



Innenministerium des Landes Nordrhein-Westfalen

Der Minister

An den
Präsidenten
des Landtags
Herrn Ulrich Schmidt
Platz des Landtags 1

40221 Düsseldorf



Haroldstraße 5,
40211 Düsseldorf
Telefon
(0211) 871 01
Durchwahl
(0211) 871 2986
Aktenzeichen
III B 1 - 42.00 - 6301/99

22.03.1999

Betr.: 1. Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung
in Nordrhein-Westfalen;
hier: Position der Finanzkommission zur Reform des Rechts
der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen (§ 107
GO NW)

Sehr geehrter Herr Landtagspräsident,

der Landtag hatte die Landesregierung mit Beschluß vom 15.05.1997
aufgefordert, eine Finanzkommission zu beauftragen, Empfehlungen
zur Verbesserung der kommunalen Finanzsituation im Verhältnis
Bund/Länder/Kommunen zu entwickeln. Seit Juni 1998 berät die Fi-
nanzkommission unter meiner Leitung. Eine Liste der Mitglieder der
Kommission habe ich zu Ihrer Information beigelegt. Ihren Ab-
schlußbericht wird die Kommission voraussichtlich im Sommer d.J.
vorlegen.

In ihrer Sitzung am 17.2.1999 hat sich die Kommission unter der
Überschrift "Kommunen im Wettbewerb" mit dem Recht der wirtschaft-
lichen Betätigung der Kommunen befasst. Dieses Thema wurde abwei-
chend von der ursprünglich vereinbarten Beratungsreihenfolge vor-

1/2

gezogen, damit die Position der Kommission in dem o.g. Gesetzgebungsverfahren berücksichtigt werden kann. Das Ergebnis der Kommissionsberatung habe ich diesem Schreiben beigelegt und bitte, es den Damen und Herren Landtagsabgeordneten zur Verfügung zu stellen.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Fritz Behrens', written in a cursive style.

(Dr. Fritz Behrens)

Mitglieder der Finanzkommission

Name	Position	Organisation
Dr. Joachim Bauer	Hauptgeschäftsführer	Landkreistag NRW
Dr. Fritz Behrens	Minister	Innenministerium NRW
Dr. Karlheinz Bentele	Präsident	Rheinischer Sparkassen- und Giroverband
Jürgen Büssow	Regierungspräsident	Bezirksregierung Düsseldorf
Hans Georg Crone-Erdmann	Hauptgeschäftsführer	Vereinigung der Industrie- und Handelskammern in NRW
Jochen Dieckmann	Hauptgeschäftsführer	Städtetag Nordrhein-Westfalen
Prof. Dr. Dirk Ehlers		Universität Münster, Institut für Wirtschaftsverwaltungsrecht
Rüdiger Frohn	CdS/ Staatssekretär	Staatskanzlei NRW
Ernst Gerlach	Staatssekretär	Finanzministerium NRW
Ewald Groth	MdL	Fraktion Bündnis '90/Die Grünen im Landtag NRW
Walter Haas	Landesvorsitzender	DGB Landesbezirk NRW
Friedrich-Wilhelm Heinrichs	Geschäftsführendes Präsidialmitglied	Städte- und Gemeindebund NRW
Prof. Dr. Paul Klemmer	Präsident	RWI für Wirtschaftsforschung
Dr. Thomas Köster	Geschäftsführer	Nordrhein-Westfälischer Handwerkstag
Monika Kuban	Stadtkammerin	Stadt Duisburg
Albert Leifert	MdL	CDU-Fraktion im Landtag NRW
Günter Tebbe	Stadtkammerer	Stadt Herford
Jürgen Thulke	MdL	SPD-Fraktion im Landtag NRW
Dr. Jörg Twenhöven	Regierungspräsident	Bezirksregierung Münster
Christa Vennegerts	Regierungspräsidentin	Bezirksregierung Detmold
Andreas Wiebe	Stadtkammerer	Stadt Hamm
Prof. Dr. Joachim Wieland		Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft

Kommunen im Wettbewerb?

I. Einführung in das Themenfeld

I.1 Zulässigkeit und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung

Zulässigkeit und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden gehören zu den aktuell am meisten diskutierten Fragen des Kommunalrechts. Mit Unterschieden im Detail enthalten die Kommunalverfassungen der Bundesländer Beschränkungen, die im wesentlichen auf die Deutsche Gemeindeordnung von 1935 zurückgehen. Gemeinden dürfen sich wirtschaftlich betätigen, sofern

- ein öffentlicher Zweck dies rechtfertigt;
- dieser öffentliche Zweck nicht ebenso gut oder besser durch andere (insbesondere private) Unternehmen erreicht werden kann („Subsidiaritätsklausel“);
- sie sich hierbei auf Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft beschränken und
- ein angemessenes Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit gewahrt bleibt.

