

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1449

**Pflichtenbindungen
und Pflichtenkollisionen
der Gemeindevertreter**

**Über die Rechtsstellung
der kommunalen Vertreter in den Organen
privatrechtlicher Organisationsformen**

Von

David Karen Shaverdov



Duncker & Humblot · Berlin

DAVID KAREN SHAVERDOV

Pflichtenbindungen und Pflichtenkollisionen
der Gemeindevertreter

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1449

Pflichtenbindungen und Pflichtenkollisionen der Gemeindevertreter

Über die Rechtsstellung
der kommunalen Vertreter in den Organen
privatrechtlicher Organisationsformen

Von

David Karen Shaverdov



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
hat diese Arbeit im Jahr 2020
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 61

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Textforma(r)t Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-18192-6 (Print)
ISBN 978-3-428-58192-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern in Dankbarkeit

Vorwort

Gemeinden nehmen Aufgaben der Daseinsvorsorge nicht allein in öffentlich-rechtlicher Organisationsform wahr. Vermehrt ist zu beobachten, dass sie hierfür auch auf Rechtsformen des Privatrechts zurückgreifen. Kommunalrechtlich ist diese Unternehmenstätigkeit allerdings von einer umfassenden Sicherung gemeindlicher Einwirkungs- und Kontrollrechte abhängig. Nicht selten führt dies insbesondere bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen mit kommunaler Mehrheitsbeteiligung zu Konflikten mit dem auf Privatautonomie ausgerichteten Gesellschaftsrecht. Von diesem Spannungsfeld sind Gemeindevertreter in den Organen privatrechtlicher Gesellschaftsformen besonders betroffen. Zum einen sind sie nämlich zur Wahrung des Wohls der von ihnen vertretenen Kommunen verpflichtet, zum anderen haben sie auch die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen. Dieser Pflichtenkollision widmet sich die vorliegende Arbeit. Sie wurde im Jahre 2020 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis zum Februar 2020 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem verehrten Doktorvater, Herrn Universitätsprofessor Dr. Dr. Markus Thiel, für die herausragende Betreuung während der gesamten Entstehungsphase dieser Arbeit. Der gemeinsame fachliche Austausch und seine fortwährende Unterstützung haben wesentlich zum Gelingen dieser Dissertationsschrift beigetragen. Herrn Universitätsprofessor Dr. Ulrich Noack danke ich für die außerordentlich zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich auch meinen Freunden, die von der ersten bis zur letzten Seite dieser Arbeit an meiner Seite gestanden haben. Für ihre unermüdliche Unterstützung bin ich darüber hinaus meinem Bruder, Herrn Dr. Sergej Münzenberg und meiner Schwägerin, Dr. Maryam Münzenberg, zu größtem Dank verpflichtet. Der allergrößte Dank gebührt schließlich meinen Eltern. Ihnen danke ich von ganzem Herzen für das in mich gesetzte Vertrauen, ihre grenzenlose Zuversicht und ihre bedingungslose Unterstützung in jedem Abschnitt meines Lebens. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im Dezember 2020

David Karen Shaverdov

Inhaltsübersicht

1. Teil

Einführung in die Problematik	23
A. Problemstellung	23
B. Gang der Untersuchung	33

2. Teil

Wirtschaftliche Betätigung der Kommune	35
A. Die Gemeinde als Wirtschaftsakteur	35
B. Organisationsformen gemeindewirtschaftlicher Betätigung	36
C. Uneingeschränkte Vorteile kommunaler Aufgabenerfüllung in Privatrechtsform?	67
D. Maßgebliche privatrechtliche Organisationsformen	91
E. Ergebnis	105

3. Teil

Kontrollpflichten und Pflichtenbindungen	107
A. Die kontrollierte Betätigung kommunaler Unternehmen	107
B. Die Entwicklung gemeindlicher Einwirkungs- und Kontrollpflichten	108
C. Pflichtenbindung gemeindlicher Vertreter	136
D. Pflicht zur Vertretung der Gemeinde – Kontrollbegehren und Konfliktquelle	143
E. Ergebnis	161

4. Teil

Regimekollisionen	162
A. Ingerenzbedingte Kollision von Gesellschafts- und Kommunalrecht	162
B. Grundlegend problematisches Verhältnis der kommunalen Körperschaft gegenüber ihren privatrechtlich organisierten Gesellschaften	163
C. „Typologie der Konfliktsituationen“	172

D. Weisungsbindung als Konfliktquelle	251
E. Ergebnis	252

5. Teil

Informationshaushalt und weitere Konfliktquellen	255
A. Weitere Einwirkungsinstrumente und Regimekonflikte	255
B. Rückumwandlung in öffentlich-rechtliche Organisationsformen oder Auflösung und Liquidation der Gesellschaft	316

