

Friedrich L. Cranshaw
Insolvenz- und finanzrechtliche Perspektiven
der Insolvenz von juristischen Personen
des öffentlichen Rechts, insbesondere Kommunen

Schriften zum deutschen,
europäischen und internationalen
Insolvenzrecht

S-INSO Band 7

Schriften zum deutschen, europäischen und internationalen Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Stefan Smid, Kiel
Rechtsanwalt Dr. Mark Zeuner, Hamburg
Rechtsanwalt Michael Schmidt, Berlin

S-INSO Band 7



De Gruyter Recht · Berlin

Friedrich L. Cranshaw

Insolvenz- und finanzrechtliche
Perspektiven der Insolvenz
von juristischen Personen
des öffentlichen Rechts,
insbesondere Kommunen



De Gruyter Recht · Berlin

Dr. iur. *Friedrich L. Cranshaw*, Rechtsanwalt, Mutterstadt/Mannheim/Karlsruhe/Stuttgart.

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 978-3-89949-389-4

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Copyright 2007 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Umschlaggestaltung: Christopher Schneider, Berlin

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen

Druck und Bindung: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen

Vorwort

Den Anstoß zu dieser Monographie gab ein Vortrag zu dem Thema „Insolvenz- und finanzrechtliche Perspektiven der Insolvenz von Kommunen“, den der Verfasser anlässlich des 2. Kieler Symposium zum Insolvenzrecht am 19. Mai 2006 auf Einladung von Herrn Universitätsprofessor Dr. Stefan Smid halten durfte. Das Interesse der Teilnehmer an der Fragestellung hat den Verfasser ermutigt, die anlässlich dieses Vortrags angesprochenen Gegenstände breiter darzustellen.

Die Finanznot der öffentlichen Hand, insbesondere auch der Kommunen und der Länder, ist evident. Sie hat vielfältige Ursachen. Vor diesem Hintergrund wird gelegentlich in der Politik und zunehmend einem Teil der Wissenschaft, insbesondere auch von Vertretern der Wirtschafts- und Finanzwissenschaften, gefordert, zur Behebung der Problematik sei ein dem Insolvenz(plan)verfahren ähnliches Entscheidungsverfahren der Länder und der Kommunen geboten. Die Gläubiger der öffentlichen Hand sollen somit an der Haushaltssanierung beteiligt werden. Die vorliegende Arbeit versucht, Argumente zur bestehenden Diskussion beizutragen, insbesondere einige Zusammenhänge aufzuzeigen.

Herzlichen Dank sage ich erneut Herrn Prof. Dr. Stefan Smid für seine Anregung zu der Publikation und die überaus freundliche Begleitung. Für die Aufnahme in die Reihe „Schriften zum deutschen, europäischen und internationalen Insolvenzrecht“ des Verlags de Gruyter danke ich ebenso ihm wie den Mitherausgebern. Dem Verlag, insbesondere Herrn Dr. Schremmer, danke ich für seine Bereitschaft zur Veröffentlichung.

Ich widme diese Arbeit meiner Ehefrau, Frau Monika Cranshaw, die mich durch ihre stete Ermutigung sehr unterstützt hat, insbesondere aber bereitwillig Korrektur gelesen hat. Allfällige Fehler jeder Art gehen jedoch natürlich allein zu meinen Lasten.

Redaktionsschluss der Untersuchung war Juni/Juli 2006, z. T. konnten Rechtsänderungen bis Dezember 2006 einbezogen werden. Soweit unvermeidbar, wurde auf Entwürfe von Regelwerken zurückgegriffen. Die Ende August verkündeten Änderungen des Grundgesetzes infolge der ersten Stufe der Föderalismusreform und das Föderalismus-Begleitgesetz konnten berücksichtigt werden. Das Berlin-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19.10.2006 und erste Äußerungen dazu fanden gleichfalls Berücksichtigung.

Mutterstadt, im Dezember 2006

Friedrich L. Cranshaw

Inhaltsübersicht

	Rdnr.	Seite
Vorwort		V
Abkürzungsverzeichnis		XV
I. Die Ausgangslage für Überlegungen einer Insolvenz öffentlich-rechtlicher Gebietskörperschaften	1	1
1. Die Verschuldung der öffentlichen Hand	1	1
2. Folgen der Verschuldung auf Länder- und Kommunalebene, die Suche nach Entschuldungskonzepten	9	6
3. Mögliche Konzepte bzw. Beispiele zur Behebung, Beschränkung oder Eindämmung der Haushaltsnotlage und der Verschuldung, jeweils mit Finanzierungsfolgen, Handlungsspielräume	18	9
a) Maßnahmen der regionalen bzw. lokalen Gebietskörperschaften (Länder, Kommunen)	18	9
b) Handlungsspielräume der öffentlichen Hand, insbesondere der Kommunen, Problemfelder beim „schlanken Staat“ (der „schlanken Regionalkörperschaft“)	20	12
4. Die Fremdfinanzierung der Staatsausgaben	26	14
a) Überblick	26	14
b) Public Private Partnership („PPP“) und ähnliche Finanzierungsmodelle	28	15
II. Wege aus der „Schuldenfalle“ einer (exorbitanten) Staatsverschuldung – der Staatsbankrott?	29	19
1. Die Situation des „Staatskonkurses“, der Widerstreit zu dem Verständnis des Insolvenzrechts als Haftungsverwirklichung	29	19
2. Historische Erfahrungen mit dem Staatskonkurs	35	21
3. Strukturen zur Vermeidung des Staatskonkurses in der Bundesrepublik und auf europäischer Ebene	40	24
a) Strukturen in der Bundesrepublik Deutschland (Überblick)	40	24

Inhaltsübersicht

aa) Der Finanzausgleich im Bund und die Mindestausstattungspflicht der Länder gegenüber ihren Gebietskörperschaften als wesentliches Strukturelement der Finanzierung der Kommunen	40	24
bb) Die Basis der Kommunalfinanzierung, das Konnexitätsprinzip, Regelungen in den einzelnen Flächenbundesländern	43	27
cc) Einige Beispiele aus der jüngeren Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte zur Kommunalfinanzierung, insbesondere zum Finanzausgleich	61	39
dd) Die Maßstäbe der Bundeshilfen zur Haushaltssanierung nach dem Berlin-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Oktober 2006	66	51
ee) Die Einnahmen der Kommunen, Föderalismusreform, Steuerungsmechanismen der Haushalte	71	56
b) Das europäische Gemeinschaftsrecht und die Staatsverschuldung	75	59
c) Eine kaum beachtete Regelung für Kommunen: Die europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung vom 16. Oktober 1985 (Europäische Kommunalcharta, EKC)	77	61
4. Die Organisation des faktischen Staatskonkurses durch Notstandsgesetzgebung und Zahlungseinstellung gegenüber den Gläubigern – das Vorgehen Argentiniens gegenüber Anleihegläubigern in der Staatskrise ab 2002	78	64
a) Das Verhalten Argentiniens nach faktischer Erklärung des Staatsbankrotts gegenüber Anleihegläubigern und deren Klagen gegen das Land in Deutschland	78	64
b) Rechtsinstrumente des Völkerrechts – Staatenimmunität, IWF-Übereinkommen und Staatsnotstand – als geeignete Hilfen für den Schuldner und Risiken für Gläubiger, die prozessual vorgehen?	81	67
c) Die Entscheidungen inländischer Gerichte und eine erste Würdigung (2006)	85	74
III. Vorschläge und Modelle einer Insolvenz von Staaten und Regionalkörperschaften	90	77
1. Regelungswerke zur Staatsentschuldung an den Beispielen des Staatskonkurses des vorm. deutschen Reichs und der „municipalities“ in den USA nach 11 USC Chapter 9 . . .	90	77
a) Die Abwicklung der Schulden des Deutschen Reiches nach dem 2. Weltkrieg	90	77
b) Das US-amerikanische Konzept der Insolvenz von „municipalities“ in 11 USC Ch. 9	97	80

2. Vorschläge von neueren Entschuldungs-/Zahlungsunfähigkeitsverfahren für Staaten bzw. regionale Gebietskörperschaften	110	88
a) Das Modell des IMF zur Behandlung von Staateninsolvenzen (zur Behebung bzw. Vermeidung internationaler Schuldenkrisen)	110	88
b) Der Vorschlag von Kratzmann (1982)	118	89
c) Der Vorschlag von Paulus zu Staaten- und Kommunalinsolvenzen (2003)	123	91
d) Das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim BMF (2005)	129	95
e) Die Einbindung eines Insolvenzverfahrens in ein Haushaltsnotlagenregime nach Schuppert/Rossi (2006), das Konzept von Faber (2005) und weitere Lösungsansätze in der Literatur (Borchert, 2004; Blankart, 2005)	133	100
IV. Das Konzept der Insolvenzunfähigkeit öffentlich-rechtlicher Organisationen in der Bundesrepublik Deutschland – zusammen mit der Beschränkung der Einzelvollstreckung ein geschlossenes System?	143	109
1. Das Programm der Insolvenzunfähigkeit von Bund und Ländern – § 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO	143	109
a) Die Insolvenzunfähigkeit von Bund und Ländern	143	109
b) Der deklaratorische Charakter des § 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO in Bezug auf die Länder	144	109
2. Das Konzept der Insolvenzunfähigkeit aufgrund landesgesetzlicher Regelungswerke	146	110
a) Die Bedeutung des § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO – sind die Kommunen, die regionalen Gebietskörperschaften, grundsätzlich insolvenzfähig?	146	110
b) Die Insolvenzfähigkeit sonstiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts unter der Aufsicht des jeweiligen Bundeslandes, Regelungen in den Ländern	153	120
c) Anmerkungen zu einzelnen landesrechtlichen Vorschriften über die Insolvenzunfähigkeit der juristischen Personen unter der Aufsicht des Landes einschließlich der Gebietskörperschaften	155	121
3. Die Insolvenzfähigkeit von kommunalen Unternehmen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts, Einflüsse des Gemeinschaftsrechts	166	129
a) Die Anknüpfung der Insolvenzfähigkeit an den Rechtsträger	166	129

