



---

Lorenz-von-Stein-Institut • Olshausenstraße 40 • 24098 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Innen- und Rechtsausschuss  
Düsternbrooker Weg 92  
24105 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 18/5382

Postanschrift: Olshausenstraße 40, 24098 Kiel  
Dienstgebäude: Olshausenstraße 75, Gebäude II  
Telefon: (0431) 880-4542  
Fax: (0431) 880-7383  
Homepage: [www.lvstein.uni-kiel.de](http://www.lvstein.uni-kiel.de)  
E-Mail: [institut@lvstein.uni-kiel.de](mailto:institut@lvstein.uni-kiel.de)  
Durchwahl: 880-1505  
Datum: 22.12.2015

**Gesetzentwurf der schleswig-holsteinischen Landesregierung für ein Gesetz zur Stärkung der Kommunalwirtschaft (LT-Drucksache 18/3152)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

anliegend erhalten Sie die Stellungnahme des Instituts zu o. g. Gesetzentwurf. Für die Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen der parlamentarischen Beratung danken wir Ihnen sehr. Sollte weiterer Anhörungsbedarf bestehen, stehen wir gerne zur Verfügung. Wir würden uns freuen, wenn die aufgezeigten Argumente Eingang in Ihre Diskussion fänden.

Mit freundlichen Grüßen

gez.

Prof. Dr. Christoph Brüning  
Institutsvorstand

---

Vorstand:

Direktor des Landtages Prof. Dr. Utz Schliesky (gf.), Prof. Dr. Christoph Brüning, Prof. Dr. Dr. Ulrich Schmidt



---

## Stellungnahme

zum

### **Gesetzentwurf der schleswig-holsteinischen Landesregierung für ein Gesetz zur Stärkung der Kommunalwirtschaft**

**LT-Drucksache 18/3152**  
vom 30.06.2015

Bearbeiter: Univ.-Prof. Dr. Christoph Brüning

Mit Schreiben vom 10.11.2015 wurde dem Lorenz-von-Stein-Institut sowie mir persönlich Gelegenheit gegeben, zu o. g. Gesetzentwurf Stellung zu nehmen.

Das Institut kommt dieser Bitte gerne nach und äußert sich zu ausgewählten Punkten wie folgt:

---

Vorstand:

Direktor des Landtages Prof. Dr. Utz Schliesky (gf.), Prof. Dr. Christoph Brüning, Prof. Dr. Dr. Ulrich Schmidt

## Zum Anliegen des Gesetzesentwurfs

Ohne Zweifel sind Energiewende und Breitbandausbau Herausforderungen für die Verwaltung, die ohne aktive Mitgestaltung durch die Kommunen nicht bewältigt werden können. Gleichwohl liegt dem Landesverwaltungsrecht und der Organisation der Verwaltungsträger eine Unterscheidung von staatlichen und kommunalen Aufgaben zugrunde. Originär sind die Gemeinden „nur“ für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zuständig. Wirtschaftliche Betätigung ist insofern kein Selbstzweck, sondern lediglich ein Modus der Erfüllung gemeindlicher Aufgaben.

Wenn nun der Regierungsentwurf einleitend pauschal davon spricht, „die Kommunen und ihre Unternehmen für diese Aufgaben zu ertüchtigen“, und ihnen deshalb „erweiterte wirtschaftliche Betätigungsmöglichkeiten eingeräumt werden (sollen), dies auch im Hinblick auf eine grenzüberschreitende Betätigung“ (S. 2), so droht eine Entgrenzung von Kommunalverwaltung und Kommunalwirtschaft. Dass es sich in der Sache um eine „Stärkung der Kommunalwirtschaft“ im Interesse von Landesaufgaben handelt, wird deutlich, wenn die Begründung tragend auf „die energiepolitischen Ziele des Landes und die Breitbandstrategie des Landes“ abstellt (S. 20).

