



27. April 1999

**Stellungnahme des Wuppertal Instituts (Abteilung Energie)
zum Ersten Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwal-
tung in Nordrhein-Westfalen
(Drucksache 12/3730)**

Zur vorgeschlagenen Änderung der Gemeindeordnung (Artikel 1) für das Land Nordrhein-Westfalen hat das Wuppertal Institut folgende Anmerkungen und Einschätzungen:

I. Das Wuppertal Institut begrüßt grundsätzlich die von der nordrhein-westfälischen Landesregierung intendierte Zielrichtung, die Handlungsmöglichkeiten der Kommunen bei der wirtschaftlichen Betätigung durch Änderung des § 107 der GO zu erweitern. In der Tat besteht ein diesbezüglicher Handlungsbedarf, nachdem sich die rechtlichen Rahmenbedingungen der kommunalen Ver- und Entsorgungswirtschaft im Zuge der Harmonisierung auf EU-Ebene grundlegend geändert haben. Gerade im Energiebereich, wo der Bundesgesetzgeber eine vollständige Marktöffnung durch das seit 29. April 1998 in Kraft gesetzte Energiewirtschaftsgesetz herbeigeführt hat, geraten kommunale Unternehmen unter einen besonderen Anpassungs- und Marktdruck. Ohne entsprechende Änderungen der Landesgemeindeordnungen werden die kommunalen Unternehmen der Versorgungswirtschaft gegenüber privaten Akteuren im wettbewerblichen Umfeld schlechtergestellt. Insofern ist den Kommunen und kommunalen Unternehmen zuzustimmen (siehe LT-Drs. 12/3730, S. 105), daß sie unter veränderten Wettbewerbsbedingungen nur bestehen können, wenn ihr Handlungsspielraum erweitert wird. Auch der von den Kommunen gegebene Hinweis auf die Bedeutung der wirtschaftlichen Betätigung für die Kommunalfinanzen und für den Arbeitsmarkt ist in diesem Kontext gerechtfertigt. Berücksichtigt man außerdem, daß insbesondere kommunale Versorgungsunternehmen in der Vergangenheit führende Klimaschutzakteure waren, die auch künftig im Rahmen einer lokalen Klimaschutzpolitik und im Verlauf der Kommunalen Agenda 21 zur Lösung wichtiger Zukunftsaufgaben beitragen können, wird die grundsätzliche Bedeutung des Änderungsbedarfs bei der Gemeindeordnung zusätzlich unterstrichen. Insgesamt wird der Entwurf der Landesregierung zur Änderung der Gemeindeordnung den künftigen Anforderungen der kommunalen Versorgungswirtschaft noch nicht vollständig gerecht.

II. Vor dem oben skizzierten Hintergrund schlägt die Landesregierung vor, die kommunalen Handlungsmöglichkeiten in sachlicher und räumlicher Hinsicht zu stärken bei gleichzeitiger Wahrung der Subsidiarität (§ 107). Außerdem sieht der Gesetzesentwurf vor, die Einflußmöglichkeiten der Gemeinden auf kommunale Unternehmen und Einrichtungen zu stärken (§ 108 Abs. 3 und 4). Darüber hinaus erhalten die Gemeinden die Möglichkeit, ihre Unternehmen und Einrichtungen in der Rechtsform einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts zu führen (§ 114 a).

Hinsichtlich der einzelnen Vorschriften des Gesetzesentwurfs hält das Wuppertal Institut die folgenden Anmerkungen und Änderungsvorschläge für angemessen.

1. Zu § 107 Abs. 1 S. 1

a) Die vorgesehene Einfügung des Tatbestandsmerkmals "zur Erfüllung ihrer Aufgaben" in § 107 Abs. 1 S. 1 erscheint regelungstechnisch überflüssig. Bei den Gemeinden handelt es sich gem. § 1 Abs. 2 um Gebietskörperschaften. Diese sind wie alle Hoheitsträger nur für die Erledigung ihrer Aufgaben zuständig, was für die Gemeinden außerdem in Art. 23 Abs. 2 S. 1 GG ausdrücklich geregelt ist. Daß eine Gemeinde sich nur "zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen" darf, braucht daher in § 107 Abs. 1 S. 1 nicht nochmals geregelt zu werden.

b) Die Regelung des § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 sollte gestrichen werden. Wird sie entgegen unserer Empfehlung nicht gestrichen, sollte zur Vermeidung von Nachteilen für kommunale Dienstleistungsunternehmen, die ökologische Dienstleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit den in § 107 Abs. 3 angesprochenen Bereichen erbringen, wie folgt formuliert werden:

"3. Bei einem Tätigwerden außerhalb der Bereiche der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Personennahverkehrs sowie des Betriebs von Telekommunikationsnetzen und mit diesen Bereichen verbundenen ökologischen Dienstleistungen der öffentliche Zweck...