Ziel dieser Beschränkungen ist es, die Ausdehnung kommunaler Aktivitäten in Grenzen zu halten und die Gemeinden auf diese Weise soweit wie möglich vor den finanziellen Risiken zu schützen, die mit der Teilnahme am Wirtschaftsleben verbunden sind.

Ob die Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung nur die betroffenen Gemeinden oder darüberhinaus auch Dritte schützen sollen, ist streitig. Während die Verwaltungsgerichte bisher eine drittschützende Wirkung der Vorschriften des Gemeindefinanzrechts verneint haben, werten jüngere zivilgerichtliche Entscheidungen Verstöße gegen das kommunale Wirtschaftsrecht – unter Bejahung dessen Dritt-

schutzwirkung – zugleich als Verstoß gegen die guten Sitten des Wettbewerbs (§ 1 UWG).

Abgesehen von der privaten Wirtschaft schützt das geltende Gemeindewirtschaftsrecht andere Kommunen vor den Ausdehnungstendenzen ihrer Nachbargemeinden. Die Beschränkung (auch) der wirtschaftlichen Betätigung auf den örtlichen Wirkungsbereich bedeutet, dass Aktivitäten auf fremdem Gemeindegebiet nur im Rahmen interkommunaler Zusammenarbeit (d.h. mit Zustimmung der betroffenen Gemeinde) stattfinden dürfen.

1.2 Diskussion um Art und Umfang der wirtschaftlichen Betätigung

Es liegt auf der Hand, dass die Diskussion um Art und Umfang der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden von den stark divergierenden Interessen der Beteiligten geprägt ist. Auf der einen Seite verweisen Kommunen und kommunale Unternehmen darauf, dass sich die Rahmenbedingungen für die Gemeindewirtschaft verschlechtert haben. Insbesondere durch das neue Energiewirtschaftsrecht sowie das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz hält Wettbewerb in Bereichen Einzug, in denen den Kommunen früher ihre Monopolstellung sichere Einnahmen versprach. Unter diesen veränderten Wettbewerbsbedingungen – so die Argumentation – können Kommunen und kommunale Unternehmen nur bestehen, wenn ihr Handlungsspielraum erweitert wird. Zudem verweisen Kommunen und kommunale Unternehmen auf die Bedeutung der wirtschaftlichen Betätigung für die Kommunalfinanzen und für den Arbeitsmarkt.

Auf der anderen Seite fordern Wirtschaftsverbände den Vorrang der materiellen Privatisierung von Aufgaben, die bisher noch von der öffentlichen Hand (darunter den Kommunen) wahrgenommen werden. Eine Ausweitung der kommunalwirtschaftlichen Betätigung lehnen sie ab. Auch die private Wirtschaft verweist dabei auf die Konsequenzen für Arbeitsplätze. Zugleich betont sie den Vorrang der privatwirtschaftlichen Betätigung in einer marktwirtschaftlichen Ordnung und rügt die ungleichen Wettbewerbsbedingungen zwischen dem Konkursrisiko unterworfenen Unter-

nehmen der Privatwirtschaft und den mit Hilfe öffentlicher Gelder finanzierten kommunalen Betrieben.

I.2.1 Wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Betätigung

Die Gemeindeordnung unterscheidet allerdings zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Betätigung. Diese Unterscheidung ist deshalb von Bedeutung, weil für den Bereich der nichtwirtschaftlichen Betätigung (§ 107 Abs. 2 GO NW) die Subsidiarität kommunalen Handelns nicht gilt. Hier unterstellt der Gesetzgeber vielmehr, dass ein dringender öffentlicher Zweck kommunale Aktivitäten erfordert. Der Katalog des § 107 Abs. 2 GO NW umfaßt weite Teile der kommunalen Daseinsvorsorge, von Entsorgungsaufgaben über die medizinische, soziale oder kulturelle Betreuung der Einwohner bis hin zur Wirtschafts- und Fremdenverkehrsförderung sowie Wohnraumversorgung. Die Bezeichnung dieser Tätigkeiten als nichtwirtschaftlich dient allein dem Zweck, in den genannten Feldern uneingeschränkte Aktivitäten der Kommunen zuzulassen. Gemessen an der Definition des § 107 Abs. 1 GO NW („Betrieb von Unternehmen die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte“) sind auch die in § 107 Abs. 2 GO NW genannten Tätigkeiten wirtschaftlicher Natur.

