



Verband kommunaler Unternehmen e.V.
Landesgruppe Nordrhein-Westfalen

Brohler Straße 13
50968 Köln

Tel. + 49/(0)221 37 70 - 224

Fax. + 49/(0)221 37 70 - 264

Internet: <http://www.vku.de>

e-mail: lg-nrw@vku.de

Verband kommunaler Unternehmen e.V. • Brohler Straße 13 • 50968 Köln

An den
Landtag Nordrhein-Westfalen
Herrn Georg Schröder
Referat I.1.
Platz des Landtags 1

40221 Düsseldorf



Unser Zeichen

Aktenzeichen

Datum

Mg/Sc

B/04-59-01

214/213

257

27.11.2002

Gesetz zur Förderung und Stärkung des Mittelstandes (Mittelstandsgesetz)

Gesetzentwurf der Landesregierung

Drucksache 13/2707

hier: Anhörung von Sachverständigen gemäß § 32 der Geschäftsordnung

Sehr geehrter Herr Schröder,

gerne nehmen wir die Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu dem o.g. Gesetzentwurf wahr und übermitteln Ihnen diese beigefügt.

Mit freundlichen Grüßen

i.A.

Markus Moraing

Bankverbindung:
Stadtsparkasse Köln
Konto-Nr. 600 2612
Bankleitzahl 370 50198

Köln, 26.11.2002
Mg/Sc
B/04-59-01

Stellungnahme

zum Entwurf des Gesetzes zur Förderung und Stärkung des Mittelstandes (Mittelstandsgesetz) Drucksache 13/2707

aus Anlass der Anhörung
des Ausschusses für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie
am 4. Dezember 2002

I. Grundsätzliches

Der Verband kommunaler Unternehmen e.V. (VKU), Landesgruppe NRW, unterstützt grundsätzlich die mit dem vorliegenden Gesetzentwurf verfolgte Zielsetzung, die Leistungskraft und Wettbewerbsfähigkeit der mittelständischen Wirtschaft zu sichern und zu stärken. Die mittelständische Wirtschaft gewinnt in Nordrhein-Westfalen zunehmend an Bedeutung. Von daher ist es zu begrüßen, die Dienstleistungsangebote und Rahmenbedingungen für kleinere und mittlere Unternehmen zu verbessern, um die Investitions- und Beschäftigungssituation in Nordrhein-Westfalen nachhaltig zu fördern.

Ungeachtet der positiven Intention des in Rede stehenden Gesetzesvorhabens hält der VKU es allerdings für fraglich, ob mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf das Ziel der Förderung von mittelstandsfreundlichen Rahmenbedingungen wirklich erreicht werden kann. Denn einige der vorgesehenen Bestimmungen konterkarieren letztlich dieses Ziel. Abgesehen davon beinhalten sie Ungleichbehandlungen bzw. Diskriminierungen zu Lasten der kommunalen Unternehmen und führen im Bereich der mittelständischen Wirtschaft insgesamt zu wirtschaftlichen Belastungen. Namentlich geht es hier um drei Bestimmungen, auf die sich denn auch die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren:

- Grundsätzlicher Vorrang der privaten Leistungserbringung gegenüber der Leistungserbringung durch die öffentliche Hand
- Einführung einer Mittelstandsverträglichkeitsprüfung sowie insbesondere
- Ausweitung der Vergabevorschriften zu Lasten kommunaler Unternehmen.

