

BDA, Marktplatz 10, 40213 Düsseldorf

Marktplatz 10
40213 Düsseldorf

An den
Präsidenten des
Landtags Nordrhein-Westfalen
Herrn Ulrich Schmidt
Platz des Landtags

40221 Düsseldorf



**Erstes Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen
(1. ModernG NRW)**

Sehr geehrter Herr Präsident,

anliegend übersende ich Ihnen die Stellungnahme des Bundes Deutscher Architekten zu dem vorliegenden Gesetzentwurf der Landesregierung.

Durch die geplanten Änderungen, insbesondere die deutlich erweiterten Möglichkeiten für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in § 107 der Gemeindeordnung NRW, werden Rahmenbedingungen geschaffen, die für freie Architekten und ihre Büros und Mitarbeiter geradezu existenzbedrohend sind. Wir können daher dem Gesetzentwurf nicht zustimmen, sind auch der Auffassung, daß er rechtsstaatliche Grundsätze verletzt und die mittelstandspolitischen Zusagen und Reformvorhaben der Landesregierung Nordrhein-Westfalen konterkariert.

Wir bitten Sie, unsere Darlegungen in das Anhörungsverfahren einzubeziehen.

Mit freundlichen Grüßen
BDA Landesverband NRW


Dr. Uta Joeressen
Geschäftsführerin

Anlage

**Stellungnahme des
Bundes Deutscher Architekten BDA
zum Ersten Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung
in Nordrhein-Westfalen
(Erstes Modernisierungsgesetz - 1. ModernG NRW)**

Die Ausdehnung der kommunalen Wirtschaftstätigkeit, wie in Art. 1 Ziff. 8 (§ 107) 1. ModernG NRW vorgesehen, gefährdet in außerordentlichem Maße den Berufsstand der Architekten und wirkt sich damit negativ sowohl auf die mittelständische Beschäftigungssituation als letztendlich auch auf die Bauqualität in Nordrhein-Westfalen aus.

Nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG i.V.m. § 78 Abs. 1 und 2 Verf. NW sind die Gemeinden allzuständig für die Erledigung der Aufgaben des örtlichen Wirkungskreises. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG begrenzt dabei diese sog. Allzuständigkeit auf die "Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft". Die kommunale Wirtschaftstätigkeit ist in § 107 ff. GO geregelt. § 107 GO (§ 88 GO a.F.) ist auf § 67 Deutsche Gemeindeordnung (DGO) zurückzuführen, welcher die gesetzgeberische Intention enthielt, die Gemeindetätigkeit auf Gemeinwohlziele zu begrenzen und insbesondere das Ziel der Finanzierung durch Gewinne auszuschließen. Anders jedoch als § 67 DGO wurde in § 88 GO a.F. das Subsidiaritätsprinzip ausdrücklich mit aufgenommen. § 88 Abs. 1 GO bestimmte nämlich, daß die Gemeinde sich wirtschaftlich nur betätigen darf, "wenn ein dringender öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert und dieser Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann...". Trotz fehlender ausdrücklicher Aufnahme des Subsidiaritätsprinzips in § 107 GO für alle Leistungen (Ausnahme § 107 Abs. 1 Satz 2 GO) ergibt sich eine entsprechende Abgrenzung zulässiger wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinde gegenüber der Privatwirtschaft daraus, daß die Gemeinde **nur zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft befugt ist und daß ein dringender öffentlicher Zweck vorliegen muß, der i.d.R. jedoch dann nicht gegeben ist, wenn die Privatwirtschaft eine entsprechende Leistung anbietet.** Das Bestehen des Subsidiaritätsprinzips in der GO NW wird auch ausdrücklich vom Gesetzgeber anerkannt (Ziff. 2.1.3 c Gesetzesbegründung des Landtages, Drs. 12/3730).

Auch die jüngste höchstrichterliche Rechtsprechung (OLG Hamm Urt. v. 23.9.1997/ BGH Beschl. v. 8.10.1998) bestätigt, daß § 107 Abs. 1 GO die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinde nur als Ausnahmetatbestand vorsieht.

Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden ist somit nur unter drei Voraussetzungen möglich:

1. es muß sich um Aufgabe der örtlichen Gemeinschaft handeln (§ 107 Abs. 1 Satz 1 GO),
2. die wirtschaftliche Betätigung muß der Erfüllung eines dringenden öffentlichen Zweckes dienen (§107 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 1 a GO),
3. die Betätigung muß nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen (§107 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 2 GO) .

Der vorliegende Gesetzesentwurf führt zu einer erheblichen Abschwächung des Subsidiaritätsgrundsatzes und widerspricht damit Art. 28 Abs. 2 GG sowie der Intention des § 67 DGO und § 88 GO a.F. Ferner wird der Grundsatz des Vorranges des Steuerstaates verletzt. Der vorgesehenen Änderung des 11. Abschnitts der GO wird daher auf das Schärfste widersprochen.

I. Unzulässige Erweiterung der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden

§ 107 Abs. 1 Satz 1 GO:

Die Erweiterung der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde auf Erfüllung von Aufgaben, die nicht lediglich Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind, ist unzulässig.

1. Die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts solche Aufgaben, "die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf die örtliche Gemeinschaft einen spezifischen Bezug haben" (BVerfGE 79, 127). Das Bundesverfassungsgericht betont dabei, daß solche Angelegenheiten gemeint sind, die "den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen." Damit verdeutlicht das Grundgesetz in Art. 28 Abs. 2 Satz 1, daß die Gemeinden Materien, die eindeutig nicht Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind, nicht zum Gegenstand ihrer Aktivitäten machen können. Den Gemeinden steht lediglich das Recht zu, in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für ihre Einwohner erforderlichen sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Einrichtungen zu beschaffen und bereitzuhalten (Daseinsvorsorge).
2. Die vorgesehene Aufhebung dieses Grundsatzes soll es Gemeinden nunmehr ermöglichen, auch ohne Bezug zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wirtschaftlich tätig zu werden. Bislang gültige Anhaltspunkte für die vorrangige Aufgabenerfüllung durch Private, wie beispielsweise eine örtlich und sozial gleichmäßige Versorgung der Einwohner, können damit nicht mehr herangezogen werden. Damit wird der Subsidiaritätsgrundsatz gegenüber privatwirtschaftlicher Betätigung erheblich eingeschränkt, da eine eindeutige Abgrenzung zulässiger gemeindlicher wirtschaftlicher Betätigung zu unzulässigem Eingriff in ausschließlich privatwirtschaftliche Betätigung fehlt.

II. Keine Aufweichung der Tatbestandsvoraussetzung "dringender öffentlicher Zweck"

§ 107 Abs. 1 Ziff. 1 a GO

Der Streichung des Tatbestandsmerkmals "dringend" im Zusammenhang mit dem Vorliegen eines "öffentlichen Zwecks" wird widersprochen.

1. Das Erfordernis des Vorliegens eines dringenden öffentlichen Zweckes für die Beurteilung der Zulässigkeit gemeindlichen wirtschaftlichen Handelns verdeutlicht die Intention des Gesetzgebers, diese Vorschrift restriktiv auszulegen. Insbesondere vor dem Hintergrund, daß bei einem unbestimmten Rechtsbegriff ("dringender öffentlicher Zweck") der Gemeinde ein Beurteilungsspielraum zusteht, ist der einschränkende Charakter der Vorschrift für die wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinde zu berücksichtigen. Damit ist zumindest gewährleistet, daß in dem erforderlichen Beschluß zur Notwendigkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit sachfremde Erwägungen weitgehend ausgeschaltet werden und zugleich ein konkreter Anhaltspunkt für die rechtliche Überprüfung des konkret verfolgten Zweckes gegeben ist. Die Streichung des Merkmals "dringend" gefährdet hingegen diese Kontrollfunktion und damit die intendierte restriktive Auslegung der Vorschrift.

2. Ferner dient die Streichung dieses Tatbestandsmerkmals auch nicht der in der Gesetzesbegründung des Landtages (Drs. 12/3730) geäußerten Absicht, die Handlungsmöglichkeiten für Gemeinden und Gemeindeverbände begrenzt auszuweiten.

