

- Festschrift für Gerhard Widder, Reihe Kommunalwirtschaftliche Forschung und Praxis, Bd. 12, Frankfurt a.M. 2007, S. 246 ff.
- 34) Vgl. Dombrowsky, Strukturveränderungen in den Stadtwerken als Folge des neuen europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts: Strukturveränderungen bei der N-Ergie AG, Nürnberg, in: Schöneich, Stadt-Werke, Festschrift für Gerhard Widder, Reihe Kommunalwirtschaftliche Forschung und Praxis, Bd. 12, Frankfurt a.M. 2007.
- 35) Vgl. Piolow, Die Gestaltung kommunaler Daseinsvorsorge im Europäischen Binnenmarkt, Gutachten für den Minister des Landes NRW, 2010, www.europa.nrw.de, S. 11 ff.
- 36) So schon Ude, Zukunftsfähige Stadtwerke sind ein Eckpfeiler der kommunalen Selbstverwaltung, Vortrag des Präsidenten des Deutschen Städtetages anlässlich des VKU-Kongresses „Stadtwerke der Zukunft“, Berlin, 4.4.2006.
- 37) Vgl. u.a. Wilmert, Nur der Wandel sichert den Erfolg, in: Zeitschrift für kommunale Wirtschaft 2010, Heft 10, S. 17 ff.; Osterwind, Ein Stadtwerk darf nicht bleiben wie es ist, in: Zeitschrift für kommunale Wirtschaft 2011, Heft 3, S. 4 ff.; Janning, Gegenwärtige Herausforderungen kommunaler Unternehmen insbesondere in der Versorgungswirtschaft, in: WIBERA Kommunaltag 2011, Bielefeld, Vortrag 6.
- 38) Vgl. zu diesem Thema in der Presse u.a. Dahmen/Jung, Wieviel Staat braucht das Land?, in: spiegel-online, 31.12.2007.
- 39) Vgl. u.a. Reck, Die populärsten Irrtümer zur Kommunalwirtschaft, in: Auftaktinterview mit Hans-Joachim Reck und Prof. Dr. Michael Schäfer, in: Unternehmerin Kommune 2011, Heft 3.
- 40) Vgl. Pressemitteilung VKU; hierzu ebenso ausführlich Becker/Wilmert, D-Zentral, Aachen, 2011.



Freiwillige Aufgaben und freiwillige Leistungen – wie viel Freiwilliges leisten sich die Kommunen wirklich?

Dr. David Rauber *

A. Problemaufriss

Die dramatische Lage der kommunalen Haushalte hat den Druck, bestehende Aufgaben und Leistungsangebote zu hinterfragen, weiter verschärft. Für 2010 verzeichnete der in der Kassenstatistik ausgewiesene Finanzierungssaldo der kommunalen Ebene – bei deutlichen Unterschieden zwischen den einzelnen Bundesländern – ein Rekordtief. Einnahmen und Ausgaben klappten bundesweit um rd. 7,7 Mrd. € auseinander.¹⁾ Die in den Ländern zuständigen Kommunalaufsichtsbehörden veranlasst das in der Praxis, bei den Kommunen eine Verminderung freiwilliger Aufgaben bzw. freiwilliger Leistungen anzumahnen. In Hessen etwa gibt die „Leitlinie zur Konsolidierung der kommunalen Haushalte und zur Handhabung der Kommunalaufsicht über Landkreise, kreisfreie Städte und kreisangehörige Gemeinden“²⁾ (folgend: Konsolidierungsleitlinie) u.a. vor, die freiwilligen Aufgaben und Leistungen auf den Prüfstand zu stellen und neue Aufgaben, für deren Wahrnehmung keine gesetzliche Verpflichtung besteht, nur dann zu übernehmen, wenn ihre Wahrnehmung durch entsprechende Erträge finanziert ist.³⁾ Auch Ziff. 6 der Konsolidierungsleitlinie enthält Ausführungen zu freiwilligen Leistungen bzw. freiwilligen Aufwendungen, ohne die Begriffe näher zu definieren. Welche Aufgaben freiwillige Aufgaben sind, welche Leistungen „freiwillig“ erfolgen, ist auch sonst rechtlich nicht abschließend definiert. In der Praxis der Kommunalaufsichtsbehörden ist zunehmend eine Tendenz zu beobachten, alle Ausgaben als freiwillig zu qualifizieren, die nicht ausdrücklich gesetzlich vorgegeben sind. Dieses Verständnis greift zu kurz und überzeichnet den auf kommunaler Ebene bestehenden Dispositionsspielraum deutlich. Gegenläufig zur aufsichtsbehördlichen Handhabung ist die Tendenz, die einer Entscheidung des BVerwG⁴⁾ in Sachen Privatisierung des Offenbacher Weihnachtsmarkts innewohnt und die teilweise so verstanden wird, dass sie eine Art Aufgabenentledigungsverbot für die Gemeinden statuiert.