Inhaltsübersicht

b) Die Insolvenzunfähigkeit rechtlich unselbstständiger öffentlich-rechtlicher Unternehmen, Ausgliederung dieser Unternehmen, Unterschiede zur interkommunalen Zusammenarbeit auf dem Wege der Delegation öffentlicher Aufgaben	168	130
c) Haftung der Kommune für ihre privatrechtlich organisierten Unternehmen, Insolvenzabwendungspflichten, Risiken für die Unternehmen bei Beherrschung durch eine Kommune?	173	135
d) Grundsätzliche Insolvenzfähigkeit bei fehlender gegenteiliger Gesetzesnorm, Hindernisse für Insolvenzunfähigkeitsregeln durch europäisches Gemeinschaftsrecht?	175	138
4. Insolvenzunfähigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts aufgrund Verfassungsrechts	177	140
a) Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten	178	140
b) Die Insolvenzunfähigkeit der Kirchen und ihrer Gliedkörperschaften	181	141
5. Die Beschränkung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen gegen Bund, Länder und Kommunen sowie gegen andere juristische Personen des öffentlichen Rechts, §§ 15 Nr. 3 EG ZPO, 882a ZPO	183	144
a) Das System der Regelwerke, das die Einzelzwangsvollstreckung beschränkt	183	144
b) Die Zwangsvollstreckung gegen Bund, Länder und juristische Personen des öffentlichen Rechts nach § 882a ZPO . . .	185	144
c) Die Vollstreckung gegen Gemeinden und Gemeindeverbände	189	146
aa) Formelle Voraussetzungen der Vollstreckung	190	147
bb) Materielle Voraussetzungen der Vollstreckung, „Schuldnerschutzvorschriften“	193	149
6. Zusammenfassung: Die Folgen der Insolvenzunfähigkeit, insb. nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO	194	153
7. Vorschlag eines „Modellgesetzes“ für Insolvenzfähigkeit und Einzelvollstreckung	202	156
V. Selbstverwaltungsstrukturen und Finanzausgleich in den Rechtsordnungen europäischer Länder an Beispielen; Insolvenzverfahren und Einzelvollstreckung gegen Gebietskörperschaften in der Schweiz und in Österreich	204	159
1. Ausblick auf die Selbstverwaltung, die Finanzhoheit und -autonomie in den Verfassungen von Mitgliedstaaten der Europäischen Union	207	160

2. Kommunale Selbstverwaltung, Finanzausgleich und Vollstreckung gegen öffentlich-rechtliche Körperschaften in der Schweiz nach dem SchGG	214	163
a) Bemerkungen zur kommunalen Selbstverwaltung und zum Finanzausgleich	214	163
b) Historische Vorarbeiten der Gesetzgebung zur Vollstreckung gegen juristische Personen des öffentlichen Rechts	215	165
c) Das schweizerische Gesetz über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen, öffentlichen Rechts (SchGG) – ein Programm für die Sanierung?	216	166
aa) Bemerkungen zur Einbettung des Gesetzes in das System der Zwangsvollstreckung und zu seinem allgemeinen Teil	216	166
bb) Die pfändbaren Vermögensgegenstände	222	167
cc) Die Restschuldbefreiung als Sanierungsinstrument	223	168
d) Die Möglichkeiten des Eingriffs in die Rechte von Anleihe- und sonstigen Gläubigern nach Art. 13 ff. SchGG beim Gläubigergemeinschaftsverfahren	224	169
e) Das Verfahren der Gläubigerbefriedigung unter Beiratschaft nach Art. 28 ff. SchGG	237	172
f) Weitere Anmerkungen zu der Rechtslage nach dem SchGG; die Möglichkeit der Schuldbefreiung auf dem Weg der Beiratschaft und durch Nachlassvertrag	250	176
aa) Die weiteren Wirkungen der Beiratschaft; keine Befreiung von Altverbindlichkeiten („Restschuldbefreiung“) durch die Beiratschaft; der Unterschied zum Gläubigergemeinschaftsverfahren	250	176
bb) Die Kürzung von Gläubigerrechten nach vorgängiger erfolgloser Beiratschaft nach Art. 3 SchGG im Rahmen der Möglichkeiten des Art. 13 SchGG	253	178
cc) Das schweizerische Gesetz über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden – ein Modell der Entschuldung für Gemeinden in Deutschland?	255	179
g) Die Abwicklung einer Kommunalinsolvenz in der Schweizer Praxis – die Anwendung des SchGG und weitergehende Lösungen	258	180
aa) Erfahrungen in der Schweiz mit der Beiratschaft über zahlungsunfähige Kommunen und damit im Zusammenhang stehenden Rechtsstreiten	258	180
bb) Die Verantwortlichkeitsklagen Beteiligter gegen den Kanton und deren rechtliche Grundlagen	259	183
cc) Haftungsklagen von Anleihezeichnern gegen die emitierende Bank	268	191

Inhaltsübersicht

dd) Insolvenzzrechtliche Entscheidungen des Bundesgerichts zum SchGG	270	192
ee) Die weitere Entwicklung seit den Entscheidungen des Bundesgerichts	271	194
3. Die rechtliche Stellung der Gebietskörperschaften (Gemeinden) in Österreich sowie der Finanzausgleich und die Vollstreckung gegen die öffentlich-rechtlichen und die gemeinnützigen Organisationen	276	195
a) Vorbemerkung: Stellung der Kommunen und Finanzausgleich in Österreich	276	195
b) Vollstreckung und Konkursverfahren gegen Kommunen in Österreich	277	198
aa) Einzelvollstreckungsmaßnahmen gegen Gemeinden .	278	198
bb) Konkursverfahren über kommunale Gebietskörperschaften in Österreich?	279	199
VI. Besonderheiten der Finanzierung von Gebietskörperschaften und sonstigen Einrichtungen des öffentlichen Rechts („Kommunalkredit“)	282	203
1. Die Eigenschaft als Kommunalkredit (Überblick)	282	203
2. Die bankaufsichtsrechtlichen Grundlagen des Kommunalkredits und seine Privilegierung gegenüber Krediten an andere Kreditnehmer	289	204
3. Änderungen durch die von Basel II veranlassten Reformen des europäischen und inländischen Bankaufsichtsrechts für die „Kommunalkredite“	295	208
4. Die aufsichtsbehördlichen Prüfungen und Genehmigungen als Basis der Finanzierung, die Unzulässigkeit der Besicherung von eigenen Verbindlichkeiten der Kommunen am Beispiel der Gemeindeordnung von Schleswig-Holstein	307	212
a) Die aufsichtsrechtlichen Prüfungs- und Genehmigungserfordernisse für Kreditgeschäfte der Kommune, die Folgen der Nichteinhaltung der gemeinderechtlichen Vorgaben . .	307	212
b) Das weitgehende Verbot der Besicherung eingegangener schuldrechtlicher Verpflichtungen	315	214
5. Die Änderung der haushaltsrechtlichen Lage durch Einführung eines kaufmännischen Rechnungswesens, einige Folgen	322	216
a) Einige Befunde aus dem geänderten Rechnungswesen der Kommunen am Beispiel des hessischen Rechts	325	218

b) Folgen der Einführung des kaufmännischen Rechnungswesens	330	221
6. Eigenschaft und Folgen des „Kommunalkredit“ (Zusammenfassung)	337	223
VII. Folgen etwa künftiger Insolvenzfähigkeit von Kommunen bzw. Regionalkörperschaften nach den Modellerwägungen für die Entschuldung in der Literatur	339	225
VIII. Ergebnisse, Thesen	340	229
Literatur- und Quellenverzeichnis		233
Anhänge I–III		
Anhang I: Gesetzesmaterialien des Landesrechts, die dem Text und den Anhängen zugrunde liegen		239
Anhang II: Regelungswerke zur Insolvenzunfähigkeit von Gebietskörperschaften und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts unter der Aufsicht des jeweiligen Bundeslandes im Recht der Länder		246
Anhang III: Übersicht über die zitierten gerichtlichen Entscheidungen		258

Abkürzungsverzeichnis^{1,2}

aaO	am angegebenen Ort
ABL.	Amtsblatt (des Saarlandes)
ABL. (EG)	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, zitiert nach Reihe C (Mitteilungen usw.) und L (Rechtsakte)
ABL. (EU)	Amtsblatt der Europäischen Union (ab 2/2003)
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung einer Rechtsnorm (dementsprechend „n.F.“ neue Fassung)
AKG	Allgemeines Kriegsfolgengesetz
amtl.	amtlich
Art.	Artikel (auch Plural)
BAfin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Bay. VBl.	Bayerische Verwaltungsblätter, Boorberg Verlag, München
BBl.	Bundesblätter (Schweiz)
Bek. v.	Bekanntmachung vom ...
Beschl.	Beschluss
BG	Schweizerisches Bundesgericht, Lausanne
BGBL.	Bundesgesetzblatt Deutschland, Bundesgesetzblatt der Republik Österreich
BGE	Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts, Zitierweise: Jahrgang, Band und Seite (z. B. 124 III 337); der Jahrgang 126 betrifft das Jahr 2000
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Zitierweise: BGHZ, Band, Seite
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, Verlag C. H. Beck, München
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts, Zitierweise: BVerfGE, Band, Seite
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BSP	Bruttosozialprodukt
Bundesgericht	Bundesgericht der Schweiz (Lausanne)
DB	Der Betrieb, Verlagsgruppe Handelsblatt, Düsseldorf
DM	Deutsche Mark
DöV	Die öffentliche Verwaltung, Kohlhammer-Verlag, Stuttgart
DRspr	Deutsche Rechtsprechung, zitiert nach Jahr/Nr., Deubner Verlag, Köln
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt, Verlag Carl Heymanns, Köln
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht, Verlag de Gruyter, Berlin

1 Gesetze in der jeweils geltenden Fassung, soweit nicht anders vermerkt. Zusätze, die auf das Bundesland hinweisen „HessVwVG“ = hessisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz, sind nachfolgend nicht gesondert aufgelistet, die Arbeit orientiert sich an den gebräuchlichen Abkürzungen der Bundesländer.

2 Zeitschriften und Entscheidungssammlungen werden nach Jahr und Seite zitiert, soweit nicht auf eine anderweitige Vorgehensweise hingewiesen wird.