Mit der Regelung des § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 wird eine Subsidiaritätsklausel in den gemeindefinanziellen Teil der Gemeindeordnung ausdrücklich aufgenommen. Ob das Tatbestandsmerkmal, ein dringender öffentlicher Zweck müsse die wirtschaftliche Betätigung erfordern, eine ähnliche Regelung bereits bisher enthielt, war umstritten. Geht man davon aus, daß dies bisher der Fall war, so erleichtert der neue § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 den Gemeinden, sich wirtschaftlich zu betätigen, indem für die Bereiche Energieversorgung, Wasserversorgung, öffentlicher Personennahverkehr und Betrieb von Telekommunikationsnetzen und damit verbundenen ökologischen Dienstleistungen die Qualität und Wirtschaftlichkeit kommunaler Unternehmen nicht mehr mit anderen Unternehmen verglichen zu werden braucht.

Dienten Subsidiaritätsklauseln allein dem Schutz der privaten Wirtschaft, so sind sie auf Wettbewerbsmärkten überflüssig, vorausgesetzt, daß zwischen kommunalen und privaten Unternehmen gleiche Wettbewerbsbedingungen herrschen. Denn im Wettbewerb entscheiden die Kunden, welcher Anbieter einen bestimmten Zweck besser und wirtschaftlicher erreicht. Allerdings schützt die kommunalaufsichtliche Beurteilung, ob andere Unternehmen den Unternehmenszweck besser und wirtschaftlicher erreichen, auch die Gemeinden. Sie sollen vor den negativen Auswirkungen der Errichtung eines Unternehmens bewahrt werden, das hinsichtlich seiner Qualität und Wirtschaftlichkeit nicht konkurrenzfähig ist und daher voraussichtlich im Markt nicht erfolgreich sein wird. Nach § 107 Abs. 5 soll zukünftig die Pflicht bestehen, den Rat auf der Grundlage einer Marktanalyse über die Chancen und Risiken des beabsichtigten wirtschaftlichen Engagements zu unterrichten. Durch die Einführung dieses § 107 Abs. 5 wird der Zweck erreicht, die Gemeinde vor wirtschaftlichen Risiken zu schützen. Daher ist die weitere Beibehaltung der Subsidiaritätsklausel insbesondere angesichts des Wettbewerbs auf bisher kommunalen Märkten überflüssig. Daher sollte der vorgeschlagene § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 (Subsidiaritätsklausel) gestrichen werden.

Darüber hinaus werden durch § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 in der geplanten Form kommunale Dienstleistungsunternehmen, die umwelt- und ressourcenschonende Dienstleistungen anbieten, benachteiligt.

Die Kunden von Energieversorgungsunternehmen fragen statt der reinen Lieferung von Strom und Gas in zunehmenden Maße Komplettlösungen nach, unter denen umwelt- und ressourcenschonende Dienstleistungen einen immer größeren Anteil einnehmen. Die Realisierung von Energieeinsparpotentialen z.B. durch den effizienteren Betrieb von Heizungs- oder Beleuchtungsanlagen (Wärme-Direktservice, Nutzlichtcontracting) oder die Erstellung von Energiesparkonzepten sind nur Beispiele eines breiten Dienstleistungsangebots, das auch private Energieversorgungsunternehmen bereits anbieten. Im liberalisierten Energiemarkt sind wegen der fehlenden Unterscheidbarkeit der Produkte Strom oder Gas aus Verbrauchersicht neben dem Preis vor allem solche Dienstleistungen kaufentscheidend.

