

Sterr-Kölln & Partner | Postfach 368 | 79003 Freiburg

WUN Infrastruktur KU
An den Vorstand
Herrn Marco Krasser
Rot-Kreuz-Straße 6
95632 Wunsiedel

| RECHTSANWÄLTE
| WIRTSCHAFTSPRÜFER
| STEUERBERATER

Partnerschaftsregister
Amtsgericht Freiburg
PR 700072

Franziska Benz,
Rechtsanwältin

Markus Jenne,
Dipl.-Volkswirt und Steuerberater

Dr. Karlheinz Rabenschlag,
Rechtsanwalt

Klaus-Peter Sikora,
Rechtsanwalt

Heribert Sterr-Kölln,
Steuerberater und Wirtschaftsprüfer

Sibylle Weiler,
Rechtsanwältin und
Avocat au Barreau de Paris

Freiburg, 26. Juni 2014

Rechtlichen Bewertung des Entwurfs eines Gutachtens zur Haushaltskonsolidierung bei der Stadt Wunsiedel des Bayerischen Kommunalen Prüfungsverbandes im Hinblick auf die Gründung des WUN Infrastruktur KU

Sehr geehrter Herr Krasser,

unter Bezugnahme auf Ihre E-Mail vom 23. April 2014 möchten wir Ihre Anfrage wie untenstehend beantworten:

Darstellung des Sachverhalts:

Die Stadt Wunsiedel hat im Jahr 2013 die kommunalen Unternehmen (KU) „WUN Immobilien KU“ und „WUN Infrastruktur KU“ jeweils in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet. Nun wurde von dem Bayerischen Kommunalen Prüfungsverband (BKPV) der Entwurf eines Gutachtens zur Haushaltskonsolidierung bei der Stadt Wunsiedel vorgelegt, welches hinsichtlich der Gründung von kommunalen Unternehmen ausführt:

„Nach der Intention des Gesetzgebers ist daher eine Errichtung von [Unternehmen] vornherein unzulässig, wenn eine Kommune nicht über die notwendigen finanziellen Mittel verfügt und dadurch die stetige Aufgabenerfüllung gefährdet ist. Da die Stadt gerade nicht über entsprechende Finanzmittel verfügt, sehen wir die allgemeine Zulässigkeitsanforderung des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 2 GO als nicht erfüllt an.“

Für den Fall des Fortbestandes der KU schreibt der BKPV weiter:

„Bei der gegebenen äußerst ungünstigen Gesamtkonstellation erachten wir es daher – für den Fall, dass trotz dieser zusätzlichen finanziellen Risiken am Fortbestand der Kommunalunternehmen festgehalten werden soll – für dringend geboten, dass alle grundlegenden weiteren Schritte der Kommunalunternehmen nur in enger vorheriger Abstimmung und mit Billigung der zuständigen Aufsichtsbehörden erfolgen.“

Auftragsumfang:

Auf Grundlage des uns übersandten Entwurf des Gutachtens des BKPV haben wir eine abstrakt-rechtliche Prüfung (siehe Ziffer 1) durchgeführt, ob die Stadt Wunsiedel trotz nicht genehmigten Haushalts zur Gründung der KU berechtigt gewesen ist.

Eine Beurteilung der tatsächlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit war nicht Umfang des Auftrags.

Ferner haben wir die Empfehlung des BKPV für den Fortbestand der KU rechtlich gewürdigt (siehe Ziffer 2).

Rechtliche Bewertung:

1. Anforderungen an die Gründung eines KU

Nach Art. 87 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 1. Alternative BayGO darf eine Gemeinde ein Unternehmen nur errichten, wenn das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht.

Bei der Betrachtung, ob ein Unternehmen mit der finanziellen Leistungsfähigkeit zu vereinbaren sein wird, ist es einerseits erforderlich, die Chancen und Risiken des konkreten Unternehmens langfristig möglichst realistisch einzuschätzen bzw., wenn möglich, zu berechnen. Andererseits ist die Beurteilung der gemeindlichen Leistungsfähigkeit im Rahmen einer Analyse der wirtschaftlichen Situation (Analyse der Ist-Situation) erforderlich.¹ Durch die unternehmerische Tätigkeit darf insbesondere die Sicherung der dauerhaften Aufgabenerfüllung nicht gefährdet werden. Dementsprechend ist eine dezidierte Prüfung der Leistungsfähigkeit der Gemeinde erforderlich, um zu beurteilen, ob im Zeitpunkt der Gründung der KU eine Unverhältnismäßigkeit zwischen Art und Umfang der KU und der Leistungsfähigkeit der Gemeinde besteht.