Sinn und Zweck der bürgerschaftlichen Mitwirkung an der Kommunalverwaltung beziehen sich zuvörderst auf die Selbstverwaltungsaufgaben, nicht auf die überörtlichen, regionalen, landes- oder gar bundesweiten Angelegenheiten. Wenn der Regierungsentwurf die demokratische Kontrolle nun instrumentalisiert, um die mit der Investitionsintensität von Energiewirtschaft und Telekommunikation verbundenen wirtschaftlichen Risiken kommunaler Unternehmen einzufangen, überdehnt er deren Wirkkraft. Schon heute dürfte eine Vielzahl an Gemeindevertreterinnen und -vertretern mit der Einwirkung auf und der Kontrolle von Unternehmen der jeweiligen Kommune überfordert sein. Erst recht gilt das aber für örtlich und wirtschaftlich noch stärker entgrenzte Unternehmen.

Vor diesem Hintergrund ist es zwar sinnvoll, einerseits eine Verankerung der kommunalen Ingerenzbefugnisse gesetzlich fest- und andererseits eine kommunale Beteiligungsverwaltung vorzuschreiben. Die Steuerung kommunaler Unternehmen stößt allerdings an tatsächliche und (bundes-)rechtliche Grenzen.

## Zur Umsetzung der gesetzgeberischen Intention

### 1. Die Systematik des geltenden Kommunalwirtschaftsrechts

Die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung ist von der organisatorischen Umsetzung, insbesondere der Wahl der Rechtsform der Unternehmung, zu unterscheiden. Ersteres regelt § 101 GO SH, letzteres gestalten §§ 102 Abs. 1 bis 4, 103 sowie §§ 105, 106, 106a GO SH aus. Häufig – so auch hier – findet eine Inzidentprüfung der allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen, also des Ob der wirtschaftlichen Betätigung, im Rahmen der Schranken der Gründung von bzw. Beteiligung an privatrechtlichen Gesellschaften, das heißt des Wie, statt, weil § 102 Abs. 2 GO SH explizit auf §§ 101, 101a GO SH verweist. Doch auch ohne diesen gesetzlichen Fingerzeig müsste diese Prüfung erfolgen. Dass die Ebenen auseinander gehalten werden müssen, belegt der Umstand, dass die kapitalgesellschaftsrechtliche Umsetzung keineswegs die einzige organisatorische Variante darstellt. Die Aufgabenerfüllung durch einen Eigenbetrieb oder ein Kommunalunternehmen in der Rechtsform einer rechtsfähi-

gen Anstalt des öffentlichen Rechts steht ebenfalls zur Verfügung; beide Rechtsformen haben ihre eigenen Anforderungen und sind keineswegs Selbstläufer.

Hinzu kommt schließlich eine dritte Regelungsebene, die das Verhalten der Vertreter der Gemeinde in der privatrechtlichen Gesellschaft betrifft. Aufgerufen sind insoweit §§ 102 Abs. 5, 104 GO SH. Ungeachtet des Umstands, dass im Falle mittelbarer Beteiligungen in den wirtschaftlichen Unternehmen eventuell überhaupt kein Vertreter der Gemeinde mehr vorhanden ist,<sup>1</sup> ist zu gewärtigen, dass eine privatrechtlich verfasste Gesellschaft nicht kommunalrechtlich gebunden und nicht der Kommunalaufsicht unterworfen ist. Adressaten des Kommunalwirtschaftsrechts sind allein die Gemeinden und ihre Repräsentanten; zwischen den Pflichten des Unternehmens und denen der Gemeinde ist strikt zu unterscheiden.<sup>2</sup>

## 2. Die Erleichterung der Zulässigkeitsvoraussetzungen

### a) Zweckbindungsklausel, § 101 Abs. 1 Nr. 1 GO SH

Nach wie vor prägend ist hier die sogenannte Schrankentrias. Deren erstes Merkmal, die sogenannte Zweckbindungsklausel des § 101 Abs. 1 Nr. 1 GO SH verlangt den Bezug der wirtschaftlichen Tätigkeit zu einer Verwaltungsaufgabe, denn gemeindliches Unternehmertum bildet insoweit nur einen Modus der Erledigung örtlicher Angelegenheiten. Kommunale Unternehmen werden nicht um ihrer selbst willen geschaffen, sondern als Instrument der Gemeinwohlverwirklichung.

