

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 416

Gemeindewirtschaft zwischen Verwaltungs- und Unternehmensstruktur

Rechts- und Organisationsfragen zur
modernen Wirtschaftsführung
von gemeindlichen Eigenbetrieben

Von

Rupert Scholz

Rainer Pitschas



Duncker & Humblot · Berlin

RUPERT SCHOLZ · RAINER PITSCHAS

**Gemeindegewirtschaft zwischen Verwaltungs-
und Unternehmensstruktur**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 416

Gemeindewirtschaft zwischen Verwaltungs- und Unternehmensstruktur

Rechts- und Organisationsfragen zur modernen
Wirtschaftsführung von gemeindlichen Eigenbetrieben

Von

Prof. Dr. Rupert Scholz

Rainer Pitschas



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten

© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1982 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 05146 7

Vorwort

Vitaler Kern aller gemeindlichen Selbstverwaltung ist und war seit jeher die Gemeindewirtschaft und innerhalb dieser die breite Palette der gemeindlichen Verkehrs- und Versorgungsbetriebe. Ebenso altbekannt sind jedoch die vielfältigen organisatorischen Probleme, die eine ebenso wirtschaftlich wie verwaltungsrechtlich adäquate Struktur der gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen aufgibt. Von zentraler Bedeutung ist seit der Vorkriegszeit die Figur des gemeindlichen Eigenbetriebes — eine Unternehmensorganisation, die ganz auf die kommunalen Organisationsbedürfnisse zugeschnitten war und die auch heute noch in vielfältiger Hinsicht von vorbildlichem Charakter ist. Dennoch haben sich verschiedene neue Strukturfragen ergeben. Der alte Konflikt zwischen dem gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen als wesentlichem Bestandteil der demokratisch legitimierten Gemeindeverwaltung einerseits und dem gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen als funktionalem Teil und Partner einer gesamtwirtschaftlichen Ordnung andererseits, die immer stärker zu großräumigen und integrierten Verbundstrukturen tendiert, ist längst wieder aufgebrochen. Hinter diesem Konflikt steht die permanente Aufgabe der Versöhnung von gemeindlich-demokratischer Verwaltungslegitimation einerseits und effektiver sowie konkurrenzfähiger Gemeindewirtschaft andererseits.

Im Lichte dieser grundsätzlichen Problemstellung stellen sich heute vor allem Fragen, in welcher Form die Begriffsfigur des Eigenbetriebes den organisatorischen Erfordernissen einer modernen und effektiven Gemeindewirtschaftsführung angepaßt werden kann. Dieser Problematik dient die vorliegende Studie. Sie ist aus einem Rechtsgutachten hervorgegangen, das die Verfasser der Stadt München im Frühjahr 1981 zur Neuorganisation der Münchner Stadtwerke erstattet haben. Rechtsgrundlage der Untersuchung ist die in Bayern fortgeltende Eigenbetriebsverordnung von 1938 sowie das Gemeindewirtschaftsrecht der BayGO. Da das Gemeindewirtschaftsrecht jedoch nach wie vor über im wesentlichen einheitliche Grundstrukturen im gesamten Bundesgebiet verfügt und da die Eigenbetriebsverordnung von 1938

Fundament wie Ausgangspunkt aller landesrechtlichen Eigenbetriebsgesetzgebungen ist, beschränken sich Bedeutung und Aussagen der nachstehenden Untersuchung nicht auf das bayerische Kommunalrecht; die zu ihm getroffenen Feststellungen sind vielmehr von exemplarischem und allgemeinem Aussagegehalt.

