



Wissenschaftliche Dienste

Abteilung II

Wissenschaftlicher Dienst, Parlamentsdienst und Informationsdienste

Aktenzeichen WD 1-2/52-1646

20. Januar 2014

## **Verkauf eines gemeindeeigenen Elektrizitätswerks und Gründung einer gemeindeeigenen Stiftung aus dem Erlös**

### **A. Auftrag**

Die Fraktion der CDU hat sich mit Schreiben vom 15. November 2013 an den Präsidenten des Landtags gewandt und eine gutachtliche Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes zu der Frage erbeten, inwieweit eine Gemeinde ein in ihrem Eigentum stehendes Elektrizitätswerk veräußern und aus dem Erlös eine gemeindeeigene Stiftung gründen darf.

### **B. Stellungnahme**

Der vorliegende Auftrag dürfte zwei eng miteinander verbundene politische Entscheidungsvorgänge betreffen. Beide Sachverhalte – der Verkauf des Elektrizitätswerks und die Gründung einer gemeindeeigenen Stiftung – sind im Folgenden gleichwohl einer separaten rechtlichen Würdigung zu unterziehen. Während sich die Veräußerung des Elektrizitätswerks keinen grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt sieht (unter I.), dürfte die Gründung einer kommunalen Stiftung nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig sein (unter II.).

#### **I. Der Verkauf des gemeindeeigenen Elektrizitätswerks**

Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Gemeinde einen Gegenstand ihres Vermögens veräußern darf, bemisst sich nach Anforderungen, die das Recht der Gemeindegewirtschaft (Kapitel 5 der GemO<sup>1</sup>) und das europäische Beihilfenrecht (Art. 107 ff. AEUV<sup>2</sup>) aufstellen. Während das Gemeindegewirtschaftsrecht, insbesondere die §§ 79 und 91a GemO, den Schutz des gemeindlichen Vermögens bezwecken und die Aufgabenerfüllung der Gemeinde sichern wollen<sup>3</sup>, ergeben sich die Restriktionen des europäischen Beihilfenrechts daraus, dass der Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen geschützt werden soll, die von den

<sup>1</sup> Gemeindeordnung (GemO) in der Fassung vom 31. Januar 1994 (GVBl. S. 153), zuletzt geändert durch Gesetz vom 8. Oktober 2013 (GVBl. S. 349), BS 2020-1.

<sup>2</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl. C 326 vom 26. Oktober 2012, S. 13 ff.

<sup>3</sup> Dazert, in: Praxis der Kommunalverwaltung, Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz, Kommentar, Loseblatt (Stand: September 2013), § 79 Anm. 2.1.1.

**Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes sind parlamentsinterne Stellungnahmen, die nicht für die öffentliche Diskussion außerhalb des Landtags bestimmt sind. Eine - auch nur auszugsweise - Veröffentlichung oder Verbreitung bedarf der Zustimmung der Direktorin beim Landtag.**

Mitgliedstaaten und ihren Untergliederungen ausgehen.<sup>4</sup> Beide Schutzzwecke erfordern es, die Veräußerung gemeindlichen Vermögens nur unter bestimmten Voraussetzungen zuzulassen.

## 1. Direktiven des Gemeindefinanzrechts

### a) Zulässigkeit der Veräußerung von Vermögen, § 79 GemO

In § 79 Abs. 1 GemO hat der Landesgesetzgeber die Festlegung getroffen, unter welchen Voraussetzungen Vermögensgegenstände aus der bisherigen gemeindlichen Nutzung entfernt werden dürfen. Danach darf die Gemeinde Vermögensgegenstände veräußern, sofern sie diese nicht zur Erfüllung ihrer Aufgaben braucht (Satz 1). Vermögensgegenstände, die zur Aufgabenerfüllung benötigt werden, dürfen nach Satz 2 nur veräußert werden, wenn sich die Gemeinde deren langfristigen Nutzung sichert und sie die Aufgaben so nachweislich wirtschaftlich erfüllen kann. Satz 3 regelt, dass Gegenstände, für die nach vorgenannter Maßgabe kein Verfügungsverbot greift, in der Regel nur zum Verkehrswert veräußert werden dürfen.<sup>5</sup>

#### aa) Nicht zur Aufgabenerfüllung benötigte Vermögensgegenstände (§ 79 Abs. 1 Satz 1 GemO)

Grundsätzlich dürfte davon auszugehen sein, dass eine Gemeinde nach § 79 Abs. 1 Satz 1 GemO zur Veräußerung eines in ihrem Eigentum stehenden Elektrizitätswerks berechtigt ist. Das Elektrizitätswerk müsste dann einen Vermögensgegenstand darstellen, den die betreffende Kommune nicht zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt.

(a) Als zentrales Tatbestandsmerkmal enthält § 79 GemO den Begriff des Vermögensgegenstandes, der in einem wirtschaftlichen Sinn zu deuten ist; er umfasst das gesamte Aktivvermögen einer Gemeinde (§ 47 Abs. 4 GemO).<sup>6</sup> Als Vermögensgegenstand gelten danach alle Güter, die selbständig verwertet werden können und über die die Gemeinde die reale Verfügungsmacht ausübt.<sup>7</sup> Vermögensgegenstände können in diesem Sinne etwa bewegliche und unbewegliche Sachen, aber auch Anteile an Kapitalgesellschaften sein.<sup>8</sup> Ein Elektrizitätswerk

<sup>4</sup> Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Auflage 2011, Art. 107 AEUV Rn. 1.

<sup>5</sup> Nach h.M. führt ein Verstoß gegen diese Vorgaben gemäß § 134 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, siehe BayObLG, NVwZ-RR 1996, 342; NJOZ 2001, 1144 ff.; Dazert, in: Praxis der Kommunalverwaltung, a.a.O., § 79 Anm. 2.4; vgl. auch BGH, Urt. v. 30. Januar 1967, Az.: III ZR 35/65.

<sup>6</sup> Vgl. Dazert, in: Praxis der Kommunalverwaltung, a.a.O., § 79 Anm. 2.

<sup>7</sup> Vgl. Dazert/Oster, in: Praxis der Kommunalverwaltung, a.a.O., § 78 Anm. 1.1; Barthelmä, in: Praxis der Kommunalverwaltung, Gemeindehaushaltsrecht Rheinland-Pfalz, Kommentar, Loseblatt (Stand: Juli 2013), § 34 Anm. 2.1.1.

<sup>8</sup> Geis, Kommunalrecht, 3. Auflage 2014, § 12 Rn. 21.

unterfällt als Immobilie dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff, so dass der Anwendungsbereich des § 79 GemO eröffnet ist.

(b) Hinsichtlich der Frage, ob der jeweilige Vermögensgegenstand zur Aufgabenerfüllung gebraucht wird, kann der Kommune ein eigener Beurteilungsspielraum zustehen, der sich aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ableitet und daher auch nur eine eingeschränkte kommunalaufsichtliche Überprüfung der Veräußerung gestattet.<sup>9</sup>

Die in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG<sup>10</sup> und Art. 49 Abs. 1 und 3 LV<sup>11</sup> geschützte Selbstverwaltungsgarantie sichert den Gemeinden „einen grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassenden Aufgabenbereich sowie die Befugnis zu eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte in diesem Bereich“.<sup>12</sup> Als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft gelten „diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder zu ihr einen spezifischen Bezug haben“.<sup>13</sup>

Vermögensgegenstände, die einer Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft dienen, darf die Gemeinde grundsätzlich in eigener Verantwortung veräußern. Dies gilt nicht nur für Gegenstände, die eine freie Selbstverwaltungsaufgabe (§ 2 Abs. 1 Satz 1 GemO) betreffen und bei denen die Gemeinde sowohl über die Aufgabenwahrnehmung als auch über die Aufgabendurchführung frei entscheiden darf.<sup>14</sup> Denn auch bei den pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben (§ 2 Abs. 1 Satz 2 GemO) ist die Gemeinde berechtigt, eigenverantwortlich über die Art und Weise der Aufgabenerledigung zu befinden<sup>15</sup>, so dass ihr auch hinsichtlich der Frage, ob der jeweilige Vermögensgegenstand i.S.d. § 79 Abs. 1 Satz 1 GemO gebraucht wird, ein Beurteilungsspielraum zustehen kann.

