

Düsseldorf, 15. April 1999

An den Präsidenten
des Landtags Nordrhein-Westfalen
Referat II.1
Platz des Landtags 1
40002 Düsseldorf



Erstes Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung
Gesetzentwurf der Landesregierung
Drucksache 12/3730 und 12/3770

Sehr geehrter Herr Präsident Schmidt,

wir danken Ihnen für die Gelegenheit, die Sie uns gegeben haben, uns bei der öffentlichen Anhörung am 28./29. April 1999 sowohl im mündlichen Vortrag wie auf dem Wege der schriftlichen Stellungnahme zu äußern.

Als Anlage übersenden wir Ihnen unsere schriftliche Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Thomas Köster

Anlage

Stellungnahme zum

Ersten Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in NRW

Artikel 1 Änderung der Gemeindeordnung
Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen

Düsseldorf, 15. April 1999

A Allgemeine Bewertung

Das nordrhein-westfälische Handwerk - und zwar sowohl die abhängig beschäftigten Arbeitnehmer wie die selbständigen Meister - lehnt die von der Landesregierung vorgeschlagene Änderung des Rechts der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden strikt ab.

1. Bei dem Gesetzentwurf der Landesregierung zum Gemeindewirtschaftsrecht handelt es sich nicht um eine kleine Gesetzeskorrektur, sondern um eine fundamentale Änderung der wirtschaftspolitischen Rahmenbedingungen in Nordrhein-Westfalen auf Kosten der Unternehmen und Arbeitsplätze in der mittelständischen Wirtschaft. Zunächst sind scheinbar „nur“ Zehntausende von selbständigen Existenzen in den gebäudetechnischen Gewerken, im Garten- und Landschaftsbau sowie bei freiberuflichen Planungsleistungen unmittelbar betroffen. Doch tatsächlich handelt es sich noch um weit mehr. Eine Grenze für die kommunalwirtschaftliche Betätigung ist kaum noch erkennbar. Der Gesetzentwurf ist ein Freibrief für den Einmarsch öffentlicher Unternehmen auf kommunaler Ebene in die breite Fülle mittelständischer Märkte. Die öffentliche Hand als Unternehmer - das ist ein Projekt, das schon in der DDR gescheitert ist. Derartige Experimente auf Kosten mittelständischer Arbeitsplätze neu zu unternehmen, ist unverantwortlich. Ebenso ist es unverantwortlich, die Entscheidung darüber der Einschätzungsprärogative kommunaler Räte zu überlassen.

Durch die Gesetzesvorlage wird außerdem die Einheit der Wirtschaftspolitik in Nordrhein-Westfalen aufgegeben. Es ist widersinnig, das, was man an Arbeitsplätzen durch Gründungsoffensive, Meistergründungsprämie, Wirtschaftsförderung und Betriebsübergabeaktionen aufbaut, stabilisiert oder rettet, durch ein völlig verfehltes Gemeindewirtschaftsrecht gleichzeitig wieder kaputtzumachen. Neben der Konstanz der Wirtschaftspolitik ist die innere logische Kohärenz dieser Wirtschaftspolitik eine der wichtigsten Voraussetzungen für ihren Erfolg ins-

besondere auf dem Arbeitsmarkt. Die Gesetzesvorlage bedeutet deshalb eine erhebliche Verschlechterung des Standortes Nordrhein-Westfalen.