Auch § 107 Abs. 1 Ziff. 1 in der geänderten Fassung (Art. 1 Ziff. 8, a 1. ModernG NRW) erfordert nach wie vor das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks. Ein solcher Zweck liegt nur vor, wenn er sich aus der Verwaltungsaufgabe der Körperschaft ergibt. Der Zweck der Gewinnerzielung allein rechtfertigt ein wirtschaftliches Unternehmen auch dann nicht, wenn die Einnahmen dem Haushalt der betreibenden Körperschaft zugute kommen. Eine Ausweitung der Handlungsmöglichkeiten in sachlicher Hinsicht wird somit durch die Streichung des Merkmales "dringend" nicht erreicht.

II. Weiterhin kumulative Anwendung der Zulässigkeitskriterien

§ 107 Abs. 1 Ziff. 2 GO

Weitere Voraussetzung der Zulässigkeit des Betriebes eines wirtschaftlichen Unternehmens ist es, daß es nach Art und Umfang nicht die Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigt. Die geltende Regelung sieht dabei in Abs.1 Ziff. 1 und Abs. 1 Ziff. 2 kumulative Kriterien für die Beurteilung der Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden vor. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Ziff. 2 " ...**und** die Betätigung nach Art und Umfang in angemessenem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht." Die geänderte Fassung der Ziff. 2 enthält diese Klarstellung nunmehr durch Versetzen des Wortes "und" an das Ende des Satzes und Anfügung der Ziff. 3. Es ist somit darauf zu achten, daß bei der Prüfung, inwieweit die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zulässig ist, die Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 GO nach wie vor kumulativ und nicht alternativ vorliegen müssen.

IV. Unzulässige Erweiterung des Aufgabenfeldes und Verletzung der Finanzverfassung

§ 107 Abs. 2 Ziff. 3 GO

1. Die Änderung der Ziff. 3 und Anfügung der Ziff. 4 verdeutlicht zum einen erneut, daß der Betrieb von Einrichtungen des Umweltschutzes nicht wirtschaftliche Betätigung i.S.d. 11. Teils der GO sind. Zum anderen wird neu hinzugefügt, daß das Messe- und Ausstellungswesen ebenfalls nicht als wirtschaftliche Betätigung in diesem Sinne gelten soll. Der Betrieb von Einrichtungen des Umweltschutzes sowie insbesondere das Messe- und Ausstellungswesen werden somit durch Aufnahme in Abs. 2 dem Schrankentrias des Abs. 1 entzogen.

Während dies für Einrichtungen des Umweltschutzes aufgrund des grundsätzlich öffentlichen Zweckes noch hingenommen werden kann, ist die Einordnung des Messe- und Ausstellungswesens als nicht wirtschaftliche Betätigung i.S.d. der GO unzulässig. Gerade die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden auf diesem Gebiet darf nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 GO erfüllt sind. Dies folgt aus der ausschließlichen Zuständigkeit der Gemeinde für Angelegenheiten des Gemeinwohls.

2. Der Betrieb des Messe- und Ausstellungswesens dient jedoch überwiegend fiskalischen Interessen und verstößt damit gegen den verfassungsrechtlich gesicherten Vorrang des Steuerstaates. Vorrang des Steuerstaates bedeutet, daß der Staat seine

Einnahmen in erster Linie aus Steuern erzielen muß. Es ist daher unzulässig, wenn die öffentliche Hand eine wirtschaftliche Tätigkeit aus dem einzigen Grunde der Einnahmenerzielung aufnimmt. Der Fiskalzweck ist insoweit nicht zulässiger öffentlicher Zweck. Dies verdeutlicht auch die ausbalancierte Finanzverfassung in Abschnitt X des Grundgesetzes, welche durch nicht vorgesehene Einnahmen des Staates durcheinander geriete.

