

Az.: II/52-1254

Verfassungsgemäßheit der Regelungen zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden

A. Auftrag

Die Landesregierung hat den Referentenentwurf eines Landesgesetzes zur Änderung kommunalrechtlicher Vorschriften im Grundsatz beschlossen¹ und den Stellen außerhalb der Landesregierung zur Stellungnahme zugeleitet (§ 12 Abs. 1 GGO). Der Referentenentwurf sieht im Hinblick auf die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden u.a. folgende Änderungen vor:

- Die Errichtung gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen ist u.a. nur noch zulässig, wenn der öffentliche Zweck, der das Unternehmen überhaupt erst rechtfertigt, „nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann“ (§ 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GemO-E);
- hinsichtlich der bereits bestehenden Unternehmen hat die Gemeinde mindestens alle zwei Jahre in einem öffentlichen Bericht darzustellen, ob die Voraussetzungen nach § 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GemO-E gegeben sind (§ 85 Abs. 1 Satz 2, 3 GemO-E);
- in den Organen des privatrechtlichen Unternehmens können die Stimmen der Gemeinde nur einheitlich abgegeben werden (§ 88 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 GemO-E).

¹ Vgl. § 12 Abs. 4 der Gemeinsamen Geschäftsordnung für die Ministerien, die Vertretung des Landes Rheinland-Pfalz beim Bund und die Staatskanzlei (Gemeinsame Geschäftsordnung - GGO -) vom 11.07.1995

Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes sind parlamentsinterne Stellungnahmen, die nicht für die öffentliche Diskussion außerhalb des Landtags bestimmt sind. Eine - auch nur auszugsweise - Veröffentlichung oder Verbreitung bedarf der Zustimmung des Direktors beim Landtag.

Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hat den Wissenschaftlichen Dienst gebeten, kurzfristig gutachtlich zu prüfen, ob die vorstehenden Regelungen verfassungsgemäß sind. Ferner soll geprüft werden, „ob verfassungsrechtlich und verfassungspolitisch“ der Eingriff in kommunales Eigentum bzw. die Bildung von Eigentum durch Beteiligungen in der vorgesehenen Form zulässig ist.

B. Gutachtliche Stellungnahme

I. Vorbemerkung

Die Prüfungsbitte der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN ist an den Wissenschaftlichen Dienst in einem frühen Stadium außerhalb des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens herangetragen worden. Es handelt sich um einen Referentenentwurf, der sich noch in einer von der Landesregierung durchgeführten schriftlichen Anhörung befindet. Erfahrungsgemäß führt das Ergebnis solcher Anhörungen zu Änderungen. Erst danach entscheidet die Landesregierung endgültig über den Inhalt des Gesetzentwurfs (§ 16 GGO). Daher nimmt der Wissenschaftliche Dienst nur ausnahmsweise bereits zu Referentenentwürfen rechtlich Stellung.

Im Hinblick darauf und wegen der Bitte um kurzfristige Prüfung stellt die nachfolgende Stellungnahme das Ergebnis einer summarischen Prüfung dar, ohne daß für alle angesprochenen Rechtsfragen auch eine rechtliche Detailprüfung erfolgt ist.

II. Die Subsidiaritätsklausel des § 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GemO-E

1. Nach Artikel 28 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz (GG), Artikel 49 Abs. 1 der Verfassung für Rheinland-Pfalz (Landesverfassung - LV -) wird den Gemeinden das Recht der Selbstverwaltung garantiert. Dies bedeutet, daß sie das Recht haben, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln. Den Gemeinden wird damit ein grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassender Aufgabenbereich gesichert². Darüber hinaus enthält die Selbstverwaltungsgarantie ein „verfassungsrechtliches Aufgabenverteilungsprinzip“ zugunsten der Gemeinden, das der zuständigkeitsverteilende

² BVerfG, NVwZ 1989, 347, 348 std. Rsp.

Gesetzgeber zu berücksichtigen hat. Die Erledigung einer örtlichen Aufgabe darf den Gemeinden grundsätzlich nur entzogen werden, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre. Gründe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit allein rechtfertigen den Entzug nicht, sondern Voraussetzung ist vielmehr, daß die weitere Aufgabenerfüllung bei den Gemeinden zu einem unverhältnismäßigen Kostenanstieg führen würde³.

