



Fachverband der  
Kommunalkassenverwalter e.V.

## **Wissenschaftliches Gutachten**

betreffend die Bewertung der Einbeziehung  
von privaten Inkassounternehmen als  
Verwaltungshelfer in der Vollstreckung  
öffentlich-rechtlicher Geldforderungen  
der Kommunen

Erstellt für den Fachverband der Kommunalkassenverwalter e.V.

von

Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow

## VORWORT

Die Kommunalkassen haben u. a. den gesetzlichen Auftrag, die Beitreibung von Forderungen effizient zu verfolgen.

Seit geraumer Zeit versuchen allerdings private Inkassounternehmen vehement, diesem Verwaltungszweig ihre Dienste anzubieten.

Der Fachverband der Kommunalkassenverwalter e. V. hat in den vergangenen Jahren durch entsprechende Veröffentlichungen, z. B. in der Kommunal-Kassen-Zeitschrift (KKZ), seine eindeutige Position immer wieder dargestellt und fachlich begründet.

Um unseren Mitgliedern eine rechtssichere Entscheidung im Bereich Forderungsmanagement zu erleichtern, hat der Bundesausschuss für das Verwaltungszwangsverfahren ein streng wissenschaftliches, unabhängiges Gutachten in Auftrag gegeben.

Unter dieser Prämisse wurde durch den Autor des Gutachtens, Univ.-Prof. Dr. iur. Dr. h. c. Jan Ziekow (Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Direktor des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung und Leiter des Instituts für Gesetzesfolgenabschätzung und Evaluation) nach unserer Überzeugung eine fachlich herausragende Argumentationshilfe geschaffen.

Dieses Gutachten halten Sie nun in Händen!

Wir sind davon überzeugt, hiermit unseren Mitgliedern ein Dokument vorzulegen, welches für die Entscheidungsfindung vor Ort sehr hilfreich genutzt werden kann.

Harald Jordan

Vorsitzender des Bundesausschusses  
für das Verwaltungszwangsverfahren

## Impressum

Alle Rechte vorbehalten.

Nachdruck, auch auszugsweise, verboten.

Ohne schriftliche Genehmigung des Fachverbandes der Kommunalkassenverwalter e. V. ist es nicht gestattet, das Gutachten oder Teile daraus in irgendeiner Form zu reproduzieren oder unter Verwendung elektronischer Systeme zu verarbeiten, zu vervielfältigen oder zu verbreiten.

© Fachverband der  
Kommunalkassenverwalter e. V., 2019  
[www.kassenverwalter.de](http://www.kassenverwalter.de)

Satz: HPS Satz, Weilerswist

Hergestellt mit freundlicher Unterstützung  
des Verlags W. Reckinger, Siegburg  
[www.reckinger.de](http://www.reckinger.de)

# Wissenschaftliches Gutachten betreffend die Bewertung der Einbeziehung von privaten Inkassounternehmen als Verwaltungshelfer in der Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen der Kommunen

Erstellt für den Fachverband der Kommunalkassenverwalter e. V.,  
von Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer, 2. 1. 2019

## INHALT

<b>I. Gutachtenauftrag</b>	2
<b>II. Entstehung, Management und Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen der Kommunen</b>	2
<b>III. Die Einbeziehung privater Inkassounternehmen in die Realisierung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen der Kommunen</b>	3
1. Rechtlicher Rahmen der Privatisierbarkeit von Bestandteilen des kommunalen Forderungsmanagements und der Verwaltungsvollstreckung	4
a) Privatisierbarkeit von Elementen des Forderungsmanagements und der Verwaltungsvollstreckung	4
aa) Privatisierung als Ausfluss kommunaler Organisationshoheit?	4
bb) Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG	5
b) „Privatisierbarkeit“ der öffentlich-rechtlichen Forderung	6
2. Tätigwerden von Inkassounternehmen als Verwaltungshelfer	8
a) Möglichkeiten und Grenzen für die Einbeziehung von Inkassounternehmen in die Verwaltungsvollstreckung als Verwaltungshelfer	8
b) Datenschutzrechtliche Anforderungen	10
aa) Das Inkassounternehmen als Auftragsverarbeiter oder Verantwortlicher	11
bb) Zulässigkeit der Übermittlung von bei der Kommune vorhandenen Daten an ein privates Inkassounternehmen	12
cc) Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung	13
<b>IV. Bewertung der Einbeziehung privater Inkassounternehmen in die Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen der Kommunen</b>	14
1. Mögliche Leistungen von Inkassounternehmen	14
2. Der Kommune zusätzlich erwachsende Verpflichtungen	15
3. Verhältnis von Entlastungen und zusätzlichen Verpflichtungen der Kommune	15
<b>V. Ergebnis</b>	16

## I. Gutachtauftrag

Die Einziehung kommunaler Forderungen erfolgt grundsätzlich durch die Kommune selbst. Gleichwohl sind Kommunen verschiedentlich dazu übergegangen, private Inkassounternehmen in die Realisierung ihrer Geldforderungen einzuschalten. Die Erwartungen dieser Kommunen richten sich vor allem darauf, dass durch die Inkassounternehmen Forderungen realisiert werden können, deren Beitreibung für die Kommune im Verhältnis zum geschuldeten Betrag sehr aufwändig wäre bzw. die seitens der Kommune niedergeschlagen worden sind.<sup>1)</sup>

Das private Inkassounternehmen erhält als Vergütung regelmäßig einen vertraglich vereinbarten prozentualen Anteil an dem realisierten Betrag, so dass – bei öffentlich-rechtlichen Forderungen – keine zusätzlichen Kosten für den Schuldner entstehen.<sup>2)</sup>

Seitens anderer Kommunen und auch verschiedener Landesrechnungshöfe wird die Wirtschaftlichkeit der Einschaltung eines privaten Inkassounternehmens im Vergleich mit der hoheitlichen Forderungsbeitreibung durch die Kommune zumindest bezweifelt und das private Inkasso in längerfristiger Perspektive als Schwächung der Kompetenz der Kommunen angesehen.<sup>3)</sup>

Vor diesem Hintergrund soll sich das vorliegende Gutachten den Fragen zuwenden,

- in welchem rechtlichen Rahmen private Inkassounternehmen in die Realisierung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen der Kommunen einbezogen werden dürfen,
- welche Verpflichtungen den Kommunen bei einer Einbeziehung von Inkassounternehmen erwachsen würden sowie
- in welchem Verhältnis Effektivität und Effizienz des Rückgriffs auf ein privates Inkassounternehmen zu der von der Kommune selbst durchgeführten Verwaltungsvollstreckung stehen.

## II. Entstehung, Management und Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen der Kommunen

Da Gegenstand der vorliegenden Untersuchung allein die mit der Einbeziehung privater Inkassounternehmen in die Beitreibung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen der Kommunen verbundenen Fragen sind, bleiben privat-rechtliche Forderungen der Kommunen außer Betracht. Soweit sie wie andere zivilrechtliche Forderungen tituliert und anschließend im Zwangsvollstreckungsverfahren durchgesetzt werden müssen, steht eine Einschaltung von Inkassounternehmen vor keinen Problemen, die über da-

tenschutzrechtliche Fragen hinausgehen.<sup>4)</sup> Landesrechtlich ist in einzelnen Bundesländern für bestimmte privat-rechtliche Forderungen darüber hinaus ein Vorgehen nach Verwaltungsvollstreckungsrecht zugelassen (vgl. nur § 1 Abs. 2 VwVG NRW; § 71 LVwVG RLP). In diesem Fall ergeben sich keine Aspekte, die über die im Folgenden behandelten öffentlich-rechtlichen Geldforderungen hinausgehen würden.

Öffentlich-rechtliche Geldforderungen der Kommunen entstehen ganz überwiegend durch die Verwirklichung von gesetzlichen Tatbeständen, in denen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen das Entstehen einer Geldforderung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts angeordnet wird.<sup>5)</sup> Auf kommunaler Ebene können dies u. a. Kommunalabgaben, also kommunale Steuern, Gebühren, Beiträge, Umlagen sowie weitere Abgaben, Rückzahlungs-, Erstattungs- und öffentlich-rechtliche Schadensersatzforderungen oder Geldbußen sein.<sup>6)</sup> Geldleistungsansprüche aus öffentlichen Verträgen können nur dann durch die Verwaltung selbst vollstreckt werden, wenn sich der Vertragspartner der Verwaltung der sofortigen Vollstreckung unterworfen hat (vgl. nur § 1 Abs. 6 VwVG NRW; § 1 Abs. 2 SächsVwVG).

Für die zwangsweise Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen der Kommunen gelten in der Regel die Verwaltungsvollstreckungsgesetze der Länder (vgl. nur § 1 Abs. 1 LVwVG BW; § 1 Abs. 1 VwVG NRW; § 1 Abs. 1 SächsVwVG). Nach ihnen setzt die Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen u. a. voraus, dass die Forderung durch einen Verwaltungsakt, durch den der Schuldner zur Leistung aufgefordert wird, geltend gemacht wird (vgl. nur §§ 1, 13 LVwVG BW; Art. 23 Abs. 1 BayVwZVG; § 6 Abs. 1 Nr. 1 VwVG NRW). Das Verfahren, in dem ein solcher Leistungsbescheid erlassen wird, ist auch von der Art der öffentlich-rechtlichen Geldforderung abhängig. Insbesondere ist nach den Kommunalabgabengesetzen der Länder im Bereich der Kommunalabgaben weitgehend auf die Vorschriften der Abgabenordnung zurückzugreifen (vgl. nur § 12 Abs. 1 Nr. 3–5 KAG Brb.; § 3 Abs. 1 KAG RLP). Auch für die Vollstreckung von Kommunalabgaben wird teilweise auf die Vorschriften der AO Bezug genommen, so etwa für die Niederschlagung (vgl. nur § 12 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b KAG Brb., § 3 Abs. 1 Nr. 6 KAG RLP, jeweils in Verbindung mit § 261 AO).

Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung kann weder auf die für verschiedene Arten öffentlich-rechtlicher Geldforderungen geltenden besonderen Vorschriften noch auf etwaige Unterschiede zwischen den Verwaltungsvollstreckungsrechten der Bundesländer im Einzelnen eingegangen werden. Vielmehr erscheint es ausrei-

1) Vgl. <https://www.kommunal.de/inkasso-firmen-treiben-schulden-fuer-staedte-ein>.

2) <https://www.inkasso.de/en/node/1267>.

3) Vgl. nur Landesrechnungshof Rheinland-Pfalz, Kommunalbericht 2011, Nr. 5.11; Sächsischer Rechnungshof, Jahresbericht 2008, Nr. 41.2.1; Helmut Hagemann, Kommunalen Forderungseinzug durch Inkassounternehmen und Mahnanwälte, Kommunal-Kassen-Zeitschrift 2006, S. 69 (74).

4) Norbert Meier, Zur Zulässigkeit der Zusammenarbeit mit privaten Dienstleistungsunternehmen im Rahmen der Einziehung kommunaler Forderungen, Der Gemeindehaushalt 2015, S. 80.

5) Vgl. Helmut Hagemann, Privatwirtschaftliches versus behördliches Forderungsmanagement – Ein Systemvergleich, Kommunal-Kassen-Zeitschrift 2008, S. 220 (221).

6) Claudia Danker, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 3. Auflage 2013, § 1 VwVG Rn. 3 ff.; Helmut Hagemann, Privatwirtschaftliches versus behördliches Forderungsmanagement – Ein Systemvergleich, KKZ 2008, S. 220 (221).

chend, ein gleichsam idealtypisches Verfahren des Einzugs öffentlich-rechtlicher Geldforderungen durch die Kommunen zugrunde zu legen.<sup>7)</sup>

Erste Voraussetzung ist die Verwirklichung eines Tatbestandes, die eine öffentlich-rechtliche Geldforderung zur Entstehung bringt. Eine solche Tatbestandsverwirklichung kann bereits, insbesondere im Abgabebereich, durch die Erfüllung von Tatbestandsvoraussetzungen durch den Schuldner erfolgen, aus der sich die öffentlich-rechtliche Geldforderung unmittelbar ergibt. Ebenso ist es möglich, dass zur Verwirklichung des Forderungstatbestands zunächst das Handeln einer Behörde erforderlich ist. So tritt die Pflicht zur Erstattung bereits erbrachter Leistungen nach § 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG ein, wenn ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit aufgehoben worden ist. Eine Verwirklichung dieses Tatbestands setzt mithin den Erlass eines Aufhebungs-Verwaltungsakts durch die dafür zuständige Behörde voraus, welcher den Erstattungsanspruch zur Entstehung bringt.<sup>8)</sup> Die zusätzlich erforderliche (§ 49a Abs. 1 Satz 2 VwVfG) Festsetzung der zu erstattenden Leistung durch einen weiteren Verwaltungsakt stellt klar, dass die Durchsetzung des Rückforderungsanspruchs im Wege der Verwaltungsvollstreckung erfolgt.<sup>9)</sup>

Das Bestehen einer Zahlungspflicht des Schuldners der öffentlich-rechtlichen Geldforderung setzt des Weiteren voraus, dass die Forderung fällig ist. Hierfür bedarf es nicht zwingend der Bekanntmachung eines an den Schuldner adressierten Leistungsbescheids. Vielmehr richtet sich der Eintritt der Fälligkeit nach der jeweiligen fachrechtlichen Regelung. Der Erlass eines Leistungsbescheids ist eine zur Fälligkeit hinzutretende weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung, aber noch nicht selbst eine Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung.<sup>10)</sup> Landesrechtlich unterschiedlich geregelt ist, ob es als weiterer Vollstreckungsvoraussetzung zwingend einer nach Fälligkeit erfolgenden Mahnung des Leistungspflichtigen bedarf. Während beispielsweise das Bayerische und das baden-württembergische Verwaltungsvollstreckungsrecht das Absehen von der obligatorischen Mahnung nur unter bestimmten Voraussetzungen zulassen (vgl. § 14 Abs. 4 LVwVG BW; Art. 23 Abs. 3 BayVwZVG), kennt § 6 Abs. 3 in Verbindung mit § 19 VwVG NRW insoweit nur eine Soll-Vorschrift. Nach fruchtlosem Ablauf der in der Mahnung bestimmten Leistungsfrist kann dann eine Vollstreckungsanordnung erlassen werden.

