Ehlers*, Gutachten E zum 64. DJT, 2002, S. 93.

³⁵³ Vgl. *Eifert*, VerwArch 2002, S. 567.

³⁵⁴ Vgl. *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 533; *Erbguth/Mann/Schubert*, Besonderes Verwaltungsrecht: Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Baurecht, 2015, S. 137; *Schoch/Danwitz*, Besonderes Verwaltungsrecht: mit Onlinezugang zur Jura-Kartei-Datenbank, 2013, S. 87.

kommunalen Selbstverwaltung und Steuerstaatsprinzip – all diese Grundsätze gelten als Basis für die Argumentation über die Legitimität der kommunalen Daseinsvorsorge. Das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip stellen Ermächtigung und Ordnung für die Privatisierung her. Das Steuerstaatsprinzip und der Subsidiaritätsgrundsatz bieten Unterstützung für die Forderung nach Privatisierung, während das Sozialstaatsprinzip als eine Schranke für die Privatisierung angesehen wird. Die enge Beziehung zwischen der Daseinsvorsorge und Privatisierung, aber auch die betreffenden Forderungen und Beschränkungen, bilden die Kernpunkte, die in der Argumentation über die Legitimität und Legalität der Privatisierung zu berücksichtigen sind.

E. Rekommunalisierung in der kommunalen Daseinsvorsorge

1. Die Phase nach der Privatisierung: Privatisierungsfolgenrecht und Rekommunalisierung

Die Rekommunalisierung stellt einen unstrukturierten Sammelbegriff dar^[355], der von *Libbe, Hanke* und *Verbücheln* folgendermaßen definiert wird:

„Gemeint ist damit ein der Privatisierung entgegengesetzter, „fließender“ Trend weg von materieller Privatisierung hin zur Eigenwahrnehmung durch öffentliche Einrichtungen. Dabei ist die Aufgabenwahrnehmung durch privatrechtlich organisierte Eigenunternehmen (anstelle von privatwirtschaftlichen Unternehmen), der Ausdruck einer formellen Privatisierung, zweifellos eine – wenn nicht sogar die gängigste – Form der Rekommunalisierung.“^[356]

Auf kommunaler Ebene beschreibt Rekommunalisierung den umgekehrten

³⁵⁵ *Budäus/Hilgers*, Mutatis mutandis: Rekommunalisierung zwischen Euphorie und Staatsversagen, DÖV 2013, S. 702; *Guckelberger*, Die Rekommunalisierung privatisierter Leistungen in Deutschland, VerwArch 2013 (104), S. 162 f.

³⁵⁶ *Libbe/Hanke/Verbücheln*, Rekommunalisierung-Eine Bestandsaufnahme, 2011, S. 4.

Vorgang zur Privatisierung.^[357] Im Konkreten werden bei der Rekommunalisierung, die zunächst privatisierten Wasser- und Energieversorgungsunternehmen, Verkehrsbetriebe und Wohnungsunternehmen der Privatwirtschaft abgekauft, um diese wieder unter kommunaler Regie zu betreiben.^[358] Daneben thematisieren die beiden Begriffe der Privatisierung und Rekommunalisierung Umverteilungsprozesse zwischen dem öffentlichen und privaten Sektor - allerdings in gegensätzlicher Richtung: Während es bei der Privatisierung um Umverteilungsprozesse „hin zum Privaten“ geht, bedeutet Rekommunalisierung Umverteilungsprozesse „hin zum Öffentlichen“ auf der kommunalen Ebene.^[359]

Die Rückkehr des Öffentlichen ist das wesentliche Merkmal für die Rekommunalisierung. Man kann verschiedene Erscheinungsformen der Rekommunalisierung festmachen. Beispielsweise gibt es nicht nur die Rückübertragung des vormals öffentlichen Betriebes auf die Gebietskörperschaft, sondern auch die Schaffung neuer Kooperationsformen zwischen kommunalen und nichtwirtschaftlichen Einrichtungen^[360], wie beispielsweise die Öffentlich-Öffentliche-Partnerschaft (ÖÖP)^[361], oder die Kooperation zwischen Gemeinden und gemeinnützigen Organisationen im Rahmen einer Öffentlich-Bürgerschaftliche-Partnerschaft (ÖBP).^[362]

³⁵⁷ Vgl. *Brüning*, Rechtliche Voraussetzungen der Rekommunalisierung, in: *Bauer/Büchner/Hajasch* (Hrsg.), *Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge*, uni-potsdam-Verlag 2012, S.59; *Leisner-Egensperger*, *Rekommunalisierung und Grundgesetz*, NVwZ 2013, S. 1111 f.

³⁵⁸ Ebd.

³⁵⁹ Vgl. *Libbe/Hanke*, *Rekommunalisierung – neue alte Wege der öffentlichen Daseinsvorsorge*, der *gemeindehaushalt* 2011, S.109; *Brüning*, (Re-) Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand – Maßstäbe und Grenzen, *VerwArch* 100 (2009), S. 454.

³⁶⁰ Vgl. § 85 Abs. 3 GemO Bayern.

³⁶¹ Vgl. *Gern*, *Deutsches Kommunalrecht*, 3. Aufl. 2003, S. 589 ff.; *Rengeling*, § 38 Formen interkommunaler Zusammenarbeit, in: *HKWP II*, S. 385 ff.

³⁶² Vgl. *Bauer*, *Publizisierung*, *JZ* 2014, S. 1017; *ders.* *Zukunftsthema „Rekommunalisierung“*, *DÖV* 2012, S. 335.

1.1 Privatisierungsfolgenrecht auf Ebene der Kommune und des Bundes

Wenn man den Privatisierungsvorgang vor der Deprivatisierung oder konkret vor der Rekommunalisierung beobachtet, fallen einige Phänomene auf, für die das Privatisierungsfolgenrecht Lösungen entwickeln muss. Wenn die Privatisierung nicht zu den gewünschten Ergebnissen führt, muss zum einen geregelt werden, wie die Privatisierung weitergehen soll, und zum anderen, wie man die Privatisierung stoppen kann. Dafür müssen Lösungen auf kommunaler und Bundesebene mittels normativer Grundlage entwickelt werden. Soweit die Privatisierung durch den Bund durch das Grundgesetz gewährleistet wird, gibt es keinen Spielraum für Deprivatisierungsmaßnahmen.^[363] Darüber hinaus bleibt das Problem der sogenannten Regulierung auf Bundesebene.^[364]

Auf dem kommunalen Sektor gibt es komplexe Rahmenbedingungen für die Deprivatisierung. Einerseits resultieren aus der Rechtsdogmatik^[365] des Privatisierungsfolgenrechts auf kommunaler Ebene Kontroll- und Einwirkungspflichten, um einen beherrschenden Einfluss zu garantieren.^[366] Andererseits muss das Privatisierungsfolgenrecht für die Rekommunalisierung Regelungen für die Beendigung der Privatisierung und Rückübertragung öffentlicher Aufgaben auf die Kommunen anbieten.

Die Privatisierungen erfolgen nicht nur auf Bundes-, sondern auch auf kommunaler Ebene. Die Einflußnahme des Staates und die

³⁶³ Vgl. §§ 87e, 87f. GG.

³⁶⁴ Vgl. *Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 1997 (56), S. 235. „*Ein aktuelles Begriffsverständnis sieht den Begriff der Regulierung im Zusammenhang der sozialwissenschaftlichen Konzeption politischer und gesellschaftlicher Steuerung. Hier soll die Deprivatisierung auf der Bundesebene nicht diskutiert werden, sondern die Betrachtung konzentriert sich auf den kommunalen Sektor*“.

³⁶⁵ Vgl. *Ehlers* Verwaltung in Privatrechtsform, S. 124 ff.; *Püttner*, DVBI 1975, S. 353 ff.; v. *Danwitz*, AöR 1995 (120), S. 595.

³⁶⁶ Vgl. *Littwin*, in: *Meyer-Hofmann/Riemenschneider/Weihrauch* (Hrsg.), Public Private Partnership, 2008, Rn. 21; *Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben- Gestaltungsmöglichkeit, Grenz, Regelungsbedarf, Gutachten D zum 67. Deutschen Juristentag, 2008, D 39; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 662.

Steuerungskraft^[367] des öffentlichen Rechts muss auf gesellschaftlichem und wirtschaftlichem Gebiet betrachtet werden.^[368] An dieser Stelle befindet sich der Brennpunkt des Privatisierungsfolgenrechts.^[369] Für das Problem der Sicherung des Einflusses der öffentlichen Hand gibt es verschiedene Erscheinungsformen auf Bundes- und kommunaler Ebene. Die Kernfrage auf Bundesebene ist die sogenannte Regulierung^[370], während sie sich auf kommunaler Ebene auf die Sicherung der Einwirkungspflicht konzentriert.

In diesem Fall wird die Regulierung^[371] als auf Dauer angelegte staatliche Steuerung mit unterschiedlichen Mitteln und Zielsetzungen verstanden, wobei im Vordergrund der empirischen Untersuchung die spezifische staatliche Steuerung wirtschaftlicher Tätigkeit steht.^[372] Kennzeichnend für das Regulierungsverwaltungsrecht sind bereichsbezogene Ungewissheitsbedingungen sowie besondere Gestaltungsbefugnisse der zuständigen (Regulierungs-) Behörden, ihre tendenzielle Verselbständigung^[373] und die Indienstnahme der Betroffenen bzw. ihrer Handlungsrationitäten für die gesetzlichen Regulierungsziele (z. B. § 2 Abs. 2 TKG).^[374] Maßgebliche

³⁶⁷ Vgl. *Ruffert*, Regulierung im System des Verwaltungsrechts: Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation, AöR 1999, S.242 f.; *Hoffmann-Riem*, Organisationsrecht als Steuerungsressource, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 358.

³⁶⁸ Vgl. hierzu *Koenig*, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung, 1994, S. 289; *Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 1990, § 2 I 2 c bb.

³⁶⁹ In Anlehnung an *Bauer*, VVDStRL 1995 (54), S. 277 ff.

³⁷⁰ Vgl. *Ruffert*, Regulierung im System des Verwaltungsrechts – Grundstrukturen eines Privatisierungsfolgenrechts der Post und Telekommunikation, AöR 1999 (124), S. 237 ff.; *Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, 2004, S. 32 ff.; *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 15. Aufl. 2006, § 29 I 2.

³⁷¹ Zu Definitionen und Voraussetzungen von Regulierung vgl. *Ruffert*, Regulierung im System des Verwaltungsrechts: Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation, AöR 1999, S.241 f.

³⁷² Vgl. *Eifert*, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Vosskuhle, GVwR I, 2007, § 19 Rn. 5; *Badura*, Wettbewerbsaufsicht und Infrastrukturgewährleistung durch Regulierung im Bereich von Post und Telekommunikation, FS Großfeld, 1999, S. 35/41 f.; *Huber*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, in: Schmidt-Abmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2008, 3. Kap. Rdnr. 353 ff.; *Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? D 54; *Trute*, Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, FS für Brohm, 2002, S. 171.

³⁷³ Vgl. *Pielow*, Wie „unabhängig“ ist die Netzregulierung im Strom- und Gassektor?, DÖV 2005, S. 1017 ff.

³⁷⁴ Vgl. *Stober*, Telekommunikation zwischen öffentlich-rechtlicher Steuerung und privatwirtschaftlicher Verantwortung, DÖV 2004, S. 221 ff.; *Trute*, Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, S. 172, 177 ff.

Adressaten der Regulierung sind vor allem öffentlich beherrschte Unternehmen (Deutsche Telekom AG, Deutsche Post AG, Deutsche Bahn AG, etc.).^[375] Von diesen werden am Markt nicht nur Dienstleistungen von allgemeiner wirtschaftlicher Bedeutung (Art. 86 Abs. 2, Art. 16 EG) erbracht, sondern diese sind i. d. R. auch dem Gemeinwohl verpflichtet. In diesem Prozess sollen die rechtsstaatlichen Anforderungen beachtet werden.^[376]

Da die Regelung der Kontrollrechte und Einwirkungspflichten durch das Privatisierungsfolgenrecht ausführlich im folgenden Kapitel diskutiert wird, soll hier der einfache Hinweis auf eine gesetzliche Vorschrift genügen, um einen Einstieg in das Thema zu bieten. § 88 GemO (Rheinland-Pfalz)^[377] enthält Regelungen über die Vertretung der Gemeinde in den Organen der Gesellschaften und über das Weisungsrecht des Gemeinderats an die Vertreter der Gemeinde in den Gesellschaftsorganen. Nach § 88 Abs. 1 Satz 6 GemO, der über § 88 Abs. 3 GemO auf Aufsichtsräte, Verwaltungsräte und Beiräte entsprechende Anwendung findet, kann der Gemeinderat den Vertretern der Gemeinde in den Organen des Unternehmens Weisungen erteilen. Problematisch ist, ob solche Weisungen nach den für privatrechtliche Unternehmen geltenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zulässig sind. Diese Frage wird im folgenden Kapitel ausführlich diskutiert werden.

³⁷⁵ Vgl. Huber, Die Demontage des Öffentlichen Rechts. In: Kluth (Hrsg.), Wirtschaft - Verwaltung - Recht. 2008, S. 551 ff.

³⁷⁶ Siehe etwa v. Danwitz, Was eigentlich ist Regulierung?, DÖV 2004, S. 984, „Dennoch hat sich die Diskussion um das Wesen der Regulierung als eine lehrreiche Gelegenheit erwiesen, um über die Suggestionskraft innovativer Begrifflichkeiten nachzudenken, die ebenso sympathisch wie unbestimmt daherkommen und von ihren Protagonisten zur Umgestaltung der gesetzlichen Grundlagen eingesetzt werden.“ Ferner Masing, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D für den 66. DJT, 2006, D 9 ff.

³⁷⁷ Gemeindeordnung (GemO) in der Fassung vom 31. Januar 1994 (GVBl. S. 153), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. Dezember 2015 (GVBl. S. 477). Landesverordnung zur Durchführung der Gemeindeordnung (GemODVO) vom 21. Februar 1974 (GVBl. S. 98), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Landesverordnung vom 06. November 2009 (GVBl. S. 379); Verwaltungsvorschriften zur Durchführung der Gemeindeordnung (GemO-VV) vom 3. Mai 1979 (MinBl. S. 179), zuletzt geändert durch Rundschreiben des Ministeriums des Innern und für Sport vom 09. Dezember 2016 (MinBl. S. 278 bis 280)

1.2 Rekommunalisierung zur Heilung von Privatisierungsfolgen

Die Rekommunalisierung auf Gemeindeebene bedeutet nicht die Rückkehr zum Wohlfahrtsstaat, sondern sieht sich als Ausleseprozess für die Privatisierungsergebnisse, um negative Folgen der Privatisierung zu beseitigen. Solche Deprivatisierungsmaßnahmen stellen nicht den Nutzen der Privatisierung als solchen in Frage, sondern versuchen den Missbrauch der Privatisierung durch Erhöhung des öffentlichen Faktors zu überwinden. Überwiegend gelten private Faktoren als die Ursache für den Missbrauch.

Die Rekommunalisierung zeigt unterschiedliche Auswirkungen in verschiedenen Bereichen der Privatisierungsfolgen. So können diese für die Beschäftigten des rekommunalisierten Unternehmens, für die Einwohner der Kommune und die konkurrierenden Unternehmen unterschiedlich ausfallen.^[378] Für die Beschäftigten stellt die Rekommunalisierung einen Betriebsübergang nach § 613a BGB dar, sofern die Übernahme der wesentlichen Teile der Betriebsmittel erfolgt.^[379] Die Konsequenzen für die Einwohner der Kommune richten sich maßgeblich nach der Art der Rekommunalisierung. Trotz materieller Rekommunalisierung ist weiterhin nur ein privatrechtliches Handeln des rekommunalisierten Unternehmens möglich, sodass grundsätzlich in der Leistungserbringung keine Unterschiede zu bemerken sind. Auch die funktionelle Rekommunalisierung betrifft vor allem den verwaltungsinternen Bereich, aus dem private Dienstleister wie etwa Reinigungsfirmen hinausgedrängt werden. Auch hier dürften die Folgen für die Einwohner zunächst kaum zu spüren sein. Bei formaler Rekommunalisierung hingegen gewinnt das kommunale Unternehmen erneut die Möglichkeit, öffentlich-rechtlich zu handeln. Dies kann für das Tätigwerden durch Verwaltungsakte statt durch den Abschluss

³⁷⁸ Vgl. *Langeloh*, Die verfassungs- und unionsrechtliche Rechtfertigung einer zulassungs-ortabhängigen Autobahnbenutzungsgebühr, DÖV 2014, S. 364 f.

³⁷⁹ Ebenso *Iwers*, Rekommunalisierung des Rettungsdienstes und Betriebsübergang, LKV 2010, S. 14.

privatrechtlicher Verträge und die Erhebung vollstreckbarer Gebühren an Stelle von klagbaren vereinbarten Entgelten eine entscheidende Bedeutung entfalten.^[380] Für die konkurrierenden Unternehmen schließlich tritt an Stelle eines privaten Mitbewerbers ein kommunaler, der ggf. auf die Informationen der Kommune, auf deren finanzielle Ressourcen und das Prestige ihres Namens zurückgreifen kann. Dies kann die Wettbewerbssituation der privaten Unternehmen erheblich verschlechtern.^[381]

2. Rekommunalisierung: Gründe und Wege

Es finden sich in der Verwaltungspraxis unterschiedliche Rekommunalisierungsmotive.^[382] Wenn die öffentliche Hand mit ihren Privatisierungszielen wie Kostensenkung und Einsparung durch Kräftebündelung, Zusammenführung von Sachkompetenz und Know-How der beteiligten Akteure, Stärkung der Verwaltungskraft, Effizienzsteigerung und ähnlichen Synergieeffekten gescheitert ist, entsteht häufig der Wunsch nach einer Rekommunalisierung. Als Impuls für diese kann das Auslaufen von Konzessionsverträgen im Energiebereich dienen.^[383] Aber auch Misswirtschaft, Preiserhöhungen, allgemeine Unzufriedenheit mit der Leistungserbringung sowie die Schwäche des kommunalen Einflusses lassen den Wunsch nach einer Rekommunalisierung entstehen.^[384]

³⁸⁰ Vgl. *Langeloh*, Die verfassungs- und unionsrechtliche Rechtfertigung einer zulassungs-ortabhängigen Autobahnbenutzungsgebühr, DÖV 2014, S. 364 f.

³⁸¹ Vgl. *Langeloh*, Die verfassungs- und unionsrechtliche Rechtfertigung einer zulassungs-ortabhängigen Autobahnbenutzungsgebühr, DÖV 2014, S. 364 f.

³⁸² Vgl. *Leisner-Egensperger*, Rekommunalisierung und Grundgesetz, NVwZ 2013, 1111 ff.; *Guckelberger*, Die Rekommunalisierung privatisierter Leistungen in Deutschland, VerwArch 2013 (104), S. 165 f.

³⁸³ Siehe *Leisner-Egensperger*, Rekommunalisierung und Grundgesetz, NVwZ 2013, 1110 ff.; *Schlacke/Kröger*, Zur Unionsrechtskonformität des EEG bei zunehmender Rekommunalisierung und Verstaatlichung der Elektrizitätswirtschaft, DVBl. 2013, 401 ff.

³⁸⁴ Vgl. *Röber*, Privatisierung adé ?- Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen im Lichte des Public Managements, Verwaltung & Management 2009, S. 228.

2.1 Rekommunalisierungsgründe

Die Gründe für eine Rekommunalisierung sind vielfältig und unterschiedlichen Ursprungs:

„(...) ein neu erwachtes Selbstbewusstsein der Kommunen, - die Wiederbelebung der kommunalen Selbstverwaltungsidee, - die Einbindung der Bürger in das Gemeinwesen durch die Erschließung von Mitwirkungspotentialen und die Bereitstellung von Partizipationsoptionen in einem Modell der Bürgergemeinde, - die Rückbesinnung auf Leitbilder öffentlicher Daseinsvorsorge (Gemeinwohlorientierung statt reiner Profitmaximierung, „citizen value“ statt „shareholder value“ etc.), - die Rückgewinnung kommunaler Steuerungsoptionen und Einflussmöglichkeiten auf die Aufgabenerledigung einschließlich der dazugehörigen Kontrolle, - die Aufbrechung monopolartiger privater Leistungserbringung mit Gewinnerzielungsinteressen, - die Schaffung effizienter kommunaler Firmenstrukturen mit Rückwirkungen auf die Qualität der Leistungserbringung, - die Erhaltung von Arbeitsplätzen, - die Wahrung von Umwelt- und Sozialstandards, - Kostensenkungen für die Bürger, - die Erschließung von Einnahmequellen zur Querfinanzierung defizitärer Segmente kommunaler Aufgabenerfüllung.“ ^[385]

Schmidt unterscheidet hingegen einige Arten von Gründen für die Rekommunalisierung:^[386] Die Aufsicht über die Finanzsituation in der Kommune^[387], die besonderen Sozialstandards der Einwohner, z.B. Umweltschutz^[388], Preissenkungen der Leistungserbringung^[389],

³⁸⁵ Bauer, Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, DÖV 2012 (09), S. 335 ff.

³⁸⁶ Vgl. Langeloh DÖV 2014, S. 358 f.; Leisner-Egensperger NVwZ 2013, S. 1110 ff.; Libber/Hanke, Der Gemeindehaushalt 2011, S. 108 ff.

³⁸⁷ Siehe Bauer, Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, DÖV 2012, S. 335.

³⁸⁸ Siehe Guckelberger, Die Rekommunalisierung privatisierter Leistungen in Deutschland, VerwArch 104 (2013), S. 165 f.

³⁸⁹ Vgl. Röber, Privatisierung adé?, Verwaltung & Management 2009, S. 230 f.

Verstärkung des politischen Einflusses der Kommune^[390] und Vergrößerung ihrer Gestaltungsmöglichkeiten^[391], Schaffung effizienter kommunaler Unternehmensstrukturen.^[392] Es kann dabei festgehalten werden, dass der Umfang der Privatisierung nur selten dem Umfang der Rekommunalisierung entspricht.

Die Rekommunalisierung zielt auf die Rückgängigmachung oder Korrektur der gescheiterten Privatisierungen ab. Aus dieser Perspektive kann man sagen, dass sie eher einen Korrekturmechanismus gegenüber der Privatisierung darstellt, deren Zweck die Rückkehr zum Öffentlichen ist, nämlich durch die Erhöhung der Steuerkraft die Zufriedenheit der Bevölkerung gemeinsam mit der Qualität der öffentlichen Dienstleistung zu steigern.

2.2 Wege der Rekommunalisierung

Die Rückkehr zum Öffentlichen ist das wesentliche Merkmal der Rekommunalisierung. *Libbe ua.* haben wichtige Kennzeichen von Rekommunalisierung aufgezeigt:^[393] Wiederaufgreifen von Aufgaben durch einen Verwaltungsträger (als Konkurrent oder Monopolist); Neugründung von Eigengesellschaften zum Aufgreifen von Aufgaben (als Konkurrent oder Monopolist); Rückübertragung operativer Dienstleistungen auf Regie- oder Eigenbetriebe als Teil der Verwaltung; Überführung von Kapitalgesellschaften in öffentlich-rechtliche Organisationsformen; Erhöhung des Gesellschaftsanteils an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen.

³⁹⁰ Vgl. *Libber/Hanke*, Der Gemeindehaushalt 2011, S. 108 ff.; *Burgi* NdsVBI. 2012, S. 232.

³⁹¹ Vgl. *Guckelberger*, Die Rekommunalisierung privatisierter Leistungen in Deutschland, *VerwArch* 2013 (104), S. 165.

³⁹² Vgl. *Budäus/Hilgers* DÖV 2013, S. 702.; *Guckelberger*, *VerwArch* 2013 (104), S. 183.

³⁹³ Vgl. hierzu etwa *Libbe/Hanke/Verbücheln*, Rekommunalisierung – Eine Bestandsaufnahme, 2011 (DifuPaper), S. 5.

2.2.1 Typen der Rekommunalisierung

In Anlehnung an die Typologie der Privatisierung kann man die Rekommunalisierung als das Gegenstück zu den entsprechenden Formen der Privatisierung darstellen. Demnach ist zwischen materieller, funktioneller und formeller Rekommunalisierung zu unterscheiden.^[394]

Als materielle Rekommunalisierung kann man die Erhöhung der in öffentlicher Hand gehaltenen Anteile an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ansehen oder den kommunalen Rückerwerb der Anteile an dem betroffenen Unternehmen in Privatrechtsform.^[395] Dazu zählt auch die Vermögensrekommunalisierung in Form des Rückerwerbs von Eigentum an Immobilien.

Unter funktioneller Rekommunalisierung oder auch Aufgabenrekommunalisierung versteht man die Rückübertragung des „öffentlichen Dienstes“, der vormals auf Private ausgegliederten Aufgaben, auf die Kommune.^[396]

Bei der formellen Rekommunalisierung wird ein vollständig im Eigentum der Kommune stehendes Unternehmen in Privatrechtsform wieder in eine öffentlich-rechtliche Form überführt; dazu zählen im weitesten Sinne Einrichtungen, Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts.^[397]

Vor diesem Hintergrund setzt die formelle Rekommunalisierung die materielle Rekommunalisierung voraus.

³⁹⁴ Vgl. *Langeloh* DÖV 2014, S. 357 ff.; *Libbe/Hanke/Verbücheln*, Rekommunalisierung – Eine Bestandsaufnahme, 2011 (DifuPaper), S. 5; *Rottmann/Redlich*, Rekommunalisierung nicht allein – Intersektoraler Trend oder punktuelle Phänomene?, *Behördenpiegel*, 28. Jg., 23. Woche, S. 11.

³⁹⁵ Siehe *Libbe/Hanke*, Rekommunalisierung – neue alte Wege der öffentlichen Daseinsvorsorge, *Gemeindehaushalt* 2011, S. 108 ff.

³⁹⁶ Siehe *Libbe/Hanke*, Rekommunalisierung – neue alte Wege der öffentlichen Daseinsvorsorge, *Gemeindehaushalt* 2011, S. 108 ff.

³⁹⁷ Siehe *Libbe/Hanke*, Rekommunalisierung – neue alte Wege der öffentlichen Daseinsvorsorge, *Gemeindehaushalt* 2011, S. 108 ff.

2.2.2 Reale und un reale Rekommunalisierung

Vor dem Hintergrund der Vielgestaltigkeit der Rekommunalisierung wird versucht, zwei Grundtypen zu differenzieren; nämlich den Typ der realen Rekommunalisierung und den Typ der unrealen Rekommunalisierung.

Die sogenannte reale Rekommunalisierung bedeutet, dass die Aufgabe wieder allein von der Gemeinde erfüllt wird, z. B. durch einen Eigenbetrieb oder kommunale Unternehmen als Anstalten des öffentlichen Rechts. Für die un reale Rekommunalisierung bleibt der Gemeinde die Kooperationsmöglichkeit mit anderen Subjekten; es wird lediglich der öffentliche Einfluss auf die Organisation vergrößert.

Nachfolgend soll daher untersucht werden, in welchem Umfang und mit welchen rechtlichen Mitteln eine Rekommunalisierung von bisher privat geführten Unternehmen verwirklicht werden kann.

(1) Unreale Rekommunalisierung (funktionelle Rekommunalisierung)

Die un reale Rekommunalisierung stellt einen Fall der funktionellen Rekommunalisierung dar. Dabei werden die Aufgaben zwar an die öffentliche Hand zurückgegeben, jedoch in Folge nicht von der öffentlichen Hand erledigt, sondern öffentlichen Einrichtungen übergeben, die entweder zum öffentlichen oder privaten Sektor gehören. Die typische Erscheinungsform der unrealen Rekommunalisierung bilden die „Public Public Partnerships“ (PuPuP) bzw. „Öffentlich-Öffentliche Partnerschaften“ (ÖÖP) als neue Verwaltungshelfer auf kommunaler Ebene.^[398]

Ähnlich wie beim ÖPP-Modell können auch typologisch zwei Grundformen^[399] der PuPuP unterschieden werden^[400], nämlich die PuPuP

³⁹⁸ Vgl. *Bauer*, Verwaltungskooperation: Public Private Partnerships und Public Public Partnerships, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf* (Hrsg.), Universitätsverlag Potsdam, 2008, S. 19.

³⁹⁹ Vgl. *Ziekow/Siegel*, Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche

auf Vertragsbasis und die Organisations-PuPuP.^[401] Bei der Vertrags-PuPuP erfolgt die Zusammenarbeit auf Grundlage privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Verträge. Dieser Vorgang geht mit keiner Änderung der Aufgabenerfüllung einher. Als einzige Neuerung tritt ein öffentliches Subjekt als Kooperationspartner statt eines Privaten auf. Im PuPuP-Modell auf Vertragsbasis werden die Konzessionen zeitlich befristet vergeben und in manchen Fällen vertragliche Rückholoptionen vereinbart.^[402]

Wenn Konzessionsverträge auslaufen, bietet sich im Rahmen einer Rekommunalisierung die Gelegenheit zur Restrukturierung der beteiligten Unternehmen oder zur Neuordnung der Anteile an diesen. Aus diesem Grund sollte in den Konzessionsverträgen ein Verfahren zur Restrukturierung der beteiligten Unternehmen vorgesehen werden. Außerdem ist die Realisierung der Rekommunalisierung der Leistungsaufgaben nicht an die öffentlich-rechtliche Rechtsform gebunden.^[403] Die Beteiligungsquote wird bloß erhöht. Die Kompetenz, die Verantwortung und die Aufgaben werden durch das Haushaltsrecht,

Sonderbehandlung der „In-State-Geschäfte“, *VerwArch.* 96 (2005), S. 122 f.; *Storr*, Public-Public-Partnerships, *LKV* 2005, S. 522.; *Bauer*, *Verwaltungsverträge*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2008, § 36 Rn. 49.

⁴⁰⁰ Vgl. *Ziekow/Siegel*, Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der „In-State-Geschäfte“, *VerwArch.* 2005 (96), S. 122 f.; *Storr*, Public-Public-Partnerships, *LKV* 2005, S. 522.; *Bauer*, *Verwaltungsverträge*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2008, § 36 Rn. 49.

⁴⁰¹ Beim Organisations-ÖPP besteht die Besonderheit lediglich darin, dass die öffentliche Hand an dem Privaten beteiligt ist. In diesem Fall sind zusätzlich die Vorschriften der Gemeindeordnungen zu kommunalen Unternehmen zu berücksichtigen.

⁴⁰² Vgl. *Bauer*, *Verwaltungskooperation: Public Private Partnerships und Public Public Partnerships*, in: Hartmut Bauer, Christiane Büchner, Frauke Brosius-Gersdorf (Hrsg.), *Universitätsverlag Potsdam*, 2008, S. 20.

⁴⁰³ In Deutschland gibt es 750 Stadtwerke, davon befinden sich rund 600 in kommunalem Eigentum. Beim Vertrieb von Strom, Gas und Wärme besitzen sie insgesamt einen Marktanteil von über 50%, so der Verband kommunaler Unternehmen (VKU). Der Anteil könnte noch deutlich steigen, da in den nächsten Jahren etwa 3000 Konzessionsverträge im Bereich Strom und Gas auslaufen werden, so der VKU. Bei der Stromerzeugung liegt der Anteil der Stadtwerke derzeit bei etwa 10% an der installierten Kraftwerksleistung. Im Wassersektor liegt der kommunale Anteil viel höher als im Energiesektor; in Deutschland gibt es nur sehr wenige rein private Wasserver- und Abwasserentsorger.

Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht und Kartellrecht geregelt.^[404]

Demgegenüber erfolgt bei der Organisations-PuPuP die Zusammenarbeit in einer eigens dafür gegründeten speziellen Organisationseinheit (in einer Arbeitsgemeinschaft, einem Zweckverband oder auch in zivilrechtlichen Organisationsformen), die ähnlich einer GmbH funktioniert.^[405] Für das PuPuP auf Institutionsbasis werden die Struktur der Beteiligung und die Rechtsform an die neuen Gegebenheiten angepasst.

(2) Reale Rekommunalisierung (materielle Rekommunalisierung)

Die reale Rekommunalisierung orientiert sich an der materiellen Rekommunalisierung. Für letztere ist kennzeichnend, dass die öffentlichen Aufgaben wieder von der öffentlichen Hand übernommen werden. Im Anschluss an das Auslaufen eines Konzessionsvertrages besteht die Chance für eine materielle Rekommunalisierung. Es eröffnet sich für die Kommune beispielsweise die Option, die Netze zukünftig wieder selbst zu betreiben. Für die Rekommunalisierung der Strom- und Gasnetze durch die Kommune gilt als normaler Umstand die Zurückholung nach dem Ende der zeitlich befristeten Wirksamkeit der Konzessionsverträge. Zudem muss an dieser Stelle verdeutlicht werden, dass es tatsächlich keine rein formelle Rekommunalisierung gibt. Denn durch die Rekommunalisierung muss die Gemeinde die materiellen Aufgaben und die Verantwortung für diese auch im materiellen Sinne übernehmen.

Tatsache ist, dass die materielle Rekommunalisierung auch in der Politik diskutiert wird. Konkrete Forderungen finden sich etwa im Bereich der Energie- und Wasserversorgung. In solchen Bereichen wird die materielle Rekommunalisierung von Leistungen der Daseinsvorsorge durch die Rechtsprechung befürwortet. Die Wasser- und Energieversorgung gehören

⁴⁰⁴ Vgl. *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 23 Rdnr. 32 ff.

⁴⁰⁵ Ähnlich wie bei der PPP ist die Gegenüberstellung von Vertrags- und Organisations-PuPuP etwas missverständlich, weil in den genannten Beispielen auch die Organisations-PuPuP auf vertraglicher Grundlage beruht.

zu den typischen Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften im Zusammenhang mit der Daseinsvorsorge.^[406] Die Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung umfasst damit auch das Recht der Gemeinde zur Rekommunalisierung von Aufgaben des örtlichen Wirkungskreises. So wie die Gemeinde frei ist in der Entscheidung, öffentliche Aufgaben durch Private oder in der Rechtsform des privaten Rechts erbringen zu lassen, kann sie auch entscheiden, Leistungen zur Daseinsvorsorge selbst im Rahmen der sektorspezifischen Fachgesetze zu erbringen.

3. Sonderthema: Publizisierung

Bauer verwendet den Terminus der „Publizisierung“, um einen neuen Analyseansatz für die Rekommunalisierung zu erschließen.^[407] Es wird dabei von einem Paradigmenwechsel im Sinn einer „Rückübertragung“ gesprochen.^[408] Im Kern geht es darum, Aufgaben, die bislang Privaten überlassen waren, in die kommunale Verantwortung zurückzuholen.^[409] *Bauer* versucht, diesen ebenenübergreifenden Trend unter dem Stichwort „Publizisierung“ zu erfassen und zu analysieren.

3.1 Publizisierung und Privatisierung

Der Begriff der Publizisierung kann als Gegensatz zur Privatisierung gemeint sein.^[410] Zugleich wird der Begriff der Publizisierung als Oberbegriff der Rekommunalisierung verwendet. Rekommunalisierung ist *„ein unstrukturierter Sammelbegriff für vielschichtige Maßnahmen und Organisationsformen zur Änderung kommunaler Aufgabenwahrnehmung“*.

^[411] Fraglich ist, in welcher Beziehung der Begriff der Publizisierung zu der

⁴⁰⁶ BVerfG, Beschl. v. 16.05.1989, 1 BvR 705/88, NJW 1990, S. 1783.

⁴⁰⁷ Vgl. *Bauer*, Publizisierung, JZ 2014, S. 1017.

⁴⁰⁸ Vgl. *Grünwald*, Die (Re)Kommunalisierung in der Energieverteilung, 2016, 48 ff.

⁴⁰⁹ Vgl. *Bauer*, Publizisierung, JZ 2014, S. 1017; *Libber/Hanke*, Der Gemeindehaushalt 2011, S. 108; *Röber* Verwaltung & Management 2009, S. 227.

⁴¹⁰ So bei *Kämmerer* Privatisierung, 2001, S. 58 f., der diese Überlegung jedoch nicht weiterverfolgt.

⁴¹¹ *Budäus/Hilgers* DÖV 2013, S. 702.

Deprivatisierung steht. Deprivatisierung ist nicht mit der Verstaatlichung gleichzusetzen oder als Gegenteil der einst umgesetzten Privatisierung zu verstehen. Allerdings ergibt sich aus der Publizisierung eine neue Richtung der dreiseitigen Beziehung zwischen Staat-Gesellschaft-Privat. Diese Beziehung stellt keine Rückkehr, sondern ein Art des Aufhebens dar, was zu einer gerechten Entwicklung von Privatisierung führt.

Im Hinblick auf rechtstatsächliche und begriffliche Entwicklungen gilt die Rekommunalisierung als eine Gegenbewegung zur Privatisierung^[412] und ist auf die *„Reintegration ehemals [...] privatisierter Aufgaben in das unmittelbare Gestaltungsregime kommunaler Gebietskörperschaft“*^[413] gerichtet. Aber eigentlich stehen Rekommunalisierung und Privatisierung sich nicht einander ausschließend gegenüber, sondern verstehen die Rekommunalisierung als eine Gestaltungsoption, die zu einer Optimierung der Privatisierung führen soll. Vornehmlich bei Implementation von ÖBP-Modellen können Vorteile der Publizisierung generiert werden.

3.2 Die rechtstatsächlichen und rechtsdogmatischen Bedeutungen für die Publizisierung

Zum Ablauf von Rekommunalisierungsprozessen gibt es in einigen Bereichen umfangreiche rechtstatsächliche Befundaufnahmen.^[414] So lässt sich beispielsweise eine Welle von Stadtwerke-Neugründungen feststellen und eine bedeutende Zahl von demnächst auslaufenden Konzessionsverträgen bietet ein großes Rekommunalisierungspotential.^[415]

⁴¹² Vgl. Leisner-Eggensperger NVwZ 2013, S. 1112.

⁴¹³ Guckelberger VerwArch 2013 (104), S. 163.

⁴¹⁴ Vgl. Bauer, Publizisierung, JZ 2014, S. 1022. Brüning VerwArch 2009 (100), S. 454 f.; Röber Verwaltung & Management 2009, S. 227 ff.; Libbe/Hanke der gemeindehaushalt 2011, S. 109.; Burgi NdsVBl. 2012, S. 225 f.; Bauer DÖV 2012, S. 330 ff.; Guckelberger VerwArch 2013 (104), S. 161 f.; Budäus/Hilgers DÖV 2013, S. 703 f.; Langeloh DÖV 2014, S. 357.; sowie die Beiträge von Becker, Brüning, Schäfer, Röber und Kunze, in: Bauer/Büchner/Hajasch, Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, 2012, S. 49 ff., 59 ff., 73 ff., 81 ff., 99 ff.

⁴¹⁵ Z. B. Schäfer, in: Bauer/Büchner/Hajasch, Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, 2012, S. 73 ff.; Becker, in: Bauer/Büchner/Hajasch,

Ein medial bekanntes Beispiel ist die „Dresdner Sozialcharta“, mit der die sächsische Landeshauptstadt Dresden die Sozialverträglichkeit der Privatisierung ihres kommunalen Wohnungsbestandes vertraglich absichern wollte.^[416] Ein ebenso instruktives Beispiel stellt der Fall der Privatisierung und Rekommunalisierung der Wasserversorgung in Potsdam dar.^[417] Solche Fallstudien werfen ein deutliches Licht auf einzelne Publizisierungsvorgänge. In Nordrhein-Westfalen haben sich beispielsweise acht Gemeinden des Kreises Coesfeld, die Stadtwerke Coesfeld und die Stadtwerke Münster 2011 zu den Gemeinsamen Stadtwerken Münsterland zusammengeschlossen und die Energieversorgung übernommen.^[418]

Für die Publizisierung gelten stets die rechtlichen Vorschriften des EU-, Bundesverfassungs- und Verwaltungsrecht sowie des Zivilrechts. In diesem Punkt kann man deutliche Gemeinsamkeiten zur Privatisierung erkennen.^[419] Das EU-Recht betont die konkretisierende und ergänzende Funktion des Beihilferechts und Vergaberechts für das innerstaatliche Recht.

In Übereinstimmung mit dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht, den Grundrechten und dem Demokratie- sowie dem Sozialstaatsprinzip ist in dem Verfassungsrecht die Antworten darauf zu finden, wie die Publizisierung zu fördern oder zu reglementieren ist. Weitere normative Vorgaben stellen die wirtschaftliche Haushaltsführung im Haushaltsrecht und die regionalen Regelungsmaterien in Bezug auf Wirtschaft, Haushalt und Steuern im Verwaltungsrecht. Dazu zählen weiter die Vorschriften über

Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, 2012, S. 49 ff.; *Kunze*, in: Bauer/Büchner/Hajasch, Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, 2012, S. 99 ff.

⁴¹⁶ Siehe zur Kritik und zum „Placebo-Charakter“ der Sozialcharta *Kofner*, Kommunale Wohnungspolitik, WM 2010, S. 23 ff.

⁴¹⁷ Vgl. *Budäus/Hilgers* DÖV 2013, 701(703); *Bauer* DÖV 2012, S. 330 f.

⁴¹⁸ Dazu *Tesche/Otto*, Kommunale Unternehmen im Spannungsfeld von Rekommunalisierung und strategischer Partnerschaft, Power-Point-Präsentation v. 29. 9. 2011.

⁴¹⁹ Vgl. *Brüning* VerwArch 2009 (100), S. 455 ff.; *Libbe/Hanke*, Der Gemeindehaushalt 2011, S. 109 ff.; *Burgi* NdsVBI. 2012, S. 227 ff.; *Guckelberger* VerwArch 104 (2013), S. 168 ff.; *Leisner-Eggensperger*, NVwZ 2013, S. 1112 ff.; *Langeloh* DÖV 2014, S. 359 ff.

die Zusammenarbeit zwischen den regionalen Körperschaften, und all jene, die die öffentlichen Dienstleistungen betreffen. Im geltenden Recht finden sich auch Regelungen, die eine Publizisierung aus politischen Motiven fördern, wie etwa bei der Ausklammerung des Anwendungsgebiets der Wasserwirtschaft aus der EU-Konzessionsrichtlinie oder den jüngsten Modifikationen der Subsidiaritätsklauseln im regionalen Wirtschaftsrecht.^[420]

In der Rechtsdogmatik sind keine ausreichenden Vorbereitungen zu den Publizierungsproblemen getroffen worden. Trotz mancher Überlegungen zur Typologisierung^[421] dürfte die Auswertung der Palette an Organisations- und Benehmensformen von den Kommunen zur Übernahme und Erledigung öffentlicher Aufgaben der Daseinsvorsorge herangezogen werden. Allerdings werden diese Typen in der juristischen Praxis als beschränkend betrachtet, denn die entsprechenden Leistungen werden durch unterschiedliche öffentlich-rechtliche Organisationsformen und durch die zumeist gemischtwirtschaftlichen Kooperationsformen erbracht.

Das von dem EuGH gefällte, wegweisende Urteil wird als „vorteilhaft für die Publizisierung“ eingestuft.^[422] Hierzu zeigt der EuGH Vorbehalte gegen die Übernahme von Aktien durch private Investoren in staatlichen Unternehmen für Elektrizitäts- und Gasversorgung. Nach dem Standpunkt des EuGHs verstößt dieses Privatisierungsverbot nicht gegen das EU-Recht, solange es die Grundfreiheiten im Unionsrecht nicht verletzt. Das Ergebnis in der Praxis wäre die eventuelle Anerkennung des Privatisierungsverbots in den Mitgliedstaaten.^[423]

Eine Rekommunalisierung bzw. Publizisierung kann als untergeordneter

⁴²⁰ Vgl. *Bauer*, Publizisierung, JZ 2014, S. 1023.

⁴²¹ Vgl. *Langeloh* DÖV 2014, S. 358 ff.; *Burgi* NdsVBl. 2012, S. 227 ff.; *Guckelberger* VerwArch 2013 (104), S. 168 ff., *Libbe/Hanke*, Der Gemeindehaushalt 2011, S. 109.

⁴²² Vgl. EuGH, Urteil v. 22. 10. 2013 – C-105/12, und *Klement* EuZW 2014, S. 57 ff.

⁴²³ Z. B. *Langeloh* DÖV 2014, S. 365.; anders offenbar *Röber* Verwaltung & Management 2009, S. 233 f., der Privatisierung und Rekommunalisierung in ein Modell der Gewährleistungskommune einstellt.

Begriff im Rahmen des Konzeptes eines Gewährleistungsstaates^[424] und als „Rückkehr zum klassischen, produzierenden Staat“^[425] verstanden werden, womit Grundprobleme der Staatstheorie berührt werden würden.

Im Rahmen der Publizisierung kommt man nicht um die Frage umhin, ob die Gewährleistungsverantwortung abgeschafft wird oder ob der öffentlichen Hand die Gesamtverantwortung rückübertragen wird. Tatsächlich verbleibt die Gewährleistungsverantwortung bei der öffentlichen Hand, da öffentliche Aufgaben nicht direkt aufgegeben werden, sondern soziale Subjekte (Verein oder Genossenschaft) die nicht rein gewinnorientierten privaten Subjekte ersetzen. Der Staat übernimmt damit wieder die Gewährleistungsverantwortung.

4. Ergebnis

Durch die erfolgte Rekommunalisierung sind die Anforderungen an den Staat als Regulierer des Wettbewerbs nicht geringer geworden. Jedoch ist eine deutliche Tendenz der Bundesländer im Rahmen der Reform von Gemeindordnungen und Kommunalverfassungen zu erkennen, die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nach der Rekommunalisierung rechtlich zu ermöglichen und zu fördern. Der Trend zur Rekommunalisierung unterstreicht damit ein Bedürfnis der Gemeinden, die örtliche Daseinsvorsorge mitzugestalten. Diesem Bedürfnis sollte nicht mit neuen Einschränkungen durch den übergeordneten Gesetzgeber begegnet werden. In Bezug auf Angelegenheiten der örtlichen Energieversorgung steht die aktuelle Rechtsprechung zur Konzessionsvergabe der Rekommunalisierung entgegen. Die Selbstverwaltungsrechte der Gemeinden werden dabei nicht in einem ausreichenden Maß

⁴²⁴ Z. B. *Langeloh* DÖV 2014, S. 365.; anders offenbar *Röber* Verwaltung & Management 2009, S. 233 f.

⁴²⁵ *Budäus/Hilgers* DÖV 2013, S. 703.

berücksichtigt.^[426]

Durch die ganzheitliche Betrachtung von Entwicklungsprozessen der Privatisierung im Bereich der Daseinsvorsorge kommen die Machtkämpfe zwischen dem Staat, der Gesellschaft und Privatpersonen deutlich zum Vorschein. Durch diese Kämpfe motiviert, suchen die Parteien untereinander nach dem größten gemeinsamen Nenner ihrer Interessen. Von der Verwaltungsperspektive aus betrachtet, stellen die Publizisierung und Privatisierung zwei sich gegenseitig ergänzende Strategien für die Verwaltungsmodernisierung dar. Was rechtlich beim Verwandlungsprozess von der Privatisierung bis zur Rekommunalisierung (Publizisierung) besonders beachtet werden muss, ist die Legitimität der Handlungen und die Rechtmäßigkeit des Verfahrens. Gleichzeitig müssen die Rechtsgemeinschaft, juristische Praxis und akademische Forschung konkrete Erfahrungswerte in der Rechtsdogmatik (einschließlich der Grundsätze, Prinzipien und Gebote) verankern, um die Funktion der sozialen Gestaltung wahrzunehmen.

III. Organisationsrecht im ÖBP-Modell

⁴²⁶ Vgl. *Dümke*, Daseinsvorsorge, Wettbewerb und kommunale Selbstverwaltung im Bereich der liberalisierten Energiewirtschaft, KWI-Gutachten (10), Universitätsverlag Potsdam, 2015, S. 146 ff.

A. Die Genossenschaft als Rechtsform für das ÖBP-Modell

Die eingetragene Genossenschaft ist eine juristische Person und kann daher Träger von Rechten und Pflichten sein, sowie Eigentum und andere dingliche Rechte erwerben^[427] sowie eine unternehmerische Tätigkeit ausüben. Man unterscheidet je nach Satzungszweck der Genossenschaft unterschiedliche Arten dieser Rechtsform. Die Mitglieder können natürliche Personen, juristische Personen, offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften sein. Die Rechtsgrundlagen des deutschen Genossenschaftsrechts finden sich im Genossenschaftsgesetz (GenG) und dem Handelsgesetzbuch (HGB). Nach § 17 Abs. 2 GenG gilt die Genossenschaft als Kaufmann im Sinne des HGB. Ihrem Wesen nach ist sie ein wirtschaftlicher Verein, so dass ergänzend neben dem Genossenschaftsgesetz die allgemeinen Vereinsvorschriften der §§ 55-79 BGB zur Anwendung kommen^[428], da ihre Tätigkeit nicht direkt auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist. Der Beitritt neuer Mitglieder bedarf der Zustimmung der Genossenschaft.^[429]

1. Wesen der Genossenschaft und ihre Kategorisierung

Genossenschaften sind Gesellschaften mit offener Mitgliederzahl, deren Zweck darauf gerichtet ist, den Erwerb, die Wirtschaft oder die soziale oder kulturelle Belange ihrer Mitglieder durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern.^[430] Die Genossenschaft, deren Mitglieder sowohl natürliche als auch juristische Personen sein können, ist auf Gegenseitigkeit ausgerichtet.^[431] Im Gegensatz zu anderen Gesellschaftsformen ist das gebildete Vermögen unteilbar und steht für Investitionen der

⁴²⁷ Vgl. § 17 Abs. 1 GenG.

⁴²⁸ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, 15. Aufl., München, 2011, § 1 Rn. 2.

⁴²⁹ § 15 Abs. 1 S. 1 GenG.

⁴³⁰ Vgl. Legaldefinition in § 1 Abs. 1 Genossenschaftsgesetz (GenG).

⁴³¹ Vgl. *Münkner*, Lösung genossenschaftlicher Finanzierungsprobleme, in: Münkner/Günther (Hrsg.), Zukunftsperspektiven für Genossenschaften, Bausteine für typengerechte Weiterentwicklung, 2006, S. 5 f.

Genossenschaft zur Verfügung, während der Genossenschaftsanteil frei vererblich ist. Als Genossenschaftsidee steht die bestmögliche Deckung der Bedürfnisse der Mitglieder im Vordergrund, während die Gewinnmaximierung einen zu vernachlässigenden Faktor darstellt.^[432]

In den meisten Fällen beteiligen sich die Mitglieder direkt an dem Betrieb der Genossenschaft. Alle Mitglieder haben den gleichen Einfluss auf die Entscheidungen der Genossenschaft. Die Verwaltung wird von den Mitgliedern übernommen, denn Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder dieser Unternehmensform müssen Mitglieder der Genossenschaft sein.^[433]

Die Genossenschaftsidee ist vor allem durch sozialetische Vorstellungen geprägt.^[434] Diese Gesellschaftsform ist damit kein interessenorientiertes wirtschaftliches Organisationsmodell, sondern bündelt die Interessen ihrer Mitglieder im Rahmen einer sozialetischen Moralvorstellung. Als eine besondere Wirtschaftsform wird die Genossenschaft eher als ein Organisationstyp mit sozialetischem Gehalt verstanden.^[435] Ebenso ist oftmals auch ein gesellschaftspolitischer Bildungs- und Entwicklungsauftrag vorhanden.^[436] In Zusammenschau dieser Merkmale ist die sogenannte Doppelnatur der Genossenschaft leichter zu begreifen, da die Genossenschaft einerseits eine freiwillige Personenvereinigung im Sinne einer soziologischen Gruppe darstellt und andererseits auch ein gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb in einer bestimmten Rechtsform, i.d.R. der eingetragenen Genossenschaft gegeben ist.^[437]

⁴³² Vgl. *Steding*, Genossenschaft versus Aktiengesellschaft, 2005, S. 10; *Paulick*, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft: ein Lehr- und Handbuch, 1956, S. 12; *Münkner*, Europäische Genossenschaft (SCE) und europäische Genossenschaftstradition, 2006, S. 12 ff.

⁴³³ Prinzip der Selbstorganschaft gem. § 9 Abs. 2 GenG.

⁴³⁴ *Beuthien* spricht in diesem Zusammenhang von der „herkömmlichen Genossenschaftstheorie, welche die genossenschaftliche Vereinigungsform mit besonderen sozial-ethischen Vorstellungen verknüpft“, *Beuthien*, NZG, 2008, S. 211.

⁴³⁵ Vgl. allgemein zum „sozialetischen Wesen“ der Genossenschaft *Paulick*, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft: ein Lehr- und Handbuch, 1956, S. 12 f.

⁴³⁶ Vgl. *Münkner*, Die Rechtstypik der Genossenschaft in den Partnerstaaten der EG, 1993, S. 17.

⁴³⁷ Vgl. *Draheim*, Die Genossenschaft als Unternehmenstyp, 1952, S. 16 f; zustimmend

Um einen maximierten Nutzen in der Zeit der Globalisierung zu erreichen, ist Kooperation ein wichtiges Mittel. Das Interesse an dem Modell der Genossenschaft beruht auf der Rückbesinnung auf Prinzipien und Werte wie Selbsthilfe, Subsidiarität, Gegenseitigkeit, Solidarität.^[438] Der Non-Profit-Gedanke und die persönlichen Vertrauensverhältnisse spielen eine besondere Rolle in der Genossenschaft. Damit dient der Genossenschaftsgedanke der Stärkung der Konkurrenzfähigkeit des Einzelnen im Rahmen eines Netzwerkes. Wenn Genossenschaften rasch und flexibel auf Marktveränderungen reagieren können, moderne Strategien entwickeln, um Anpassungen zu vollziehen, können auf den globalen Märkten gute Chancen für ein Wiedererwachen des Genossenschaftswesens geschaffen werden.^[439]

Wesentliches Merkmal der Genossenschaften ist der direkte Einfluss ihrer Mitglieder. In Genossenschaften können Mitglieder zwar eine unterschiedliche Anzahl von Geschäftsanteilen erwerben, jedoch kommt jedem Mitglied in der Generalversammlung grundsätzlich nur eine Stimme zu (sogenanntes Demokratieprinzip).^[440] Dieser Grundsatz macht Genossenschaften zum idealen Gesellschaftsmodell einer Bürgergesellschaft. Die umfassende Teilhabe an der Entscheidungsfindung kann Mitglieder motivieren und zur Identifikation mit den Satzungszwecken beitragen.

2. Prinzipien der Genossenschaft

Aus einem traditionellen Verständnis heraus ist mit der Genossenschaft die Vorstellung verbunden, dem Kampf gegen die Abhängigkeit von hierarchischen Strukturen, gegen die Macht des Kapitals, gegen die

Henzler, Die Genossenschaft eine fördernde Betriebswirtschaft, 1957, S. 13 ff.

⁴³⁸ Vgl. *Münkner*, in: Münkner/Günther (Hrsg.), Zukunftsperspektiven für Genossenschaften, Bausteine für typengerechte Weiterentwicklung, 2006, S. 5; *Steding*, Genossenschaft versus Aktiengesellschaft, 2005, S. 10.

⁴³⁹ Vgl. *Pleister*, Genossenschaften zwischen Idee und Markt, Frankfurt 2001, S. 37 f.

⁴⁴⁰ § 43 Abs. 3 S. 1 GenG; die Einräumung von Mehrstimmrechten kann durch Satzung vorgesehen werden gem. § 43 Abs. 3 S. 2 GenG.

Ausbeutung der Schwachen durch die Mächtigen und dem Kampf gegen die Ungleichheit und Ungerechtigkeit etwas entgegenzusetzen. Die Genossenschaft sei dieser Auffassung nach nicht nur eine beliebige Wirtschaftsform, sondern habe darüber hinaus eine gesellschaftspolitische Bildungs- und Entwicklungsaufgabe.^[441]

Die Genossenschaft baut damit auf drei Grundsätzen auf: Selbsthilfe, Selbstverwaltung und Selbstverantwortung. Weitere wichtige Prinzipien der Verfassung von Genossenschaften sind das Demokratieprinzip, das Identitätsprinzip, das Solidaritätsprinzip und der Förderwirtschaftlichkeitsgrundsatz. Diese Prinzipien unterscheiden die Genossenschaft von anderen Kapitalgesellschaften.

2.1 Selbsthilfe, Selbstverwaltung und Selbstverantwortung

Die genossenschaftliche Selbsthilfe^[442] bzw. die Mitgliederförderung und Zusammenarbeit der Mitglieder sind die primären Ziele der Genossenschaft.^[443] Dadurch sollen die Kräfte der Mitglieder gebündelt und die Stellung des Einzelnen verbessert werden.^[444] Das Selbsthilfeprinzip baut darauf auf, mit Hilfe der Bündelung der Kräfte im Rahmen einer Genossenschaft die Unterstützung einzelner juristischer oder natürlicher Personen zu gewährleisten, um gemeinsam Aufgaben zu erledigen.^[445] Durch den freiwilligen Zusammenschluss der Mitglieder können diese die für den Satzungszweck erforderlichen finanziellen Mittel gemeinsam aufbringen und solidarisch und flexibel in gegenseitiger Selbsthilfe verwalten. So ist die Selbsthilfe ein Merkmal, welches sich nicht in jedem

⁴⁴¹ Vgl. Münkner/Tonnellier/Siebert, S. 11 ff.; Paulick, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft: ein Lehr- und Handbuch, 1956, S. 12 ff.; Steding, Recht der eingetragenen Genossenschaft, S. 25; Seraphim, Wesen der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, S. 59.

⁴⁴² Vgl. Kluge ZfG 1957, S. 196 f.

⁴⁴³ Vgl. Beuthien GenG, § 1 Rdn. 37 ff.

⁴⁴⁴ Vgl. Kießling, Selbsthilfe, Selbstverantwortung, Selbstverwaltung, in: Mändle/Swoboda (Hrsg.), Genossenschaftslexikon, Wiesbaden, 1992, S. 577 f.

⁴⁴⁵ Vgl. Schulze-Delitzsch, Vorschussvereine, S. 114.

kooperativen Netzwerk finden lässt. Charakteristisch dafür ist nicht nur eine gemeinsame Handlungsrichtung, sondern das gleichzeitige Bestreben des Einzelnen, seine eigene Situation durch die Inanspruchnahme der Ressourcen und kooperativer Netzwerkteilnehmer zu verbessern. Das begünstigt auch die Bereitschaft der Mitglieder, die eigenen Ressourcen mit allen anderen Genossen zu teilen („Einer für alle“). Durch genossenschaftliche Selbsthilfe wird ein fehlendes Angebot oder eine am Markt nicht vorhandene Leistung selbst hergestellt. Man spricht daher auch von „solidarischer Selbsthilfe“.^[446] Mit ist die Selbstverwaltung der Mitglieder untrennbar verbunden.

Das Prinzip der Selbstverwaltung bezieht sich auf die autonome Ausgestaltung der Satzung im Rahmen des Genossenschaftsgesetzes. Selbstverwaltung wird durch die General- bzw. Vertreterversammlung und die Organe des Vorstandes und Aufsichtsrates ausgeübt.^[447] Das bedeutet, dass die Mitglieder sich eigenen Angelegenheiten mittels organisationsrechtlicher Kontroll- und Mitverwaltungsrechte selbst widmen. Die Selbstverwaltung^[448] kommt im Prinzip der Selbstorganschaft zum Ausdruck: Genossenschaftliche Funktionen können ausschließlich mit Personen aus Reihen der Mitglieder besetzt und wahrgenommen werden.^[449] Dieses Prinzip fördert das genossenschaftliche Handeln. Durch die Selbstorganschaft wird die Handlungsmaxime verankert, dass der Befriedigung der Mitgliederinteressen ein hoher Stellenwert eingeräumt werden muss.^[450]

⁴⁴⁶ Vgl. *Zerche/Schmale/Blome-Drees*, Einführung in die Genossenschaftslehre: Genossenschaftstheorie und Genossenschaftsmanagement, 1998, S. 11.

⁴⁴⁷ Vgl. *Kißling*, Selbsthilfe, Selbstverantwortung, Selbstverwaltung, in: Mändle/Swoboda (Hrsg.): Genossenschaftslexikon, Wiesbaden, 1992, S. 577 f.

⁴⁴⁸ Vgl. *Beuthien* GenG, § 1 Rz. 32.

⁴⁴⁹ Vgl. *Jäger*, Selbstbestimmung und Selbstverwaltung in Wohnungsgenossenschaften nach dem Wegfall des WGG, in: Jäger (Hrsg.), Genossenschaften: Eine Chance für die Zukunft, Münster 1991, S. 8 ff.

⁴⁵⁰ Vgl. *Bolsinger*, Genossenschaftliche Netzwerke auf symbiotischer Basis: Erweiterung der Spielräume im Mittelstand, in: Michaela Allgeier (Hrsg.): Solidarität, Flexibilität, Selbsthilfe: Zur Modernität der Genossenschaftsidee, Wiesbaden, 2011, S. 49.

Das Prinzip der Selbstverantwortung^[451] kommt darin zum Ausdruck, dass die Genossen mit ihrem Geschäftsanteil für die Geschäftstätigkeit der Genossenschaft verantwortlich sind.^[452] Infolge dieser Selbstverantwortung übernehmen die Genossenschaftsmitglieder die Haftung für das gemeinschaftliche Handeln. Dieser Grundsatz ist Ausfluss des Selbsthilfewillens der einzelnen Kooperationsmitglieder. Die ursprünglich unbeschränkte Solidarhaftung der Mitglieder^[453] wurde mittlerweile durch die Beschränkung der Haftung im Insolvenzfall auf den Genossenschaftsbetrieb und die Möglichkeit durch die Satzung eine begrenzte Nachschusspflicht der einzelnen Mitglieder vorzusehen, ersetzt. Die Mitglieder haben es in der Hand, durch entsprechende Ausgestaltung der Satzung ihre Haftung selbst zu regeln. Eine solche Haftungsbeschränkung für Mitglieder sowie die Begrenzung der Einlagen auf die unbedingt erforderliche Betriebsausstattung zur Aufnahme des operativen Geschäftsbetriebes sind nicht nur Ausdruck der Selbstverantwortung der Mitglieder, sondern erhöhen auch die Attraktivität einer Kooperation^[454] in einer eingetragenen Genossenschaft.^[455]

2.2 Demokratieprinzip

Zunächst verankert das genossenschaftliche Demokratieprinzip den Grundsatz „ein Mensch eine Stimme“ (Kopfprinzip), was sich darin äußert, dass jedes Mitglied in der Generalversammlung formal über das gleiche Stimmrecht verfügt, das vollkommen unabhängig von der Anzahl der eingebrachten Kapitalanteile ist. Aufgrund des Demokratieprinzips kommt jedem Mitglied nur eine Stimme zu, während dem Kapital bloß eine

⁴⁵¹ Vgl. etwa *Beuthien* DB 2000, S. 1161.

⁴⁵² Vgl. *Kißling*, Selbsthilfe, Selbstverantwortung, Selbstverwaltung, in: Mändle/Swoboda (Hrsg.): *Genossenschaftslexikon*, Wiesbaden, 1992, S. 577 f.

⁴⁵³ Vgl. *Allgeier*, Solidarität, Flexibilität, Selbsthilfe: Zur Modernität der Genossenschaftsidee, 2011, S. 49 ff.

⁴⁵⁴ Vgl. *Grossekettler*, Ordnungspolitisch legitimierte Genossenschaftsaufgaben, in: Jäger/Pauli (Hrsg.), *Genossenschaften und Genossenschaftswissenschaft*, 1984, S. 63 ff.

⁴⁵⁵ Vgl. *Strauch*, Die eingetragene Genossenschaft als Rechtsform für die steuerbegünstigte wirtschaftliche Betätigung, BFS-INFO 7/15 S. 16 ff.

dienende Rolle zugewiesen ist.^[456] Dieser Ansatz verlangt, dass sich die Personenkreise der Entscheidungs- und Kontrollberechtigten innerhalb des Verbands decken.^[457] Der demokratische Einfluss von Genossenschaftsmitgliedern wird per Gesetz determiniert und hängt von ihrer Position innerhalb der formalen Hierarchie ab.

Das Ziel des genossenschaftlichen Demokratieprinzips ist es, die Ungleichheiten zwischen den Mitgliedern aufgrund von Kapitalvorteilen auszugleichen, wodurch sich die Genossenschaften dem Prinzip des Member Value verschreiben und dem in Kapitalgesellschaften üblichen Prinzip des Shareholder Value eine deutliche Absage erteilen.^[458] Zusammenfassend kann man sagen, dass die Partizipationsmöglichkeiten in der Genossenschaft nicht mit der Höhe der Kapitalbeteiligung korrelieren.

Obwohl das Demokratieprinzip für die Organisationsform der Genossenschaft unumstritten ist, sind auch negative Aspekte desselben zu verzeichnen. Denn die gerechte Partizipation aller Mitglieder führt oftmals zur Reduzierung der Effizienz des Unternehmens. Weiter findet diese rechtlich bedingte Gestaltung ihre Entsprechung in den Erkenntnissen der Organisationstheorie. Wie *Boettcher* hervorhebt^[459]

Es ist unmöglich, eine Organisation mit mehr als einer kleinen Anzahl von Mitgliedern effizient zu führen. Größere Organisationen erfordern de facto irgendeine Form von Hierarchie, um zumindest ein Mindestmaß an Effizienz gewährleisten zu können.^[460]

Es ist erwiesen, dass die genossenschaftliche Demokratie „*unvollendet*“ ist.

⁴⁵⁶ Vgl. § 43 Abs. 3 S. 1 GenG.

⁴⁵⁷ Vgl. *Lüke*, Chancen für Genossenschaften im Zuge der Privatisierung, 2001, S. 77 f.

⁴⁵⁸ Vgl. *Atmaca* (2014), Genossenschaften in Zeiten raschen Wandels – Chancen einer nachhaltigen Organisationsform. In: Schröder/Walk (Hrsg.), Genossenschaften und Klimaschutz. Akteure für zukunftsfähige Städte, Wiesbaden: Springer VS, S. 53.

⁴⁵⁹ Vgl. *Boettcher*, Kooperation und Demokratie in der Wirtschaft, Tübingen 1974, S. 59 ff.

⁴⁶⁰ Unter Effizienz wird in diesem Zusammenhang eine ressourcenorientierte Wirksamkeit verstanden. Zu den verschiedenen Dimensionen der Wirtschaftlichkeit siehe beispielsweise *Kramer*, 2002c, S. 61 f.

Diese Demokratie basiert auf einer Form der „Gewaltenteilung“, die als Mindestmaß die angemessenen Kontroll- und Überwachungsmechanismen enthält. In diesem Fall wird verlangt, ungewollten und ungerechtfertigten Einfluss einzelner Mitglieder bzw. einzelner Organe innerhalb der Genossenschaft zu verhindern.

2.3 Identitätsprinzip

Das Identitätsprinzip statuiert, dass die Mitglieder der Genossenschaft gleichzeitig Kunde und Kapitalgeber sind.^[461] Diese doppelte Identität entspricht dem Motto „*Wir gemeinsam für uns*“ und garantiert das Maximum an individueller und kollektiver Interessenverwirklichung.^[462] Aus diesen Gründen lässt sich in der Theorie annehmen, dass der Einfluss, den die Handlungsrechte der Mitglieder verkörpern, von beiden Seiten - der kapitalmäßigen Beteiligung und dem Umsatz – gleichermaßen motiviert sind.^[463]

Durch die Förderungsbeziehung besitzt das einzelne Mitglied synchron die Eigenschaften des Mit-Eigentümers, Mit-Unternehmers, Mit-Arbeitgebers und des Geschäftspartners als Kunde, Lieferant oder Arbeitnehmer. Basierend auf dem Identitätsprinzip fließen die Erträge nicht an Dritte, sondern werden nur unter den Mitgliedern der Genossenschaft verteilt. Das grenzt Genossenschaften gegenüber Unternehmen ab, deren Kapital von Nicht-Kunden stammt und deren Erträge unter den Aktieninhabern verteilt werden.

⁴⁶¹ Vgl. *Blome-Drees*, Zur Aktualität des genossenschaftlichen Geschäftsmodells, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, 2012 (35) , S. 363–482.

⁴⁶² Vgl. *Helios/Strieder*, Handbuch der Genossenschaft, 2009, S. 116.