Mit Blick auf den ersten, vor allem aber den dritten Punkt lässt der Gesetzentwurf unberücksichtigt, dass es sich bei den kommunalen Ver- und Entsorgungsunternehmen überwiegend um mittlere und kleine Unternehmen handelt, die ebenso wie die in § 3 des Gesetzentwurfs genannten Unternehmen ein wichtiger Teil des in Nordrhein-Westfalen breiten Mittelstandes sind. Gleichzeitig sind die Stadtwerke mit ihren 40.000 Mitarbeitern, einem Umsatz von 10,2 Mrd. Euro und einem jährlichen Investitionsvolumen von 1,5 Mrd. Euro, davon allein mehr als 500 Mio. Euro für das örtliche Handwerk, ein bedeutender Wirtschaftsfaktor sowie Arbeitgeber und auch Auftraggeber. Darüber hinaus bildet die Vielzahl der mittelständischen Stadtwerke, die die örtliche Nachfrage bündeln, ein wirksames Gegengewicht zu den großen Playern im Strom- und Gasmarkt. Sie sind damit Garanten für Wettbewerb in einem zur Konzentration tendierenden Markt. Dieses mittelständisch strukturierte Gegengewicht gilt es zu stärken und nicht – und das gerade auch noch durch ein Mittelstandsgesetz – zu schwächen. Gerade das aber geschähe, würde man, wie insbesondere § 21 des Gesetzentwurf es vorsieht, den Stadtwerken Verpflichtungen auferlegen, denen ihre Mitbewerber nicht unterliegen und die sie insofern im Wettbewerb benachteiligen.

II. Zu den Regelungen im Einzelnen

1. Grundsätzlicher Vorrang der privaten Leistungserbringung gegenüber der Leistungserbringung durch die öffentliche Hand

Was das in den §§ 1 Abs. 2 Nr. 2 und 7 des Entwurfs normierte Subsidiaritätsprinzip zu Lasten der öffentlichen Wirtschaft angeht, so ist zunächst nachdrücklich zu begrüßen, dass in § 7 nunmehr klargestellt wird, dass dieses Prinzip nur „vorbehaltlich kommunalrechtlicher Regelungen“ gelten soll. Dieser Klarstellung bedurfte es schon deshalb, um künftig einer Auslegung bzw. Anwendung des Mittelstandsgesetzes vorzubeugen, die zu einer Aushöhlung der bestehenden kommunalverfassungsrechtlichen Vorgaben zur Zulässigkeit der kommunalwirtschaftlichen Betätigung führt. Zweck dieser Vorgaben ist es, den Interessenausgleich zwischen kommunaler und privater Wirtschaft zu gewährleisten. Diesem Ziel werden die kommunalrechtlichen Vorgaben, namentlich der § 107 GO, nach Überzeugung des VKU bekanntlich nicht gerecht. Die dort festgeschriebenen Zulässigkeitskriterien sind viel zu eng gefasst und verhindern auf diese Weise eine chancengleiche Teilhabe der kommunalen Unternehmen am Wettbewerb mit den privaten Großkonzernen. Angesichts dessen kann u.E. auch keine Rede davon sein, dass – wie es in der Begründung zu § 7 heißt – der § 107 GO „einen gelungenen Kompromiss widerstreitender Interessen“ darstellt. Vielmehr halten wir es für dringend geboten, die kommunalrechtlichen Vorschriften an die veränderten wettbewerblichen Rahmenbedingungen anzupassen. Keineswegs kann und darf es aber dazu kommen, dass die unbefriedigende Regelung der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung durch ein fachfremdes Gesetz weiter aufgeweicht und ausgehöhlt wird. Zumindest diesem Anliegen trägt der § 7 durch den Hinweis auf das vorrangige Kommunalwirtschaftsrecht nunmehr Rechnung.

Ungeachtet dessen halten wir den in den §§ 1 Abs. 2 Nr. 2 und 7 statuierten Vorrang der privaten Wirtschaft nach wie vor für verfehlt und sehen insoweit weiteren Nachbesserungsbedarf. Die hier zum Ausdruck kommende ordnungspolitische Weichenstellung zu Lasten der öffentlichen Wirtschaft steht im Widerspruch sowohl zu dem

EU-Grundsatz der Wettbewerbsneutralität als auch der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes. Mit dem vorgesehenen Vorrang der privaten Leistungserbringung würde der öffentlichen Hand die Funktion einer "Agentur der schlechten Risiken" zugewiesen, da sie sich infolge der fraglichen Regelung im Ergebnis auf die nicht kostendeckend zu betreibenden Bereiche beschränken müsste. Diese Beschneidung des Handlungsspielraums der öffentlichen Hand geht u.E. viel zu weit, vor allem wenn man bedenkt, dass die Leistungserbringung durch die öffentliche Hand ja auch ohne eine Subsidiaritätsregelung nicht schrankenlos möglich ist sondern nur dann, wenn ein öffentlicher Zweck für die Betätigung gegeben ist. Die mit dem öffentlichen Zweck verbundene Gemeinwohlorientierung impliziert aber bereits einen deutlich geringeren Handlungsspielraum als ihn Privatunternehmen haben.