II. Darstellung der Streitgegenstände

In folgenden Bereichen werden Änderungsvorschläge diskutiert:

II.1 Bindung der wirtschaftlichen Betätigung an einen (dringenden) öffentliche Zweck

Die Bindung an einen öffentlichen Zweck dokumentiert, dass die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen – wie alle Aktivitäten der öffentlichen Hand – dem Gemeinwohl verpflichtet sein muss. Insoweit steht diese Bindung außer Streit.

Umstritten ist dagegen die konkrete Formulierung einer entsprechenden Zulässigkeitsvoraussetzung in der Gemeindeordnung. Zur Zeit ist nach § 107 Abs. 1 Satz 1 GO NW die wirtschaftliche Betätigung nur zulässig, „wenn ein dringender öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert“. Gegenstand der Auseinandersetzung um diese Formulierung ist weniger die Bindung an einen öffentlichen Zweck, sondern die in dieser Formulierung zum Ausdruck kommende Subsidiarität kommunalwirtschaftlicher Betätigung (s. Ziffer II. 2).

Nur vor diesem Hintergrund erklärt sich der Vorschlag des Nordrhein-Westfälischen Städtetage, dass es ausreichen soll, wenn ein öffentlicher Zweck für die Betätigung der Gemeinden künftig gegeben ist. Ziel dieses Vorschlag ist es, den ohnehin weiten Beurteilungsspielraum der Gemeinden auszudehnen. Immer wenn eine Tätigkeit dem Gemeinwohl dient und nicht ausschließlich auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist, soll sie zulässig sein. Letztlich steht dahinter die Forderung nach Gleichrangigkeit von kommunalwirtschaftlicher und privatwirtschaftlicher Betätigung.

Schließlich wird vertreten, dass dem Gemeinwohl auch dann gedient ist, wenn aus der Betätigung Erträge für den Haushalt abfallen. Abgesehen davon, dass sich angesichts der Risiken des Wirtschaftslebens nicht mit Sicherheit vorhersehen läßt, wo Gewinne und wo Verluste anfallen werden, widerspricht dieser Auffassung aber der ganz überwiegenden Rechtsmeinung, nach der Gewinnerzielung allein keinen öffentlichen Zweck darstellt.

II.2 Subsidiarität

II.2.1 Grundsatz

Die Frage der Subsidiarität berührt das Verhältnis zwischen kommunalwirtschaftlicher und privatwirtschaftlicher Betätigung, ist im Kern also ein ordnungspolitisches Thema. In den Gemeindeordnungen fast aller Länder findet sich eine Bestimmung, wonach die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur betreiben darf, wenn der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher (bzw. genau so gut und wirtschaftlich) durch andere Unternehmen erfüllt werden kann. Eine entsprechende Vorschrift ist mit der Reform

der Kommunalverfassung im Jahr 1994 in Nordrhein-Westfalen weggefallen. Eine materielle Änderung ist damit allerdings weder beabsichtigt noch eingetreten. Der Nachrang kommunalwirtschaftlicher Betätigung ergibt sich in der geltenden Gemeindeordnung aus der Zulässigkeitsvoraussetzung, dass ein dringender öffentlicher Zweck die Betätigung erfordern muss (s. oben Ziff. II. 1.). Diese Voraussetzung kann nicht erfüllt sein, wenn dem Zweck besser und wirtschaftlicher durch private Unternehmen gedient wird bzw. gedient werden kann. Diese Auffassung ist zwar nicht unumstritten, allein diese Auffassung erlaubt jedoch eine Abgrenzung zwischen zulässigen und nichtzulässigen Aktivitäten. Gleichwohl ist zu diskutieren, ob aus Gründen der Rechtsklarheit die Subsidiaritätsklausel wieder eingefügt werden sollte.

Zur Klärung des Verhältnisses zwischen kommunalwirtschaftlicher und privatwirtschaftlicher Betätigung stehen drei Lösungsansätze zur Verfügung:

- **Verbot der kommunalwirtschaftlichen Betätigung**

Dieser ordnungspolitisch orientierte Ansatz hält nicht nur an der Subsidiarität kommunalwirtschaftlicher Betätigung fest, sondern beschränkt die Handlungsmöglichkeiten der Gemeinden abschließend auf die in § 107 Abs. 2 GO NW genannten Bereiche der nichtwirtschaftlichen Betätigung. Der Gesetzgeber stellt damit klar, dass in einer Marktwirtschaft die Produktion und Verteilung und Gütern und Dienstleistungen Aufgaben der privaten Unternehmen ist.