⁴⁶³ In diesem Zusammenhang soll eine etwaig bestehende Differenz zwischen dem Kapitalanteil einerseits und dem Umsatzanteil andererseits vernachlässigt werden, obwohl derartige Unterschiede in der Realität durchaus beobachtbar sind.

2.4 Solidaritätsprinzip

Die Solidarität als genossenschaftsrechtliches Prinzip repräsentiert den Kernwert dieser Unternehmensform. In erster Linie bezieht sich die Solidarität auf die bereits angesprochene Solidarhaftung, die sich im Falle der Insolvenz über die Nachschusspflicht der Mitglieder manifestiert. Aber auch weitere Merkmale des genossenschaftlichen Wirtschaftens sind mit dem Solidaritätsprinzip verknüpft. Dazu zählen:

- *der jederzeit mögliche freiwillige Ein- und Austritt der Mitglieder;*
- *die freiwillige Bindung an selbst gesetzte Regeln;*
- *die Gleichheit der Mitglieder, unabhängig von der Höhe ihrer Kapitalbeteiligung;*
- *der Eigennutzen, der jedoch nur gemeinschaftlich und im Einklang mit dem gemeinsamen Nutzen aller Mitglieder verfolgt werden kann;*
- *die sogenannte genossenschaftliche Rückvergütung als die der Rechtsform explizit innewohnende Besonderheit einer möglichen Verteilung der Ergebnisse der gemeinsamen Arbeit im Verhältnis zum Umfang der Leistungsbeziehungen mit dem Gemeinschaftsbetrieb.*^[464]

Das Solidaritätsprinzip ist eher unter dem Begriff „Genossenschaftsgeist“ geläufig. Auswirkungen hat das Solidaritätsprinzip insbesondere auf die Unternehmenskultur von Genossenschaften hinsichtlich ihrer Werte, Einstellungen und Verhaltensweisen. *Flieger* betont vor allem die Bedeutung von Solidarität als Stabilitätsfaktor der Genossenschaft. Hier gestaltet sich die Analyse der Zuweisung von bzw. Verdünnung der Handlungsrechtbündel allerdings in besonderer Weise problematisch.^[465] Der Zusammenschluss dient und fördert die wechselseitige Unterstützung,

⁴⁶⁴ *Grosskopf/Münkner/Ringle*, Unsere Genossenschaft, Wiesbaden 2009 S. 39 f.

⁴⁶⁵ Vgl. *Flieger*, Produktivgenossenschaft als fortschrittsfähige Organisation: Theorie, Fallstudie, Handlungshilfen, Marburg 1996, S. 20 ff.

beispielsweise durch gemeinsame Arbeit, Haftung und Verantwortung.

Das Solidaritätsprinzip der Genossenschaft enthält alle Merkmale der demokratischen Kompromissfähigkeit und ermöglicht es die modernen Kommunikationskanäle zwischen Genossen nutzen. Soweit der Begriff des Solidaritätsprinzips allgemeinverständlich sein mag, ist die juristische Bedeutung inhaltlich nur undeutlich umrissen.^[466] Zur Bestimmung der Auswirkungen des Solidaritätsprinzips auf die Verteilung der Handlungsrechte muss eine tragfähige Definition gefunden werden, die als Grundlage für die darauffolgende Untersuchung der Entwicklung dieses Prinzips dient.

2.5 Förderwirtschaftlichkeitsgrundsatz

Jede Genossenschaft hat die Pflicht, ihre Mitglieder zu fördern.^[467] Genossenschaften sind zum einen eine Gruppe von Wirtschaftssubjekten, während sie zum anderen sie gemeinsame Unternehmung betreiben und sich dabei an den Bedürfnissen ihrer Mitglieder gemäß dem Förderauftrag orientieren.

Die Genossenschaft leitet als organisierte Trägergruppe ein Unternehmen. Die Besonderheit besteht vor allem darin, dass ihr Zweck nicht in der eigenen Gewinnerzielung, sondern in der Unterstützung der wirtschaftlichen Betätigung ihrer Genossen durch den gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb liegt.^[468] Der Förderauftrag gilt als übergeordnetes Prinzip und kann abstrakt als Auftrag zur Produktion von Förderpotenzial in

⁴⁶⁶ Vgl. *Engelhardt*, Einleitung in eine „Entwicklungstheorie“ der Sozialpolitik – Institutionelle und Lebenslage-Analysen als Grundlagen der Sozialpolitik und Sozialpolitiklehre, in: *Engelhardt: Sozial- und Gesellschaftspolitik – grundlagenbezogen diskutiert*, Berlin 2001, S.143-144.; *Ökonomische Denktraditionen, Ökonomismus versus Ethik und die kulturellen Aufgaben der Zukunft*, in: *Engelhardt: Sozial- und Gesellschaftspolitik – grundlagenbezogen diskutiert*, Berlin 2001, S. 258.

⁴⁶⁷ Vgl. *Münkner*, Lösung genossenschaftlicher Finanzierungsprobleme, S. 5.

⁴⁶⁸ Vgl. *Korte*, Genossenschaft, in: *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), *Rechtspraxis KommUntern*, München, C. H. Beck 2015, Kap. D, Rn. 744, S. 241.

unterschiedlichen Ausprägungen umschrieben werden.^[469] Das Förderpotenzial kann dadurch auch als genossenschaftlichen Grundprinzip begriffen werden.

Wiederholt soll festgehalten werden, dass das Unternehmensziel einer Genossenschaft nicht deren eigene Gewinnmaximierung ist, sondern die Förderung ihrer Mitglieder. Obwohl die Zielsetzung der Genossenschaft nicht primär der Maximierung der Interessen dient, muss der Förderbetrieb im Rahmen einer langfristigen Gewinnmaximierung geführt werden. Dadurch verbleiben die Mitglieder und Kunden bei der Genossenschaft und der Bestand des Eigenkapitals kann auf Dauer gesichert werden.^[470] Gewinnerzielung ist zwar ebenso von Bedeutung, Genossenschaften eignen sich aber auch hervorragend dazu, die Genossenschaft als Hilfwirtschaft ihrer Mitglieder zu betreiben, was wiederum ein Beleg dafür ist, dass Zielsetzungen der Genossenschaft alleine auf Förderung der Mitgliederbelange ausgerichtet sind.^[471]

Die Mitgliederförderung ist der entscheidende Zweck für die Existenz der Genossenschaft. Dieser Förderauftrag der Genossenschaft und die umfangreichen Kontroll- und Mitwirkungspflichten der Mitglieder bilden die Basis für das Vertrauen der Mitglieder in der Netzwerkorganisation und beugen dem berechtigten Misstrauen vor, für Zwecke Dritter missbraucht zu werden. So werden langfristig die Glaubwürdigkeit und die Neutralität der Netzwerkorganisation gesichert.^[472]

⁴⁶⁹ Vgl. *Beuthien*, Woher-Wohin, S. 15; *Schulte*, in: Lang/Weidmüller (Hrsg.), GenG, § 1 Rn. 2.; *Münkner*, Europäische Genossenschaft (SCE) und europäische Genossenschaftstradition, 2006, S. 12; *Paulick*, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft: ein Lehr- und Handbuch, 1956, S. 5.

⁴⁷⁰ Vgl. *Monßen*, ZfgG 1998 (48), S. 295.; *Seuster*, Genossenschaftslexikon, S. 205; *Semler*, Leitung und Überwachung der AG, Rn. 36; *Potthoff/Trescher/Theisen*, Das Aufsichtsratsmitglied, Rn. 488.

⁴⁷¹ Vgl. *Korte*, Genossenschaft, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis Komm-Untern, München, C. H. Beck 2015, Kap. D, Rn. 744, S. 241.

⁴⁷² Vgl. *Bolsinger*, Genossenschaftliche Netzwerke auf symbiotischer Basis: Erweiterung der Spielräume im Mittelstand, in Allgeier (Hrsg.): Solidarität, Flexibilität, Selbsthilfe: Zur Modernität der Genossenschaftsidee, Wiesbaden, 2011, S. 49.

3. Ergebnis

Die Genossenschaften sind nicht antiquiert und so sehr haben weite Spektrum der neuen Erscheinungsformen (z. B. ÖBP-Modell). In kapitalistischen Marktsystem verkörpert die Genossenschaften kein rein kapitalistisches Verhalten. Sie sind nicht allmächtig Geschäftsform und auch nicht die Lösung für alle sozialen oder kommunalen Probleme. Aber auf ihre Grundprinzipien und Werten werden die Genossenschaften den Interessen der Mitglieder mehr beachten als den Interessen des Kapitals. Auf der kommunale Ebene können Sie dazu beitragen, Menschen in die Lage zu versetzen, ihre wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Belange selbst in die Hand zu nehmen. Deshalb der positive externe Effekte von den Genossenschaften bringt dem Gemeinwohl haben können. All dies bildet die Grundlage des ÖBP-Modells. Bleiben die Genossenschaften ihrem Wesen treu und unverwechselbar, haben sie auch weiterhin in der Zukunft um eine Ergänzung des staatlichen Leistungsangebots handeln.^[473]

B. Die Genossenschaft als optimale wirtschaftliche Organisationsform für die kommunalen Daseinsvorsorge

Genossenschaften stellen eine optimale wirtschaftliche Organisationsform für die gesellschaftlichen Belange im regionalen Kontext dar. Sie bilden sich aus den konkreten Lebensverhältnissen heraus und sind stabil in den gesellschaftlichen Kontext eingebunden. Durch das Merkmal des „Vorrangs der Person vor dem Kapital“ sind sie im Vergleich zu anderen Unternehmensformen eher in der Lage^[474], spezifische Bedürfnisse zu decken und vorhandene Potenziale zu nutzen. Diese sozial-kulturelle

⁴⁷³ Vgl. *Lüllmann*, Open Source, Social Web, Crowd Funding. Die alten Genossenschaftsprinzipien und ihre Renaissance im Netz, in: Gellenbeck (Hrsg.): Gewinn für alle! Genossenschaften als Wirtschaftsmodell der Zukunft, Frankfurt/M., 2012, S. 190.

⁴⁷⁴ Vgl. *Steding*, Genossenschaft versus Aktiengesellschaft, 2005, S. 14; *Steding*, Fortbildung des deutschen Genossenschaftsrechts: Reflexionen zur Architektur eines reformierten deutschen Genossenschaftsrechts, 2000, S. 17.

Einbindung macht Genossenschaften zu bedeutenden Akteuren der ökonomischen und sozialen Sicherung und Entwicklung. Die kooperative Struktur bietet eine gerechte Verteilung von Lasten in Krisenzeiten und damit eine höhere wirtschaftliche Stabilität. Zugleich fördern Genossenschaften nicht nur wirtschaftliche, sondern auch soziale Bedürfnisse ihrer Genossen. Deshalb ist innerhalb der Sozialwissenschaft die Genossenschaft vor allem als Sozialgenossenschaft bekannt.^[475]

1. Die Beschränkungen der Organisationswahlfreiheit in der kommunalen Daseinsvorsorge

Grundsätzlich wird kommunalrechtlich zwischen „Einrichtungen“ und „Unternehmen“ unterschieden. Nichtwirtschaftliche Einrichtungen sind solche, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist und die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen.^[476] Hingegen ist der Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens durch die Gemeinde die Hauptform für die wirtschaftliche Betätigung derselben.^[477]

Wenn es eine Beschränkung der Organisationswahlfreiheit gibt, kann man auch von einer Auswahl der privaten Rechtsformen ausgehen (insb. ÖBP-Modell), die für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Betracht kommen. Deshalb wird im Folgenden zunächst der potentielle Konflikt zwischen öffentlichen und privaten Interessen und das Zusammenspiel zwischen öffentlichen und privaten Subjekten auf der Ebene des

⁴⁷⁵ Vgl. *Schmale/Blome-Drees* (Hrsg.), *Genossenschaft innovativ: Genossenschaften als neue Organisationsform in der Sozialwirtschaft*, Springer VS, 2017, Vorwort S. 5. „*Sozialgenossenschaften haben Personen bzw. Organisationen als Mitglieder, deren Förderung und gemeinsames Gestaltungsinteresse demokratisch verfolgt werden mit wirtschaftlich sich selbst tragenden Aktivitäten (...) Sozialgenossenschaften werden in Ergänzung zu bestehender Versorgung aktiv, füllen Versorgungslücken aus, führen neue Ansätze und Arbeitsweisen ein.*“

⁴⁷⁶ Vgl. *Geis*, *Kommunalrecht*, Verlag. C. H. Beck 2011 Aufl. 2 S.150.

⁴⁷⁷ Vgl. BVerwGE 39, 329 [333]: Wirtschaftliche Unternehmen sind rechtlich selbstständige oder unselbstständige Zusammenfassungen persönlicher und sächlicher Mittel in der Hand von Rechtsträgern zum Zwecke der Teilnahme am Wirtschaftsverkehr, d.h. zum Zwecke des Handelns mit dem Ziele der Produktion und des Umsatzes von Gütern und Dienstleistungen mit der regelmäßigen Absicht der Gewinnerzielung.

kommunalen Organisationsrechts widergespiegelt.

1.1 Organisationsformen der kommunalen Daseinsvorsorge

Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde ist eine Ausprägung des durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gewährleisteten Selbstverwaltungsrechts und wird unter den Begriff der „Daseinsvorsorge“ eingeordnet. Die Organisationsformen, in denen die Kommunen Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen kann^[478], reichen innerhalb des herkömmlichen kommunalwirtschaftlichen Organisationsrepertoires von so genannten Regie- bzw. Eigenbetrieben^[479] bis hin zu Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) und Aktiengesellschaften (AG).^[480]

Regiebetriebe sind rechtlich und organisatorisch ein Teil der Kommunalverwaltung und bilden damit eine integrierte Verwaltungseinheit.^[481] Beispiele für Regiebetriebe sind Schwimmbäder, Theater, Friedhöfe und Museen.^[482] Bei Eigenbetrieben der öffentlichen Hand handelt es sich um Betriebe ohne eigene Rechtspersönlichkeit.^[483] Eigenbetriebe sind im Gegensatz zu Regiebetrieben aus dem Haushalt der Trägerkörperschaft ausgegliedert. Diese bilden ein separates kommunales Sondervermögen, das von dem kommunalen Haushalt getrennt ist und gesondert verwaltet wird.

Im Allgemeinen können kommunale Gebietskörperschaften aus allen Formen juristischer Personen des Gesellschaftsrechts wählen. Möglich ist

⁴⁷⁸ Vgl. Richter (2001), Controlling im „Konzern“ Stadt, in: Blanke u.a. (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 2. Aufl., Opladen, S. 401.

⁴⁷⁹ Vgl. Ronellenfitsch, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. 4, 3. Aufl., § 98, Rn. 21; Cronauge, Kommunale Unternehmen, 1995, Rn. 52 ff.

⁴⁸⁰ Vgl. Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, S. 102 f.; Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 3 Rn. 86, S. 177.

⁴⁸¹ Vgl. Knemeyer/Kempen, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.); BesVwR, Bd. 2, § 17, Rn. 69; Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 52 ff.; Kronawitter, KommJur 2008, S. 402.

⁴⁸² Vgl. Geis, Kommunalrecht, Verlag C.H. Beck 2011, Aufl. 2, S. 154.

⁴⁸³ Vgl. Schneider, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis KommUntern, Kap. D, Rn. 36 ff.; Cronauge, Kommunale Unternehmen, 1995, Rn. 163 ff.

demnach die Gründung einer GmbH, einer AG, deren gesetzliche Ausgestaltung auf Großunternehmen zugeschnitten ist, einer GmbH & Co. KG, einer eingetragenen Genossenschaft, eines eingetragenen Vereins oder einer privatrechtlichen Stiftung. Als privatrechtliche Gesellschaften sind all diese Gesellschaftsformen mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet und daher in organisatorischer und wirtschaftlicher Hinsicht selbständig. So wird die Form einer solchen Eigengesellschaft der Gebietskörperschaft in der Praxis häufiger gewählt, weil das GmbH-Recht dem Gesellschafter – der Gemeinde – über den Gesellschaftsvertrag weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten erlaubt.^[484] Eine empirische Analyse der Kommunalwirtschaft in Deutschland zeigt, dass mit 73,4 % die privatrechtliche GmbH die am häufigsten verwendete Organisationsform für kommunale Beteiligungen in Städten mit mehr als 50.000 Einwohnern ist. Eigenbetriebe und eigenbetriebsähnliche Einrichtungen folgen mit nur 9,2 %, während Aktiengesellschaften in 4,9 % der Fälle die gewählte Rechtsform darstellen.^[485]

Für die Daseinsvorsorge kommen weitere öffentlich-rechtliche Organisationsformen in Betracht, z.B. Anstalten des öffentlichen Rechts. Die Anstalt des öffentlichen Rechts dient als wichtige Form der kommunalen Beteiligung an wirtschaftlichen Aktivitäten.^[486] So stellen öffentliche Sparkassen Kreditinstitute für die Bevölkerung dar, die im Rahmen der lokalen Wirtschaft als Anstalten des öffentlichen Rechts nach Maßgabe der Sparkassengesetze organisiert sind.

Mit Eigenbetrieben und Kommunalunternehmen stellt das Kommunalrecht

⁴⁸⁴ Vgl. *Becker*, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), *Rechtspraxis KommUntern*, München, C. H. Beck 2015, Kap. D, Rn. 247 ff., S. 184.

⁴⁸⁵ Vgl. *Pitschas/Schoppa*, Rechtsformen kommunaler Unternehmenswirtschaft, DÖV 2009, S. 469.

⁴⁸⁶ Vgl. *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl. 2016, § 8 Rn. 12, S. 279.: „*Körperschaft des öffentlichen Rechts sind durch staatlichen Hoheitsakt geschaffen, mitgliedschaftlich verfasst, vom Wechsel der Mitglieder unabhängig und zu dem Zweck eingerichtet, zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben in der Regel mit hoheitlichen Verwaltungsmitteln und unter staatlicher Rechtsaufsicht zu dienen*“.

zwei weitere öffentlich-rechtliche Sonderformen für wirtschaftliche Tätigkeiten zur Verfügung. Das Kommunalunternehmen ist als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts organisiert.^[487] Die bayerische Gemeindeordnung hat mit der Bereitstellung der Rechtsform einer selbständigen Anstalt des öffentlichen Rechts^[488] eine Reform des öffentlichen Unternehmensrechts in die Wege geleitet, die in den Art 89 bis 91 BayGO ihre normative Grundlage gefunden hat.^[489] Es ist ein Versuch, anhand des Organisationsmodells die Vorzüge eigener Rechtsfähigkeit im Wirtschaftsverkehr mit der Möglichkeit zu verknüpfen, gleichzeitig hoheitlich handeln zu können. Diese Rechtsfigur ist der Gegenentwurf zu der vielzitierten „Flucht ins Privatrecht“. In diesen Fällen bleibt die Verwaltung, obwohl sie in privatrechtlichen Organisationsformen auftritt, unmittelbar und in vollem Umfang an die Grundrechte gebunden.^[490] Dieses Organisationsmodell bietet damit keine Möglichkeit der „Flucht“ der Verwaltung vor der Grundrechtsbindung.

1.2 Wahlfreiheit zwischen Organisationsformen als Steuerungsweise für kommunale Unternehmen

In Übereinstimmung mit der Verwaltungsrechtsdogmatik kann die öffentliche Hand privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Handlungsformen ergreifen.^[491] Das Verwaltungsorganisationsrecht gestattet

⁴⁸⁷ Vgl. *Schmidt-Aßmann/Schoch*, Besonderes VerwR, 14. Auflage 2008, 1. Kapitel, Rn. 126.

⁴⁸⁸ Art. 89 BayGO. Vgl. auch in *Dietlmeier*, Rechtsfragen der Publizität im kommunalen Unternehmensrecht, 2015, S. 492 f.; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen, 2002, S. 318.

⁴⁸⁹ Vgl. „Die Rechts- und Organisationsformen der kommunalen Unternehmen sind sehr vielfgestaltig. Sie können in den öffentlich-rechtlichen Rechtsformen eines Regiebetriebs, Eigenbetriebs oder einer Anstalt des öffentlichen Rechts (siehe auch Kommunalunternehmen), aber auch in den privatrechtlichen Rechtsformen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), einer gemeinnützigen GmbH (gGmbH) oder Aktiengesellschaft (AG) organisiert sein“.

⁴⁹⁰ So etwa BGH NVwZ 2010, 531, 533 ff.; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 9. Auflage, München 2011, Rn. 905 m.w.N.

⁴⁹¹ Vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, § 3, Rn. 18; *Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober (Hrsg.), Verwaltungsrecht, Band 3, 5. Aufl., 2004, § 91, Rn. 11; BVerwGE 96, 71 (73 f.); 229 (231 f.); BGHZ 91, 84 (95 f.).

der öffentlichen Hand auch privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Gesellschaftsformen zu wählen. Es gilt der Grundsatz der „*Freiheit der Organisationsformenwahl*“.^[492] Nach der Auffassung von *Hoffmann-Riem* kann die gewählte Verwaltungsorganisation als Steuerungsinstrument dienen und die Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung und des Verwaltungshandelns beeinflussen. Dadurch wird auch Einfluss auf die Verwaltungsorganisation ausgeübt.^[493] In der richtigen Verwaltungsentscheidung für eine Organisationsform kommen die Einheit und das Zusammenwirken von Rechtmäßigkeit, Optimalität, Akzeptabilität und Implementierbarkeit zum Ausdruck.^[494]

Die Wahlfreiheit in Bezug auf verschiedene Organisationsformen findet ihre verfassungsrechtliche Grenze an jenem Punkt, an dem ein Mangel an demokratischer Legitimation festzustellen ist. Gleichzeitig sind das Rechtsstaatsprinzip und weitere öffentliche Interessen zu wahren, sowie der Schutz der Grundrechte zu gewährleisten. Den Städten und Gemeinden steht die Wahl zwischen dem Rückgriff auf das öffentliche oder das private Recht grundsätzlich frei.^[495] Das Prinzip der organisatorischen Wahlfreiheit^[496] bedeutet für die Gemeinde, dass sie nach *eigenem Ermessen* über die Rechts- und Organisationsform ihrer Unternehmen entscheiden kann.^[497] Dazu gehört auch das Recht der Organisationsänderung, so z. B. einen

⁴⁹² *Groß*, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, §13, Rn 47; *Koch*, Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, 1994, S. 24 f.; *Ehler*, Gutachten E zum 64. Deutschen Juristentag, 2002, S. 105.

⁴⁹³ Vgl. *Pitschas*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 219.

⁴⁹⁴ Vgl. *Hoffmann-Riem*, Organisationsrecht als Steuerungsressource - Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung-, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 380.

⁴⁹⁵ BVerwG, Beschl. V. 18. 10. 1993, 5 B 26/93, NJW 1994, 1169.

⁴⁹⁶ BVerwG 94, 229(231f.); *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15 Aufl. 2016, § 39 Rn 33, S. 832.; *Burgi*, Perspektiven kommunaler Wirtschaftstätigkeit im europäischen Rechtsrahmen, Der Landkreis 2003, S. 26; *Pitschas*, Rechtsformen kommunaler Unternehmenswirtschaft, DÖV 2009 (12), 471 f.

⁴⁹⁷ Vgl. *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 1985, S. 85 f.; *Erbguth/Stollmann*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte? - Zu den Kriterien bei der Wahl der Rechtsform, DÖV 1993, S. 799.; für den Vorrang des öffentlichen Rechts im Zweifelsfälle *Ehlers*, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBI 1998, S. 505.

bislang in die Verwaltung eingegliederten Eigenbetrieb zu verselbständigen.^[498]

Ziele und Zwecke des Unternehmens sind jedenfalls wichtige Entscheidungsdeterminanten; der „*Organisationszweck spielt eine zentrale Rolle für die Organisationsstruktur*“.^[499] Von Anfang an muss man überlegen, welche Rechtsform für die Unternehmensführung am besten geeignet sein könnte. Allerdings sind bei öffentlichen Unternehmen die Ziele nicht immer von vornherein klar beschrieben; sie entfalten sich in Zielbündeln. Daher kommt den Organisationsprinzipien für wirtschaftliches Unternehmenshandeln maßgebliche Bedeutung zu. Auch die Leistungsaufgabe vermittelt Indizien, an denen sich die Wahlentscheidung orientieren kann; sie ist insoweit eine „Tatfrage“.^[500] In „Zielbündeln“ geht es darum, eine Rangordnung der Ziele festzulegen. Die Gewinnerzielungsabsicht muss dabei berücksichtigt werden.^[501]

Geht man in diesem Sinne von einer öffentlich-rechtlichen „Ausgangssituation“ des kommunalen Unternehmens aus, stellt sich die Frage nach den Vorteilen einer privatrechtlichen Ausgestaltung. Die Wirtschaftlichkeit und Effizienz der Unternehmensführung stehen dabei im Fokus der Debatte.^[502] Denn die Struktur- und Aufbauorganisation von Unternehmen besitzt einen direkten Einfluss auf ihre Wirtschaftlichkeit; sie führt daher zu einem „*institutional choice*“.^[503] Die privatrechtlichen Formen der Unternehmensführung versprechen in Bezug darauf mit den ihnen innewohnenden gesellschaftsvertraglichen Möglichkeiten höhere

⁴⁹⁸ Vgl. *Schneider*, Regie- und Eigenbetrieb, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), *Rechtspraxis KommUntern*, München, C. H. Beck 2015, Kap. D, Rn. 45, S. 138.

⁴⁹⁹ *König*, *Moderne öffentliche Verwaltung*, 2008, S. 292 ff.

⁵⁰⁰ Vgl. *Müller*, *Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben*, 1993, S. 290 ff.

⁵⁰¹ Vgl. *Pitschas*, *Rechtsformen kommunaler Unternehmenswirtschaft*, DÖV 2009 (12), 471 f.

⁵⁰² Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1989, S. 245 ff.; *von Armin*, *Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip*, 1988, S. 47.

⁵⁰³ *Pitschas*, *Rechtsformen kommunaler Unternehmenswirtschaft*, DÖV 2009 (12), S. 471 f.

Effizienz und Autonomie. Außerdem wird eine Entlastung der öffentlichen Haushalte angestrebt.^[504] Diese Vorteile korrespondieren jedoch in der Praxis regelmäßig mit einem hohen Kontrollverlust des kommunalen Rechtsträgers, der im Rahmen einer spezifischen Aufgabenbindung nicht zu verantworten ist.^[505] Eine Kommune, die vor der Rechtsformenwahl steht, hat insoweit weitaus mehr Faktoren zu berücksichtigen, als dies bei einem privaten Unternehmen der Fall ist.^[506]

1.3 Das optimale Gebote der Verwaltungsorganisation als aktive Beschränkung

Der Lebenserfahrung nach gibt es keine Rechtsform, die nur Vorteile besitzt. Auch die weniger günstigen Aspekte einer Rechtsform müssen ebenso vor der Wahl berücksichtigt werden. Im Zentrum der Wahlentscheidung steht ihre Ausrichtung an einem *Optimum* des erreichbaren Unternehmenserfolgs.^[507] Entscheidende Faktoren sind dabei nicht nur haushalts-, gesellschafts-, steuer-, personal- und haftungsrechtliche Aspekte, ökonomischer Stellenwert und technologische Gegebenheiten^[508], sondern auch sozialpolitische Bedeutungen der Daseinsvorsorge sowie

⁵⁰⁴ Vgl. *Tettinger*, Public Private Partnership: Möglichkeiten und Grenzen, NWVBL 2005 (1), S. 1 ff. *Lenk/Rottmann*, Zur Effizienz kommunaler Privatisierungsentscheidungen öffentlicher Unternehmen aus Sicht der Transaktionskostenökonomik, in: Bräunig/Greiling (Hrsg.), Stand und Perspektiven der Öffentlichen Betriebswirtschaftslehre II, FS für Peter Eichhorn, 2007, S. 215.

⁵⁰⁵ Vgl. *Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts 2003, S. 285; *Ruffert*, Regulierung im System des Verwaltungsrechts: Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation, AöR 1999, S. 238 f.

⁵⁰⁶ Vgl. *Brüning*, (Re-)Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand: Maßstäbe und Grenzen, Verwaltungsarchiv 2009, S. 466 f.; *Shirvani*, Public Private Partnership und die Subsidiaritätsprüfung bei öffentlichen Unternehmensbeteiligung, DÖV 2011 (22), S. 867.

⁵⁰⁷ Zur „Optimierung“ als Handlungsmaßstab im öffentlichen Sektor vgl. *Bieback*, Effizienzanforderungen an das sozialstaatliche Leistungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 128.; *Sanden*, Die Privatisierungsprüfungspflicht als Einstieg in die Verwaltungsprivatisierung, Die Verwaltung 2005 (38), S. 377; *Hecker*, Privatisierung unternehmenstragender Anstalten öffentlichen Rechts, VerwArch 2001, S. 261.

⁵⁰⁸ Vgl. *Erbguth/Stollmann*, DÖV 1993, S. 801. Zu Organisationsmotiven auch schon *Stober*, Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung- Zur Problematik privatrechtlicher Gesellschaften und Beteiligungen der öffentlichen Hand, NJW 1984, S. 452.

Gewährleistungsverantwortung.

Jede Rechtsformenwahl bringt insofern unterschiedliche Konsequenzen mit sich, sei es in Bezug auf die interne Organisation oder die Außenbeziehungen zu anderen öffentlichen Rechtsträgern bzw. den Bürgern.^[509] Daher gilt es, die Entscheidungskriterien gegeneinander abzuwägen und miteinander in Übereinstimmung zu bringen. Für die öffentliche Wirtschaftstätigkeit in privater Rechtsform sind sowohl die Regelungen des öffentlichen wie auch des privaten Wirtschaftsrechts maßgebend und bilden „die integrativen verschiedenen Einflussfaktoren, die zur Wahl der Rechtsform führen“.^[510]

Die öffentliche Hand hat bei der Wahl der Organisationsform auch die Formenklarheit und -wahrheit zu beachten. Zur Wahrung der Formenwahrheit^[511] hat der Staat sich nur solcher Organisationsformen zu bedienen, die dem Inhalt und dem Charakter der wirtschaftlichen Betätigung nicht widersprechen.^[512] Als wesentliche Einflussfaktoren bei der Abwägung unterschiedlicher Rechtsformalternativen ist eine Reihe von Kriterien zu berücksichtigen, die nachfolgend erläutert werden:

(1) Haftung

Im Hinblick auf die Haftungstatbestände der Rechtsformen geht es um die Frage, ob die Haftung gegenüber den Gläubigern (im Außenverhältnis) auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden soll. Während z. B. bei Einzelunternehmungen und Personengesellschaften die Gesellschafter grundsätzlich unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen haften, ist bei

⁵⁰⁹ Vgl. *Pitschas/Schoppa*, Kriterien für die Wahl der Rechtsform, in Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis: Band 2: Kommunale Wirtschaft herausgegeben von Mann/Püttner, 2011, S.111.

⁵¹⁰ *Pitschas/Schoppa*, Kriterien für die Wahl der Rechtsform, in Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis: Band 2: Kommunale Wirtschaft herausgegeben von Mann/Püttner, 2011, S.111.

⁵¹¹ Vgl. *Müller*, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 1993, S. 381; *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 39 Rn 33, S. 832.

⁵¹² Ebd.

Kapitalgesellschaften und Genossenschaften (e.G.) diese Haftung auf die Kapitaleinlage beschränkt. Diese Haftungsbeschränkung macht die GmbH für den Unternehmer zu einer besonders attraktiven Rechtsform.

(2) Leitungsbefugnis

Die Regelung der Leitungsbefugnis ist für die öffentliche Hand auf zwei Ebenen relevant: Zum einen geht es um die Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis und zum anderen um die Vertretungsbefugnis, also um die Frage, wer in welchem Umfang ein Unternehmen nach außen rechtsgeschäftlich zumeist im Rahmen eines Vertragsschlusses berechtigen und verpflichten kann. Die Leitungsbefugnis ist bei Kapitalgesellschaften und Einzelunternehmung unterschiedlich ausgestaltet. Die Kapitalgesellschaften haben mit der Geschäftsführung ein Organ, dem die Leitung des Unternehmens grundsätzlich unabhängig von den Kapitalgebern obliegt. Bei Einzelunternehmen hingegen korrespondiert prinzipiell die Geschäftsführungsbefugnis mit der persönlichen Haftung. Daneben bestehen vielfältige Vorschriften hinsichtlich der Leitungsbefugnis, welche individuell gestaltet werden können. Auch auf Grundlage der Vertragsautonomie kann die öffentliche Hand die meisten kommunalen Aufgaben in der Satzung festschreiben. Als eine mit öffentlichen Aufgaben betraute Rechtsform wird die Leitungsbefugnis in der Gesellschaft durch entsprechende Satzungsregelungen verstärkt.

(3) Wirtschaftlichkeit und Effizienz

Als ein Verwaltungsideal hat die Wirtschaftlichkeit sehr früh in das Verwaltungsrecht Eingang gefunden.^[513] Das bedeutet, dass ein optimales Verhältnis zwischen Mitteleinsatz und Zielerreichung angestrebt werden soll;^[514] dabei ist das vorgesehene Ziel mit dem geringstmöglichen

⁵¹³ Vgl. *Gaentzsch*, Gesetzmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung: Beißt oder verträgt sich das?, DÖV 1998, S. 953.

⁵¹⁴ Vgl. *Sanden*, Die Privatisierungsprüfpflicht als Einstieg in die Verwaltungs-

Mitteinsatz zu erreichen (Minimalprinzip: Effizienz) oder mit den gegebenen Mitteln das maximale Ergebnis zu erzielen (Maximalprinzip: Effektivität).^[515]

Umstritten für die Wirtschaftlichkeit als Rechtsgrundsatz ist aber die unberechtigte Frage, ob dieser gleichzeitig eine Forderung der Rechtspolitik sein kann.^[516] So wird dieser Rechtsgrundsatz bislang nur im Haushaltsrecht, Verfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht angewendet.^[517] Jedoch ist die Anwendung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes nicht auf die genannten Felder beschränkt, sondern kann beispielsweise auch im Verwaltungsorganisationsrecht zur Anwendung kommen. Insofern zielen Forderungen nach schlanken Organisationsstrukturen, sowie nach überschaubaren und verantwortungsfähigen dezentralen Einheiten und ihrer Bindung auf die Sicherung organisatorischer Effizienz.^[518] Ebenso besteht die Auffassung, dass das Verwaltungsrecht insgesamt als Wirtschaftlichkeitsreserve zu betrachten ist und die Verwaltungsorganisation, dasilverfahren und die Verwaltungshandlung als Ansatzpunkte für die potentielle Steigerung der Effizienz anzusehen.^[519]

Um auf die sich laufend fortentwickelnde Gesellschaft und die zukünftigen Herausforderungen der Rechtspolitik und Verwaltung zu reagieren, muss die

privatisierung, Die Verwaltung 2005 (38), S. 378.

⁵¹⁵ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht - Perspektiven der verwaltungsrechtliche Systembildung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 246.; *von Armin*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 20.; *Sanden*, Die Privatisierungsprüfungspflicht als Einstieg in die Verwaltungsprivatisierung, Die Verwaltung 2005 (38), S. 377.

⁵¹⁶ Vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 1995, S. 58.; *von Armin*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 14 ff.

⁵¹⁷ Vgl. *Wahl*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), S. 153 ff.

⁵¹⁸ Vgl. *Hoffmann-Riem*, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht. Einleitende Problemskizze, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 27 ff.

⁵¹⁹ Vgl. *Burgi*, Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit im Verwaltungsrecht, in: *Butzer* (Hrsg.), Wirtschaftlichkeit durch Organisations- und Verfahrensrecht. Vorträge beim Symposium anlässlich des 65. Geburtstag von Prof. Dr. Friedrich E. Schnapp in Bochum, 2004, S. 57; *Sanden*, Die Privatisierungsprüfungspflicht als Einstieg in die Verwaltungsprivatisierung, Die Verwaltung 2005 (38), S. 377.

Gestaltung der Organisation optimiert werden. Statt traditionell von der Wahlfreiheit in Bezug auf die Organisationsformen zu sprechen, ist das Gebot optimaler Verwaltungsorganisation zu betonen.^[520] Wie *Wolfgang Hoffmann-Riem* geäußert hat:

„Die in der Rechtsordnung bereitgestellten Organisationstypen müssen aber nicht nur auf die jeweiligen Aufgaben, sondern auch auf das zur Aufgabenerfüllung verfügbare Arsenal an Handlungsformen abgestimmt sein“.^[521]

2. Bürgergenossenschaften in der kommunalen Daseinsvorsorge

Die Genossenschaft eignet sich aus mehreren Gründen für ÖBP-Modelle: Für die Bürger wird ein Mitsprache- und Mitgestaltungsrecht durch einen Genossenschaftsanteil begründet. Jedes Mitglied der Genossenschaft ist mit einer Stimme pro Kopf stimmberechtigt, unabhängig von der Höhe des Kapitalbetrages, den er investiert hat. Gleichzeitig beschränkt der Genossenschaftsanteil die Haftung der Genossenschaftsmitglieder. Grundsätzlich wird von den Mitgliedern nicht mit ihrem persönlichen Vermögen für Verbindlichkeiten der eG gehaftet. So ist das unternehmerische Risiko, das bei einer Beteiligung an einer ÖBP-Unternehmung eingegangen wird, gut abschätzbar. Zugleich ermöglicht der flexible Organisationsrahmen des Genossenschaftsmodells den Bürgern eine aktive Mitgestaltung der Gemeindeentwicklung. Insgesamt sind Genossenschaften dazu prädestiniert, die Erfüllung

⁵²⁰ Vgl. *Schuppert*, Verfassungsrecht und Verwaltungsorganisation, Der Staat 1993 (32), S. 587 ff.; *Wißmann*, Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verwaltungsorganisation, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, §15, Rn 56.; *Wahl*, Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert* (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts-Grundfragen, 1993, S. 177 ff.; *Krebs*, Verwaltungsorganisation, in: HStR III, 2. Aufl., 1996, § 69, Rn. 77; *von Danwitz*, Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur, Der Staat 1996 (35), S. 329 ff.

⁵²¹ *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource - Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung-, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 377.

kommunaler Aufgaben bürgernah zu gewährleisten, Freiwilligenarbeit zu mobilisieren, Sozialkapital zu generieren und gleichzeitig die Kontrolle der Verwendung öffentlicher Gelder sicherzustellen.

Seit 2009 steigt die Anzahl der Genossenschaften in Deutschland kontinuierlich an. Bis 2015 gibt es in Deutschland rund 8.000 eingetragene Genossenschaften mit etwa. 969.000 Mitarbeitern und über 22 Millionen Mitgliedern.^[522] Fast jeder vierte Einwohner Deutschlands ist Mitglied in einer Genossenschaft.

Die überregionale wirtschaftliche Bedeutung der Genossenschaften kann ebenso anhand aktueller Zahlen reflektiert werden: Genossenschaften sind heute in über 100 Ländern vertreten, stellen über 100 Millionen Arbeitsplätze bereit und zählen mehr als 800 Millionen Mitglieder.^[523] Diese Zahlen belegen, dass die Genossenschaft die Erwartungen der Bürger erfüllt. Die Genossenschaft stellt damit eine von den mündigen Bürgern bevorzugten und am schnellsten wachsenden Unternehmensformen dar, die als führendes Modell auch wirtschaftliche, soziale und ökologische Nachhaltigkeit fortentwickeln kann.^[524]

2.1 Der Bürger als Kapitalgeber und Gesellschafter

Die Beteiligung der Bürger an Energieprojekten als Kapitalgeber unterscheidet sich grundsätzlich kaum von einer herkömmlichen Kapitalanlage.^[525] Das Ziel der Genossenschaft ist nicht primär die Gewinnmaximierung, sondern die Garantie einer gemeinsamen Wohlfahrt. Deshalb stellt diese Aktivität keine rein materielle Investition dar.

⁵²² Zu diesen Zahlen siehe *Stappel*, Die deutschen Genossenschaften 2016, 2016, S. 8.

⁵²³ Zu diesen Zahlen vgl. <http://genossenschaften.de/genossenschaften-weltweit>, abgerufen am 20.09.2019.

⁵²⁴ Vgl. dazu Internationaler Genossenschaftsband, *Blaupause für eine Dekade der Genossenschaften*, 2013, S.3, im Internet abrufbar unter: <http://ica.coop/sites/default/files/publication-files/ica-blueprint-final-september-2013-german-2004494376.pdf>, abgerufen am 09.03.2018.

⁵²⁵ Vgl. *Zenke/Dessau*, Bürgerbeteiligungen als Schlüssel einer kommunalen Energiewende, *KommJur* 2013, S. 288.

Zudem soll durch die wirtschaftliche Beteiligung der Bürger an einem konkreten EE-Vorhaben die Akzeptanz für die Eingriffe in die Umwelt und das Landschaftsbild erhöht werden. Es ist ein bedeutender Vorteil, dass die Bürger wirtschaftlich von „*ihrer*“ Anlage zur Energiegewinnung profitieren, so dass sie tendenziell nicht mehr als umstrittener Fremdkörper in der Landschaft empfunden wird.^[526]

Die Genossenschaft dient der Förderung eines gemeinsamen Zwecks, der nicht allein wirtschaftlicher Natur ist. Im Fall der Bürgerenergieprojekte ist dies die eigene nachhaltige Energieversorgung.^[527] Mit einer eG wird eine eigenständige juristische Person gegründet (§ 17 GenG), die selbst Geschäfte abschließen und EE-Anlagen verwalten kann. Die Mitgliedschaft in einer Genossenschaft steht nicht nur natürlichen und juristischen Personen offen, sondern auch den Kommunen.^[528]

Für die Kommune kann die Genossenschaft eine Option bilden, eine Anlage zur klimafreundlichen Energieerzeugung auf den Weg bringen.^[529] Mit der Beteiligung der Bürger erhält die Kommune die finanzielle Grundlage für das Vorhaben.^[530] Dabei kann man den faktisch hohen Beteiligungsgrad noch weiter dadurch erhöhen, indem auch finanziell schwächeren Bürgern eine Möglichkeit gegeben wird, eine Beteiligung an der Genossenschaft erwerben.^[531]

Neben der Finanzierungsfunktion ist die Genossenschaft vor allem wegen ihrer akzeptanzfördernden Funktion von zentraler Bedeutung: Die Genossenschaft in ÖBP-Modellen ist in der örtlichen Gemeinschaft verankert und an der Wertschöpfung für die Gemeinde orientiert. So kann

⁵²⁶ Vgl. *Zenke/Dessau*, Bürgerbeteiligungen als Schlüssel einer kommunalen Energiewende, *KommJur* 2013, S. 288.

⁵²⁷ Vgl. *Volz*, *ZfG* 2011, S. 298; *Althanns*, *ZfBR* 2012, S. 36.

⁵²⁸ Vgl. *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs*, *Genossenschaftsgesetz*, 4. Aufl. 2012, § 15 Rn. 2.

⁵²⁹ Vgl. die Beispiele aus der Praxis bei *Ott*, *emw* 5/2012, S. 8; und *Strobel*, *BWGZ* 18/2012, S. 733.

⁵³⁰ Vgl. *Zenke/Dessau*, Bürgerbeteiligungen als Schlüssel einer kommunalen Energiewende, *KommJur* 2013, S. 289.

⁵³¹ Vgl. v. *Kaler/Kneuper*, *NVwZ* 2012, S. 792.; *Ott*, *emw* 5/2012, S. 6.

eine eG dazu beitragen, den sozialen Frieden vor Ort auch bei einschneidenden Veränderungen zu bewahren.^[532] Insbesondere der Aspekt der Förderung eines gemeinschaftlichen Zwecks, des „*Ziehens an einem gemeinsamen Strang*“, sollte nicht unterschätzt werden.

Außerdem ist die interne Organisation durch das „*genossenschaftliche Demokratieprinzip*“ gekennzeichnet, das gem. § 43 Abs. 3 GenG jedem Mitglied grundsätzlich eine Stimme einräumt.^[533] Also ist es für die großen Kapitalgeber in der Genossenschaft schwierig, die Entwicklung des EE-Vorhabens in eine bestimmte Richtung zu lenken. Die Satzung erlaubt maximal drei Stimmen für einzelne Genossen.^[534] Ferner erlaubt das Genossenschaftsrecht keine Fremdorganschaft, so dass der Vorstand Mitglied der eG bzw. gesetzlicher Vertreter eines Mitgliedes sein muss.^[535]

2.2 Die Merkmale von Bürgergenossenschaften

Die Bürgergenossenschaft dient als eine Form der kommunalen Genossenschaft dem örtlichen und öffentlichen Interesse. Durch die Übertragung von kommunalen Aufgaben auf die Genossenschaft kann sowohl die Unterstützung regionaler Gebietskörperschaften als auch der regionalen Wirtschaft ermöglicht werden. In der Privatrechtsform kann eine Genossenschaft Anforderungen regionaler Gebietskörperschaften an ihre wirtschaftliche Betätigung besser erfüllen. Solche Anforderungen können die Transparenz der Organisation und größere Partizipation, Integration zwischen öffentlichen und privaten Mitgliedern innerhalb der Genossenschaft und die dezentrale Versorgung und Erzeugung der notwendigen Leistungen umfassen. Die lokale Verwurzelung und das Ziel der Mitgliederförderung sind wesentliche Gründe für den hohen Grad an

⁵³² Vgl. den Bericht aus der Praxis von *Ott*, emw 5/2012, S. 7.

⁵³³ Vgl. *Ott*, emw 5/2012, 6 S. 6.; *Hoffmann/v. Blumenthal*, ZfK 9/2008, S. 6.

⁵³⁴ Siehe dazu *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs* Genossenschaftsgesetz, 4. Aufl. 2012, § 43 Rn. 30 ff.

⁵³⁵ Krit. *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs* Genossenschaftsgesetz, 4. Aufl. 2012, Einl. Rn. 11.

Mitbestimmung und Transparenz, den die Bürgergenossenschaft bietet.

2.2.1 Transparenz der Organisation und große Partizipation

Neben den Kunden können darüber hinaus auch Fördermitglieder und Beschäftigte Geschäftsanteile zeichnen, die mit der Möglichkeit einhergehen, die Geschäfte der Genossenschaft mitzubestimmen. Durch diese Mitgliedsstruktur, die auch große Partizipation genannt wird, wird eine asymmetrische Ausrichtung des Unternehmens vermieden und eine erhöhte Transparenz der Organisation gewährleistet.

Zugleich mit der großen Partizipation wird einer Oligarchie des Kapitals innerhalb der Organisation vorgebeugt. Durch das Demokratieprinzip wird eine Dominanz der Kapitalmehrheit ausgeschlossen. Klare Führungs- und Entscheidungsstrukturen werden durch die Gewaltenteilung im Vorstand und Aufsichtsrat neben der Generalversammlung realisiert. Ein weiterer Vorteil der genossenschaftlichen Rechtsform ist die aktive Beteiligung einer größeren Zahl von Genossen an der Leitung, so dass die aktive Beteiligung und Organisation einer großen Mitgliederzahl problemlos möglich ist. Solche Merkmale lassen die Genossenschaft als nützliches Modell für die Beteiligung der Öffentlichkeit erscheinen.

2.2.2 Integration der öffentlichen und privaten Interessen

Die Bürgergenossenschaft bietet ausreichend Gestaltungsspielraum, um die öffentlichen und individuellen Interessen auszugleichen. Mit der Beteiligung der lokalen Bevölkerung geht automatisch eine gewisse Öffentlichkeit der Vorgänge in der Bürgergenossenschaft einher. Konflikte zwischen dem öffentlichen und individuellen Interessen können so leichter überwunden werden. Während die Gebietskörperschaften als Mitglied der kommunalen Genossenschaft, die anderen bürgerlichen Mitglieder führen und kontrollieren können, kann der Bürger als ebenbürtiges Mitglied der Genossenschaft durch seine Stimme die Tätigkeit der Gebietskörperschaft

innerhalb der Genossenschaft beeinflussen. Damit wird ein Ausgleich zwischen der Gebietskörperschaft und der Genossenschaft erreicht. Nicht zu vernachlässigen ist auch der Aspekt der öffentlichen Wahrnehmung der durch die kommunale Genossenschaft erbrachten Dienstleistung durch die daran beteiligte Bevölkerung. Bürgerbüros, ein aktives Beschwerdemanagement und die persönliche Einflussnahme auf die Ausrichtung der lokalen Daseinsvorsorge erhöhen nachweislich die Zufriedenheit der Nutzer.

2.2.3 Dezentrale Versorgung und Erzeugung

In den meisten Fällen ist die kommunale Genossenschaft auf eine dezentrale Versorgung und Erzeugung im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge gerichtet. Um einen aktiven Beitrag zur regionalen Wirtschaftsförderung zu leisten, interagiert die Genossenschaft im regionalen Wirtschaftsraum mit ihren Mitgliedern und den relevanten Akteuren. Die Aufträge werden in diesen Fällen vorrangig an leistungsfähige Unternehmen der eigenen Region vergeben werden, um damit zur wirtschaftlichen Wohlfahrt der ansässigen Betriebe beizutragen. In der Genossenschaft haben Bürger, Kommunen und andere privatwirtschaftlichen Akteure dadurch die Möglichkeit, sich an der Gestaltung der Versorgung oder Erzeugung direkt zu beteiligen.^[536]

Als konkretes Beispiel dazu bietet sich das Modell der Energiegenossenschaft an. Der dezentrale Charakter der erneuerbaren Energien bringt jedem Bürger die Möglichkeit, einen aktiven Beitrag zum Umbau der regionalen Energieversorgung zu leisten. Energiegenossenschaften profitieren davon, denn die aktive Teilnahme der Bürger bietet vielfältige Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten.

⁵³⁶ Vgl. Althanns, ZfBR 2012, S. 36.

3. Die öffentliche Genossenschaft: Kooperation zwischen Kommune und Genossenschaft mittels ÖBP-Modellen

Kooperationen auf kommunaler Ebene bergen ein erhebliches Potenzial für die Partizipation der Bürger. Es gibt aber auch eine weitere Möglichkeit, die privatrechtliche Unternehmensorganisation mit kommunaler Eigenverantwortung und dem Bürgerengagement zu kombinieren: Die „Öffentlich-Bürgerschaftliche-Partnerschaft“ (ÖBP)^[537] in der Rechtsform der Genossenschaft. Dabei legen Bürger und Kommunen ihre Angelegenheiten und Pflichten zusammen. Anhand der Prinzipien der Selbsthilfe, Selbstverwaltung und Selbstverantwortung eignet sich diese Genossenschaft optimal dazu, kommunale Aufgaben zu erledigen oder zu unterstützen.^[538]

Voraussetzung für die Umsetzung des ÖBP-Modells ist, dass es einen Bedarf der Zusammenarbeit zwischen der Regierung und Bürgern für die Erledigung der gemeindlichen Aufgabe gibt.^[539] In den meisten Fällen wird die Gemeinde in der Praxis als Sponsor einer sogenannten gemischten Genossenschaft fungieren, in der sich Bürger, Gebietskörperschaft und kommunale Unternehmen die Rolle als Produzent bzw. als Verbraucher teilen, um das ÖBP-Projekt zu betreiben und die örtliche Versorgung und Erzeugung selbst zu verwalten. Die Genossenschaft als ein kommunales Unternehmen ist auch ein Mittel, das sich für die örtliche und regionale Kooperation in der kommunalen Daseinsvorsorge anbietet.

Insgesamt zeigen die Praxiserfahrungen deutlich, dass die Genossenschaft als Organisations- und Rechtsform optimal für die Ausgliederung kommunaler Aufgaben geeignet ist. Vorrangiges Ziel einer ÖBP ist die

⁵³⁷ Vgl. *Reiner/Rößl/Weismeier-Sammer*, Cooperativ, 2010, 03, S. 58 f.

⁵³⁸ Vgl. *Kißling*, Selbsthilfe, Selbstverantwortung, Selbstverwaltung, in: Mändle/Swoboda (Hrsg.): *Genossenschaftslexikon*, Wiesbaden, 1992, S. 577 f.; vgl. *Beuthien*, Die eingetragene Genossenschaft im Strukturwandel, 2003, S. 3 ff.

⁵³⁹ Vgl. *Reiner/Rößl/Weismeier-Sammer*, Cooperativ, 2010, S. 59 f.

Mitwirkung der Bürger an der Erfüllung gesellschaftlicher Aufgaben. Eine nur geringe Verbreitung von Kenntnissen über die Beteiligungsmöglichkeiten und Fehlvorstellungen und über deren Risiken bzw. überzogene Erwartungen an das Leistungsvermögen der öffentlichen Hand sind als Ursachen für eine noch geringe Beteiligung der Bürger an ÖBP-Modellen anzusehen. ÖBP-Modelle sind eine vielversprechende Möglichkeit zur partnerschaftlichen Übernahme kommunaler Aufgabenbereiche. Dabei stellen neben den potentiellen Kosteneinsparungen vor allem die Partizipationsmöglichkeiten für die Bürger eine große Chance dar. Über ÖBP-Projekte übernehmen diese eine tragende Rolle in der Gemeindeentwicklung und Verantwortung für die Gemeinschaft. Auf diese Art können die zukünftigen Anforderungen an die Gemeinden leichter bewältigt werden.^[540]

Das Örtlichkeitsprinzip^[541] legt fest, dass die Gemeinde alle örtlichen Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung regeln kann – jedoch nur innerhalb ihrer Grenzen. Will sie außerhalb ihres Gebiets tätig werden, ist dies nur möglich, wenn die Interessen der anderen Gemeinden gewahrt bleiben.^[542]

Bevor im Rahmen eines ÖBP-Modells öffentliche Aufgaben von der Gemeinde auf eine Genossenschaft übertragen werden, muss die kommunalrechtliche Zulässigkeit der Aufgabenübertragung bzw. der Übertragung der wirtschaftlichen Betätigung auf die Genossenschaft geklärt werden. Eine solche Übertragung kann nur im Rahmen der kommunalrechtlichen Vorgaben erfolgen. Da die Gemeinde weiterhin für die ordnungsgemäße und rechtsstaatliche Aufgabenerfüllung verantwortlich bleibt und das Demokratieprinzip gewahrt werden muss, ist gesellschaftsrechtlich sicherzustellen, dass die Gemeinde ihre weiterhin

⁵⁴⁰ Vgl. *Reiner/Rößl/Weismeier-Sammer*, Cooperativ, 2010, 03, S. 61 f.

⁵⁴¹ Vgl. Art. 28 Abs. 2 GG.

⁵⁴² Vgl. Art. 87 Abs. 2 BayGO.

bestehende Einwirkungs- und Mitwirkungspflicht erfüllen kann. Da die Genossenschaft im Rechtsverkehr als privatrechtlich organisierter Rechtsträger wahrgenommen wird und nur privatrechtlich handeln kann, wird die Geschäftstätigkeit sowohl dem öffentlichen Recht als auch dem privaten Recht zugeordnet.^[543]

4. Sonderfall: Die zweistufige Organisationsstruktur in der kommunalen Energiegenossenschaft

In der Rechtsform der Genossenschaft können die unterschiedlichsten Zielsetzungen und Geschäftsgegenstände umgesetzt werden, so auch die Erzeugung von erneuerbaren Energien. Ein anschauliches Beispiel für die Vielfalt von Akteuren sowie für die Komplexitätsstruktur einer Genossenschaft ist die Neue Energien West eG (NEW eG).^[544] Dabei handelt es sich um eine Dachgesellschaft für die Initiierung von erneuerbaren Energieprojekten. In der Satzung ist geregelt, dass die Genossenschaft ausschließlich im Bereich der erneuerbaren Energien tätig sein soll.^[545]

Im Fall der NEW eG handelt es sich um eine Dachgenossenschaft, an der sich eine Bürgerbeteiligungsgenossenschaft, Stadtwerke oder andere kommunale Unternehmen beteiligen können. Soweit vertreten der NEW eG die Interessen von mehr als 80.000 Bürgern der Mitgliedskommunen. Zugleich hat sie Mitgliedsgemeinden mit insgesamt 76 Geschäftsanteilen

⁵⁴³ Vgl. Korte, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2015, Kap. D, Rn. 727, S. 239.

⁵⁴⁴ Vgl. Amschler, „NEW“-Neue Energien West eG und Bürger-Energiegenossenschaft West eG, in: Bauer/Büchner/Markmann (Hrsg.), Kommune, Bürger und Wirtschaft im solidarischen Miteinander von Genossenschaften, 2014, S.57 (57).

⁵⁴⁵ Vgl. Friedrich Markmann, Lokale Leistungserbringung im kommunalen Interesse: Revival der Genossenschaft?, 2018, S. 49, Gemäß § 1 Abs. 2 ihrer Satzung befasst sich die NEW eG „mit der Planung, der Erstellung und dem Betreiben von Anlagen zur regenerativen Energieerzeugung und damit verbundenen Nebengeschäften. Sie kann in allen Bereichen tätig werden, die einer umweltfreundlichen und nachhaltigen sowie innovativen Energieversorgung dienlich sind“. Für die Satzung der NEW das ist im Internet abrufbar unter <http://www.neue-energien-west.de/wp-content/uploads/2011/11/Satzung-NEW-pdf-Datei.pdf>, abgerufen am 21. 09. 2019.

der Genossenschaft.^[546] Die genossenschaftliche Organisationsform erleichtert nicht nur die Kooperation und den Interessenausgleich zwischen den Kommunen, sondern ermöglicht auch die aktive Beteiligung der Bürger. Also das ist ein Beteiligungsmodell an kommunalen Unternehmen.^[547] Damit stellt sich die Organisationsstruktur der NEW eG wie folgt dar: § 1 Abs. 1 der Satzung (NEW eG) beschränkt die zum Beitritt berechtigten Mitglieder auf juristische Personen des öffentlichen Rechts sowie auf „gewählte Vertreter der Bürger-Energiegenossenschaft eG“ (BEW). Diese Vorgangsweise stellt den erforderlichen angemessenen Einfluss der beteiligten Kommunen auf die NEW eG sicher, welcher sich auch in der konkreten Besetzung von Vorstand und Aufsichtsrat widerspiegelt.^[548] Durch diese Organisationsstruktur wird sichergestellt, dass die kommunalen Entscheidungsträger die zentralen Entscheidungen gemeinsam treffen können.

Dadurch entsteht eine attraktive Struktur der Organisation, die zweistufig ausgerichtet ist. Bei genauer Betrachtung stellt man fest, dass die Hauptinvestition aus der Bürger-Energiegenossenschaft kommt. Bemerkenswert daran ist, dass die Bürger-Energiegenossenschaft in der kommunalen Energiegenossenschaft nur eine Stimme hat. In dem entworfenen Trennungsmodell von der NEW eG sollen die „grundsätzlichen Entscheidungen über Standorte und Energieprojekte in der Region“^[549] einerseits und „andererseits die individuellen Entscheidungen einzelner

⁵⁴⁶ Siehe dazu <http://www.neue-energien-west.de/neue-energien-west>, abgerufen am 21. 09. 2019. Vgl. auch *Friedrich Markmann*, Lokale Leistungserbringung im kommunalen Interesse: Revival der Genossenschaft?, 2018, S. 49 ff.

⁵⁴⁷ An der BEW kann sich jeder Bürger beteiligen, sofern er bereit ist, 500 Euro zu investieren. Derzeit halten über 1.300 Privatpersonen mehr als 11.000 Anteile an der Genossenschaft. Siehe dazu <http://www.neue-energien-west.de/neue-energien-west>, abgerufen am 21. 09. 2019.

⁵⁴⁸ Die aktuelle Besetzung der Posten von Vorstand und Aufsichtsrat ist im Internet abrufbar unter <http://www.neue-energien-west.de/neue-energien-west/vorstand-aufsichtsrat>, abgerufen am 21. 09. 2019.

⁵⁴⁹ *Amschler*, „NEW“-Neue Energien West eG und Bürger-Energiegenossenschaft West eG, in: Bauer/Büchner/Markmann (Hrsg.), *Kommune, Bürger und Wirtschaft im solidarischen Miteinander von Genossenschaften*, 2014, S. 58.

Bürger, die sich für das ein oder andere Energieprojekt der Gemeinde interessieren, auseinander“^[550] gehalten werden. Dadurch wird erreicht, dass die Gebietskörperschaften in der NEW eG den Geschäftsbetrieb beherrschen, während die Geldmittel überwiegend über die Bürgerbeteiligungsgenossenschaft zur Verfügung gestellt werden. Dadurch erhält die öffentliche Hand die Vorherrschaft in diesem ÖBP-Modell.

Insgesamt erscheint das ÖBP-Modell flexibel und bietet dadurch Spielraum für diverse Organisationsformen. Anhand dieses Modells kann man einen Ausgleich zwischen öffentlicher Hand und privaten Mitgliedern realisieren. In der Praxis haben sich aus dem ÖBP-Modell mehrere Formen entwickelt, die dessen Inhalt variieren. Gesetzliche Regelungen sollten einerseits genügend Spielraum für die Entwicklung dieser neuen Formen lassen, andererseits soll die Entwicklung der Rechtsdogmatik und Rechtspolitik auf diese neu entwickelten Formen nicht zum Stillstand gelangen.

5. Ergebnis

Die Organisationsform der Genossenschaft hat derzeit Hochkonjunktur. Sie ist in vielen unterschiedlichen Tätigkeitsfeldern zu finden, die herkömmlicherweise der kommunalen Daseinsvorsorge zugerechnet werden. In der Praxis trifft man häufig auf hybride Kooperationsmodelle zwischen Kommunen und Genossenschaften. Durch das genossenschaftliche Organisationsmodell unter Beteiligung der Kommune entsteht eine Kooperation mit Privaten in Form einer gemischtwirtschaftlichen Genossenschaft. Beim ÖBP-Modell trifft man zumeist auf zwei Konstellationen: Neben der Kooperation von einer oder mehreren Kommunen und Bürgern in genossenschaftlicher Rechtsform, die an die „klassischen“ öffentlich-bürgerschaftliche-Partnerschaft angelehnt ist, ist die

⁵⁵⁰ Amschler, „NEW“-Neue Energien West eG und Bürger-Energiegenossenschaft West eG, in: Bauer/Büchner/Markmann (Hrsg.), Kommune, Bürger und Wirtschaft im solidarischen Miteinander von Genossenschaften, 2014, S. 58.

gemischtwirtschaftliche Genossenschaft aus einer oder mehreren Kommunen, Bürgern und juristischen Personen des Privatrechts in der Rechtsform der Genossenschaft zu finden. Damit können die Genossenschaften das kommunale Leistungsangebot ergänzen und sogar auf flexiblere und effizientere Art und Weise erfüllen. Durch das Einschlagen eines „dritten Weges“ lösen sich die Kommunen von einseitiger Bindung von Tätigkeiten an den „Staat“ oder „Private“, um die lokale Leistungserbringung im kommunalen Interesse zu verwirklichen.

IV. Die ÖBP als neues Instrument der kommunalen Daseinsvorsorge

Öffentlich-Bürgerschaftliche-Partnerschaft (ÖBP) sind Organisationsformen der Zusammenarbeit von Kommunen und ihren Bürgern zur Erfüllung kommunaler Aufgaben. Diese Kooperationsmodelle bieten wirkungsvolle Instrumente für eine gemeinwohlorientierte Gemeindeentwicklung. Als neue Zusammenarbeitsformen zwischen Bürgern und Kommunen ermöglichen sie kostengünstig die Erhaltung der lokalen Leistungserbringung. Dadurch könnten sich Bürger und Kommunen zu einer Genossenschaft zusammenfinden. Der Staat bleibt dabei Gewährleistungsträger zur Überprüfung der Sozialverträglichkeit.

A. Spielräume für das ÖBP-Modell in der Rechtspolitik

Auf der kommunalen Ebene befinden sich die Leistungen im kommunalen Interesse in Bewegung. Mit dem Trend zur Rekommunalisierung hat die lokale Leistungserbringung ihr Interesse den unterschiedlichen Organisations- und Handlungsformen zugewandt. Hier bietet sich kreative Pluralisierung bei der Erfüllung von örtlichen Angelegenheiten an und öffnet sich die Möglichkeit, gemeinwohlorientierte Aktivitäten von Institutionen des Dritten Sektors zu erschließen. Zugleich hat auch das bürgerschaftliche Partizipationsanliegen weitreichende Unterstützung bekommen. Denn die genossenschaftliche Organisationsform ermöglicht es, einer breiten Vielfalt von Akteuren zusammenarbeiten. Auch in der Praxis wenden sich immer mehr Gemeinden der Genossenschaft zu, die ein ausreichend flexibles Modell biete, um konkrete kommunale Interessen zu erfüllen.

1. Die Genossenschaft zur kommunalen Leistungserbringung

Neben den herkömmlichen Feldern wurden die Genossenschaften in neuen

Bereichen eingesetzt, darunter auch die örtlichen Angelegenheiten in der lokale Leistungserbringung. Diese „Zukunftsmodell Genossenschaft“^[551] in den kommunaler Leistungserbringung spiegelt die Forderungen bei der kommunalen Interesse wider. Es gibt viele Gründe für die genossenschaftlicher Leistungserbringung in kommunalen Handlungsfelder.^[552] Das erste ist, den kommunaler Leistungsangebots zu optimieren. Zweitens ist die Aufrechterhaltung eines Mindestangebots an wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Produkten bei minimaler lokaler Infrastruktur. Die dritte besteht darin, das knappe lokale Budget durch die Einführung des Sozialkapitals der Genossenschaft zu entlasten. Schließlich durch die Beteiligung von Genossenschaften, um die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bei der öffentlich Hande zu verbessern.

Nach Ansicht von vieler Menschen sind die Genossenschaften als private Rechtsform mit öffentlichem Charakter und gilt es als Mittelweg zwischen Privat und Staat.^[553] Daher sind Genossenschaften im allgemeinen eine mögliche Option für gescheiterte Privatisierungsmaßnahmen, und Privatisierungsmaßnahmen bündeln alle verfügbaren Ressourcen, um eine demokratische, transparente und bürgernahe Leistungserbringung auf lokaler Ebene zu gewährleisten. In der laufenden Diskussion zum Thema Publizisierung zeigt das ÖBP-Modell in Form von Genossenschaften die neuen Entwicklungsperspektiven der Privatisierung auf.

2. ÖBP-Modell als Beteiligungs-Daseinsvorsorge

Eine neue Form stellt die Beteiligungs-Daseinsvorsorge dar, die die Beteiligung der Bürger an der Erbringung jener öffentlicher Leistungen

^[551] DStGB Dokumentation Nr. 40: Genossenschaften – Miteinander von Bürgern, örtlicher Wirtschaft und Kommunen, Verlagsbeilage „Stadt und Gemeinde Interaktiv“, Ausgabe 9/2004, S. 2.

^[552] Vgl. etwa Herbert Klemisch/Helene Maron, Genossenschaftliche Lösungsansätze zur Sicherung der kommunalen Daseinsvorsorge, ZfgG 2010, 3 (7).

^[553] Vgl. *Andreas Eisen*, Kooperation und Genossenschaften als Modell der kommunalen (Selbst-)Steuerung, in: George/Bonow (Hrsg.), Regionales Zukunftsmanagement, Band 4: Kommunale Kooperation, 2010, S. 138.

erlaubt, von denen die Bürger selbst profitieren. Die Erfüllung kommunaler Aufgaben in der Rechtsform einer Genossenschaft stellt eine sogenannte Öffentlich-Bürgerschaftliche-Partnerschaft dar. Wenn die Kommune als Mitglied an der Genossenschaft agiert, handelt es sich dabei um eine gemischt- wirtschaftliche Genossenschaften (sog. ÖBP-Modell). In diesem Fall sind neben einer oder mehreren Kommunen auch natürliche Personen oder juristische Personen des Privatrechts an der Genossenschaft beteiligt.

ÖBP-Modelle mit kommunaler Beteiligung entsprechen den Anforderungen, die an die Erledigung von wirtschaftlichen Aufgaben und von obligatorischen Selbstverwaltungstätigkeiten gestellt werden, da die beteiligte Kommune über ein beherrschendes Maß an Einflussnahme verfügt. Für die Erledigung von Aufgaben, die dem Bereich der freiwilligen, nichtwirtschaftlichen Selbstverwaltungsaufgaben zuzuordnen sind, reicht grundsätzlich eine einfache Beteiligung der Kommune an dem jeweiligen Genossenschaftsmodell aus.

