



Düsseldorf, den 19.04.99  
Telefon: 0211/6707-886  
Telefax: 0211/6707-878  
e-mail: Dorit.Glaeser@wvstahl.de  
Vg.0630.1

Frau Renate Drewke, MdL  
Vorsitzende des Ausschusses für  
Verwaltungsstrukturreform  
Postfach 101143  
40002 Düsseldorf



**Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen**

Sehr geehrte Frau Drewke,

wir bedanken uns für die Möglichkeit, in der Anhörung zum Ersten Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung Stellung beziehen zu dürfen.

Wir haben die Vorschläge zur Änderung der Gemeindeordnung, die die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen betreffen, mit den Mitgliedsverbänden in Nordrhein-Westfalen diskutiert und daraus die beigefügte schriftliche Stellungnahme, in die grundsätzliche Positionen der BDI-Zentrale in Köln eingeflossen sind, entwickelt.

Auf die gesonderte Stellungnahme der BDI-Zentrale aus der Perspektive des Bundes weisen wir ausdrücklich hin.

Gerne stehen wir Ihnen, wenn Sie dies wünschen, für weitere Erläuterungen zur Verfügung

Mit freundlichen Grüßen

BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN INDUSTRIE e.V.  
Landesvertretung Nordrhein-Westfalen

*Schäfer*  
Schäfer

*Gläser*  
Gläser

*vgl. Nr. 12/2886*

**Anlage**

## Forderungen der Landesvertretung des BDI in Nordrhein-Westfalen

1. Der derzeit geltende Wortlaut des § 107 Abs. 1 Ziffer 1 GO-E soll beibehalten werden.
2. Die Kernbereiche der öffentlichen Daseinsvorsorge sollten in § 107 Abs. 1 Ziffer 3 auch als solche bezeichnet werden, um sicherzustellen, daß die Kommunen nur Leistungen anbieten können, die auf den freien Märkten nicht bereits erbracht werden.
3. Telekommunikationsdienstleistungen und Energieversorgung gehören nicht zu diesen Kernbereichen und sollten daher gestrichen werden.
4. Die Subsidiarität kommunalwirtschaftlicher Betätigung sollte durch eine „echte Subsidiaritätsklausel“ zum Ausdruck kommen.
5. Kommunen sollten in ihrer wirtschaftlichen Betätigung auf ihr Gemeindegebiet beschränkt bleiben. Deshalb sollte § 107 Absätze 3 und 4 GO-E gestrichen werden.
6. Die öffentliche Hand soll für ihre wirtschaftliche Tätigkeit nicht die Rechtsform einer Anstalt öffentlichen Rechts wählen dürfen. § 114 a GO-E sollte daher gestrichen werden.

## Stellungnahme der BDI-Landesvertretung

Die nordrhein-westfälische Industrie verfolgt mit großem Interesse die Diskussionen um die Modernisierung der Verwaltung. Sie begrüßt das Ziel, diese leistungsfähiger und effektiver machen zu wollen.

Bei der gesetzlichen Ausgestaltung dieser Modernisierung ist jedoch zu beachten, daß sich die Tätigkeit der Kommunen lediglich auf dem ihr vom Grundgesetz zugewiesenen Gebiet der öffentlichen Daseinsvorsorge vollziehen kann. Durch Artikel 28 Grundgesetz sind ihr sachliche und räumliche Grenzen gesetzt.

Mit Besorgnis hat die nordrhein-westfälische Industrie bereits in der Vergangenheit zur Kenntnis genommen, daß sich Gemeinden -in einzelnen Fällen auch bereits gerichtskundig<sup>1</sup>- über diese Grenzen hinweggesetzt haben. Sie bieten, um nur wenige Beispiele zu nennen, privaten Auftraggebern Straßen- oder Gartenbauarbeiten, die Verwertung von Abfällen aus gewerblichen Herkunftsbereichen oder die Abmeldung und Entsorgung von Altfahrzeugen an. Bereits jetzt führt die Marktpräsenz kommunaler Unternehmen zu Wettbewerbsverzerrungen, wie Marktzutrittsschranken, verzerrtem Preiswettbewerb und Benachteiligung bei der öffentlichen Auftragsvergabe:

Kommunale Unternehmen können bei der Beschaffung der unternehmerischen Infrastruktur häufig auf bereits vorhandene kommunale Sachmittel zurückgreifen. Sie haben auch personalwirtschaftliche Vorteile, da sie das Personal anderer Bereiche übernehmen oder zeitweise nutzen und auf diese Weise Personalvorhaltekosten reduzieren können. Sie können Kredite durch städtische Bürgschaften absichern, was sie in die Lage versetzt, niedrige Zinsen zu vereinbaren. Werden kommunale Unternehmen als Hoheitsbetriebe geführt, unterliegen sie keiner Körperschaftsteuerpflicht. All dies erlaubt ihnen, ihre Leistungen zu geringeren Preisen anzubieten, als die privaten Unternehmen kalkulieren können. Die organisatorische Nähe zu den Aufsichtsbehörden ermöglicht Informationsvorsprünge gegenüber privater Konkurrenz. Öffentliche Aufträge werden, wie uns berichtet wird, häufig ohne wettbewerbliches Verfahren an kommunale Eigenbetriebe vergeben.

Diese Besorgnis der Industrie wird nunmehr dadurch verstärkt, daß der vorliegende Gesetzentwurf zur Änderung der Gemeindeordnung dem Trend zur Ausweitung wirtschaftlicher Betätigungsfelder für den Staat folgt, indem die Voraussetzungen, unter denen sich Kommunen wirtschaftlich betätigen dürfen, noch herabgesetzt werden. Dies eröffnet den Gemeinden die Möglichkeit, auf Märkte vorzudringen, die traditionell der Privatwirtschaft angestammt sind.

Gleichzeitig gefährdet die vorgeschlagene Gesetzesänderung den Industriestandort Nordrhein-Westfalen. Das Gemeindeförderungsgesetz muß als Landesrecht dafür Sorge tragen, daß die Ansiedlung von Industrie im Bundesland nicht durch Ausweitung kommunaler Betätigungsfelder verhindert wird. Sieht sich ein Unternehmen hier neben privaten auch kommunalen Konkurrenten gegenüber, wird es sich gegen eine Investition in unserem Bundesland entscheiden.

---

<sup>1</sup> Vgl. OLG Hamm, LG Wuppertal oder OLG Düsseldorf

Im übrigen – darauf weist der BDI in Köln besonders hin- steht zu befürchten, daß das geplante Gesetzesvorhaben in anderen Bundesländern als Pilotprojekt mißverstanden werden kann.

Grundlage der deutschen Wirtschaftsordnung sind die Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft. Nach diesen Prinzipien ist es Aufgabe des Staates, nur durch die Gestaltung der Rahmenbedingungen (Wettbewerbsordnung, Eigentumsordnung, Geldordnung, etc.) die Funktionsfähigkeit der Märkte zu ermöglichen bzw. zu sichern. Nur unter streng definierten Ausnahmen darf der Staat in der sozialen Marktwirtschaft selbst unternehmerisch tätig werden, z.B. nur dann, wenn bestimmte Güter auf freien Märkten nicht angeboten werden. Wo freie Märkte Bedürfnisse befriedigen, ist kein Platz für staatliches Unternehmertum.

Die im hier vorliegenden Gesetzentwurf unterbreiteten Vorschläge sind –darin stimmen die Interessenvertreter der deutschen Industrie auf Landes- wie auf Bundesebene überein- ordnungspolitisch bedenklich. Sie führen dazu, daß öffentliche Unternehmen in Konkurrenz zur Privatwirtschaft treten. Dies widerspricht fundamental den Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft und läßt sich auch nicht damit begründen, daß der Staat der Allgemeinheit bestimmte Leistungen zur Verfügung stellen muß.