Hiervon zu unterscheiden sind Vermögensgegenstände, die einer Auftragsangelegenheit (§ 2 Abs. 2 Satz 1 GemO) dienen. Auftragsangelegenheiten stellen staatliche Aufgaben (Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises) dar, zu deren Wahrnehmung die Kommunen kraft gesetzlicher Regelung angehalten sind, wobei sie den Weisungen der zuständigen Fachauf-

<sup>9</sup> Dazert, in: *Praxis der Kommunalverwaltung*, a.a.O., § 79 Anm. 2.1.1.

<sup>10</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. Juli 2012 (BGBl. I S. 1478) geändert worden ist.

<sup>11</sup> Verfassung für Rheinland-Pfalz (LV) vom 18. Mai 1947 (VOBl. S. 209), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. Dezember 2010 (GVBl. S. 547), BS 100-1.

<sup>12</sup> BVerfGE 110, 370 (400); 107, 1 (11); 91, 228 (236); 79, 127 (143).

<sup>13</sup> BVerfGE 110, 370 (400); 86, 148 (220); 79, 127 (151 f.); 50, 195 (201).

<sup>14</sup> Allg. hierzu *Geis*, a.a.O., § 7 Rn. 7; *Gern*, *Deutsches Kommunalrecht*, 3. Auflage 2003, Rn. 232.

<sup>15</sup> *Geis*, a.a.O., § 7 Rn. 9; *Gern*, a.a.O., Rn. 234.

sichtsbehörden unterliegen.<sup>16</sup> Die Gemeinden haben zur Durchführung dieser Aufgaben – vorbehaltlich einer anderweitigen gesetzlichen Regelung – die erforderlichen Bediensteten, Einrichtungen und Mittel zur Verfügung zu stellen (§ 2 Abs. 2 Satz 2 GemO). Bei der Beurteilung, ob ein Vermögensgegenstand, der eine Auftragsangelegenheit betrifft, zur Aufgabenerfüllung gebraucht wird, können der Gemeinde daher engere Grenzen gesetzt sein. Ein Vermögensgegenstand wird jedenfalls dann immer gebraucht, wenn sein Behalten rechtlich vorgeschrieben ist oder im Rahmen sonstiger gemeindlicher Verpflichtungen geboten erscheint. Gegenwärtige oder in absehbarer Zeit zu erwartende Bedürfnisse der Gemeinde dürfen durch die Veräußerung des Vermögensgegenstandes nicht offensichtlich beeinträchtigt werden.<sup>17</sup>

Das Betreiben eines Elektrizitätswerks kann im Einzelfall eine kommunale Selbstverwaltungsaufgabe darstellen, wenn die Stromerzeugung einen spezifischen Bezug zur örtlichen Daseinsvorsorge aufweist.<sup>18</sup> Sie stellt in diesen Fällen eine freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe dar, weil es an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, die den Kommunen die Erzeugung von Elektrizität verbindlich auferlegt. Auf Grund des Umstands, dass sich die Kommune einer derartigen Aufgabe grundsätzlich entledigen darf, dürfte regelmäßig davon auszugehen sein, dass ihr auch eine eigene Entscheidungsprärogative hinsichtlich der Frage zusteht, ob sie ein Elektrizitätswerk gemäß § 79 Abs. 1 Satz 1 GemO noch zur Aufgabenerfüllung braucht.

#### **bb) Veräußerung zum Verkehrswert (§ 79 Abs. 1 Satz 3 GemO)**

Gemäß § 79 Abs. 1 Satz 3 GemO ist die Veräußerung eines Vermögensgegenstandes in der Regel nur zum Verkehrswert zulässig. Die Vorschrift stellt ein „Verschleuderungsverbot“ auf und steht damit in einem engen systematischen Zusammenhang zu den haushaltswirtschaftlichen Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit nach § 93 Abs. 3 GemO.<sup>19</sup>

Eine Veräußerung erfolgt zum Verkehrswert, wenn der erzielte Preis den zum jeweiligen Zeitpunkt vorherrschenden Bedingungen des Geschäftsverkehrs entspricht und er daher als marktüblich angesehen werden kann.<sup>20</sup> Der Verkehrswert lässt sich, sofern es eine ausreichende Nachfrage gibt, am ehesten in einem wettbewerbsgerechten Verfahren ermitteln.<sup>21</sup> Wie der Wortlaut des § 79 Abs. 1 Satz 3 GemO deutlich macht („in der Regel“), kann ausnahmsweise eine Veräußerung unterhalb des Verkehrswertes zulässig sein. Der Gemeinde sind der-

<sup>16</sup> Geis, a.a.O., § 7 Rn. 12.

<sup>17</sup> So Bauer/Mühlbauer/Nitsche (u.a.), Praxis der Kommunalverwaltung, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Kommentar, Loseblatt (Stand: Juni 2013), Art. 75 Anm. 1 (zitiert nach beck-online).

<sup>18</sup> Mehde, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Loseblatt (Stand: Mai 2013), Art. 28 Abs. 2 Rn. 93 m.w.N.

<sup>19</sup> Dazert, in: Praxis der Kommunalverwaltung, a.a.O., § 79 Anm. 2.2.

<sup>20</sup> Dazert, in: Praxis der Kommunalverwaltung, a.a.O., § 79 Anm. 2.2.

<sup>21</sup> Jasper/Seidel, NZBau 2008, 427 (429). Vgl. auch die Ausführungen auf S. 7.

artige Geschäfte aber nur in besonderen Fällen gestattet, da sie kein Recht hat, Gemeindevermögen zu Lasten der Allgemeinheit unter Wert zu veräußern oder gar zu verschenken.<sup>22</sup> Eine Ausnahme kann unter dem Gesichtspunkt eines besonderen öffentlichen Interesses z.B. im Bereich der kommunalen Wirtschaftsförderung zulässig sein<sup>23</sup>, wobei sich gerade in diesen Fällen verstärkt die Direktiven des von Art. 107 Abs. 1 AEUV aufgestellten Beihilfeverbots<sup>24</sup> zeigen können.

### **b) Zulässigkeit der Veräußerung von Unternehmen in Privatrechtsform, § 91a GemO**

Sofern das Elektrizitätswerk ein in der Rechtsform des privaten Rechts geführtes Unternehmen der Gemeinde sein sollte, sind bei einer Veräußerung die Vorgaben des § 91a Satz 1 GemO zu beachten. Danach darf eine Gemeinde ein solches Unternehmen oder ihre Beteiligung an einem Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts ganz oder teilweise veräußern, wenn die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde hierdurch nicht beeinträchtigt wird. § 91a GemO geht als speziellere Regelung der allgemeinen Veräußerungsvorschrift des § 79 Abs. 1 GemO vor<sup>25</sup>, wobei jedoch zwischen beiden Normen eine weitreichende inhaltliche und teleologische Übereinstimmung besteht.<sup>26</sup> Insofern gelten die vorherigen Ausführungen wie folgt entsprechend. Auch der Auslegung des § 91a Abs. 1 Satz 1 GemO sind die verfassungsrechtlichen Direktiven der Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 49 Abs. 1 und 3 LV zugrunde zu legen, wonach eine Gemeinde in den Fällen, in denen ihr Wirkungskreis betroffen ist, als grundsätzlich berechtigt anzusehen ist, die Veräußerung vorzunehmen; sie verfügt bei der Beurteilung der Frage, ob die Veräußerung die Erfüllung einer gemeindlichen Aufgabe beeinträchtigt, dann über eine „gerichtlich nur begrenzt nachprüfbare Einschätzungsprärogative“.<sup>27</sup> Dient das Unternehmen einer freiwilligen Selbstverwaltungsaufgabe, so ist insbesondere zu beachten, dass die Gemeinde berechtigt ist, eine solche Aufgabe nicht mehr wahrzunehmen, so dass dann folgerichtig auch die Unternehmensveräußerung keinen rechtlichen Bedenken ausgesetzt sein kann.<sup>28</sup>

Gemäß § 92 Abs. 2 Nr. 2 GemO ist die Entscheidung der Gemeinde über die gänzliche oder teilweise Veräußerung eines von ihr in einer Rechtsform des privaten Rechts geführten Unternehmens spätestens 6 Wochen vor ihrem Vollzug der Aufsichtsbehörde schriftlich anzuzeigen.