Sind die Gemeinden also zwischen dem Gebot der Begrenzung freiwilliger Aufgaben bzw. Leistungen und einem Aufgabenentledigungsverbot eingeklemmt? Der Versuch einer Eingrenzung der Begriffe der freiwilligen Aufgaben bzw. freiwilligen Leistungen soll vor diesem Hintergrund untersuchen, ob ein rechtlicher Weg aus der Klemme führt.

B. Begriff der freiwilligen Aufgaben

Der Begriff der Aufgaben ist inhaltlich von der Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG aus zu bestimmen. Diese Vorschrift sichert den Gemeinden einen Aufgabenbereich, der grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfasst.⁵⁾ Die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft beschreiben nach der Rechtsprechung des BVerfG keinen ein für

allemal feststehenden Aufgabenkreis, sondern umfassen abstrakt „diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben“.⁶⁾ Die grundsätzliche Allzuständigkeit der Gemeinden gehört zum Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie, bei dessen Bestimmung in besonderer Weise der geschichtlichen Entwicklung und den verschiedenen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung Rechnung getragen werden muss.⁷⁾ Eine Unterscheidung zwischen freiwillig und nicht freiwillig wahrgenommenen Aufgaben kennt das Verfassungsrecht auf Ebene des Schutzbereichs der Selbstverwaltungsgarantie für die Gemeinden⁸⁾ nicht unmittelbar.

I. Übertragung von Aufgaben durch Gesetz

Allerdings darf der Gesetzgeber auf Grundlage des in der Wendung „im Rahmen der Gesetze“ wurzelnden Gesetzesvorbehalts den Aufgabenkreis der Gemeinden abgrenzen und die Art und Weise ihrer Erledigung regeln.⁹⁾ Auf dieser Grundlage kann der jeweilige Landesgesetzgeber – dem Bundesgesetzgeber ist solches nach Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG seit 1. September 2006 verwehrt¹⁰⁾ – den Gemeinden und Gemeindeverbänden die sachliche Zuständigkeit für bestimmte Aufgabenbereiche übertragen. Bei der Entscheidung über die Übertragung der sachlichen Zuständigkeit muss der Gesetzgeber das aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Aufgabenverteilungsprinzip zu Gunsten der Gemeinden berücksichtigen.¹¹⁾ Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im eben dargestellten Sinne müssen im Zweifel also den Gemeinden übertragen werden,¹²⁾ weil die Verfassung diesen Aufgabenbereich den Gemeinden unmittelbar zuweist.¹³⁾ Eine gesetzliche Übertragung der sachlichen Zuständigkeit für eine Aufgabe an Gemeinden oder Gemeindeverbände durch Landesgesetz¹⁴⁾ macht die Aufgabe zu einer Pflichtaufgabe. In einer Reihe unterschiedlichster Bereiche gibt es konkrete Aufgabenzuweisungen, die die Kommunen zum Tätigsein verpflichten. Zu nennen wären hier Aufgabenbereiche wie etwa das Pass-, Personalausweis-, Melde- und Standesamtswesen, ordnungsbehördliche Aufgaben ebenso wie umfangreiche Tätigkeiten im sozialen Bereich wie etwa Kinderbetreuungsangebote, Aufgaben des Schul- oder auch des Sozialhilfeträgers und andere mehr. Umfangreiche Planungszuständigkeiten (z. B. für die Bauleitplanung nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB) und -verpflichtungen (etwa die Pflicht zur Anpassung der Bauleitplanung an die Ziele der Raumordnung nach § 1 Abs. 4 BauGB) kommen hinzu. Neben diesen Zweckaufgaben besteht die Kategorie der Existenzaufgaben, deren Erfüllung die notwendige Voraussetzung für das Bestehen kommunaler Selbstverwaltung darstellt – beispielsweise Bestimmungen über die Organbildung, Schaffung der Voraussetzungen für das Tätigwerden der Organe, Vermögensverwaltung o. ä.).¹⁵⁾