2. § 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GemO-E tangiert diese Grundsätze jedoch nicht. Zwar knüpft die Bestimmung an die Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerledigung an, die Angelegenheit wird der Gemeinde aber nicht entzogen, sondern es wird ihr lediglich die Aufgabenerledigung in einer bestimmten Organisationsform untersagt. Damit wird das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden allein in Bezug auf die Organisationshoheit eingeschränkt.

Artikel 28 Abs. 2 Satz 1 GG und Artikel 49 Abs. 1 LV schreiben den Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit der Gemeinde fest. Eigenverantwortlichkeit bedeutet neben Ermessens- und Weisungsfreiheit auch Gestaltungsfreiheit⁴. Letztere findet ihre besondere Ausprägung in den sogenannten Gemeindehoheiten⁵, zu denen auch die Organisationshoheit zählt⁶. Den Gemeinden steht eine verfassungsrechtlich garantierte organisationsrechtliche Gestaltungsautonomie zu. Diese Autonomie erfaßt auch den Bereich der Gemeindegewirtschaft. Aus der Selbstverwaltungsgarantie folgt deshalb die grundsätzliche Wahlmöglichkeit der Kommune, ihre kommunalen Unternehmen und Einrichtungen in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Rechtsform zu führen⁷.

Nach Artikel 28 Abs. 2 Satz 1 besteht die Selbstverwaltungsgarantie allerdings nur im Rahmen der Gesetze. Dies gilt auch für die Organisationshoheit der Gemeinden. Auch sie ist deshalb grundsätzlich ge-

³ BVerfG, a.a.O., S. 315; Nierhaus, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 1996, Art. 28 Rdnr. 53

⁴ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl., 1995, Art. 28 Rdnr. 9; Stern, in: Bonner Kommentar, Loseblattsammlung, Zweitbearbeitung 1964, Art. 28 Rdnr. 94 f.

⁵ Vgl. zum Begriff Gabler u.a., Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand Januar 1996, § 1 GemO, Anm. 3.1.3; Stern, a.a.O., Rdnr. 96 ff.

⁶ BVerfGE 52, 95, 117; Pieroth, a.a.O., Rdnr. 7; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 8. Aufl., 1995, Art. 28 Rdnr. 11; Löwer, in: v.Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 1995, Art. 28 Rdnr. 61

⁷ Glauben, Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in Privatrechtsform, ZG 1997, S. 148, 149 m.w.N. in Fn. 5

setzlichen Regelungen zugänglich, wobei allerdings die gesetzlichen Bestimmungen durch das Gemeinwohl geboten und verhältnismäßig sein müssen⁸, wie auch in Artikel 49 Abs. 1 Satz 2 LV⁹ zum Ausdruck kommt.

Die Gesetzesbegründung enthält keine detaillierten Angaben, von welchen Überlegungen sich die Landesregierung bei der Einführung der Subsidiaritätsklausel in Artikel 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GemO-E leiten läßt. Lediglich im Vorblatt des Referentenentwurfs heißt es:

„Die gesetzlich angeordnete Subsidiarität wirtschaftlicher Unternehmensführung durch die kommunalen Gebietskörperschaften bezweckt, im öffentlichen Interesse eine ungehemmte wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Gemeindeverbände zu verhindern und die Kommunen auf ihre primäre öffentliche Aufgabe festzulegen“.

Vom Grundsatz her erscheinen diese Überlegungen vertretbar, um ein Tätigwerden des Gesetzgebers rechtfertigen zu können. Inwieweit allerdings gesetzlicher Handlungsbedarf angezeigt ist, weil tatsächlich die Gefahr besteht, daß die Kommunen unter Vernachlässigung ihrer primären öffentlichen Aufgaben sich „ungehemmt“ wirtschaftlich betätigen, läßt sich von hier aus nicht abschließend beurteilen. Dies bedarf jedenfalls noch einer näheren Erläuterung im Rahmen des bevorstehenden Gesetzgebungsverfahrens.

3. In der öffentlichen Kritik, auf die der Referentenentwurf bisher gestoßen ist, wird im Zusammenhang mit der Subsidiaritätsklausel ein anderer Aspekt herausgegriffen: Als Folge der Klausel würden den Gemeinden nur noch die defizitären wirtschaftlichen Betriebe verbleiben. Ein Verlustausgleich mit den Bereichen, die gewinnbringend arbeiteten, wäre so nicht mehr möglich. Die Folge wären immense Leistungseinschränkungen für die Bürger¹⁰.

