

**Schriftlicher Bericht**

zum

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetzes und anderer kommunalrechtlicher Vorschriften sowie über Gebietsänderungen im Bereich des Hafens Wilhelmshaven**

Gesetzesentwurf der Landesregierung - Drs. 17/5423

Beschlussempfehlung des Ausschusses für Inneres und Sport - Drs. 17/6694

Berichtersteller: Abg. Belit Onay (Bündnis 90/Die Grünen)

Der Ausschuss für Inneres und Sport empfiehlt Ihnen in der Drucksache 17/6694 mit den Stimmen der Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen gegen die Stimmen der Fraktionen von CDU und SPD, den Gesetzesentwurf mit den aus der Beschlussempfehlung ersichtlichen Änderungen anzunehmen. Die mitberatenden Ausschüsse für Rechts- und Verfassungsfragen und für Haushalt und Finanzen haben sich dieser Empfehlung angeschlossen.

Die Vertreter der Regierungsfractionen vertraten die Auffassung, durch die Novellierung erhalte das Land ein Kommunalverfassungsgesetz auf der Höhe der Zeit. Hervorzuheben seien insbesondere die damit verbundene Verbesserung der Bürgerbeteiligung und die Erweiterung der Möglichkeiten wirtschaftlicher Betätigung für die Kommunen. Demgegenüber stellten die Vertreter der CDU-Fraktion den Novellierungsbedarf insgesamt in Abrede und sprachen sich dabei insbesondere gegen die Erweiterung der Verpflichtung zur Beschäftigung hauptberuflicher Gleichstellungsbeauftragter und Neuregelungen im Bereich des Bürgerbegehrens aus. Der Vertreter der FDP-Fraktion begründete die Ablehnung im Wesentlichen mit der Ausweitung der Möglichkeiten der Kommunen zur wirtschaftlichen Betätigung.

Den empfohlenen Änderungen liegen im Einzelnen folgende Erwägungen zugrunde:

Zu Artikel 1 (Änderung des Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetzes):

Zu Nummer 1 (§ 8):

Die Regelung wurde im Ausschuss streitig diskutiert. Die Vertreter der CDU-Fraktion und der FDP-Fraktion lehnten die in Absatz 2 Satz 1 vorgesehene Neuregelung als Eingriff in die Organisationshoheit der Kommunen grundsätzlich ab. Auch der Vertreter der FDP-Fraktion sprach sich gegen die Neuregelung aus. Demgegenüber vertraten die Ausschussmitglieder der Regierungsfractionen die Auffassung, in den von der Regelung betroffenen Kommunen werde eine überwiegend ehrenamtliche Aufgabenwahrnehmung der Aufgabenvielfalt nicht gerecht. Ein Eingriff in die Organisationshoheit läge in der landesgesetzlichen Vorgabe nicht.

Die Vertreter der Regierungsfractionen wiesen die in der Anhörung von der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände geäußerte Kritik zurück, die Regelung in Absatz 4 verstoße gegen das Konnexitätsprinzip. Sie sahen ihre Auffassung durch die Stellungnahme des Gesetzgebungs- und Beratungsdienstes bestätigt. Der GBD hatte ausgeführt, es könne zwar angesichts bisher nicht vorhandener einschlägiger Rechtsprechung des Nds. StGH nicht völlig abschließend beurteilt werden, ob die Bedenken der kommunalen Spitzenverbände gegen die Vereinbarkeit mit Art. 57 Abs. 4 NV wegen der nur hälftigen Kostenerstattung durchgriffen. Jedoch werde überwiegend die Auffassung vertreten, dass das Konnexitätsprinzip auf sog. Organisations- bzw. Existenz-

aufgaben keine Anwendung findet (vgl. nur VerfG Greifswald, Urt. v. 26.11.2009 - juris Rn. 56 ff. m. w. N.; Lange, Kommunalrecht, Kap. 15 Rn. 22, 233; a. A. Trips, NVwZ 2015, 102, 103 f.). Lege man diese Auffassung zugrunde, seien die Bedenken der kommunalen Spitzenverbände nicht gerechtfertigt. Jedenfalls die aus Art. 3 Abs. 2 Satz 3 der Niedersächsischen Verfassung i. V. m. den Regelungen des Niedersächsischen Gleichstellungsgesetzes folgenden Aufgaben, die auch von den Kommunen zu erfüllen seien und zu deren Erfüllung sie nach den §§ 8 und 9 NKomVG Gleichstellungsbeauftragte zu bestellen hätten, blieben unverändert, sodass insoweit keine (neue) Aufgabenzuweisung nach Art. 57 Abs. 4 Satz 1 gegeben sei. Daher dürfte es sich bei der Vorgabe der hauptberuflichen Wahrnehmung der Aufgabe zumindest mit dem in der Begründung zugrunde gelegten hälftigen Anteil um eine Vorgabe für die Organisation der Aufgabenwahrnehmung handeln.