II. Öffentliche Einrichtungen – eine Pflichtaufgabe dem Grunde nach

Die eben diskutierten Aufgabenzuweisungen und Organisationsvorgaben sind vergleichsweise präzise, weil die zu Grunde liegenden gesetzlichen Bestimmungen die Art und Weise der Aufgabenwahrnehmung relativ exakt beschreiben. Daneben nimmt das Kommunalrecht der Länder die Gemeinden herkömmlich aber auch in die Pflicht, öffentliche Einrichtungen vorzuhalten. So hat gemäß § 19 Abs. 1 HGO die Gemeinde die Aufgabe, „in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit“ die für ihre Einwohner erforderlichen wirtschaftlichen, sozialen, sportlichen und kulturellen öffentlichen Einrichtungen bereit zu stellen. Derartige Bestimmungen sind seit langem Bestandteil der Kommunalverfassungen in Deutschland und prägen das Bild der kommunalen Selbstverwaltung. Gemeinden müssen von jeher dem Grunde nach eine gewisse Infrastruktur vorhalten; welche Einrichtungen konkret, geben diese Vorschriften nicht abschließend vor.

Hieraus wird gelegentlich – beispielsweise in dem Verfasser bekannt gewordenen – Haushaltsbegleitverfügungen der Kommunalaufsichtsbehörden gefolgert, Haushaltsbelastungen etwa aus dem Betrieb von Gemeinschafts- oder Sporteinrichtungen seien vollständig freiwillig veranlasst. Im Schrifttum werden Bereiche wie Museen, Büchereien, Sporteinrichtungen, Alten- und Jugendheime häufig dem Bereich der freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben zugerechnet, weil die kommunale Volksvertretung über Ob und Wie der Tätigkeit entscheide.¹⁶⁾ In der Rechtsprechung ist hingegen für die Tätigkeitsbereiche, in denen die Gemeinden nach den Gemeindeordnungen öffentliche Einrichtungen bereitstellen, anerkannt, dass die Gemeinden in den Bereichen, in denen sie öffentliche Einrichtungen vorhalten müssen, zur Aufgabenwahrnehmung verpflichtet sind.¹⁷⁾

Der scheinbare Widerspruch zwischen beiden Auffassungen lässt sich durch eine differenzierte Betrachtung auflösen. Öffentliche Einrichtungen sind auch in Zeiten angespannter Haushaltslage für die Gemeinden nicht frei disponibel mit der Folge, dass der von ihnen verursachte finanzielle Aufwand keinen freiwillig getätigten Aufwand darstellt. Zwar begründet § 19 Abs. 1 HGO die genannte Verpflichtung der Gemeinde nach seinem Wortlaut „nur in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit“. Allerdings bedeutet das nicht, dass die Gemeinde bei schwindender finanzieller Leistungsfähigkeit nicht mehr verpflichtet wäre, einmal geschaffene Einrichtungen in geordnetem Gang zu halten. Vielmehr zeigen verschiedene Regelungen der – insoweit für das gemeindeutsche Kommunalrecht repräsentativen – HGO, dass bestehende öffentliche Einrichtungen in geordnetem Gang aufrecht zu erhalten sind.

Das zeigen einerseits die Bestimmungen zur vorläufigen Haushaltsführung (§§ 99 Abs. 1 Nr. 1 HGO, 114 f. Abs. 1 Nr. 1 HGO) mit dem Merkmal der „Weiterführung notwendiger Aufgaben“. Diese umfasst insbesondere auch die Fortführung der bestehenden Einrichtungen der Gemeinde.¹⁸⁾ Dazu ist insbesondere die Erfüllung technischer Anforderungen einschließlich der Erfüllung von Verkehrssicherungspflichten und Unfallverhütungsvorschriften sowie von Anforderungen an die Personalausstattung regelmäßig erforderlich.¹⁹⁾ Zudem darf andererseits die Gemeinde Vermögensgegenstände nur veräußern, wenn sie diese zur Erfüllung „ihrer“ Aufgaben in absehbarer Zeit nicht braucht (§§ 114 p. i. V. m. 109 Abs. 1 HGO). „Ihre“ Aufgaben sind die Gemeindeaufgaben insgesamt, unabhängig davon, ob gesetzlich übertragen oder nicht. Solange mit anderen Worten eine Gemeinde Einrichtungen nach § 19 Abs. 1 HGO vorhält, um damit eine Gemeindeaufgabe zu erfüllen, die sie weiterhin zu erfüllen beabsichtigt, ist die Veräußerung eines Vermögensgegenstandes gar nicht ohne weiteres zulässig.