Abkürzungsverzeichnis

EG oder EG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.03.1957 idF der Verträge von Amsterdam und Nizza vom 21.02.2001, BGBl. 2001 II 1667, 1671, zitiert nach Artikeln, z. B. Art. 87 EG; die Abkürzung EG-Vertrag entspricht der Fassung vor dem 01.05.1999 (Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EO	Exekutionsordnung (Österreich)
EstAL	European State Aid Law Quarterly, Lexxion Verlag, Berlin
EstG	Einkommensteuergesetz
EuG	Europäisches Gericht 1. Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof, Luxemburg
EuZW	Zeitschrift für europäisches Wirtschaftsrecht, Verlag C. H. Beck, München
EvBl.	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der Österreichischen Juristenzeitung, Manz Verlag, Wien
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, RWS Verlag Kommunikationsforum, Köln, Hrsg.: Bruno M. Kübler
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung, Frankfurt
GemO, GO	Gemeindeordnung
GBL.	Gesetzblatt, ggf. mit dem Hinweis auf das betreffende Bundesland, Bsp.: BremGBL.
GG	Grundgesetz
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt, ergänzt um einen Hinweis auf das Bundesland in gebräuchlicher Abkürzung
GVOBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt, wie GVBl.
HGB	Handelsgesetzbuch
IGH	Internationaler Gerichtshof (International Court of Justice/ICJ) – nach Art. XIV der Charta der Vereinten Nationen
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes, Schiedsgericht aufgrund des Übereinkommens zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, 1965
ILC	International Law Commission (Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen)
IMF [IWF]	International Monetary Fund [Internationaler Währungsfonds]
idF	in der Fassung
InsO	Insolvenzordnung
IR	InfrastrukturRecht – Energie – Verkehr – Abfall – Wasser, Verlag C. H. Beck, München
IWF-Abkommen	auch Bretton-Woods-Abkommen; Abkommen über den Internationalen Währungsfonds (IWF, s.o.), ursprünglich v. 22.07.1944
JBl.	Juristische Blätter, Österreich, Springer Verlag, Wien New York
JurisPR-InsR	Juris PraxisReport Insolvenzrecht, Hrsg. Stefan Smid, Klaus Wimmer Saarbrücken, Zitierweise: jurisPR InsR, Nr./Jahr, Anm. Nr., Autor
JZ	Juristenzeitung, Verlag J. C. B. Mohr, Tübingen
KO	Konkursordnung (Deutschland, Österreich)
KTS	KTS Zeitschrift für Insolvenzrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln
KV	Kantonalverfassung (Schweiz)
KWG	Kreditwesengesetz
LKrO, KrO	Landkreisordnung, Kreisordnung der Bundesländer
LVerfGE	Entscheidungssammlung der Landesverfassungsgerichte der Länder, zitiert als LVerfGE Band, Seite . . ., Hrsg: Verfassungsgerichte/Gerichtshöfe/Staatsgerichtshöfe Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen, Verlag de Gruyter, Berlin

Abkürzungsverzeichnis

mwN	mit weiterem Nachweis (auch Plural)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Verlag C. H. Beck, München
Nds. VBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter, Boorberg Verlag, Stuttgart
NordÖR	Zeitschrift für das öffentliche Recht in Norddeutschland, Nomos Verlag, Baden-Baden
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungsreport Verwaltungsrecht, Verlag C. H. Beck, München
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, Verlag C. H. Beck, München
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich), Wien
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PCIJ	Permanent Court of International Justice (Cour Permanente de Justice Internationale), 1922–1946, Vorgänger des IGH auf Völkerbundsebene
Rdnr.	Randnummer
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft, Lexis Nexis Verlag, Wien
RGBl.	Reichsgesetzblatt (Deutschland, Österreichisches Kaiserreich, bis 1918)
S.	Satz
SchGG	Bundesgesetz über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts
SR	Systematische Sammlung des schweizerischen Bundesrechts, zitiert nach Nrn.
Slg.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs sowie des Europäischen Gerichts 1. Instanz, Zitierweise: Slg. Jahr Teil I (EuGH) / Teil II (EuG) – Seite; z. B. Slg. 2004 I- ...
StGH	Staatsgerichtshof
Umdruck	Ausdruck einer über die Internetseite des jeweiligen Gerichts verfügbaren Entscheidung, zitiert als „Umdruck, S. ...“
Urt.	Urteil eines Gerichts
VBl. BW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg, Boorberg Verlag, Stuttgart
VerfG, VerfGH	Verfassungsgericht, Verfassungsgerichtshof eines Bundeslandes (auch LVerfG)
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VGH	Verwaltungsgerichtshof (auch Österreich)
VO	Verordnung
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz (mit Hinweis auf ein Bundesland, z. B. „HessVwVG“ = hessisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz)
WM	Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen Teil IV Verlag Herausbergemeinschaft WERTPAPIER-MITTEILUNGEN Frankfurt/Main
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law), Hrsg.: Armin v. Bogdandy, Rüdiger Wolfrum, Kohlhammer Verlag, Stuttgart
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft, RWS Verlag Kommunikationsforum, Köln
ZBl.	Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis (1912–1938)
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht, RWS-Verlag Kommunikationsforum, Köln
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Recklinghausen
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, RWS Verlag Kommunikationsforum, Köln
ZPO	Zivilprozessordnung

I. Die Ausgangslage für Überlegungen einer Insolvenz öffentlich-rechtlicher Gebietskörperschaften

1. Die Verschuldung der öffentlichen Hand

Die Bundesrepublik Deutschland einschließlich der Länder und Gemeinden ist im Jahr 2006 mit ca. 1,5 Billionen Euro und damit ca. 70 % des Bruttoinlandsprodukts hoch verschuldet³, die sog. Maastrichtkriterien⁴ sind nicht eingehalten. Dies entspreche Schulden von ca. 18.200 €/Einwohner. 1

Dabei seien die latenten Renten- und Pensionsansprüche nicht berücksichtigt, unter deren Einbeziehung sich eine Verschuldensquote von 270 % des (heutigen) Bruttoinlandsprodukts ergeben soll.⁵

3 Siehe z.B. Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) v. 06.05.2006, S. 13 „Staatsschuld erstmals über 1.500.000.000.000 Euro“. Ein Blick in die Historie sei gestattet: Die Anfangsjahre der Bundesrepublik waren von vergleichsweise geringer Verschuldung geprägt, die – freilich ohne Kassenkredite – 1950–1973 Werte zwischen 16 % und knapp 22 % des Bruttosozialproduktes (BSP) erreichte; wenn die Zahlen auch nicht unmittelbar vergleichbar sind, da die heutigen 70 % das Bruttoinlandsprodukt zu Marktpreisen zum Vergleichsmaßstab haben, ist doch die Differenz beeindruckend. In absoluten Zahlen, wenn auch vor ganz anderem ökonomischen Hintergrund, startete die Bundesrepublik 1950 mit einer Verschuldung auf allen Ebenen des Gemeinwesens mit 18,6 Mrd. DM (umgerechnet ca. 10,3 Mrd. €, davon nur 400 Mio. € Verschuldung der Kommunen), die bis 1973 auf damals horrende 156 Mrd. DM anwuchs (umgerechnet ca. 86 Mrd. €, davon 62,7 Mrd. DM = ca. 35 Mrd. € zu Lasten der Kommunen). Die Zahlen lassen die Folgerung zu, dass die Bundesrepublik von Altschulden aus und vor dem 2. Weltkrieg weitgehend befreit war; im Unterschied dazu betrug die Staatsschuld der USA 1945 125,5 % des BSP, um bis 1950 auf 84 % zu sinken und bis 1972 weiter auf ca. 45 % abzunehmen. Großbritannien begann 1945 mit 269 % des BSP, erreichte 1950 221 % und sank bis 1972 auf 102 %, alles ganz andere Verschuldungen als sie heute zur Stabilität in Europa für wesentlich gehalten werden. Vgl. zu diesen Angaben Weise, Öffentliche Verschuldung und Vermögensbildung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Herbert Giersch (Hrsg.) Die Weltwirtschaft, Halbjahresschrift des Instituts für Weltwirtschaft, Kiel, 1974, Heft 2, S. 40 ff./Tabelle S. 41. Zu Marktpreisen ergaben sich 1968 für die USA Schulden der öffentlichen Hand von 56 % des BSP, für die Bundesrepublik 21 %, für Großbritannien 98 % und für andere heutige EU-Staaten einschließlich Schweiz waren Prozentsätze von 19 % (Frankreich) bis 65 % (Belgien) festzustellen, vgl. Hagemann/Laaser, Weise, Die öffentlichen Haushalte im Zielkonflikt zwischen Struktur- und Konjunkturpolitik, Die Weltwirtschaft, 1970, Heft 2, S. 106 ff./Tabelle S. 121.

4 Als „Maastrichtkriterien“ werden die in dem Vertrag von Maastricht vereinbarten Konvergenzkriterien bezeichnet, die zunächst Voraussetzung für die Teilnahme an der Währungsunion sind (Art. 121 Abs. 1 EG). Dazu gehören u.a. ein „hohe(r) Grad an Preisstabilität“ und „eine auf Dauer tragbare Finanzlage der öffentlichen Hand“. Nach Erreichen der Währungsunion sind diese Kriterien weiterhin maßgeblich und im Rahmen des Art. 104 EG, der sich mit den öffentlichen Defiziten und der Haushaltsdisziplin befasst, ist daher die Preisstabilität als wesentlicher Auslegungsgrundsatz zu beachten, vgl. Calliess/Ruffert/Häde, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., 2002, Art. 104 Rdnr. 3 ff.

5 FAZ, aaO, nach Angaben des Sachverständigenrates.

I. Die Ausgangslage f. Überlegungen einer Ins. öffentl.-rechtl. Gebietskörpersch.

Der Zinsendienst benötigt nach demselben Presseartikel 16 % der Steuereinnahmen des Staates.⁶ Je 1 % p.a. steigende Zinsen belasten danach die Haushalte mit jeweils 15 Mrd. €.

- 2 Die Verschuldung der Kommunen beläuft sich auf ca. 84 Mrd. €⁷, die der Länder auf 443 Mrd. €.⁸ Auf kommunaler Ebene sind allein die Finanzierungsdefizite 2004 um mehr als 80 % auf 8,5 Mrd. € angestiegen.⁹

Die Haushaltslage ist vielfach dramatisch, so dass u.a. durch Veräußerung von Vermögenswerten bzw. Unternehmensbeteiligungen auf kommunaler Ebene¹⁰ versucht wird, der Verschuldung entgegen zu wirken.

- 3 Das Phänomen hoher Verschuldung ist nun aber keines, das nur Deutschland betreffen würde.¹¹ Vielmehr sind davon mit unterschiedlicher Prägung alle Staaten der Europäischen Union betroffen. Außereuropäisch hat die Verschuldung einer Reihe von Staaten, gerade der ärmsten Länder, schon lange katastrophale Szenarien angenommen, die bekanntlich Anlass zu Entschuldungsaktionen durch die in der Weltwirtschaft führenden Nationen waren. Daneben ist an die argentinische Schuldenkrise 2002¹² zu erinnern.

6 FAZ, aaO, nach den Angaben des Bundes der Steuerzahler.

7 Budäus, Rating von Bund ..., wie kreditwürdig ist die öffentliche Hand? Speyer, 7.4.2005; Schuppert/Rossi, Bausteine eines bundesstaatlichen Haushaltsnotlagenmanagements, Hertie School of Governance, No. 3, 2006, S. 35.

