

**Große Anfrage
der Fraktion GRÜNE**

und

**Antwort
der Landesregierung**

**Perspektiven der kommunalen Daseinsvorsorge in Bezug
auf Selbstverwaltung, EU-Wettbewerbsrecht und Privatisie-
rung**

Große Anfrage

Wir fragen die Landesregierung:

- A. Kommunale Daseinsvorsorge und EU-Wettbewerbsrecht
- I. Aushöhlung der kommunalen Daseinsvorsorge durch die EU-Rechtsprechung und Rechtspolitik
1. Wie beurteilt die Landesregierung die Ausrichtung des Weißbuchs der EU-Kommission für eine kohärente Politik bei Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und die Folgeentwicklungen hinsichtlich der Leitprinzipien
- Aufrechterhaltung eines hohen Qualitäts-, Versorgungssicherheits- und Schutzniveaus,
 - Sicherung der Rechte der Verbraucher/-innen und Nutzer/-innen,
 - Schaffung der Voraussetzungen für bürger- und unternehmensnahe Regulierung,
 - Sicherstellung von Kohäsion und universellem Zugang,
 - Berücksichtigung der Vielfalt,
 - Evaluierung des Leistungsstandes,
 - Transparenz und Rechtssicherheit?

2. Hält die Landesregierung die Regelungen des EU-Verfassungsentwurfs hinsichtlich der Anerkennung der kommunalen Selbstverwaltung bzw. der Verfasstheit der Mitgliedstaaten für geeignet, Dienstleistungen im Sinne der Daseinsvorsorge auch in Zukunft in eigener Organisationshoheit der Kreise, Städte und Kommunen erbringen zu können? Auf welcher Ebene wird sie agieren, um das Prinzip der kommunalen Daseinsvorsorge im Rahmen der Wiederbelebung des Verfassungsentwurfs zu erhalten?
 3. Liegen ihr Informationen darüber vor, ob und gegebenenfalls wie sich die deutsche EU-Ratspräsidentschaft für die Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung auf dem Weg zu einer EU-Verfassung einsetzt und welche Initiativen die Landesregierung im Bundesrat diesbezüglich eingebracht oder unterstützt hat?
 4. Wie bewertet die Landesregierung die Liberalisierungspläne auf europäischer Ebene, bei der Wasserversorgung – einem Kernbereich der kommunalen Daseinsvorsorge – die Pflicht zur Ausschreibung von Konzessionen festzusetzen und welche Auswirkungen würden diese auf die kommunale Selbstverwaltung haben?
 5. Setzt sich die Landesregierung für den Vorschlag der 24 europäischen Regulierungsbehörden ein, nach dem eine strikte eigentumsrechtliche Trennung zwischen Stromproduktion und Netzbetrieb erreicht werden soll und was hat sie in dieser Hinsicht unternommen?
 6. Ob sie die Nahverkehrspläne und -gesetze des Landes für ausreichend hält, damit öffentliche Verkehrsangebote im Rahmen der Daseinsvorsorge sicherstellen können, dass sozialpolitische, umweltpolitische und wirtschaftliche Zielvorstellungen gleichermaßen berücksichtigt werden und Qualitätsstandards beim ÖPNV nicht nur wirtschaftliche, sondern auch ökologische, soziale und siedlungsstrukturelle Ziele erfüllen?
 7. Ob und wenn ja über welche Ministerien und/oder Institutionen das Land in den laufenden Konsultationsprozess der Kommission zu den Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse involviert ist und welche Position die Landesregierung hinsichtlich der Forderung nach einer europäischen Rahmenrichtlinie bzw. sektorspezifischen Legislativmaßnahmen einnimmt?
 8. Welche Initiativen sie ergriffen hat, um das Prinzip der kommunalen Daseinsvorsorge im Bereich Gesundheit und den universellen Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen auf europäischer Ebene zu verteidigen und wie sie in diesem Zusammenhang das beim EUGH anhängige Verfahren „Asklepios“ (T-167/04) bewertet?
- II. Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltung und interkommunalen Zusammenarbeit durch das EU-Vergaberecht
1. Teilt die Landesregierung die Forderung der kommunalen Spitzenverbände, die interkommunale Zusammenarbeit dem Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinien zu entziehen, wenn nein, welche Gründe sprechen dagegen?
 2. Wie bewertet die Landesregierung in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung zur Vergabepflicht interkommunaler Kooperationen sowohl des Europäischen Gerichtshofs (Grundsatzurteil vom 13. Januar 2005) als auch deutscher Oberlandesgerichte (OLG Düsseldorf vom 5. Mai 2004; OLG Frankfurt/Main vom 7. September 2004; OLG Naumburg vom 3. November 2005), wonach die Aufgabenübertragung innerhalb der

Kommunen (Abfallentsorgungsleistungen) auf Grundlage der Landesgesetze über die kommunale Zusammenarbeit der Ausschreibungspflicht unterliegen?

3. Welche Konsequenzen die Kommissionsmitteilung aus Sicht der Landesregierung nach sich ziehen wird, nach der im Kommunalbereich die Aufträge (ca. 95 %), die gegenwärtig unterhalb der EU-Schwellenwerte liegen, in Zukunft von zusätzlichen und äußerst bürokratischen EU-Bekanntmachungs- und Vergaberechspflichten erfasst werden und damit einem erweiterten Rechtsschutz unterliegen sollen, und ob sie die Klage der Bundesrepublik Deutschland vor dem EuGH gegen die Kommissionsmitteilung zu den sogenannten Unterschwellenvergaben unterstützt?
4. Wie schätzt die Landesregierung die aktuelle EU-Rechtsprechung zu vergabefreien In-House-Geschäften ein, wonach dies nur noch bei hundertprozentigem Eigentum der öffentlichen Hand möglich sein soll, und welche Konsequenzen ergeben sich aus ihrer Sicht daraus insbesondere für die Modelle des „Public Private Partnership“?

III. Tätigkeiten der Landesregierung für den Bestand der kommunalen Selbstverwaltung und Daseinsvorsorge in Europa

1. Welche konkreten Schritte hat die Landesregierung unternommen, um den europäischen Liberalisierungsbestrebungen und der damit einhergehenden Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltung entgegenzusteuern, unter Darlegung, auf welchem Weg sie ihre Forderungen/Position befördert, wie erfolgreich sie bisher war und welche weiteren Schritte aus ihrer Sicht notwendig und geplant sind?
2. Welche Art der Kooperation mit den Kommunalen Spitzenverbänden des Landes und Bundes und deren Verbindungsbüros in Brüssel betreibt die Landesregierung?
3. In welchen Themenbereichen der kommunalen Daseinsvorsorge und in welchen Arbeitsstrukturen arbeitet die Landesregierung mit EU-Institutionen (AdR, Wirtschafts- und Sozialpartner) bzw. mit anderen Mitgliedstaaten mit kommunalen Selbstverwaltungselementen zusammen und welche Initiativen haben sich mit welchem Erfolg aus dieser Kooperation möglicherweise ergeben?

B. Kommunale Daseinsvorsorge und Privatisierung

I. Bestandsaufnahme kommunaler wirtschaftlicher Tätigkeit

1. Wie hat sich die Wirtschaftstätigkeit der Kommunen in privater Organisationsform seit 1990 entwickelt unter Darlegung, wie viele Gesellschaften in privater Rechtsform – getrennt nach GmbH, AG und sonstigen privaten Rechtsformen – es landesweit in den Jahren 1990, 1995, 2000 und 2005 gab, seit wann und aus welchen Gründen ein Trend zur kommunalen Tätigkeit in Privatrechtsform zu verzeichnen ist und ob es einen Zusammenhang zwischen Gemeindegröße und privater Organisationsform kommunaler Betriebe gibt und wenn ja, worauf ist dieser zurückzuführen?
2. Wie hat sich die kommunale Wirtschaftstätigkeit seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Gemeindegewirtschaftsrechts am 1. Januar 2006 entwickelt, insbesondere

- a) welche Erkenntnisse liegen der Landesregierung seit Einführung der qualifizierten Subsidiaritätsklausel nach § 102 Abs. 1 Nr. 3 Gemeindeordnung Baden-Württemberg (GemO) vor, die bei einem wirtschaftlichen Tätigwerden der Kommune außerhalb der Daseinsvorsorge bei Leistungsparität der privaten Wirtschaft einen Vorrang einräumt und ob sich diese Gesetzesintention in der Praxis auch bestätigt hat;
 - b) welche qualitativen Veränderungen die Aufgabe des Territorialprinzips nach § 102 Abs. 7 GemO seit deren Einführung für die wirtschaftliche kommunale Betätigung innerhalb der Daseinsvorsorge mit sich gebracht hat, insbesondere im Bereich der Energieversorgung?
3. Inwieweit teilt die Landesregierung die Auffassung, dass die aus dem Klimawandel resultierenden Erfordernisse (effizientere Erzeugung und Bereitstellung von Energie, Energieeinsparung und Ausbau der regenerativen Energien im Wärmemarkt) am besten verbrauchernah zu erbringen sind und damit den Stadtwerken zukünftig eine wachsende Bedeutung zukommt?
 4. Gibt es Fälle, in denen die Rechtsaufsichtsbehörde von der besonderen Vorlagepflicht der Gemeinden nach § 108 GemO abgesehen hat oder absieht, und wenn ja, in welchen Fällen und aus welchen Gründen?
 5. Sind bisher alle Gemeinden der Vorlagepflicht nachgekommen und wenn nein, in wie vielen und welchen Fällen wurde die Rechtsaufsichtsbehörde nicht unterrichtet und welche Konsequenzen hatte die Verletzung der Vorlagepflicht für die betroffenen Kommunen oder Kreise?
- ## II. Publizitätspflicht der Gemeinden und Mitwirkungsrechte des Gemeinderats
1. Erfüllen alle Gemeinden in Baden-Württemberg, die an einem Unternehmen des privaten Rechts beteiligt sind, die rechtlich verbindliche Vorgabe unter der Voraussetzung des § 53 Haushaltsgrundsätzegesetzes (HGrG)
 - a) nach § 105 Absatz 1 GemO eine erweiterte Jahresabschlussprüfung vorzulegen und ortsüblich bekannt zu geben;
 - b) nach § 105 Absatz 2 GemO zur Information des Gemeinderats und der Einwohnerschaft einen jährlichen Beteiligungsbericht zu erstellen und öffentlich bekannt zu geben und wenn nein, wie viele kommen dieser Pflicht nicht nach und aus welchem Grund (aufgliedert nach a und b)?
 2. Mit welchen Konsequenzen wird die Gemeinde bei Nichtvorlage einer Jahresabschlussprüfung bzw. eines Beteiligungsberichtes konfrontiert?
 3. In wie vielen Fällen und aus welchen Gründen haben seit dem Jahr 1999 die Rechtsaufsichtsbehörden von den Gemeinden nach § 105 Absatz 4 GemO die Vorlage von Prüfberichten/Beteiligungsberichten verlangt?
 4. Wie bewertet die Landesregierung die Entwicklung der aktuellen Rechtsprechung, wonach die Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern einer kommunalen GmbH zugunsten des Informationsrechts der Öffentlichkeit durch öffentlich zu beratende Tagesordnungspunkte zumindest teilweise aufgehoben werden kann und welche Konsequenzen zieht sie daraus?
(Siehe hierzu: Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10. Februar 2005 [III ZR 294/04]; Urteil des Landgerichts Freiburg, 1. Kammer für Handelsachen [10 O 49/04]; Verwaltungsgericht Regensburg [RN 3 K 04.01408]).