Weitergehend hat das BVerwG die Gemeinden in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 sogar für verpflichtet erachtet, bestimmte öffentliche Aufgaben weiterzuführen.²⁰⁾

„Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht es nicht im freien Ermessen einer Gemeinde, freie Selbstverwaltungsan-

gelegenheiten“ zu übernehmen oder sich auch jederzeit wieder dieser Aufgaben zu entledigen. Gehören Aufgaben zu den Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises, so darf sich die Gemeinde im Interesse einer wirksamen Wahrnehmung dieses örtlichen Wirkungskreises, der ausschließlich der Gemeinde, letztlich zum Wohle der Gemeindeangehörigen, anvertraut ist, nicht ihrer gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume begeben. Der Gemeinde steht es damit nicht grundsätzlich zu, sich ohne Weiteres der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu entledigen. Anderenfalls hätten es die Gemeinden selbst in der Hand, den Inhalt der kommunalen Selbstverwaltung durch Abstoßen oder Nichtwahrnehmung ihrer ureigenen Aufgaben auszuhöhlen. Um ein Unterlaufen des ihr anvertrauten Aufgabenbereichs zu verhindern, muss sich die Gemeinde grundsätzlich zumindest Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeiten vorbehalten, wenn sie die Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises anderen übertragen will. (...) Je länger die kommunale Verantwortung für derart geprägte öffentliche Einrichtungen dauerte, umso mehr ist die Gemeinde zu einer wirksamen Wahrnehmung dieser Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft verpflichtet. Eine Gemeinde kann sich damit nicht der Aufgabenverantwortung für die so geprägten eigenen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft entziehen.“

Die Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen ist damit eine Angelegenheit des örtlichen Wirkungskreises, den die Gemeinde wahrnehmen muss. Diese Infrastrukturverschaffungsaufgabe kann die Gemeinde angesichts der Vorgaben höherrangigen Rechts nicht abstoßen. Will sie entsprechende Einrichtungen nicht selbst weiterbetreiben, muss sie die entsprechende Infrastruktur und deren gemeinwohlorientierten Betrieb anderweitig sicherstellen. Demgemäß ist die Fortführung öffentlicher Einrichtungen in der Regel keine freiwillige, für die Gemeinde disponible Aufgabe. Soweit die Gemeinde Aufgaben wahrnimmt, sind ihr entweder durch den Bundes- oder Landesgesetzgeber bestimmte Aufgaben zur Erfüllung übertragen, oder sie nimmt die Aufgaben im eben dargestellten Sinne freiwillig wahr. Im Rahmen der freiwilligen Aufgabenwahrnehmung geschaffene Einrichtungen müssen dann allerdings sparsam und wirtschaftlich verwaltet und in geordnetem Gang gehalten werden. Die Gemeinde hat in solchen Fällen nach die Zuständigkeit, die jeweilige Aufgabe auch auf Dauer wahrzunehmen und muss Haushaltsmittel zu ihrer stetigen Erfüllung nach § 92 Abs. 1 Satz 1 HGO zur Verfügung stellen.

Diese Vorgaben höherrangigen Recht entsprechen auch Sinn und Zweck der kommunalrechtlichen Bestimmungen über öffentliche Einrichtungen (§ 19 HGO) und ihrer dauerhaften Finanzierung bzw. Veräußerung (§§ 92 Abs. 1, 109 Abs. 1 HGO). Diese Vorschriften tragen dem Umstand Rechnung, dass öffentliche Einrichtungen im Rahmen der Aufgabenwahrnehmung der Gemeinde verlässlich und krisensicher bereit gestellt werden müssen. Dabei ist nicht zu verkennen, dass Infrastrukturvorhaben auf Dauer erhebliche Teile des Haushaltsvolumens beanspruchen und binden. Der Gesetzgeber hat das aber zur Kenntnis genommen, indem er Untersuchungen über die Folgekosten von Investitionen schon seit langem zur Voraussetzung für die rechtmäßige Veranschlagung von Finanzmitteln für Investitionen gemacht hat (z. B. in § 12 he GemHVO-Doppik). Unter Aspekten einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung wäre es schlechthin unvertretbar, in Zeiten defizitärer Haushalte Vermögensgegenstände außer Betrieb zu nehmen, die von der Kommune finanziert wurden und deren Nutzungsdauer noch nicht abgelaufen ist.