V. Verstoß gegen die Politikgrundsätze der Wirtschaftsministerkonferenz

1. Die Wirtschaftsministerkonferenz hat sich auf ihrer Sitzung am 20./21. März 1997 in Eltville eindeutig dafür ausgesprochen, "auch in der Bauplanung und -beratung selbständige, von großen Wirtschaftseinheiten unabhängige freiberufliche Strukturen durch geeignete Rahmenbedingungen zu erhalten, da der Wirtschaftsstandort Deutschland den innovativen, flexiblen Mittelstand benötigt."
2. Die vorliegende Gesetzesänderung widerspricht eindeutig diesen Zielvorgaben. Die Erweiterung der gemeindlichen wirtschaftlichen Betätigung, die zwangsläufig zu einer Einschränkung der privaten Wirtschaftsbetätigung führt, dient gerade nicht dazu, sich so weit wie möglich Privater zu bedienen. Gerade die fehlenden Finanzmittel im Planungs- und Baubereich und der Abbau der Bauverwaltungen müssen zu einer vermehrten Beteiligung privater Architekten- und Ingenieurbüros führen. Es kann nicht hingenommen werden, daß der Staat nunmehr versucht, finanzielle Engpässe dadurch zu überwinden, daß in unzulässiger Weise die gemeindliche wirtschaftliche Betätigung mittelständischen, privaten Anbietern Konkurrenz macht.

VI. Verstoß gegen Deregulierungs- und Privatisierungspläne der Bundes- und Landesregierung

1. Nach Aussage der Wirtschaftsminister anlässlich der o.g. Wirtschaftsministerkonferenz sollen öffentliche Dienstleistungen im Bau - und Planungsbereich auf Deregulierungs- und Privatisierungsmöglichkeiten hin überprüft und so weit wie möglich freiberuflichen Architekten und Ingenieuren übertragen werden.
2. Die vorliegende Gesetzesänderung verstößt in eklatanter Weise gegen diesen Beschluß. Ziel von Deregulierung und Privatisierung ist das Zurückziehen des Staates aus Tätigkeitsfeldern, die nicht zwangsläufig vom Staat wahrgenommen werden müssen, sondern ebenso (oder besser) von Privaten erbracht werden können. Damit einher geht der Abbau von Regulierungen auf Gesetzes- und Verordnungsebene. Der Staat gibt somit Tätigkeitsfelder an Private ab und bewirkt in diesen Bereichen u.a. eine Vereinfachung der Verwaltungstätigkeit.
3. Die vorgesehene Änderung der GO soll es im Gegensatz dazu gerade den Gemeinden ermöglichen, verstärkt (wirtschaftliche) Tätigkeiten wahrzunehmen. Dies würde dazu führen, daß der Staat nicht Aufgabenfelder abgibt, sondern weitere Aufgabenfelder übernimmt. Unter dem Anschein vordergründiger "Privatisierung" wird dadurch tatsächlich die Tendenz zu einem weitergehenden Einfluß des Staates auf privatwirtschaftliche Betätigungsfelder deutlich. Unter Verletzung des o.g. Steuerstaatsprinzips (siehe Ziff. VI. 2.) tritt der Staat damit verstärkt unzulässig in Konkurrenz zu privaten Anbietern.

VII. Deutlicher Widerspruch zur Regierungserklärung von Ministerpräsident Clement vom 17.6.1998

Nach verbindlicher Aussage von Ministerpräsident Clement unter dem Stichwort „Konzentration“ müssen "Regierung und Verwaltung [...] auf ihre wichtigsten Aufgaben zurückgeführt [...] werden". Im Rahmen einer umfassenden Reform der Verwaltung soll nach Aussage Clement eine Bündelung und Straffung der Aufgaben der Verwaltung vorgenommen werden. Ausdrücklich betont Clement, daß das Subsidiaritätsprinzip dort beachtet werden muß, wo die öffentliche Hand Aufgaben selbst wahrnimmt. Ferner hat Clement das Kabinett gebeten, Vorschläge für die Privatisierung von Einrichtungen zu machen.

