



# MEIDERT KOMMUNAL

## Februar 2019

---

**Aktuelle Informationen der Meidert & Kollegen Rechtsanwälte Partnerschaft mbB für Kommunen**

*Liebe Leserinnen, liebe Leser,  
mit dieser Ausgabe von MEIDERT KOMMUNAL informieren wir Sie in gewohnter Weise über aktuelle Entwicklungen und Rechtsprechung zu kommunalrelevanten Themen.*

*Wichtige Informationen haben wir zudem für Sie zum Download auf unserer Homepage bereitgestellt.*

*Ihre Kanzlei Meidert & Kollegen  
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB*

### **Der – eventuell rechtswidrige – Einsatz von Beamten in Kommunalunternehmen**

**In Kommunen und Landkreisen wird immer häufiger dazu übergegangen, bestimmte Aufgaben auf zu gründende Gesellschaften bzw. Kommunalunternehmen zu verlagern. Hierbei können sich diverse dienstrechtliche Probleme bzw. Fragestellungen ergeben, wenn für die Aufgabenerfüllung in den Gesellschaften teilweise Kommunalbeamte zuständig sind.**

Die Gründung von Kommunalunternehmen ist heute gängige Praxis und kann sich aus unterschiedlichsten Erwägungen ergeben. Häufig erfolgt die Gründung der Gesellschaft jedoch nur formaljuristisch, während Fachwissen und Personal weiterhin bei der Kommune verbleibt. Dies kann zu Konflikten mit den in Art. 33 Abs. 5 GG erwähnten Grundsätzen des Berufsbeamtentums (Hauptberuflichkeit, volle Dienstleistungspflicht, Einschränkung von Nebentätigkeiten) führen. Im Folgenden soll nur auf einige der wichtigsten sich hierbei stellenden Rechts- und Verfahrensfragen eingegangen werden.

Der Dienstherr hat grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten, dem für das Kommunalunternehmen tätigen Beamten Aufgaben zu übertragen. Die üblichen beamtenrechtlichen Instrumente der Abordnung oder Versetzung kommen dabei mangels Dienstherrnenfähigkeit der Kommunalgesellschaft grundsätzlich nicht in Betracht. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 20 BeamtStG wäre insoweit allenfalls eine Zuweisung möglich.

Unbenommen bleibt es der Kommune grundsätzlich, die Aufgaben im Rahmen ihres weiten Organisationsermessens dem Beamten im Hauptamt bzw. gegebenenfalls als Nebenamt als Dienstaufgabe zu übertragen. Häufig entspricht dies jedoch nicht der Zielsetzung der Beteiligten, sofern dem betroffenen Beamten aufgrund der (zusätzlich) übernommenen Aufgaben die Möglichkeit eines Hinzuverdienstes eröffnet werden soll. Oft findet sich in der Praxis dafür das Instrument der Nebentätigkeitsgenehmigung, was mitunter zu nicht unerheblichen rechtlichen Problemen führen kann.

Für den Fall, dass dienstliche Aufgaben durch Privatisierung ausgelagert, dann aber wieder auf bereits bisher für diesen Bereich zuständige Beamte in Form von Nebentätigkeiten zurückübertragen werden, stellt sich zunächst die Frage, ob dies mit § 5 BayNV in Einklang zu bringen ist, wonach Aufgaben

#### **INHALT**

Der – eventuell rechtswidrige – Einsatz von Beamten in Kommunalunternehmen .....	1
Festlegung der Kubatur eines Vorhabens im Vorhaben- und Erschließungsplan .....	2
Ruhezeiten für Urnenbestattungen.....	3
Zulässigkeit und Organisation im Rahmen interkommunaler Zusammenarbeit – Teil I .....	3

nicht zur Erledigung als Nebentätigkeit übertragen werden sollen, wenn sie mit dem Hauptamt in Zusammenhang stehen.

Fraglich ist auch, ob die Nebentätigkeit überhaupt genehmigungsfähig ist. Art. 81 BayBG sieht eine Versagung der Nebentätigkeit vor, wenn zu besorgen ist, dass dienstliche Interessen beeinträchtigt werden. Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn die Nebentätigkeit nach Art und Umfang die Arbeitskraft des Beamten so stark in Anspruch nimmt, dass die ordnungsgemäße Erfüllung der dienstlichen Pflichten behindert werden kann. Ein Versagungsgrund liegt auch vor, wenn die Nebentätigkeit die Unparteilichkeit oder Unbefangenheit des Beamten beeinflussen oder dem Ansehen der öffentlichen Verwaltung abträglich sein kann.