Hier will nun der Landesgesetzgeber ansetzen und die Gemeinden für näher bezeichnete energiewirtschaftliche Betätigungen vom Erfordernis des öffentlichen Zwecks dergestalt freistellen, dass es gesetzlich vermutet wird (§ 101a Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GO-E). Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass auch im Sektor der Energiewirtschaft ein genereller Verzicht auf das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks zum kommunalen Tätigwerden ausscheidet. Deshalb kommt allein eine gesetzliche Vermutung in Betracht, die sich nicht über den Bezug zu den örtlichen Angelegenheiten hinwegsetzt. Das bedeutet, dass die energiewirtschaftliche Betätigung weiterhin mit der Versorgung der Einwohner zu tun haben muss. § 101a Abs. 1 S. 1 GO-E nimmt diese selbstverwaltungsimmanente Schranke mit dem Wort „grundsätzlich“ auf, das im juristischen Sprachgebrauch das Vorhandensein von Ausnahmen unterstellt, die dann kommunalwirtschaftsrechtlich unzulässig sind. § 101a Abs. 2 S. 1 GO-E geht mit der ausnahmslosen Annahme eines öffentlichen Zwecks für die „Erzeugung oder Gewinnung von Energie im Bereich erneuerbarer Energien (...) unabhängig von einer Versorgung“ darüber hinaus und redet damit einer – problematischen – Entgrenzung der Kommunalwirtschaft das Wort. Dem will § 101a Abs. 2 Satz 2 GO-E begegnen, indem er die Erzeugung oder Gewinnung von erneuerbarer Energie, also etwa Wind- oder Solarparks, „außerhalb des Gemeindegebiets auf angrenzende Gemeinden beschränkt“.

### b) Relationsklausel, § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO SH

Die sogenannte Relationsklausel des § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO SH dient dem Schutz der Verwaltungs- und Finanzkraft der Gemeinden vor einer Überforderung. Einerseits wird die Begrenzung der Risiken

<sup>1</sup> Zur Reichweite des Kommunalwirtschaftsrechts bei mittelbaren Beteiligungen der Kommunen *Brüning*, DVBl. 2004, 1451 (1453 f.).

<sup>2</sup> Instruktiv zu dieser Differenzierung *Jarass*, NWVBl. 2002, 335 (336); auch *Ehlers*, JZ 2003, 318 (319); zur Anwendbarkeit kommunalrechtlicher Vorschriften auf kommunale Tochter-, Enkel- und Urenkelgesellschaften *Schiebold/Doms*, VBIBW 2010, 453 ff.

einer unternehmerischen Betätigung durch eine Anbindung an die Leistungsfähigkeit der Gemeinde und andererseits wird die Vermeidung dauerhafter Überdimensionierungen durch einen Bezug zum voraussichtlichen Bedarf bewerkstelligt.

In § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO-E wird die Leistungsfähigkeitsprüfung nun zusätzlich auf das Unternehmen erstreckt. Das ist insoweit zwecklos, als ein Unternehmen, das vollständig, mehrheitlich oder nur partiell von der Gemeinde gehalten wird und das sich nun seinerseits an einer Gesellschaft beteiligen will, selbst nicht Objekt der Kommunalaufsicht ist.<sup>3</sup> Zudem sitzen in seinen Organen nicht notwendig Vertreter der Gemeinde, sondern bei mittelbaren Beteiligungen typischerweise Vertreter der vorgeschalteten Beteiligungsgesellschaft, die ebenfalls weder kommunalrechtlich gebunden noch der Kommunalaufsicht unterworfen sind.<sup>4</sup> Ökonomisch mag eine „Konzernbetrachtung“ angezeigt sein, rechtlich belastbar ist sie nicht.

Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Bedarfsklausel ist bislang lediglich in einem Bundesland (Nordrhein-Westfalen) dergestalt vorgenommen worden, dass sie insgesamt gestrichen wurde. Dem folgt nun § 101 Abs. 1 Nr. 2 GO-E nach, um einer Auslegung, dass eine wirtschaftliche Betätigung stets überwiegend, also zu mehr als der Hälfte, den Eigenbedarf einer Gemeinde decken müsse, insbesondere im Telekommunikationsmarkt vorzubeugen (S. 23 f.).

Vorsichtiger ist in Rheinland-Pfalz nur für „die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung eines wirtschaftlichen Unternehmens im Bereich der Energieversorgung“ ausdrücklich keine Beziehung zum voraussichtlichen Bedarf geboten (§ 85 Abs. 1 Satz 2 GO RP). Die Energiewende soll hier beschleunigt werden, indem ein leistungsfähiges kommunales Unternehmen, mit dessen Stromerzeugung bereits die Versorgung des Gemeindegebiets sichergestellt wird, nicht gehindert wird, weitere Investitionen in erneuerbare Energien vorzunehmen.<sup>5</sup> In dieselbe Richtung geht § 101a Abs. 2 Satz 1 GO-E, der auch die nicht versorgende, sondern nur erzeugende Gemeinde im Blick hat und ihr vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des OVG Schleswig die Möglichkeit zur aktiven Mitgestaltung der Energiewende eröffnen will (S. 22). So oder so wird damit aber der öffentliche, das heißt: örtliche Zweck herausgefordert (s.o.)!

### **c) Subsidiaritätsklausel, § 101 Abs. 1 Nr. 3 GO SH**

Schließlich verlangt die sogenannte Subsidiaritätsklausel des § 101 Abs. 1 Nr. 3 GO SH nur eine ebenso gute und wirtschaftliche Zweckerfüllung durch das Unternehmen der Gemeinde als wie „auf andere Weise“.

Nach dem vorliegenden Entwurf soll die Gemeindeordnung für energiewirtschaftliche Betätigungen vollständig von der Subsidiaritätsklausel dispensieren (§ 101a Abs. 1 S. 1 GO-E). Diese sektoralen Rückausnahmen sind verfassungsrechtlich unbedenklich, da kein allgemeines Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis von staatlicher bzw. kommunaler und privater Wirtschaftstätigkeit gilt. Der haushaltsrechtlichen Dimension der Klausel wollte der Entwurf ursprünglich mit dem Erfordernis einer „mindestens angemessenen Verzinsung des Eigenkapitals“ genügen, das nun aufgegeben worden ist.

<sup>3</sup> Held/Becker/Decker/Kirchhof/Krämer/Wansleben, KV / GO NW, Stand: Dez. 2012, § 115 Nr. 7; Zacharias, Kommunalrecht NW, 1. Aufl. 2004, § 15 IV 2.

<sup>4</sup> Cronauge, in: Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Komm. zur Gemeindeordnung NW, Stand: Juli 2013, § 108, X. 1.; in diesem Sinne auch OVG Münster NVwZ 2007, 609; Mann, in: Mann/Püttner (Hrsg.), HdKWP 2, 3. Aufl. 2011, § 46, Rdnr. 4 f.; Neutz, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Kap. C Rdnr. 197.

<sup>5</sup> LT-Drucks. RP 16/2382, S. 4.

### 3. Die Stärkung der demokratischen Kontrolle der Unternehmen durch die Kommunen

---

#### a) Vertreter der Gemeinde in den Gesellschaftsorganen

Aus der kommunalen Perspektive führt die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde mittels rechtlich selbständiger Unternehmen zu zwei voneinander getrennten Welten. Die Verbindung zwischen Kommune und Unternehmen stellen die Vertreter der Gemeinde in den Gesellschaftsorganen her. Diese werden nach § 104 Abs. 1 Satz 1 GO-E nun von der Gemeinde bestellt. Das führt dazu, dass – anders als vom ursprünglichen Gesetzentwurf vorgesehen – der gesetzliche Vertreter der Gemeinde, sprich: der Bürgermeister, nicht mehr, jedenfalls weder zwingend noch automatisch – dazu gehört.