Rechtliche Beschränkungen dieser Dienstleistungen durch eine Subsidiaritätsregelung würden die Wettbewerbsnachteile kommunaler Unternehmen gegenüber privaten Konkurrenten, die sich aus der Liberalisierung der Energiemärkte ergeben, weiter verstärken. Die Änderung des Gemeindefinanzrechts soll nach dem Willen der Landesregierung den durch die Liberalisierung des Energiemarktes geänderten Rahmenbedingungen Rechnung tragen (LT-Drs. 12/3730, S. 105). Gerade unter Berücksichtigung dieser Zielsetzung ist es daher geboten, die mit den in § 107 genannten Bereichen zusammenhängenden umwelt- und ressourcenschonenden Dienstleistungen kommunaler Unternehmen unter denselben Bedingungen zuzulassen wie die Energieversorgung selbst.

Die Eingrenzung auf umwelt- und ressourcenschonende Dienstleistungen greift die Wertung des § 107 Abs. 3 S. 2 GO NW i.V.m. § 6 Abs. 3 EnWG auf, wonach der Schutz von Umwelt- und Ressourcen als berechtigtes Interesse einer Gemeinde gegenüber der Gebietsüberschreitung des kommunalen Energieversorgungsunternehmens einer anderen Gemeinde anerkannt wird.

Verluste von Arbeitsplätzen im lokalen Handwerk oder Ingenieurwesen sind hier nicht zu befürchten, weil kommunale Unternehmen i.d.R. als Generalunternehmer auftreten und die Dienstleistungen weitervergeben. Von Experten wird das im Contracting-Markt erschließbare Auftragsvolumen auf 30 Mrd. DM geschätzt. Das Marktvolumen für öko-effiziente Dienstleistungen wird noch weit größer veranschlagt. Kommunale Unternehmen haben bei der Erschließung dieser Tätigkeitsfelder eine Türöffnerfunktion, die sie nur mit Einbindung und Unterstützung der örtlichen Marktpartner (Handwerker, Architekten, private Dienstleistungsanbieter etc.) sinnvoll wahrnehmen können. Allerdings müssen flankierend zu der Ausweitung der kommunalen Geschäftsfelder neue Rahmenbedingungen geschaffen werden, damit „neue Produkte“ im Sinne von Systemlösungen angeboten werden können.

2. Zu § 107 Abs. 3

Der im Entwurf vorgesehene § 107 Abs. 3 regelt erstmalig die Voraussetzungen, unter denen kommunale Unternehmen auf dem Gebiet anderer Kommunen tätig werden können. Daß der Gesetzgeber damit ausdrücklich der Öffnung des Energiemarktes für den Wettbewerb Rechnung trägt (LT-Drs. 12/3730, S. 108) ist zu begrüßen, weil damit der räumliche Markt kommunaler EVU erweitert wird. Die Ungleichbehandlung, daß private Konkurrenten in das bisherige Liefergebiet kommunaler Unternehmen vordringen können, während der kommunale

len Unternehmen (außerhalb der interkommunalen Zusammenarbeit) eine Überschreitung ihres Gemeindegebiets i.d.R. nicht gestattet ist, wird damit entschärft.

3. Zu § 107 Abs. 4

Die bundesweit erstmalige Zulassung von Auslandsaktivitäten kommunaler Unternehmen in § 107 Abs. 4 stellt hinsichtlich der Gleichstellung der kommunalen und der privatwirtschaftlichen Wirtschaft ebenfalls einen erheblichen Fortschritt dar. Die Landesregierung geht dabei zutreffend davon aus, daß das Know-how kommunaler Unternehmen auch im Ausland nachgefragt wird (LT-Drs. 12/3730, S. 108). An der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit zur Bekämpfung von Umweltproblemen besteht im Ausland ein hohes Interesse, so daß kommunale Energieversorgungsunternehmen z.B. im Rahmen internationaler Klimaschutzaktivitäten (Joint Implementation) eine wichtige Rolle spielen können.

