



Bielefeld, den 15. April 1999

**Stellungnahme**  
**zum Gesetzentwurf der Landesregierung:**  
**Erstes Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen,**  
**Landtagsdrucksachen 12/3730 und 12/3770**  
**zur Vorbereitung der Öffentlichen Anhörung am 28. April 1999**

**I. Grundsätzliches**

1. Für die rechtliche Beurteilung der vorgeschlagenen Neuregelung der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen ist der verfassungsrechtliche Rahmen von entscheidender Bedeutung, den Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 78 Verf NW dem Landesgesetzgeber ziehen: Danach fällt die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in den Schutzbereich der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, wenn sie auf die Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft bezogen ist. Das ergibt sich daraus, daß die wirtschaftliche Betätigung zu Zwecken der örtlichen Daseinsvorsorge zum traditionellen Erscheinungsbild der kommunalen Selbstverwaltung gehört. Sie ist über lange Zeit hinweg sogar regelmäßig zum vom Gesetzgeber nicht antastbaren Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie gezählt worden. Funktional gesehen dient die wirtschaftliche Betätigung im Bereich der örtlichen Daseinsvorsorge der angemessenen Befriedigung von Bedürfnissen der Mitglieder der örtlichen Gemeinschaft.
2. Gesetzliche Einschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden sind rechtfertigungsbedürftig. Der Gesetzgeber darf sie nur aus wichtigen Gründen des Gemeinwohls vornehmen. Das hat seine Ursache darin, daß Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung den Gemeinden Aufgaben entziehen. Zwar erfolgt dieser Aufgabenentzug nicht zugunsten höherer Verwaltungsebenen, sondern zugunsten privater Konkurrenten. Aus der Sicht der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ist jedoch der Aufgabenentzug als solcher entscheidend, während die Begünstigten entsprechender

gesetzlicher Regelungen irrelevant sind. Jeder Aufgabenentzug bedarf nach dem vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Aufgabenverteilungsprinzip zu seiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines wichtigen Grundes.

3. Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen berechtigt, die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden davon abhängig zu machen, daß sie öffentlichen Zwecken dient. Den Gemeinden steht allerdings das Recht zu, die öffentlichen Zwecke in Ausübung ihres Selbstverwaltungsrechts autonom zu definieren. Wie jedes Handeln der öffentlichen Verwaltung erfolgt die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nicht privatautonom, als Ausübung grundrechtlicher Freiheit, sondern in Verfolgung öffentlicher Zwecke zur Verwirklichung des Allgemeinwohls. Das Allgemeinwohl zu definieren, ist auf kommunaler Ebene Aufgabe der demokratisch legitimierten Vertretungsorgane der Gemeinde.
4. Der Gesetzgeber hat das Recht, die wirtschaftliche Betätigung dahin zu beschränken, daß sie die Leistungsfähigkeit der jeweiligen Gemeinde nicht übersteigt. Jede wirtschaftliche Betätigung birgt Chancen und Risiken in sich. Diese gegeneinander abzuwägen, ist zuvörderst Aufgabe der Kommunen. Der Gesetzgeber ist jedoch berechtigt, dafür Sorge zu tragen, daß die wirtschaftliche Betätigung bei einer Realisierung ihrer Risiken nicht die finanzielle Autonomie der Kommunen gefährdet. Insoweit liegt ein wichtiger Grund im Sinne des Aufgabenverteilungsprinzips vor.
5. Der Gesetzgeber ist nicht berechtigt, die wirtschaftliche Betätigung davon abhängig zu machen, daß die jeweilige Gemeinde sie besser erledigt als andere Anbieter (echte Subsidiaritätsklausel). Kommunen haben als Teil der öffentlichen Hand das gleiche Recht zur wirtschaftlichen Betätigung wie Private. Sie dürfen wirtschaftlich tätig werden, ohne nachweisen zu müssen, daß sie bessere Ergebnisse erzielen als private Konkurrenten. Ein irgendwie geartetes Subsidiaritätsprinzip ist nicht Bestandteil der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes. § 67 Abs. 1 Nr. 3 der Deutschen Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, der die kommunalrechtliche Tradition in Deutschland geprägt hat, statuierte denn auch kein Subsidiaritätsprinzip, sondern erlaubte den Gemeinden das Errichten wirtschaftlicher Unternehmen schon dann, wenn „der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.“ Kommunale Wirtschaftstätigkeit ist danach schon zulässig, wenn sie nur gleich gut wie private Konkurrenten die verfolgte Aufgabe erfüllen kann. Ein Vorrang der Privatwirtschaft vor der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit ist dem deutschen Kommunalrecht fremd.
6. Über die Form ihrer wirtschaftlichen Betätigung entscheidet jede Gemeinde eigenverantwortlich. Gesetzliche Regelungen, die diese Eigenverantwortlichkeit einschränken, sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur ausnahmsweise aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls zulässig. Insoweit besteht eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, der eine Darlegungs- und Argumentationslast korreliert. Mit diesen Anforderungen bringt das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung den verfassungsgewollten Vorrang einer dezentralen (gemeindlichen) vor einer zentral (staatlich) determinierten Aufgabenwahrnehmung zum Ausdruck.
7. Der Gesetzgeber ist nicht berechtigt, die wirtschaftliche Betätigung, die zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft aufgenommen worden ist, auf das Gebiet der Gemeinde zu beschränken. Die wirtschaftliche Betätigung der Öffentlichen Hand stellt nämlich keine Ausübung von Hoheitstätigkeit dar, sondern Handeln im Wettbewerb, das auf Chancengleichheit basiert. Als Marktteilnehmer sind Gemeinden ebenso wenig wie Bund und Länder auf ihr Verwaltungsgebiet beschränkt, sondern können ihre Güter und Dienstleistungen dort anbieten, wo Nachfrage besteht.