Insoweit ist zu beachten, dass die Interessen des Dienstherrn (Kommune) und der Gesellschaft nicht immer zwingend identisch sein müssen. Es stellt sich auch die Frage, ob die notwendige Unparteilichkeit und Unbefangenheit stets angenommen werden kann. So sind durchaus problematische Konstellationen denkbar, wenn z.B. der Kämmerer einer Kommune einen Darlehensvertrag mit der kommunalen Eigengesellschaft, deren Geschäftsführer er zugleich ist, schließt. Das Thüringische Oberverwaltungsgericht war der Auffassung, dass ein Bürgermeister den Anforderungen seines Hauptamtes nicht unparteiisch nachkommen könne, wenn er gleichzeitig Geschäftsführer eines von ihm beaufsichtigten kommunalen Unternehmens sei. Insoweit seien die dienstlichen Interessen seines Hauptamtes als Bürgermeister beeinträchtigt. (Thür. OVG, Urteil vom 09.10.2010 – 2 KO 437/09).

Auch die Problematik von InSich-Geschäften (vgl. § 181 BGB), die zwar grundsätzlich nicht vorgenommen werden sollten, rechtlich aber dennoch möglich sind, stellt sich in den obigen Fallgestaltungen. Insoweit ist nicht nur die rechtliche Situation problematisch. Auch der Anschein, der durch derartige Konstellationen nach außen hin erweckt wird, dürfte der öffentlichen Verwaltung insoweit nicht immer zuträglich sein.

Ebenfalls ist das Haftungsrisiko z.B. des Geschäftsführers einer GmbH nach § 43 GmbHG, der zugleich Beamter der Kommune ist, im Hinblick auf die beamtenrechtlich notwendige Unabhängigkeit problematisch.

Ein weiterer bedeutsamer Aspekt betrifft die Frage, ob die im Rahmen einer derartigen Nebentätigkeit erzielten Vergütungen durch den Beamten behalten werden dürfen oder (teilweise) abgeführt werden müssen. Die bestehende Abführungspflicht ist für den Beamten verpflichtend und unterliegt im Übrigen auch nicht der Disposition des Dienstherrn (BVerwG, Beschluss vom 20.12.2011 – 2 B 49.11).

Der Beamte ist insoweit zur Anzeige genehmigungspflichtiger Nebentätigkeiten, der Meldung von Nebeneinkünften und der Abführung der Vergütung entsprechend der Vorschriften der Bayerischen Nebentätigkeitsverordnung verpflichtet. Verstöße hiergegen stellen gemäß § 47 Abs. 1 S. 1 BeamStG ein Dienstvergehen dar und können im Übrigen auch Straftatbestände (Untreue, § 266 StGB) erfüllen. Ähnlich problematisch sind die Rechtsfolgen gegebenenfalls auch für Dienstvorgesetzte, die eine unkorrekte Vorgehensweise der ihnen unterstellten Beamten bezüglich Abführungspflichten etc. dulden.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das geltende Beamten- und Nebentätigkeitsrecht einen flexiblen Personaleinsatz von Beamten im Hauptamt und gleichzeitiger Nebentätigkeit in

einem Kommunalunternehmen nur unter Einschränkungen ermöglicht. Zur Vermeidung etwaiger disziplinarrechtlicher oder strafrechtlicher Folgen bzw. Problemen im Rahmen der (überörtlichen) Rechnungsprüfung sind die Vorgaben des Gesetzgebers zwingend einzuhalten. Rechtssichere Gestaltungsvarianten sind insoweit möglich und sollten im Interesse des betroffenen Beamten und des Dienstherrn gewählt werden.

*Axel Weisbach*  
*Fachanwalt für Verwaltungsrecht*  
*Fachanwalt für Arbeitsrecht*

## Festlegung der Kubatur eines Vorhabens im Vorhaben- und Erschließungsplan

**Im Vorhaben- und Erschließungsplan zu einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan muss die Kubatur des im Durchführungsvertrag vereinbarten Vorhabens im Wesentlichen festgelegt sein (BVerwG, Beschluss vom 02.05.2018 – 4 BN 7/18).**

Gegenstand des Normenkontrollverfahrens war ein vorhabenbezogener Bebauungsplan einer Gemeinde für den Umbau eines denkmalgeschützten Gebäudes und den Neubau eines weiteren Gebäudes, um 8.400 qm Büroflächen zu schaffen. Der vorhabenbezogene Bebauungsplan setzte zum Maß der baulichen Nutzung Höchstmaße fest. Im Übrigen gaben zwei Ansichten von verschiedenen Straßenseiten „zur Information“ Auskunft darüber, wie das Gebäude im Übrigen aussehen sollte. Damit war die Kubatur, also die äußere Form des entstehenden Gebäudes, im Vorhaben- und Erschließungsplan noch offen. Dies führte zur Unwirksamkeit des vorhabenbezogenen Bebauungsplans.