2. Anders als von der Landesregierung behauptet (Begründung S. 106, 2.1.3c), hält der Entwurf keineswegs an der grundsätzlichen Subsidiarität kommunalwirtschaftlicher Betätigung fest. Deshalb ist der Eindruck, den die Landesregierung erwecken will, ihr Gesetzesvorschlag stelle einen gerechten Interessenausgleich dar, falsch. Vielmehr hat sich die Landesregierung in einem bisher wohl einmaligen Kurswechsel über mehrere Stufen von der grundsätzlichen Subsidiarität kommunalwirtschaftlicher Betätigung zum genauen Gegenteil, nämlich der grundsätzlichen Subsidiarität der privatwirtschaftlichen Betätigung bewegt. Ausgangspunkt ist die geltende Gemeindeordnung, die in aller Klarheit sagt, dass sich die Gemeinden nur dann wirtschaftlich betätigen dürfen, wenn ein **dringender öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert**. Dem folgten - bis in die jüngste Vergangenheit hinein - Erklärungen der Landesregierung, die diesen Grundsatz bekräftigt haben. Der Referentenentwurf enthielt dann eine weitreichende Aufweichung dieser Position („wenn ein öffentlicher Zweck die Betätigung **rechtfertigt**“), allerdings nach dem Vorbild anderer Bundesländer verbunden mit einem expliziten Subsidiaritätsprinzip, nach dem die Gemeinden nur dann wirtschaftlich tätig werden dürfen, wenn ein Privater dies nicht **ebenso gut und wirtschaftlich** kann. Dieses Subsidiaritätsprinzip wurde aber zugleich wieder aufgehoben für „**Kernbereiche**“ der Energieversorgung, Wasserversorgung, des öffentlichen Personennahverkehrs sowie des Betriebes von Telekommunikationsleitungen. Angekommen ist die Landesregierung letztendlich bei einem völlig verwässerten Subsidiaritätsprinzip („**nicht besser und wirtschaftlicher**“), das noch dazu wiederum, aber dieses mal für „**Bereiche**“, aufgehoben wird. **Der Gesetzentwurf der Landesregierung senkt die Hürden für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden soweit ab, dass man sie kaum noch erkennen kann. Es geht um Bestandsschutz der Beschäftigten bei kommunalen Unternehmen zu Lasten der Beschäftigten bei privaten Unternehmen.**

3. Die mit dem Gesetzentwurf verbundene Erwartung, mit ihm könne ein neues kommunales Wirtschaftsrecht geschaffen werden, das etwas länger haltbar sein wird als die bisherigen Versuche, wird sich nicht erfüllen. Der Gesetzentwurf enthält eine Fülle von Unklarheiten. Dazu gehört die Frage, welche wirtschaftliche Betätigung durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist und welche nicht. Dazu gehört auch die Frage nach der tatsächlichen Relevanz des Subsidiaritätsprinzips in der von der Landesregierung vorgeschlagenen Form. Dazu gehört schließlich auch die Frage, wo die „Bereiche“ beginnen und enden, in denen dieses Subsidiaritätsprinzip nicht gelten soll. Die Landesregierung beschränkt sich mit ihrem Gesetzentwurf auf das eindeutige politische Signal, das die Gemeinden sich vermehrt wirtschaftlich betätigen dürfen; sie vermag aber nicht zu sagen, welche Tätigkeiten sie damit meint. Dies bedeutet, dass die Landesregierung die inhaltliche Ausfüllung des von ihr vorgeschlagenen Gesetzes den Gerichten überlässt, wobei je nach Ergebnis der gerichtlichen Auseinandersetzungen weitere Novellierungs-Runden ins Haus stehen dürften, weil nur so die Wünsche der Exponenten einiger Großstädte erfüllt werden können.

4. Vergeblich wird schließlich auch der Versuch sein, die vermutlichen Auswirkungen der Liberalisierung der Energieversorgungsmärkte durch eine Änderung der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung auffangen zu wollen. Das ist ein legitimes Ziel. Vermögen der öffentlichen Hand darf nicht verschleudert werden. Die nordrhein-westfälische Gemeindeordnung ist aber das untaugliche Instrument, um dieses Ziel zu erreichen. Denn es ist eine vollständige Illusion anzunehmen, dass die Verluste aus dem Wegfall der Monopolsituation durch erwerbswirtschaftliche Einnahmen kompensiert werden könnten. Der von der Landesregierung vorgelegte Gesetzentwurf hat deshalb auch den Charakter eines Beschwichtigungsgesetzes für Oberstadtdirektoren und Stadtwerke. Eine realistische Zukunftsperspektive vermag er nicht zu bieten. Allerdings können diesem Beschwichtigungsversuch sehr viele private kleine und mittlere Betriebe zum Opfer fallen. Die Kommunen wären besser beraten, der gegebenen Heraus-

förderung etwa durch Stärkung ihrer Einkaufsmacht mittels interkommunaler Kooperation zu begegnen.