Zweck der gemeindlichen Einwirkung ist die Gewährleistung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der wirtschaftlichen Betätigung im laufenden Betrieb.<sup>6</sup> Zugleich sollen Übergriffe in das operative Geschäft unterbleiben, um den mit der rechtlichen Verselbständigung des Unternehmens verbundenen Vorteil der Flexibilität und Reaktionsschnelligkeit nicht aufzugeben. Vor diesem Hintergrund sind Beschränkungen des gemeindlichen Weisungsrechts auf eine Globalsteuerung des Unternehmens zu sehen (vgl. § 104 Abs. 1 u. § 109a Abs. 1 GO-E: „öffentlicher Zweck“ und „strategische Ziele“).

Nicht weiter eingegangen werden muss auf die Normkollision, wenn das Landes(kommunal)recht Bindungen an Weisungen statuiert, die das nach Art. 31 GG vorrangige Bundes(gesellschafts)recht nicht akzeptiert. Dieser Einsicht hat sich das Kommunalwirtschaftsrecht beugen müssen (vgl. § 102 Abs. 5 Satz 6 GO SH, vgl. nun § 102 Abs. 2 Satz 1 GO-E). Ein Ansatz zur „sanften“ Konfliktlösung bietet eine Selbstverpflichtung gemeindlicher Entscheidungsträger im Sinne eines Public Corporate Governance Codex.

Da die Neufassung des § 102 GO-E den bisherigen § 102 Abs. 5 GO SH nicht mehr enthält und auch nicht ausdrückt, dass nur die Absätze 1 bis 4 neugefasst und Absatz 5 erhalten werden sollen, entfällt das Erfordernis einer „vorherigen Zustimmung der Gemeindevertretung oder des Hauptausschusses“ für die Zustimmung gemeindlicher Vertreter zur „Beteiligung der Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft oder anderen Vereinigung in einer Rechtsform des privaten Rechts“. Damit wird eine verfahrensmäßige Rückbindung der gemeindlichen Vertreter in Unternehmensorganen an die Kommune gekappt. Übrig bleibt allein die Maßgabe aus § 102 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GO-E, „durch den Gesellschaftsvertrag oder durch die Satzung (...) sicherzustellen, dass die Gemeinde einen angemessenen Einfluss“ hat. Ist das rechtlich oder tatsächlich unmöglich, agieren die gemeindlichen Vertreter nur noch im Rahmen der materiellen Bindung, aber ohne (vorherige) Willensbildung der Vertretungskörperschaft. Gibt es auf nachgelagerten Beteiligungsebenen gar keine kommunalen Vertreter in den Unternehmensorganen mehr, sind diese mittelbaren Beteiligungsgesellschaften vollständig von der Gemeinde abgekoppelt. Daran ändert auch die Erweiterung des Kanons an exklusiven Entscheidungszuständigkeiten der Gemeindevertretung in § 28 Satz 1 Nr. 18 GO-E nichts.

#### b) Beteiligungsmangement

Zunehmend in den Blick rücken die verwaltungsseitigen Voraussetzungen einer wirksamen Wahrnehmung der Einwirkungspflicht der Gemeinde zur Steuerung und Kontrolle. Das erfordert in der sog. Rathausverwaltung ein umfangreiches Beteiligungsmanagement mit dem Ziel einer zentralen Steuerung der bestehenden und zukünftigen städtischen Beteiligungen, Unternehmen und Anstalten des öffentlichen Rechts. Diese keineswegs neue, sondern sich aus der unternehmerischen Betätigung

---

<sup>6</sup> Vgl. Brünig, Der Private bei der Erledigung kommunaler Aufgabe, 1997, S. 107 ff.

ergebende Aufgabe einerseits zu positivrechtlich festzuschreiben und andererseits inhaltlich auszugestalten ist angezeigt (vgl. § 109a GO-E).

