

Herrn Oberbürgermeister
Dr. Jörg Twenhöven MdL
Stadt Münster
Klemensstraße

48143 Münster

02.09.93

Dr. Hn./Lk.



Gesetz zur Änderung der Gemeindeordnung NW und weiterer kommunalrechtlicher Regelungen - Änderung des Gemeindewirtschaftsrechtes

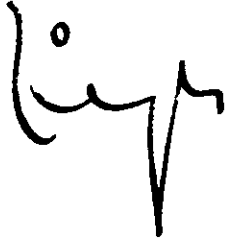
Sehr geehrter Herr Dr. Twenhöven,

die VDEW-Landesgruppe Nordrhein-Westfalen hat dem Ausschuß für Kommunalpolitik im nordrhein-westfälischen Landtag bereits eine Stellungnahme zur Novellierung des nordrhein-westfälischen Gemeindewirtschaftsrechts übersandt. Vorsorglich erlauben wir uns, Ihnen diese Stellungnahme noch einmal beizufügen, die von RWE und VEW erarbeitet worden ist.

In der Stellungnahme werden Bedenken insbesondere gegen die Beseitigung des Subsidiaritätsgrundsatzes, den Vorrang öffentlich-rechtlicher Rechtsformen, die verschärften Voraussetzungen für die Beteiligung von Gemeinden an privatwirtschaftlichen Unternehmen, die zu befürchtende Kollision mit aktienrechtlichen Vorschriften und die verstärkte Einflußnahme der Kommunalaufsicht auf die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit erhoben.

Zur näheren Erläuterung der Stellungnahme in einem Gespräch sind wir gern bereit.
Wir wären Ihnen dankbar, wenn Sie uns wissen ließen, ob Sie an einem solchen
Gespräch interessiert sind.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Lip' with a small circle above the 'i'.A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. M. M.' with a stylized, wavy line.

Anlage

**Gesetz zur Änderung der Gemeindeordnung NW und weiterer
kommunalrechtlicher Regelungen
Änderung des Gemeindewirtschaftsrechtes
(§§ 88 ff. GO NW)**

Die von der nordrhein-westfälischen Landesregierung geplanten Änderungen der §§ 88 - 96 GO NW sind in weitem Umfang in sachlicher Hinsicht nicht gerechtfertigt und unter (verfassungs)rechtlichen Aspekten in Teilen bedenklich. Im einzelnen ist folgendes anzumerken:

1. Subsidiaritätsprinzip (§ 88 I Nr. 1 GO NW)

§ 88 I Nr. 1 GO NW nennt die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden. Die bisherige Regelung, daß eine solche Betätigung (u. a.) nur dann zulässig ist, "wenn der Zweck des Unternehmens nicht durch andere besser und wirtschaftlicher erfüllt wird oder erfüllt werden kann", soll wegen der angeblichen mangelnden Handhabbarkeit dieser Bedingung durch die Kommunalaufsicht künftig entfallen.

Damit will die Landesregierung eine Norm ändern, die sich bereits seit langem - die Regelung in ihrer jetzigen Form geht zurück auf § 67 DGO von 1935 - in der Praxis bewährt hat. Sie hat zur Herstellung eines insgesamt weitgehend ausgewogenen Verhältnisses zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen auf solchen Märkten geführt, in denen die Kommunen in Konkurrenz zu privaten Unternehmen treten. Vor diesem Hintergrund erscheint die von der Landesregierung gegebene Begründung für die Gesetzesänderung wenig

überzeugend. Da die geplante neue Regelung es den Gemeinden erleichtern würde, sich unternehmerisch zu betätigen, dürfte hier in Wahrheit dieselbe Begründung gelten, wie sie explizit für die Neufassung des § 89 GO NW in der Gesetzesbegründung enthalten ist (Seite 25): Es "soll verhindert werden, daß immer weitere Bereiche der klassischen Daseinsvorsorge 'privatisiert' werden". Nimmt man dazu die vorgesehene Einführung des Vorrangs öffentlich-rechtlicher Rechtsformen für die gemeindliche wirtschaftliche Betätigung (§ 89 I Nr. 2 GO NW n. F.) und die damit verschärfte Kontrolle der unternehmerischen Betätigung durch die Politik, so wird deutlich, in welche Richtung das Reformvorhaben in Wirklichkeit zielt: Beabsichtigt ist die Verwirklichung staatswirtschaftlicher Ordnungsgedanken auf kommunaler Ebene. Damit stellt sich die nordrhein-westfälische Landesregierung gegen bundes- und EG-weite Bestrebungen, welche die Privatisierung nichtoriginärer öffentlicher Aufgaben fördern und den Einfluß des Staates auf Wirtschaftsunternehmen zurückdrängen wollen.

