

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
12. WAHLPERIODE

ZUSCHRIFT

12/ 2847

alle Abs.

STELLUNGNAHME

**Zum Gesetzentwurf der Landesregierung des „Ersten Gesetzes zur
Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen –
Artikel 1: Änderung der Gemeindeordnung“
(LT-Drs. 12/3730 vom 25.02.1999)**

Vorbemerkung:

Die Unternehmen der privaten Entsorgungswirtschaft müssen im Land Nordrhein-Westfalen mehr und mehr feststellen, daß die kommunalen Gebietskörperschaften und ihre Betriebe in abfallwirtschaftliche Geschäftsfelder einsteigen und dort konkurrenzwirtschaftliche Aktivitäten in Bereichen entfalten, die traditionell der Privatwirtschaft vorbehalten sind. Es geht dabei namentlich um Aktivitäten der kommunalen Gebietskörperschaften und ihrer Betriebe bei der Verwertung von Abfällen aus anderen Herkunftsbereichen als privaten Haushaltungen sowie um die privatwirtschaftliche Erfüllung kommunaler Abfallentsorgungspflichten im Drittauftrag eines anderen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers. Diese Geschäftsfelder sind nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz weder als Pflichtaufgabe für die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger definiert, noch bestehen hier für die Abfallerzeuger und –besitzer Überlassungspflichten.

Auf der Grundlage des geltenden kommunalen Wirtschaftsrechts sind derartige konkurrenzwirtschaftlichen Handlungen rechtswidrig und können unter Verweis auf § 1 UWG untersagt werden. Hinzuweisen ist hier vor allem auf das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 29.10.1998 (12 O 44/98), wo einem Tochterunternehmen einer von drei Stadtwerken gebildeten Abfallwirtschaftsgesellschaft der Betrieb einer Altautoverwertungsanlage mit einer Kapazität, die über die Eigenbedürfnisse hinaus geht, untersagt wurde. Wir halten diese Entscheidung für rechtlich korrekt und haben keine Zweifel, daß sie in dem gegenwärtigen Berufungsverfahren beim OLG Düsseldorf bestätigt werden wird.

Die Entscheidung des Landgerichts Wuppertal ist für uns Maßstab für unsere

Einschätzung der beabsichtigten Änderungen des gemeindlichen Wirtschaftsrechts. Die künftige Gemeindeordnung muß eindeutige Grundlage dafür sein, daß konkurrenzwirtschaftliche Betätigung in den genannten Tätigkeitsbereichen unzulässig ist. Demgemäß geben wir unsere Stellungnahme im einzelnen wie folgt ab:

1. § 107 Abs. 1 E-GO NW:

Die Kernbereiche der Energieversorgung sowie die damit unmittelbar zusammenhängenden Dienstleistungen, die Wasserversorgung, den öffentlichen Personennahverkehr und den Betrieb von Telekommunikationsleistungen einschließlich Telefondienstleistungen sollen in Zukunft nicht mehr vom Nachrang kommunalwirtschaftlicher Betätigung erfaßt sein. Der Bereich der Entsorgungswirtschaft ist damit nicht angesprochen; er hat im Zusammenhang mit Abs. 1 keinerlei Sonderstatus.

Der BDE ist generell gegen Ausweitungen gemeindlicher wirtschaftlicher Betätigung. Insofern sehen wir die Hereinnahme der Nr. 3 in Abs. 1 kritisch. Die wirtschaftliche Betätigung muß in unseren Augen ein Ausnahmebereich bleiben.

Prinzipiell zustimmend nehmen wir zur Kenntnis, daß jetzt wieder ausdrücklich eine Subsidiaritätsklausel eingeführt werden soll. Unverständlich ist uns allerdings, weshalb diese **Subsidiaritätsklausel** im Regierungsentwurf im Vergleich zu dem Referentenentwurf (Stand: 27.01.1999) erheblich abgeschwächt worden ist. Sollte es nach Auffassung des Innenministeriums zunächst heißen, daß sich die Gemeinde außerhalb der Kernbereiche der Energieversorgung usw. nur dann wirtschaftlich betätigen darf, wenn der öffentliche Zweck „nicht ebensogut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann“, so ist nach dem jetzigen Regierungsentwurf nur noch Vorbedingung, daß der öffentliche Zweck „durch andere Unternehmen nicht besser erfüllt werden kann“. Bei dieser Formulierung spiegelt sich nicht mehr der prinzipielle Ausnahmecharakter der konkurrenzwirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde wider. **Wir plädieren dringend darauf, die ursprüngliche Formulierung wieder aufzunehmen und überdies klarzustellen, daß die Führung des Wirtschaftlichkeitsvergleichs der Gemeinde obliegt.**