5. Wie verträgt sich die grundsätzliche Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern mit dem Öffentlichkeitsprinzip nach § 35 GemO?
6. Wie wird die rechtliche Möglichkeit eingeschätzt die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder beim fakultativen Aufsichtsrat einer kommunalen GmbH durch die Öffnungsklausel des § 52 GmbH-Gesetzes (GmbHG) durch Änderung des Gesellschaftsvertrages einzuschränken?
7. Sind der Landesregierung schon Fälle bekannt, in denen die Kommune als Allein- oder Mehrheitsgesellschafterin eines kommunalen Unternehmens in Privatrechtsform einen Gesellschaftsbeschluss nach § 53 Absatz 1, 2 GmbHG auf Änderung des Gesellschaftsvertrages herbeigeführt hat?
8. Hat die Kommune ein Einwirkungsrecht auf die anderen Gesellschafter, wenn sie in der Gesellschafterversammlung die nach § 53 Absatz 2, Satz 1 GmbHG nötige Dreiviertelmehrheit nicht besitzt?
9. Kann die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder ganz abgeschafft werden und wenn nicht, welchen Grenzen unterliegt sie dann?
10. Wie bewertet die Landesregierung den Vorschlag, Sitzungen der Aufsichtsräte der kommunalen GmbHs in einen öffentlichen und einen nicht-öffentlichen Teil aufzugliedern, um den Informationszugang der Öffentlichkeit zu gewährleisten?
11. Inwieweit steht dem Gemeinderat bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrats bzw. bei der Besetzung der Vorstands- und Geschäftsführerpositionen in den kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform nach § 104 GO ein aktives Mitwirkungsrecht zu?
12. Welche Kriterien legen Gemeinderäte bei der Entsendung ihrer Mitglieder in einen Aufsichtsrat eines kommunalen Unternehmens in Privatrechtsform in der Regel an, und welche Rolle spielen hierbei Fachkenntnisse für die Aufsichtsrats Tätigkeit?

31. 03. 2007

Kretschmann, Sckerl, Walter, Oelmayer, Dr. Splett
und Fraktion

Begründung

Zu A.:

Die Zukunft der kommunalen Daseinsvorsorge wird vor allem auf europäischer Ebene entschieden. Deshalb muss auf EU-Ebene geklärt werden, was die Kernaufgaben des Staates sind, welche Dienstleistungen die öffentliche Hand selbst erbringen muss und welche dem Markt überlassen werden. Regelungen zur Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse müssen weiterhin in der Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten bzw. der Gebietskörperschaften bleiben.

In den EU-Mitgliedstaaten bestehen sehr unterschiedliche Konzepte und Begriffe zur Sicherstellung der öffentlichen Versorgung. Auf europäischer Ebene hat deshalb der Begriff der Daseinsvorsorge bisher weder im Primärrecht noch im Sekundärrecht Eingang gefunden. Stattdessen wird hier der Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ verwendet. Er bezieht sich sowohl auf die marktbezogenen als auch auf die nichtmarktbezogenen Dienstleistungen, die von staatlichen Stellen im Interesse der Allgemeinheit erbracht und von ihnen daher mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden.

Die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen bestimmt, welche Vertragsbestimmungen beachtet werden müssen. Nichtwirtschaftliche Tätigkeiten unterliegen nicht den Vertragsvorschriften für den Binnenmarkt, den Wettbewerb und die staatlichen Beihilfen. Allerdings fallen auch diese Tätigkeiten unter bestimmte Gemeinschaftsregeln wie etwa dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung.

Gemäß der Rechtsprechung des EuGH gilt jede Tätigkeit, die darin besteht Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten, als wirtschaftliche Tätigkeit. Die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten ist allerdings schwierig und nicht festgeschrieben. Die Erbringer von Dienstleistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge fordern deshalb mehr Rechtssicherheit, z. B. durch die Erstellung eines dynamischen Verzeichnisses von nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten. (Von den Europäischen Gerichten sowie der KOM anerkannte nichtwirtschaftliche Tätigkeiten sind z. B. Aktivitäten öffentlicher Schulen, sozialer Pflichtversicherungssysteme und von Organisationen, die soziale Aufgaben erfüllen, deren Zweck nicht in der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit besteht).

Die Grundproblematik bei der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse besteht auf europäischer Ebene im Spannungsverhältnis zwischen einer umfassenden und qualitativ hochwertigen Versorgung mit Dienstleistungen einerseits und dem EU-Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb andererseits.

Verhandlungen auf europäischer Ebene müssen mit dem Ziel geführt werden, dass die Bereiche der Daseinsvorsorge wie Gesundheit, Bildung, Kultur, öffentlich-rechtliche Medien, Wasser und andere Dienstleistungen im allgemeinen Interesse in einem eigenständigen Rechtsakt verbraucherfreundlich harmonisiert werden, vorzugsweise über eine Rahmenrichtlinie als Schutz für die Daseinsvorsorge. Dabei müssen ein gleichberechtigter Zugang, eine hohe Versorgungssicherheit und nachhaltige Qualität gewährleistet werden.

Die Definition, Organisation, Finanzierung und Überwachung der Dienstleistung von allgemeinem Interesse liegt in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, d. h. für Deutschland nach der grundgesetzlich verbrieften Garantie der kommunalen Selbstverwaltung konkret in der Zuständigkeit der Kommunen.

Kommunen und deren demokratisch gewählte Vertreter/-innen müssen eigenständig entscheiden können, ob sie eine Dienstleistung selbst erbringen, dafür mit anderen Gemeinden zusammenarbeiten oder die Aufgabe an private Unternehmen vergeben.

Aus Sicht von EU-Kommission und Europäischem Gerichtshof fallen allerdings alle Dienstleistungen, für die ein Markt besteht, unter europäisches Wettbewerbs- und Vergaberecht. Das hat zur Folge, dass die kommunale Daseinsvorsorge immer mehr ausgehöhlt wird.

Besonders problematisch ist die EU-Politik in Sachen interkommunale Zusammenarbeit. Gerade kleinere Gemeinden können bestimmte öffentliche Dienstleistungen nur gemeinsam erbringen. Die Kooperation etwa in Wasser-Zweckverbänden hat sich allerdings vielfach bewährt. Gerade kleinere Gemeinden können bestimmte öffentliche Dienstleistungen nur gemeinsam erbringen.

Deshalb muss der europäische Gesetzgeber hier für Rechtssicherheit sorgen und klarstellen, dass das europäische Vergaberecht für die interkommunale Zusammenarbeit nicht gilt.

Die primäre Funktion der Gemeinde ist die Sicherung der Daseinsvoraussetzungen ihrer Bürgerinnen und Bürger. Betroffen sind hier insbesondere die Energieversorgung, Abfallentsorgung, Wasserversorgung, der Personennahverkehr, der Betrieb von kulturellen und sportlichen Einrichtungen, der Gesundheits- und Sozialbereich.

Die Problematik bei der Wasserversorgung und -entsorgung ist eine andere als beim Verkehr. Wasser ist ein Lebensmittel und keine beliebige Ware. Deshalb muss es anders behandelt werden als andere Dienstleistungen. Gerade bei der Wasserversorgung hat sich die kommunale Verantwortung bewährt. Sie verbindet eine hohe Wasserqualität mit einer Ressourcen schonenden und ökologischen Bewirtschaftung und relativ niedrigen Preisen. Das Land muss gemeinsam mit den anderen Bundesländern dagegen antreten, dass die Kommission die Liberalisierung beim Wasser über die Pflicht zur Ausschreibung von Konzessionen vorantreibt: Die Gemeinden müssten dann die Konzessionen für die Wasserversorgung ausschreiben und würden so ihrer Freiheit beraubt.

Die Bestandsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung bedarf angesichts der aktuellen europäischen Rechtsetzung und Rechtsprechung einer weitergehenden Überprüfung. Europarechtliche Regelungen bestimmen inzwischen zu 2/3 das Handeln der Kommunen. Brüssel bestimmt, ab welcher Investitionssumme und nach welchen Kriterien Aufträge der öffentlichen Hand europaweit ausgeschrieben werden müssen. Das europäische Vergaberecht ist ein konfliktträchtiger Reibungspunkt zwischen den europarechtlichen Vorgaben und dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht geworden, das immer mehr ausgehöhlt wird und an Bedeutung verliert.

Die Große Anfrage im Teil A will das Spannungsfeld zwischen Erfüllung kommunaler Aufgaben und wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen unter Beachtung europarechtlicher Vorgaben beleuchten und die Position des Landes zu den aktuell im Konsultations- und Entscheidungsverfahren befindlichen Vorschlägen thematisieren, sowie zu einer klaren Position von Landesregierung und Landtag beitragen.

Zu B.:

Die Wirtschaftstätigkeit der Kommunen und Kreise wird seit vielen Jahren von der steigenden Tendenz der Privatisierung kommunaler Betriebe geprägt. Die im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz und Artikel 71 Landesverfassung Baden-Württemberg geschützte Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen umfasst neben der Daseinsvorsorge auch das Recht auf freie Wahl der Rechtsform öffentlicher Einrichtungen und Unternehmen. Die Wahl privatrechtlicher Unternehmensformen kann allerdings zu Interessenkonflikten führen, da privatwirtschaftliche Fiskalinteressen der Gemeindeunternehmen mit ihren öffentlichen Interessen als kommunales Gemeinwesen oft nicht deckungsgleich sind.

Die primäre Funktion der Gemeinde ist die Sicherung der Daseinsvoraussetzungen ihrer Bürgerinnen und Bürger. Betroffen sind vor allem die Energieversorgung, Abfallwirtschaft, Wasserversorgung, der öffentliche Personennahverkehr, der Betrieb von kulturellen und sportlichen Einrichtungen, der Gesundheits- und Sozialbereich, die Bausanierung und die Wirtschaftsförderung. Diese Aufgaben der Daseinsvorsorge werden zunehmend nicht mehr in öffentlichen Sitzungen des Gemeinderats, sondern von Aufsichtsräten unter Ausschluss der Öffentlichkeit beraten und beschlossen. Das (bundesrechtliche) Gesellschaftsrecht und das (landesrechtliche) Kommunalrecht sind hier längst in ein Spannungsverhältnis zueinander eingetreten.