⁸ BVerfGE 83, 363, 382 f., VGH Rhld.-Pf., NVwZ 1993, 159, 160

⁹ „Sie (Anm.: die Gemeinden) können jede öffentliche Aufgabe übernehmen, soweit sie nicht durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift anderen Stellen im dringenden öffentlichen Interesse ausschließlich zugewiesen werden.“

¹⁰ Vgl. „ÖTV kritisiert Privatisierungspläne“, Die Rheinpfalz v. 03.07.1997; „Kommunen des Landes wettern gegen Privatisierungszwang“, Trierischer Volksfreund v. 25.07.1997

Diese Gesichtspunkte wird der Gesetzgeber im Rahmen des ihm zustehenden Einschätzungs- und Beurteilungsspielraums¹¹ in seine Überlegungen mit einbeziehen müssen. Im Hinblick auf die in Artikel 49 Abs. 5 LV und nunmehr ausdrücklich auch in Artikel 28 Abs. 2 Satz 3 GG festgeschriebene Garantie einer ausreichenden Finanzausstattung der Gemeinden¹² dürfte der Einwand allerdings nicht zur Begründung der Verfassungswidrigkeit der Subsidiaritätsklausel herangezogen werden können. Sofern die Klausel in der Konsequenz tatsächlich dazu führt, daß sich die finanzielle Situation der Gemeinden verschlechtert, stellt § 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GemO-E gleichwohl kein Verfassungsverstoß dar. Der Gesetzgeber hat im Rahmen des Finanzausgleichs für eine angemessene Finanzausstattung der Gemeinden zu sorgen. Kommt er dieser Verpflichtung nur unzureichend nach, so liegt der Verfassungsverstoß allein in dem zur Unterdeckung führenden System des Finanzausgleichs und muß dort korrigiert werden¹³. Dies gilt nicht nur für die Übertragung neuer Aufgaben auf die Gemeinden, sondern auch für gesetzliche Vorgaben, wie die Gemeinden ihre Aufgaben organisatorisch zu erfüllen haben.

III. Die öffentliche Berichtspflicht der Gemeinde nach § 85 Abs. 1 Satz 2 GemO-E

Die Pflicht der Gemeinde darüber zu berichten, ob hinsichtlich ihrer bereits bestehenden privaten Unternehmen die Voraussetzungen nach § 85 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GemO-E gegeben sind (§ 85 Abs. 1 Satz 2 GemO-E), verletzt nach Auffassung der auftraggebenden Fraktion den sogenannten Bestandsschutz.

1. Der Bestandsschutz ist aus dem Schutz des Eigentums nach Artikel 14 Abs. 1 GG entwickelt worden. Die Reichweite des Schutzes der Eigentumsgarantie bemißt sich danach, welche Befugnisse einem Eigentümer zum Zeitpunkt der gesetzgeberischen Maßnahme konkret zustehen¹⁴. Der Bestandsschutz ist mithin Grundrechtsschutz.

¹¹ Vgl. dazu BVerfGE 83, 363, 382 f.; VGH Rhld.-Pf., a.a.O., S. 160

¹² Vgl. dazu Nierhaus, a.a.O., Rdnrn. 67 ff.

¹³ VGH Rhld.-Pf., a.a.O., S. 160

¹⁴ BVerfGE 70, 191, 201; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl., 1995, Art. 14 Rdnr. 14 m.w.N.

2. Auf den Schutz von Grundrechten kann sich jedoch weder die Gemeinde selbst noch ein von ihr beherrschtes privates Unternehmen berufen. Für die Gemeinde ergibt sich dies aus ihrer Stellung als juristische Person des öffentlichen Rechts¹⁵. Doch auch eine juristische Person des Privatrechts, deren alleiniger Träger eine Gemeinde ist, kann sich nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht auf Individualgrundrechte berufen, da andernfalls die Frage der Grundrechtsfähigkeit der öffentlichen Hand von den jeweiligen Organisationsformen abhängig wäre¹⁶. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die öffentliche Hand entweder Alleinträger des Unternehmens ist (Eigengesellschaften) oder bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen zumindest über eine beherrschende Stellung verfügt, weil sie dann entsprechende Einwirkungsmöglichkeiten hat¹⁷. Prüfungsmaßstab bleibt in diesen Fällen allein die Selbstverwaltungsgarantie - hier in Form der Organisationshoheit.