## II. Einzelfragen

### 1. § 107 Abs. 1 S. 1 Entwurf

Nach dem Entwurf soll sich die Gemeinde „zur Erfüllung ihrer Aufgaben“ wirtschaftlich betätigen dürfen. Mit dieser Formulierung soll die jetzige Gesetzesregelung ersetzt werden, wonach die Gemeinde sich „zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ wirtschaftlich betätigen darf. Der Gesetzgeber sollte auf eine entsprechende Formulierung, die andere deutsche Gemeindeordnungen nicht kennen, völlig verzichten. Wie jede öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Einrichtung ist auch die Gemeinde auf die ihr durch die Verfassung, die Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften zur Erledigung anvertrauten Aufgaben beschränkt. Wenn mit der vorgeschlagenen Formulierung nur diese Selbstverständlichkeit wiederholt werden soll, ist sie überflüssig. Wenn durch die Formulierung die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden über ihre allgemeinen Zuständigkeitsgrenzen hinaus eingeschränkt werden sollte, müßte der Gesetzgeber offenlegen, welchen Gehalt diese Einschränkung nach seiner Auffassung haben sollte und wie sie sich rechtfertigt.

Zu begrüßen ist, daß der Gesetzentwurf mit der neuen Formulierung von § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Entwurf zu der Formulierung der Deutschen Gemeindeordnung zurückkehrt, die der kommunalverfassungsrechtlichen Tradition entspricht, die eigenverantwortliche Entscheidung der Gemeinden über ihre wirtschaftliche Betätigung achtet und Mißverständnisse ausschließt.

Auch die in § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO vorgeschlagene Formulierung entspricht dem Vorbild der Deutschen Gemeindeordnung. Im Gegensatz zur Gesetzesbegründung bringt sie allerdings keineswegs „die grundsätzliche Subsidiarität kommunalwirtschaftlichen Handelns“ zum Ausdruck, die in der Verfassung weder angelegt ist noch vor ihr zu rechtfertigen wäre.

### 2. § 107 Abs. 3 Entwurf

Die vorgeschlagene Formulierung von § 107 Abs. 3 wirft die Frage auf, was unter den berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften, die zu wahren sind, gemeint ist. Nach der Gesetzesbegründung soll als berechtigtes Interesse „die eigene (zulässige) wirtschaftliche Betätigung der betroffenen Kommune anzuerkennen“ sein. Diese Formulierung ist zumindest unbestimmt. Auszugehen ist davon, daß jede wirtschaftliche Betätigung sich im Wettbewerb vollziehen soll. Ebenso wenig wie gegenüber privaten Anbietern können kommunale Gebietskörperschaften sich gegenüber kommunalen Anbietern legitimerweise darauf berufen, daß sie von Konkurrenz verschont bleiben wollen. Der Gesetzgeber sollte seine Regelungsintention zumindest verdeutlichen, wenn er sich nicht dazu verstehen kann, auf die betreffende Formulierung zu verzichten.