Das eigentliche Verfahren der Verwaltungsvollstreckung zur Beitreibung einer Geldforderung ist ein vollständig öffentlich-rechtliches Verfahren, das von der Vollstreckungsbehörde durchgeführt wird. Selbst in Ländern wie Bayern, in denen für die Vollstreckung von Geldfor-

derungen der Kommunen nach dem gesetzlichen Regelbild die ordentlichen Gerichte zuständig sind (Art. 26 Abs. 2 Satz 1 BayVwZVG), bleibt es den kommunalen Vollstreckungsbehörden möglich, selbst Vollstreckungsmaßnahmen mit Ausnahme der Vollstreckung in unbewegliches Vermögen durchzuführen (Art. 26 Abs. 3 und 5 BayVwZVG). Die Vollstreckungsbehörde kann das Einkommen und Vermögen des Vollstreckungsschuldners ermitteln (vgl. § 5 Abs. 1 VwVG NRW), von diesem Auskunft über sein Vermögen verlangen (vgl. § 5a VwVG NRW) und mit ihm eine Teilzahlung vereinbaren (vgl. § 5 Abs. 2 VwVG NRW). Die Vollstreckungsbehörde kann Geldforderungen des Vollstreckungsschuldners gegen Dritte pfänden und durch den Vollstreckungsbeamten als besonders bestellten Bediensteten (vgl. § 11 VwVG NRW) bewegliche Sachen durch Inbesitznahme pfänden und versteigern (vgl. §§ 28 ff. VwVG NRW).

Ihre für die Verwaltungsvollstreckung entstehenden Kosten kann die Vollstreckungsbehörde nach den meisten Landesverwaltungsvollstreckungsgesetzen mit der Hauptforderung ohne gesonderten Leistungsbescheid betreiben – zumindest dann, wenn hierauf dem Grunde nach im Leistungsbescheid über die Hauptforderung oder in anderer Weise schriftlich hingewiesen worden ist (vgl. § 6 Abs. 4 Buchst. b VwVG NRW, § 12 Abs. 2 Nr. 2 SächsVwVG).

Datenschutzrechtlich unterliegen die mit dem Management und der Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen befassten Stellen der Kommunen den Vorschriften der in allen Mitgliedstaaten unmittelbar verbindlichen Datenschutz-Grundverordnung der EU sowie den ergänzenden Regelungen des Datenschutzgesetzes des jeweiligen Bundeslandes, soweit sie personenbezogene Daten verarbeiten (vgl. Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 DSGVO, § 5 Abs. 1 DSG NRW). Diese Bindungen unterscheiden sich nicht von denjenigen, denen die Kommunen als öffentliche Stellen auch bei ihrer sonstigen hoheitlichen Tätigkeit unterliegen.

Darüber hinaus gilt bei der Erhebung kommunaler Abgaben über die Verweise in den Kommunalabgabengesetzen der Länder (vgl. nur § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c KAG BW; § 12 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c Brb.KAG) das durch § 30 AO geschützte Steuergeheimnis. Sofern es sich um eine von dieser Vorschrift erfasste Konstellation handelt, kann im Bereich der Übermittlung von Sozialdaten auch § 78 SGB X zu beachten sein.

### III. Die Einbeziehung privater Inkassounternehmen in die Realisierung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen der Kommunen

Für einen Vergleich der Vor- und Nachteile privaten Inkassos von öffentlich-rechtlichen Geldforderungen gegenüber der Beitreibung durch die Kommunen ist der rechtliche Rahmen, innerhalb dessen sich die Einschaltung von Inkassounternehmen bewegen muss, von zentraler Bedeutung. Daher wird im Folgenden zunächst der Vorgaben gedacht, die sich der Rechtsordnung für die Privatisierbarkeit von Bestandteilen des kommunalen Forderungsmanagements entnehmen lassen (unten III.1.). Anschließend wird der rechtliche Rahmen eines Tätigwerdens von Inkassounternehmen als Verwaltungshelfer der Kommune analysiert (unten III.2.).

7) Zum kommunalen Forderungsmanagement vgl. Beate Behnke-Hahne, Forderungsmanagement in der öffentlichen Verwaltung, 2016, S. 13 ff.; Thomas Idstein, Kommunales Forderungsmanagement effizient gestalten, Der Gemeindehaushalt 2016, S. 17 ff.

8) Jan Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Auflage 2013, § 49a Rn. 4.

9) Vgl. Michael Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage 2018, § 49a Rn. 34.

10) Thomas Troidl, in: Engelhardt/Schlattmann (Hrsg), VwVG/VwZG, 11. Auflage 2017, § 3 VwVG Rn. 1a.

## 1. Rechtlicher Rahmen der Privatisierbarkeit von Bestandteilen des kommunalen Forderungsmanagements und der Verwaltungsvollstreckung

Die Frage, inwieweit Elemente des kommunalen Forderungsmanagements und der Verwaltungsvollstreckung auf private Inkassounternehmen verlagert werden können (dazu unten III.1.a), ist zu unterscheiden von der Zulässigkeit einer „Privatisierung“ der öffentlich-rechtlichen Geldforderung selbst, also deren Abtretbarkeit an Private (dazu unten III.1.b). Es ist nicht ausgeschlossen, dass im Falle einer nur auf zurückgezogener Linie möglichen Privatisierbarkeit des eigentlichen Forderungsmanagements bei hoheitlicher Verwaltungsvollstreckung die Erwälung angestellt werden könnte, öffentlich-rechtliche Geldforderungen systematisch an private Unternehmen abzutreten und auf diesem Wege das Forderungsmanagement dorthin zu verlagern.

### a) Privatisierbarkeit von Elementen des Forderungsmanagements und der Verwaltungsvollstreckung

Zur Gewinnung verfassungsrechtlicher Maßstäbe für die Prüfung der Privatisierbarkeit von Bestandteilen des kommunalen Forderungsmanagements kommen insbesondere Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 33 Abs. 4 GG in Betracht.

#### aa) Privatisierung als Ausfluss kommunaler Organisationshoheit?

Zu untersuchen ist zunächst, inwieweit sich eine Übertragung von Tätigkeiten im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen auf private Inkassounternehmen auf die durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistete Organisationshoheit der Kommunen<sup>11)</sup> stützen ließe. Die Organisationshoheit wurzelt in der verfassungsrechtlichen Anerkennung der Gemeinden als Selbstverwaltungsträger zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung ihrer Aufgaben, was die Möglichkeit zur Gestaltung „eines gewissen organisatorischen Frei-raums“ zwingend impliziert.<sup>12)</sup> Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um Aufgaben des eigenen oder des übertragenen Wirkungskreises handelt.<sup>13)</sup> Die Freiheit der Gestaltung der inneren Organisation der Gemeinde sowie der Entscheidungszuständigkeiten und -abläufe betrifft sowohl die Festlegung der Art und Weise der Erfüllung von Aufgaben als auch die Gestaltung der Verwaltungsorganisation sowie die Auswahl und den Einsatz des Personals.<sup>14)</sup> Regelungen der Aufgabenwahrnehmung durch

die Kommunen, die deren eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit „ersticken“ würden, sind dem Gesetzgeber verwehrt.<sup>15)</sup> Entsprechend werden die den Kreisen durch den Gesetzgeber als Aufgaben des eigenen Wirkungskreises zugewiesenen Aufgaben durch das Recht auf eigenverantwortliche Wahrnehmung von Aufgaben unterfüttert, für dessen Reichweite im Wesentlichen auf die für die Gemeinden geltenden Grundsätze der Organisationshoheit zurückzugreifen ist.<sup>16)</sup>

Die Organisationshoheit beinhaltet beispielsweise auch die Entscheidung der Kommune darüber, ob eine Aufgabe allein oder im Zusammenwirken mit anderen Verwaltungsträgern wahrgenommen werden soll (sog. Kooperationshoheit).<sup>17)</sup> Hieraus kann geschlossen werden, dass es ihre Organisationshoheit der Kommune auch freistellt, in beliebiger Form mit Privaten zu kooperieren und diese in die Erfüllung von Aufgaben der Kommune einzuschalten. Hierzu hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt:

„Zu der in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG enthaltenen Befugnis der eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte gehört auch die Organisationshoheit. In eingeschränktem Umfang gilt dies auch für die Gemeindeverbände nach Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG. Die Organisationshoheit umfasst die Befugnis der Gemeinde, sich dafür zu entscheiden, eine bestimmte Aufgabe eigenständig oder gemeinsam mit anderen Verwaltungsträgern wahrzunehmen. Hieraus folgt jedoch kein Recht der Gemeinde, Verwaltungstätigkeiten ohne gesetzliche Ermächtigung auf Private zu übertragen. Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit, der die Gemeinde verpflichtet, ihre Aufgaben grundsätzlich durch eigene Verwaltungseinrichtungen, also mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrzunehmen, steht einem so weitgehenden Verständnis der Organisationsfreiheit entgegen. Im Übrigen würde, selbst wenn die Forderung nach einer gesetzlichen Grundlage für eine Privatisierung von Verwaltungstätigkeiten den Garantiegehalt der kommunalen Selbstverwaltung berührte, nichts für einen Eingriff in den Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie für Gemeinden und Gemeindeverbände durch eine Beschränkung der Einschaltung privater Dritter bei der

11) BVerfG, Urteil vom 20. 12. 2007 – 2 BvR 2433/04 – BVerfGE 119, S. 331 Rn. 146; Urteil vom 7. 10. 2014 – 2 BvR 1641/11 – juris, Rn. 117; Beschluss vom 19. 11. 2014 – 2 BvL 2/13 – juris, Rn. 49. Eingehend Utz Schliesky, Kommunale Organisationshoheit unter Reformdruck, Die Verwaltung 38 (2005), S. 339 ff.

12) BVerfG, Beschluss vom 26. 10. 1994 – 2 BvR 445/91 – NVwZ 1995, S. 677. Ähnlich BVerfG, Urteil vom 7. 10. 2014 – 2 BvR 1641/11 – juris, Rn. 117.

13) BVerfG, Urteil vom 7. 10. 2014 – 2 BvR 1641/11 – juris, Rn. 118; ThürVerfGH, Urteil vom 12. 10. 2004 – VerfGH 16/02 – DVBl. 2005, S. 443 (447); ThürVerfGH, Beschluss vom 31. 1. 2018 – VerfGH 26/15 – juris, Rn. 56.

14) BVerfG, Urteil vom 20. 12. 2007 – 2 BvR 2433/04 –, BVerfGE 119, S. 331 Rn. 146.

15) BVerfG, Beschluss vom 19. 11. 2014 – 2 BvL 2/13 –, BVerfGE 138 Satz 1 Rn. 59; ThürVerfGH, Beschluss vom 31. 1. 2018 – VerfGH 26/15 – juris, Rn. 58.

16) BVerfG, Urteil vom 7. 2. 1991 – 2 BvL 24/84 – juris, Rn. 69.

17) BVerfG, Beschluss vom 27. 11. 1986 – 2 BvR 1241/82 – juris, Rn. 16; Urteil vom 20. 12. 2007 – 2 BvR 2433/04 u. a. – juris, Rn. 146; Beschluss vom 19. 11. 2014 – 2 BvL 2/13 – juris, Rn. 49; VerfG Brandenburg, Urteil vom 20. 1. 2000 – 53/98 u. a. – juris, Rn. 91; VerfG Brandenburg, Beschluss vom 20. 1. 2017 – 61/15 – juris, Rn. 55; VerfGH Saarland, Urteil vom 29. 6. 2004 – Lv 5/03 – juris, Rn. 68; VerfGH Thüringen, Beschluss vom 6. 3. 2013 – 25/12 – juris, Rn. 23; ThürVerfGH, Beschluss vom 31. 1. 2018 – VerfGH 26/15 – juris, Rn. 57; OVG Magdeburg, Beschluss vom 5. 2. 2015 – 3 M 473/14 – juris, Rn. 26; VGH München, Urteil vom 15. 5. 2014 – 4 BV 14.268 – juris, Rn. 28; Catharina Erps, Kommunale Kooperationshoheit und europäisches Vergaberecht, 2010, S. 68; Utz Schliesky Auswirkungen des E-Government auf Verfahrensrecht und kommunale Verwaltungsstrukturen, NVwZ 2003, S. 1322 (1327); Thorsten I. Schmidt, Kommunale Kooperation, 2005, S. 56 ff.

Erledigung von Selbstverwaltungsangelegenheiten sprechen.“<sup>18)</sup>

Zu beachten ist, dass sich diese Entscheidung nicht auf eine materielle Privatisierung der kommunalen Aufgabe, also die Übertragung der Aufgabe selbst auf einen Privaten, bezieht. Gegenstand ist vielmehr die Reichweite der Freiheit der Gemeinde, die Wahrnehmung ihrer Aufgabe zu organisieren. Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit fordert der Kommune ab, ihre Aufgaben grundsätzlich selbst zu erfüllen und Verwaltungstätigkeiten nicht Privaten zu überlassen.