8 Budäus, aaO, FN 5.

9 Vgl. Faber, Haushaltsausgleich und Haushaltssicherungskonzept, in: Henneke/Pünder/Waldhoff (Hrsg.), Recht der Kommunalfinanzen, 2006, § 34 Rdnr. 3 mwN.

10 Am bekanntesten dürfte der Verkauf der Dresdner Wohnungsbaugesellschaft an einen US-amerikanischen Finanzinvestor sein, der in der Öffentlichkeit in den ersten Monaten des Jahres 2006 sehr kontrovers diskutiert wurde, siehe Burger, Schuldenfrei auf einen Schlag, FAZ v. 24.02.2006, S. 3 und „Dresden ist auf einen Schlag schuldenfrei“, FAZ v. 10.03.2006, S. 13. Ziel der Stadt ist die Verwendung des Nettoerlöses von ca. 982 Mio. € für die Tilgung der Verbindlichkeiten von ca. 741 Mio. €, so dass die Kommune schuldenfrei wird.

11 Siehe hierzu für 2005 die „Mitteilung der Kommission an den Rat und das europäische Parlament – Die öffentlichen Finanzen in der WWU [Wirtschafts- und Währungsunion – Anm. des Verf.] – 2005“ vom 01.06.2005, Dokument KOM (2005) 231 endgültig. Vgl. für 2006 die Pressemitteilung der Kommission vom 13.06.2006 (IP/06/77) und die Publikation der Europ. Kommission „Public Finances in EMU [European Monetary Union – Anm. des Verf.] 2006“, von Juni 2006, Quelle: ec.europa.eu/economy_finance/publications/european_economy/2006/ee306_en.pdf, publ. in European Economy n° 3/2006 vorgesehen. Dort ist die Gesamtverschuldung 2006 der Mitgliedsstaaten zwischen 4,4 % (Estland) und 108 % des GDP (Gross Domestic Product = Bruttoinlandsprodukt) angegeben (Italien), S. 50. Der Durchschnitt liegt bei 71 % der zwölf EU-Staaten, bei 64 % im Europa der 25 Staaten. Deutschland ist mit 69 % im oberen Segment der großen Staaten. Im Länderbericht Deutschland (aaO, S. 214 ff.) ist im Zusammenhang mit der Klage des Bundeslandes Berlin vor dem BVerfG (2 BvF 3/03, mdl. Verhandlung war am 26.04.2006) davon die Rede, dies „might give rise to a reconsideration of insolvency procedures in the federal system“, aaO, S. 216. Damit wird die Frage eines geordneten Zahlungsunfähigkeitsverfahrens auf der Ebene der deutschen Bundesländer auf europäischer Ebene thematisiert und die Erwartung an das BVerfG, hier ggf. den Weg zu weisen, erscheint hoch.

12 Siehe dazu Alvarez-Plata/Brück, „Ein neuer Weg des Währungsfonds in Argentinien“, Sparkassenzeitung 39/29.09.2003 und Alvarez-Plata/Schrooten, Nach der Argentinienkrise ..., Wochenbericht des DIW Berlin 44/03, insb. die dortige Fn 3.

1. Die Verschuldung der öffentlichen Hand

Die Gründe der Verschuldung in Deutschland auf allen Ebenen des Gemeinwesens sind bekanntermaßen vielfältig. Es soll genügen, auf einige geläufige Beispiele hinzuweisen. Zum einen dürfen die Aufwendungen für die Sozialsysteme genannt werden, die neben den Beiträgen ihrer Mitglieder (z.T. auch steuerähnlich mit Umverteilungsaspekten unter dem Aspekt der Solidargemeinschaft) massiver staatlicher Zuschüsse bedürfen, die beachtliche Teile der öffentlichen Haushalte ausmachen.¹³ Die wesentlichen Ursachen wiederum hierfür sind die Finanzierung der seit weit über einem Jahrzehnt anhaltenden hohen Arbeitslosigkeit und die demographische Entwicklung. In diesem Zusammenhang spielen daher nicht nur die erforderlichen Aufwendungen zur Finanzierung der Arbeitslosigkeit eine Rolle, sondern auch die fehlenden Beitragseingänge der Mitglieder. Ein anderer Aspekt ist die notwendige Finanzierung der deutschen Einheit. Nicht unterschätzt werden darf der Aufwand für die Aufrechterhaltung des öffentlichen Dienstes, der erhebliche Personalaufwendungen ebenso wie spätere Ruhegehaltsaufwendungen erfordert, wobei bei den Beamtenpensionen, die zu Lasten der jeweiligen Haushalte gehen, weitgehend keine Kapitaldeckung oder Rückstellung o.ä. besteht. Eine Ausnahme bildet u.a. das Land Rheinland-Pfalz, das einen „Finanzierungsfonds für die Beamtenversorgung AdÖR“ 1996 geschaffen hat, der Versorgungsrücklagen für einen Teil der Beamten bildet, nämlich die ab 30.09.1996 in das öffentlich-rechtliche Beamten- oder Richterdienstverhältnis des Landes berufen wurden.¹⁴ Entsprechende Maßnahmen haben weitere fünf Länder getroffen, nämlich Bremen, Hamburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Sachsen, eine Planung besteht in Bayern. Der Bund wird für seine Beamten ab 01.01.2007 nachziehen.¹⁵

Ferner ist an die investiven Ausgaben zu denken, die bei gegebener krisenhafter Haushaltslage ebenfalls neue Kreditaufnahme bedingen, wie die Erneuerung älterer oder der notwendige Ausbau von neuen Infrastrukturen,¹⁶ u.a. zur Förderung bzw. Aufrechterhaltung des Wirtschaftsstandorts, bundesweit, regional und lokal.

13 So etwa macht der Haushalt des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales im Jahr 2006 mit ca. 119,5 Mrd. € etwa 45 % des Gesamthaushaltes des Bundes aus. Daneben stehen die Bundesschuld mit ca. 30 Mrd. € und der Verteidigungshaushalt mit ca. 27,9 Mrd. € weit „abgeschlagen“. Die Neuverschuldung von 38 Mrd. € übersteigt die Investitionen um ca. 15 Mrd. €, für die also nur gegen 23 Mrd. € ausgegeben werden. Siehe zu den Zahlen und Angaben „Steinbrück: Bewährungsprobe kommt 2007“, FAZ, 24.06.2006, S. 1 f.

14 Landesgesetz über die Errichtung eines Finanzierungsfonds für die Beamtenversorgung Rheinland-Pfalz v. 12.03.1996, GVBl. 1996, S. 152 ff.; vgl. dazu Keilmann, Personalausgabenbudgetierung, Die Entwicklung in Rheinland-Pfalz seit 1996, Teil I: Der Aufbau, Verwaltung und Management 2001, S. 160 ff. Ende 2003 belief sich das Fondsvermögen auf ca. 323 Mio. €, für Ende 2004 wurde es auf ca. 477 Mio. € geschätzt (bei erwarteten Zuführungen aus dem Landeshaushalt von ca. 139 Mio. € für 2004), siehe Landtagsdrucksache Rheinland-Pfalz 14/3436 v. 24.09.2004, S. 12, wo auch die Struktur der Versorgungsrücklage und ihre Bildung nach versicherungsmathematischen Grundsätzen umrissen wird.

15 Siehe die Pressemitteilung des Bundesinnenministeriums v. 05.07.2006 zur Beschlussfassung der Bundesregierung eines „Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Versorgungsrücklagengesetzes“. Daneben besteht ein Sondervermögen „Versorgungsrücklage des Bundes“, siehe die erwähnte Pressemitteilung. Erstattungen aus dem Fonds sind erst ab 2020 vorgesehen, was die erst langfristige Wirkung von dergleichen Maßnahmen unterstreicht.

16 Zu der Thematik Infrastruktur und Daseinsvorsorge siehe auch Cranshaw, Einflüsse des europäischen Rechts auf das Insolvenzverfahren, 2006, S. 173 ff./175–179.

I. Die Ausgangslage f. Überlegungen einer Ins. öffentl.-rechtl. Gebietskörpersch.

5a Nur paradigmatisch soll diesbezüglich hingewiesen werden auf

- Straßenbau
- Kanalisation, Wasserversorgung, Gas- und Stromversorgung
- Krankenhäuser¹⁷
- Schienenwege, Luftverkehrszentren, Wasserwege
- Öffentliche Sicherheit
- Universitäten, sonstige Hochschulen
- Kindergärten, Schulen
- Grundstückerschließungen

5b Bei einem Teil der Infrastrukturen ist evident, dass sie sich bei einer strikt ökonomischen Betrachtung kaum rechnen können, d.h. auf staatliche Finanzierung angewiesen sind, auch wenn Beiträge und Kosten von den „Nutzern“ der Einrichtung zu tragen sind. Ein Beispiel hierfür ist der Aufbau einer rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Justiz, die nicht nach strikt betriebswirtschaftlichen Grundsätzen wird arbeiten können. Soweit hier Gebührenstrukturen bestehen, die den einen Zweig durch den anderen finanzieren, können dem z.B. europarechtliche Bestimmungen entgegenstehen, die auf den konkreten Aufwand abzielen und die Querfinanzierung anderer Geschäfte nicht erlauben. Ein Beispiel sind die Notargebühren bei gesellschaftsrechtlichen und handelsregisterrechtlichen Vorgängen.¹⁸

5c Dabei darf nicht verkannt werden, dass der Staat nicht nur durch unmittelbare eigene Aufwendungen dergleichen Infrastrukturen schafft und unterhält. Auch wenn der Private z. B. eine Klinik errichtet oder eine Landebahn als Flughafenbetreiber, wird er in seine ökonomische Einschätzung der Profitabilität des Investments die steuerliche Seite einbeziehen. Je günstiger z.B. die Abschreibungen gestaltet sind, umso eher wird er seine positive Entscheidung treffen oder doch durch die steuerliche Seite mit beeinflussen lassen. Ganze Wirtschaftszweige, etwa der Wohnungsbau, waren Jahrzehnte wesentlich auf die steuerlichen Vorteile ausgerichtet, die dem privaten Investor, auch dem Eigenheimkäufer, gewährt werden. Der Staatshaushalt wird hier durch Einnahmeausfälle tangiert, die umgekehrt höhere Neuverschuldung erfordern. Gemeinhin spricht die Politik gern von Subventionen, die es abzubauen gelte, wobei freilich von einer allgemein akzeptierten Begrifflichkeit nicht entfernt die Rede sein kann.¹⁹

17 Zur krisenhaften Situation von kommunalen Krankenhäusern vgl. nur die derzeitige Diskussion (2006) um die Strukturierung der gesetzlichen Krankenversicherung (und die dort in der Politik heftig umstrittenen Lösungsansätze) sowie den im Juni/Juli 2006 aktuellen Tarifstreit um die Ärztevergütungen. Nach dem Deutschen Städtetag leidet die Hälfte der kommunalen Krankenhäuser unter „roten Zahlen“, siehe Streiks in kommunalen Krankenhäusern, FAZ v. 24.06.2006, S. 1 f./2.