Darüber hinaus ist es für uns auch irritierend, daß in § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 das Wort „**dringender**“ vor den Worten „öffentlichen Zweck“ fortfallen soll. Dies begründet den Verdacht, daß es der Landesregierung doch darum geht, auch außerhalb der Kernbereiche der Energieversorgung usw. eine Lockerung des Verbots der erwerbswirtschaftlichen Betätigung einzuführen. Die Begründung, daß die Zulassungsvoraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung den Vorschriften in den Gemeindeordnungen anderer Länder angepaßt wird, ist für sich kaum tragfähig, da in anderer Hinsicht ja gerade weit über die Bedingungen wirtschaftlicher Betätigung in anderen Gemeindeordnungen hinausgegangen werden soll. **Wir sprechen uns dafür aus, das Wort „dringender“ beizubehalten.**

Angesichts der gerade im Land Nordrhein-Westfalen sehr gut positionierten,

leistungsfähigen Entsorgungswirtschaft gehen wir davon aus, daß konkurrenzwirtschaftliche Betätigungen durch Gemeinden generell nicht als gesetzmäßige Aktivitäten in Betracht kommen werden.

2. § 107 Abs. 2 E-GO NW

In Abs. 2 werden die Tätigkeitsbereiche aufgeführt, die nicht als wirtschaftliche Betätigung gelten. Angesichts der vorgeschlagenen Fassung der Nr. 4 setzen wir uns dafür ein, daß auch diese Tätigkeitsbereiche grundsätzlich unter die Subsidiaritätsklausel gestellt werden.

Unabhängig davon stellen wir zu Nr. 4 fest, daß der Bereich der „Einrichtungen des Umweltschutzes, insbesondere der Abfallentsorgung oder Abwasserbeseitigung“ zu den nicht wirtschaftlichen Betätigungen der Gemeinden gezählt werden.

Die bisherige Erwähnung dieser Einrichtungen in Nr. 3 hat in der Praxis zu rechtlichen Betrachtungen Anlaß gegeben, daß den Gemeinden jedwede Betätigung auf dem Gebiet der Abfallverwertung, insbesondere die Verwertung von Abfällen aus anderen Herkunftsbereichen als privaten Haushaltungen, erlaubt ist. Diese vereinzelt anzutreffende und teilweise auch publizierte Rechtsansicht ist indessen falsch. Wie beispielsweise auch die Kommission der Niedersächsischen Landesregierung zur Vermeidung und Verwertung von Abfällen (Dritte Regierungskommission) in ihrem zusammenfassenden Abschlußbericht festgestellt hat, handelt es sich bei der Entsorgung von Abfällen aus anderen Herkunftsbereichen zur Verwertung um wirtschaftliche Betätigung im Sinne des § 109 Abs. 1 NGO und nicht etwa um einen privilegierten Tatbestand nach § 108 Abs. 3 NGO (vgl. S. 87 f. des Abschlußberichts).

Um in Zukunft Rechtsirrtümer sicher auszuschließen, regen wir an, in § 107 Abs. 2 Nr. 4 die Passage: „insbesondere der Abfallentsorgung oder Abwasserbeseitigung“, zu streichen.

Wir verweisen darauf, daß den Interessen der Gemeinden als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger zur Absicherung der ihnen vom Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz aufgegebenen Tätigkeiten vollständig von § 107 Abs. 2 Nr. 1 GO NW Rechnung getragen wird.

Sollte dem Streichungsvorschlag nicht gefolgt werden, so bitten wir darum zumindest das Wort „Abfallentsorgung“ durch das Wort „Abfallbeseitigung“ zu ersetzen. Unter Rückgriff auf die Diktion des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes ist damit klargestellt, daß nicht etwa auch der gesamte Bereich der Abfallverwertung zu den Bereichen gehört, die als nichtwirtschaftliche Betätigung gelten.