- **Abkehr von der Subsidiarität kommunalwirtschaftlicher Betätigung**

Wenn der Gesetzgeber diesen Ansatz wählt, entscheidet er sich für die Gleichrangigkeit der kommunalwirtschaftlichen und der privatwirtschaftlichen Betätigung. Kommunale und private Unternehmen konkurrieren ohne Einschränkungen miteinander. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Regelung wäre nicht zweifelsfrei.

- Wahrung der kommunalen Handlungsmöglichkeiten bei grundsätzlicher Subsidiarität

Dieser Ansatz läßt das geltende Recht im wesentlichen unberührt. Es bleibt also bei dem Vorrang der privatwirtschaftlichen Betätigung. Zu diskutieren ist allerdings, ob den Kommunen in bestimmten Feldern zusätzliche Handlungsmöglichkeiten eingeräumt werden sollen.

II.2.2 Drittschutzwirkung

Gerade im Zusammenhang mit der Subsidiaritätsklausel stellt sich zudem die Frage nach der drittschützenden Wirkung einer derartigen Norm. Diese ist von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung bisher verneint worden. Sofern hier eine Änderung herbeigeführt werden soll, müßte die drittschützende Wirkung ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen werden. So würde der Rechtsschutz der Mitbewerber, den zur Zeit die Zivilgerichte aus § 107 GO NW herleiten, zu den Verwaltungsgerichten zurückverlagert.

Möglich – wenn auch wegen zu erwartender Abgrenzungsprobleme mit praktischen Schwierigkeiten verbunden - wäre schließlich auch, den Drittschutz der Regelung unter Ausschluss der großen Konzerne ausdrücklich auf die mittelständische Wirtschaft zu beschränken.

II.2.3 Der örtliche Wirkungskreis

Gem. § 107 Abs. 1 Satz 1 GO NW darf sich die Gemeinde nur „zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ wirtschaftlich betätigen. Gegen diese Begrenzung, die auch dem Schutz der Selbstverwaltung anderer Gemeinden gegen die Expansionstendenzen ihrer Nachbarn dient, werden zwei Argumente angeführt:

Zum einen kann der Geschäftszweck bestimmter kommunaler Unternehmungen (insbesondere Messegesellschaften) nur wirksam erfüllt werden, wenn das Unter-

nehmen international tätig ist. Zum anderen wird in der Beschränkung auf das Gemeindegebiet ein Wettbewerbsnachteil gegenüber privaten Konkurrenten gesehen. Auf dem Gemeindegebiet müssen sich beispielsweise die Stadtwerke mit einem überörtlich tätigen Energieversorger auseinandersetzen. Sie haben aber nicht die Möglichkeit, mit diesem um einen lukrativen Kunden außerhalb des Gemeindegebietes zu konkurrieren.

Bei der Lösung dieser Probleme kann differenziert werden. Bei der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen im Ausland spielt der Schutz der Selbstverwaltung anderer Kommunen keine Rolle. Es ist jedoch in besonderem Maße fraglich, ob ein anzuerkennender öffentlicher Zweck verfolgt wird, die Risiken im Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde angemessen sind und nationale Interessen berührt werden. Durch ein Genehmigungserfordernis könnte sichergestellt werden, dass die Kommunalaufsicht vor jeder Aufnahme einer kommunalen Auslandstätigkeit prüft, ob diese auch vertretbar ist. Zugleich würde deren Ausnahmecharakter betont.

Auf dem Gebiet anderer Gemeinden können die Kommunen schon heute tätig werden, wenn dies im Rahmen der kommunalen Zusammenarbeit geschieht. Dies gilt auch für die wirtschaftliche Betätigung. Problematisch sind deshalb nur Ausdehnungstendenzen gegen den Willen der betroffenen Gemeinde („feindliche Übernahme“). In ihrer aktuellen Fassung nimmt die Gemeindeordnung mögliche Wettbewerbsnachteile von kommunalen Unternehmen in Kauf. Wenn man diese Regelung nicht im Interesse der Selbstverwaltung derjenigen Gemeinden, die von einer Ausdehnung der wirtschaftlichen Betätigung ihrer Nachbarn gegen ihren Willen betroffen wären, beibehalten will, so kommen zwei Lösungen in Betracht:

- Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden außerhalb des Gemeindegebiets wird zugelassen, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen Gemeinden gewahrt bleiben. Wenn das geltende Recht in dieser Weise verändert werden soll, ist es allerdings konsequent, nur solche Interessen als berechtigt anzusehen, die sich nicht in der Abwehr eines unliebsamen Konkurrenten erschöpfen, sondern die Abwehr sonstigen Schäden (z.B. die Überlastung des Stromnetzes bei Durchleitung „fremder“ Stromlieferungen) im Auge haben.