Beim ÖBP-Modell hängt die Notwendigkeit der kommunalen Beteiligung von der Zuordnung der anvisierten Tätigkeit zu den freiwilligen oder obligatorischen Selbstverwaltungsaufgaben ab. Für die freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben ist die einfache kommunale Beteiligung ausreichend, da in diesem Fall eine Sicherstellung beherrschender Einflussnahmemöglichkeiten nicht erforderlich ist.

Bei der Erledigung obligatorischer Selbstverwaltungsaufgaben ist wiederholt die Notwendigkeit einer unmittelbaren kommunalen Beteiligung zu betonen, die eine Sicherstellung von beherrschenden Einflussnahmemöglichkeiten der beteiligten Kommune auf die Genossenschaft garantiert. Durch die kommunale Beteiligung an der Genossenschaft kann die Kommune ihre Aufgaben ordnungsgemäß sichern.^[554]

⁵⁵⁴ Dazu siehe auch, *Klein/Uckel/Ibler*, Kommunen als Unternehmer, Teil 2:

Im Vergleich zu PPPs, bei denen kommunale Aufgaben zur Gänze an private, lokal oft nicht verankerte sowie profitorientierte Anbieter ausgelagert werden, arbeiten bei Öffentlich-Bürgerschaftliche-Partnerschafts (ÖBPs) die Gemeinden mit ihren Bürgern zusammen, indem gemeinsame Konzepte für die kommunale Daseinsvorsorge unter Beteiligung der Bürger erarbeitet und umgesetzt werden. Dabei handelt es sich um innovative Organisationsformen für kommunale Leistungsangebote. Theorie und Praxis sind sich einig, dass die zunehmenden gesellschaftlichen Herausforderungen nur durch eine intensivere Kooperation von öffentlichen und privaten Akteuren gemeistert werden können. ÖBP-Modelle stellen damit nicht nur aufgrund der Nutzung von bürgerlichem Engagement Instrumente zur Entlastung der Gemeindebudgets dar, sondern haben auch weitreichende demokratie- und gesellschaftspolitische Folgen, die sich daraus ergeben, dass die Bürger die Möglichkeit erhalten, selbst Verantwortung für die Gemeinschaft zu übernehmen.

Als passende Rechtsform für das ÖBP-Modell scheint die Genossenschaft bereits auf den ersten Blick prädestiniert zu sein, denn in ihr lassen sich bürgerliches Engagement und die Interessen der Kommune besonders leicht miteinander verbinden.^[555] Außerdem bietet sich das Genossenschaftsmodell auch bei interkommunaler Zusammenarbeit an, bei der die Bürger die Vorstandsfunktionen besetzen und so als nutzende Mitglieder die operativen Geschäfte führen. In der Literatur werden Begriffe wie Bürgerbeteiligung, bürgerliches und ehrenamtliches Engagement sowie die allumfassenden Begriffe der Zivil- und Bürgergesellschaft oft synonym

Entscheidungskriterien für die Wahl einer Betriebsform, Einführungsgründe neuer Betriebsformen, Kommentar, Loseblatt, 2008, S. 8 f.

⁵⁵⁵ Vgl. *Flieger*, Sozialgenossenschaften als Perspektive für den sozialen Sektor in Deutschland; in: Bundesverein zur Förderung des Genossenschaftsgedankens (Hrsg.): Sozialgenossenschaften: Wege zu mehr Beschäftigung, bürgerschaftlichem Engagement und Arbeitsformen der Zukunft, Neu-Ulm, 2003, S. 11-36; *Hofinger/Hinteregger*, Genossenschaften – eine Perspektive für Kommunen, in: Schriftenreihe Recht und Finanzen der Gemeinden, 2007, Nr. 3; *Hofinger*, Genossenschaften – ein Zukunftsmodell für Gemeinden, in: Die Furche, Spezial, 2009, S. 10-11.

verwendet.^[556] In diesem Beitrag wird unter dem Begriff der „Bürgerbeteiligung“ auf die freiwillige, unbezahlte oder deutlich unter Marktpreisen vergütete Mitarbeit von Bürgern in kommunalen Aufgabenbereichen abgestellt.

Das ÖBP-Modell steht im Bereich der Beteiligung-Daseinsvorsorge im Einklang mit dem Ideal der Bürgerkommune.^[557] Darunter wird eine reformierte kommunale Verwaltung verstanden, bei der die Verwaltung „näher“ am Bürger dran ist und damit als Dezentralisierung der kommunalen Verwaltung verstanden werden kann. Eine Bürgerkommune ist insbesondere durch das partizipatorische Wirken der Bürger an der Entwicklung der Kommune gekennzeichnet.^[558]

Das ÖBP-Modell, bei dem die Bürger und die Kommune gemeinsam auf ein Ziel hinwirken, findet sich im Bereich der kommunale Daseinsvorsorge und ermöglicht es diese in neuer Qualität zu gestalten. An dieser Stelle eröffnet sich auch das weite Feld für die Bürgerkommune.

Erst wenn die Bürger bereit sind, spürbare eigene Leistungen zu erbringen, Verantwortung zu übernehmen, Alternativen samt eigenen Beiträgen aufzuzeigen, werden die privaten „Anliegen“ zu öffentlichen, bürgerschaftlichen „Angelegenheiten“. Bei der kommunale Daseinsvorsorge, die ebenfalls einen erheblichen Mitwirkungswillen der Bürger voraussetzt, lassen sich gute Ansätze in Richtung „gemeinsame Aufgabenbewältigung“ feststellen.

⁵⁵⁶ Vgl. Adloff, Zivilgesellschaft: Theorie und politische Praxis, 2005, S. 123 ff.

⁵⁵⁷ Bei der Bürgerkommune handelt es sich „um eine partizipativ agierende Gemeinde, in der Bürger in Governance-Arrangements direkt und freiwillig an der Vorbereitung und Umsetzung politischer Entscheidungen beteiligt sind und aktiv in Entscheidungsfeldern Verantwortung für das Gemeinwesen übernehmen. Zu den potenziell Beteiligten gehören Privatpersonen, Vereine, Institutionen, Wirtschaft, Verbände, Kirchen, Initiativen und politische Parteien.“ Siehe dazu König, Bürgerkommune: Ein Überblick, Wiesbaden, 2018: Springer VS, S. 17.

⁵⁵⁸ Vgl. Holtkamp/Bogumil: Bürgerkommune und Local Governance. S. 233, 246. In: Schwalb/Walk: Local Governance – Mehr Transparenz und Bürgernähe?. Wiesbaden 2007.

3. ÖBP-Modell als Mittel der Rekommunalisierung

Im aktuellen öffentlichen Diskurs spielen Forderungen nach Rekommunalisierung der öffentlichen Daseinsvorsorge eine zunehmende Rolle.^[559] Unter den zahlreichen Maßnahmen, die zur Rekommunalisierung getroffen werden, ist ein neuer Trend auszumachen. Im Prozess der Rekommunalisierung stehen die Kommunen dem Dilemma gegenüber, dass einerseits die vergangenen Privatisierungsentscheidungen in der Praxis die in sie gesetzten Erwartungen nicht erfüllt haben, und andererseits die erneute Verantwortungsübernahme durch die Kommune als rückwärtsgewandt empfunden wird. Deshalb bietet sich eine ÖBP-Unternehmung als eine willkommene Alternative an, die beide Seiten zufriedenzustellen vermag. Wie bereits erwähnt, verfügt die Organisationsform der Genossenschaft angesichts ihrer spezifischen Besonderheiten über natürliche Vorteile beim Ausgleichen der öffentlichen und privaten Interessen.

In den Debatten, die das Verwaltungsorganisationsrecht thematisieren, wird die Genossenschaft zu Unrecht häufig ausgeblendet.^[560] Denn sobald diese Organisationsform des dritten Sektors in Betracht gezogen wird, zeigt sich ihr Potential als eine wirtschaftliche Kooperationsform für die Kommunen zu dienen, die der Gemeinde eine Möglichkeit zur *Rückkehr des Öffentlichen* auf der kommunalen Ebene eröffnet.^[561] Im Fokus der kommunalen Auswahlentscheidung zeichnet sich die genossenschaftliche Organisationsform dadurch aus, dass sie scheinbar mühelos eine Verbindung zwischen ihrem kooperativen Potenzial, bürgerlichem Engagement und weiteren Teilnahmemöglichkeiten herstellt.^[562] Um dieses Potenzial zu

⁵⁵⁹ Vgl. Bauer/Büchner/Hajasch, Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, Potsdam 2012, S. 11 ff.

⁵⁶⁰ Vgl. Bauer, Publizierung, JZ 2014, S. 1024 f.

⁵⁶¹ Vgl. Klemisch/Vogt, Genossenschaften und ihre Potentiale für eine sozial gerechte und nachhaltige Wirtschaftsweise, 2012, S. 37

⁵⁶² Vgl. Klemisch/Maron ZfgG 2010 (60), S. 3 ff.

erschließen, fand in den Rathäusern und Kreisverwaltungen ein Umdenken statt, das bereits zahlreiche Innovationen hervorgebracht hat.^[563] Dieses richtete sich auch darauf, Genossenschaften viel „stärker als bisher in die öffentliche Diskussion über Modelle zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben und zukünftiger Beteiligung von Dörfern, Städten und Regionen einzubringen“.^[564] Die Genossenschaft bietet sich als eine Variante gemeinwohlorientierter Öffentlich-Bürgerschaftliche-Partnerschaft (ÖBP)^[565] für die Zukunft der Kommunen an.^[566]

Als Alternative in dem Prozess der Rekommunalisierung verfügt das ÖBP-Modell über folgende Vorteile: Auf diese Weise kann der kommunale Einfluss sichergestellt werden, was viele Kommunen dazu veranlasst, den Vorgang der Rekommunalisierung voranzutreiben, insbesondere wenn zum derzeitigen Zeitpunkt viele Konzessionsverträge auslaufen und damit in nächster Zukunft beispielsweise über die Bertreibung der Energieversorgungsnetze zu entscheiden sein wird. Weiter stimmt das ÖBP-Modell eher mit dem Prinzip der kooperativen Verwaltung überein, denn anders als beim PPP-Modell stimmen hier die Interessen der Mitglieder eher mit dem öffentlichen Interesse der Kommunen überein, was dazu führt, dass das ÖBP-Modell auch von den Gemeindeführungen präferiert wird. Da die ÖBP-Unternehmungen Auswirkungen auf unterschiedliche Interessen der Gemeinde entfalten, beteiligen sich verschiedenartige Interessengruppen an der Verwaltung dieser Unternehmungen.

⁵⁶³ Vgl. *Bauer*, Publizisierung, JZ 2014, S. 1025 f.

⁵⁶⁴ *Eisen*, in: George/Bonow (Hrsg.), Regionales Zukunftsmanagement, Bd. IV, Kommunale Kooperation, 2010, S. 135 ff. Vgl. dazu *Krajewski* Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, 2011, S. 336 m. w. N.

⁵⁶⁵ Vgl. *Karner/Rößl/Weismeier-Sammer* in: Münkner/Ringle (Hrsg.), Neue Genossenschaften und innovative Aktionsfelder: Grundlagen und Fallstudien, 2010, S. 85 ff.

⁵⁶⁶ Vgl. *Eisen*, Einleitung in: DStGB Dokumentation Nr. 40, Genossenschaften-Miteinander von Bürgern, örtlicher Wirtschaft und Kommunen, 2004, S. 2.

4. Ergebnis

Die Wiederentdeckung der Genossenschaft und des ÖBP-Modells regen ein Umdenken in der kommunalen Verwaltung an. Die Rechtsform der Genossenschaft stellt eine attraktive Alternative für die Modernisierungsstrategie der kommunalen Verwaltung dar und birgt zahlreiche Möglichkeiten für weitere Innovationen. Die Besonderheiten und Grundsätze der Genossenschaft stimmen in vielen Aspekten mit den öffentlichen Interessen überein. Ihr Bestreben den Genossenschaftsmitgliedern zu dienen und die Profitmaximierung nicht als primäres Ziel anzustreben, macht sie zu einer interessanten Wahl für die öffentlichen Stellen bei der Wahl der Rechtsform und ihrer Kooperationspartner.

B. Die Zuordnung in der Rechtswissenschaft: Das öffentlich-wirtschaftliche Beteiligungsrecht

Die Beteiligung der öffentlichen Hand an Wirtschaftsunternehmen, deren Träger privatrechtlich organisiert sind, unterliegt Rechtsvorschriften unterschiedlicher Art. So enthält beispielsweise das Gemeinderecht in den Gemeindeordnungen Normen, die die Gestaltung der Beteiligung zur Gewährleistung der Einwirkungsmöglichkeit der Kommune auf die Geschäftsführung, sowie die Entsendung der Gemeindevertreter in Gremien regeln. Ferner haben auch die Haushalte und das Haushaltsrecht Auswirkungen auf die Beteiligung an einem privatrechtlich organisierten Unternehmen. Während die Gemeindeordnungen sich eher auf die Gestaltung der äußeren Beziehung zwischen Gemeinde und Unternehmensträger konzentrieren, wirkt sich der formell beschlossene Haushalt eher auf die Tätigkeit des Wirtschaftsunternehmens im Innenverhältnis aus, da hier die finanzielle Ausstattung des Unternehmensträgers geregelt wird. Jedenfalls handelt es sich sowohl bei

den betreffenden Gemeindeordnung als auch dem Haushaltsrecht um Vorschriften, die bei der Bildung und Ausübung von Beteiligungsrechten Bedeutung erlangen, so dass man insoweit geltende Vorschriften dem sogenannten öffentlich-wirtschaftlichen Beteiligungsrecht zuordnen kann.

1. Schrankentrias als Prüfungsmaßstab im ÖBP-Modell

Grundsätzlich gibt es drei Grundvoraussetzungen (der sog. Schrankentrias^[567]), die die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune (z. B. durch einer Genossenschaft) rechtfertigen.^[568] Neben dem öffentlichen Zweck und einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune sind auch der voraussichtliche Bedarf sowie die Subsidiaritätsklausel zu berücksichtigen.^[569] Da ÖBP-Modell die Kommune mit einer Genossenschaft kooperiert, kommt auch hier die Schrankentrias zur Anwendung.

1.1 Öffentlicher Zweck

Die kommunale Wirtschaftsbetätigung dient einem legitimen öffentlichen Zweck, während sie gleichzeitig dem Ziel der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung im kommunalen Bereich dienen soll.^[570] Für die Genossenschaft liegt ein öffentlicher Zweck auch vor, wenn die Leistungen

⁵⁶⁷ Aus § 67 Abs. 1 DGO wird die sogenannte Schrankentrias abgeleitet, um die wirtschaftliche Betätigung außerhalb der öffentlichen Verwaltung der Kommune zu beschränken. Alle Vorschriften auf § 67 Abs. 1 der Deutschen Gemeindeordnung von 1936 (DGO), „Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen nur errichten oder wesentlich erweitern, wenn (Nr.1) der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt, (Nr.2) das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht, (Nr.3) der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann“, vgl. dazu Oebbecke, Voraussetzungen wirtschaftlicher Betätigung, in: Mann/ Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, Kommunale Wirtschaft, 3. Auflage 2010, § 41 Rn. 5 f.; Kerl/Weidemann, Deutsche GO 1936, S. 329; Gaß, in: Wurzel/ Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis KommUntern, 2015, Kap. C, Rn. 38, S. 60.; Schink, NVwZ 2002, S. 130; Uechtritz/Otting, in: Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), KommUntern, § 6, Rn. 5.

⁵⁶⁸ Siehe Art. 87 Abs. 1 S. 3 GO Bay; Stiel, NWVBI 2009, S. 46 ff.

⁵⁶⁹ Vgl. Terhalle, Finanzwirtschaft, S. 104.; Gaß, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis KommUntern, 2015, Kap. C, Rn. 27 ff., S. 59.

⁵⁷⁰ Zur Untrennbarkeit von Wirtschaftsbetätigung und Wirtschaftslenkung ausführlich U. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997, S. 45 ff.

des ÖBP-Modells im Aufgabenbereich der Gemeinde liegen und die Versorgung der Einwohner zum Ziel haben.^[571] So entspricht die Kommunalwirtschaft nach den Gemeindeordnungen der Länder öffentlichen Zwecken, wenn ein öffentlicher Zweck sie erfordert^[572], und die wirtschaftliche Betätigung dem Gemeinwohl dient.^[573] Zugleich ist zu beachten, dass zur Realisierung des öffentlichen Zwecks nicht nur die Pflicht, sondern auch das Recht für die Kommune zur wirtschaftlichen Betätigung besteht.^[574] Die Erfüllung des öffentlichen Zweckes ist daher nicht nur Voraussetzung für die Privatisierungsüberlegungen, sondern ist auch nach Abschluss des Privatisierungsvorgangs in den privatisierten Unternehmen und Einrichtungen sicherzustellen.

Auf der kommunalen Ebene, insbesondere im ÖBP-Modell, rekrutieren sich die Genossenschaftsmitglieder aus den lokalen Einwohnern. Deshalb dient dieses Modell der Verwirklichung der Interessen der Genossen und zugleich der Bevölkerung als Ganzes. Dabei ist sicherzustellen, dass das Ziel der Genossenschaft dem öffentlichen Zweck entspricht. Reines Ertragsstreben kann nicht als öffentlicher Zweck im Sinne der kommunalwirtschaftlichen Vorschriften angesehen werden.^[575] Denn die Gewinnerzielung als vorrangiger Zweck der kommunalen Wirtschaftstätigkeit ist ausgeschlossen.^[576]

⁵⁷¹ Vgl. *Cronaue*, GH 1997, S. 267.; *Kröger/Hollmann*, Rechtliche Zulässigkeit des Betriebes von Friedhöfen durch Unternehmen und Einrichtungen der Kommunen in Rechtsformen des Privatrechts, *KommunalPraxis* 4/1997, 109, 109; *Rehn/Cronaue*, Kommentar Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, 20. Erg. 1997, § 107, S. 12.

⁵⁷² Vgl. *Ehlers*, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 498.

⁵⁷³ Vgl. *Bolsenkötter*, DB 1993, S. 449.; *Ehlers*, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl. 1998, S. 498.

⁵⁷⁴ Vgl. *Badura*, DÖV 1998, S. 822.; *Bolsenkötter*, DB 1993, S. 449; *Bremeier*, Kommunale Wirtschaft vor neuen Herausforderungen, DNV 5/1998, S.16; *Glauben*, ZG 1997, S. 153; *Schmid*, Vertretung der Gemeinde in der Eigentümerversammlung von Unternehmen, *KommunalPraxis* (BW) 12/1997, S. 327.

⁵⁷⁵ BVerwGE 39, 329, 333; *Badura*, DÖV 1998, S. 819.; *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 499.; *Hill*, BB 1997, S. 429.

⁵⁷⁶ Vgl. *Huber*, Öffentliche Aufgabenerfüllung bei sich wandelnden Marktbedingungen, in Henneke (Hrsg) Öffentlicher Auftrag bei sich wandelnden Marktbedingungen, 2007, S.33; *Erbguth*, Privatrechtliches Handeln der Verwaltung und Privatisierung, *StudZR* 2011, S. 26; *Stober*, Kommunalrecht, S. 339; BVerfGE 61, 82 (107); BVerfGE 61, 82 (107)-Sasbach.

1.2 Verhältnismäßigkeit der Leistungsfähigkeit

Je nach Art und Umfang muss die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen.^[577] Durch diese Anforderung der Verhältnismäßigkeit wird einerseits der personellen, sachlichen oder finanziellen Überforderung der Kommune vorgebeugt und andererseits die Risiken bei der kommunalen Wirtschaftsbetätigung begrenzt.^[578] Bei der Frage, ob die kommunale Wirtschaftsbetätigung und ihre Leistungsfähigkeit in einem angemessenen Verhältnis stehen, kommt der Kommune ein weiter Beurteilungsspielraum zu.^[579] Die im Rahmen dieses Beurteilungsspielraums getroffenen Entscheidungen können nur dann als rechtswidrig angesehen werden, wenn sie offenkundig falsch sind.^[580] Darüber hinaus muss die wirtschaftliche Betätigung der Kommune am voraussichtlichen Bedarf orientiert werden, um Überkapazitäten zu vermeiden.^[581]

Genossenschaften als Träger eines Unternehmens müssen ebenso nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen. Die Leistungsfähigkeit einer Gemeinde bestimmt sich nach haushaltswirtschaftlichen Grundsätzen. Die Gemeinde muss über eine

⁵⁷⁷ Neben dem angemessenen Verhältnis zu kommunaler Leistungsfähigkeit fordert Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GO Bayern zusätzlich, dass das Unternehmen der Kommune in einem angemessenen Verhältnis zum voraussichtlichen Bedarf stehen muss. Vgl. auch *Huber*, Öffentliche Aufgabenerfüllung bei sich wandelnden Marktbedingungen, in Henneke (Hrsg.) Öffentlicher Auftrag bei sich wandelnden Marktbedingungen, 2007, S.33.; auch ders, Die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand, in Festschrift für Peter Badura zum 70. Geburtstag S. 922.

⁵⁷⁸ Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, 6. Aufl. 2019, § 17, Rn. 45; *Neutz*, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis KommUntern, Kap. C, Rn. 127.; *Held*, in: ders./Winkel (Hrsg.), GO NRW, S. 511.; *Ehlers*, Gutachten zum 64. DJT, S. 77 f.; ders., DVBl. 1998, 497 (503); *Ruffert*, VerwArch 92, 27 (43); *Hösch*, DÖV 2000, S. 402; *Pünder/Dittmar*, JURA 2005, S. 764.

⁵⁷⁹ Vgl. *Neutz*, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis KommUntern, Kap. C, Rn. 128; *Engelland*, Die Einflussnahme der Kommunen, S. 19.; *Adamska*, Rechtsformen der Organisation, S. 38.; *Uechtritz/Otting*, in: Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), KommUntern, § 6, Rn. 72; *Hofmann/Theisen/Bätge*, Kommunalrecht in NRW, S. 657.

⁵⁸⁰ Vgl. *Schmidt-Jortzig*, in: Püttner (Hrsg.), HkWP, Bd. 5, S. 60; *Uechtritz/Otting*, in: Hoppe/Uechtritz (Hrsg.), KommUntern, § 6, Rn. 72.; *Neutz*, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis KommUntern, Kap. C, Rn. 128.

⁵⁸¹ Vgl. *Huber*, Die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand, in Festschrift für Badura zum 70. Geburtstag, S. 922.; *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 1997, Rn. 468.

ausreichende Finanz- und Verwaltungskraft verfügen, um ein zusätzliches wirtschaftliches Engagement bewältigen zu können. Aber für die Rechtsform einer Genossenschaft im ÖBP-Modell benötigt die Gemeinde nur vergleichsweise geringe Investitionen und kann sich als Genosse an der Genossenschaft beteiligen und durch deren Struktur auch an deren Führung teilnehmen. Im ÖBP-Modell besteht daher nicht die Befürchtung, dass die geplante wirtschaftliche Betätigung die Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigt. Als Mitglied einer Genossenschaft haftet die Kommune nicht mit ihrem Gemeindevermögen für etwaige Verbindlichkeiten, sofern die Beschränkung der Haftung auf das Genossenschaftsvermögen in der Satzung vorgenommen worden ist. In diesem Fall ist die Kommune in der Lage, die mit der wirtschaftlichen Betätigung verbundenen Risiken konkret zu beziffern und zu tragen.

Im ÖBP-Modell kann die öffentliche Hand zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben Investitionen tätigen, ohne diese selbst zu tragen zu müssen. Die Schaffung eines ÖBP-Modells dient als Initiator eines bürgerlichen Engagements, das dazu dient, die Bevölkerung an der selbstbestimmten Aufgabe der Daseinsvorsorge zu beteiligen. Da im Falle der Beteiligung an einer Genossenschaft die eigene Leistungsfähigkeit der Gemeinde nur in äußerst seltenen Fällen überansprucht wird, stellt diese in Bezug auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit keinen Schwerpunkt dar.

1.3 Subsidiarität

In vielen Gemeindeordnungen ist festgeschrieben, dass die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung (z. B. im Rahmen einer Genossenschaft) dann in jedem Fall zu bejahen ist, wenn der öffentliche Zweck nicht „besser und wirtschaftlicher“ bzw. „ebenso gut und wirtschaftlich“ durch ein privates Unternehmen (ohne kommunale Beteiligung) erfüllt wird oder erfüllt

werden kann.^[582] Mit den Subsidiaritätsklauseln soll der Bereich der kommunalen Wirtschaft in die Gesamtorganisation der deutschen Wirtschaft sinnvoll eingegliedert werden, indem in diesen Regelungen das Verhältnis zur Tätigkeit anderer Wirtschaftssubjekte festgelegt wird.^[583]

In einigen zentralen Gebieten der kommunalen Daseinsvorsorge kommt die Subsidiaritätsklausel nicht zur Anwendung.^[584] Hier nimmt die Gemeinde die öffentlichen Aufgaben gemeinsam mit ihren Bürgern wahr. Keine Rolle spielt der Begriff der Subsidiaritätsklausel, wenn die Gemeinde die Aufgabe der Daseinsvorsorge durch ein ÖBP-Modell realisiert, da das ÖBP-Modell ein Kooperationsmodell zwischen Kommune und Bevölkerung bildet. Dieses wird hauptsächlich in den auf die Bürger bezogenen Bereichen der Daseinsvorsorge eingesetzt, wie in jenem Beispiel, in dem der kommunale Energiebedarf durch selbst erzeugten EEG-Strom aus erneuerbaren Energieressourcen gedeckt wird.^[585] Für die dort angeführten Bereiche hielt „der Gesetzgeber [offenbar] eine besondere Stabilität der [kommunalen] Versorgung für erforderlich“.^[586]

2. Die Anforderungen nach dem Haushaltsgesetz

In den meisten Fällen wird die rechtsstaatlich gebotene Wirtschaftlichkeit des Finanzgebahrens ausschließlich durch das Finanzrecht und die damit zusammenhängenden Kontrollmechanismen realisiert. So wird die Wirtschaftlichkeit als eine besondere Erscheinungsform des Rationalprinzips interpretiert.^[587] Das Finanzrecht und die Finanzkontrollen

⁵⁸² Vgl. Ehlers, DVBl. 1998, 497, 501; ders. in: DVBl. 1997, 137, 138; Hill, Die verkaufte Stadt, Verwaltung und Management, Heft 2 1998, 81, 84; Schaub, PersV 1998, 100, 100.; Shirvani, Public Private Partnership und die Subsidiaritätsprüfung bei öffentlichen Unternehmensbeteiligung, DÖV 2011(22), S. 871; Pitschas, Rechtsformen kommunaler Unternehmenswirtschaft, DÖV 2009 (12) 473 f.

⁵⁸³ Vgl. Cronauge, Kommunale Unternehmen, 1997, Rn. 472.

⁵⁸⁴ Vgl. § 102 Abs. I Nr. 3 BWGO; § 107 Abs. I Nr. 3 NWGO; § 116 Abs. II LSAGO; Art. 87 Abs. I Nr. 4 BayGO.

⁵⁸⁵ Vgl. Lange, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 113.

⁵⁸⁶ Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Auflage 2003, § 12 Rn. 81.

⁵⁸⁷ Vgl. Brüning, (Re-)Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand: Maßstäbe und Grenzen, Verwaltungsarchiv 2009, S. 465.; Hausmann, in: Henneke/Pünder/Waldhoff

stellen eine Notwendigkeit zur Sicherung der rechtsstaatlichen Qualität des Verwaltungshandelns dar.

„Haushaltsrecht und Verwaltungsschuldrecht, Rechnungsprüfung und Gerichtskontrolle bewähren sich als nebeneinanderstehende Kontrollmaßstäbe und Kontrollen auf ein gemeinsames Ziel: sparsam die Verwaltungsaufgaben anstreben“.^[588]

Auch Geis spricht sich für diese Perspektive aus und fordert, dass *„die Gemeinde ihr Handeln stets an den haushaltswirtschaftlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit messen lassen“* muss.^[589]

2.1 Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nach Art. 7 BHO

§ 7 BHO stellt die zentrale Norm dar, die die Aufstellung des Haushaltsplanes auf eine sparsame Art und Weise gebietet.^[590] Nach § 7 BHO haben auch Gemeinden den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz und das daraus abgeleitete Gebot der Sparsamkeit zu berücksichtigen. Dies ist unter dem Einfluss des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Art. 114 GG ausdrücklich normiert.^[591]

Dieser enthält das Gebot, den Kommunalhaushalt wirtschaftlich zu führen. Das bedeutet *„wirtschaften mit dem Ziel, mit geringstmöglichen Mitteln einen bestimmten Erfolg im Rahmen der Aufgabenerfüllung zu erzielen (Sparsamkeitsprinzip oder Minimalprinzip) oder mit bestimmten Mitteln einen größtmöglichen Erfolg zu erzielen (Maximalprinzip)“*.^[592] Der

(Hrsg.), Recht der Kommunalfinanzen, 2006, § 41 Rdnr. 16.

⁵⁸⁸ Kirchhof, NVwZ 1983, S. 515.

⁵⁸⁹ Geis, Deutsches Kommunalrecht, 3. Auflage 2003, § 12 Rn. 84.

⁵⁹⁰ Vgl. § 7 Abs. 1 BHO.

⁵⁹¹ Vgl. Burgi, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Gutachten D zum 67. Dt. Juristentag 2008, D 84. Dieser in Art. 114 Abs. 2 GG „im Zusammenhang mit dem Bundesrechnungshof“ erwähnte Grundsatz gilt für jegliche staatliche und damit auch für die kommunale Verwaltung. vgl. dazu Schmidt, Rechtliche Rahmenbedingungen und Perspektiven der Privatisierung, DÖV 2014, S. 362.

⁵⁹² Hierzu BVerwGE 82, 29 (34); VerfGH NRW, NVwZ 2004, 217; BGH, Urt. v. 2. 9. 2003, NVwZ-RR 2007, S. 47. Vgl. auch in Brüning, (Re-) Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand: Maßstäbe und Grenzen, Verwaltungsarchiv 2009, S. 465.

Wirtschaftlichkeitsgrundsatz ist in allen Kommunalordnungen der Länder normiert und wird durch die Gemeindehaushaltsverordnungen näher konkretisiert. Er stellt keinen Programmsatz dar sondern eine Rechtspflicht, die die Finanzhoheit der Gemeinden im Sinne des Gesetzesvorbehalts des Art. 28 Abs. 2 GG begrenzt.^[593] Diese Begrenzung des finanziellen Gebahrens der Kommunen im Innenverhältnis wird von den Aufsichtsbehörden überwacht, eine unmittelbare Außenwirkung besitzt er allerdings nur in einem begrenzten Umfang.^[594] Er bezieht sich in erster Linie auf das „Wie“ der Aufgabenerfüllung, d. h. die korrekte Auswahl der Handlungs- und Finanzierungsalternativen. Insoweit bildet er einen unbestimmten Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum, was darauf zurückzuführen ist, dass die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit einer Maßnahme in den meisten Fällen nicht allein von objektiven Fakten abhängt, sondern auch prognostische, planerische, finanzpolitische und auf Erwägungen der Zweckmäßigkeit beruhende Aspekte berücksichtigt. Für das „Ob“ der Aufgabenerfüllung, d. h. für die Frage, ob eine Kommune eine Aufgabe überhaupt wahrnehmen muss, kommt dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz nur eingeschränkte Bedeutung zu.^[595] Ebenfalls ist nach § 7 Abs. 1 BHO zu prüfen, ob ggf. *„staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können“*. § 7 Abs. 2 BHO schreibt vor, dass Risikoanalysen mit finanzwirksamen Maßnahmen durchzuführen und Risikokosten bei angemessenen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zu berücksichtigen sind.

⁵⁹³ Vgl. VerfGH NVwZ 2004, 217; VG Sigmaringen, Urt. v. 12. 12. 1997, 4 K 306/96, VBIBW 1998, S. 394.

⁵⁹⁴ Vgl. BVerwGE 59, 249 (253); Peters, Die Ausfüllung von Spielräumen der Verwaltung durch Wirtschaftlichkeitserwägungen, DÖV 2001, S. 749; Hoffmann-Riem, DÖV 1997, S. 437; Leisner, Effizienz als Rechtsproblem, 1971, S. 48 ff.

⁵⁹⁵ Vgl. VGH BW, KStZ 1990, 35; OVG NRW, Beschl. v. 26. 10. 1990, 15 A 1099/87, DÖV 1991, 611.; Ehlers, Kommunale Wirtschaftsförderung, 1990, S. 142 f.

2.2 Kontrolle über die kommunale wirtschaftliche Betätigung im ÖBP-Modell

Alle Beteiligungen der Kommune an wirtschaftlichen Unternehmungen unterliegen einer gesetzlichen Wirtschaftlichkeits- und Finanzkontrolle, die für die Genossenschaft explizit in §§ 33, 58 GenG geregelt ist. Ziel ist die Überprüfung der ordnungsmäßigen Rechnungslegung unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften. Bei Genossenschaften, deren Anteile zumindest teilweise von der Gemeinde gehalten werden, bezieht sich die Prüfung auch auf die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung und der wirtschaftlichen Verhältnisse (§ 53 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 HGrG)

Neben dieser Prüfung der unternehmensinternen Vorgänge durch die staatlichen Wirtschaftsprüfer kann man bei privatrechtlich organisierten Unternehmen fallweise die gesellschaftsrechtliche Betätigungsprüfung nach §§ 54, 44 HGrG durch die örtlichen und überörtlichen Prüfungsorgane sowie eine kommunalrechtliche Betätigungsprüfung durch die örtliche Rechnungsprüfung antreffen. Mit diesen Prüfungsbefugnissen verbunden sind Informationsrechte der Prüfungsorgane unmittelbar bei den Gesellschaften selbst. Die Beteiligungsverwaltung schließlich hat durch ihr Beteiligungsmanagement und durch eine Schwerpunktsetzung für die Prüfung daran mitzuwirken, dass die Prüfungsberichte der Wirtschaftsprüfer eine geeignete Grundlage für ein transparentes Beteiligungscontrolling der Unternehmen bilden können.

2.2.1 Beteiligungsunternehmen nach § 65 BHO

Im allgemeinen Sprachgebrauch werden in Abgrenzung zu Eigengesellschaften solche Unternehmen als Beteiligungsgesellschaften bezeichnet, an denen mehr als ein Verwaltungsträger beteiligt ist.^[596]

⁵⁹⁶ Vgl. *Manthey*, Bindung und Schutz öffentlicher Unternehmen durch die Grundfreiheiten, 2001, S. 19.

Darüber hinaus ist der haushaltsrechtliche Unternehmens- bzw. Beteiligungsbegriff des § 65 BHO weder in der Bundeshaushaltsordnung noch im Haushaltsgrundsätzegesetz näher konkretisiert. Insbesondere können die Unternehmensbegriffe aus dem Umsatzsteuer- oder Kartellgesetz nicht ohne Weiteres auf den haushaltsrechtlichen Unternehmensbegriff übertragen werden.^[597] Dasselbe gilt für die entsprechenden Begriffe des Aktien- und Handelsrechts.^[598] Daher bedarf es einer Präzisierung des haushaltsrechtlichen Unternehmens- und Beteiligungsbegriffs i. S. v. § 65 BHO.

Eine Beteiligung des Bundes beziehungsweise eines Landes an privatrechtlichen Unternehmen ist unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 65 BHO möglich.^[599] Besonderheiten für ÖPP-Modelle bestehen insoweit nicht. Diese allgemeinen Voraussetzungen gelten auch, wenn wichtige Interessen des Bundes bzw. des Landes betroffen sind. Die Beteiligung des Bundes an einem Unternehmen in der Rechtsform des privaten Rechts setzt nach § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO voraus, dass sich der vom Bund angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt. Diesbezüglich gibt es auch die Gemeindeordnungen der Länder auf diese Aspekte zu bestimmen. Z. B. Art. 92 Abs. 1 BayGO, Art. 96 Abs. 1 SächsGemO, Art. 108 Abs. 1 GemO NRW.^[600]

Die Investitionsinteressen i.S.v. § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO können durch verschiedene Beteiligungsformen verwirklicht werden. Dazu gehört

⁵⁹⁷ Vgl. *Soldner*, in: HdbFK (Stand: Erg. Lfg. 8/ Sep. 1986), 1989, BHO, § 65 BHO, Rn. 11; ausführlich hierzu *Backhaus*, Öffentliche Unternehmen, 1989, S. 77 ff.

⁵⁹⁸ Vgl. *Eibelshäuser/Nowak* in: Heuer, Kommentar zum Bundeshaushaltsrecht, Band 1, § 65 BHO Rn. 13 f., 22.

⁵⁹⁹ Diese Voraussetzungen sind: Ein wichtiges Bundesinteresse; Der Zweck lässt sich nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen; Die Einzahlungsverpflichtung des Bundes ist begrenzt; Der Bund erhält einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder einem sonstigen Überwachungsorgan; Jahresabschluss und Lagebericht werden grundsätzlich entsprechend der Vorschriften für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft; Zustimmung des Bundesministeriums der Finanzen nach Haushaltsrecht und seine Beteiligung als für das Bundesvermögen zuständige Bundesministerium.

⁶⁰⁰ Vgl. *Pitschas/Schoppa*, Rechtsformen kommunaler Unternehmenswirtschaft, DÖV 2009, S. 473.

natürlich auch die Genossenschaft im ÖBP-Modell. § 65 BHO stellt sowohl inhaltliche als auch formale Anforderungen an die Beteiligung des Bundes an Privatunternehmen.^[601] Nach § 65 Abs. 5 BHO soll sich der Bund „an einer Genossenschaft nur beteiligen, wenn die Haftpflicht der Mitglieder für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft dieser gegenüber im Voraus auf eine bestimmte Summe beschränkt ist. Die Beteiligung des Bundes an einer Genossenschaft bedarf der Einwilligung des Bundesministeriums der Finanzen“.

Daher ist in diesem Fall der § 65 BHO als Ermächtigungserlaubnis konstruiert.^[602] Die entscheidende Frage, ob entsprechend § 65 BHO die Beteiligung des Staates an Privatunternehmen durch „wichtige Interesse“ des Staates gerechtfertigt ist^[603], kann normalerweise dann bejaht werden, wenn die Beteiligung an einem privatrechtlich organisierten Unternehmen im Vergleich zu anderen PPP-Vertragsmodellen besondere Vorteile bietet. Das wird regelmäßig möglich sein, weil mit der Gründung einer beschränkt haftenden Projektgesellschaft eine Haftungsbeschränkung der Projektpartner erzielt werden kann, die im Rahmen öffentlich-rechtlicher Organisationsformen nicht zu erreichen wäre.

2.2.2 Jahresabschlussprüfung nach § 53 HGrG

Nach § 53 HGrG werden den Gebietskörperschaften besondere Prüfungs-

⁶⁰¹ Siehe auch die „Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen“, Beschluss der Bundesregierung vom 24. 9. 2001 – Bek. d. BMF v. 19. 10. 2001 - II A 3 - F 7017 - 14/01 – (GMBI 2001, 950).

⁶⁰² Ob § 65 Abs. 1 BHO als materielles Grundsatz ist, der als geeignete maßgebliche Grundlage für ein Eingreifen durch Wettbewerb dienen kann, Vgl. *Peter M. Huber*, Die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand, S. 918 f.; Siehe auch *Peter M. Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 324 f.

⁶⁰³ Rechnungshof des Freistaates Sachsen (Hrsg.), Jahresbericht 2002, S. 235 Ziff. 2. 4. „Neben den Kosten, die rechtsformbedingt zusätzlich bei der GmbH entstehen, sind der Privatisierung (...) auch die Kosten bzw. Ausgaben zuzurechnen, die im Bereich der staatlichen Verwaltung entstehen. Hierzu gehören neben den bezifferbaren Ausgaben für die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die das Unternehmenskonzept (...) erstellen sollte, insbesondere der Aufwand, der der Verwaltung durch Vorbereitung und Begleitung des Privatisierungsprozesses entstanden ist und noch entstehen wird, sowie der Aufwand der durch die spätere Kontrolle und Verwaltung der Beteiligung entstehen wird“.

und Unterrichtsrechte gegenüber den von der Beteiligung betroffenen Kapitalgesellschaften eingeräumt.^[604] Mit einem erweiterten Prüfungsumfang im Rahmen der Abschlussprüfung sowie erweiterten Ansprüchen auf Mitteilung des Prüfungsberichts des Abschlussprüfers sichert § 53 HGrG umfassende Informationsmöglichkeiten der Gemeinde über ihre Beteiligungen.^[605] Diese sollen es der Gebietskörperschaft ermöglichen, eine wirkungsvolle Kontrolle über die Beteiligungsunternehmen auszuüben.

In Ergänzung zur Abschlussprüfung nach dem HGB erweitert die Vorschrift des § 53 HGrG die Rechnungslegungsprüfung um haushaltsrechtliche Befugnisse zur Prüfung der Einhaltung öffentlicher Zwecke, der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung, der Entwicklung der Vermögens- und Ertragslage, der Liquidität und Rentabilität der Gesellschaft sowie der Ursachen für einen Jahresfehlbetrag.

2.2.3 Gesellschaftsrechtliche Betätigungsprüfung nach § 54 HGrG

Die Prüfung der gesellschaftsrechtlichen Betätigung der Gemeinden ist in den Kommunalgesetzen der Länder unterschiedlich geregelt. In einigen ist die Einräumung der Prüfungsbefugnis nach § 54 HGrG Voraussetzung für die Gemeinde sich überhaupt an einem Privatunternehmen zu beteiligen, während in anderen für die Gemeinde die Pflicht besteht, auf die Gesellschaft in einer Weise einzuwirken, dass ihr solche Rechte freiwillig eingeräumt werden.

Nach § 54 HGrG sind die Rechnungsprüfungsbehörden frühzeitig über Prüfungsergebnisse zu unterrichten, was die Kontrollmöglichkeiten der Gebietskörperschaft erweitert. In der Satzung kann vorgesehen werden, dass der Rechnungsprüfungsbehörde ein Recht auf Einsicht in die Bücher und Schriften des Unternehmens eingeräumt wird. Die Rechnungs-

⁶⁰⁴ Vgl. Will, Die besonderen Prüfungs- und Unterrichtsrechte der Gemeinden gegenüber ihren Kapitalgesellschaften aus §§ 53, 54 HGrG, DÖV 2002, S. 319.

⁶⁰⁵ Vgl. Ebd.

prüfungsbehörde wird damit zum Prüfungsorgan für die Beteiligung der Gebietskörperschaft an privatrechtlich organisierten Unternehmen nach § 54 HGrG.^[606] Außerdem ist die Berichtspflicht nach §§ 57, 58 GenG auch im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Betätigungsprüfung von den kommunalen Rechnungsprüfungsorganen zu beachten.

2.2.4 Jahresabschlussprüfung nach §§ 33, 53 GenG

Der Jahresabschluss umfasst zumindest eine Bilanz und eine Gewinn- und Verlustrechnung, bei Genossenschaft ist zusätzlich ein Anhang und ein Lagebericht beizulegen.

(1) Der Vorstand hat dafür zu sorgen, dass die erforderlichen Bücher der Genossenschaft ordnungsgemäß geführt werden. Der Jahresabschluss und der Lagebericht sind unverzüglich nach ihrer Aufstellung dem Aufsichtsrat und mit dessen Bemerkungen der Generalversammlung vorzulegen.

(2) Mit einer Verletzung der Vorschriften über die Gliederung der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung sowie mit einer Nichtbeachtung von Formblättern kann, wenn hierdurch die Klarheit des Jahresabschlusses nur unwesentlich beeinträchtigt wird, eine Anfechtung nicht begründet werden. (§ 38 Abs. 1 und 2 GenG)

Im Rahmen der genossenschaftlichen Pflichtprüfung ist nicht nur der Jahresabschluss unter Einbeziehung der Buchführung und des Lageberichts zu prüfen (§ 53 II 1 GenG), sondern auch eine Analyse und Beurteilung der betrieblichen Organisation und Leistungsfaktoren durchzuführen. Die Prüfung der Vermögenslage damit stellt eine umfassenden Prüfung des Jahresabschlusses unter Einbeziehung der Buchführung und des Lageberichts sowie der Analyse der wirtschaftlichen Verhältnisse dar.^[607]

Der Prüfung unterliegen in diesem Zusammenhang auch Umfang,

⁶⁰⁶ Vgl. Will, DÖV 2002, S. 319; Roloff, in: Ade, Handbuch kommunales Beteiligungsmanagement, 1997, S. 289.

⁶⁰⁷ Vgl. § 53 II 2 GenG, §§ 316 III, 317 I 2, 3, II HGB

Entwicklung und Intensität der leistungswirtschaftlichen und mitgliedschaftlichen Beziehungen zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern. Eine Überprüfung der Geschäftsführung erfolgt nicht nur auf ihre formale Ordnungsmäßigkeit hin, sondern auch auf die Zweckmäßigkeit der getroffenen Entscheidungen.

Für die Prüfungsträger der Genossenschaften gibt es einen speziellen Prüfungsverband, der diese Pflichtprüfungen durchführt. Die Genossenschaft ist Pflichtmitglied des regionalen Genossenschaftsverbandes, dem auch die Prüfung obliegt (§ 54 GenG). Damit wird eine Prüfung nach einheitlichen Maßstäben und unter Berücksichtigung der geschilderten rechtlichen Vorgaben für die kommunale Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen gewährleistet.

3. Die Anforderungen des Örtlichkeitsgrundsatzes auf kommunaler Ebene

Die Wahrung des Örtlichkeitsgrundsatzes richtet sich nach den Kriterien des örtlichen Bezuges^[608] der wirtschaftlichen Tätigkeit, dem Ort der Wertschöpfung, jenem Ort, an dem wirtschaftliche Werte geschaffen werden, und nach dem Schwerpunkt der jeweiligen wirtschaftlichen Betätigung.^[609] Jedoch ist man sich weitgehend einig, dass das Örtlichkeitsprinzip in der kommunalen Praxis keinen zwingenden Grundsatz darstellt^[610] und sich auch nur in seltenen Fällen ausnahmslos durchziehen lässt, da immer wieder Ereignisse stattfinden, die den Rahmen der örtlichen Gemeinde sprengen und über diesen hinausreichen.^[611]

⁶⁰⁸ Vgl. Ehlers, Gutachten E, S. 95.

⁶⁰⁹ Vgl. Cronauge, Kommunale Unternehmen, Rn. 769s; Kühling, NJW 2001, S. 177 ff., S. 178; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 137; Schulz, BayVBl 1998, S. 449 ff., S. 450; a.A. hinsichtlich des Schwerpunkts Meyer, LKV 2000, S. 321 ff., S. 323; Ehlers, Gutachten E, S. 96.

⁶¹⁰ Vom Örtlichkeitsprinzip kann unter bestimmten Voraussetzungen abgewichen werden. In den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung wird der öffentliche Zweck auch bei überörtlicher Betätigung per Gesetz unterstellt. Vgl. § 116 Abs. 3 bis 5 GO LSA; § 87 Abs. 2 Satz 2 GO Bay.

⁶¹¹ Vgl. Storr, Der Staat als Unternehmer, S. 535 m.w.N.; Ipsen, in: FS für Rauschning, S. 645 ff., S. 664; Püttner, DÖV 2002, S. 735.; Hellermann/Wieland, in: Zur Reform des

Für die Mitglieder der Genossenschaft sind auch Beschränkungen auf die örtlichen Angelegenheiten innerhalb der Gemeinde von großer Bedeutung. Nach § 8 Abs. 1 Satz. 2 GenG wird der *„Erwerb und die Fortdauer der Mitgliedschaft an den Wohnsitz innerhalb eines bestimmten Bezirks geknüpft“*. Das bedeutet, dass dem Örtlichkeitsprinzip auch innerhalb der Genossenschaft große Bedeutung zukommt. Es existiert somit eine Anknüpfung zwischen den Mitgliedern der Genossenschaft und der lokalen Bevölkerung. Diese Identität bestimmt, dass die Genossenschaft und die Gebietskörperschaft auf die Einhaltung in diesem Punkt bestehen. Dadurch wird die Möglichkeit eines Konflikts zwischen Mitgliedern der Genossenschaft und abweichenden lokalen Interessen reduziert.

4. Ergebnis

Die theoretische Zuordnung von ÖBP-Modell können wir „öffentlich-wirtschaftliche Beteiligungsrechte“ nennen. Unter diesem Begriff ordnen wir die Prinzipien der gerichtlichen Überprüfung zu, welche die kommunale Verwaltung bei ihrer Beteiligung an wirtschaftlichen Tätigkeiten zu berücksichtigen hat. Sowohl das ÖBP-Modell als auch die Genossenschaft stellen Fallbeispiele für Modelle der öffentlich-wirtschaftlichen Beteiligungsrechte dar. Diese unterstehen weitgehenden Kontrollen von Seiten zuständiger Kontrollorgane, die die Legalität und Legitimität der kommunalen Wirtschaftsunternehmungen rechtfertigen und an die grundlegenden Staatsprinzipien anpassen. Auf der kommunalen Ebene handelt es sich um die Überprüfungen bei der haushaltlichen Regelungen als die grundlegenden Kontrollmechanismen im ÖBP-Modell an kommunalen Wirtschaftstätigkeiten.

V. Analyse der Rechtsdogmatik für das ÖBP-Modell

A. Grundrechtsfähigkeit der Genossenschaft im ÖBP-Modell

Die Grundrechte besitzen gemäß Art. 19 Abs. 3 GG Geltung für inländische juristische Personen, soweit diese ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind^[612], wodurch die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des Privatrechts als vollrechtsfähige Organisationseinheiten mit einer unbeschränkten Rechtsfähigkeit grundsätzlich zu bejahen ist.^[613] Auch bei der eingetragenen Genossenschaft handelt es sich nach § 17 Abs. 1 GenG um eine juristische Person des Privatrechts.^[614]

Damit kann die eingetragene Genossenschaft das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 GG für sich beanspruchen.^[615] Dieses gestattet die Bildung eines jeden Zusammenschlusses natürlicher oder juristischer Personen, der auf Freiwilligkeit beruht, auf Dauer angelegt und zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks konstituiert ist und eine organisierte Willensbetätigung aufweist.^[616]

Bei der kommunalen Genossenschaft handelt es sich trotz des selbstständigen wirtschaftlichen Agierens und einer unabhängigen Organisationsform grundsätzlich um öffentliche Unternehmen, auf die *„die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben*

⁶¹² Zum „Wesensargument“ auch in historischer Hinsicht ausführlich *Poschmann*, Grundrechtsschutz gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, S. 175 ff.

⁶¹³ Vgl. *Bleckmann*, Staatsrecht II - Die Grundrechte, § 9, Rdnr. 9; *Krebs*, in: von *Münch/Kunig*, Art. 19, Rdnr. 40.

⁶¹⁴ Vgl. *Müller*, 2. Auflage, a a O., § 17, Rn. 1; *Metz*, in: *Lang/Weidmüller*, aaO., § 17, Rn. 1; *Beuthien*, in: *Meyer/Meulenbergh/Beuthien*, aaO., § 17, Rn. 1.

⁶¹⁵ Art. 19 Abs. 3 GG bezieht sich seinem Wortlaut nach nur auf inländische juristische Personen. Davon soll hier ausgegangen werden. vgl. *Scholz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, aaO., Art. 9, Rn. 55; *Löwer*, in: von *Münch/Kunig* (Hrsg.), aaO., Art. 9, Rn. 11.

⁶¹⁶ *Scholz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, aaO., Art. 9, Rn. 42 und Rn. 57; *Löwer*, in: von *Münch/Kunig* (Hrsg.), a a O., Art. 9, Rn. 15.

kann“.^[617] Diesen ist in diesen Fällen die Grundrechtsfähigkeit zu versagen^[618], da das Grundgesetz ausdrücklich und konkludent Bezug auf privatrechtlich organisierte juristische Personen Bezug nimmt.^[619] Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch in einigen Entscheidungen offengelassen, „ob es ganz besonders gelagerte Ausnahmefälle geben kann“, in denen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts der Schutz eines Grundrechts zuzubilligen sein kann.^[620] Bei diesen handelt es sich zumeist um Unternehmen in öffentlicher Hand, die gleich privatwirtschaftlich organisierter Unternehmen auftreten und unter Rückgriff auf Art. 19 Abs. 3 GG und die Bezugnahme auf die typische Gefährdungslage die Grundrechtsfähigkeit zugesprochen bekommen.^[621]

Eine dieser Ausnahmen könnte zudem die Situation darstellen, in der an der kommunalen Genossenschaft Private beteiligt werden und sich damit der Fokus von einem öffentlichen Unternehmen zu einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen verrückt, wie dies bei der behandelten Genossenschaftsform in der Organisations-ÖBP der Fall ist. Als Abgrenzungskriterium wird dabei die gesetzlich zugewiesene Aufgabenerfüllung, sowie die Erfüllung öffentlicher Aufgaben als Unternehmensgegenstand herangezogen.^[622]

1. Grundrechtsschutz der Genossenschaft als gemischtwirtschaftliche Unternehmen

Die entscheidende Frage ist, wie im ÖBP-Modell ein gemischt-

⁶¹⁷ Art. 2 lit. b Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen.

⁶¹⁸ *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. III, Rdnr. 45; *Bethge*, Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG, S. 103; JuS 1977, 732, 736; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 84.

⁶¹⁹ BVerfGE 21, 362, 369; E 68, 193, 205 ff.; E 75, 192, 196 f.

⁶²⁰ BVerfGE 61, 82, 109; E 70, 1, 20 f.

⁶²¹ Vgl. *Winkler*, Grundrechte in der Fallprüfung, S. 58f.

⁶²² *Zimmermann*, Der grundrechtliche Schutzanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts, S. 2 ff.

wirtschaftliches Unternehmen (Genossenschaft) positioniert werden soll, da es sich bei einer Genossenschaft im ÖBP-Modell nicht um ein sogenanntes „öffentliches Unternehmen“ oder eine „öffentliche Genossenschaft“ handelt.^[623] Systematisch betrachtet, gehören gemischtwirtschaftliche Unternehmen auch im ÖBP-Modell zum gesellschaftlich-administrativen Kooperationsbereich^[624], wobei die Beziehung zu der Gemeinde oder öffentlichen Hand die private Autonomie der Genossenschaft nicht beeinflussen soll.

Grundsätzlich unterliegt ein privatrechtliches Unternehmen, das vom Staat beherrscht wird, einer unmittelbaren Grundrechtsbindung.^[625] Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass alleine der Umstand, dass mehrheitliche Anteile an dem Unternehmen im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, dieses noch lange nicht zu einem Hoheitsträger im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG macht. Denn genauso wie jede Münze zwei Seiten hat, gibt es hier ein janusköpfiges Paradox bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen.^[626] Einerseits kommt in diesen Fällen die strittige Grundrechtsverpflichtung des Staates zum Tragen, während andererseits die Grundrechtsberechtigung der privaten Anteilseigner im Raum steht. Ein solches von der öffentlichen Hand beherrschtes Unternehmen in privatrechtlicher Gestalt stellt nämlich bei näherer Betrachtung nur eine besondere Erscheinungsform dar, in der die öffentliche Verwaltung vollzogen wird.^[627] Damit handelt es sich hier nicht nur um eine Frage der unmittelbaren Grundrechtsfähigkeit, sondern auch eine Frage der Grundrechtsbindung und in weiterer Folge der

⁶²³ Dazu *Backhaus*, Öffentliche Unternehmen, S. 73 ff., S. 87 ff.; *Haeseler*, Öffentliche Unternehmen, in: *Chmielewics/Eichhorn*, Handwörterbuch der Öffentlichen Betriebswirtschaft, Sp. 1093 ff.; *Eichhorn*, Öffentliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmen, in: *Wittmann u. a.* (Hrsg.), Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, Teilband 2, S. 2925 ff.

⁶²⁴ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Auflage, 2006, S. 274.

⁶²⁵ Vgl. BVerwGE 113, 208.

⁶²⁶ *Selmer*, in: *Stober/Vogel*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 75 ff., S. 79.

⁶²⁷ BVerfGE 45, 63, 80.

Anwendbarkeit des Verwaltungsprivatrechts und eine Frage, wie der Verwaltungsträger selbst zu behandeln ist.^[628] Durch diesen Ansatz wird dem Umstand Rechnung getragen, dass sich Grundrechtsbindung und Grundrechtsverpflichtung nur schwer miteinander verbinden lassen. In jenen Fällen, in denen eine Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand vorhanden ist oder mittels Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform für eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung die unmittelbare Grundrechtsbindung umgangen werden soll, kommt der öffentliche Anteilseigner kaum aus seiner Verpflichtung nach Art. 1 Abs. 3 GG heraus.^[629] In diesen Fällen sind die negativen Auswirkungen auf die privaten Anteilseigner unvermeidlich, müssen jedoch hingenommen werden, um gleichzeitig in den Genuss der Vorteile eines öffentlichen Unternehmens zu kommen.^[630]

Theoretisch betrachtet, ist beim Vorliegen von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen davon auszugehen, dass nur die öffentlichen Anteilseigner der Grundrechtsbindung unterliegen, während die privaten Anteilseigner keine Begrenzungen ihrer grundrechtlich geschützten Beteiligung in einem über das übliche Maß hinausgehenden Ausmaß haben dürfen.^[631] Aus Gründen der Praktikabilität wird jedoch das Unternehmen bei dieser Frage in seiner Gesamtform als verselbstständigte Handlungseinheit betrachtet, die von ihren Eigentümern und deren Einflussrechten als losgelöst anzusehen ist.^[632] Damit unterliegt auch das gemischtwirtschaftlich organisierte Unternehmen der einheitlichen Beantwortung der Frage nach seiner Grundrechtsbindung, da eine solche nicht „quotenweise realisiert werden kann“.^[633] Der Bundesverfassungsgerichtshof entschied in dieser Frage, dass eine

⁶²⁸ BGH Urt. v. 05.04.1984 – III ZR 12/84 -,BGHZ 91, 84, Rn. 50; *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 157 ff.; *Kluth*, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 194; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 1 Rn. 29; *Stern*, Staatsrecht III/1, § 74 IV 5; a. A. *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 28 f.

⁶²⁹ Vgl. *Ehlers*, Gutachten E, S. 39 f.; Dreier, in: ders., GG, Art. 1 Abs. III Rn. 52; *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 119, u. S. 234.

⁶³⁰ Vgl. *Kluth*, WiVerw 2000, S. 184 ff., S. 195.

⁶³¹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011, BVerfGE 128,226, Rz. 28.

⁶³² Vgl. BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011, BVerfGE 128,226, Rz. 50.

⁶³³ Vgl. BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011, BVerfGE 128,226, Rz. 52.

unmittelbare Grundrechtsbindung bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen in jenen Fällen zu bejahen ist, wenn dieses tatsächlich von der öffentlichen Hand beherrscht wird, was bei einer Anteilsquote von 50% eindeutig gegeben sein dürfte.^[634] Die Rechtsprechung orientiert sich mit diesem Ansatz an dem aus dem Konzernrecht abgeleiteten Begriff der Beherrschung, der in diesem Fall der herrschenden Meinung in der Literatur und Rechtsprechung folgt, wonach keine Aufspaltung der Grundrechtsfähigkeit in Anlehnung an die Beteiligungsquote möglich ist.^[635] Da die öffentliche Hand in der Struktur einer Genossenschaft nach dem ÖBP-Modell keine beherrschende Stellung einnimmt, kann sich diese nach der herrschenden Rechtsprechung auf einen umfassenden Grundrechtsschutz gleich einem privaten Unternehmen berufen.

2. Grundrechtsbindung der Gemeinde im ÖBP-Modell

Wie beschrieben schränkt die Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG die meisten Erscheinungsformen öffentlicher Gewalt, einschließlich der wirtschaftlichen Betätigung, unabhängig von der Organisations- oder Handlungsstruktur, ein.^[636] Von der Grundrechtsbindung entbindet auch keine „Flucht ins Privatrecht“^[637], denn „die öffentliche Verwaltung bleibt auch dann Verwaltung, wenn sie wirtschaftet“.^[638]

Auch bei der Implementierung des ÖBP-Modells stößt man an dieselben Probleme, da die Beteiligung der Kommunen stets grundrechtliche

⁶³⁴ Vgl. BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011, BVerfGE 128, 226, Rz. 53.

⁶³⁵ Kater, Grundrechtsbindung und Grundrechtsfähigkeit gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, S. 32.

⁶³⁶ Vgl. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 212 f.; Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 212; v. Arnim, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 60 f.; Otting, Steuerungsmodell, S. 154; Ronellenfitsch, in: Isensee/Kirchhof, HBdStR Band III, § 84 Rn. 46 ff.

⁶³⁷ Begriff wohl zurückgehend auf Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 326.

⁶³⁸ Vgl. Ehlers, DVBl 1998, S. 497 ff., S. 504; Schink, NVwZ 2002, S. 129 ff., S. 135; Hösch, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, S. 56; Grawert, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel, S. 119 ff., S. 129; VerfGH Rh.-Pf., DVBl 2000, S. 992 ff., S. 992.

Fragestellungen aufwirft.^[639] So kommt man nicht umhin, sich zu fragen, ob das staatlich bzw. kommunal beherrschte Unternehmen bei seiner Tätigkeit am Markt an die Grundrechte gebunden ist. Soweit das Unternehmen aufgrund des beherrschenden Einflusses des Staates oder der Kommune in dieser Hinsicht dem Verwaltungsträger als Träger der Hoheitsgewalt gleichgestellt ist, ist von dieser unmittelbaren Grundrechtsbindung auszugehen.^[640]

Sobald die Grundrechtsbindung der Genossenschaft bejaht werden kann, können die Grundrechte anderer privater Unternehmer (Konkurrenten) in Bezug auf Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit), Art. 14 GG (Eigentumsfreiheit), Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit in Form der Wettbewerbsfreiheit) und Art. 3 Abs. 1 GG (allgemeiner Gleichheitssatz) eingeschränkt werden. Eine Verletzung dieser Grundrechte kommt jedoch nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht.

So wird eine potentielle Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG durch die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune grundsätzlich abgelehnt, solange deren wirtschaftliche Betätigung eine Konkurrenz durch Private nicht völlig unmöglich macht.^[641]

Auch aus Art. 14 GG ergibt sich kein Schutz vor der Konkurrenz durch kommunale Unternehmen^[642], die in Form einer Genossenschaft betrieben werden. Eine Ausnahme besteht nur, wenn der unter öffentlicher Gewalt stehende Konkurrent „durch eine behördliche Maßnahme eine Monopolstellung erlangt“.^[643] Ebenfalls garantiert die (umstrittene)

⁶³⁹ Vgl. *Shirvani*, Public Private Partnership und die Subsidiaritätsprüfung bei Öffentlichen Unternehmensbeteiligung, DÖV 2011, S.870.

⁶⁴⁰ Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte: Staatsrecht II, Rn. 164 f.; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 1 Rn. 28; *Stern*, Staatsrecht III/1, § 74 IV 5.; *Grawert*, Kommunale Wirtschaftsbetätigung im Wettbewerb, in: *Kommunen am Markt*, S. 9 ff., S. 12.

⁶⁴¹ Vgl. *Guckelberger*, Die Rekommunalisierung privatisierter Leistungen in Deutschland, *VerwArch* 104 (2013), S. 168.

⁶⁴² Vgl. *Guckelberger*, Die Rekommunalisierung privatisierter Leistungen in Deutschland, *VerwArch* 104 (2013), S. 168.

⁶⁴³ *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 135.

Annahme, dass der Schutzbereich des Art. 14 GG das Recht auf einen angemeldeten und aktiv ausgeübten Gewerbebetrieb gewährleistet, jedenfalls keinen festen Kundenstamm.^[644] Etwaige künftige Gewinneinbußen reichen für die Annahme eines grundrechtswidrigen Eingriffs jedenfalls nicht aus.^[645]

Auch die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit soll erst dann durch die wirtschaftliche Teilhabe einer Kommune am Markt gegenüber einem Konkurrenten verletzt sein, wenn dieser dadurch in seinen Möglichkeiten, sich weiterhin am Markt zu behaupten, in erheblichem Maße eingeschränkt wird.^[646] Mögliche künftige Gewinneinbußen werden auch hier als nicht ausreichend angesehen.^[647]

Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG zu Lasten privater Konkurrenz soll nach herrschender Meinung immer dann ausscheiden, wenn die Erledigung der wirtschaftlichen Aufgabenstellung zugleich einen öffentlichen Zweck verfolgt.^[648] Da der öffentliche Zweck aber ohnehin zwingende Voraussetzung für den Betrieb einer wirtschaftlichen Einrichtung durch die Kommune ist, scheidet ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz regelmäßig aus.

B. Garantie der Einwirkungspflicht im ÖBP-Modell

Die Sicherung der besprochenen Grundrechtsbindung und die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften muss der Verwaltungsträger auch dann sicherstellen, wenn er sich zur Erfüllung der Aufgaben der öffentlichen Verwaltung eines in einer privatrechtlichen Organisationsform betriebenen Unternehmens bedient. Diese Bindung des Verwaltungsträgers begründet

⁶⁴⁴ Vgl. *Schmidt*, Rechtliche Rahmenbedingungen und Perspektiven der Privatisierung, DÖV 2014, S. 360.

⁶⁴⁵ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 135.

⁶⁴⁶ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 136.

⁶⁴⁷ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 136.

⁶⁴⁸ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 137.

gleichzeitig seine verfassungsrechtliche Verpflichtung, auf das Unternehmen mit geeigneten Mitteln einzuwirken (sog. Ingerenzpflicht), um „den parlamentarisch gebildeten politischen Willen verwirklichen zu können“.

[649]

Aufgrund der wesensimmanenten Formfreiheit in der Ausgestaltung einer Genossenschaft, ist es unproblematisch, den öffentlichen Zweck in der Satzung der Genossenschaft nach dem ÖBP-Modell zu verankern. Anstatt den Maßstäben des beherrschenden Einflusses in Anlehnung an Kapitalgesellschaften zu folgen, kann im Rahmen der ÖBP-Genossenschaft eine allgemeine Ingerenzpflicht durch den Bürgermeister als Vertreter der kommunalen Verwaltung verwirklicht werden.

1. Grundlagen der Einwirkungspflicht

Die Beteiligung an einem privaten Unternehmen durch den Kommune kann nur dann im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG gerechtfertigt sein, wenn sich diese nach § 96 Abs. 1 Z 2 BbgKVerf einen angemessenen Einfluss auf dieses gemischtwirtschaftliche Unternehmen sichert.

Die materiell-rechtliche Begründung der Einwirkungspflicht leitet sich aus dem Demokratieprinzip ab, das nach Art. 20 Abs. 2 GG eine legitimatorische Kette aller staatlichen Tätigkeiten zum Volk verlangt, wobei diese unabhängig von der gewählten Rechtsform nachzuverfolgen sein muss. Auch das Rechtsstaatsprinzip geht mit der Manifestation der Ingerenzpflicht einher und verweist auf die Verpflichtung zur Gewährleistung des Gemeinwohlaufrags, der nur dann tatsächlich umgesetzt werden kann, wenn eine Möglichkeit zur Kontrolle, Einflussnahme und etwaigen Einwirkung auf die Tätigkeit der genossenschaftlichen Unternehmung gewährleistet ist. [650]

⁶⁴⁹ *Burgi*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 III 2, Rz. 20.

⁶⁵⁰ Vgl. *Schirmacher*, Der Schutz der gläubiger einer kommunalen Eigengesellschaft mbH,

Diese Ingerenzpflicht dient dazu, die Ziele der kommunalen Politik, die Gemeinwohlorientierung und das sich aus Art. 20 Abs. 3 GG ergebende Gebot rechtsstaatlichen Handelns, das Demokratieprinzip und die Prinzipien des Sozialstaats auch im Rahmen des privatrechtlich organisierten Unternehmens zu verwirklichen. Mit der direkt aus der Verfassung erfließenden Einflussnahme werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben konkretisiert, die gleichzeitig einen Rahmen für die Einwirkungspflicht bildet.^[651] Diese Einwirkungs- und Kontrollpflicht wird damit der öffentlichen Hand gegeben, um die ordnungs- und zweckmäßige Aufgabenerfüllung des privatrechtlich organisierten Unternehmens zu garantieren.^[652]

2. Legitimation der Einwirkungspflicht durch das Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip

Jede Handlung der Gemeinde ist – wie jede andere Verwaltungstätigkeit – unmittelbar an die Grundrechte und das Rechtsstaatsgebot gebunden.^[653] Die Staatsorgane sind demnach dazu verpflichtet, keine kontrollfreien Räume im Rahmen des hoheitlichen Handelns entstehen zu lassen^[654], damit die Bindung der Kommune an „Recht und Gesetz“ indirekt auch bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen mit kommunaler Beteiligung zum Tragen kommt.^[655]

Das Rechtsstaatsprinzip verlangt Kontroll- und Einwirkungsbefugnisse mit Blick auf deren Legitimationsbasis.^[656] Dabei wird die übliche Stellung, die

S. 26f.

⁶⁵¹ Vgl. *Schirmacher*, Der Schutz der gläubiger einer kommunalen Eigengesellschaft mbH, S. 25.

