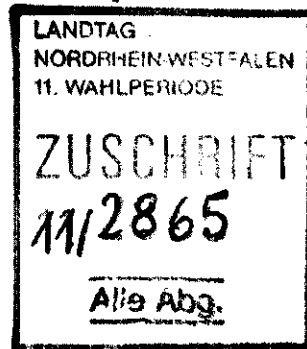


VDEW

12 Seiten



GESETZENTWURF ZUR ÄNDERUNG
DER GEMEINDEORDNUNG, DER KREISORDNUNG
UND ANDERER KOMMUNALVERFASSUNGSGESETZE
DES LANDES NORDRHEIN-WESTFALEN

STELLUNGNAHME DER
VEREINIGUNG DEUTSCHER
ELEKTRIZITÄTSWERKE
- VDEW - E.V.
LANDESGRUPPE
NORDRHEIN-WESTFALEN

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 für die Gesetzesänderung gegebene Begründung wenig überzeugend. Da die geplante neue Regelung es den Gemeinden erleichtern würde, sich unternehmerisch zu betätigen, dürfte hier vielmehr 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". Bezieht man die vorgesehene Einführung des Vorrangs öffentlich-rechtlicher Rechtsformen für die gemeindliche wirtschaftliche Betätigung (§ 89 Abs. 1 Nr. 2 GO NW n. F.) und die damit verschärfte Kontrolle der unternehmerischen Betätigung durch die Politik ein, so wird deutlich, in welche Richtung das Reformvorhaben nicht zielen darf, nämlich die Verwirklichung staatswirtschaftlicher Ordnungsgedanken auf kommunaler Ebene. Damit stellte 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.

Eine Ausweitung der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand darf nur erfolgen, wenn eine nachhaltige wirtschaftliche Effizienz nachgewiesen wird. Hinzu kommt, daß die ohnehin schon knappen öffentlichen

Die Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke e.V., Landesgruppe Nordrhein-Westfalen, Bonn, nimmt Stellung zum Gesetzentwurf zur Änderung der Gemeindeordnung, der Kreisordnung und anderer Kommunalverfassungsgesetze des Landes Nordrhein-Westfalen (Landtags-Drucksache 11/4983)

Die von der nordrhein-westfälischen Landesregierung im Gesetzentwurf zur Änderung der Gemeindeordnung, der Kreisordnung und anderer Kommunalverfassungsgesetze 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 Abs. 1 GO NW)

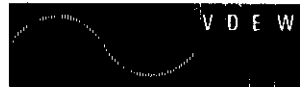
§ 88 Abs. 1 GO NW der Entwurfsfassung nennt die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden. Die bisherige Regelung, daß eine solche Betätigung (u.a.) nur dann zulässig ist, "wenn der Zweck des Unternehmens nicht durch andere besser und wirtschaftlicher erfüllt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

Damit strebt die Landesregierung die Änderung einer Norm an, die sich bereits seit langem - die Regelung in ihrer jetzigen Form geht zurück auf § 67 DGO von

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 Abs. 1 GO NW in seiner jetzigen Fassung die öffentliche Hand schützen. Die Vorläufernorm 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 Ziel der Subsidiaritätsklausel.

Schließlich ist die geplante Änderung von § 88 Abs. 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 Abs. 2 GG einerseits 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 andererseits. Ob § 88 Abs. 1 GO NW in seiner vorgesehenen 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 Abs. 1 GO NW in seiner gegenwärtigen Fassung.

2. Vorrang der öffentlich-rechtlichen Organisationsform (§ 88 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 89 Abs. 1 Nr. 2 GO NW)

§ 89 Abs. 1 Nr. 2 GO NW der Entwurfsfassung sieht für nichtwirtschaftliche Einrichtungen künftig den Vorrang öffentlich-rechtlicher Organisationsformen vor. Zu den nichtwirtschaftlichen Einrichtungen gehören gemäß § 88 Abs. 2 Nr. 3 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. Vielmehr zeigt auch hier ein Blick auf die Vergangenheit, daß die bisherige Regelungssituation zu allseits befriedigenden Ergebnissen geführt hat. Die Beteiligung von Privaten 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 unternehmerischen Fachkenntnisse und der privaten finanziellen Ressourcen ermöglicht neben einer optimalen Aufgabenerfüllung vor allen Dingen einen größtmöglichen Beitrag zum Umweltschutz.

Ferner legen die bereits erwähnten Aspekte der gemeindlichen Finanzknappheit und der Schonung der Gemeindefinanzen hier ebenfalls 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 Abs. 2 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 ergibt sich daher das Petitum, auf die geplante Einführung eines Vorrangs der öffentlich-rechtlichen Rechtsform zu verzichten und statt dessen eine möglichst weitgehende Beteiligung von Privaten zu fördern.

3. Voraussetzungen für eine unmittelbare Beteiligung der Gemeinden an Unternehmen (§ 89 Abs. 1 Nrn. 3, 5, 6 und 7 GO NW; § 90 Abs. 3 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 (Abs. 1 Nr. 4),
- die Gemeinde sich nicht zu einer Verlustübernahme in unbestimmter oder unangemessener Höhe verpflichtet (Abs. 1 Nr. 5),

- die Gemeinde einen angemessenen Einfluß erhält (Abs. 1 Nr. 6) und
- das Unternehmen auf den öffentlichen Zweck ausgerichtet wird (Abs. 1 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 Quer-Verbindung 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 unverein-

barem Widerspruch zu der Haftungs- und Verlustübernahmebeschränkung nach § 89 Abs. 1 Nrn. 3 und 5 GO NW. Des weiteren 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.

Ausweislich der Gesetzesbegründung (Seite 26) soll dem Bestreben der Sicherung des kommunalen Einflusses auch § 89 Abs. 1 Nr. 7 GO NW 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 Abs. 3 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 Abs. 3 GO NW)

§ 89 Abs. 3 GO NW der Entwurfsfassung 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 Abs. 3 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 im Aktiengesetz vorgegebene Aufgabenabgrenzung der Organe (§§ 76 Abs. 1, 77 Abs. 1, 111 Abs. 4, 119 Abs. 2 AktG). Abgesehen davon, daß die Einholung der Gemeinderatszustimmungen bei der Vielzahl von gemeindlichen Vertretern mit einem unzumutbaren, erhebliche Zeitverzögerungen hervorrufenden Verwaltungsaufwand verbunden wäre, muß ein Hineinregieren der Gemeinderäte in die Unternehmensorgane konsequent abgelehnt werden. Daß § 89 Abs. 3 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 Gemeindewirtschaftsrecht 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 Abs. 2 GO NW)

§ 96 Abs. 2 GO NW der Entwurfssfassung 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 Genehmigungserfor-

dernis der Kommunalaufsicht ein Mittel an die Hand gegeben werden soll, um damit "kommunalpolitisch unerwünschten Entwicklungen wirksam entgegenzutreten" zu können (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.

Bonn, den 30. August 1993

Lo/gu