



Abteilung
Recht, Wettbewerbspolitik
und Versicherung
Telefon: (0221)3708-408
Telefax: (0221)3708-460

Datum: 19.04.99

Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Landesregierung

„Erstes Gesetz zur Modernisierung von Regierung
und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen
(Erstes Modernisierungsgesetz – 1. ModernG NRW)“
DS 12/3730

Das Wichtigste In Kürze:

Wirtschaftliche Aktivitäten des Staates haben die Privatwirtschaft schon seit geraumer Zeit in Bedrängnis gebracht. Nimmt der Staat als Konkurrent am Wettbewerbsgeschehen teil, haben Privatunternehmen meist das Nachsehen. Der schon lange anhaltende Trend zur Ausdehnung staatlicher und kommunaler Wirtschaftstätigkeit droht mit den vorgesehenen Änderungen der Gemeindeordnung in Nordrhein-Westfalen aber eine neue Dynamik zu bekommen. Die Landesregierung plant, die Handlungsfreiräume für wirtschaftliche Aktivitäten der öffentlichen Hand zu erweitern, so daß sie noch stärker als bisher in Geschäftsfelder vordringen kann, die traditionell der Privatwirtschaft vorbehalten waren. Da andere Bundesländer diesem Beispiel folgen könnten, mißt der BDI dem Gesetzesvorhaben in NRW bundesweite Bedeutung bei. Er bindet deshalb seine Stellungnahme zu dem geplanten Gesetz in NRW, die mit der Position der BDI-Landesvertretung in NRW übereinstimmt, in eine allgemeine Stellungnahme zu den wirtschaftspolitischen Risiken ein, die die deutsche Industrie in einer weiteren Ausdehnung staatlicher Wirtschaftstätigkeit sieht.

Der Landesgesetzgeber in NRW sollte nach Auffassung des BDI den Gesetzentwurf der Landesregierung zur Neufassung der Gemeindeordnung NRW wie folgt ändern:

1. Mehr staatliche Daseinsvorsorge ist nicht zeitgemäß. Der Aufgabenbereich eines modernen und schlanken Staates sollte reduziert und nicht – wie in § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO-E NRW vorgesehen – um immer neue Tätigkeitsfelder erweitert werden (S. 5 der BDI-Stellungnahme).
2. Das Subsidiaritätsgebot für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand sollte so eindeutig wie möglich formuliert werden, um ein hohes Maß an Rechtssicherheit zu schaffen und ein politisches Signal zu setzen, das die Grenzen staatlicher Wirtschaftstätigkeit erkennbar aufzeigt (BDI-Formulierungsvorschlag zu § 107 Abs. 1 GO-E NRW, S. 6 f.).
3. Die kommunale Wirtschaftstätigkeit muß räumlich weitestgehend eingedämmt bleiben (Formulierungsvorschlag zu § 107 Abs. 3 S. 1 GO-E NRW, S. 7 f.).
4. Der Gesetzgeber sollte klarstellen, daß die durch wirtschaftliche Betätigung erzielten Gewinne sowie eine bessere Auslastung von Kapazitäten mit dem Ziel der Sanierung der öffentlichen Haushalte keinen öffentlichen Zweck erfüllen (Formulierungsvorschlag zu § 107 Abs. 1 GO-E NRW, S. 8).
5. Verstößt die Kommune gegen die sachlichen und räumlichen Grenzen, die das Subsidiaritätsgebot kommunaler Wirtschaftstätigkeit zieht, sollten private Mitbewerber einen eindeutigen Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch gegen die Gemeinde haben (Formulierungsvorschlag zu § 107 GO-E NRW, S. 8 f.).
6. § 107 Abs. 5 GO-E NRW widerspricht dem Ziel der Landesregierung, die staatliche Verwaltung zu modernisieren und zu verschlanken. Die Verpflichtung der Kommunen, eine Marktanalyse über die Auswirkungen zu Lasten privater Unternehmen zu erstellen, bevor sie sich wirtschaftlich betätigen, entlastet nicht die Verwaltung, sondern schafft neue überflüssige Bürokratie. Die Vorschrift sollte gestrichen werden, da eine eindeutig formulierte Subsidiarität staatlicher Wirtschaftstätigkeit dieser Regelung deutlich überlegen ist (S. 9).
7. Die Wahl zur Rechtsform der Anstalt öffentlichen Rechts für Kommunen (Art. 114 a GO-E NRW) sollte gestrichen oder so modifiziert werden, daß sie unzulässig ist, soweit die öffentliche Hand eine wirtschaftliche Tätigkeit verfolgt, die auch von privaten Dritten erbracht werden kann (S. 10).

Inhalt

A.) Mehr staatliche Wirtschaftstätigkeit – eine falsche ordnungspolitische Weichenstellung	2
B.) Bestandsaufnahme	3
I. Risiken und Gefahren	3
1. Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der Privatwirtschaft	3
2. Keine Chancengleichheit für private Unternehmen	3
3. Mehr Staat statt „schlanker Staat“	4
4. Bundesweites Problem	4
II. Gesetzentwurf in Nordrhein-Westfalen	5
1. Mehr staatliche Daseinsvorsorge nicht zeitgemäß	5
2. Eingeschränktes Subsidiaritätsgebot	6
3. Änderungsvorschläge: Rechtssicherheit schaffen und politisches Signal setzen	6
III. Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht	10
C.) Ausgewählte Wettbewerbsverzerrungen	12
I. Energie	12
II. Umwelt.....	14
III. Steuern	16
IV. Telekommunikation und Verkehr.....	18
V. Öffentliche Auftragsvergabe	20
D.) Wirtschafts- und sozialpolitischer Ausblick	21

A.) Mehr staatliche Wirtschaftstätigkeit – eine falsche ordnungspolitische Weichenstellung

Die öffentliche Hand dehnt ihre wirtschaftlichen Aktivitäten immer weiter aus und besetzt zunehmend Tätigkeitsfelder, die bislang der Privatwirtschaft vorbehalten waren. Viele private Unternehmen fühlen sich durch die Konkurrenz staatlicher Wirtschaftsbetriebe überfordert und verunsichert. Die Landesregierung in Nordrhein-Westfalen plant indes, die wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten für Kommunen weiter auszudehnen. Die Folge ist eine verstärkte Zunahme staatlicher Konkurrenz, die die Privatwirtschaft immer mehr in Bedrängnis bringt.

Die Landesregierung in Nordrhein-Westfalen stellt die ordnungspolitischen Weichen in die Zukunft falsch, wenn sie dem Trend zur Ausdehnung staatlicher Wirtschaftstätigkeit nachgibt. Der Gesetzentwurf, den sie dem Landtag vorgelegt hat, droht in eine Sackgasse zu führen, an deren Ende es weniger Marktwirtschaft und mehr Monopole staatlich beherrschter Unternehmen geben wird. Das geht nicht nur zu Lasten privater Unternehmen. Auch die Verbraucher und Steuerzahler bezahlen hierfür die Zeche: höhere Preise, eine steigende Zahl von Insolvenzen in der Privatwirtschaft, rückläufige Steuererträge und der Verlust von Arbeitsplätzen.

Der BDI möchte mit diesem Papier auf die Risiken der zunehmenden staatlichen Wirtschaftstätigkeit hinweisen. Er beschränkt sich nicht darauf, das aktuelle Gesetzesvorhaben in Nordrhein-Westfalen zu kommentieren, da das Problem der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand von bundesweiter Bedeutung ist. Der Staat tritt der Privatwirtschaft auch in den übrigen Bundesländern als Konkurrent gegenüber. Die deutsche Industrie warnt deshalb vor einem „Dominoeffekt“, wonach andere Bundesländer dem Vorbild Nordrhein-Westfalens folgen könnten.

Es ist daher Zeit für die Politik, sich klar zur sozialen Marktwirtschaft zu bekennen, die sich auf die Freiheit des Wettbewerbs als Prinzip der Individualfreiheit *privater* Wirtschaftssubjekte gründet. Der Staat soll sich im Rahmen unserer sozialen Marktwirtschaft auf seine vornehmliche Aufgabe besinnen, einen effizienten Ordnungsrahmen für die Wirtschaft vorzugeben. Denn private Unternehmen können im freien Wettbewerb wirtschaftliche Angelegenheiten besser und effizienter erledigen als staatliche Einrichtungen. Die Erfolge der Liberalisierung zahlreicher Wirtschaftssektoren – etwa im Bereich der Telekommunikation – sind hierfür Beleg. Die Früchte einer konsequenten Ordnungspolitik erntet die Allgemeinheit. Verbraucherpreise sinken, die Kaufkraft wächst und Arbeitsplätze werden geschaffen und gesichert.