3. § 107 Abs. 4 E-GO NW

Nach dieser Entwurfsvorschrift bedarf die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung oder einer nicht wirtschaftlichen Betätigung nach Abs. 2 Nr. 4 auf

ausländischen Märkten der Genehmigung. In der Begründung heißt es dazu, daß dieser Absatz berücksichtige, daß Kommunen und kommunale Unternehmen auf bestimmten Feldern über spezielles z.T. in Jahrzehnten angesammeltes Know how verfügten. Als ausdrückliches Beispiel wird in diesem Zusammenhang der „Betrieb von Anlagen der Abwasser- bzw. Abfallentsorgung“ genannt.

Hier erscheint uns zunächst einmal die gesetzgeberische Konzeption unklar: Die Formulierung des Absatzes 4 legt es nahe, daß (nur) besondere wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Betätigungen im Ausland der Genehmigung bedürfen, ansonsten aber die Betätigung genehmigungsfrei und damit generell erlaubt ist. Dies kollidiert mit Abs. 3, wo die nicht wirtschaftliche Betätigung nach Abs. 2 Nr. 4 schon außerhalb des Gemeindegebiets unzulässig ist.

Unabhängig davon sind wir der Auffassung, daß es sich mit dem Ausnahmecharakter der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden generell nicht verträgt, diese Aktivitäten in andere Gemeinden, und schon gar nicht ins Ausland, auszuweiten. **Deshalb plädieren wir für eine Streichung des Abs. 4, zumindest aber für den eindeutigen Ausschluß der Möglichkeit, daß Gemeinden im Ausland Abfallentsorgungsaktivitäten entfalten.**

4. § 107 Abs. 5 E-GO NW

Die Aufnahme dieses über den Referentenentwurf hinausreichenden Absatzes wird grundsätzlich begrüßt. Er ist nach unserer Auffassung jedoch nicht ausreichend, da unberücksichtigt bleibt, daß Kollisionen vielfach auch dadurch entstehen, daß vorhandene Betriebe ihre Tätigkeit erheblich ausweiten, so daß der Betrieb einen neuen Charakter erhält.

Wir regen an, hinter das Wort „Gründung“ die Worte „oder Erweiterung“ einzufügen.

5. § 114 a E-GO NW

Ganz entschieden muß gegen die Aufnahme des § 114 a in die Gemeindeordnung votiert werden, als dadurch den Gemeinden eine zusätzliche Möglichkeit eröffnet wird, ihre Unternehmen und Einrichtungen in der Rechtsform einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts zu führen.

Hierdurch wird den Gemeinden ein weiterer Spielraum eröffnet, unerwünschte „Scheinreorganisationen“ durchzuführen.

Die Zulassung dieser Organisationsform wird die aufgrund unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen bestehenden Wettbewerbsverzerrungen um eine weitere Spielart erweitern, zumal bei Wahl dieser Organisationsform keine Umsatzsteuermehrbelastung entsteht und alle öffentlich-rechtlichen Befugnisse (Festlegung Anschluß- und Benutzungszwang, Gebührenerhebungs- und einzugsrechte) durch diese Anstalt ausgeübt werden können.

Wir bitten dringend darum, diesen neuen Paragraphen ersatzlos zu streichen.

6. Abschließende Bemerkung

Wenn wir auch vorstehend deutlich gemacht haben, daß wir jegliche Ausweitung der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden kritisch sehen, so wollen wir doch einräumen, daß in den Kernbereichen der Energieversorgung sowie bei den damit unmittelbar zusammenhängenden Dienstleistungen eine Wettbewerbssituation objektiv besteht. In der Entsorgungswirtschaft ist dies jedoch nicht der Fall. Mit den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsmonopolen gehen wettbewerbliche Defizite einher, die in bestimmten Bereichen in spezifische Wettbewerbsbeschränkungen umschlagen. Wegen der Einzelheiten verweisen wir auf die Ausführungen des Bundeskartellamtspräsidenten Wolf, die dieser anlässlich der Fachtagung des AAV Entsorgungsverbandes NRW am 30.09.1998 gemacht hat. Der dort angestellten Analyse schließen wir uns vollinhaltlich an. Das gemeindliche Wirtschaftsrecht darf diese Zustände nicht perpetuieren oder gar verschärfen.