Die Wahrnehmung des Beteiligungsmanagements ergibt regelmäßig einen nicht unerheblichen Informationsvorsprung der (Beteiligungs-)Verwaltung gegenüber der Gemeindevertretung.<sup>7</sup> Voraussetzung einer dauerhaften Anbindung der Vertreter der Gemeinde an die vertretene Gemeinde über den Zeitpunkt der Entsendungsentscheidung hinaus ist daher ein ständiger Informationsaustausch. Denn die Gemeindevertretung benötigt Informationen über die Unternehmen und ihre Tätigkeit, um Entscheidungen über den Umfang und die Struktur des Unternehmensbestandes sowie innerhalb der Kommunalverwaltung zu treffen, bei denen Wechselwirkungen mit den kommunalen Unternehmen bestehen. Gerade soweit die Gemeindevertretung die Steuerung über ihre Vertreter selbst ausübt, muss sie sicherstellen, dass sie ausreichende Informationen über die Unternehmen erhält, um die Steuerungsaktivitäten der Vertreter zu kontrollieren und gegebenenfalls selbst einwirken zu können.<sup>8</sup> Insofern begründet § 109a Abs. 3 GO-E Informations-, Beratungs-, Unterstützungs-, Weiterbildungs- und Planungsaufgaben der Beteiligungsverwaltung im Hinblick auf die Gemeindevertretung insgesamt und einzelne kommunale Vertreter in Gesellschaftsorganen.

Ein besonderes Informationsinstrument ist der jährliche Beteiligungsbericht, der die Basis für weiterführende Überlegungen zur Standortbestimmung der jeweiligen Unternehmen sein soll.<sup>9</sup> Durch den Bericht der Gemeinde können Mängel in der Deckung des Informationsbedarfs durch traditionelle Formen der Berichterstattung über die kommunale Unternehmenstätigkeit behoben werden.<sup>10</sup> Zwar besteht ein umfangreiches Informationsangebot;<sup>11</sup> die Informationen verteilen sich aber auf zahlreiche Informationsquellen, die teilweise nur eingeschränkt zugänglich sind. Zudem eignet ihnen vor allem keine Zielbezogenheit, weder in vergangenheits- noch in zukunftsorientierter Hinsicht. Schließlich fehlt ein Bericht, in dem die Unternehmen zusammengefasst als Konzernverbund dargestellt werden.<sup>12</sup> Hieran knüpft der nun vorliegende GO-E entgegen der Vorentwürfe nicht mehr an.

Kiel, den 22.12.2015

---

<sup>7</sup> Schollbach, SächsVBl. 2009, 129 (134).

<sup>8</sup> Schefzyk, Der kommunale Beteiligungsbericht, 2000, S. 82 ff., der den Informationsbedarf sodann in inhaltlicher Hinsicht (vollständige Erfassung aller kommunalen Unternehmen, Informationen über Zielsetzungen und Zielerfüllung der Unternehmen, einzelunternehmenbezogene und unternehmensübergreifende Informationen, vergangenheits- und zukunftsorientierte Informationen, ebd., S. 88 ff.) und in formaler Hinsicht (Aktualität, Vertrauenswürdigkeit, Zugänglichkeit der Informationen, ebd., S. 92f.) spezifiziert.

<sup>9</sup> Rehn/Cronauge/von Lennep, Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Loseblatt-Kommentar, Stand 6/2002, § 112 Erl.V.1.

<sup>10</sup> Zur Ausgestaltung im Einzelnen Schefzyk, Der kommunale Beteiligungsbericht, 2000, S. 137 ff.

<sup>11</sup> Schefzyk, Der kommunale Beteiligungsbericht, 2000, S. 95 ff.

<sup>12</sup> Schefzyk, Der kommunale Beteiligungsbericht, 2000, S. 131 ff.