<sup>22</sup> OVG Münster, NJW 1983, 2517 (2518).

<sup>23</sup> Gern, a.a.O., Rn. 705.

<sup>24</sup> Hierzu Cremer, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), a.a.O., Art. 107 AEUV Rn. 8.

<sup>25</sup> Gern, NVwZ 2007, 12 (15); LT-Drs. 15/3032, S. 10.

<sup>26</sup> Gern, NVwZ 2007, 12 (15).

<sup>27</sup> LT-Drs. 15/3032, S. 10.

## 2. Anforderungen des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfenrechts

Art. 107 Abs. 1 AEUV sichert die Unverfälschtheit des Wettbewerbs auf dem europäischen Binnenmarkt und legt zu diesem Zweck fest, dass die Gewährung von Beihilfen grundsätzlich<sup>29</sup> untersagt ist.<sup>30</sup> Beabsichtigte Beihilfen sind zu notifizieren, damit die Kommission in die Lage gesetzt wird, ein Vorprüfungsverfahren einzuleiten (Art. 108 Abs. 3 Satz 1 und 2 AEUV). Bis zu einer abschließenden Entscheidung, dass die Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, ist ein Durchführungsverbot zu beachten (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV).<sup>31</sup>

Die in Art. 108 Abs. 3 AEUV geregelte Notifizierungs- und Stillhaltepflicht trifft die Mitgliedstaaten und ihre Untergliederungen<sup>32</sup> grundsätzlich bei allen beabsichtigten Maßnahmen, die als Beihilfe aufzufassen sind.<sup>33</sup> Der Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV setzt eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe gleich welcher Art voraus, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Vor dem Hintergrund des Beihilfeverbots, der Notifizierungspflicht und des Durchführungsverbots ist die öffentliche Hand regelmäßig bemüht, bereits tatbestandlich das Vorliegen einer Beihilfe auszuschließen.<sup>34</sup> Zur Beantwortung der Frage, ob das Beihilfe- und Durchführungsverbot im Einzelfall dem Abschluss eines Kaufvertrags über das gemeindliche Elektrizitätswerk entgegensteht, dürfte vor allem den Beihilfemerkmale der Begünstigung sowie der Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung besondere Beachtung zu schenken sein. Hierbei zeigt sich, dass von dem europäischen Beihilfenrecht keine Anforderungen aufgestellt werden, die von einer Gemeinde im Vorfeld der Veräußerung nur schwer zu erfüllen wären.

<sup>28</sup> Hierauf weist auch der Gesetzgeber hin, siehe LT-Drs. 15/3032, S. 10. Vgl. ferner *Sponer/Jacob/Musall (u.a.)*, Praxis der Kommunalverwaltung, Sächsische Gemeindeordnung, Kommentar, Loseblatt (Stand: 10/2004), § 100 Anm. 1 (zitiert nach beck-online).

<sup>29</sup> Zu den Legal- und Ermessensausnahmen siehe Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV.

<sup>30</sup> *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), a.a.O., Art. 107 AEUV Rn. 1.

<sup>31</sup> *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), a.a.O., Art. 108 AEUV Rn. 8 ff. Bereits der formelle Verstoß gegen das Durchführungsverbot hat die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gemäß § 134 BGB zur Folge (BGH, NJW-RR 2008, 429 [431] m.w.N.).

<sup>32</sup> Die Anzeige einer Kommune gegenüber der Kommission erfolgt über die Regierungen der Länder und das Bundesministerium für Wirtschaft (*Grziwotz*, *KommJur* 2010, 250).

<sup>33</sup> *Ehlers*, DVBl. 2014, 1 (5 f.).

<sup>34</sup> *Grziwotz*, *KommJur* 2010, 250 (252).

### a) Zum Ausschluss einer beihilferelevanten Begünstigung

Eine Begünstigung setzt die Erlangung eines geldwerten Vorteils voraus, der seinerseits nicht durch einen angemessenen Vorteil<sup>35</sup> kompensiert wird. Der Wortlaut der Norm („gleich welcher Art“) macht deutlich, dass das Beihilfemerkmale weit auszulegen ist.<sup>36</sup>

Anerkannt ist, dass die Veräußerung einer Immobilie zu einem den Marktwert unterschreitenden und damit verbilligten Preis eine Vorteilsgewährung gegenüber dem Käufer darstellt.<sup>37</sup> Der Vorteil bemisst sich nach der Differenz zwischen Markt- und Verkaufspreis.<sup>38</sup> Von der Zuwendung eines Vorteils kann hingegen nicht gesprochen werden, wenn die Kaufsumme dem auf dem Markt erzielbaren Höchstpreis entspricht. Als geeignetes Instrument zur Ermittlung eines solchen marktkonformen Kaufpreises für Bauten und Grundstücke hat die Kommission in einer Mitteilung vorrangig die Durchführung eines „hinreichend publizierten, allgemeinen und bedingungsfreien Bietverfahrens“ anerkannt.<sup>39</sup> Entspricht der erzielte Kaufpreis dem Marktwert, der von einem unabhängigen Sachverständigen zuvor gutachtlich festgestellt wurde, so soll ebenfalls eine Vorteilsgewährung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV ausgeschlossen werden können.<sup>40</sup>

### b) Zum Ausschluss einer Wettbewerbsverfälschung/Handelsbeeinträchtigung

Die Kommission geht ferner in ständiger Praxis davon aus, dass der Beihilfetatbestand auch dann nicht einschlägig ist, wenn die Vorteilsgewährung unterhalb eines bestimmten Schwellenwertes bleibt. In ihrer „De-minimis-Beihilfenverordnung“ legt die Kommission fest, dass die Begünstigung eines Unternehmens, die in einem Zeitraum von drei Steuerjahren 200.000 EUR nicht übersteigt, keine Handelsbeeinträchtigung und Wettbewerbsverfälschung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV bewirkt (Art. 2 Abs. 1 der VO Nr. 1998/2006<sup>41</sup>).<sup>42</sup> Im Falle der Begünstigung von Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse<sup>43</sup> erbringen, kann mitunter ein Schwellenwert von 500.000 EUR greifen (Art. 2 Abs. 1 der VO Nr.

<sup>35</sup> Hierzu *Bär-Bouyssière*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Auflage 2012, Art. 107 AEUV Rn. 25.

<sup>36</sup> *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), a.a.O., Art. 107 AEUV Rn. 10; *Ehlers*, DVBl. 2014, 1 (2).

<sup>37</sup> *Jasper/Seidel*, NZBau 2008, 427 (429) m.w.N.; *Dazert*, in: Praxis der Kommunalverwaltung, a.a.O., § 79 Anm. 2.6.

<sup>38</sup> *V. Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Loseblatt (Stand: Mai 2013), Art. 107 AEUV Rn. 88.

<sup>39</sup> Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, veröffentlicht im Amtsblatt C 209 vom 10. Juli 1997, S. 3 ff.

<sup>40</sup> Hierzu *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, § 3 Rn. 269 ff.; *Jasper/Seidel*, NZBau 2008, 427 (428 f.); *Grziwotz*, KommJur 2010, 250 (251).

<sup>41</sup> Verordnung Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dezember 2006 über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, Abl. L 379, S. 5 ff.

<sup>42</sup> Hierzu *Ehlers*, DVBl. 2014, 1 (5); *Grziwotz*, KommJur 2010, 250 (251 f.).