Erstes Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen

Synopse durch Bundesverband der Deutschen Entsorgungswirtschaft e.V. BDE

Geltende Fassung § 107 Abs. 1	Referentenentwurf der Landesregierung (Jan. '99)	Gesetzentwurf der Landesregierung	Vorschlag	Begründung
<p>Die Gemeinde darf sich wirtschaftlich betätigen, wenn</p> <p>1. ein dringender öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert</p> <p>.....</p>	<p>.....</p> <p>1. ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt</p> <p>.....</p>	<p>.....</p> <p>1. ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt</p> <p>.....</p>	<p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>	<p>Es muß bei der geltenden Fassung (Spalte 1) bleiben, insbesondere müssen die Formulierungen „dringender“ und „erfordert“ statt „rechtfertigen“ gesetzliche Grundlage bleiben. Die Formulierung der Landesregierung ist ein politisches Signal zur schrankenlosen wirtschaftlichen Betätigung.</p>
<p>keine Entsprechung</p>	<p>3. bei einem Tätigwerden außerhalb der Kernbereiche der Energieversorgung, öffentlicher Personennahverkehr sowie des Betriebs von Telekommunikationsleistungsnetzen der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.</p>	<p>3. bei einem Tätigwerden außerhalb der Bereiche der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Personennahverkehrs sowie des Betriebes von Telekommunikationsnetzen der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann.</p>	<p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>	<p>Unser Vorschlag entspricht dem Referenten-Entwurf. „Bereiche“ ist zu weitgehend und könnte sonst viele Entsorgungsdienstleistungen umfassen. Die verbale Einführung des ohnehin gültigen Subsidiaritätsprinzips wird begrüßt; die Benutzung der Steigerungsform „besser und wirtschaftlicher“ stellt eine unzulässige Ungleichbehandlung der Wettbewerbsposition zu Lasten der Privatwirtschaft dar.</p>
<p>keine Entsprechung</p>	<p>Alle Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche, mit denen die Gemeinde an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilnimmt, um ausschließlichen Gewinn zu erzielen, entsprechen keinem öffentlichen Zweck.</p>	<p>Eine entsprechende Formulierung fehlt im Gesetzesentwurf der Landesregierung.</p>	<p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>	<p>Die Formulierung stammt aus der Bayerischen Gemeindeordnung und wäre aus Sicht des BDE eine wünschenswerte Klarstellung.</p>

Erstes Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen

Synopse durch Bundesverband der Deutschen Entsorgungswirtschaft e.V. BDE

Geltende Fassung § 107 Abs. 3, 4, 5 neu keine Entsprechung	Referentenentwurf der Landesregierung (Jan. '99) 3. Die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets ist nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die berechtigten kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Bei der Versorgung mit Strom und Gas gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach den Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen.	Gesetzentwurf der Landesregierung 3. Die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets ist nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Bei der Versorgung mit Strom und Gas gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach den Vorschriften des	Verweise § 107 Abs. 3, 4, 5 neu keine Entsprechung	Begründung Mit dem Einschub „nur im Rahmen der Kernbereiche des Abs. 1 Ziffer 3“ wird sichergestellt, daß private Anbieter bei ihren Bemühungen sich im internationalen Wettbewerb nicht durch zusätzliche kommunale Konkurrenz behindert wird.
keine Entsprechung j	4. Die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung oder einer nicht wirtschaftlichen Betätigung nach Abs. 2 Nr. 4 auf ausländischen Märkten bedarf der Genehmigung.	4. Die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung oder einer nicht wirtschaftlichen Betätigung nach Abs. 2 Nr. 4 auf ausländischen Märkten bedarf der Genehmigung.	[Redacted]	Es besteht keine Notwendigkeit, „nicht wirtschaftliche Betätigungen“ überhaupt auf ausländischen Märkten auch nicht durch vorherige Genehmigung zuzulassen; Sireliche: „Nicht wirtschaftliche Betätigung nach Abs. 2 Nr. 4“ sog. Know-How-Vorteile können immer über private Anbieter transportiert werden. Grundsätzlich wird die Formulierung begrüßt. Der Einschub „Erweiterung“ stellt klar, daß auch die sog. Geschäftsausweitungen erfaßt werden.