Die nordrhein-westfälische Industrie verkennt nicht, daß die Haushaltslage in den Kommunen angespannt ist. Sie erkennt auch an, daß sich die Kommunen zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auch wirtschaftlich betätigen. Jedoch wird bezweifelt, daß die wirtschaftliche Betätigung zu einer dauerhaften Stärkung der öffentlichen Haushalte führen kann. Zum einen werden durch die mögliche Ausweitung der Handlungsfelder (neue) Aufgaben manifestiert, die ihrerseits Kapazitäten binden und dadurch Kosten verursachen. Dies steht in deutlichem Widerspruch zum vielbeschworenen Konzept „schlanker Staat“. Zum anderen gehen der öffentlichen Hand Einnahmen verloren, wenn in der Privatwirtschaft Insolvenzen zunehmen würden. Dieser Verlust würde, wenn die Kommunen durch gleichartige Leistungen Umsätze erwirtschaften, nur in begrenztem Umfang aufgefangen. Denn derzeit unterliegen kommunale Unternehmen, wenn sie als Hoheitsbetrieb tätig werden, nicht der Körperschaftsteuer. Körperschaften des öffentlichen Rechts –diese Rechtsform sollen die Kommunen nach dem Gesetzesentwurf ebenfalls wählen können- sind nach europäischem Recht auch nicht umsatzsteuerpflichtig, „... soweit sie Tätigkeiten ausüben..., die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen.“<sup>2</sup> Dadurch entstehen Haushaltslöcher, weshalb an anderer Stelle Leistungen gekürzt oder die durch andere Steuern wieder gestopft werden müssen.

---

<sup>2</sup> Art. 4 Abs. 5 RL 77/388/EWG

Vor diesem Hintergrund nehmen wir zu einzelnen Vorschriften, wie folgt, Stellung:

1.

## **Die Zulässigkeit gemeindewirtschaftlicher Betätigung § 107 Abs. 1 Satz 1 Ziffer 1**

1.1.

Im Unterschied zur derzeit geltenden Fassung („Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“) spricht der Gesetzentwurf nun von „Erledigung ihrer Aufgaben“. Diese Formulierung ist ungenau und eröffnet Spielraum für eine weite Auslegung dessen, was als Aufgaben der Gemeinde anzusehen ist.

Die Kommunen dürfen nur im Rahmen der von Art. 28 Abs. 2 GG gewährleisteten sachlichen Zuständigkeit tätig werden. Gegenstand der kommunalen Selbstverwaltung sind Aufgaben, „die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben und von ihr eigenverantwortlich und selbständig bewältigt werden können.“<sup>3</sup> Sie müssen also – so sagt es die Rechtsprechung – den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sein, indem sie das Zusammenleben und –wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen.<sup>4</sup> Die Formulierung „ihre Aufgaben“ gibt diesen Gedanken nicht konsequent wieder.

1.2.

Wirtschaftliche Betätigung soll den Gemeinden nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf u.a. schon dann erlaubt sein, wenn sie durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt wird.

So werden die Zulässigkeitsanforderungen an ein wirtschaftliches Tätigwerden herabgesetzt. Nach der derzeit geltenden Fassung muß ein dringender öffentlicher Zweck dieses Tätigwerden erfordern. Es mußte also bisher ein besonderes und überwiegendes Bedürfnis vorliegen, dessen Befriedigung eine wirtschaftliche Betätigung durch die Gemeinde gebietet. Die vorgeschlagene Formulierung stellt dem gegenüber ein Minus dar und wird dem Grundsatz der Subsidiarität kommunaler Wirtschaftstätigkeit nicht gerecht. Es muß bereits im Gesetz –und nicht lediglich durch die Begründung– klargelegt werden, daß Kommunen nur in Ausnahmesituationen wirtschaftlich tätig werden dürfen und daß sie dafür einen engen Handlungsspielraum haben.

**Wir plädieren deshalb dafür, wir folgt zu formulieren:**

„Die Gemeinde darf sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben nur dann wirtschaftlich betätigen, wenn

1. ein dringender öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert, ...“

1.3.