Die Zulässigkeit von materiellen Privatisierungen kommunaler Aufgaben ist vom Charakter der Aufgabe abhängig.<sup>19)</sup> Freiwillige Aufgaben können mit Ausnahme der sozialstaatlich gebotenen Daseinsvorsorgeleistungen grundsätzlich materiell privatisiert werden. Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht hierüber hinausgehend entschieden, dass Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG die Gemeinden zur Aufrechterhaltung ihres eigenen Aufgabenbestandes verpflichtet, soweit dieser in den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wurzelt. Daher könne sich eine Gemeinde nicht ohne weiteres wieder einer wahrgenommenen Aufgabe mit örtlichem Bezug entledigen, selbst wenn es sich dabei um eine freiwillig wahrgenommene Aufgabe handle. Während eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde ggf. an Dritte abgegeben werden könne, sei dies bei öffentlichen Einrichtungen mit kulturellem, sozialem und traditionsbildendem Hintergrund anders. Hier sei die Gemeinde insbesondere dann, wenn sie diese Aufgabe schon lange in eigener Verantwortung wahrgenommen habe, daran gehindert, diese Aufgabe materiell zu privatisieren. Eine formelle oder funktionale Privatisierung, bei der die Verantwortlichkeit der Gemeinde für die Aufgabe erhalten bleibe, sei hingegen zulässig.<sup>20)</sup>

Ungeachtet der Frage, wie diese Entscheidung inhaltlich zu beurteilen ist,<sup>21)</sup> lässt sich aus ihr als weitere Folgerung ableiten, dass kommunale Pflichtaufgaben keinesfalls (materiell) privatisierbar sind.<sup>22)</sup> Um eine solche Pflichtaufgabe handelt es sich jedoch beim öffentlich-rechtlichen Vollstreckungswesen der Kommunen.<sup>23)</sup> Die Letztverantwortung für die Verwaltungsvollstreckung muss daher bei der Kommune liegen. In diesem Fall steht Art. 28 Abs. 2 GG der Einbeziehung eines Privaten durch

unterstützende Hilfeleistungen bei der Verwaltungsvollstreckung nicht entgegen.<sup>24)</sup>

#### bb) Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG

Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Hoheitsrechtlich im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG sind zumindest Grundrechtseingriffe ermöglichende Befugnisse, also solche, aufgrund derer „die öffentliche Gewalt ... durch Befehl oder Zwang unmittelbar beschränkend auf grundrechtlich geschützte Freiheiten einwirkt“.<sup>25)</sup> Dass hierzu wie andere nicht lediglich marginale Tätigkeiten im Bereich der Eingriffsverwaltung<sup>26)</sup> auch alle mit Zwang verbundenen Vollstreckungsakte<sup>27)</sup> und die Einziehung öffentlich-rechtlicher Forderungen<sup>28)</sup> zählen, ist geklärt. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG steht Privatisierungen grundsätzlich entgegen, soweit die Ausübung hoheitlicher Entscheidungs- und Handlungsbefugnisse betroffen ist.<sup>29)</sup> Dabei ist zu beachten, dass Art. 33 Abs. 4 GG an die wahrzunehmende Befugnis und nicht an den Aufgabenträger und seine Organisationsform anknüpft. Der Funktionsvorbehalt gilt daher nicht nur für die Aufgabenwahrnehmung durch staatliche oder kommunale Behörden, sondern auch, wenn hoheitliche Befugnisse zur Wahrnehmung auf Private übertragen werden.<sup>30)</sup>

Gleichzeitig macht die Anknüpfung des Funktionsvorbehalts an die jeweils wahrzunehmende Befugnis aber deutlich, dass Tätigkeiten rein vorbereitenden, nachbereitenden oder unterstützenden Charakters, welche nicht Element der hoheitlichen Maßnahme selbst sind, von Art. 33 Abs. 4 GG nicht erfasst werden.<sup>31)</sup> Inwieweit eine Tätigkeit integraler Bestandteil einer hoheitlichen Maßnahme ist, bedarf einer Abgrenzung im jeweiligen Einzelfall. Zu Recht wird in der Literatur insoweit darauf hingewiesen, dass die gebotene Einzelfallbetrachtung es ausschließt, die zu leistende Abgrenzung rein formal vor-

18) BVerwG, Urteil vom 23. 8. 2011 – 9 C 2/11 – juris, Rn. 14; ebenso etwa VG Dresden, Urteil vom 12. 4. 2016 – 2 K 1390/15 – juris, Rn. 22.

19) Hierzu und zum Folgenden Sabrina Schönrock, Beamtenüberleitung anlässlich der Privatisierung öffentlicher Unternehmen, 2000, S. 29 ff. m. w. N.

20) BVerwG NvWZ 2009, 1305 (1306 ff.).

21) Zu Recht sehr kritisch Friedrich Schoch, Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Privatisierungsverbot?, DVBl. 2009, S. 1533 (1535 ff.).

22) VG Düsseldorf, Urteil vom 11. 11. 2015 – 5 K 6187/14 – juris, Rn. 177. A.M. offenbar Johannes Geisz, Die Grenzen der Privatisierung kommunaler öffentlicher Einrichtungen, 2015, S. 198.

23) Landesrechnungshof Schleswig-Holstein, Prüfungsmitteilung Forderungsmanagement in ausgewählten Kommunen sowie Organisation und Wirtschaftlichkeit des kommunalen Vollstreckungswesens, LRH 43 – Pr 1698/2012 vom 24. 6. 2014, S. 8.

24) Steffen Kroschwald, Privatisierung des kommunalen Forderungsmanagements, 2010, S. 23 f.

25) BVerfG, Urteil vom 18. 1. 2012 – 2 BvR 133/10 – juris, Rn. 140.

26) Vgl. Axel Kulas, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung – Zur Zulässigkeit privater Strafvollzugsanstalten, 2. Auflage 2001, S. 62.

27) Vgl. Michael Hippeli, Privatisierung des Gerichtsvollzieherwesens, 2013, S. 245 ff.; Monika John-Koch, Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat, 2005, S. 146 f.

28) Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Verschiedene Fragen zur Privatisierung des staatlichen Forderungsmanagements, WD 4-3000-039/14, 2014, S. 4.

29) BVerfG, Urteil vom 18. 1. 2012 – 2 BvR 133/10 – juris, Rn. 140; Alexander Thiele, Art. 33 Abs. 4 GG als Privatisierungsschranke, Der Staat 2010, S. 274 (287 ff.).

30) BVerfG, Urteil vom 18. 1. 2012 – 2 BvR 133/10 –, juris Rn. 135 ff.

31) Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Verschiedene Fragen zur Privatisierung des staatlichen Forderungsmanagements, WD 4-3000-039/14, 2014, S. 4; Alfons Gern, Privatisierung des Forderungsmanagements der Kommunen, DÖV 2009, S. 269 (273).

zunehmen. Es bedarf vielmehr einer wertenden Betrachtung des inhaltlichen Gewichts der Beiträge der Behörde und des Privaten zu der abschließend von der Behörde mit Außenwirkung zu treffenden Entscheidung. Wird die Entscheidung inhaltlich im Wesentlichen durch den Privaten vorbereitet und beschränkt sich die Behörde auf eine kursorische Überprüfung, so unterfällt die Tätigkeit des Privaten dem Vorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG.<sup>32)</sup>

Selbst dem Funktionsvorbehalt unterfallende Tätigkeiten und Maßnahmen sind allerdings von einer Wahrnehmung durch Private nicht von vornherein ausgeschlossen. Da jedoch das Art. 33 Abs. 4 GG zugrunde liegende Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht in Frage gestellt werden darf, bedarf die funktionale Privatisierung von Hoheitsaufgaben eines, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung einschließenden, besonderen sachlichen Grundes.<sup>33)</sup> Für das Vorliegen eines solchen besonderen sachlichen Grundes gelten folgende Anforderungen:<sup>34)</sup>

- Es muss sich um relevante Besonderheiten der betreffenden Tätigkeit handeln, welche nicht in gleicher Weise für andere hoheitsrechtliche Tätigkeiten gelten.
- Der allgemeine fiskalische Gesichtspunkt, dass eine Wahrnehmung der Aufgabe durch Nichtbeamte weniger Haushaltsmittel in Anspruch nehmen könnte, ist allein nicht ausreichend.
- Eine Ausnahme gilt allerdings dann, wenn die Spezifika der betreffenden Tätigkeit im Normalfall eine deutlich kostengünstigere Aufgabenwahrnehmung durch Nichtbeamte erwarten lassen.

Auch bei Vorliegen eines solchen sachlichen Grundes erfordert aber die Ausübung hoheitlicher Befugnisse eine Beleihung, die nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen kann.<sup>35)</sup> Eine derartige Rechtsgrundlage für die Beleihung Privater mit hoheitlichen Aufgaben der Verwaltungsvollstreckung für kommunale Forderungen enthält das Verwaltungsvollstreckungsrecht nicht. Aus den kommunalabgabenrechtlichen Vorschriften, die die Ermächtigung eines privaten Dritten, Verwaltungsakte auch in der Vollstreckung zu erlassen, enthalten (vgl. nur § 4 Satz 1 SächsKAG), ergibt sich nichts anderes. Da der Erlass der Verwaltungsakte „im Namen der“ Kommune erfolgt, handelt es sich um eine Verwaltungshilfe<sup>36)</sup> – entsprechend ist § 4 SächsKAG überschrieben. Die Einbeziehung privater Unternehmen in die Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen kommt daher nur als Verwaltungshelfer in Betracht (dazu unten III.2.).

32) Christoph Sahm, Privatisierung der immissionsschutzrechtlichen Anlagenüberwachung, 2014, S. 177 ff.

33) BVerfG, Urteil vom 18. 1. 2012 – 2 BvR 133/10 – juris, Rn. 146, 149; BVerwG, Beschluss vom 29. 9. 2005 – 7 BN 2/05 – NVwZ DÖV 2006, S. 829 Rn. 4.

34) BVerfG, Urteil vom 18. 1. 2012 – 2 BvR 133/10 – juris, Rn. 146 ff.

35) BVerfG, Beschluss vom 20. 2. 1986 – 1 BvR 859 u. a./81 – NJW 1987, S. 2501 (2502); BVerwG, Urteil vom 23. 5. 1995 – 1 C 32/92 – BVerwGE 98, S. 280 (298); BVerwG, Beschluss vom 29. 9. 2005 – 7 BN 2/05 – NVwZ DÖV 2006, S. 829 Rn. 4.

36) VG Dresden, Urteil vom 12. 4. 2016 – 2 K 1390/15 – juris, Rn. 24.

## b) „Privatisierbarkeit“ der öffentlich-rechtlichen Forderung

Um kein bloßes Inkasso durch ein privates Unternehmen mehr handelt es sich, wenn das private Unternehmen nicht mit der Einziehung einer Forderung, deren Gläubigerin die Kommune bleibt, beauftragt wird, sondern die Kommune die Forderung an das Unternehmen abtritt. Dies kann im Rahmen unterschiedlicher Modelle erfolgen:<sup>37)</sup>

- Bei der sog. Inkassozeession tritt der Gläubiger – hier: die Kommune – ihre Forderung (treuhänderisch) an das Inkassounternehmen zur Einziehung im eigenen Namen ab, bleibt aber wirtschaftlich Inhaber der Forderung und trägt das Risiko des Forderungsausfalls. In der Form des sog. unechten Factoring erhält das Inkassounternehmen eine Vergütung für die Einziehung der Forderung, die in der Regel vor Auskehrung des eingezogenen Forderungsbetrags von diesem abgezogen wird.
- Im Falle des sog. echten Factoring wird die Forderung ebenfalls abgetreten und durch den Zessionar im eigenen Namen geltend gemacht. Allerdings trägt hier der Zessionar das wirtschaftliche Risiko der Uneinbringlichkeit der Forderung. Daher erfolgt der Forderungskauf nicht zum Nennbetrag, sondern unter einem Abschlag zur Abbildung des wirtschaftlichen Risikos.

Die Nutzung einer dieser Varianten setzt im Kontext des vorliegenden Gutachtens voraus, dass öffentlich-rechtliche Geldforderungen der Kommunen überhaupt an private Inkassounternehmen abgetreten werden können. Soweit sich die Rechtsprechung mit dieser Frage befasst hat, hat sie eine Abtretung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen von einem Hoheitsträger an Private nicht generell für unzulässig erachtet.<sup>38)</sup>

- Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28. 6. 2011<sup>39)</sup> bezog sich auf die Abtretung einer öffentlich-rechtlichen Kostenforderung einer Gemeinde auf Ersatz der Kosten für die Verunreinigung einer Straße gegen den Verursacher der Verunreinigung. Diesen Anspruch trat die Gemeinde an die private Firma ab, die die Verunreinigung beseitigt hatte.

Der BGH stellte zunächst fest, dass öffentlich-rechtliche Forderungen grundsätzlich in analoger Anwendung der §§ 398 ff. BGB abgetreten werden können.<sup>40)</sup> Anderes gelte allerdings, wenn sich „aus den Besonderheiten des öffentlichen Rechts, insbesondere aus der Rechtsnatur der Forderung, die Unvereinbarkeit einer Abtretung mit der der Forderung zugrunde liegenden Rechtsordnung“ ergebe.<sup>41)</sup> Insbesondere bei

37) Vgl. nur Matthias Ganske, Privatisierung des kommunalen Forderungsmanagements, ZKF 2009, S. 97 (99 f.).

38) Vgl. auch Matthias Ganske, Privatisierung des kommunalen Forderungsmanagements, ZKF 2009, S. 97 (100).

39) BGH, Urteil vom 28. 6. 2011 – VI ZR 191/10 – juris.

40) Zur methodischen Zulässigkeit einer analogen Anwendung der §§ 398 ff. BGB bereits Heinrich De Wall, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 1999, S. 500 ff.

41) BGH, Urteil vom 28. 6. 2011 – VI ZR 191/10 – juris, Rn. 11.

der Abtretung öffentlich-rechtlicher Forderungen an Private sei dies „dann der Fall, wenn damit die öffentlich-rechtliche Verfahrens- und Zuständigkeitsordnung umgangen und sowohl öffentliche als auch schützenswerte private Interessen in nicht hinnehmbarer Weise beeinträchtigt würden“.<sup>42)</sup>

Eine Situation, in der eine Abtretung danach ausgeschlossen sei, liege etwa vor, wenn die öffentlich-rechtliche Forderung nicht bereits durch die Verwirklichung der Merkmale des gesetzlichen Tatbestands entstehe, sondern dies einer Ermessensentscheidung der Behörde und der Festsetzung durch einen Leistungsbescheid bedürfe.<sup>43)</sup>

Zu beachten ist, dass in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt eine behördliche Festsetzung der Forderung durch Bescheid nicht erfolgt war. Über die weitere Frage, ob eine öffentlich-rechtliche Geldforderung bei Vorliegen einer solchen Festsetzung an einen Privaten abgetreten werden kann, hat der BGH nicht entschieden.