⁶⁵² Vgl. *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 130.; *Spannowsky*, DVBl. 1992, S. 1073 f.; v. *Danwitz*, AöR 120, S. 604 f.; *Schmidt*, ZGR 1996, S. 350.

⁶⁵³ Vgl. *Brenner*, Gesellschaftsrechte Ingerenzmöglichkeiten, AöR 2002, S. 225.

⁶⁵⁴ Vgl. *Spannowsky*, Die Verantwortung der öffentlichen Hand für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Reichweite ihrer Einwirkungspflicht auf Beteiligungsunternehmen, DVBl. 1992, S. 1075.

⁶⁵⁵ Vgl. *Brenner*, Gesellschaftsrechte Ingerenzmöglichkeiten, AöR 2002, S. 234 f.

⁶⁵⁶ Vgl. *Tettinger*, Privatisierungskonzepte für die Abfallwirtschaft, in: FS Friauf, 1996, 569 (576).; *Dietlmeier*, Rechtsfragen der Publizität im kommunalen Unternehmensrecht,

den Genossenschaftsmitgliedern zuteilwird als nicht ausreichend befunden, da zusätzliche Einflussmöglichkeiten als Weisungsrechte notwendig sind, um die im öffentlichen Recht verankerten Bindungen des Handelns der Kommunen sicherzustellen.^[657] Den Kommunen als „Gewährträger“ wird so eine effektive Einwirkung auf das privatrechtlich organisierte Unternehmen ermöglicht.^[658]

Das Sozialstaatsprinzip, das in Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG verfassungsrechtlich verankert ist, wird von dem Bundesverfassungsgericht aus dem Gebot der sozialen Sicherheit und der sozialen Gerechtigkeit abgeleitet.^[659] Als besonderes Merkmal jedes Gemeinwesens^[660] liegt dieses nicht nur der Rechtsordnung der Bundesrepublik zugrunde, sondern begründet auch Handlungspflichten des Staates.^[661] Nach dem Sozialstaatsprinzip ist die Gemeinde dazu verpflichtet, Versorgungseinrichtungen zu schaffen, sowie die für die Grundbedürfnisse der Bevölkerung erforderliche Bedarfsdeckung zu garantieren und zu kontrollieren.^[662]

Anhand dieser Überlegungen kann die Einwirkungspflicht der Kommunen aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleitet werden, wodurch die Aufsicht und Kontrolle über kommunale Unternehmen sowie Genossenschaften eine Notwendigkeit darstellen, um das Gemeinwohl sicherzustellen.^[663] Die Legitimität des Verwaltungshandelns der Gemeinde, zu dem auch der Betrieb wirtschaftlich orientierter Unternehmen gehört, basiert auf der

2015, S. 616 ff.

⁶⁵⁷ Vgl. *Faber*, Gesellschaftsrechtliche Bindungen für Aufsichtsratsmitglieder von kommunalen Eigengesellschaften im Spannungsfeld zum hessischen Kommunalverfassungsrecht, S. 162.

⁶⁵⁸ Vgl. *Th. v. Danwitz*, AöR 1995 (120), S. 606 ff.

⁶⁵⁹ Vgl. *Waltermann*, Sozialrecht, Rz. 13.

⁶⁶⁰ *Huster*, JZ 2008, S. 859 ff.

⁶⁶¹ *Hilpold*, Solidarität als Rechtsprinzip, JöR 55 (2007), S. 195 ff.; *Isensee*, in: ders. (Hrsg.), *Solidarität in Knappheit*, 1998, S. 97 ff.; *Schlegel*, *Solidarität – ein Rechtsbegriff?*, SGB 2008, S. 565, 568; *Lampert/Bossert*, *Sozialstaat Deutschland*, 1992, S. 107.

⁶⁶² *Brenner*, Gesellschaftsrechte Ingerenzmöglichkeiten, AöR 2002, S. 228 f.

⁶⁶³ Vgl. *Dietlmeier*, *Rechtsfragen der Publizität im kommunalen Unternehmensrecht*, 2015, S. 525 ff.

Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben im Interesse des Allgemeinwohls. Wenn die kommunalen Unternehmen oder Genossenschaften sich jedoch nicht mehr an dem Gemeinwohl orientieren, wird diese Legitimation gefährdet. Aufgrund der Eigentümerstellung der Gemeinde stellt die Übernahme der Gesamtverantwortung für die Steuerung und Kontrolle ihrer kommunalen Unternehmen eine zwingende Anforderung an eine rechtsstaatlich orientierte ÖBP-Genossenschaft dar.

3. Legitimation der Einwirkungspflicht durch das Demokratie- und Autonomieprinzip

Das Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG verlangt eine ununterbrochene, zumindest mittelbar nachverfolgbare Legitimationskette vom Volk als Souverän bis zu den mit der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern.^[664] Nur wenn die Gemeinde über ausreichende Einflussmöglichkeiten auf ihre wirtschaftlichen Unternehmen und die Investitionsaktivitäten verfügt, ist sie in der Lage die demokratische Verantwortung gegenüber dem Volk zu übernehmen.^[665] Wenn die öffentliche Hand in einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen die leitende Position inne hat, müssen ihre Tätigkeiten nach Art. 20 Abs. 2 GG demokratisch legitimiert sein. Die Anforderungen an diese Legitimation umfassen auch und gerade die Lenkung und Kontrolle der privatrechtlich organisierten Gesellschaften durch die Kommune. Weil die Einwirkung auf die Leitung des Unternehmens verfassungsrechtlich vorgeschrieben ist und die aktive, präventive Einflussnahme das festgelegte Ziel betrifft, werden unternehmerische Entscheidungen und Handlungen während der Entschlussphase im Sinne der öffentlichen Zweckbindung beeinflusst.^[666]

⁶⁶⁴ BVerfGE 83, 60 (72 f.); *Michael Brenner*, Gesellschaftsrechte Ingerenzmöglichkeiten, AöR 2002, S. 226.

⁶⁶⁵ Vgl. *Spannowsky*, DVBl. 1992, S. 1075.

⁶⁶⁶ Vgl. *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen, 2002, S.2; *Dietlmeier*, Rechtsfragen der

Eine solche Kontrolle wird als eine begleitende oder nachträgliche Überprüfung beschrieben, die sich sowohl auf die Rechtmäßigkeit und die Wirtschaftlichkeit als auch auf die Zweckmäßigkeit unternehmerischer Tätigkeiten richtet.^[667]

Aus Sicht der Gemeinde stellt die Privatisierung ein Instrument der Selbstverwaltung dar^[668], obgleich das Outsourcing von den öffentlichen Dienstleistungen und Unternehmen durchaus das Potential besitzt, berechtigte Befürchtungen im Hinblick auf politische Steuerungsverluste zu erwecken.^[669] Die Gemeinde muss sich daher entweder in der Satzung oder durch eine entsprechende Mehrheitsbeteiligung Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten auf das in privatrechtlicher Form organisierte Unternehmen einräumen lassen.^[670] Für diese Einwirkungspflicht der Gebietskörperschaft gibt es eine doppelte Legitimationsgrundlage - die demokratische Legitimation und die Legitimation der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG.

Der parlamentsvermittelten Legitimation hat das Grundgesetz das Legitimationsmodell der kommunalen Selbstverwaltung zur Seite gestellt. Diese zweifache demokratische Legitimation stellt ein Spezifikum kommunaler Verwaltung dar, das sie von der Staatsverwaltung klar abhebt und ihr eine besondere Aufgeschlossenheit gegenüber neueren Entwicklungen gewährt.^[671]

Publizität im kommunalen Unternehmensrecht, 2015, S. 631.

⁶⁶⁷ Vgl. *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 130; *Janson*, Rechtsformen öffentlicher Unternehmen, S. 137; v. *Mutius*, in: Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Bd. 2, S. 26.

⁶⁶⁸ Vgl. *Dietlmeier*, Rechtsfragen der Publizität im kommunalen Unternehmensrecht, 2015, S. 633.

⁶⁶⁹ *Püttner*, Kommunale Betriebe und Mixed Economy, in: Wollmann/Roth (Hrsg.), Kommunalpolitik, 541, 547; *Bull*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, VerwArch 86 (1995), S. 629.; *Weidemann*, Übergangsprobleme bei der Privatisierung des Abfallwesens, NJW 1996, S. 2758.; *Schoch*, DVBl. 1994, S. 963.; ders. in: DVBl. 1994, S. 9.

⁶⁷⁰ *Danwitz*, AöR 120, 595 (605); *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 131.

⁶⁷¹ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Auflage 2, 2006, S. 93.

C. Einflussmaßnahmen im ÖBP-Modell

Wie bereits beschrieben, muss zur Gewährleistung der öffentlichen Zwecksicherung eine umfassende Einwirkungspflicht der staatlichen Seite auf das öffentliche Unternehmen sichergestellt werden^[672], wobei die demokratische Legitimationskette lückenlos gestaltet sein muss.^[673] Auf gesetzlicher Ebene sichern die Gemeindeordnungen und die § 65 BHO bzw. § 65 LHO und die entsprechenden Bestimmungen der diversen Gemeindeordnungen die Grundlagen für die Beteiligung des Bundes bzw. der Länder an privatrechtlichen Unternehmen. In diesen wird statuiert, dass die Erfüllung des öffentlichen Zwecks in den meisten Fällen nicht mit dem exklusiven marktwirtschaftlich orientierten Ertragswirtschaften gleichzusetzen ist.^[674] Denn wenn dem so wäre, könnten die privatwirtschaftlich agierenden Unternehmen in derselben Art und Weise tätig werden, so dass die Gründung und Regulierung öffentlicher Unternehmen obsolet wäre.

An dieser Stelle ist jedoch auch festzuhalten, dass Eigengesellschaften einen schwächenden Effekt auf die kommunale Selbstverwaltung haben.^[675] Dieser beruht darauf, dass die geschlossene Einheit der kommunalen Verwaltung und des kommunalen Haushaltes aufgebrochen wird und es dadurch zu einer Schmälerung der Gesamtverantwortung der allgemeinen Vertretungskörperschaft kommt. In manchen Fällen wird gerade diese Verringerung des staatlichen Einflusses als eigentlicher Zweck einer

⁶⁷² Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 124 ff., hier auch zur Gegenansicht von Ossenbühl und Kraft; Nessel Müller, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten, S. 32 ff.; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 136 ff.; Spannowsky, Die Verantwortung der öffentlichen Hand für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Reichweite ihrer Einwirkungspflicht auf Beteiligungsunternehmen, DVBl. 1992, S. 1072, 1073 f., ders., ZGR 1996, S. 400 ff.; Engelland, Einflußnahme der Kommune auf ihre Kapitalgesellschaften über das Anteilseignerorgan, Heidelberg 1995, S. 20 ff.

⁶⁷³ Stober, NJW 1984, S. 449, 454; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 128 ff.; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 135 ff.

⁶⁷⁴ Engelland, Einflußnahme der Kommune auf ihre Kapitalgesellschaften über das Anteilseignerorgan, Heidelberg 1995, S. 34 f.

⁶⁷⁵ Vgl. Schoch, in: Ipsen, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 63, 83; Erbguth/Stollman, Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte? -Zu den Kriterien bei der Wahl der Rechtsform, DÖV 1993, S. 798.

formellen Privatisierung angestrebt.^[676] Spiegelbildlich dazu warnen viele Stimmen vor einer zu intensiven politischen Einflussnahme auf privatwirtschaftlich agierende Marktteilnehmer.^[677] Gerade dieser Zwiespalt macht den janusköpfigen Charakter öffentlicher Unternehmen deutlich, die sich in einem ständigen systemimmanenten Spannungsfeld bewegen.

Damit man den Anforderungen des Gesetzes nachkommen kann, muss in Eigengesellschaften der Einfluss mit den vorhandenen gesellschaftsrechtlichen Instrumenten sichergestellt werden.^[678] Da kein spezielles Gesellschaftsrecht für öffentliche Unternehmen existiert^[679], kann man sich in diesem Fall nur mit dem allgemeinen Gesellschaftsrecht behelfen.^[680] Sollte dieses keine passenden Instrumente und Möglichkeiten bereitstellen, um die öffentliche Einflussnahme zu sichern, ist in diesem Fall auf die ausgesuchte Gesellschaftsform zu verzichten.^[681]

Da man auf die gängigen Mechanismen des Gesellschaftsrechts beschränkt ist, müssen die im Recht der GmbH oder der Aktiengesellschaft verankerten Methoden auf die Gemeindestrukturen übertragen werden, um deren Einfluss im Rahmen der Unternehmensführung zu gewährleisten. Die internen Maßnahmen zur Einflussssicherung umfassen dabei all jene Steuerungs- und Kontrollmechanismen, die aus einer privatrechtlichen Beteiligung der Kommune am Unternehmen resultieren und durch das Modell des zur Anwendung kommenden Gesellschaftsrechts ein

⁶⁷⁶ *Stober*, NJW 1984, S. 449, 455; *Schoch*, DÖV 1993, S. 377, 382; ders., in: Ipsen, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 63, 83 f.; *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 121 f.

⁶⁷⁷ *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 137; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 131; *Engelland*, Einflußnahme der Kommune auf ihre Kapitalgesellschaften über das Anteilseignerorgan, Heidelberg 1995, S. 82 ff.

⁶⁷⁸ *Martin Burgi*, Kommunalrecht, 6. Aufl. 2019, § 17 Rn. 82; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 762.

⁶⁷⁹ Vgl. vertreten von *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 135, 157 ff.; *Danwitz*, AöR 1995, S. 595 ff.

⁶⁸⁰ *Schön*, ZGR 1996, S. 429, 448 ff.; *Habersack*, ZGR 1994, S. 544, 555; *Raiser*, ZGR 1996, S. 458; vgl. *Emmerich*, Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 164 ff., 198 ff., 211 ff.; vgl. *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, S. 134 f.

⁶⁸¹ *Martin Burgi*, Kommunalrecht, 6. Aufl. 2019, § 17 Rn. 82; *Brenner*, Gesellschaftsrechtliche Ingerenzmöglichkeiten von Kommunen auf privatrechtlich ausgestaltete kommunale Unternehmen, S. 234.

Mitspracherecht der Gemeinde auf die privatrechtlichen Strukturen sichern.^[682]

Sowohl die Kommune als auch die Genossenschaft sind im betrachteten ÖBP-Modell einem gemeinsamen Ziel verpflichtet, wodurch zwischen den beiden Institutionen kein grundlegendes Konfliktpotential zu erkennen ist. Auf die einzelnen Ingerenzmechanismen soll im Folgenden eingegangen werden.

1. Vertretung, Stimmrecht und Stimmbindung in der Genossenschaft

1.1 Vertretung der Kommune in der Generalversammlung

Das Stimmrecht in der Kommune als juristische Person des öffentlichen Rechts wird nach § 43 Abs. 4 GenG durch ihren gesetzlichen Vertreter ausgeübt. Sofern sich keine spezialgesetzlichen Bestimmungen finden lassen, richtet sich die Vertretungsmacht der Kommune nach den allgemeinen Regelungen zur Außenvertretung^[683] – beispielsweise ordnet der Art. 38 GO für den Freistaat Bayern an, dass der erste Bürgermeister die Gemeinde nach außen vertritt. In Brandenburg hingegen ist nach § 97 Abs. 1 BbgKVVerf der Hauptverwaltungsbeamte mit der Gemeindevertretung beauftragt, unter dem neben dem Bürgermeister auch der Landrat oder der Amtsdirektor zu verstehen sind.^[684] Damit hängt es grundsätzlich von der einzelnen regionalen Gesetzeslage ab, wer die Kommune in der Gesellschafterversammlung nach außen vertreten kann.^[685] Vereinzelt gestehen es die Kommunalverfassungen der Gemeindevertretung eine Wahlfreiheit in Bezug auf den Vertreter der Gemeinde zu.^[686] Wenn mehrere

⁶⁸² Martin Burgi, Kommunalrecht, 6. Aufl. 2019, § 17 Rn. 82; Erbguth/Stollmann, Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte?, DÖV 1993, S. 801; Schmid, KommunalPraxis (BW) 1/1998, S. 10.

⁶⁸³ Vgl. Klaus Lange, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 236.

⁶⁸⁴ Vgl. Rundschreiben zur Erläuterung der Kommunalverfassung und zur Vorbereitung der Kommunalwahl 2008, Aufhebungsrunderlass 6/2008, Pkt. 1.2.1.

⁶⁸⁵ Vgl. Klaus Lange, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 237.

⁶⁸⁶ Vgl. Klaus Lange, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 238.

Vertreter der Kommune im Organ einer Gesellschaft vertreten sind, kommt man regelmäßig nicht um die Frage umhin, wie ihre gegenläufigen Interessen koordiniert werden können. Diese Frage wird in manchen Gemeindeordnungen durch eine Verpflichtung zur einheitlichen Stimmabgabe gelöst.^[687]

Genossenschaftsrechtlich spielt diese Problematik eine untergeordnete Rolle. Auch die juristischen Personen werden in der Generalversammlung der Genossenschaft nur durch eine Person, nämlich durch ihren gesetzlichen Vertreter repräsentiert. Diesem steht nach den genossenschaftsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich nur eine Stimme zu (vgl. § 43 Abs. 3 Satz 1 GenG). Diese muss nach den „Weisungen der zuständigen Gemeindeorgane“ wie etwa der Gemeindevertretung, ausgeübt werden, um die Anforderungen der demokratischen Legitimation zu erfüllen.^[688]

1.2 Das Stimmrecht der Kommune als Genossenschaftsmitglied

1.2.1 Kopfstimmrecht in der Genossenschaft

Wie bereits angesprochen, wird das Stimmrecht in § 43 GenG geregelt, wonach der Vertreter der Gemeinde das Stimmrecht dieser persönlich in Anspruch nimmt (§ 43 Abs. 4 GenG) und als Mitglied jeweils eine Stimme in der Generalversammlung abgeben kann (Kopfstimmrecht^[689]) (§ 43 Abs. 3 Satz 1 GenG).^[690]

Dieser in Gesetz gegossene Grundsatz stellt einen Ausfluss des

⁶⁸⁷ Vgl. Klaus Lange, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 241.

⁶⁸⁸ Vgl. Klaus Lange, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 242. der bestimmt, dass die "Gemeinde- vertretung [...] den Vertretern der Gemeinde in diesem Organ Richtlinien und Weisungen erteilen" kann.

⁶⁸⁹ Vgl. Heinrich Bauer, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 117.

⁶⁹⁰ Vgl. Heinrich Bauer, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 3. Ergänzungslieferung (2011), Rn. 153; Andreas Wieg, Krisenerprobung und Krisenresistenz des genossenschaftlichen Ordnungsmodells, in: Hartmut Bauer/Christiane Büchner/Friedrich Markmann (Hrsg.), Kommunen, Bürger und Wirtschaft im solidarischen Miteinander von Genossenschaften, 2014, S. 24 f.; Bauer, a. a. O., § 43, 3. Ergänzungslieferung (2011), Rn. 156 ff.; Beuthien, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 33 ff.

genossenschaftlichen Demokratieprinzips dar. Gerade das Kopfstimmrecht bildet den wesentlichsten Unterschied zwischen der Rechtsform der Genossenschaft und jener von Kapitalgesellschaften, wie etwa der AG und der GmbH.^[691] Letztere üben ihr Stimmrecht je nach der Höhe ihrer Kapitalbeteiligung aus.^[692] Im Gegensatz dazu ist das Kopfstimmrecht unabhängig von der eigenen Investition in das Unternehmen zu gewähren, solange das Mitglied seinen zwingend zu leistenden Geschäftsanteil nach § 7 Satz 1 GenG geleistet hat.^[693]

1.2.2 Die Kommune als investierendes Mitglied

§ 8 Abs. 2 Satz 1 GenG definiert investierende Mitglieder der Genossenschaft als „Personen, die für die Nutzung oder Produktion der Güter und die Nutzung oder Erbringung der Dienste der Genossenschaft nicht in Frage kommen“.^[694] Als investierende Mitglieder werden nach allgemeinen Grundsätzen auch jene betrachtet, die zwar durchaus (potentiell) gefördert werden könnten, jedoch an einer „naturalen Selbstförderung nicht interessiert sind“.^[695] Damit kommen grundsätzlich alle nach § 15 GenG beitragsberechtigten Personen – darunter auch die Kommunen – als investierende Mitglieder in Betracht.^[696] An dieser Stelle eröffnet sich jedoch ein Abgang des Gesetzgebers von den Grundsätzen einer Genossenschaft, denn mit der Zulassung von investierenden Mitgliedern wird der ausschließliche Zweck der Rechtsform – nämlich die Förderung ihrer Mitglieder – gewissermaßen konterkariert.^[697]

⁶⁹¹ Vgl. *Eckhard Ott/Andreas Wieg*, Genossenschaften in Deutschland: Dezentral organisiert, sicher vereint, in: *ZStV* 2012, S. 204; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 116.

⁶⁹² Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 116.

⁶⁹³ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 67.

⁶⁹⁴ Eine ausführliche Darstellung findet sich bei *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 8 Rn. 15.

⁶⁹⁵ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 8 Rn. 12.

⁶⁹⁶ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 8 Rn. 12.

⁶⁹⁷ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38.

Die Zulassung von investierenden Mitgliedern ist nach § 8 Abs. 2 GenG an weitere Zulassungsvoraussetzungen geknüpft. Zum einen ist eine ausdrückliche Bestimmung dieser in der Satzung erforderlich. Ebenso muss die Positionierung als investierendes Mitglied bereits in der Beitrittserklärung nach § 15 Abs. 1 GenG erklärt werden.^[698] Die Aufnahme ist durch die Generalversammlung zu bewilligen (vgl. § 8 Abs. 2 Satz 3 GenG), wobei dieser Bewilligungsvorbehalt auch an den Aufsichtsrat übertragen werden kann. Die Bewilligung durch das Genossenschaftsorgan dient der Sicherstellung, dass die investierenden Mitglieder keinesfalls die anderen Genossenschaftler überstimmen und damit die Entscheidungskontrolle für sich gewinnen können (vgl. ua. § 8 Abs. 2 Satz 2 GenG).

Grundsätzlich haben investierende Mitglieder die gleichen Rechte und Pflichten wie die nutzenden Mitglieder der Genossenschaft.^[699] Dazu zählen insbesondere ein „Anspruch auf Dividende, ein Teilnahme-, Rede-, Antrags- und Stimmrecht in der Generalversammlung“.^[700] Auch „das aktive und passive Wahlrecht zur Vertreterversammlung“ wird den investierenden Mitgliedern gewährt.^[701]

Um jedoch an dieser Stelle einzuschreiten und den Förderzweck der Genossenschaft zu wahren, sind bestimmte Vorkehrungen vonnöten, die die primärer Entscheidungsbefugnis der nutzenden Mitglieder im Rahmen der Generalversammlung aufrechterhalten.^[702] Diesem Zweck dienen die Bestimmungen des § 8 Abs 2 GenG, die geeignete Regelungen verlangen,

Auflage 2016, § 8 Rn. 16.

⁶⁹⁸ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 8 Rn. 12; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 8, 1. Ergänzungslieferung (2013), Rn. 21.

⁶⁹⁹ Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 8, 1. Ergänzungslieferung (2013), Rn. 21; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 8 Rn. 13.

⁷⁰⁰ *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 8, 1. Ergänzungslieferung (2013), Rn. 23.

⁷⁰¹ *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 8, 1. Ergänzungslieferung (2013), Rn. 23.

⁷⁰² Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 8, 1. Ergänzungslieferung (2013), Rn. 24.

„dass investierende Mitglieder die anderen Mitglieder in keinem Fall überstimmen können und dass Beschlüsse der Generalversammlung, für die nach Gesetz oder Satzung die Mehrheit von mindestens drei Vierteln der abgegebenen Stimmen vorgeschrieben ist, durch investierende Mitglieder nicht verhindert werden können“.^[703] Um diesen Zweck zu erfüllen, können die investierenden Mitglieder zur Gänze von ihrem Stimmrecht ausgeschlossen werden. Als Richtwert für die Anzahl der investierenden Mitglieder dient ein Viertel der Mitglieder des Aufsichtsrates (vgl. § 8 Abs. 2 letzter Satz GenG) und des Vorstandes.^[704] Die nachträgliche Einführung der Zulassung von investierenden Mitgliedern durch eine entsprechende Satzungsänderung bedarf in Übereinstimmung mit § 16 Abs. 2 Z 11 GenG einer Mehrheit von mindesten drei Viertel der abgegebenen Stimmen. Sollte ein Mitglied nicht mit dem Ergebnis einverstanden sein, das zu einer Satzungsänderung führt, steht diesem ein Kündigungsrecht nach § 67a Abs. 1 GenG zu. Da in Bezug auf investierende Mitglieder zahlreiche Sonderbestimmungen zu beachten sind, empfiehlt es sich, diese gekennzeichnet in der Mitgliederliste, die durch den Vorstand obligatorisch geführt wird (vgl. § 15 Abs. 2 Satz 1 GenG), einzutragen.^[705]

Wie man anhand der durch zahlreiche Bestimmungen eingeschränkten Rechtsposition eines investierenden Mitglieds der Genossenschaft erkennen kann, kommt diese Stellung innerhalb eines privatrechtlich geführten Unternehmens für die Kommunen nicht in Betracht. Denn eine solch unsichere Position würde die Sicherheit, die es für die Ausübung einer gewissen Kontrolle über die Ausrichtung des Unternehmens braucht,

⁷⁰³ Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 8, 1. Ergänzungslieferung (2013), Rn. 26; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 8 Rn. 14. Andere Ansicht bei *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 8 Rn. 16.

⁷⁰⁴ Vgl. § 8 Abs. 2 letzter Satz GenG; Sie dazu etwa *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 8 Rn. 13.

⁷⁰⁵ Vgl. § 15 Abs. 2 Satz 1 GenG; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 8, 1. Ergänzungslieferung (2013), Rn. 22; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 8 Rn. 12.

entgegenstehen und die demokratischen Prinzipien eines ÖBP-Unternehmens untergraben.

1.3 Der Stimmbindungsvertrag als Instrument kommunaler Einflussnahme

Grundsätzlich wird das Stimmrecht durch die Mitglieder einer Genossenschaft nach dem eigenen pflichtgemäßen Ermessen ausgeübt.^[706] Allerdings kann eine ein sog. Stimmbindungsvertrag, der zum Inhalt hat, das Stimmrecht nach Weisung eines Dritten auszuüben bzw. sich bei Wahlen auf eine bestimmte Art und Weise zu verhalten, eine Möglichkeit darstellen die kommunale Einflussnahme auf die Genossenschaft zu stärken.^[707] Dieser schuldrechtliche Vertrag, der generell einklagbar und vollstreckbar ist^[708], kann sowohl zwischen dem kommunalen Vertreter in der Generalversammlung und anderen Mitgliedern der Genossenschaft oder auch zwischen der Kommune selbst und den Genossenschaftsmitgliedern abgeschlossen werden.^[709]

In der Literatur hält man Stimmbindungsverträgen innerhalb enger Grenzen für durchaus zulässig, wobei die Konstellation in der Wahlabsprachen zwischen den Genossenschaftsmitgliedern getroffen werden, als die unproblematischste zu beurteilen ist.^[710] So werden derartige (informellen) Absprachen normalerweise vor der Generalversammlung zwischen den Genossenschaftsmitgliedern getroffen und bezwecken oftmals eine gemeinsame Einigung in Bezug auf die Wahl bestimmter Personen in den

⁷⁰⁶ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43, Rn. 45.; *Adrian Fuks*, Genossenschaften als Instrumente der Wohnraumpolitik, in: *Bauer/Szewczyk/Popowska/Meier/Fuks* (Hrsg.), Publizisierung öffentlicher Aufgaben, Universitätsverlag Potsdam 2018, S.123.

⁷⁰⁷ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43, Rn. 46; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, S. 55 ff.

⁷⁰⁸ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, § 43, Rz. 47.

⁷⁰⁹ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 22.; *Marcin Princ*, „Republizisierung“ versus „New Public Management“, *Bauer/Szewczyk/Popowska/Meier/Fuks* (Hrsg.), Publizisierung öffentlicher Aufgaben, Universitätsverlag Potsdam 2018, S.167 f.

⁷¹⁰ Siehe dazu etwa *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 47 und *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 22.

Vorstand. Problematisch gestaltet sich jedoch die rechtliche Untermauerung des Stimmbindungsvertrages, da diese auf eine offene Art und Weise dem Grundsatz der persönlichen Ausübung des Stimmrechts in § 43 Abs. 4 Satz 1 GenG^[711] widerspricht. Denn gerade die enge Bindung der Mitglieder an das Unternehmen und die genossenschaftliche Treuepflicht unterscheiden die Genossenschaft von Kapitalgesellschaften^[712], in denen beispielsweise das Stimmrecht sogar von Gesetzes wegen übertragbar ist (vgl. § 134 Abs. 3 AktG).^[713] Ein weiteres Argument gegen die Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen stellt auch das Interesse des verpflichteten Genossenschaftsmitglieds dar, dessen persönliche Intention bei der Stimmübertragung vollständig untergeht.^[714] Der Abschluss eines Stimmbindungsvertrages mit einem außenstehenden Dritten ist grundsätzlich im Genossenschaftsrecht ausgeschlossen^[715], denn der anweisende Dritte unterliegt nicht der genossenschaftlichen Treuepflicht, die eine der Grundfeste dieser Rechtsform bildet.^[716]

Eine Mindermeinung geht jedoch davon aus, dass der Grundsatz der genossenschaftlichen Selbstverwaltung durch etwaige Stimmbindungsverträge mit außenstehenden Dritten nicht berührt wird, da die Stimmabgabe weiterhin de facto durch das Genossenschaftsmitglied

⁷¹¹ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 46.; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 10 Rn. 34.

⁷¹² Vgl. *Fandrich*, § 43, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, Rn. 51. Vgl. Etwa *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 1. Ergänzungslieferung (2003), Rn. 187.

⁷¹³ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43, Rn. 46.; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, S. 48 ff.

⁷¹⁴ Vgl. *Holthaus/Lehnhoff*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 46.; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 2 Rn. 45.

⁷¹⁵ Vgl. *Keßler*, § 43, in: Hillebrand/Keßler (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 2. Auflage 2010, Rn. 91; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 1. Ergänzungslieferung (2003), Rn. 187.

⁷¹⁶ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43, Rn. 46.

erfolgt.^[717] Weiter würde mit einem derartigen Vertrag auch nicht die individuelle Entscheidungsfreiheit berührt, da der vorangegangene Abschluss des Stimmbindungsvertrages ebenso auf freiwilliger Basis erfolgt.^[718] Als drittes Argument bringen die Befürworter von Stimmbindungsverträgen ins Spiel, dass der genossenschaftliche Treuegrundsatz sich bloß auf den Förderzweck und konkrete, der Genossenschaft dienliche Interessen beschränke, und dadurch die Stimmabgabe nicht seinem Inhalt erfasst.^[719]

In Anbetracht der entgegenstehenden Meinungen kann man sich der Mindermeinung anschließen, wonach solche schuldrechtlichen Arrangements durchaus im Bereich des zulässigen liegen. Vor allem die Tatsache, dass Stimmbindungsverträge durch die Satzung untersagt werden können, spricht von einer grundsätzlichen Erlaubtheit.^[720] Als Voraussetzung wird in diesem Fall das Vorliegen gleichgerichteter Interessen beider Vertragspartner angenommen – wobei an dieser Stelle wiederum der genossenschaftsrechtliche Selbstverwaltungsgrundsatz zum Tragen kommt, dessen Stoßrichtung gerade von solchen Stimmbindungsverträgen unterstrichen wird. Die Befürchtungen, wonach durch Stimmbindungsverträge gesellschaftsschädigende Handlungen möglich wären, sind unberechtigt, da das allgemeine Weisungsrecht des Stimmbindungsvertrages weiterhin durch den Förderzweck der Genossenschaft begrenzt wird, weshalb eine vollständige Aushebelung der autonomen Entscheidungsbefugnis des Genossenschaftsmitglieds ausgeschlossen werden kann.

⁷¹⁷ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 22.

⁷¹⁸ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 132; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43, Rn. 46.

⁷¹⁹ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43, Rn. 49.; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 3 Rn. 48, 49.

⁷²⁰ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 130; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43, Rn. 46.

Auf rechtlicher Ebene begegnet man dem Missbrauch der Stimmenausübung durch Stimmbindungsverträge durch § 152 Abs. 1 GenG. Demnach sind Vereinbarungen in Zusammenschau mit § 134 BGB nichtig, in denen ein Genossenschaftsmitglied „besondere Vorteile als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass der bei einer Abstimmung in der Generalversammlung oder der Vertreterversammlung oder bei der Wahl der Vertreter nicht oder in einem bestimmten Sinne stimme“ (§ 152 Abs. 1 Z 1 GenG). § 152 Abs. 1 Z 2 GenG bezieht sich auf den Stimmenkauf durch außenstehende Dritte, die über ein Genossenschaftsmitglied Einfluss auf die Genossenschaft ausüben wollen.

Im Gesamten betrachtet, macht es de facto kaum einen Unterschied, ob ein rechtlich bindender Stimmbindungsvertrag abgeschlossen wird, oder informelle Wahlabsprachen getroffen werden, denn beides muss – um weiterhin im Rahmen der rechtlich tolerierten Möglichkeiten zu bleiben – auf einzelne Wahlen bzw. Abstimmungen beschränkt bleiben, um nicht die auch mit Pflichten einhergehende Stellung der Genossenschaftsmitglieder zu konterkarieren.^[721] Denn anderenfalls würde die gesamte Entscheidungsgewalt der Generalversammlung auf eine geschlossene Gruppe von Mitgliedern verlagert werden^[722], was eindeutig dem Konzept einer Genossenschaft widerspricht, das von einer Unmöglichkeit der Beherrschung der Generalversammlung durch einzelne Mitglieder oder Mitgliedergruppen ausgeht.

1.4 Ergebnis

Das gewöhnliche Stimmrecht, das einem Mitglied einer gemischtwirtschaftlichen Genossenschaft in der Generalversammlung, in

⁷²¹ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 130.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43, Rn. 46.

⁷²² *Werner Hauser*, Die Wahl der Organisationsform kommunaler Einrichtungen: Kriterien für die Wahl privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Organisationsformen, 1987, S. 81.

der vorwiegend private Genossenschaftsmitglieder vertreten sind, zugestanden wird, reicht der Kommune zur Erledigung der übertragenen Aufgaben nicht aus.^[723] Denn das einfache Stimmrecht nach dem Prinzip des Kopfstimmrechts schafft es nicht, einen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen der Generalversammlung auszuüben.^[724] Denn selbst im bestgelagerten Fall müsste sich der kommunale Vertreter gegen zumindest zwei andere Genossenschaftsmitglieder durchsetzen, die ebenso über ein Kopfstimmrecht verfügen.^[725] Auch in Bezug auf die Bestellung anderer Organe, die wie der Vorstand und der Aufsichtsrat von der Generalversammlung gewählt werden, wird sich die Kommune mit ihrer einzigen Stimme kaum gegen Widerstreiter durchsetzen können.

Ein ganz anderes Bild zeigt sich jedoch in jenem Fall, in dem die Kommune keine rechtliche Verpflichtung zur Sicherstellung des beherrschenden Einflusses auf die Genossenschaft hat und auch nicht daran interessiert ist, die Erledigung einer konkreten Aufgabe aus dem Bereich der lokalen Leistungserbringung im kommunalen Interesse durch die eigene Mitgliedschaft zu fördern (genossenschaftliches Organisationsmodell mit einfacher kommunaler Beteiligung). Für diese Konstellation kann man sich auch als investierendes Mitglied an der Genossenschaft beteiligen und deren Zweck ideell und auch finanziell – etwa zur Verbesserung der Eigenkapitalbasis – durch den Erwerb von Genossenschaftsanteilen zu unterstützen.^[726] Sollte dies der Fall sein, sind jedoch die beihilferechtlichen Bestimmungen auf EU-, Bundes-, Landes- und Kommunalebene zu

⁷²³ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 3 Rn. 30.

⁷²⁴ Siehe etwa Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr, Antwort vom 17. März 2015 auf die schriftliche Anfrage des Abgeordneten Johann Häusler (Freie Wähler) zum Thema "Rechtsaufsichtliche Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen auf dem Energiesektor", BayLT-Drucks.17/6371, S. 2; Ähnlich auch *Wagner*, § 92, in: Muth (410), 49. Ergänzungslieferung (2014), Rn. 25.

⁷²⁵ Vgl. *Werner Hauser*, Die Wahl der Organisationsform kommunaler Einrichtungen: Kriterien für die Wahl privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Organisationsformen, 1987, S. 80.

⁷²⁶ *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, S. 48 ff.; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 8, 1. Ergänzungslieferung (2013), Rn. 14.

berücksichtigen.

Eine realistischere Möglichkeit der Einflussnahme auf die Generalversammlung einer Genossenschaft stellt ein Stimmbindungsvertrag dar, der zwischen dem Vertreter der Gemeinde und einem anderen Genossenschaftsmitglied abgeschlossen wird. Dieser gewährt neben der eigenen Stimme eine weitere Stimme in der Generalversammlung, kann jedoch nur in bestimmten Einzelfällen und innerhalb enger Grenzen rechtskonform zum Einsatz kommen, um die kommunalen Interessen durchzusetzen.

2. Mehrstimmrechte in der Genossenschaft

Wie bereits in der voranstehenden Zusammenfassung dargelegt, stellt das einfache Stimmrecht nach § 43 GenG keine ausreichende Möglichkeit für die Kommune dar, einen entscheidenden Einfluss auf die Entscheidungen der Genossenschaft auszuüben, weshalb Alternativen zum Kopfstimmrecht in Betracht gezogen werden müssen.

Wie man jedoch § 43 Abs. 3 Satz 2 GenG entnehmen kann, ist es möglich, in der Satzung die Gewährung von Mehrstimmrechten vorzusehen. Da es sich hierbei um ein entschiedenes Abgehen vom Prinzip des genossenschaftlichen Kopfstimmrechts handelt, sind an dieses Vorgehen zahlreiche Bedingungen geknüpft. Bereits für die Erteilung von Mehrstimmrechten in der Satzung ist nach § 16 Abs. 2 Satz 1 Z 7 GenG eine Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen erforderlich. Analog dazu verhält es sich auch mit der Aufhebung bzw. Änderung der Mehrstimmrechte in der Satzung (vgl. § 16 Abs. 4 GenG).^[727] In Bezug auf diese Abstimmungen gesteht das Gesetz mit § 43 Abs. 3 Z 1 GenG jenem

⁷²⁷ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 28; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 8, 1. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 144.; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 3 Rn. 40.

Mitglied, das über Mehrstimmrechte verfügt, auch nur eine einzige Stimme zu.

In § 43 Abs. 3 GenG differenziert das Gesetz zwischen drei unterschiedlichen Fallkonstellationen, in denen Mehrstimmrechte zugestanden werden können: § 43 Abs. 3 Z 1 GenG bezieht sich auf jene Mitglieder, „die den Geschäftsbetrieb besonders fördern“. In § 43 Abs. 3 Z 2 GenG wird auf jene Genossenschaften Bezug genommen, in denen mehr als ein Viertel aller Mitglieder Unternehmer im Sinne des § 14 BGB sind (sog. Unternehmergenossenschaften). Genossenschaften, „deren Mitglieder ausschließlich oder überwiegende eingetragene Genossenschaften sind“ (sog. Sekundärgenossenschaften) werden in § 43 Abs. 3 Z 3 GenG behandelt. Sobald die Voraussetzungen für die Gewährung der Mehrstimmrechte nicht mehr erfüllt, kommt es zu einem automatischen Erlöschen derselben, wobei kein weiterer Entzugsakt mehr notwendig ist.^[728]

In dem folgenden Abschnitt werden die allgemeinen Problemkreise im Hinblick auf Mehrstimmrechte beleuchtet, die in den drei Fallkonstellationen des § 43 Abs. 3 GenG auftreten können, bevor die einzelnen Fallgruppen eingehend unter spezifischen Aspekten der Kommunalpolitik behandelt werden.

2.1 Allgemeine Probleme der Mehrstimmrechte

Bei der Zulassung von Mehrstimmrechten gilt es zwischen drei unterschiedlichen grundlegenden Fragestellungen zu unterscheiden, die sich allesamt auf die Ausübung von Mehrstimmrechten durch juristische Personen beziehen:

⁷²⁸ Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 126, 137 i, 138.; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 3 Rn. 40.

- Ausübung von Mehrstimmen durch den kommunalen Vertreter in der Generalversammlung (a);
- Zulässigkeit von Beschränkungen des Mehrstimmrechts auf bestimmte Beschlussgegenstände (b);
- Erfordernis eines besonderen Verleihungsaktes (c).

ad a: Grundsätzlich kann man davon ausgehen, dass die Ausübung des Mehrstimmrechts durch eine natürliche Person nach § 43 Abs. 3 Satz 3 GenG immer einheitlich erfolgt.^[729] Aus diesem Grund wäre auch eine Aufspaltung der Stimmen, eine teilweise Enthaltung oder ein teilweiser Verzicht auf das Stimmrecht nicht möglich.^[730]

In Bezug auf juristische Personen wird dieser Ansatz jedoch von einigen Stimmen in Frage gestellt. So vertritt man, dass eine uneinheitliche Stimmabgabe in jenen Fällen zulässig sein kann, wenn ein vernünftiger Grund für diese vorliegen würde.^[731] Als klassisches Beispiel wird in diesem Zusammenhang auf die uneinheitliche Stimmabgabe des Vertreters einer Vorschaltgenossenschaft in der Generalversammlung einer Zentralgenossenschaft zurückgegriffen.^[732] Denn in diesem Fall würde die Meinungsvielfalt in der Vorschaltgenossenschaft dafür sprechen, die Stimmen unterschiedlich zu verteilen.^[733] Gegenstimmen argumentieren mit dem genossenschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.^[734] Diese

⁷²⁹ Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 141; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 3 Rn. 40.

⁷³⁰ Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 141; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43, Rn. 61.

⁷³¹ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 80; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 143 f.

⁷³² Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 80; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 143 f.

⁷³³ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 80; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 143 f.

⁷³⁴ Vgl. *Fandrich* in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs(Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, § 43 Rn. 33; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 25 und *Heinrich Bauer*,

beziehen sich auf den § 18 GenG, der statuiert, dass alle Mitglieder dieselben Rechte und dieselben Pflichten haben.^[735] Eine Ungleichbehandlung wäre demnach nur in Ausnahmefällen zulässig, in welchen ein sachlicher Grund gegeben ist – was in dem vorliegenden Beispiel eindeutig nicht der Fall sei.^[736]

In Anbetracht der Konsistenz von den Argumentationslinien ist der Gegenmeinung zuzustimmen. Denn sofern es sich bei der juristischen Person um eine Kommune handelt, könne aus den entsprechenden Regelungen der Kommunalverfassungen deutlich herausgelesen werden, dass die Stimmen im Entscheidungsorgan einer Gesellschaft durch ihre Vertreter nur in einheitlicher Form abgegeben werden dürfen. Dieser Aspekt dient im Zusammenhang mit der Beteiligung von Gemeinden an Genossenschaften als wegweisende Richtlinie gegen eine Zulässigkeit der uneinheitlichen Stimmabgabe.^[737]

Dass man an dieser Stelle durchaus einwenden kann, dass die erwähnten Vorschriften nur auf jene Konstellationen anzuwenden sind, in denen die Kommune berechtigt ist, mehrere Vertreter in das Entscheidungsorgan zu entsenden, ändert nichts an dem Grundsatz. Denn die Stoßrichtung lässt es offen, ob nun mehrere Vertreter ihre Stimmen einheitlich abgeben müssen oder ob ein Vertreter mit einem Mehrstimmenrecht diese einheitlich abzugeben hat.

ad b: Genauso wie zu der uneinheitlichen Mehrstimmabgabe gibt es auch zur Begrenzung des Mehrstimmrechts auf bestimmte Beschlussgegenstände

Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 141.

⁷³⁵ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 18 Rn. 60; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 18, 3. Ergänzungslieferung (2009), Rn. 19.

⁷³⁶ Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 18, 3. Ergänzungslieferung (2009), Rn. 19 und Rn. 27.

⁷³⁷ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 241.

keinen einheitlichen Meinungsstand. Ein Teil der Lehre verneint dies^[738] und verweist dabei auf den „zwingenden und abschließenden“^[739] Wortlaut des § 43 Abs. 3 Z 1 GenG, der keine derartige Beschränkung andeutet.^[740] Andere Stimmen hingegen finden eine derartige Beschränkung der Ausübung des Mehrstimmrechts durchaus zulässig.^[741] Die Begründung wird darauf aufgebaut, dass das Genossenschaftsgesetz selbst bereits einige Ausnahmen für die Ausübung des Mehrstimmrechts konstituiert hat und aufgrund dessen eine gewisse Offenheit hinsichtlich der Beschränkung suggeriert.^[742] Ebenso wird von den Befürwortern angeführt, dass wenn eine Satzung ein Mehrstimmrecht gewähren kann, dann sei es im Umkehrschluss auch möglich, dieses einzuschränken.^[743]

Der letzten Argumentationslinie ist zu folgen, da eine Beschränkung auf bestimmte Beschlussgegenstände nicht gegen genossenschaftsrechtliche Prinzipien und Grundsätze verstößt. Vielmehr ist es das Gesetz selbst, dass das Mehrstimmrecht auf gewisse Beschlussarten nicht angewendet wissen will und dadurch seine Offenheit gegenüber der weitergehenden Beschränkung zeigt.

ad c: Der dritte Problemkreis rund um das Mehrstimmrecht einer juristischen Person betrifft die Verleihung desselben: Ist es bereits die Satzung selbst, die dieses gewährt, oder ist ein zusätzlicher Verleihungsakt

⁷³⁸ Vgl. *Klaus Müller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, Band 3, 2. Auflage 1998, § 43 Rn. 71b, Rn. 73.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 71.

⁷³⁹ *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 71.

⁷⁴⁰ *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 71; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 141.

⁷⁴¹ Vgl. *Fandrich*, in: *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs*(Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, § 43 Rn. 35.; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 2, Rn. 45.

⁷⁴² Vgl. *Fandrich*, in: *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs*(Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, § 43 Rn. 35.; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 2, Rn. 45.

⁷⁴³ Vgl. *Fandrich*, in: *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs*(Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, § 43 Rn. 35. Siehe auch *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 18, 3. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 128.

vonnöten? Die Mehrheit lehnt einen weiteren Verleihungsakt ab und verweist darauf, dass der fehlende Ermessensspielraum der Verleihungsstelle bei der Beurteilung der Erfüllung der Voraussetzungen und der genossenschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz diesem entgegenstehen.^[744] Eine Minderheit hingegen beruft sich auf die Satzungsfreiheit^[745] und ermöglicht es die Verleihung bzw. den Entzug des Mehrstimmrechts erst durch einen Verleihungsakt eines Organs der Genossenschaft zu konstituieren.^[746]

Die Mindermeinung überzeugt an dieser Stelle nicht. Denn es findet sich beim besten Willen kein vernünftiger Grund, dem begünstigten Genossenschaftsmitglied, das sämtliche Voraussetzungen erfüllt und dessen Mehrstimmrecht bereits in der Satzung festgeschrieben worden ist, die Ausübung seines Mehrstimmrechts zu verweigern, bloß, weil der Verleihungsakt noch nicht stattgefunden hat. Ganz im Gegenteil könnte diese Vorgangsweise dazu missbraucht werden, die Ausübung des Mehrstimmrechts durch einzelne Mitglieder der Genossenschaft zu blockieren. Um für mehr Rechtssicherheit zu sorgen, wäre ein Verleihungsakt durchaus denkbar, der jedoch keine konstitutive Voraussetzung darstellen dürfte.

2.2 Mehrstimmen für Fördermitglieder (§ 43 Abs. 3 Z 1 GenG)

§ 43 Abs. 3 Satz 3 Z 1 GenG legt fest, dass Mehrstimmrechte jenen Mitgliedern gewährt werden können, „die den Geschäftsbetrieb besonders

⁷⁴⁴ Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 125.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 71.

⁷⁴⁵ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 24.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 45 Rn. 3 ff.

⁷⁴⁶ Vgl. *Fandrich*, in: *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs* (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, § 43 Rn. 34; Siehe auch *Müller Klaus*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, Band 3, 2. Auflage 1998, § 43 Rn. 72; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 141.

fördern“. Diese Regelung ist auch dann anzuwenden, wenn es sich um Unternehmergenossenschaften oder um Sekundärgenossenschaften handelt.^[747] Denn obgleich sowohl § 43 Abs. 3 Z 2 und Z 3 GenG bestimmen, dass Z 1 keine Anwendung findet, wird diesen beiden besonderen Genossenschaftsformen eine besondere Satzungsautonomie gewährt, so dass eine entsprechende Klausel zum Mehrstimmrecht in der Satzung verankert werden kann.^[748] Der Maßstab für die besondere Förderung muss nach objektiven Kriterien in der Satzung festgelegt werden^[749], wobei an dieser Stelle insbesondere der genossenschaftliche Gleichbehandlungsgrundsatz berücksichtigt werden muss.^[750] Dieser erfasst nämlich auch das gleiche Stimmrecht aller Genossenschaftsmitglieder.^[751] Aus diesem Grund muss jede Ungleichbehandlung – wie dies bei der Vergabe von Mehrstimmrechten der Fall ist – sachlich gerechtfertigt sein und an Kriterien geknüpft werden, die für alle Mitglieder gleichermaßen Geltung besitzen.^[752] So können als „förderwirtschaftlich taugliche“^[753] Kriterien beispielsweise die folgenden Aspekte herangezogen werden: Mitarbeit und Mitverantwortung des Mitglieds in den Genossenschaftsorganen; die Zeichnung mehrerer, über den Pflichtanteil hinausgehender

⁷⁴⁷ Vgl. *Fandrich*, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, § 43 Rn. 38; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 72.; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 3 Rn. 40.

⁷⁴⁸ Vgl. *Fandrich*, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, § 43 Rn. 38.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 16 Rn. 19.

⁷⁴⁹ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 70.

⁷⁵⁰ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 71; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 24.; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 129.

⁷⁵¹ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 18 Rn. 60.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 77.

⁷⁵² Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 71.; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 18 Rn. 60; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 129.

⁷⁵³ *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 24.

Geschäftsanteile^[754]; die Höhe des Geschäftsguthabens; die Anknüpfung an eine bestimmte gestaffelte Pflichtbeteiligung; der Umsatz mit der Genossenschaft und etliche mehr.^[755] Eine Einräumung von Mehrstimmrechten aufgrund der Größe eines Mitgliedsbetriebes ist nicht hinreichend, da alleine die Anzahl der Mitarbeiter keine fördernde Funktion für die Genossenschaft besitzt.^[756] Auch das Alter, die Dauer der Mitgliedschaft oder die Berufserfahrung eines Genossenschaftsmitgliedes^[757] sind als Kriterien abzulehnen, da diese keine sachlich gerechtfertigte Differenzierung anstreben und in keinem vernünftigen Zusammenhang mit der Förderung der Genossenschaft stehen.^[758] Neben der fördernden Rolle in der Genossenschaft bestimmt § 43 Abs. 3 Z 3 GenG, dass kein Mitglied mehr als drei Stimmen haben darf. Diese Regelung verhindert eine übermäßige Dominanz eines Mitglieds und dient als sog. „quantitative Beschränkung“.^[759] Nach alter Rechtslage, die bis 2006 in Geltung war und eine Mindestzahl von sieben Genossenschaftern verlangte, konnten Mitglieder mit Mehrstimmrechten die anderen Genossenschafter erst in jenen Fällen überstimmen, wenn zumindest ein Viertel der Mitglieder über Mehrstimmenrechte verfügte.^[760] Als die Mindestmitgliederanzahl mit

⁷⁵⁴ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 70; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 24; nach *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 132.

⁷⁵⁵ Zu weiteren Kriterien vgl. etwa *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 24, *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 70 und *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 130 ff.

⁷⁵⁶ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 24.; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 131.

⁷⁵⁷ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 24.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 18 Rn. 6.

⁷⁵⁸ Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 131.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 18 Rn. 6.

⁷⁵⁹ *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 135.; Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 73.

⁷⁶⁰ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 25 mit Verweis auf Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes

der Genossenschaftsgesetznovelle 2006 auf drei herabgesetzt wurde (sog. Kleinstgenossenschaft), ist die Dominanz eines einzigen Mitglieds mit Mehrstimmrechten Realität geworden.^[761]

Eine weitere Schranke des Mehrstimmrechts des fördernden Mitglieds bildet die Beschränkung auf bestimmte Beschlussarten. § 43 Abs. 3 Z 1 Satz 3 GenG ordnet an, dass das Mehrstimmrecht bei jenen Beschlüssen ausgesetzt wird, „die nach dem Gesetz zwingend einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen oder einer größeren Mehrheit bedürfen, sowie bei Beschlüssen über die Aufhebung oder Einschränkung der Bestimmungen der Satzung über Mehrstimmrechte“. Die erste Einschränkung bezieht sich dabei auf die bedeutenden Satzungsänderungen, die in § 16 Abs. 2 GenG angeführt sind und unter anderem die Änderung des Unternehmensgegenstandes (§ 16 Abs. 2 Z 1 GenG), die Erhöhung der Geschäftsanteile (§ 16 Abs. 2 Z 2 GenG), die Einführung oder Erweiterung einer Pflichtbeteiligung mit mehreren Geschäftsanteilen (§ 16 Abs. 2 Z 3 GenG), die Erweiterung der Verpflichtung der Mitglieder zur Leistung von Nachschüssen (§ 16 Abs. 2 Z 4 GenG), die Einführung der Möglichkeit investierende Mitglieder zuzulassen (§ 16 Abs. 2 Z 11 GenG) und andere zu finden. Die zweite Schranke der ausgeschlossenen Beschlussarten stellt eine sog. „qualitative Beschränkung“ dar.^[762] Bei diesen beiden Beschlussarten wird einem Mitglied in jedem Fall nur eine einzige Stimme zugestanden, wobei diese Beschränkung nicht für Unternehmensgenossenschaften und Sekundärgenossenschaften gilt.^[763] Wenn Mehrstimmrechte an investierende Mitglieder abgegeben werden sollen, sind auch die Beschränkungen des § 8 Abs. 2 GenG zu berücksichtigen.

betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsnovelle 1973), BT-Drucks. 7/97, Zu Nr. 27=Änderung des § 43, S. 24.

⁷⁶¹ Zweifelnd, ob dies "hinreichend bedacht" wurde, *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 25.

⁷⁶² *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 135.

⁷⁶³ Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 146.

2.3 Mehrstimmen in Unternehmergenossenschaften (§ 43 Abs. 3 Z 2 GenG)

Nach § 43 Abs. 3 Z 2 GenG sind Mehrstimmrechte in Genossenschaften, in denen mehr als drei Viertel aller Genossenschaftler Unternehmer nach § 14 BGB sind, unbeschränkt zulässig. Auch die Beschränkung auf den bestimmten Beschlussgegenständen, wie dies bei fördernden Mitgliedern nach § 43 Abs. 3 Z 1 GenG der Fall ist, fällt bei Unternehmergenossenschaften weg.

Grundsätzlich wird ein Unternehmer im Sinne des § 14 BGB als eine „natürliche oder juristische Person (definiert), die am Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen ein Entgelt anbietet“.^[764] Eine Gewinnerzielungsabsicht ist dabei nicht erforderlich.^[765] Ebenso werden gemeinnützige Vereine und Einrichtungen des öffentlichen Rechts (wie etwa Schwimmbäder) von dem Unternehmerbegriff des BGB erfasst, die „gegen ein Entgelt Leistungen für den Bürger erbringen“.^[766] In diesem Fall stellt jedoch die öffentlich-rechtliche Organisation der Leistungsbeziehung eine Voraussetzung dar.^[767] In Bezug auf das Genossenschaftsgesetz ist es erforderlich, dass bereits die Mitgliedschaft in der Unternehmereigenschaft begründet worden ist.^[768] Genau aus diesem Grund unterstehen investierende Mitglieder nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GenG nicht der besprochenen Regelung.^[769] Denn diese erwerben die Mitgliedschaft nicht in

⁷⁶⁴ Vgl. *Jürgen Ellenberger*, § 14, in: Otto Palandt (Begründer), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 76. Auflage 2017, Rn. 2.

⁷⁶⁵ Vgl. *Jürgen Ellenberger*, § 14, in: Otto Palant (Begründer), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 76. Auflage 2017, § 14 Rn. 2.

⁷⁶⁶ *Jürgen Ellenberger*, § 14, in: Otto Palant (Begründer), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 76. Auflage 2017, § 14 Rn. 2.

⁷⁶⁷ Vgl. *Jürgen Ellenberger*, § 14, in: Otto Palant (Begründer), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 76. Auflage 2017, § 14 Rn. 2.

⁷⁶⁸ Vgl. *Fandrich*, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, § 43 Rn. 41; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 26; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 137c.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 76.

⁷⁶⁹ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 26.; *Fandrich*, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, § 43 Rn. 41.

Ausübung, sondern „allenfalls anlässlich ihrer Tätigkeit“ als Unternehmer.^[770] Alle weiteren Voraussetzungen in Bezug auf das Mehrstimmrecht sind in einer Unternehmergenossenschaft im Rahmen der Satzung festzulegen^[771], wobei auch an dieser Stelle dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung getragen werden muss^[772] und die Mehrstimmrechtsvergabe an sachliche Bezugsgrößen anzuknüpfen ist.^[773]

Allerdings ist bei den Mehrstimmrechten in Unternehmergenossenschaften zu berücksichtigen, dass auch hier eine Schranke gesetzt wird, um einer etwaigen Dominanz vorzubeugen^[774]: Denn § 43 Abs. 3 Z 2 Satz 2 GenG bestimmt, dass „Mehrstimmrechte vom einzelnen Mitglied höchstens bis zu einem Zehntel der in der Generalversammlung anwesenden Stimmen ausgeübt werden“ dürfen.

2.4 Mehrstimmen in Sekundärgenossenschaften (§ 43 Abs. 3 Z 3 GenG)

2.4.1 Begriff der Sekundärgenossenschaft

Da ein beherrschender Einfluss der Kommune bei gemischtwirtschaftlichen Genossenschaften nur schwer umzusetzen ist, raten Genossenschafts-

⁷⁷⁰ Fandrich, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, § 43 Rn. 41.; Johann Lang/Ludwig Weidmüller, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 76.

⁷⁷¹ Vgl. Heinrich Bauer, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 137e.; Fandrich, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, § 43 Rn. 42.; Johann Lang/Ludwig Weidmüller, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 76.

⁷⁷² Vgl. Heinrich Bauer, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 137e.; Fandrich, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, § 43 Rn. 42.; Johann Lang/Ludwig Weidmüller, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 76.

⁷⁷³ Vgl. Heinrich Bauer, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 137e.; Fandrich, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, § 43 Rn. 42.; Johann Lang/Ludwig Weidmüller, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 76.

⁷⁷⁴ Vgl. Heinrich Bauer, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 137e.; Fandrich, in: Pöhlmann/Fandrich/Bloehs (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, § 43 Rn. 42.; Johann Lang/Ludwig Weidmüller, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 76.

verbände den Gemeinden vermehrt zur Gründung einer Sekundär-genossenschaft.^[775] Unter einer solchen versteht man eine Genossenschaft, die sich aus Genossenschaften (sog. Primär-genossenschaften) zusammensetzt.^[776]

2.4.2 Gründung einer Sekundär-genossenschaft: Kommunal- und genossenschaftsrechtliche Voraussetzungen

Sowohl die Gründung als auch die Beteiligung an einer Sekundär-genossenschaft gehen mit der Erfüllung sämtlicher bereits dargestellter kommunalrechtlicher Voraussetzungen für die wirtschaftliche bzw. nichtwirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde in Privatrechtsform einher: So muss die Betätigung der Sekundär-genossenschaft durch Feststellung in der Satzung auf einen öffentlichen Zweck ausgerichtet sein und die Haftung der Kommune auf einen ihrer Leistungsfähigkeit entsprechend beschränkten Betrag bzw. zur Gänze ausgeschlossen werden. Ebenso muss ein ausreichender Einfluss der Kommune auf die Genossenschaft sichergestellt werden. Auf jeden Fall spielt es keine entscheidende Rolle, ob die Gemeinde sich mit anderen Genossenschaften zu einer Sekundär-genossenschaft zusammenschließt (unmittelbare Beteiligung) oder ob sie sich in Form einer Beteiligungs- bzw. Eigengesellschaft, wie etwa mit einer interkommunalen Genossenschaft, an der Sekundär-gesellschaft beteiligt (mittelbare Beteiligung).

Jedoch stellen die allgemeinen Gründungsvoraussetzungen einer Genossenschaft einen bedeutenden Aspekt dar. Denn alle Primär-genossenschaften haben die besonderen Voraussetzungen des § 1 Abs.

⁷⁷⁵ Vgl. Genossenschaftsverband Bayern e. V. (Hrsg.), Für alle, die gemeinsam gestalten wollen - Genossenschaften (Die Zukunft der Kommune liegt in den Händen der Bürger), 2014, S. 8.

⁷⁷⁶ Vgl. *Flieger* in Schmale/Blome-Drees, Genossenschaft innovativ, S. 251; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 77 ff.

2 GenG zu erfüllen, wonach die Beteiligung an einer Genossenschaft^[777], dann zulässig ist, „wenn sie der Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft der Mitglieder der Genossenschaft oder deren sozialer oder kultureller Belange oder (§ 1 Abs. 2 Z 1 GenG), ohne den alleinigen oder überwiegenden Zweck der Genossenschaft zu bilden, gemeinnützigen Bestrebungen der Genossenschaft zu dienen bestimmt ist. (§ 1 Abs. 2 Z 2 GenG)“^[778]

Gemäß § 1 Abs. 2 Z 1 GenG genügt es, durch seine Beteiligung an der Genossenschaft eine unmittelbare bzw. mittelbare Förderwirkung auf die übrigen Mitglieder in ihrem Erwerb oder ihrer Wirtschaft zu erzielen^[779], wobei es nicht notwendig ist, dass sich die Genossenschaft dem Unternehmensgegenstand der Primärgenossenschaft unterordnet.^[780] Das Gesetz lässt es genügen, dass die Beteiligung für den Förderzweck der Primärgenossenschaft auf irgendeine Art und Weise nützlich erscheint.^[781] Damit dies der Fall ist, ist ein sachlicher Zusammenhang zwischen Förderzweck der Primärgenossenschaft und ihrer Beteiligung an der Sekundärgenossenschaft notwendig (sog. Förderbeziehung).^[782]

§ 1 Abs. 2 Z 2 GenG lässt eine Beteiligung an einer Genossenschaft auch zu, wenn diese unter anderem auch den gemeinnützigen Bestrebungen der Primärgenossenschaft dient, wodurch auch ausdrücklich drittnützige Ziele

⁷⁷⁷ *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 89.

⁷⁷⁸ Siehe etwa *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 89. Die geregelte Voraussetzung gilt nicht nur für die Gründung einer Sekundärgenossenschaft, sondern auch vielmehr spricht § 1 Abs. 2 GenG von der Beteiligung einer Genossenschaft (auch) an einer anderen Genossenschaft.

⁷⁷⁹ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 1 Rn. 94; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 90.

⁷⁸⁰ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 91; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 1 Rn. 95.

⁷⁸¹ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 91; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 1 Rn. 95.

⁷⁸² Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 1 Rn. 94 ("sachlich verwandt") und Rn. 96; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 91.

erfasst werden.^[783] Diese Ziele sind in der Satzung festzuhalten und müssen nach § 6 Abs. 2 Z 2 GenG mit der zwingenden Satzung verankerten Unternehmensgegenstand in einer direkten Verbindung stehen.^[784]

2.4.3 Das Mehrstimmrecht in der Sekundärgenossenschaft

Sekundärgenossenschaften sind von der Anwendung des § 43 Abs. 3 Z 1, Z 2 und Z 3 GenG ausgenommen. Hingegen ist es im Falle der Sekundärgenossenschaften möglich, „das Stimmrecht der Mitglieder nach der Höhe ihrer Geschäftsguthaben oder einem anderen Maßstab abzustufen“ (vgl. § 43 Abs. 3 Z 3 GenG). Je nach dem ausgewählten Maßstab kann der hM nach einem Mitglied ein beherrschendes Stimmrecht erteilt werden, das keinen weiteren Einschränkungen unterliegt.^[785] Nur ein kleiner Teil der Lehre lehnt diese Interpretation ab und beruft sich dabei auf das demokratische Wesen einer Genossenschaft.^[786] Der Mindermeinung ist dabei entgegenzuhalten, dass sich aus der wörtlichen Formulierung des § 43 Abs. 3 Z 3 GenG gerade keine Beschränkung des Ausmaßes des Mehrstimmrechts ableiten lässt, während § 43 Abs. 3 Z 1 und Z 2 GenG sehr wohl bereits vom Gesetzgeber bestimmten Schranken unterworfen werden. Denn obwohl es hier zweifelsohne zu einer Durchbrechung des genossenschaftsrechtlichen Demokratieprinzips kommt, ist der Konflikt zu den Grundsätzen der Genossenschaftsstruktur vom Gesetzgeber durchaus an

⁷⁸³ *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 98; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 13 Rn. 67 ff.

⁷⁸⁴ *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 98; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 13 Rn. 67 ff.

⁷⁸⁵ Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 139.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 77; *Fandrich*, in: *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs* (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, § 43 Rn. 44.

⁷⁸⁶ So *Klaus Müller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, Band 3, 2. Auflage 1998, § 43 Rn. 77, der eine "Beherrschung der Genossenschaft durch den Besitz der Mehrheit der vorhandenen Stimmen seitens eines Genossen" und "mit dem Wesen der Genossenschaft als unvereinbar" ansieht. Vgl. Auch *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 141 ff.

dieser Stelle erkannt und bewusst in Kauf genommen worden.^[787]

Vor allem bei Sekundärgenossenschaften, die in der Form von sog. Zentralgenossenschaften geführt werden, findet die besprochene Vorschrift Anwendung.^[788] Bei diesen handelt es sich um einen Zusammenschluss von Einzelgenossenschaften auf Regional- oder Bundesebene, wobei die Wahrnehmung der (wirtschaftlichen) Interessen der Mitglieder als Förderziel ausgeschrieben wird.^[789] Diese findet man oftmals im Bereich der ländlichen Genossenschaften, wo regionale Bezugs- und Absatzgenossenschaften an Waren- und Verwertungszentren, die wiederum als Zentralgenossenschaften dienen, angebunden sind.^[790] Zu den Aufgaben der Zentralgenossenschaften, die auch Hauptgenossenschaften genannt werden, gehören jene Tätigkeiten, die die (wirtschaftlichen) Kapazitäten der Einzelgenossenschaften übersteigen und „fassen Nachfrage und Angebot der angeschlossenen Mitgliedsgenossenschaften zu großhandelsfähigen Partien zusammen“.^[791]

Jedoch wird § 43 Abs. 3 Z 3 GenG auch auf sämtliche anderen Formen von Sekundärgenossenschaften angewendet und ist damit in jeder Konstellation heranzuziehen, in der sich der Sachverhalt auf eine Genossenschaft bezieht, die sich ihrerseits wiederum mehrheitlich aus Genossenschaften zusammensetzt.^[792] Diese Tatsache muss laut Gesetzeswortlaut in der Satzung ihren Eingang finden.

⁷⁸⁷ Vgl. *Nagel*, Wirtschaftsrecht III, S. 172; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, Einl, Rn. 23.

⁷⁸⁸ Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 138; *Bauer*, a.a.O., § 1, 4. Ergänzungslieferung (2014), Rn. 106.