III. Freiwillige Aufgaben

Anerkannntermaßen gehört es zum Kernbestand des verfassungsrechtlich garantierten (Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 137 HV) Rechts der kommunalen Selbstverwaltung, dass die Gemeinden grundsätzlich auch Aufgaben übernehmen können, für die keine gesetzliche Verpflichtung besteht. Nach geltendem hessischen Kom-

munalrecht können die Gemeinden auf Grundlage eines entsprechenden Beschlusses der Gemeindevertretung neue Aufgaben übernehmen, für die keine gesetzliche Verpflichtung besteht (§ 51 Nr. 19 HGO). Dabei können sich die Gemeinden aller Aufgaben annehmen, soweit dies das Wohl ihrer Einwohner fördert (§ 1 Abs. 1 Satz 2 HGO) und die Gesetze nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen (§ 2 Satz 1 HGO).

Die Übernahme von neuen Aufgaben, für die keine rechtlichen Verpflichtungen bestehen, darf in defizitären Kommunen nur erfolgen, wenn die Finanzierung durch damit verbundene Erträge gesichert ist (vgl. Ziff. 2 a. E. der Konsolidierungsleitlinie). Bei restriktivem Verständnis hieße das, dass die Gemeinde keine neuen Aufgaben übernehmen darf, die nicht gesetzlich vorgegeben oder durch spezielle Entgelte wie etwa Gebühren finanziert wird. Das wäre angesichts der verfassungsrechtlich verbürgten Befugnis der Gemeinden, verschiedene Steuersätze zu gestalten (Art. 105 Abs. 2 a GG für die örtlichen Verbrauchs- und Aufwandsteuern, Art. 106 Abs. 6 Satz 2 GG für die Hebesätze der Realsteuern), allerdings eine – gemessen an den Vorgaben höherer Ränge – unzulässig enge Vorgabe. Vielmehr muss eine nicht pflichtig vorgegebene Aufgabenwahrnehmung mit entsprechend höheren Erträgen finanziert und haushaltswirtschaftlich neutral ausgestaltet werden. Dies kann auch durch eine Mischung spezieller Entgelte und entsprechend erhöhter Steuern erreicht werden. Die so entstandene Vorgabe konkretisiert die Vorschrift des § 92 Abs. 1 Satz 1 HGO, der die Gemeinden verpflichtet, ihre Haushaltswirtschaft so zu planen und zu führen, dass die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist.

IV. Zwischenergebnis

Zu den Pflichtaufgaben der Gemeinde gehört neben der Aufgabenwahrnehmung in den Bereichen, in denen durch Gesetz eine sachliche Zuständigkeit der Gemeinden begründet wurde, auch die Vorhaltung öffentlicher Einrichtungen. Die Gemeinde ist verpflichtet, diese Einrichtungen in geordnetem Gang zu halten, soweit sie die damit verbundenen Aufgaben weiter wahrnimmt. Will die Gemeinde im Zuge einer Aufgabenkritik bestimmte Aufgaben nicht weiter wahrnehmen, muss sie die wirksame Wahrnehmung der in Rede stehenden Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft anderweitig sicherstellen. Daher ist es verfehlt, wenn – wie nach Kenntnis des Verfassers zumindest in Hessen verschiedentlich geschehen – Kommunalaufsichtsbehörden sämtliche mit nicht zwingend vorzuhaltenden öffentlichen Einrichtungen wie etwa Bürger- oder Dorfgemeinschaftshäusern verbundene Kosten als freiwillige Leistungen qualifizieren. Dieses Verständnis wird den haushaltsrechtlichen, aber auch den verfassungsrechtlichen Vorgaben offensichtlich nicht gerecht.

C. „Freiwillige Leistungen“

Der Begriff der freiwilligen Leistungen, der teils synonym mit dem Begriff der freiwilligen Aufgaben verwendet wird, teils – und zutreffend – weitergehend verstanden wird, hat zwei wesentliche Facetten. Er betrifft Ausgabe- wie Einnahmeseite.

I. Begriff der freiwilligen Leistungen

Mangels einer besonderen Definition ist der Begriff der „Leistung“ auch im hier interessierenden Zusammenhang als bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens zu verstehen.²¹⁾ Dieser Begriff erfasst auch Fälle, in denen eine Befreiung von einer Verbindlichkeit erfolgt.²²⁾ Neben Zuwendungen aller, insbesondere zahlungswirksamer, Art kann der Begriff der Leistung insbesondere auch den teilweisen oder vollständigen Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen erfassen. Freiwillig sind Leistungen in diesem umfassenden Sinne, wenn sie ohne eine rechtliche Verpflichtung erfolgen.

