

## Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen

Reiner Schmidt

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Schmidt, Reiner. 1996. "Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen." *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 25 (3): 345–63.  
<https://doi.org/10.1515/zgre.1996.25.3.345>.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

**Deutsches Urheberrecht**

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



# Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen

von

Professor DR. REINER SCHMIDT, Augsburg\*

## *Inhaltsübersicht*

ZGR 1996, 345–363

I.	Einleitung . . . . .	345
II.	Formelle Privatisierung . . . . .	347
	1. Privatisierungsbegriffe . . . . .	347
	2. Motive . . . . .	348
	3. Die Zulässigkeit der Organisationsprivatisierung . . . . .	349
III.	Die Nahtstelle zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht . . . . .	349
	1. Vorrang des Gesellschaftsrechts . . . . .	350
	2. Nichtöffentlichkeit . . . . .	351
	3. Verschwiegenheitspflicht . . . . .	352
	4. Weisungsungebundenheit . . . . .	353
	5. Mitbestimmung . . . . .	355
IV.	Vorschläge zur Lösung der Einwirkungsproblematik . . . . .	356
	1. Aufgabe der Wahlfreiheit . . . . .	356
	2. Neue öffentlichrechtliche Unternehmensformen . . . . .	357
	3. Anwendung des vorhandenen öffentlichrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Instrumentariums. . . . .	358
V.	Zusammenfassung . . . . .	362

## *I. Einleitung*

Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen betrifft einen Teilausschnitt aus der umfassend angelegten Privatisierungsdiskussion. Die Wertungen der augenblicklichen Privatisierungskonjunktur sind dabei durchaus unterschiedlich. Während einerseits vorgebracht wird, daß der Privatisierungsdruck einer fiskalischen Fehlspekulation entspringe<sup>1</sup>, verweisen andere auf die Privatisierungserfolge des Bundes, die sich nicht nur in Zahlen ausdrücken ließen, wie etwa den vollständigen Rückzug des Staates aus den großen Industriekonzernen VW, VEBA, VIAG und Salzgitter, die Privatisierung der deutschen Pfandbrief- und Hypothekenbank und andere mehr<sup>2</sup>. Weltweit gesehen ist Privatisierung als Rückzug des Staates aus der Wirtschaftstätigkeit zum Programm und zu einem wesentlichen Argument im Standortwettbewerb zwischen den Volkswirtschaften ge-

\* Herrn Rechtsreferendar THOMAS VOLLMÖLLER danke ich für die Mitarbeit.

1 So OSTERLOH, VVDStRL 54 (1995), 204, 213 f.

2 So etwa GRÜNEWALD, in: Ipsen, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1994, S. 5 f.

worden. Das Volumen der Privatisierung in der Bundesrepublik ist im europäischen Vergleich allerdings eher bescheiden. Deren 12 Mrd. stehen Privatisierungserlöse in Höhe von 120 Mrd. DM in Großbritannien in der Zeit von 1979 bis 1992 gegenüber oder etwa der Verkauf von 21 Unternehmen in Frankreich in Höhe von 110 Mrd<sup>3</sup>.

Das Privatisierungsprogramm der Bundesregierung und die rasche Aufgabenerfüllung durch die Treuhandanstalt konnten nicht verhindern, daß auf der Bundesebene das Staatsvermögen kräftig wächst. Dies liegt an den Wertsteigerungen im Grundvermögen, an der Einbehaltung der Gewinne öffentlicher Unternehmen, teilweise aber auch am Erwerb von Grundstücken und Beteiligungen und am Neubau, dies vor allem in den Gemeinden<sup>4</sup>.

Der aktuelle europaweite Entstaatlichungsprozeß wird auch in der Bundesrepublik auf weitere zentrale Märkte, wie etwa den für Energie, Versicherungen und für Verkehr als Katalysator wirken<sup>5</sup>. Zu diesem europarechtlichen Privatisierungsdruck kommt ein für unser Thema besonders bedeutsamer ökonomisch-faktischer Aspekt: Die Rechtsprechung des *EuGH* neigt dazu, die bloße Ausübung der den öffentlichen und monopolartigen Unternehmen eingeräumten Ausschließkeitsrechte als Mißbrauch im Sinne des Art. 86 EGV anzusehen<sup>6</sup>. Oder anders: Die staatliche Monopolisierung als solche wird als Verstoß gegen den Vertrag angesehen, wenn sie „sozusagen strukturell einen Mißbrauch“ im Sinne des Art. 86 EGV impliziert<sup>7</sup>. In der Rechtssache Telekommunikations-Endgeräterichtlinie<sup>8</sup> wurde bereits das abstrakte Vorhandensein ausschließlicher Rechte als Verstoß gegen den Vertrag qualifiziert. Eine Folge dieser Judikatur ist der Verlust der Anziehungskraft der hoheitlichen Organisationsform. Das Telekommunikationsrecht legt hiervon beredtes Zeugnis ab.

Man mag sich, wie *Schulze-Fielitz*, durchaus fragen, ob „der Leviathan auf dem Weg zum nützlichen Haustier?“<sup>9</sup> ist. Mit der Wahl der privaten Organisationsform ist aber keineswegs zwangsläufig ein Rückzug des Staatlichen, wie dies in der Staatsrechtslehre intensiv diskutiert wird<sup>10</sup>, verbunden. Wenn der Staat nicht mehr nur die unmittelbare Erfüllungsverantwortung, wie etwa im Bereich der Sicherheit und der Steuererhebung übernimmt, sondern wenn sich das Ausmaß der staatlichen Verantwortung nach dem jeweiligen Aufgabenfeld bestimmt, für das er die Gewähr leistet und für das Verantwortungsstufen unterschiedlicher Intensität ent-

3 Vgl. FAZ v. 11. 5. 1994.

4 Vgl. hierzu FRANKFURTER INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTSPOLITISCHE FORSCHUNG E. V., Privatisierung auch im Westen, Schriftenreihe Bd. XXVI, 1993, S. 44.

5 Näheres bei R. SCHMIDT, Die Verw. 1995, 281 ff.

6 Siehe BASEDOW, EuZW 1994, 359, 360.

7 Vgl. MÖSCHEL, in: Coing u. a., Staat und Unternehmen aus der Sicht des Rechts, 1994, S. 119, 134.

8 *EuGH*, Rs. C-202/88 (Frankreich/Kommission), Slg. 1991, I-1223, 1259 ff.

9 SCHULZE-FIELITZ, in: Voigt, Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?, 1993, S. 95 ff.

10 Vgl. statt vieler SCHUPPERT, DÖV 1995, 761 ff.

wickelt werden müssen<sup>11</sup>, dann ist das Privatrecht nur ein Instrument der Wahrnehmung dieser staatlichen Gewährleistungsverantwortung. Dies darf keinesfalls per se als Rückzug des Staates qualifiziert werden; ganz im Gegenteil. Bietet das Privatrecht, wie vielfach angenommen, die flexibleren Lösungen, dann kann mit ihm die Verfolgung des öffentlichen Zwecks sogar wirksamer durchgesetzt werden.

## *II. Formelle Privatisierung*

### *1. Privatisierungsbegriffe*

Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in privater Form wird in der neueren Literatur im Rahmen des Themas Privatisierung abgehandelt. Im wesentlichen unterscheidet man hier zwischen vier Hauptgruppen, der Vermögensprivatisierung, der Übertragung staatlichen oder kommunalen Eigentums auf Private, der materiellen Privatisierung, der Aufgabenverlagerung in den privaten Sektor, der funktionalen Privatisierung, der Übertragung der Aufgabendurchführung auf Verwaltungshelfer und schließlich der in unserem Zusammenhang primär interessierenden Organisationsprivatisierung<sup>12</sup>. Die Organisationsprivatisierung oder auch formelle Privatisierung ist dadurch gekennzeichnet, daß sich der Verwaltungsträger seiner Aufgaben nicht entledigt, sondern sie in Formen des Privatrechts durch Schaffung von Eigengesellschaften wie der GmbH oder der AG wahrnimmt. Die Verwaltungswirklichkeit wird von Mischformen bestimmt. Häufig findet sich die Kombination einer Organisationsprivatisierung mit der späteren Option für eine (Teil-) Vermögensprivatisierung. Diesen Weg weist inzwischen sogar das Grundgesetz, wenn in Art. 87 e Abs. 3 GG bestimmt wird, daß Eisenbahnen des Bundes als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt werden und die Anteile des Bundes veräußert werden können, solange die Mehrheit bei diesem bleibt.