### 3. § 107 Abs. 4 Entwurf

Nicht recht ersichtlich ist, warum eine nicht wirtschaftliche Betätigung im Sinne von § 107 Abs. 2 Nr. 4 Entwurf „auf ausländischen Märkten“ der Genehmigung bedürfen sollte. Es ist nicht ersichtlich, warum gerade die Betätigung im Ausland besonders gefahrenträchtig sein sollte, so daß ein präventives Genehmigungserfordernis zu rechtfertigen wäre. Den Interessen einer effizienten Kommunalaufsicht würde jedenfalls auch eine Anzeigepflicht genügen, die dem Bemühen um Verwaltungsvereinfachung und Deregulierung deutlich besser entspräche als die Statuierung neuer Genehmigungserfordernisse ohne erkennbaren Grund.

### 4. § 107 Abs. 5 Entwurf

Mit dieser Vorschrift werden die Gemeinden verpflichtet, den Rat auf der Grundlage

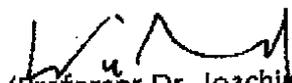
einer Marktanalyse über die Chancen und Risiken des beabsichtigten wirtschaftlichen Engagements und die Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft zu unterrichten. Mit dieser Regelung würde die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden in bezug auf eine wirtschaftliche Betätigung deutlich eingeschränkt. Aus der Gesetzesbegründung ist nicht zu ersehen, worin der von Verfassungs wegen erforderliche zwingende Grund (siehe oben I. 6.) für die gesetzliche Einschränkung der Eigenverantwortlichkeit der kommunalen Aufgabenerledigung zu sehen sein sollte. Den Intentionen der kommunalen Selbstverwaltung entspräche ein Verzicht auf derartige Beschränkungen der Eigenverantwortlichkeit. Jeder Gemeinderat kann und muß selbst entscheiden, ob er eine Marktanalyse bezüglich der Chancen und Risiken des beabsichtigten wirtschaftlichen Engagements und der Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft für sinnvoll hält oder nicht.

5. **§ 108 Abs. 3 Entwurf**

Auch diese Vorschrift schränkt die Eigenverantwortlichkeit der kommunalen Wirtschaftsbetätigung ein, indem sie eine Subsidiarität der Rechtsform der Aktiengesellschaft begründet. Nach der Gesetzesbegründung soll in der Regel davon auszugehen sein, „daß die Aktiengesellschaft für kommunale Unternehmen und Einrichtungen nicht in Betracht kommt.“ Diese Formulierung ist noch schärfer als der vorgeschlagene Gesetzestext. Zwar ist tatsächlich davon auszugehen, daß Aktiengesellschaften von den demokratisch legitimierten Organen einer Gemeinde schlechter zu steuern sind als etwa GmbHs. Andererseits weisen Aktiengesellschaften im Wirtschaftsleben andere Vorteile auf, insbesondere erleichtern sie die Kapitalbeschaffung. Die Abwägung zwischen den Vor- und Nachteilen der jeweiligen Gesellschaftsform steht aufgrund der von Verfassungs wegen garantierten Eigenverantwortlichkeit kommunaler Wirtschaftsbetätigung zuvörderst den Gemeinden zu. Selbst wenn man daher an der vorgeschlagenen Formulierung festhalten wollte, wäre eine kommunalfreundliche Auslegung in dem Sinne erforderlich, daß die Abwägung von Vor- und Nachteilen in die Einschätzungsprerogative der Gemeinde fällt und nur bei Überschreiten der Entscheidungsspielräume von der Kommunalaufsicht moniert werden könnte. Die Formulierung in der Gesetzesbegründung wird der verfassungsrechtlich gewährleisteten Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden nicht gerecht.

6. **§ 108 Abs. 4 Entwurf**

Für diese Einschränkung der Eigenverantwortlichkeit in der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden gilt Entsprechendes. Auch insoweit sind die von Verfassungs wegen erforderlichen zwingenden Gründe für die gesetzliche Einschränkung der Eigenverantwortlichkeit zumindest aus der Gesetzesbegründung nicht ersichtlich. Der Gesetzgeber sollte auch insoweit dem eigenverantwortlichen Handeln der Gemeinden Raum lassen und seine Eingriffe auf Extremfälle beschränken. Ein solcher Extremfall läge etwa dann vor, wenn die demokratisch legitimierten Gemeindeorgane sich der Steuerung kommunaler Gesellschaften praktisch vollständig begäben.

  
(Professor Dr. Joachim Wieland)