II. Freiwillige Leistungen – Ausgabenseite

Im Allgemeinen sind Ausgabenkürzungen bei denjenigen Aufwendungen möglich, für deren Leistung keine konkrete rechtliche

Verpflichtung besteht – einschließlich der Bereiche, in denen die Gemeinde im Rahmen der Erfüllung einer pflichtigen Aufgabe über einen vorgegebenen Mindeststandard aufgrund eigener Entscheidung zusätzliche Aufwände leistet.²³⁾ Entscheidendes Kriterium ist also im Ausgangspunkt die Frage, welchen rechtlichen Gestaltungsspielraum die Gemeinde in Bezug auf Ob und Höhe der konkreten Ausgabenposition hat. Derartige nicht verpflichtend vorgegebene Leistungen gibt es aber sowohl im oben dargestellten Pflichtaufgaben- wie auch im Bereich freiwilliger Aufgaben.

Es sind die Vorschriften über die vorläufige Haushaltsführung, die für die haushaltslose Zeit Vorgaben dafür aufstellen, welche finanziellen Leistungen erbracht werden dürfen und welche nicht. Diese Vorschriften (in Hessen §§ 99 Abs. 1 Nr. 1, 114 f Abs. 1 Nr. 1 HGO) rechtfertigen zum einen finanzielle Leistungen, zu denen die Gemeinde konkret rechtlich verpflichtet ist. Daneben erlauben die Bestimmungen aber auch finanzielle Leistungen, die für die Weiterführung notwendiger Aufgaben unaufschiebbar sind. Unter dem so umschriebenen Gesichtspunkt haushaltsrechtlicher Notwendigkeit rechtfertigen sich vor allem finanzielle Leistungen, die zur Aufrechterhaltung bestehender Einrichtungen erforderlich sind. Das erfasst beispielsweise Aufwendungen für den Erhalt der Betriebsbereitschaft der Einrichtung. Erst wenn der Einrichtungsträger – die Gemeinde – unter Beachtung der vom BVerwG beschriebenen rechtlichen Grenzen beschließt, die Einrichtung nicht weiterzuführen, ist die Weiterführung der Aufgabe nicht mehr „notwendig“ im Rechtssinne.²⁴⁾ Freiwillige Leistungen sind also nur solche, die die Gemeinde ohne rechtliche Verpflichtung erbringt und die nicht erforderlich sind, um bestehende und weiterhin für notwendig erachtete Gemeindeeinrichtungen in geordnetem Gang zu erhalten.

III. Einnahmeverzicht als freiwillige Leistung

Aus Ziff. 8 der Konsolidierungsleitlinie wird zudem deutlich, dass der Verzicht auf kostendeckende Entgelte grundsätzlich eine freiwillige Leistung sein kann.²⁵⁾ Allgemein können m. E. auch nicht-zahlungswirksame, aber von der Gemeinde gewährte Vorteile (z. B. unentgeltliche oder verbilligte Raumüberlassungen) derartige freiwillige Leistungen darstellen, weil sie den Empfängern Vermögensvorteile dergestalt verschaffen, dass ein kostendeckendes Entgelt nicht verlangt wird. Danach verbleibende ungedeckte Defizite des Betriebs der Einrichtungen sind nach der gemeindehaushaltsrechtlichen Systematik anderweitig, namentlich durch Steuereinnahmen, abzudecken.

In die Beurteilung derartiger geldwerter Vorteile und ihrer Angemessenheit ist aber auch der Umstand einzustellen, dass in vielen Bereichen gemeindlicher Leistungen ein voll kostendeckendes Entgelt praktisch nicht erzielbar sein dürfte (z. B. für die Nutzung eines Dorfgemeinschaftshauses). So muss beachtet werden, dass die Erhebung kostendeckender Entgelte in bestimmten Fällen dem Gebot wirtschaftlicher Haushaltsführung (§ 92 Abs. 2 HGO) entgegenliefe, nämlich dann, wenn das kostendeckende oder stärker an die Kostendeckung angenäherte Entgelt so hoch ausfiele, dass eine Einrichtung nicht mehr in Anspruch genommen würde (z. B. Gemeinschafts- und Sporteinrichtungen).