- Die Konstellation der Abtretung von Besoldungsansprüchen eines Beamten gegen seinen Dienstherrn an ein Kreditinstitut lag dem Beschluss des Bundesgerichtshofs<sup>44)</sup> vom 25. 7. 2013 zugrunde. Die Entscheidung des Gerichts hatte allerdings nicht die Zulässigkeit der Abtretung dieses öffentlich-rechtlichen Anspruchs, sondern ausschließlich die Frage, in welchem Rechtsweg das Kreditinstitut aus dem abgetretenen Anspruch gegen den Dienstherrn des Beamten klagen konnte, zum Gegenstand. Nach Auffassung des BGH ändert die Abtretung des Anspruchs an einen privaten Dritten nichts an dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Forderung, so dass der Anspruch auch von dem Kreditinstitut im Verwaltungsrechtsweg zu verfolgen war.<sup>45)</sup>
- In dem Urteil des nordrhein-westfälischen Oberverwaltungsgerichts vom 24. 7. 2013<sup>46)</sup> zugrundeliegenden Sachverhalt hatte ein Öffentlich bestellter Vermessungsingenieur seine Gebührenforderung an eine Bank abgetreten. Das Gericht unterschied zunächst zwischen der Abtretung von Forderungen Privater gegen den Staat, die es als grundsätzlich möglich ansah, und öffentlich-rechtlichen Forderungen einer Behörde gegen einen Privaten.<sup>47)</sup> In der letzteren Konstellation seien die §§ 398 ff. BGB „allenfalls unter Beachtung der Besonderheiten der jeweiligen Rechtsmaterie“ entsprechend anwendbar.<sup>48)</sup>

Sei es für die Durchsetzbarkeit einer Forderung im Wege der Verwaltungsvollstreckung geboten, einen eigenständig der Bestandskraft fähigen Verwaltungsakt, das Leistungsgebot, zu erlassen, so lege dieses Leistungsgebot fest, an wen der Schuldner der öffentlich-rechtlichen Forderung zu leisten habe und für wen bezüglich dieser Forderung eine hoheitliche Vollstreckungsmöglichkeit bestehe. Da es widersprüchlich sei, wenn einerseits das hoheitliche Leistungsgebot mit der Pflicht zur Zahlung an die Behörde aufrecht erhalten bleibe und andererseits die Forderung an einen Dritten abgetreten werde, damit dieser sich seinerseits aus dieser Forderung befriedigen könne, setze die Zulässigkeit einer Abtretung die vorherige Aufhebung des öffentlich-rechtlichen Leistungsgebots voraus.<sup>49)</sup>

Diesen neueren Entscheidungen zur Abtretung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen lässt sich durchaus eine gewisse Zurückhaltung entnehmen. Sowohl der Bundesgerichtshof als auch das nordrhein-westfälische Oberverwaltungsgericht halten die Abtretung einer öffentlich-rechtlichen Forderung, deren Gläubiger ein Inhaber hoheitlicher Gewalt ist, nur dann für zulässig, wenn sich nicht aus Wertungen des öffentlichen Rechts die fehlende Abtretbarkeit ergibt. Wie sich aus dem Rekurs auf die „Rechtsnatur“ der Forderung ergibt, ist ein ausdrücklicher Ausschluss der Abtretbarkeit nicht erforderlich.

Zu unterscheiden ist in jedem Fall zwischen der Abtretbarkeit von öffentlich-rechtlichen Geldforderungen von Privaten gegen die öffentliche Hand und der Abtretbarkeit in der umgekehrten Konstellation, dass die öffentliche Hand eine öffentlich-rechtliche Geldforderung gegen Private hat.<sup>50)</sup> Im ersteren Fall unterscheidet in der Regel der öffentlich-rechtliche Charakter der Geldforderung diese nicht von einer privatrechtlichen Forderung gegen die öffentliche Hand. Insbesondere ist der Private in beiden Konstellationen gleichermaßen gehalten, zur Durchsetzung seiner Forderung den Rechtsweg zu beschreiten. Dass dies bei privatrechtlichen Forderungen der ordentlichen Rechtsweg und bei öffentlich-rechtlichen Forderungen der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist, führt zu keiner Bewertung, die der Abtretbarkeit der Forderung entgegensteht. Diese Abtretbarkeit liegt auch im Interesse des Privaten, damit dieser die Forderung beispielsweise als Sicherheit einsetzen kann.

Hiervon unterscheidet sich die Situation bei öffentlich-rechtlichen Geldforderungen der Kommunen gegen Private deutlich. Für die Vollstreckung solcher Forderungen bestehen im Interesse einer geordneten Haushaltsführung klare Zuständigkeitsregelungen, in der Regel zugunsten der Gemeindekasse (vgl. nur § 1 Abs. 1 Satz 2 GemKVO BW; § 1 Abs. 1 Satz 4 SächsGemKassenVO).<sup>51)</sup> Nach der Fassung der Landes-Verwaltungsvollstreckungs-

42) BGH, Urteil vom 28. 6. 2011 – VI ZR 191/10 – juris, Rn. 11. Ebenso bereits Heinrich De Wall, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 1999, S. 503.

43) BGH, Urteil vom 28. 6. 2011 – VI ZR 191/10 – juris, Rn. 11.

44) BGH, Beschluss vom 25. 7. 2013 – III ZB 18/13 – NVwZ 2013 S. 1630.

45) BGH, Beschluss vom 25. 7. 2013 – III ZB 18/13 – NVwZ 2013 S. 1630 Rn. 9 f.

46) OVG Münster, Urteil vom 24. 7. 2013 – 14 A 1407/12 – NVwZ-RR 2014, S. 12.

47) OVG Münster, Urteil vom 24. 7. 2013 – 14 A 1407/12 – NVwZ-RR 2014, S. 12 (13).

48) OVG Münster, Urteil vom 24. 7. 2013 – 14 A 1407/12 – NVwZ-RR 2014, S. 12 (13).

49) OVG Münster, Urteil vom 24. 7. 2013 – 14 A 1407/12 – NVwZ-RR 2014, S. 12 (14).

50) Zutreffend Heinrich De Wall, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 1999, S. 503.

51) Zur Gemeindekasse als Vollstreckungsbehörde vgl. Rolf Sturme, Die Aufgaben der Gemeindekasse als Vollstreckungsbehörde, Kommunal-Kassen-Zeitschrift 2016, S. 248 ff., 278 ff.

gesetze ist die Anwendung des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens zur Beitreibung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen zwingend: Diese Forderungen „werden“ nach den Verwaltungsvollstreckungsrechtlichen Bestimmungen „im Verwaltungswege vollstreckt“ (§ 1 Abs. 1 Satz 1 VwVG NRW). Ein Ermessen, auf den Einsatz des Instrumentariums der Verwaltungsvollstreckung zu verzichten und die zwangsweise Durchsetzung der Forderung in anderer Weise zu betreiben, besteht nicht. Insbesondere wäre eine gegen den privaten Schuldner zur Realisierung der Forderung erhobene verwaltungsgerichtliche Leistungsklage mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig.<sup>52)</sup> Dahinter steht das Gebot, dass hoheitliche Gebote auch hoheitlich zu vollstrecken sind. Die eigenständige Durchsetzung demokratisch legitimierten Rechts durch die gleichfalls demokratisch legitimierte Verwaltung ist ein Proprium des modernen Verfassungsstaats.<sup>53)</sup> Daraus folgt dass eine systematische Privatisierung der Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Forderungen unzulässig ist.<sup>54)</sup> Dies betrifft auch die Übertragung der Durchsetzung durch einen Privaten, dem die Forderung abgetreten wird. Denn auch nach Abtretung behält die Forderung ja ihren öffentlich-rechtlichen Charakter.<sup>55)</sup>

In die gleiche Richtung weist das Urteil des nordrhein-westfälischen Oberverwaltungsgerichts, dass die Zulässigkeit einer Abtretung die vorherige Aufhebung des öffentlich-rechtlichen Leistungsgebots voraussetzt.<sup>56)</sup> Dahinter steht offenbar der Gedanke, dass der Hoheitsträger durch Aufhebung des Leistungsgebots die Forderungsdurchsetzung partiell „ent-hoheitlicht“. Selbst von dieser Position aus wäre die Abtretung jedenfalls in allen Fällen ausgeschlossen, in denen ein Leistungsbescheid mit Leistungsaufforderung ergangen ist. Ohne einen Leistungsbescheid zumindest in den Konstellationen, in denen die öffentlich-rechtliche Geldforderung nicht unmittelbar durch Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestands entsteht, hält hingegen der BGH eine Abtretung von vornherein für unzulässig.

Bereits die Auswertung der Rechtsprechung zeichnet das Bild einer allenfalls in seltenen Ausnahmefällen, auf deren Vorliegen die Kommune bewusst hinarbeiten müsste, denkbaren Abtretbarkeit öffentlich-rechtlicher

Geldforderungen.<sup>57)</sup> Diese Zurückhaltung ist berechtigt, ergab doch die teleologische Betrachtung des Verwaltungsvollstreckungsrechts die grundsätzlich nicht gegebene Abtretbarkeit öffentlich-rechtlicher Geldforderungen gegen Private. In den Worten des Bundesgerichtshofs wäre eine Abtretung, jedenfalls wenn sie zum Zwecke der Verlagerung der Rechtsdurchsetzung auf einen privaten Zessionar erfolgt, geeignet, die öffentlich-rechtliche Verfahrens- und Zuständigkeitsordnung zu umgehen.<sup>58)</sup>

## 2. Tätigwerden von Inkassounternehmen als Verwaltungshelfer

Wie ausgeführt (oben III.1.a) ist eine vollständige Übertragung der Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen der Kommunen auf private Inkassounternehmen nach geltender Rechtslage nicht zulässig. Im Ergebnis Gleiches gilt für eine Abtretung der Forderung zum Zwecke des Inkassos (oben III.1.b). Von privaten Inkassounternehmen können im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung daher nur Tätigkeiten rein vorbereitenden, nachbereitenden oder unterstützenden Charakters, welche nicht Element der hoheitlichen Maßnahme selbst sind, übernommen werden.

### a) Möglichkeiten und Grenzen für die Einbeziehung von Inkassounternehmen in die Verwaltungsvollstreckung als Verwaltungshelfer

Zur Kennzeichnung der Stellung Privater, die unselbstständig in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einbezogen werden, wird der Begriff des Verwaltungshelfers gebraucht. Hinter dieser Figur steht der bereits dargestellte Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit (oben III.1.a.aa), der die Kommune als Träger der öffentlichen Verwaltung dazu verpflichtet, ihre Aufgaben durch eigene personelle und sächliche Mittel wahrzunehmen. Die gesetzliche Zuordnung von Zuständigkeiten entfaltet nicht nur eine Schutzfunktion gegenüber dem Bürger,<sup>59)</sup> sondern bringt auch die Bewertung des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass gerade die für zuständig erklärte Stelle zur effektiven Erfüllung der betreffenden Aufgabe als besonders geeignet angesehen wird. Diese Bewertung bezieht sich typischerweise auch und gerade auf die personellen und sächlichen Ressourcen der jeweiligen Stelle. Daher liegt der Zuständigkeitsordnung der Grundsatz zugrunde, dass die Aufgabe von der

52) Helge Sodan/Jan Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Auflage 2018, § 96 Rn. 8.

53) Vgl. Christian Waldhoff, Vollstreckung und Sanktionen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Auflage 2013, § 46 Rn. 5, 68.

54) Vgl. Christian Waldhoff, Vollstreckung und Sanktionen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2. Auflage 2013, § 46 Rn. 68.

55) BGH, Beschluss vom 25. 7. 2013 – III ZB 18/13 – NVwZ 2013 S. 1630 Rn. 9f.; Christoph Ohler, Die Abtretung öffentlich-rechtlicher Forderungen an Private, DÖV 2004, S. 518 (522f.).

56) OVG Münster, Urteil vom 24. 7. 2013 – 14 A 1407/12 – NVwZ-RR 2014, S. 12 (14). Zu Unvereinbarkeit von öffentlich-rechtlichem Leistungsgebot und Abtretung an Private bereits Martin Burgi, Privatisierung der Verwaltungsvollstreckung – Möglichkeiten und Grenzen, Kommunal-Kassen-Zeitschrift 2000, S. 217 (224).

57) Eine Abtretbarkeit vollständig ablehnend Martin Burgi, Privatisierung der Verwaltungsvollstreckung – Möglichkeiten und Grenzen, Kommunal-Kassen-Zeitschrift 2000, S. 217 (224); Steffen Kroschwald, Privatisierung des kommunalen Forderungsmanagements, 2010, S. 33ff.; Heinrich De Wall, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 1999, S. 504. A.M. Alfons Gern, Privatisierung des Forderungsmanagements der Kommunen, DÖV 2009, S. 269 (271f.); Bettina Ruhland, Privatisierung der Verwaltungsvollstreckung, Kommunal-Kassen-Zeitschrift 2005, S. 43 (45): Abtretung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen zum Zwecke des Inkassos unproblematisch.

58) Dazu BGH, Urteil vom 28. 6. 2011 – VI ZR 191/10 – juris, Rn. 11.