5. Das nordrhein-westfälische Handwerk hält alle Versuche, einen fairen Wettbewerb zwischen kommunalen Unternehmen und privaten Unternehmen per Gemeindeordnung erreichen zu wollen, für nicht realisierbar. Auch die wohlmeinendsten Absichten werden daran scheitern müssen, dass die Vorstellung, die kommunalwirtschaftliche Betätigung sei dann in Ordnung, wenn nur ein fairer Wettbewerb sichergestellt werde, mit der Realität nichts gemein hat. Der Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Betrieben kann niemals fair sein. Wo liegt in der Realität das Konkursrisiko einer scheinprivatisierten kommunalen GmbH? Private Betriebe haben gegen die gewaltige Funktionspotenzierung bei Kommunen, die ihnen zugleich als Fiskus, Ordnungs- und Planungsinstanz, Auftraggeber sowie Wettbewerber gegenübertreten, keine Chance. Auch die personellen Verflechtungen zwischen Räten, Verwaltungen und kommunalen Unternehmen lassen die Vorstellung, dass die Gemeinde selbst einen fairen Interessenausgleich zwischen den Belangen der gemeindeeigenen Unternehmen und den Belangen der örtlichen privaten Wirtschaft vornehmen kann, reichlich blauäugig erscheinen.

B Besonderer Teil

Zu den Nrn. 2 und 8c (§ 41 Abs. 1 Satz 3 und § 107 Abs. 5 - neu -)

Wir schlagen vor, § 107 Abs. 5 - neu - wie folgt zu formulieren:

„Vor der Entscheidung über die Gründung von bzw. die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an Unternehmen im Sinne des § 107 Abs. 1 ist die zugrunde

liegende Tätigkeit auszuschreiben. Der Rat hat darzulegen, aus welchem Grund er gegebenenfalls auf die Beauftragung eines anderen Unternehmens verzichten möchte.“

Begründung:

Wenn die Gemeinde einen öffentlichen Zweck dadurch erreichen kann, dass sie nicht unmittelbar oder mittelbar selbst wirtschaftlich tätig wird, vermeidet sie das mit der wirtschaftlichen Betätigung notwendig verbundene unternehmerische Risiko. In diesem Fall kann auf Marktanalysen verzichtet werden. Unter dem Gesichtspunkt der Transparenz der zu treffenden Entscheidung ist es am besten, die in Rede stehende Tätigkeit auszuschreiben. Damit wäre auch am ehesten sichergestellt, dass es nicht zu negativen Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft kommt. Die im Entwurf vorgesehene gesonderte Prüfung der Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft ist gut gemeint; sie wird aus den oben dargelegten Gründen in der Realität nicht die gewünschten Wirkungen erzielen können.

Zu Nr. 8 (§ 107)

Wir schlagen vor, die bisher geltende Formulierung in § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 beizubehalten und den § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 - neu - wie folgt zu formulieren:

„Die Gemeinde darf sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen, wenn

1. ein dringender öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert“.

Begründung:

Mit der Formulierung im Gesetzentwurf wird die zentrale Aussage des geltenden § 107, nach der sich die Gemeinde nur dann wirtschaftlich betätigen darf, wenn ein **dringender** öffentlicher Zweck die Betätigung **erfordert**, deutlich abgeschwächt. Schon deshalb ist Artikel 1 des Ersten ModernG NRW für das nordrhein-westfälische Handwerk rundweg inakzeptabel. Durch die völlige Abschwächung der ersten und maßgeblichen „Zutrittsvoraussetzung“ für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde wird der Einmarsch der Kommunen in das weite Gebiet der (allgemeinen) Wirtschaftstätigkeit eröffnet, ohne dass das gesamte Ausmaß der Auswirkungen dieser Öffnung zum derzeitigen Zeitpunkt überhaupt erkennbar ist. Diese - auch im folgenden - nicht wirksam eingeschränkte Erweiterung des Tätigkeitsbereiches der Kommunen ist nicht hinnehmbar und stößt unsererseits auf unmissverständliche Ablehnung.

Wir schlagen vor, § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 - neu - wie folgt zu formulieren:

„bei einem Tätigwerden außerhalb der **Kernbereiche** der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Personennahverkehrs sowie des Betriebes von Telekommunikationsleitungsnetzen der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen **nicht ebenso gut und wirtschaftlich** erfüllt werden kann“

Begründung:

Das Subsidiaritätsprinzip in der im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Form bedeutet entgegen allen Erklärungen der Landesregierung, dass die private wirtschaftliche Betätigung **nachrangig** gegenüber der öffentlichen wirtschaftlichen Betätigung sein soll. Wir lehnen dies strikt ab. Die von uns vorgeschlagene Formulierung entspricht der Formulierung im Referenten-Entwurf. Auch die in jüngster Vergangenheit novellierten Gemeindeordnungen von Rheinland-Pfalz (vom 14.04.1998) und Bayern (vom 22.08.1998) enthalten ein Subsidiaritätsprinzip in der von uns vorgeschlagenen Form („der öffentliche Zweck nicht **ebenso gut und wirtschaftlich** durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden

kann“). Auch diese Abweichung von den Regelungen in anderen großen Flächenländern und vom eigenen Referenten-Entwurf ist für uns ein deutliches Indiz, dass die Landesregierung mit dem Gesetzentwurf eine drastische Ausweitung der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden in Nordrhein-Westfalen gutheißt.