Das Gutachten des BKPV führt zwar Tatbestände auf (vgl. Ziffer 3), welche die Leistungsfähigkeit der Stadt Wunsiedel im maßgeblichen Beurteilungszeitraum 2013/2014 beeinträchtigen. Allerdings verkennt der BKPV im Rahmen der Feststellungen unter Ziffer 4.8.3, dass für die kommunalrechtliche Zulässigkeit der Gründung der KU gemäß Art. 87 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 BayGO in erster Linie die angemessene Verhältnismäßigkeit ausschlaggebend ist. Hierbei sind auf der einen Seite die Leistungsfähigkeit, auf der anderen Seite aber auch die mit der Errichtung der Unternehmen einhergehenden Be- und Entlastungen für die Gemeinde zu berücksichtigen. Der unspezifische Verweis des BKPV auf die fehlenden finanziellen Mittel suggeriert, dass ohne weitere Abwägung die kommunal-

¹ Vgl. Aker/Hafner/Notheis, GemO BW, § 102 Rn. 64 (Art. 87 BayGO entspricht § 102 GemO BW).

rechtliche Zulässigkeit zu verneinen sei. Aus dem Entwurf des Gutachtens des BKPV ist die konkrete Durchführung einer angemessenen Prüfung und Abwägung durch den BKPV nicht erkennbar; es wird nur auf die Haushaltslage verwiesen.

Eine zu den Feststellungen des BKPV gegenteilige – und somit die Zulässigkeit der Gründung der KU bejahende – Auffassung vertritt die zuständige Rechtsaufsichtsbehörde (Landratsamt Wunsiedel). Mit Schreiben vom 27.11.2012 hatte die Stadt Wunsiedel der Rechtsaufsichtsbehörde die beabsichtigte Gründung der KU zum 01.01.2013 gemäß Art. 96 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO angezeigt. Diese prüfte in der Folge die grundsätzliche Zulässigkeit der ihr angezeigten Maßnahmen² und somit auch, ob die Voraussetzungen gemäß Art. 87 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 BayGO erfüllt sind. Mit Schreiben vom 03.12.2012 hat die Rechtsaufsichtsbehörde hinsichtlich der beabsichtigten Gründung des WUN Infrastruktur KU ausgeführt, dass keine grundsätzlichen Bedenken bezüglich der kommunalrechtlichen Zulässigkeit der Unternehmensgründung bestehen.

Die Rechtsaufsichtsbehörde hatte den für den Zeitpunkt der Anzeige relevanten Doppelhaushalt 2011/2012 nur unter Zurückstellung erheblicher Bedenken genehmigt und folglich war der Rechtsaufsichtsbehörde im Zeitpunkt der Anzeige die wirtschaftliche Situation der Stadt Wunsiedel bekannt. Ebenso, dass die Gründung für einen Zeitraum geplant war, in dem die Stadt Wunsiedel über einen noch nicht genehmigten Haushalt verfügte, bzw. für einen Zeitraum für den keine signifikante Besserung der wirtschaftlichen Situation der Stadt Wunsiedel absehbar war. Dennoch hat die Rechtsaufsichtsbehörde diese Entscheidung aufgrund einer dezidierten Prüfung der übersendeten Dokumente (wie z.B. die Eröffnungsbilanz oder die KU-Struktur) sowie der ausführlichen Begründung und Erläuterung des Gründungsvorhabens getroffen.

2. Zukünftige Abstimmung mit der Rechtsaufsichtsbehörde

Die vom BKPV geforderte zukünftige enge Abstimmung weiterer grundlegender Schritte der KU sowie deren Billigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde hätten zur Folge, dass den KU jegliche wirtschaftliche Handlungsflexibilität genommen werden würde.