Das Instrument des vorhabenbezogenen Bebauungsplans eröffnet die Möglichkeit, ein bestimmtes Vorhaben und seine Erschließung zu planen. Dazu sind drei Elemente notwendig: Der Vorhaben- und Erschließungsplan, der Durchführungsvertrag und der Bebauungsplan. Die rechtlichen Grundlagen sind im Bebauungsplan zu schaffen, über die Durchführung des Vorhabens und ihren zeitlichen Rahmen bedarf es vertraglicher Vereinbarungen im Durchführungsvertrag. Entscheidend ist dabei der Bezug zu einem „bestimmten Vorhaben“. Im Vorhaben- und Erschließungsplan darf daher nicht bloß „irgendeine Bebauung“ des Plangebiets vorgesehen sein, sondern es muss die Errichtung eines oder mehrerer konkreter Vorhaben geregelt werden. Zu konkretisieren ist die Art der baulichen Nutzung und auch das Maß der baulichen Nutzung. Letzteres muss so erfolgen, dass die Kubatur des im Durchführungsvertrag vereinbarten Vorhabens im Wesentlichen festgelegt ist. Denn der Gemeinde steht das Instrument eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans nicht zur Verfügung, wenn sie nicht nur das konkret zur Realisierung anstehende Vorhaben regelt, sondern von vornherein eine mehr oder weniger breite Palette unterschiedlicher baulicher Nutzungsmöglichkeiten ermöglicht.

Einen Sonderfall stellt in diesem Zusammenhang § 12 Abs. 3a BauGB dar. Danach kann die Gemeinde in einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan für den Bereich des Vorhaben- und Erschließungsplans durch Festsetzung eines Baugebiets aufgrund der Baunutzungsverordnung oder auf sonstige Weise eine bauliche oder sonstige Nutzung allgemein festsetzen. In einem solchen Fall ist nach § 12a Abs. 3a Satz 1 BauGB unter entsprechender Anwendung des § 9 Abs. 2 BauGB festzusetzen, dass im Rahmen der festgesetzten Nutzungen nur solche Vorhaben zulässig sind, zu deren Durchführung sich der Vorhabenträger

im Durchführungsvertrags verpflichtet. Die Besonderheit dieser Konstruktion findet sich in Satz 2, wonach Änderungen des Durchführungsvertrages oder der Abschluss eines neuen Durchführungsvertrags zulässig sind. Dies eröffnet die Möglichkeit, unter Abweichung vom strengen Vorhabenbezug das jeweilige Vorhaben zu ändern, ohne den Bebauungsplan zu ändern, sofern es sich innerhalb der Vorgaben des Bebauungsplans bewegt. In der Abwägung zum Bebauungsplan sind dann jedoch die verschiedenen Nutzungsvarianten zu berücksichtigen.

*Frank Sommer*  
*Fachanwalt für Verwaltungsrecht*

## Ruhezeiten für Urnenbestattungen

VGH München, Urteil vom 31.01.2018 – 4 N 17.1197

### Der BayVGH hat entschieden: Eine zweijährige Ruhefrist bei Urnenbestattungen ist zulässig!

Gegenstand des Normenkontrollverfahrens war die Regelung einer Friedhofssatzung, die für Leichenbestattungen eine Ruhefrist von 12 Jahren und für Urnenbestattungen eine zweijährige Ruhefrist vorsieht. Soweit nach Ablauf der Ruhefrist das Nutzungsrecht für das Urnengrab endet bzw. nicht verlängert wird, ordnet die Satzung eine Umbettung der Urne in ein anonymes Sammelgrab an.