B.) Bestandsaufnahme

I. Risiken und Gefahren

1. Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der Privatwirtschaft

Im kommunalen Bereich zeichnet sich die Ausweitung staatlicher Wirtschaftstätigkeit bislang am deutlichsten ab. Dies spüren etwa private Baufirmen im Straßenbau oder Privatunternehmen im Garten- und Landschaftsbau. So übernehmen städtische Gartenbaubetriebe die Pflege privater Grünflächen, kommunale Abfallentsorgungsbetriebe steigen in das Geschäft der Verwertung gewerblicher Abfälle ein, städtische Einrichtungen bieten die Bewirtschaftung von Gebäuden an, übernehmen Consulting- und Ingenieurleistungen oder führen mit ihren Personalbüros die Lohn- und Gehaltsabrechnung für private Auftraggeber durch. Diese Formen wirtschaftlicher Aktivitäten der öffentlichen Hand sind nur ausgewählte Beispiele, die der Privatwirtschaft die Geschäfts- und Existenzgrundlage zu entziehen drohen.

Auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge leidet die Privatwirtschaft unter der zunehmenden Konkurrenz vor allem kommunaler Unternehmen. Auftragseinbußen zu Lasten der Privaten sind die Folge. Beim einem jährlichen Gesamtauftragsvolumen in Höhe von ca. DM 400 Milliarden in Deutschland entfallen schon heute mehr als 50% auf die Kommunen. Der hohe Anteil, der auf die Kommunen fällt, verdeutlicht, daß der privaten Wirtschaft hohe Verluste drohen, sollte die Auftragskonkurrenz kommunaler und öffentlich beherrschter Unternehmen weiter zunehmen. Im Gegensatz zu Privaten erhalten öffentliche Unternehmen Aufträge häufig freihändig, d. h. ohne förmliches Vergabeverfahren. Oder sie nutzen im Wettbewerb mit Privaten ihre amtliche oder organisatorische Nähe zur Verwaltung, um die Auftragsvergabe zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Nicht selten werden sie deshalb von den Verwaltungen bevorzugt.

2. Keine Chancengleichheit für private Unternehmen

Privaten Unternehmen bereitet es große Schwierigkeiten, die massiven Wettbewerbsverzerrungen wirtschaftlich aufzufangen, die von öffentlichen Unternehmen ausgehen. Das gilt auch gegenüber scheinprivatisierten Unternehmen, die trotz ihrer privaten Rechtsform von der öffentlichen Hand beherrscht werden.

Unternehmen der öffentlichen Hand tragen weder ein echtes Konkurs- noch ein Beschäftigungsrisiko. Der Steuerzahler steht hinter ihnen. Unausgelastete Kapazitäten verschaffen ihnen gegenüber privaten Unternehmen den Wettbewerbsvorteil, daß ihre Preisuntergrenze bei den variablen Kosten zusätzlicher Aufträge liegt. Darüber hinaus haben öffentliche oder scheinprivatisierte Unternehmen die Möglichkeit, das hinter ihnen stehende Personal der Verwaltungen zu nutzen. Personelle Verflechtungen zwischen Aufsichtsbehörden und Gesellschaftsorganen erlauben es organisationsprivatisierten Unternehmen, sich durch Verquickung amtlicher und privater

Informationen Wettbewerbsvorsprünge gegenüber privater Konkurrenz zu verschaffen.

Deshalb besteht niemals eine Chancengleichheit für private Unternehmen, wenn sich die öffentliche Hand ins private Wirtschaftsgeschehen einmischt.

3. Mehr Staat statt „schlanker Staat“

Die Ausweitung staatlicher Wirtschaftsaktivitäten ist auch nicht geeignet, die öffentlichen Haushalte dauerhaft zu sanieren. Die deutsche Industrie verschließt sich nicht der Erkenntnis, daß die Finanzlage der öffentlichen Hand, insbesondere der Kommunen, angespannt ist. Es ist anzuerkennen, daß öffentliche Unternehmen in herkömmlichen kommunalen Geschäftsfeldern wie etwa im Bereich der Energieversorgung zunehmend auf Wachstumsgrenzen stoßen, weil sich die Rahmenbedingungen im Zuge erfolgter Liberalisierungsmaßnahmen verändert haben. Es werden aber auch zahlreiche öffentliche Einrichtungen mit unausgelasteten Kapazitäten und deshalb betriebswirtschaftlich falsch geführt. Die Entscheidung des OLG Hamm im Fall „Gelsengrün“ bringt diese Mißstände erfreulich klar zum Ausdruck. In diesem Fall hatten sich private Wettbewerber mit Hilfe eines privatrechtlichen Unterlassungsanspruchs erfolgreich gegen die Landschaftsarbeiten eines städtischen Grünflächenamts für private Auftraggeber gewehrt. Das Gericht stellte fest, daß die bessere Auslastung gemeindlicher Einrichtungen durch eine zusätzliche private Betätigung unzulässig ist.

Der BDI teilt die Auffassung des OLG Hamm und bezweifelt, daß die Suche nach immer neuen Tätigkeitsfeldern, die Ausweitung von Kapazitäten und – in der Folge – die Aufnahme neuer Haushaltsposten die finanziellen Probleme der öffentlichen Hand löst. Im Gegenteil: mit zunehmender wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand verschlimmern sich langfristig ihre finanziellen Probleme, da die ihr obliegenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen immer ein Hindernis bereiten, effizient am Wettbewerb orientiert zu wirtschaften.

Eine leistungsfähige Volkswirtschaft braucht einen „schlanken Staat“, der sich vor allem bei der Erfeldigung wirtschaftlicher Aufgaben zurückhält. Soweit die Politik Bedarf sieht, der öffentlichen Hand ausnahmsweise wirtschaftliche Angelegenheiten zu übertragen, sollten sich diese auf einen eng begrenzten Kreis notwendiger Aufgaben der staatlichen Daseinsvorsorge beschränken.

4. Bundesweites Problem

Wettbewerbsverzerrungen durch staatliche Wirtschaftstätigkeit beschränken sich nicht auf das Gebiet von Nordrhein-Westfalen. Die örtliche wie überörtliche Privatwirtschaft in den unterschiedlichsten Wirtschaftssektoren ist in ganz Deutschland gleichermaßen davon betroffen. Das vorliegende Papier beschränkt sich deshalb nicht darauf, das geplante „Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung“ in Nordrhein-Westfalen zu kommentieren. Es möchte vielmehr die bundesweite Bedeutung staatlicher Wirtschaftstätigkeit hervorheben.

Das Vorhaben in Nordrhein-Westfalen hat nach Auffassung der deutschen Industrie aber durchaus bundespolitische Bedeutung. Es ist zu befürchten, daß andere Bundesländer dieses Gesetzesvorhaben nachahmen. In Baden-Württemberg werden gegenwärtig offensichtlich ähnliche Überlegungen wie in Nordrhein-Westfalen angestellt.

Der BDI möchte verhindern, daß dem nordrhein-westfälischen Modell in einer Art „Dominoeffekt“ weitere Landesregelungen folgen, die in eine ordnungspolitische Sackgasse führen.

II. Gesetzentwurf in Nordrhein-Westfalen

Ungeachtet der Einwände der Wirtschaft räumt der Regierungsentwurf zum „Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen“ vom 25.02.1999 (LT NRW DS 12/3730) den Kommunen noch größere Handlungsspielräume zur wirtschaftlichen Betätigung ein, als dies bislang der Fall war. Die kommunale Wirtschaftstätigkeit soll in sachlicher und räumlicher Hinsicht ausgedehnt werden, damit die Gemeinden immer neue Tätigkeitsfelder besetzen können. Das hat zur Folge, daß die öffentliche Hand noch stärker als bisher in Wettbewerb mit der Privatwirtschaft treten kann.

Zum einen weitert der Regierungsentwurf die Kernbereiche zulässiger Wirtschaftsbetätigung der Kommunen zum Zweck der staatlichen Daseinsvorsorge deutlich aus. Zum anderen verwischt er die Grenze, die der Grundsatz der Subsidiarität kommunaler Wirtschaftstätigkeit zieht, auch wenn der Regierungsentwurf das Subsidiaritätsgebot im Gegensatz zur bisherigen Gesetzesfassung nunmehr ausdrücklich erwähnt.

1. Mehr staatliche Daseinsvorsorge nicht zeitgemäß

In den Kernbereichen der staatlichen Daseinsvorsorge ist die kommunale Wirtschaftstätigkeit grundsätzlich zulässig. Gegen diesen allgemeinen Grundsatz und gegen den Wettbewerb der öffentlichen Hand mit der Privatwirtschaft in diesem eng definierten Bereich wendet sich der BDI nicht.