Zu Nummer 3 (§ 10 Abs. 6):

Im Ausschuss bestand Einigkeit, dass das Recht, den Flächennutzungsplan einzusehen, bereits durch § 6 Abs. 5 Satz 4 BauGB begründet wird, sodass die entsprechende Anwendung des Absatzes 4 sich nur auf die übrigen dortigen Regelungsbestandteile bezieht.

Zu Nummer 4 (§ 11 Abs. 3 Satz 6):

Die vorgeschlagene Änderung berücksichtigt, dass die Pflichten, die die Bereitstellung der Satzungen betreffen, allein von der die Internetseite bereitstellenden Samtgemeinde zu erfüllen sind.

Zu Nummer 5 (§ 32):

Zu Buchstabe a Doppelbuchstabe aa (Absatz 3 Satz 2):

Die Vertreter der Oppositionsfractionen sprachen sich dagegen, aus, dass mit der Neuregelung die Verpflichtung der Vertreter des Bürgerbegehrens entfalle, einen Kostendeckungsvorschlag vorzulegen. Auch die Bürgerinnen und Bürger müssten weiterhin verpflichtet bleiben, sich über die Finanzierung ihres Anliegens Gedanken zu machen. Demgegenüber verteidigten die Vertreter der Regierungsfractionen den Entwurf mit der Begründung, die bisherige Regelung habe dazu geführt, dass in der Vergangenheit ein wesentlicher Anteil der Bürgerbegehren nicht zugelassen worden sei. Dies widerspreche der mit der Regelung beabsichtigten Bürgernähe. Auch in anderen Bundesländern gebe es die Verpflichtung zur Vorlage eines Kostendeckungsvorschlages nicht, ohne dass damit negative Erfahrungen gemacht worden seien. Im Übrigen erfolge im Prozess der Vorbereitung des Bürgerentscheids ohnehin eine Auseinandersetzung mit der Finanzierungsfrage.

Zu Buchstabe b Doppelbuchstabe aa (Absatz 4 Satz 1):

Um eine in sich konsistente Regelung mit einer kontinuierlichen Absenkung des Quorums bei größeren Kommunen zu schaffen, empfiehlt der Ausschuss auf Anregung des Mitglieds der FDP-Fraktion, hinsichtlich des erforderlichen Unterstützungsquorums in der mittleren Stufe abweichend vom Entwurf nicht mehr auf die Einwohnerzahl von 100 000 oder, wie zwischenzeitlich erwogen, von 80 000 Einwohnerinnen und Einwohnern abzustellen, sondern als Mittelwert zwischen der ersten (10 Prozent) und der dritten Stufe (5 Prozent) auf 7,5 Prozent der wahlberechtigten Einwohnerinnen und Einwohner.

Zu Buchstabe d Doppelbuchstabe aa (Absatz 6 Satz 3):

Der Ausschuss empfiehlt, zur Vermeidung von Missverständnissen das Wort „öffentlichen“ zu streichen. Die Unterrichtung über die Entscheidung über die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens muss ohnehin immer in öffentlicher Sitzung erfolgen, weil die in § 64 an den Ausschluss der Öffentlichkeit gestellten Voraussetzungen nicht vorliegen.

Zu Buchstabe e (Absatz 7):

Die vorgeschlagene Änderung dient der Harmonisierung mit Absatz 2 Satz 3 Nr. 8, wonach Bürgerbegehren, die ein gesetzwidriges Ziel verfolgen, unzulässig sind. Nach Auskunft des Innen-

ministeriums sollen vor allem die Fälle von der Sperrwirkung des Bürgerbegehrens ausgenommen werden, in denen die Kommune bei nach Feststellung der Zulässigkeit geänderter Sachlage gesetzlich zum Handeln verpflichtet ist, z. B. zur Gefahrenabwehr. Dagegen soll es nicht ermöglicht werden, das Begehren durch nachträgliches Eingehen einer (vertraglichen) Rechtspflicht zu verhindern. Dem trägt die vorgeschlagene Änderung Rechnung.

Zu Nummer 6 (§ 33):

Zu Buchstabe a (Absatz 2 Satz 1):

Die im Entwurf vorgesehene Änderung soll auf Anregung des Vertreters der FDP-Fraktion entfallen. Damit wird im Ergebnis die Verpflichtung zur Abstimmungsbenachrichtigung beibehalten, weil diese nach Auffassung des Ausschusses eine grundlegende Voraussetzung für die Teilnahme am Bürgerentscheid darstellt.

Zu Nummer 10 (§ 58):

Zu Buchstabe a Doppelbuchstabe cc (Absatz 1 Nummer 14):

Um auch die Einrichtungen zu erfassen, soll die Formulierung an Nummer 12 angepasst werden.

Zu Nummer 11 (§ 64):

Zu Buchstabe b (Absatz 2):

Die empfohlenen Änderungen dienen der Präzisierung der mit der Regelung verfolgten Ziele.