Rupert Scholz Rainer Pitschas

Inhaltsverzeichnis

A. Die Organisation der Gemeinwirtschaft als unternehmenspolitisches Problem	11
I. Gemeindegewirtschaft durch Eigenbetriebe	11
1. Die öffentliche Hand als Unternehmer	11
2. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden	12
3. Daseinsvorsorge als wirtschaftlicher Betätigungszweck gemeindlicher Eigenbetriebe	13
II. Eigenbetriebliche Entwicklung der Gemeindegewirtschaft und unternehmerische Defizienzen	15
1. Die unternehmenspolitische Bedeutung der daseinsvorsorgerischen Wirtschaftsbetätigung	15
2. Organisatorische Defizienzen traditioneller Betriebsführung ..	17
3. Das Beispiel der „Stadtwerke München“	19
III. Rechtsformenwechsel als Organisationsalternative	20
1. Formenfreiheit und Organisationshoheit der Gemeinde	20
2. Der Eigenbetrieb als rechtlich unselbständige und die Eigen-gesellschaft als rechtlich selbständige Formen gemeindlicher Unternehmensorganisation	22
3. Rechtliche Voraussetzungen für die Beteiligung an wirtschaftlichen Unternehmen des privaten Rechts	23
IV. Die Entscheidung für die Rechtsform des Eigenbetriebes	24
1. Der Problemrahmen eigenbetriebs- und privatrechtlicher Auf-gabenerfüllung durch die öffentliche Hand	24
2. Der Zusammenhang von Rechtsformenwahl, kommunaler Selbstverwaltung, sozialwirtschaftlichem Funktionsmandat und öffentlicher Unternehmenskontrolle	25
3. Der Eigenbetrieb als funktionsadäquates Organisationsmuster wirtschaftender Daseinsvorsorge	27
B. Rechtsgrundlagen der gemeindlichen Eigenbetriebe	29
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Eigenbetriebswirtschaft ..	29
II. Bundesrechtliche Kompetenzmaßgaben	30
III. Ordnungsmaßgaben des Landesgemeinderechts	32
1. Art. 95 GO als Regelung der Besonderheiten des Eigenbetrie-bes	32
2. Die Eingliederung des Eigenbetriebes in die Verfassung und Verwaltung der Gemeinde	33

IV. Zum Modellentwurf der ÖTV für ein Bayerisches Eigenbetriebsgesetz	34
C. Das unternehmerische Leitbild des Eigenbetriebes	36
I. Kompetentielle Grundstrukturen des Eigenbetriebes	36
1. Die Werkleitung	36
2. Der Werkausschuß	39
3. Die Zuständigkeiten des ersten Bürgermeisters	46
4. Die Zuständigkeiten des Gemeinderates	50
II. Funktionelle Kompetenzverflechtung als rechtliche Leitungsmaßgabe des Eigenbetriebes	58
1. Verwaltung und Leitung des Eigenbetriebes	60
2. Überwachung des Eigenbetriebes	65
III. Die Konzeption der eigenbetrieblichen Führungsorganisation als Problem der Bindung an das unternehmerische Leitbild des Eigenbetriebes	68
IV. Die Fortentwicklung des gesetzlichen Leitbilds im Modellentwurf eines Bayerischen Eigenbetriebsgesetzes	69
1. Funktionelle Kompetenzverflechtung durch Umbau von Organisation und Verwaltung des Eigenbetriebes	69
2. Die Gefahr zukünftiger Führungsdefizienzen durch Leitungskonflikte und Verunklarung des gesetzlichen Leitbildes	73
3. Die Einführung der paritätischen Mitbestimmung bei Verwaltung und Leitung des Eigenbetriebes	75
4. Fortgeltung des herkömmlichen gesetzlichen Leitbildes	78
D. Vertretung des Eigenbetriebes durch die Werkleitung in Gemeinderat und Werkausschuß	79
I. Ausgangsposition	79
1. Die Vorbereitung der den Eigenbetrieb betreffenden Beratungsgegenstände	79
2. Teilnahme-, Vortrags- und Antragsrecht der Werkleitung im Gemeinderat und Werkausschuß als Kompetenzproblem	81
3. Notwendigkeit der Differenzierung zwischen Gemeinderat und Werkausschuß	83
II. Teilnahme-, Vortrags- und Antragsrecht der Werkleitung im Gemeinderat	84
1. Das Teilnahmerecht der Werkleitung an Sitzungen des Gemeinderates	84
2. Das Vortragsrecht der Werkleitung in den Sitzungen des Gemeinderates	85
3. Das Antragsrecht der Werkleitung in den Sitzungen des Gemeinderates	85
4. Ergebnis	90
III. Teilnahme-, Vortrags- und Antragsrecht der Werkleitung in den Sitzungen des Werksausschusses	90