Allerdings sollte der Aufgabenbereich eines modernen und schlanken Staates reduziert und nicht – wie in Nordrhein-Westfalen vorgesehen – um immer neue Tätigkeitsfelder erweitert werden.

So definiert § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO-E NRW beispielsweise den Betrieb von Telekommunikationsleitungen als neuen Kernbereich staatlicher Daseinsvorsorge. Diese Regelung konterkariert die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte nach dem Telekommunikationsgesetz und nach den europäischen Vorgaben, wonach staatliche Monopole beseitigt werden sollen und der Telekommunikationsmarkt privaten Unternehmen geöffnet werden muß.

Darüber hinaus bezweifelt die deutsche Industrie, ob nach der Liberalisierung der Energiemärkte die Strom- und Gasversorgung überhaupt noch als Kernaufgabe der kommunalen Daseinsvorsorge bezeichnet werden kann. Auch in diesem Bereich erfolgte die Liberalisierung mit dem Ziel, Monopole zu beseitigen und den Marktzutritt privater Unternehmen zu ermöglichen, um die Effizienz zu erhöhen und Monopolrenditen zu beseitigen.

2. Eingeschränktes Subsidiaritätsgebot

Außerhalb des Kernbereichs der Aufgaben staatlicher Daseinsvorsorge schränkt das Subsidiaritätsprinzip die Zulässigkeit staatlicher Wirtschaftstätigkeit ein. Es zieht die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger kommunaler Wirtschaftsbetätigung. Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ist nur zulässig, wenn sie durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist, der sich auf die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft beschränkt und in angemessenem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht.

Der BDI vertritt die Auffassung, daß dieses Subsidiaritätsgebot ein allgemeiner Grundsatz unseres Verfassungsrechts ist und grundsätzlich auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung gilt. Erfüllt eine Kommune wirtschaftliche Aufgaben außerhalb des Kernbereichs der Daseinsvorsorge, die ein privates Unternehmen besser und effizienter erledigen kann, fördert sie das Wohl ihrer örtlichen Gemeinschaft regelmäßig nicht. Deshalb ist ihre wirtschaftliche Tätigkeit auch nicht durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt.

Der Regierungsentwurf NRW regelt das Prinzip der Subsidiarität kommunalwirtschaftlicher Betätigung nunmehr im Gegensatz zur bisher geltenden Gesetzesfassung ausdrücklich. Das ist im Grundsatz ein richtiger Ansatz. Dennoch ist die vorgesehene Regelung unbefriedigend, da der unpräzise Wortlaut der Vorschrift in § 107 Abs. 1 GO NRW die ohnehin unklare Grenze verwischt, die das Subsidiaritätsgebot der Zulässigkeit kommunaler Wirtschaftstätigkeit zieht.

Die Praxis zeigt, daß häufig große Rechtsunsicherheit besteht, ob und wie weit das Subsidiaritätsgebot im Einzelfall gilt. Diese Rechtsunsicherheit geht zu Lasten der Privatwirtschaft, da private Unternehmer naturgemäß vermeiden wollen, in dieser Frage einen Rechtsstreit mit dem staatlichen Wettbewerber zu führen, der für sie Fiskus, Ordnungs- und Planungsinstanz und Auftraggeber in einer Person ist.

3. Änderungsvorschläge: Rechtssicherheit schaffen und politisches Signal setzen

Um ein hohes Maß an Rechtssicherheit zu schaffen, muß der Gesetzgeber Rechtsklarheit schaffen, indem er das Subsidiaritätsgebot so eindeutig wie möglich formuliert, und ein politisches Signal setzen, das die Grenzen staatlicher Wirtschaftstätigkeit erkennbar aufzeigt.

Deshalb sollte das Kommunalwirtschaftsrecht eine „echte Subsidiaritätsklausel“ enthalten. Der Regierungsentwurf zur Gemeindeordnung in Nordrhein-Westfalen (§ 107 Abs. 1 S. 1 GO-E NRW) könnte deshalb wie folgt formuliert werden (Änderungen in Fettdruck hervorgehoben, Streichungen angezeigt):

a) Subsidiaritätsgebot eindeutig definieren (§ 107 Abs. 1 S. 1 GO-E NRW)

Formulierungsvorschlag	Begründung
„Die Gemeinde darf sich wirtschaftlich nur betätigen, wenn	Der Begriff „ nur “ bringt das Subsidiaritätsgebot und den grundsätzliche Nachrang kommunalwirtschaftlicher Betätigung unmißverständlich zum Ausdruck.
1. ein dringender öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt erfordert	Die Dringlichkeit grenzt den sachlichen Handlungsspielraum der Kommunen auf Ausnahmesituationen ein. Das Erfordernis wirtschaftlicher Tätigkeit zieht engere Handlungsspielräume als der Umstand, daß die wirtschaftliche Aktivität gerechtfertigt ist.
2. die Betätigung ... in angemessenem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht und	
3. bei einem Tätigwerden außerhalb der Kernbereiche der Energieversorgung ... sowie des Betriebs von Telekommunikationsleitungsnetzen der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder werden kann.	Die Begriffe „ Energieversorgung “ und „ Betrieb von Telekommunikationsleitungsnetzen “ sollten gestrichen werden. Diese Tätigkeiten stellen eine wirtschaftliche Betätigung wie jede andere dar und sind deshalb nicht dem Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge zuzurechnen. Die Formulierung „... nicht ebenso gut ...“ bringt den Nachrang kommunalwirtschaftlicher Betätigung am deutlichsten zum Ausdruck. Sie tritt immer dann zurück und ist unzulässig, wenn ein Privater die Aufgabe bereits ebenso gut und wirtschaftlich erfüllt oder hierzu subjektiv willens und objektiv in der Lage ist.

b) Kommunale Wirtschaftstätigkeit räumlich eindämmen (§ 107 Abs. 3 S. 1 GO-E NRW)

Der Entwurf der Landesregierung erlaubt es den Kommunen, ihre Wirtschaftstätigkeit über die Grenzen des Gemeindegebiets hinaus auszudehnen. Eine umfassende räumliche Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit ist ordnungspolitisch ebenso falsch wie die Ausweitung auf neue Tätigkeitsfelder in sachlicher Hinsicht. Eine räumliche Ausdehnung muß auf eng begrenzte Ausnahmesituationen – etwa im Rahmen kommunaler Zusammenarbeit – beschränkt bleiben. Andernfalls müssen kommunale Unternehmen voll privatisiert und der Einflußnahme durch die öffentliche Hand entzogen werden.

§ 107 Abs. 3 S. 1 GO-E NRW sollte deshalb nach Maßgabe der Erfordernisse kommunaler Zusammenarbeit auf den (eng definierten) Gebieten staatlicher Daseinsvorsorge modifiziert werden oder zumindest wie folgt ergänzt werden:

Formulierungsvorschlag	Begründung
<p><i>„Die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets ist nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften sowie der privater Unternehmen gewahrt sind.“</i></p>	<p>Diese Vorschrift stellt klar, daß private Konkurrenzunternehmen auch bei einer räumlichen Ausdehnung kommunaler Wirtschaftstätigkeit in einem schützenswerten, subjektiv-öffentlichen Recht beeinträchtigt werden können. Das OLG Hamm, Urt. v. 23.9.1997 – 4 U 99/97 (LG Essen) – Fall „Gelsengrün“ – hat § 107 GO NRW zu recht den Charakter einer Verbotsnorm mit dem Zweck des Schutzes von privaten Mitbewerbern zuerkannt. Die gegen dieses Urteil gerichtete Revision nahm der BGH durch Beschluß vom 8.10.1998, Az. I ZR 284/97, wegen mangelnder Erfolgsaussichten nicht zur Entscheidung an.</p>

c) „Öffentlichen Zweck“ eingrenzen (§ 107 Abs. 1 GO-E NRW)

§ 107 Abs. 1 sollte wie folgt ergänzt werden, um klarzustellen, daß die durch wirtschaftliche Betätigung erzielten Gewinne sowie eine bessere Auslastung von Kapazitäten mit dem Ziel der Verbesserung öffentlichen Haushalte regelmäßig keinen öffentlichen Zweck erfüllen:

Formulierungsvorschlag	Begründung
<p><i>„Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche, mit denen die Gemeinde an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilnimmt, um ausschließlich Gewinne zu erzielen oder ihre Kapazitäten auszulasten, entsprechen keinem öffentlichen Zweck.“</i></p>	<p>Diese Regelung hat zwar nur deklaratorischen Charakter, da die Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt hat, daß kommunales Gewinnstreben keinen öffentlichen Zweck erfüllt, selbst wenn dadurch der Gemeindehaushalt entlastet würde. Auch eine bessere Auslastung von Kapazitäten durch zusätzliche privatwirtschaftliche Betätigung erfüllt diesen Zweck nicht. Vielmehr müssen die Kommunen ihre Einrichtungen planen, daß Überkapazitäten erst gar nicht entstehen. Soweit Überkapazitäten entstanden sind, sind diese abzubauen.</p>

d) Schadensersatzpflicht bei Verstößen festschreiben

Verstößt die Kommune gegen die sachlichen und räumlichen Grenzen, die das Subsidiaritätsgebot kommunaler und staatlicher Wirtschaftstätigkeit zieht, sollten private Mitbewerber einen Unterlassungs- und einen Schadensersatzanspruch gegen die öffentliche Hand haben. Die unklaren Konturen des Subsidiaritätsgebots verhindern

bislang, daß die Privatwirtschaft wirksam Rechtsschutz suchen kann, wenn eine Gemeinde gegen dieses Gebot verstößt. Ein zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch und das Risiko der Schadensersatzhaftung würde ihm indes mehr Schärfe verleihen und präventiv gegen eine weitere ungerechtfertigte Ausweitung staatlicher Wirtschaftstätigkeit wirken.