Es kann dahingestellt bleiben, ob für das Führen öffentlicher Unternehmen in privatrechtlicher Form der Begriff „Privatisierung“ glücklich ist. Zutreffend wird mit ihm aber jedenfalls das Phänomen der Teilprivatisierung erfaßt, nämlich dann, wenn der Verwaltungsträger nicht eine Eigengesellschaft errichtet, sondern wenn er in der Form der GmbH oder der AG mit Privaten gemischtwirtschaftliche Unternehmen betreibt. Die Teilprivatisierung bietet sich an, um der öffentlichen Hand ihre Garantenstellung zu sichern und ihr gleichzeitig zu ermöglichen, in der Kooperation mit Privaten Wissen und Finanzen zu erschließen, die der staatlichen Ad-

11 So zutreffend SCHMIDT-ASSMANN, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 11 ff.

12 Zu den verschiedenen Privatisierungsbegriffen vgl. SCHOCH, DVBl. 1994, 962 ff.; R. SCHMIDT, in: Biernat/Hendler/Schoch/Wasilewski, Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung, 1994, S. 210, 211 ff.; KAHL, DVBl. 1995, 1327, 1331 f und grundlegend BAUER, VVDStRL 54 (1994), 243, 250 ff.

ministration nicht zur Verfügung stehen. Es ist deshalb kein Zufall, daß gerade in den neuen Ländern auf kommunaler Ebene von diesen Formen der Zusammenarbeit intensiv Gebrauch gemacht wird<sup>13</sup>. Nicht zuletzt diese Möglichkeit für flexible Teillösungen begünstigte den Trend zur Organisationsprivatisierung, der sich trotz der augenblicklichen gesetzlichen Gegensteuerung weiter fortsetzen dürfte<sup>14</sup>.

## 2. Motive

Die Gründe für die Verwendung der privaten Rechtsformen sind vielfältig. Neben ordnungspolitischen Erwägungen geht es vor allem um größere Flexibilität bei Personalakquisition und -verwendung, der Haushaltsgestaltung, der Ausgestaltung der inneren Aufbau- und Ablauforganisation und der Assoziation zwischen verschiedenen Hoheitsträgern. Man erwartet sich die bessere Nutzung privaten Sachverstands, höhere Kreditwürdigkeit, den Abbau von Vollzugsdefiziten, Effizienzsteigerungen und schließlich und nicht zuletzt spielen atmosphärische und psychologische Aspekte eine Rolle, die man sich durch die Übernahme von Formen der privaten Wirtschaft verspricht<sup>15</sup>.

Die Argumente für die Wahl der privaten Rechtsform werden in der Literatur überwiegend nicht für stichhaltig gehalten<sup>16</sup>. Überzeugender als die literarischen Bedenken ist die tatsächliche Entwicklung. Der Trend zum Privatrecht ist ungebrochen. Während 1981 weniger als 30 % der im „Verband kommunaler Unternehmen (VKU)“ zusammengeschlossenen Unternehmen der Versorgungswirtschaft privatrechtlich organisiert waren, so ist deren Anteil inzwischen auf etwa 47 % gestiegen<sup>17</sup>. Selbst wenn sich im einzelnen die Erwartungen, die mit der Rechtsform der GmbH oder der AG verbunden sind, nicht erfüllen, wird das Hauptmotiv, zur Linderung der Finanznot auf das gewaltige Privatisierungspotential zurückzugreifen<sup>18</sup>, bestehen bleiben. Da, wie gesagt, Vorstufe der Vermögensprivatisierung häufig die Organisationsprivatisierung ist, wird diese weiterhin von Interesse bleiben.

13 Vgl. WITTE, DST 1994, 524, 525.

14 Siehe hierzu KNEMEYER, DST 1992, 317, 322. Zur Neuentdeckung des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens im Entsorgungsbereich siehe SCHINK, in: Bauer/Schink, Organisationsformen in der öffentlichen Abfallwirtschaft, 1993, S. 5, 23 ff.

15 Zu den einzelnen Gründen vgl. ERBGUTH/STOLLMANN, DÖV 1993, 798, 801 ff; BAUER, VVDStRL 54 (1994), 243, 256 ff; GRAF VITZTHUM, AÖR 104 (1979), 580, 589 ff.

16 Vgl. statt vieler ERBGUTH/STOLLMANN, DÖV 1993, 798, 801 ff.

17 Nachweis bei KOCH, DVBl. 1994, 667, 667.

18 9. Hauptgutachten der Monopolkommission 1990/91, BT-Drucks. 12/3031, S. 25 f; KRONBERGER KREIS, Privatisierung auch im Westen, 1993, S. 34 ff.

### 3. Die Zulässigkeit der Organisationsprivatisierung

Zweck der formellen Privatisierung ist regelmäßig die rechtliche und faktische Emanzipation vom Verwaltungsträger. Wegen der hierin liegenden Schwächung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts wird die Organisationsprivatisierung zunehmend kritisiert<sup>19</sup>. Trotz dieser Kritik ist die generelle Aussage weiterhin richtig, wonach eine prinzipielle Wahlfreiheit der Rechtsform besteht<sup>20</sup>. Umstritten sind in Rechtslehre und Rechtspraxis nur die Modalitäten und Grenzen der Wahlfreiheit. Ihre grundsätzliche Gewährleistung ist in der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG, die auch die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit umfaßt, zu sehen. Im Rahmen ihrer ökonomischen Eigenverantwortlichkeit entscheidet die Gemeinde auch über die Form des Aufgabenvollzugs<sup>21</sup>. Ein Vorrang des kommunalen Eigenbetriebsrechts läßt sich nicht begründen, die Wahl der Rechtsform steht im pflichtgemäßen Organisationsermessen der jeweiligen Gemeinde<sup>22</sup>. Umstritten ist nur, inwieweit die Wahlfreiheit durch allgemeine Grundsätze des öffentlichen Rechts eingegrenzt wird und, neuerdings besonders aktuell geworden, die Frage, inwieweit der Gesetzgeber allgemein für bestimmte Unternehmenssparten oder in Einzelfällen zu Lasten der Gemeinden die Wahlfreiheit beschränken darf. Die Meinung vom Vorrang öffentlichrechtlicher Formen<sup>23</sup> hat sich nicht durchsetzen können. Im Zielkonflikt zwischen öffentlichem Zweck und Wirtschaftlichkeit wird jeweils nur eine Abwägung zwischen den bestehenden Kontroll- und Einflußmöglichkeiten einerseits und den Belangen der Aufgabenerfüllung andererseits zum richtigen Ergebnis führen können<sup>24</sup>.

### III. Die Nahtstelle zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Grundlegende Voraussetzung für die Errichtung öffentlicher wirtschaftlicher Unternehmen ist die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks. Dies ist u. a. in § 65 BHO und in den Kommunalgesetzen der Länder bestimmt. Neuerdings wurde neben anderen Voraussetzungen, wie der Begrenzung der Einzahlungsverpflichtung von den Gesetzgebern auch festgelegt, daß der öffentlichen Hand ein „ange-

19 Vgl. SCHOCH, DVBl. 1994, 962, 973.

20 Vgl. PÜTTNER, Zur Wahl der Rechtsform für kommunale Unternehmen und Einrichtungen, Rechtsgutachten, 1993, S. 18 ff.

21 Vgl. SCHOLZ/PITSCHAS, in: Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. V, 2. Aufl., 1984, S. 128, 129.

22 So STÖBER, NJW 1984, 449, 454; PÜTTNER, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl., 1985, S. 85.

23 So aber EHLERS, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984; DERS., DÖV 1986, 897, 903; allerdings auf Bayern bezogen SCHOLZ/PITSCHAS, Wahl der Rechtsform, 1984, S. 125 ff.