59) Vgl. BVerwG, Urteil vom 4. 11. 1960 – VI C 163.58 – BVerwGE 11, S. 195 (202); BVerwG, Urteil vom 9. 3. 2005 – 6 C 3/04 – NJW 2005, S. 2330 (2332).

zuständigen Stelle selbst und durch eigene Mittel erfüllt wird. Dieser Verpflichtung können sich die Verwaltungsträger nicht entziehen.<sup>60)</sup>

Ohne eine weitergehende gesetzliche Regelung kann sich die zur Wahrnehmung einer Aufgabe zuständige Behörde lediglich punktueller Unterstützungsleistungen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben versichern. In diesem Fall liegt eine bloße Verwaltungshilfe vor, die keiner gesetzlichen Grundlage bedarf.<sup>61)</sup> Voraussetzung ist allerdings, dass die Zuständigkeitsordnung nicht dadurch durchbrochen wird, dass der Verwaltungshelfer die Aufgabe eigenverantwortlich wahrnimmt und damit zumindest partiell an die Stelle der Behörde tritt.<sup>62)</sup>

Aus diesem Grund sind in der Rechtsprechung als konstitutiv für die Eigenschaft als bloßer Verwaltungshelfer herausgearbeitet worden:

- Der Verwaltungshelfer darf nur vorbereitende oder unterstützende Hilfstätigkeiten für den Hoheitsträger vornehmen.<sup>63)</sup> Beispiele sind technische Maßnahmen wie z.B. Messungen oder die Erstellung von Luftbildern, für deren Durchführung der Aufgabenträger nicht über die erforderlichen spezifischen Mittel verfügt, oder rein mechanische Vorrichtungen wie der Versand von Dokumenten bzw. automatisierte Abläufe.<sup>64)</sup>
- Dabei darf es sich nur um einzelne Schritte handeln.<sup>65)</sup> Der gesamte Geschäftsprozess darf von einem Verwaltungshelfer auch dann nicht durchgeführt werden, wenn nach außen im Namen des Hoheitsträger gehandelt wird.<sup>66)</sup>

60) OVG Weimar, Beschluss vom 19. 10. 2009 – 4 EO 26/09 – juris, Rn. 24; OVG Weimar, Urteil vom 14. 12. 2009 – 4 KO 482/09 – juris, Rn. 33; VG Dresden, Urteil vom 16. 2. 2010 – 2 K 201/09 – juris, Rn. 15; VG Köln, Urteil vom 24. 5. 2011 – 14 K 1092/10 – juris, Rn. 41.

61) OVG Münster, Beschluss vom 16. 5. 2013 – 9 A 198/11 – juris, Rn. 17; VG Gießen, Urteil vom 3. 11. 2009 – 8 K 221/09. Gl – juris, Rn. 27; VG Köln, Urteil vom 24. 5. 2011 – 14 K 1092/10 – juris, Rn. 52. Grundlegend zur Figur der Verwaltungshilfe Martin Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 100ff.

62) OVG Münster, Beschluss vom 16. 5. 2013 – 9 A 198/11 – juris, Rn. 17; VG Dresden, Urteil vom 16. 2. 2010 – 2 K 201/09 – juris, Rn. 15.

63) OVG Bautzen, Urteil vom 3. 12. 2013 – 4 A 567/11 – juris, Rn. 24; OVG Schleswig, Urteil vom 15. 3. 2006 – 2 LB 9/05 – juris, Rn. 36; OVG Weimar, Beschluss vom 19. 10. 2009 – 4 EO 26/09 –, Rn. 26; OVG Weimar, Urteil vom 14. 12. 2009 – 4 KO 482/09 – juris, Rn. 35; SG Duisburg, Beschluss vom 12. 12. 2013 – S 48 SO 588/17 ER – juris, Rn. 23; VG Ansbach, Urteil vom 25. 11. 2014 – AN 1 K 14.00297 – juris, Rn. 91; VG Cottbus, Beschluss vom 17. 12. 2010 – 6 L 55/10 – juris, Rn. 70; VG Dresden, Urteil vom 16. 2. 2010 – 2 K 201/09 – juris, Rn. 16; VG Köln, Urteil vom 24. 5. 2011 – 14 K 1092/10 – juris, Rn. 50.

64) OVG Bautzen, Urteil vom 3. 12. 2013 – 4 A 567/11 – juris, Rn. 24; OVG Weimar, Beschluss vom 19. 10. 2009 – 4 EO 26/09 –, Rn. 26; OVG Weimar, Urteil vom 14. 12. 2009 – 4 KO 482/09 – juris, Rn. 35; VG Ansbach, Urteil vom 25. 11. 2014 – AN 1 K 14.00297 – juris, Rn. 91; VG Köln, Urteil vom 24. 5. 2011 – 14 K 1092/10 – juris, Rn. 54.

65) OVG Bautzen, Urteil vom 3. 12. 2013 – 4 A 567/11 – juris, Rn. 24.

66) OVG Bautzen, Urteil vom 3. 12. 2013 – 4 A 567/11 – juris,

- Die vollständige inhaltliche Verantwortung für die Aufgabenerfüllung verbleibt beim Hoheitsträger,<sup>67)</sup> in dessen Namen die Aufgabenerfüllung erfolgen muss.<sup>68)</sup>

- Der Verwaltungshelfer muss den Weisungen der zuständigen Behörde im Einzelfall unterliegen.<sup>69)</sup> Dementsprechend genügt die allgemeine Anweisung an den Verwaltungshelfer, alle künftigen Fälle nach den anzuwendenden Rechtsnormen zu behandeln, nicht aus.<sup>70)</sup>

- Die bloße Möglichkeit der Kontrolle des Handelns des Verwaltungshelfers durch den Hoheitsträger reicht nicht aus.<sup>71)</sup> Vielmehr müssen eigene Bedienstete des Hoheitsträgers die einzelne Entscheidung überprüfen und ggf. korrigieren, bevor sie im Namen des Hoheitsträgers erlassen wird.<sup>72)</sup> Bloß stichprobenartige Kontrollen werden dem nicht hinreichend gerecht.<sup>73)</sup> Überlässt die Behörde dem Privaten der Sache nach den Inhalt der Entscheidung, so sind die Grenzen zulässiger Verwaltungshilfe überschritten.<sup>74)</sup> Dabei kommt es nicht darauf an, ob bei der

Rn. 24; OVG Weimar, Beschluss vom 19. 10. 2009 – 4 EO 26/09 –, Rn. 26; OVG Weimar, Urteil vom 14. 12. 2009 – 4 KO 482/09 – juris, Rn. 35; VG Gießen, Urteil vom 3. 11. 2009 – 8 K 221/09.Gl – juris, Rn. 27; VG Köln, Urteil vom 24. 5. 2011 – 14 K 1092/10 – juris, Rn. 54f.

67) OVG Münster, Beschluss vom 16. 5. 2013 – 9 A 198/11 – juris, Rn. 17; VG Düsseldorf, Urteil vom 11. 11. 2015 – 5 K 6187/14 – juris, Rn. 174; VG Gießen, Urteil vom 3. 11. 2009 – 8 K 221/09.Gl – juris, Rn. 27.

68) OVG Bautzen, Beschluss vom 24. 9. 2004 – 5 BS 119/04 – juris, Rn. 12; OVG Münster, Urteil vom 27. 9. 1979 – XVI A 2693/78 – juris, Rn. 7f.; OVG Weimar, Beschluss vom 19. 10. 2009 – 4 EO 26/09 –, Rn. 25; OVG Weimar, Urteil vom 14. 12. 2009 – 4 KO 482/09 – juris, Rn. 34; VGH München, Urteil vom 1. 6. 2017 – 20 B 16.2241 – juris, Rn. 27.

69) OVG Schleswig, Urteil vom 15. 3. 2006 – 2 LB 9/05 – juris, Rn. 36; VGH München, Urteil vom 1. 6. 2017 – 20 B 16.2241 – juris, Rn. 27; SG Duisburg, Beschluss vom 12. 12. 2013 – S 48 SO 588/17 ER – juris, Rn. 23; VG Cottbus, Beschluss vom 17. 12. 2010 – 6 L 55/10 – juris, Rn. 70; VG Gießen, Urteil vom 3. 11. 2009 – 8 K 221/09.Gl – juris, Rn. 27; VG Köln, Urteil vom 24. 5. 2011 – 14 K 1092/10 – juris, Rn. 50.

70) OVG Schleswig, Urteil vom 15. 3. 2006 – 2 LB 9/05 – juris, Rn. 37; SG Duisburg, Beschluss vom 12. 12. 2013 – S 48 SO 588/17 ER – juris, Rn. 23; VG Cottbus, Beschluss vom 17. 12. 2010 – 6 L 55/10 – juris, Rn. 70; VG Düsseldorf, Urteil vom 11. 11. 2015 – 5 K 6187/14 – juris, Rn. 85.

71) OVG Schleswig, Urteil vom 15. 3. 2006 – 2 LB 9/05 – juris, Rn. 37; VG Cottbus, Beschluss vom 17. 12. 2010 – 6 L 55/10 – juris, Rn. 70; VG Cottbus, Urteil vom 23. 10. 2014 – 6 K 911/14 – juris, Rn. 36; VG Köln, Urteil vom 24. 5. 2011 – 14 K 1092/10 – juris, Rn. 63. Großzügiger wohl VG Düsseldorf, Urteil vom 11. 11. 2015 – 5 K 6187/14 – juris, Rn. 174.

72) OVG Münster, Beschluss vom 16. 5. 2013 – 9 A 198/11 – juris, Rn. 19; OVG Schleswig, Urteil vom 15. 3. 2006 – 2 LB 9/05 – juris, Rn. 37; VG Cottbus, Urteil vom 23. 10. 2014 – 6 K 911/14 – juris, Rn. 36.

73) VG Cottbus, Beschluss vom 17. 12. 2010 – 6 L 55/10 – juris, Rn. 70.

74) OVG Münster, Beschluss vom 16. 5. 2013 – 9 A 198/11 – juris, Rn. 20; VG Dresden, Urteil vom 16. 2. 2010 – 2 K 201/09 – juris, Rn. 16.

Entscheidung Ermessen besteht oder ob es sich um eine gebundene Entscheidung handelt.<sup>75)</sup>

Diese allgemeinen Anforderungen an das Vorliegen von Verwaltungshilfe sind in der Rechtsprechung für die Einschaltung privater Unternehmen in die Verwirklichung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen weiter konkretisiert worden. Grundsätzlich wird auch insoweit eine Verwaltungshilfe für zulässig erachtet.<sup>76)</sup> Die durch diese einzuhaltenden Grenzen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Inkassounternehmen dürfen im Rahmen von Forderungsmanagement und -durchsetzung bei öffentlich-rechtlichen Geldforderungen nur bloße Hilfstätigkeiten ausführen.<sup>77)</sup> Die abschließende Entscheidungskompetenz muss bei der für den jeweiligen Verfahrensschritt zuständigen Behörde liegen und auch tatsächlich wahrgenommen werden.<sup>78)</sup>
- Als zulässige Hilfstätigkeiten angesehen werden von Teilen der Rechtsprechung die Berechnung der Geldforderung, die Ausfertigung und Versendung von Forderungsbescheiden<sup>79)</sup> sowie die Entgegennahme und das Weiterleiten von Zahlungen auf die Geldforderung an den Gläubiger der Forderung.<sup>80)</sup> Andere Entscheidungen sehen selbst für diese Tätig-

keiten die Grenzen zulässiger Verwaltungshilfe als überschritten an.<sup>81)</sup>

- Nicht als einem Verwaltungshelfer zugängliche Hilfstätigkeiten eingestuft wurden von der Rechtsprechung hingegen die selbstständige Einziehung der Forderung durch das Inkassounternehmen im Namen des Gläubigers,<sup>82)</sup> die Änderung – z. B. durch ganz oder teilweisen Erlass – oder Stundung der Forderung<sup>83)</sup> sowie alle Maßnahmen zur oder in der Vollstreckung der Forderung einschließlich einer Aussetzung der Vollziehung.<sup>84)</sup>
- In der Rechtsprechung als zulässig angesehen worden ist allerdings das Tätigwerden eines „Inkassobeauftragten“ dergestalt, dass er dem Schuldner der öffentlich-rechtlichen Geldforderung mündlich die bei Nichtzahlung drohenden Folgen vor Augen führt. Das Gericht hat dies als bloß wiederholenden Hinweis auf die bereits seitens der Vollstreckungsbehörde vorgängig erfolgten Mahnungen mit Androhung der Versorgungseinstellung bewertet.<sup>85)</sup>
- Der Erlass von vollstreckungsfähigen Verwaltungsakten ist einem privaten Inkassounternehmen grundsätzlich nicht möglich.<sup>86)</sup> Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn das Unternehmen damit auf gesetzlicher Grundlage beliehen worden ist.<sup>87)</sup>

75) OVG Schleswig, Urteil vom 15. 3. 2006 – 2 LB 9/05 – juris, Rn. 37; OVG Weimar, Beschluss vom 19. 10. 2009 – 4 EO 26/09 –, Rn. 26; OVG Weimar, Urteil vom 14. 12. 2009 – 4 KO 482/09 – juris, Rn. 35

76) VG Ansbach, Urteil vom 21. 11. 2006 – AN 1 K 06.00581 – juris, Rn. 58; VG Cottbus, Urteil vom 23. 10. 2014 – 6 K 911/14 – juris, Rn. 36; VG Köln, Beschluss vom 5. 7. 2004 – 14 L 612/04 – juris, Rn. 13; VG Leipzig, Urteil vom 12. 1. 1998 – 6 K 1284/96 – LKV 1999, S. 241. Ebenso etwa Ralf B. Abel/Ulrich Karpenstein, Verbesserung des öffentlichen Forderungsmanagements – Möglichkeiten und Grenzen einer Einbeziehung privater Unternehmen, RDV 2005, S. 157 (159); Martin Burgi, Privatisierung der Verwaltungsvollstreckung – Möglichkeiten und Grenzen, Kommunal-Kassen-Zeitschrift 2000, S. 217 (222); Helmut Hagemann, Kommunaler Forderungseinzug durch Inkassounternehmen und Mahnanwälte, Kommunal-Kassen-Zeitschrift 2006, S. 69; Anton Kumanoff/Anett Schwarzkopf/Armin Fröse, Die Verwaltungshilfe als Variante der Hoheitsverwaltung durch die Gemeinde, SächsVbl. 1997, S. 73 (75); Jürgen Wohlfarth, Rechtsfragen der Beauftragung privater Inkassounternehmen durch Gemeinden und Gemeindeverbände, Saarländische Kommunal-Zeitschrift 2006, S. 174 (176).

77) VG Ansbach, Urteil vom 21. 11. 2006 – AN 1 K 06.00581 – juris, Rn. 58; VG Cottbus, Urteil vom 23. 10. 2014 – 6 K 911/14 – juris, Rn. 36; VG Köln, Beschluss vom 5. 7. 2004 – 14 L 612/04 – juris, Rn. 13; VG Leipzig, Urteil vom 12. 1. 1998 – 6 K 1284/96 – LKV 1999, S. 241.