Laut Auskunft des Fachministeriums sollen bloße Bildaufnahmen in öffentlicher Sitzung grundsätzlich zulässig sein. Dies soll nach Auffassung des Ausschusses ausdrücklich klargestellt werden, da auch insoweit die bisherige Rechtslage nicht eindeutig ist (vgl. Blum in KVR-NKomVG, § 64 Rn. 23; Mehde, NordÖR 2014, 49, 50 f.; Cancik, NdsVBl. 2015, 11, 13). Der „Wenn“-Satz stellt klar, dass die oder der Vorsitzende ggf. weiterhin gemäß § 63 Abs. 1 Bildaufnahmen zur Aufrechterhaltung der Ordnung der Sitzung untersagen kann.

Satz 2 stellt entsprechend des vom Fachministerium mitgeteilten Regelungsziels klar, dass Film- und Tonaufnahmen nur zulässig sind, wenn die Hauptsatzung dies zulässt (vgl. auch VG Kassel, NVwZ-RR 2013, 660, 661). Die Beschränkung der Zulassungsmöglichkeit auf das Ziel der „Berichterstattung“ soll die Beziehung zum Grundrecht der Pressefreiheit und der Freiheit der Berichterstattung verdeutlichen (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG), da dieses Grundrecht die Ermöglichung der Aufnahmen rechtfertigt (vgl. dazu OVG Saarlouis, Beschluss vom 30.08.2010 - 3 B 203/10, juris Rn. 10 ff.; VG Kassel, NVwZ-RR 2013 S. 660, 661; Cancik, NdsVBl. 2015, 11, 13). Erfasst werden soll damit nach Auffassung des Ausschusses auch die Berichterstattung durch sog. neue Medien (vgl. Bethge in Sachs, GG, 7. Aufl. Art. 5 Rn. 90 b), u. a. also der von einigen Kommunen bereits praktizierte Livestream aus Sitzungen der Vertretung. Aufnahmen, die nicht zur Berichterstattung erfolgen, sondern z. B. zur Fertigung des Protokolls, bleiben im bisherigen Umfang zulässig. Die Formulierung („soweit“) verdeutlicht, dass das Aufnahmerecht in der Hauptsatzung näher ausgestaltet werden kann.

Zu Nummer 12 (§ 81):

Zu Buchstabe b (Absatz 5):

Die Änderung in Satz 3 soll verdeutlichen, dass eine Beratung über die Mitteilung nicht obligatorisch ist.

Zu Nummer 15 (§ 85):

Zu Buchstabe a (Absatz 2 Satz 2 Nr. 2):

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an die im Entwurf vorgesehene Einfügung eines neuen Absatzes 2 in § 135.

Zu Nummer 22 (§ 98):

Zu Buchstabe b (Absatz 7 Satz 1):

Die Änderung stellt klar, dass die genannten Maßnahmen, also auch die in Absatz 2 Satz 5 neu geregelte Kreditaufnahme, eine Vereinbarung zwischen Samtgemeinde und Mitgliedsgemeinde erfordern.

Zu Nummer 23 (§ 106):

Im Ausschuss wurde erörtert, ob die Änderung für den Fall, dass die Aufgaben der Bürgermeisterin oder des Bürgermeisters nach Satz 1 beschränkt werden, dazu führt, dass die Samtgemeindebürgermeisterin oder der Samtgemeindebürgermeister im Ergebnis ein „Zugriffsrecht“ auf die übrigen Aufgaben erhält. Im Ergebnis bestand Einigkeit, dass dies beabsichtigt ist und in der Entwurfsfassung auch eindeutig zum Ausdruck kommt, sodass ein Änderungsbedarf nicht gesehen wird.

Zu Nummer 24 (§ 107):

Zu Buchstabe a Doppelbuchstabe aa (Absatz 5):

In Satz 2 handelt sich um eine redaktionelle Änderung.

Die Änderungen in den Sätzen 3 und 4 beruhen auf dem Änderungsvorschlag der Regierungsfractionen aus der Vorlage 12 Nr. 1. Damit soll der Anregung der kommunalen Spitzenverbände gefolgt werden, für bestimmte Entscheidungen und Maßnahmen ohne wesentlichen Gestaltungsspielraum die Zuständigkeit der Hauptverwaltungsbeamtin oder des Hauptverwaltungsbeamten zu begründen. Der Ausschuss empfiehlt, die dortigen Sätze 3 und 4, die jeweils die Zuständigkeit auf die Hauptverwaltungsbeamtin oder den Hauptverwaltungsbeamten übertragen, in einem neuen Satz 3 zusammenzufassen. Dabei soll klargestellt werden, dass die Hauptverwaltungsbeamtin oder der Hauptverwaltungsbeamte dabei in der Funktion als Organ der Kommune handelt und dass ein persönliches Tätigwerden „in eigener Sache“ nach § 1 Abs. 1 Satz 1 NVwVfG i. V. m. § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 VwVfG ausscheidet.

Der GBD wies zudem darauf hin, dass nach der derzeit gültigen Erholungsurlaubsverordnung Erholungsurlaub zu beantragen und nicht anzuzeigen sei, sodass die Regelung zurzeit ins Leere laufe. Das Innenministerium bestätigte dies, kündigte aber eine baldige Änderung der Verordnung an. Durch die jetzige Regelung solle verhindert werden, dass das Gesetz demnächst erneut geändert werden müsse.