18 Vgl. z.B. die Urteile des EuGH v. 21.03.2002 – Rs C-264/00, Gründerzentrum-Betriebs-GmbH gg. Land Baden-Württemberg (Vorlage des Amtsgerichts Müllheim/Baden) – Slg. 2002 I-3333 und v. 30.06.2005 – Rs C-165/03, Mathias Längst (Vorlage des Landgerichts Stuttgart), Slg. 2005 I-5637.

19 Es steht freilich fest, dass mit „Subvention“ nicht nur der klassische Subventionsbegriff des überkommenen deutschen Wirtschaftsförderungsrechts gemeint ist und auch nicht der weite Beihilfenbegriff des europäischen Rechts der Staatsbeihilfen nach Art. 87 ff. EG-Vertrag, sondern offenbar jede Ausnahme von der eine öffentliche Abgabe (Steuern, Beiträge, Gebühren) generierenden Norm. In dieser undifferenzierten Begrifflichkeit der Politik kann freilich ein Zirkel-

1. Die Verschuldung der öffentlichen Hand

Die Verschuldung wiederum engt durch die notwendigen Zinszahlungen den Haushaltsrahmen ein. Dabei profitiert die Bundesrepublik von den seit einer Reihe von Jahren niedrigen Zinsen, ein Umstand, der in der öffentlichen Diskussion unterzugehen scheint.

Eine weitere Schärfe gewinnt die Problematik dadurch, dass der „Standort Deutschland“ international und europaweit zugleich im Systemwettbewerb mit anderen Staaten steht, die deutlich niedrigere Steuer- und Abgabensätze aufweisen. Vergleiche der jeweiligen Belastung sind jedoch selten sachgerecht, da nicht nur der absolute Steuersatz auf den Ertrag beispielsweise von Bedeutung ist, sondern auch die Bemessungsgrundlage, Freibeträge und ähnliche Faktoren. In bestimmten Segmenten kann die Bundesrepublik den Systemwettbewerb auf der Abgabenebene sicherlich nicht für sich entscheiden, wenn man z.B. auf dem Sektor der Einkommensteuer für Private mit flächenmäßig kleinen Staaten mit systematisch geringeren Infrastrukturbelastungen konkurriert. Der Haushalt wird auf der Einnahmenseite auch dadurch berührt, dass die Unternehmen anders als noch vor wenigen Jahren innerhalb der Europäischen Union wesentlich leichter ihre Tätigkeit in einen Mitgliedstaat mit niedrigerer Belastung verlagern können²⁰ und der Systemwettbewerb mit den neuen Mitgliedern der Gemeinschaft anhält.

Mit anderen Worten besteht eine Schere zwischen Staatsaufgaben und Staatseinnahmen und -ausgaben. 7

Die Kommunen sind hiervon auf der untersten Ebene des Staatsaufbaus erheblich betroffen. Sie haben die hohen lokalen Infrastrukturaufwendungen und die weiteren Kosten zu tragen, die ihnen durch Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, des Bundes und der Länder, oktroyiert werden²¹, ohne jedoch die Einnahmenseite wesentlich steuern zu können. 8

Ein zufälliges und beliebiges aktuelles Beispiel belegt das drastisch. In einem rheinland-pfälzischen Landkreis im eigentlich wohlhabenden Rhein-Neckarraum um Mannheim-Ludwigshafen ist der Verwaltungshaushalt 2006 mit ca. 8 Mio. € defizitär. Von den Ausgaben in Höhe von 117 Mio. € entfallen ca. 77 Mio. € auf die Aus- 8a

schluss liegen, wenn die Ausnahmeregelung gerade auf der Basis des Systems der Steuer oder Abgabe beruht. So etwa ist selbstverständliche Grundlage jeder Ertragssteuer die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit; bei insolventen Unternehmen führt die Besteuerung des Sanierungsgewinns wohl regelmäßig zur Überschreitung dieser Grenze. Die seinerzeitige Abschaffung der Steuerfreiheit gem. § 3 Nr. 66 a.F. EStG hat dann im Nachhinein in der Praxis zu der Notwendigkeit des europarechtlich allerdings nicht zweifelsfreien Erlasses vom März 2003 geführt (vgl. dazu Cranshaw, Einflüsse des europäischen Rechts auf das Insolvenzverfahren, 2006, S. 1362 ff./1366 ff. mwN). So notwendig es ist, tatsächliche Subventionen zu erkennen und abzubauen (worüber die Politik sich bekanntermaßen im Grundsatz, aber nicht im Detail einig ist), so dürfen die politischen Akteure dennoch darüber nicht die Stringenz des jeweiligen Systems aus dem Auge verlieren.

20 Sitzverlegung, Fusionen usw.

21 Man denke nur an ein in diesem Kontext sehr kleines Beispiel: Das Postulat, für alle Kinder bis zum Schulalter Kindertageseinrichtungen einzurichten, deren Erzieher einen (Fach)Hochschulabschluss haben, würde zu deutlichen Steigerungen der Personalausgaben führen, die aber offenbar niemand zu tragen bereit ist, oder die Bezüge auf ein Maß abzusenken, das das Ganze für die Zielgruppe dann aber unattraktiv macht.

I. Die Ausgangslage f. Überlegungen einer Ins. öffentl.-rechtl. Gebietskörpersch.

gaben für Jugend und Soziales. Insbesondere beklagt der Landrat, Hartz IV sei viel teurer geworden als gedacht. Einnahmeverbesserungen seien kaum möglich.²² Dagegen steht die Untersagung der (notwendigen) Sanierung des Kreisbades, was über kurz oder lang dann die Aufgabe der Infrastruktur erforderlich machen wird, wenn sich die Verhältnisse nicht ändern. Auf die bundesgesetzliche Zuweisung der Verantwortlichkeit für Aufgaben und auf die etwa daraus resultierende Kostenlast ohne entsprechenden Ausgleich haben die Kommunen kaum Einfluss. Die benachbarte rheinland-pfälzische Großstadt, ein Oberzentrum mit u.a. hoher Arbeitslosigkeit, klagt seit Jahren, ihr fehlten 150 Mio. € für „unaufschiebbarere Investitionen“, für die auch in die mittelfristige Finanzplanung bis 2009/2010 nichts habe eingestellt werden können.²³

2. Folgen der Verschuldung auf Länder- und Kommunalebene, die Suche nach Entschuldungskonzepten

- 9 Die hohe Verschuldung und die Finanzierungsprobleme der öffentlichen Hand bedingen die Suche nach einem Regime der Haushaltssicherung.
- 10 Auf Länderebene zeigt die Krisensituation des Landes Berlin, in der sich Haushaltsprobleme eines Bundeslandes mit kommunalen Themen verbinden, brennpunktartig das gesamte Spektrum der zur „extremen Haushaltsnotlage“ führenden Umstände.²⁴ Zugleich zeigt sich aber auch die Methodik, wie der Bundesstaat die Problematik löst oder lösen soll, nämlich über zusätzliche Leistungen des Zentralstaats an seine in akuter Haushaltsnotlage befindliche Gebietskörperschaft zur Haushaltssanierung.²⁵ Die Länder Bremen (2006) und das Saarland haben ebenfalls

22 Vgl. „Die Rheinpfalz“, Ludwigshafen v. 28.07.2006, Teil „Landkreis“, Seiler, „Fassungloser Blick auf wachsendes Haushaltsloch“.

23 Vgl. „Die Rheinpfalz“, Ludwigshafen, v. 31.08.2006, Ludwigshafener Rundschau, S. 1, „... 150 Millionen fehlen“. Im selben Beitrag wird der Stadtkämmerer mit der Aussage zitiert, es drohe eine Erhöhung des ohnehin bestehenden Defizits von 36,8 Mio. €, da u.a. „Die Kosten im Jugend- und Sozialbereich in allen Betreuungsformen sowie bei Hartz IV ... davonlaufen.“ Man sucht „mehr Darlehen“ und „Finanzierungsmodelle“.

24 Vgl. zu Details der Haushaltsnotlage Berlins die unter „www.berlin.de/sen/finanzen/haushalt/notlage/index.html“ zugänglichen Dokumente (Stand: Ende Juni 2006), insb. den dort verfügbaren Antragsschriftsatz von Prof. Dr. J. Wieland vom 04.09.2003 und die nachfolgende Fn.

25 Siehe die Klage des Landes Berlin vor dem BVerfG zu 2 BvF 3/03 auf „Sonderbedarfs-Bundesergänzungszuweisungen“ nach dem Finanzausgleichsgesetz (FAG) idF von Art. 5 Solidaritätsgesetz (SFG) v. 20.12.2001, BGBl. 2001 I 3955, in Kraft ab 01.01.2005, (mit den seit herigen Änderungen, zuletzt idF von Art. 4 Abs. 21 d. Gesetzes v. 22.09.2005, BGBl. 2005 I 2809); zum Vortrag des Landes Berlin vgl. BVerfG, Pressemitteilung Nr. 18/2006 v. 10.03.2006. Das Land Berlin hatte danach 2002 einen Schuldenstand von 47,5 Mrd. €, der trotz aller eigener Haushalts-sanierungsanstrengungen auf 66,8 Mrd. € im Jahr 2007 steigen soll. 2009 erwartet die Senatsverwaltung für Finanzen sogar 68,2 Mrd. € (FAZ v. 27.04.2006, Tabelle S. 2). Der Betrag entspricht bei ca. 3,4 Mio. Einwohnern einer Pro-Kopf-Verschuldung von ca. 14.000 € bzw. ca. 20.000 € (2007). Berlin leide ferner unter einer nur bei der Hälfte des Länderdurchschnitts der anderen Bundesländer liegenden Zins-/Steuerrelation (2002: 20,8 %) und einer jedenfalls doppelt so hohen Kreditfinanzierungsquote (2003: 20,2 %). Vgl. auch die Darstellung der Lage Berlins und eine Würdigung von Küpper, „2,6 Milliarden Euro Zinsen im Jahr“, FAZ v. 27.04.2006, S. 2.