In wichtigen Bereichen der Daseinsvorsorge wird so der Grundsatz der Öffentlichkeit der Entscheidungen eingeschränkt und bedeutsame Bereiche des Gemeindehaushalts werden aus der öffentlichen Prüfung und Kontrolle herausgenommen. Bei der Beteiligung der Kommune an einem Unternehmen in privater Rechtsform verliert der Gemeinderat ferner wichtige Steuerungs-, Einfluss- und Kontrollrechte. Anders als bei den öffentlich-rechtlichen Eigenbetrieben sind die Kommunalorgane nicht mehr „Herr“ der Wirtschaftstätigkeit des Unternehmens.

Sinn dieser Großen Anfrage im Teil B ist es, dieses Spannungsfeld zwischen der Erfüllung kommunaler Aufgaben, der Entscheidungsprärogative demokratisch gewählter Gemeindeorgane und der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen darzulegen und eine Weiterentwicklung der zum Teil dem baden-württembergischen Kommunalrecht und seinen Grundsätzen zum Hauptorgan Gemeinderat und zur Beteiligung der Öffentlichkeit an kommunalen Angelegenheiten entgegenstehenden starren Regelungen des Gesellschaftsrechts anzustoßen.

Antwort

Schreiben des Staatsministeriums vom 19. Juni 2007 Nr. III-0123.006:

In der Anlage übersende ich unter Bezugnahme auf § 63 der Geschäftsordnung des Landtags von Baden-Württemberg die von der Landesregierung beschlossene Antwort auf die Große Anfrage.

Stächele

Minister für den Geschäftsbereich
des Staatsministeriums und für europäische Angelegenheiten

Anlage: Schreiben des Wirtschaftsministeriums

Mit Schreiben vom 18. Juni 2007 Nr. 1–22/117 beantwortet das Wirtschaftsministerium im Namen der Landesregierung die Große Anfrage wie folgt:

A. Kommunale Daseinsvorsorge und EU-Wettbewerbsrecht***1. Aushöhlung der kommunalen Daseinsvorsorge durch die EU-Rechtsprechung und Rechtspolitik******1. Wie beurteilt die Landesregierung die Ausrichtung des Weißbuchs der EU-Kommission für eine kohärente Politik bei Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und die Folgeentwicklungen hinsichtlich der Leitprinzipien***

- Aufrechterhaltung eines hohen Qualitäts-, Versorgungssicherheits und Schutzniveaus,*
- Sicherung der Rechte der Verbraucher/-innen und Nutzer/-innen,*
- Schaffung der Voraussetzungen für bürger- und unternehmensnahe Regulierung,*
- Sicherstellung von Kohäsion und universellem Zugang, Berücksichtigung der Vielfalt,*
- Evaluierung des Leistungsstandes,*
- Transparenz und Rechtssicherheit?*

Mit dem Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse hat die EU-Kommission am 12. Mai 2004 ihre Schlussfolgerungen zum Konsultationsprozess, der auf das Grünbuch vom 21. Mai 2003 folgte, vorgelegt. Die EU-Kommission stellt darin ihre neue Strategie und weitere Vorgehensweise bei der wettbewerbsrechtlichen Behandlung von Leistungen der Daseinsvorsorge vor.

Die EU-Kommission betont mit dem Weißbuch die essentielle Bedeutung gut funktionierender, allgemein zugänglicher, erschwinglicher und hochwertiger Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (DAI) insbesondere im Hinblick auf die Lebensqualität der Bürger, die Umwelt und die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen. Diese Kriterien stellen zentrale Elemente der Strategie der EU-Kommission bei der weiteren Vorgehensweise zur Förderung und Entwicklung der DAI dar. Ziel der Kommission ist es, den besonderen Bedürfnissen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse Rechnung zu tragen und insofern auf mehr Rechtsklarheit hinsichtlich der Geltung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts hinzuwirken.

Dem Weißbuch ist zu entnehmen, dass unter Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bzw. der Daseinsvorsorge Leistungen subsumiert werden, die im Interesse der Allgemeinheit sowohl marktbezogen (Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse), als auch nicht-marktbezogen erbracht und von den zuständigen Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden. Beispiele für diese Dienstleistungen sind der öffentliche Personennahverkehr, Post- und Telekommunikationsdienstleistungen, Wasser-, Gas- und Stromversorgung, Abfallentsorgung, das nationale Bildungssystem, das Gesundheitswesen, die Systeme der sozialen Sicherung sowie soziale Dienstleistungen. Unter Hinweis auf Artikel 16 EG-Vertrag wird sodann festgestellt, dass es in erster Linie Sache der zuständigen nationalen, regionalen und lokalen Behörden ist, Dienstleistungen von allgemei-

nem Interesse zu definieren, zu organisieren, zu finanzieren und zu kontrollieren.

Von Seiten der EU-Kommission wird im Rahmen eines sektoralen Ansatzes die Schaffung von mehr Rechtssicherheit und Transparenz verfolgt, die in jedem einzelnen Sektor die besonderen Bedürfnisse und Umstände berücksichtigt. Die Schaffung einer allgemeinen Rahmenrichtlinie für DAI erachtet die Kommission derzeit für nicht sinnvoll. Die EU-Kommission kommt daneben in dem Weißbuch zu dem Schluss, dass gemeinschaftsrechtliche sektorspezifische Regelungen nur bei solchen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Betracht kommen, die aufgrund ihrer Größe und strukturellen Vernetzung gemeinschaftsweite Bedeutung haben.

Dies korreliert mit der am 12. Dezember 2006 verabschiedeten Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt (RL 2006/123/EG), in der explizit nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen wurden. Da Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für eine wirtschaftliche Gegenleistung erbracht werden, fallen Letztere in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie. Gleichwohl sind aber trotzdem bestimmte Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom Anwendungsbereich ausgenommen bzw. es gelten für einige dieser Dienstleistungen Ausnahmen von den Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit. Die Ausnahmen betreffen insbesondere Dienstleistungen und Netze der elektronischen Kommunikation, Verkehrsdienstleistungen, Gesundheitsdienstleistungen, soziale Dienstleistungen, des Weiteren Dienstleistungen im Postsektor, Elektrizitätssektor, Gassektor, Wasserverteilung und -versorgung, Abwasserbewirtschaftung sowie Abfallbewirtschaftung. Es wird in der Richtlinie darüber hinaus darauf verwiesen, dass die Folgemaßnahmen zum Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht betroffen sind.

Wie im Weißbuch angekündigt, hat die EU-Kommission in Fortsetzung der sektorspezifischen Maßnahmen zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse am 26. April 2006 eine Mitteilung zu den Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (BR-Drucksache 324/06) vorgelegt. Ziel der Mitteilung ist es, einen systematischen Ansatz zur Identifikation von Sozialdienstleistungen zu entwickeln und den gemeinschaftsrechtlichen Rahmen für diese zu klären.

Zu dem Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse hat der Bundesrat mit Unterstützung der Landesregierung am 24. September 2004 gemäß §§ 3 und 5 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union eingehend Stellung genommen (vgl. BR-Drucksache 466/04 – Beschluss –). Die darin zu den Ansätzen der EU-Kommission vertretenen Positionen werden von der Landesregierung vollinhaltlich geteilt. Positiv gewürdigt wird dabei vor allem, dass die Kommission im Zuge der erfolgten Konsultationen anerkannt hat, dass Dienstleistungen von allgemeinem Interesse eine der Säulen des europäischen Gesellschaftsmodells sind. Im Weiteren wurde aber auch festgestellt, dass den Zielen der Kommission ein Konzept zugrunde liegt, das im Wesentlichen auf ökonomischen Kriterien beruht, was der Wirklichkeit, z. B. im Bereich der Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen, nicht in vollem Umfang gerecht wird. Klar abgelehnt wird von den Ländern die Schaffung einer allgemeinen Rahmenrichtlinie für Dienstleistungen im allgemeinen Interesse, weil eine horizontale Regelung den Besonderheiten der einzelnen Dienstleistungssektoren nicht gerecht wird; ausdrücklich betont wird darüber hinaus auch, dass die EU bei nicht wirtschaftlichen Leistungen keine Kompetenz hat.

Abschließend sei im Kontext des Weißbuches zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse auch auf die hierzu erfolgte Mitteilung der Landesregierung vom 14. Juli 2004 zur Unterrichtung des Landtages (LT-Drucksache 13/3382) sowie die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ständigen Ausschusses vom 22. Juli 2004 (LT-Drucksache 13/3404) verwiesen.

2. Hält die Landesregierung die Regelungen des EU-Verfassungsentwurfs hinsichtlich der Anerkennung der kommunalen Selbstverwaltung bzw. der Verfasstheit der Mitgliedstaaten für geeignet, Dienstleistungen im Sinne der Daseinsvorsorge auch in Zukunft in eigener Organisationshoheit der Kreise, Städte und Kommunen erbringen zu können? Auf welcher Ebene wird sie agieren, um das Prinzip der kommunalen Daseinsvorsorge im Rahmen der Wiederbelebung des Verfassungsentwurfs zu erhalten?

Der Verfassungsvertrag legt in seinem Artikel I–5 die „Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten, die in deren grundlegender politischer und verfassungsrechtlicher Struktur einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“, fest. Damit wird die regionale und kommunale Selbstverwaltung auf europäischer Ebene ausdrücklich anerkannt. Baden-Württemberg hat als Vertreter des Bundesrates im Verfassungskonvent und in der Regierungskonferenz erfolgreich für die Verankerung dieses Prinzips im Verfassungsvertrag gekämpft.

Im Verfassungsvertrag wurde auch eine modifizierte Regelung zur Daseinsvorsorge in Artikel III–122 getroffen. Darin wurde klargestellt, dass Organisation und Finanzierung von Maßnahmen der Daseinsvorsorge den Mitgliedstaaten obliegt. Der Verfassungsvertrag stellt insoweit die Weichen richtig. Die konkrete Ausgestaltung dieser Prinzipien durch die Kommission muss jedoch in jedem Politikfeld kritisch begleitet werden.

Mit Blick auf den Europäischen Rat Mitte Juni befaßte sich die Europaministerkonferenz der Länder am 7. Juni 2007 im Vorfeld des Europäischen Rates mit dem EU-Reformprozess und setzte sich dabei insbesondere auch dafür ein, dass die dargestellten Prinzipien auch bei einer neuen Regierungskonferenz erhalten bleiben.

3. Liegen ihr Informationen darüber vor, ob und gegebenenfalls wie sich die deutsche EU-Ratspräsidentschaft für die Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung auf dem Weg zu einer EU-Verfassung einsetzt und welche Initiativen die Landesregierung im Bundesrat diesbezüglich eingebracht oder unterstützt hat?

Baden-Württemberg hat sich im Vorfeld der „Berliner Erklärung“ anlässlich des 50. Jahrestages der Römischen Verträge in einem Brief an die Bundeskanzlerin ausdrücklich dafür eingesetzt, die regionale und kommunale Selbstverwaltung sowie die Sicherung des Subsidiaritätsprinzips unter Einschluss der regionalen und lokalen Regierungen als ein wesentliches Element im weiteren EU-Verfassungsprozess zu sichern.