78) VG Ansbach, Urteil vom 21. 11. 2006 – AN 1 K 06.00581 – juris, Rn. 58; VG Düsseldorf, Urteil vom 11. 11. 2015 – 5 K 6187/14 – juris, Rn. 85; VG Cottbus, Urteil vom 23. 10. 2014 – 6 K 911/14 – juris, Rn. 36; VG Köln, Beschluss vom 5. 7. 2004 – 14 L 612/04 – juris, Rn. 13; VG Leipzig, Urteil vom 12. 1. 1998 – 6 K 1284/96 – LKV 1999, S. 241.

79) VG Köln, Beschluss vom 5. 7. 2004 – 14 L 612/04 – juris, Rn. 13; VG Köln, Gerichtsbeschluss vom 22. 5. 2014 – 14 K 7017/13 – juris, Rn. 15; VG Leipzig, Urteil vom 12. 1. 1998 – 6 K 1284/96 – LKV 1999, S. 241.

80) VG Köln, Beschluss vom 5. 7. 2004 – 14 L 612/04 – juris, Rn. 13; VG Leipzig, Urteil vom 12. 1. 1998 – 6 K 1284/96 – LKV 1999, S. 241.

## b) Datenschutzrechtliche Anforderungen

Dass Daten, die bei der öffentlichen Hand im Zuge der Entstehung und Verwirklichung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen über den Schuldner und seine persönlichen Umstände anfallen, besonders schutzbedürftig sein können, ist schon früh in der Regelung des § 30 AO über das Steuergeheimnis zum Ausdruck gebracht worden. Die Kommunalabgabengesetze der Länder verweisen in unterschiedlicher Reichweite auf diese Regelung (vgl. nur § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c KAG BW; § 12 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c Brb.KAG).

81) VG Gießen, Urteil vom 3. 11. 2009 – 8 K 221/09.Gl – juris, Rn. 29. Ebenso wohl Helmut Hagemann, Das Inkassounternehmen als Verwaltungshelfer und datenschutzrechtlicher Auftragnehmer im externen kommunalen Forderungsinnkasso, Kommunal-Kassen-Zeitschrift 2010, S. 169 (170).

82) OVG Bautzen, Urteil vom 2. 10. 2007 – 5 B 178/07 – juris, Rn. 35.

83) VG Köln, Beschluss vom 5. 7. 2004 – 14 L 612/04 – juris, Rn. 13; VG Köln, Gerichtsbeschluss vom 22. 5. 2014 – 14 K 7017/13 – juris, Rn. 15; VG Leipzig, Urteil vom 12. 1. 1998 – 6 K 1284/96 – LKV 1999, S. 241.

84) VG Köln, Beschluss vom 5. 7. 2004 – 14 L 612/04 – juris, Rn. 13; VG Leipzig, Urteil vom 12. 1. 1998 – 6 K 1284/96 – LKV 1999, S. 241.

85) OVG Berlin, Beschluss vom 1. 11. 2013 – 9 N 181.12 – juris, Rn. 8.

86) OVG Bautzen, Urteil vom 3. 12. 2013 – 4 A 567/11 – juris, Rn. 24; OVG Schleswig, Urteil vom 15. 3. 2006 – 2 LB 9/05 – juris, Rn. 36; VG Cottbus, Urteil vom 23. 10. 2014 – 6 K 911/14 – juris, Rn. 36; VG Gießen, Urteil vom 3. 11. 2009 – 8 K 221/09.Gl – juris, Rn. 30; VG Leipzig, Urteil vom 12. 1. 1998 – 6 K 1284/96 – LKV 1999, S. 241.

87) VG Cottbus, Urteil vom 23. 10. 2014 – 6 K 911/14 – juris, Rn. 36.

Allerdings sieht § 30 AO selbst in seinem Abs. 9 die Möglichkeit vor, dass sich die Finanzbehörden bei der Verarbeitung durch das Steuergeheimnis geschützter Daten eines Auftragsverarbeiters im Sinne von Art. 4 Nr. 8 der Verordnung (EU) 2016/679 vom 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung – DS-GVO)<sup>88)</sup> bedienen können, sofern die Datenverarbeitung ausschließlich durch zur Wahrung des Steuergeheimnisses verpflichtete Personen erfolgt. Insofern ist die frühere Auffassung, dass § 30 AO der Zugänglichmachung von Daten aus Steuerschuldverhältnissen an Verwaltungsexterne entgegensteht,<sup>89)</sup> überholt.

Überwiegend wird die Auftragsdatenverarbeitung durch private Unternehmen beim Forderungsmanagement für öffentlich-rechtliche Geldforderungen der Kommunen als grundsätzlich zulässig angesehen.<sup>90)</sup> Für die Beurteilung der Frage, unter welchen Voraussetzungen dies der Fall sein könnte, ist zwischen verschiedenen Aspekten zu unterscheiden:

- der Frage, ob ein Inkasso-Unternehmen Auftragsverarbeiter ist;
- der Zulässigkeit der Übermittlung von bei der Kommune vorhandenen Daten an ein privates Inkasso-Unternehmen;
- den Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung.

#### aa) Das Inkassounternehmen als Auftragsverarbeiter oder Verantwortlicher

Unter einem Auftragsverarbeiter ist ausweislich des Art. 4 Nr. 8 DS-GVO eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle zu verstehen, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet. Wer „Verantwortlicher“ in diesem Sinne ist, bestimmt sich nach Art. 4 Nr. 7 DS-GVO. Danach ist Verantwortlicher die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und

88) ABl.EU vom 4. 5. 2016, L 119/1.

89) So etwa Helmut Hagemann, Kommunal-Forderungseinzug durch Inkassounternehmen und Mahnanwälte, Kommunal-Kassen-Zeitschrift 2006, S. 69 (70 f.); Yvonne Rößler, Inanspruchnahme von privaten Inkassoeinrichtungen beim kommunalen Forderungseinzug – Datenschutzrechtliche Grenzen, Kommunal-Kassen-Zeitschrift 2009, S. 73 (74 f.).

90) Vgl. nur den 23. Tätigkeitsbericht des bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz, Bay.LT-Drucks. 16/2100 S. 75; Norbert Meier, Zur Zulässigkeit der Zusammenarbeit mit privaten Dienstleistungsunternehmen im Rahmen der Einziehung kommunaler Forderungen, Der Gemeindehaushalt 2015, S. 80 (81). A. M. Helmut Hagemann, Kommunal-Forderungseinzug durch Inkassounternehmen und Mahnanwälte, Kommunal-Kassen-Zeitschrift 2006, S. 69 (71). Zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen an Inkassounternehmen bei zivilrechtlichen Forderungen vgl. Walter Krämer, Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Inkassounternehmen und Auskunftfeiern nach der DS-GVO, NJW 2018, S. 347 ff.; Kai-Uwe Plath, Anforderungen der DS-GVO an die Tätigkeit von Inkassodienstleistern, Zeitschrift für das Forderungsmanagement 2017, S. 139 ff.

Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet.

Der Zweck dieser Begriffsbestimmung besteht in der Festlegung des Adressaten des datenschutzrechtlichen Pflichtenregimes, welchem die Verantwortung für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen zugewiesen wird.<sup>91)</sup> Zentrales Merkmal ist dabei die Entscheidung über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten.<sup>92)</sup> Der Zweck einer Datenverarbeitung ist dabei das angestrebte oder das die geplanten Aktionen leitende Ergebnis. Unter dem Mittel ist das „Wie“ der Erreichung des Ergebnisses oder Ziels zu verstehen.<sup>93)</sup> Im Falle der Vollstreckung von Geldforderungen der Kommunen kann als Zweck die Verwirklichung der Forderung zugunsten der Kommune angesehen werden.

Gerade bei der Auftragsdatenverarbeitung kann allerdings die Situation eintreten, dass der ersten Stelle die vollständige Entscheidung über den Zweck vorbehalten ist, während die zweite Stelle über spezifische technologische Ressourcen der Datenverarbeitung verfügt und sie diese gerade aus diesem Grund übernommen hat. In dieser Konstellation wird die Entscheidung über die Mittel der Verarbeitung möglicherweise von der zweiten Stelle getroffen.<sup>94)</sup> Andererseits kann die Übertragung der Datenverarbeitung, des Processing, auf die zweite Stelle nicht ausnahmslos dazu führen, dass beide Stellen gleichermaßen Verantwortliche im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DS-GVO sind. Denn die Konstellation der Auftragsdatenverarbeitung beruht definitionsgemäß darauf, dass der Auftragsverarbeiter gerade nicht selbst Verantwortlicher wird.

Die Abgrenzung zwischen gemeinsamer Verantwortlichkeit und Auftragsdatenverarbeitung ist im Einzelfall anhand zweier Kriterien vorzunehmen: Erstens liegt die Entscheidung über den Zweck der Verarbeitung allein beim Verantwortlichen im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DS-GVO. Kann diejenige Stelle, die die Mittel der Datenverarbeitung anwendet und ggf. auch festlegt, hierüber auf den Zweck der Datenverarbeitung zurückwirken oder die erhaltenen Daten auch für eigene Zwecke nutzen, so ist sie ebenfalls Verantwortlicher.<sup>95)</sup> Zweitens muss der Verantwortliche zumindest die wesentlichen Entscheidungen auch über den Prozess der Datenverarbeitung selbst treffen, wohingegen sich ein Auftragsverarbeiter dadurch auszeichnet, dass er lediglich für technische und organisatorische Fragen der Datenverarbeitung zuständig ist.<sup>96)</sup> Ausgeformt sind die diesbezüglichen Anforderungen in Art. 28 DS-GVO (dazu unten III.2.b.cc).

91) Rolf Schwartmann/Robin Mühlenbeck, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 4 DS-GVO Rn. 99.

92) Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 1/2010 on the concepts of „controller“ and „processor“, S. 12.

93) Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 1/2010 on the concepts of „controller“ and „processor“, S. 13.

94) Vgl. Rolf Schwartmann/Robin Mühlenbeck, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 4 DS-GVO Rn. 122.

95) Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 1/2010 on the concepts of „controller“ and „processor“, S. 14.

96) Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 1/2010 on the concepts of „controller“ and „processor“, S. 15.

In Anbetracht dessen, dass die Einschaltung eines privaten Inkassounternehmens bei der Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen nicht über die Rolle eines bloßen Verwaltungshelfers hinausgehen darf (oben III.2), ist eine Stellung als datenschutzrechtlich Verantwortlicher ausgeschlossen. In Betracht kommt nur die Übernahme der Funktion eines Auftragsverarbeiters unter den Voraussetzungen des Art. 28 DS-GVO (dazu unten III.2.b.cc).

#### bb) Zulässigkeit der Übermittlung von bei der Kommune vorhandenen Daten an ein privates Inkassounternehmen

Bevor ein Inkassounternehmen unterstützende Tätigkeiten im Rahmen des kommunalen Forderungsmanagements entfalten kann, ist es häufig – in Abhängigkeit von den übertragenen Aufgaben – darauf angewiesen, dass ihm die Kommune die dafür erforderlichen Daten zur Verfügung stellt. Die Begründung eines Verhältnisses der Auftragsdatenverarbeitung ist nicht identisch mit der Übermittlung der Daten an den Auftragsverarbeiter, die dieser zur Erfüllung des Auftrags benötigt.

Nicht abschließend geklärt ist, ob es für die Zulässigkeit der Zurverfügungstellung von Daten an einen Auftragsverarbeiter erforderlich ist, dass einer der Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO erfüllt ist, oder ob die Auftragsdatenverarbeitung in dem Sinne privilegiert ist, dass sie bereits bei Erfüllung der Anforderungen des Art. 28 DS-GVO zulässig ist.

Auszugehen ist davon, dass die Zurverfügungstellung von Daten eine Offenlegung in Form der Übermittlung und damit eine Verarbeitung im Sinne von Art. 4 Nr. 2 DS-GVO darstellt. Auch die Übermittlung unterliegt damit grundsätzlich dem Rechtmäßigkeitsgebot des Art. 5 Abs. 1 Buchst. a DS-GVO und damit dem Erfordernis des Vorliegens eines Erlaubnistatbestandes nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO.<sup>97)</sup> Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass Art. 28 DS-GVO sich nicht als eigenständiger, zu Art. 6 Abs. 1 DS-GVO hinzutretender Erlaubnistatbestand einordnen lässt<sup>98)</sup>.

Hieraus ist von Teilen des wissenschaftlichen Schrifttums die Folgerung gezogen worden, dass die Zurverfügungstellung von Daten durch den Verantwortlichen an den Auftragsverarbeiter eine Übermittlung darstelle, die der Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO bedürfe. In Betracht komme insoweit allein eine Rechtfertigung im Wege der Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO<sup>99)</sup>. Folgte man dieser Auffassung, so wäre zu beachten, dass eine Auftragsdatenverarbeitung in Art. 28 DS-GVO ausdrücklich vorgesehen ist und die Beauftra-

gung eines Auftragsverarbeiters daher als im berechtigten Interesse des Verantwortlichen im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO liegend angesehen werden kann.<sup>100)</sup> Da eine Auftragsdatenverarbeitung nur unter den besonderen Sicherungen des Art. 28 DS-GVO zulässig ist, sind der Auftragsverarbeitung widerstreitende Interesse der betroffenen Person nicht ersichtlich.<sup>101)</sup> Bei der Beauftragung von Inkassounternehmen mit einer Auftragsdatenverarbeitung dürften besondere personenbezogene Daten nach Art. 9 DS-GVO in aller Regel nicht betroffen sein.<sup>102)</sup>

Von anderer Seite wird hingegen bestritten, dass die Übermittlung von Daten an den Auftragsverarbeiter einen der Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO erfüllen müsse. Nach dieser Auffassung belegt Art. 4 Nr. 10 DS-GVO, der den Auftragsverarbeiter gerade nicht als „Dritten“ einordnet, dass der Auftragsverarbeiter gleichsam im Lager des Verantwortlichen steht.<sup>103)</sup> In Anbetracht der Weisungsabhängigkeit des Auftragsverarbeiters sei dieser lediglich als verlängerter Arm des Verantwortlichen anzusehen, so dass die Übermittlung von Daten an den Auftragsverarbeiter keine zusätzlichen Schutzbedarfe hervorruft.<sup>104)</sup> Dementsprechend erstreckt sich nach diesem Ansatz die Erfüllung eines der Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO durch die Verarbeitung zu dem durch den Verantwortlichen festgelegten Zweck auch auf die Übermittlung an den Auftragsverarbeiter. Eine zusätzliche Rechtfertigung ist für diese Übermittlung danach nicht erforderlich.<sup>105)</sup>

Im Ergebnis kommt es für die vorliegend relevante Konstellation nicht darauf an, welcher Auffassung zur Frage einer Rechtfertigungsbedürftigkeit der Übermitt-

97) Vgl. Bernd Schmidt / Bernhard Freund, Perspektiven der Auftragsverarbeitung, ZD 2017 S. 14.