3. Das private Unternehmen könnte sich allerdings auf den Grundrechtsschutz nach Artikel 14 Abs. 1 GG berufen, wenn die Anteile an einem kommunalen Unternehmen sich überwiegend in privater Hand befinden¹⁸. Letztlich kann dies jedoch dahinstehen, da der Gesetzgeber mit § 85 Abs. 1 Satz 2 GemO-E weder zielgerichtet in den Bestandsschutz eingreift, noch die Organisationshoheit der Gemeinden unverhältnismäßig einschränkt. Die Bestimmung begründet keine Verpflichtung der Gemeinde, ihre bereits bestehenden wirtschaftlichen Betriebe aufzulösen. Mit dieser Regelung wird die Gemeinde „lediglich“ verpflichtet, „im Hinblick auf ihre schon bestehenden Unternehmen periodische Privatisierungspotentiale zu überprüfen und ggf. entsprechende Aufgabenübertragungen zu überdenken“¹⁹. Der Bestandsschutz wird somit nicht tangiert. Als zulässiger Eingriff in die Organisationshoheit der Gemeinden erweist sich diese Regelung, wenn auch die Einführung der Subsidiaritätsklausel einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhält, da § 85 Abs. 1 Satz 2 GemO-E insoweit eine aus der Existenz der Subsidiaritätsklausel folgende vertretbare Konsequenz für bereits bestehende Unternehmen darstellt.

¹⁵ Vgl. dazu i.e. Jarass, a.a.O., Art. 19 Rdnrn. 16 ff.

¹⁶ BVerfGE 45, 63, 79 f.

¹⁷ Vgl. dazu Glauben, a.a.O., S. 154 m.w.N. in Fn. 40

¹⁸ Glauben, a.a.O., S. 163

¹⁹ Begründung des Referentenentwurfs zu § 85, S. 47

IV. Einheitliche Stimmabgabe der Gemeinde nach § 88 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 GemO-E

Nach § 88 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 GemO-E können die Stimmen der Gemeinde in den Organen der wirtschaftlichen Unternehmen nur einheitlich abgegeben werden. Diese Regelung müßte mit verfassungsgesetzlichen Vorgaben (1.) und einfachgesetzlichen Regelungen des Bundesrechts, namentlich des Gesellschaftsrechts (2.) vereinbar sein.

1. Die Einheitlichkeit der Stimmabgabe in den Organen der Gesellschaft könnte einen Verstoß gegen das im Demokratieprinzip verankerte Mehrheitsprinzip darstellen, da sich so in den Unternehmensorganen die Mehrheitsverhältnisse im Gemeinderat nicht widerspiegeln.
 - a) Allerdings ist folgendes zu bedenken: Die Vertreter der Gemeinde in den Organen der Gesellschaft haben die Aufgabe, die Interessen der Gemeinde zu vertreten (§ 88 Abs. 4 GemO-E). Die Gemeinde stellt in der Gesellschafterversammlung als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft eine Einheit dar. Die Gemeindevertreter sind Repräsentanten eines Gemeinwesens, das seinen Willensbildungsprozeß und seine Entscheidungen im Gemeinderat nach parlamentarischen Spielregeln durch Mehrheitsbeschlüsse festlegt. Dies hat zur Konsequenz, daß - umgekehrt - aus dem Demokratieprinzip geradezu folgt, daß die überstimmte Minderheit nach demokratischen Grundsätzen die Mehrheitsentscheidung zu akzeptieren und in der Eigentümerversammlung zu vertreten hat²⁰. Dies hat auch in der Weisungsgebundenheit der kommunalen Vertreter in den Organen der jeweiligen Unternehmen ²¹ seinen Niederschlag gefunden.
 - b) Hinzu kommt ein weiteres: Nach Artikel 28 Abs. 1 Satz 2 sind auch die Gemeinden bei ihrer Aufgabenwahrnehmung dem Demokratieprinzip verpflichtet. Die demokratische Legitimation der Gemeindeorgane wird jeweils durch die Bürger vermittelt²². Alle gemeindlichen Selbstverwaltungsorgane sind der demokratisch gewählten Volksvertretung und damit den Bürgern gegenüber verantwortlich

²⁰ Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: Dez. 1995, § 105 Rdnr. 16 m.w.N.

²¹ Vgl. z.B. § 88 Abs. 1 Satz 5, Abs. 6 Satz 2 GemO-E

²² Löwer, a.a.O., Rdnr. 27; Grawert, in: Isensee/Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 14 Rdnr. 25; v.Mutius, Kommunalrecht, 1996, Rdnr. 44 f.

und können sich durch Organisationsakte dieser Verantwortung nicht ohne weiteres entziehen²³. Daher muß der Gesetzgeber den Gemeindevertretungen ein hinreichendes Mitspracherecht einräumen, damit diese ihre Funktion als Organ der demokratischen Selbstbestimmung erfüllen können.