§ 107 GO-E NRW sollte deshalb mit einem neuen Absatz wie folgt ergänzt werden:

Formulierungsvorschlag	Begründung
<p><i>„Private Unternehmen dürfen durch die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde nicht wesentlich geschädigt oder in ihrer Existenz bedroht werden.“</i></p>	<p>Diese Vorschrift räumt privaten Konkurrenzunternehmen ein subjektives öffentliches Recht ein, aus dem sie – auch einstweiligen – Rechtsschutz in Form eines Unterlassungsanspruchs ableiten können. Das OLG Hamm, Ur. v. 23.9.1997 – 4 U 99/97 (LG Essen) – Fall „Gelsengrün“ – hat § 107 GO NRW zu recht den Charakter einer Verbotsnorm mit dem Zweck des Schutzes von privaten Mitbewerbern zuerkannt. Die gegen dieses Urteil gerichtete Revision nahm der BGH durch Beschluß vom 8.10.1998, Az. I ZR 284/97, wegen mangelnder Erfolgsaussichten nicht zur Entscheidung an.</p> <p>Darüber hinaus schafft diese Vorschrift einen Schadensersatzanspruch zugunsten privater Dritter. Sie ist ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB und stellt eine drittschützende, objektive Amtspflicht im Sinne des Amtshaftungsanspruchs nach § 839 BGB dar.</p>

e) Weniger Bürokratie, mehr Marktwirtschaft (§ 107 Abs. 5 GO-E NRW)

Der Gesetzentwurf steht mit § 107 Abs. 5 GO-E NRW auch in einem klaren Widerspruch zum erklärten Ziel der Landesregierung, die staatliche Verwaltung zu modernisieren und zu verschlanken.

Die Landesregierung in NRW ist mit dem Anspruch angetreten, die Verwaltung mit Hilfe von verbesserten und schnelleren Verfahren moderner zu machen. Der Gesetzentwurf sieht indes in § 107 Abs. 5 GO-E NRW eine völlig neuartige Verpflichtung der Kommunen vor, eine Marktanalyse über die Auswirkungen zu Lasten privater Unternehmen zu erstellen, bevor sie sich wirtschaftlich betätigen wollen. Diese Regelung entlastet die Verwaltung nicht von unnötigen Aufgaben, sondern schafft neue – und nach Auffassung der deutschen Industrie völlig überflüssige – Bürokratie.

Ein ausdrücklicher Vorrang zugunsten privater Unternehmen für wirtschaftliche Angelegenheiten mit Hilfe einer eindeutigen Vorschrift zur Subsidiarität staatlicher Wirtschaftstätigkeit ist dieser Regelung deutlich überlegen: Sie schafft Rechtssicherheit, einen verlässlichen ordnungspolitischen Rahmen für die Privatwirtschaft und vermeidet unnötige Bürokratie.

f) Anstalt des öffentlichen Rechts verzerrt Wettbewerb mit Privaten (114 a GO-E NRW)

Art. 114 a GO räumt den Kommunen die Wahl zur Rechtsform der Anstalt öffentlichen Rechts ein, um wirtschaftliche Angelegenheiten zu erledigen. Diese Regelung sollte gestrichen oder so modifiziert werden, daß diese Rechtsformwahl nicht zulässig ist, soweit die öffentliche Hand eine wirtschaftliche Tätigkeit verfolgt, die grundsätzlich auch von privaten Dritten erbracht werden kann.

Auf diese Weise kommen die Kommunen im Gegensatz zu ihren privaten Konkurrenten in den Genuß von Steuerbefreiungen. Tritt eine Kommune als Anstalt des öffentlichen Rechts ohne Umsatzsteuerpflicht in Konkurrenz mit Privaten, kann dies den Wettbewerb in erheblichem Maße verfälschen.

Darüber hinaus hat eine Anstalt des öffentlichen Rechts die Befugnis, einen Anschluß- und Benutzungszwang festzulegen. Im Bereich privatwirtschaftlicher Tätigkeiten führt dies zu unüberwindbaren Marktzutritts Hindernissen für private Konkurrenten und droht lokalen Monopolstellungen Vorschub zu leisten. Gerade im Bereich der inzwischen liberalisierten Telekommunikations- und Energiemärkte, aber auch in allen anderen Bereichen, ist es deshalb äußerst bedenklich, wenn sich die Kommunen zur Erfüllung wirtschaftlicher Angelegenheiten der Rechtsform einer Anstalt öffentlichen Rechts bedienen können.

III. Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht

Artikel 28 Abs. 2 des Grundgesetzes garantiert die kommunale Selbstverwaltung und steht einer Wirtschaftstätigkeit der Gemeinden grundsätzlich nicht entgegen. Die Frage, wo der Landesgesetzgeber die Grenzen für die staatliche Wirtschaftstätigkeit mit Hilfe einer geeigneten Subsidiaritätsklausel ziehen soll, ist nicht unmittelbar und abschließend im Verfassungsrecht geregelt. Die Grenzziehung obliegt vorbehaltlich entgegenstehender Grundrechtsbeeinträchtigungen privater Dritter in erster Linie der ordnungspolitischen Grundsatzentscheidung und damit der politischen Verantwortung des Landesgesetzgebers.

Das europäische Gemeinschaftsrecht steht mit Artikel 222 EG-Vertrag einer Teilnahme der öffentlichen Hand am Marktgeschehen ebensowenig im Wege wie das deutsche Verfassungsrecht. Allerdings unterliegt die öffentliche Hand mit wirtschaftlichen Aktivitäten den Regeln des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts, wozu auch das europäische Beihilfeverbot in Art. 92 Abs. 1 EG-Vertrag zählt. Damit zieht das Gemeinschaftsrecht der staatlichen Wirtschaftstätigkeit engere Grenzen als das deutsche Recht. Der BDI weist darauf hin, daß auch der Landesgesetzgeber diese Grenzen zu beachten hat.

So gelten auch scheinprivatisierte Unternehmen als öffentliche Unternehmen, wenn die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. Die Mitgliedstaaten sind ver-

pflichtet, alle finanziellen Vorteile, die öffentliche Unternehmen begünstigen oder entlasten, sowie die Verwendung etwa von Kapitalzuwendungen offen zu legen. Das Beihilfeverbot ist vor allem in solchen Fällen relevant, in denen die finanzielle Begünstigung ohne oder mit geringer Aussicht auf Rentabilität erfolgen. Die Kommunen sollten diesen Aspekt bei Privatisierungen berücksichtigen, wenn der Gesamtwert der dabei anfallenden Kosten die zu erwartenden Liquidations- oder Konkurskosten übersteigt.

Soweit staatliche Begünstigungen wettbewerbsfähigen und rentablen öffentlichen Unternehmen zukommen, ist bislang unklar, inwieweit sie als Beihilfen zu qualifizieren sind. Auch hier gilt nach Auffassung des BDI das Ziel des Gemeinschaftsrechts einer – so der Europäische Gerichtshof - „auf die Freiheit des Wettbewerbs gegründeten Marktwirtschaft“, die in erster Linie dem Prinzip der Individualfreiheit *privater* Wirtschaftssubjekte verpflichtet ist.

Der BDI unterstützt deshalb ausdrücklich die restriktive Beihilfenpolitik der europäischen Kommission gegenüber öffentlichen Unternehmen, wie sie etwa in der jüngsten Kommissionsmitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften auf Maßnahmen der direkten Unternehmensbesteuerung zum Ausdruck kommt. Die öffentliche Hand sowie der Gesetzgeber in Bund und Ländern bleiben deshalb aufgefordert, bei der gesetzlichen Regelung staatlicher und kommunaler Wirtschaftstätigkeit die Grenzen des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen.