98) Jürgen Hartung, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO – BDSG, 2. Auflage 2018, Art. 28 Rn. 22; Sascha Kremer, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 28 DS-GVO Rn. 67; Niclas Krohm/Philipp Müller-Peltzer, (Fehlende) Privilegierung der Auftragsverarbeitung unter der Datenschutz-Grundverordnung?, RDV 2016, S. 307 (310).

99) Alexander Roßnagel/Steffen Kroschwald, Was wird aus der Datenschutzgrundverordnung?, ZD 2014, S. 495 (497).

100) Sascha Kremer, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 28 DS-GVO Rn. 61.

101) Sascha Kremer, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 28 DS-GVO Rn. 61 f.

102) Zu diesem Problem Niclas Krohm/Philipp Müller-Peltzer, (Fehlende) Privilegierung der Auftragsverarbeitung unter der Datenschutz-Grundverordnung?, RDV 2016, S. 307 (309).

103) Vgl. Jürgen Hartung, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO – BDSG, 2. Auflage 2018, Art. 28 Rn. 17; Mario Martini, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DS-GVO, 2. Auflage 2018, Art. 28 Rn. 8a; Barbara Schmitz/Jonas von Dall'Armi, Auftragsdatenverarbeitung in der DS-GVO – das Ende der Privilegierung?, ZD 2016, S. 427 (429).

104) Bernd Schmidt/Bernhard Freund, Perspektiven der Auftragsverarbeitung, ZD 2017 S. 14 (16); Barbara Schmitz/Jonas von Dall'Armi, Auftragsdatenverarbeitung in der DS-GVO – das Ende der Privilegierung?, ZD 2016, S. 427 (429).

105) Jürgen Hartung, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO – BDSG, 2. Auflage 2018, Art. 28 Rn. 23; Sascha Kremer, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 28 DS-GVO Rn. 69ff.; Niclas Krohm/Philipp Müller-Peltzer, (Fehlende) Privilegierung der Auftragsverarbeitung unter der Datenschutz-Grundverordnung?, RDV 2016, S. 307 (311); Mario Martini, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DS-GVO, 2. Auflage 2018, Art. 28 Rn. 10; Kai-Uwe Plath, in: Plath (Hrsg.), DSGVO / BDSG, 3. Auflage 2018, Art. 28 Rn. 6; Barbara Schmitz/Jonas von Dall'Armi, Auftragsdatenverarbeitung in der DS-GVO – das Ende der Privilegierung?, ZD 2016, S. 427 (429).

lung von Daten durch den Verantwortlichen an den Auftragsverarbeiter man folgt. Die Übermittlung von Daten zur Verwirklichung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen durch die Kommune an ein privates Inkassounternehmen, das als Auftragsverarbeiter beauftragt wird, ist datenschutzrechtlich grundsätzlich – vorbehaltlich bereichsspezifischer Einschränkungen – zulässig.

### cc) Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung

Art. 28 DS-GVO formuliert eine Reihe von Anforderungen, die bei einer Auftragsdatenverarbeitung zu beachten sind:

Bereits in der Auswahl eines Auftragsverarbeiters ist der Verantwortliche nicht frei. Gemäß Art. 28 Abs. 1 DS-GVO darf vielmehr nur ein solcher Auftragsverarbeiter ausgewählt werden, der hinreichend Garantien dafür bietet, dass geeignete technische und organisatorische Maßnahmen so durchgeführt werden, dass die Verarbeitung im Einklang mit den Anforderungen der DS-GVO erfolgt und den Schutz der Rechte der betroffenen Person gewährleistet. Der Verantwortliche darf sich mithin nicht darauf verlassen, diese Garantien in dem mit dem Auftragsverarbeiter zu schließenden Vertrag durchsetzen zu können, sondern muss entsprechende Nachweise bereits bei der Vergabe der Auftragsdatenverarbeitung fordern.<sup>106)</sup> Allerdings endet die Pflicht des Verantwortlichen zur Prüfung, ob der Auftragsverarbeiter den Anforderungen nach Art. 28 Abs. 1 DS-GVO genügt, nicht mit der Beauftragung. Es handelt sich vielmehr um eine Dauerpflicht des Verantwortlichen, welche ihn zur laufenden Kontrolle während der gesamten Vertragslaufzeit verpflichtet.<sup>107)</sup>

Die Auftragsdatenverarbeitung muss von dem Verantwortlichen gegenüber dem Auftragsverarbeiter beauftragt sein (vgl. Art. 28 Abs. 1 DS-GVO). Diese Beauftragung kann in Form eines schriftlichen (Art. 28 Abs. 9 DS-GVO) Vertrages oder eines anderen Rechtsinstruments erfolgen, sofern dieses Instrument im EU-Recht oder im mitgliedstaatlichen Recht vorgesehen ist (Art. 28 Abs. 3 Satz 1 DS-GVO). Vertrag bzw. Instrument müssen für den Auftragsverarbeiter gegenüber dem Verantwortlichen verbindlich sein (Art. 28 Abs. 3 Satz 1 DS-GVO).

Ein Art. 28 DS-GVO genügender Vertrag muss u.a. folgende Regelungen treffen:

- Der Vertrag muss Gegenstand und Dauer sowie Art und Zweck der Verarbeitung festlegen (Art. 28 Abs. 3 Satz 1 DS-GVO).
- Ebenso festgelegt werden müssen die Art der personenbezogenen Daten und die Kategorien betroffener Personen (Art. 28 Abs. 3 Satz 1 DS-GVO).

106) Sascha Kremer, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 28 DS-GVO Rn. 83 f.

107) Jürgen Hartung, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO – BDSG, 2. Auflage 2018, Art. 28 Rn. 60; Mario Martini, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DS-GVO, 2. Auflage 2018, Art. 28 Rn. 21; Kai-Uwe Plath, in: Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 3. Auflage 2018, Art. 28 Rn. 12.

- Der Auftragsverarbeiter muss gewährleisten, dass alle zur Verarbeitung der personenbezogenen Daten befugten Personen zur Vertraulichkeit verpflichtet sind (Art. 28 Abs. 3 Satz 2 Buchst. b DS-GVO).
- Darüber hinaus muss der Auftragsverarbeiter durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen sicherstellen, dass ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau im Sinne des Art. 32 DS-GVO erreicht wird (Art. 28 Abs. 3 Satz 2 Buchst. c DS-GVO).
- Der mit dem Auftragsverarbeiter geschlossene Vertrag muss des Weiteren vorsehen, dass der Auftragsverarbeiter – vorbehaltlich bestehender rechtlicher Speicherpflichten – nach Abschluss der Erbringung der Verarbeitungsleistungen alle personenbezogenen Daten nach Wahl des Verantwortlichen entweder löscht oder zurückgibt (Art. 28 Abs. 3 Satz 2 Buchst. g DS-GVO).

Der Vertrag muss schließlich die Rechte und Pflichten des Verantwortlichen festlegen (Art. 28 Abs. 3 Satz 1 DS-GVO). Hierzu gehören:

- Die alleinige Entscheidung über die Zwecke der Verarbeitung und zumindest über die wesentlichen Aspekte auch des Prozesses der Datenverarbeitung durch den Verantwortlichen.<sup>108)</sup>
- Das Verbleiben der Verantwortlichkeit für die Rechte betroffener Personen beim Verantwortlichen.<sup>109)</sup>
- Die Verarbeitung der personenbezogenen Daten nur auf dokumentierte Weisung des Verantwortlichen (Art. 28 Abs. 3 Satz 2 Buchst. a DS-GVO). Allerdings ist bereits in Art. 29 DS-GVO durch Rechtsvorschrift bestimmt, dass der Auftragsverarbeiter die personenbezogenen Daten ausschließlich auf Weisung des Verantwortlichen verarbeiten darf.<sup>110)</sup> Die Verarbeitung durch den Auftragsverarbeiter darf nur innerhalb der Weisungen erfolgen. Deshalb muss die Weisung bereits erteilt sein, bevor dem Auftragsverarbeiter ein Zugang zu den personenbezogenen Daten eröffnet wird.<sup>111)</sup> Wegen dieser zentralen Bedeutung der Weisungsgebundenheit, die als das Auftragsverarbeitungsprägende Element bezeichnet werden kann,<sup>112)</sup> ist der Verantwortliche zur Erteilung von Weisungen nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet.<sup>113)</sup> Ob

108) Sascha Kremer, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 28 DS-GVO Rn. 97.

109) Sascha Kremer, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 28 DS-GVO Rn. 83 f.

110) Sascha Kremer, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 29 DS-GVO Rn. 10.

111) Sascha Kremer, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 29 DS-GVO Rn. 13.

112) Kai-Uwe Plath, in: Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 3. Auflage 2018, Art. 28 Rn. 8.

113) Sascha Kremer, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 29 DS-GVO Rn. 13.

eine allgemeine Weisung ausreicht<sup>114)</sup> oder ob es – ggf. zusätzlicher – Weisungen im Einzelfall bedarf, ist eine Frage der für die Erreichung der Zwecke der Verarbeitung zu treffenden Maßnahmen.

- Die Berechtigung des Verantwortlichen zur Überprüfung der Einhaltung der Pflichten durch den Auftragsverarbeiter (Art. 28 Abs. 3 Satz 2 Buchst. h DSGVO). Dabei obliegt es zunächst dem Auftragsverarbeiter, gegenüber dem Verantwortlichen durch geeignete Informationen die Einhaltung der Pflichten nachzuweisen.<sup>115)</sup> Erst wenn die vom Auftragsverarbeiter vorgelegten Nachweise Anlass zu Zweifeln an der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Pflichten geben, kann sich das Kontrollrecht des Verantwortlichen zu einer Pflicht verdichten.

#### IV. Bewertung der Einbeziehung privater Inkassounternehmen in die Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen der Kommunen

Für eine Bewertung der Einbeziehung privater Inkassounternehmen in die Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen ist zunächst die entlastende Wirkung von Bedeutung, die für die Kommunen durch die Einschaltung von Inkassounternehmen erzielt werden könnte. Sie ist von vornherein nur in dem Rahmen möglich, den das geltende Recht einer solchen Einbeziehung privater Unternehmen setzt. Soweit danach eine Entlastung der Kommunen durch Verlagerung von Arbeitsschritten zulässig ist, sind ihr in einem zweiten Schritt die zusätzlichen Verpflichtungen gegenüberzustellen, die einer Kommune bei einer Einbeziehung von Inkassounternehmen erwachsen.

##### 1. Mögliche Leistungen von Inkassounternehmen

Der rechtliche Rahmen, innerhalb dessen private Inkassounternehmen Leistungen bei der Realisierung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen erbringen können, ist durchaus eng (vgl. im einzelnen oben III.). Die Privatisierung der Forderung selbst durch Zession zum Zwecke der Durchsetzung ist ebenso wenig möglich wie eine materielle Privatisierung der Verwaltungsvollstreckung. Die Letztverantwortung für die Vollstreckung und Verarbeitung personenbezogener Daten des Schuldners muss bei der Kommune liegen, ein privates Inkassounternehmen kann lediglich als Verwaltungshelfer und Auftragsverarbeiter einbezogen werden.

Dementsprechend ist das Inkassounternehmen auf die Erbringung bloß vorbereitender und unterstützender Hilfstätigkeiten beschränkt, die in ihrer Summierung auch nicht die wesentlichen Teile des Geschäftsprozesses abbilden dürfen. Als zulässige Hilfstätigkeiten in diesem Sinne sind in der Rechtsprechung die Berechnung der Geldforderung, die Ausfertigung und Versendung von Forderungsbescheiden, das mündliche Erinnern an das

Begleichen der Forderung sowie die Entgegennahme und das Weiterleiten von Zahlungen auf die Geldforderung an den Gläubiger der Forderung angesehen worden. Allerdings sind diese Tätigkeiten von einem anderen Teil der Rechtsprechung als bereits nicht mehr von einer bloßen Verwaltungshilfe gedeckt angesehen worden.

In der Praxis werden Inkassounternehmen von Kommunen darüber hinaus weitere Tätigkeiten übertragen,<sup>116)</sup> etwa

- die vollständige Schuldnerkorrespondenz einschließlich aller Telefonkontakte,
- die Überprüfung der Schuldnerbonität,
- Ermittlungen von Adressen und Arbeitgebern sowie
- Vermittlung von Ratenzahlungen und Vergleichen als „Bote des Auftraggebers“.

Während die Bonitätsprüfung – sofern sie überhaupt als in der Verwaltungsvollstreckung relevant angesehen werden kann<sup>117)</sup> – und die Adressermittlung einen ein Handeln der öffentlichen Hand vorbereitenden Charakter tragen und typische Tätigkeiten von Inkassounternehmen sind, mit denen eine Verwaltung zu belasten nicht sinnvoll ist, ist die Übernahme aller Schuldnerkommunikation einschließlich der Vermittlung von Ratenzahlung und Vergleich durch das Inkassounternehmen nicht mehr ohne Weiteres mit der Stellung als Verwaltungshelfer vereinbar. Dadurch, dass nach außen ausschließlich das Inkassounternehmen auftritt, entsteht selbst dann der Eindruck, der Prozess der Forderungsrealisierung liege vollständig in der Hand des Unternehmens, wenn im Namen der Kommune gehandelt wird.<sup>118)</sup> Sollen diese Tätigkeiten insgesamt einem Inkassounternehmen übertragen werden, so bedarf es der Etablierung auch für den Schuldner erkennbarer Rückkopplungs- und Abstimmungsschleifen mit der Kommune.