⁷⁸⁹ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 1 Rn. 95.

⁷⁹⁰ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 102.; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 1, 4. Ergänzungslieferung (2014), Rn. 108; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 1 Rn. 95.

⁷⁹¹ *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 1, 4. Ergänzungslieferung (2014), Rn. 108.

⁷⁹² Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 138.; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 27.

In jenem Fall, in dem sich die Genossenschaft nur zur Hälfte aus anderen Genossenschaften zusammensetzt oder die Anzahl der anderen Mitglieder jene der eingetragenen Genossenschaften übersteigt, kommen die Regelungen für Primärgenossenschaften auf die Vergabe und Anwendung von Mehrstimmrechten zum Zug.^[793]

2.4.4 Kriterien für die Stimmrechtsabstufung

Eine Abstufung der Stimmrechte darf nur nach sachgerechten Kriterien erfolgen.^[794] Der genossenschaftliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist auch an dieser Stelle zu berücksichtigen.^[795] Dabei können neben der Höhe des Geschäftsguthabens, die im § 43 Abs. 3 Z 3 GenG konkret erwähnt wird, auch andere Kriterien herangezogen werden^[796], die durchaus an jene für Fördermitglieder angelehnt sein dürfen^[797]. Anzahl der gezeichneten Geschäftsanteile; Höhe der Haftungssumme; Umfang der Fördergeschäfte^[798] und viele mehr.

⁷⁹³ *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 138; *Helios/Srieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 13 Rn. 67 ff.

⁷⁹⁴ Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 140.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 77; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 27.

⁷⁹⁵ Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 140.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 77; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 27; *Helios/Srieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 7 Rn. 28.

⁷⁹⁶ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 27; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 140.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 77.

⁷⁹⁷ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 27; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 140.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 77.

⁷⁹⁸ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 43 Rn. 27; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 43, 4. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 140.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 77.

2.5 Ergebnis

Wie eingehend erläutert, sind Mehrstimmrechte nach § 43 Abs. 3 Z 3 GenG, die einer Kommune als förderndes Mitglied zugestanden werden, aufgrund zahlreicher Einschränkungen nicht ausreichend, um einen beherrschenden Einfluss auf die Generalversammlung der gemischtwirtschaftlichen Genossenschaft zu etablieren. Ebenso kann die Beherrschung einer Unternehmergenossenschaft mit Mehrstimmrechten nach § 43 Abs. 3 Z 2 GenG durch die Beschränkung auf 1/10 der in der Generalversammlung anwesenden Stimmen, kaum verwirklicht werden.

Als eine potentielle Möglichkeit mit Mehrstimmrechten einen bedeutsamen Einfluss auf die Ausrichtung einer Genossenschaft auszuüben, bietet sich die Sekundärgenossenschaft an, denn § 43 Abs. 3 Z 3 GenG begrenzt weder das Ausmaß der Mehrstimmrechte noch die in Frage kommenden Beschlussgegenstände. Allerdings findet sich hier die Kommune mit zahlreichen anderen Problemkreisen konfrontiert: Zunächst müssen weitere Genossenschaften gefunden werden, die der Sekundärgenossenschaft beitreten möchten und die Vorgaben zur Gründung und Beteiligung nach § 1 Abs. 2 GenG erfüllen. Vor allem der sachliche Zusammenhang zwischen den Förderzwecken muss erfüllt sein, wobei in diesem Fall eine Sicherstellung der kommunalen Einflussmöglichkeit eindeutig nicht ausreicht, um den genossenschaftsrechtlichen Prinzipien Rechnung zu tragen. Damit stellt eine Sekundärgenossenschaft eine durchaus mögliche, jedoch nur schwer in die Realität überführbare Möglichkeit für Kommunen dar, ihren Einfluss in einer Genossenschaft von Anfang an sicherzustellen.^[799]

⁷⁹⁹ Siehe auch Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr, BayLT-Drucks. 17/6371, S. 2.

3. Gemeindevertreter in Vorstand und Aufsichtsrat

Nicht nur die Vertretung der Kommune und das Ausüben des Stimmrechts in der Generalversammlung stellen wichtige Aspekte der Einflussnahme auf die Genossenschaft dar. Auch die Besetzung des Vorstandes und des Aufsichtsrates mit Vertretern der Gemeinde kann dieser einen entscheidenden Vorteil gewähren. Vor allem der Vorstand besitzt einen großen Einfluss auf die Geschäftsführung, wobei nicht außer Acht gelassen werden sollte, dass die Gemeindevertreter ihrerseits weiterhin an kommunale Weisungen und Richtlinien gebunden sind und die ihnen obliegende Informationsverpflichtung gegenüber der Gemeinde weiterhin durchgesetzt werden kann.

3.1 Besetzung des Vorstandes

Auch wenn es auf den ersten Blick nicht so wirkt, stellt die Besetzung der Posten im Vorstand und Aufsichtsrat rechtlich betrachtet keine Vertretung – wie etwa durch Gemeindevertreter in der Generalversammlung –, sondern „eine Einflussnahme der Gemeinde auf die Besetzung bestimmter Positionen“^[800] dar. Denn die Kommune selbst kann nicht als Mitglied des Vorstandes bzw. des Aufsichtsrates fungieren^[801], da diese natürliche und voll geschäftsfähige Personen sein müssen.^[802] Genau aus diesem Grund finden die Regelungen zur Außenvertretung der Gemeinde in den Strukturen von selbstständigen Unternehmen an dieser Stelle keine Anwendung,

⁸⁰⁰ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 248. Siehe auch *Oebbecke*, Rechtliche Vorgaben für die Führung kommunaler Gesellschaften, in: *Hoppe/Uechtritz/Reck*, Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage 2012, § 9 Rn. 22.

⁸⁰¹ Vgl. *Bauer*, Art. 93 BayGO, in: *Masson* (Begründer), Bayerische Kommunalgesetze: Gemeindeordnung, Landkreisordnung, Bezirksordnung, Kommentar, Loseblatt, 2016, 99. Ergänzungslieferung (2013), Rn. 6; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 24 Rn. 17.

⁸⁰² Vgl. *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 24, 3. Ergänzungslieferung (2015), Rn. 26 f. und § 36, 3. Ergänzungslieferung (2014)/1. Ergänzungslieferung (2015), Rn. 18 f.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 9 Rn. 12.

sondern müssen allgemeinen Zuständigkeitskonstrukten weichen.^[803] Es bleibt natürlich der Kommune frei, im Rahmen ihrer Kommunalverfassung andere Bestimmungen zur Außenvertretung zu etablieren und dieselben Organe in den Vorstand und Aufsichtsrat zu entsenden.^[804]

In Anbetracht der Tatsache, dass der Vorstand über eine eigenverantwortliche Geschäftsführungsbefugnis verfügt und mit dieser eine nahezu uneingeschränkte Leitungskompetenz einhergeht, stellt die Besetzung des Vorstandspostens mit einem Gemeindevertreter ein anzustrebendes Ziel der Kommune dar.

Nach § 24 Abs. 2 GenG wählt die Generalversammlung den Vorstand der Genossenschaft. Da man nur in den seltensten Fällen Gewissheit über den Ausgang der Wahl hat, gestaltet sich diese eher als Glücksspiel. Jedoch bestimmt § 24 Abs. 2 Satz 2 GenG in diesem Zusammenhang, dass die Genossenschaft frei ist, eine andere Form der Bestellung des Vorstandes in ihrer Satzung zu etablieren. Dabei kann die Festlegung der Vorschlags- und Entsenderechte zugunsten bestimmter Mitglieder bzw. Mitgliedergruppen, durch die Zulassung geborener Vorstandsmitglieder oder die Bestellung von Vorstandsmitgliedern von außenstehenden Dritten festgehalten werden.^[805]

a) Vorschlags- und Entsenderechte

Die Genossenschaftssatzung kann einzelnen Mitgliedern oder Gruppen von Mitgliedern ein Vorschlags- und Entsenderecht zugestehen^[806], wobei der genossenschaftliche Gleichbehandlungsgrundsatz im Auge zu behalten ist.^[807] In diesem Rahmen ist es auch der Kommune erlaubt, derart auf die

⁸⁰³ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 250.

⁸⁰⁴ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 249.

⁸⁰⁵ Vgl. dazu etwa *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 24, 3. Ergänzungslieferung (2015), Rn. 82 ff. Und *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 24 Rn. 10.

⁸⁰⁶ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 24 Rn. 10; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 25.

⁸⁰⁷ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 24 Rn. 10; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage

Satzung einzuwirken, um sich selbst ein Vorschlags- und Entsenderecht in den Vorstand zu sichern. Jedoch stellt das aufgrund kommunaler Vorgaben gebotene Interesse an einem Vorstandsposten, der dabei behilflich ist, die Ingerenzpflichten der Gemeinde wahrzunehmen, noch keinen sachlichen Grund für die Gewährung dieser Rechte dar.

b) Geborene Vorstandsmitglieder

In der Satzung der Genossenschaft kann auch die Zulassung sog. geborener Vorstandsmitglieder vereinbart werden.^[808] Damit kann die Kommune durch eine entsprechende Bestimmung in der Satzung sicherstellen, dass der Vorstandsposten mit einer nach § 9 Abs. 2 GenG zur Vertretung der Kommune befugten Person besetzt wird.

Ungeachtet der Satzungsänderung bleibt die Regelung des § 24 Abs. 3 Satz 2 GenG unberührt, wonach es der Generalversammlung offensteht, den Vorstand oder einzelne Vorstandsmitglieder jederzeit abzurufen. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um keine dispositive Regelung, sondern eine zwingende Vorschrift, die den demokratischen Prinzipien einer Genossenschaft Rechnung tragen soll.^[809]

c) Bestimmung eines Vorstandsmitglieds durch Dritte

Keine einheitliche Meinung gibt es zur Fixierung der Bestellung des Vorstandes durch außenstehende Dritte im Rahmen der Satzung.^[810] Das Hauptargument bezieht sich dabei auf einen deutlichen Verstoß gegen den

2016, § 43 Rn. 25.

⁸⁰⁸ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 24 Rn. 10; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 24, 3. Ergänzungslieferung (2015), Rn. 87; *Edgar Steinle*, Die Genossenschaft als Organisationsform zur Erfüllung kommunaler Aufgaben, in: *George/Bonow* (Hrsg.), Regionales Zukunftsmanagement, Band 4, Kommunale Kooperation, 2010, S. 154.

⁸⁰⁹ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 40, Rn. 1; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, Einl Rn. 23.

⁸¹⁰ So *Kelßler*, § 24, in: *Hillebrand/Kelßler* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 2. Auflage 2010, Rn. 26 f.; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 24 Rn. 10.

genossenschaftsrechtlichen Grundsatz der Selbstverwaltung.^[811]

Allerdings spricht diesem entgegen, dass der außenstehende Dritte trotz seiner genossenschaftsfernen Position nur ein Genossenschaftsmitglied für eine Vorstandsposition nominieren kann (vgl. § 9 abs. 2 GenG). Zudem bleibt auch in dieser Konstellation der Generalversammlung die Möglichkeit erhalten, das eingesetzte Vorstandsmitglied nach § 24 Abs. 3 Satz 2 GenG abzurufen, weshalb der entscheidende Dritte sich generell eher auf die von der Generalversammlung bevorzugten Kandidaten konzentrieren wird. Damit kann man im Ergebnis durchaus davon ausgehen, dass eine Übertragung der Entscheidungsbefugnis über den Vorstandsposten durchaus übertragbar ist und als ein Mittel zum Einfluss der Kommune auf die Genossenschaft darstellt – selbst in jenem Fall, in dem die Kommune selbst kein Mitglied derselben ist (genossenschaftliches Organisationsmodell ohne kommunale Beteiligung).

3.2 Besetzung des Aufsichtsrates

Die meisten Kommunalverfassungen enthalten eine Klausel, die die Besetzung der Aufsichtsratsposten mit Gemeindevertretern im Falle von Beteiligungen an Gesellschaften in privatrechtlichen Rechtsformen fordert.

^[812] Die Mitglieder des Aufsichtsrates sind zwingend von der Generalversammlung zu bestimmen, wobei der Wahl ein Wahlvorschlag vorausgeht.^[813] Einen Vorschlag darf jedes Genossenschaftsmitglied sowie auch Aufsichtsratsmitglied einbringen.^[814] Eine Ausnahme besteht nur für

⁸¹¹ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 24 Rn. 38; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 24, 3. Ergänzungslieferung (2015)/2. Ergänzungslieferung (2017), Rn. 88; *Frandrich*, § 24, in: Pöhlmann/Fanrich/Bloehs (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, Rn. 17.

⁸¹² Siehe unter anderem auch § 105 GemO BW; Art. 93 GemO Bayern, § 104 GemO Brandenburg.

⁸¹³ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 36 Rn. 2.; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 36, 2. Ergänzungslieferung (2016), Rn. 59; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 5 Rn. 104 ff.

⁸¹⁴ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 36 Rn. 2.;

den Vorstand sowie die einzelnen Vorstandsmitglieder^[815], da aufgrund der Kontrollbefugnisse des Aufsichtsrates gegenüber dem Vorstand regelmäßig Interessenskonflikte sowie Befangenheit auftreten können.^[816] Jede Satzungsänderung, die eine Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder durch andere Organe oder durch außenstehende Dritte vorsieht, ist in jedem Fall unzulässig.^[817]

Um sich die kommunale Einflussnahme bei der Besetzung des Aufsichtsrates zu sichern, bleibt der Gemeinde nur die Möglichkeit der Wahl des eigenen Vertreters nach § 9 Abs. 2 Satz 2 GenG im Rahmen der Abstimmung in der Generalversammlung. Dies ist jedoch problematisch, da die Gemeinde in den seltensten Fällen über eine Stimmenmehrheit in der Generalversammlung verfügt und sich nur selten der vertraglich oder informell vereinbarten Unterstützung in Form von Stimmbindungsverträgen und anderen Absprechen durch andere Genossenschaftsmitglieder sicher sein kann.^[818]

3.3 Entsendung mehrerer Gemeindevertreter als Genossenschaftsmitglieder

In Anbetracht der Notwendigkeit einer Sicherstellung kommunaler Einflussmöglichkeiten auf die Genossenschaft im Rahmen des Vorstandes und Aufsichtsrates, kommt man auch in der Lehre kaum um die Frage umhin, ob die im § 9 Abs. 2 Satz 2 GenG verankerte Regelung, wonach die

Heinrich Bauer, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 36, 2. Ergänzungslieferung (2016), Rn. 61 f.; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 5 Rn. 104 ff.

⁸¹⁵ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 36 Rn. 2.; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 36, 2. Ergänzungslieferung (2016), Rn. 63 f.

⁸¹⁶ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 36 Rn. 2.; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 36, 2. Ergänzungslieferung (2016), Rn. 63 f.; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 5 Rn. 115.

⁸¹⁷ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 36 Rn. 2.; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 36, 2. Ergänzungslieferung (2016), Rn. 58; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 36 Rn. 10.

⁸¹⁸ Vgl. auch *Seeberg*, § 100, in: *Muth* (Hrsg.), Potsdamer Kommentar: Kommunalrecht und Kommunales Finanzrecht in Brandenburg, Loseblatt, 2016, 50. Ergänzungslieferung (2014), 53. Ergänzungslieferung (2014), Rn. 25.

Mitglieder bzw. deren Vertreter in den Vorstand und Aufsichtsrat berufen werden können, auf eine vertretungsbefugte Person beschränkt ist oder die Kommune auch mehrere ihrer Vertreter in den Vorstand bzw. Aufsichtsrat entsenden kann.^[819]

Ein deutliches Argument gegen die zweite Variante stellt der Gleichbehandlungsgrundsatz dar, der im Falle der Entsendung mehrerer Vertreter einer juristischen Person, diese eindeutig sachlich nicht gerechtfertigt gegenüber einer natürlichen Person bevorzugen würde.^[820] Denn für eine sachliche Rechtfertigung ist das Erfordernis der kommunalen Einflussnahme gerade nicht ausreichend. Ebenso unterstreicht die Interpretation des § 37 GenG die Unzulässigkeit der Besetzung der Vorstands- und Aufsichtsratsposten durch mehrere Gemeindevertreter: Denn ein Mitglied des Vorstandes kann nicht gleichzeitig im Aufsichtsrat tätig sein, da es an dieser Stelle zu einer Ämterinkompatibilität nach § 134 BGB kommen würde^[821], die nicht mittels Satzungsänderung abgewendet werden kann.^[822] Auf die Gemeindestrukturen übertragen, gilt dies natürlich auch für eine juristische Person, die je einen Vertreter im Vorstand und Aufsichtsrat sitzen hat.

3.4 Informationsansprüche gegenüber Vorstand und Aufsichtsrat

Naturgemäß hat die Gemeindevertretung ein großes Interesse an der Unterrichtung durch die eigenen Vertreter über die aktuelle Geschäftspolitik

⁸¹⁹ Siehe *Edgar Steinle*, Die Genossenschaft als Organisationsform zur Erfüllung kommunaler Aufgaben, in: *George/Bonow* (Hrsg.), *Regionales Zukunftsmanagement*, Band 4, *Kommunale Kooperation*, 2010, S. 151 ff.

⁸²⁰ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, *Genossenschaftsgesetz, Kommentar*, 38. Auflage 2016, § 40, Rn. 12; *Helios/Strieder*, *Beck'sches Handbuch der Genossenschaft*, München 2009, § 7 Rn. 28.

⁸²¹ Vgl. *Heinrich Bauer*, *Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt*, 2017, § 37, 2. Ergänzungslieferung (2014), Rn. 2; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, *Genossenschaftsgesetz, Kommentar*, 38. Auflage 2016, § 5 Rn. 15 und § 16 Rn. 1 ff.

⁸²² Vgl. *Heinrich Bauer*, *Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt*, 2017, § 37, 2. Ergänzungslieferung (2014), Rn. 2; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, *Genossenschaftsgesetz, Kommentar*, 38. Auflage 2016, § 36 Rn. 10; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, *Genossenschaftsgesetz, Kommentar*, 38. Auflage 2016, § 5 Rn. 15 und § 16 Rn. 1 ff.

der Beteiligungsgesellschaft. Diesem Anspruch an Information steht jedoch die umfassende gesellschafts- und genossenschaftsrechtliche Verschwiegenheitspflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder entgegen, die dem Kommunalrechts hierarchisch vorgeht.

Genossenschaftsrechtlich erfließt die Verschwiegenheitspflicht des Vorstandes aus § 41 GenG, während jene der Aufsichtsratsmitglieder in § 34 Abs. 1 GenG verankert ist. In diesen wird festgehalten, dass sie Stillschweigen „über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Genossenschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihnen durch ihre Tätigkeit im Vorstand (und analog im Aufsichtsrat) bekannt geworden sind“, bewahren müssen. Als Konsequenz sieht § 151 GenG eine Strafe für die Verletzung der Geheimhaltungspflicht vor.

Wie man deutlich erkennen kann, kollidiert an dieser Stelle die genossenschaftsrechtliche Geheimhaltungspflicht mit den im Kommunalrecht kodifizierten Informationsansprüchen der Gemeindevertretung. Letztere findet sich in zahlreichen Gemeindeverfassungen wieder – so bestimmt beispielsweise § 97 Abs. 7 BbgKVerf, dass die Vertreter der Gemeinde „den Hauptverwaltungsbeamten über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten“ haben. Das Brandenburger Recht umgeht die Kollision mit dem bundesrechtlichen Gesellschaftsrecht durch den Zusatz in § 97 Abs. 7 Satz 4 BbgKVerf, wonach die Unterrichtungspflicht und das Auskunftsrecht nur dann bestehen, „soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist“. Mit dieser deklaratorischen Passage werden die einschlägigen genossenschaftsrechtlichen Verpflichtungen zur Verschwiegenheit respektiert und die Mitglieder der Gesellschaftsorgane von ihrer Informationspflicht befreit.

Dieser Widerspruch zwischen Informationsrechten und Verschwiegenheitspflichten findet sich auch an anderen Stellen: Beispielsweise wurde diese

Kollision auf Bundesebene im § 394 AktG gelöst, indem „*Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, (...) hinsichtlich der Berichte, die sie der Gebietskörperschaft zu erstatten haben, keiner Verschwiegenheitspflicht*“ unterliegen.^[823]

Das Genossenschaftsgesetz enthält bislang keine vergleichbare Bestimmung, die auf kommunaler Ebene für mehr Rechtssicherheit sorgen würde. Aufgrund dieser Rechtslücke wird oftmals die Meinung vertreten, dass eine entsprechende Passage bzw. ein direkter Verweis auf die Regelung des § 394 AktG in der Satzung der Genossenschaft die kommunalen Vertreter von ihrer Schweigepflicht entbinden könnte.^[824]

Dieselbe Stoßrichtung hat auch die Frage, wie der Konflikt zwischen kollidierenden genossenschafts- und kommunalrechtlichen Bestimmungen aufzulösen ist, der oftmals im Bereich der Zulässigkeit kommunaler Weisungen auftreten kann. Grundsätzlich ist durchaus zu befürworten, dass die Gemeindevertreter, die einen Posten im Vorstand oder Aufsichtsrat einnehmen, aus formaler Perspektive heraus keine Vertreterfunktion mehr gegenüber ihrer Kommune wahrnehmen, sondern als gesellschaftsrechtliche Organe fungieren. Da jedoch zahlreiche Anforderungen hinsichtlich einer Einflussnahme der Kommune auf die wirtschaftliche Unternehmung bestehen, darf die Gemeinde nicht ihrer gesamten Einwirkungsmöglichkeiten auf die Genossenschaft beraubt werden. Denn trotz der formal-rechtlichen Versagung einer Bezeichnung als Vertreter der Gemeinde, stehen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder nach wie vor in einem engen Verhältnis zu ihrer Kommune und erfüllen de facto weiterhin eine Vertretungsfunktion^[825], so dass geeignete Vorkehrungen dafür getroffen

⁸²³ Klaus Lange, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 253 f.

⁸²⁴ Vgl. Schäfer/Roreger, Kommunale Aufsichtsratsmitglieder: Rechte, Pflichten, Haftung, Strafbarkeit, in: Siegbert Heid (Hrsg.), Kommunalpolitische Texte, Band 17, 1998, S. 146.

⁸²⁵ Vgl. Andrea Karner/Dietmar Rößl/Daniela Weismeier-Sammer, Genossenschaftliche

205

werden müssen, dadurch die Gemeinde weiterhin ihre Interessen gegenüber ihren Vertretern in den Genossenschaftsorganen durch Weisungen und Informationsrechte wahren kann. An dieser Stelle ist es nicht nur an den kommunalen Verfassungen gelegen, geeignete Rechtsinstrumente zu schaffen, sondern auch am Bundesgesetzgeber, der diese im Genossenschaftsgesetz verankern könnte, wie dies bereits im Aktiengesetz der Fall gewesen ist.

Darüber hinausgehen kann man sich auch die Frage stellen, ob die derzeit von der hM vertretene Interpretation des automatischen Vorrangs des Gesellschaftsrechts gegenüber den gemeinderechtlichen Normen, die auf die Sicherstellung der kommunalen Einflussmöglichkeiten auf Gesellschaften des Privatrechts gerichtet sind, überhaupt einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhält – vor allem in Anbetracht der Tatsache, dass es sich bei den kommunalen Normen um einfachgesetzliche Ausprägungen des verfassungsrechtlich kodifizierten Demokratieprinzips handelt, das wiederum über dem Bundesrecht angesiedelt ist.

3.5 Abberufung nach Gesellschaftsrecht

Das Genossenschaftsrecht sieht vor, dass die von der Gemeinde bevollmächtigten Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates auch vor dem Ende ihrer Amtszeit abberufen werden können. Nicht nur im Aktien-^[826] und GesmbH-Recht findet diese Vorschrift Anwendung^[827], sondern auch im

Erfüllung kommunaler Aufgaben in PCP-Modellen: Typen und Determinanten einer erfolgreichen Entwicklung, in: Münkner/Ringle (Hrsg.), *Neue Genossenschaften und innovative Aktionsfelder: Grundlagen und Fallstudien*, 2010, S. 85 ff.; *Faber*, Gesellschaftsrechtliche Bindung für Aufsichtsratsmitglieder, S. 148; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43a Rn. 52.

⁸²⁶ Siehe *Mertens*, in: *Kölner Kommentar zum AktG*, Bd. I, 1985, § 103 Rndr. 22; vgl. *Geßler*, in: *Geßler/Hefermehl*, Kommentar zum AktG, 1974, § 103 Rndr. 20 f.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 40 Rn. 1 und Rn. 12.

⁸²⁷ *Schilling*, in: *Hachenburg*, Großkommentar zum GmbHG, Bd. II, 7. Auflage 1979, § 52 Rndr. 75, 87; vgl. *Koppensteiner*, in: *Rowedder*, Kommentar zum GmbHG, 2. Auflage 1990, § 52 Rndr. 9, 28; *Lutter/Hommelhoff*, Kommentar zum GmbHG, 13. Auflage 1991, § 52 Rndr. 6.

Genossenschaftsrecht, wo auf die Regelung des § 24 Abs. 3 GenG verwiesen werden kann.

Da diese gesetzlichen Regelungen bereits das notwendige Spektrum einer Abberufung abdecken, besteht keine Notwendigkeit weiterführender Vorschriften, die das Entsendungs- und Abberufungsrecht ergänzen.^[828] Dieses Recht zur jederzeitigen Abberufung der Gemeindevertreter wird durch das Willkürverbot beschränkt.^[829]

3.6 Ergebnis

Die Durchsetzung des kommunalen Einflusses über die Besetzung der Genossenschaftsorgane lässt sich aufgrund zahlreicher Hindernisse nur schwer bewältigen. Denn während es sich zunächst bei der Besetzung der Posten im Vorstand und im Aufsichtsrat gegen andere Kandidaten bei der Wahl durch die Generalversammlung durchzusetzen gilt, verlangen andere Varianten der Erlangung des begehrten Postens nach einer Satzungsänderung, die wiederum eine absolute Mehrheit in der Generalversammlung voraussetzt. Auch die Rücksichtnahme auf den Gleichheitsgrundsatz und die damit verbundene Schwierigkeit mehrere Vertreter der Kommune in die Organe der Genossenschaft zu befördern, sorgen dafür, dass diese Herangehensweise zum Scheitern verurteilt ist. Zudem muss auch nach einer erfolgreichen Wahl der kommunalen Vertreter in die Genossenschaftsorgane darauf geachtet werden, dass diese in ihrer neuen Position nur so weit – wenn überhaupt – den Weisungen der Gemeinde unterliegen, als diese mit dem genossenschaftlichen Förderzweck vereinbart werden können.

⁸²⁸ OVG NW, Urteil vom 21. 4. 1969, III A 832/68, in: Kottenberg/Steffens/Heinrichs, Rechtsprechung zum kommunalen Verfassungsrecht des Landes NRW, Entscheidung Nr. 2 zu § 72 GO, S. 19; ebenso schon OVG NW, OVGE 23, 73 (76).

⁸²⁹ So OVG NW, DVBl. 1990, S. 834 (835); *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 40 Rn. 16.

4. Stimmbindung in Vorstand und Aufsichtsrat

Wenn man sich das allgemeine Gesellschaftsrecht ansieht, lassen die Regelungen des § 136 Abs. 2 AktG und des GmbHG grundsätzlich eine Stimmbindung zu, welche mittels von schuldrechtlichen Verträgen oder unternehmensinternen Satzungen auszugestalten ist.^[830]

Auch im Genossenschaftsrecht erlaubt es § 43 Abs. 5 GenG eine Stimmbindung in der Generalversammlung zu etablieren, wobei die Vertreterqualifikation und die Voraussetzungen für die Stimmbindung im Rahmen der Satzung zu bestimmen sind. Das betrachtete ÖBP-Modell sieht den Bürgermeister als den Vertreter der Gemeinde an, wobei dieser auch in den meisten Fällen persönlich als Gemeindevertreter in der Genossenschaft aktiv ist. Aufgrund der demokratischen Legitimierung seines Amtes als Bürgermeister ist er in seiner Tätigkeit an die Beschlüsse und Weisungen des zuständigen Gemeindegremiums gebunden, die eine Grenze für seine privatwirtschaftliche Tätigkeit darstellen.

An dieser Stelle begegnet man der Problematik, wie sich die Stimmbindung der Gemeindevertreter in einem Organ der Genossenschaft realistischerweise begründen bzw. durchsetzen lässt – vor allem in Anbetracht der Unabhängigkeit und der selbstverantwortlichen Entscheidungsfähigkeit des Aufsichtsrates.

Fraglich ist, wie sich die Stimmbindung der Gemeindevertreter im Aufsichtsrat der Genossenschaft begründen bzw. durchsetzen lässt, weil diese Stimmbindung im Widerspruch zu der Eigenständigkeit und Selbstverantwortung des Aufsichtsrats steht. Im Rahmen dieser Fragestellung kann man sich auf die obige Diskussion zur Einwirkungspflicht berufen, die auch auf die Vorstands- und

⁸³⁰ Vgl. Zöllner, Zu Schranken und Wirkung von Stimmbindungsverträgen, ZHR 1991, S. 168 ff.; BGHZ 48, 136 ff.; OLG Köln, GmbHR 1989, S. 78 ff.; Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, § 47 Rdnr. 5; zum Aktienrecht Zöllner, in: Kölner Kommentar, § 136 Rdnr. 83 ff.

Aufsichtsratsmitglieder übertragen werden kann: Die Einwirkungsmöglichkeiten der Kommune sind in Bezug auf das Weisungsrecht und die Stimmbindung in der Satzung der Genossenschaft zu verankern, welche einen schuldrechtlichen Charakter besitzt. Die dadurch etablierte Begrenzungswirkung besitzt eine stärkere Ausprägung als der „angemessene Einfluss“, der vom öffentlichen Recht gefordert wird. Mittels dieser Vorgangsweise wird die Tätigkeit des von der Kommune entsandten Mitglieds des Vorstandes bzw. des Aufsichtsrates durch die Satzungsbestimmungen begrenzt.^[831]

5. Kommunales Weisungsrecht im ÖBP-Modell

Das Weisungsrecht stellt eine janusköpfige Rechtsmaterie dar, das sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Aspekte besitzt.^[832] Das öffentlich-rechtliche Weisungsrecht baut auf der Einwirkungspflicht der hoheitlichen Gewalt auf und stellt im Grunde genommen eine interne administrative Tätigkeit dar.^[833] Im Gegensatz dazu basiert das privatrechtliche Weisungsrecht auf dem Gesellschaftsrecht^[834], welches sich zumeist auf die in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Instrumente beruft.

In Bezug auf ÖBP-Modelle der kommunalen Wirtschaftsbetätigung gilt es das öffentlich-rechtliche Weisungsrecht durch gesetzte Vereinbarungen in das genossenschaftsrechtliche Weisungsrecht zu transformieren. An dieser Stelle hilft ein Rückblick auf die Rechtsdogmatik: Sowohl die Einwirkung

⁸³¹ Vgl. *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 3, Rn. 46; *Adrian Fuks*, Genossenschaften als Instrumente der Wohnraumpolitik, Bauer/Szewczyk/Popowska/Meier/Fuks (Hrsg.), Publizisierung öffentlicher Aufgaben, Universitätsverlag Potsdam 2018, S.125 f.

⁸³² Vgl. *Reiner Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2013, S. 515; *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 1 Rn. 78.

⁸³³ Vgl. *Volker M. Haug*, Öffentliches Recht im Überblick, 2017, S. 356; *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 1 Rn. 78.

⁸³⁴ Vgl. *Christian Hofmann*, Der Minderheitenschutz im Gesellschaftsrecht, 2011, S. 610; *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 1 Rn. 66.

als auch die Steuerung des Unternehmens werden durch entsprechende Weisungen gewährleistet. Der Rahmen des Gesellschaftsrechts bestimmt die Grenzen des Weisungsrechts in privatrechtlich agierenden Unternehmen. Das Kommunalverfassungsrecht hingegen markiert die Grenzen der Weisungen gegenüber den Vertretern der Gemeinde in den Gesellschaftsorganen. Dabei ist zu beachten, dass das Gesellschaftsrecht das Weisungsrecht der Gemeinden an seine eigenen Mitglieder des Vorstandes oder der Generalversammlung nicht tangiert, sondern beide nebeneinander zum Tragen kommen. Nur im Falle von Aufsichtsratsmitgliedern, die eigentlich Vertreter der Gemeinde sind, richtet sich die Zulässigkeit von Weisungen ausschließlich nach dem Gesellschaftsrecht, da diese in der betrachteten Konstellation zu weisungsunabhängigen Repräsentanten der Kommune werden.^[835]

Im Aktienrecht finden sich die am deutlichsten gefassten Bestimmungen im Hinblick auf das Weisungsrecht der Gemeinden an die eigenen Vertreter, die als Aufsichtsratsmitglieder fungieren: Diese sind nach § 111 Abs. 5 AktG iVm § 116 Satz 1 AktG iVm § 93 Abs. 1 AktG an keine Aufträge und Weisungen gebunden und einzig und allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet. Sollte jedoch im Gesellschaftsvertrag bloß ein fakultativer Aufsichtsrat, wie etwa in einer GmbH vorgesehen sein, können die Vorschriften des Aktienrechts analog zur Anwendung kommen, indem auf diese im Gesellschaftsvertrag direkt verwiesen wird. Alternativ dazu kann natürlich auch der entgegengesetzte Weg beschritten werden, indem im Gesellschaftsvertrag festgelegt wird, dass die Vertreter der Kommunen im Aufsichtsrat weiterhin an die Weisungen des Gemeinderates bzw. des

⁸³⁵ Vgl. *Buken*, Rechtsprobleme der kommunalen GmbH im Rechtsvergleich der Bundesländer, 2017, S. 356 ff.; *Dietlmeier*, Rechtsfragen der Publizität im kommunalen Unternehmensrecht, 2015, S. 662 ff.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 36 Rn. 16; *Fabry/Augsten*(Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 1 Rn. 78.

Bürgermeisters gebunden bleiben.^[836] Nicht in allen Fällen muss die Weisungsbindung klar deklariert werden: Das BVerwG gelangte zu dieser durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages, der keinerlei konkrete Bestimmungen zur rechtlichen Stellung des fakultativen Aufsichtsrates oder seiner Weisungsbindung enthielt.^[837]

Da keine ausdrückliche Regelung in Bezug auf das Weisungsrecht der Kommune für ihre entsendeten Mitglieder in einem fakultativen Aufsichtsrat vorliegt, gelangte das BVerwG im Wege der Auslegung zu der Weisungsbindung derselben. Als Begründung wurde angeführt, dass nach § 108 Abs. 5 Z 2 GO NRW sich die Gemeinde nur in jenen Fällen an einer GmbH beteiligen dürfe, wenn der Rat den vertretungsbefugten Mitgliedern des Aufsichtsrates Weisungen erteilen darf.^[838] Als zweite Argumentationslinie für die Befürwortung eines Weisungsrechtes gegenüber den Mitgliedern des Aufsichtsrates wählte das BVerwG das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 iVm Art. 28 Abs. 1 GG, das „*gebietet, dass eine Gemeinde, wenn sie sich zum Betrieb einer Versorgungseinrichtung einer juristischen Person des Privatrechts bedient, durch Einwirkungs- und Kontrollrechte hinreichend Einfluss auf den Betreiber nehmen kann*“.^[839] Gerade aus diesem Grund spricht die Vermutung des Gerichtes dafür, dass die Gemeinde die rechtlichen Anforderungen an ihre Beteiligung an der GmbH durchaus erfüllen und diese Rechtsbeziehung rechtskonform gestalten wollte, weshalb auch der Gesellschaftsvertrag in diesem Fall gemeindeordnungskonform ausgelegt werden müsse.^[840]

Die Gesellschafter haben es damit selbst in der Hand, ihre eigenen Rechte und Aufgaben im Rahmen des Gesellschaftsvertrages festzulegen, da das

⁸³⁶ BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 – 8 C 16.10.

⁸³⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 – 8 C 16.10, Rn. 20.

⁸³⁸ Vgl. BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 – 8 C 16.10, Rz. 28.

⁸³⁹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 – 8 C 16.10, Rz. 29.

⁸⁴⁰ Vgl. BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 – 8 C 16.10, Rz. 30.

Gesetz in § 52 GmbHG keinerlei verbindliche Vorgaben zu der Ausgestaltung eines fakultativen Aufsichtsrates macht. Vielmehr verfügen die Gesellschafter in diesem Fall über einen sehr großen organisatorischen Spielraum. Auch die fehlende Definition des „Aufsichtsrates“ spricht für eine individuelle Ausgestaltung und Ausfüllung dieser Institution im Rahmen eines Unternehmens.^[841]

Doch trotz der wegweisenden Entscheidung des BVerwG ist das Weisungsrecht nur in jenen Fällen als verbindlich anzusehen, wenn dieses eine ausdrückliche Regelung im Rahmen des Gesellschaftsvertrages besitzt. Es kann weder aus den Gemeindeordnungen oder den Kommunalverfassungen abgeleitet werden. Denn wenn keine derartige Verfügung im Gesellschaftsvertrag zu finden ist, ist der Gemeindevertreter nach § 52 Abs. 2 GmbHG und § 111 Abs. 6 AktG in erster Linie dem Privatunternehmen zur Loyalität verpflichtet und hat bei seinen Entscheidungen das Unternehmensinteresse zu wahren, ohne dabei durch etwaige Weisungen eingeschränkt zu werden.

Wie man dieser Betrachtung entnehmen kann, richtet sich die Gesetzeslage vor allem darauf, die Privatrechtsautonomie trotz etwaiger staatlicher Beteiligungen weitestgehend zu wahren. Dadurch soll eine übermäßige Einflussnahme der öffentlichen Gewalt verhindert und eine potentielle Instrumentalisierung der privatrechtlichen Rechtsformen zu öffentlichen Zwecken hintangestellt werden. Beim Blick in die praktische Umsetzung, sieht man jedoch, dass es nicht so einfach ist, den Status des öffentlichen Dienstes hinter sich zu lassen und die eingehenden Weisungen des eigentlichen Arbeitgebers zu vernachlässigen.

⁸⁴¹ Welge/Eulerich, Corporate-Governance-Management, S. 253; Johann Lang/Ludwig Weidmüller, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 41 Rn. 23.

5.1 Der angemessene Einfluss der Gemeinde im ÖBP-Modell

Die Verpflichtung zur Sicherstellung einer Einwirkungspflicht im Rahmen eines „angemessenen Einflusses“ der Gemeinde auf das Unternehmen stellt nach den demokratischen Grundsätzen eine Voraussetzung für die Beteiligung an einer privatwirtschaftlichen Unternehmung dar. Fraglich ist nur, wie dieser Einfluss im Einzelnen ausgestaltet sein muss, um den verfassungsrechtlichen und den einfachgesetzlichen (beispielsweise § 108 GO NRW) Vorgaben in einem ausreichenden Maße zu genügen.

5.1.1. Parallelen zum „beherrschenden Einfluss“ der EU

Manche Stimmen sprechen sich in diesem Zusammenhang für eine Analogie zum „beherrschenden Einfluss“ auf öffentliche Unternehmen nach Art. 2 der Richtlinie 2006/111/EG^[842] aus. Demnach wird ein beherrschender Einfluss in jenen Fällen vermutet, in welchen *„die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt; über die Mehrheit der mit den Anteilen des Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leistungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann“*.

Damit stellt der Standard, der mit der Definition des „beherrschenden Einflusses“ aufgestellt worden ist, eine praktische Bezugsgröße für die Festlegung des „angemessenen Einflusses“ der öffentlichen Unternehmen dar.

Es erheben sich auch kritische Stimmen zu dieser Übernahme: *„Das Kriterium „Einwirkungsmöglichkeiten“ ist aber ambivalent (...). Ein „Mehr“ an Einwirkungs- bzw. Steuerungsmöglichkeit bedeutet zugleich ein „Weniger“ an Autonomie und Eigenständigkeit der*

⁸⁴² Über die Transparenz der finanziellen Beziehungen, siehe zur Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006

Unternehmensleitung“.^[843] Daraus ist ersichtlich, dass in jenen Fällen, in denen die Kooperation zwischen öffentlicher Hand und privaten Subjekte auf den beherrschenden Einfluss abzielt, ein eindeutiger Verstoß gegen die Autonomie- und Eigenständigkeitsprinzipien des ÖBP-Modells stattfindet. Jedoch richten sich die Gemeindeordnungen in erster Linie darauf, sich nur dann an Gesellschaften zu beteiligen, wenn „die Gemeinde einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan, erhält“.^[844]

Die Praxis verlangt es, das Weisungsrecht des Gemeindevertreters innerhalb der Unternehmensstrukturen klar zu definieren und dadurch die Spannung aus der widerspruchsvollen Doppelrolle des Vertreters herauszunehmen, der einerseits als Vertreter der Kommune agiert und andererseits als Aktieninhaber, Geschäftsführer oder Mitglied des Aufsichtsrates dem Privatunternehmen verpflichtet ist. Diese Verantwortung, die er gegenüber beiden Parteien trägt muss jedoch klar definieren, zu welcher der beiden er nun tatsächlich zur Loyalität verpflichtet ist.

Die öffentliche Verwaltung beansprucht nicht nur die Vorteile privater Wirtschaftssubjekte für sich – ua. in Bezug auf Kapitalaufbringung, Betriebsführung und Technologie –, sondern versucht auch im Rahmen des ÖPP-Modells die Vorzüge der privatrechtlich agierenden Wirtschaftskörper in der Organisations- und Managementstruktur auszunutzen. Dadurch wird deutlich, dass die Kontrollfunktion der öffentlichen Verwaltung keinesfalls so ausgestaltet sein darf, dass sie die Vorteile der privatrechtlichen Unternehmungen obsolet macht.

Im Einzelnen findet keine Differenzierung zwischen der Einwirkungspflicht

⁸⁴³ Uechtritz/Reck, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl., Köln 2012, § 16 Rn. 44, S. 792.

⁸⁴⁴ Art. 92 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BayGO; § 103 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BWGO; § 122 Abs. 1 Nr. 3 HessGO; § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 NWGO. Vgl. auch Klaus Lange, Kommunalrecht, 2019, Kap 14 Rn 197, S. 947.

von organisatorischer und der betrieblichen Seite statt. Erstere stellt einen wichtigen Prüfungspunkt in Bezug auf Investitionen der öffentlichen Verwaltung in private Wirtschaftsunternehmen dar. So regelt beispielsweise § 92 GemO Bayern, dass *„gemeindliche Unternehmen in Privatrechtsform und gemeindliche Beteiligungen an Unternehmen in Privatrechtsform nur zulässig sind, wenn die Gemeinde angemessenen Einfluss im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Gremium erhält.“* Hier wird deutlich darauf hingewiesen, dass die öffentliche Hand bei privatrechtlich gestalteten Investitionen ihre Aufsichtspflicht wahrzunehmen hat und dass spiegelbildlich das privatrechtlich agierende Unternehmen einer Kontrolle durch die öffentliche Hand unterliegt.

5.1.2. Interessenkonflikte zwischen Privatautonomie und öffentlicher Hand

Praktisch betrachtet wird die Einwirkungspflicht über Gemeindevertreter wahrgenommen. Diese entscheiden über wichtige Angelegenheiten der Geschäftsführung, indem sie auf Weisungen reagieren. Die Rolle des Gemeindevertreters kommt im ÖBP-Modell normalerweise dem Bürgermeister zu, der aufgrund seiner demokratischen Legitimierung und seines Status im öffentlichen Dienst den Weisungen des Gemeinderates unterliegt.

Ein weiterer Problemkreis im Bereich der Sicherung des Einflusses auf das private Unternehmen befasst sich mit den potentiellen Interessenkonflikten bei den Gemeindevertretern. Denn diese haben ihre Stellung als Gemeindeorgan der politischen Einflussnahme zu verdanken, während sie als Genossenschaftsmitglied auch den Förderinteressen verbunden sind – beide Aspekte sind nur in seltenen Fällen absolut deckungsgleich. Diese Tatsache birgt die Gefahr einer politisch motivierten Personalentscheidung, die sich eher an personellen als an fachlichen Qualifikationen orientiert.^[845]

⁸⁴⁵ Vgl. Buken, Rechtsprobleme der kommunalen GmbH im Rechtsvergleich der
215

Ebenso außer Acht gelassen wird in dieser Hinsicht die Möglichkeit der Bürger, ihre demokratisch legitimierte Rolle wahrzunehmen und die öffentliche Verwaltung zu bestimmten Handlungen und Einflussnahmen aufzufordern. Insbesondere im ÖPP-Modell läuft man Gefahr, dass unzufriedene Bürger eine *„Leistungsklage gegen die Gemeinde erheben, die auf die Einwirkungspflicht und Einflussnahme auf die Geschäftsführung des Privatunternehmens zielt“*.^[846]

Der Konflikt um die Kontrolle und Einflussnahme im Unternehmen darf nicht dazu dienen, die wirtschaftliche Tätigkeit von in privatrechtlicher Form agierende Unternehmen auf öffentlich-rechtlicher Basis regulieren zu wollen. Denn es gilt nicht aus den Augen zu lassen, dass unterschiedliche Situationen eine unterschiedliche Regelungsdichte verlangen und dass bei der Einwirkungspflicht und Einflussnahme der Gemeinde in erster Linie ein sachgerechter Ausgleich zwischen den Anforderungen der Gemeindeordnungen und die Handlungsformen des Privatrechts angestrebt werden soll.^[847] Denn auch in der Verfassung ist kein konkretes Verbot auszumachen, sich als Gemeinde an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zu beteiligen, wenn kein beherrschender Einfluss der öffentlichen Hand daran besteht.^[848]

5.2 Weisungen und Richtlinien an Vorstand und Aufsichtsrat

Wenn Positionen im Vorstand oder Aufsichtsrat mit Gemeindevertretern besetzt werden, gelangt man als nächstes zur Frage, wie Weisungen und Richtlinien der Gemeindevertretung zur Wahrung der eigenen Interessen an diese weitergereicht werden können.

Bundesländer, 2017, S. 361.

⁸⁴⁶ Hufen, Verwaltungsprozessrecht 8. Auflage Verlag C.H.Beck 2011, S.148.

⁸⁴⁷ Vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, S.271.

⁸⁴⁸ Vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, S.295.

Einige Kommunalverfassungen verweisen direkt auf analoge Anwendungen der Regelungen über die Bindung der kommunalen Vertreter an Weisungen und Richtlinien in der Gesellschafterversammlung.^[849] Diese Vorgehensweise stellt jedoch in Zusammenschau mit dem Vorrang des Genossenschaftsrechts ein Problem dar.^[850] Denn dieses begrenzt die Möglichkeit Weisungen und Richtlinien an die Organe zu erteilen und verlangt damit eine andere Herangehensweise als die analoge Anwendung des Rechts der Kapitalgesellschaften.^[851] In § 27 Abs. 1 GenG wird das Eigenverantwortlichkeitsprinzip konstituiert. Dieses regelt die Unzulässigkeit von Weisungen von Genossenschaftsorganen und im Weiterführenden auch außenstehende Dritte an die Vorstandsmitglieder^[852] und hält zudem auch den Vorstand und Aufsichtsrat dazu an, ihre Handlungen stets am Interesse der Genossenschaft auszurichten. Diese Bestimmung wird von der Sorgfaltspflicht des § 34 Abs. 1 GenG flankiert, die für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder (mittels Verweis auf § 41 GenG) gilt und besagt, dass diese „bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einer Genossenschaft anzuwenden“ haben. Diesem Grundsatz widersprechen die Weisungen und Richtlinien der Gemeindevertretung, die im Interesse der Kommune gemacht werden, und einen Konflikt zu den Gesellschaftsinteressen heraufbeschwören.

Aus dieser Gesetzesstelle folgt damit, dass Weisungen und Richtlinien in

⁸⁴⁹ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 254; *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 1 Rn. 66.

⁸⁵⁰ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 255 mit Verweis auf Art. 93 Abs. 2 Satz 3 BayGO.

⁸⁵¹ So *Janbernd Oebbecke*, Rechtliche Vorgaben für die Führung kommunaler Gesellschaften, in: *Hoppe/Uechtritz/Reck* (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, Köln, 3. Auflage 2012, § 8 Rn. 63.

⁸⁵² Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 27 Rn. 7; *Heinrich Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 27, 1. Ergänzungslieferung (2015), Rn. 11; *Fandrich*, § 27, in: *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs* (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, Rn. 1; *Keßler*, § 27, in: *Hillebrand/Keßler* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 2. Auflage 2010, Rn. 3.

jenen Fällen zulässig sind, in denen sie mit den Interessen der Gesellschaft übereinstimmen^[853], wohingegen „uneingeschränkt bindende Weisungen“ in jedem Fall unzulässig sind.^[854] In Bezug auf die Genossenschaft im ÖBP-Modell wird dieser schwelende Konflikt durch die enge Verknüpfung des von der Genossenschaft verfolgten öffentlichen Zwecks mit dem in der Genossenschaftssatzung festgelegten Unternehmensgegenstand aufgelöst.^[855] Letztendlich ist es notwendig, die Problematik des Interessenkonfliktes zwischen Gemeinde und Genossenschaft nicht zu überschätzen. Denn in den meisten Konstellationen lässt der Gemeindevertreter, der im Vorstand oder Aufsichtsrat tätig ist, die kommunalen Interessen nicht gänzlich außer Acht, so dass ausdrückliche Weisungen und Verhaltensrichtlinien in der Praxis nur eine Ausnahmeerscheinung darstellen werden.

5.3 Die Weisung im ÖBP-Modell

Innerhalb der Grenzen des Gesellschaftsrechts muss sich die Kommune ua. nach Art. 93 Abs. 2 BayGO ein Weisungsrecht gegenüber den Gemeindevertretern im Aufsichtsrat vorbehalten.^[856] Diese Regelung ist nur auf einen obligatorischen Aufsichtsrat zutreffend und gilt nur im Innenverhältnis zwischen Gemeinde und Gemeindevertreter. Dies wird mit der parallel laufenden Regelung des Art. 90 Abs. 2 BayGO begründet, die besagt, dass Beschlüsse des Verwaltungsrates auch dann Gültigkeit besitzen, wenn diese entgegen den Weisungen des Gemeinderates ergehen.^[857]

⁸⁵³ Vgl. Klaus Lange, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 252; Helios/Strieder, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 2 Rn. 7 ff.

⁸⁵⁴ Vgl. Klaus Lange, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 258; Beuthien, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 27 Rn. 7 ff.

⁸⁵⁵ Vgl. Janbernd Oebbeke, Rechtliche Vorgaben für die Führung kommunaler Gesellschaften, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, Köln, 3. Auflage 2012, § 9 Rn. 46, Als einer auf Gewinn ausgerichteten Gesellschaft, müssen die akzeptierten Weisungen für der Vertreter im Aufsichtsrat mit den Gesellschaftszweck übereinstimmen.

⁸⁵⁶ Für die Weisungsbindung vgl auch § 125 Abs. 1 S. 4, Abs. 2 S. 1 HGO.; § 113 Abs. 1 S. 1 GO NRW.; § 102 Abs. 1 S. 3 GemO BW.

⁸⁵⁷ Hölzl/Hien/Huber, Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung für den Freistaat Bayern: Kommentar, Art. 93

Letzteres wird natürlich sanktioniert: So können Ordnungsgelder (Art. 20 Abs. 4 BayGO) verhängt werden, die darauf fußen, dass ein Gemeindemitglied seine Obliegenheit gewissenhaft zu erledigen hat und dadurch zu Handlungen im Interesse der Gemeinde verpflichtet ist.^[858]

Wie bereits beschrieben, verhindern die grundlegenden Grundsätze der Genossenschaft – wie das Kopfstimmenprinzip oder die Wahl des Aufsichtsrates durch die Generalversammlung – eine starke Einwirkung der Kommune auf die laufende Geschäftstätigkeit. Vor diesem Hintergrund entscheiden sich viele Gemeinden für Sekundär- oder doppelstöckige Genossenschaften bzw. Holding-Modelle, die einen ausreichenden kommunalen Einfluss auf die Geschäftsleitung sicherstellen.^[859]

Im Rahmen des ÖBP-Modells werden die Vorschriften der Weisungsrechtsbeschränkung des AktG auf die Genossenschaft umgelegt, wobei hier zwei unterschiedliche Konstellationen voneinander abzugrenzen sind:

In einer Vertrags-ÖBP muss die Beschränkung des kommunalen Weisungsrechts in die vertragliche Vereinbarung aufgenommen werden. Der Gemeindevertreter richtet sich dann in seinen Handlungen nach den jeweiligen Genossenschaftsvereinbarungen, die seine Informations- und Weisungspflichten regulieren.

Im Gegensatz dazu wird im Rahmen einer Organisations-ÖBP das Weisungsrecht der Kommune in der Satzung der Genossenschaft verankert. Da die kommunale Genossenschaft verfolgt nicht Gewinnmaximierung, sondern an bestimmten öffentlichen Förderinteressen interessiert ist, kommt es in diesem Fall nur selten zu Konflikten, da die Ziele der Gemeinde und

Erl. 3. 4.

⁸⁵⁸ Vgl. *Buken*, Rechtsprobleme der kommunalen GmbH im Rechtsvergleich der Bundesländer, Berlin 2017, S. 281.

⁸⁵⁹ Vgl. *Wurzel/Gaß*, Kommunen als Unternehmer, in: *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), Rechtspraxis KommUntern, München, 3. Auflage, 2015, Kap. K, Rn. 18 ff., S. 746; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 89 f.

der Genossenschaft im Wesentlichen übereinstimmen. Potentielle Konflikte lassen sich mit Hilfe des Genossenschaftsgesetzes und der Satzung von der Genossenschaft unkompliziert lösen.

5.4 Ergebnis

Das Weisungsrecht stellt ein Instrument dar, um die Einflussnahme der Kommune auf das Unternehmen sicherzustellen. Während die Bestimmungen für Weisungen und Richtlinien an Organe von Kapitalgesellschaften recht klar in Gesetzesform geregelt sind, steht es Genossenschaften weithin frei, die für das individuelle Geschäftsmodell passenden Regelungen in der eigenen Satzung oder auf vertraglicher Basis zu verankern.

Dass es natürlich zu Gewissens- und Interessenkonflikten beim Gemeindevertreter kommen kann, der sich einerseits für das Unternehmen einsetzt und sich andererseits am Wohl der Kommune zu orientieren hat, liegt in der Natur des Zwiespalts zwischen der Privatrechtsautonomie und den öffentlich-rechtlich notwendigen Kontroll- und Regulierungsmechanismen. Da es sich jedoch bei den Tätigkeitszielen der ÖBP-Genossenschaften vorrangig um Förderziele handelt, die von den Gemeinden ebenso angestrebt werden – und den eigentlichen Grund für ihre Beteiligung an der Genossenschaft darstellen – ist das reale Konfliktpotential als eher niedrig anzusetzen.

D. Sonstige Einflussnahme der Gemeinde im ÖBP-Modell

1. Direkte Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Genossenschaft

1.1 Einsetzung eines freiwilligen Genossenschaftsorgans

Eine weitere Möglichkeit für die Kommune, sich ihren Einfluss in der

Genossenschaft zu sichern, stellt die Besetzung eines freiwilligen Genossenschaftsorgans mit einem ihrer Vertreter dar. Ein solches Organ kann auf Grundlage des § 27 Abs. 2 GenG eingerichtet werden, der sich auf dieses direkt bezieht (arg: „... oder dass die Zustimmung der Generalversammlung, des Aufsichtsrats oder eines anderen Organs der Genossenschaft für einzelne Geschäfte erforderlich ist.“). Die Gründung eines solchen „anderen Organs“ ist explizit in der Genossenschaftssatzung zu verankern.^[860]

Die wichtigste Aufgabe, die von einem derartigen Genossenschaftsorgan wahrgenommen werden kann, stellt die Bestellung eines Vorstandsmitgliedes nach § 24 Abs. 2 Satz 2 GenG dar.^[861] Daneben kann das freiwillige Organ durch die Satzung auch solche Aufgaben übertragen bekommen, die bereits durch das Gesetz dispositiv einem anderen Genossenschaftsorgan übertragen worden sind. So ist es in Übereinstimmung mit § 27 Abs. 2 Satz 2 GenG durchaus möglich, einzelne Geschäfte des Vorstandes an die Zustimmung dieses freiwilligen Organs zu knüpfen.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass dieses keinen Einfluss auf die Geschäftsführungshoheit des Vorstandes nehmen kann^[862], so dass die „Leistungskompetenz“^[863] des Vorstands nicht berührt werden darf.^[864]

⁸⁶⁰ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 27 Rn. 12; Siehe auch *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, vor §§ 24, 4. Ergänzungslieferung (2005), Rn. 6; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 27 Rn. 40 f.

⁸⁶¹ Vgl. *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 24, 3. Ergänzungslieferung (2015), Rn. 85; *Beuthien* Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 24 Rn. 10; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 27 Rn. 40 f.

⁸⁶² Vgl. *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, vor §§ 24, 4. Ergänzungslieferung (2005), Rn. 10; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 27 Rn. 6 ff.

⁸⁶³ *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 27 Rn. 12; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 27 Rn. 6 ff.

⁸⁶⁴ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 27 Rn. 12; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 27 Rn. 6 ff.

Genau aus diesem Grund ist ein Weisungsrecht des freiwilligen Organs gegenüber dem Vorstand nicht zulässig.^[865] Ebenso unzulässig ist nach § 38 f GenG die Übertragung der Kontroll- und Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates gegenüber den Mitgliedern des Vorstandes und die Befugnis zur Änderung der Genossenschaftssatzung nach § 16 GenG).^[866] Die einzige Möglichkeit der direkten Einflussnahme auf den Vorstand des Unternehmens stellen die Anhörungs-, Beratungs- und Kontrollrechte des freiwilligen Organs dar.^[867]

Keinesfalls in Frage gestellt wird die Möglichkeit, das fakultative Genossenschaftsorgan mit Mitgliedern der Genossenschaft bzw. mit deren Vertretern zu besetzen. Jedoch ist es umstritten, ob auch Nichtmitglieder in dieses freiwillige Organ berufen werden dürfen. In beiden Fällen dürften die Kommunen daran interessiert sein, die eigenen Vertreter im fakultativen Organ zu sehen (genossenschaftliches Organisationsmodell mit kommunaler Beteiligung) oder eigene Interessensvertreter entsenden zu können (genossenschaftliches Organisationsmodell ohne kommunale Beteiligung). In diesem Zusammenhang muss zwischen unterschiedlichen freiwilligen Organen unterschieden werden. Vor allem zwischen jenen, die eine reine Beratungsfunktion haben und solchen, die über Entscheidungsbefugnisse verfügen. Denn in Anbetracht des genossenschaftlichen Selbstverwaltungsprinzips ordnet beispielsweise der § 9 Abs. 2 GenG an, dass „Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats (...) Mitglieder der Genossenschaft“ sein müssen. Auf dieser Passage beruht die Ansicht, wonach ein freiwilliges Genossenschaftsorgan mit einer über eine beratende Funktion

⁸⁶⁵ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 27 Rn. 12; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 27 Rn. 6 ff.

⁸⁶⁶ Über freiwilligen Genossenschaftsorgan findet sich etwa bei *Beuthien* Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 9 Rn. 3 und bei *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, vor §§ 24, 5. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 4.

⁸⁶⁷ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 27 Rn. 12; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 27 Rn. 12 ff.

hinausgehenden Befugnissen, nur mit Mitgliedern der Genossenschaft besetzt werden darf.^[868] Die Gegenmeinung orientiert sich hingegen daran, dass eine Besetzung des fakultativen Organs mit Entscheidungsbefugnissen durchaus erlaubt sein soll, solange der Vorstand als wesentliches Leitungsorgan und die Kontrolle der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat und die Generalversammlung weiterhin durch die eigenen Mitglieder der Genossenschaft besetzt und erledigt werden würden.^[869]

Grundsätzlich muss in dieser Frage die Entscheidung im Hinblick darauf getroffen werden, welche Aufgaben und konkreten Entscheidungsbefugnisse dem freiwilligen Organ übertragen worden sind. Sollte es sich dabei um Kontrollrechte gegenüber dem Vorstand handeln, die seine eigenverantwortliche Arbeitsweise begrenzen, ist eine Besetzung mit Nichtmitgliedern aus den obenstehenden Gründen des Selbstverwaltungsansatzes nicht zulässig, da im umgekehrten Fall eine Möglichkeit der Blockade der Geschäftsführung möglich wäre. Ebenso wäre in diesem Fall die direkte Kontrolle der Geschäftsführung problematisch, da das Genossenschaftsmodell Kontrollrechte gegenüber dem Vorstand nur für Genossenschaftsmitglieder vorsieht. Dieser Grundsatz wird vor allem in den Rechten der Generalversammlung deutlich, wonach diese beispielsweise zur Abberufung von Vorstandsmitgliedern (vgl. § 24 Abs. 3 GenG) oder zur Überwachung gegenüber dem Aufsichtsrat und dem Vorstand (vgl. § 38 Abs. 1 GenG) berechtigt sind.

Es kann jedoch auch nach der hier vertretenen Ansicht erlaubt sein, die Vorstandsmitglieder durch ein mit Nichtmitgliedern besetztes freiwilliges Genossenschaftsorgan bestimmen zu lassen. Denn der Generalversammlung

⁸⁶⁸ Vgl. *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, vor §§ 24, 4. Ergänzungslieferung (2005), Rn. 7; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 27 Rn. 40 f.

⁸⁶⁹ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 9 Rn. 15; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 27 Rn. 37 f.

bleibt es weiterhin unbenommen, dieses in ihrer Funktion als letzte Kontrollinstanz wieder abzurufen (vgl. § 24 Abs. 3 Satz 2 GenG).

In Anbetracht dieser Einschränkungen kommt die Besetzung des fakultativen Organs mit Vertretern der Gemeinde bzw. einem Interessenvertreter der Kommune nur in jenen Fällen in Betracht, in denen das Organ keine wesentlichen Entscheidungsbefugnisse übertragen bekommen hat und vor allem in beratender Funktion tätig wird.

1.2 Kommune als Genossenschaftsmitglied und seine Sonderrechte

Eine weitere Möglichkeit für die Kommune, einen direkten Einfluss auf die Genossenschaft auszuüben, stellen die Sonderrechte dar, die sich aus einer analogen Anwendung des § 35 BGB ergeben.^[870] Bei den Sonderrechten handelt es sich um eine „von der Mitgliedschaft abgeleitete, über die allgemeinen Mitgliedschaftsrechte [Teilhabe- und Vermögensrechte] hinausgehende Rechtsposition des einzelnen Mitglieds oder einzelner Gruppen von Mitgliedern“.^[871] Im Gegensatz zu den allgemeinen Mitgliedschaftsrechten können die Sonderrechte nach § 35 BGB nicht entzogen und nicht ohne Zustimmung des begünstigten Mitglieds durch einen Beschluss der Generalversammlung beeinträchtigt werden. Allerdings ist die Gewährung der Sonderrechte zwingend an eine Genossenschaftsmitgliedschaft geknüpft.^[872] Aus diesem Grund können Sonderrechte nur dann ein Mittel der Einflussnahme darstellen, wenn es sich um genossenschaftliche Organisationsmodelle mit kommunaler Beteiligung

⁸⁷⁰ Vgl. *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 18, 6. Ergänzungslieferung (2009), Rn. 153.; *Arnd*, § 35, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 7. Auflage 2015, Rn.3; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 18 Rn. 26; *Pöhlmann*, § 18, in: *Fandrich/Pöhlmann/Bloehs* (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2012, Rn. 11.

⁸⁷¹ *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, vor §18, 6. Ergänzungslieferung (2009), Rn.154.

⁸⁷² Vgl. *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, vor §18, 6. Ergänzungslieferung (2009), Rn.155 f.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 18 Rn. 26 f.

handelt.

Als Grundlage für die Gewährung der Sonderrechte dient die Satzung der Genossenschaft.^[873] Für eine nachträgliche Gewährung muss aus Gründen der Gleichbehandlung die Zustimmung aller benachteiligten Genossenschaftsmitglieder eingeholt werden.^[874]

Da Kommunen mit ihrer Beteiligung an Genossenschaftsmodellen den kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorgaben folgen müssen, sind viele der Möglichkeiten der Einflussnahme mit Hilfe von Sonderrechten durch den § 18 Satz 2 GenG beschränkt.

So ist etwa die Gewährung von Mehrstimmrechten, die über den Rahmen des § 43 Abs. 3 Satz 3 GenG hinausgehen, nicht zulässig.^[875] Ebenso darf auch ein Besetzungsrecht des Aufsichtsrates nicht als Sonderrecht einer Kommune zugestanden werden, da § 36 Abs. 1 Satz 1 GenG eindeutig vorschreibt, dass dessen Mitglieder zwingend von der Generalversammlung zu bestimmen sind.^[876] Es ist nicht möglich, über die Sonderrechte einen Einfluss auf die Geschäftsführungspolitik des Vorstandes der Genossenschaft zu nehmen.^[877] Daneben ist es ausgeschlossen, einen Vorstandsposten dauerhaft zu besetzen^[878] oder ein Vetorecht gegenüber

⁸⁷³ Vgl. *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, vor § 18, 1. Ergänzungslieferung (2006), Rn.165.; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 18 Rn. 28; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 18 Rn. 26 f.

⁸⁷⁴ Vgl. *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, vor § 18, 1. Ergänzungslieferung (2006), Rn.166.; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 18 Rn. 28; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 18 Rn. 28.

⁸⁷⁵ Vgl. *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, vor § 18, 6. Ergänzungslieferung (2009), Rn. 158.; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 18 Rn. 28; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 69 ff.

⁸⁷⁶ Vgl. *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, vor § 18, 6. Ergänzungslieferung (2009), Rn.158.; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 18 Rn. 28; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 26 ff.

⁸⁷⁷ So auch *Hause*, Die Wahl der Organisationsform kommunaler Einrichtungen: Kriterien für die Wahl privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Organisationsformen, 1987, S. 84.

⁸⁷⁸ Vgl. *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 18, 6. Ergänzungslieferung (2009), Rn.158.

Beschlüssen des Vorstandes zu etablieren, da diese Rechtsposition den Eigenverantwortlichkeitsgrundsatz des Genossenschaftsrechts unterwandern würde.^[879]

Zusammenfassend kann man festhalten, dass weder die Gründung eines freiwilligen Genossenschaftsorgans noch die Gewährung von Sonderrechten eine dauerhafte und effektive Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Genossenschaft gewähren. Punktueller zusätzliche Einflussmöglichkeiten beruhen jedoch in beiden Fällen auf mehrheitlich getroffenen Beschlüssen der übrigen Mitglieder, die durch diese eindeutig benachteiligt werden.

2. Externe Instrumente und Steuerungsbefugnisse

2.1 Der Beherrschungsvertrag – Eine Analogie zum Konzernrecht

Die Heranziehung von Möglichkeiten, die das Konzernrecht eröffnet, und die eine Analogie zum Genossenschaftsrecht erlauben, stellt eine weitere Option für Kommunen dar, die mehr Einfluss auf die gemischtwirtschaftliche Genossenschaft ausüben möchten. Zunächst gilt es jedoch zwischen faktischen Konzernen und vertraglichen Konzernen zu unterscheiden.

Erstere werden durch ein einziges Mitglied und seine Stimmmehrheit, die aus der Anteilsmehrheit resultiert, intern beherrscht.^[880] Diese Situation ist in einer Genossenschaft, die eine „personalisierte Struktur“ besitzt, nur in Ausnahmefällen möglich, da die Anteile am Kapital einer Genossenschaft durch das Kopfprinzip keine Auswirkungen auf das Stimmrecht haben.^[881]

⁸⁷⁹ Vgl. *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, vor § 18, 6. Ergänzungslieferung (2009), Rn.158; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 18 Rn. 28; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 43 Rn. 26 ff.

⁸⁸⁰ Vgl. *Gätsch*, Die Genossenschaft im Konzern, in: Helio/Strieder (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, 2009, § 13 Rn. 84.

⁸⁸¹ Vgl. *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, §1, 5. Ergänzungslieferung (2006), Rn. 117; *Keßler*, §1, in: Hillebrand/Keßler (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 2. Auflage 2010, Rn. 129.