24 So auch PÜTTNER, aaO (Fn. 20), S. 28.

messener Einfluß im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsgremium“ (so z. B. Art. 91 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BayGO) eingeräumt werden muß. Auf diese Weise wird durch einfachgesetzliche Regelung auf der Seite des öffentlichen Rechts eine Ingerenzpflicht festgelegt, die als unmittelbare Folge der Aufgabenverantwortung der öffentlichen Hand bei Führung wirtschaftlicher Unternehmen der Gemeinden eine lange Tradition hat<sup>25</sup>.

Da das auf individuelle Handlungsfreiheit ausgerichtete Privatrecht anderen Ordnungsprinzipien als die dem Gemeinwohl verpflichtete öffentliche Hand folgt<sup>26</sup>, kollidiert insbesondere die Einwirkungs- und Kontrollpflicht der öffentlichen Hand zwangsläufig mit Regelungen des Privatrechts. Zwar wird dieses gerade in Anspruch genommen, um eine größere Autonomie der öffentlichen Unternehmen zu erreichen. Ein Verlust an Einfluß ist also grundsätzlich gewollt und kein unerwünschter Nebeneffekt formeller Privatisierung<sup>27</sup>. Der Unternehmensträger muß jedoch bemüht sein, sich das erforderliche Maß an Steuerungsmöglichkeit zu erhalten. Er steht vor dem „Dilemma zwischen Autonomie und Einwirkung“<sup>28</sup>. Dieses Dilemma wird durch Begleiterscheinungen des Privatrechts wie zum Beispiel die unternehmerische Mitbestimmung der Beschäftigten noch verschärft.

### 1. Vorrang des Gesellschaftsrechts

Konflikte mit dem Kommunalrecht sind schon wegen Art. 31 GG zugunsten des Gesellschaftsrechts zu lösen. Insofern kann von einem „Vorrang des Gesellschaftsrechts“ gesprochen werden<sup>29</sup>, wenn auch im einzelnen zu klären bleibt, wo genau die Grenze zwischen vorrangig geltendem Gesellschaftsrecht und in die Zuständigkeit des Landesgesetzgebers fallendem Kommunalrecht verläuft<sup>30</sup>. Verschiebungen zugunsten des Kommunalrechts durch die Deutsche Gemeindeordnung von 1935, zu nennen ist insbesondere das Weisungsrecht nach § 70 Abs. 2 DGO, blieben nicht von Dauer. Aktienrecht und auch GmbH-Recht stellen heute systematisch abschließende Regelungen dar, so daß sich Rechte und Pflichten der Unterneh-

25 Zur Ingerenzpflicht vgl. im einzelnen BÜCHNER, Die rechtliche Gestaltung kommunaler öffentlicher Unternehmen, 1982, S. 66 ff; KRAFT, Das Verwaltungsgesellschaftsrecht, 1982, S. 20 ff; SCHUPPERT, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981, S. 334 ff; OSSENBÜHL, Erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, 1972, S. 35 ff; SPANOWSKY, DVBl. 1992, 1072 ff; VON DANWITZ, AöR 120 (1995), 595, 603 ff.

26 R. SCHMIDT, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 1990, S. 515.

27 Vgl. SCHÖCH, DÖV 1993, 377, 382.

28 SCHOLZ/PITSCHAS, aaO (Fn. 21), S. 142.

29 Dieser gilt auch gegenüber den Landeshaushaltsordnungen. Vgl. dazu ZEICHNER, AG 1985, 61, 69.

30 PÜTTNER, DVBl. 1986, 748, 751, verwendet relativierend den Begriff der „Reichweite“. SCHUPPERT, ZGR 1992, 454, 465, spricht von der „Maßgeblichkeit“ des Gesellschaftsrechts. Vgl. auch SCHWINTOWSKI, NJW 1990, 1009, 1013.

mensorgane und ihrer Mitglieder ausschließlich nach Gesellschaftsrecht richten<sup>31</sup>. Gleiches muß konsequenterweise für den Umfang der Einwirkungsmöglichkeiten gelten<sup>32</sup>. Zu Recht verneint *Püttner* die Notwendigkeit, über die Pflicht der Gesetzgeber im Bundesstaat zur gegenseitigen Rücksichtnahme oder durch das Prinzip der harmonisierenden Auslegung den Vorrang des Gesellschaftsrechts zu relativieren. Ist im Einzelfall eine Inanspruchnahme des vorgegebenen Privatrechts mit verfassungs- oder auch kommunalrechtlichen Vorgaben nicht zu vereinbaren, so bleibt die öffentliche Hand auf die Organisationsformen des öffentlichen Rechts beschränkt<sup>33</sup>. Für eine verfassungskonforme Interpretation von Konfliktsituationen mit dem Ergebnis eines Vorrangs des öffentlichen Rechts<sup>34</sup> besteht deshalb kein Bedürfnis. Dies gilt auch für den Versuch, ein „Verwaltungsgesellschaftsrecht“ zu begründen, worunter in Anlehnung an den Begriff „Verwaltungsprivatrecht“ ein öffentlich-rechtlich modifiziertes Gesellschaftsrecht im Sinne einer Anbindung an zwingende öffentlich-rechtliche, insbesondere verfassungsrechtliche Ordnungsprinzipien zu verstehen ist<sup>35</sup>.

Hat sich die öffentliche Hand auf die Ebene des Privatrechts begeben, so findet dieses in vollem Umfang Anwendung. Einige der Konsequenzen für die Steuerbarkeit von Eigengesellschaften sollen im folgenden beschrieben werden.

## 2. Nichtöffentlichkeit

Im wesentlichen unproblematisch, wenn auch in der gemeindlichen Praxis nicht immer beachtet, sind die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften über die Nichtöffentlichkeit der Sitzungen der Unternehmensorgane<sup>36</sup>. Diese ergibt sich für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft aus § 109 AktG. Auch die Hauptversammlung ist als rechtlich interne Veranstaltung grundsätzlich der Öffentlichkeit nicht zugänglich, im Einzelfall kann Dritten die Teilnahme aber gestattet werden. Für den obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH gilt § 109 AktG über § 77 Abs. 1 BetrVG 1952 und § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG 1976 entsprechend, und selbst für den Fall eines bloß fakultativen Aufsichtsrates ist es fraglich, ob vom gesetzlichen Modell abgewichen werden kann. Grundsätzlich nichtöffentlich sind auch die Gesellschafterversammlungen abzuhalten.

31 Vgl. PÜTTNER, DVBl. 1986, 748, 751.

32 Vgl. SPANNOWSKY, DVBl. 1992, 1072, 1074; ENGELLANDT, Die Einflußnahme der Kommunen auf ihre Kapitalgesellschaften über das Anteilseignerorgan, 1995, S. 25 f.

33 Vgl. PÜTTNER, DVBl. 1986, 748, 751; ERICHSEN, Die Vertretung der Kommunen in den Mitgliederorganen von juristischen Personen des Privatrechts, 1990, S. 25.

34 So STÖBER, NJW 1984, 449, 455.

35 Vgl. KRAFT, aaO (Fn. 25), S. 237. Vgl. aus jüngster Zeit VON DANWITZ, AÖR 120 (1995), 595, 622 ff, der *Krafts* Idee eines „Verwaltungsgesellschaftsrechts“ aufgreift.

36 Vgl. zum folgenden MEIER/WIESELER, GemH 1993, 174, 174 f.



Konflikte zwischen öffentlichem Recht, im Brennpunkt steht das Kommunalrecht, und Gesellschaftsrecht treten dagegen bei Fragen der Vertretung in Unternehmensorganen auf. Dies betrifft vor allem die Verschwiegenheitspflicht und die Weisungsungebundenheit gemeindlicher Vertreter im Aufsichtsrat<sup>37</sup>.

### 3. Verschwiegenheitspflicht

Es gibt nur wenige Sonderregeln des Privatrechts für Gesellschaften der öffentlichen Hand, wenn auch einige der allgemeinen Vorschriften, wie zum Beispiel die Zulassung von Mehrstimmrechtsaktien gemäß § 12 AktG, in der Praxis hauptsächlich in öffentlichen Unternehmen Anwendung finden<sup>38</sup>.