1. Das Teilnahme- und Vortragsrecht der Werkleitung in den Sitzungen des Werkausschusses	90
2. Das Antragsrecht der Werkleitung in den Sitzungen des Werkausschusses	91
3. Die Aufgreifkompetenz des Gemeinderates bei Leitungsdivergenzen zwischen Werkausschuß und Werkleitung	96
<i>IV. Ergebnis und weiterführende Aspekte</i>	<i>99</i>
E. Verlagerung von Zuständigkeiten in Personalangelegenheiten des Eigenbetriebes auf Werkleitung und Werkausschuß	101
<i>I. Ausgangsposition</i>	<i>101</i>
1. Personalentscheidungen als prinzipielle Zuständigkeit des Gemeinde- bzw. Stadtrates	101
2. Die gesetzlich vorgesehenen Delegationsmöglichkeiten	101
3. Aufteilung der Zuständigkeit in Personalangelegenheiten auf die Organe des Eigenbetriebes	102
<i>II. Die Übertragung von Zuständigkeiten in Personalangelegenheiten auf den Werkausschuß</i>	<i>103</i>
1. Grundsatz	103
2. Umfang der Übertragung	103
3. Der Werkausschuß als vorberatender Ausschuß in Personalangelegenheiten der Gemeinde- bzw. Stadtwerke	104
<i>III. Die Übertragung von Zuständigkeiten in Personalangelegenheiten auf die Werkleitung</i>	<i>104</i>
<i>IV. Die Regelung der Musterbetriebssatzung</i>	<i>105</i>
F. Verlagerung von Zuständigkeiten für Stellenplanangelegenheiten des Eigenbetriebes auf Werkausschuß und Werkleitung	106
<i>I. Stellenplanangelegenheiten des Eigenbetriebes als Haushaltsangelegenheiten der Gemeinde</i>	<i>106</i>
1. Die Regelung der Stellenbewirtschaftung im Eigenbetriebsrecht	106
2. Die Verknüpfung der Stellenplanangelegenheiten des Eigenbetriebes mit dem Haushaltsplan der Gemeinde	106
<i>II. Die Zuständigkeiten zur Beschlußfassung in Stellenplanangelegenheiten des Eigenbetriebes</i>	<i>108</i>
1. Die Zuständigkeiten des Gemeinderates	108
2. Die Verlagerung der Zuständigkeiten in Stellenplanangelegenheiten auf andere Organe der Gemeinde	108
3. Die Zuständigkeit des Werkausschusses	109
4. Die Zuständigkeit der Werkleitung	109
5. Ergebnis	110
<i>III. Die Sicherung des Vollzugs gespaltener Zuständigkeiten für Stellenplanangelegenheiten</i>	<i>111</i>

G. Die Zuständigkeit für Organisationsangelegenheiten des Eigenbetriebes	112
I. <i>Die innere Organisation der Gemeinde- bzw. Stadtwerke</i>	112
II. <i>Die übergreifenden Organisationsaufgaben der Gemeinde- bzw. Stadtwerke</i>	112
H. Strategien der Personalgewinnung und Sicherung des Personalbestandes für den Eigenbetrieb, insbesondere durch Anhebung von Besoldung und Vergütung	114
I. <i>Die unternehmerische Führung des Eigenbetriebes als personalwirtschaftliches Problem</i>	114
II. <i>Die personalwirtschaftliche Bindung des Eigenbetriebes an die Gemeinde</i>	114
1. Das Erfordernis eines einheitlichen Bewertungsniveaus der Planstellen im Verhältnis Eigenbetrieb — Gemeindeverwaltung	114
2. Die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit gemeindlicher Haushaltswirtschaft als personalpolitische Bindung des Eigenbetriebes	115
3. Die „Angemessenheit“ des Entgelts gemeindlicher Angestellter und Arbeiter	117
4. Zwischenergebnis	119
III. <i>Gemeindeübergreifende besoldungs- und vergütungsrechtliche Bindungen für die Personalwirtschaft des Eigenbetriebes</i>	120
1. Die begrenzte Personalhoheit der Gemeinde	120
2. Die besoldungsrechtlichen Maßgaben des Bundes- und Landesrechts	123
3. Die Besoldung der Werkleiter	129
4. Allgemeine vergütungsrechtliche Maßgaben für Angestellte	131
IV. <i>Ergebnis</i>	137
1. Besoldungsrechtliche Bindungen	137
2. Vergütungsrechtliche Maßgaben	138
I. Die Besetzung der eigenbetrieblichen Führungspositionen durch Werkleiter im Angestelltenverhältnis	140
I. <i>Die Dienststellung der Werkleiter</i>	141
1. Kommunalrechtliche Maßgaben	141
2. Bundesrechtliche Maßgaben	141
3. Ergebnis	145
II. <i>Die Vergütung der Werkleiter im Angestelltenverhältnis</i>	145
1. Die Geltung des Bundesangestelltentarifvertrages	145
2. Die Möglichkeit außertariflicher Vergütung	145
3. Rechtliche Grenzen der Vereinbarung außertariflicher Vergütungen für Werkleiter im Angestelltenverhältnis	146
4. Ergebnis	153
K. Zusammenfassung	154