In einem Vertragskonzern kommt es zur Sicherstellung eines entscheidenden Einflusses durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrages, was auch zwischen der Kommune und der Genossenschaft den kmöglich ist. Da das Genossenschaftsrecht zu einer solchen Vertragsgestaltung keine Auskünfte gibt, können in ergänzender Weise die Bestimmungen des Aktienrechts angewandt werden.^[882] Ein Beherrschungsvertrag stellt nach § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG einen Unterfall des Unternehmensvertrags dar, in dem die Leitung eines Unternehmens einem anderen Unternehmen abgetreten wird. Ein Konzern entsteht dabei in jenen Fällen, in denen „ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst“ werden (vgl. § 18 Abs. 1 AktG). Damit können die einheitlichen Leitungen der beiden Unternehmen nach Abschluss eines Beherrschungsvertrags zu einer zusammengefasst werden (§ 18 Abs. 1 AktG). Dies beruht darauf, dass das herrschende Unternehmen nach § 308 Abs. 1 AktG durch den Beherrschungsvertrag ermächtigt wird, „dem Vorstand der Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen.“. „Der Vorstand ist [in diesen Fällen dazu] verpflichtet, die Weisungen des herrschenden Unternehmens zu befolgen“ (vgl. § 308 Abs. 2 Satz 1 AktG).

In Anbetracht des Vorranges des Gesellschaftsrechts gegenüber den kommunalrechtlichen Bestimmungen, muss geklärt werden, ob eine Kommune durch einen Beherrschungsvertrag zum beherrschenden Unternehmen in einer Genossenschaft aufsteigen kann.^[883] Die hM lehnt eine solche Analogie ab und beruft sich dabei auf die grundsätzliche Unvereinbarkeit eines Beherrschungsvertrages mit den genossenschaftsrechtlichen Grundsätzen – vor allem dem genossenschaftlichen Förderzweck, der eigenverantwortlichen Geschäftsführungsbefugnis des

⁸⁸² Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 117.

⁸⁸³ Für die Genossenschaft in einem Konzern als herrschendes Unternehmen siehe zur *Beuthien* Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 110.

Vorstandes und dem Prinzip der Selbstverwaltung.

2.1.1 Vereinbarkeit mit dem genossenschaftlichen Förderzweck

So bringt man gegen die Zulässigkeit des Beherrschungsvertrages vor, dass die Weisungsbefugnis des beherrschenden Unternehmens in erster Linie an den eigenen Interessen ausgerichtet werden würde, anstatt den Förderzweck der Genossenschaft und ihrer Mitglieder im Auge zu behalten.^[884] Eine Beschränkung im Hinblick auf den Förderzweck würde zudem die Institution des Beherrschungsvertrages nicht zulassen^[885], was auch der Formulierung des § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG, die eine uneingeschränkte Weisungsbefugnis etabliert, zu entnehmen ist.^[886] Allerdings ist diesem Argument entgegenzuhalten, dass im § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG bereits eine Option zur Einschränkung des Weisungsrechts angeboten wird.^[887] Dadurch könnte eine bestimmte Ausrichtung der Weisungsbefugnis, die sich am genossenschaftlichen Förderzweck orientiert, durchaus auch mit einem Beherrschungsvertrag erreicht werden.

2.1.2 Vereinbarkeit mit der eigenverantwortlichen Geschäftsführung des Vorstands

Als weiteres Argument gegen die analoge Verwendung des aktienrechtlichen Beherrschungsvertrages im genossenschaftsrechtlichen Kontext wird der Verstoß gegen das in § 27 Abs. 1 GenG verankerte

⁸⁸⁴ Vgl. *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 1, 5. Ergänzungslieferung (2008), Rn. 120; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 1 Rn. 26 ff.

⁸⁸⁵ Vgl. *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 1, 5. Ergänzungslieferung (2008), Rn. 120; *Johann Lang/Ludwig Weidmüller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 1 Rn. 26 ff.

⁸⁸⁶ Vgl. *Müller*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, Band 4, 2. Auflage 2000, Anhang nach § 64c, Rn. 40, "als eine Perversion des funktionalen Sinnes eines Beherrschungsvertrages [empfindet], wenn sich das herrschende Unternehmen verpflichtet, die Leistungsmacht ohne Rücksicht auf die Interessen des herrschenden Unternehmens und des Konzerns ausschließlich in Wahrung des Förderungszwecks der beherrschten Genossenschaft auszuüben."

⁸⁸⁷ Für eine Einschränkung des Weisungsrechts vgl. *Keßler*, § 1, in: *Hillebrand/Keßler* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 2. Auflage 2010, Rn. 131 und aus aktienrechtlicher Sicht *Emmerich*, § 308, in: *Emmerich/Habersack/Schürnbrand* (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Kommentar, 8. Auflage 2016, Rn. 37.

Eigenverantwortlichkeitsprinzip des Vorstandes angeführt.^[888]

Gegner dieser Meinung berufen sich darauf, dass diese Vorschrift den Gesetzesmaterialien nach nur für die interne Organisationsstruktur Anwendung finde, und damit kein Grund dafür sein kann, auf einen Beherrschungsvertrag im Rahmen des Genossenschaftsrechts zu verzichten^[889], wobei diese Mindestmeinung auch eine beherrschende Position eines einzigen Genossenschaftsmitglieds für zulässig erachtet.^[890] Die Begründung baut auf dem § 27 Abs. 1 GenG auf, der dem § 76 Abs. 1 AktG^[891] nachempfunden ist, und es nicht einleuchte, „den Vorstand einer Genossenschaft stärker gegen die Beschränkungen seiner Leistungsautonomie zu schützen, als den Vorstand einer AG“.^[892]

Diese Ansicht ist nicht zu Unrecht sehr umstritten: Denn vor dem Hintergrund der personalen Stimmverfassung einer Genossenschaft, die unter anderem selbst bei der Gewährung von Mehrstimmrechten keinem Mitglied erlaubt, einen beherrschenden Einfluss auszuüben, kommt man kaum um die Frage umhin, weshalb man sich über das grundlegend verschiedene Aktienrecht und den Beherrschungsvertrag einen Weg offenhalten möchte, durch Weisungen einen uneingeschränkten Einfluss auf den Vorstand auszuüben. Dieses Konzept widerspricht nahezu allen Grundsätzen des Genossenschaftsrechts, das im Gegensatz zum Aktienrecht keine Mehrheitsaktionäre oder ähnliche Rechtspositionen kennt. Denn im letzteren wird der Beherrschungsvertrag dazu verwendet, es einem

⁸⁸⁸ Vgl. *Bauer*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, vor §1, 5. Ergänzungslieferung (2008), Rn.121; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 13 Rn. 15 und Rn. 17 ff.

⁸⁸⁹ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 114 und § 27 Rn. 16; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 13 Rn. 15 und Rn. 17 ff.

⁸⁹⁰ So *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 13 Rn. 15 und Rn. 17 ff.; *Keßler* Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 2. Auflage 2010, § Rn. 132.

⁸⁹¹ § 76 Abs. 1 AktG bestimmt, dass der Vorstand die Gesellschaft "unter eigener Verantwortung [...] zu leiten" hat.

⁸⁹² *Keßler*, §1, in: *Hillebrand/Keßler*(Hrsg.), Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 2. Auflage 2010, Rn. 132.

Mehrheitsgesellschafter, der ohnehin durch seine Anteilsmehrheit über eine Stimmmehrheit in der Hauptversammlung verfügt, seinen internen Einfluss weiter auszubauen und dem Vorstand in Durchbrechung des § 76 Abs. 1 AktG verbindliche Weisungen zu erteilen.^[893] Jedoch kennt im Gegensatz dazu das Genossenschaftsrecht keine beherrschende Stellung eines Mitglieds. Da all diese Prinzipien durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrages in Frage gestellt werden würden, ist die Möglichkeit einen solchen Vertrag rechtskonform abzuschließen selbst dann ausgeschlossen, wenn eine Kommune an der Genossenschaft beteiligt ist. Wenn man jedoch davon ausgeht, dass ein Beherrschungsvertrag ein zulässiges Instrument ist und es sich um eine außerhalb der Genossenschaft stehende Gemeinde mit einem Interesse an einer beherrschenden Position handelt, stellt sich die Frage nach dem Zweck eines solchen Vertrages. Denn dieser beschränkt sich rein auf die Einwirkung auf die Geschäftsführung und schließt anderweitige Möglichkeiten der Einflussnahme, etwa auf die Zusammensetzung und die Bestellung der Genossenschaftsorgane, aus.^[894]

2.1.3 Vereinbarkeit mit dem genossenschaftlichen Selbstverwaltungsgrundsatz

Das Weisungsrecht könnte ebenfalls zu dem genossenschaftsrechtlichen Selbstverwaltungsgrundsatz in einem Konflikt stehen, da bei diesem die Entscheidungsfreiheit der Generalversammlung eingeschränkt wäre.^[895]

Die Gegenmeinung vertritt, dass das Weisungsrecht nur ausgewählte Mitglieder im Vorstand betrifft und damit keine solch große

⁸⁹³ Keßler, § 1, in: Hillebrand/Keßler (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 2. Auflage 2010, Rn. 131.

⁸⁹⁴ Vgl. Beuthien, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 121; Helios/Strieder, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 13 Rn. 15 und Rn. 17 ff.

⁸⁹⁵ Vgl. Bauer, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, 2017, § 1, 5. Ergänzungslieferung (2008), Rn. 122; Johann Lang/Ludwig Weidmüller, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 38. Auflage 2016, § 1 Rn. 6.

Einwirkungskraft besitzt.^[896] Auch sei die Generalversammlung gar nicht von diesem direkt betroffen, da diese ohnehin kein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand besitzt.^[897]

Diese Mindermeinung ist abzulehnen, da die Generalversammlung zwar selbst keinen unmittelbaren Einfluss auf den Vorstand hat, jedoch nach § 27 Abs. 1 GenG ausdrücklich der Geschäftsleitung untersteht, wodurch diese sich bei sämtlichen Entscheidungen des Rückhalts der Mitglieder versichern muss. Es bleibt auch der Generalversammlung unbenommen, Vorstandsmitglieder abzuwählen, wenn deren Geschäftspolitik zu stark von den eigenen Vorstellungen abweicht (vgl. § 24 Abs. 3 Satz 2 GenG). Würde der Vorstand den Weisungen eines Genossenschaftsmitgliedes oder eines Dritten ohne Rücksichtnahme auf die Basis der Genossenschaft – nämlich die Generalversammlung – befolgen, würde dieses Recht auf eine mittelbare Einflussnahme durch eine drohende Abberufung obsolet werden.

2.2 Nichtbeherrschende Formen externer Steuerungsbefugnisse

In den gemischtprivaten und gemischtwirtschaftlichen Genossenschaften, die eine einfache kommunale Beteiligung aufweisen, haben die Kommunen eine Vielzahl von externen Handlungsinstrumenten zur Verfügung. Diese erlauben es, die Unternehmungen zu unterstützen und in engen Grenzen auch zu beeinflussen ohne sich dabei selbst an der Genossenschaft zu beteiligen.

Unter anderem gehören dazu auch

- Gestaltungsmöglichkeiten zugunsten von Genossenschaftsprojekten im Bereich der kommunalen Satzungsautonomie,
- Anreize für die Umsetzung von genossenschaftlichen

⁸⁹⁶ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 113; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 5 Rn. 9.

⁸⁹⁷ Vgl. *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2012, § 1 Rn. 113; *Helios/Strieder*, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009, § 5 Rn. 9.

Organisationsmodellen durch Gespräche und Informationen über die Gründung sowie von Fördermöglichkeiten durch die Erstellung von Leitfäden,

- Subventionen und Kooperationen mit Bürgergenossenschaften ohne Mitgliedschaft durch eine der zahlreichen Möglichkeiten öffentlich- und privatrechtlicher Vertragsgestaltung.

Mittels dieser Instrumente können die Kommunen das private Engagement in Genossenschaftsform fördern oder sich durch eine einfache Beteiligung am Unternehmen, das im lokalen Rahmen gewisse Leistungen erbringt, die im kommunalen Interesse gelegen sind, selbst zu entlasten.

Die meisten dieser Instrumente werden in der Praxis regelmäßig umgesetzt. So unterstützen Kommunen die Umsetzung von Energieprojekten im Rahmen von Bürgerenergiegenossenschaften durch die Zurverfügungstellung der Dachflächen ihrer Einrichtungen.^[898] Auch Wohnbaugenossenschaften, die Wohnraum für sozial benachteiligte Menschen und Flüchtlinge schaffen, werden gemeindeeigene Grundstücke überlassen.^[899] Günstige Pachtverträge zwischen Gemeinden und Schwimmbadgenossenschaften ermöglichen den Weiterbetrieb von den ehemaligen kommunalen Stadtbades.^[900]

2.3 Ergebnis

Auch wenn man unterschiedliche externe Steuerungsinstrumente heranzieht, kann kein beherrschender Einfluss einer Kommune in einer gemischtwirtschaftlichen Genossenschaft etabliert werden. Denn auch beim Außerbetrachtlassen der kommunalrechtlichen Zulässigkeit^[901], kann ein

⁸⁹⁸ Ausführlich dazu <http://www.beng-eg.de>, abgerufen am 09. März 2018.

⁸⁹⁹ Vgl. *Wonneberger*, Neues Wohnen auf dem Land, S. 29 ff.

⁹⁰⁰ Vgl. *Bätge*, Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, S. 175 ff.

⁹⁰¹ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 256 und *Janbernd Oebbecke*, Rechtliche Vorgaben für die Führung kommunaler Gesellschaften, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, Köln, 3. Auflage 2012, § 9 Rn. 45, dafür etwa *Siegels*, Konzernrecht, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.),

Beherrschungsvertrag keine rechtskonforme Möglichkeit zur Sicherstellung eines entscheidenden Einflusses für die Gemeinde darstellen. Doch ungeachtet der betrachteten – und ausgeschlossenen – Möglichkeiten zur Einflussnahme, existieren bereits zahlreiche Instrumente und Handlungsempfehlungen, die gemischtwirtschaftliche Genossenschaften realistisch fördern können und dadurch eine lokale Leistungserbringung im kommunalen Interesse ermöglichen und absichern.

VI. Wettbewerbsrechtliche Rahmenbedingungen des ÖBP-Modells

A. Die kommunale Genossenschaft im Vergaberecht

Die Gefahr einer potentiellen Monopolstellung ist zahlreichen öffentlichen Unternehmen immanent, da diese häufig in Bereichen tätig werden, in denen diese ein natürliches Monopol besitzen. Auch die kommunalen Genossenschaften sehen sich mit dieser Problematik konfrontiert, obwohl keine entsprechenden Fälle in der Judikatur zu finden sind. Mangels rechtswissenschaftlicher Quellen kommt diesem Abschnitt die Bedeutung einer Vorschau und Prognose auf Grundlage der aktuellen Rechtspolitik zu. Denn bei Betrachtung des zunehmenden Interesses an der Teilnahme der Bürger an kommunalen Genossenschaften, ist es abzusehen, dass das natürliche Monopol in den folgenden Jahren stärker in den Fokus rücken wird.

Aus ökonomischer Perspektive stellt die kommunale Genossenschaft das Resultat der wirtschaftlichen Kooperation auf kommunaler Ebene dar, die zwischen Gemeindebürgern und den lokalen Unternehmen erfolgt ist. Durch die Beteiligung der öffentlichen Verwaltung wird die Anzahl der Teilhaber der kommunalen Genossenschaft kleiner, womit oftmals eine Verringerung der Marktorientierung einhergeht.

„Der Oberbegriff Genossenschaft wird auf Kooperationsformen mit ganz verschiedenen wettbewerblichen Merkmalen angewandt“^[902], die natürlicherweise auch unterschiedliche Vor- und Nachteile aufweisen.

⁹⁰² Hamm, Genossenschaften und Mittelstand im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung. Schriften und Aufsätze. Festgabe des Instituts für Genossenschaftswesen an der Philipps-Universität Marburg zum 75. Geburtstag von Prof. Dr. Hamm/Fehl (Hrsg.), Göttingen 1997. S. 63.

Gesetzt des Falles, die Stadtwerke und die Versorgungsunternehmen würden einen Zusammenschluss anstreben, würde die Gefahr für die kommunale Genossenschaft bestehen, zu einem Kartell zu avancieren. Die Rechtspraxis des Kartellamtes blickt besorgt auf eine steigende Tendenz.^[903] Gleichzeitig klassifiziert das Bundeskartellamt jene Unternehmensallianzen, die durch Beteiligungen an Genossenschaften gebildet werden und deren Mitglieder aus juristischen Personen bestehen, als Gleichordnungskonzerne.^[904]

Wenn nun eine Kommune einen Auftrag bzw. eine Konzession an eine Genossenschaft erteilen will oder wenn sich umgekehrt eine Genossenschaft um einen Auftrag der Gemeinde bemüht, sind in beiden Fällen vergaberechtliche Bestimmungen zu berücksichtigen:

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bindet die Gemeinde bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auf einer verfassungsrechtlichen Ebene. *„Jeder Mitbewerber muss eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden.“*^[905]

Auch sind nationalrechtlich neben bestimmten Schwellenwerten auch die haushaltsrechtlichen Regelungen, die speziellen Landesvergabegesetze und - je nach Auftragsgegenstand - auch Vergabe- und Vertragsordnungen zu beachten.^[906] Sollten die Schwellenwerte überschritten werden, so kommt

⁹⁰³ Siehe Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1973 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (§ 50 GWB), BT-Ds. 7/2250 (1974), S. 98 f.; ferner die Berichte 1979/80 (BT-Ds. 9/565 1981), S. 82 f.) und 1981/82 (BT-Ds. 10/243 (1983), S. 66 f.).

⁹⁰⁴ Vgl. § 18 II AktG: „Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass das Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen“.

⁹⁰⁵ Bundesverfassungsgericht (Pressemitteilung vom 24. Oktober 2006), Beschränkung des Primärrechtsschutzes im Vergaberecht auf Auftragsvergaben oberhalb bestimmter Schwellenwerte verfassungsgemäß. Die einige staatlicher Stellen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auch unterhalb der Schwellenwerte, vgl. BVerfGE 116, S. 134 ff.

⁹⁰⁶ Überblick die „Rechtsbindungen der Kommunen und kommunaler Unternehmen unterhalb der Schwellenwerte“ siehe *Otting/Ohler/Olgmüller*, Vergaberecht, in: *Hoppe/Uechtritz/Reck* (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, Köln, 3. Auflage 2012, § 14 Rn. 29; auch vgl. *Lange Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 277.

das in §§ 97 bis 186 GWB verankerte Kartellvergaberecht zum Zug, das die europäischen Richtlinien ins nationale Recht überführte und damit für eine Zerteilung des nationalen Vergaberechts sorgte.^[907]

Im europäischen Kontext gilt es die Grundfreiheiten des Art 45 ff AEUV im Auge zu behalten und die primärrechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit anzuwenden.^[908]

1. Schwellenwerte im ÖBP-Modell

Die Schwellenwerte richten sich grundsätzlich nach dem Auftragsgegenstand und sind in der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe^[909], der Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste^[910] und der Richtlinie über die Konzessionsvergabe^[911] zu finden. Durch einen direkten Verweis in § 106 Abs. 2 GWB finden diese Schwellenwerte im nationalen Recht Anwendung.^[912] Die angeführten Schwellenwerte werden alle zwei Jahre von der Kommission überprüft und mittels Verordnung angepasst.^[913]

Damit das Kartellvergaberecht zur Anwendung gelangt, ist es notwendig, dass nicht nur die Schwellenwerte überschritten werden, sondern auch der sachliche und persönliche Anwendungsbereich eröffnet wird. Sobald diese

⁹⁰⁷ Vgl. *Josef Ruthig/Stefan Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage 2015, § 10 Rn. 1012; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage 2016, § 9 Rn. 1.

⁹⁰⁸ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 277.

⁹⁰⁹ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. Eu Nr. L 94 v. 28. März 2014, S. 65 ff.

⁹¹⁰ Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. EU Nr. L 94 v. 26. Februar 2014, S. 243 ff.

⁹¹¹ Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe, ABl. EU Nr. L 94 v. 28. März 2014, S. 1 ff.

⁹¹² Nr. 1 der Vorschrift verweist dabei auf Art. 4 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe, Nr. 2 auf Art. 15 der Sektorenrichtlinie und Nr. 4 auf Art. 8 der Konzessionsrichtlinie.

⁹¹³ Vgl. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge. Für den Sektorenbereich aus Art. 17 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie. Für den Vertragswert von Konzessionen aus Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen.

Voraussetzungen erfüllt sind, müssen die zu vergebenden Aufträge bzw. Konzessionen in Übereinstimmung mit den Vorschriften des GWB neu ausgeschrieben werden. Je nachdem, um welchen Auftragsgegenstand es sich handelt, ist auch die auf Grundlage der Verordnungsermächtigung des § 113 GWB erlassene Vergabeverordnung (VgV) und die Sektorenverordnung (SektVO) zu berücksichtigen, in denen die Einzelheiten des konkreten Vergabeverfahrens nach dem sog. Kaskadensystem des Kartellvergaberechts festgehalten werden.

2. Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts

2.1 Anwendbarkeit auf dem Gegenstand des Kartellvergaberechts I: Subjekt

Im Rahmen des persönlichen Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts (Subjekt) lassen sich drei verschiedene Auftraggeber voneinander unterscheiden: § 98 GWB differenziert zwischen öffentlichen Auftraggebern (vgl. § 99 GWB), Sektorauftraggebern (vgl. § 100 GWB) und Konzessionsgebern (vgl. § 101 GWB).

2.1.1 Öffentliche Auftraggeber

Nach § 99 Nr. 1 GWB stellen öffentliche Auftraggeber Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen (§ 99 Nr. 1 GWB) sog. institutionelle Auftraggeber dar, zu denen auch die Kommunen als klassische Auftraggeber^[914] zu zählen sind.^[915]

Daneben sind auch „andere juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen“ (§ 99 Nr. 2 GWB) als öffentliche Auftraggeber zu betrachten, wenn diese „überwiegend von Stellen nach Nummer 1 oder 3 einzeln oder gemeinsam

⁹¹⁴ Vgl. *Otting/Ohler/Olgemöller* § 14 Vergaberecht, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), *Handbuch kommunale Unternehmen*, 3. Auflage, 2012, § 14 Rn. 5.

⁹¹⁵ Vgl. *Klaus Lange*, *Kommunalrecht*, 2019, Kap. 14 Rn. 286.

durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden“ (§ 99 Nr. 2 lit a GWB), „ihre Leitung unter der Aufsicht durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 unterliegt“ (§ 99 Nr. 2 lit b GWB) oder „mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 bestimmt worden sind“ (§ 99 Nr. 2 lit c GWB).

Eine Beherrschung durch die überwiegende Finanzierung (vgl. (§ 99 Z 2 lit a GWB) ist in jenen Fällen gegeben, in denen der öffentliche Auftraggeber mehr als die Hälfte der für den Betrieb des Unternehmens notwendigen finanziellen Mittel bereitstellt. Dies kann auch durch das Halten von Geschäftsanteilen erfolgen, eine Beteiligung von über 50% verlangt wird, um darunter subsumiert werden zu können.^[916]

In diesem Zusammenhang sind Wohnungsbaugesellschaften^[917], Abfall-entsorgungsunternehmen, der Betrieb von Kläranlagen und öffentlichen Bädern^[918], sowie die „Versorgung von Wohnungen, Büros und öffentlichen Gebäuden einer Großstadt mit umweltfreundlich erzeugter Fernwärme durch eine städtische Eigengesellschaft“^[919] als Beispiele zu nennen, bei denen eine gewisse Staatsnähe vorliegt.^[920] Damit kann man generell sämtliche Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Sinne von Art. 28 Abs.2 Satz 1 GG als im Allgemeininteresse liegende Aufgaben im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB definieren.

Eine juristische Person gilt dann zur Erledigung der im allgemeine Interesse liegenden Aufgabe gegründet, wenn diese sich im aktuellen Zeitpunkt deren

⁹¹⁶ Vgl. *Fabry/Meininger/Kayser*, Vergaberecht in der Unternehmenspraxis, 2013, S. 25.

⁹¹⁷ Vgl. *Hanna Diehl*, § 98, in: Müller-Wrede (Hrsg.), GWB-Vergaberecht, Kommentar, 2014, Rn. 90 ff.; *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 7 Rn. 504; *Immenga/Mestmäcker*, GWB Kommentar, Auflage. 3, 2001, § 98 Rn. 90.

⁹¹⁸ Vgl. *Hanna Diehl*, § 98, in: Malte Müller-Wrede (Hrsg.), GWB-Vergaberecht, Kommentar, 2014, Rn. 111; *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 2 Rn. 7.

⁹¹⁹ Vgl. *Jan Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage 2016, § 9 Rn. 45.

⁹²⁰ Vgl. *Fabry/Meininger/Kayser*, Vergaberecht in der Unternehmenspraxis, 2013, S. 26.

Erledigung widmet.^[921]

Den Voraussetzungen des § 99 GWB nach handelt es sich sowohl bei kommunalen Eigengesellschaften und kommunalen Beteiligungsgesellschaften um öffentliche Auftraggeber, die in den persönlichen Anwendungsbereich des Kartellrechts fallen.

Neben den Kommunen kommen auch sog. projektbezogene Auftraggeber als öffentliche Auftraggeber nach § 99 Z 4 GWB in Betracht. Bei diesen handelt es sich um „natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts (...), in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Wettbewerbe von Stellen, die unter die Nummern 1, 2 oder 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 Prozent subventioniert werden“ (§ 99 Z 4 GWB).

2.1.2 Sektorenauftraggeber

Nach § 100 Abs. 1 Z 1 GWB handelt es sich bei Sektorenauftraggebern um öffentliche Auftraggeber, die eine Sektorentätigkeit im Bereich der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs (vgl. § 102 GWB) ausüben.^[922] Damit zählen zu den Sektorenauftraggebern jene Kommunen, die eine Sektorentätigkeit nach § 102 GWB ausüben, in Betracht, sowie auch kommunale Eigengesellschaften, Zweckverbände und Beteiligungsgesellschaften und gemischtöffentliche bzw. gemischtwirtschaftliche Genossenschaften, die die Voraussetzungen des § 99 Z 2 erfüllen.

⁹²¹ Vgl. *Immenga/Mestmäcker*, GWB Kommentar, Auflage. 3, 2001, § 98 Rn. 30; *Josef Ruthig/Stefan Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage 2015, § 10 Rn. 1027.

⁹²² *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 9 Rn. 57 ff.; Gemäß § 102 Abs. 1 GWB fallen darunter auf dem Gebiet des Wassers etwa "die Bereitstellung oder das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, der Fortleitung und der Abgabe von Trinkwasser" (Z 1) sowie "die Einspeisung von Trinkwasser in diese Netz" (Z 2).

Als Voraussetzung für die Stellung als Sektorenauftraggeber für natürliche und juristische Personen des privaten Rechts wird in § 100 Abs. 1 Z 2 lit a GWB angeführt, dass diese „diese Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten“ ausüben, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden. Diese werden in § 100 Abs 2 GWB als Monopol oder *„Rechte, die dazu führen, dass die Ausübung dieser Tätigkeit einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten wird und dass die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird“* näher definiert. Damit wird eine monopolähnliche Unternehmensstruktur verlangt, die einen direkten Einfluss der öffentlichen Verwaltung begründet und dadurch eine Abschottung bestimmter Märkte verursacht.^[923]

Der zweite Fall, in dem natürliche und juristische Personen des privaten Rechts als Sektorenauftraggeber auftreten können ist in § 100 Abs. 1 Z 2 lit b GWB beschrieben. Demnach gelten sie als solche, wenn öffentliche Auftraggeber (vgl. § 99 Z 1 bis 3 GWB) „auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können. Dieser beherrschende Einfluss wird nach § 100 Abs. 3 GWB vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber

- unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt (Z 1);
- über die Mehrheit der mit den Anteilen am Unternehmen verbundenen Stimmrechte verfügt (Z 2); oder
- mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs-, oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann (Z 3).

Sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind und damit ein beherrschender

⁹²³ Vgl. *Fabry/Meininger/Kayser*, Vergaberecht in der Unternehmenspraxis, 2013, S. 31; *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 9 Rn. 11 und Rn. 57 ff.

Einfluss erfolgt, wird die Genossenschaft als Sektorenauftraggeber eingestuft, die beim Überschreiten eines bestimmten Schwellenwertes bei der Auftragsvergabe an die besonderen Bestimmungen des Kartellrechts gebunden ist.

2.1.3 Konzessionsgeber

Bei einem Konzessionsgeber handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber, der eine Konzession vergibt (§ 101 Z 1 GWB) oder einen Sektorenauftraggeber, der eine Konzession zum Zweck der Ausübung der jeweiligen Tätigkeit vergibt (§ 101 Z 2 und 3 GWB). Eine Ausnahme in diesem Zusammenhang stellt die funktionale Privatisierung kommunaler Aufgaben dar. So sei in diesem Zusammenhang auf das derzeit auf unbestimmte Zeit ausgesetzte Vergabeverfahren rund um das Berliner Stromnetz hingewiesen für das sich unter anderem auch die Genossenschaft „Bürger-Energie-Berlin“ beworben hatte.^[924]

2.2 Anwendbarkeit auf dem Gegenstand des Kartellvergaberechts II: Objekt

Der sachliche Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts (Objekt) richtet sich nach dem Vergabegegenstand und grenzt damit öffentliche Aufträge und Konzessionen voneinander ab.

Bei öffentlichen Aufträgen handelt es sich nach § 103 Abs. 1 GWB um „entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben“. Die Konzession hingegen stellt gemäß § 105 Abs. 1 GWB einen entgeltlichen Vertrag dar, mit dem „ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen“ mit der Erbringung von bestimmten

⁹²⁴ Zu den Zielen der Genossenschaft „Bürger-Energie-Berlin“ vgl. <http://www.buerger-energie-berlin.de/wer-wir-sind>, abgerufen am 09 März 2018.

Leistungen betrauen. Bei diesen Leistungen kann es sich um Bauleistungen (sog. Baukonzessionen) oder um Dienstleistungen (sog. Dienstleistungskonzessionen) handeln.^[925] Als Gegenleistung für die Betrauung mit einer bestimmten Aufgabe erhält das Unternehmen das „Recht zur Nutzung des Bauwerks oder dieses Recht zuzüglich einer Zahlung“ (§ 105 Abs. 1 Z 1 GWB oder „in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung“ (§ 105 Abs. 1 Z 2 GWB).

3. In-House-Vergabe und die interkommunale Genossenschaft

Eine wettbewerbsrechtliche In-House-Vergabe liegt in jenen Fällen vor, in denen die Auftragsvergabe öffentlicher Verwaltung durch Vertrag an öffentliche Unternehmen, die kommunale Genossenschaften einschließen, erfolgt. Diese setzt kein Vergabeverfahren voraus, sondern die Auftragsvergabe erfolgt nur formal an ein außenstehendes Unternehmen, da sowohl der Auftraggeber als auch der Beauftragte öffentliche Unternehmen darstellen.^[926]

Die vergaberechtliche Irrelevanz solcher In-House-Geschäfte leitet sich aus § 108 GWB ab und schließt die Anwendung vergaberechtlichen Regelungen bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen in bestimmten Fällen explizit aus. Die in § 108 Abs. 2 GWB angeführten Voraussetzungen sind besonders sorgfältig zu überprüfen, da eine Fehleinschätzung nach § 135 GWB zur Unwirksamkeit des Vergabevertrages führen kann.^[927]

Im engen Zusammenhang mit der In-House-Vergabe steht auch die

⁹²⁵ Gemäß § 105 Abs. 2 Satz 1 GWB liegt der Unterschied zwischen der Vergabe eines öffentlichen Auftrags und der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession darin, dass bei der Vergabe einer Konzession „das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer“ übergeht.

⁹²⁶ Vgl. *Immenga/Mestmäcker*, GWB Kommentar, Auflage. 3, 2001, § 99 Rn. 18 ff.; *Hailbronner*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Kapitel B 5 Rdnr. 56; *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht GWB, § 99 Rdnr. 51; *Röhl*, Der Anwendungsbereich des Vergaberechts (BGHZ 148, 55), JuS 2002, 1053 ff.

⁹²⁷ Vgl. *Kaiser* in: *Kaiser/Nusser/Schrammel*, Praxishandbuch Facility Management, S. 28; *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 9 Rn. 95 ff.

interkommunale Genossenschaft, deren Mitglieder sich aus öffentlich-rechtlichen Körperschaften zusammensetzen und gemeinsam eine interkommunale Kooperation bilden, die von zwei oder mehreren Kommunen gebildet wird, um gemeinsam öffentliche Leistungen zu erbringen. Das bereits seit langem bewährte Organisationsmodell richtet seinen Fokus in erster Linie auf die Senkung der Kosten und eine Steigerung der Effizienz, die zu einer bedeutenden Verwaltungsmodernisierung beitragen sollen. Diese positiven Effekte werden durch unterschiedliche Maßnahmen erzielt, zu denen die Verknüpfung organisatorischer Instanzen durch einen gemeinsamen Träger, die gemeinsame Inanspruchnahme der Infrastruktur, das Erbringen eigener Leistungen für den Partner usw. zählen.

An dieser Stelle kommt man nicht um die Frage umhin, ob die Prinzipien der In-House-Vergabe auch bei den interkommunalen Kooperationen zur Anwendung gelangen.^[928] Mit dieser Problematik hat sich der EuGH ausführlich in mehreren Entscheidungen befasst und zunächst die gestellte Frage eindeutig bejaht, und Spanien für die damals in Geltung stehende Regelung gerügt, wonach Kooperationsvereinbarungen zwischen Einrichtungen des öffentlichen Rechts pauschal vom Anwendungsbereich der Vergaberechts ausgenommen werden konnten.^[929] Dieser Ansicht ist jedoch nicht uneingeschränkt zuzustimmen, da dabei der Charakter der kommunalen Kooperationen als Verwaltungsvorgänge verkannt wird, der durchaus mit der Amtshilfe verglichen werden kann, die nach Art. 35 GG obligatorisch ist.^[930]

Eine klare Position zu dieser Problematik bezog der europäische

⁹²⁸ Vgl. *Gurlit/Ruthig/Storr*, Klausurenkurs im Öffentlichen Recht, S. 416; *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 2 Rn. 61.

⁹²⁹ Vgl. EuGH v. 13. 01. 2005, Rs C-84/03, Rz. 47, NVwZ 2005, 431.

⁹³⁰ Vgl. *Gurlit/Ruthig/Storr*, Klausurenkurs im Öffentlichen Recht, S. 416; *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 2 Rn. 61 und § 9 Rn. 99 ff.

Gesetzgeber mit der Richtlinie 2014/24/EU^[931], die im § 108 GWB ins nationale Recht überführt worden ist^[932] und in Bezug auf die interkommunale Kooperation regelt, dass es dabei gleich wie bei der In-House-Vergabe keines Vergabeverfahrens bedarf. Mit dem Erlass der Richtlinie kam es zu einer lang erwarteten gesetzlichen Regelung des In-House-Vergabeverfahrens und der interkommunalen Kooperationen, die bereits mehrfach vor dem EuGH^[933] wiederholt worden sind.

Damit gelten die Regelungen des § 108 GWB für die In-House-Vergabe auch im Falle von interkommunalen Kooperationen, die sich aus öffentlich-rechtlichen Körperschaften zusammensetzen und sich organisatorisch für die Form der Genossenschaft entschieden haben.^[934]

An dieser Stelle kann eine Unterteilung der interkommunalen Genossenschaften ins Spiel kommen: Der erste Fall erfasst solche interkommunalen Genossenschaften, die sich zur Gänze aus Gebietskörperschaften oder öffentlichen Unternehmen zusammensetzen und nichts anderes als eine organisatorische ÖÖP darstellen. Der zweite hingegen fasst interkommunale Genossenschaften zusammen, an denen sich öffentliche Unternehmen beteiligen, die aus Kommunen, kommunalen Unternehmen, Bürgern und privaten Unternehmen bestehen.

Bei der interkommunalen Genossenschaft findet eine sog. „echte“ Kooperation statt, die auf den waagrechten Verhältnissen zwischen den öffentlichen Stellen beruht und auf Basis dieser Tatsache

⁹³¹ Richtlinie 2014/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG.

⁹³² § 108 GWB regelt erstmalig den Bereich der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit, die von der Geltung des Vergaberechts ausgeschlossen wird.

⁹³³ EuGH v. 09. 06. 2009, C-480/06, Slg. 2009, I-04747, insb. Rz. 31 ff.; EuGH v. 13. 01. 2005, C-84/03, Slg. 2005, I-00139, Rz. 37 ff.

⁹³⁴ Vgl. *Dietlmeier*, Rechtsfragen der Publizität im kommunalen Unternehmensrecht, 2015, S. 298. Auf Überlegungen im Zusammenhang einer Leistung am Markt, es gilt allerdings nur für die sog. „echte“ Zusammenarbeit ausschließlich öffentlicher Auftraggeber ohne jede Beteiligung privaten Kapitals.

ausschreibungsfrei gestellt wird.^[935] Der Verzicht auf einen Leistungseinkauf am freien Markt baut dabei darauf auf, dass nur öffentliche Auftraggeber beteiligt sind, die unter der Berücksichtigung der öffentlichen Interessen agieren.^[936]

Sollte es zu einer Kooperation zwischen öffentlichen Stellen und einer gemischtwirtschaftlichen Genossenschaft kommen, ist diese nicht von der Vergabefreiheit erfasst. Zu solchen Fallkonstellationen ist die sog. Bürgergenossenschaft (gemischtwirtschaftliche Genossenschaft bzw. Multi-Stakeholder-Genossenschaft) zu zählen, bei der es fraglich ist, ob diese als ein Mitglied der interkommunalen Genossenschaft taugt.^[937] Nach herrschender Ansicht stellt diese keine Form der interkommunalen Kooperation dar, da sich an dieser nicht ausschließlich öffentlich-rechtliche Unternehmungen beteiligen.^[938]

Weiterführend kann man die Diskussion anregen, ob eine solche Bürgergenossenschaft nun grundsätzlich als ein privater Kapitalgeber anzusehen ist oder ob es eher zielführend wäre, dieser Form der Sozialgenossenschaft einen eigenen rechtlichen Status und eine damit einhergehende Sonderbehandlung zukommen zu lassen.

Denn grundsätzlich betrachtet handelt es sich bei Sozialunternehmen und

⁹³⁵ Vgl. EuGH v. 09. 06. 2009, C-480/06, Slg. 2009, I/04747, insb. Rz. 31 ff., im Falle der Stadtreinigung Hamburg hat der EuGH den Vertrag über die Zusammenarbeit der Landkreise Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingb. und Stade mit der Stadtreinigung Hamburg als interkommunale Zusammenarbeit vom Vergaberecht freigestellt.

⁹³⁶ Vgl. *Immenga/Mestmäcker*, GWB Kommentar, Auflage. 3, 2001, § 98 Rn. 35 ff.; *Ottling/Ohler/Olgemöller*, § 14 Vergaberecht, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch kommunale Unternehmen, 3. Auflage, 2012, § 14 Rn. 3, S. 648.; EuGH v. 13. 01. 2005, C-84/03, Slg. 2005, I-00139, Rz. 37 ff.

⁹³⁷ *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 1 Rn. 44 ff.

⁹³⁸ *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 1 Rn. 44 ff.; *Ahles*, Konkurrenz oder Kooperation? Genossenschaften und Perspektiven der Wohlfahrtsverbände, in: Schmale/Blome-Drees (Hrsg.), Genossenschaft innovativ: Genossenschaften als neue Organisationsform in der Sozialwirtschaft, Springer VS, 2017, S. 125: „Nicht von der Freistellung erfasst ist der Vertrag zwischen der Stadtreinigung Hamburg und der Betreiberin der Müllverwertungsanlage „Rügenberger Damm“, einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen“.

Marktunternehmen um Antagonisten. Erstere erfassen nichtöffentliche, kommerzielle Unternehmen, die am Markt agieren und sich dabei im Rahmen von Corporate Citizenship und Corporate Social Responsibility engagieren. Da sich viele der Sozialgenossenschaften auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge betätigen, werden auch von Seiten der EU Ausnahmebestimmungen im europäischen Wettbewerbsrecht angestrebt, die vor allem die Ausschreibungskonkurrenz und die Lizenzvergabe der Dienstleistung regeln sollen, um den Gestaltungsspielraum für Sozialgenossenschaften zu erhöhen. Dies stellt eine begrüßenswerte Entwicklung dar, da sich viele ÖBP-Modelle als sozialwirtschaftliche Unternehmen darstellen und nur mit großen Schwierigkeiten unter das normale Marktverständnis subsumiert werden können.

Der § 108 GWB erfasst zwei Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, die beide unterschiedliche Formen der öffentlich-rechtlichen Zusammenarbeit betreffen. Dabei werden die vertikale (§ 108 Abs. 1 bis 5 GWB) und die horizontale (§ 108 Abs. 6 GWB) Ebene voneinander abgegrenzt.^[939] Während die Kooperation auf vertikaler Ebene die sog. In-house-Vergabe erfasst, fällt unter die horizontale Zusammenarbeit die interkommunale Kooperation.^[940]

3.1 In-house-Vergabe

Wie bereits beschrieben, untersagt § 108 Abs. 1 GWB die Anwendung der Bestimmungen des Kartellrechts bei der Vergabe öffentlicher Aufträge an eine juristische Person, wenn

⁹³⁹ Vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 18/6281, Zu § 108, S. 79; *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 1 Rn. 44 ff.

⁹⁴⁰ Siehe *Wagner/Piesbergen*, Neue Entwicklungen zur vergaberechtsfreien öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit - Zum Leitfaden und den Reformvorschlägen der Kommission über die Anwendung des EU-Vergaberechts, NVwZ 2012, S. 653 ff.; *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 1 Rn. 44 ff.

- der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt (§ 108 Abs. 1 Z 1 GWB);
- mehr als 80 Prozent der Tätigkeit der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde (§ 108 Abs. 1 Z 2 GWB); und
- an der juristischen Person – unberücksichtigt einiger Ausnahmen – keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht (§ 108 Abs. 1 Z 3 GWB).^[941]

In § 108 Abs. 2 GWB definiert der Gesetzgeber den Begriff der Kontrollausübung des § 108 Abs. 1 Z 1 GWB näher und legt eine widerlegbare Vermutung fest, wonach die Ausübung dieser Kontrolle dann vorliegt, „wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt“, wonach diese Kontrollfunktion auch von einer anderen juristischen Person übernommen werden kann, „die von dem öffentlichen Auftraggeber auf die gleiche Weise kontrolliert wird“.

Wenn alle drei Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 GWB kumulativ erfüllt sind, kann eine In-House-Vergabe an eine Genossenschaft erteilt werden. Jedoch gilt es an dieser Stelle festzuhalten, dass vor allem die Bedingung der erweiterten Kontrolle, die jener über eine eigene Dienststelle entspricht, nur in sehr seltenen Fällen zu finden sein wird. Denn solch weitreichende Einflussmöglichkeiten sind mit den Prinzipien des Genossenschaftsrechts grundsätzlich (bis auf sehr wenige Ausnahmen) nicht vereinbar.

⁹⁴¹ Gemäß § 108 Abs. 8 GWB gilt dies „entsprechend für Sektorenauftraggeber [...] hinsichtlich der Vergabe von öffentlichen Aufträgen sowie für Konzessionsgeber [...] hinsichtlich der Vergabe von Konzessionen.“

An dieser Stelle kann man sogleich zum § 108 Abs. 4 GWB übergehen, der auch dann einen Ausschluss der Anwendungen des Kartellvergaberechts auf öffentliche Aufträge anordnet, wenn der öffentliche Auftraggeber keine solch weitreichenden Kontrollfunktionen innehat. Stattdessen

- muss der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausüben wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen (§ 108 Abs. 4 Z 1 GWB);
- dienen mehr als 80 Prozent der Tätigkeit der juristischen Personen der Ausführung von Aufgaben, mit denen sie von den öffentlichen Auftraggebern oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut worden ist (§ 108 Abs. 4 Z 2 GWB); und
- besteht an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung (§ 108 Abs. 4 Z 3 GWB).^[942]

Im Vergleich mit § 108 Abs. 1 GWB kommt der § 108 Abs. 4 GWB dann zur Anwendung, wenn mehrere öffentliche Auftraggeber an dem Projekt beteiligt sind. In diesen Fällen ist nach § 108 Abs. 5 GWB dann eine gemeinsame Kontrolle der öffentlichen Auftraggeber über den Auftragnehmer (vgl. § 108 Abs. 4 Z 1 GWB) anzunehmen, wenn

- sich die beschlussfassenden Organe der juristischen Person aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen, wobei ein Vertreter durchaus ausreichend ist (§ 108 Abs. 4 Z 1 GWB);
- die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausüben können (§ 108 Abs.

⁹⁴² Vgl. Ebd.

4 Z 2 GWB); und

- die juristische Person keine Interessen verfolgt, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.

In Bezug auf die Ausnahmen, die eine private Kapitalbeteiligung an der juristischen Person erlauben, verweist § 108 Abs. 4 Z 3 GWB auf § 108 Abs. 1 Z 3 GWB, damit eine In-House-Vergabe auch an eine gemischtwirtschaftliche Genossenschaft erfolgen kann.

3.2 Interkommunale Kooperation

In § 108 Abs. 6 GWB wird die horizontale Kooperation zwischen mehreren öffentlichen Auftraggebern geregelt, die ebenso eine Ausnahme von der Anwendbarkeit kartellrechtlicher Vorschriften bildet. Sofern es sich bei den öffentlichen Auftraggebern um Kommunen handelt, wird diese Zusammenarbeit als interkommunale Kooperation bezeichnet.^[943] So sind diese Kooperationen von den Kartellverböten ausgenommen, wenn

- der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden (§ 108 Abs. 6 Z 1 GWB);
- die Durchführung der Zusammenarbeit nach Z 1 ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird (§ 108 Abs. 6 Z 2 GWB); und
- die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit nach Z 1 erfasst sind (§ 108 Abs. 6 Z 3 GWB).

⁹⁴³ Vgl. *Thorsten Ingo Schmidt*, Kommunale Kooperation, 2005, S. 55-136; Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 18/6281, Zu § 108, S. 81.

Dabei sind die öffentlichen Auftraggeber vom Gesetz nicht zur „zur Einhaltung einer bestimmten Rechtsform verpflichtet“^[944], so dass sich mehrere Kommunen auch zu einer Genossenschaft zusammenschließen können, ohne dabei bestimmte kartellrechtliche Vorschriften berücksichtigen zu müssen.^[945]

4. Ergebnis

Wenn eine Kommune als öffentlicher Auftraggeber in Erscheinung tritt, ist sie aufgrund kartellrechtlicher Vorschriften an zahlreiche Bestimmungen hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen und Konzessionen an Genossenschaften gebunden. Neben dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gilt es auch unterhalb bestimmter Schwellenwerte die regionalen Regelungen der einzelnen Bundesländer zu berücksichtigen.^[946] Sobald die Schwellenwerte überschritten werden, kommt auch das im Rahmen des GWB kodifizierte Kartellrecht zur Anwendung, wenn es zu einer Vergabe eines kommunalen Auftrages an eine Genossenschaft kommt. Rein theoretisch ist es in diesem Fall auch denkbar, dass die Genossenschaft selbst ein Auftraggeber im Sinne des GWB ist – dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn diese von einem oder mehreren kartellrechtlichen Auftraggebern beherrscht werden würde.

Allerdings beinhaltet das GWB einige bedeutende Ausnahmen, mit denen er bestimmte Tatbestände von seinem Anwendungsbereich ausnimmt. Im Zusammenhang mit kommunalen Genossenschaften spielt hier vor allem die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Einrichtungen eine wichtige Rolle,

⁹⁴⁴ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 18/6281, Zu § 108, S. 82.

⁹⁴⁵ Auf die Kooperationshoheit der Kommunen vgl. *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar* Bd. II, 3. Auflage 2015, Art. 28 Rn. 128; Siehe zur EuGH, Urt. v. 09. Juni 2009, Rs. C-480/06, Slg. 2009, I-04747: „zeitweise Gefahren [drohten,] durch eine Judikatur, die die Gründung interkommunaler Unternehmen dem Vergaberecht unterwarf“.

⁹⁴⁶ So beispielsweise das Tariftreue- und Vergabegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (TVgG NRW).

die bei einer sog. In-House-Vergabe gegeben ist. Auch eine kommunale Beteiligung an der auftragsnehmenden Genossenschaft, die mit einem beherrschenden Einfluss der Gemeinde auf das Unternehmen einhergeht, bildet eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Kartellrechts. Diese bleibt erhalten auch wenn Privatpersonen an dieser Unternehmung beteiligt sind, jedoch keinen beherrschenden Einfluss auf deren Entscheidungen haben.

Ebenso sind interkommunale Genossenschaften, die zur Erledigung kommunaler Aufgaben eingerichtet werden, und Auftragsvergaben, die nichtwirtschaftliche Dienstleistungen erfassen (§ 108 Abs. 8 GWB) von der Ausschreibungspflicht befreit.

B. Kommunale Genossenschaften und das Beihilfenrecht

Oftmals stellt eine Genossenschaft ein sich wirtschaftlich betätigendes Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Die Wirtschaftlichkeit verlangt in diesem Fall eine unionskonforme Interpretation, die im Vergleich zum kommunalrechtlichen Begriffsverständnis weiter ausgelegt ist. So fallen auch jene Betätigungen darunter, die im nationalen Recht als nichtwirtschaftlich zu klassifizieren sind. Als Maßstab für die Auslegung der Wirtschaftlichkeit im Art. 107 Abs. 1 AEUV dient der Marktbezug, der in seinem persönlichen Anwendungsbereich die Unternehmereigenschaft voraussetzt.^[947] Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH handelt es sich bei einem Unternehmen um „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“, die das Ziel verfolgt, auf einem Markt Güter oder Dienstleistungen anzubieten.^[948]

⁹⁴⁷ Vgl. *Patjens*, Förderrechtsverhältnisse im Kinder- und Jugendhilferecht, S. 204.

⁹⁴⁸ Vgl. EuGH, Rs C-218/00.

Somit spielt es bei der Betrachtung aus der unionsrechtlichen Perspektive keine entscheidende Rolle, wie die Beteiligungsverhältnisse zwischen Kommune und Privaten der Genossenschaft im Konkreten ausgestaltet sind, da sowohl öffentliche als auch private und gemischte Unternehmen dem unionsrechtlichen Beihilferecht gleichermaßen unterstehen.

Damit kann eine Beihilfe, die an eine Genossenschaft geleistet worden ist, genauso eine Verfälschung des freien Wettbewerbs nach sich ziehen und damit von der Regelung erfasst werden. Denn die Kommission hat die Bedeutung der Genossenschaften frühzeitig erkannt und dieser Rechtsform gewisse Vorteile verschafft, worunter beispielsweise die Ausnahme von Steuervergünstigungen im Anwendungsbereich des Art. 107 Abs. 1 AEUV fallen. Damit sind auch im Unionsrecht zahlreiche Rechtfertigungen und Ausnahmen festgelegt, die im Bereich der lokalen Leistungserbringung, die im kommunalen Interesse erfolgt, anwendbar sind. Diese bieten ein enormes Unterstützungspotential zugunsten der kommunalen Genossenschaften.

Das europäische Beihilfenrecht sieht grundsätzlich keine Leistungen an Genossenschaften vor, die Dienstleistungen lokaler Natur erbringen oder die Voraussetzungen des Altmark Trans-Urteils^[949] erfüllen. Ebenso sind Leistungen ohne Marktbezug und Zuwendungen an Genossenschaften, die mit nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erfüllen, von den Beihilfen ausgeschlossen.

Auch der Art. 106 Abs. 2 AEUV ermöglicht eine Ausnahme des Beihilfenverbotes für „Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind“. In einem direkten Zusammenhang zu diesen Dienstleistungen steht der Freistellungsbeschluss, der unbegrenzte Zuschüsse an Genossenschaften erlaubt, die mit sozialen Dienstleistungen, die keiner Notifizierungs- und Genehmigungspflicht

⁹⁴⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747.

unterliegen beauftrag sind.^[950] Ebenso unterliegen jene Unternehmen der Befreiung der Beihilfenverbote, die gewisse Schwellenwerte, die in der De-minimis-Verordnung^[951] angeführt sind, nicht überschreiten. Auch der neue legislative Rahmen der EU stellt einige Ausnahmen zur Verfügung, die jedoch weiterhin notifizierungs- und genehmigungspflichtige Leistungen betreffen.

In Anbetracht des grundsätzlichen Beihilfenverbotes und des parallel verlaufenden Wildwuchses an Ausnahmen und Sonderregelungen, stellt sich die Frage, ob derartige Subventionen und Beihilfen von dritter Seite nicht den eigentlichen Zweck einer Genossenschaft unterlaufen, der auf dem Grundsatz der Selbsthilfe aufbaut.^[952]

1. Das Beihilfeverbot aus Art. 107 Abs. 1 AEUV

Bei jeder finanziellen Unterstützung einer kommunalen Genossenschaft hat die Kommune neben den ferner genauer behandelten europarechts-spezifischen Bestimmungen auch landesspezifische haushaltsrechtliche Regelungen zu beachten.^[953] Gleichzeitig dürfen die Grundrechte konkurrierender Unternehmen nicht aus der Betrachtung herausgenommen werden^[954], wobei hier insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG zu berücksichtigen sind.^[955] Denn bei der kommunalen Förderung einer Genossenschaft kann es dazu kommen, dass eine Wettbewerbsverzerrung provoziert und der Konkurrent vom Markt gedrängt wird, was indirekt eine Analogie zur objektiven Berufsausübungsregelung bildet.^[956] Aufgrund des

⁹⁵⁰ Beschluss 2012/21/EU, Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2.

⁹⁵¹ Verordnung (EU) 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABI. EU Nr. L 114 v. 26. April 2012, S. 8 ff.

⁹⁵² Vgl. *Michael Stappel*, Die deutschen Genossenschaften 2012, S. 21; *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 266 ff.

⁹⁵³ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 267.

⁹⁵⁴ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 267.

⁹⁵⁵ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 267.

⁹⁵⁶ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 267.

hohen Eingriffspotentials sind die Rechtfertigungsmaßstäbe in Bezug auf Beihilfen an kommunale Genossenschaften hoch anzusetzen. Denn sofern kein hinreichend sachlicher Grund für die Förderung vorgeführt werden kann, stellt sich die zugewandte Leistung als unvereinbar mit dem Art. 3 Abs. 1 GG dar.^[957]

1.1 Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Art. 107 Abs. 1 AEUV besagt, dass „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar [sind], soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Von dem Wortlaut der zentralen Bestimmung des europäischen Beihilfenrechts werden auch kommunale Beihilfen an Genossenschaften erfasst.^[958]

a) Unternehmensbegriff

Ein Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV stellt jede „eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform oder [der] Art ihrer Finanzierung“ dar.^[959] Eine Gewinnerzielungsabsicht wird nicht vorausgesetzt^[960], so dass auch gemeinnützige Unternehmen dem Anwendungsbereich der Vorschrift unterstehen.^[961] Aus Art. 106 Abs. 1 und 2 AEUV kann darüber hinaus

⁹⁵⁷ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 267.

⁹⁵⁸ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 270.

⁹⁵⁹ Vgl. Kommission der Europäischen Union, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AB1. EU Nr. C 262 v. 19. Juli 2016, S. 1 (S. 3 Rn. 7 ff.). Zum unionsrechtlichen Begriff des Unternehmens vgl. auch *Weiß*, Art. 101 AEUV, in: *Dalliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage 2016, Rn. 25.

⁹⁶⁰ Vgl. *Wolfgang Weiß*, Art. 101 AEUV, in: *Christian Calliess/Matthias Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage 2016, Art. 101 Rn. 25; *Wolfgang Cremer*, Art. 107, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage 2016, Rn. 27.

⁹⁶¹ Vgl. *Wolfgang Weiß*, Art. 101 AEUV, in: *Christian Calliess/Matthias Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage 2016, Art. 101 Rn. 25.

abgeleitet werden, dass die unionsrechtlichen Wettbewerbsbestimmungen sowohl auf private als auch auf öffentliche Unternehmen anzuwenden sind.^[962] Für die Klassifizierung letzterer ist nicht die Rechtsform entscheidend, sondern die Möglichkeit der öffentlichen Hand „auf Grund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstigen Bestimmungen [...] einen beherrschenden Einfluss [auf das Unternehmen]“ auszuüben.^[963] Damit fallen kommunale Genossenschaften zweifelsfrei unter den persönlichen Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Beihilferechts, unabhängig davon, wie und in welchem Ausmaß die Kommune tatsächlich an der Unternehmung beteiligt ist.

b) Marktbezug der Unternehmenstätigkeit

Eine wirtschaftliche Tätigkeit einer Genossenschaft ist in Übereinstimmung mit den einschlägigen Regelungen des AEUV dann anzunehmen, wenn ihre Tätigkeit darauf gerichtet ist, auf einem bestimmten Markt Waren oder Dienstleistungen anzubieten („Austausch von Leistungen oder Gütern am Markt“^[964]).^[965] Wenn diese Leistung auch in jenem Fall denkbar ist, in dem ausschließlich private Unternehmen agieren, kann sie als wirtschaftlich

⁹⁶² Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, 6. Aufl. 2019, § 17 Rn. 23. Gemäß Art. 106 Abs. 1 AEUV werden die „Mitgliedstaaten [...] in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Verträgen und insbesondere den Artikeln 18 und 101 bis 109 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.“ Art. 106 Abs. 2 AEUV bestimmt, dass für „Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, [...] die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln [nur gelten], soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf [dabei] nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft“.

⁹⁶³ So die Definition in Art. 2 b) der Kommission der Europäischen Union in der Richtlinie 2006/111/EG der Kommission über die Transparenz der finanziellen Beteiligungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, AB1. EU Nr. L 318 v. 16. November 2006, S. 17 (19 [Art. 2b])).

⁹⁶⁴ *Wolfgang Weiß*, Art. 101 AEUV, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage 2016, Art. 101 Rn. 29.

⁹⁶⁵ Vgl. *Wolfgang Cremer*, Art. 107, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage 2016, Art. 107 Rn. 27.

klassifiziert werden.^[966]

Wie bereits kurz angesprochen, resultiert der marktbezogene Wirtschaftlichkeitsbegriff in einem weiteren Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Wettbewerbsregelungen im Vergleich zu dem landesspezifischen Kommunalrecht der einzelnen Länder. Die Konsequenz aus der unterschiedlichen Einstufung ist die Erfassung sämtlicher wirtschaftlicher Betätigungen durch Art. 107 Abs. 1 AEUV, die eigentlich vom kommunalen Recht als nichtwirtschaftlich betrachtet werden.

c) Beihilfebegriff

Unter den Begriff der Beihilfe fallen nicht nur Leistungsgewährungen in Form von Finanzausschüssen oder Subventionen, sondern auch Befreiungen von abzulebenden Leistungen.^[967] Eine Befreiung von einer finanziellen Verpflichtung ist beispielsweise bei Vergünstigungen beim Grundstückserwerb oder einer Befreiung von bestimmten öffentlichen Abgaben gegeben.^[968] Damit ist eine Zuwendung der Kommune an ein Unternehmen in all jenen Fällen als eine Beihilfe im Sinne des Gesetzes zu klassifizieren, wenn dieses „die Leistung ohne angemessene, d. h. marktübliche Gegenleistung erhält und dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil gegenüber möglichen Wettbewerbern erlangt“.^[969]

d) Verfälschung des Wettbewerbs

Eine Wettbewerbsverfälschung liegt vor, wenn eine Wettbewerbssituation zwischen dem begünstigten Unternehmen und anderen in dieser Branche tätigen Unternehmen besteht (wobei sich dieses auch in einem anderen

⁹⁶⁶ Vgl. *Wolfgang Weiß*, Art. 101 AEUV, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage 2016, Art. 101 Rn. 29; *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 1 Rn. 17 ff.

⁹⁶⁷ Vgl. *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 270; *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 2 Rn. 272 ff.

⁹⁶⁸ Vgl. *Schmidt*, Rechtliche Rahmenbedingungen und Perspektiven der Privatisierung, DÖV 2014, S. 357 (360); *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 2 Rn. 272 ff.

⁹⁶⁹ *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 270.

Mitgliedstaat befinden kann)^[970] und sich die Wettbewerbssituation des begünstigten Betriebes durch die kommunale Zuwendung faktisch oder potentiell verbessert.^[971]

1.2 Ausnahmen vom Anwendungsbereich

a) Dienstleistungen mit ausschließlich lokalem Charakter

Es finden sich zahlreiche Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Art. 107 AEUV, darunter auch eine, die Dienstleistungen mit einem ausschließlich lokalen Charakter betrifft.^[972] In diesem Fall wird von der Gesetzgebung das Vorliegen einer grenzüberschreitenden Wettbewerbssituation verneint. Zu solchen Sachverhalten, die einen rein lokalen Bezug aufweisen, gehören unter anderem unterstützende Maßnahmen an Unternehmen, die sich ausschließlich mit den Belangen der Gemeindebewohner befassen. Dabei kann an Schwimmbäder, Krankenhäuser, Museen oder lokale kulturelle Veranstaltungen gedacht werden.^[973]

Jedoch wird die Anwendung des Begünstigungsverbotes nicht nur aufgrund der lokalen Natur des Tätigkeitsgebietes eines Unternehmens verneint – denn es ist durchaus denkbar, dass solche Aufgaben mit einem direkten lokalen Bezug auch von anderen Wettbewerbern aus anderen Mitgliedstaaten erledigt werden könnten.^[974] Ganz im Gegenteil handelt es sich hier nicht um eine Grundregel, sondern um eine einzelfallbezogene

⁹⁷⁰ Vgl. *Annette Guckelberger*, Die Rekommunalisierung privatisierter Leistungen in Deutschland, *VerwArch* 104 (2013), S. 161 (184 f.).

⁹⁷¹ Vgl. *Khan*, Art. 107 AEUV, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), *AEUV, Kommentar*, 6. Auflage 2017, Rn. 15, wobei bei „bloß [der] potentiellen Verfälschung [...] diese hinreichend konkret sein“ muss.

⁹⁷² Vgl. *Pauly/Jedlitschka*, Die Reform der EU-Beihilferegeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und ihre Auswirkungen auf die kommunale Praxis, *DVBI* 2012, S. 1269 (1271).

⁹⁷³ Vgl. *Walter Pauly/Nora Jedlitschka*, Die Reform der EU-Beihilferegeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und ihre Auswirkungen auf die kommunale Praxis, *DVBI* 2012, S. 1271.

⁹⁷⁴ Vgl. *Walter Pauly/Nora Jedlitschka*, Die Reform der EU-Beihilferegeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und ihre Auswirkungen auf die kommunale Praxis, *DVBI* 2012, S. 1271.

Abwägung, bei der die jeweiligen Umstände und Gründe für die Auswahl gerade des geförderten Unternehmens maßgeblich sind.^[975]

b) Steuervergünstigungen für Genossenschaften

Seit dem 19. Juli 2019 sind weitere Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Wettbewerbsregelungen für Genossenschaften etabliert worden. In der Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV hat sich die Kommission intensiv mit Beihilfen an Genossenschaften auseinandergesetzt.^[976] In diesem Schreiben hob die Kommission die Vorteile der Rechtsform der Genossenschaft besonders hervor und würdigte vor allem die besonderen Funktionsprinzipien, die auf den Nutzen der eigenen Mitglieder und deren Interessen abstellen, anstatt die eigenen Handlungsweisen auf die Wünsche von externen Investoren auszurichten.^[977] So werden im Rahmen von Genossenschaften die Rücklagen und das Vermögen zur Förderung der eigenen Mitglieder eingesetzt^[978], was einen der wichtigsten Unterschiede zu anderen Handelsgesellschaften darstellt und damit nach einer anderen Rechts- und Sachlage verlangt.^[979] Aufgrund dieser unterschiedlichen Ausgangssituationen, sollen steuerliche Vergünstigungen für Genossenschaften in jenen Fällen nicht vom Anwendungsbereich des Beihilfenverbotes des Art.

⁹⁷⁵ Vgl. *Annette Guckelberger*, Die Rekommunalisierung privatisierter Leistungen in Deutschland, *VerwArch* 104 (2013), S. 185; *Klaus Lange*, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 269 f.

⁹⁷⁶ Kommission der Europäischen Union, Bekanntmachung der kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, *ABl. EU* Nr. C 262 v. 19. Juli 2016, S. 34 Rn. 157 ff.

⁹⁷⁷ Kommission der Europäischen Union, Bekanntmachung der kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, *ABl. EU* Nr. C 262 v. 19. Juli 2016, S. 34 Rn. 157.

⁹⁷⁸ Kommission der Europäischen Union, Bekanntmachung der kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, *ABl. EU* Nr. C 262 v. 19. Juli 2016, S. 34 Rn. 157.

⁹⁷⁹ Kommission der Europäischen Union, Bekanntmachung der kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, *ABl. EU* Nr. C 262 v. 19. Juli 2016, S. 34 Rn. 158.

107 Abs. 1 AEUV erfasst werden, wenn

- sie im wirtschaftlichen Interesse ihrer Mitglieder handeln;
- sie mit ihren Mitgliedern in einer nicht rein geschäftlichen, sondern besonderen persönlichen Beziehung stehen;
- ihre Mitglieder aktiv beteiligt werden;
- die Mitglieder Anspruch auf eine gerechte Verteilung der wirtschaftlichen Erträge haben.^[980]

c) Das Altmark Trans-Urteil des EuGH^[981]

Der EuGH hat in dem Altmark Trans-Urteil kommunale Zuwendungen in Form von Ausgleichszahlungen trotz der lokalen Natur der erbrachten Leistungen des Unternehmens verneint.^[982] Als Voraussetzungen dafür führte er die folgenden Punkte an:

- Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein;^[983]
- Sämtliche Parameter, auf denen der Ausgleich und seine Berechnung beruht, müssen vor der Betrauung objektiv und transparent aufgestellt werden;^[984]
- Der Ausgleich darf nicht über das erforderliche Maß hinausgehen, das notwendig ist, um die Kosten der Erfüllung der auferlegten Betrauungen mit Aufgaben im öffentlichen Interesse unter Berücksichtigung der dabei erwirtschafteten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns ganz oder teilweise zu decken;^[985]
- Sollte das Unternehmen nicht im Rahmen einer preisorientierten

⁹⁸⁰ Kommission der Europäischen Union, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU Nr. C 262 v. 19. Juli 2016, S. 34 Rn. 158.

⁹⁸¹ Vgl. EuGH, Urt. V. 24.07.2003, Rs. C-280/00.

⁹⁸² Vgl. EuGH, Urt. V. 24.07.2003, Rs. C-280/00, Rn. 87.

⁹⁸³ Vgl. EuGH, Urt. V. 24.07.2003, Rs. C-280/00, Rn. 89.

⁹⁸⁴ Vgl. EuGH, Urt. V. 24.07.2003, Rs. C-280/00, Rn. 90.

⁹⁸⁵ Vgl. EuGH, Urt. V. 24.07.2003, Rs. C-280/00, Rn. 92.

Ausschreibung öffentlicher Aufträge gewählt worden sein, so ist die Höhe des Ausgleichs auf Grundlage der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung seiner Verpflichtungen hätte.^{[986][987]}

Sobald diese Voraussetzungen, die mit dem Urteil des EuGH verbindlich festgehalten worden sind, erfüllt, unterliegt die kommunale Ausgleichzahlung an ein Unternehmen weder einer Notifizierungs- noch einer Genehmigungspflicht, da sie zur Gänze von dem Anwendungsbereich des Art. 107 Abs. 1 AEUV ausgenommen ist.

2. Ausgleichsleistungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Wenn die im Altmark Trans-Urteil entwickelten Kriterien nicht oder nicht vollständig zutreffend sind, sind die staatlichen Ausgleichsleistungen grundsätzlich als vom Anwendungsbereich des Art. 107 Abs. 2 AEUV erfasste Beihilfen zu qualifizieren und damit auch notifizierungs- und genehmigungsbedürftig.^[988] Ausnahmen zu diesem Grundsatz können jedoch in jenen Fällen gegeben sein, wenn die Unterstützungen an „Unternehmen gewährt werden, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse i. S. d. Art. 106 Abs. 2 AEUV [...] betraut sind.“^[989] Denn nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gelten die Wettbewerbsregeln für diese nur insoweit als „die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“ wird.^[990]

⁹⁸⁶ Vgl. EuGH, Urt. V. 24.07.2003, Rs. C-280/00, Rn. 93.