Die einzigen Sonderregelungen des Gesellschaftsrechts für Aktiengesellschaften im (Mehrheits-)Besitz der öffentlichen Hand enthalten die §§ 394, 395 AktG. § 394 Satz 1 AktG befreit Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt worden sind, von ihrer Verschwiegenheitspflicht gemäß §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 2 AktG und trägt damit der Einwirkungspflicht der öffentlichen Hand Rechnung. Voraussetzung ist allerdings, daß eine aus anderen gesetzlichen Vorschriften resultierende Berichtspflicht gegenüber der Gebietskörperschaft besteht. Ist eine solche nicht ausdrücklich vorgesehen, wie etwa in § 113 Abs. 5 GO NW<sup>39</sup>, kann sie allenfalls aus dem Rechtsgedanken der „kommunalen Einwirkungspflicht“ hergeleitet werden<sup>40</sup>.

Probleme wirft der Adressatenkreis der Berichterstattung auf. Unter Hinweis auf § 395 AktG, der die Verschwiegenheitspflicht auf Personen erstreckt, die mit der Verwaltung und/oder Prüfung der Beteiligungen der Gebietskörperschaft betraut sind, wird eine Ausdehnung auf den Gemeinderat, einzelne Ausschüsse oder Fraktionen abgelehnt. Ansonsten würde es, so befürchtet man, zu einer Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht kommen<sup>41</sup>. Feststehen dürfte, daß eine unter Berufung auf das politische Mandat erfolgende Weitergabe vertraulicher Informationen an die Öffentlichkeit, insbesondere die Presse, grundsätzlich unzulässig ist. Nur wenn es das Interesse des Unternehmens unbedingt erfordert, so das vom Bundesgerichtshof aufgestellte „gesellschaftsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprin-

37 Zur Unzulässigkeit von Zustimmungsvorbehalten zugunsten der Kommunalaufsicht und der Kommunalparlamente vgl. ENGELLANDT, DÖV 1996, 71 ff.

38 Vgl. PÜTTNER, in: Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. V, 2. Aufl., 1984, S. 119, 126.

39 „Die Vertreter der Gemeinde haben den Rat über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten. Die Unterrichtungspflicht besteht nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist“.

40 Vgl. hierzu die eingehende Untersuchung von SCHMIDT-ASSMANN/ULMER, BB 1988, Beil. 13, S. 10 ff.

41 So SCHMIDT-ASSMANN/ULMER, BB 1988, Beil. 13, S. 10, 22 f; SCHWINTOWSKI, NJW 1990, 1009, 1014. A.A. MEIER/WIESELER, GemH 1993, 174, 176.

zip“<sup>42</sup>, dürfen nach Ausschöpfung „milderer Mittel“ Interna der Gesellschaft preisgegeben werden. Dies muß aber „ultima ratio“ bleiben<sup>43</sup>.

#### 4. Weisungsungebundenheit

Paradefall für den „Vorrang des Gesellschaftsrechts“ ist die Frage der Weisungsgebundenheit. Diese wird für die Vertreter der Gemeinde in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft zwar grundsätzlich bejaht, da die Hauptversammlung aber Kompetenzen nur in beschränktem Umfang besitzt, bleibt der Einfluß auf die Leitung des Unternehmens gering<sup>44</sup>. Nur wenn der Vorstand es verlangt, können nach § 119 Abs. 2 AktG einzelne Maßnahmen der Geschäftsführung durch die Hauptversammlung beschlossen werden.

Anderes als für die Hauptversammlung gilt für den Aufsichtsrat. Ein vor der Aktienrechtsnovelle von 1965 teilweise vertretenes, vom allgemeinen Aktienrecht abweichendes Weisungsrecht der Gebietskörperschaft gegenüber den von ihr entsandten Aufsichtsratsmitgliedern aus landesrechtlichen Nachfolgeb Bestimmungen zu § 70 Abs. 2 DGO wird heute nach allgemeiner Auffassung abgelehnt. Soweit die in den Gemeindeordnungen der Länder vorgesehenen öffentlichrechtlichen Weisungsrechte mit dem höherrangigen Gesellschaftsrecht nicht zu vereinbaren sind, geht dieses vor<sup>45</sup>. Zum Teil enthalten die Gemeindeordnungen auch dementsprechende, klarstellende Einschränkungen<sup>46</sup>.

Auch aus dem Haushaltsgrundsätzegesetz und der Bundeshaushaltsordnung lassen sich keine Weisungsrechte entnehmen. So enthält beispielsweise § 53 Abs. 1 HGrG lediglich eine nachträgliche Kontrollmöglichkeit, ermöglicht aber keine aktive Unternehmenspolitik<sup>47</sup>.

Schon 1962 hat der Bundesgerichtshof entschieden, daß entsandte Aufsichtsratsmitglieder den Belangen der Gesellschaft Vorzug vor denen des Entsendungsberechtigten zu geben haben und dazu verpflichtet sind, die Interessen der Gesell-

42 Vgl. BGHZ 64, 325, 330 ff.

43 Vgl. SCHWINTOWSKI, NJW 1990, 1009, 1015; DERS., NJW 1995, 1316, 1319.

44 Vgl. statt vieler KOCH, Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, 1994, S. 153 ff; BÜCHNER, aaO (Fn. 25), S. 195. Zur Vertretung der Gemeinde in der Hauptversammlung vgl. ERICHSEN, aaO (Fn. 33), S. 27 ff.

45 Vgl. die zusammenfassende Darstellung bei FISCHER, AG 1982, 85 ff und RAISER, ZGR 1978, 391 ff. Fehlgehend insofern LG Bremen DVBl. 1977, 50, 52 f; vgl. auch die Anm. von PÜTTNER zur Beschwerdeentscheidung des OLG Bremen, DÖV 1977, 897, 901. Anders von DANWITZ, AöR 120 (1995), 595, 625 ff, der Weisungsbefugnisse für verfassungsrechtlich geboten hält, dabei aber die Möglichkeit zur Einflußnahme über Beherrschungsverträge (siehe unten sub. IV) übersieht.

46 Vgl. z. B. § 113 Abs. 1 GO NW, § 112 Abs. 3 saarländisches KSVG; § 125 Abs. 1 hessische GO.

47 HASSEL, GemH 1992, 77; vgl. dazu ausführlicher HAUSER, Die Wahl der Organisationsform kommunaler Einrichtungen, 1987, S. 121 f; LUTTER/GRUNEWALD, WM 1984, 385 ff.

schaft wahrzunehmen, ohne dabei an Weisungen gebunden zu sein<sup>48</sup>. Die im Ergebnis vom Bundesgerichtshof zu Recht bejahte Weisungsfreiheit des Aufsichtsrats ergibt sich unmittelbar aus der Funktion des auch für die GmbH geltenden Kontrollbegriffes in § 111 AktG. Die dem Aufsichtsrat danach eigenverantwortlich (§§ 116, 93 AktG) obliegende Kontrolle der Geschäftsführung beziehungsweise des Vorstandes darf sich allein am Gesellschaftsinteresse ausrichten und muß unabhängig von Drittinteressen erfolgen<sup>49</sup>. Dies sagt nicht, so der Bundesgerichtshof in einer späteren Entscheidung aus dem Jahre 1977<sup>50</sup>, daß eine angemessene Beachtung gesamtwirtschaftlicher Gesichtspunkte und des Allgemeinwohls ausscheiden muß. Vielmehr haben die Aufsichtsratsmitglieder die Interessen der Anteilseigner, also auch der entsendenden Gebietskörperschaft zu berücksichtigen, und es kann durchaus zu einer Identität von unternehmerischen und öffentlichen Belangen kommen. Wenn eine oder auch mehrere Gebietskörperschaften alleinige Anteilseigner des Unternehmens sind, wird dies sogar die Regel sein. Obwohl in diesen Fällen nicht die Gefahr besteht, daß das Interesse privater Aktionäre einem fremden Unternehmensziel untergeordnet wird<sup>51</sup>, verlangt hier der Schutz der Gesellschaftsgläubiger die Weisungsungebundenheit<sup>52</sup>.

