

Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen

# Weiter Ermessensspielraum bei Abfall

Urteile: An „Dringlichkeit“ sind keine überhöhten Anforderungen zu stellen

Von RA Dr. Ute Jasper und RA Dr. Hans Arnold, Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek

*Vor gut einem Jahr hatte Nordrhein-Westfalen gegen den erbitterten Widerstand der kommunalen Spitzenverbände und der Kommunalwirtschaft die Gemeindeverordnung verschärft – mit dem Ergebnis, dass Stadtwerke im Energie-wettbewerb massiv benachteiligt werden, wie erst dieser Tage wieder beim Scheitern der Vertriebskooperation zwischen den Stadtwerken Menden und der Rätia Energie öffentlich deutlich wurde. Anders als im Wettbewerbsbereich Energie sieht es offenbar in der Abfallentsorgung aus. Hier liegen inzwischen erste obergerichtliche Urteile vor, denen zufolge zumindest für diesen Bereich die Bemühungen des nordrhein-westfälischen Gesetzgebers ins Leere gelaufen sind, so jedenfalls die Einschätzung von Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper und Rechtsanwalt Dr. Hans Arnold.*

Nach heftigen Debatten war am 17. Okt. 07 in Nordrhein-Westfalen das Gesetz zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung (GO-Reformgesetz) in Kraft getreten. Bereits im Vorfeld der Novelle sorgte das Bestreben der schwarz-gelben Landesregierung, die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen an strengere Voraussetzungen zu binden, für Aufsehen (ZfK 10/07, 2). Das Motto lautete: Privat vor Staat. Die Privatwirtschaft sollte gefördert werden, die Gemeinden sich wieder auf die Kernaufgaben der örtlichen Daseinsvorsorge konzentrieren. Der § 107 GO NRW, der die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen regelt, wurde an zwei Stellen geändert. Eine wirtschaftliche Betätigung ist seitdem nur noch dann zulässig, wenn ein „dringender“ statt ein einfacher öffentlicher Zweck sie erfordert. Die zweite Änderung betraf den Vergleich zur Privatwirtschaft: Früher war die kommunale wirtschaftliche Betätigung erst dann unzulässig, wenn die Privatwirtschaft den Zweck besser und wirtschaftlicher erfüllen konnte. Heute ist sie bereits dann unzulässig, wenn der öffentliche Zweck durch ein privatwirtschaftliches Unternehmen ebenso gut und wirtschaftlich erfüllt werden kann.

Die ersten obergerichtlichen Entscheidungen zum „dringenden öffentlichen Zweck“

zeigen nun, dass die Befürchtungen zumindest bei den wirtschaftlichen Unternehmen, die sich mit der Entsorgung von Abfällen befassen, unbegründet waren. Sowohl das Oberverwaltungsgericht (OVG) Nordrhein-Westfalen (Az.: 15 B 122/08) als auch das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf (Az.: VII Verg 42/07) haben übereinstimmend entschieden: An die „Dringlichkeit“ des öffentlichen Zwecks bei der nichtwirtschaftlichen Tätigkeit im Abfallbereich sind keine überhöhten Anforderungen zu stellen – jedenfalls steht den Kommunen ein erheblicher Einschätzungsspielraum zu, ob ein dringender öffentlicher Zweck vorliegt.

Das OVG Nordrhein-Westfalen sowie das OLG Düsseldorf hatten im konkreten Fall über das Einsammeln, Abtransportieren und Entsorgen von Abfall außerhalb des Gemeindegebiets zu entscheiden. Eine 100%-Tochter des Regionalverbands Ruhr hatte sich um einen Auftrag des Kreises Steinfurt beworben und sollte den Zuschlag für die Leistungen erhalten. Ein unterlegener Konkurrent aus der Privatwirtschaft hatte gegen die Entscheidung des Kreises ein Vergabenausschreibungsverfahren und zeitgleich verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen die wirtschaftliche Betätigung des Regionalverbands beantragt. Die Anträge des Entsorgers wurden abgelehnt.

## Höhere Darlegungslast

Beide Gerichte haben das Vorliegen eines dringenden öffentlichen Zwecks im konkreten Fall bejaht. Zwar erkennen sie an, dass nach der GO-Reform erhöhte Anforderungen an eine wirtschaftliche Betätigung gestellt werden. Jedoch führe dies regelmäßig nur zu einer höheren Darlegungslast der jeweiligen kommunalen Körperschaft. Sie müsse sich verstärkt mit der Frage auseinandersetzen, ob der mit der Betätigung verfolgte öffentliche Zweck tatsächlich so dringend sei, dass eine eigene Betätigung erforderlich ist. Da dieser Beurteilung jedoch prognostische Elemente innewohnen, stehe der Kommune insoweit eine Einschätzungsprärogative zu. Gerichte dürften diese nur auf grobe Fehleinschätzun-

gen und Vertretbarkeit überprüfen. Wird durch eine wirtschaftliche Betätigung ein öffentlicher Zweck gefördert, sei „eine Fehleinschätzung, und damit ein korrigierendes Eingreifen“ der Gerichte „in der Regel auszuschließen“.

Die Entscheidungen der beiden Obergerichte haben auch die wesentlichen Rahmenbedingungen für wirtschaftliche Betätigung im Abfallbereich außerhalb des Gemeindegebiets konkretisiert. Maßgeblich sind nach den Entscheidungen nicht nur die dringenden öffentlichen Zwecke, die die tätig werdende Gemeinde verfolgt, sondern entscheidend ist auch, auf den von der Zielgemeinde verfolgten dringenden Zweck abzustellen. Wollte ein kommunales Unternehmen früher außerhalb des Gemeindegebiets tätig werden, musste es regelmäßig nachweisen, dass hierdurch im eigenen Gemeindegebiet ebenfalls ein dringender öffentlicher Zweck verfolgt wird. Nach der neuen Rechtsprechung ist es ausreichend, wenn zumindest eigene Zwecke, die insbesondere in Synergien bestehen können, verfolgt werden. Die eigenen Zwecke sind jedoch nur untergeordnet, wenn zugleich ein dringender öffentlicher Zweck in der Zielgemeinde verfolgt wird.

Im Ergebnis führt die gerichtliche Beurteilung dazu, dass den Kommunen ein sehr weiter Ermessensspielraum eröffnet wird. Wird ein öffentlicher Zweck verfolgt, so darf die Gemeinde eigenständig beurteilen, ob dieser auch dringend ist. Fraglich ist, ob die Rechtsprechung der Obergerichte ausschließlich für die Abfallwirtschaft gilt oder ob sie auch für die wirtschaftliche Betätigung anderer kommunaler Unternehmen, etwa Stadtwerkebetriebe, Anwendung finden wird. Systematische Ansatzpunkte, die auf eine unterschiedliche Handhabung schließen lassen, finden sich in den Entscheidungen bislang nicht. Somit darf u.E. gehofft werden, dass auch die Neuregelung kommunalen Betriebs und deren Tochtergesellschaften weiter ausreichend Spielraum eröffnet, um wirtschaftlich, zukunftsorientiert und auf Expansion gerichtet arbeiten zu können.