360/2012<sup>44</sup>).<sup>45</sup> Bei den „De-minimis“-Regelungen handelt es sich um ein gemeinschaftsrechtlich legitimes Mittel der Verwaltungsvereinfachung, das Bagatellfälle vom Anwendungsbereich des Beihilfenrechts pauschal ausnimmt.<sup>46</sup>

## II. Die Gründung einer gemeindeeigenen Stiftung aus dem Verkaufserlös

Allgemein wird unter dem Begriff der Stiftung eine Vermögensmasse verstanden, die einem bestimmten Zweck dauerhaft zu dienen bestimmt ist.<sup>47</sup> Grundsätzlich erfüllt eine Stiftung die ihr obliegenden Aufgaben durch die Erträge des Stiftungsvermögens (sog. Grundsatz der Vermögenserhaltung)<sup>48</sup>, jedoch kann die Stiftungssatzung auch den Verbrauch des Vermögens für die Zweckverfolgung gestatten (sog. Verbrauchsstiftung).<sup>49</sup>

Angesichts der angespannten Situation der öffentlichen Haushalte hat das Stiftungswesen auch für die kommunalen Gebietskörperschaften an Attraktivität gewonnen.<sup>50</sup> Stiftungen können sich in besonderem Maße eignen, ein finanzielles Engagement der Bürger für einen gemeinwohlbezogenen Zweck, der häufig den Bereich der freien Selbstverwaltungsaufgaben betrifft (z.B. das Betreiben einer kulturellen Einrichtung)<sup>51</sup>, zu wecken.<sup>52</sup> Vorstellbar ist es aber auch, dass nicht die Bürger einer Gemeinde als Stifter auftreten, sondern die Gemeinde selbst als (Zu-)Stifter fungiert, indem sie mit gemeindlichem Vermögen eine Stiftung gründet oder gemeindliches Vermögen einer bereits bestehenden Stiftung zuführt.<sup>53</sup> Angesichts der zu begutachtenden Fragestellung soll nachfolgend untersucht werden, inwieweit eine Gemeinde berechtigt ist, mithilfe gemeindlichen Vermögens eine Stiftung zu gründen.

<sup>43</sup> Hierzu wird auch die Energieversorgung gezählt, siehe *Wernicke*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, a.a.O., Art. 106 AEUV Rn. 38.

<sup>44</sup> Verordnung Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Art. 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, Abl. L 114, S. 8 ff.

<sup>45</sup> *Ehlers*, DVBl. 2014, 1 (5).

<sup>46</sup> Vgl. EuGH, Slg. 2002, I-2289, Rn. 94 – *Italien/Kommission*.

<sup>47</sup> *Gern*, a.a.O., Rn. 749; *Schumacher/Augustesen/Benedens*, *Praxis der Kommunalverwaltung, Kommunalverfassung des Landes Brandenburg, Kommentar, Loseblatt* (Stand: Dezember 2008), § 90 Anm. 1 (zitiert nach *beck-online*).

<sup>48</sup> *Hüttemann*, in: *ders./Richter/Weitemeyer* (Hrsg.), *Landesstiftungsrecht*, 2011, Rn. 16.3.

<sup>49</sup> Vgl. § 7 Abs. 2, 3 LStiftG, 80 Abs. 2 Satz 2 BGB.

<sup>50</sup> *Martini*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer* (Hrsg.), a.a.O., Rn. 31.8.

<sup>51</sup> *Schlüter/Krüger*, DVBl. 2003, 830 (831); *Martini*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer* (Hrsg.), a.a.O., Rn. 31.10.

<sup>52</sup> *Werner*, NVwZ 2013, 1520.

<sup>53</sup> *Kilian*, in: *Werner/Saenger* (Hrsg.), *Die Stiftung*, 2008, Rn. 1145; *Martini*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer* (Hrsg.), a.a.O., Rn. 31.3.

## 1. Zu den Anforderungen des LStiftG, des BGB und der GemO an die verschiedenen kommunalen Stiftungstypen

Auf kommunaler Ebene kommen Stiftungen in mehreren Erscheinungsformen vor. Je nach Grad der Selbständigkeit und der Rechtsnatur finden unterschiedliche gesetzliche Regelungen Anwendung und die Anforderungen an den Gründungsakt und die Verwaltung der Vermögensmasse können variieren.

### a) Nichtrechtsfähige kommunale Stiftungen – Merkmale und normativer Rahmen

Primär ist zwischen nichtrechtsfähigen und rechtsfähigen kommunalen Stiftungen zu unterscheiden. Nichtrechtsfähige Stiftungen sind solche, die über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen. Sie nehmen infolgedessen nicht am Rechtsverkehr teil, sondern werden durch die kommunale Gebietskörperschaft vertreten, der sie zugeordnet sind.<sup>54</sup> Die Gemeinde überträgt in diesen Fällen keiner anderen, rechtlich selbständigen juristischen Person Vermögenswerte, sondern behält die Dispositionsbefugnis über das Vermögen.<sup>55</sup> Tritt ein Privater als Stifter auf, so geht das Vermögen in das zivilrechtliche Eigentum der Gemeinde über, wobei es einer Zweckbindung unterworfen wird. Der Gemeinde obliegt dann die fiduziarische Verwaltung der übertragenen Vermögensmasse.<sup>56</sup>

Für nichtrechtsfähige Stiftungen gilt das LStiftG<sup>57</sup> nicht (§ 2 Abs. 1 LStiftG). Anwendung findet hingegen die GemO<sup>58</sup>, die in § 80 Abs. 1 Nr. 2 im vorgenannten Sinn festlegt, dass das Vermögen nichtrechtsfähiger Stiftungen Sondervermögen der Gemeinden ist. Derartige Sondervermögen sind gemäß § 80 Abs. 2 GemO im Haushaltsplan der Gemeinde gesondert nachzuweisen. Im Übrigen sind – wie auch bei rechtsfähigen kommunalen Stiftungen – die allgemeinen Anforderungen der GemO zu beachten. So bedarf etwa die Errichtung einer kommunalen Stiftung, die Ausdruck der durch die Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, 49 Abs. 1 und 3 LV) geschützten Organisationshoheit der Gemeinde ist, eines Beschlusses des Gemeinderats (§ 32 Abs. 1 Satz 1 GemO). Der Bürgermeister ist zu einer Stiftungsgründung nicht berechtigt, weil es sich hierbei nicht um ein Geschäft der laufenden Verwaltung (§ 47 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GemO) handelt.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> OVG Münster, DÖV 1985, 983; *Martini*, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hrsg.), a.a.O., Rn. 31.42.

<sup>55</sup> *V. Campenhausen*, in: Seifart/ders., Stiftungsrechts-Handbuch, 2009, § 32 Rn. 9.

<sup>56</sup> *Martini*, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hrsg.), a.a.O., Rn. 31.42.

<sup>57</sup> Landesstiftungsgesetz (LStiftG) vom 19. Juli 2004 (GVBl. S. 385), BS 401-1.

<sup>58</sup> *V. Campenhausen*, in: Seifart/ders., a.a.O., § 31 Rn. 3.

<sup>59</sup> *V. Campenhausen*, in: Seifart/ders., a.a.O., § 31 Rn. 2; *Werner*, NVwZ 2013,1520 (1522).

## **b) Rechtsfähige kommunale Stiftungen – Merkmale und normativer Rahmen**

Unter einer rechtsfähigen Stiftung ist eine verselbständigte Vermögensmasse zu verstehen, die vom Stifter einem besonderen Zweck gewidmet und mit einer Organisation versehen wurde.<sup>60</sup> Die rechtsfähige Stiftung bedarf damit anders als die nichtrechtsfähige Stiftung keines Trägers; sie selbst kann Träger von Rechten und Pflichten sein.<sup>61</sup> Nicht nur Private, sondern auch Kommunen können zur Gründung einer rechtsfähigen Stiftung berechtigt sein. Hierfür müssen sie die Stiftung mit eigenem Vermögen ausstatten. Im Unterschied zur Gründung einer nichtrechtsfähigen Stiftung kommt es hier zu einer Übertragung gemeindlichen Vermögens auf eine andere juristische Person. Die Gemeinde verliert infolgedessen die Dispositionsbefugnis hinsichtlich des eingebrachten Vermögens.<sup>62</sup>

Gemäß § 84 Abs. 1 GemO gilt für rechtsfähige Stiftungen, die die Gemeinde verwaltet, das LStiftG. In § 3 Abs. 5 führt das LStiftG die Anforderungen an eine rechtsfähige kommunale Stiftung auf. Hierbei handelt es sich um Stiftungen des bürgerlichen oder des öffentlichen Rechts, deren Zweck im Rahmen der jeweiligen kommunalen Aufgaben liegt, deren Verwaltung von einer kommunalen Gebietskörperschaft oder einem Zweckverband wahrgenommen wird und die als kommunale Stiftung errichtet oder anerkannt worden sind.