Eine Ausnahme von der Weisungsfreiheit kann schließlich auch nicht für beamtete Aufsichtsratsmitglieder gemacht werden. Zwar läßt sich zwischen Beamtenrecht und Gesellschaftsrecht kein Rangverhältnis begründen; ein beamtenrechtliches Weisungsrecht würde aber den Beamten in einen Interessenkonflikt geraten lassen, der letztlich mit der Fürsorgepflicht des Dienstherrn nicht zu vereinbaren ist<sup>53</sup>.

Im Gegensatz zu den Mitgliedern des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft oder des obligatorischen Aufsichtsrats einer GmbH kann durch entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag (§ 52 GmbHG) ein Weisungsrecht der Kommune gegenüber den Mitgliedern eines fakultativen Aufsichtsrats statuiert werden<sup>54</sup>.

48 BGHZ 36, 296, 306. Auf Widersprüche in der Entscheidung weist RAISER, ZGR 1978, 391, 402, Anm. 24, hin.

49 SCHWINTOWSKI, NJW 1995, 1316, 1318.

50 BGHZ 69, 334, 339; vgl. hierzu auch LUTTER/GRUNEWALD, WM 1984, 385, 395.

51 Vgl. BGHZ 69, 334, 338.

52 Vgl. dazu das Beispiel bei SCHWINTOWSKI, NJW 1995, 1316, 1319. Diesen Aspekt übersieht VON DANWITZ, AÖR 120 (1995), 595, 614 ff, der maßgeblich auf das Gebot der Gleichbehandlung aller Aktionäre abstellt.

53 Vgl. KOCH, aaO (Fn. 44), S. 158 f; BÜCHNER, aaO (Fn. 25), S. 200 f.

54 So u. a. HASSEL, GemH 1992, 77, 81; WEIBLEN/MAY, GemH 1987, 169, 171. A.A. TREDER, GemH 1986, 145, 147: „Die Weisungsungebundenheit des Aufsichtsrats ist als gesellschaftsrechtliche ‚Grundnorm‘ nicht abdingbar.“

### 5. Mitbestimmung

Nimmt die öffentliche Hand zur Aufgabenerfüllung privatrechtliche Organisationsformen in Anspruch, so unterwirft sie sich damit der gesamten Privatrechtsordnung<sup>55</sup> mit der Folge, daß auch die für Kapitalgesellschaften geltenden gesetzlichen Regelungen der unternehmerischen Mitbestimmung gelten. Diese finden also unabhängig davon Anwendung, in welchem Eigentum das Unternehmen steht oder welche Ziele es verfolgt<sup>56</sup>. Die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer (entweder Drittel-Parität nach § 76 Abs. 1, § 77 Abs. 1 BetrVG 1952 bzw. volle Parität nach § 7 Abs. 1 MitbestG 1976 oder freiwillig vereinbarte Mitbestimmung<sup>57</sup>) ist für den Bereich der öffentlichen Unternehmen<sup>58</sup> aus öffentlich-rechtlicher, insbesondere verfassungsrechtlicher Sicht nicht unproblematisch. Sie kann neben dem Rechts-, Sozialstaats- und Selbstverwaltungsprinzip vor allem mit dem Demokratieprinzip in Konflikt geraten. Üben die Staatsorgane der gesetzgebenden, vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt die ihnen übertragenen Machtbefugnisse nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG „im Namen des Volkes“ aus, so macht dies eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern erforderlich<sup>59</sup>. Als „Legitimationsstränge“<sup>60</sup> lassen sich die persönliche Legitimation der Amts- beziehungsweise Organwalter und die materielle, inhaltliche Legitimation, nach der die Staatstätigkeit durch das Gesetz an den Willen des Volkes gebunden wird, unterscheiden<sup>61</sup>. Beide Aspekte sind von der unternehmerischen Mitbestimmung berührt. Durch die Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer an unternehmerischen Planungs- und Entscheidungsprozessen entstehen bei der Trägerkörperschaft Steuerungsverluste. Wären diese aufgrund der bestehenden Ingerenzpflicht nicht hinnehmbar, käme es zwar nicht zur Verfassungswidrigkeit der Mitbestimmungsgesetze, wohl aber wäre in diesem Fall der öffentlichen Hand die Inanspruchnahme der privatrechtlichen Organisationsformen verwehrt<sup>62</sup>. Da durch die Zweidrittelmehrheit der Anteilseigner im Aufsichtsrat bzw. das Doppelstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden Pattsituationen jedoch ausgeschlossen sind und in jedem Fall ein „leichtes Übergewicht“<sup>63</sup> der Anteilseignerseite erhalten bleibt, ist ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip zu verneinen. Die „Verantwortungsgrenze“ wird

55 Vgl. PÜTTNER, DVBl. 1984, 165, 166.

56 Stellvertretend für viele EHLERS, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 146; PÜTTNER, Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen, 1972, S. 27.

57 Vgl. dazu R. SCHMIDT, in: FS Knöpfle, 1996, im Erscheinen.

58 BVerfGE 50, 290 ff.

59 BVerfGE 47, 253, 275; zuletzt BVerfG DVBl. 1995, 1291, 1292. Vgl. auch OSSENBÜHL, Grenzen der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, 1986, S. 39 ff.

60 HERZOG, in: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Stand Juni 1978, Art. 20 Rdn. 46 f.

61 SCHÄFER, Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, 1988, S. 84 ff.

62 So zutreffend PÜTTNER, DVBl. 1984, 165, 166; DERS., aaO (Fn. 56), S. 64 f, 70.

63 BVerfGE 50, 290, 323.

nicht überschritten<sup>64</sup>. Eine Erweiterung der gesetzlich vorgesehenen Mitbestimmung ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nur in engen Grenzen zulässig<sup>65</sup>.

#### *IV. Vorschläge zur Lösung der Einwirkungsproblematik*

Angesichts der bestehenden Steuerungsverluste bei Inanspruchnahme privatrechtlicher Organisationsformen stellt sich die Frage, wie „unkontrollierte Freiräume“<sup>66</sup> vermieden werden können. Die Bandbreite der Lösungsvorschläge reicht von einem Verbot der Inanspruchnahme des Privatrechts bis hin zur Entwicklung neuer öffentlich-rechtlicher Unternehmensformen oder der Schaffung eines „Verwaltungsgesellschaftsrechts“. Vorzugswürdig ist die Ausschöpfung des vorhandenen gesellschaftsrechtlichen wie öffentlich-rechtlichen Instrumentariums.

##### *1. Aufgabe der Wahlfreiheit*

Die nach herrschender Meinung bestehende Wahlfreiheit der öffentlichen Hand, sich zur Aufgabenerfüllung im Bereich der Leistungsverwaltung auch der Organisationsformen des Privatrechts bedienen zu können, ist seit längerer Zeit Angriffen ausgesetzt, die entweder auf eine Aufgabe der Wahlfreiheit abzielen oder diese im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht einschränken wollen<sup>67</sup>. So muß sich die öffentliche Hand nach Ansicht *Pestalozzas* auf das öffentliche Recht als das „Sonderrecht“ des Staates beschränken, eine Inanspruchnahme des Privatrechts komme allenfalls subsidiär in Betracht<sup>68</sup>. *Schachtschneider* verneint selbst diese Möglichkeit<sup>69</sup>. Andere Stimmen aus dem Schrifttum, genannt werden sollen an dieser Stelle nur *Zuleeg*<sup>70</sup> und *Ehlers*<sup>71</sup>, wollen zwar eine Inanspruchnahme des Privatrechts nicht völlig ausschließen, zumindest aber ein Zurückdrängen privatrechtsförmiger Verwaltung erreichen. Aus jüngerer Zeit liegt schließlich der Versuch *Kempens* vor, das „Ende der Formenwahlfreiheit“ mit der fehlenden Grundrechts- und damit seiner Ansicht nach fehlenden vollen Privatrechtsfähigkeit zu begründen<sup>72</sup>.