In der Folge wird der bisherige Satz 3 zu Satz 5.

Zu Nummer 25 (§ 109):

Zu Buchstabe b Doppelbuchstabe aa (Absatz 1 Satz 4 Nummer 2):

Die Vertreter der Fraktionen von CDU und FDP sprachen sich gegen die Regelung aus. Es müsse sichergestellt bleiben, dass die Stelle der allgemeinen Stellvertreterin oder des allgemeinen Stellvertreters auch künftig grundsätzlich ausgeschrieben werde. Demgegenüber verteidigten die Vertreter der Regierungsfractionen die Regelung des Entwurfs grundsätzlich unter Hinweis auf die Bedürfnisse der Praxis und der Notwendigkeit eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen

der Hauptverwaltungsbeamtin/dem Hauptverwaltungsbeamten und der allgemeinen Stellvertreterin/dem allgemeinen Stellvertreter.

Die vorgeschlagene Änderung soll jedoch rechtlichen Bedenken Rechnung tragen. Es ist nach Auffassung des Ausschusses nicht sicher, dass die im Entwurf vorgesehene zusätzliche Möglichkeit, auf eine Ausschreibung zu verzichten, in der Formulierung des Entwurfs unter Berücksichtigung des Leistungsprinzips aus Art. 33 Abs. 2 GG neben der Nummer 3 gerechtfertigt ist. Im Hinblick auf die inhaltlich oft sehr unterschiedlichen Aufgabenbereiche der kommunalen Wahlbeamtinnen und -beamten ist zweifelhaft, ob ein Verzicht auf die Ausschreibung bei der Besetzung des Amtes der allgemeinen Stellvertreterin/des allgemeinen Stellvertreters unabhängig von dem konkreten Aufgabenbereich des bereits ausgeübten Amtes ohne Berücksichtigung von Eignung, Befähigung und Sachkunde (dann wäre ohnehin Nr. 3 einschlägig) allein dadurch gerechtfertigt werden kann, dass der Bewerber bereits für dieses andere Amt mit ggf. anderen fachlichen Anforderungen gewählt worden ist. Laut Auskunft des Innenministeriums soll jedoch ohnehin nur der Fall erfasst werden, dass im Ergebnis lediglich die Funktion der allgemeinen Stellvertretung einem anderen Ressort zugeordnet wird, was aber wegen der unterschiedlichen Besoldung gleichwohl eine Neubesetzung erfordert. Der Vorschlag soll sicherstellen, dass der mögliche Verzicht auf eine Ausschreibung auf diese Fälle beschränkt bleibt.

Zu Nummer 26 (§ 119):

Zu Buchstabe b Doppelbuchstaben aa/1 und bb/1:

Es handelt sich um redaktionelle Anpassungen an die im Entwurf vorgesehene Streichung des Absatzes 6.

Zu Nummer 27/1 (§ 117 Abs. 5):

Die Einfügung des neuen Satzes 2 beruht auf der Vorlage 12, Nr. 2. Damit soll der Anregung der kommunalen Spitzenverbände gefolgt werden, die Ausnahmeregelung zu Absatz 1 auf Pensions- und Beihilferückstellungen zu erstrecken.

Zu Nummer 27/2 (§ 125 Abs. 4 Satz 3):

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an die im Entwurf vorgesehene Einfügung eines neuen Absatzes 2 in § 135.

Zu Nummer 28 (§ 128):

Zu Buchstabe a (Absatz 3):

Die Einfügung der neuen Nummer 4 beruht auf der Vorlage 12, Nr. 3. Die Rückstellungsübersicht wird für erforderlich gehalten, um Auswirkungen der Rückstellungsbildung auf die Haushaltswirtschaft der Kommunen erkennen zu können.

Zu Buchstabe b Doppelbuchstabe bb (Satz 4):

Es handelt sich um eine redaktionelle Klarstellung.

Zu Nummer 33 (§ 135):

Zu Buchstabe b (Absatz 2):

In Satz 1 soll die Anforderung „mit im Wesentlichen gleichem Stiftungszweck“ entfallen, da diese zum einen zu unbestimmt ist und zum anderen ein - ungleicher - Zweck der Stiftung aufgrund der Übertragung in der Geschäftsführung für die kommunal verwalteten Stiftungen liegt. Die weitere Änderung dient der Klarstellung des Gewollten.

Auch die zu Satz 4 vorgeschlagenen Änderungen dienen der Klarstellung des Regelungsziels.

Satz 5 soll entfallen. Sein Regelungsgehalt ist, auch im Verhältnis zu § 7 NStiftG, unklar, weil nicht geregelt ist, unter welchen Voraussetzungen eine Anpassung der Satzung erforderlich ist. Da die Weiterleitung der von den verwalteten Stiftungen erwirtschafteten Mittel im Ermessen der Kommune steht („kann“), besteht die Erforderlichkeit einer Anpassung in keinem Fall. Die Möglichkeit der Satzungsanpassung mit dem Ziel, nach Satz 4 eine Weiterleitung der Mittel zu gestatten, besteht für die Kommune ggf. gemäß § 19 Abs. 2 i. V. m. § 7 NStiftG.