### **aa) Stiftungen des bürgerlichen oder öffentlichen Rechts**

Kommunale Stiftungen können in Rheinland-Pfalz sowohl in der Rechtsform des bürgerlichen als auch des öffentlichen Rechts errichtet werden. In der Praxis überwiegt die kommunale Stiftung des bürgerlichen Rechts, durch die Gemeinden z.B. Aufgaben im kulturellen Bereich ausgliedern, jedoch deutlich.<sup>63</sup>

Bei bürgerlich-rechtlichen Stiftungen sind neben dem LStiftG zusätzliche Anforderungen des BGB zu beachten. Gemäß § 80 Abs. 1 BGB sind zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung das Stiftungsgeschäft und die Anerkennung der Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion als Stiftungsbehörde (§§ 6 Abs. 1, 4 Abs. 1 LStiftG) erforderlich.<sup>64</sup> Ein Rechtsanspruch auf Anerkennung besteht, wenn das Stiftungsgeschäft den in § 81 Abs. 1 BGB genannten Anforderungen an die Form, die verbindliche Erklärung des Stifters und den Inhalt der Satzung genügt, die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint und der Stif-

<sup>60</sup> *Werner*, NVwZ 2013, 1520 (1521); *Schlüter/Krüger*, DVBl. 2003, 830 (831).

<sup>61</sup> *Schlüter/Krüger*, DVBl. 2003, 830 (832).

<sup>62</sup> *V. Campenhausen*, in: *Seifart/ders.*, a.a.O., § 32 Rn. 7.

<sup>63</sup> *Werner*, NVwZ 2013, 1520 (1521 f.).

<sup>64</sup> Bei kommunalen Stiftungen besteht die Besonderheit, dass für die Anerkennung die Stiftungsbehörde zuständig ist (§§ 4 Abs. 1, 6 Abs. 1 [ggf. i.V.m. 10 Abs. 2 LStiftG]), während die Stiftungsaufsicht der Kommunalaufsichtsbehörde obliegt (§ 11 LStiftG i.V.m. § 118 Abs. 1 Satz 1 GemO).

tungszweck das Gemeinwohl nicht gefährdet (§ 80 Abs. 2 Satz 1 BGB). Bei einer Stiftung, die für eine bestimmte Zeit errichtet und deren Vermögen für die Zweckverfolgung verbraucht werden soll (Verbrauchsstiftung)<sup>65</sup>, erscheint die dauernde Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert, wenn die Stiftung für einen im Stiftungsgeschäft festgelegten Zeitraum bestehen soll, der mindestens zehn Jahre umfasst (§ 80 Abs. 2 Satz 2 BGB).

Öffentlich-rechtliche Stiftungen<sup>66</sup> sind im Unterschied zu den vorgenannten Stiftungen des bürgerlichen Rechts dadurch gekennzeichnet, dass sie in das öffentlich-rechtliche Verwaltungssystem eingebunden sind.<sup>67</sup> Sie stehen zur kommunalen Gebietskörperschaft in einer solchen Beziehung, dass sie als öffentliche Einrichtung erscheinen und sind als Stiftung des öffentlichen Rechts errichtet oder anerkannt worden (§§ 3 Abs. 4 Satz 1 LStiftG).<sup>68</sup> Die Anerkennung durch die Stiftungsbehörde ist zur Erlangung der Rechtsfähigkeit erforderlich, soweit die Stiftung nicht durch Gesetz, auf Grund eines Gesetzes oder durch einen Akt der Landesregierung errichtet werden soll (§ 10 Abs. 1 LStiftG). Für öffentlich-rechtliche Stiftungen finden die vorgenannten weiteren Anforderungen des BGB (§§ 80 ff.) zwar nicht unmittelbar<sup>69</sup>, jedoch über die Verweisung des § 10 Abs. 2 LStiftG grundsätzlich Anwendung.

### **bb) Begrenzung des Stiftungszwecks auf kommunale Aufgaben**

§ 3 Abs. 5 LStiftG sieht des Weiteren vor, dass der Zweck rechtsfähiger kommunaler Stiftungen im Rahmen der jeweiligen kommunalen Aufgabe liegen muss. Mit einer kommunalen Stiftung dürfen nur solche Aufgaben bezweckt werden, zu deren Wahrnehmung auch die jeweilige Gemeinde selbst berechtigt wäre. Ob ein im vorgenannten Sinn zulässiger Stiftungszweck vorliegt, ist grundsätzlich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie und der GemO zu entnehmen.<sup>70</sup> In diesem Zusammenhang erhebt sich die Frage, ob der Zweck einer kommunalen Stiftung nicht nur eine Aufgabe des eigenen, sondern auch des übertragenen Wirkungskreises (sog. Auftragsangelegenheiten) sein kann. Da derartige Aufgaben staatlicher Natur und die Kommunen Adressat etwaiger fachlicher Weisungen der Aufsichtsbehörden sind und nur sein können (§ 2 Abs. 2 Satz 1 GemO), wird man eine derartige Ausgliederung

<sup>65</sup> Siehe hierzu bereits S. 8.

<sup>66</sup> Eine öffentlich-rechtliche Stiftung (§ 3 Abs. 4 LStiftG) stellt zugleich eine öffentliche Stiftung i.S.d. § 3 Abs. 3 LStiftG dar.

<sup>67</sup> *Schlüter/Krüger*, DVBl. 2003, 830 (832).

<sup>68</sup> Hierzu LT-Drs. 14/3129, S. 16.

<sup>69</sup> *Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 72. Auflage 2013, Vorb. v. § 80 Rn. 9.

<sup>70</sup> *Martini*, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hrsg.), a.a.O., Rn. 31.19.

grundsätzlich als unzulässig ansehen müssen, sofern der Gesetzgeber keine abweichende Regelung trifft.<sup>71</sup>

§ 39 LStiftG a.F., der vormalig die kommunale Stiftung definierte, verband mit der vorgenannten Begrenzung des Stiftungszwecks die zusätzliche Anforderung, dass der Stiftungszweck nicht wesentlich über den räumlichen Bereich der Gebietskörperschaft hinausreichen darf.<sup>72</sup> Der Gesetzgeber hat diese Voraussetzung fallen gelassen, weil er den Begriff der kommunalen Stiftung straffen wollte.<sup>73</sup>

### cc) Verwaltung der kommunalen Stiftung

Eine kommunale Stiftung ist gemäß § 3 Abs. 5 LStiftG zwingend von einer kommunalen Gebietskörperschaft oder einem Zweckverband zu verwalten. In der Praxis wird die fachliche Betreuung häufig von den jeweiligen Fachämtern vorgenommen. Die Verwaltung des Stiftungsvermögens obliegt hingegen der Kämmerei.<sup>74</sup>

Zu bedenken ist, dass § 3 Abs. 5 LStiftG allein die Verwaltung einer kommunalen Stiftung als essentielle Angelegenheit einer kommunalen Gebietskörperschaft oder eines Zweckverbandes betrachtet. Dies bedeutet jedoch nicht, dass auch die Gründung einer kommunalen Stiftung zwangsläufig auf die Initiative einer kommunalen Gebietskörperschaft oder eines Zweckverbandes zurückgehen muss. Häufig entstehen kommunale Stiftungen dergestalt, dass ein Privater eine derartige Stiftung zur Förderung einer gemeindlichen Aufgabe gründet; der Stifter überträgt der Gemeinde im Rahmen des Stiftungsgeschäfts dann die Stiftungsverwaltung.<sup>75</sup> Für die Gemeinde zählt das Vermögen solcher kommunalen Stiftungen zum Treuhandvermögen.<sup>76</sup> Sie hat daher besondere Haushaltspläne aufzustellen und Sonderrechnungen zu führen (§ 81 Abs. 1 GemO).