Weitergehende Einschränkungen zu Lasten der öffentlichen Hand würden diese ungerechtfertigt benachteiligen und sollte es daher nicht geben. Im Übrigen würde durch einen Verzicht auf die Vorrangregelung gewährleistet, dass es auch in Nordrhein-Westfalen bei dem vom Grundgesetz gewollten Nebeneinander von öffentlichen und privaten Unternehmen in einer sozialen Marktwirtschaft bleibt. Dieser Grundsatz ist nicht zuletzt kürzlich auch noch einmal nachdrücklich vom 64. Deutschen Juristentag bekräftigt worden. Nahezu einhellig hat dieses bedeutende Gremium die Teilnahme von Unternehmen der öffentlichen Hand am Wirtschaftsverkehr als ein legitimes Instrument zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben bezeichnet. Mit Blick speziell auf etwaige Vor- oder Nachrangregelungen wurde gefordert, auf die Festlegung jeglichen Rangverhältnisses von öffentlicher und privater Wirtschaft zu verzichten.

2. Einführung einer Mittelstandsverträglichkeitsprüfung

Mit der vorgesehenen Einführung einer Mittelstandsverträglichkeitsprüfung in § 5 betritt die nordrhein-westfälische Landesregierung auch bundesweit Neuland. Mit der Pflicht zur Prüfung und Dokumentation, ob mittelstandsrelevante Rechtsvorschriften Auswirkungen auf Kosten, Verwaltungsaufwand und Arbeitsplätze in den Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft erwarten lassen und ob diese Auswirkungen zu erheblich unterschiedlichen Belastungen in Bezug auf die Unternehmensgröße führen, kommen ein völlig unangemessener Aufwand und zugleich erhebliche bürokratische Hemmnisse auf die Kommunen zu. Abgesehen davon bleibt unklar, was unter "mittelstandsrelevanten" Rechtsvorschriften bzw. Verwaltungsvorschriften zu verstehen ist. Die Vorschrift des § 5 sollte daher noch einmal überdacht und ggf. zumindest auf staatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften beschränkt werden.

3. Ausweitung der Vergabevorschriften

Als nicht akzeptabel sieht der VKU schließlich vor allem die in § 21 des Gesetzentwurfs und hier namentlich in dessen Absatz 6 vorgesehene Ausweitung der Vergabevorschriften zu Lasten der kommunalen Unternehmen an.

Ausweislich des § 21 Abs. 6 sollen die Vertreter öffentlicher Stellen in juristischen Personen im Rahmen ihrer Gesellschafter- und Vertreterrechte und -pflichten darauf hinwirken, dass die Grundsätze der Absätze 1 bis 5 beachtet werden. Auch wenn hier "nur" von einer Hinwirkungspflicht die Rede ist, resultiert aus § 21 Abs. 6 für die kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform letztlich doch die (mittelbare) tatsächliche Verpflichtung, die genannten Grundsätze zu beachten. Damit ginge der nord-

rhein-westfälische Gesetzgeber weit über die bestehende Rechtslage im Vergaberecht hinaus. Dort gilt bisher der Grundsatz, dass kommunale Gesellschaften unterhalb der Schwellenwerte einer europaweiten Ausschreibung an Vergabebestimmungen nicht gebunden sind. Gleiches gilt nach einem Erlass des Innenministers für die Eigenbetriebe.