Die Verbesserung der kommunalen Finanzlage vermag nach der Rechtsprechung keinen öffentlichen Zweck zu begründen. Rein gewinnorientiertes Engagement ist den Kommunen daher verwehrt. Auch eine bessere Auslastung von Kapazitäten durch zusätzliche Leistungsangebote an private Auftraggeber begründet keinen öffentlichen Zweck. Die Gemeinde kann sich den die wirtschaftliche Betätigung rechtfertigenden Zweck nicht selbst schaffen, indem sie die entsprechenden Einrichtungen so dimensioniert, daß diese nur mit zusätzlicher privatwirtschaftlicher Betätigung

<sup>3</sup> BVerfGE 50,201

<sup>4</sup> BVerfGE 8,134

wirtschaftlich arbeiten können<sup>5</sup>. Sie müssen vielmehr ihre Einrichtungen so gestalten, daß Überkapazitäten gar nicht erst entstehen.

**Dies könnte durch folgende Ergänzung des § 107 Abs. 1 Satz 2 zum Ausdruck gebracht werden:**

„Tätigkeiten und Tätigkeitsbereiche, mit denen die Gemeinden am Markt teilnehmen, und die ausschließlich der Gewinnerzielung oder der Auslastung ihrer Kapazitäten dienen, entsprechen keinem öffentlichen Zweck.“

**2.**

### **Inhalt und Reichweite der Subsidiaritätsklausel - § 107 Abs. 1 Satz 1 Ziffer 3**

Das Subsidiaritätsgebot ist allgemeiner Grundsatz des Verfassungsrechts und gilt grundsätzlich auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung.

Wenn aber die Formulierung des § 107 Abs. 1, Satz 1, Ziffer 1 diesem Gebot nicht ausreichend Rechnung tragen würde, käme einer Subsidiaritätsklausel besondere Bedeutung zu, die gemeindegewirtschaftlichen Betätigungsfelder zu begrenzen. Auf jeden Fall sollte eine solche Klausel der Klarstellung halber Eingang in das Gesetz finden.

**2.1.**

Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen soll nach der vorgeschlagenen Subsidiaritätsklausel dann zulässig sein, wenn der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser oder wirtschaftlicher erfüllt werden kann.

Sie wäre demnach verboten, wenn der Markt ein besseres und wirtschaftlicheres Leistungsangebot bereithält. Um dieses Verbot in einer wettbewerbsrechtlichen Streitigkeit durchsetzen zu können, müßten private Unternehmen dies darlegen und beweisen. Dies würde einen hohen Aufwand erfordern und wäre von kleinen und mittleren Unternehmen mit den ihnen zur Verfügung stehenden Ressourcen auch nicht in jedem Falle zu leisten. Der Regelungsvorschlag würde denn darauf hinauslaufen, daß die Durchsetzung eigentlich bestehender Rechtspositionen nicht realisiert werden könnte.

**2.2.**

Unverständlich ist darüber hinaus, warum an Angebote privater Unternehmen höhere Anforderungen gestellt werden als an die der kommunalen Unternehmen selbst. Die Anforderungen an Leistungsangebote zur Erfüllung eines öffentlichen Zwecks ergeben sich in der Regel aus gesetzlichen Vorschriften. Deren Schutzzweck ist bereits erreicht, wenn ein Leistungsangebot diesen Anforderungen entspricht. Die Rechtsordnung ist wirtschaftspolitisch neutral; sie fordert vom privaten Anbieter nicht mehr als vom kommunalen. Dieser Gedanke sollte auch nicht durch das Landesgesetz unterlaufen werden.

**2.3.**

Die Subsidiaritätsklausel soll für bestimmte Bereiche nicht gelten. Wirtschaftliche Betätigung wäre der Gemeinde in den Bereichen Energieversorgung, Wasserversorgung, ÖPNV und Telekommunikationsdienstleistungen nach dem Entwurf bereits erlaubt, wenn sie durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt wird. Unverständlich ist, warum zu diesen Bereichen noch immer die Energieversorgung und