D. Ergebnis

Die Unterscheidung freiwilliger und pflichtiger Aufgaben bzw. Leistungen trägt zu einer sachgerechten Haushaltskonsolidierungsstrategie weit weniger bei, als es dem Gewicht entspricht, der diesem Aspekt in der aufsichtsbehördlichen Praxis gelegentlich beigemessen wird. Zum einen ist die Angrenzung trennscharf nicht möglich. Insbesondere sind Aufwendungen und Ausgaben, die auf öffentliche Einrichtungen entfallen, keineswegs im Rechtssinne auch freiwillige Leistungen. Zum anderen lässt Verfassungsrecht es nicht zu, Kommunen mit defizitärer Haushaltswirtschaft auf die Wahrnehmung von Aufgaben zu beschränken, die ihnen Bundes- und/oder Landesgesetzgeber als sachliche Zuständigkeit pflichtig übertragen haben.

Fallgruppen freiwilliger Leistungen sind in stichwortartiger Zusammenfassung

- Leistungen ohne rechtliche Verpflichtung,
- Leistungen, die zur Aufrechterhaltung bestehender Einrichtungen nicht erforderlich sind,
- Leistungen in Bereichen, in denen die Gemeinde im Rahmen der Erfüllung einer pflichtigen Aufgabe über einen vorgegebenen Mindeststandard aufgrund eigener Entscheidung zusätzliche Aufwände leistet,
- sowie Einnahmeverzichte bzw. Zuwendungen von Vermögensvorteilen, zu denen die Gemeinde nicht verpflichtet ist.
- Der Verfasser ist Verwaltungsobererrat in der Abteilung Finanzen, Gemeindefinanzwirtschaft, Recht der Bediensteten, Soziales in der Geschäftsstelle des Hessischen Städte- und Gemeindebundes. Die Ausführungen geben seine persönliche Auffassung wieder.

Anmerkungen:

- Der Verfasser ist Verwaltungsobererrat in der Abteilung Finanzen, Gemeindefinanzwirtschaft, Recht der Bediensteten, Soziales in der Geschäftsstelle des Hessischen Städte- und Gemeindebundes. Die Ausführungen geben seine persönliche Auffassung wieder.
- 1) Datengrundlage: Statistisches Bundesamt, Fachserie 14, Reihe 2, Vierteljährliche Kassenergebnisse des öffentlichen Gesamthaushalts, Wiesbaden 2011.
- 2) v. 6. 5. 2010. Staatsanzeiger 2010, S. 1470.
- 3) Ziff. 2 der Konsolidierungsleitlinie.
- 4) BVerwG, NVwZ 2009, S. 1305 ff. = HSGZ 2009, S. 378 ff..
- 5) BVerfGE 79, S. 127, 150.
- 6) BVerfGE 79, S. 127, 151 f.

- 7) BVerfGE 79, S. 127, 146.
- 8) Für Kreise gilt, dass sie auf den gesetzlich zugewiesenen Aufgabenbestand verwiesen sind, wobei ihnen ein Bestand kreiskommunaler Pflichtaufgaben – sachlicher Zuständigkeiten – garantiert ist. BVerfG, NVwZ 2008, S. 183, 184.
- 9) BVerfGE 79, S. 127, 143.
- 10) 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.08.2006, BGBl. I S. 2034.
- 11) BVerfGE 79, S. 127, 154.
- 12) In Hessen betont das Landesrecht dies besonders stark: Art. 137 Abs. 1 HV stellt den Grundsatz auf, dass die Gemeinden auf ihrem Gebiet die Träger der gesamten öffentlichen Verwaltung sind und jede öffentliche Aufgabe übernehmen können, soweit sie nicht durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift anderen Stellen im dringenden öffentlichen Interesse zugewiesen sind; § 2 Satz 2 HGO sieht vor, dass vorhandene Sonderverwaltungen möglichst auf die Gemeindeverwaltung zu überführen sind.
- 13) BVerfG, NVwZ 2008, S. 183, 184.
- 14) Zum Begriff der Aufgabenübertragung in einer landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsvorschrift vgl. BbgVerfG, NVwZ-RR 2009, S. 185, 186.
- 15) V. Mutius, Kommunalrecht, 1. Auflage, München 1996, Rn. 302.
- 16) V. Mutius, Kommunalrecht, 1. Auflage, München 1996, Rn. 306.
- 17) HessVGH, ESVGH 38, S. 250, 252 – Gewährung von Praxisgründungs-darlehen.
- 18) vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 17.12.2008, Az. 15 B 1755/08 – juris = HSGZ 2010, S. 61, 62 zur insoweit vergleichbaren nordrhein-westfälischen Rechtslage.
- 19) Zur daraus folgenden Personalintensität des Dienstleiters Gemeinde Schwarting, Gemeindehaushalt 2011, S. 25, 26.
- 20) BVerwG, NVwZ 2009, S. 1305, 1306 f. = HSGZ 2009, S. 378, 381.
- 21) Zum Begriff der Leistung i. S. d. § 812 BGB: BGHZ 40, S. 272 (277).
- 22) BGH, NJW 1962, S. 1051 (1051, ebenfalls zu § 812 BGB).
- 23) So Amerkamp, in: Amerkamp/Kröckel/Rauber, Gemeindehaushaltsrecht Hessen, Kommentar, Loseblatt, Stand: Februar 2011, § 24, Erl. 11.
- 24) OVG NRW, Beschluss v. 17.12.2008, Az. 15 B 1755/08 – juris = HSGZ 2010, S. 61, 62 zur insoweit vergleichbaren nordrhein-westfälischen Rechtslage.
- 25) Vgl. auch Ziff. II b der Richtlinien über die Gewährung von Zuweisungen aus dem Landesausgleichsstock, Staatsanzeiger 2009, S. 581.