Demgegenüber sieht der § 21 nunmehr eine ganze Reihe von Vergabevorschriften vor, die auch kommunale Gesellschaften bei Auftragsvergaben beachten müssten. Dabei geht es zum einen – nämlich in den Absätzen 1 bis 3 – um Regelungen, die sich auch im GWB und den Verdingungsordnungen finden, die aber dem Anwendungsbereich des GWB zufolge für kommunale Unternehmen bisher nur oberhalb der Schwellenwerte gelten. Darüber hinaus beinhalten die Absätze 4 bis 6 dann sogar Regelungen, die noch weiter reichen als die sich aus dem GWB bzw. den Verdingungsordnungen ergebenden Verpflichtungen. Hier werden insofern also allen öffentlichen Auftraggebern zusätzliche neue Vorgaben gemacht – womit unterhalb der Schwellenwerte dann also sogar strengere Bindungen bestünden als oberhalb der Schwellenwerte.

Vor diesem Hintergrund widerspricht der § 21 des Gesetzentwurfs insgesamt, in ganz besonderem Maße aber dessen Absatz 6, allen Überlegungen zur Deregulierung des Vergaberechts und darüber hinaus auch zur Abschaffung kommunalbelastender Standards. Die Vorschrift sollte daher möglichst gänzlich gestrichen werden; zumindest aber bedarf es einer Streichung des Absatzes 6.

Dies gilt um so mehr, als § 21 Abs. 6 zu ungerechtfertigten Nachteilen für die betroffenen kommunalen Unternehmen im Verhältnis zu privaten Unternehmen bei Vergabeentscheidungen führen würde. Letztere unterliegen bei Auftragsvergaben keinerlei landesrechtlichen Bindungen und dies muss angesichts des Postulats der Chancengleichheit im Wettbewerb dann auch für die kommunalen Unternehmen gelten. Greift man beispielsweise die kommunalen Energieversorgungsunternehmen heraus, so erbringen diese ihre Leistungen heute gänzlich im Wettbewerb – und zwar im Wesentlichen in einem Wettbewerb mit Großkonzernen. Würde man nun die kommunalen Versorgungsunternehmen zusätzlichen Verpflichtungen unterwerfen, so käme es zu einer Diskriminierung der kommunalen gegenüber den nicht entsprechend gebundenen privaten Unternehmen und damit im Ergebnis zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen. Es kann nicht sein, dass der Gesetzgeber einerseits von den kommunalen Unternehmen wirtschaftliches Handeln, unternehmerische Entscheidungen und eine Teilnahme am Wettbewerb erwartet, andererseits aber gleichzeitig ihre Marktfähigkeit einschränkt.

Ausdrücklich hingewiesen sei in diesem Zusammenhang darauf, dass sowohl die europäischen als auch die nationalen Vergabebestimmungen dem Gebot der Chancengleichheit im Wettbewerb Rechnung tragen, und zwar durch spezielle Bestimmungen für die sog. Sektorenunternehmen. So wird etwa in der für die Energieversorgungsunternehmen maßgeblichen Sektorenrichtlinie im Ergebnis nicht zwischen öffentlichen und privaten Auftraggebern unterschieden, sondern es werden sämtliche Sektorenunternehmen einheitlichen Regelungen unterworfen. Dies gilt auch mit Blick auf das nationale Recht, wie etwa § 7 Abs. 2 der Vergabeverordnung verdeutlicht. Ganz im Gegensatz hierzu verfährt der § 21 Abs. 6 des Gesetzentwurfs, der pauschal alle kommunal beherrschten Gesellschaften und damit also auch die kommu-



nen Unternehmen, die ihre Leistungen im Wettbewerb erbringen, den Verpflichtungen der Absätze 1 bis 5 unterwirft.

Nachdrücklichen Bedenken unterliegt der § 21 des Gesetzentwurfs schließlich auch deshalb, weil es ihm an der notwendigen Bestimmtheit fehlt. So eröffnet diese Vorschrift einen ausgesprochen weiten Raum zur Auslegung, und zwar selbst zu Interpretationen, die dazu führen, dem Gesetz strengere Rechtsfolgen zu entnehmen, als sie von Seiten des Gesetzgebers wohl beabsichtigt sind.