64 Vgl. BVerfG DVBl. 1995, 1291, 1293.

65 Vgl. dazu OSSENBÜHL, aaO (Fn. 25).

66 SPANNOWSKY, DVBl. 1992, 1072, 1073.

67 Zum Stand der Diskussion vgl. KOCH, aaO (Fn. 44), S. 47 ff.

68 PESTALOZZA, Formenmißbrauch des Staates, 1973, S. 172 ff.

69 SCHACHTSCHNEIDER, Staatsunternehmen und Privatrecht, 1986, S. 185.

70 ZULEEG, VerwArch. 73 (1982), 384 ff.

71 EHLERS, aaO (Fn. 56), S. 375 ff.; DERS., DVBl. 1983, 422, 429 f.; DERS., DÖV 1986, 897, 902.

72 KEMPEN, Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung, 1989, S. 123. Vgl. dazu auch die kritische Besprechung von SCHNAPP, DÖV 1990, 826 ff.

Es wäre falsch, diese Kritik am Dogma von der Formenwahlfreiheit als konsequente Folgerung aus den Steuerungsmöglichkeiten öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform zu verstehen. Der Ansatzpunkt ist grundsätzlicher, er betrifft den Sinn der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht<sup>73</sup>. Trotzdem kann eine Beschränkung auf das öffentliche Recht und damit auch dessen Organisationsformen als, wenn auch radikalste Lösung der Steuerungsproblematik angesehen werden. Eben diese Radikalität ist es aber, die den Vorschlag scheitern lassen muß, denn für die Gemeinden ergibt sich nach herrschender Meinung das Recht zur Gründung von Eigengesellschaften aus ihrer durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Organisationshoheit<sup>74</sup>.

## *2. Neue öffentlichrechtliche Unternehmensformen*

Schon 1980 wurde festgestellt, daß es um die Pläne für ein eigenes Gesetz über öffentliche Unternehmen still geworden ist<sup>75</sup>. Zu einer Reform ist es bis heute nicht gekommen, obwohl die für eine neue Rechtsform gemeindlicher Unternehmen angeführten Gründe weiterhin bestehen. Als solche werden die Vereinheitlichung des Rechts öffentlicher Unternehmen, die Gewährleistung der Verfolgung öffentlicher Aufgaben, die Sicherung des Einflusses der öffentlichen Hand auf ihre Unternehmen und die Regelung der Finanzierung öffentlicher Unternehmen genannt. Nicht zuletzt soll aber auch die Privatrechtsform überflüssig gemacht werden<sup>76</sup>. Den schon vorhandenen Organisationsformen des Regiebetriebs und des Sondervermögens soll eine dritte, dem Aktienrecht vergleichbare hinzugefügt werden<sup>77</sup>. Die rechtsfähige öffentlichrechtliche Gesellschaft mit beschränkter Haftung (öGmbH) ist organisatorisch gekennzeichnet durch das im Gesellschaftsrecht herrschende Prinzip der Trennung von Leitung und Kontrolle, d. h. es besteht ein Vorstand als Leitungsorgan und ein Verwaltungsrat als Kontrollorgan des Unternehmens. Während der Verwaltungsrat in erster Linie die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch das Unternehmen kontrollieren soll, ist der Vorstand tendenziell mehr auf Wirtschaftlichkeitsfragen ausgerichtet. Die daneben existierende „Unternehmensversammlung“ wird durch die am Unternehmen beteiligten öffentlichen Träger gebildet. Eine Kooperation und Konzernierung öffentlicher Unternehmen kann für Sondervermögen und öGmbH gleichermaßen sowohl durch rein öffentlichrechtli-

73 Vgl. KOCH, aaO (Fn. 44), S. 47 f.

74 Vgl. stellvertretend für viele R. SCHMIDT, aaO (Fn. 26), S. 528; GRAF VITZTHUM, AÖR 104 (1979), 580, 581.

75 So JANSON, Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft, 1980, S. 325. Ein Überblick über die wichtigsten Vorschläge findet sich auf S. 325 ff. Vgl. auch m. w. N. KRAFT, aaO (Fn. 25), S. 227 ff; EHLERS, aaO (Fn. 56), S. 383 ff.

76 JANSON, aaO (Fn. 75), S. 365.

77 Vgl. zum folgenden JANSON, aaO (Fn. 75), S. 335 ff.

che als auch gemischte Kooperationsformen erfolgen. Die herkömmliche Kontrolle öffentlicher Unternehmen soll um eine Aufgabenkontrolle erweitert werden, d. h. vom Vorstand soll ein Bericht über die Aufgabenerfüllung erstellt und vom Verwaltungsrat festgestellt werden. Schließlich soll auch die unternehmerische Mitbestimmung einheitlich in Anlehnung an das Betriebsverfassungsgesetz 1952 geregelt werden<sup>78</sup>.

Auch diesem Lösungsvorschlag steht jedoch eine Reihe von Bedenken gegenüber. Für den kommunalen Bereich ist insbesondere die Gesetzgebungszuständigkeit problematisch<sup>79</sup>, denn als Bundeskompetenz käme allenfalls Art. 74 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) in Betracht. Das hier betroffene Eigenbetriebsrecht gehört jedoch zur Regelungsmaterie des Kommunalrechts, das in die Zuständigkeit der Länder fällt. Folglich könnte der Bund neue Organisationsformen nur fakultativ neben den schon vorhandenen Rechtsformen anbieten, zu der angestrebten Rechtsvereinheitlichung würde es damit aber nicht kommen. Zudem wäre eine völlige Beschränkung auf öffentlich-rechtliche Organisationsformen nicht mit Art. 28 Abs. 2 GG zu vereinbaren.

Die Notwendigkeit einer neuen Organisationsform läßt sich bezweifeln, steht doch mit der rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts schon ein der öGmbH ähnlicher Unternehmenstyp zur Verfügung, welcher nur durch den Landesgesetzgeber freigegeben werden muß.

### *3. Anwendung des vorhandenen öffentlichrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Instrumentariums*

Unter dem Gesichtspunkt der Steuerbarkeit ist bei der Wahl der Organisationsform die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorzuziehen, denn sie ist aufgrund ihres flexibleren Organisationsrechts einer Steuerung in größerem Maße zugänglich als die Aktiengesellschaft<sup>80</sup>. Insofern könnte man auch von einem „Vorrang der GmbH“ sprechen. Ein entscheidender Vorteil ist, daß der Geschäftsführung, im Falle der mitbestimmten GmbH in beschränktem Umfang, anders als dem Vorstand einer Aktiengesellschaft, Weisungen erteilt werden können<sup>81</sup>.

Allerdings dürfen auch bei der Aktiengesellschaft die Möglichkeiten informeller Einflußnahme nicht unterschätzt werden, insbesondere kann durch eine entsprechende Personalpolitik auf die Leitung des Unternehmens Einfluß genommen werden. So sollte der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft nur solche Vorstands-

78 Vgl. JANSON, in: Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl., 1984, S. 194, 214 ff.

79 Vgl. zum folgenden PÜTTNER, aaO (Fn. 22), S. 154.

80 Vgl. KOCH, aaO (Fn. 44), S. 167 ff.

81 Vgl. KRAFT, aaO (Fn. 25), S. 135 ff; EHLERS, aaO (Fn. 56), S. 133 f; HOMMELHOFF, ZGR 1978, 119, 127 ff; ENGELLANDT, aaO (Fn. 32), S. 52 ff.

mitglieder bestellen, die als „gemeindenah“ bezeichnet werden können, weil sie bei Entscheidungen auch die Interessen der Gemeinde berücksichtigen würden<sup>82</sup>.

Gleiches gilt für Aufsichtsratsmitglieder, gegenüber denen auch das „Damoklesschwert drohender Abberufung“<sup>83</sup> als faktische Einflußmöglichkeit zur Verfügung steht. In den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft oder den obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH entsandte Gemeindevertreter können nach § 103 Abs. 2 AktG vom Entsendungsberechtigten jederzeit abberufen und durch andere ersetzt werden. Das OVG Münster hat im Hinblick auf eine sowohl im Interesse des Unternehmens als auch der Gemeinde liegenden personellen Kontinuität im Aufsichtsrat dazu allerdings entschieden, daß eine Abberufung jedenfalls nicht allein deswegen erfolgen dürfe, weil sich die Mehrheitsverhältnisse im Rat geändert haben<sup>84</sup>. Obwohl § 52 GmbHG keine Verweisung auf § 103 Abs. 2 AktG enthält, ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die Abberufbarkeit der Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats ebenfalls zu bejahen<sup>85</sup>. Ähnliche Regelungen enthalten auch die Gemeindeordnungen der Länder<sup>86</sup>. Die im Kommunalrecht teilweise vorgesehene Abberufungsmöglichkeit nicht nur entsandter (Bestellkompetenz), sondern auch vorgeschlagener Aufsichtsratsmitglieder (Vorschlagskompetenz) findet jedoch im Gesellschaftsrecht keine Parallele, weswegen allein die Abberufung entsandter Vertreter möglich ist<sup>87</sup>.