A. Die Organisation der Gemeindegewirtschaft als unternehmenspolitisches Problem

I. Gemeindegewirtschaft durch Eigenbetriebe

1. Die öffentliche Hand als Unternehmer

Die unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand im Wirtschaftsverkehr rechtlich einzuordnen, bereitet noch immer mehr als nur terminologische Schwierigkeiten. Die von Rüfner¹ vorgenommene und an sich zutreffende Einbeziehung der wirtschaftenden Anstalten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts einerseits sowie der ganz oder überwiegend unmittelbar oder mittelbar im Eigentum von juristischen Personen des öffentlichen Rechts stehenden wirtschaftenden juristischen Personen des Privatrechts andererseits in einen Begriff des „öffentlichen Unternehmens“ führt nur allzu leicht über die eigentliche Problematik dieser bunten Formenvielfalt wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand hinweg. Selten genug wird beachtet, daß es weder eine rechtliche noch ökonomische Zusammenfassung dieser auf den drei Ebenen der Gemeinden, der Länder und des Bundes tätigen öffentlichen Unternehmen im Sinne einer gemeinsamen Wirtschaftspolitik oder auch nur „öffentlichen Wirtschaft“ gibt. Vor allem die gesetzlichen Grundlagen bieten ein überaus vielgestaltiges und verwirrendes Bild. Sie lassen erst so recht die Vielschichtigkeit der öffentlichen Wirtschaft erkennen, der es an der einheitsstiftenden Rechtsform einer wirtschaftenden juristischen Person des öffentlichen Rechts ermangelt. Einheitlich bzw. gleichförmig ist nur der wirtschaftliche Grundsachverhalt, der ohne Rücksicht darauf, ob die unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand in öffentlich-rechtlichen oder privat-rechtlichen Organisations- und Handlungsformen ausgeübt wird, darin besteht, daß der Bund, ein Land oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts durch eigenes Handeln Waren oder Dienstleistungen im Wirtschaftsverkehr anbietet bzw. an diesem Anerbieten in irgendeiner Form teil hat².

¹ Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1976, S. 142.

² Vgl. Badura, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Unternehmenszwecke bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, FS Schlochauer, 1981, S. 3 ff., 4; rechtsvergleichend zu Begriff und Handlungs-

In dem Umstand, daß der Rechtsbegriff des öffentlichen Unternehmens an diesen wirtschaftlichen Grundtatbestand anknüpft, liegt auch das Dilemma begründet, in dem die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand trotz ihrer Formenvielfalt steht. Bei aller ihrer Vielschichtigkeit begegnet nämlich die öffentliche Wirtschaft gewissen zusätzlichen, durch die jeweils gewählte Unternehmensform noch vermehrten Schwierigkeiten in der Erreichung wirtschaftlicher Planziele. Ihre unternehmerische Beweglichkeit leidet darunter, daß sie auch dort, wo sie ihre Leistungen marktwirtschaftlich anbietet, nicht zugleich in den privatwirtschaftlichen Sektor übertritt. Vielmehr unterliegt öffentliches Wirtschaften auch dann der Maßgabe, öffentlichen Interessen dienen zu müssen³. Auch die nur scheinbar rein erwerbswirtschaftliche Betätigung öffentlicher Unternehmenseinheiten bleibt somit dem öffentlichen Auftrag der Verwaltung verbunden. Hiermit aber kollidiert prinzipiell die unternehmerisch-wirtschaftliche Führungsaufgabe: Der Markt, auf welchem öffentliche und private Unternehmen tätig sind, erzwingt in immer stärkerem Ausmaß ein „ungestört“ unternehmerisches Verhalten aller Wirtschaftseinheiten⁴.

Die demgegenüber für öffentliche Wirtschaftler zu beachtenden möglichen und zulässigen öffentlichen Zwecksetzungen sind allerdings außerordentlich vielfältig und dabei von unterschiedlichem Gewicht⁵. Diese Verschiedenartigkeit verbietet es ebenso wie die gegebene „gleitende Skala“ von Unternehmensformen⁶, sich auf allgemeine Grundsätze für die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand zurückzuziehen, wenn es um die Frage geht, ob für die Effektivierung der wirtschaftlichen Betätigung von Verfassung oder Gesetzes wegen besondere Bindungen oder Maßgaben bestehen.

2. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden

Derart speziellen Maßgaben unterliegt jedenfalls und in der Nachfolge der §§ 67 ff. DGO⁷ der Betrieb von Wirtschaftsunternehmen durch die Gemeinden. Entscheidend ist auch hier und zunächst die prinzipielle

rahmen des öffentlichen Unternehmens in Frankreich siehe den Bericht von Jarass, AöR 106 (1981), 403 ff., 405 ff.

³ So z. B. H. Geiger, Öffentliche Unternehmen als Grundlage privatwirtschaftlicher Betätigung, in: P. Eichhorn (Hrsg.), Auftrag und Führung öffentlicher Unternehmen, 1977 S. 21; Rittner, Wirtschaftsrecht, 1979, S. 177; Stober, ZHR 145 (1981), 565 ff.

⁴ Vgl. R. Schmidt, Öffentliche Unternehmen als Instrumente planender Verwaltung — rechtsvergleichende und europarechtliche Aspekte, in: J. H. Kaiser (Hrsg.), Planung III, 1968, S. 291 ff., 297.

⁵ Vgl. Mertens / Kirchner / Schanze, Wirtschaftsrecht, 1978, S. 91 f.

⁶ Zu dieser siehe R. Schmidt (Fn. 4), S. 299.

⁷ Deutsche Gemeindeordnung (DGO) vom 30. Januar 1935 (RGBl. I S. 49).

Bindung an einen „öffentlichen Zweck“: Zu den gemeinderechtlichen Voraussetzungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit, mit denen die Errichtung, Übernahme oder Erweiterung „wirtschaftlicher Unternehmen“ eingeschränkt wird, gehört z. B. nach Art. 89 Abs. 1 Nr. 1 der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (GO)⁸, daß der öffentliche Zweck das Unternehmen erfordert.

Darüber hinaus unterliegt die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nach bayerischem Gemeinderecht⁹ noch besonderen (kumulativen) Bindungen. Das Unternehmen muß nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen, d. h. eine Gemeinde darf sich nicht mit einem Unternehmen belasten, das ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit übersteigt. Der in der Gemeinde auftretende Bedarf muß im übrigen und gerade ein Unternehmen dieser Art erfordern (Art. 89 Abs. 1 Nr. 2 GO).

Schließlich darf der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt werden bzw. erfüllt werden können (Art. 89 Abs. 1 Nr. 3 GO)¹⁰. Die Gemeinde hat demgemäß darzulegen, daß sie gegenüber anderen Unternehmen besser und wirtschaftlicher tätig sein wird.

Insgesamt bleibt damit die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden wegen dieser Bindungen im wesentlichen auf die *Leistungsverwaltung* verwiesen¹¹. Anderes gilt für die Beteiligung an öffentlichen Sparkassen und Zweckverbänden. Hier existieren besondere Vorschriften¹².

3. Daseinsvorsorge als wirtschaftlicher Betätigungszweck gemeindlicher Eigenbetriebe

Gegenstand leistungsverwaltungsrechtlicher Zweckerfüllung durch gemeindliche Wirtschaftstätigkeit ist vornehmlich die kommunale Da-

⁸ Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (GO) i. d. F. der Bekanntmachung vom 31. Mai 1978 (GVBl. S. 353); allgemein zum „öffentlichen Zweck“ kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen vgl. *Hidien*, Gemeindliche Betätigungen rein erwerbswirtschaftlicher Art und „öffentlicher Zweck“ kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen, 1981, S. 24 ff., 51 ff., 121 ff., 136 ff.

⁹ Vgl. aber auch und z. B. § 88 Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen i. d. F. vom 19. Dezember 1974 (GVBl. 1975 S. 91), § 2 Abs. 1 S. 3 Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein i. d. F. vom 11. November 1977 (GVBl. S. 410).

¹⁰ Diese Bestimmung geht damit über § 67 Abs. 1 Nr. 3 DGO hinaus, der nur verlangte, daß ein Unternehmen *nicht besser* oder *wirtschaftlicher* durch einen anderen erfüllt würde; vgl. auch *Hidien* (Fn. 8), S. 31 ff.

¹¹ Vgl. *Badura* (Fn. 2), S. 10; *Köttgen*, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, 1961, S. 59 f.

¹² Siehe Art. 89 Abs. 3, 91 Abs. 3 GO und dazu *Knemeyer*, Bayerisches Kommunalrecht, 3. Aufl. 1980, S. 174.