Die vorliegende Gesetzesänderung erfüllt keine dieser Vorgaben, sondern unterbindet gerade das der Regierungserklärung zugrundeliegende Ziel der Konzentration. Die in § 107 Abs. 1 GO geplante Erweiterung gemeindlicher wirtschaftlicher Aufgaben auf bislang ausschließlich der Privatwirtschaft zugängliche Bereiche bewirkt gerade nicht eine Zurückführung der Verwaltung auf ihre wichtigsten Aufgaben. Diese sind nämlich nach wie vor die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, insbesondere die Daseinsvorsorge. Die Zulässigkeit weiterer wirtschaftlicher Betätigung, wie beispielsweise im Messe- und Ausstellungswesen vorgesehen, verhindert die Bündelung und Straffung der Aufgaben der Verwaltung. Die von der Landesregierung gewünschte Verwaltungsvereinfachung wird durch die vorliegende Gesetzesänderung nicht nur nicht erreicht, sondern führt im Gegenteil zu einer Ausdehnung des Verwaltungsapparates. Obwohl die Landesregierung ausdrücklich das Subsidiaritätsprinzip anerkennt, bewirkt die geplante Gesetzesänderung eine nicht hinzunehmende Belastung privatwirtschaftlicher Leistungserbringer und stellt unzulässige und unzumutbare Konkurrenzsituationen her.

In diesem Zusammenhang wird in der Regierungserklärung folgendes verkannt: das Subsidiaritätsprinzip besagt nicht, daß auf Tätigkeiten der öffentlichen Hand erst dann verzichtet werden kann, wenn in diesem Bereich eine ausreichende Versorgung durch Private und ein funktionierender Wettbewerb vorliegt. Vielmehr bedeutet das Subsidiaritätsprinzip, daß vor Aufnahme jeglicher Tätigkeit der öffentlichen Hand, die nicht originär in ihren Zuständigkeitsbereich fällt, zu prüfen ist, inwieweit diese Aufgabe nicht bereits ausreichend von der Privatwirtschaft übernommen werden kann. Daraus folgt, daß erst bei Feststellung einer fehlenden ausreichenden Aufgabenerfüllung durch Private die öffentliche Hand berechtigt ist, entsprechende Aufgaben zu übernehmen.

VIII. Fazit

Die gemäß Artikel 1 Ziff. 8 (§ 107) 1. ModernG NRW vorgesehene Ausweitung der kommunalen Wirtschaftstätigkeit verletzt sowohl rechtsstaatliche Grundsätze als auch politische Zusagen sowie geplante Reformvorhaben.

Die in Artikel 28 Abs. 2 Satz 1 GG bestimmte Zuständigkeit der Gemeinden für die Erledigung der Aufgaben des örtlichen Wirkungskreises wird durch das Streichen des Merkmals „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ (§ 107 Abs. 1 Satz 1 GO) verletzt. Ferner beeinträchtigt der Gesetzesentwurf, das Subsidiaritätsprinzip in nicht hinzunehmenden Maße. Ministerpräsident Clement betonte in seiner Regierungserklärung vom 17.06.1998 ausdrücklich, daß das der Gemeindeordnung zu entnehmende Subsidiaritätsprinzip auch weiterhin aufrecht zu erhalten sei. Darüber hinaus verletzt der vorliegende Gesetzesentwurf das Abschnitt X. des Grundgesetzes zu entnehmende Prinzip

des Vorrang des Steuerstaates. Die Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit durch die öffentliche Hand zur bloßen Erfüllung des Fiskalzweckes ist danach nicht zulässig.

In politischer Hinsicht haben sich die Wirtschaftsminister der Länder wie auch Ministerpräsident Clement eindeutig für Deregulierungs- und Privatisierungsmöglichkeiten ausgesprochen und eine weitgehende Übertragung von Aufgaben auf Private, namentlich freiberufliche Architekten und Ingenieure, vereinbart. Der vorliegende Gesetzesentwurf bewirkt das genaue Gegenteil. Unter dem Deckmantel der Deregulierung findet tatsächlich eine Ausweitung der Aufgabenbereiche der öffentlichen Hand statt. Eine echte Privatisierung unter Übertragung von Leistungen auf private Anbieter wird durch den Gesetzesentwurf weitergehend verhindert. Vielmehr bewirkt der Gesetzesentwurf, daß zunehmend staatliche Einflußnahme auf private Bereiche ermöglicht wird.

Berlin, 12.04.1999
Dr. Tillman Prinz