Nach Auffassung der Antragstellerin sei eine zweijährige Ruhefrist zu kurz bemessen und verstoße sowohl gegen den postmortalen Würdeschutz, als auch gegen das gesetzliche Gebot, mit Ascheresten nicht in einer das sittliche Empfinden der Allgemeinheit verletzenden Art und Weise zu verfahren. Der BayVGH folgte dieser Auffassung nicht, da die pietätvolle Umbettung einer Urne aus einer individuellen Grabstätte in ein anonymes Sammelgrab keine Herabwürdigung der Person sei und daher nicht gegen den postmortalen Achtungsanspruch verstoße. Auch das aus der Menschenwürde abzuleitende Gebot der Achtung der Totenruhe sei nicht verletzt, da bei der Umbettung einer Urne mangels natürlichem Verwesungsprozess nicht unmittelbar physisch in die sterblichen Überreste eingegriffen werde. Hierin liege ein wesentlicher Unterschied zu der Umbettung einer Leiche, bei der möglicherweise in einen noch nicht abgeschlossenen Verwesungsprozess eingegriffen wird. Auch wenn Aschereste genauso pietätvoll behandelt werden müssen wie erdbestattete Leichen – so der BayVGH weiter –, erfordere dies keine einheitliche Ruhefrist für Leichen und Aschen, da nur Erstere einem Verwesungsprozess unterliegen. Aufgrund der Regelung in Art. 10 Abs. 1 BestG, welche gerade keine einheitlichen Ruhefristen vorsieht, seien Friedhofsträger nicht daran gehindert, unterschiedliche Ruhezeiten für Leichen und Aschen festzusetzen. Die Regelung sei auch mit dem Pietätsempfinden der Allgemeinheit zu vereinbaren, da die gesellschaftlichen Anschauungen nach Auffassung des BayVGH einem ständigen Wandel unterliegen. Hierfür spricht auch, dass aufgrund der Länderkompetenz für das Friedhofs- und Bestattungswesen und dem Hinzutreten neuer Bestattungsformen allein in Deutschland viele unterschiedliche Regelungen zur Ruhefrist existieren.

Der BayVGH hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.

*Lina Maschke*  
*Rechtsanwältin, Wirtschaftsmediatorin (MuCDR)*

## Zulässigkeit und Organisation im Rahmen interkommunaler Zusammenarbeit

Teil I

**Durch die wieder zunehmende wirtschaftliche Betätigung der Kommunen und der „Rekommunalisierung“ kam in unserem interdisziplinären kommunalrechtlichen Wirtschaftsberatungsteam immer wieder das Thema der interkommunalen Zusammenarbeit auf. Grund dafür ist, dass die interkommunale Zusammenarbeit nicht nur die Verteilung von Verantwortung und Finanzierungsrisiken ermöglicht, sondern auch als Startbrett für die Deckung überregionaler Bedürfnisse z.B. im Bereich Pflege, Wohnungsbau, Tourismus und Energie dient. Neben den festen kommunalrechtlichen Grundsätzen gibt der Gesetzgeber den Beteiligten auch umfangreiche zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten für die interkommunale Zusammenarbeit an die Hand.**

In Teil I des Artikels wird auf die öffentlich-rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten der kommunalen Zusammenarbeit eingegangen und in der nächsten Ausgabe wird Herr Rechtsanwalt Kus in Teil II die privatrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten darstellen.

### Öffentlich-rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

Die konkrete öffentlich-rechtliche Ausgestaltung für die kommunale Zusammenarbeit und die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen richtet sich im Wesentlichen nach der Gemeindeordnung, dem KommZG und der VGemO. Das KommZG stellt den Gemeinden in Bayern abschließend die kommunale Arbeitsgemeinschaft, die Zweckvereinbarung, den Zweckverband und das Kommunalunternehmen als Form der gemeinsamen Zusammenarbeit zur Verfügung. Für welche Form der Zusammenarbeit sich die Kommune entscheidet, liegt grundsätzlich in ihrem Ermessen und ist nach verwaltungsökonomischen Gesichtspunkten zu entscheiden.

Die kommunale Arbeitsgemeinschaft, an der sich nicht nur Kommunen, sondern auch Stiftungen und juristische Personen des Privatrechts beteiligen können, stellt die einfachste und eine unverbindliche Form der Zusammenarbeit dar, da ein Austritt der Beteiligten grundsätzlich jederzeit möglich ist und Beschlüsse keine Bindungswirkung entfalten. Sie dient der gegenseitigen Information und Beratung ohne Aufgaben- oder Befugnisübertragung.

Im Rahmen einer Zweckvereinbarung, an der sich nur Gebietskörperschaften auf gleicher Ebene beteiligen können, wird einer Gebietskörperschaft eine bestimmte Aufgabe oder alle mit einem bestimmten Zweck zusammenhängenden Aufgaben übertragen, ohne dass ein neuer Rechtsträger geschaffen wird. Mit der Aufgabenübertragung geht auch die Befugnis auf die übernehmende Körperschaft über, d.h. es findet ein Zuständigkeitswechsel statt. Die Übertragenden können sich lediglich Mitwirkungsrechte in Form von z.B. Zustimmungsrechten vorbehalten.