C.) Ausgewählte Wettbewerbsverzerrungen

Die folgende Darstellung verschiedener Wirtschafts- und Rechtsbereiche zeigt, daß sich die Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der Privatwirtschaft wie folgt verallgemeinern lassen:

- Marktzutrittsschranken (z.B. Energiewirtschaft, Abfallverwertungsindustrie, Telekommunikation).
- Verzerrter Preiswettbewerb.
- Benachteiligung bei der öffentlichen Auftragsvergabe.

Ursache dieser Wettbewerbsverfälschungen sind häufig folgende Umstände:

- Unklarer oder ordnungspolitisch falscher Rechtsrahmen. Das ist meist, aber nicht ausschließlich, im Kommunalwirtschaftsrecht der Fall, etwa in der Fassung der geplanten Änderungen zur Gemeindeordnung in Nordrhein-Westfalen.
- Unterschiedliche Besteuerung privater und öffentlicher Unternehmen.
- Unterschiedliches Konkurs- und Beschäftigungsrisiko für private und öffentliche Unternehmen.
- Verflechtung von Gesellschaftsorganen öffentlicher oder öffentlich beherrschter Unternehmen mit den Aufsichtsbehörden oder Vergabestellen.

I. Energie

Das Wichtigste in Kürze:

Kommunale Energieversorger wollen nach der Liberalisierung des Energiesektors aus den engen räumlichen Grenzen ihres Gemeindegebietes entlassen werden. Sie erheben dabei den Anspruch, daß ihre Tätigkeit auch künftig zum Kernbereich der kommunalen Daseinsvorsorge gezählt werden soll. Diese Forderung zielt lediglich darauf ab, die damit verbundenen gemeinderechtlichen Privilegien zu erhalten. Dem Bedürfnis der Kommunen nach Gleichbehandlung ihrer Energieversorgungsunternehmen kann Rechnung getragen werden, daß sie ihre Stadtwerke privatisieren und die kommunalrechtliche Vorzugsbehandlung aufgeben. Andernfalls schaffen diese Privilegien Marktzutrittschindernisse für private Konkurrenten. Über diesen kommunalrechtlichen Sonderstatus haben Gemeinden weitere Instrumente, örtliche Monopolstellungen ihrer Stadtwerke zu sichern. Häufig schotten sie deren Versorgungsgebiete mit Hilfe sog. vertraglicher Energiebindungen in notariellen Grundstückskaufverträgen gegen private Wettbewerber ab.

Der BDI fordert, daß die Liberalisierung des Energiesektors konsequent fortgesetzt wird, da private und industrielle Verbraucher gleichermaßen von den sinkenden Energiepreisen profitieren. Landesrechtliche Regelungen wie die geplante Änderung der Gemeindeordnung in Nordrhein-Westfalen, die ungleiche Bedingungen für den Eintritt in Energiemärkte schaffen oder zementieren, beeinträchtigen diesen Prozeß.

Hintergrund

Im Zuge der Liberalisierung der Energiemärkte haben die kommunalen Energieversorger beklagt, daß ihre räumliche Begrenzung das Gemeindegebiet sie im Wettbewerb mit sonstigen Energieversorgungsunternehmen benachteiligt. Der Gesetzesentwurf zur Änderung der Gemeindeordnung in NRW ist ein Versuch, diesen angeblichen Wettbewerbsnachteil auszugleichen.

Bislang beanspruchen die Kommunen die Energieversorgung als Aufgabe der staatlichen Daseinsvorsorge. Die deutsche Industrie vertritt jedoch die Auffassung, daß die Energieversorgung nicht zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung gehört, sondern eine wirtschaftliche Betätigung wie jede andere ist und deshalb für jedermann zugänglich sein muß. Die europäischen Liberalisierungsmaßnahmen und das novellierte Energiewirtschaftsgesetz bestätigen diese Auffassung.

Ungeachtet dessen sieht § 107 Abs. 1 GO-E NRW vor, daß die Energieversorgung weiterhin zur staatlichen Daseinsvorsorge gezählt wird. Damit gilt das Subsidiaritätsprinzip nicht für die Energieversorgung, während die wirtschaftliche Betätigung über die Gemeindegrenzen hinaus für zulässig erklärt wird. Die mit den Pflichten der Daseinsvorsorge verbundenen Marktzutritts Hindernisse für private Wettbewerber zum Heimatmarkt der kommunalen Versorger bleiben indes unverändert erhalten. Darüber hinaus können sich die Kommunen für ein Alleinkäufermodell entscheiden („single buyer“) und so den Wettbewerb um Endkunden in ihrem Gemeindegebiet erschweren oder verhindern.

Monopolrenditen und Quersubventionen erhöhen Verbraucherpreise

Es ist aber nicht gerechtfertigt, wenn kommunale Energieversorger uneingeschränkt am Wettbewerb auf den Energiemärkten teilnehmen können, hierfür aber einen kommunalrechtlichen Sonderschutz erhalten, der sie gegen Wettbewerber auf ihrem Heimatmarkt schützt. So können sie ungestört ihre Monopolstellung im Heimatmarkt festigen und die Monopolrendite zur Querfinanzierung ihrer Preise auf fremden Märkten nutzen. Das führt zu Wettbewerbsverfälschungen auch auf anderen Märkten. Die Zeche zahlt der private und gewerbliche Verbraucher.

Dem Bedürfnis der Kommunen nach Gleichbehandlung ihrer Energieversorgungsunternehmen im liberalisierten Strom- und Gasmarkt kann deshalb am besten Rechnung getragen werden, wenn die Kommunen ihre Stadtwerke voll privatisieren. So können sie ohne Einschränkungen auch außerhalb der Gemeindegrenzen wirtschaftlich aktiv werden. Sie müssen aber in Kauf nehmen, daß sie die Privilegien verlieren, die sie bislang begünstigen. Die Kommunen büßen möglicherweise auch ihren politischen Einfluß auf die Stadtwerke ein. Als Gemeinde können sie dann von dem wirtschaftlichen Erfolg dieser Unternehmen an ihrem Standort profitieren.

Marktabstottung und Behinderung durch Energiebindungen

Die Gemeinden sichern die örtlich begrenzte Monopolstellung ihrer kommunalen Versorgungsunternehmen häufig ab, indem sie Grundstückserwerber im notariellen Kaufvertrag zum Bezug und zur Verwendung der Energieträger ihrer Stadtwerke verpflichten und diese Verpflichtung durch Eintragung im Grundbuch über mehrere Jahrzehnte absichern. Das hat zur Folge, daß die Versorgungsstrukturen in Neubaugebieten über Jahre hinweg vorgegeben sind und der Markt für Wettbewerb zwischen verschiedenen Energieträgern oder mit privaten Anbietern dauerhaft verschlossen ist. Vertragliche Energiebindungen erweisen sich als nahezu unüberwindbares Marktzutritts Hindernis für private Wettbewerber, da die Grundstückskäufer selten bereit sind, Verzögerungen ihres Hausbaus hinzunehmen, um im gerichtlichen Wege die Zulässigkeit ihrer Vertragsbindung zu klären.

Die Rechtsprechung hat sich bislang nicht mit der Zulässigkeit solcher Energiebindungsverträge beschäftigt. Landeskartellbehörden beurteilen sie unterschiedlich. Der BDI betrachtet vertragliche Energiebindungen bei Grundstückskaufverträgen als Verstoß gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sowie gegen Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG), wenn die Kommune etwa Stadtwerke als Eigenbetrieb unterhält oder wenn sie den Wettbewerb eines bestimmten privaten Energieversorgers (in der Regel die eigenen privatisierten Stadtwerke) als Anbieter eines bestimmten Energieträgers fördert.

II. Umwelt

Das Wichtigste in Kürze:

Im Bereich der Entsorgungswirtschaft hat die öffentliche Hand einen massiven Wettbewerbsvorteil gegenüber der Privatwirtschaft. Während die Abfallentsorgung als hoheitliche Aufgabe in erster Linie kommunalen Einrichtungen vorbehalten ist, ist die Abfallverwertung eine Angelegenheit der Privatwirtschaft. Die Kommunen mißbrauchen ihr öffentliches Entsorgungsmonopol offensichtlich, indem sie ihre Marktmacht auf diesem Markt geschickt auf private Abfallverwertungsmärkte auszuweiten verstehen. Sie haben im Bereich der Abfallentsorgung praktisch ein geschütztes Revier, von dem aus sie zunehmend auf den Bereich der Abfallverwertung übergreifen. Dort können sie „wildern“, indem sie die öffentlich-rechtlichen Andienungs- und Überlassungspflichten und Zuweisungsrechte ihres Entsorgungsmonopols so instrumentalisieren, daß den Privaten verwertbares Abfallmaterial und damit die Existenzgrundlage für die Recyclingwirtschaft entzogen wird.