Konkret geht es hier um die von interessierter Seite bereits jetzt vorgebrachte Auffassung, insbesondere aus dem Verweis des Absatz 6 auf die in Absatz 1 genannten "Gesichtspunkte der Vergabebestimmungen" ergebe sich, dass die kommunalen Unternehmen unterhalb der Schwellenwerte einer europaweiten Ausschreibung bei der Vergabe von Aufträgen künftig auch zur Anwendung der Bestimmungen der VOB/A und der VOL/A verpflichtet seien. Sollte dies tatsächlich so gewollt sein, würde in noch weit höherem Maße das gelten, was wir soeben zu den (übrigen) sich aus den Absätzen 1 bis 5 ergebenden Pflichten ausgeführt haben. Denn die aus den Verdingungsordnungen folgende Verpflichtung zur grundsätzlichen öffentlichen Ausschreibung aller Aufträge hätte zur Folge, dass die kommunalen Unternehmen dazu nicht mehr in der Lage wären, was für im Wettbewerb stehende Unternehmen von ganz entscheidender Bedeutung ist, nämlich auf die Bedürfnisse des Marktes schnell und flexibel reagieren zu können. Dass dies unter der Geltung der Verdingungsordnungen nicht möglich wäre, zeigt allein schon ein Blick auf die nach diesen Bestimmungen einzuhaltenden Fristen. Hinzu käme ein erheblich größerer Verwaltungsaufwand und nicht zuletzt zusätzliche wirtschaftliche Nachteile infolge des Nachverhandlungsverbots. Angesichts dessen könnte für den Fall, dass die kommunalen Gesellschaften über den § 21 Abs. 6 unterhalb der Schwellenwerte zur Anwendung der Vergabebestimmungen verpflichtet wären, von einem fairen Wettbewerb und gleichen Chancen für alle Marktteilnehmer in keiner Weise mehr die Rede sein.

Und auch wenn diese Ausweitung der Vergabevorschriften zu Lasten der kommunalen Unternehmen nicht beabsichtigt sein sollte, so provoziert die fragliche Regelung doch, wie soeben dargelegt, eine zumindest im Wege der Auslegung herbeigeführte entsprechende Interpretation. Das muss vor dem Hintergrund des Postulats der Chancengleichheit im Wettbewerb in jedem Fall verhindert werden. Zur Erreichung dieses Ziels hält der VKU – über die Streichung zumindest des § 21 Abs. 6 hinaus – es vor dem Hintergrund der in § 4 ausgesprochenen "allgemeinen" Bindungswirkungen für dringend geboten, ausdrücklich klarzustellen, dass *eine Verpflichtung zur Anwendung der Vorschriften der VOB/A und der VOL/A unterhalb der Schwellenwerte von § 100 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 VgV durch dieses Gesetz nicht begründet wird*. Erfolgen kann diese Klarstellung entweder in § 4 oder aber, sollte § 21 nicht gänzlich gestrichen werden, in dessen jetzigem Absatz 7.

Schließlich regen wir für den Fall der Aufrechterhaltung des § 21 Abs. 1 an, in dessen Satz 2 hinter den Worten „Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft“ die Worte „und kommunale Unternehmen“ einzufügen. Durch diese Ergänzung kann der eingangs beschriebenen mittelständischen Unternehmensstruktur der Stadtwerke Rechnung getragen werden. Geboten ist dies deshalb, um zu gewährleisten, dass beispielsweise bei der Ausschreibung des Strombezugs der Landesliegenschaften die Lose so beschaffen sind, dass sich angesichts ihrer Größe nicht allein die Oligo-

polunternehmen sondern auch die Stadtwerke an der Ausschreibung beteiligen können.

III. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Entwurf des Mittelstandsgesetzes in den genannten drei Punkten nachbesserungsbedürftig ist. Bei allem anzuerkennenden Bemühen der Landesregierung um die Sicherung und Stärkung der Leistungskraft und Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die kommunalen Unternehmen einen wesentlichen Teil der mittelständischen Wirtschaft darstellen. Insofern kann es nicht angehen, gleichsam in einem Zug den einen Teil zu fördern, den anderen aber zu benachteiligen. In besonderem Maße gilt dies im Hinblick auf die vorgesehene Ausweitung der Vorgabevorschriften, die, würde sie so realisiert, zu ungerechtfertigten und im Wettbewerb nicht akzeptablen Nachteilen für die betroffenen kommunalen Unternehmen im Verhältnis zu ihren Mitbewerbern führen würde.