Auch die in der Vergangenheit gemachten Erfahrungen mit der wirtschaftlichen Effizienz von staatlichen Unternehmen sprechen gegen eine Ausweitung der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand. Hinzu kommt, daß die ohnehin schon knappen öffentlichen kommunalen Mittel, deren weitere Schrumpfung zudem bereits deutlich absehbar ist, es nahelegen, daß die Gemeinden ihre geringen Finanzressourcen konzentrieren und zur möglichst optimalen Erfüllung derjenigen Aufgaben verwenden, die unbestritten nur von ihnen erfüllt werden können und müssen. Insoweit erforderliche Fehlbeträge müssen gegebenenfalls auf dem üblichen Finanzierungsweg über Abgabenerhebungen gedeckt werden - keine Lösung ist dagegen der Versuch, diese Deckung durch risikobehaftete wirtschaftliche Betätigung zu erreichen.

Gerade vor diesem Risiko will der § 88 I Nr. 1 GO NW in seiner jetzigen Fassung die öffentliche Hand schützen. Die Vorläufervorm des § 67 DGO wurde insbesondere vor dem Hintergrund negativer Erfahrungen mit einer extensiven

gemeindlichen Wirtschaftsbetätigung geschaffen - vor allem der Schutz von nachteiligen Folgen einer Überschätzung der eigenen unternehmerischen Leistungsfähigkeit der Gemeinden ist Zweck der Subsidiaritätsklausel.

Schließlich ist die geplante Streichung bei § 88 I Nr. 1 GO NW auch verfassungsrechtlich nicht ohne Bedenken.

In der jetzigen Form ist die Regelung Ausdruck des verfassungsrechtlich fundierten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Die Subsidiaritätsklausel versucht einen angemessenen Ausgleich herzustellen zwischen dem gemeindlichen Recht auf wirtschaftliche Betätigung aus Art. 28 II GG und dem erforderlichen Schutz privater Konkurrenten hinsichtlich ihres erworbenen Unternehmensbestandes (Art. 14 GG) sowie ihrer wirtschaftlichen Betätigung (Art. 12 GG) vor wettbewerblich in der Regel nicht kontrollierter gemeindlicher Wirtschaftskraft.

Ob § 88 I Nr. 1 GO NW in seiner geplanten Neufassung diesen Ausgleich noch zu leisten vermag oder ob er nicht vielmehr zu einer unverhältnismäßigen und damit verfassungsrechtlich bedenklichen Verschiebung der Gewichte zugunsten der Gemeinden und zu einer Aushöhlung des Subsidiaritätsprinzips führt, erscheint mehr als fraglich.

Nach alledem sprechen die weitaus gewichtigeren Gründe für eine Beibehaltung des § 88 I Nr. 1 GO NW in seiner gegenwärtigen Fassung.

2. Vorrang der öffentlich-rechtlichen Organisationsform

(§ 88 II Nr. 3 i. V. m. § 89 I Nr. 2 GO NW)

§ 89 I Nr. 2 GO NW n. F. sieht für nichtwirtschaftliche Einrichtungen künftig den Vorrang öffentlich-rechtlicher Organisationsformen vor. Zu den nichtwirtschaftlichen Einrichtungen gehören gemäß § 88 II Nr. 2 GO NW n. F. auch Einrichtungen, die dem Umweltschutz, der Abfallentsorgung und der Abwasserbeseitigung dienen. Eine Ausnahme vom Vorrang der

öffentlich-rechtlichen Organisationsformen soll nur dann gelten, "wenn Private an der Aufgabenerfüllung wesentlich beteiligt werden und dafür ein wichtiges Interesse vorliegt."

Auch für diese geplante Neuregelung bestehen keine sachlich notwendigen Gründe. Im Gegenteil zeigt auch hier ein Blick auf die Vergangenheit, daß die bisherige Regelungssituation zu allseits befriedigenden Ergebnissen geführt hat. Die Beteiligung von Privaten, insbesondere bei der Abfallentsorgung aber auch im Abwasserbereich hat bisher durchweg zu positiven Ergebnissen geführt. Darüber hinaus spricht auch ein Blick in die Zukunft in hohem Maße für eine breite private Beteiligung in den genannten Bereichen. Die Nutzbarmachung der spezifischen **Entsorgungsfachkenntnisse** und der **privaten finanziellen Ressourcen** ermöglicht neben einer optimalen Aufgabenerfüllung vor allen Dingen einen größtmöglichen Beitrag zum Umweltschutz.