4. Wie bewertet die Landesregierung die Liberalisierungspläne auf europäischer Ebene, bei der Wasserversorgung – einem Kernbereich der kommunalen Daseinsvorsorge – die Pflicht zur Ausschreibung von Konzessionen festzusetzen und welche Auswirkungen würden diese auf die kommunale Selbstverwaltung haben?

Die Landesregierung setzt sich weiterhin für die grundsätzliche Beibehaltung der kommunalen Verantwortung bei der Wasserversorgung ein. Dieses Ziel ist bereits im Leitbild „Zukunftsfähige Trinkwasserversorgung Baden-Württemberg“ aus dem Jahre 2000 verankert. Der Einführung einer Verpflichtung

zur Privatisierung der Wasserversorgung erteilt die Landesregierung eine klare Absage. Sie teilt auch die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie mit Schreiben vom 2. März 2007 an den Verband kommunaler Unternehmen e. V. (VKU) mitgeteilte Auffassung, dass bei interkommunalen Kooperationen eine Ausschreibungspflicht nicht besteht.

Neben dem berechtigten Anliegen einer Wahrung kommunaler Selbstverwaltung ist aber auch den Interessen der Verbraucher aus Haushalten und Industrie an einer weiterhin zuverlässigen und kostengünstigen Wasserversorgung Rechnung zu tragen. Obgleich eine generelle Pflicht zur Ausschreibung von Konzessionen mit dem Ziel der Übernahme der Wasserversorgung durch Dritte nicht befürwortet wird, ist es grundsätzlich zu begrüßen, dass auch im Zusammenhang mit der Wasserversorgung über eine Einführung von zusätzlichen wettbewerblichen Elementen nachgedacht wird. Auch ohne Verpflichtung zur Ausschreibung haben die Kommunen im Rahmen ihrer kommunalen Selbstverwaltung zu prüfen, ob die bisherige Struktur ihrer Wasserversorgung für die Verbraucher, wie auch für die Kommune selbst, als effizient zu betrachten ist und ob die Aufgabe einer qualitativ hochwertigen und umweltschonenden Wasserversorgung nicht besser und wirtschaftlicher durch die Stärkung der Zusammenarbeit mit anderen kommunalen Unternehmen oder durch die Beteiligung von Dritten erfüllt werden könnte. Je nach der konkreten Ausgestaltung kann dadurch der Wettbewerb zugunsten der Verbraucher und auch zum Vorteil der Kommunen gestärkt werden, ohne dass die Kommunen ihren bestimmenden Einfluss auf die Wasserversorgung aufgeben.

5. Setzt sich die Landesregierung für den Vorschlag der 24 europäischen Regulierungsbehörden ein, nach dem eine strikte eigentumsrechtliche Trennung zwischen Stromproduktion und Netzbetrieb erreicht werden soll und was hat sie in dieser Hinsicht unternommen?

Nach Auffassung der Landesregierung ist es derzeit nicht erforderlich, eine – verfassungsrechtlich problematische – strikte eigentumsrechtliche Trennung zwischen Stromproduktion und Netzbetrieb voranzutreiben. Mit dem Beginn der Netzentgeltregulierung im vergangenen Jahr wurden in Baden-Württemberg und bundesweit die Voraussetzungen für einen ungehinderten Wettbewerb auf dem Strommarkt geschaffen. Es sollte abgewartet werden, wie sich der Wettbewerb nunmehr entfalten wird und welche Auswirkungen dieser auf die Strompreise haben wird. Nur wenn sich die Regulierung in der heutigen Form und die geplanten Änderungen bei der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht und dem Netzanschluss für neue Kraftwerke als unzureichend erweisen sollten, wären weitere Maßnahmen, unter Umständen auch die zur eigentumsrechtlichen Trennung zwischen Stromerzeugung und Netzbetrieb, in Erwägung zu ziehen.

6. Ob sie die Nahverkehrspläne und -gesetze des Landes für ausreichend hält, damit öffentliche Verkehrsangebote im Rahmen der Daseinsvorsorge sicherstellen können, dass sozialpolitische, umweltpolitische und wirtschaftliche Zielvorstellungen gleichermaßen berücksichtigt werden und Qualitätsstandards beim ÖPNV nicht nur wirtschaftliche, sondern auch ökologische, soziale und siedlungsstrukturelle Ziele erfüllen?

Das Gesetz über die Planung, Organisation und Gestaltung des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNVG) vom 8. Juni 1995 definiert als Zielsetzung des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) in § 1, dass der ÖPNV dazu beitragen soll, die Mobilität der Bevölkerung zu gewährleisten, die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Baden-Württemberg zu sichern sowie den Be-

langen von Umweltschutz und Energieeinsparung Rechnung zu tragen. Diese Ziele sind nach § 11 Abs. 2 ÖPNVG bei der Aufstellung der Nahverkehrspläne der kommunalen Aufgabenträger zu beachten. Zudem sind die Leitlinien für die Gestaltung des ÖPNV zu beachten, wie sie in § 4 ÖPNVG aufgeführt sind. Danach soll der ÖPNV bedarfsgerecht gestaltet und zu einem integrierten Gesamtverkehrssystem fortentwickelt werden. Es sollen zudem die Belange von Familien mit Kindern, von Frauen und von Personen, die in ihrer Mobilität eingeschränkt sind, berücksichtigt werden. Auf dieser gesetzlichen Grundlage können somit bei der Planung von Verkehrsleistungen des ÖPNV auch sozial-, umwelt- und wirtschaftspolitische Ziele in die Nahverkehrspläne aufgenommen und verwirklicht werden. Die Berücksichtigung von ökologischen, sozialen und siedlungsstrukturellen Zielen ist ebenfalls möglich. Eine Änderung des ÖPNVG ist deshalb aus diesen Gründen nicht erforderlich. Es sind keine Hinweise ersichtlich, dass diese Ziele bei der Erstellung der Nahverkehrspläne der kommunalen Aufgabenträger nicht beachtet wurden.

7. Ob und wenn ja über welche Ministerien und/oder Institutionen das Land in den laufenden Konsultationsprozess der Kommission zu den Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse involviert ist und welche Position die Landesregierung hinsichtlich der Forderung nach einer europäischen Rahmenrichtlinie bzw. sektorspezifischen Legislativmaßnahmen einnimmt?

Am Konsultationsprozess der EU-Kommission zu den Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse ist das Ministerium für Arbeit und Soziales für das Land Baden-Württemberg beteiligt. Die Beteiligung erfolgte über eine wesentliche Mitwirkung an einem gemeinsamen Bundesratsbeschluss zu der Mitteilung der EU-Kommission zu den Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union (BR-Drucksache 324/06 vom 7. Juli 2006 – Beschluss –), der von der Landesregierung vollinhaltlich mitgetragen wurde, sowie an der mit den Ländern und relevanten gesellschaftlichen Organisationen abgestimmten Antwort der Bundesregierung.

Wie bereits oben zu Nummer 1 ausgeführt, stehen der Bund und die Länder einer Rahmenrichtlinie für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ablehnend gegenüber. Selbst nach den Ausführungen der Kommission im Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse konnten im Konsultationsverfahren zum vorausgegangenen Grünbuch die Vorteile einer horizontalen, d. h. einer bereichsübergreifenden, Regelung gegenüber dem bisher verfolgten bereichsspezifischen Ansatz nicht dargelegt werden. Eine horizontale Regelung wird den Besonderheiten der einzelnen Dienstleistungssektoren, gerade auch im Sozial- und Gesundheitsbereich, nicht gerecht und müsste deshalb sehr allgemein bleiben, sodass bereichsspezifische Regelungen weiterhin erforderlich wären.

8. Welche Initiativen sie ergriffen hat, um das Prinzip der kommunalen Daseinsvorsorge im Bereich Gesundheit und den universellen Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen auf europäischer Ebene zu verteidigen und wie sie in diesem Zusammenhang das beim EUGH anhängige Verfahren „Asklepios“ (T-167/04) bewertet?

In der zwischen der Bundesregierung und den Ländern abgestimmten Antwort zur Mitteilung der Kommission zu Gemeinschaftsmaßnahmen im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen wurde deutlich gefordert, dass bei der Anwendung von Gemeinschaftsregeln dem spezifischen Charakter des Gesundheitsbereichs Rechnung getragen werden muss. Deswegen ist in diesem Zusammenhang auch dafür Sorge zu tragen, dass das Subsidiaritätsprin-

zip und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit volle Geltung finden. Es ist die ureigenste Aufgabe der Mitgliedstaaten, eine Gesundheitsversorgung aufrechtzuerhalten, die auf den allumfassenden Prinzipien von Zugang für alle (Universalität) zu qualitativ guter Versorgung, Gleichheit und Solidarität beruht.

Am 8. März 2007 fand vor dem Europäischen Gericht erster Instanz die mündliche Verhandlung in der Rechtssache „Asklepios“ (T-167/04) statt. Die Klage der Asklepios Kliniken GmbH richtet sich gegen die EU-Kommission, da diese keine Entscheidung über die Beschwerde der Klägerin betreffend die Gewährung mutmaßlich rechtswidriger Beihilfen an Krankenhäuser der öffentlichen Hand in Deutschland erlassen hat. Das vom Vorsitzenden Richter angekündigte Urteil steht noch aus. Aus kommunaler Sicht ist von Interesse, dass die Ausgleichszahlungen an kommunale Krankenhäuser als solche nicht Gegenstand des Verfahrens sind und deshalb eine Entscheidung darüber auch nicht zu erwarten ist.

II. Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltung und interkommunalen Zusammenarbeit durch das EU-Vergaberecht

1. Teilt die Landesregierung die Forderung der kommunalen Spitzenverbände, die interkommunale Zusammenarbeit dem Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinien zu entziehen, wenn nein, welche Gründe sprechen dagegen?

2. Wie bewertet die Landesregierung in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung zur Vergabepflicht interkommunaler Kooperationen sowohl des Europäischen Gerichtshofs (Grundsatzurteil vom 13. Januar 2005) als auch deutscher Oberlandesgerichte (OLG Düsseldorf vom 5. Mai 2004; OLG Frankfurt/Main vom 7. September 2004; OLG Naumburg vom 3. November 2005), wonach die Aufgabenübertragung innerhalb der Kommunen (Abfallentsorgungsleistungen) auf Grundlage der Landesgesetze über die kommunale Zusammenarbeit der Ausschreibungspflicht unterliegen?

Zu Nummer 1 und 2 ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Forderung der kommunalen Landesverbände aus Sicht der Landesregierung grundsätzlich berechtigt ist. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der geltenden EU-Regelungen über die Vergabe von Aufträgen bestimmte Formen der kommunalen Zusammenarbeit aus Sicht der EU-Kommission im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und eines deutschen Oberlandesgerichts unter das Vergaberecht fallen. Dies gilt etwa für die Wahrnehmung von Aufgaben, die von einer Kommune auf die andere ohne Wechsel der Zuständigkeit übertragen worden sind.