Dem informellen Instrumentarium kommt freilich nur eine unterstützende Funktion zu, es kann rechtliche Regelungen im Konfliktfall nicht ersetzen<sup>88</sup>. Die öffentliche Hand kann aber auch eine Reihe vertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten in Anspruch nehmen.

So sollte der mit der Eigengesellschaft verfolgte öffentliche Zweck in der Satzung des Unternehmens verankert und damit zum Unternehmensgegenstand gemacht werden. Ansonsten besteht insbesondere bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen die Gefahr, daß die Unternehmensorgane vorrangig der Gewinnerzielungsabsicht unterstellt sind<sup>89</sup>.

Konzessionsverträge, die primär wegerechtliche Fragen zwischen Versorgungsunternehmen (auch Eigengesellschaften) und den örtlichen Straßenbaubehörden, Straßenbaulastträgern und Straßeneigentümern regeln, räumen darüber hinaus auch Aufsichts- und Mitwirkungsrechte ein, die nicht nur Informationsrechte, Einspruchsbefugnisse und Genehmigungsvorbehalte hinsichtlich Tarifen und Liefer-

82 Vgl. KNEMEYER, DST 1992, 317, 320; ENGEL, Grenzen und Formen der mittelbaren Kommunalverwaltung, 1981, S. 165 f. Kritischer SCHOCH, DÖV 1993, 377, 382.

83 So KNEMEYER, DST 1992, 317, 320. Vgl. auch HASSEL, GemH 1992, 77, 81.

84 OVG Münster NVwZ 1990, 791 ff.

85 HASSEL, GemH 1992, 77, 81.

86 Vgl. z. B. § 113 Abs. 1 GO NW; § 125 Abs. 1 hessische GO.

87 HASSEL, GemH 1992, 77, 80.

88 Vgl. ENGEL, aaO (Fn. 82), S. 166.

89 Vgl. PÜTTNER, aaO (Fn. 22), S. 235 f; ENGELLANDT, aaO (Fn. 32), S. 37 f.



bedingungen zum Gegenstand haben, sondern auch den Erlaß unmittelbarer Einzelanordnungen und allgemeiner Richtlinien zur Geschäftspolitik vorsehen<sup>90</sup>. Letzteres erscheint unter dem rechtsstaatlichen Aspekt des Koppelungsverbotcs problematisch<sup>91</sup>, denn es wird damit eine administrative Kontrolle betrieblicher und nicht wege- oder wasserrechtlicher Art erreicht<sup>92</sup>. Da somit nur „ein Teil des Entscheidungsfeldes des Unternehmens“<sup>93</sup> erfaßt wird, bieten sich Konzessionsverträge nur in beschränktem Umfang als flankierendes Instrument zur Einflußnahme an.

Als Mittel der Einflußnahme auf Eigengesellschaften und gemischt-wirtschaftliche Unternehmen kommt der Abschluß von Beherrschungsverträgen nach § 291 Abs. 1 AktG in Betracht<sup>94</sup>. Auf diesem Wege läßt sich erreichen, daß der ansonsten unabhängige Vorstand der Aktiengesellschaft gemäß § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG Weisungen hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft unterliegt. Dieses Instrument sollte aber sparsam angewendet werden, da ansonsten die mit der Wahl der Privatrechtsform angestrebten Vorteile verloren gingen.

Die Anwendbarkeit konzernrechtlicher Vorschriften auf die öffentliche Hand ist im Anschluß an eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 1977<sup>95</sup> überwiegend anerkannt<sup>96</sup>. Die Verfolgung eines spezifisch „wirtschaftlich-unternehmerischen“ Interesses ist für den Unternehmensbegriff der §§ 15 ff AktG nicht zu fordern<sup>97</sup>. Letztlich entscheidend für die Unternehmenseigenschaft kommunaler Gebietskörperschaften ist vielmehr der Konflikt zwischen den Interessen der Gesellschaft, anderer Aktionäre im Falle eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens sowie der Gesellschaftsgläubiger auf der einen Seite und der Verfolgung eines öffentlichen Zweckes als Sonderinteresse der öffentlichen Hand auf der anderen Seite<sup>98</sup>.

Gerade weil aber durch die Anwendung des Vertragskonzernrechts primär erstgenannte Interessen der Aktionäre geschützt werden sollen, führt der Abschluß von Beherrschungsverträgen für die Kommunen nicht nur zu Steuerungsvorteilen, sondern auch zu Nachteilen. So ist angesichts der in § 302 Abs. 1 AktG vorge-

90 Vgl. KRAFT, aaO (Fn. 25), S. 224; allgemein zu Konzessionsverträgen STERN, AÖR 84 (1959), 137 ff.

91 So KRAFT, aaO (Fn. 25), S. 225 f.

92 Vgl. E.R. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl., 1953, S. 566 f.

93 STÖBER, NJW 1984, 449, 455.

94 Zu Beherrschungsverträgen bei der GmbH vgl. ZÖLLNER, ZGR 1992, 173 ff. Die Problematik des faktischen Konzerns muß an dieser Stelle unbehandelt bleiben; vgl. dazu KOCH, aaO (Fn. 44), S. 177 ff.

95 BGHZ 69, 334 ff; vgl. dazu KOPPENSTEINER, ZGR 1979, 91 ff.

96 Vgl. die Nachweise bei KOCH, aaO (Fn. 44), S. 170, Anm. 123. Eine Darstellung des Meinungsstandes findet sich bei EHLERS, aaO (Fn. 56), S. 137 f.

97 So aber KRAFT, aaO (Fn. 25), S. 188 f; BÜCHNER, aaO (Fn. 25), S. 227 f.

98 Vgl. m. w. Nachw. KOCH, aaO (Fn. 44), S. 172 ff; EHLERS, aaO (Fn. 56), S. 140; KOPPENSTEINER, ZGR 1979, 91, 99.

schriebenen Verpflichtung zum Ausgleich von Jahresfehlbeträgen fraglich, ob die Gemeinde mit dem Abschluß von Beherrschungsverträgen nicht gegen das in den Gemeindeordnungen der Länder enthaltene Gebot der Haftungsbegrenzung verstößt<sup>99</sup>. Sieht man den Zweck der entsprechenden Vorschriften im Schutz der Gemeinde vor unbeherrschbaren Haftungsrisiken, so ist bezüglich der Haftungsrisiken aus Beherrschungsverträgen eine teleologische Reduktion berechtigt. Wegen der Weisungsbefugnisse der öffentlichen Hand sind die entstehenden Haftungsrisiken nicht unkalkulierbar und unvorhersehbar, sondern vielmehr beherrschbar<sup>100</sup>. Allerdings wird die Haftung für Verbindlichkeiten des abhängigen Unternehmens in der Regel eine kommunalaufsichtliche Genehmigung erforderlich machen, denn die Gemeindeordnungen verlangen eine solche für Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen oder diesen wirtschaftlich gleichkommenden Rechtsgeschäften, hier also dem Beherrschungsvertrag<sup>101</sup>.

Kann die Gemeinde ihrer Ingerenzpflicht im Einzelfall trotz der genannten Einwirkungsmöglichkeiten nicht nachkommen, muß sie auf das öffentliche Recht zurückgreifen, welches ihr in den meisten Bundesländern als Organisationsformen nur den Regie- und Eigenbetrieb anbietet. Als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts waren bisher im wesentlichen nur Kreditinstitute des Bundes, der Länder und der Gemeinden organisiert. Bayern hat als nunmehr drittes Bundesland nach Berlin und Hamburg im Rahmen der Novellierung des kommunalen Wirtschaftsrechts<sup>102</sup> die Rechtsform der rechtsfähigen Anstalt für kommunale Unternehmen, die als Kommunalunternehmen bezeichnet wird, im ganzen freigegeben. Den bayerischen Gemeinden steht damit das volle Spektrum der öffentlich-rechtlichen und auch, vorbehaltlich des Erfordernisses der Haftungsbegrenzung, der privatrechtlichen Organisationsformen zur Verfügung, denn der Freistaat hat die bisher umstrittene Vorrangregelung zugunsten des Eigenbetriebs<sup>103</sup> aufgehoben.