★

Außenwerberechtsverträge und das Problem der Laufzeitverlängerung

RAe Dr. Jan Scharf, Dr. Justus Herrlinger, Dr. Martin Munz und Jan-Michael Dierkes *

Plakatwände, Litfaßsäulen und neuerdings auch sog. „blow-up“-Plakate, Skybeamer, Citylight-Boards und ähnliche Werbeanlagen prägen schon seit langer Zeit das Stadtbild einer Kommune. Dem liegen häufig sog. kommunale Außenwerberechtsverträge zu Grunde. Hierbei überträgt der kommunale Hoheitsträger dem Werbepartner das Recht und gleichzeitig die vertragliche Verpflichtung, auf dem öffentlichen Grund der Kommune bestimmte Werbemedien nach festgelegten Designvorgaben zu errichten und zu bewirtschaften. Der Private vermarktet den öffentlichen Grund für die Kommune, die sich die Vermarktungsleistung beschafft. Hinzu treten häufig Pflichten des Werbepartners zur Errichtung gewisser Stadtmöbel (z. B. Fahrgastunterstände – FGUs oder City-Toiletten-Anlagen), Gewährleistung von Kapazitäten für die Eigenwerbung der Kommune für Veranstaltungen sowie zur Bekämpfung und Entfernung von Wildplakatierung. Auch diese Leistungen beschafft sich die Kommune. Im Gegenzug erhält der Vertragsnehmer das exklusive Recht, den öffentlichen Grund (bzw. die errichteten Werbeträger und Stadtmöbel) zu Werbezwecken wirtschaftlich zu nutzen. Dieses exklusive Recht hat für die Außenwerbungsunternehmen einen Marktwert und ersetzt das sonst für Dienstleistungen von der Kommune zu zahlende Entgelt. Die Refinanzierung der nicht unerheblichen Investitionen erfolgt durch die in der Risikosphäre des Außenwerbers liegende Vermarktung (Auslastungs- und Preisrisiko) der Werbeträger.

Viele dieser bereits vor Jahrzehnten geschlossenen Außenwerberechtsverträge laufen in den nächsten Jahren aus. Kämmerer stehen derzeit daher vielfach vor der Frage, ob sie den auslaufenden Vertrag mit dem bestehenden Werbe-

rechtspartner unter Anpassung der vereinbarten Leistungsentgelte und Modernisierung der Werbeanlagen verlängern oder den Vertrag im Wettbewerb neu vergeben sollen, ggf. sogar müssen.

I. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Nach der vergaberechtlichen Rechtsprechung werden Außenwerberechtsverträge als Dienstleistungskonzession qualifiziert mit der Folge, dass das (Kartell-) Vergaberecht nach den §§ 97 ff. GWB keine Anwendung findet.¹⁾

Nach Art. 1 Abs. 4 der Vergabekoordinationsrichtlinie sind Dienstleistungskonzessionen Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Diese Vertragslage ist typischerweise bei Außenwerberechtsverträgen vorzufinden. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes haben öffentliche Stellen in den Mitgliedstaaten, die einen Vertrag über Dienstleistungskonzessionen abschließen, allerdings die Grundregeln des EG-Vertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten.²⁾

Zu den Vertragsbestimmungen, die speziell auf öffentliche Dienstleistungskonzessionen anwendbar sind, gehören dabei unter anderem Art. 49 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), nach dessen erstem Absatz die Beschränkungen der freien Niederlassungen von Staats-