⁹⁸⁷ Vgl. AB1. EU Nr. C 8 v. 11. Januar 2012, S. 4 (10 ff. Rn. 42 ff.).

⁹⁸⁸ Klaus Lange, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 271; Rittner/Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, Auflage. 10, 2018, § 13 Rn. 1381 ff.

⁹⁸⁹ Klaus Lange, Kommunalrecht, 2019, Kap. 14 Rn. 271.

⁹⁹⁰ Vgl. Christian Jung, Art. 106 AEUV, in: Calliess/Ruffert(Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage 2016, Art. 106 Rn. 33.

2.1 Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV

Eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse umfasst sämtliche marktbezogenen Tätigkeiten, „die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden können“.^[991] Derartige Dienstleistungen werden auch als gemeinwirtschaftliche Dienste bezeichnet.^[992]

Die Allgemeinbezogenheit einer wirtschaftlichen Dienstleistung ist in jenen Fällen gegeben, in denen diese im öffentlichen Interesse wahrgenommen wird und nicht bloß auf einem individuellen oder Gruppeninteresse beruht.^[993] Für die Annahme der Allgemeinbezogenheit ist es bereits ausreichend, dass die Leistung im Interesse eines Teils der Kommune erfolgt.^[994] Diese ist vor allem dann zu bejahen, wenn sich das mit der Erledigung betraute Unternehmen sich dieser Aufgabe ungeachtet eines eigenen wirtschaftlichen Interesses annimmt.^[995] Das Spektrum der umfassten Aufgaben umfasst „alle wirtschaftlichen Aktivitäten zur Sicherung von Infrastruktur und Daseinsvorsorge“.^[996] Damit gehören nach

⁹⁹¹ Vgl. *Wernicke*, Art. 14 AEUV, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Band 1, Loseblatt, 2016, 52. Ergänzungslieferung (2014), Rn. 26.

⁹⁹² Vgl. *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, Auflage. 10, 2018, § 13 Rn. 1381 ff.; *Stephan Wernicke*, Art. 14 AEUV, in: *Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Band 1, Loseblatt, 2016, 52. Ergänzungslieferung (2014), Art. 14 Rn. 28.

⁹⁹³ Vgl. *Christian Jung*, Art. 106 AEUV, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage 2016, Art. 106 Rn. 38.; *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, Auflage. 10, 2018, § 13 Rn. 1381 ff.; *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 2 Rn. 259 ff.

⁹⁹⁴ Vgl. *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 2 Rn. 259 ff.; *Christian Jung*, Art. 106 AEUV, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage 2016, Art. 106 Rn. 38.

⁹⁹⁵ Vgl. *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 2 Rn. 259 ff.; *Walter Pauly/Nora Jedlitschka*, Die Reform der EU-Beihilferegeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und ihre Auswirkungen auf die kommunale Praxis, DVBl. 2012, S. 1271.; *Christian Jung*, Art. 106 AEUV, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage 2016, Art. 106 Rn. 38.

⁹⁹⁶ *Christian Jung*, Art. 106 AEUV, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5.

Maßgabe der Kommunalverfassungen der einzelnen Bundesländer alle wirtschaftlichen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft dazu, wobei aber auch alle nichtwirtschaftlichen Angelegenheiten einzubeziehen sind, sofern für diese ein Markt besteht. Konkrete Beispiele für den Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse können „flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit essentiellen Gütern wie Gas, Wasser und Strom“,^[997] aber auch „Verkehrsleistungen, Telekommunikation [...] und Abfallentsorgung“^[998] darstellen.

Eine wichtige Abgrenzung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse stellt jene zu den Dienstleistungen nichtwirtschaftlicher Art dar, die im öffentlichen Interesse erbracht werden.^[999] Darunter sind sämtliche Tätigkeiten zu verstehen, die rein kultureller, sozialer oder karitativer Natur sind.^[1000] Diese werden nicht vom Regelungsbereich des Art. 106 Abs. 2 AEUV erfasst, da mangels eines Marktes für diese Tätigkeiten keine beihilferechtliche Relevanz gegeben ist.^[1001] Die konkrete Bestimmung der Voraussetzungen für die Einstufung einer Dienstleistung als eine des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses

Auflage 2016, Art. 106 Rn. 36.

⁹⁹⁷ *Walter Pauly/Nora Jedlitschka*, Die Reform der EU-Beihilferegeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und ihre Auswirkungen auf die kommunale Praxis, DVBl. 2012, S. 1271.

⁹⁹⁸ *Stephan Wernicke*, Art. 14 AEUV, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Band 1, Loseblatt, 2016, 52. Ergänzungslieferung (2014), Art. 14 Rn. 26.

⁹⁹⁹ Vgl. *Stephan Wernicke*, Art. 14 AEUV, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Band 1, Loseblatt, 2016, 52. Ergänzungslieferung (2014), Art. 14 Rn. 26, wonach die Kommission innerhalb sog. „Leistungen der Daseinsvorsorge“ noch zwischen angesprochenen „wirtschaftlichen“ (Dienstleistungen von allgemeinem Interesse) und „nicht-wirtschaftlichen“ Tätigkeiten differenziert, „die von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden“; Auch siehe dazu *Fabry/Augsten* (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 2 Rn. 259 ff.

¹⁰⁰⁰ Vgl. *Walter Pauly/Nora Jedlitschka*, Die Reform der EU-Beihilferegeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und ihre Auswirkungen auf die kommunale Praxis, DVBl. 2012, S. 1271; *Christian Jung*, Art. 106 AEUV, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage 2016, Art. 106 Rn. 39.

¹⁰⁰¹ Vgl. *Christian Jung*, Art. 106 AEUV, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage 2016, Art. 106 Rn. 39.

unterliegt dem Ermessen der Mitgliedstaaten^[1002], so dass die Kontrolle der Kommission und des EuGH auf offensichtliche Fehleinschätzungen beschränkt bleibt.^[1003] Diese Widmung wird in Form eines Betrauungsaktes als Förderfall durch den Mitgliedstaat gestaltet.^[1004] Formal kommen dafür neben Gesetzen und Verwaltungsakten auch öffentlich-rechtliche Verträge und Konzessionen in Betracht.^[1005]

Eine weitere Voraussetzung für die Bereichsausnahme nach Art. 106 Abs. 2 Satz 1 AEUV stellt der Umstand dar, wonach eine Anwendung der Wettbewerbsvorschriften die Erfüllung der übertragenen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern könnte.

Hierfür ist es ausreichend, dass eine Gefährdung des finanziellen Gleichgewichtes des Unternehmens potentiell möglich ist.^[1006] Einschränkung bestimmt Art. 106 Abs. 2 Satz 2 AEUV, dass durch die Gewährung der Ausgleichsleistung die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden darf, das dem Interesse der Union zuwiderläuft. Eine solche Beeinträchtigung wird jedoch erst dann angenommen, wenn der gesamte freie Wirtschaftsverkehr der Union betroffen ist, wobei die Betroffenheit einzelner Produkte nicht ausreicht.^[1007]

Selbst wenn die Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 Satz 2 AEUV erfüllt

¹⁰⁰² Vgl. *Fabry/Augsten* (Hrsg.), *Unternehmen der öffentlichen Hand* (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 2 Rn. 259 ff.; *Daniel-Erasmus Khan*, Art. 107 AEUV, in: Rudolf Geiger/Daniel-Ersamus Khan/Markus Kotzur (Hrsg.), *AEUV, Kommentar* 6. Auflage 2017, Art. 106 Rn. 14.

¹⁰⁰³ Vgl. *Fabry/Augsten* (Hrsg.), *Unternehmen der öffentlichen Hand* (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 2 Rn. 268 ff.; *Daniel-Erasmus Khan*, Art. 107 AEUV, in: Rudolf Geiger/Daniel-Ersamus Khan/Markus Kotzur (Hrsg.), *AEUV, Kommentar* 6. Auflage 2017, Art. 106 Rn. 14.

¹⁰⁰⁴ Vgl. *Christian Jung*, Art. 106 AEUV, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV, Kommentar*, 5. Auflage 2016, Art. 106 Rn. 40 ff.

¹⁰⁰⁵ Vgl. *Daniel-Erasmus Khan*, Art. 107 AEUV, in: Rudolf Geiger/Daniel-Ersamus Khan/Markus Kotzur (Hrsg.), *AEUV, Kommentar* 6. Auflage 2017, Art. 106 Rn. 17.

¹⁰⁰⁶ Vgl. *Walter Pauly/Nora Jedlitschka*, Die Reform der EU-Beihilferegeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und ihre Auswirkungen auf die kommunale Praxis, DVBl. 2012, S. 1271; *Christian Jung*, Art. 106 AEUV, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV, Kommentar*, 5. Auflage 2016, Art. 106 Rn. 48.

¹⁰⁰⁷ Vgl. *Fabry/Augsten* (Hrsg.), *Unternehmen der öffentlichen Hand* (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 2 Rn. 262 f.; *Christian Jung*, Art. 106 AEUV, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV, Kommentar*, 5. Auflage 2016, Art. 106 Rn. 55.

sind, liegt keine Befreiung von der Notifizierungspflicht vor. Denn bei Art. 106 Abs. 2 Satz 2 AEUV handelt es sich um eine Rechtfertigungsvorschrift, die verlangt, dass das Verfahren nach Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV eingehalten wird.^[1008]

Zur Konkretisierung und mit „dem Ziel, einen einfacheren, klareren und flexibleren Rahmen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu schaffen“^[1009], hat die Kommission das sog. Almunia-Paket zur Zulässigkeit von Ausgleichsleistungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV zusammengestellt, die nicht oder nicht alle der im Altmark Trans-Urteil aufgestellten Voraussetzungen erfüllen. Dieses beinhaltet unter anderem einen Freistellungsbeschluss^[1010], einen neuen EU-Rahmen^[1011] und eine De-minimis-Verordnung.^[1012]

2.2 Der Freistellungsbeschluss der Kommission

Der auf Art. 106 Abs. 3 AEUV basierende Freistellungsbeschluss^[1013]

¹⁰⁰⁸ Vgl. *Fabry/Augsten* (Hrsg.), *Unternehmen der öffentlichen Hand* (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 2 Rn. 294; *Walter Pauly/Nora Jedlitschka*, Die Reform der EU-Beihilferegeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und ihre Auswirkungen auf die kommunale Praxis, DVBl. 2012, S. 1271.

¹⁰⁰⁹ *Wolfgang Cremer*, Art. 107, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV, Kommentar*, 5. Auflage 2016, Art. 107 Rn. 25.

¹⁰¹⁰ Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Absatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. EU Nr. L 7 v. 11. Januar 2012, S. 3 ff.

¹⁰¹¹ Kommission der Europäischen Union, Mitteilung der Kommission über den Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, ABl. EU Nr. C 8 v. 11. Januar 2012, S. 15 ff.

¹⁰¹² Kommission der Europäischen Union, Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl. EU Nr. L 114 v. 26. April 2012, S. 8 ff.; *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10. Auflage 2018, § 7 Rn. 887.

¹⁰¹³ Vgl. Kommission der Europäischen Union, Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. EU Nr.

betrifft Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die sämtliche Sozialdienstleistungen umfassen.^[1014] Davon umfasst werden unter anderem Krankenhäuser, der soziale Wohnungsbau, Kinderbetreuung und die Bereitstellung von Wohnraum für sozial benachteiligte Bürger.^[1015] Für diese Sozialdienstleistungen sind Ausgleichsleistungen in unbeschränkter Höhe zulässig.^[1016] Für andere Dienstleistungen gilt eine Beschränkung auf 15 Millionen Euro pro Förderfall.^[1017] Weitere Voraussetzungen stellen auch hier die tatsächlich erfolgte Betrauung des Unternehmens mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ein Betrauungsakt mit entsprechenden Parametern und keine Überkompensation dar.^[1018] Liegen diese Voraussetzungen vor, befreit der Beschluss rechtswirksam von der Notifizierungs- und

L 7 v. 11. Januar 2012, S. 3; *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10. Auflage 2018, § 7 Rn. 925 ff.

¹⁰¹⁴ Vgl. *Walter Pauly/Nora Jedlitschka*, Die Reform der EU-Beihilferegeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und ihre Auswirkungen auf die kommunale Praxis, DVBl. 2012, S. 1273; *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10. Auflage 2018, § 7 Rn. 925 ff.

¹⁰¹⁵ Ausführlich zum Anwendungsbereich vgl. Kommission der Europäischen Union, Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. EU Nr. L 7 v. 11. Januar 2012, S. 7 (Art. 2).; *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10. Auflage 2018, § 7 Rn. 925 ff.

¹⁰¹⁶ Vgl. Kommission der Europäischen Union, Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. EU Nr. L 7 v. 11. Januar 2012, S. 7 (Art. 2 Abs. 1b)-e).

¹⁰¹⁷ Vgl. Kommission der Europäischen Union, Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. EU Nr. L 7 v. 11. Januar 2012, S. 7 (Art. 2 Abs. 1a).

¹⁰¹⁸ Vgl. Kommission der Europäischen Union, Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. EU Nr. L 7 v. 11. Januar 2012, S. 7 ff. (Art. 4, Art. 5, Art. 6).; *Immenga/Mestmäcker*, GWB Kommentar, Auflage. 3, 2001, § 98 Rn. 30 ff.

Genehmigungspflicht.^[1019]

2.3 Der neue EU-Rahmen

Wenn keine Ausnahme von der Notifizierungs- und Genehmigungspflicht nach dem Freistellungsbeschluss vorliegt, kann die Beihilfe dennoch nach Art. 106 Abs.2 AEUV mit den europäischen Verträgen vereinbar sein, Dafür muss sie die Anforderungen des Rahmens für Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (sog. neuer EU-Rahmen) erfüllen. Voraussetzung dafür ist zunächst das Vorliegen einer „echten“ Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.^[1020] Dafür muss der Mitgliedstaat ausführlich darbringen, dass er „den Bedarf an der öffentlichen Dienstleistung anhand einer öffentlichen Konsultation oder anderer angemessener Mittel genau ermittelt (hat), um den Interessen der Nutzer und der Dienstleistungserbringer Rechnung zu tragen“.^[1021] Zudem ist es notwendig, bei der Betrauung der Unternehmen bestimmte Anreize vorzusehen, und bei der Berechnung der Höhe der Ausgleichszahlung eine konkrete Methode heranzuziehen (sog. „Net-avoided-cost-Methode“).^[1022]

¹⁰¹⁹ Vgl. Kommission der Europäischen Union, Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. EU Nr. L 7 v. 11. Januar 2012, S. 7 (Art. 1, Art. 3). Zu den Anforderungen nach dem Freistellungsbeschluss vgl. zusammenfassend *Walter Pauly/Nora Jedlitschka*, Die Reform der EU-Beihilferegeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und ihre Auswirkungen auf die kommunale Praxis, DVBl. 2012, S. 1273 f.

¹⁰²⁰ Vgl. Kommission der Europäischen Union, Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. EU Nr. L 7 v. 11. Januar 2012, S. 16 Rn. 12; Fabry/Augsten (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 3 Rn. 289.

¹⁰²¹ Vgl. Kommission der Europäischen Union, Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. EU Nr. L 7 v. 11. Januar 2012, S. 16 Rn. 14.

¹⁰²² Zur Berechnung der Ausgleichsleistung vgl. ausführlich Kommission der Europäischen Union, Mitteilung der Kommission über den Rahmen der Europäischen Union für

Derartige Ausgleichsleistungen sind nicht von der Notifizierungs- und Genehmigungspflicht befreit.^[1023]

2.4 De-minimis-Beihilfen

Eine grundsätzliche Vereinbarkeit mit dem Wettbewerb auf dem europäischen Binnenmarkt ist bei Beihilfen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gegeben, die die in der „De-minimis-Verordnung für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ festgelegten Schwellenwerte nicht überschreiten.^[1024] Danach werden Beihilfen, die einen Betrag von 500.000 Euro in drei Steuerjahren nicht überschreiten, von der Notifizierungs- und Genehmigungspflicht befreit.^[1025] Auch eine Kumulation mit in anderen De-minimis-Verordnungen geregelten Schwellenwerten ist in diesem Fall denkbar.^[1026]

staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, ABl. EU Nr. C 8 v. 11. Januar 2012, S. 17 ff. Rn. 21 ff.

¹⁰²³ Vgl. Kommission der Europäischen Union, Mitteilung der Kommission über den Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, ABl. EU Nr. C 8 v. 11. Januar 2012, S. 15 Rn. 7. Zu den Anforderungen nach dem neuen EU-Rahmen vgl. zusammenfassend *Walter Pauly/Nora Jedlitschka*, Die Reform der EU-Beihilferegeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und ihre Auswirkungen auf die kommunale Praxis, DVBl. 2012, S. 1274.

¹⁰²⁴ Zum Geltungsbereich Kommission der Europäischen Union, Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl. EU Nr. L 114 v. 26. April 2012, S. 11 (Art. 1 Abs. 1-2); *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10. Auflage 2018, § 7 Rn. 887.

¹⁰²⁵ Vgl. Kommission der Europäischen Union, Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl. EU Nr. L 114 v. 26. April 2012, S. 12 (Art. 2 Abs. 2); *Fabry/Augsten*(Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 2 Rn. 285.

¹⁰²⁶ Zu Zulässigkeit und Beschränkungen der Kumulation Kommission der Europäischen Union, Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl. EU Nr. L 114 v. 26. April 2012, S. 12 (Art. 2 Abs. 6-8). Zu den Anforderungen nach der De-minimis-Verordnung vgl. zusammenfassend *Walter Pauly/Nora Jedlitschka*, Die Reform der

3. Das potenzielle Monopol der Genossenschaft im ÖBP-Modell?

Im Vergleich zu erwerbswirtschaftlichen Unternehmen gibt es keine kartellrechtliche Privilegierung für die Genossenschaft. Aber für die Besonderheiten der Genossenschaft, insbesondere ihre Ausrichtung auf die Unterstützung von den Genossen durch den genossenschaftlichen Förderungsgrundsatz, es lohnt sich zu fördern.^[1027] Auch im ÖBP-Modell ist es denkbar, dass die kommunale Genossenschaft an einem bestimmten Punkt eine beherrschende Marktposition erreicht. Aufgrund dieser Gefahr muss eine rechtspolitische Bewertung mit den Regelungen des Wettbewerbsrechts einhergehen. Denn obwohl eine solche Unternehmensform genauso wie ein Konzern viele unterschiedliche Marktakteure unter ihrer Ägide vereinen kann, liegen doch zahlreiche Unterschiede zu einem solchen vor.

3.1 Kooperation im Kartell und in der Genossenschaft

Das Schlüsselwort „Kooperation“ kennzeichnet sowohl das Kartell als auch die Genossenschaft. Eine solche Zusammenarbeit ist auf die Risikoteilung im Wettbewerb, die Effizienzerhöhung und eine fortschreitende Erschließung des Marktes gerichtet.

Nach § 1 GWB werden unter einem verbotenen Kartell Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verstanden, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Hier wird das allgemeine Prinzip eines Kartells an folgenden Merkmalen deutlich:

EU-Beihilferegeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und ihre Auswirkungen auf die kommunale Praxis, DVBl. 2012, S. 1274 f.; Rittner/Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10. Auflage 2018, § 7 Rn. 887.

¹⁰²⁷ Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz - GenG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2230), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes vom 11. April 2017 (BGBl. I S. 802).

1. Kartelle stellen Vereinbarungen dar, die durch Verträge oder Beschlüsse entstehen und auf gemeinsame Wirtschaftszwecke zielen. Daher bilden sie Vereinbarungen von Unternehmen, die sich auf der gleichen Produktionsstufe befinden. Diese Vereinbarungen werden horizontale Vereinbarungen genannt.
2. Die Unternehmen, die sich am Kartell beteiligen, sind wirtschaftlich und gesetzlich voneinander unabhängig.
3. Die Vereinbarungen bezwecken eine Störung, Begrenzung oder Verfälschung des Wettbewerbs, oder haben das Potential zu diesen Folgen führen.

Im Vergleich zum Monopol wird es deutlich, dass sich Genossenschaften vor allem in ihrer Förderausrichtung von monopolistisch agierenden Unternehmen unterscheiden. Denn diese ist zur Gänze auf die Förderung und Unterstützung der eigenen Mitglieder ausgerichtet, bei denen es sich in vielen Fällen um Privatpersonen und damit um Verbraucher handelt. Der Zweck ist auf das Anbieten von Leistungen ausgelegt, die sich am Gemeinwohl orientieren. Sollte es sich bei den Mitgliedern um sog. KMUs handeln, so ist die Zwecksetzung der Genossenschaft auf die gegenseitige Unterstützung, die Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit, die Verringerung der Handelskosten und die Verwirklichung von Größenvorteilen orientiert. Durch diese Maßnahmen soll die Stellung der einzelnen Mitglieder im Rahmen des globalen Wettbewerbs verbessert und zahlreiche Wettbewerbsvorteile erreicht werden. Im Gegensatz zu einer konzernartigen Struktur wird mit dem Zusammenwirken in der Genossenschaft keine Profitmaximierung in der Genossenschaft angestrebt.

Die grundlegenden Prinzipien einer Genossenschaft schränken eine Akkumulation und Expansion des Kapitals ein. Dies ist einerseits dem Wesen dieser Organisationsform geschuldet, die nicht nach

Kapitalverzinsung strebt, sondern sich am maximierten Nutzen für die eigenen Mitglieder orientiert. Dieser Ansatz bestimmt auch die vermögensrechtlichen Beziehungen innerhalb des Unternehmens. Andererseits fällt es einer Genossenschaft durch die personalisierte Führungsart und das Kopfstimmprinzip und eine Unabhängigkeit des Stimmgewichts vom Kapitaleinsatz um einiges schwerer, Kapital zu beschaffen und dadurch seine marktbeherrschende Stellung zu zementieren.

Vor allem das Kopfstimmrecht wirkt einer übermäßigen Machtkonzentration in einer Genossenschaft entschieden entgegen. Dieses verkörpert die personalistische Struktur und das Gerechtigkeitsprinzip, die in einem krassen Gegensatz zum Effizienzprinzip einer Kapitalgesellschaft stehen.

In der Literatur finden sich zahlreiche Kontroversen über die Effekte der Beteiligung der Genossenschaft am Wettbewerb. Der herrschenden Meinung nach weist die Wettbewerbstätigkeit der Genossenschaft einen positiven Effekt auf. Die Genossenschaft kann diesen nicht nur anregen, sondern auch ein Wirtschaftsmittel für wirksame Nutzung des Kapitals darstellen. Obwohl es keine einheitliche Beurteilung dazu gibt, wird „der Oberbegriff Genossenschaft auf Kooperationsformen mit ganz verschiedenen wettbewerblichen Merkmalen angewandt.“^[1028]

Von der praktischen Seite betrachtet, hat das Agieren einer Genossenschaft am Markt sowohl Vor- als auch Nachteile. Denn während die Gründung einer Genossenschaft die Anzahl der Akteure am Markt verringert, wird deren Marktstellung durch die intensivierte Zusammenarbeit verstärkt. Einer ähnlichen Logik folgt die Kartellbildung, wobei eine solch negative Entwicklung unter den Genossenschaften eher als Ausnahme deklariert werden kann.^[1029]

¹⁰²⁸ Vgl. *Kramer*, Wirtschaftliche Macht und Genossenschaft, 2003, S.188.

¹⁰²⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-671-15, Schlussantrag Generalanwalt Nils Wahl (Pressemitteilung Nr. 39/17 vom 6. April 2017),: Nach Ansicht von Generalanwalt Nils Wahl können

Doch trotz dieses Potentials werden Genossenschaften oftmals von den Anwendungsbereichen der Kartellregelungen bewusst ausgenommen. Dies ist der Gemeinwohlorientierung dieser geschuldet, die einen Kontrast zu Kartellen bilden, die einen Zusammenschluss zu Lasten des Wettbewerbs und damit auch des Gemeinwohls anstreben.

Auf ihrem Weg die gemeinschaftswohlorientierten Ziele zu erreichen, kann die Genossenschaft positive oder negative Einflüsse in dem Wettbewerb aufweisen. *Hamm*^[1030] vertritt die Ansicht, dass die Genossenschaft vielfältige Einflüsse auf den Markt haben kann: Die Beziehungen zum Markt können horizontal oder vertikal verändert werden. Beeinflusst werden sowohl der Markteintritt als auch der Wettbewerb, aber auch die Typendiversität, und die Durchführungsmöglichkeiten, um potentielle Konkurrenz zu begrenzen, gehören dazu. Durch Markttätigkeiten der Genossenschaft, die den Wettbewerb beeinflussen, lassen sich all diese eventuellen Einflüsse, inklusive einer koordinierten Nutzung von einzelwirtschaftlichen Aktionsparametern, verändern.^[1031]

Das Kartellrecht sieht die Bildung von Genossenschaften als Zusammenschluss von KMUs ein als eine sog. „kartellfreie Kooperation“ an.^[1032] Das Ziel einer solchen Kooperation liegt in der

landwirtschaftliche Erzeugerorganisationen und ihre Vereinigungen unionsrechts-widrige Kartellverstöße begehen. Das sei insbesondere dann der Fall, wenn unter mehreren Erzeugerorganisationen oder ihren Vereinigungen oder zwischen solchen Organisationen und anderen Akteuren des Marktes Absprachen über den Preis oder die auf den Markt gebrachten Mengen getroffen oder Informationen ausgetauscht würden. Die Ziele der gemeinsamen Agrarpolitik (GAP) nach dem AEU-Vertrag hätten allerdings Vorrang vor den Zielen des Wettbewerbs.

¹⁰³⁰ Vgl. *Hamm*, Genossenschaften und Mittelstand im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung. Festgabe des Instituts für Genossenschaftswesen an der Philipps-Universität Marburg zum 75. Geburtstag von Prof. Dr. Hamm, in: Fehl (Hrsg.), Göttingen 1997, S.68-73

¹⁰³¹ Aufgrund der Kürze des zur Verfügung stehenden Platzes wurden die einzelnen Aspekte nur knapp abgehandelt, Ausführlichere Darstellungen finden sich bei *Hamm*, 1997, S. 68-73 und *Kramer*, 2000, S. 35-37.

¹⁰³² Vgl. Bericht des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages, BT- Drucksache VII/765, S. 4. Mit der „Kooperationsfibel“ vom 29. Oktober 1963 hat der Bundesminister für Wirtschaft die beteiligten Wirtschaftskreise erstmals auf die Möglichkeit sogenannte „kartellfreier Kooperation“ hingewiesen.

Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit der KMU, wie auch der Schaffung einer ausgeglichenen Wettbewerbsstellung zu anderen Unternehmensgruppen. Die angestrebten Ziele stimmen mit den Zwecken der Gesetzgebung im Kartellrecht überein und repräsentieren „die Wahrung der Vorteile und Sicherstellung gerechter Konkurrenz“. In diesem Fall laufen die Motive des Kartellrechts mit jenen des Genossenschaftsrechts parallel, was in der Theorie die Rechtfertigung der „Kartellfreistellung“ für Genossenschaften begründet.

3.2 Die öffentliche Genossenschaft und ihre marktbeherrschende Stellung

Für die öffentliche Genossenschaft, die als Marktakeur am Wettbewerb teilnimmt, besteht die Möglichkeit, durch natürliche Übermacht eine marktbeherrschende Stellung zu erreichen, die dazu geeignet wäre, die Konkurrenz zu behindern.

Die Regelung des § 20 GWB verbietet den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und ist auch auf Genossenschaften, die nach dem ÖBP-Modell organisiert werden, anzuwenden. Diese stellen als gemischtwirtschaftliche Unternehmen nach dem ÖBP-Organisationsmodell mit einer kommunalen Beteiligung zweifelsfrei öffentliche Genossenschaften dar. Vor allem in jenem Fall, in dem keine direkte Konkurrenz im Rahmen der Kommune zu erwarten ist, nimmt die öffentliche Genossenschaft eine marktbeherrschende Stellung ein, deren missbräuchliche Ausnutzung nach § 19 Abs. 1 GWB untersagt ist.

Trotz der Gründe für die Anwendung des GWB auf marktbeherrschende Genossenschaften, spielt sich die Tätigkeit dieser öffentlichen Unternehmungen oftmals eher im kleinen Rahmen ab. Auch die Daseinsvorsorge, in der viele Genossenschaften angesiedelt sind, bildet einen Anwendungsfall der Kartellfreistellung und nimmt diese Unternehmensformen von dem Kartellrecht aus.

Doch aus rechtspolitischer Perspektive gilt es dem Monopolpotential der kommunalen Genossenschaften eine gewisse Aufmerksamkeit zukommen zu lassen, da diese durchaus die Möglichkeit nutzen können sich zu einer marktbeherrschenden Größe zu entwickeln. Da auch das Kartellrecht sich nicht nach der Form des Unternehmens, sondern nach dem Tätigkeitsgebiet richtet, ist es durchaus denkbar, dass auch ÖBP-Genossenschaften früher oder später einen Weg in das GWB finden.

Bis dahin kann man den Katalog des § 19 GWB heranziehen, um Genossenschaften nach dem Potential für einen „Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung“ zu beurteilen.

3.3 Die genossenschaftsfreundliche Argumentation im Kartellrecht

Die Genossenschaft stellt grundsätzlich ein Organisationsmodell dar, das auf Selbsthilfe zielt. Diese Essenz der Genossenschaft als Unternehmensform wird auch in der institutionellen Argumentation herangezogen^[1033], die die Umlegung der Regelungen des § 1 GWB, die generell auf erwerbswirtschaftlich orientierte Unternehmen abzielen, durch ihren Charakter als bedarfswirtschaftlich orientierte Institution^[1034] grundsätzlich ablehnt.^[1035]

¹⁰³³ Vgl. *Säcker*, Die Genossenschaften im System des deutschen und europäischen Kartellrechts, im Archiv für öffentliche und gemeinnützige Unternehmen Bd. 9 (1971), S. 201.

¹⁰³⁴ Vgl. *Flieger* (Hrsg.), Sozialgenossenschaften: Wege zu mehr Beschäftigung, bürgerschaftlichem Engagement und Arbeitsformen der Zukunft, AG-SPAK -Bücher, Neu-Ulm 2003a, S. 7.

¹⁰³⁵ Vgl. *Henzler*, Die Genossenschaft – eine fördernde Betriebswirtschaft, Essen 1957, S. 215 ff.; *Steindorff*, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt a. M. 1959, S. 18; weitere Nachweise bei *Säcker*, Die Genossenschaften im System des deutschen und europäischen Kartellrechts, im Archiv für öffentliche und gemeinnützige Unternehmen Bd. 9 (1971), S. 201. – Später hat *Deppe* diese Argumentation im Wesentlichen fortgeführt, dabei aber eingeräumt, dass Einkaufs- oder Absatzgenossenschaften, deren Mitglieder satzungsmäßig zum Bezug, bzw. zum Absatz über die Genossenschaft verpflichtet sind, zumindest de lege lata dem § 1GWB unterfallen, vgl. Genossenschaften des Lebensmitteleinzelhandels und Kartellverbot, Karlsruhe 1967, S. 116 f.

3.3.1 Die Ausnahme vom Kartellverbot für die Genossenschaft

Kooperationen zwischen Genossenschaften müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllen, um von den Bestimmungen des Kartellrechts freigestellt zu werden. Dazu gehören unter anderem die Effizienzerhöhung der Wirtschaftsförderung, die Befriedigung des Verbraucherinteresses, die Notwendigkeit und die Nichtausschließung des Wettbewerbs und viele mehr. Nur wenn alle Voraussetzung durch die kommunale Genossenschaft erfüllt werden, kann ihre Tätigkeit am Markt vom Kartellverbot ausgenommen und als rechtmäßig beurteilt werden.

Die Interpretation des Kartellverbotes baut auf dem Grundsatz eines funktionierenden und fairen Wettbewerbs auf. Mit Blick auf die Strukturen der Genossenschaft kann man deutlich erkennen, dass diese den Wettbewerb nicht beeinträchtigt, sondern durch die Unterstützung und Förderung der eigenen Mitglieder ganz im Gegenteil antreibt.^[1036]

Bereits diese Betrachtungsweise spricht gegen eine Anwendung des § 1 GWB auf genossenschaftsrechtliche Modelle. Diese Sichtweise etablierte sich bereits in den späten 60-er Jahren, als in der Lehre davon ausgegangen wurde^[1037], dass die Genossenschaft eine neue Wirtschaftsordnung zu begründen im Stande ist.^[1038] Denn die Möglichkeit Rationalisierungsvorteile zu etablieren und den wettbewerbsschädlichen Konzentrationsprozess einzudämmen erschienen zum damaligen Zeitpunkt sehr

¹⁰³⁶ Vgl. *Säcker*, Die Genossenschaften im System des deutschen und europäischen Kartellrechts, im Archiv für öffentliche und gemeinnützige Unternehmen Bd. 9 (1971), S. 207. Er meint, dass insbesondere die Thesen von *Sölter* über den Unwert des sog. atomistischen Überflügelungswettbewerbs und den Wert des sog. Gruppenwettbewerbs (WuW 1966, S. 260 ff.; 1967, S. 125 ff., jetzt wiederum in WuW 1974, S. 657 ff., auf eine solche Argumentation hinausliefen.

¹⁰³⁷ Ua. *Schreiber*, Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung (IV). Kooperation als Gegengewichtsbildung, FIW-Schriftenreihe, H. 36, Köln, 1966.

¹⁰³⁸ Diese These ist allerdings im Wesentlichen nur als wettbewerbspolitische Forderung erhoben worden. Vgl. *Säcker*, Die Genossenschaften im System des deutschen und europäischen Kartellrechts, im Archiv für öffentliche und gemeinnützige Unternehmen Bd. 9 (1971), S. 210.

attraktiv.^[1039] Damit diese leistungssteigernden Vorteile, die bis heute nichts an ihrer Gültigkeit verloren haben, sich tatsächlich in einem kartellfreien Raum entfalten können, ist es nun an dem Gesetzgeber, die Ausnahmebestimmung nicht von der Praxis und der Lehre aus rechtstheoretischen Modellen und dogmatischen Hintergründen ableiten zu lassen, sondern diese im Kartellgesetz zu verankern.

So können kartellfreie Kooperationen zwischen Unternehmen die folgenden Formen annehmen:

- Kooperation bei Informationserwerb und -einschätzung^[1040],
- Einkaufskooperation^[1041],
- Herstellungskooperation^[1042],
- Vertriebskooperation^[1043],
- Kooperation bei Geschäftsleitung und Humanressourcen^[1044],

¹⁰³⁹ BMWi, Kooperationsfibel, Bonn 1973, S. 5.

¹⁰⁴⁰ Im Einzelnen: Erfahrung- und Meinungsaustausch; Marktinformationsverfahren; Gemeinschaftliche Marktforschung und Markterkundung; Konjunktur- und Strukturanalysen; Betriebs- und Branchenvergleiche; Kalkulationsschemata, Kalkulationsschulung; Gemeinschaftliche Betriebsberatung.

¹⁰⁴¹ Wichtige Beispiele siehe EuGH Slg. 1994, I-5641, 5672 ff.- Gottrup-Klim: Der dänische Landwirt Gottrup-Klim soll aus der Dansk Landsbrugs Grovvarereselskab AmbA (DLG), einer Genossenschaft dänischen Rechts, ausgeschlossen werden. Die DLG bildet eine Einkaufsgemeinschaft dänischer Landwirte mit mittelständischer Organisation. Gesellschaftszweck ist die Versorgung der Mitglieder mit günstigen Futter- und Düngemitteln, die aus Dänemark und den skandinavischen Anrainern erworben werden. Nach § 7 der Satzung der DLG sind diejenigen Mitglieder durch Gesellschafterbeschluss auszuschließen, die einer anderen, mit der DLG konkurrierenden Einkaufsgenossenschaft angehören. Die DLG stellte eine Einkaufsgemeinschaft dar, also eigentlich ein klassisches Kartell, in dem die Nachfrager ihr Verhalten dauerhaft konzertieren. Durch das Verbot der Doppelmitgliedschaft übte die DLG faktisch einen Bezugszwang auf ihre Mitglieder aus. Der EuGH lehnt in dieser nicht unproblematischen Entscheidung eine Wettbewerbsbeschränkung mit der Begründung ab, die Tätigkeit der Einkaufsgemeinschaften basiere zentral auf der Erzielung von Mengenrabatten. Deshalb stelle das Verbot der Doppelmitgliedschaft keine Wettbewerbsbeschränkung dar. Vgl. *Jürgen Oechler*, Skript zum Europäischen Kartellrecht, 2019, S. 54 f.

¹⁰⁴² Im Einzelnen: Gemeinschaftliche Forschung und Entwicklung; Einheitliche Anwendung von Normen und Typen; Gemeinschaftliche Benutzung von Produktionsanlagen; Arbeitsgemeinschaften; Gemeinschaftlicher Kunden- und Reparaturdienst.

¹⁰⁴³ Im Einzelnen: Gemeinschaftlicher Verkauf; Gemeinschaftliche Werbung; Gütezeichengemeinschaften; Transport- und Lagergemeinschaften.

¹⁰⁴⁴ Im Einzelnen: Zusammenarbeit im Rechnungswesen; Verwendung einheitlicher Vordrucke; Inkassogemeinschaften; Zusammenarbeit bei der Kreditbeschaffung und -sicherung; Zusammenarbeit bei der Aus- und Fortbildung; Gemeinschaftliche soziale Einrichtungen; Vereinbarungen über Betriebsferien.

- Joint Venture,
- Gemeinschaftsspezialisierung,
- Kooperation bei Landwirtschaft^[1045].

Damit stellt eine Kartellfreistellung eine rationale Entscheidung für einen vernünftigen Ausgleich zwischen öffentlichen Interessen und einer marktorientierten Wettbewerbspolitik dar. Vor allem in der kommunalen Daseinsvorsorge werden zahlreiche Leistungen durch Genossenschaften bereitgestellt. Diese öffentlichen Leistungen, die auf dem Industriezweig der Daseinsvorsorge aufbauen, garantieren durch einen Entzug aus dem kartellrechtlichen Regelungssystem nicht nur ein wettbewerbsrechtliches Gleichgewicht, sondern auch einen sozial-gesellschaftlichen Ausgleich.

Das Ziel des Kartellrechts stellt das Missbrauchsverbot einer marktbeherrschenden Stellung zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs und zur Aufrechterhaltung eines gerechten Wettbewerbsumfeldes dar.^[1046] Neben dem fairen Wettbewerb manifestiert das Kartellverbot auch eine wertbezogene Orientierung der Wirtschaftsgesellschaft, die den sozialen Gemeinschaftsinteressen zu dienen bestimmt ist.^[1047] Denn obwohl eine Ressourcenverteilung auch über den freien Wettbewerb durchaus erzielt werden kann, kann diese nur durch eine Wettbewerbseinschränkung optimiert werden, so dass in einer sozialen Gesellschaftsstruktur eine Rationalisierung der Kooperationen sinnvoller erscheint als der vollkommen unregulierte freie Wettbewerb.^[1048]

So unterstehen Genossenschaft ohne jede Einschränkung den

¹⁰⁴⁵ Als Folge der grundlegenden Agrarmarkliberalisierung in der EU erfährt das vor allem kartell- und beihilferechtlich geprägte Agrarwettbewerbsrecht neue Beachtung. Vgl. Busse, DVBl 2017, 473, Agrarmarktrecht zwischen Liberalisierung und Steuerung – Die Krisenmaßnahmen im Milchmarktrecht 2014 bis 2016; Siehe auch Bundeskartellamt, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen für Rohmilch vom 13. März 2017, S. 1. Über der Besonderheiten der Milchlieferbeziehungen zwischen Molkereien und Landwirten sowie daraus resultierende kartellrechtliche Probleme bei der genossenschaftlichen Milchvermarktung.

¹⁰⁴⁶ Vgl. Schmidt/Haucap, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 39.

¹⁰⁴⁷ Vgl. Schmidt/Haucap, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 14.

¹⁰⁴⁸ Vgl. Schmidt/Haucap, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 35.

Bestimmungen des Gesetzes gegen Konkurrenzbegrenzung^[1049], das unter anderem dazu dient, die Ausnahme § 1 GWB durch die Entscheidung für die Rechtsform der Genossenschaft nicht obsolet werden zu lassen.

Ein deutliches Bekenntnis des Gesetzgebers ist im Hinblick auf Agrargenossenschaften zu erkennen, die nach § 1 GWB iVm § 28 Abs. 1 GWB von dem Kartellverbot freigestellt werden.

Ein Spannungsverhältnis der Genossenschaften zum Kartellrecht der Europäischen Union ist ebenfalls an dieser Stelle nicht zu verneinen. Die tatbestandliche Ausnahme des Art. 101 Abs. 3 AEUV wird von der Rechtsprechung des EuGH abgelehnt und führt dadurch zur Etablierung von tatbestandsfremden Ausnahmekonstellationen. Eine Begründung für diese Vorgangsweise findet sich in dem kartellrechtlichen Immanenzgedanken^[1050], der in manchen Fällen zu paradoxen Resultaten führt. Diese Immanenztherorie bietet eine praktikable Lösung mit der teleologischen Reduktion des Tatbestandes des Kartellverbots nach Art. 101 Abs. 1 AEUV an.^[1051] Vor allem ist diese Reduktion in jenen Fällen durchzuführen, in denen das Kartellverbot der Realisierung einer an sich wettbewerbsneutralen und von der Rechtsordnung anerkannten Zielsetzung entgegensteht.^[1052]

Allerdings wird bei dieser Vorgangsweise der kartellrechtliche Immanenzgedanke umso deutlicher, da der Konkurrenzschutz keine Einschränkung durch eine „bevorzugte Behandlung“ der Genossenschaft

¹⁰⁴⁹ BGH v. 15.4.1986 – KVR 1/85, WRP 1986, 550 = WM 1986, 1572 = ZIP 1986, 1008 = NJW-RR 1986, 1298 = WuW/E BGH 2271 ff. – Taxigenossenschaft; BGH v. 17.5.1973 – KZR 2/72, BGHZ 61, 1 = NJW 1973, 1236 = BB 1974, 1221 = ZfG 1976, 181 = WuW/E BGH 1313 – Stromversorgungs- genossenschaft; BGH v. 28.6.1977 – KVR 2/77, WuW/E BGH 1495 = WM 1977, 1257 = DB 1978, 151 = ZfG 1978, 434 – Autoruf-Genossenschaft; Schultz, ZfG 1984, 52.

¹⁰⁵⁰ Entsprechend EuGH, Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751 (Albany); EuGH, Rs. C-303/99, Slg. 2002, I-1577 (Wouters); EuGH, Rs. C-519/04, Slg. 2006, I-7006 (Meca-Medina).

¹⁰⁵¹ Vgl. Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, S. 127 ff.

¹⁰⁵² Vgl. Thomas, Die kartellrechtliche Bewertung des sparkassenrechtlichen Regionalprinzips, S. 31.

erfährt. Diesen Weg schlug der EuGH in der DLG-Entscheidung ein.^[1053] In dieser waren die Satzungsvorschriften einer agrarwirtschaftlichen Bezugsgenossenschaft strittig, die es den Mitgliedern verboten, sich an anderen organisierten Kooperationen zu beteiligen, die gegenüber der Genossenschaft in Konkurrenz standen.^[1054]

Doch eine solche Begrenzung wird von dem EuGH nicht als tatbestandsmäßig zum Art. 101 Abs. 1 AEUV erachtet, da dieser nur einen Mindestrahmen bildet, damit die Genossenschaft weiterhin auf ihren Zweck hingerichtet arbeiten kann. Laut Gerichtshof kann eine solche Regelung, die einzelne Nebenabreden notwendig macht, um eine kartellrechtsneutrale Verwirklichung der Genossenschaftsziele zu ermöglichen, durchaus einen positiven Effekt auf die Konkurrenz haben, obgleich die Wirkung sich eher in einem begrenzten Rahmen abspielen wird.^[1055] Denn der Mitgliederzahl nach könnte der erhöhte Umsatz der Bezugsgenossenschaft als Ausgleichsgewicht zur Vertragsgestaltungsmacht der Großproduzenten dienen, um die Konkurrenz effektiv zu fördern.^[1056] Damit wurde die Bestimmung, die auf eines der vorrangigen Ziele des Kartellverbotes abzielt, vom EuGH als ordnungsgemäß und rechtmäßig beurteilt.

Die erforderliche Wirkungskompetenz kommt jedoch in dem angesprochenen Urteil zu kurz. Als Untersuchungsobjekte dienten in diesem Fall die Strukturen des Marktes und der Genossenschaft. Jedoch begegnet man entgegengesetzten Auffassungen in Bezug auf gesetzliche Derivationen und die konkrete Lokalisierung der Kartellrechtsbevorzugungen bestimmter

¹⁰⁵³ EuGH, Rs. C-250/92, Slg. 1994, I-5641.; auch vgl. BGH, 10.11.1992 - KVR 26/91. „Genossenschaftsimmunität“ ist eine Wettbewerbsbeschränkung nur, wenn sie erforderlich ist, um den Zweck oder die Funktionsfähigkeit der Genossenschaft zu sichern. Das ist unter Berücksichtigung des Geschäftsgegenstands und der Struktur der betreffenden Genossenschaft generalisierend zu beurteilen. Voraussetzung ist weiter, dass der Zweck und die Struktur der betreffenden Genossenschaft als solche kartellrechtsneutral sind.

¹⁰⁵⁴ EuGH, Rs. C-250/92, Slg. 1994, I-5641 Rn. 35.

¹⁰⁵⁵ Vgl. *Thomas*, Die kartellrechtliche Bewertung des sparkassenrechtlichen Regionalprinzips, S. 32.

¹⁰⁵⁶ EuGH, Rs. C-250/92, Slg. 1994, I-5641 Rn. 32 ff.

Ausnahmen im Rahmen des Art 101 Abs. 1 AEUV.

3.3.2 Das ÖBP-Modell unter dem Kartellverbot

Abgesehen von den besprochenen Voraussetzungen, nach denen eine Genossenschaft von den Kartellbestimmungen freigestellt werden kann, ist es auch möglich eine Freistellungslegitimität für das ÖBP-Modell auf andere Weisen zu erlangen.

Auf Basis des europäischen Rechts definieren Art. 14 AEUV und Art. 106 Abs. 2 AEUV die Daseinsvorsorge als „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftliche Interesse“^[1057] und „marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden. Gemeint sind insbesondere Verkehrs-, Energieversorgungs- und Telekommunikationsdienste“.^[1058] Da das Gros der von der kommunalen Genossenschaft übernommenen Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge zuzuordnen ist, erkennt das EU-Recht durchaus an, dass es sich bei diesen ÖBP-Unternehmungen um eine Ausnahme im Bereich der Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse handelt.

Art. 101 Abs. 3 AEUV bietet eine Kartellfreistellung für Verträge, die eine „angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn“ vorsehen. Da es sich bei den meisten der Mitglieder der kommunalen ÖBP-Genossenschaft um Kunden der Genossenschaft und damit um Verbraucher handelt und das Modell darauf ausgerichtet ist, diese am Gewinn zu beteiligen, profitieren diese Genossenschaften auch von dieser Kartellfreistellungsregelung.

Auf nationaler Ebene befreien die Regelungen des Gesetzes gegen

¹⁰⁵⁷ Vgl. z. B. Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, EL 43, März 2011, Art. 106 AEUV Rdnr. 52.

¹⁰⁵⁸ Mitteilung der Kommission v. 20. 9. 2000, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABI. EG 2001, Nr. C 17 v. 19. 1. 2001, S. 4 ff.

Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) die Unternehmungen nach dem ÖBP-Modell von den kartellrechtlichen Vorschriften: § 2 und 3 GWB legt Ausnahmen fest, auf die das Gesetz keine Anwendung findet. Unter diesen sind auch Mittelstandkartelle zu finden, zu denen Kooperationen gehören, die kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) eine Verbesserungen der wirtschaftlichen Bedingungen durch gemeinsamen Ankauf, Verkauf oder die Festlegung technischer Standards versprechen.^[1059] Durch die Freistellung vom Kartellverbot können Kooperationen unter KMUs deren Wettbewerbsfähigkeit erhöhen und das Wettbewerbsumfeld am freien Markt verbessern. Obgleich Preiskartelle auch in dieser Konstellation eigentlich nicht zulässig sind, können in bestimmten Fällen auch Preisvereinbarungen genehmigt werden, wenn der Preis in einem direkten Zusammenhang mit Rationalisierungsmaßnahmen steht und als Voraussetzung für diese gilt. Der Marktanteil, der von diesen Preisvereinbarungen betroffen sein könnte, darf nicht mehr als 15% betragen.^[1060] Da der Marktanteil der Genossenschaften nach dem ÖBP-Modell kaum die Schwelle von 15% überschreiten wird, ist auch diese Bestimmung als relevant heranzuziehen.

Durch Konzessionsverträge werden bestimmte Branchen festgelegt, in denen das Kartellverbot keine Anwendung findet. Dazu zählen Verkehr, Landwirtschaft, Forstwirtschaft, Fischerei, Tierhaltung, Bankwesen, Versicherung, sowie öffentliche Unternehmen der Wasser-, Strom- und Gasversorgung. All diese Wirtschaftsbereiche sind dem freien Markt aufgrund ihrer Besonderheiten entzogen und erlauben damit keinen freien Wettbewerb zwischen den einzelnen Marktteilnehmern.^[1061]

Das Unterschreiten des Marktanteils von 15% und die Übertragung von Aufgaben im Wege einer Konzession stellen damit zwei Möglichkeiten dar, die Genossenschaft im ÖBP-Modell von den Kartellbestimmungen

¹⁰⁵⁹ Vgl. *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Auflage 10, 2018, S. 345.

¹⁰⁶⁰ Vgl. *Walter*, Die Preisbindung der zweiten Hand, S. 244.

¹⁰⁶¹ Vgl. *Büsch*, Der Wettbewerbsgedanke im Energierecht, S. 116.

freizustellen. Mit dieser Herangehensweise wird einerseits der geringen Größe der kommunalen Genossenschaft bzw. der interkommunalen Kooperationsgenossenschaft Rechnung getragen. Auf der anderen Seite wird damit auch der spezielle Wirtschaftssektor berücksichtigt, in dem sich die Genossenschaft bewegt.

4. Ergebnis

Die Betrachtung des ÖBP-Modells durch das Prisma des Wettbewerbsrechts hat auf der einen Seite die potentielle Monopolstellung der kommunalen Genossenschaft zu berücksichtigen und andererseits die kartellrechtliche Freistellung der interkommunalen Kooperation (insbesondere in Form der sog. Sozialgenossenschaft) zu beachten.

Die erste Konstellation ist bislang in der juristischen Praxis kaum vertreten, so dass nur durch Gedankenspiele eine Analyse der rechtspolitischen Ansätze vorgenommen werden kann. Hingegen besitzen die Freistellungsgründe für die kommunale Genossenschaft und das ÖBP-Modell weitaus mehr praktische Relevanz im Wettbewerbsrecht. Eine sorgfältige Prüfung der Rechtmäßigkeit einer solchen Ausnahmeerscheinung geht stets mit Abwägungen auf der Wertungsebene einher und wird dabei von substantiellen Typvergleichen und weitverstreuten gesetzlichen Ausnahmebestimmungen tangiert.

VII. Gesamtfazit der Arbeit

Die Privatisierungsentwicklung in Deutschland wird von der Rechtswissenschaft aufmerksam beobachtet. Auf der Ebene des öffentlichen Rechts werden sowohl die „Modernisierung des Verwaltungsrechts“ als auch die Weiterentwicklung der Dogmatik des öffentlichen Rechts im Rahmen der Entwicklung der Verwaltungswissenschaft, insbesondere der Wirtschaftsverwaltung, seit knapp dreißig Jahren als ein „Responsorium“ für die Privatisierungsentwicklung in Deutschland betrachtet. Die von der Privatisierung verursachten Umwälzungen dringen in die politische, soziale und wirtschaftliche Sphäre ein. Die Anpassungen an die Privatisierung in der Gesetzgebung und Verwaltung zwingen auch die Justiz notwendigerweise auf die Privatisierung zu reagieren. Ganz gleich, ob die Verwaltungsreform vom schlanken Staat zum aktivierenden Staat, die von der EU geforderten Umsetzungsaktivitäten des Bundesgesetzgebers oder auch die jahrelang andauernden Erneuerungen der Verwaltungsrechtsdogmatik - all diese Phänomene lassen sich als Symphonie betrachten, die durch mannigfaltige soziale Gestaltungstätigkeiten unter dem Privatisierungseinfluss entsteht und zugleich ein Leitmotiv der Entwicklung der deutschen Verwaltungs- rechtswissenschaft seit fast 20 Jahren bildet.

In der Daseinsvorsorge, einem Hauptgebiet der Privatisierung, tauchen in den vergangenen Jahren ständig neue Fragen und Rechtsprobleme auf, wie auch die „Rekommunalisierung“, die als eine konkrete Erscheinungsform

der Deprivatisierung auf regionaler Ebene angesehen wird. Die Probleme der Rekommunalisierung variieren mit den verschiedenen Privatisierungstypen. Eine „Rekommunalisierung“ wird regelmäßig durch das Auslaufen oder den Widerruf von Konzessionsverträgen verwirklicht. Diese Privatisierungsform, die sich im Rahmen von Verträgen des öffentlichen Rechts vollzieht, wird in der Theorie als sogenannte „Kooperationsverwaltung“ klassifiziert, nämlich als das ÖPP-Modell.

In Bezug auf die „Rekommunalisierung“ auf kommunaler Ebene wird in der Theorie versucht, mit einem einheitlichen Begriff der „Publizisierung“^[1062] einen geeigneten theoretischen Analyserahmen für die „Rückkehr des Öffentlichen“^[1063] zu bieten. Die Publizisierung richtet sich darauf, mittels eines Verteilungsverfahrens von der „Rückkehr des Öffentlichen“ die gemeinwohlorientierte Verwaltungsmodernisierung zu realisieren. In der Tat bezieht sich der Begriff der Deprivatisierung auf die Entweder-Oder-Alternative in der binären staatlich-privaten Beziehung. Die Deprivatisierung tendiert gewöhnlicherweise dazu, sich zur Gegenseite der Privatisierung, d.h., zur Verstaatlichung zu entwickeln, oder zu jener Lage, die ursprünglich durch die Durchführung der Privatisierung zu korrigieren war. Demzufolge ist der Begriff der Deprivatisierung nicht als Oberbegriff für die Rekommunalisierung geeignet. Hingegen stellt sich die Publizisierung als neue Richtung in der trinären „staatlich-gesellschaftlich-privaten“ Beziehung heraus, die nicht als Reflex oder Rückkehr der Privatisierung, sondern als Innovation gilt, wodurch die Privatisierung eine vernünftiger Entwicklung nehmen kann. Infolgedessen kann die Publizisierung als Oberbegriff der Rekommunalisierung verwendet werden. Dieses neue Phänomen im deutschen Recht bedarf allerdings weiterer Beobachtung in der Rechtsdogmatik.

^[1062] *Hautmut Bauer*, Publizisierung, JZ 2014, S.1018.

^[1063] *Candeias/Rilling/Weise*, Kries der Privatisierung – Rückkehr des Öffentlichen, 2009.

Als ein neues Modell in der Publizisierung, das ÖBP-Modell sich in den letzten Jahren im Bereich der regionalen Daseinsvorsorge (insbesondere im Bereich der erneuerbaren Energien) etabliert hat. Die Besonderheit dieses Modells liegt in der Zusammenarbeit zwischen den Kommunen und der von den einheimischen Bewohnern gegründeten Genossenschaft, die Leistungen der Daseinsvorsorge wie Wasserversorgung, Elektrizitätsversorgung und Energieversorgung unter Einbeziehung und Beteiligung der Bevölkerung ermöglicht. Diese Zusammenarbeit vollzieht sich umfangreich und vielfältig: In manchen Fällen kann sich die regionale Verwaltung an der Genossenschaft beteiligen, in anderen Fällen bietet die regionale Verwaltung der Genossenschaft die Möglichkeit der Lizenzvergabe oder die regionale Verwaltung gründet die öffentliche Genossenschaft unter eigener Kontrolle.

Im ÖBP-Modell ist die Genossenschaft eine gebräuchliche gesellschaftsrechtliche Organisationsform. Ihre rechtlichen Besonderheiten lassen die Genossenschaft als besonders geeignete Organisationsform des ÖBP-Modells erscheinen. Als Organisationsform verfügt die Genossenschaft über die Besonderheiten der Autonomie, Eigennützigkeit und Kommunalität, die sie in die Lage versetzen, einen Ausgleich zwischen den öffentlichen und privaten Interessen herzustellen.

Der eigene Förderzweck der Genossenschaft steht ihrem kommunalwirtschaftlichen Einsatz nicht schon deshalb entgegen, weil die Gewinnerzielung allenfalls tauglicher Nebenzweck einer Genossenschaft sein darf. Die investierende Mitgliedschaft stellt eine Möglichkeit dar, gemischtwirtschaftliche Genossenschaften finanziell und ideell zu unterstützen, wenn es einer besonderen Beteiligung der Kommunen an der Genossenschaft im Übrigen nicht bedarf.

Die Genossenschaft ist damit zu einer Strategie für die Verwaltungsmodernisierung geworden, die funktional in der Lage ist, die

Verantwortung der kommunale Verwaltung im Bereich der Infrastruktur zu wahren. Mit der Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf eine Genossenschaft ist die Hoffnung der Verwaltung verbunden, ein vorhandenes Potenzial durch umfangreiche Mitwirkung der Bürger zu nutzen und deren Engagement zu binden. Damit verbunden ist ein Umdenken in der kommunalen Verwaltung, das selbst schon zahlreiche Innovationen hervorbringt.

Im Fall einer kommunalen Genossenschaft sind noch die Stellung und der Einfluss der öffentlichen Stellen oder der kommunalen Gebietskörperschaft in der Genossenschaft in Betracht zu ziehen. Da sich die Kommunen selbst einen entscheidenden Einfluss auf die Genossenschaft sichern müssen, weil sie die Erledigung einer Aufgabe selbst wahrnehmen wollen, die entweder dem Bereich der wirtschaftlichen Aufgaben zugeordnet wird oder aber eine kommunale Pflichtaufgabe darstellt, kommt hauptsächlich die Gründung bzw. Beteiligung an einer gemischt-öffentlichen Genossenschaft oder aber einer gemischtwirtschaftlichen Genossenschaft, in denen sich die Kommunen gegenüber den privaten Genossenschaftsmitgliedern in der Mehrheit befinden, in Betracht. Hier gestaltet sich die Umsetzung kommunalrechtlicher Vorgaben in Bezug auf Kontrolle und Lenkung unproblematisch.

Aber normalerweise die Kommunen steht dafür eine Vielzahl von externen Instrumenten zur Verfügung, die geeignet sind, Genossenschaften, die sich im Bereich der lokalen Leistungserbringung im kommunalen Interesse betätigen, finanziell, ideell und moralisch zu unterstützen. Eine eigene Beteiligung an der Genossenschaft ist dafür nicht notwendig.

Konkret im Wettbewerbsrecht handelt es sich hier um die Klärung der Identitätsfrage der Genossenschaft im ÖBP-Modell. Gilt die Genossenschaft unter Beteiligung von Privaten als öffentliches Unternehmen? Mit dieser

Arbeit wird der Versuch unternommen, eine öffentliche Genossenschaft nach dem Beispiel des öffentlichen Unternehmens zu strukturieren. Jedoch besteht zwischen der öffentlichen Genossenschaft und der privaten Genossenschaft noch ein gewisser Unterschied. Mit einfachen Worten ist Erstere in Bezug auf den Einfluss von öffentlichen Stellen und auf den Eingriff in die Organisationsstruktur tiefgreifender als Letztere. Es stellt sich weiter die Frage, ob die Vorschriften, welche die In-House-Vergabe im Vergaberecht betreffen, auch für diese Genossenschaft gelten. In der Tat hängt das vom Beteiligungsanteil der öffentlichen Stellen und der kommunalen Verwaltung an der Genossenschaft ab. In dieser Arbeit wird die Ansicht vertreten, dass die Auftragserteilung innerhalb der Genossenschaft als eine In-House-Vergabe zu behandeln ist, wenn sie als eine öffentliche Genossenschaft gebildet wurde. Das ergibt sich schon aus dem EuGH-Urteil vom (Stadt Hamburg). Denn hier hat der EuGH im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens auf Betreiben der Kommission entschieden, dass es sich bei dem Vertrag der Kommunen mit den Stadtwerken Hamburg über Fragen der gemeinsamen Abfallentsorgung um eine interkommunale Zusammenarbeit handelt, obwohl diese nicht in Form einer Genossenschaft mit dem Zweck gemeinsamer Abfallentsorgung stattgefunden hat. Aber im Sinne eines sog. „Erst-recht-Schlusses“ ist die Gründung und Übertragung von Aufgaben auf eine Genossenschaft durch mehrere Gemeinden immer als interkommunale Zusammenarbeit zu betrachten, die kein förmliches Vergabeverfahren erfordert. Das hat sogar die EU-Kommission anerkannt, auf deren Betreiben das Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet worden war. Denn die Kommission hat argumentiert, dass auch aus ihrer Sicht eine nicht zu beanstandende interkommunale Zusammenarbeit anzunehmen gewesen wären, wenn die beteiligten Kommunen zur Abfallentsorgung eine Genossenschaft gegründet hätten.

Beihilferechtlich bestehen zahlreiche Ausnahme- und Rechtfertigungsmöglichkeiten für (kommunale) Leistungen an Genossenschaften. Diese betreffen vor allem Leistungen an Genossenschaften, die eine Aufgabe aus dem Bereich der lokalen Leistungserbringung im kommunalen Interesse erledigen. Dadurch entsteht ein enormes Unterstützungspotential zu ihren Gunsten.

Bei gemischt-öffentlichen Genossenschaften kann es sich um einen öffentlichen Auftraggeber (bzw. Sektorenauftraggeber/Konzessionsgeber) im Sinne des Vergaberechts handeln. Auch bei gemischtwirtschaftlichen Genossenschaften kann es sich um einen öffentlichen Auftraggeber (bzw. Sektorenauftraggeber /Konzessionsgeber) handeln. Dies setzt voraus, dass die beteiligten Kommunen einen beherrschenden Einfluss auf die Genossenschaft ausüben kann bzw. können.

Die besondere Innovation liegt hier in der Beteiligung einer Bürgergenossenschaft an der öffentlich-rechtlichen Genossenschaft. Damit unterscheidet sich dieses ÖBP-Modell von der üblichen interkommunalen Zusammenarbeit verschiedener kommunaler Auftraggeber, etwa in einer gemeinsamen Genossenschaft öffentlicher Auftraggeber. Solche gemischtwirtschaftlichen Genossenschaften zählen nicht zu den typischen interkommunalen Kooperationen. Das ist ein interessantes Phänomen des ÖBP-Modells im Wettbewerbsrecht, mit dem sich diese Arbeit befasst. Darüber hinaus kann die Genossenschaft auch zu einer Organisationsform von interkommunalen Kooperationen werden, nämlich zur sog. Interkommunalen Genossenschaft. Im Allgemeinen sind sie als Sozialgenossenschaften zu klassifizieren, die sich mit der Daseinsvorsorge beschäftigen. Im Konkurrenzschutz sollte ihnen eine besondere Regelung und differenzierte Behandlung zuteil werden, die sich von jener für allgemeines privates Kapital unterscheidet. Die Ausnahmeregelungen in Bezug auf das allgemeine Wirtschaftsinteresse im EU-Recht (vgl. Art. 106

Abs. 2 und Art. 107 Abs. 3 AEUV) bieten der Sozialgenossenschaft im ÖBP-Modell rechtmäßige Unterstützung in der Rechtfertigkeit und Gestaltungsspielraum des eigenen Begriffes.

In dieser Arbeit wird davon ausgegangen, dass sich die Genossenschaft und das Kartell in ihrem Wesen unterscheiden, obwohl beide von der Zusammenarbeit als Merkmal ihrer Organisationsstruktur geprägt sind. Das Wesen der Genossenschaft wird durch ihre Eigennützigkeit, Mutualität und Gemeinnützigkeit bestimmt. Auch wenn die kommunale Genossenschaft eine marktbeherrschende Stellung bilden könnte, wäre diese marktbeherrschende Stellung positiv zu bewerten, denn sie dient ausschließlich den eigenen Einwohnern und unterstützt die regionale Verwaltung bei der Durchführung der Daseinsvorsorge.

Jedenfalls rückt das enorme (Entwicklungs-) Potential der Genossenschaften bei der Bereitstellung lokaler Infrastrukturen bereits wieder ins politische Blickfeld. Allerdings handelt es sich bei der Genossenschaft um kein konkurrenzloses „Allzweckmittel“ zur Heilung aktueller politischer und gesellschaftlicher Herausforderungen auf kommunaler Ebene. Vielmehr kommt es am Ende darauf an, ob und wie sich die Genossenschaft in der konkreten Einzelfallanalyse gegenüber anderen Organisationsformen bei der Suche nach der optimalen Bereitstellung von kommunalen Leistungen auf lokaler Ebene durchsetzen kann. Doch können die bewährten Vorzüge genossenschaftlicher Organisation, die auf den zeitlosen Grundprinzipien von Solidarität, Selbstverwaltung und Selbstverantwortung aufbauen, vor allem im Rahmen von Publizisierungsszenarien eine wichtige Rolle spielen.

Literaturverzeichnis

- Adamska, Michael, Rechtsformen der Organisation, Baden-Baden 1992, S. 38.
- Ahles, Konkurrenz oder Kooperation? Genossenschaften und Perspektiven der Wohlfahrtsverbände, in: Schmale/Blome-Drees (Hrsg.), Genossenschaft innovativ: Genossenschaften als neue Organisationsform in der Sozialwirtschaft, Springer VS, 2017, S. 125.
- Wieg, Andreas, Krisenerprobung und Krisenresistenz des genossenschaftlichen Ordnungsmodells, in: Hartmut Bauer/Christiane Büchner/Friedrich Markmann (Hrsg.), Kommunen, Bürger und Wirtschaft im solidarischen Miteinander von Genossenschaften, 2014.
- Alfen, Hans-Wilhelm/Fischer, Katrin, in: Martin Weber/Michael Schäfer/Friedrich Ludwig Hausmann (Hrsg.), Praxishandbuch Public Private Partnership, München 2006, S. 3.
- Althanns, Andrea, Genossenschaftliche Modelle bei der Realisierung von Anlagen der erneuerbaren Energien, ZfBR 2012, S. 36 ff.
- Andrea Karner/Dietmar Rößl/Daniela Weismeier-Sammer, Genossenschaftliche Erfüllung kommunaler Aufgaben in PCP-Modellen: Typen und Determinanten einer erfolgreichen Entwicklung, in: Münkner/Ringle (Hrsg.), Neue Genossenschaften und innovative Aktionsfelder: Grundlagen und Fallstudien, 2010.
- Arnim, Hans Herbert von, Rechtsfragen der Privatisierung: Grenzen staatlicher Wirtschaftstätigkeit und Privatisierungsangebote, Wiesbaden, Karl-Bräuer-Inst. des Bundes der Steuerzahler 1995.
- Badura, Peter, Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963, S. 188 f.
- Badura, Peter, Staatsrecht, München, Beck 2015, Rn. D.92.
- Badura, Peter, Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung, DÖV 1998, S. 818 ff.
- Badura, Peter, Grundrechte der Gemeinde?, BayVBI 1989, S. 1 ff.
- Badura, Peter, Wettbewerbsaufsicht und Infrastrukturgewährleistung durch Regulierung im Bereich von Post und Telekommunikation, in Ebke, Werner

F./Großfeld, Bernhard (Hrsg.), FS Großfeld, Tübingen 2009, S. 35/41 f.

Badura, Peter, Staatsrecht, München 2015, Rn. D 96, S. 442.

Badura, Peter, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 4 Aufl., Tübingen 2011, Rn 165, S. 154.

Badura, Peter/Huber, Peter M, Öffentliches Wirtschaftsrecht, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2005, 3. Kap. Rdnr. 80.

Bauer, Günter, Wettbewerbsbeschränkungen durch Staaten, München 1990, S. 236 f.