2. Folgen der Verschuldung

entsprechende Klagen wegen unverschuldeter extremer Haushaltsnotlage beim BVerfG eingereicht.²⁶

Die rechtlichen Strukturen bieten das Grundgesetz bzw. das Finanzausgleichsgesetz (Bund). **10a**

In dem bisher grundlegenden Urteil des BVerfG zu Bremen und dem Saarland aus dem Jahr 1992²⁷ hat der Senat im Verhältnis Bund/Länder zum Ausdruck gebracht, dass bei extremer Haushaltsnotlage eines „Gliedes der bundesstaatlichen Gemeinschaft“ das bundesstaatliche Prinzip eine Pflicht begründe, dem betroffenen Land bzw. – umgekehrt – dem Bund, die notwendige Hilfe zur „haushaltswirtschaftlichen Stabilisierung“, d.h. zur Haushaltssanierung, in geeigneter Form zu leisten.²⁸ In der mündlichen Verhandlung über die Klage Berlins 2006 deutete die Berichtserstattung darüber an, dass die derzeitige Struktur des Finanzausgleichs wohl unterschiedlich im Senat betrachtet und jedenfalls die Situation der Länder als dramatisch angesehen wird.²⁹ Das Urteil vom 19. Oktober 2006 hat das Land Berlin enttäuscht, aber die Konturen für Bundeshilfen schärfer herausgearbeitet (siehe hierzu Kapitel II 3 a) dd). **11**

Auf der Ebene der Kommunen haben Landesverfassungsgerichte und Staatsgerichtshöfe geurteilt, das Recht auf gemeindliche Selbstverwaltung umfasse zugleich einen Anspruch gegen das Land auf hinreichende Finanzausstattung, wobei bei den freiwilligen Aufgaben jedenfalls Mittel für ein Mindestmaß kommunaler Betätigung zur Verfügung stehen müssen.³⁰ **12**

Es bestehen also rechtliche Instrumentarien, um Haushaltsnotlagen und „Zahlungsunfähigkeitsszenarien“ zu steuern. Die Sanierung und Entschuldung spielt sich dabei allerdings ausschließlich auf den verschiedenen staatlichen Ebenen ab, die **13**

26 Bremen: Die Klage wurde im April 2006 eingereicht, siehe die Pressemitteilung des Senators für Finanzen vom 07.04.2006. Die Eckpunkte der Klagebegründung sowie die die Klage untermauernden Gutachten stellt auch Bremen unter der Adresse „www.finanzen.bremen.de/de5/detail.php?gsid=bremen53.c.3362.de“ zur Verfügung (Stand: Ende Juni 2006). Bremen und das Saarland haben dabei im Schulterschluss ihre Klagen abgestimmt, so z.B. auf einer gemeinsamen Kabinettsitzung am 23.08.2005, siehe die Pressemitteilung von Ministerpräsident und Staatskanzlei Saarland v. 23.08.2005, die die fundamentalen Positionen beider Bundesländer erhellt. Das Saarland hat am 12.09.2005 Klage erhoben, vgl. Min. d. Finanzen/Landesregierung, Finanzplan des Saarlandes 2005–2009 v. 8.11.2005, S. 2, 12 zur extremen Haushaltsnotlage; die Dokumente aus dem Saarland können unter der Adresse www.finanzen.saarland.de/htdig/cgi-bin/htsearch.cgi eingesehen werden (Stand: Ende Juni 2006).

27 BVerfG, Urt. v. 27.05.1992 – 2 BvF 1,2/88, 1/89, 1/90 – BVerfGE 89, 148 ff.

28 BVerfG, aaO, LS 6, Ls 6b), 6c).

29 Vgl. den Beitrag, „Das Land Berlin fordert Solidarität vom Bund“, FAZ v. 27.04.2006, S. 1, 2; der Senatsvorsitzende soll mit dem Blick auf die Vielzahl der „überschuldeten Länder“ (FAZ, aaO) Zweifel an der Zeitgemäßheit des derzeitigen Finanzausgleichs geäußert und drastisch davon gesprochen haben, die Vogelgrippe habe sich auf dem Hühnerhof ausgebreitet, wo es früher nur wenige kranke Tiere gegeben habe (FAZ, aaO, S.2).

30 Vgl. z.B. zum Finanzausgleichsgesetz (Mecklenburg-Vorpommern) und der dortigen Landesverfassung LVerfG MVP, Urt. v. 18.12.2003 – LVerfG 13/02 – DÖV 2004, 448 = DVBl. 2004, 450, C I der Entscheidungsgründe mwN, in Anlehnung an Literatur und Rechtsprechung; siehe auch Staatsgerichtshof Baden-Württemberg, Urt. v. 10.11.1993 – GR 3/92 – DVBl. 1994, 206 und Bayerischer Verfassungsgerichtshof, 27.02.1997 – Vf. 17-VII-94 – BayVBl. 1997, 303. Siehe weiterführend Kapitel II 3a), cc).

I. Die Ausgangslage f. Überlegungen einer Ins. öffentl.-rechtl. Gebietskörpersch.

einander unterstützen, d.h. die eine Ebene trägt ökonomisch von der anderen warum auch immer begründete Verbindlichkeiten und hilft ihr damit aus ggf. selbst „verschuldeter“ Notlage. Dieses sog. bail out wird verschiedentlich in Frage gestellt³¹ und ist auf europäischer Ebene aus nahe liegenden Gründen einer supranationalen Gemeinschaft ausgeschlossen.³²

- 14** Es wundert nicht, dass auch nach anderen Auswegen aus der Krisensituation gesucht wird. Dabei geht es schlagwortartig auch um Maßnahmen zur Ordnung des „Staatsbankrotts“. ³³ Die im Zentrum dieser Monographie stehende Frage nach einer Methodik der Entschuldung von öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften im Wege eines förmlichen Verfahrens („Insolvenzverfahren“), die in der fachwissenschaftlichen Literatur und der öffentlichen Diskussion ³⁴ mehrfach behandelt wurde und aktuell diskutiert wird, ist und wäre gleichwohl keine nationale Thematik nur in Deutschland.
- 14a** Zum einen würde die internationale Verflechtung der Finanzmärkte und diejenige im Binnenmarkt der Europäischen Union und des Europäischen Wirtschaftsraumes bei Durchführung eines Insolvenzverfahrens mit etwaigen Forderungsverlusten der Gläubiger tiefgreifende Auswirkungen auf diese Märkte haben, was auf die bedeutende Position der Bundesrepublik als größte Volkswirtschaft der Europäischen Union und des EWR sowie auf ihre Mitgliedschaft unter den G 7 bzw. G 8-Staaten zurückgeht.
- 14b** Bei der Behandlung von dergleichen Lösungswegen ist methodisch ferner nicht nur bei den regionalen Gebietskörperschaften anzusetzen, sondern es sind auch Modelle zu beleuchten, die für die Entschuldung souveräner Gesamtstaaten entwickelt worden sind, Konzepte, deren wesentliche Prinzipien sich auf die Länder und die regionalen Gebietskörperschaften bzw. sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts ggf. herunter brechen lassen könnten, soweit man bei einer Gesamtwürdigung zur Bejahung von dergleichen Entschuldungsstrategien käme.
- 14c** Auch wenn die Bundesrepublik Deutschland nicht als „Sanierungsfall“ betrachtet werden kann, wie die Politik meinte ³⁵, ist aber sicherlich richtig, dass die etwaige Entwicklung internationaler Entschuldungsstrategien für souveräne Staaten auf der Basis eines hierfür geschaffenen völkerrechtlich verbindlichen Regelwerks im Ergebnis wohl weder vor den Toren der Bundesrepublik noch ihrer Länder oder sonstigen Gebietskörperschaften anhalten würde. Ein solches Regelwerk existiert

31 Siehe das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen aus dem Jahr 2005, „Haushaltskrisen im Bundesstaat“, S. 11 ff./ Tz. 2.2.1, 2.2.2 und 2.3.

32 Vgl. Art. 103 Abs. 1 EG; ratio legis ist es, die Kreditfähigkeit der Mitgliedstaaten nicht auf Solidarität, sondern auf Haushaltsdisziplin zu gründen, siehe Hattenberger, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 103 Rdnr. 1.

33 Siehe Reinhard Müller, „Ordnung des Staatsbankrotts“, zur Verfassungsklage des Landes Berlin vor dem BVerfG, FAZ v. 27.04.2006, S. 2.

34 Der Finanzsenator des Landes Berlin hat nach dem Beitrag in der FAZ, „Ordnung des Staatsbankrotts“, Ausgabe vom 27.04.2006, S. 2, geäußert, man müsse „über eine Art Insolvenzrecht für Bundesländer nachdenken.“

35 Siehe FAZ v. 24.06.2006, S. 1 „Steinbrück: Bewährungsprobe .../Unterstützung für „Sanierungsfall“.

3. Konzepte zur Eindämmung der Haushaltsnotlage

aber bislang nicht und es bestehen Zweifel, dass es in absehbarer Zeit dazu kommen wird.

Wenn man das Thema eines wie auch immer gestalteten Insolvenzverfahrens über (regionale) Gebietskörperschaften oder überhaupt über juristische Personen des öffentlichen Rechts aufgreift, darf man nicht übersehen, dass die Zulassung eines solchen „Gesamtverfahrens“ eine weitgehende Aufhebung von Vollstreckungshemmnissen bei der Einzelvollstreckung nach sich ziehen könnte bzw. müsste. **15**

Dem Insolvenzverfahren nach der InsO vergleichbare Regelwerke müssten insbesondere der *par conditio creditorum* – wie sie auch immer zu definieren wäre – verpflichtet sein. Völlig unerträglich wäre bei einer solchen Lösung jegliche Bevorzugung, Besicherung oder Aufrechnung zugunsten öffentlich-rechtlicher Forderungen anderer staatlicher Stellen (Sozialversicherungsträger, Steuern, Rückforderung öffentlicher Zuschüsse an die insolvente öffentlich-rechtliche Körperschaft usw.). Dergleichen Zahlungsunfähigkeitsverfahren/Gesamt(„vollstreckungs“)verfahren könnten auf die Anfechtung von Rechtshandlungen mit Vorteilen einzelner Gläubiger in einer *période suspecte* gleichfalls nicht verzichten. Insolvenztatbestände wären neu zu definieren. **16**

Ein Teil dieser Gesichtspunkte findet sich in den diversen Vorschlägen in der Literatur zu einer Insolvenz von Kommunen.³⁶ **16a**

Zusammenfassend ist zunächst folgendes festzustellen: **17**

Ziel von Gesamtverfahren zur Entschuldung von Gebietskörperschaften der öffentlichen Hand wäre die Beteiligung der privaten Gläubiger an der Sanierung und damit eine jedenfalls teilweise Verneinung einer Pflicht zum *bail out* durch die anderen Glieder der staatlichen (Länder-/Gemeinde)Ebene oder bundesstaatlichen (Bund/Länder) Gemeinschaft. Warum dies so sein soll, wird an den verschiedenen Modellen umrissartig gezeigt werden. Im Zentrum steht aber sicher auch die Überlegung, dass der private Gläubiger die Chancen der geschäftlichen Verbindung mit der betroffenen Gebietskörperschaft genutzt hat, aus welchem Grunde er in einer Krise auch die Risiken mit tragen soll. Aus verschiedenen Gründen ist diese Annahme freilich nicht plausibel.