Zu Buchstabe d (Absatz 4):

Der neue Satz 2 dient der Klarstellung des Gewollten. Dass die Einbringung von kommunalem Vermögen in das Stiftungsvermögen als eine „Veräußerung“ i. S. d. § 125 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 anzusehen ist (so die Begründung des Entwurfs, S. 49) und damit der Begründung bedarf, ist dem Wortlaut des Gesetzentwurfs nicht zu entnehmen, sodass es der Anordnung der entsprechenden Anwendung dieser Vorschrift bedarf.

Zu Nummer 34 (§ 136):

Zu Buchstabe a (Absatz 1):

Zu Doppelbuchstabe aa (Satz 2 Nrn. 2 und 3):

Im Ausschuss bestand Einigkeit, dass durch die Wiedereinführung der sog. „einfachen“ Subsidiaritätsklausel in der Nummer 3 und das Entfallen des bisherigen Satzes 3 die frühere Rechtslage wiederhergestellt wird mit der Folge, dass die Klausel keine drittschützende Wirkung mehr entfalten soll (vgl. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1990, 506, 507; OVG Lüneburg, NdsVBl. 2008, 21, 22).

Zu Doppelbuchstabe bb (Sätze 3 bis 9):

Zu Satz 3:

Satz 3 soll an die Begrifflichkeiten des Telekommunikationsgesetzes angepasst werden. Die Formulierung berücksichtigt, dass auch ein Breitbandkabelnetz ein Telekommunikationsnetz gemäß § 3 Nr. 27 TKG ist.

Zu Satz 4:

Die Regelung soll auf den Wortlaut des Satzes 2 Nr. 1 abgestimmt werden.

Zu Satz 5:

Der GBD hat zunächst darauf hingewiesen, dass die Zulässigkeit der Relativierung des Örtlichkeitsprinzips durch landesgesetzliche Regelung umstritten sei. Die wohl herrschende Meinung halte diese unter im Einzelnen unterschiedlich formulierten Voraussetzungen mit der Begründung für zulässig, Art. 28 Abs. 2 GG schließe es nicht aus, den Gemeinden über den verfassungsrechtlich garantierten Aufgabenbereich hinaus durch Gesetz zusätzliche Handlungsmöglichkeiten zu eröffnen (vgl. OVG Münster, NVwZ 2008, 1031, 1035; zum Streitstand ausführlich Burgi, Neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen, S. 79 ff.; auch Heilshorn, VBIBW 2007, 161, 163 ff.; Dünchheim/Schöne, DVBl. 2009, 146, 151 ff.; Wolff, DÖV 2011, 721, 722 ff.; Geiger/Aßmann, DVBl. 2012, 1276, 1281; Attendorn/Schweitzer, NWVBl. 2013, 13, 16; Nierhaus in HKWP Bd. 2, S. 52 ff.; Lange, Kommunalrecht, Kap. 14 Rn. 92 ff.; zur Problematik auch OVG Magdeburg, NVwZ 2015, 1231 ff.).

Die vorgeschlagene Formulierung soll dazu dienen, das vom Innenministerium mitgeteilte konkrete Regelungsziel genauer abzubilden. Die unbestimmte Formulierung des Entwurfs („dazu auch“) soll daher dahingehend präzisiert werden, dass es auch bei der überörtlichen Betätigung darum geht, den öffentlichen Zweck nach Satz 2 Nr. 1 zu erfüllen. Dieser Zweck besteht darin, die entsprechende Aufgabe der Daseinsvorsorge nach Satz 3 gegenüber den eigenen Einwohnern wahrzunehmen, sodass insoweit das Örtlichkeitsprinzip grundsätzlich gewahrt bleibt (vgl. dazu Wefelmeier in KVR-NKomVG § 136 Rn. 7 ff.). Zulässig sind damit nach Auffassung des Ausschusses etwa überörtliche Betätigungen, die dazu dienen, die Leistungs- und Konkurrenzfähigkeit des Unternehmens und

damit die Versorgung der eigenen Einwohner zu sichern (vgl. etwa OVG Magdeburg, NVwZ 2015, 1231, 1233; Geiger/Aßmann, DVBl. 2012, 1276, 1278; zur Kapazitätsauslastung auch OVG Münster, NVwZ 2008, 1031, 1036). Durch die empfohlene Bindung an den öffentlichen Zweck wird dagegen ausgeschlossen, dass eine Erweiterung der jeweiligen wirtschaftlichen Betätigung über die kommunalen Grenzen allein aus Gründen der Gewinnerzielung erfolgt, was mit dem öffentlichen Zweck unvereinbar wäre; zulässig ist dagegen eine „Gewinnmitnahme“ bei hauptsächlicher Verfolgung des öffentlichen Zwecks (vgl. dazu näher Wefelmeier, a. a. O., Rn. 28 ff. m. w. N.).