Die Landesregierung hat aufgrund des Antrags der Abg. Michael Theurer u. a. – Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht – Drucksache 14/665 zu den angesprochenen Fragen eingehend Stellung genommen. Hierauf wird verwiesen. Wie dort zu Ziffer 4 ausgeführt wurde, ist auf EU-Ebene derzeit ein Klärungsprozess im Gang, dessen Ergebnisse abgewartet werden sollten.

Aus abfallrechtlicher und abfallwirtschaftlicher Sicht ist ergänzend anzumerken, dass nach § 1 des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit Gemeinden und Landkreise Zweckverbände bilden oder öffentlich-rechtliche Vereinbarungen zur Erledigung ihrer Aufgaben abschließen können, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes vorgegeben ist. § 7 Landesabfallgesetz konkretisiert diese Kooperationsmöglichkeit für die ihnen nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz und dem Landesabfallgesetz obliegenden Entsorgungspflichten. So ist auch u. a. festgelegt, wann die öffentlich-rechtlichen

Entsorgungsträger zur Bildung von Abfallverbänden oder zum Abschluss von öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen verpflichtet sind.

Das Bestehen einer etwaigen Ausschreibungspflicht im Falle des Abschlusses von öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen berührt nicht die – abfallwirtschaftlich relevante – Zuständigkeit für die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern obliegenden Aufgaben.

3. Welche Konsequenzen die Kommissionsmitteilung aus Sicht der Landesregierung nach sich ziehen wird, nach der im Kommunalbereich die Aufträge (ca. 95 %), die gegenwärtig unterhalb der EU-Schwellenwerte liegen, in Zukunft von zusätzlichen und äußerst bürokratischen EU-Bekanntmachungs- und Vergaberechspflichten erfasst werden und damit einem erweiterten Rechtsschutz unterliegen sollen, und ob sie die Klage der Bundesrepublik Deutschland vor dem EuGH gegen die Kommissionsmitteilung zu den sogenannten Unterschwellenvergaben unterstützt?

Die Thematik der angesprochenen Mitteilung der EU-Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, vom 23. Juni/24. Juli 2006 (Abl. EU Nr. C 179, S. 2) war bereits Gegenstand des Antrags der Abg. Michael Theurer u. a. – EU-weite Ausschreibung von Kleinaufträgen – LT-Drucksache 14/446. Auf die Stellungnahme der Landesregierung hierzu wird Bezug genommen.

Der von der Bundesregierung vor dem Europäischen Gerichtshof gegen diese Mitteilung erhobenen Nichtigkeitsklage sind inzwischen auch eine Reihe anderer Mitgliedstaaten (soweit bekannt: Frankreich, Polen, Niederlande, Österreich) sowie das Europäische Parlament beigetreten. Die Landesregierung begrüßt diesen Schritt der Bundesregierung in der Hoffnung, dass zu den angesprochenen Fragen auf diesem Wege mehr Klarheit erreicht werden kann. Vor weiter gehenden Überlegungen bleibt daher der Ausgang dieses schwebenden Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof abzuwarten.

4. Wie schätzt die Landesregierung die aktuelle EU-Rechtsprechung zu vergabefreien In-House-Geschäften ein, wonach dies nur noch bei hundertprozentigem Eigentum der öffentlichen Hand möglich sein soll, und welche Konsequenzen ergeben sich aus ihrer Sicht daraus insbesondere für die Modelle des „Public Private Partnership“?

Eine Beauftragung Dritter mit der Erbringung von Leistungen gegen Entgelt unterliegt grundsätzlich den in den europäischen Vergaberichtlinien getroffenen Regelungen, sofern der geschätzte Auftragswert voraussichtlich die EU-Schwellenwerte erreicht oder übersteigt und sich aus den Vergaberichtlinien nicht ausdrücklich eine Ausnahme ergibt.

Eine weitere Ausnahme ergibt sich aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 18. November 1999 Rs. C-107/98 (sog. Teckal-Urteil) für sogenannte In-House-Geschäfte im Wege der Beauftragung rechtlich selbstständiger Tochtergesellschaften von öffentlichen Auftraggebern. Ein solches vergaberechtfreies sog. In-House-Geschäft liegt danach jedoch nur vor, wenn die auftraggebende Gebietskörperschaft als öffentlicher Auftraggeber über das Unternehmen, das beauftragt wird, eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt, sodass dem Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber keine eigene Entscheidungsgewalt zukommt, und das Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft verrichtet, die seine Anteile innehat.

Zum Kriterium der Kontrolle über eine eigene Dienststelle hat der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 11. Januar 2005 Rs. C-26/03 in Sachen Stadt Halle, Recyclingpark Lochau gegen Arbeitsgemeinschaft TREA Leuna entschieden, dass diese Voraussetzung nur vorliegen kann, wenn die fragliche Einrichtung zu 100 % von öffentlichen Stellen gehalten wird. Dagegen schließt die – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen (Rz. 49 aaO.). Andernfalls würden das Ziel des freien und unverfälschten Wettbewerbs und der Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten beeinträchtigt werden, weil dem an einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft beteiligten privaten Unternehmen gegenüber seinen Konkurrenten ein Vorteil verschafft würde (Rz. 51 aaO.).

Das Halle-Urteil hat aus Sicht der Landesregierung die zuvor immer wieder vorhandenen Unsicherheiten der öffentlichen Auftraggeber über die Zulässigkeit von In-House-Vergaben mit gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften geklärt und damit beseitigt. Schwierigkeiten bei der richtigen Anwendung dieser Regel sind der Landesregierung bislang nicht bekannt geworden.

Mit der 100 %-Regel hat der Europäische Gerichtshof jedoch einen sehr restriktiven Maßstab aufgestellt, der insbesondere auch aus kommunaler Sicht den Entscheidungsspielraum über das notwendige Maß hinaus einschränkt. Die Landesregierung hält eine Änderung allerdings nur für möglich, wenn die den Urteilen zugrunde liegenden EU-rechtlichen Vorgaben gelockert werden. Hierfür sieht sie die Chancen derzeit als gering an, nachdem auch das Parlament im sog. „Weiler-Bericht“ diesen rechtlichen Vorgaben nicht grundsätzlich widersprochen hat. Das Parlament erkennt in Ziffer 35 des Berichts „den Wunsch der Praxis nach Klärung der Anwendung des Vergaberechts auf die Gründung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, die mit einer Auftrags- oder Konzessionsvergabe verbunden ist, und fordert die Kommission auf, baldmöglichst entsprechende Klarstellungen zu treffen.“ Nach Ziffer 36 des Berichts ist das Parlament „nicht der Ansicht, dass vergabefreie „In-House-Geschäfte“ weiter ausgedehnt werden sollten, da damit bestimmte Bereiche von der Notwendigkeit entbunden wären, die Binnenmarkt- und Wettbewerbsvorschriften einzuhalten.

Public Private Partnerships (PPP) sind eine spezielle Form der Beschaffung von Bau- und Dienstleistungen für die öffentlichen Hände. Für die Auswahl der privaten Partner bei PPP-Vorhaben gelten die gleichen Vergabevorschriften wie auch sonst für die Auswahl von Auftragnehmern bei Bau- bzw. Dienstleistungsaufträgen. Die Durchführung eines wettbewerblichen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens mit anschließender Beauftragung des wirtschaftlich günstigsten Anbieters liegt sowohl im Interesse der infrage kommenden Unternehmen, wie auch des öffentlichen Auftraggebers, der mit der Auswahl unter verschiedenen Alternativen sein PPP-Vorhaben optimieren und so seiner Verpflichtung zur Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Rechnung tragen kann.

III. Tätigkeiten der Landesregierung für den Bestand der kommunalen Selbstverwaltung und Daseinsvorsorge in Europa

1. Welche konkreten Schritte hat die Landesregierung unternommen, um den europäischen Liberalisierungsbestrebungen und der damit einhergehenden Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltung entgegenzusteuern, unter Darlegung, auf welchem Weg sie ihre Forderungen/Position befördert, wie erfolgreich sie bisher war und welche weiteren Schritte aus ihrer Sicht notwendig und geplant sind?

Die EU hat die Liberalisierung seit Anfang der 90er Jahre mit zahlreichen Richtlinien und Verordnungen zu einzelnen Sektoren, die früher staatlich monopolisierte Märkte waren, vorangetrieben (vor allem Strom, Gas, Telekommunikation, Post). Hier handelt es sich um gemeinschaftsweite sektorspezifische Regelungen für einzelne Bereiche der Daseinsvorsorge, die aufgrund der Größe und der strukturellen Vernetzung von gemeinschaftsweiter Bedeutung sind. In diesen Bereichen besteht auch weitgehend Einigkeit darüber, dass die Marktöffnung zu besserem Service und Preisvorteilen für die Verbraucher geführt hat. Für andere spezifische Bereiche hat der Bundesrat mit Unterstützung der Landesregierung bereits 2004 die Haltung vertreten, dass es Sache der zuständigen nationalen, regionalen und lokalen Behörden ist, die angebotenen Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse festzulegen, zu definieren, zu organisieren, zu finanzieren und zu kontrollieren. (BR-Drucksache 466/04 – Beschluss –). In diesem Sinne hat sich auch stets das Umweltministerium hinsichtlich der Wasserversorgung und der Abfallentsorgung gegenüber den am europäischen Gesetzgebungsprozess Beteiligten ausgesprochen.

Diese Problematik wurde u. a. im April 2002 in eine Diskussionsveranstaltung mit Herrn Europaabgeordneten Rainer Wieland im Ministerium für Umwelt und Verkehr, im Februar 2003 bei einer Konferenz der „Vier Motoren Europas“ in Mailand und im Oktober 2005 bei einem Gespräch von Frau Ministerin Gönner mit Herrn Umweltkommissar Dimas in Brüssel ausführlich behandelt. Für die Position des Umweltministeriums wurde zudem mehrfach in Ministerschreiben an alle baden-württembergischen Europaabgeordneten geworben.

Der Bundesrat hat sich darüber hinaus mit Zustimmung der Landesregierung auch zu horizontalen Regelungen des Vergabe-, Wettbewerbs- und Beihilfrechts geäußert. Beispielhaft sei der Bereich der öffentlich-privaten Partnerschaften erwähnt. Hier weist der Bundesrat darauf hin, dass es sich bei Formen der kommunalen Zusammenarbeit in Deutschland vielfach um rein organisatorische Entscheidungen handelt, die nicht mit Mitteln des Vergaberechts beurteilt werden können (BR-Drucksache 408/04 – Beschluss –).

2. Welche Art der Kooperation mit den Kommunalen Spitzenverbänden des Landes und Bundes und deren Verbindungsbüros in Brüssel betreibt die Landesregierung?