Der BDI fordert, daß die im Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz angelegten Privatisierungspotentiale konsequent fortentwickelt werden. Sie dürfen nicht durch entgegenstehende kommunalrechtliche Regelungen konterkariert werden. Das Kommunalrecht sollte eindeutig zum Ausdruck bringen, daß die Verwertung von Abfällen aus anderen Herkunftsbereichen als privaten Haushalten eine wirtschaftliche Betätigung darstellt, die der Privatwirtschaft vorbehalten ist und nur nach Maßgabe des Subsidiaritätsgrundsatzes der öffentlichen Hand obliegt. Der Regierungsentwurf zur Änderung der Gemeindeordnung in Nordrhein-Westfalen erfüllt diese Anforderung nicht.

Hintergrund

Bei der Verwertung von Abfällen, die der Privatwirtschaft vorbehalten ist, ist zu beobachten, daß private Unternehmen fortschreitend von kommunalen Entsorgern verdrängt werden. Diese Entwicklung ist weder rechtlich, noch tatsächlich notwendig. Die Verwertung stellt keine Pflichtaufgabe der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/ AbfG) dar. Darüber hinaus bestehen keine Überlassungspflichten bei der Abfallverwertung. Vielmehr kann die Verwertung von leistungsstarken privaten Anbietern flächendeckend gewährleistet werden, so daß zusätzliche Tätigkeiten der Kommunen nicht erforderlich sind.

Das LG Wuppertal hat deshalb entschieden, daß Übergriffe der Kommunen oder deren Eigenbetriebe in die Abfallverwertung auf der Grundlage des geltenden Kommunalrechts in NRW rechtswidrig sind. Ein Tochterunternehmen von drei Stadtwerken betrieb eine Altautoverwertungsanlage, deren Kapazität sie über die Eigenbedürfnisse der Stadtwerke hinaus auslastete. Unter Verweis auf das Verbot unlauteren Wettbewerbs und entgegenstehende Vorschriften der Gemeindeordnung NRW hat das Gericht den Betrieb der Verwertungsanlage untersagt, soweit er über die Eigenbedürfnisse der Stadtwerke hinausgeht.

Die öffentliche Hand besitzt ein Entsorgungsmonopol, das auf Andienungs- und Überlassungspflichten der Abfallerzeuger und auf Zuweisungsrechten der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger beruht. Dieses Monopol droht sich zum Einfallstor der öffentlichen Hand für Übergriffe in die Abfallverwertung zu entwickeln. § 13 KrW-/AbfG, der die Überlassungspflicht für die Abfälle privater Haushalte normiert, umfaßt ausschließlich die Abfälle, die keiner Verwertung mehr zugeführt werden können.

Trotz dieser Einschränkung sind öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger darum bemüht, möglichst viele Abfälle zur Beseitigung zu deklarieren, um sie der öffentlich-rechtlichen Entsorgung zuzuführen und noch verwertbare Materialien auszusortieren. Aufgrund dieser Vermischung ist nicht auszuschließen, daß öffentlich-rechtliche Einrichtungen öffentliche „Zuweisungen zu Entsorgungswegen“ erhalten, obwohl in diesen Einrichtungen Abfälle zur Verwertung gesammelt werden. So wird privatwirtschaftlichen Abfallverwertern die wirtschaftliche Grundlage entzogen.

Die Einschränkung der kommunalen Tätigkeit in der Abfallwirtschaft darf nicht durch Scheinprivatisierungen umgangen werden. Privatrechtliche organisierte Betriebe unter Beteiligung kommunaler Gebietskörperschaften haben gegenüber der Privatwirtschaft den Vorteil, daß die Kommune – und damit der Steuerzahler – ihr finanzielles Risiko trägt. Damit ist eine massive Wettbewerbsverzerrung zu Lasten privater Unternehmen verbunden.

Wasserversorgung und Abwasserentsorgung

Sowohl die Wasserversorgung als auch die Abwasserentsorgung sind – wenn auch indirekt – im Einflußbereich der öffentlichen Hand. So wird die Wasserversorgung heute zumeist durch Gesellschaften des Privatrechts getragen, die vielfach von kommunalen Gebietskörperschaften beherrscht werden. Den Kommunen bietet sich

so die Möglichkeit, über ein erhöhtes Wasserentgelt Gewinne zu erzielen und diese zur Quersubventionierung weniger lukrativer Aufgaben zu nutzen.

§ 18 a WHG räumt privaten Unternehmen zwar auch die Möglichkeit der Abwasserbeseitigung ein. Eine echte, von der öffentlichen Hand losgelöste Privatisierung scheitert aber häufig an der Unbeweglichkeit gewachsener Strukturen sowie an dem hohen Kapitalbedarf, den der Einstieg in die Abwasserentsorgung und -behandlung erfordert. Als weiteres Marktzutritts Hindernis erweist sich, daß die wenigen privaten Abwasserentsorgungsunternehmen ihre Preise im Gegensatz zu den öffentlich-rechtlichen Körperschaften unter Einbeziehung von Körperschafts- und Umsatzsteuer kalkulieren müssen.

III. Steuern

Das Wichtigste in Kürze:

Das Steuerrecht verzerrt den Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Wirtschaftsunternehmen, wenn das private Unternehmen steuerpflichtig ist, während das öffentliche Unternehmen von der Steuerpflicht befreit ist und deshalb am Markt günstigere Preise anbieten kann. Benachteiligungen dieser Art ergeben sich aus der häufig unklaren Rechtslage, ob das öffentliche Unternehmen im Einzelfall als Betrieb gewerblicher Art oder als Hoheitsbetrieb zu beurteilen ist. Eine Steuerbefreiung des öffentlichen Unternehmens kommt bislang nur in Betracht, wenn seine Tätigkeit der eines Hoheitsbetriebs zuzurechnen ist.

Nach Auffassung des BDI beantwortet die Abgrenzung zwischen einem Hoheitsbetrieb oder nach einem Betrieb gewerblicher Art nicht die Frage, ob ein öffentliches Unternehmen steuerpflichtig sein soll oder nicht. Eine Steuerbefreiung für öffentliche Unternehmen muß immer schon dann unzulässig sein, wenn die öffentliche Tätigkeit Dienstleistungscharakter hat und deshalb auf private Unternehmen übertragen werden kann. In solchen Fällen gehen Steuerbefreiungen zugunsten öffentlicher Unternehmen regelmäßig zu Lasten privater Wettbewerber.

Hintergrund

Am Beispiel der Abfallentsorgung wird die wettbewerbsverzerrende Wirkung der Befreiung öffentlicher Unternehmen von der Körperschafts- und Umsatzsteuerpflicht zu Lasten privater Unternehmen besonders deutlich.

Der Bundesfinanzhof (BFH) vermeinte die Körperschaftssteuerpflicht eines Landkreises, der zusätzlich zur Sammlung und Deponierung von Hausmüll Müllsäcke über den Einzelhandel an die Bevölkerung verkaufte. Mit dem Verkauf der Müllsäcke erzielte der Landkreis Gewinne. Der BFH beurteilte die Abfallentsorgung als hoheitliche Tätigkeit, die im maßgeblichen Zeitraum des Verkaufs der Müllsäcke juristischen Personen des öffentlichen Rechts vorbehalten war. Die Abfallentsorgung sei der öffentlichen Hand als Pflichtaufgabe übertragen. Die Hausmüllentsorgung sei deshalb in Form eines staatlichen Hoheitsbetriebs, nicht aber als Betrieb gewerblicher Art erfolgt.

Die Befreiung der öffentlichen Hand von der Körperschaftssteuer hängt nach dieser Rechtsprechung davon ab, ob sie in Form eines Hoheitsbetriebs oder in der Form eines Betriebs gewerblicher Art tätig wird. Die sinnvolle Abgrenzung eines Hoheitsbetriebs von einem Betrieb gewerblicher Art verlangt jedoch eine Bewertung der Natur der Tätigkeit der öffentlichen Hand. Hat die Tätigkeit im Kern Dienstleistungscharakter und kann sie deshalb auch von Privaten erbracht werden, ist sie nicht hoheitlicher Natur. Demgegenüber können Aufgaben als hoheitlich betrachtet werden, die dem staatlichen Gewaltmonopol zuzurechnen sind und nicht privatisiert werden können. Klassische Beispiele sind etwa das Polizei- und Ordnungsrecht.

Das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz regelt indes ausdrücklich, daß die Pflichten öffentlicher Entsorgungsträger im Hinblick auf privaten Hausmüll auf private Dritte als Beliehene übertragen werden können. Damit bringt der Gesetzgeber eindeutig zum Ausdruck, daß die Abfallentsorgung im Kern eine Tätigkeit mit Dienstleistungscharakter ist.