3. Mögliche Konzepte bzw. Beispiele zur Behebung, Beschränkung oder Eindämmung der Haushaltsnotlage und der Verschuldung, jeweils mit Finanzierungsfolgen, Handlungsspielräume

a) Maßnahmen der regionalen bzw. lokalen Gebietskörperschaften (Länder, Kommunen)

Die betroffene Gebietskörperschaft kann zur Vermeidung oder Abwendung der Zahlungsunfähigkeit diverse Wege beschreiten. Einen „Königsweg“ wird es nicht geben. Das Postulat wird schlicht wie stets in Zeiten der Krise eines Wirtschaftsteilnehmers lauten müssen, möglichst die Einnahmen auf das notwendige und mögliche Maß zu erhöhen und die Ausgaben auf ein tragfähiges Niveau zu senken. **18**

36 Siehe Kapitel III 2a) ff., Rdnr. (110–133).

I. Die Ausgangslage f. Überlegungen einer Ins. öffentl.-rechtl. Gebietskörpersch.

19 Zur Besserung oder Behebung der Haushaltsnotlage, insbesondere auch der Verschuldung kommen u.a. in Frage (die Reihenfolge ist beliebig und keine „Rangfolge“, die es bei der Komplexität der Materie und der Unterschiede der einzelnen Gebietskörperschaften auch nicht geben kann)

- die Beschränkung der freiwilligen Aufgaben/Leistungen der Kommune/Gebietskörperschaft soweit als möglich mit der Folge der Kostenersparnis (allerdings erst nach Finanzierung etwaiger Stilllegungskosten von zu schließenden Einrichtungen).
- Einnahmensteigerungen durch Erhöhung von Steuern (siehe auf Bundesebene die massiven Steuererhöhungen zum 01.01.2007), Beiträgen und Gebühren bzw. die Einführung neuer Abgaben; Wegfall kostenlos ausgeführter Amtshandlungen.
- die Veräußerung werthaltiger Assets der Kommune oder des Landes (z.B. Grundstücke, Unternehmensbeteiligungen), soweit rechtlich zulässig und ökonomisch sinnvoll. Auf das Beispiel Dresdens mit erfolgreicher Veräußerung der dortigen Wohnungsbaugesellschaft ist bereits hingewiesen worden.³⁷
- die Reduzierung der Kosten von Infrastrukturmaßnahmen, z.B. auf dem Sektor der Erschließung von Arealen durch Erschließungsverträge ohne Eigenbeitrag der Kommune (§ 124 Abs. 3 BauGB) oder bei sonstigen Maßnahmen der Bebauungsplanung durch städtebauliche Verträge (§ 11 BauGB) bzw. Vorhaben- und Erschließungspläne (§ 12 BauGB).
- die Ansiedlung von Gewerbetreibenden, die eine Steigerung des örtlichen/regionalen Steueraufkommens erwarten lassen mit günstigen allgemeinen Rahmenbedingungen; auf diesem Sektor herrscht ein reger europaweiter Standortwettbewerb.³⁸ Dabei sind ggf. Vorleistungen im Sinne weiterer zu finanzierender Infrastrukturen oder die Senkung örtlicher Steuern (z.B. durch Senkung der Hebesätze), die wiederum „gegenzufinanzieren“ ist, erforderlich.
- die „Teilprivatisierung“ von Infrastrukturen (z.B. durch public private partnership³⁹) oder zu üblichen Krediten alternative Finanzierungsmodelle.

37 S.o., Fn 10; hierzu gehört auch der Verkauf des fusionierten Universitätsklinikums Gießen-Marburg an eine private Aktiengesellschaft unter Beteiligung des Landes mit 5 % gegen einen Kaufpreis von 112 Mio. € und weitere erhebliche Leistungen des Erwerbers, insbesondere eine Investitionsverpflichtung/Einlage-/Rücklageverpflichtung von addiert ca. 470 Mio. €. Hierzu und zu weiteren Details siehe FAZ, „Rhön erwirbt das erste privatisierte Universitätsklinikum“, v. 19.12.2005, S. 11.

38 Siehe den Standortwettbewerb zwischen Wien, Holzkirchen/München und Basel um die Führung von Sandoz mit dem Erfolg der bayerischen Bewerberin nach Senkung der Gewerbesteuer um 30 %, wobei für das Unternehmen unternehmerische und nicht fiskalische Erwägungen im Vordergrund gestanden haben sollen; Deutschland sei gleichwohl steuerlich nicht konkurrenzfähig; siehe im einzelnen den Beitrag in der FAZ v. 27.04.2005, S. 17, „Standortverlagerung von Wien nach Bayern“.

39 Vgl. dazu Weber/Schäfer/Hausmann (Hrsg.), Praxishandbuch Public Private Partnership, 2006. Siehe dazu sogleich Kapitel I 4), Rdnr. (28) ff.

3. Konzepte zur Eindämmung der Haushaltsnotlage

Beispiele:

Schulgebäude mit Teilbetrieb, Schwimmbäder⁴⁰, kulturelle Einrichtungen, Sportstadien/-anlagen; Justizvollzugsanstalten mit Teilbetrieb⁴¹, andere öffentlich genutzte Bauten wie Rathaus, Gerichtsgebäude, Finanzamtsgebäude usw.

- die Übertragung bzw. Teilübertragung oder Überlassung einer (kommunalen bzw. regionalen) Aufgabe auf/an einen privaten Dritten, ggf. gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Gebietskörperschaft oder eines Gemeindeverbandes; die Fallgruppe überschneidet sich z.T. mit der vorstehenden.

Beispiele:

Abfallentsorgung, kommunale Krankenhausbetriebe⁴², Hafengebiete, Öffentlicher Personennahverkehr⁴³, Energieversorgung („Stadtwerke“), Wasserversorgung, Verkehrserschließung, Rettungs- und Krankentransportdienste⁴⁴, Pflegeeinrichtungen, Freizeiteinrichtungen, Einrichtungen auf dem Sektor der Kinder- und Jugendhilfe.⁴⁵

- die Bündelung von gemeinsamen Ressourcen von Kommunen in Zweckverbänden und ähnlichen „joint ventures“, die „interkommunale Zusammenarbeit“, gelegentlich verbunden mit der Rückübernahme („Rekommunalisierung“) von privatisierten Aufgaben⁴⁶
- die „formelle“ Privatisierung durch Outsourcing von kommunalen Tätigkeiten auf eigene privatrechtlich organisierte Gesellschaften
- die konsequente Durchführung von Vergabeverfahren, auch unterhalb der Schwellenwerte der RL 2004/17/EG und 2004/18/EG bzw. §§ 87 ff. GWB sowie der

40 Vgl. zu einem solchen Fall Europ. Kommission, E. v. 12.01.2001 – Az: SG (2001) D/285046 bzw. N 258/00; S. 3, 4.

41 „Zur Teilprivatisierung“ (hier: Teilbetrieb) von Haftanstalten als Modell siehe das hessische Projekt „Hünfeld“, vgl. „Ein Haftplatz für 100 000 Euro“, FAZ v. 08.12.2005, S. 62.

42 Eines der Beispiele ist neben der Privatisierung des Universitätsklinikums Marburg-Gießen die Einleitung des Interessebekundungsverfahrens zur Herauslösung der neurologische, psychiatrische und psychotherapeutische Leistungen erbringenden Landeskliniken (!) in Brandenburg aus der Landesverwaltung, siehe die Anzeige in der FAZ v. 30.05.2005, S. 18.

43 Siehe dazu auch EuGH, Urt. v. 23.07.2003 – Rs C-280/00, Altmark Trans, RP Magdeburg gg. Nahverkehrsgesellschaft Altmark (Vorlage des BVerwG) – Slg. 2003 I-7747 = NJW 2003, 2515 = EuZW 2003, 496 ff.

44 Sie sind nahezu flächendeckend privatisiert (kaum mehr bei städtischen Feuerwehren z.B.), freilich weitgehend in der überkommenen Tradition der Leistungsvergabe an die gemeinnützigen Institutionen kirchlicher oder anderer Organisationen wie DRK, Malteser usw.; zu einem Rechtsstreit zu diesem Konzept siehe EuGH, U. v. 25.10.2001 – Az: Rs C-475/99, Ambulanz Glöckner gg. Landkreis Südwestpfalz (Vorlage des OVG Rheinland-Pfalz), Slg. 2001 I-8089 (zur Unternehmenseigenschaft von Sanitätsorganisationen, die Leistungen „auf dem Markt für Notfall- und für Krankentransport“ erbringen).

45 Der Sektor der Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen für Kinder bis zum Schulalter ist überwiegend in der Verantwortung freier Träger, insbesondere kirchlicher Organisationen, so dass die Kosten für die öffentliche Hand trotz der geleisteten Zuschüsse geringer sind als bei eigenem Betrieb.

46 Zu den damit verbundenen (z.T. ungelösten) vergaberechtlichen Fragen siehe OLG Naumburg, Beschl. v. 03.11.2005 – 1 Verg 9/05 – IR 2006, 23 einerseits (Ausschreibungspflicht bei Aufgabenübertragung auf andere Kommunen), OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.06.2006 – IR 2006, 215 f., Anm. Michaels (Verneinung einer Ausschreibungspflicht) andererseits.

I. Die Ausgangslage f. Überlegungen einer Ins. öffentl.-rechtl. Gebietskörpersch.

Verdingungsordnungen und außerhalb der Sektoren wo das geboten ist. Die Europäische Kommission hat zu der Thematik Ende Juni 2006 eine „Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“ herausgebracht.⁴⁷ Darin wird praktisch ein Procedere für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte aufgezeigt, wenn auch Ziel der Mitteilung nur sein soll, den öffentlichen Auftraggebern Handreichungen zu bieten, um die Vorgaben des EuGH einzuhalten. Für die Kommunen ist das höchst bedeutsam. Es geht darum, dass Anbieter aus der gesamten Gemeinschaft eine faire Chance bekommen sollen, auch an unter den Schwellenwerten liegenden Vergaben beteiligt zu werden. Erforderlich sind in der Regel die Bekanntmachung der Vergabe, ausreichende Fristen für die Bieter, die Einhaltung der Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung der Bieter, wirksamer Rechtsschutz gegen rechtswidrige Vergaben und das Verbot der Bevorzugung „heimischer Anbieter“.⁴⁸

b) *Handlungsspielräume der öffentlichen Hand, insbesondere der Kommunen, Problemfelder beim „schlanken Staat“ (der „schlanken Regionalkörperschaft“)*

20 Die Handlungsspielräume der Kommunen bzw. der Länder sind trotz des nur beispielhaften Kataloges in lit. a) vorstehend auf der Aufgabenseite wohl enger als es scheint.