Die Vertretung des Landes Baden-Württemberg bei der Europäischen Union unterhält enge und vielfältige Kontakte zum Büro der Baden-Württembergischen Kommunen in Brüssel und zum Europabüro des Deutschen Städtetages. Diese reichen von der Unterstützung bei der Betreuung von Kommunalvertretern bei Besuchen in Brüssel bis hin zu gemeinsamen Veranstaltungen zu einzelnen Fachthemen. Darüber hinaus besteht ein permanenter und offener Informations- und Meinungsaustausch auf Arbeitsebene zu beiderseitigem Nutzen.

3. In welchen Themenbereichen der kommunalen Daseinsvorsorge und in welchen Arbeitsstrukturen arbeitet die Landesregierung mit EU-Institutionen (AdR, Wirtschafts- und Sozialpartner) bzw. mit anderen Mitgliedstaaten mit kommunalen Selbstverwaltungselementen zusammen und welche Initiativen haben sich mit welchem Erfolg aus dieser Kooperation möglicherweise ergeben?

Die Zusammenarbeit mit EU-Institutionen erfolgt sowohl auf formaler Basis, beispielsweise durch die Mitgliedschaft im Ausschuss der Regionen der EU, über die Funktion des Bundesratsvertreters in Ratsarbeitsgruppen oder Kom-

missionsausschüssen als auch informell über Verbindungen zu Abgeordneten des Europäischen Parlaments und Vertretern der Europäischen Kommission.

Die Kooperation erstreckt sich dabei auf das gesamte Feld der europapolitischen Themen mit Kommunalbezug – einschließlich der Verkehrspolitik. Da im europäischen Kontext bisher keine einheitliche Definition verfügbar ist, kann der Begriff Daseinsvorsorge zur Konkretisierung in diesem Zusammenhang nicht herangezogen werden.

Die Vertretung des Landes Baden-Württembergs bei der EU nutzt die Brüsseler Plattform – auch in Kooperation mit den o. a. Partnern – um die baden-württembergische Sicht konkreter kommunalpolitischer Fragestellungen mit Europabezug in Fachveranstaltungen, Workshops oder auch Abstimmungsgesprächen mit Entscheidungsträgern aus Kommission, Parlament und anderen Mitgliedstaaten, Regionen und Kommunen zu erörtern. Diese Aktivitäten dürften auch dazu beigetragen haben, dass die Bundesregierung im September 2006 Klage beim EuGH eingereicht hat gegen die Mitteilung der Kommission vom 23. Juni 2006 zu Auslegungsfragen des Gemeinschaftsrechts in Bezug auf die Vergabe von Aufträgen, die nicht unter die EU-Vergaberichtlinien fallen. Auch das Europäische Parlament stützte im Februar 2007 die deutsche Auffassung.

B. Kommunale Daseinsvorsorge und Privatisierung

I. Bestandsaufnahme kommunaler wirtschaftlicher Tätigkeit

1. Wie hat sich die Wirtschaftstätigkeit der Kommunen in privater Organisationsform seit 1990 entwickelt unter Darlegung, wie viele Gesellschaften in privater Rechtsform – getrennt nach GmbH, AG und sonstigen privaten Rechtsformen – es landesweit in den Jahren 1990, 1995, 2000 und 2005 gab, seit wann und aus welchen Gründen ein Trend zur kommunalen Tätigkeit in Privatrechtsform zu verzeichnen ist und ob es einen Zusammenhang zwischen Gemeindegröße und privater Organisationsform kommunaler Betriebe gibt und wenn ja, worauf ist dieser zurückzuführen?

Die wirtschaftliche Tätigkeit in privater Rechtsform der Kommunen in Baden-Württemberg ist aus der als Anlage zum Schreiben des Wirtschaftsministeriums vom 18. Juni 2007 beigefügten Tabelle des Statistischen Landesamts ersichtlich. Es sind Gesellschaften erfasst, an denen die Gemeinden und Landkreise unmittelbar und zu 100 % beteiligt sind. Die Daten beziehen sich auf die Jahre 1995, 2000 und 2005. Für 1990 sind keine vollständigen Daten verfügbar.

Die vom Statistischen Landesamt gelieferten Zahlen sind wenig aussagekräftig, da sie alle mittelbaren Beteiligungen sowie alle Beteiligungen unter 100 % nicht enthalten. Ein eindeutiger Trend zur kommunalen Tätigkeit in Privatrechtsform kann den Zahlen daher nicht sicher entnommen werden. Auch eine Korrelation zwischen Gemeindegröße und Organisationsform ergibt sich aus der Tabelle nicht.

Mit dem Gesetz zur Änderung gemeindegewirtschaftsrechtlicher Vorschriften vom 19. Juli 1999 (GBl. S. 292; LT-Drucksache 12/4055) sollten die Wahlmöglichkeiten bei den Rechts- und Organisationsformen kommunalen Handelns erweitert werden. Gleichzeitig wurde der Vorrang des Eigenbetriebs abgeschafft und der Nachrang der Rechtsform der Aktiengesellschaft (§103 Abs. 2 GemO) verankert.

Aus der Steigerung der absoluten Zahl kommunaler unmittelbarer Beteiligungen in Form der GmbH kann – trotz der sehr eingeschränkten Aussagekraft des Datenmaterials – geschlossen werden, dass sich diese als Hauptrechtsform kommunaler wirtschaftlicher Tätigkeit durchgesetzt hat. Dies

dürfte insbesondere darauf zurückzuführen sein, dass mit dieser Rechtsform wegen ihrer großen gesellschaftsrechtlichen Flexibilität ein angemessener kommunaler Einfluss gesichert werden kann. Aus statistischen Daten des Verbandes kommunaler Unternehmen e. V. (VKU), die sich naturgemäß auf seine etwa 1 400 Mitglieder beschränken, lässt sich entnehmen, dass bundesweit etwa 25 % der Mitglieder als Eigenbetriebe und knapp 5 % als Zweckverband, also öffentlich-rechtlich organisiert sind. Als GmbH sind ca. 62 % und als Aktiengesellschaft knapp 6 % organisiert.

Die 159 baden-württembergischen Mitgliedsunternehmen des VKU gliedern sich nach Rechtsform auf wie folgt (Quelle: Mitgliederverzeichnis, VKU kompakt, Ausgabe 2006):

Eigenbetriebe	54
Zweckverbände	11
Sonstige öffentliche Organisationsformen	19
Aktiengesellschaften	5
GmbHs	60
sonstige Gesellschaften	10

Der Landesregierung liegen keine weiteren Erkenntnisse über die Zahl der kommunalen Unternehmen in privater Rechtsform vor. Eine vollständige Aufgliederung nach jeweiliger Rechtsform und für die vier genannten Bezugsjahre wäre nur mit einem unvertretbar hohen Erhebungsaufwand möglich.

2. *Wie hat sich die kommunale Wirtschaftstätigkeit seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Gemeindegewirtschaftsrechts am 1. Januar 2006 entwickelt, insbesondere*

a) *welche Erkenntnisse liegen der Landesregierung seit Einführung der qualifizierten Subsidiaritätsklausel nach § 102 Abs. 1 Nr. 3 Gemeindeordnung Baden-Württemberg (GemO) vor; die bei einem wirtschaftlichen Tätigwerden der Kommune außerhalb der Daseinsvorsorge bei Leistungsparität der privaten Wirtschaft einen Vorrang einräumt und ob sich diese Gesetzesintention in der Praxis auch bestätigt hat;*

In drei Regierungsbezirken wurden Überlegungen zur Aufnahme oder Erweiterung einer wirtschaftlichen Tätigkeit außerhalb der Daseinsvorsorge nicht bekannt. Gründungs- und Erweiterungsüberlegungen in Kommunen werden allerdings in der Regel der zuständigen Rechtsaufsichtsbehörde nur bekannt, wenn derartige Überlegungen konkret beabsichtigt sind. Hierzu werden Gesellschaftsverträge im Entwurf vor einer Beschlussfassung durch den Gemeinderat zur Prüfung oder Beschlüsse im Rahmen des Vorlageverfahrens zur Bestätigung der Gesetzmäßigkeit vorgelegt. Im Zuständigkeitsbereich einer oberen Rechtsaufsichtsbehörde wurden drei Fälle entsprechender Absichten festgestellt, in denen jeweils das vorgeschriebene Anhörverfahren durchgeführt worden ist. In einem Fall wurden die Überlegungen realisiert, in einem Falle davon Abstand genommen, der dritte Fall ist noch nicht abgeschlossen. Die notwendigen Entscheidungen wurden jeweils vom Gemeinderat getroffen.

b) *welche qualitativen Veränderungen die Aufgabe des Territorialprinzips nach § 102 Abs. 7 GemO seit deren Einführung für die wirtschaftliche kommunale Betätigung innerhalb der Daseinsvorsorge mit sich gebracht hat, insbesondere im Bereich der Energieversorgung?*

Durch die Einführung von § 102 Abs. 7 GemO mit Wirkung vom 1. Januar 2006 haben sich bislang in der kommunalen Praxis keine erkennbaren qualitativen Veränderungen ergeben.

Insbesondere im Bereich der Energieversorgung haben die Rechtsaufsichtsbehörden in Baden-Württemberg bereits seit der Liberalisierung des Strom- und Gasmarktes die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune auch über ihr Gemeindegebiet hinaus toleriert.

Auch in anderen Bereichen (z. B. sozialer Wohnungsbau) sind in Einzelfällen solche Aktivitäten aufgrund der bislang bereits zulässigen interkommunalen Absprachen erfolgt. Darüber hinaus betätigen sich die Kommunen weiterhin fast ausschließlich in ihrem eigenen Gemeindegebiet oder gründen Unternehmen gemeinsam mit Nachbarkommunen (etwa Klinikum-Gesellschaften).

Lediglich im Bereich des Regierungspräsidiums Tübingen wurde ein Fall bekannt, in dem sich die Stadtwerke über ihre Beteiligung an einem Nahverkehrsunternehmen an einer Verkehrsgesellschaft in Bayern beteiligt haben.

Insgesamt kann festgestellt werden, dass die Verschärfung der gemeindewirtschaftlichen Subsidiaritätsklausel sowie die Lockerung des Örtlichkeitsprinzips bisher in der kommunalen Praxis nicht zu signifikanten Veränderungen geführt haben. Die Kommunen betätigen sich bei ihren wirtschaftlichen Aktivitäten in aller Regel im Bereich der Daseinsvorsorge und – abgesehen von der Energieversorgung – auch weitgehend innerhalb ihres örtlichen Wirkungsbereiches. Diese Bewertung wird von den kommunalen Landesverbänden geteilt. Im Bereich der Energieversorgung ist jedoch zu beobachten, dass insbesondere größere und leistungsfähige Stadtwerke von der Möglichkeit, sowohl überregional als auch national den Wettbewerb um Energiekunden aufzunehmen, verstärkt Gebrauch machen. Es spricht daher einiges dafür, dass die Änderung des § 102 Abs. 7 GemO auf dem Gebiet der Energieversorgung insbesondere im Bereich der kleineren und mittleren Energieabnehmer eine Verbesserung des Angebots mit sich gebracht hat.