Gerade durch die Möglichkeit der Errichtung von gemeindlichen Unternehmen wollte der Gesetzgeber den Gemeinden die Möglichkeit der Erfüllung von Gemeindeaufgaben durch eine wirtschaftliche Betätigung einräumen, ohne dass die Gemeinden durch langwierige Beschluss- und Entscheidungsprozesse an der Teilnahme am Wirtschaftsleben eingeschränkt sind. Durch das Abstimmungserfordernis würden diese Vorteile wieder entfallen.

Schon fraglich ist eine Bindungswirkung der Feststellungen bzw. Empfehlungen des BKPV gegenüber den KU oder gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde vor dem Hintergrund, dass der BKPV lediglich dazu berechtigt ist eine Rechnungs- und Kassenprüfung bei seinen Mitgliedern durchzuführen³. Die KU und die Rechtsaufsichtsbehörde zählen nicht zu den Mitgliedern. Auf jeden Fall fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für die Bindungswirkung der geforderten zukünftigen engen Abstimmung weiterer grundlegender Schritte der KU sowie deren Billigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde.

Durch Art. 91 Absatz 3 BayGO sind die Regelung der Art. 108 ff. BayGO über die staatliche Aufsicht auf kommunale Unternehmen sinngemäß anzuwenden. Dadurch stehen der

² Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO, Art. 87, Anmerkungen Ziffer 5.1.

³ Vgl. hierzu Art. 2 und 3 des Gesetzes über den Bayerischen Kommunalen Prüfungsverband.

Rechtsaufsichtsbehörde diverse Rechte (s.u.) zu, welche sie gegenüber den kommunalen Unternehmen ausüben kann.

In Abgrenzung zu den vom BKPV geforderten Maßnahmen handelt es sich hierbei jedoch um Maßnahmen, die von der Rechtsaufsichtsbehörde zu initiieren sind, gesondert durchzuführen sind und vor allem dem Zweck der verständnisvollen Beratung, Förderung und des Schutzes dienen sollen (vgl. Art. 108 BayGO). Dies spiegelt auch die deutliche Differenzierung der möglichen Aufsichtsmittel nach der Intensität des Eingreifens in die Eigenverantwortlichkeit dar: Information (Art. 111 BayGO), Beanstandung (Art. 112 BayGO), Ersatzvornahme (Art. 113 BayGO), Bestellung eines Beauftragten (Art. 114 BayGO). Es ist auf die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshof vom 27.05.1992⁴ hinzuweisen, welche bestätigt, dass sich aus den Vorschriften zur staatlichen Aufsicht für die Aufsichtsbehörden kein Recht zum „Dreinreden“ in allen Angelegenheiten ergibt und die Unzulässigkeit einer sog. „Einmischungsaufsicht“ feststellt.⁵

Aus den Ausführungen des BKPV ist nicht ersichtlich, welche Maßnahmen der BKPV im Rahmen der zukünftigen „engen Abstimmung“ vorsieht; es kann nur vermutet werden, dass es sich hierbei um ein von den KU aktiv ausgehende Handlungen handelt. Ein solches Vorgehen, welches eine Initiative der KU vorsieht und einem quasi-generellen Genehmigungsvorbehalt seitens der Rechtsaufsichtsbehörde darstellen könnte, konterkariert den mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers, da die BayGO und die Verordnung über Kommunalunternehmen (KUV) Anzeige- und Berichtspflichten den KU nicht pauschal sondern durch einzelne, spezielle Regelungen punktuell zugewiesen hat (z.B. Art. 96 Absatz 2 BayGO, § 21 KUV). Ferner erfasst Art. 87 BayGO nicht jegliche Betätigung eines kommunalen Unternehmens, sondern nur die dort genannte Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung. Eine permanente oder periodisch wiederkehrende Kontrolle ist folglich davon nicht umfasst.⁶

Der Verwaltungsrat gemeindlicher Unternehmen ist nach Art. 90 Absatz 2 Satz 1 BayGO verpflichtet die Geschäftsführung zu überwachen. Art. 95 Absatz 1 Satz BayGO bestimmt die Grundsätze für die Führung gemeindlicher Unternehmen. Diese sind unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Grundsätze und des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit so zu führen, dass der öffentliche Zweck erfüllt wird.