Jedoch kollidiert die vorgesehene Genehmigungspflicht mit dem Ziel, kommunalen Unternehmen Wettbewerbsmärkte zu erschließen. Hier sollte die Landesregierung allenfalls eine Anzeigepflicht einführen. Wettbewerb erfordert von Unternehmen eine schnelle Reaktion auf die Wünsche der Kunden und das Verhalten von Konkurrenten. Ob kommunale Unternehmen schnell genug reagieren und Kunden im Ausland gewinnen können, wenn sie ihre Auslandsaktivitäten vorher in einem Verfahren mit den üblichen Fristen genehmiger lassen müssen, erscheint mehr als fraglich. Deswegen sollte im Hinblick auf das Ziel, kommunalen Unternehmen den Wettbewerb um Kunden zu ermöglichen, auf die vorgesehene Genehmigungspflicht des § 107 Abs. 4 verzichtet werden. Dies wäre auch konsequent im Hinblick auf die gebietsüberschreitenden Betätigungen, die gem. § 107 Abs. 3 ebenfalls nicht genehmigungspflichtig sind. Im Unterschied zu § 115, der Handlungen regelt, die auch wirtschaftlich und organisatorisch einen zeitlichen Vorlauf erfordern und deswegen einer Anzeigefrist unterworfen werden können, erfolgt die Überschreitung der Grenzen des Gemeinde- oder Staatsgebiets, i.d.R. um neue Kunden zu gewinnen, was schnelles Handeln erfordert und die Einhaltung behördlicher Genehmigungsfristen ausschließt.

4. Zu § 107 Abs. 5

Der neue § 107 Abs. 5 greift die bisher in § 41 Abs. 1 S. 3 enthaltene Regelung auf, nach der der Rat vor Entscheidungen über die Gründung von oder Beteiligung an wirtschaftlichen Unternehmen über deren Chancen und Risiken auf der Grundlage einer Marktanalyse zu unterrichten ist.

Die Gründung eines wirtschaftlichen Unternehmens oder die Beteiligung an ihm hat für eine Kommune erhebliche politische, wirtschaftliche und verwaltungstechnische Auswirkungen. Dies gilt vor allem angesichts angespannter kommunaler Finanzen und der finanziellen Risiken kommunalwirtschaftlicher Betätigungen, die im Gegensatz zu den früheren Monopolmärkten im Wettbewerb deutlich erhöht sind. Ratsmitglieder sind nicht selten insbesondere mit dem wirtschaftlichen Hintergrund solcher Entscheidungen nicht vertraut. Die Unterrichtung auf der Grundlage einer Marktanalyse sichert diesen Entscheidungsträgern die für solche weitreichenden Entscheidungen erforderlichen Informationen. Hinzu kommt, daß eine Marktanalyse eine unabdingbare Voraussetzung für den Erfolg einer Unternehmensgründung oder -beteiligung darstellt und somit auch unabhängig von der Unterrichtung des Rates zu erstellen wäre. Die neu vorgesehene Ausdehnung der Marktanalyse auf die Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft berücksichtigt die Tatsache, daß

kommunale Unternehmen auf der Ortsebene häufig eine starke Wettbewerbsposition haben und erscheint daher, auch im Interesse der Weiterführung der Kooperation zwischen kommunaler und örtlicher privater Wirtschaft, wettbewerbspolitisch angemessen.

5. Zu § 108:

Die von der Landesregierung vorgeschlagene Einfügung der Absätze 3 und 4 in § 108 der GO zielt darauf ab, die Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinden auf kommunale Unternehmen und Einrichtungen, die in Form einer AG oder GmbH geführt werden, zu stärken. Um dieser Zielsetzung zu entsprechen, beabsichtigt die Landesregierung, Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Wahl einer privaten Rechtsform einzuführen. Hiermit intendiert die Landesregierung, die einflußreduzierende Wirkung des Bundesrechtes zu verringern. Denn nach den Vorschriften des Aktiengesetzes sind Aufsichtsratsmitglieder einer AG im Falle kollidierender Interessen in erster Linie dem Wohl des Unternehmens verpflichtet und nicht den politischen Interessen der Kommune. Außerdem sind die Vorstände von AGs in ihren Entscheidungen frei und an keine Weisungen gebunden. Aufgrund seines Vorrangs schränkt das Gesellschaftsrecht damit die gemeindlichen Steuerungsrechte aus den Kommunalverfassungen ein.