Ferner legt der bereits erwähnte Aspekt der gemeindlichen Finanzknappheit und der Schonung der Gemeindefinanzen hier ebenfalls wieder in besonderem Maße eine Nutzung privater Kapazitäten nahe; auch insoweit könnte eine Konzentrierung der gemeindlichen Geldmittel auf die Erfüllung originärer Kommunalaufgaben erreicht werden.

Der geplante Vorrang für öffentlich-rechtliche Organisationsformen bzw. die Erschwerung der Gründung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen dürfte schließlich auch verfassungsrechtlich nicht bedenkenfrei sein. Eine Tangierung der durch Art. 28 II GG geschützten gemeindlichen **Organisationshoheit** liegt nahe. Eine vergleichbare Regelung in der Gemeindeordnung für das Land Baden-Württemberg wird im kommunalrechtlichen Schrifttum (vgl. Püttner, Zur Wahl der Privatrechtsform für kommunale Unternehmen und Einrichtungen, Köln, 1993) allenfalls in verfassungskonform modifizierter Form für haltbar erachtet.

Insgesamt liegt daher das Petitum nahe, auf die geplante Einführung eines

Vorrangs der öffentlich-rechtlichen Rechtsform zu verzichten und stattdessen eine möglichst weitgehende Beteiligung von Privaten zu fördern.

3. Voraussetzungen für eine unmittelbare Beteiligung der Gemeinden an Unternehmen (§ 89 I Nrn. 3, 5, 6 und 7 GO NW; § 90 III GO NW)

Die Voraussetzungen für eine unmittelbare kommunale Beteiligung an Wirtschaftsunternehmen sollen gegenüber dem § 89 GO a. F. wesentlich verschärft werden. Zusätzliche Voraussetzungen für einen Beteiligungserwerb sollen sein, daß

- die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit steht (I Nr. 4),
- die Gemeinde sich nicht zu einer Verlustübernahme in unbestimmter oder unangemessener Höhe verpflichtet (I Nr. 5),
- die Gemeinde einen angemessenen Einfluß erhält (I Nr. 6) und
- das Unternehmen auf den öffentlichen Zweck ausgerichtet wird (I Nr. 7).

Die geplanten Regelungen erscheinen äußerst bedenklich, da die Sicherung eines angemessenen kommunalen Einflusses auf der einen und die Vermeidung einer Verlustübernahme und Haftung in unbestimmter Höhe auf der anderen Seite zu einer Kollision zwischen Gemeindefirtschafts- und Konzernrecht führen. Daß die Gesetzesbegründung hierzu schweigt, läßt den Schluß zu, daß die Verfasser der Novelle diese Querverbindung überhaupt nicht gesehen oder bewußt ignoriert haben.

Die Kollisionslage beruht darauf, daß bei einer verstärkten Einflußnahme der Kommunen auf ihre Beteiligungsgesellschaften die aktienrechtlichen Vorschriften

(§§ 311 ff. AktG) und die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über den einfachen faktischen und qualifiziert faktischen Konzern zur Anwendung kommen. Dies bedeutet, daß die Gemeinden bei einem Beteiligungsunternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft bei der Veranlassung nachteiliger Rechtsgeschäfte zum Nachteilsausgleich verpflichtet sein können und daß sie bei Beteiligungsunternehmen in der Rechtsform der GmbH bei Vorliegen eines entsprechenden Tatbestandes der Einflußnahme zum Verlustausgleich verpflichtet sein können. Diese konzernrechtlichen Verpflichtungen stehen in unvereinbarem Widerspruch zu der Haftungs- und Verlustübernahmebeschränkung nach § 89 I Nrn. 3 und 5 GO NW. Desweiteren schließen die beabsichtigten Regelungen die Beteiligung einer Gemeinde an einem Vertragskonzern aus, das heißt, die Gemeinde kann nie Partner eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages sein.

Der Novellierungsvorschlag verstößt damit gegen Bundesrecht; der Widerspruch ist daher entweder zugunsten eines Vorranges der bundesgesetzlichen Vorschriften zu lösen (Art. 31 GG) oder dem Landesgesetzgeber ist von vornherein die Gesetzgebungskompetenz für die geplanten Änderungen abzusprechen.