- Es wird im Gesetz ein Positivkatalog von Betätigungen formuliert, für die die Beschränkung auf den örtlichen Wirkungskreis nicht gilt. In Betracht kommen hier Geschäftsgegenstände, bei denen die Kommunen im verschärften Wettbewerb mit großen Konzernen stehen (Energieversorgung, Telekommunikation).

II.2.4 Bindung an die Leistungsfähigkeit der Gemeinde

Bisher unbestritten ist geblieben, dass die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen muss. Es ist anerkannt, dass sich Gemeinden (und gemeindliche Unternehmen) nicht in einem solchen Umfang am Wirtschaftsleben beteiligen dürfen, dass die daraus resultierenden Risiken existentiell werden können. Änderungsbedarf ist hier nicht ersichtlich.

II.2.5 Stärkung der Steuerungsmöglichkeiten des Rates

Wirtschaftliche Betätigung bedeutet Teilnahme am Wettbewerb. Teilnahme am Wettbewerb bietet nicht nur die Chance, Gewinne zu erwirtschaften, sondern ebenso das Risiko, Verluste zu erleiden, für die im Ergebnis der (kommunale) Steuerzahler geradestehen muss. Deshalb ist zu diskutieren, durch Verfahrensregelungen sicherzustellen, dass Entscheidungen über die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung von dem demokratisch legitimierten Rat getroffen werden und diese Entscheidungen stets auf der Basis umfassender Informationen zustande kommen. Hier wäre daran zu denken, in der Gemeindeordnung festzulegen, dass dem Rat vor der Entscheidung über die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung eine Marktanalyse vorzulegen ist, die über Chancen und Risiken aufklärt.

III. Beratungen in der Kommission

Die Beratung war von den sowohl im Grundsatz als auch im Detail unterschiedlichen Auffassungen der Kommissionsmitglieder geprägt. Besonders kontrovers wurde die Frage diskutiert, ob eine sog. Subsidiaritätsklausel in die GO NW aufgenommen werden soll. Hierfür hat sich eine Mehrheit der Kommissionsmitglieder entschieden. Ein Minderheitsvotum zu dieser Frage wurde ebenfalls abgegeben.

Einhellig hielt die Kommission es für sinnvoll, dass Kommunen vor Aufnahme einer neuen wirtschaftlichen Betätigung deren Chancen im Rahmen einer Marktanalyse prüfen. Unterschiedlich wurde jedoch die Frage beurteilt, ob ein solches Verfahren auch gesetzlich vorgeschrieben werden soll. Die Mehrheit der Kommissionsmitglieder hat sich dafür ausgesprochen, den Kommunen eine derartige Analyse lediglich zu empfehlen ohne gesetzlichen Zwang auszuüben.

Alle Kommissionsmitglieder waren der Auffassung, dass die besondere Aktualität des Themas wirtschaftliche Betätigung auf die Veränderung der tatsächlichen Rahmenbedingungen zurückzuführen ist. Insbesondere die Liberalisierung des Energiewirtschaftsrechts verschlechtert die Wettbewerbssituation der Stadtwerke, die auf diesem Gebiet traditionell einen Tätigkeitsschwerpunkt haben. Die Kommunen werden hier zwangsläufig Einnahmeverluste hinnehmen müssen, die nach Auffassung der Kommission auch nicht annähernd durch wirtschaftliche Tätigkeit in neuen Geschäftsfeldern kompensiert werden können.

IV. Empfehlungen der Kommission

Die Kommission empfiehlt,

1. die Bindung der wirtschaftlichen Betätigung an einen öffentlichen Zweck beizubehalten,
2. die Subsidiarität kommunalwirtschaftlicher Betätigung zu beachten und dies in der Gemeindeordnung NRW zum Ausdruck zu bringen,

Minderheitsvotum:

die Subsidiarität kommunalwirtschaftlicher Betätigung nicht einzuführen,

3. die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets zuzulassen, wenn die berechtigten Interessen der betroffenen Gemeinden gewahrt bleiben und die Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung vorliegen und
4. darüber hinaus den Kommunen, vor Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung deren Erfolgsaussichten durch eine Marktanalyse zu überprüfen.