#### Zu Satz 6:

Im federführenden Ausschuss und auch im Ausschuss für Rechts- und Verfassungsfragen wurde ausführlich über die Rechtssicherheit der Neuregelung diskutiert. Es bestand Einigkeit, dass die Regelung die Rechte der von der überörtlichen wirtschaftlichen Betätigung anderer Kommunen betroffenen Kommunen einschränkt.

Der GBD legte in diesem Zusammenhang dar, dass Satz 6 deshalb aus seiner Sicht verfassungsrechtlich nicht unproblematisch sei. Der unbestimmte Begriff der „gesetzlich liberalisierten Tätigkeiten“ beziehe sich zurzeit zwar im Wesentlichen auf die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes. Wegen der nicht absehbaren rechtlichen Entwicklung solle nach Auskunft des Innenministeriums gleichwohl die offenere Formulierung beibehalten werden. Auch wenn die durch diesen Verweis auf die bundesrechtlichen Vorschriften vorgesehene Beschränkung der Interessen, die die von der überörtlichen Tätigkeit betroffene Kommune geltend machen darf, in dieser oder ähnlicher Form auch in anderen Bundesländern existiere (vgl. die Begründung, LT-Drs. 17/5423, S. 51), sei die Zulässigkeit einer solchen Beschränkung umstritten. Die Befürworter verwiesen darauf, dass ein Schutz der Kommune nur in dem Umfang gerechtfertigt sei, in dem er auch gegenüber privaten Anbietern durch das höherrangige Recht eingeräumt werde; die Selbstverwaltungsgarantie könne keinen stärkeren Wettbewerbsschutz verleihen als die bundesrechtlichen Vorschriften. Der Landesgesetzgeber habe daher die vom Bund geschaffene neue Wettbewerbsordnung zu respektieren (vgl. dazu Burgi, a. a. O., S. 86 f.; Brüning, NVwZ 2015, 689, 694; Reck, DVBl. 2009, 1546, 1551; Jarass, DVBl. 2006, 1, 4; grundsätzlich auch Geiger/Aßmann, DVBl. 2012, 1276, 1282, die aber bei einer Betroffenheit im Kernbereich eine erweiternde Auslegung des Begriffs der berechtigten Interessen befürworten). Demgegenüber werde die Regelung von Teilen der Fachliteratur mit der Begründung für verfassungswidrig erklärt. Anders als gegenüber privaten Anbietern gelte aufgrund des Art. 28 Abs. 2 GG, der auch die Zuständigkeitsbereiche der Kommunen horizontal gegeneinander abgrenze, zwischen den Kommunen untereinander der Grundsatz gemeindefreundlichen Verhaltens und interkommunaler Rücksichtnahme. Daher verstoße die überörtliche Tätigkeit jedenfalls dann gegen berechnete Interessen der betroffenen Kommune, wenn diese einwendet, sie betätige sich selbst auf dem betroffenen Gebiet wirtschaftlich oder beabsichtige dies zu tun (vgl. z. B. Guckelberger, BayVBl. 2006, 293, 296; Heilshorn, VBIBW 2007, 161, 166; Dünchheim/Schöne, DVBl. 2009, 146, 154; Attendorn/Schweitzer, NWVBl. 2013, 11, 16 f., jeweils m. w. N.). Für diese Auffassung könne in der Tendenz sprechen, dass die Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge von jeder Kommune für „ihre Einwohnerinnen und Einwohner“ zu erfüllen sind (§ 4 Satz 2 NKomVG). Rechtsprechung aus den Ländern, die bereits eine entsprechende Regelung ins Gesetz aufgenommen haben, liege soweit ersichtlich nicht vor. Ob die Regelung somit gegen Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verstoße, weil sie in den genannten Fällen auf ein Einvernehmen der betroffenen Gemeinde verzichtet, könne daher nicht abschließend beantwortet werden.

Der Vertreter des Innenministeriums bestätigte auf Nachfrage die Einschätzung, dass eine absolute Rechtssicherheit für die Regelung nicht bestehe. Der Entwurf folge aber einem in anderen Ländern bereits bestehenden Trend und orientiere sich an den dortigen Regelungen. Der Ausschuss hat sich dem mehrheitlich angeschlossen.

#### Zu Satz 7:

Die dortige Regelung soll wegen des Zusammenhangs und zur sprachlichen Straffung in den Satz 5 integriert werden.