Völlig unklar ist im Gesetzentwurf die Abgrenzung des Bereiches, in dem kein Subsidiaritätsprinzip gelten soll. Laut Begründung Seite 108 sollen den Gemeinden „die ‘angestammten’ Felder des Versorgungssektors erhalten“ werden. Dies würde bedeuten, dass im Einklang mit der langjährigen Arbeitsteilung zwischen Stadtwerken und Handwerk die Stadtwerke sich primär auf das Netz konzentrieren und nicht jenseits der sogenannten Hausübergabepunkte tätig werden. Dem steht aber wiederum entgegen, dass die Landesregierung das Wort „Kernbereich“ gestrichen und durch „Bereich“ ersetzt hat - ohne dass die Begründung modifiziert worden wäre. Dies spricht wiederum dafür, dass auch außerhalb der „angestammten“ Felder die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden zulässig sein soll. Im Ergebnis und zusammengefasst führt der Gesetzentwurf hier zu enormen Unklarheiten, die wiederum Streitigkeiten zwischen mittelständischen Unternehmen und Großstädten nach sich ziehen werden. Schließlich haben einige Stadtwerke unter den Stichworten „Contracting“ und „Facility-Management“ ihre Geschäftstätigkeit bereits wesentlich auf den Bereich jenseits der Hausübergabepunkte ausgedehnt. Dies und eine noch darüber hinausgehende Ausdehnung zu Lasten der betroffenen Handwerke durch eine weite Auslegung der Begriffe „Bereiche“, „Kernbereiche“, „angestammte Bereiche“ wird von uns nicht hingenommen.

Zu § 107 Abs. 3

Wir betrachten § 107 Absatz 3 - neu - mit Skepsis. Auch bei der Versorgung mit Strom und Gas sollten alle berechtigten Interessen der betroffenen Gebiets-

körperschaften berücksichtigt werden. „Unfreundliche“ Übernahmen und die damit verbunden Streitigkeiten zwischen benachbarten Gemeinden müssen verhindert werden.

Zu Nr. 9 (§108)

Grundsätzlich neigt das nordrhein-westfälische Handwerk dazu, dass der Gesetzgeber den Gemeinden freistellt, in welcher Rechtsform die - zulässige - wirtschaftliche Betätigung organisiert wird. Leider ist von einigen Repräsentanten nordrhein-westfälischer Großstädte in jüngster Zeit die Wirkung des § 107 auf kommunale Unternehmen in der Rechtsform der AG bzw. auf Beteiligungen an Unternehmen in der Rechtsform der AG bestritten worden. Deshalb hat sich hier ein Regelungsbedarf ergeben, der sich sonst nach unserer Auffassung so nicht dargestellt hätte. Wir betrachten deshalb den Vorrang anderer Rechtsformen gegenüber der Rechtsform der AG nur als folgerichtig. Wir begrüßen auch die Regelungen zum Gesellschaftsvertrag und zur Weisungsbefugnis der Gemeinde.

Zu Nr. 10 (§ 114a - neu -)

Wir haben erhebliche Bedenken, dass das Angebot der Rechtsformen auch bei wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden um die Rechtsform der „Anstalt“ erweitert wird. Wie die Begründung Seite 107 Nr. 2.2.2, viertes Tilet, feststellt, unterliegt die Anstalt des öffentlichen Rechts keiner Steuerpflicht kraft Rechtsform. Wirtschaftliche Betätigungen, die von der Anstalt des öffentlichen Rechts vorgenommen werden würden, wären deshalb gegenüber privaten Rechtsformen steuerlich begünstigt. Wenn es zu einer Ausdehnung der wirtschaftlichen Betätigung kommen sollte, wären erhebliche Wettbewerbsverzerrungen die Folge.