Dem Bestreben der Sicherung des kommunalen Einflusses soll auch § 89 I Nr. 7 GO NW (Seite 26 der Gesetzesbegründung) dienen, der eine Zweckausrichtung des Beteiligungsunternehmens fordert. Die wohl bewußt unbestimmt gehaltene Formulierung der Nr. 7 birgt ebenfalls das Risiko einer Kollision mit den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften in sich. Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn man davon ausginge, daß die Zweckausrichtungspflicht auch für bereits bestehende kommunale Beteiligungen gelten soll und daß die Kommunen unter Zugrundelegung einer weiten Auslegung des Begriffs "Zweckausrichtung" auch bei Nichterreichen der für Satzungsänderungen erforderlichen 75 %-Mehrheit auf eine faktische Änderung der Satzung oder eine Satzungsdurchbrechung hinwirken sollen. Falls der

Gesellschaft hierdurch Nachteile entstünden, wäre die Kommune schadensersatzpflichtig.

Der Zwang zur Zweckausrichtung wird zudem dadurch verstärkt, daß die Gemeinden hierüber im Rahmen des Beteiligungsberichtes (§ 90 III GO NW) Rechenschaft ablegen müssen.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß die geplante Novellierung nicht im Einklang mit den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben steht und die Gemeinden einer unkalkulierbaren Haftung ausgesetzt werden.

4. Voraussetzungen für eine mittelbare Beteiligung der Gemeinden an Unternehmen (§ 89 III GO NW)

§ 89 III GO NW erschwert die Möglichkeiten eines Unternehmens mit einer mindestens 25 %igen kommunalen Beteiligung zur Beteiligung an einem anderen Unternehmen in unzumutbarer und rechtlich unzulässiger Weise.

Nicht nur, daß die bedenkliche Neufassung des § 88 GO NW in den § 89 III GO NW transformiert wird, zusätzlich müssen die "Vertreter der Gemeinde" in den Gesellschaftsorganen vorab die Zustimmung des Gemeinderates zu der Beteiligung einholen. Durch diese Neuregelung würde massiv in die grundsätzliche Unabhängigkeit und Weisungsungebundenheit der Gesellschaftsorgane - insbesondere bei der Aktiengesellschaft - eingegriffen. Aktienrechtlich bedenklich ist die geplante Regelung auch im Hinblick auf die Aktiengesetz vorgegebene Aufgabenabgrenzung der Organe (§§ 76 I, 77 I, 111 IV, 119 II AktG). Abgesehen davon, daß die Einholung der Gemeinderatszustimmungen bei der Vielzahl von gemeindlichen Vertretern mit einem unzumutbaren, erhebliche Zeitverzögerungen hervorrufenden Verwaltungsaufwand verbunden ist, muß ein Hineinregieren der Gemeinderäte in die Unternehmensorgane konsequent abgelehnt werden. Daß § 89 III letzter

Satz GO NW einen Vorbehalt zugunsten entgegenstehender Vorschriften des Gesellschaftsrechtes enthält, vermag an der Forderung nach Aufhebung des Zustimmungserfordernisses nichts zu ändern. Der Gesetzgeber, der anscheinend die Unvereinbarkeit zwischen landesrechtlichem Gemeindegewirtschaftsrecht und bundesrechtlichem Gesellschaftsrecht erkannt hat, kann sich durch den Vorbehalt nicht seiner Verantwortung entziehen und die Entscheidung über die anwendbaren Rechtsvorschriften den Gemeindevertretern aufbürden.

5. Genehmigungsvorbehalt (§ 96 II GO NW)

§ 96 II GO NW n. F. statuiert einen **Genehmigungsvorbehalt** zugunsten der Kommunalaufsicht für die Errichtung von Unternehmen und bei gemeindlichen Beteiligungsvorhaben. Gegenwärtig besteht insoweit lediglich eine **Anzeigepflicht** der Gemeinde.

Zur Begründung dieses Novellierungspunktes führt die Landesregierung an, daß mit dem Genehmigungserfordernis der Kommunalaufsicht ein Mittel an die Hand gegeben werden soll, um damit "kommunalpolitisch unerwünschten Entwicklungen wirksam entgegenzutreten" zu können (Begründung Seite 27). Damit wird einmal mehr die bereits oben dargelegte wahre Zielrichtung der gesamten Novellierung der §§ 88 ff. GO NW deutlich.

Durch die beabsichtigte Intensivierung der kommunalaufsichtlichen Kontrollbefugnisse wird eine verstärkte staatliche Einflußnahmemöglichkeit auf die gemeindliche Wirtschaftsbetätigung erreicht, die wiederum zu einer aus den bereits o. g. Aspekten nicht wünschenswerten Erschwerung der Gründung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen führt.

Auch hier erscheint eine Beibehaltung des bisherigen Rechtszustandes daher die sachlich angemessenere Lösung.