Zu Satz 8:

Problematisch ist nach Auffassung des Ausschusses, dass durch die im Entwurf vorgesehene Nichtanwendbarkeit des Satzes 2 Nr. 1 auf die Notwendigkeit der Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck ausdrücklich verzichtet wird. Das Erfordernis der öffentlichen Zwecksetzung gilt jedoch nach allgemeiner Auffassung grundsätzlich für alles staatliche Handeln (vgl. dazu Püttner, DVBl. 2010, 1189, 1190; Brüning, NVwZ 2015, 689, 690). Nach der Begründung soll die wirtschaftliche Betätigung im Bereich der Stromerzeugung durch erneuerbare Energien auch in den Fällen ermöglicht werden, in denen diese Betätigung nicht dem ansonsten vorausgesetzten öffentlichen Zweck der Versorgung der eigenen Einwohner dient; ansonsten wäre die Regelung im Hinblick auf Satz 3 auch entbehrlich. Vielmehr nennt der Gesetzentwurf als Ziel der Regelung die verbesserte Umsetzung der Energiewende (LT-Drs. 17/5423, S. 50) und damit den Klima- und Umweltschutz. Daher wird empfohlen, diesen (anderen) öffentlichen Zweck ausdrücklich in Bezug zu nehmen (vgl. auch Brüning, NVwZ 2015, 689, 694, der von einem „höheren öffentlichen Zweck“ durch Landesgesetz spricht). Dadurch wird auch - zumindest vom Gesetzeswortlaut her - ausgeschlossen, dass die überörtliche wirtschaftliche Betätigung hier allein der Gewinnerzielung dient, was angesichts der Gemeinwohlbindung der öffentlichen Verwaltung von der überwiegenden Auffassung als unzulässig angesehen wird (vgl. nur Brüning, NVwZ 2015, 689, 691; Wefelmeier KVR-NKomVG, § 136 Rn. 29 m. w. N.; a. A. wohl Burgi, a. a. O., S. 58 ff.). Im Übrigen soll die Formulierung an das Erneuerbare-Energien-Gesetz angepasst werden. Da die Erzeugung von Energie auch unter den umfassenden Begriff der Energieversorgung in Satz 3 fällt, soll auch das Verhältnis zu den übrigen Vorgaben der Sätze 1 bis 4 geklärt werden. Daher wird empfohlen, die Voraussetzungen für die überörtliche Tätigkeit ohne Ortsbezug in Satz 8 positiv und abschließend festzulegen.

Der GBD hat darauf hingewiesen, dass trotz der oben genannten Änderungsempfehlungen der vollständige Verzicht auf den örtlichen Bezug der wirtschaftlichen Betätigung problematischer sei als dessen Relativierung, sodass dessen Zulässigkeit trotz der in der Begründung genannten Erwägungen ebenfalls umstritten sei (vgl. dazu schon die Darlegungen zu Satz 5). Wenn, was teilweise vertreten werde, das Örtlichkeitsprinzip Verfassungsrang hat, sei dessen Aufhebung für einen bestimmten Tätigkeitsbereich unzulässig (vgl. dazu auch Nebel/Steinbach, NVwZ 2015, 1235, 1236). Auch werde gegen einen vollständigen Verzicht auf einen örtlichen Bezug eingewandt, für eine solche Betätigung fehle die demokratische Legitimation, da diese von den Bürgerinnen und Bürgern hergeleitet werde (vgl. nur Guckelberger, BayVBl. 2006, 294, 295). Im Ergebnis könne deshalb die Zulässigkeit der Regelung nicht abschließend beurteilt werden. Das Innenministerium hält den Verzicht auf den Ortsbezug aus den im Entwurf genannten Gründen für zulässig und möchte an der Regelung festhalten. Dem ist der Ausschuss im Ergebnis gefolgt.

Zu Satz 9:

Da der Zweck der Energieversorgung auch die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien erfasst (vgl. § 3 Nr. 36 EnWG), hält es der Ausschuss für nicht schlüssig, dass hier abweichend von Satz 5 nicht nur die berechtigten Interessen der Kommune zu wahren sind, sondern sogar das Einvernehmen der betroffenen Gemeinde, obwohl die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien doch gerade erleichtert werden soll. Zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs soll daher eine Harmonisierung mit der sonstigen überörtlichen Betätigung erfolgen.

Zu Buchstabe c (Absatz 5):

Der Vorschlag verdeutlicht das vom Innenministerium mitgeteilte Regelungsziel.

Zu Nummer 35 (§ 138):Zu Buchstabe b (Absatz 9):

Im Ausschuss wurde erörtert, dass die mit dem Entwurf vorgenommene Einordnung der Aufsichtsrats-tätigkeit als Nebentätigkeit (wie schon nach bisheriger Rechtslage) nicht für die Tätigkeiten in Aufsichtsräten gilt, in die die Hauptverwaltungsbeamtin/der Hauptverwaltungsbeamte gemäß Absatz 3 Satz 3 i. V. m. Absatz 2 Satz 1 entsandt worden ist. Danach gilt für die Entsendung der kommunalen Vertreter in den Aufsichtsrat einer Kapitalgesellschaft, dass die Hauptverwaltungsbeamtin/der Hauptverwaltungsbeamte zu berücksichtigen ist, wenn er nicht verzichtet oder zum

Geschäftsführer bestimmt ist. Damit nimmt bereits das geltende Gesetz nach der Rechtsprechung des BVerwG (BVerwG, NVwZ-RR 2011, 739, 741) eine Zuordnung der Aufsichtsratsstätigkeit zum Hauptamt vor.