Ein Grund dafür sind die Pflichtaufgaben der Verwaltung, die erfüllt werden müssen, in welchem Bereich effektive und deutliche Ersparnisse wohl eher zu gering sind, um maßgeblich zur Entschuldung beizutragen.

21 Ein weiterer Grund sind die von dritter Seite (Bund, Land) aufoktroierten Aufgaben ohne hinreichende Kostendeckung. Ein beliebiges Beispiel hierfür mag die Diskussion um die Befreiung von Kindergartenbeiträgen für 3–6-Jährige in Rheinland-Pfalz im Jahr 2006 sein. Soweit die Landeskasse die damit zusammenhängenden Ausgaben nicht vollständig tragen sollte, ginge das zu Lasten der Kommunen und der freien Träger der Einrichtungen.⁴⁹

22 Weitere Probleme bei der Realisierung eines „schlanken Staates“ aus Geldmangel hängen mit Zielkonflikten der diversen öffentlichen Aufgaben zusammen, die gegenwartsbezogen, aber auch zukunftsorientiert sein können.

23 Damit verbunden ist die Frage, was man unter „Daseinsvorsorge“ verstehen will. Die Definition ist offen und dynamisch, sie ist Teil eines gesamtgesellschaftlichen

⁴⁷ Dokument v. 23.06.2006, siehe www.ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/key-docs_de.htm; siehe auch die Pressemitteilung der Kommission IP/06/1053 v. 24.07.2006.

⁴⁸ Gleichwohl ist das Vorgehen der Kommission außerordentlich kritikwürdig, da ihr auf dem Sektor unterhalb der Schwellenwerte jegliche Regelkompetenz fehlt.

⁴⁹ Gerade auf dem Sektor der sozialen Ausgaben hat es in den letzten Jahren Auseinandersetzungen der Kommunen mit den Ländern darüber gegeben, ob die Überwälzung der Aufgabe ohne (vollständige) Kostendeckung rechtlich zulässig ist – der Erfolg der Kommunen scheint aus der Sicht des objektiven Beobachters eher bescheiden. Es ging dabei insbesondere um Sozialhilfeleistungen und um kommunale Zuschüsse zu Kindertagesstätten und ähnlichen Einrichtungen; vgl. im einzelnen Kapitel II 3), Rdnr. (40) ff.

3. Konzepte zur Eindämmung der Haushaltsnotlage

Konsenses. Dieser Konsens mag sogar von Region zu Region etwas verschieden sein, europaweit jedenfalls bestehen erhebliche Unterschiede, was man in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU unter Daseinsvorsorge subsumiert.⁵⁰ So etwa gehört in Deutschland zutreffend die flächendeckende Versorgung der Privaten und der mittelständischen Wirtschaft mit Bankdienstleistungen seit langem zur Daseinsvorsorge, ein Anliegen, dem die öffentlichen Banken auch im Wettbewerb entsprechen und das in den jeweiligen Sparkassengesetzen geregelt ist.⁵¹ In Großbritannien ist das keineswegs der Fall, so dass der Staat mit Beihilfen nach Art. 87 EG eingreifen musste.⁵² Mit dem Verständnis des Staates von „Daseinsvorsorge“ hängen wiederum die Infrastruktureinrichtungen und die Kostenbelastung der Bürger und der Haushalte ebenso zusammen wie die Fremdfinanzierung der Aufgaben durch Kredite.

Vor diesem Hintergrund lässt sich dennoch feststellen, dass zwar sämtliche Einrichtungen der Daseinsvorsorge zugleich Infrastrukturen sind, aber umgekehrt längst nicht alle Infrastruktureinrichtungen der Daseinsvorsorge dienen und daher der besonderen Aufmerksamkeit der zuständigen Regional-/Kommunalkörperschaft bedürfen. Zur Daseinsvorsorge gehören beispielsweise sicher nicht Sportstätten für den Berufssport u.ä.

23a

Ein ganz anderes Problem stellt die Kosteneinsparung oder die Einnahmeerhöhung dar, d.h. aus Sicht der „Nutzer“ öffentlicher Einrichtungen die Verteuerung der Nutzung oder deren Beeinträchtigung durch Maßnahmen wie z.B. auf dem Erziehungs- oder Schul- bzw. Gesundheitssektor

24

- die Reduzierung anderweitiger öffentlicher Zuschüsse zur Entlastung der Haushalte von Land und Kreis mit der Folge der Belastung der Kommune und der Nutzer der Einrichtung (z.B. Kindergarten oder Kindertagesstätte), u.a. durch einkommensabhängige Staffelung der Entgelte
- die etwaige Reduzierung von Standards (durch Personalschlüsselreduzierung oder die Hinnahme von Qualifikationsminderungen in Erziehungseinrichtungen und Krankenhäusern)
- der Verzicht auf die Errichtung einer weiterführenden Schule in kommunaler Hand mit der Folge der Belastung der Haushalte anderer Kommunen mit der Nutzung durch Schüler aus der Region ohne hinreichende Kostenbeteiligung

50 Vgl. hierzu die Übersicht von Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar I, Art. 16 EGV, insb. Rdnr. 9 (Stand: April 2003).

51 Siehe z.B. § 2 Sparkassengesetz für das Land Schleswig-Holstein idF v. 09.02.2005, GVBl. 2005, S. 111. Freilich verursacht das der öffentlichen Hand in Deutschland keine Kosten, das Gegenteil ist der Fall.

52 Generell ist das ein heute bedeutsames Problem in Mitgliedstaaten, in denen sich die private Kreditwirtschaft mangels definierter Rentabilität der Kundenbeziehungen wohl aus der Fläche zurückgezogen hat, wie in Großbritannien, wo die Kommission folgerichtig Beihilfen für die Post genehmigt hat, um Mindeststrukturen zu ermöglichen. Siehe hierzu die Entscheidungen der Kommission, keine Einwendungen zu erheben bzw. eine Beihilfe überhaupt zu verneinen vom 12.02.2002 – Az: C (2002) 311 fin., S. 11 (Universal Banking Services through post offices), vom 18.09.2002 – Az: C (2002) 3341 fin., S. 1f., 16 (Reinvention of the urban post office network) und vom 27.05.2003 – Az: C (2003) 1652 fin., S. 1, 20 (Governmental rural network support funding, debt payment funding and rolling working capital loan to Post Office Limited), ein ganzes Bündel von Maßnahmen.

I. Die Ausgangslage f. Überlegungen einer Ins. öffentl.-rechtl. Gebietskörpersch.

- die Nutzung von Einrichtungen durch Bürger verschiedener Kommunen bei alleiniger Kostenlast der Trägergemeinde der Infrastruktur.

25 Ein weiteres massives Problem für die Gebietskörperschaften stellen Personalkosten der Mitarbeiter des öffentlichen Dienstes dar (Löhne, Gehälter, Beamtenbesoldung), zumal ein Personalabbau politisch wie rechtlich erschwert ist, wenn man an die Unkündbarkeit langjähriger Angestellter nach dem TVöD (früher nach § 55 BAT) oder die öffentlich-rechtlich angestellten Lebenszeitbeamten denkt. Hinzu kommen Altersversorgungs- und Pensionslasten, die nicht bzw. kaum durch Rückstellungen oder Fonds gedeckt sind.⁵³

25a Mittlerweile versucht man, die Altersversorgung der Arbeitnehmer durch Umstellungen vom Umlagesystem auf Kapitaldeckungssysteme und von der Gesamtversorgung der Mitarbeiter in ein Punktesystem mit Reduzierung der Versorgung in den Zusatzversorgungskassen (ZVK) in den Griff zu bekommen.⁵⁴

25b Bei Ausgliederungen der Eigenbetriebe usw. nutzt man personalpolitisch faktisch die Möglichkeiten des Betriebsübergangs nach § 613a BGB iVm § 324 UmwG, so dass sich Entlastungen bei den Kommunen nach Ablauf der Fristen des § 613a BGB bzw. der 5-Jahresfrist des § 133 UmwG ergeben. Schließlich werden damit die Zahlungsunfähigkeitsrisiken der Arbeitnehmer gegen Zahlung der Umlage durch den neuen Träger des ausgegliederten Unternehmens auf den Träger der Insolvenzversicherung, d.h. die Bundesagentur (§§ 188 ff. SGB III) und den PSV (BetrAVG) verlagert, freilich um den „Preis“ der jährlichen gesetzlichen Umlagen zu Lasten der nun privatrechtlich organisierten Gesellschaft.

4. Die Fremdfinanzierung der Staatsausgaben

a) Überblick

26 Unter „Fremdfinanzierung“ im Sinne dieses Abschnittes soll nicht die hoheitlich verfügte Refinanzierung der Staatsausgaben durch Steuern, Gebühren, Beiträge, d.h. Abgaben, verstanden werden, sondern diejenige aufgrund privatrechtlichen Vertrages durch Investoren (in einem weiten Sinne auch als Kreditgeber), die die Mittel deshalb zur Verfügung stellen, weil sie für ihr Investment einen vernünftigen Ertrag ohne Risiko erwarten.

27 Dazu gehören z.B.⁵⁵

- der klassische Kommunalkredit in Gestalt etwa von Schuldscheindarlehen und des kurzfristigen Kassenkredits⁵⁶

⁵³ S.o. Kapitel I 1), Rdnr. (4).

⁵⁴ Auch bei den kirchlichen ZVK!

⁵⁵ Siehe hierzu für den Bereich des Bundes auch die Aufzählung der Finanzierungsformen in § 4 Abs. 1 Bundesschuldenwesengesetz v. 12. Juli 2006 (= Art. 1 des Bundesschuldenwesenmodernisierungsgesetzes), BGBl. 2006 I 1466 ff. § 4 Abs. 2 des Gesetzes gestattet der aufgrund Rechtsverordnung des BMF (§ 1 Abs. 1 Bundessschuldenwesengesetz) agierenden „Bundesrepublik Deutschland – Finanzagentur GmbH“ als Instrument des Bundes den Einsatz von an den Finanzmärkten eingeführten derivativen Finanzierungsinstrumenten (z.B. zur Zins- und Kurssicherung – Anm. des Verf.). Erforderlich ist die Zulassung im Haushaltsgesetz.

⁵⁶ Zum Thema „Kommunalkredit“ siehe Kapitel VI, insb. den Überblick in VI 1), Rdnr. (282) ff.