### dd) Errichtung oder Anerkennung als kommunale Stiftung

§ 3 Abs. 5 LStiftG verlangt abschließend, dass die kommunale Stiftung auch als solche errichtet oder als solche anerkannt worden ist. Der Gesetzgeber wollte mit diesem formellen Krite-

<sup>71</sup> V. Campenhausen, in: Seifart/ders., a.a.O., § 30 Rn. 10 m.w.N.; Martini, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hrsg.), a.a.O., Rn. 31.19; Schlüter/Krüger, DVBl. 2003, 830 (834); Werner, NVwZ 2013, 1520 (1522).

<sup>72</sup> Vgl. hierzu LT-Drs. 14/3129, S. 16; für die Beibehaltung des Kriteriums als ungeschriebene Voraussetzung Schlüter/Krüger, DVBl. 2003, 830 (833); ähnlich Bock, BWGZ 2005, 86.

<sup>73</sup> LT-Drs. 14/3129, S. 16.

<sup>74</sup> Schlüter/Krüger, DVBl. 2003, 830 (833).

<sup>75</sup> Martini, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hrsg.), a.a.O., Rn. 31.72; Bock, BWGZ 2005, 86 (87).

<sup>76</sup> Oster, in: Praxis der Kommunalverwaltung, a.a.O., § 81 Anm. 1; v. Campenhausen, in: Seifart/ders., a.a.O., § 31 Rn. 2 (Fn. 2); Martini, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hrsg.), a.a.O., Rn. 31.107 (Fn. 244). Siehe hierzu auch Mecking, Der Städtetag 2003, 10 (12).

rium zur Rechtssicherheit beitragen und Zweifel ausräumen, ob eine Stiftung des bürgerlichen oder öffentlichen Rechts auch als kommunale Stiftung einzuordnen ist. Die Kommunen werden hierdurch auch in die Lage gesetzt selbst zu entscheiden, ob eine Stiftung, die kommunale Zwecke verfolgt und deren Verwaltung von ihr wahrgenommen werden soll, als kommunale Stiftung errichtet wird.<sup>77</sup>

## **2. Besondere Anforderungen des § 84 Abs. 2 GemO auf Grund der Einbringung kommunalen Vermögens im Zuge der Stiftungsgründung**

Kommunale Stiftungen, die mithilfe gemeindlichen Vermögens errichtet werden sollen, unterliegen zusätzlichen Anforderungen des Gemeindefinanzrechts. Gemäß § 84 Abs. 2 GemO darf Gemeindevermögen nur im Rahmen der Aufgabenerfüllung der Gemeinde und nur dann in Stiftungsvermögen eingebracht werden, wenn der mit der Stiftung verfolgte Zweck auf andere Weise nicht erreicht werden kann. Danach ist die Gründung einer kommunalen Stiftung aus dem Erlös der Veräußerung des Elektrizitätswerks, der Bestandteil des Gemeindevermögens wird, nur unter erschwerten Voraussetzungen möglich.

### **a) Keine Geltung für nichtrechtsfähige kommunale Stiftung**

Fraglich ist zunächst, ob § 84 GemO nicht nur für rechtsfähige, sondern für nichtrechtsfähige kommunale Stiftungen gilt.

Stellt man auf den Wortlaut der Norm ab, so ist zunächst festzustellen, dass § 84 GemO die amtliche Überschrift „Rechtsfähige Stiftungen“ trägt. Es liegt nahe, diese Titulierung sowohl der Auslegung des Abs. 1 als auch des Abs. 2 zugrunde zu legen. Andererseits ist zu bedenken, dass Abs. 1 ausdrücklich von rechtsfähigen Stiftungen spricht, während Abs. 2 pauschal den Begriff der Stiftung verwendet.

Entscheidend dürfte letztlich der Sinn und Zweck des § 84 Abs. 2 GemO sein. Mit der Norm will der Gesetzgeber zwei Ziele zugleich verfolgen: Zum einen soll die Vorschrift sicherstellen, dass gemeindliches Vermögen ausschließlich für kommunale Aufgaben eingesetzt wird.<sup>78</sup> Dieser Gesetzeszweck greift sowohl bei rechtlich selbständigen Stiftungen als auch bei nichtrechtsfähigen Stiftungen, denen gemeindliches Vermögen zugeführt wird. Zum anderen will die Vorschrift die Budgethoheit der Gemeinderäte sichern. Kommunales Vermögen soll daher grundsätzlich nicht in Stiftungen längerfristig gebunden sein, weil die mit den Mitteln verbundene Zielsetzung – auch für künftige Gemeinderäte – nur schwer abänderbar ist. Zudem sol-

<sup>77</sup> LT-Drs. 14/3129, S. 16.

len die Haushaltsgrundsätze der Einheitlichkeit, Vollständigkeit, Klarheit und Öffentlichkeit durch die Ausgliederung gemeindlichen Vermögens prinzipiell nicht unterlaufen werden können.<sup>79</sup>

Zu bedenken ist, dass es zu einer echten Ausgliederung gemeindlichen Vermögens aus dem Haushalt nur in den Fällen kommt, in denen Mittel einer rechtlich verselbständigten Organisation übertragen werden. Nur in diesen Fällen droht die demokratische Willensbildung des Gemeinderats über die künftige Verwendung der Mittel beeinträchtigt zu werden. Nichtrechtsfähige Stiftungen stellen hingegen ein Sondervermögen der Gemeinden dar (§ 80 Abs. 1 Nr. 2 GemO). Sie werden nach den Vorschriften über die Haushaltswirtschaft innerhalb des Haushalts der Gemeinde abgewickelt. Die Gemeinderäte können über das Vermögen solcher nichtrechtsfähiger Stiftung grundsätzlich disponieren, sofern es nicht von einem Dritten gestiftet wurde und infolgedessen mit einer fiduziarischen Zweckbindung versehen ist.<sup>80</sup> Die Gemeinde ist insbesondere berechtigt, veränderten Bedingungen Rechnung zu tragen und bspw. den Stiftungszweck zu ändern, nichtrechtsfähige Stiftungen zusammenzulegen oder solche Stiftungen aufzuheben.<sup>81</sup> Hieraus ergibt sich, dass der Budgethoheit künftiger Gemeinderäte bei nichtrechtsfähigen kommunalen Stiftungen weit weniger Schranken gesetzt werden, als es bei rechtlich selbständigen kommunalen Stiftung der Fall ist. Vor diesem Hintergrund dürfte es vorzuziehen sein, den Anwendungsbereich des § 84 Abs. 2 GemO entsprechend der amtlichen Überschrift der Norm ausschließlich auf rechtsfähige Stiftungen einer Kommune zu erstrecken.<sup>82</sup>

### **b) Geltung sowohl für bloße Zustiftungen als auch für Stiftungsgründungen mit gemeindlichem Vermögen**

Angesichts des Wortlauts des § 84 Abs. 2 GemO ist fraglich, ob die Norm überhaupt in dem Stadium Anwendung findet, in dem mit gemeindlichem Vermögen eine Stiftung gegründet werden soll. Denn § 84 Abs. 2 GemO spricht von der Einbringung gemeindlichen Vermögens in Stiftungsvermögen. Vom Wortlaut her erfasst die Norm daher lediglich die Zuwendung gemeindlichen Vermögens an eine bereits bestehende Stiftung.

<sup>78</sup> Schlüter/Krüger, DVBl. 2003, 830 (833); Werner, NVwZ 2013, 1520 (1522).