Bei beiden KU ist der Erste Bürgermeister der Stadt Wunsiedel Vorsitzender des Verwaltungsrats. Der Verwaltungsrat besteht insgesamt aus acht Personen, hiervon werden sieben Personen durch den Stadtrat von Wunsiedel bestellt. Dadurch wird eine umfassende Beaufsichtigung der Führung des KU durch die Stadt Wunsiedel gewährleistet. Der Verwaltungsrat ist verpflichtet dafür Sorge zu tragen, dass keine Handlungen durch das KU vorgenommen werden, die eine Belastung des kommunalen Haushalts darstellen können. So sind alle Maßnahmen zu unternehmen, um die KU nachhaltig zu gestalten und ihre Leistungsfähigkeit zu erhalten.

Auf Grundlage des Vorstehenden sollte zukünftigen Maßnahmen der Rechtsaufsichtsbehörde – die im Rahmen der ihr zustehenden Aufsichtsmaßnahmen erfolgen – nachgekommen werden.

Die Empfehlung des BKPV über die zukünftige enge Abstimmung ist unter rechtlichen Gesichtspunkt aufgrund ihrer pauschalen und unbestimmten Formulierung zu kritisieren. Es ist für den Adressaten des Gutachtens (und mittelbar die KU) nicht nachvollziehbar,

⁴ Az. 4 B 91.190, NVwZ-RR 1993, 373; (VG Ansbach, NVwZ-RR 1991, 263)

⁵ Vgl. hierzu Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO, Art. 108, Rn. 6.

⁶ Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO, Art. 87, Rn. 2

welche Maßnahmen aufgrund welcher Rechtsgrundlage erfolgen sollen und ob die jeweilige Maßnahme von der entsprechenden Rechtsgrundlage noch umfasst wird.

3. Exkurs zu den wirtschaftlichen Aspekten im Zusammenhang mit der der Gründung des KU

Es ist richtig, wie durch den BKPV dargestellt, mit der Gründung eines Kommunalunternehmens einmalige und laufende rechtsformspezifische Kosten verbunden sind. Allerdings ermöglicht der Betrieb eines Kommunalunternehmens auch zusätzliche Einnahmen. Die wirtschaftliche Belastung des kommunalen Haushalts durch die überführten Sparten, wie „Beseitigung des städtischen Abwassers“, bzw. „Freizeiteinrichtungen“ für den Haushalt der Kommune erhöht sich nicht schon deshalb, weil sie auf ein KU übertragen werden. Hier verweist der Bericht neben den oben erwähnten rechtsformspezifischen Kosten im Wesentlichen ganz allgemein auf die Beobachtung, dass „die gesonderte Rechtsform zu einem höheren Vergütungsniveau auf der Leitungsebene führt.“

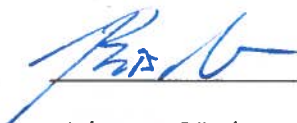
Es ist Aufgabe der Organe des KU sorgfältig darauf zu achten, dass das KU die übernommenen Aufgaben der Daseinsvorsorge so erbringt, dass dadurch keine weiteren Belastungen entstehen, die über die bisherigen Belastungen für die Kommune hinausgehen.

Ziel der Gründung des KU ist es gerade durch sinnvolle Vorhaben im Bereich der Daseinsvorsorge zusätzliche Einnahmen zur Deckung der defizitären Sparten zu erzielen. Dies gilt insbesondere für die Zinsmarge, die durch die Investitionsmaßnahmen der SWW Wunsiedel GmbH und mit ihr verbundener Unternehmen erzielt wurden oder werden.

Die Aufnahme der geplanten Kredite stellt keine Vermögensverwaltung i.e.Sinne dar, sondern dient der möglichst kostengünstigen Investition in die Daseinsvorsorge durch kommunale Unternehmen. Durch die günstigere Finanzierung entsteht gerade die Möglichkeit Einnahmen für den kommunalen Haushalt zu erreichen, sei es z.B. durch höhere Ausschüttungen aus der SWW bzw. der ZEF oder durch die bereits erwähnte Zinsmarge des KU.



Klaus-Peter Sikora
Rechtsanwalt



Johannes Büscher
Rechtsanwalt



Heribert Sterr-Kölln
Wirtschaftsprüfer
Steuerberater