Befreiung von Umsatzsteuer

Die 6. EG-Richtlinie zur Umsatzsteuer bestimmt, daß Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht umsatzsteuerpflichtig sind, „soweit sie Tätigkeiten ausüben..., die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen.“ Der Europäische Gerichtshof (EuGH) nimmt eine Tätigkeit „im Rahmen der öffentlichen Gewalt“ an, wenn die öffentliche Einrichtung ihre Tätigkeit im Rahmen des eigens für sie geltenden Rechts ausübt. Deshalb soll eine öffentliche Einrichtung nicht umsatzsteuerpflichtig sein, wenn sie ihre Tätigkeit in privatrechtlicher Form ausübt. Dasselbe soll gelten, wenn sie ihre Leistungen nach Maßgabe des Zivilrechts erbringt.

Diese Rechtsprechung des EuGH kann den Wettbewerb zwischen öffentlichen und privaten Wirtschaftsunternehmen zu Lasten der Privaten verzerren. Sie gibt juristischen Personen des öffentlichen Rechts ohne Rücksicht auf den möglichen Dienstleistungscharakter ihrer Tätigkeit die Wahlmöglichkeit, mit der rechtlichen Ausgestaltung ihres Leistungsverhältnisses die hoheitliche Natur ihres Handelns zu bestimmen, um so gegenüber privaten Wettbewerbern steuerlich begünstigt zu werden und ihre Leistungen preisgünstiger anzubieten.

Befreiung von Grunderwerbsteuer

Das am 19. April 1999 vom Bundesrat beschlossene Steuerentlastungsgesetz befreit nunmehr auch Anstalten des öffentlichen Rechts von der Grunderwerbssteuer. Dabei ist unklar, inwieweit diese Befreiung auch für ihre wirtschaftliche Betätigung gelten soll. Anstalten des öffentlichen Rechts sind etwa beim Vollzug von Fusionen gegenüber privaten Unternehmen deutlich im Vorteil, wenn keine Grunderwerbsteuer anfällt. Bei größeren Unternehmenszusammenschlüssen kann dies durchaus mit Beträgen in zweistelliger Millionenhöhe ins Gewicht fallen. Aufgrund ihres finanziellen Gewichts stehen diese grunderwerbsteuerlichen Hindernisse in Einzelfällen auch betriebswirtschaftlich notwendigen Umstrukturierungsmaßnahmen in privaten Unternehmen im Wege. Die bislang nicht eindeutige Rechtslage betrifft vor allem die

private Kreditwirtschaft, die im Wettbewerb mit öffentlichen Banken und Sparkassen steht.

IV. Telekommunikation und Verkehr

Das Wichtigste in Kürze:

Die Telekommunikation ist als industrienaher Dienstleistung für die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Industrie von zentraler Bedeutung. Wird der Betrieb von Telekommunikationsleitungen dem Kernbereich der kommunalen Daseinsvorsorge zugerechnet, wie dies § 107 Abs. 1 Nr. 3 der geplanten Gemeindeordnung in Nordrhein-Westfalen vorsieht, ist der bisher erreichte Stand der Deregulierung und Privatisierung im Telekommunikationssektor gefährdet. Die Vorschrift würde die Abschottung lokaler Telekommunikationsmärkte und das Entstehen lokaler Monopole begünstigen, den asymmetrischen Regulierungsansatz des Telekommunikationsgesetzes untergraben. Die bislang erzielten Kostensenkungen und der damit verbundene Innovationsschub in den verwandten technischen Bereichen könnten so nicht fortentwickelt werden.

Der BDI vertritt die Auffassung, daß eine Ausdehnung der staatlichen Wirtschaftstätigkeit auf den Bereich der Telekommunikation, wie es die Änderung der Gemeindeordnung in Nordrhein-Westfalen etwa vorsieht, zurück in eine ordnungspolitisch inzwischen überwunden geglaubte Vergangenheit führt.

Hintergrund

Eine Ausweitung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand im Bereich von Telekommunikationsnetzen gefährdet die Liberalisierungsvorgaben des europäischen Rechts und den schwungvoll in Gang gekommenen Wettbewerb in diesem Bereich. Ziel der Liberalisierung war die Beseitigung staatlicher Monopole in den Mitgliedstaaten und die Schaffung eines wettbewerblichen Ordnungsrahmens. Dem Telekommunikationsgesetz (TKG) liegt deshalb die Überlegung zugrunde, privaten Wettbewerbern den Marktzutritt zu ermöglichen und die Marktmacht des bisherigen Monopolisten durch Regulierungsvorschriften zu begrenzen.

Im Ergebnis wird der asymmetrische Regulierungsansatz des Telekommunikationsgesetzes durchbrochen, der mit Hilfe eines offenen Marktzugangs funktionsfähigen und fairen Wettbewerb schaffen soll. Darüber hinaus untergräbt die geplante Regelung in NRW die Trennung von Diensten und Netzen. Nicht zuletzt muß bezweifelt werden, ob die erfolgreiche Senkung der Verbraucherpreise auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt in Höhe von durchschnittlich 71 % seit 1998 für Sprachtelefonie gesichert werden kann.

Darüber hinaus sind die wachstumspolitischen Impulse der Liberalisierung gefährdet: Das Rückgrat der Kommunikationswirtschaft bildet die Telekommunikation. Hier sind im Zuge der Deregulierung und Privatisierung in den letzten zweieinhalb Jahren ca. 100.000 neue Arbeitsplätze entstanden. Es ist nicht zu erwarten, daß die Wiedereinführung monopolartiger Strukturen im Telekommunikationsbereich dieselben arbeitsmarktpolitischen Erfolge erzielt. Die uneingeschränkte Ausdehnung der staat-

lichen Wirtschaftstätigkeit auf den Bereich der Telekommunikation, wie es die Änderung der Gemeindeordnung in Nordrhein-Westfalen vorsieht, ist deshalb ordnungspolitisch falsch.

Verfälschung des Wettbewerbs zu Lasten privater Konkurrenten

Kommunale Eigengesellschaften haben nach der Öffnung des Sprachdienstemarktes zwar dazu beigetragen, den Wettbewerb insbesondere im Ortsnetzbereich zu beleben. Eine Regelung, wie sie § 107 GO-E NRW vorsieht, würde den Kommunen aber Möglichkeiten einräumen, die den Wettbewerb zu Lasten privater Konkurrenten verfälschen.

Betreiben die Kommunen Telekommunikationsleitungen als Aufgabe der staatlichen Daseinsvorsorge, unterliegen sie nicht den Grenzen des Subsidiaritätsgebots. Das erlaubt es ihnen, ihre Wettbewerbsvorteile gegenüber privaten Konkurrenten uneingeschränkt auszuspielen. Darüber hinaus haben sie die Wahl der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts, die Privaten nicht zur Verfügung steht. Zusätzlich haben sie die Möglichkeit, Betreiber- und Aufsichtsfunktionen zu verknüpfen.

Marktabstottung und Monopolrenditen treiben Preise

Das führt zu schwerwiegenden Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten privater Unternehmen: Der Marktzutritt für private Unternehmen wird erschwert. So unterliegt ein kommunales Unternehmen als Anstalt des öffentlichen Rechts nicht der Umsatzsteuer und kann deshalb seine Leistungen zu günstigeren Bedingungen als ein privates Unternehmen anbieten. Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob und inwieweit eine Kommune, die Telekommunikationsleitungen als Anstalt des öffentlichen Rechts betreibt, den Gemeindeangehörigen einen Anschluß – und Benutzungszwang auferlegen kann. Der marktabstottende Effekt ließe sich nicht mit der eingeleiteten Liberalisierung vereinbaren.

Die Möglichkeit zur Marktabstottung begünstigt das Entstehen von Monopolstellungen kommunaler Betreiber. Sie können die erzielte Monopolrendite zur Quersubvention anderer Bereiche verwenden und so den Wettbewerb auch in anderen Märkten zu ihren Gunsten verzerren.

Verkehrspolitik

Der Schienengüterverkehrsmarkt ist bislang von einem marktbeherrschenden Unternehmen geprägt, das Wettbewerbern die Nutzung der Schieneninfrastruktur anbieten muß. Der Bund ist Gesellschafter der Konzerngesellschaft und gleichzeitig für den Erhalt der Infrastruktur verantwortlich. Die Schaffung von Wettbewerb ist deshalb nur möglich, wenn der Markt durch Trennung von Netz und Betrieb geöffnet wird und eine effektive Regulierung erfolgt. Sollten neben diesem marktbeherrschenden Unternehmen kommunale Eigenbetriebe ohne Abgabenlast treten, würde der Markteintritt privater Bahnunternehmen erschwert und die Liberalisierungsvorteile gefährdet.