<sup>79</sup> OVG Münster, DVBl. 2013, 449 (451); Martini, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hrsg.), a.a.O., Rn. 31.65; Schlüter/Krüger, DVBl. 2003, 830 (834).

<sup>80</sup> Siehe hierzu S. 9.

<sup>81</sup> Martini, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hrsg.), a.a.O., Rn. 31.48; v. Campenhausen, in: Seifart/ders., a.a.O., § 32 Rn. 10 ff.

<sup>82</sup> A.A. Oster, in: Praxis der Kommunalverwaltung, a.a.O., § 84 Anm. 3 (ohne Begründung).

Mitunter wird auch argumentiert, dass die Subsidiaritätsklausel leer laufe, wolle man auch Stiftungsgründungen als vom Anwendungsbereich der Norm erfasst ansehen. Denn die Gemeinde könne als Stifterin frei über den Stiftungszweck entscheiden, so dass insoweit auch die Subsidiaritätsklausel ihrer Disposition unterliege. Es bestehe die Gefahr einer Tautologie: Würde die Gemeinde ihre Stiftung bspw. dem Zweck widmen, dass die bisweilen in kommunaler Trägerschaft befindlichen Kindergärten von der Stiftung geführt werden, so könne dieser Zweck zwangsläufig auf keine andere Weise als durch Übertragung der Kindergärten auf die Stiftung erreicht werden.<sup>83</sup>

Des Weiteren wird vorgebracht, dass der Zweck der Stiftung, selbst wenn man ihn abstrakt auslegen wolle (z.B. das Betreiben eines Kindergartens), stets auf andere Weise erreicht werden könne, weil der Stiftung grundsätzlich nur die Erträge aus dem zugewendeten Vermögen (z.B. das Zinsaufkommen) zur Aufgabenerfüllung zur Verfügung stünden. Die Wahrnehmung der Aufgabe durch die Gemeinde selbst sei daher stets (günstiger) möglich.<sup>84</sup>

Vorgenannter Argumentation dürfte entgegenzuhalten sein, dass die beiden vorgenannten Gesetzeszwecke des § 84 Abs. 2 GemO – die Verwendung gemeindlichen Vermögens allein für kommunale Aufgaben und die Absicherung der Budgethoheit der Gemeinderäte – nicht nur bei einer Zuwendung der Gemeinde an eine bereits bestehende Stiftung, sondern auch im Rahmen der Gründung einer rechtlich verselbständigten Stiftung durch die Gemeinde mit Hilfe ihres Vermögens einschlägig sind. Der Auffassung, dass die Subsidiaritätsklausel im letztgenannten Fall zur Disposition der Gemeinde stünde, muss entgegen gehalten werden, dass mit kommunalen Stiftungen regelmäßig bürgerschaftliches Engagement geweckt werden soll. Häufig werden Private aber erst dann zu einer finanziellen Zuwendung bereit sein, wenn die Stiftung bereits besteht und die Gemeinde zuvor auch einen finanziellen Beitrag zum Aufbau von Stiftungsvermögen erbracht hat.<sup>85</sup> Aus gesetzesteleologischer Sicht dürfte § 84 Abs. 2 GemO daher über seinen Wortlaut hinaus nicht nur für gemeindliche Zustiftungen an eine bestehende Stiftung, sondern auch im Rahmen der Gründung einer kommunalen Stiftung mit gemeindlichem Vermögen Anwendung finden.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> *Bockamp/Tesfaiesus*, KommJur 2009, 88 (92).

<sup>84</sup> *Bockamp/Tesfaiesus*, KommJur 2009, 88 (92).

<sup>85</sup> *Martini*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer* (Hrsg.), a.a.O., Rn. 31.67; *Schlüter/Krüger*, DVBl. 2003, 830 (835).

<sup>86</sup> I.E. auch *OVG Münster*, DVBl. 2013, 449 (451); *Werner*, NVwZ 2013, 1520 (1523); *Bock*, BWGZ 2005, 86 (88); *Oster*, in: *Praxis der Kommunalverwaltung*, a.a.O., § 84 Anm. 3.

### c) Zum Subsidiaritätsgedanken des § 84 Abs. 2 GemO

Gemäß § 84 Abs. 2 GemO darf Gemeindevermögen nur im Rahmen der Aufgabenerfüllung der Gemeinde in Stiftungsvermögen eingebracht werden. Der Gesetzgeber will hierdurch sicherstellen, dass kommunales Vermögen nur für kommunale Aufgaben eingesetzt wird.<sup>87</sup> Weil die Auftragsangelegenheiten einer Gemeinde nicht von rechtsfähigen kommunalen Stiftungen wahrgenommen werden können<sup>88</sup>, wird von der Subsidiaritätsklausel letztlich das Vorliegen einer bestimmten freiwilligen oder pflichtigen Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinde<sup>89</sup> vorausgesetzt.

§ 84 Abs. 2 GemO verlangt ferner, dass Gemeindevermögen nur dann in Stiftungsvermögen eingebracht wird, wenn der mit der Stiftung verfolgte Zweck auf andere Weise nicht erreicht werden kann. Die Vorschrift stellt angesichts des hohen Stellenwerts der Budgethoheit der Gemeinderäte, die Ausfluss des Demokratieprinzips ist und die im Zuge der Übertragung gemeindlichen Vermögens auf eine selbständige juristische Person beeinträchtigt werden kann<sup>90</sup>, regelmäßig eine nur schwer überwindbare Hürde auf.<sup>91</sup>

Angesichts des Umstands, dass § 84 Abs. 2 GemO eine wirtschaftliche Betrachtung zugrundeliegt, wird mitunter gefordert, dass mit der Einbringung des Gemeindevermögens in die Stiftung ein finanzieller Mehrwert einhergeht, der sich aus Zustiftungen Dritter ergibt.<sup>92</sup> Die Zustiftungen dürfen nicht unerheblich sein und müssen in einem ausgewogenen Verhältnis zu den öffentlichen Geldern stehen.<sup>93</sup> Die zu erwartenden Zuwendungen dürfen daher nicht vage sein, sondern müssen sich bereits hinreichend konkret darlegen lassen.<sup>94</sup> Zudem darf das finanzielle Engagement Privater nicht im Fall der Wahl einer anderen Organisationsform (z.B. eine GmbH) gleichermaßen zu erwarten sein.<sup>95</sup>

Welche Anforderungen an den finanziellen Mehrwert im Einzelfall zu stellen sind, wird man vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips nicht zuletzt an der Art der zu finanzierenden Aufgabe festmachen müssen; diese muss daher in der Stiftungssatzung hinreichend konkret be-

<sup>87</sup> *Schlüter/Krüger*, DVBl. 2003, 830 (833); *Werner*, NVwZ 2013, 1520 (1522).

<sup>88</sup> Siehe hierzu S. 11.

<sup>89</sup> Zur Definition siehe S. 3 f.

<sup>90</sup> Näheres hierzu bereits auf S. 13 f.

<sup>91</sup> *Oster*, in: *Praxis der Kommunalverwaltung*, a.a.O., § 84 Anm. 3.

<sup>92</sup> *Schlüter/Krüger*, DVBl. 2003, 830 (835); *Werner*, NVwZ 2013, 1520 (1522 f.).

<sup>93</sup> OVG Münster, DVBl. 2013, 449 (453); *Schlüter/Krüger*, DVBl. 2003, 830 (835).

<sup>94</sup> *Bock*, BWGZ 2005, 86 (88); *Schlüter/Krüger*, DVBl. 2003, 830 (835); *Werner*, NVwZ 2013, 1520 (1523); *Martini*, in: *Hüttemann/Richter/ Weitemeyer* (Hrsg.), a.a.O., Rn. 31.65 f.