Dennoch sind die von der Landesregierung vorgeschlagenen Änderungen des § 108 aus verschiedenen Gründen abzulehnen. Die kommunalen Unternehmen werden aufgrund des liberalisierten Energierechtes besonders stark von Strukturveränderungen betroffen. Die im Energierecht fehlenden bzw. nicht ausreichenden Schutz- und Vorrangregelungen für kommunale Kraft-Wärme-Kopplung, regenerative Energien und rationelle Energieverwendung sowie ein stark einsetzender Preiswettbewerb um Sondervertrags- und demnächst auch Tarifkunden bewirken, daß viele kommunale Versorgungsoptionen häufig nicht mehr konkurrenzfähig sein werden. Wenn die Landesregierung nun beabsichtigt, den Gemeinden die vorhandenen Wahlmöglichkeiten bei der Gesellschaftsform ihrer Unternehmen einzuschränken, stellt dies eine weitere Benachteiligung der kommunalen Versorgungswirtschaft dar. Gerade im neuen wettbewerblichen Umfeld können die privatrechtlichen Unternehmensformen gegenüber öffentlich-rechtlichen Organisationsformen wirtschaftliche und wettbewerbliche Vorteile bieten. Der mit Abs. 5 intendierte Zweck der kommunalpolitischen Steuerung und Kontrolle von strategischen Unternehmenszielen und Entscheidungen kann durch eine entsprechende Ausgestaltung der Gesellschaftssatzungen sowie durch Konzessions- und Kooperationsverträge in ausreichendem Maße sichergestellt werden.

6. Zu § 114a

Der neu in die Gemeindeordnung einzufügende § 114a stellt den Kommunen mit der rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts eine zusätzliche Rechtsform zur Verfügung. Die Zielsetzung, den Kommunen eine Organisationsform anzubieten, die nach unternehmerischer Unabhängigkeit und demokratischer Steuerbarkeit zwischen dem öffentlich-rechtlichen Eigenbetrieb und den privatrechtlichen Gesellschaftsformen angesiedelt ist, kann nur begrüßt werden. Daß die bereits in Bayern und Rheinland-Pfalz eingeführte Anstalt des öffentlichen Rechts sich in der Praxis sowohl den Interessen der Kommunen als auch der kommunalen Unternehmen als angemessen erweist, ist zu wünschen.

Zur vorgeschlagenen Änderung der Gemeindehaushaltsordnung (Artikel 3) für das Land Nordrhein-Westfalen hat das Wuppertal Institut folgende Anmerkungen und Einschätzungen:

Die durch die neuen Regelungen eröffnete Flexibilität, die sich aus der Bildung von Budgets und den Neuregelungen bei der Deckungsfähigkeit, Übertragbarkeit und Aufhebung des Bedarfsdeckungsprinzips (Mehrausgaben-Mehreinnahmen-Ausgleich) ergibt, kann zur Ressourcenschonung im ökonomischen wie auch ökologischen Bereich beitragen. Die einzelnen Organisationseinheiten können damit in die Pflicht genommen werden, auch ihren Ressourcenverbrauch (z.B. Energie, Wasser) zu optimieren. Es wird aber auch leichter möglich, diese Ausgaben an externe bzw. interne Dritte auszulagern, d.h. die Umsetzung von Contracting und Intracting¹ werden durch die Neuregelungen tendenziell erleichtert; damit können nicht nur Energie, Wasser etc. eingespart werden, sondern auch maßgebliche Kostenreduktionen erzielt werden.

Eine Veränderung zu Nr. 6 (§ 18 (2) - neu-) wird aber vorgeschlagen: Die Deckungsfähigkeit zwischen Verwaltungs- und Vermögenshaushalt sollte in beide Richtungen möglich sein, soweit die funktionelle Zuordnung gegeben ist, d.h. auch Ausgaben des Vermögenshaushalts sollten zugunsten des Verwaltungshaushalts deckungsfähig sein, um flexibel und kurzfristig den Einstieg in Intracting- und Contractinglösungen zu ermöglichen. So könnten die Probleme für Energiesparaktivitäten, die sich durch die getrennte Optimierung von Verwaltungs- und Vermögenshaushalt (duale Finanzierung) ergeben, gelöst werden.

¹ Beim Intracting werden wie beim Contracting die Investitionskosten für die Energiesparmaßnahmen durch die realisierten Energiekosteneinsparungen finanziert. Im Unterschied zum Contracting werden sie aber nicht von einem externen Dritten geplant, finanziert und realisiert, sondern von einer Organisationseinheit (z.B. Umweltamt) für die anderen (z.B. Schulamt) als Dienstleistung angeboten. Einige Kommunen und Kreise haben Intracting als einen Wj. erkannt, um zusätzliche Energieeinsparungen zu realisieren.