Bei einem Zweckverband handelt es sich um eine mitgliederschaftlich verfasste Körperschaft des öffentlichen Rechts, der einzelne Aufgaben oder alle mit einem bestimmten Zweck zusammenhängenden Aufgaben übertragen werden. Bei den Mitgliedern eines Zweckverbandes muss es sich nicht zwingend um Gebietskörperschaften handeln, sondern es ist auch die Beteiligung von anderen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts möglich. Ebenso können natürliche Per-

sonen und juristische Personen des Privatrechts Mitglieder eines Zweckverbandes sein, wenn die Erfüllung der Verbandsaufgabe dadurch gefördert wird und Gründe des öffentlichen Wohls nicht entgegenstehen.

Eine weitere Möglichkeit der kommunalen Zusammenarbeit ist das gemeinsame Kommunalunternehmen. Voraussetzung ist, dass hierdurch ein öffentlicher Zweck erfüllt wird. Das gemeinsame Kommunalunternehmen ist eine Anstalt des öffentlichen Rechts und die Zulässigkeit und der Beitritt erfolgt nach dem kommunalen Unternehmensrecht der Gemeindeordnungen. Vorteil eines Kommunalunternehmens ist, dass die Kommunen die Möglichkeit haben, die Steuerung des Unternehmens nach ihren Bedürfnissen flexibel anzupassen. Weitere Vorteile sind die Übertragung von Aufgaben und nicht nur deren Durchführung, die Übertragung hoheitlicher Befugnisse und die Anwendbarkeit des Personalvertretungsrechts. Ein notarieller Vertrag wie bei der GmbH ist nicht notwendig.

Im Ergebnis stellt das KommZG je nach Verbindlichkeit, Beteiligungsformen und Zweck der Verbindung unterschiedliche Möglichkeiten der Zusammenarbeit zur Verfügung.

*Lina Maschke*  
Rechtsanwältin, Wirtschaftsmediatorin (MuCDR)

## Meidert Termine

### Zulässigkeit und Organisation im Rahmen interkommunaler Zusammenarbeit

**Referenten:** **Lina Maschke**  
Rechtsanwältin, Wirtschaftsmediatorin  
**Stefan Kus**  
Rechtsanwalt, Wirtschaftsmediator

**Wann:** Mittwoch, 27.03.2019

**Wo:** Michlhof  
Ober'm Stadtweiher 36  
87435 Kempten/Allgäu

**Unkostenbeitrag:** 50,00 €

#### **Anmeldung und Organisation:**

Meidert & Kollegen Rechtsanwälte  
Partnerschaft mbB  
Bergiusstr. 15 | 86199 Augsburg  
Telefon: 0821 90630-0  
Telefax: 0821 90630-30  
E-Mail: maschke@meidert-kollegen.de

## MEIDERT & KOLLEGEN

Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

### AUGSBURG

Bergiusstr. 15  
86199 Augsburg  
Telefon: 0821 90630-0  
Telefax: 0821 90630-30  
augsburg@meidert-kollegen.de

### MÜNCHEN

Franziska-Bilek-Weg 9  
(Theresienhöhe)  
80339 München  
Telefon: 089 545878-0  
Telefax: 089 545878-11  
muenchen@meidert-kollegen.de

### KEMPTEN

Am Stadtpark 4  
87435 Kempten  
Telefon: 0831 96060360  
Telefax: 0831 96060369  
kempten@meidert-kollegen.de

[www.meidert-kollegen.de](http://www.meidert-kollegen.de)

### Peter Schicker

Fachanwalt für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht

### Dr. Nikolaus Birkl

Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Mediator

### Josef Deuringer \*

Fachanwalt für Agrarrecht

### Guntram Baumann \*

Fachanwalt für Arbeitsrecht

### Dr. Thomas Jahn \*

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

### Mathias Reitberger \*

Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Mediator

### Axel Weisbach \*

Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

### Thomas Sauer

Fachanwalt für Familienrecht

### Prof. Dr. Fritz Böckh

Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Dipl.-Verwaltungswirt (FH)

### Robert Schulze \*

Fachanwalt für Bau- und  
Architektenrecht

### Frank Sommer \*

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

### Nicole Kandzia

Fachanwältin für Verwaltungsrecht

### Michael Muhl

### Stefan Kus \*

### Bernhard Müller

Fachanwalt für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht

### Matthias Ritzmann

Fachanwalt für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht

### Lina Maschke

### Dominik Schletter

### Dr. Wolfram Gaedt

### Nico F. Kummer

\* = Partner der Partnerschaftsgesellschaft mbB