<sup>95</sup> *Martini*, in: *Hüttemann/Richter/Weitemeyer* (Hrsg.), a.a.O., Rn. 31.67; *Werner*, NVwZ 2013, 1520 (1523).

nannt sein.<sup>96</sup> Während pflichtige Selbstverwaltungsaufgaben auch der Disposition künftiger Gemeinderäte regelmäßig entzogen sein dürften, stehen die freien Selbstverwaltungsaufgaben gerade in Zeiten einer angespannten kommunalen Finanzsituation häufig auf dem Prüfstand. Im letzten Fall dürfte es daher angezeigt sein, die Perpetuierung der Aufgabe in einer Stiftung nur dann als statthaft anzusehen, wenn die Zustiftungen Privater gegenüber dem eingebrachten Gemeindevermögen deutlich überwiegen und der finanzielle Mehrwert von nennenswertem Gewicht ist.<sup>97</sup> Andererseits dürften die Anforderungen an den finanziellen Mehrwert vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips zu senken sein, wenn sich die Gemeinde in der Stiftungssatzung Ingerenz- und Rückholoptionen sichert und so die Einflussnahme kommender Gemeinderäte auf die Stiftung und damit auch auf das eingebrachte Gemeindevermögen ermöglicht wird. Derartige Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten dürfte man ohnehin, ähnlich wie bei der Beteiligung einer Gemeinde an einem Unternehmen in Privatrechtsform, angesichts des Gebots einer wirksamen demokratischen Willensbildung zumindest dann als verfassungsrechtlich unerlässlich ansehen, wenn die Stiftung auch in Zukunft auf eine Zuschussung aus dem Gemeindehaushalt angewiesen ist.<sup>98</sup>

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass die Einbringung kommunalen Vermögens in eine Stiftung auch dann mit dem Subsidiaritätsgedanken des § 84 Abs. 2 GemO übereinstimme, wenn die Gemeinde einen Mehrwert ideeller Art belegen kann. Gerade die Wahl der Stiftung als Organisationsform muss danach geeignet sein, eine breite Bevölkerungsakzeptanz für den Stiftungszweck zu erreichen und ein bürgerschaftliches Engagement in diesem Bereich zu wecken.<sup>99</sup> Da der Subsidiaritätsklausel des § 84 Abs. 2 GemO eine wirtschaftliche Betrachtung zugrunde zu legen ist, dürfte es fraglich sein, ob ein Mehrwert allein in ideeller Hinsicht als ausreichend angesehen werden kann. Die vorgenannte Ansicht dürfte daher allenfalls dann noch als vertretbar anzusehen sein, wenn sich das in die Stiftung eingebrachte Gemeindevermögen als Bagatelle erweist.

### III. Zusammenfassung

Bei dem Verkauf eines gemeindeeigenen Elektrizitätswerks sind grundsätzlich die Vorgaben des Gemeindewirtschaftsrechts und des europäischen Beihilfenrechts zu beachten.

<sup>96</sup> OVG Münster, DVBl. 2013, 449 u. 453.

<sup>97</sup> Schlüter/Krüger, DVBl. 2003, 830 (835 f.).

<sup>98</sup> Hierzu Martini, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hrsg.), a.a.O., Rn. 31.67; Schlüter/Krüger, DVBl. 2003, 830 (837 f.); Werner, NVwZ 2013, 1520 (1523).

<sup>99</sup> Martini, in: Hüttemann/Richter/Weitemeyer (Hrsg.), a.a.O., Rn. 31.67; Schlüter/Krüger, DVBl. 2003, 830 (837).

Sinn und Zweck der Vorschriften über die Veräußerung gemeindlicher Vermögensgegenstände (§§ 79 Abs. 1 Satz 1, 90a Satz 1 GemO) ist es, das Vermögen der Gemeinde zu schützen und damit die Erfüllung kommunaler Aufgaben sicherzustellen. Die Veräußerung von Gemeindevermögen ist der Kommune daher nur gestattet, wenn der vorgenannte Gesetzeszweck einer Entfernung des Vermögensgegenstands aus der bisherigen gemeindlichen Nutzung nicht entgegensteht. Überdies ist der Gemeinde eine Veräußerung grundsätzlich nur zum Verkehrswert des Vermögensgegenstands gestattet (sog. „Verschleuderungsverbot“, § 79 Abs. 1 Satz 3 GemO). Im Fall der Veräußerung eines gemeindlichen Elektrizitätswerks ist zu beachten, dass dessen Betrieb regelmäßig eine freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinde sein dürfte. Diese ist infolgedessen berechtigt, sich der Aufgabe der örtlichen Elektrizitätsversorgung zu entledigen, so dass sich folgerichtig auch die Veräußerung des Elektrizitätswerks keinen grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt sehen kann.

Das gemeinschaftsrechtliche Beihilfenrecht (Art. 107 ff. AEUV) verfolgt das Ziel, den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen zu schützen, die von den Mitgliedstaaten und ihren Untergliederungen ausgehen. Art. 107 Abs. 1 AEUV stellt aus diesem Grund ein grundsätzliches Verbot staatlicher Beihilfen auf. Dieses ist in verfahrensrechtlicher Hinsicht dergestalt abgesichert, dass beabsichtigte Beihilfen bei der Kommission zu notifizieren sind (Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV) und bis zu einer abschließenden Kommissionsentscheidung ein Durchführungsverbot zu beachten ist (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV). Vor diesem Hintergrund sind die Gemeinden bei der Veräußerung eines Vermögensgegenstands oder eines Unternehmens regelmäßig bemüht, das Vorliegen einer Beihilfe bereits tatbestandlich auszuschließen. Eine beihilferelevante Vorteilsgewährung gegenüber dem Käufer kann die Gemeinde verhindern, wenn sie die Veräußerung im Rahmen eines hinreichend publizierten, allgemeinen und bedingungsfreien Bietverfahrens vollzieht und der erzielte Kaufpreis dadurch als marktkonform gelten kann. Zudem ist zu bedenken, dass der Beihilfetatbestand auch dann nicht einschlägig ist, wenn die Vorteilsgewährung unterhalb eines bestimmten Schwellenwertes bleibt (sog. „De-minimis“-Regelungen).

Im Unterschied zur Veräußerung des Elektrizitätswerks bleibt einer Gemeinde die Gründung einer rechtsfähigen kommunalen Stiftung zur Finanzierung einer bestimmten Selbstverwaltungsaufgabe regelmäßig dann versagt, wenn die Stiftung mithilfe kommunalen Vermögens errichtet werden soll. Während die Anforderungen des LStiftG und des BGB (§§ 80 ff.) an die Stiftungsgründung häufig erfüllt werden dürften, stellt die GemO in § 84 Abs. 2 eine im Einzelfall nur schwer überwindbare Hürde auf. Danach darf Gemeindevermögen nur im Rahmen der Aufgabenerfüllung der Gemeinde und nur dann in Stiftungsvermögen eingebracht werden,

wenn der mit der Stiftung verfolgte Zweck auf andere Weise nicht erreicht werden kann. Die Subsidiaritätsklausel des § 84 Abs. 2 GemO verlangt von der Gemeinde die substantiierte Darlegung, dass mit der Einbringung des Gemeindevermögens in die Stiftung ein finanzieller Mehrwert einhergeht, der sich an konkret zu erwartenden Zustiftungen Dritter festmachen lässt. Gerade die Wahl der Stiftung als Organisationsform muss ein nennenswertes finanzielles Engagement Privater hervorbringen, auf das die Gemeinde zur Finanzierung einer konkreten kommunalen Aufgabe angewiesen ist. Welchen finanziellen Mehrwert die Kommune im jeweiligen Fall darzulegen hat, insbesondere in welchem Verhältnis die eingebrachten öffentlichen Gelder zu den zu erwartenden Zustiftungen Dritter stehen müssen, wird man nicht zuletzt daran festmachen müssen, welche demokratischen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten sich die Gemeinde in der Stiftungssatzung vorbehalten hat und inwieweit die Budgethoheit künftiger Gemeinderäte durch die Ausgliederung des Gemeindevermögens beeinträchtigt wird. Hat sich die Gemeinde bspw. eine Rückholoption in der Stiftungssatzung gesichert, so dürften die Anforderungen an den finanziellen Mehrwert grundsätzlich niedriger anzusetzen sein.

Wissenschaftlicher Dienst