Die rechtsfähige Anstalt kann unter verschiedenen Gesichtspunkten vorzuzugswürdig sein<sup>104</sup>: Zum einen besteht eine im Vergleich zu Regie- und Eigenbetrieb größere Autonomie des Unternehmens. Die durch die Rechtsfähigkeit erlangte formal rechtliche Selbständigkeit ist dabei Voraussetzung für eine auch reale Selbständigkeit, die insbesondere in der Abkoppelung von externen Einflüssen zu erkennen ist<sup>105</sup>. Zum anderen bleiben gegenüber den privatrechtlich organisierten Eigengesellschaften die Vorteile des öffentlichen Rechts erhalten. Als solche sind zu nennen: die Möglichkeit zur Festlegung eines Anschluß- und Benutzungszwangs,

99 Vgl. BÜCHNER, aaO (Fn. 25), S. 229; ENGELLANDT, aaO (Fn. 32), S. 42.

100 So KOCH, aaO (Fn. 44), S. 176 f.

101 Vgl. KOCH, DVBl. 1994, 667, 671.

102 Gesetz zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts vom 26. Juli 1995, GVBl., S. 376; vgl. dazu VOLLMÖLLER, Thür. VBl. 1996, im Erscheinen.

103 Vgl. dazu Süss, BayVBl. 1986, 257 ff.

104 Vgl. zum folgenden die Begründung des Gesetzesentwurfs, LT-Drucks. 13/1182, S. 9.

105 Vgl. LANGE, VVDStRL 44 (1986), 169, 188 f. Zur öffentlich-rechtlichen Anstalt im allgemeinen vgl. auch BREUER, VVDStRL 44 (1986), 211 ff.

die Befugnis zur Erhebung von Kommunalabgaben und die steuerliche Gleichbehandlung mit dem Eigenbetrieb, vor allem aber die bestehenbleibenden Aufsichts- und Steuerungsmöglichkeiten. So untersteht das Kommunalunternehmen unmittelbar der Rechtsaufsicht und die Steuerbarkeit kann durch das, anders als bei Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung, maßgebende Landes-, also Kommunalrecht geregelt werden. In Anlehnung an das Aktienrecht leitet der Vorstand das Unternehmen grundsätzlich eigenverantwortlich, unterliegt aber der Kontrolle eines Verwaltungsrats, wobei die Kompetenzen zugunsten letzterem verschoben werden können. Durch Satzung kann auch bestimmt werden, in welchem Umfang der Verwaltungsrat Weisungen des Gemeinderats unterworfen ist. Die rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts eröffnet also „die Möglichkeit, eine selbständige Organisationseinheit mit maßgeschneidertem Aufbau und Verfahren und gegebenenfalls mit genau dosiertem staatlichen Einfluß (...) zu gewährleisten“<sup>106</sup>. Andere Bundesländer sollten deshalb ebenfalls die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen kommunaler Unternehmen um die rechtsfähige Anstalt erweitern.

### V. Zusammenfassung

Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in privaten Rechtsformen gehört zum Themenkreis der aktuellen Privatisierungsdebatte. Wenn auch vielfach nur als „Scheinprivatisierung“ angeprangert, dient die Organisationsprivatisierung vielfach doch als Überführung vom staatlichen bzw. kommunalen in den privaten Bereich. Außerdem bietet sich die GmbH oder die Aktiengesellschaft für ein Zusammenwirken in Form gemischtwirtschaftlicher Unternehmen an. Trotz aller literarischen Versuche der Relativierung von Vorteilen der Organisationsprivatisierung ist, wie die Statistik zeigt, der Trend zur Wahl der privaten Rechtsform ungebrochen. Dies und die weiter bestehende grundsätzliche Wahlfreiheit zwischen den Formen des öffentlichen und des privaten Rechts macht es sinnvoll, die Nahtstellen zwischen beiden Rechtsgebieten näher zu beleuchten. Für dogmatisch fragwürdige Harmonisierungen besteht kein Anlaß. Der Vorrang des Gesellschaftsrechts als Bundesrecht gegenüber dem Landesgesetzgeber im Bereich des Kommunalrechts ist unbestritten. Auch besteht kein Grund für eine Strapazierung des Rechtsinstituts der verfassungskonformen Interpretation. Hat sich die öffentliche Hand auf die Ebene des Privatrechts begeben, dann findet dieses in vollem Umfang Anwendung. So gilt beispielsweise der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit von Sitzungen der Unternehmensorgane uneingeschränkt. Eine Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht in Gesellschaften des öffentlichen Rechts bedurfte einer Sonderregelung im Recht der AG und korrespondierender kommunalrechtlicher Bestimmungen wie etwa § 113 Abs. 5 GO NW. Das schwierige Problemfeld der Weisungsgebundenheit von Ver-

106 So zutreffend LANGE, VVDStRL 44 (1986), 169, 203 f.

treten der Kommunen in Organen der AG oder der GmbH wurde von der Rechtsprechung zu Recht nach dem Prinzip des Vorrangs des Gesellschaftsrechts im Sinne der Weisungsfreiheit gelöst. Auch die unterschiedlichen Mitbestimmungsregelungen des Betriebsverfassungsgesetzes 1952 bzw. des Mitbestimmungsgesetzes 1976 müssen von der öffentlichen Hand prinzipiell hingenommen werden.

Zur Lösung der nach wie vor bestehenden Abstimmungsprobleme werden angesichts der Steuerungsverluste bei Inanspruchnahme privatrechtlicher Organisationsformen eine Reihe von Vorschlägen gemacht, die alle das Ziel verfolgen, „unkontrollierte Freiräume“ zu vermeiden. Nicht überzeugen können die Meinungen, die die öffentliche Hand auf ihr „Sonderrecht“ beschränken wollen, weil sie die für die Kommunen in Art. 28 Abs. 2 GG abgesicherte Organisationshoheit vernachlässigen. Für neue öffentlich-rechtliche Unternehmensformen, wie etwa die rechtsfähige öffentlich-rechtliche Gesellschaft mit beschränkter Haftung (öGmbH) besteht für den kommunalen Bereich keine Gesetzgebungszuständigkeit; auch wäre eine völlige Beschränkung auf öffentlich-rechtliche Organisationsformen nicht mit Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar.

Die Anwendung des vorhandenen öffentlichrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Instrumentariums kann wegen der Möglichkeit informeller Einflußnahme zu angemessenen Lösungen führen. Auch bietet der Abschluß von Beherrschungsverträgen nach § 291 Abs. 1 AktG beträchtliche Einflußmöglichkeiten. Bestehen seitens der Gemeinden Bedenken im Hinblick auf die Wahrnehmung ihrer Ingerenzpflichten, dann bleibt neben der Wahl der Organisationsform des Regie- und Eigenbetriebs in den Bundesländern Bayern, Berlin und Hamburg durch Novellierung des kommunalen Wirtschaftsrechts die neugeschaffene Rechtsform der rechtsfähigen Anstalt für kommunale Unternehmen, das sogenannte Kommunalunternehmen. Diese neue rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts bietet eine Organisationseinheit, welche die bisherigen Vorteile des öffentlichen Rechts bei gleichzeitiger Einräumung einer größeren Autonomie für das Unternehmen zu erhalten versucht. Selbst wenn aber von dem Angebot dieser neuen Rechtsform wenig Gebrauch gemacht und weiterhin auf die private Rechtsform ausgewichen werden sollte, könnte nicht von einem Rückzug des Staates gesprochen werden. Ganz im Gegenteil: wählt er die flexiblere Lösung des Privatrechts, dann wird er dies tun, um bei Verfolgung des öffentlichen Zwecks um so erfolgreicher zu sein.