Dagegen fehlt den kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform und ihren Organen eine demokratische Legitimation. Sie sind selbständige juristische Personen des Privatrechts; die Organe sind vom Gemeindevolk weder unmittelbar noch mittelbar gewählt. Dieses Legitimationsdefizit macht es erforderlich, daß die demokratisch legitimierten Gemeindeorgane die Möglichkeit haben, auf die Führung der kommunalen Wirtschaftsunternehmen einzuwirken²⁴. Dieser Einflußsicherung dient letztlich die Regelung in § 88 Abs. 2 Satz 1 GemO-E, so daß sie verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

2. § 88 Abs. 2 Satz 1 GemO-E dürfte ferner auch mit den Vorgaben des Gesellschaftsrechts vereinbar sein. Insbesondere greift der Landesgesetzgeber damit nicht in unzulässiger Form in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) ein.

Das Recht der Wirtschaft wird weit definiert und erfaßt grundsätzlich alle Normen, die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung regeln²⁵. Auch auf die Rechtsform der wirtschaftlichen Betätigung kommt es grundsätzlich nicht an²⁶.

Allerdings tritt die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG insoweit zurück, als ein stärkerer Sachzusammenhang zur Gesetzgebungskompetenz der Länder besteht. Die dürfte hier der Fall sein. Dem Bund ist jede in die innere Organisation der Gemeinden eingreifende Regelung untersagt. Dies gilt auch für die organisatorische, personelle sowie vermögens- und haushaltsrechtliche Einordnung der

²³ v. Mutius, a.a.O., Rdnr. 46; Püttner, in: ders. (Hrsg.), Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 3, 2. Aufl. 1983, S. 437

²⁴ Püttner, a.a.O., S. 439; Schoch, DVBl. 1994, 962, 170; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 128 f.

²⁵ BVerfGE 8, 143, 148 f.; 68, 310, 330 std. Rsp.; Pieroth, a.a.O., Art. 74 Rdnr. 22

²⁶ Pieroth, a.a.O., Rdnr. 22

gemeindlichen Betriebe in das Trägergemeinwesen²⁷. Der Landesgesetzgeber trifft mit der Regelung in § 88 Abs. 2 Satz 1 GemO-E eine an demokratischen Grundsätzen orientierte Entscheidung zur inneren Organisation der Gemeinden. Dies ist ausschließlich Ländersache. Soweit die Bestimmung das materielle Gesellschaftsrecht, insbesondere für die Geschäftsführung und den Aufsichtsrat überhaupt, tangiert²⁸, geht der Referentenentwurf ohnehin von einer Vorrangstellung des Gesellschaftsrechts aus (§ 88 Abs. 3 Gemo-E).

V. Eingriffe in kommunales Eigentum

Soweit im übrigen um Prüfung gebeten wird, ob verfassungsrechtlich und verfassungspolitisch der Eingriff in kommunales Eigentum und die Bildung von Eigentum durch Beteiligungen in der vorgesehenen Form zulässig ist, ist dazu folgendes anzumerken: Der Eingriff in kommunales Eigentum in Form von organisationsrechtlichen Vorgaben hat sich an der Schranke der Selbstverwaltungsgarantie, namentlich dem Gemeinwohl- und dem Verhältnismäßigkeitsgebot zu orientieren. Daher gelten die vorstehend im einzelnen beschriebenen rechtlichen Maßstäbe auch für die Beantwortung dieser Frage. Der Gesetzgeber darf in kommunales Eigentum eingreifen oder bestimmte Formen kommunaler Beteiligungen zulassen oder einschränken, wenn damit dem Gemeinwohl und Verhältnismäßigkeitsgebot entsprochen wird. Ob und inwieweit dies hier der Fall ist, wurde im wesentlichen bei der Prüfung der konkreten Fragestellungen erörtert, so daß insoweit darauf Bezug genommen werden kann.

Wissenschaftlicher Dienst

²⁷ Rengeling, Bonner Kommentar, Art. 74 Rdnr. 56; Glauben, a.a.O., S. 157

²⁸ Dies hängt maßgeblich von der Wahl der Organisationsform ab. Der Wissenschaftliche Dienst hat dies im Auftrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in einer gutachtlichen Stellungnahme vom 08.01.1996 - Az.: II/52-1154 - im einzelnen dargelegt, so daß insoweit darauf Bezug genommen werden kann.