Die Ergänzung beruht auf dem vom Innenministerium mitgeteilten Ziel, auch Tätigkeiten zu erfassen, die keine Beteiligung im Rechtssinne darstellen, sondern etwa auf der Mitgliedschaft von Kommunen in einem Zweckverband oder einem Verein oder auf der Verwaltung von Stiftungen beruhen.

Zu Nummer 36 (§ 141 Abs. 3):

Die Änderungen beruhen auf der Vorlage 12, Nr. 4 mit einer redaktionellen Anpassung. Sie haben zum Ziel eine Regelungslücke in Bezug auf die Prüfpflicht von Unternehmen, an denen eine Kommune beteiligt ist, zu schließen.

Zu Nummer 38 (§ 143):

Zu Buchstabe a Doppelbuchstabe aa (Absatz 1 Satz 1):

Es handelt sich um eine Anpassung an die geänderte Begrifflichkeit (vgl. Nrn. 36 und 37).

Zu Nummer 39 (§ 145):

Das Innenministerium hat hierzu mitgeteilt, dass - insoweit abweichend vom Wortlaut der bisherigen Regelung - die oder der Hauptverwaltungsbeamte nicht (mehr) erfasst werden soll.

Zu Nummer 43 (§ 158):

Zu Buchstabe a (Absatz 1):

Die vorgeschlagenen Umstellungen dienen der Klarstellung des Gewollten.

Zu Buchstabe b (Absatz 4):

Der Vorbehalt stellt klar, dass der Verzicht auf die Jahresabschlussprüfung nicht möglich ist, wenn höherrangige Vorschriften des Handels- oder Gesellschaftsrechts entgegenstehen.

Im Übrigen dienen die empfohlenen Änderungen der Anpassung an die rechtlichen Rahmenbedingungen. Nach Absatz 1 Satz 1 hat die Kommune grundsätzlich dafür zu sorgen, dass die Satzung des Unternehmens eine Prüfpflicht vorsieht. Der Gesetzentwurf will ihr nunmehr die Möglichkeit einräumen, diese Pflicht im Einzelfall zeitweilig auszusetzen. Hierzu muss ihr gestattet werden, ihr Weisungsrecht an ihre Vertreter in der Gesellschafterversammlung (§ 138 Abs. 1 Satz 2) dergestalt auszuüben, dass diese nach Maßgabe des Gesellschaftsrechts einen satzungsändernden Beschluss fassen dürfen, der den Verzicht auf die Jahresabschlussprüfung vorsieht.

Zu Nummer 47 (§ 166 Abs. 3 Satz 1):

Zu Buchstabe a (Absatz 3):

Es handelt sich um Folgeänderungen zur vorgeschlagenen Streichung des Buchst. b (neuer Absatz 4).

Zu Buchstabe b (Absatz 4):

Auf die Änderung soll verzichtet werden, da die bisherige Regelung nach ihrer verfassungskonformen Auslegung vom Nds. StGH (vgl. Nds. VBl. 2013, 188, 191 f.) nicht beanstandet worden ist.

Zu Nummer 49 (§ 169):

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung zu der in Artikel 3 vorgesehenen Änderung.

Zu Nummer 51 (§ 179):

Zu Buchstabe b (Absatz 2):

Der Einschub „auch über das Haushaltsjahr 2011 hinaus“ ist überflüssig.

Zu Nummer 52 (§ 180):

Zu Buchstabe a (Absatz 2):

Die neuen Regelungen zum Bürgerbegehren bringen für dessen Durchführung nur Erleichterungen, sodass es der Übergangsvorschrift aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht bedarf.

Zu Buchstabe b (Absätze 2 bis 4):

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Streichung des neuen Absatzes 1.

Zu Artikel 2 (Änderung des Niedersächsischen Gesetzes über die kommunale Zusammenarbeit):

Zu Nummer 1 (§ 3):

Zu Buchstabe c Doppelbuchstabe aa (Absatz 4 Satz 3):

Es handelt sich um eine notwendige sprachliche Korrektur.

Zu Nummer 4 (§ 11 Abs. 1):

Zu Buchstabe b (Sätze 4 und 5):

Es handelt sich um eine sprachliche Präzisierung.

Zu Nummer 4/1 (§ 12 Abs. 2):

Es handelt sich um eine versehentlich unterbliebene Folgeänderung zu der in Nummer 4 (§ 11 Abs. 1) vorgesehenen Änderung.

Zu Artikel 4 (Änderung des Niedersächsischen Beamtengesetzes):

Zu § 120 a:

Zu Absatz 1:

Es handelt sich um eine sprachliche Klarstellung.

Zu den Absätzen 2/1 und 3:

Die Änderungen beruhen auf der Vorlage 12, Nr. 5 mit redaktionellen Anpassungen. Sie dienen dazu, die im Trennungsgeld- und Umzugskostenrecht bisher entstandenen Fahrtkosten für die Fahrten zum vorherigen Dienstrecht zu berücksichtigen.

Zu Artikel 7 (Inkrafttreten):

Zu Nummer 1:

Es handelt sich um eine Folgeänderung zu Artikel 1 Nr. 51.