<sup>5</sup> vgl. OLG Hamm, Ur. V. 23.9.1997 – 4U 99/97

die Telekommunikationsdienstleistungen gehören sollen. Damit werden Positionen der Kommunen auf Märkten manifestiert, die in jüngster Vergangenheit gerade einer Liberalisierung zugänglich gemacht wurden. Der Gesetzesentwurf steht insoweit in einem Zielkonflikt zu den Intentionen von Energierechtsnovelle und Telekommunikationsgesetz, Monopole zu beseitigen und privaten Unternehmen den Marktzutritt zu ermöglichen. Die veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen lassen erhebliche Zweifel aufkommen, ob Telekommunikationsdienstleistungen und die Strom- und Gasversorgung überhaupt noch als Bestandteil der öffentlichen Daseinsvorsorge gelten können.

**Daher wird für Ziffer 3 folgende Formulierung vorgeschlagen:**

„bei einem Tätigwerden außerhalb der Kernbereiche der Wasserversorgung und des öffentlichen Personennahverkehrs der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht ebenso gut und wirtschaftlich erfüllt wird oder werden kann.“

### **3. Überörtliche Betätigung nach § 107 Abs. 3 und 4**

Nach dem Entwurf sollen sich die Gemeinden unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 und unter Wahrung der berechtigten Interessen der betroffenen Gebietskörperschaften über das Gemeindegebiet hinaus betätigen können. Einrichtungen des Umweltschutzes, insbesondere der Abfallentsorgung oder Abwasserbeseitigung sowie des Messe- und Ausstellungswesens sollen im Ausland zwar nur mit Genehmigung, aber sogar ohne die Anforderungen des Absatzes 1 erfüllen zu müssen, betrieben werden können.

Mit diesem Vorschlag überschreitet der Gesetzesentwurf die der Gemeinde in Art. 28 GG gewährleisteten lokalen Zuständigkeiten. Kommunale Selbstverwaltung muß, wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, an die örtliche Gemeinschaft anknüpfen.

**Es wird daher vorgeschlagen, die Absätze 3 und 4 zu streichen.**

### **4. Überprüfung der Auswirkungen auf den Markt, § 107 Abs. 5**

Vor der Entscheidung über die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung soll der Rat auf der Grundlage einer Marktanalyse über deren Chancen und Risiken und die Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft unterrichtet werden.

Eine solche Vorschrift wäre nicht erforderlich, wenn bereits die Schranken wirtschaftlicher Betätigung so ausgestaltet würden, daß negative Auswirkungen auf den Markt nicht zu besorgen wären.

Die vorgeschlagene Formulierung läßt sich dahingehend auslegen, daß auch die Gemeindeverwaltung selbst eine solche Analyse erarbeitet. Zum einen würden dadurch Aufgaben neu geschaffen und das Ziel der Verwaltungsstrukturreform, Behörden zu verschlanken und zu modernisieren, konterkariert. Zum anderen sollten die Auswirkungen eines Marktzutritts der öffentlichen Hand auf private Unternehmen aus Gründen der Neutralität nicht von ihr selbst beurteilt werden.

**Wir schlagen daher vor, Absatz 5 zu streichen.**

**5.**

**Rechtsform der Anstalt öffentlichen Rechts, § 114 a**

Die Gemeinden sollen in Zukunft Unternehmen und Einrichtungen in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts errichten bzw. bestehende Betriebe in eine solche umwandeln können.

Die hier den Kommunen eröffnete Möglichkeit kann zu einer erheblichen Wettbewerbsverzerrung zum Nachteil privater Unternehmen führen. So haftet die Gemeinde für die Verbindlichkeiten der Anstalten öffentlichen Rechts unbeschränkt. Damit würde diese kein Konkursrisiko tragen. Außerdem genießen die Anstalten öffentlichen Rechts die Befreiung von Steuerpflichten. Sie könnten sich auch am Markt hoheitlich betätigen. Darüber hinaus hätte die Anstalt öffentlichen Rechts die Befugnis, einen Anschluß und Benutzungszwang festzulegen. Dies könnte für private Konkurrenten zu unüberwindbaren Marktzutrittshindernissen führen.

**Wir schlagen daher vor, § 114 a zu streichen.**

19.04.99

Glä