Die Privatisierung der Verkehrsflughäfen steht erst am Anfang. Die Bundesrepublik hat sich 1995 entschieden, ihre Anteile an den Flughafenbetreibergesellschaften zu veräußern. Die Flughäfen sollten ausschließlich in privater Verantwortung betrieben werden, da dies zur größtmöglichen Effizienzsteigerung führt und personelle sowie amtliche Verflechtungen beseitigt.

V. Öffentliche Auftragsvergabe

Das Wichtigste in Kürze:

Die zunehmende Konkurrenz kommunaler und privater Unternehmen führt zu steigenden Auftragseinbußen für die Privatwirtschaft. Häufig erhalten kommunale Eigenbetriebe die Aufträge freihändig, d. h. ohne wettbewerbliches Vergabeverfahren. Findet ein Vergabeverfahren statt, können öffentliche Unternehmen häufig den Vorteil nutzen, daß sie aufgrund ihrer amtlichen oder organisatorischen Nähe zu den Verwaltungen gegenüber privaten Wettbewerbern einen Informations- und damit einen Wettbewerbsvorsprung haben. Nicht selten werden sie deshalb schlicht und einfach bevorzugt. Die Möglichkeit für private Wettbewerber, Rechtsschutz zu suchen, hilft meist wenig. Für sie ist die Verwaltung Fiskus, Ordnungs- und Planungsbehörde sowie Auftraggeber für künftige Projekte in einem. Gute Beziehungen zu den Verwaltungsbehörden sind den betroffenen Unternehmen häufig wichtiger als ein Rechtsstreit mit unsicherem Ausgang und dem Verlust guter Geschäftsbeziehungen.

Das Problem von Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der privaten Wirtschaft kann nach Auffassung des BDI deshalb nur wirksam beseitigt werden, wenn die Konkurrenz öffentlich beherrschter Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge deutlich reduziert wird und sich in geordneten Bahnen vollzieht.

Hintergrund

Die Gründe für die wettbewerbsverzerrende Bevorzugung öffentlicher oder kommunal beherrschter Unternehmen bei der Auftragsvergabe sind vielfältig. Ausschlaggebend ist in vielen Fällen, daß sie ein geringeres oder häufig gar kein Geschäftsrisiko tragen. Darüber hinaus können sie eine beachtliche Nachfragemacht und einen starken Preisdruck ausüben. Oft haben die Verwaltungen ein Interesse daran, eigenes Personal einzusetzen und ihre Unternehmen besser auszulasten. Das sichert nicht nur die Arbeitsplätze der dort Beschäftigten, sondern ist mit Kostenvorteilen verbunden, die sich aus der Verquickung amtlicher und privater Informationen und Interessen ergeben können.

Der BDI hat sich stets dafür ausgesprochen, die staatliche und kommunale Konkurrenz mit der privaten Wirtschaft im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe zurückzuführen. Das betrifft vor allem industrielle Fertigungsaufträge. Das nationale Vergaberecht weist im Bereich der freihändigen Vergabe an kommunale Eigenbetriebe nach wie vor Lücken auf, die zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der privaten Wirtschaft führen.

Keine Rolle spielt der Rechtsstatus der beteiligten Unternehmen dagegen für die Verpflichtungen nach Maßgabe der Verdingungsordnungen VOB und VOL für Bau- wie auch Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Nach diesen Vorschriften können wettbewerbsbeschränkende, diskriminierende und unlautere Verhaltensweisen rechtlich angegriffen werden. So kann ein privater Unternehmer durchaus mit Aussicht auf Erfolg gegen die Auftragsvergabe an ein kommunales Unternehmen vorgehen, wenn dieses als Bieter nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt, da es sich mit seiner Tätigkeit über die ihm vom Gemeinderecht sachlich oder räumlich gesetzten Grenzen hinweggesetzt hat. Das OLG Hamm hat jüngst in dem Urteil „Gelsengrün“ entschieden, daß das Gemeindewirtschaftsrecht auch drittschützende Wirkung zugunsten privater Mitbewerber entfaltet. In diesem Fall hatten sich private Wettbewerber mit Hilfe eines privatrechtlichen Unterlassungsanspruchs erfolgreich gegen die Landschaftsarbeiten eines städtischen Grünflächenamts für private Auftraggeber gewehrt.

Auftragseinbußen der privaten Wirtschaft durch Wettbewerbsverzerrungen und Diskriminierungen will auch das europäische Vergaberecht verhindern, das seinen Niederschlag im deutschen Vergaberechtsänderungsgesetz als Bestandteil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), in der Vergabe- und Nachprüfungsverordnung sowie in den Verdingungsordnungen VOB, VOL und VOF gefunden hat.

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, daß neugegründete kommunalbeherrschte Unternehmen, die sich in privater Rechtsform betätigen, bei Auftragsvergaben oberhalb der EG-Schwellenwerte (Mindestauftragswerte) ebenfalls zur Durchführung eines Vergabeverfahrens verpflichtet sind.

Rechtsschutz ist stumpfes Schwert

Müssen sich private und kommunale Unternehmen dem Wettbewerb um einen Auftrag stellen, ist eine Benachteiligung der privaten Unternehmen etwa durch eine diskriminierende Auftragsvergabe in jedem Fall unzulässig. Diese Verpflichtung trifft auch privatisierte Unternehmen, die ebenfalls zur ordnungsgemäßen Auftragsvergabe verpflichtet sind.

Allerdings dürften sich die durch das Vergaberechtsänderungsgesetz verbesserten und erweiterten Rechtsschutzmöglichkeiten für die privaten Unternehmen als ein stumpfes Schwert erweisen. Meist sehen private Unternehmen in einem Rechtsstreit mit der Verwaltung mehr Nach- als Vorteile. Auch ein verbesserter und erweiterter Rechtsschutz wird an diesem Umstand nichts ändern. Deshalb kann das Problem von Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der privaten Wirtschaft nur wirksam beseitigt werden, wenn die Konkurrenz der öffentlichen Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge deutlich reduziert wird.

D.) Wirtschafts- und sozialpolitischer Ausblick

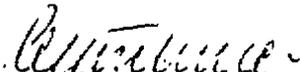
Der Nationalökonom Adam Smith hat bereits vor 200 Jahren erkannt, daß nicht die öffentliche Hand des Staates, sondern allein die „unsichtbare Hand des Marktes“ den Wohlstand einer Gesellschaft nachhaltig mehren kann. Eine Ausweitung der wirt-

schaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand setzt eine Abwärtsspirale in Gang, die die Privat- und Marktwirtschaft fortschreitend zurückdrängt und immer weitergehende staatliche Interventionen nach sich zu ziehen droht. Die Privatwirtschaft kann wirtschaftliche Angelegenheiten indes besser und effizienter erledigen als staatlich gelenkte Einrichtungen. Die zahlreichen Liberalisierungserfolge im In- und Ausland belegen dies eindeutig.

Damit wird klar, daß die staatliche Wirtschaftstätigkeit nicht allein ordnungspolitische Probleme aufwirft. Sie führt auch zu sozialpolitischen und allgemeinen wirtschaftspolitischen Zielkonflikten, auf die die Wirtschaft in Deutschland bereits wiederholt hingewiesen hat.

Wohin soll es führen, wenn die Privatwirtschaft Steuern zahlt und der Staat ihr mit ihren eigenen Steuergeldern ernsthafte wirtschaftliche Konkurrenz macht? Wie soll die Privatwirtschaft nachhaltig Arbeitsplätze schaffen, wenn staatliche Wettbewerber sie in ihrer Existenz bedrohen? Ist es nicht widersprüchlich, wenn die Politik auf der einen Seite staatliche Verwaltungsstrukturen klassisch hoheitlicher Aufgabengebiete verschlanken und „modernisieren“ möchte, während sie auf der anderen Seite die wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten zugunsten der öffentlichen Hand immer stärker in Geschäftsfeldern aufbläht, die der Privatwirtschaft vorbehalten sind?

Nur ein „schlanker Staat“, der sich vor allem bei der Erledigung wirtschaftlicher Angelegenheiten zurückhält, kann auf lange Sicht die Rahmenbedingungen für eine effiziente Volkswirtschaft erhalten, damit sie sich im globalen Wettbewerb behaupten kann. Dieses Ziel ist nicht nur für die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft bedeutsam. Es gewährleistet, daß Deutschland auch in der Zukunft eines verschärften globalen Standortwettbewerbs sein hohes Niveau sozialer Gerechtigkeit dauerhaft sichern kann.


Dr. Kretschmer

Köln, 19. April 1999


Dr. Nolte