3. Inwieweit teilt die Landesregierung die Auffassung, dass die aus dem Klimawandel resultierenden Erfordernisse (effizientere Erzeugung und Bereitstellung von Energie, Energieeinsparung und Ausbau der regenerativen Energien im Wärmemarkt) am besten verbrauchernah zu erbringen sind und damit den Stadtwerken zukünftig eine wachsende Bedeutung zukommt?

Nach den Grundsätzen der liberalisierten Energiemärkte sind künftig dort, wo es möglich ist, sämtliche Leistungen im Wettbewerb zu erbringen. Dies umfasst sowohl den Bereich des Energiehandels, als auch den Bereich der Stromerzeugung. Grundlegend ist dabei, dass sämtliche Wettbewerber diskriminierungsfrei dieselben Bedingungen vorfinden. Sämtliche Energieversorgungsunternehmen haben sich mittlerweile an diesem Prinzip ausgerichtet. Dies äußert sich u. a. darin, dass einerseits große überregionale Anbieter Energiedienstleistungen und Energieprodukte auf jeder Stufe – auch verbrauchernah vor Ort – anbieten. Andererseits sind genauso Kooperationen und Zusammenschlüsse von regionalen Anbietern zu beobachten, die überregional tätig sind.

Im Bereich der Energieeffizienz und der erneuerbaren Energieträger bedeutet dies, dass etwa kleine lokale Kraft-Wärme-Kopplungsprojekte genauso von einem überregionalen Energieversorgungsunternehmen, wie von einem Stadtwerk angeboten werden können. Wer letztlich dabei zum Zuge kommt, entscheidet der Verbraucher aufgrund der Angebote im Wettbewerb. Es kann

daher nicht davon ausgegangen werden, dass Stadtwerke im angesprochenen Bereich per se stets der bessere Anbieter wären.

Andererseits können Stadtwerke im Rahmen des Wettbewerbs gezielt ihre Ortskenntnis und ihre Kenntnis der speziellen Verbraucherwünsche zur Erstellung entsprechender Angebote einsetzen und auf diese Weise Vorteile erzielen. Die zukünftige Bedeutung der Stadtwerke im Bereich des Einsatzes erneuerbarer Energien und der Steigerung der Energieeffizienz richtet sich somit danach, wie es diesen gelingt, sich durch Leistung im Wettbewerb zu behaupten.

Aus der Sicht des Klimaschutzes ist anzumerken, dass den Stadtwerken künftig eine wachsende Bedeutung zukommen kann, wenn sie die aus dem Klimawandel resultierenden Erfordernisse erkennen und sich ihrer Verantwortung stellen. Bei der effizienten Bereitstellung dezentral erzeugter Energie insbesondere von Wärme aus regenerativen Quellen können Stadtwerke Stärken gegenüber großen Energieversorgern haben. Dieses Potenzial müssen sie durch verantwortungs- und problembewusste Angebote erschließen.

4. Gibt es Fälle, in denen die Rechtsaufsichtsbehörde von der besonderen Vorlagepflicht der Gemeinden nach § 108 GemO abgesehen hat oder absieht, und wenn ja, in welchen Fällen und aus welchen Gründen?

Fälle, in denen die Rechtsaufsicht von der besonderen Vorlagepflicht der Kommunen nach § 108 GemO abgesehen hat oder absieht, sind nicht bekannt.

Die Stadt- und Landkreise, Städte und Gemeinden werden – bei Bedarf – auf die Vorlagepflicht nach § 108 GemO hingewiesen. In der Regel kommen die Kommunen ihrer Vorlagepflicht allerdings unaufgefordert nach.

5. Sind bisher alle Gemeinden der Vorlagepflicht nachgekommen und wenn nein, in wie vielen und welchen Fällen wurde die Rechtsaufsichtsbehörde nicht unterrichtet und welche Konsequenzen hatte die Verletzung der Vorlagepflicht für die betroffenen Kommunen oder Kreise?

Nach § 108 i. V. m. § 121 Abs. 2 GemO sind die Beschlüsse des Gemeinderats der Rechtsaufsicht zur Bestätigung der Gesetzmäßigkeit vorzulegen. Diese Vorlagepflicht wird in der Regel beachtet.

In wenigen, zahlenmäßig nicht erfassten Einzelfällen sind Kommunen der Vorlagepflicht nicht oder verspätet (nach erfolgter Gesellschaftsgründung) nachgekommen. In den bekannt gewordenen Fällen ist in der Regel ein Hinweis auf die Vorlagepflicht und ihre Bedeutung erfolgt. Die Rechtsaufsichtsbehörden haben in diesen Fällen von einer Bestätigung der Gesetzmäßigkeit abgesehen, da dem Sinn und Zweck der Vorlagepflicht, nämlich einer vorbeugenden Rechtskontrolle, nicht mehr Rechnung getragen werden konnte. In Einzelfällen wurden gesellschaftsvertragliche Änderungen erforderlich. Aufsichtsrechtliche Maßnahmen nach den §§ 120 ff. GemO waren nicht erforderlich.

II. Publizitätspflicht der Gemeinden und Mitwirkungsrechte des Gemeinderats

1. Erfüllen alle Gemeinden in Baden-Württemberg, die an einem Unternehmen des privaten Rechts beteiligt sind, die rechtlich verbindliche Vorgabe unter der Voraussetzung des § 53 Haushaltsgrundsätzgesetzes (HGrG)

a) nach § 105 Absatz 1 GemO eine erweiterte Jahresabschlussprüfung vorzulegen und ortsüblich bekannt zu geben;

Die Verpflichtung, nach § 105 Abs. 1 GemO eine erweiterte Jahresabschlussprüfung vorzulegen und ortsüblich bekannt zu geben, wird in aller Regel erfüllt. Soweit dies in der Vergangenheit vereinzelt nicht der Fall war, wurde dies im Zusammenhang mit der überörtlichen Prüfung von der Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg aufgegriffen und während des Prüfungsverfahrens in Abstimmung mit der Rechtsaufsichtsbehörde bereinigt bzw. nachgeholt.

b) nach § 105 Absatz 2 GemO zur Information des Gemeinderats und der Einwohnerschaft einen jährlichen Beteiligungsbericht zu erstellen und öffentlich bekannt zu geben und wenn nein, wie viele kommen dieser Pflicht nicht nach und aus welchem Grund (aufgliedert nach a und b)?

Die Kommunen kommen der Verpflichtung nach § 105 Abs. 2 GemO zur Erstellung eines Beteiligungsberichts seit einigen Jahren uneingeschränkt nach.

Die Rechtsaufsicht hat die Kommunen auf die im Zusammenhang mit der Gemeindefinanzrechtsnovelle 1999 eingetretenen Rechtsänderungen hingewiesen. Dabei wurde auch die Verpflichtung zur Erstellung von jährlichen Beteiligungsberichten ab dem Jahr 2000 (für das Geschäftsjahr 1999) ausdrücklich thematisiert. Die Umsetzung der sich aus der Novelle 1999 ergebenden Verpflichtungen für die Kommunen hat die Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg in den Folgejahren im Rahmen der überörtlichen Prüfung schwerpunktmäßig überwacht und – soweit erforderlich – aufgegriffen. Festgestellte Defizite sind in Zusammenarbeit mit der Rechtsaufsicht jeweils zügig bereinigt worden.

2. Mit welchen Konsequenzen wird die Gemeinde bei Nichtvorlage einer Jahresabschlussprüfung bzw. eines Beteiligungsberichtes konfrontiert?

Wie oben bereits dargelegt, wird die erweiterte Jahresabschlussprüfung bei den kommunalen Unternehmen regelmäßig durchgeführt. Ebenso wird der Beteiligungsbericht von den Kommunen seit geraumer Zeit jährlich erstellt, dem Gemeinderat vorgelegt und anschließend ortsüblich bekannt gegeben. Soweit dies im Einzelfall nicht der Fall wäre, würde dies von der Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg im Zusammenhang mit der überörtlichen Prüfung festgestellt und – unter Mitwirkung der Rechtsaufsichtsbehörde – eine nachträgliche Bereinigung gefordert.

3. In wie vielen Fällen und aus welchen Gründen haben seit dem Jahr 1999 die Rechtsaufsichtsbehörden von den Gemeinden nach § 105 Absatz 4 GemO die Vorlage von Prüfberichten/Beteiligungsberichten verlangt?

Eine Vorlage von Beteiligungsberichten und Prüfberichten nach § 105 Abs. 4 GemO ist von den Rechtsaufsichtsbehörden bislang nur in wenigen Ausnahmefällen verlangt worden, wenn dies zur Beurteilung konkreter Sachverhalte und zur Prüfung der finanziellen Auswirkungen auf den Gemeindehaushalt sachlich notwendig war.

Das Regierungspräsidium Freiburg hat von vier Fällen berichtet, sowie von einigen Fällen, wo dies zur Prüfung der Voraussetzungen einer Ausnahmeregelung nach § 103 Abs. 1 Satz 2 GemO erforderlich war. Im Bereich des Re-

gierungspräsidiums Karlsruhe wurden Fallzahlen nicht genannt, im Regierungsbezirk Tübingen wurden von den Landratsämtern sehr vereinzelt, von einem Landratsamt flächendeckend Beteiligungsberichte verlangt. Im Bereich des Regierungspräsidiums Stuttgart hatte eine sachliche Notwendigkeit nicht bestanden.

4. *Wie bewertet die Landesregierung die Entwicklung der aktuellen Rechtsprechung, wonach die Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern einer kommunalen GmbH zugunsten des Informationsrechts der Öffentlichkeit durch öffentlich zu beratende Tagesordnungspunkte zumindest teilweise aufgehoben werden kann und welche Konsequenzen zieht sie daraus?*

(Siehe hierzu: Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10. Februar 2005 [III ZR 294/04]; Urteil des Landgerichts Freiburg, 1. Kammer für Handelssachen [10 O 49/04]; Verwaltungsgericht Regensburg [RN 3 K 04.01408]).

5. *Wie verträgt sich die grundsätzliche Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern mit dem Öffentlichkeitsprinzip nach § 35 GemO?*

6. *Wie wird die rechtliche Möglichkeit eingeschätzt die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder beim fakultativen Aufsichtsrat einer kommunalen GmbH durch die Öffnungsklausel des § 52 GmbH-Gesetzes (GmbHG) durch Änderung des Gesellschaftsvertrages einzuschränken?*

Zu Nummer 4 bis 6 ist zunächst darauf hinzuweisen, dass auch beim Aufsichtsrat einer kommunalen GmbH danach zu unterscheiden ist, ob es sich um einen obligatorischen oder fakultativen Aufsichtsrat handelt. Die Bestellung eines Aufsichtsrats ist nur für große GmbHs mit mehr als 500 Arbeitnehmern nach dem Betriebsverfassungsgesetz bzw. mit mehr als 2000 Arbeitnehmern nach dem Mitbestimmungsgesetz vorgeschrieben. Im kommunalen Bereich wird diese Größenordnung in aller Regel nicht erreicht, sodass der Aufsichtsrat in aller Regel fakultativ ist. Das GmbH-Gesetz schreibt als Organe nur die Geschäftsführung und die Gesellschafterversammlung zwingend vor.