Bauer, Hartmut, Von der Privatisierung zur Rekommunalisierung, in: Hartmut Bauer/Christiane Büchner/Lydia Hajasch (Hrsg.), Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, Uni-potsdam. Verlag 2012, S.14.

Bauer, Hartmut, Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership, DÖV 1998, S. 89 ff.

Bauer, Hartmut, Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts –Statement, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, Baden-Baden 1999, S. 254 ff.

Bauer, Hartmut, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 1995 (54), S. 277 ff.

Bauer, Hartmut, Neue Tendenzen des Verwaltungsrechts im Zeitalter der Privatisierung, in: Institutum Iurisprudentia Academia Sinica (ed.), Administrative controls and administrative litigation, Tai Wan 2011 (16), S. 60.

Bauer, Hartmut, Publizisierung, JZ 2014, S. 1017 ff.

Bauer, Hartmut, Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, DÖV 2012, S. 329 ff.

Bauer, Hartmut/Szewczyk, Marek/Popowska, Bożena/Meier, Michael/Fuks, Adrian(Hrsg.), Publizisierung öffentlicher Aufgaben, Universitätsverlag Potsdam 2018.

Bauer, Heinrich, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Loseblatt, Berlin, 2017.

Bauer, Martin, Art. 93 BayGO, in: Christoph Masson (Begründer), Bayerische Kommunalgesetz: Gemeindeordnung, Landkreisordnung, Bezirksordnung, Bezirksordnung, Kommentar, Loseblatt, München, 2016, 99. Ergänzungslieferung (2013).

Backhaus, Jürgen, Öffentliche Unternehmen, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1980, S. 73 ff.

Bandemer, S. von/Hillbert, J, Vom expandierenden zum aktivierenden Staat, in: B. Blanke u. a., Handbuch der Verwaltungsreform, Wiesbaden 2005, S. 26.

Bausback, Winfried, Public Private Partnerships im deutschen Öffentlichen Recht und im Europarecht, DÖV 2006, 901 ff.

Benz, Arthur, Kooperative Verwaltung: Funktionen, Voraussetzungen und Folgen, Baden-Baden 1994, S. 59.

Benz, Angelika, Regulierung, Deregulierung und Regulierung- Staatsentlastung?, in: Beck u. a. (Hrsg.), Arbeitender Staat, Festschrift für K. König, 1995, S. 45 ff.

Berschien, Felix, Zur Trennung von Netz und Betrieb der Deutschen Bahn AG auf Grund des europäischen Eisenbahnpakets, DVBI 2002, S. 1079 ff.

Beuthien, Volker, Die eingetragene Genossenschaft im Strukturwandel, Marburger 2007, S. 3 ff.

Beuthien, Volker, Genossenschaftsgesetz, 15. Aufl., München 2011, § 1 Rn. 2.

Beuthien, Volker, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, München, 15. Auflage 2012.

Blanke, Bernhard, Aktivierender Staat – aktive Bürgergesellschaft, Baden-Baden 2001, S. 10.

Bleckmann, Albert, Staatsrecht II - Die Grundrechte, Köln 1989, § 9, Rdnr. 9.

Blanke, Bernhard, Aktivierenden Staat – aktive Bürgergesellschaft: Eine Analyse für das Bundeskanzleramt, Hannover 2001, S. 8.

Boettcher, Erik, Kooperation und Demokratie in der Wirtschaft, Tübingen 1974, S.59 ff.

Boettcher, Erik, Die Genossenschaft in der Marktwirtschaft. Einzelwirtschaftliche Theorie der Genossenschaften, Tübingen 1980, S. 1- 7.

Bogumil, Jörg, Verwaltungsmodernisierung und aktivierender Staat, 2002, S.11.

Bogumil, Jörg/Naschold, Frieder, Modernisierung des Staates. New Public Management in deutscher und internationaler Perspektive. 2. Auflage, Opladen 2000, S. 15 f.

Bonk, Heinz Joachim, Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships, DVBl. 2004, S. 145.

Bolsinger, Harald J, Genossenschaftliche Netzwerke auf symbiotischer Basis: Erweiterung der Spielräume im Mittelstand, in Michaela Allgeier (Hrsg.):Solidarität, Flexibilität, Selbsthilfe: Zur Modernität der Genossenschaftsidee, Wiesbaden 2011, S. 49.

Bolsenkötter, Heinz, Voraussetzungen für die Privatisierung kommunaler Dienstleistungen, DB 1993, S. 445 ff.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung- Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1964.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Aussprache zum Thema: Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, in: VVDStRL 2008 (67), S. 337.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt am Main

1991, S. 211 ff.

Burmeister, Joachim, Verfassungsrechtliche Grundfragen der kommunalen Wirtschaftsbetätigung, FS von Unruh, Heidelberg 1983, S. 623.

Bösenberg, Dirk, Renate Hauser: Der schlanke Staat. Lean- Management statt Staatsbürokratie, Düsseldorf u. a. 1994, S. 278 ff.

Braun, Johanna, Leitbilder im Recht, Tübingen 2015. S. 72.

Brenner, Michael, Gesellschaftsrechte Ingerenzmöglichkeiten, AöR 2002 (127), S. 225 ff.

Bremeier, Wolfram, Kommunale Wirtschaft vor neuen Herausforderungen, DNV 5/1998, S. 15 ff.

Brehme, Julia, Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, Tübingen 2010, S. 269.

Britz, Gabriele, Funktion und Funktionsweise öffentlicher Unternehmen im Wandel: Zu den jüngsten Entwicklungen im Recht der kommunalen Wirtschaftsunternehmen, NVwZ 2001, S. 380 ff.

Brohm, Winfried, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung. Stuttgart, Kohlhammer 1969, S. 284.

Brohm, Winfried, Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb, NJW 1994, S. 281 ff.

Broß, Siegfried, Wasser, Gas, Strom Warum Privatisierung kein Allheilmittel ist oder sogar die Demokratie gefährden kann, in: Schriftenreihe zur Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe Heft 2, Berlin 2013, S. 8 f.

Broß, Siegfried, Daseinsvorsorge-Wettbewerb-Gemeinschaftsrecht, JZ 2003, S. 874 ff.

Bruhns, Malte, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im europäischen Binnenmarktrecht, Heidelberg 2001, S. 187.

Brüning, Christoph, Rechtliche Voraussetzungen der Rekommunalisierung, in: Hartmut Bauer/Christiane Büchner/Lydia Hajasch (Hrsg.), Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, uni-potsdam.verlag 2012, S.59.

Brüning, Christoph, (Re-) Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand – Maßstäbe und Grenzen, VerwArch 100 (2009), S. 454.

Budäus, Dietrich/Hilgers, Dennis, Mutatis mutandis: Rekommunalisierung zwischen Euphorie und Staatsversagen, DÖV 2013. S. 701 ff.

Budäus, Dietrich, Public Management. Konzepte und Verfahren zur Modernisierung öffentlicher Verwaltungen, Berlin 1995, S. 49 f.

Budäus, Dietrich/Eichhorn, Peter (Hrsg.), Public Private Partnership: Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung, Baden-Baden 1997.

Buken, Dirk, Rechtsprobleme der kommunalen GmbH im Rechtsvergleich der

- Bundesländer, Berlin 2017, S. 356 ff.
- Burgi, Martin, Die Ausschreibungsverwaltung, DVBI 2003, S. 949.
- Burgi, Martin, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe: Staatsaufgabendogmatik- Phänomenologie-Verfassungsrecht, Tübingen 1999, S.100.
- Martin Burgi, Kommunalrecht, 6. Aufl. 2019.
- Burgi, Martin, Das Vergaberecht als Gestaltungsmittel der Kommunalpolitik, in: Henneke (Hrsg.), Kommunalrelevanz des Vergaberechts, Stuttgart 2009, S. 11 ff.
- Burgi, Martin, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, S. 601 ff.
- Burgi, Martin, Privatisierung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts IV, Heidelberg 2006, S. 225 ff.
- Burgi, Martin, Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit im Verwaltungsrecht, in: Butzer (Hrsg.), Wirtschaftlichkeit durch Organisations- und Verfahrensrecht. Vorträge beim Symposium anlässlich des 65. Geburtstag von Prof. Dr. Friedrich E. Schnapp in Bochum, Berlin, Duncker & Humblot 2004, S. 57.
- Bull, Hans Peter, Daseinsvorsorge im Wandel der Staatsformen, Der Staat 47 (2008), S. 1 ff.
- Bull, Hans Peter, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, Frankfurt, Athenäum 1973, S. 105 f.
- Bull, Hans Peter/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Heidelberg, C. F. Müller 2015 S. 156.
- Bull, Hans-Peter, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, VerwArch 1995, S. 621.
- Bullinger, Martin, Zwecke und Methoden der Rechtsvergleichung im Zivilrecht und im Verwaltungsrecht, in: FS für Schlechtriem, Tübingen 2003, S. 331 ff.
- Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 8. Aufl. Heidelberg 2009. S. 158.
- Büsching, Knut/ Homann, Jens, Das Europäische Beihilfenrecht, Berlin 2012, S.23 ff.
- Christian, Berringer, Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, München 2004, S. 84 ff.
- Claudia, Neu, (Hrsg.), Daseinsvorsorge: Ein gesellschaftswissenschaftliche Annäherung, Wiesbaden 2009, S. 10.
- Cremer, Wolfram, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der EU, 3. Aufl. 2007, Art. 87, Rn. 27.
- Cronauge, Ulrich, Kommunale Unternehmen, Berlin, Erich Schmidt 1997, Rn. 769 f.
- Cronauge, Ulrich/Westermann, Georg, Kommunale Unternehmen, 5. Aufl. Berlin

2005, Rn. 275.

Danwitz, Thomas von, Die Universaldienstabgaben im Telekommunikationsgesetz und im Postgesetz als verfassungswidrige Sonderabgaben, NVwZ 2000, S. 615.

Danwitz, Thomas von, Was eigentlich ist Regulierung?, DÖV 2004, S. 977 ff.

Danwitz, Thomas von, Vom Verwaltungsprivatrecht zum Verwaltungsgesellschaftsrecht – Zu Begründung und Reichweite öffentlich-rechtlicher Ingerenzen in der mittelbaren Kommunalverwaltung, AöR 1995 (120), S. 595 ff.

Danwitz, Thomas von, Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur, Der Staat 35 (1996), S. 329 ff.

Däubler, Wolfgang, Privatisierung als Rechtsproblem, Neuwied, Luchterhand 1980, S. 82.

Di Fabio, Udo, Das Recht offener Staaten, Tübingen, 1998.

Di Fabio, Udo, Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, S. 585 ff.

Di Fabio, Udo, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 235.

Dietlmeier, Otto K., Rechtsfragen der Publizität im kommunalen Unternehmensrecht, Berlin 2015, S. 616 ff.

Dohms, Rüdiger, Generaldirektion Wettbewerb, Brüssel Die Vorstellungen der Kommission zur Daseinsvorsorge, in: Schwarze (Hrsg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges. 2001, S. 41 ff.

Dolde, Klaus-Peter, Mehr Wettbewerb durch kommunale Unternehmen?, ZHR 2002, S. 515 ff.

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar Bd. II, Mohr Siebeck, 3. Auflage 2015.

Eckhard Ott/Andreas Wieg, Genossenschaften in Deutschland: Dezentral organisiert, sicher vereint, in: ZStV 2012.

Ehlers, Dirk, Die Erledigung von Gemeindeaufgaben durch Verwaltungshelfer, Köln 1997, S. 18 ff.

Ehlers, Dirk/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15 Aufl. 2016, § 39 Rn 33, S. 832.

Ehlers, Dirk, Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984, S. 109 ff.

Ehlers, Dirk, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl 1998, S. 497 ff.

Ehlers, Dirk, Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform, DVBl. 1997, S. 137 ff.

Ehlers, Dirk, Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages, Berlin 2002. Band I, S. 93.

Ehlers, Dirk, Kommunale Wirtschaftsförderung, Köln 1990, S. 142 f.

Ehlers, Dirk, Ziele der Wirtschaftsaufsicht, Köln/Berlin/Bonn/München 1997, S. 5

ff.

Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 39 Rn 33, S. 832.

Ehlers, Jan Philip, Die Aushöhlung der Staatlichkeit durch die Privatisierung von Staatsaufgaben?, Frankfurt, Peter Lang 2003, S. 41.

Eifert, Martin, Regulierungsstrategien, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I., 2006, § 19, Rn.154 ff.

Eifert, Martin, Die rechtliche Sicherung öffentlicher Interessen in Public Private Partnerships, VerwArch 2002, S. 561 ff.

Einig, Klaus, Positive Koordination in der Regionalplanung. Transaktionskosten des Planentwurfs in Verhandlungssystemen. Inform. z. Raumentwicklung, Dortmund 2003, H. 8/9, S. 479 ff.

Eisen, Allgemein, in: George, Wolfgang/Bonow, Martin, (Hrsg.), Regionales Zukunftsmanagement, Bd. IV, Kommunale Kooperation, 2010, S. 135 ff. (135).

Ellwein, Thomas/Jens Hesse, Joachim, Thesen zur Reform der öffentlichen Verwaltung in Deutschland, StWiss 7 (1996), S. 469 f.

Ellenberger, Jürgen, § 14, in: Otto Palandt (Begründer), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, München, 76. Auflage 2017.

Elisabeth, Reiner/Rößl, Dietmar/Weismeier-Sammer, Daniela, Cooperativ, 2010, 03, S. 59 f.

Emmerich, Volker, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg v.d.H., Gehlen 1969, S. 99.

Emmerich, Volker, Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, Frankfurt am Main, Athenäum 1970, S. 27 f.

Emmerich, Volker, in: Mestmäcker, Ernst-Joachim/Immenga, Ulrich, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl., München 1992.

Engelhardt, Werner W., Einleitung in eine „Entwicklungstheorie“ der Sozialpolitik – Institutionelle und Lebenslage-Analysen als Grundlagen der Sozialpolitik und Sozialpolitiklehre, in: Werner W. Engelhardt: Sozial- und Gesellschaftspolitik – grundlagenbezogen diskutiert, Berlin 2001, S.143-144.

Engelland, Frank, Die Einflußnahme der Kommunen auf ihre Kapitalgesellschaften über das Anteilseignerorgan, Heidelberg 1995, S. 19 ff.

Erichsen, Hans-Uwe, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, Heidelberg 1987, S. 28 f.

Erbguth, Wilfried, Privatrechtliches Handeln der Verwaltung und Privatisierung, StudZR 2011, S.27 ff.

Erbguth, Mann, Schubert, Wilfried, Besonderes Verwaltungsrecht: Kommunalrecht,

Polizei- und Ordnungsrecht, Baurecht, Heidelberg 2015.

Erbguth, Wilfried/Stollmann, Frank, Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte? -Zu den Kriterien bei der Wahl der Rechtsform, DÖV 1993, S. 798 ff.

Faber, Angela, Die Relevanz der Art. 92-94 EWGV für die kommunale Wirtschaftsförderung, DVBl. 1992, S. 1346 ff.

Fabry/Meininger/Kayser, Vergaberecht in der Unternehmenspraxis, 2013, S. 25.

Fabry/Augsten (Hrsg.), Unternehmen der öffentlichen Hand (Handbuch), Auflage. 2, 2011, § 7 Rn.504.

Fehling, Michael, Mitbenutzungsrechte Dritter bei Schienenwegen, Energieversorgungs- und Telekommunikationsleitungen vor dem Hintergrund staatlicher Infrastrukturverantwortung, AöR 1996 (121), S. 59 ff.

Fehl, U. M., Der Wandel als Chance fuer Genossenschaften: Die Staerkung individueller Selbstbehauptung durch kooperative Selbsthilfe in Zeiten turbulenter wirtschaftlicher und sozialer Veraenderungen, in: Kirk, M. /Kramer, J.W. /Steding, R. (Hrsg.): Genossenschaften und Kooperation in einer sich wandelnden Welt, Münster 2000, LIT, S. 3-24.

Flieger, Burghard, Sozialgenossenschaften als Perspektive für den sozialen Sektor in Deutschland; in: Bundesverein zur Förderung des Genossenschaftsgedankens (Hrsg.): Sozialgenossenschaften: Wege zu mehr Beschäftigung, bürgerschaftlichem Engagement und Arbeitsformen der Zukunft, Neu-Ulm, 2003, S. 11 ff.

Flieger, Burghard, (Hrsg.), Sozialgenossenschaften: Wege zu mehr Beschäftigung, bürgerschaftlichem Engagement und Arbeitsformen der Zukunft, AG-SPAK-Bücher, Neu-Ulm Wiesbaden 2003a, S. 7.

Flieger, Burghard, Produktivgenossenschaft als fortschrittsfähige Organisation. Theorie, Fallstudie, Handlungshilfen, Marburg 1996, S.20 ff.

Fluck/Theuer, Umweltinformationsgesetz, GewArch 1995, S. 96 ff.

Forsthoff, Ernst, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart/Berlin 1938, S. 19 ff.

Forsthoff, Ernst, Verwaltungsrecht, München 1961, S. 321.

Forster, Frank, Privatisierung und Regulierung der Wasserversorgung in Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika. Berlin, Duncker & Humblot 2007, S. 114 ff, 181 ff.

Frenz, Walter, Handbuch Europarecht, Band 2, Springer 2006, S. 744.

Funk, Bernd-Christian, Erodirt der Staat? Ausgliederungen, Deregulierung und die Schaffung von Regulierungsbehörden als Symptome staatlichen Wandels, in Duschaneck (Hrsg), Beiträge zur Ausgliederungsdiskussion, (2002) 6, S. 8.

Gaentzsch, Günter, Gesetzmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung: Beißt

oder verträgt sich das?, DÖV 1998, S. 953 ff.

Gegner, Martin, Die Wege des urbanen Verkehrs zur Daseinsvorsorge: Staatsintervention an der Schnittstelle von Sozial- und Verkehrspolitik, Berlin 2002, S.39.

Geis, Max-Emanuel, Kommunalrecht, Aufl.2, München 2011, S.150.

Gern, Alfons, Deutsches Kommunalrecht, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges.1997.

Gern, Alfons, Privatisierung des Forderungsmanagements der Kommunen. In: Die öffentliche Verwaltung, Heft 7/2009, S. 270 f.

Gersdorf, Hubertus, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip:eine Studie zur verfassungsrechtlichen Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Berlin, Duncker & Humblot 2000, S. 222 ff.

Geßler, Ernst, in: Geßler/Hefermehl, Kommentar zum AktG, München 1974, § 103 Rndr. 20 f.

Glauben, Paul, Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in Privatrechtsform, ZG 1997, S. 148 ff.

Gottschalk, Wolf, Public-Private-Partnership in der Versorgungswirtschaft, Der Städtetag 1996, S. 553.

Götz, Volkmar, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, München 2013, H III Rn. 11.

Grande, Edgar, Vom produzierenden zum regulierenden Staat: Möglichkeiten und Grenzen von Regulierung bei Privatisierung, in: K. König/A. Benz (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, Baden-Baden 1997, S. 576 ff.

Gramm, Christof, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Berlin 2001, S. 27.

Gramm, Christof, Schranken der Personalprivatisierung bei der inneren Sicherheit, Verwaltungsarchiv 90 (1999), S. 329 ff.

Grimm, Dieter, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaates, in: ders., Wachsende Staatsaufgaben, Baden-Baden 1990, S. 291 ff.

Groß, Thomas, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, Tübingen, Mohr Siebeck 1999, 19 ff.

Groß, Thomas, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, §13, Rn 47.

Grawert, Rolf, Kommunale Wirtschaftsbetätigung im Wettbewerb im System eines unverfälschten Wettbewerbs, in: Chr. Reichard, (Hrsg.), Kommunen am Markt, Berlin Heidelberg 2001, S. 9 ff.

Grawert, Rolf, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: FS für Blümel,

Baden-Baden 1999, S. 119 ff.

Gersdorf, Hubert, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, Baden-Baden 2000, S. 157 ff.

Götz, Volkmär, in: Dausen, Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, 2. Aufl., Köln u.a. 1998, H III Rn. 25.

Grünwald, Joachim, in: Ipsen (Hrsg.), Privatisierung öffentlicher Aufgaben–Möglichkeiten und Grenzen, Baden-Baden 1994, S. 8.

Guckelberger, Annette, Die Rekommunalisierung privatisierter Leistungen in Deutschland, VerwArch 2013, S. 161 ff.

Gusy, Christoph, Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe-Verfassungsfragen der „Staatsaufgabe Sicherheit“, DÖV 1996, S. 573 ff.

Gusy, Christoph, Privatisierung und parlamentarische Kontrolle, ZRP 1998, 265 ff.

Günther, Albert, Die Verwaltungsmodernisierung in Städten, Gemeinden und Kreisen Nordrhein-Westfalens, in: Günther, Albert (Hrsg.), Verwaltungsmodernisierung. Anforderungen, Erfahrungen, Perspektiven. Festschrift zum 10-jährigen Bestehen des Instituts für Kommunal- und Verwaltungswissenschaften Nordrhein-Westfalens, Baden-Baden 2000, S. 54.

Habersack, Matthias, Public Private Partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und öffentlicher Hand, ZGR 1996, S. 544 ff.

Hailbronner, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kapitel B 5 Rdnr. 56.

Hamm, Walter, Genossenschaften und Mittelstand im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung, Festgabe des Instituts für Genossenschaftswesen an der Philipps-Universität Marburg zum 75. Geburtstag von Prof. Dr. Walter Hamm, in: Ulrich Fehl (Hrsg.), Göttingen 1997, S. 68-73.

Hanna Diehl, § 98, in: Müller-Wrede (Hrsg.), GWB-Vergaberecht, Kommentar, 2014, Rn. 90 ff.

Haug, Volker, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum als Privatisierungsschranken, NVwZ 1999, 816, S. 820 ff.

Hauser, Werner, Die Wahl der Organisationsform kommunaler Einrichtungen: Kriterien für die Wahl privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Organisationsformen, Köln Stuttgart Berlin Hannover Kiel Mainz München, 1987.

Hänsle, Walter, Streik und Daseinsvorsorge, Tübingen 2016, S. 175 ff.

Hellermann, Johannes, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl., Köln 2012.

Henneke, Hans-Günter, Die Daseinsvorsorge in Deutschland-Begriff, historische Entwicklung, rechtliche Grundlagen und Organisation, in: Andreas Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb

- und Gemeinwohl, 2009, S. 19.
- Hauser, Dirk, Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, 2004, S. 12.
- Henneke, Hans-Günter, Die Daseinsvorsorge in Deutschland–Begriff, historische Entwicklung, rechtliche Grundlagen und Organisation, Wiesbaden 2009, S. 18.
- Hermes, Georg, Staatliche Infrastrukturverantwortung, Tübingen 1998, S. 96 ff.
- Heidegger, Martin, Sein und Zeit, Tübingen 2006, S. 180 ff.
- Hermes, Georg, Staatliche Infrastrukturverantwortung, Tübingen 1998, S. 323 ff.
- Hösch, Ulrich, Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, DÖV 2000, S. 404.
- Heinemann, Andreas, Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag, München 1996, S. 178 ff.
- Hellermann, Johannes, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, Tübingen 2000, S. 113 f.
- Hefermehl, Wolfgang, Wettbewerbsrecht, 18. Aufl. 1995.
- Hengstschläger, Johannes, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 1995 (54) S. 170.
- Henneke, Hans-Günter, Die Daseinsvorsorge in Deutschland-Begriff, historische Entwicklung, rechtliche Grundlagen und Organisatin, in: Andreas Krautscheid (Hrsg.), Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, VS Verlag, 2009, S. 19.
- Henneke, Hans-Günter, Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung - Optimierungspotentiale im Spannungsfeld von Demokratie und Effizienz, DVBl. 1997, S. 1270 ff.
- Heun, Werner, Die Entwicklung des Steuerstaatskonzepts in theoretischer und tatsächlicher Hinsicht. In: Sacksofsky, Ute./Wieland, Joachim, (Hrsg.): Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat, Baden-Baden 2000, S. 10 ff.
- Hetzel, Hedda, Das Zusammenwirken von öffentlicher Hand und Privatwirtschaft in Öffentlich Privaten Partnerschaften, BayVBl 2006 (21), S. 654 ff.
- Helios, Marcus, Thomas Strieder, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, München 2009.
- Heintzen, Markus, Zur Tätigkeit kommunaler (Energieversorgungs-) Unternehmen außerhalb der kommunalen Gebietsgrenzen, NVwZ 2000, S. 743 ff.
- Held, Friedrich Wilhelm, Ist das kommunale Wirtschaftsrecht noch zeitgemäß?, WiVerw 1998, S. 264 ff.
- Henzler, Reinhold, Die Genossenschaft – eine fördernde Betriebswirtschaft, Essen 1957, S. 215 ff.
- Hellermann, Johannes/Wieland, Joachim, in: Püttner (Hrsg.), Zur Reform des Gemeindewirtschaftsrechts, Baden-Baden 2002, S. 117 ff.

Heberlein, Horst Christoph, Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit auf kommunaler Basis, DÖV 1996, S. 100 ff.

Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard, Vorwort, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, Baden-Baden 1998.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 437.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, in: Hoffmann-Riem/Schneider (Hrsg.), Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht 1996, S. 22 ff.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, DVBl. 1996, S. 225 ff.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch: Zur Qualitätsleistung durch Normen, AöR 2005 (130), S. 16, 28 ff.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Modernisierung von Recht und Justiz, Frankfurt am Main 2001, S. 213 ff.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Rechtsform, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2., München 2008, § 10, Rn. 57 ff.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Governance im Gewährleistungsstaat - Vom Nutzen der Governance Perspektive für die Rechtswissenschaft, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung, Baden-Baden 2006, Aufl. 2. S.212.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Methoden einer rechtsanwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S.25 f.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, in: P. Kirchhof u. a., FS für K. Vogel, Heidelberg 2001, S. 48 (50).

Hofmann, Bernhard, Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen und Beamtenbeschäftigung, ZTR 1996, S. 493.

Hofmann, Harald/Theisen, Rolf-Dieter/Bätge, Frank, Kommunalrecht in NRW, Witten 2010, S. 657.

Hofinger, Hans/Hinteregger, Renate, Genossenschaften – eine Perspektive für Kommunen, in: Schriftenreihe Recht und Finanzen der Gemeinden, 2007, Nr. 3.

Hofinger, Hans, Genossenschaften–ein Zukunftsmodell für Gemeinden, in: Die Furche, Spezial, 2009, S. 10-11.

Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch kommunale Unternehmen, 3. Auflage, Köln 2012, § 1 Rn. 2, S.3.

Hösch, Ulrich, Die kommunale Wirtschaftstätigkeit, Tübingen 2000, S. 75.

Hösch, Ulrich, Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, DÖV 2000, S. 393 ff.

Hill, Hermann, Die verkaufte Stadt, Verwaltung und Management, Heft 2 1998, S. 81 ff.

Hill, Hermann, In welchen Grenzen ist kommunalwirtschaftliche Betätigung Daseinsvorsorge, in: BB 1997, S. 426.

Hill, Hermann, Einstieg in das Kontraktmanagement in der Kommunalverwaltung, Die innovative Verwaltung 1995, S. 42 ff.

Hilpold, Peter, Solidarität als Rechtsprinzip, JöR 55 (2007), S. 195 ff.

Huber, Peter Michael, Die Demontage des Öffentlichen Rechts. In: Kluth, Winfried (Hrsg.): Wirtschaft - Verwaltung - Recht. Köln, Heymann 2008, S. 547-558.

Huber, Peter Michael, : Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1997, S. 164 ff.

Huber, Peter Michael, : Die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand, Der Staat des Grundgesetzes-Kontinuität und Wandel, FS für Peter Badura zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck, 2004, S. 897 ff.

Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht 8. Auflage, München 2011, S.148.

Huster, Stefan, Gesundheitsgerechtigkeit: Public. Health im Sozialstaat, JZ 2008, S. 859 ff.

Hünnekens, Georg, Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur, München 1995, S. 118.

Hüsken, Christian Bernd/Mann, Suzanne, Der Staat als „Homo Oeconomicus“?, in: DÖV 2005, S. 143 ff.

Ipsen, Hans Peter, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 2. Auflage. München 1974, S. 614.

Wallerath, Maximilian, Der ökonomisierte Staat, JZ 2001, S. 209 ff.

Isensee, Josef, Steuerstaat als Staatsform. In: Rolf Stödter (Hrsg.): Hamburg, Deutschland, Europa – Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht; FS für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1977, S. 409 ff.

Isensee, Josef, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht: eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Berlin 2001, S. 290.

Isensee, Josef, in: ders. (Hrsg.), Solidarität in Knappheit, Berlin 1998, S. 97 ff.

Isensee, Josef, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1999, S. 212 f.

Jachmann, Der Schutz gemeindlichen Eigentums nach der Bayerischen Verfassung, BayVBI 1998, S. 129 ff.

Jarass, Hans D, Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht, DÖV 2002, S. 495 f.

- Jann, Werner, Neues Steuerungsmodell, in: Blanke/v.Bandemer/Nullmeier/Wewer (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 3. Auflage, Wiesbaden 2005, S. 82.
- Janssen, Hermann, in: Hill (Hrsg.), Die begreifbare Stadt, Heidelberg 1994, S. 189.
- Josef Ruthig/Stefan Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage 2015.
- Jungk, Fabian, Police Private Partnership: eine Untersuchung anhand verschiedener Modelle, Berlin u. a. 2002, S. 95 ff.
- Kahl, Wolfgang, Das Kooperationsprinzip im Städtebaurechten, DÖV 2000, S. 802.
- Kahl, Wolfgang, Die rechtliche Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, Jura 2002, S. 721 ff.
- Kahl, Wolfgang/Weissenberger, Christian, Die Privatisierung kommunaler öffentlicher Einrichtungen, in: Jura 2009, S. 194 ff.
- Kaiser in: Kaiser/Nusser/Schrammel, Praxishandbuch Facility Management, 2018, S. 28.
- Karner, Andrea/Röbl, Dietmar/Weismeyer-Sammer, Daniela, in: Münkner/Ringle (Hrsg.), Neue Genossenschaften und innovative Aktionsfelder: Grundlagen und Fallstudien, Marburger 2010, S. 85 ff.
- Kaufmann, F.-X, Diskussionen über Staatsaufgaben, in: D. Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1994, S. 15 ff., 28 ff.
- Kämerer, Jörn Axel, Privatisierung: Typologie, Determinanten, Rechtspraxis, Folgen, Tübingen 2001, S. 16 ff.
- Kestler, Josef, Öffentlich Private Partnerschaft, in: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Der Aktuelle Begriff Nr. 73/2005 v. 6. 10. 2005.
- Kersten, Jens, in: Claudia Neu (Hrsg.), Daseinsvorsorge: Ein gesellschaftswissenschaftliche Annäherung, Rostock 2009, S. 27.
- Kirchhof, Gregor, Rechtsfolgen der Privatisierung, AöR 2007(132), S. 230 f.
- Kirchhof, Paul, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, NVwZ 1983, S. 505 ff.
- Kißling, R., Selbsthilfe, Selbstverantwortung, Selbstverwaltung, in: Mändle, Eduard/Swoboda, Walter (Hrsg.): Genossenschaftslexikon, Wiesbaden 1992, S. 577 f.
- Klaus-Peter Hillebrand/Jürgen Keßler (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, Hamburg, 2. Auflage 2010.
- Klemisch, Herbert/Vogt, Walter, Genossenschaften und ihre Potentiale für eine sozial gerechte und nachhaltige Wirtschaftsweise, Bonn 2012, S. 37.
- Klemisch, Herbert/Maron, Helene, Genossenschaftliche Lösungsansätze zur Sicherung der kommunalen Daseinsvorsorge, ZfgG 60 (2010), 3 ff.
- Klein, Hans-H., Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, Berlin

1968.

Kling, Michael/Thomas, Stefan, Kartellrecht, 2. Aufl. München 2016, S. 127 ff.

Kluth, Winfried, Eingriff durch Konkurrenz, WiVerw 2000, S. 184 ff.

Kluth, Winfried, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, Köln; München, Heymanns 1988, S. 48.

Knauff, Matthias, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge-Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV, Berlin 2004.

Knauff, Matthias, Unbegrenzte Gewährleistung statt unbegrenzter Leistung?–Kritische Anmerkungen zum Wandel von Staatlichkeit im Zeitalter der Globalisierung, VR 2003, S. 269 ff.

Knauff, Matthias, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, EuR 2010, S. 730 ff.

Knauff, Matthias, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership?, NZBau 2005, S. 249 ff.

Knemeyer, Die bayerischen Gemeinden als Grundrechtsträger, BayVBI 1988, S. 129 ff.

Kneuper, Friedrich/Kaler, Matthias v., Erneuerbare Energien und Bürgerbeteiligung, NVwZ 2012, 791 (792).

Kohäsion. Jens Kersten, Wandel der Daseinsvorsorge- Von der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse zur wirtschaftlichen, sozialen und territorialen, in: Claudia Neu (Hrsg.), Daseinsvorsorge: Ein gesellschaftswissenschaftliche Annäherung, Wiesbaden 2009, S. 23.

Koppensteiner, Hans-Georg, in: Rowedder, Kommentar zum GmbHG, 2. Auflage 1990, § 52 Rndr. 9.

Koch, Thorsten, Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, Baden-Baden, Nomos 1994, S. 24 f.

König, Klaus, „Neue“ Verwaltung oder Verwaltungsmodernisierung: Verwaltungspolitik in den 90er Jahren, DÖV 1995, S. 349.

König, Klaus, Zur Rationalität öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Hans Herbert von Arnim zum 65. Geburtstag, 2004, S. 88, 94.

König, Klaus, Moderne öffentliche Verwaltung, Berlin, Duncker & Humblot 2008, S. 292 ff.

König, Klaus, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 761 ff.

König, Klaus/Füchtner, Natascha, „Schlanker Staat“–eine Agenda der Verwaltungsmodernisierung im Bund, Baden-Baden 2000, S. 326.

Krajewski, Markus, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, Berlin/Heidelberg 2011, S. 336.

Krajewski, Markus,/Wethkamp, Nadine Maria, Die vergaberechtsfreie Übertragung öffentlicher Aufgaben, DVBl. 2008, S. 355 ff.

Krajewski, Marek, Rechtsbegriff Daseinsvorsorge?, VerwArch 99 (2008), S. 174 ff.

Kramer, Jost W., Wirtschaftliche Macht und Genossenschaft, Münster 2003, S.188.

Kraus, Hans. S., Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Wiesbaden, Dt. Univ.-Verl. 1997, S. 102

Krakowski, Michael, (Hrsg.): Regulierung in der Bundesrepublik Deutschland. Die Ausnahmereiche des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Hamburg 1988, S. 10 ff.

Krebs, Walter, in: von Münch/Kunig, Kommentar GG, Art. 19, Rdnr. 40.

Krebs, Walter, Verwaltungsorganisation, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 1988, S. 567 ff.

Krebs, Walter, Verwaltungsorganisation, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), HStR, Bd. V, 2007, § 108 S. 457 ff.

Krebs, Walter, Neue Bauformen des Organisationsrechts und ihre Einbeziehung in das Allgemeine Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, Nomos 1997, S. 339 ff.

Kröger, Karl/Hollmann, Thomas, Rechtliche Zulässigkeit des Betriebes von Friedhöfen durch Unternehmen und Einrichtungen der Kommunen in Rechtsformen des Privatrechts, KommunalPraxis 4/1997, S. 109 ff.

Kucsko–Stadlmayer, Gabriele, Grenzen der Ausgliederung: Gutachten-Verhandlungen des 15. Österreichischen Juristentages. Manz: Wien 2003, S. 17.

Kumanoff, Anton/Schwarzkopf, Anett/Fröse, Armin Lämmle, Jürgen, Die Verwaltungshilfe als Variante der Hoheitsverwaltung durch die Gemeinde, in: SächsVBl 1997, S. 73 ff.

Kühlhorn, Thomas, Haftung für die durch Verwaltungshilfe Privater entstandenen Schäden, Diss. Regensburg, 1972.

Kühling, Jürgen, Verfassungs- und kommunalrechtliche Probleme grenzüberschreitender Wirtschaftstätigkeit der Gemeinden, NJW 2001, S. 177 ff.

Kümmritz, Christian, Privatisierung öffentlicher Unternehmen: Ausschreibungspflichten bei der Veräußerung staatlichen Anteilsvermögens nach europäischem Vergabe- und Beihilfenrecht, Igel Verlag, München 2009, S. 4.

Lange, Wilfried, Rechtsprobleme der Privatisierung öffentlicher Unternehmen, JZ 1981, S. 698.

Lange, Klaus, Kommunalrecht, Tübingen 2019.

Langeloh, Tobias, Die verfassungs- und unionsrechtliche Rechtfertigung einer

zulassungsortabhängigen Autobahnbenutzungsgebühr. DÖV 2014, S. 364 f.

Lampert, Heinz /Bossert, Albrecht, Sozialstaat Deutschland, München 1992, S. 107.

Lamping, Wolfram/Schridde, Henning/Platz, Stefan/Blanke, Bernhard, Der Aktivierende Staat Positionen, Begriffe, Strategien. Bonn 2002. S.13.

Lautmann, Rüdiger, Justiz – die stille Gewalt, Frankfurt 1972, S. 143 ff.

Laux, Eberhard, Über kommunale Organisationspolitik, AfK 1995, S. 238 f.

Lämmertz, Torsten, Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, Berlin 2007, S.103.

Lecheler, Helmut, Das Subsidiaritätsprinzip: Strukturprinzip einer europäischen Union, Berlin, Duncker und Humblot 1993, S. 32 ff.

Lehnhoff, Dirk/Jan Holthaus, in: Johann Lang/Ludwig Weidmüller (Begründer), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, Berlin Boston, 38. Auflage 2016.

Leisner-Eggensperger, Anna, Rekommunalisierung und Grundgesetz, NVwZ 2013, S. 1110 ff.

Lewinski, Kai/Daniela, Burbat, Energiegenossenschaften–Bürger, Kommunen und lokale Wirtschaft in guter Gesellschaft, 2. Auflage, 2013, S. 4.

Libbe/Hanke, Rekommunalisierung – neue alte Wege der öffentlichen Daseinsvorsorge, Gemeindehaushalt 2011, 108 ff.

Lindner, Josef Franz, Das Regel-Außer-Verhältnis in Verwaltungsrecht, VerArch 2007 (98), S. 213 ff.

Lippert/Christian Walter (Hrsg.), Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten, 2007, S. 47/54 f.

Lorenz, Engi, Governance - Umriss und Problematik eines staatsrechtlichen Leitbildes, Der Staat 2008 (47), S. 573.

Loschelder, Wolfgang, Weisungshierarchie und persönliche Verantwortung, HStR Bd. III, Frankfurt a. M 1988, § 68.

Löwer, Wolfgang, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 2001 (60), S. 444 f.

Löwenberg, Fabian, Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, Berlin 2001, S. 304.

Ludwig, Frank, Privatisierung staatlicher Aufgaben im Umweltschutz, Berlin 1998, S.154 ff.

Lutter, Marcus, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 2. Auflage, Köln 1984, S. 129.

Lüke, Olaf, Chancen für Genossenschaften im Zuge der Privatisierung, Münster 2001, S. 68 f.

Machura, Stefan, Der Einfluss der Parteien auf die dritte Gewalt, Verw 1999 (32) S.

403 ff.

Marcus Helios/Thomas Strieder (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, 2009.

Mann, Günter Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis: Band 2: Kommunale Wirtschaft, Berlin, Springer 2011, S.111.

Mann, Thomas, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S.153 ff.

Mann, Thomas, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen, Tübingen 2002, S. 2.

Manthey, Nikolaus Vincent, Bindung und Schutz öffentlicher Unternehmen durch die Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Berlin 2001, S. 19.

Markmann, Friedrich, Lokale Leistungserbringung im kommunalen Interesse: Revival der Genossenschaft?, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1. Auflage 2018.

Martens, Wolfgang, Privilegiertes Informationsverhalten von Aufsichtsratsmitgliedern einer Gebietskörperschaft nach § 394 AktG, AG 1984, S. 29 ff.

Martins, Renata, Grundrechtsdogmatik im Gewährleistungsstaat: Rationalisierung der Grundrechtsanwendung?, DÖV 2007, S. 457 f.

Masing, Johannes, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? Gutachten D für den 66. DJT, München 2006, D 54.

Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18 Aufl., München 2011.

Maurer, Hartmut, Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, DVBl 1995, S. 1037 ff.

Maurer, Hartmut, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Privatisierung in Deutschland, Juridica International 2009, S. 5 f.

Maunz, Theodor, Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, VerwArch. Bd. 1959 (50), S. 319.

Mayen, Thomas, Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, DÖV 2001, S. 111.

Mayer, Franz C, Die Rückkehr der Europäischen Verfassung? Ein Leitfaden zum Vertrag von Lissabon, ZaöRV 67 (2007), S. 1141 ff.

Mayen, Thomas, Privatisierung öffentlicher Aufgaben: rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, DÖV 2001, S. 110 ff.

Mayntz, Renate, Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungs- Problem-Anmerkungen zu einem theoretischen Paradigma, in: Thomas Ellwein/Joachim Jens Hesse/ Renate Mayntz/Fritz Scharpf, W., (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Bd I, Baden-Baden 1987, S. 89-110.

Mederer, Wolfgang, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5 Auflage, Heidelberg 1999, Art. 92 Rn. 4.

Mertens, Hans-Joachim, in: Kölner Kommentar zum AktG, Bd. I, München 1985, § 103 Rndr. 22.

Mehde, Veith, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, Berlin 2000, S. 244.

Meyer-Landrut, Joachim, in: Großkommentar zum AktG, Bd. I, 2. Halbbd., 3. Auflage, München 1973, § 103 Anm. 7.

Meyer, Hubert, Nichtwirtschaftliche Betätigung der Kommunen: Spiel ohne Grenzen?, LKV 2000, S. 321 ff.

Mehde, Veith, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, Berlin, 2000, S. 41 ff.

Meyer-Hesemann, Wolfgang, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Heidelberg 1981, S. 104 ff.

Mehde, Veith, Ausübung von Staatsgewalt und Public Private Partnership, VerwArch 91 (2000), S. 540 ff.

Monßen, H-G., Shareholder-Value und Förderauftrag, ZfgG 48 (1998), S. 288 ff.

Moraing, Markus, Kommunale Wirtschaft zwischen Wettbewerb und Gemeindewirtschaftsrecht, in: Püttner (Hrsg.), Zur Reform des Gemeindewirtschaftsrechts, Baden-Baden 2002, S. 41 ff.

Müller, Nikolaus, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, Köln; München, Heymann 1993, S. 381.

Münkner, Hans-H., Die Rechtstypik der Genossenschaft in den Partnerstaaten der EG, Münster 1993, S. 17.

Nagel, Bernhard, Gemeindeordnung als Hürde?, Baden-Baden 1999, S. 51 f.

Oebbecke, Janbernd, Die örtliche Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit, ZHR 2000, S. 375 ff.

Oebbecke, Janbernd, Rechtliche Vorgaben für die Führung kommunaler Gesellschaften, in: Werner Hoppe/Michael Uechtritz/Hans-Joachim Reck(Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, Köln, 3. Auflage 2012.

Osterloh, Lerke/Bauer, Hartmut, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 1995 (54), S. 204 ff.

Ossenbühl, Fritz, Energierechtsreform, München, Heymanns 1998, S. 22 ff.

Ossenbühl, Fritz, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee /Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 62 Rdnr. S. 35 ff.

Ossenbühl, Fritz, Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S.516 f.

Osterloh, Lerke/Bauer, Hartmut, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben,

VVDStRL 54 (1995), S. 204 ff.

Otting, Olaf, Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommunen, Köln 1997, S. 4 ff.

Otting/Ohler/Olgmöller, Vergaberecht, in: Hoppe/Uechtritz/Reck (Hrsg.), Handbuch Kommunale Unternehmen, Köln, 3. Auflage 2012, § 14 Rn. 29.

Otto, Christian, Die Grenzen gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, Freiburg 2001, S. 76 f.

Pach, Eckhard/Rösch, Franziska, Der Vertrag von Lissabon, NVwZ 2008, S. 473 ff.

Palmer, Christoph E, Dasein oder Nichtsein- Der „Kampf um die Daseinsvorsorge“ als exemplarischer Fall, in: R. Hrbek/M. Nettesheim (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002, S. 11.

Paulick, Heinz, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, Karlsruhe 1956, S. 12 f.

Pauly, Walter/Jedlitschka, Nora, Die Reform der EU-Beihilferegeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und ihre Auswirkungen auf die kommunale Praxis, DVBl. 2012, S. 1271.

Peine, F.-J., Grenzen der Privatisierung-verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997, S. 353 ff.

Penski, Ulrich, Staatlichkeit öffentlicher Verwaltung und ihre marktmäßige Modernisierung, DÖV 1999, S. 85.

Peters, Anne, Die Ausfüllung von Spielräumen der Verwaltung durch Wirtschaftlichkeitserwägungen, DÖV 2001, S. 749 ff.

Pielow, Johann-Christian, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, Tübingen 2001.

Pielow, Johann-Christian, Gemeindewirtschaft im Gegenwind?, NWVBl 1999, S. 369 ff.

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte:Staatsrecht II, Heidelberg 2015, S. 44 f.

Pitschas, Rainer, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2., 2008, § 42, Rn. 28.

Pitschas, Rainer/Schoppa, Katrin, Rechtsformen kommunaler Unternehmenswirtschaft, DÖV 2009, S. 469 ff.

Pitschas, Rainer, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 219.

Pleister, Christopher, Genossenschaften zwischen Idee und Markt, Frankfurt 2001, S. 37 f.

Poschmann, Thomas, Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen,

Regensburg 2000, S. 175 ff.

Potthoff, Erich/Trescher, Karl/Theisen, Manuel R., Das Aufsichtsratsmitglied: Ein Handbuch der Aufgaben, Rechte und Pflichten, Stuttgart 2003, Rn. 488.

Pöcker, Markus/Michel, Jens, Vergaberecht und Organisation öffentlicher Verwaltung: Vom Formalismus der juristischen Person zur Anpassung an sich verändernde Handlungs- und Organisationsrationalitäten, DÖV 2006, S. 445 ff.

Pöhlmann, Peter, §18, in: Peter Pöhlmann/Andreas Fandrich/Joachim Bloehs (Hrsg.), Genossenschaftsgesetz, Kommentar, München, 4. Auflage 2012.

Püttner, Günter, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 2005 (64), S. 277.

Püttner, Günter, Neue Regelungen für öffentliche Unternehmen?, DÖV 2002, S. 731 ff.

Püttner, Günter, Kommunale Betriebe und Mixed Economy, in: Wollmann/ Roth (Hrsg.), Kommunalpolitik, Wiesbaden 1999, S. 541.

Püttner, Günter, Die Relevanz des europarechtlichen Subsidiaritätsprinzips für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, in: Brede, Helmut/Ambrosius, Gerold, Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, Baden-Baden, Nomos 2001, S. 47.

Püttner, Günter, Die öffentlichen Unternehmen: ein Handbuch zu Verfassungs- und Rechtsfragen der öffentlichen Wirtschaft, Stuttgart; München, Boorberg 1985.

Pünder, Hermann, Zur Verbindlichkeit der Kontrakte zwischen Politik und Verwaltung, DÖV 1998, 63 ff.

Pünder, Hermann, Haushaltsrecht im Umbruch, Stuttgart 2003, S. 405 ff.

Pünder, Hermann/Dittmar, Raoul, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, JURA 2005, S. 760 ff.

Pünder, Hermann/Franzius, Ingo, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, S. 20 ff.

Reimann, Norbert, Landschaftsverband Westfalen-Lippe-Westfälisches Archivamt – Münster 1999, S. 39.

Reichard, Christoph, Die „New Public Management“-Debatte im internationalen Kontext, in: Reichard, Christoph, Hellmut Wollmann (Hrsg.), Kommunalverwaltung im Modernisierungsschub?, Berlin u. a. 1996, S. 263 f.

Reiner, Elisabeth,/ Rößl, Dietmar,/Weismeier-Sammer, Daniela, Public Citizen Partnerships. cooperativ 3/10 S. 58.

Rengeling, Hans-Werner, in: Börner/Neundörfer, Recht und Praxis der Beihilfen, Köln u.a. 1984, S. 23.

Rehn, Erich/Cronauge, Ulrich, Kommentar Gemeindeordnung Nordrhein Westfalen, 20. Erg. 1997, § 107, S. 12.

Rittner, Fritz/Dreher, Meinrad/Kulka, Michael, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10.

Auflage, Heidelberg 2018, S. 345.

Richter, Walter, Controlling im „Konzern“ Stadt, in: Bernhard, Blanke, u.a. (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 2. Aufl., Berlin 2001, S. 401.

Rolfes, Karl-Heinrich, Regionale Wirtschaftsförderung und EWG-Vertrag, Köln u.a. 1991, S. 77 ff.

Ronellenfitsch, Michael, Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben, DÖV 1999, S. 705 ff.

Ronellenfitsch, Michael, Daseinsvorsorge und Wirtschaftlichkeit der Eisenbahnwesens, DVBl. 2008, S. 201 ff.

Ronellenfitsch, Michael, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. 4, 3. Aufl. Heidelberg 2006, § 98, Rn. 21.

Rödig, Jürgen, Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Berlin 1973, S. 282.

Röhl, Hans Christian, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, JZ 2006, S. 831 ff.

Röhl, Hans Christian, Der Anwendungsbereich des Vergaberechts (BGHZ 148, 55), JuS 2002, 1053 ff.

Ruffert, Matthias, Regulierung im System des Verwaltungsrechts-Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation, AöR 1999 (124), S 237 ff.

Ruffert, Matthias, Der Fall des Sekundärrechts ohne nationale Vollzugsakte, VerwArch 92, S. 27 ff.

Ruffert, Matthias, Kommunalwirtschaft und Land-Wirtschaftsverfassung, NVwZ 2000, S. 763 ff.

Ruthig, Josef/Storr, Stefan, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Heidelberg 2015, S.313.

Rüfner, Wolfgang, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 2. Aufl., Heidelberg 1996.

Sanden, Joachim, Die Privatisierungsprüfpflicht als Einstieg in die Verwaltungsprivatisierung, Die Verwaltung 2005 (38), S. 376 ff.

Säcker, Franz-Jürgen, Die Genossenschaften im System des deutschen und europäischen Kartellrechts, im Archiv für öffentliche und gemeinnützige Unternehmen Bd. 9 (1971), S. 201.

Säcker, Franz Jürgen, Aktuelle Probleme der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder, NJW 1986, S. 803.

Säcker/Rixecker/Oetker/Limperf(Hrsg.), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 7. Auflage 2015, Rn. 6 ff.

Selmer, Peter, in: Stober/ Vogel, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand,

Köln u.a. 2000, S. 75 ff.

Schaub, Günter, Arbeitsrechtliche Fragen der Privatisierung, PersV 1998, S. 100 ff.

Schenke, Ralf P./Klimpel, Stefan, Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog: Neuere Entwicklungen im Vergaberecht Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP)/Public Private Partnership (PPP), DVBl. 2006, S. 1494 ff.

Schäfer, Roland/Bernd Roreger, Kommunale Aufsichtsratsmitglieder: Rechte, Pflichten, Haftung, Strafbarkeit, in: Siegbert Heid (Hrsg.), Kommunalpolitische Texte, Band 17, Bonn, 1998.

Scheidemann, Rüdiger, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967, S. 132 ff.

Schernthanner, Martina, Das materielle Beihilfeaufsichtsrecht nach dem EWG-Vertrag, Wien 1993, S. 62 ff.

Schneider, Udo, Regie- und Eigenbetrieb, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis KommUntern, München 2005, Kap. D, Rn. 36 ff.

Schink, Alexander, Organisationsformen für die kommunale Abfallwirtschaft, VerwArch 1994, S. 251 ff.

Schink, Alexander, Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, NVwZ 2002, S. 129 ff.

Schlick, Wolfgang, Die Rechtsprechung des BGH zu den öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen, NJW 2011, S. 3341.

Schliesky, Utz, Auswirkungen des E-Government auf Verfahrensrecht und kommunale Verwaltungsstrukturen, NVwZ 2003, S. 1322 ff.

Schliesky, Utz, Öffentliches Wettbewerbsrecht, Berlin 1997.

Schmale, Ingrid/Blome-Drees, Johannes, (Hrsg.), Genossenschaft innovativ: Genossenschaften als neue Organisationsform in der Sozialwirtschaft, Springer VS, Wiesbaden 2017, Vorwort S. 5.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 43 f.

Schmidt-Aßmann, Eberhard/Röhl, Hans Christian, Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts (Art. 87e GG), DÖV 1994, S. 577 ff.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, zu Wirkungen des öffentlichen Wirtschaftsrechts auf das allgemeine Verwaltungsrecht, in: Bauer u. a. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht: wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, Tübingen 2002, S. 19 f.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung, in: Wilfried Berg/Stefan Fisch/Walter Schmitt Glaeser/Friedrich Schoch/Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates. Ergebnisse

des Symposiums aus Anlaß des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem, Die Verwaltung Beiheft 4, Berlin 2001, S. 253 ff.

Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schoch, Friedrich (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14 Aufl. Berlin 2008, S. 38 f.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013.

Schmidt-Aßmann, Eberhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. Berlin 2006.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Wirkungen des öffentlichen Wirtschaftsrechts auf das allgemeine Verwaltungsrecht Schmidt-Aßmann, in: Bauer u. a. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, München 2002, S. 15 ff.

Schmidt-Aßmann, Eberhard/Ulmer, Peter, Betriebs-Berater 1988, Beilage 13, S. 7.

Schmidt, Reiner, Die Liberalisierung der Daseinsvorsorge, Staat 2003, S. 229 f.

Schmidt, Reiner, Die Ordnung des Marktes durch Recht, in: R. Pitschas/A. Uhle (Hrsg.), Festschrift für Rupert Scholz, 2007, S. 889 ff.

Schmidt, Reiner, Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, ZGR 1996, S. 345 ff.

Schmidt, Thorsten Ingo, Kommunale Kooperation, Mohr Siebeck, 2005, S. 55-136.

Schmidt, Thorsten Ingo, Rechtliche Rahmenbedingungen und Perspektiven der Privatisierung, DÖV 2014.

Schmidt, Karsten, Labyrinthus creditorum – Gesellschafts- rechtliche Haftung im Insolvenzverfahren nach §§ 92, 93 InsO., ZGR 1996, S. 350.

Schmitz-Herscheidt, Friedhelm, Die Vertreterversammlung als rechtliches und organisatorisches Problem, Marburger 1981, S. 13 ff.

Schneider, J-P., Das Neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Hrsg., Verwaltungsorganisations- recht als Steuerungsressource, 1997, S. 128 f.

Schneider, Udo, Regie- und Eigenbetrieb, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis KommUntern, München, C. H. Beck 2015, Kap. D, Rn. 36 ff.

Schoch, Friedrich, Gewährleistungsverwaltungsrecht: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, NVwZ 2008, S. 242.

Schoch, Friedrich, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl 1994, S. 962 ff.

Schoch, Friedrich, Rechtsfragen der Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung, DVBl 1994, S. 1 ff.

Schoch, Friedrich, Rechtliche Steuerung der Privatisierung staatlicher Aufgaben, Jura 2008, S. 672 ff.

Schoch, Friedrich, (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15 Aufl. 2013, Rn 40, S. 328.

Schoch, Friedrich/Danwitz, Thomas von, Besonderes Verwaltungsrecht: mit Onlinezugang zur Jura-Kartei-Datenbank, Berlin, de Gruyter, 2013.

Scholz, Rupert, Abschlußbericht des Sachverständigenrats „Schlanker Staat“, II. Auflage, Wiesbaden 1998, S. 188 ff.

Scholz, Rupert, Neue Entwicklungen im Gemeindewirtschaftsrecht- Strukturfragen und Verfassungskritik, DÖV 1976, 441 ff.

Scholz, Ruppert, Verkehrsüberwachung durch Private?, NJW 1997, S. 14 ff.

Scholz, Rupert/Otting, Olaf, Die Anwendbarkeit des Öffentlichen Preisrechts auf Verkehrsverträge im Schienenpersonalverkehr, DVBI 2008, S. 12 ff.

Schultze, Claus J, Die deutschen Kommunen und die Europäische Union: Europabetroffenheit und Interessen wahrnehmung, Baden-Baden 1997.

Schulze-Fielitz, Helinuth, Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, DVBI. 1994, S. 657 ff.

Schulze-Fielitz, Helmut, in: Henneke (Hrsg.), Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung, Tübingen 1998, S. 241.

Schulz, Norbert, Anmerkungen zur Tätigkeit gemeindlicher Unternehmen außerhalb des Gemeindegebietes, BayVBI 1998, S. 449 ff.

Schuppert, Gunnar Folke, Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden 2000.

Schuppert, Gunnar Folke, Der moderne Staat als Gewährleistungsstaat, FS für Helmut Wollmann, Opladen 2001, 399 ff.

Schuppert, Gunnar Folke, Staatswissenschaft, Baden-Baden 2003, S.588.

Schuppert, Gunnar Folke, Vom produzierenden zum gewährleistenden Staat, in: K. König/A. Benz (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, Baden-Baden 1997, S. 539 ff.

Schuppert, Gunnar Folke, Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft. Die Verwaltung 2001(b), Beiheit 4, S. 220.

Schuppert, Gunnar Folke, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 766 ff.

Schuppert, Gunnar Folke, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership. Rechts- und verwaltungswissenschaftliches Gutachten, erstellt im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, Berlin 2001.

Schuppert, Gunnar Folke, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, München 2006, § 16 Rn. 83.

Schuppert, Gunnar Folke, Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat:

Vorüberlegungen zu einem Konzept von Staatsentlastung durch Verantwortungsteilung, in: C. Gusy, (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben, Baden-Baden 1998, S. 115.

Schuppert, Gunnar Folke/Voßkuhle, Andreas, (Hrsg.), Governance von und durch Wissen, 2008.

Schuppert, Gunnar Folke, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem /Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993.

Schuppert, Gunnar Folke, Verfassungsrecht und Verwaltungsorganisation, Der Staat 32 (1993), S. 587 ff.

Schwarze, Jürgen, Einführung: Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, in: ders. (Hrsg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, Baden-Baden 2001, S. 12.

Schwintowski, Hans-Peter, Verschwiegenheitspflicht für politisch legitimierte Mitglieder des Aufsichtsrats, NJW 1990, S. 1011.

Schwintowski, Hans-Peter, Corporate Governance in Öffentlichen Unternehmen, NVwZ 2001, S. 610 f.

Seeberg, Hans, § 100, in: Michael Muth (Hrsg.), Potsdamer Kommentar: Kommunalrecht und Kommunales Finanzrecht in Brandenburg, Loseblatt, Köln, 2016, 53. Ergänzungslieferung (2014).

Shirvani, Foroud, Public Private Partnership und die Subsidiaritätsprüfung bei Öffentlichen Unternehmensbeteiligung, DÖV 2011, S. 870.

Somek, Alexander, Rechtssystem und Republik, 2 Aufl. Wien 1992, S. 149 ff.

Spannowsky, Willy, Die Verantwortung der öffentlichen Hand für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Reichweite ihrer Einwirkungspflicht auf Beteiligungsunternehmen, DVBl. 1992, S. 1075.

Stappel, Michael, Die deutschen Genossenschaften, Deutscher Genossenschafts-Verlag eG, 2012.

Steding, Rolf, Genossenschaft versus Aktiengesellschaft, Baden-Baden 2002, S. 10.

Stern, Klaus, Staatsrecht I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, München 1984, S. 897.

Stern, Klaus, Die Reform des gemeindlichen Wirtschaftsrechts in Nordrhein-Westfalen im Lichte der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie, in: Kirchhof/Papier/Schäffer (Hrsg.), FS für Merten, D., Heidelberg; München 2007, S. 293 ff.

- Stein, Ekkehart, Die Wirtschaftsaufsicht, Tübingen 1967, S. 14 ff.
- Steindorff, Ernst, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt a. M. 1959, S. 18 ff.
- Stern, Klaus /Püttner, Günter, Gemeindewirtschaft, Recht und Realität, Stuttgart 1965, S. 169.
- Steinle, Edgar, Die Genossenschaft als Organisationsform zur Erfüllung kommunaler Aufgaben, in: Wolfgang George/Martin Bonow (Hrsg.), Regionales Zukunftsmanagement, Band 4, Kommunale Kooperation, Lengerich, 2010, S. 145 ff.
- Steinle, Edgar, Die Genossenschaft als Organisationsform zur Erfüllung kommunaler Aufgaben, in: Wolfgang George/Martin Bonow (Hrsg.), Regionales Zukunftsmanagement, Band 4, Kommunale Kooperation, Lengerich, 2010, S. 145 ff.
- Stober, Rolf, Neuregelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen? NJW 2002, S. 2361.
- Stober, Rolf, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, NJW 2008, S. 2301 ff.
- Stober, Rolf, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Vergabe öffentlicher Aufträge. in: Hoppe/ Schink (Hrsg.), 1990, S. 116-129.
- Stober, Rolf, Staatliches Gewaltmonopol und privates Sicherheitsgewerbe, NJW 1997, S. 895 f.
- Stober, Rolf, Police-Private-Partnership aus juristischer Sicht, DÖV 2000, S. 261.
- Stober, Rolf, in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Band 3, 5. Aufl. 2004, § 92 I 1 RdNr. 27.
- Stober, Rolf, Kommunalrecht, Heidelberg 1987.
- Stober, Rolf, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand: Staat und Kommunen als Konkurrent der Stober, Privatwirtschaft, Köln u. a. 2000, S. 2.
- Stober, Rolf, Telekommunikation zwischen öffentlich-rechtlicher Steuerung und privatwirtschaftlicher Verantwortung, DÖV 2004, S. 221 ff.
- Stober, Rolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 7. Aufl., Stuttgart u. a. 1991, S. 212.
- Stober, Rolf, Privatisierung öffentlicher Aufgaben-Phantomdiskussion oder Gestaltungsoption in einer Verantwortungsgeteilten, offenen Wirtschafts-, Sozial- und Sicherheitsverfassung?, NJW 2008, S. 2301 ff.
- Stober, Rolf, Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung- Zur Problematik privatrechtlicher Gesellschaften und Beteiligungen der öffentlichen Hand, NJW 1984, S. 449 ff.
- Stollmann, Frank, Aufgabenerledigung durch Dritte im öffentlichen Gesundheitsdienst, DÖV 1999, S. 186 f.
- Stolzlechner, Harald, Privatisierung staatlicher Verwaltungsaufgaben und Kontrolle

durch die Volksanwaltschaft, ZfV 2007, S.2.

Storr, Stefan, Zwischen überkommener Daseinsvorsorge und Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse- Mitgliedstaatliche und europäische Kompetenzen im Recht der öffentlichen Dienste, DÖV 2002, S. 361.

Storr, Stefan, Kooperation nur nach Ausschreibung?, SächsVBl 2006, S. 235 ff.

Storr, Stefan, Public-Public-Partnerships, LKV 2005, S. 521.

Storr, Stefan, Der Staat als Unternehmer, Tübingen 2001, S. 224.

Stöß, Angela, Europäische Union und kommunale Selbstverwaltung. Die Handlungsspielräume deutscher Kommunen unter Einwirkung der Europäischen Union aus ökonomischer Perspektive, Frankfurt am Main 2000, S. 158.

Stürner, Rolf, Markt und Wettbewerb über alles?, München, Beck 2007, S. 230.

Tettinger, Peter J, Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates, VVDStRL 2005 (63), S. 221

Tettinger, Peter J, Privatisierungskonzepte für die Abfallwirtschaft, in: FS Karl. Heinrich. Friauf, 1996, 576.

Tettinger, Peter J, Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764 ff.

Terhechte, Jörg Philipp, Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?, EuR 2008, S. 143 ff.

Terhalle, Fritz, Geschichte der deutschen öffentlichen Finanzwirtschaft vom Beginn des 19 Jahrhunderts bis zum Schluss des 2. Weltkrieges, S. 104.

Teubner, Gunther, Recht als autopoietisches System, Frankfurt am Main 1989.

Trute, Hans-Heinrich/Denkhaus, Wolfgang/Kühlers, Doris, Governance in der Verwaltungsrechts- wissenschaft, Die Verwaltung 2004 (37), S.451.

Trute, Hans-Heinrich, Gemeinwohlsicherung im Gewährleistung, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), Gemeinwohl: Auf der Suche nach Substanz, Berlin 2002, S. 329 (344).

Trute, Hans-Heinrich, Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, FS für Brohm, München 2002, S. 169/171.

Voßkuhle, Andreas, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: G.F. Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, Baden-Baden 1999.

Voßkuhle, Andreas, New Verwaltungswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann /Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 1 Rn. 62, S. 50.

Voßkuhle, Andreas, „Schlüsselbegriffe“ der Verwaltungsrechtsreform, VerwArch

2001 (92) S. 207 f.

Voßkuhle, Andreas, New Verwaltungswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, München 2006, § 1 Rn. 71, S. 59.

Voßkuhle, Andreas, Regulierte Selbstregulierung – Karriere eines Schlüsselbegriffs, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), S. 198.

Voßkuhle, Andreas, „Schlüsselbegriffe“ der Verwaltungsrechtsreform, VerwArch 92 (2001) 184, 196 ff.

Wahl, Rainer,ungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), S. 153 ff.

Walter, Christian, Gewährleistungs- und Erfüllungsverantwortung auf globalen Energiemärkten – Brauchen wir eine „Rohstoffbeschaffungsverantwortung“? in: Stefan Leible/Michael Ziekow/Siegel, Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der „In-State-Geschäfte“, VerwArch. 96 (2005), S. 119 ff.

Wegener, B. W., Bahnprivatisierung und Eisenbahnverkehrsverwaltung, DÖV 1996, S. 305.

Weidemann, C., Übergangsprobleme bei der Privatisierung des Abfallwesens, NJW 1996, S. 2758.

Schilling, Wolfgang, in: Hachenburg, Großkommentar zum GmbHG, Bd. II, 7. Auflage, Berlin u.a. 1979, § 52 Rdnr. 75, 87.

Weber-Grellet, Heinrich, Steuern im modernen Verfassungsstaat, Köln, O. Schmidt 2001, S. 5.

Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch: Public Private Partnership, München 2005, S. 193.

Weiß, Karin, Das Neue Steuerungsmodell – Chance für die Kommunalpolitik? Reihe: Städte und Regionen in Europa, Bd. 9, Dissertation Bundeswehrhochschule München 2001, Opladen 2002, S. 67.

Weiß, Karin, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 36 ff.

Weiß, Wolfgang, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBl. 2002, S. 1181 f.

Weiß, Wolfgang, Öffentliche Unternehmen und EGV, EuR 2003, S. 165 ff.

Weiß, Wolfgang, Art. 101 AEUV, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 5. Auflage 2016.

Wieland/Hellermann, Das Verbot ausschließlicher Konzessionsverträge und die kommunale Selbstverwaltung, DVBl. 1996, S. 401 (406).

Will, Martin, Die besonderen Prüfungs- und Unterrichtsrechte der Gemeinden gegenüber ihren Kapitalgesellschaften aus §§ 53, 54 HGrG, DÖV 2002, S. 319.

- Wißmann, Hinner, Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verwaltungsorganisation, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, München 2006.
- Wolff, Hans.-J /Bachof, Otto/Stober, Rolf, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl. München 1987, § 104a Rdnr. 34.
- Wollenschläger, Ferdinand, Das EU-Vergaberegime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, NVwZ 2007, S. 388.
- Zacher, Hans F, Das soziale Staatsziel, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band I: Historische Grundlagen, 3. Aufl., Heidelberg 2003, § 25 Rn. 57.
- Zavelberg, H.G., Lean Management: ein methodischer Ansatz für mehr Effizienz und Effektivität, DÖV 1994, S. 1040.
- Zenke, Ines/Dessau, Christian, Bürgerbeteiligungen als Schlüssel einer kommunalen Energiewende, KommJur 2013, S.288.
- Ziekow, Jan,/Windoffer, Alexander, Public Private Partnership, 2008, S. 17 ff.
- Ziekow, Jan, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage 2016, § 9 Rn. 1.
- Zimmermann, Norbert, Der grundrechtliche Schutzanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts, München 1993, S. 2 ff.
- Zuleeg, Manfred, Beleihung mit Hoheitsgewalt, Verwaltungshilfe und privatrechtliches Handeln bei Schülern, DÖV 1970, S. 631.