Neben hoheitlichen Maßnahmen wie dem Erlass von Verwaltungsakten in der Verwaltungsvollstreckung sind dem Inkassounternehmen nicht zugänglich alle Maßnahmen, die auf den Inhalt der Forderung oder auf die Modalitäten ihrer Erfüllung wirken. Dazu gehören nach der

114) Zur grundsätzlichen Zulässigkeit Jürgen Hartung, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO – BDSG, 2. Auflage 2018, Art. 29 Rn. 15.

115) Sascha Kremer, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 28 DS-GVO Rn. 130.

116) Vgl. die durch die Stadt Wiesbaden an ein Inkassounternehmen übertragenen Tätigkeiten, 38. Tätigkeitsbericht des Hessischen Datenschutzbeauftragten, 2009, Nr. 5.1.

117) Ablehnend trotz vollstreckungsrechtlicher Vorschriften wie z. B. § 5 VwVG NRW Helmut Hagemann, Externes Forderungsmanagement durch private Inkassoeinrichtungen in der kommunalen Geldvollstreckung in NRW; hier: Aspekte und Kriterien mit Entscheidungsrelevanz, Kommunale-Kassen-Zeitschrift 2008, S. 193 (194); Torsten Heuser, Zur Zulässigkeit der Beauftragung privater Inkassodienstleister im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung, Der Gemeindehaushalt 2016, S. 15 (16).

118) Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern zu Aufstellung und Vollzug der Haushaltspläne der Kommunen vom 20. 1. 2009 – IB4-1512.5-9. Für die Vorbereitung von Ratenzahlungsvereinbarungen und Vergleichen durch das Inkassounternehmen auch Torsten Heuser, Zur Zulässigkeit der Beauftragung privater Inkassodienstleister im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung, Der Gemeindehaushalt 2016, S. 15 (16). Ähnlich für eine Privatisierung der Zwangsvollstreckung Julian Zado, Privatisierung der Justiz, 2013, S. 396 f.

Rechtsprechung insbesondere die selbstständige Einziehung der Forderung durch das Inkassounternehmen im Namen des Gläubigers, die Änderung – z. B. durch ganz oder teilweisen Erlass – oder Stundung der Forderung sowie alle Maßnahmen zur oder in der Vollstreckung der Forderung einschließlich einer Aussetzung der Vollziehung.

## 2. Der Kommune zusätzlich erwachsende Verpflichtungen

Für die Beantwortung der Frage, welche Verpflichtungen einer Kommune durch die Einbeziehung eines Inkassounternehmens in die Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen entstehen können, ist zwischen solchen Tätigkeiten, die in jeder Verwirklichung einer Forderung von der Kommune in gleicher Weise erbracht würden und erbracht werden können, und solchen, für die Inkassounternehmen über spezifische Kompetenzen und Routinen verfügen, zu unterscheiden. Zur letzteren Gruppe zählt etwa die Bonitätsbewertung, die allerdings auch separat ohne weitere Inkassoleistungen beauftragt werden kann.

Sowohl für die Aufgabe Durchsetzung der öffentlich-rechtlichen Geldforderung als auch datenschutzrechtlich verbleibt die alleinige Verantwortung bei der Kommune. Dies bedeutet, dass sie alle wesentlichen Entscheidungen – und zwar auch über das Verfahren der Forderungsrealisierung und der Datenverarbeitung – selbst treffen muss und sie nicht dem Inkassounternehmen überlassen darf. Die Implikationen dieser Vorgabe sind beträchtlich:

- Die Kommune muss laufend über sämtliche Informationen verfügen, die sie für die ihr vorbehaltenen Entscheidungen benötigt. Da sie auch über diesen Vorbehaltsbereich hinaus über ein umfassendes Weisungsrecht gegenüber dem Inkassounternehmen verfügen muss, sind ihr weitergehend durch das Inkassounternehmen alle Informationen zu übermitteln, die potentiell weisungsrelevant sein könnten. Hierfür bedarf es des Aufbaus und der Pflege eines entsprechenden Informationsmanagements.
- Zusätzlich muss die Kommune sicherstellen, dass alles in ihrem Namen erfolgende Handeln des Inkassounternehmens nicht allein durch allgemeine Anweisungen gesteuert und/oder stichprobenartig kontrolliert wird. Vielmehr muss die einzelne Maßnahme vor ihrer außenwirksamen Kommunikation durch die Kommune inhaltlich überprüft werden. Insofern lässt sich von einer Pflicht der Kommune zur Weisung sprechen. Die Erfüllung dieser Pflicht ist nur auf der Grundlage mit dem Inkassounternehmen etablierter Rückkoppelungs- und Abstimmungsschleifen möglich.
- Datenschutzrechtlich ist die Kommune zusätzlich verpflichtet, während der gesamten Laufzeit des mit dem Inkassounternehmen geschlossenen Vertrags zu kontrollieren, ob das Inkassounternehmen fortbestehend hinreichende Garantien dafür bietet, dass geeignete technische und organisatorische Maßnahmen so durchgeführt werden, dass die Verarbeitung im Einklang mit den Anforderungen der DS-GVO erfolgt und den Schutz der Rechte der betroffenen Person

gewährleistet. Auch zur Sicherstellung dieser Kontrolle bedarf es der Implementierung entsprechender Instrumentarien und Prozesse in der Kommune, sofern das Unternehmen nicht über eine entsprechende Zertifizierung<sup>119)</sup> verfügt.

- Die Kommune muss die vertraglich festgeschriebene Zweckbindung der personenbezogenen Daten sicherstellen. Sie schließt es beispielsweise aus, dass diese Daten in eigene Datenbanken des Unternehmens zur Bonitätsbewertung einfließen.<sup>120)</sup> Es entspricht dem Gedanken der Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DS-GVO, dass der für ein beauftragtes Inkassounternehmen in der Regel entstehende Zielkonflikt zwischen der strikten Wahrung der Zweckbindung der im Rahmen des Inkassos für die Kommune erhaltenen Schuldnerdaten und deren Nutzung für das sonstige Inkassogeschäft im Rahmen von Scoring, Bonitätsbewertung etc. von der Kommune vor der Beauftragung hinsichtlich der für die betroffenen Schuldner möglicherweise entstehenden Risiken umfassend bewertet wird. Entsprechende Informationen müssen von den für eine Beauftragung in Betracht gezogenen Inkassounternehmen vor Auftragserteilung angefordert werden.<sup>121)</sup>
- Schließlich muss sichergestellt werden, dass das Inkassounternehmen nach Erbringung der Verarbeitungsleistungen alle personenbezogenen Daten entweder löscht oder zurückgibt.

## 3. Verhältnis von Entlastungen und zusätzlichen Verpflichtungen der Kommune

Setzt man nun in einem dritten Schritt die Vorteile und Entlastungen, die eine Kommune aus der Einschaltung eines privaten Inkassounternehmens bei der Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen ziehen kann, einerseits und die bei einer solchen Einschaltung die Kommune zusätzlich treffenden Verpflichtungen andererseits zueinander ins Verhältnis, so ergibt sich folgendes Bild:

Einzelne entscheidungs- und handlungsvorbereitende Tätigkeiten wie die Bewertung der Bonität von Schuldnern können von Kommunen nur schwer vorgenommen werden. Hierfür läge deshalb die Einschaltung privater Dienstleister nahe. Allerdings handelt es sich hierbei um punktuelle Aufgaben, die auch individuell im Bedarfsfall abgerufen werden können, ohne dass hierfür eine Beauftragung eines Inkassounternehmens mit weiteren Tätigkeiten erforderlich wäre.

Insbesondere bei Massenverfahren können sich wegen einer unterschiedlichen Kostenstruktur von Kommunen und privaten Inkassounternehmen möglicherweise unterschiedliche Stückkosten in der Vorgangsbearbeitung erge-

119) Dazu Annika Selzer, Die Zukunft von Auftragsdatenverarbeitungskontrollen, DuD 2017, S. 242f.

120) Vgl. die Hinweise des Sächsischen Staatsministeriums des Innern zu den datenschutzrechtlichen Mindestanforderungen zum kommunalen Forderungsmanagement bei privatrechtlichen Forderungen vom 23. 9. 2015 – 23a-2221.00/28.

121) Vgl. Marit Hansen, in: Brink/Wolff (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, Art 35 DS-GVO Rn. (Stand: 1. 5. 2018).

ben. Es ist nicht auszuschließen, dass es Inkassounternehmen durch Verknüpfung mit ihrem sonstigen Geschäft eher als Kommunen gelingt, Skaleneffekte zu generieren. Die Kommunen könnten von einer (teilweisen) Weitergabe dieser Skaleneffekte durch beauftragte Inkassounternehmen allerdings nur in zwei Konstellationen profitieren: Erstens, wenn das eigene Personal der Kommune zur Bewältigung des Arbeitsanfalls der Verwaltungsvollstreckung nicht ausreicht, zweitens, wenn die Kommune parallel zur systematischen Einschaltung privater Inkassounternehmen eigene Bearbeitungskapazitäten abbaut und damit Personalkosten einspart.

Hingegen ist kaum zu erwarten, dass sich für eine Kommune, die über ein etabliertes Forderungsmanagement und eine hinreichende Personalausstattung verfügt sowie die die rechtlichen Vorgaben für Verwaltungshilfe und Auftragsdatenverarbeitung vollständig beachtet, nennenswerte Effektivitäts- und/oder Effizienzrenditen durch die Beauftragung privater Inkassounternehmen erzielen lassen. Soweit Kommunen über positive Effekte der Einschaltung von Inkassounternehmen berichten, beziehen sich jene meist auf die Realisierung von Forderungen, deren Beitreibung die Kommunen bereits aufgegeben hätten.<sup>122)</sup> In diesem Fall stellt sich jedoch zunächst die Frage nach Möglichkeiten zur Optimierung des kommunalen Forderungsmanagements. Es trägt sehr zur Seriosität von Privatisierungsdiskussionen bei, wenn ein Effektivitäts- und Effizienzvergleich nicht nur im Ist-Zustand, sondern auch in einer Modellierung nach Organisations- und Prozessoptimierung auf Verwaltungsseite vorgenommen wird.

Selbst wenn man die gegenüber der Eigenerledigung öffentlicher Aufgaben durch die Verwaltung durch jede Beauftragung Privater entstehenden Transaktionskosten wie die Kosten für die Durchführung eines Vergabeverfahrens und das allgemeine Vertragsmanagement außer Betracht lässt, sind bei der Beauftragung eines privaten Inkassounternehmens Aufwände der Kommune in die Betrachtung einzustellen, die eine nennenswerte Entlastungswirkung für den Regelfall ausschließen dürften.<sup>123)</sup> Zum einen verbleibt die inhaltliche Bearbeitung jedes Vollstreckungsfalls bei der Kommune, so dass die hierfür erforderlichen personellen und sächlichen Ressourcen weiterhin vorgehalten werden müssen.<sup>124)</sup> Zum anderen treffen die Kommune durch die Beauftragung zusätzliche Aufwände, die bei der vollständig eigenen Durchführung der Verwaltungsvollstreckung nicht anfallen. Anders als in anderen Konstellationen der funktionalen Privatisierung erfordert die Wahrnehmung der die Kommune treffenden Verantwortung eine laufende fallweise und nicht lediglich turnusmäßig berichtende Kommunikation mit dem privaten

Dienstleister, die durch ein ebenfalls laufend gepflegtes Informationsmanagement unterlegt sein muss. Des Weiteren ist die Kommune, die ohnehin selbst umfassend an das Datenschutzrecht gebunden ist, verpflichtet, zusätzlich die Erfüllung der datenschutzrechtlichen Anforderungen durch das Inkassounternehmen zu überprüfen – was die Vorhaltung entsprechender Ressourcen voraussetzt.<sup>125)</sup>

## V. Ergebnis

Dass eine Übertragung von Tätigkeiten auf Inkassounternehmen für die Kommunen Effektivitäts- und/oder Effizienzvorteile verspricht, ist zu bezweifeln. Denn zusätzlich zu weiterhin erforderlichen inhaltlichen Bearbeitung des einzelnen Vollstreckungsfalls durch die Kommune entstehen dieser durch die Beauftragung eines privaten Inkassounternehmens Transaktions-, Kommunikations- und Kontrollaufwände, die bei der vollständig eigenen Durchführung der Verwaltungsvollstreckung nicht anfallen.

Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow

122) Vgl. <https://kommunal.de/inkasso-firmen-treiben-schulden-fuer-staedte-ein>; <https://www.inkasso.de/presse/blog/inkasso-f%C3%BCr-kommunen-ein-erfolgsbeispiel>.

123) Vgl. Landesrechnungshof Rheinland-Pfalz, Kommunalbericht 2011, Nr. 5.11; Hermann Pump, Die Selbstexekution als Grundlage der hoheitlichen Vollstreckung, VR 2013, S. 114 (123).

124) Zu den Schwierigkeiten des Abbaus von Personal bei den Kommunen zur Erzielung von Einspareffekten bei Beauftragung von Inkassounternehmen Landesrechnungshof Rheinland-Pfalz, Kommunalbericht 2011, Nr. 5.11.

125) Zu den dadurch für die Kommune entstehenden Belastungen Helmut Hagemann, Das Inkassounternehmen als Verwaltungshelfer und datenschutzrechtlicher Auftragnehmer im externen kommunalen Forderungsinkasso, Kommunal-Kassen-Zeitschrift 2010, S. 169 (171).





Fachverband der  
Kommunalkassenverwalter e.V.

 **VERLAG  
RECKINGER**