Die Verschwiegenheitspflicht für Mitglieder des Aufsichtsrats einer GmbH ergibt sich aus § 52 Abs. 1 GmbHG in Verbindung mit §§ 116 und 93 AktG. Danach haben Aufsichtsratsmitglieder über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die ihnen durch ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat bekannt geworden sind, Stillschweigen zu bewahren. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind Tatsachen, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind, die in Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehen und an deren Geheimhaltung das Unternehmen ein wirtschaftliches Interesse hat. Ob ein echtes Betriebs- und Geschäftsgeheimnis vorliegt, ist im Einzelfall zu entscheiden.

Die Verschwiegenheitspflicht wird aus der Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft abgeleitet. Es ist grundsätzlich möglich, die Verschwiegenheitspflicht durch Gesellschaftsvertrag zu lockern. So ist es einer kommunalen GmbH rechtlich erlaubt, im Gesellschaftsvertrag Dritten ein Recht auf Teilnahme an den Sitzungen des fakultativen Aufsichtsrats einzuräumen, wenn dies mit der Stellung und den Aufgaben des Aufsichtsrats im Einzelfall vereinbar ist.

Ob die Verschwiegenheitspflicht im fakultativen Aufsichtsrat beliebig verschärft oder eingegrenzt oder gar vollständig aufgehoben werden kann, ist in der gesellschaftsrechtlichen Literatur umstritten. Das Verwaltungsgericht Regensburg zieht „die Grenze in einem Abwägungsprozess zwischen dem vom Grundsatz der Öffentlichkeit beherrschten Kommunalrecht – in Baden-Würt-

temberg § 35 der Gemeindeordnung –, der Funktions- und Kontrollfähigkeit des Aufsichtsrats sowie den berechtigten Ansprüchen von Privatpersonen, des Allgemeinwohls und den zwingenden Unternehmensinteressen“. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat die Entscheidung mit Urteil vom 8. Mai 2006 (Az. 4 BV 05.756) bestätigt, jedoch in der Urteilsbegründung darauf hingewiesen, dass die Einschränkung der Verschwiegenheitspflicht für die Aufsichtsratsmitglieder nicht dazu führe, die Nichtöffentlichkeit der Sitzungen des Aufsichtsrats zu unterlaufen. Dies zeigt, dass das Gericht vom Grundsatz der Nichtöffentlichkeit der Aufsichtsratssitzungen ausgeht, der aber gesellschaftsrechtlich teilweise abdingbar ist.

Eine vollständige Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht ist nicht möglich. Die Verschwiegenheitspflicht kann beispielsweise bei Vorliegen echter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht abgeschafft werden.

In Einzelfällen wurden Kommunen von der Rechtsaufsicht im oben dargestellten Sinn beraten. Die Entscheidung, ob und ggf. in welchem Maß die Verschwiegenheitspflicht gelockert wird, ist von der Gemeinde im Rahmen ihrer kommunalen Selbstverwaltung zu treffen.

Falls in der kommunalen Praxis von den gesellschaftsrechtlich zulässigen Ausnahmemöglichkeiten Gebrauch gemacht wird, ist es Sache des Vorsitzenden des Aufsichtsrats, auch unter Einbeziehung verfahrensökonomischer Aspekte, zu entscheiden, welche Angelegenheiten in öffentlicher Sitzung zu behandeln sind.

7. Sind der Landesregierung schon Fälle bekannt, in denen die Kommune als Allein- oder Mehrheitsgesellschafterin eines kommunalen Unternehmens in Privatrechtsform einen Gesellschaftsbeschluss nach § 53 Absatz 1, 2 GmbHG auf Änderung des Gesellschaftsvertrages herbeigeführt hat?

Nach § 53 Abs. 1 GmbHG kann eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages nur durch Beschluss der Gesellschafter erfolgen; der Beschluss muss nach Absatz 2 notariell beurkundet werden.

Durch die GemO-Novelle 1999 sind zusätzliche Anforderungen an den Inhalt der Gesellschaftsverträge und Satzungen von kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform eingeführt worden. Für die Anpassung vorhandener Gesellschaftsverträge und Satzungen von bestehenden kommunalen Unternehmen ist nach Art. 8 des Gesetzes zur Änderung gemeindefinanzrechtlicher Vorschriften und anderer Gesetze vom 19. Juli 1999 eine Hinwirkungspflicht für die Kommunen normiert worden.

In Umsetzung dieser Gesetzesänderung, aber auch aus anderen Gründen, sind in den letzten Jahren zahlreiche Gesellschaftsverträge durch Gesellschafterbeschluss modifiziert bzw. ergänzt worden. Konkrete Zahlen liegen hierüber nicht vor, da eine Anpassung von bestehenden Gesellschaftsverträgen an inzwischen geänderte Rechtsvorschriften keine Vorlagepflicht nach § 108 GemO auslöst.

8. Hat die Kommune ein Einwirkungsrecht auf die anderen Gesellschafter, wenn sie in der Gesellschafterversammlung die nach § 53 Absatz 2, Satz 1 GmbHG nötige Dreiviertelmehrheit nicht besitzt?

Der Änderungsbeschluss muss mit mindestens $\frac{3}{4}$ der abgegebenen und nach § 47 Abs. 2 GmbHG berechneten Stimmen gefasst werden. Das Erfordernis dieser qualifizierten Mehrheit kann im Gesellschaftsvertrag nicht abgeschwächt, sondern allenfalls durch weitere Erfordernisse erschwert werden (z. B. Einstimmigkeit).

Ein gesetzlich begründetes Einwirkungsrecht auf die anderen Gesellschafter hat die Kommune nicht. Aus der o. g. Hinwirkungspflicht folgt kein besonderes Einwirkungsrecht auf die anderen Gesellschafter. Besitzt die Kommune nicht die notwendige Mehrheit zur Änderung des Gesellschaftsvertrags, ist sie lediglich verpflichtet, mit den ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten eine entsprechende Änderung anzustreben (vgl. LT-Drucksache 12/4055 S. 39).

9. Kann die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder ganz abgeschafft werden und wenn nicht, welchen Grenzen unterliegt sie dann?

Dazu wird auf die Ausführungen zu den Fragen B. II. Nummer 4 bis 6 verwiesen.

10. Wie bewertet die Landesregierung den Vorschlag, Sitzungen der Aufsichtsräte der kommunalen GmbHs in einen öffentlichen und einen nicht-öffentlichen Teil aufzugliedern, um den Informationszugang der Öffentlichkeit zu gewährleisten?

Sitzungen des Aufsichtsrats einer kommunalen GmbH sind grundsätzlich nichtöffentlich. Soweit die Gemeinde sich im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltungshoheit jedoch für eine Lockerung der Verschwiegenheitspflicht – im Rahmen des gesetzlich zulässigen – durch Gesellschaftsvertrag entschieden hat, bestehen keine Bedenken, die Sitzungen des Aufsichtsrats in einen öffentlichen und einen nichtöffentlichen Teil aufzugliedern.

11. Inwieweit steht dem Gemeinderat bei der Zusammensetzung des Aufsichtsrats bzw. bei der Besetzung der Vorstands- und Geschäftsführerpositionen in den kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform nach § 104 GemO ein aktives Mitwirkungsrecht zu?

§ 104 GemO regelt in seinem Abs.1 nur die Vertretung der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung sowie im Abs. 2 und 3 die Modalitäten zur Entsendung von Mitgliedern des Aufsichtsrats. Weitere Vorschriften für den Aufsichtsrat enthält die Regelung nicht, ebenso ist bezüglich Vorstand bzw. Geschäftsführung dort nichts geregelt. Auch die Bestimmungen bezüglich der gemeindlichen Einflussnahme in den Leitungs- und Aufsichtsorganen von privatrechtlichen Unternehmen in §§ 103 und 103 a GemO enthalten keine spezielle Vertretungsregelung der Gemeinde für Geschäftsführung oder Aufsichtsrat. Ob und durch wen die Gemeinde hier vertreten wird und wie viel Sitze ihr zustehen, bestimmt daher der Gesellschaftsvertrag (LT-Drucksache 10/5918, S. 36; 12/4055, S. 17 ff.).

Wegen der besonderen Bedeutung der Vertretung und Einflussnahme der Gemeinde in den Leitungs- und Aufsichtsorganen der Gesellschaft sollte über die Bestellung und Entsendung sowie ggf. über die Erteilung von Weisungen der Gemeinderat als Hauptorgan der Gemeinde (§ 24 Abs. 1 GemO) entscheiden.

12. Welche Kriterien legen Gemeinderäte bei der Entsendung ihrer Mitglieder in einen Aufsichtsrat eines kommunalen Unternehmens in Privatrechtsform in der Regel an, und welche Rolle spielen hierbei Fachkenntnisse für die Aufsichtsratsstätigkeit?

Über die Kriterien, die die Gemeinderäte bei der Entsendung von Vertretern in den Aufsichtsrat von kommunalen Unternehmen anlegen, entscheiden diese im Rahmen ihres kommunalen Mandats in eigener Verantwortung.

Drautz
Staatssekretär

Anlage 1

Statistisches Landesamt Baden-Württemberg
Referat 51, Berichtsreisemanagement

Unmittelbare Beteiligungen einer Gemeinde/Landkreis mit 100 Prozent an Gesellschaften des privaten Rechts in den Jahren 1995, 2000, 2005

Gemeindegrößenklasse Landkreise	Anzahl der Gemeinden /LKR 2006	1995						2000						2005					
		insgesamt		davon		sonstige	insgesamt		davon		sonstige	insgesamt		davon		sonstige			
		GmbH	AG	GmbH	AG		GmbH	AG	GmbH	AG									
Stadtkreise	9	33	31	0	2	40	38	0	2	50	44	0	6						
500.000 und mehr	1	4	4		4	4			13	10		3							
200.000–500.000	3	11	10	1	20	18		2	18	15		3							
100.000–200.000	4	12	12		11	11			14	14									
50.000–100.000	1	6	5	1	5	5			5	5									
Kreisangehörige Gemeinden	1101	98	96	1	1	124	121	1	2	157	151	1	5						
davon mit ... bis unter ... Einwohner																			
100.000 und mehr	1	2	2		4	3		1	4	3		1							
50.000–100.000	12	15	14	1	17	17			24	24									
20.000–50.000	79	41	40	1	49	48		1	64	61		2							
10.000–20.000	149	21	21		30	29		1	36	35		1							
5.000–10.000	272	15	15		20	20			21	20		1							
3.000–5.000	233	4	4		4	4			6	6									
1.000–3.000	273	0			0	0			2	2									
unter 1.000	82	0			0	0			0	0									
Landkreise	35	10	10		18	18			31	31		1							
Insgesamt	1145	141	137	1	3	182	177	1	4	238	226	1	11						