6. Teil

Lösungsansätze	319
A. Lösung ingrenzbedingter Regimekollisionen	319
B. Kollision regimespezifischer Anforderungen – die Entwicklung der Vorrangdiskussion	320
C. Ergebnis	369

7. Teil

Lösungsvorschlag	371
A. Abschließender Vorschlag zur Lösung ingrenzbedingter Regimekollisionen	371
B. Entwurf eines modifizierten Verwaltungsgesellschaftsrechts	371
C. Erforderlichkeit weiterer Lösungsansätze?	399

8. Teil

Zusammenfassung	404
A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	404
B. Zur Zulässigkeit und Motivation der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde	404
C. Zur Einflussnahme- und Kontrollverpflichtung der Gemeinde	405
D. Zur ingrenzbedingten Kollision von Gesellschafts- und Kommunalrecht	406
E. Zu den ingrenzbedingten Regimekollisionen jenseits von Weisungen	409
F. Zur Lösung ingrenzbedingter Regimekollisionen	411
G. Zum Entwurf eines modifizierten Verwaltungsgesellschaftsrechts	412
Literaturverzeichnis	414

Inhaltsverzeichnis

1. Teil

Einführung in die Problematik	23
A. Problemstellung	23
B. Gang der Untersuchung	33

2. Teil

Wirtschaftliche Betätigung der Kommune	35
A. Die Gemeinde als Wirtschaftsakteur	35
B. Organisationsformen gemeindegewirtschaftlicher Betätigung	36
I. Die grundsätzliche Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde	36
1. Die Vorgaben nach dem Grundgesetz	36
2. Die Vorgaben nach der Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen	40
3. Grundrechte privater Konkurrenten als Grenze wirtschaftlicher Betätigung?	45
4. Wettbewerbsrechtliche Grenzen	47
5. Zwischenergebnis	48
II. Öffentlich-rechtliche Ausgestaltung öffentlicher Aufgaben	48
1. Regiebetrieb	49
2. Eigenbetrieb	50
3. Rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts	51
4. Rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts	53
5. Zweckverbände	54
III. Zwischenergebnis: Vergleich der öffentlich-rechtlichen Organisationsformen	55
IV. Die privatrechtliche Ausgestaltung öffentlicher Aufgaben	57
1. Verfassungsrechtliche Begrenzung der organisatorischen Wahlfreiheit	58
2. Einfachgesetzliche Beschränkungen der organisatorischen Wahlfreiheit jenseits der Gemeindeordnung	59
3. Schrankenregelungen der Gemeindeordnung NRW	61
a) Das Merkmal „wichtiges Interesse“	62
b) „Wichtiges Interesse“ als Rechtfertigungsgrund?	63
V. Zwischenergebnis: Grundsätzliche Zulässigkeit privatrechtlicher Ausgestaltung öffentlicher Aufgaben	66

C. Uneingeschränkte Vorteile kommunaler Aufgabenerfüllung in Privatrechtsform? . . .	67
I. Motive für die Wahl privatrechtlicher Organisationsformen	68
1. Unternehmensgründung und Liquidation	70
2. Unternehmenstätigkeit	72
a) Personalpolitik und Mitbestimmungsrecht	73
b) Haushaltsrechtliche Gründe	78
c) Kreditvergabe und Kreditwürdigkeit	79
d) Steuerbegünstigung und Steuerlast	80
e) Kooperationsfähigkeit und kooperative Grenzen	82
II. Zwischenergebnis	89
D. Maßgebliche privatrechtliche Organisationsformen	91
I. Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR)	92
II. Offene Handelsgesellschaft (OHG)	93
III. Kommanditgesellschaft (KG) und GmbH & Co. KG	94
IV. Nichtrechtsfähiger Verein und rechtsfähiger Verein	94
V. Eingetragene Genossenschaft (eG)	97
VI. Rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts	98
VII. Gesellschaft mit beschränkter Haftung	99
VIII. Aktiengesellschaft	100
IX. Zwischenergebnis	103
E. Ergebnis	105

3. Teil

Kontrollpflichten und Pflichtenbindungen	107
A. Die kontrollierte Betätigung kommunaler Unternehmen	107
B. Die Entwicklung gemeindlicher Einwirkungs- und Kontrollpflichten	108
I. Der Begriff der Ingerenz im Kontext kommunaler Wirtschaftstätigkeit	109
1. Kommunalverwaltungsrechtliche Ingerenz	109
2. Abgrenzung der Ingerenz zum Begriff der „Aufsicht“ und „Wirtschaftsaufsicht“	111
II. Herleitung der Ingerenzverpflichtung	112
1. Erforderlichkeit des Rückgriffs auf das Institut der Garantspflicht?	113
2. Kommunale Ingerenzverpflichtung und verfassungsrechtliche Vorgaben	115
a) Kommunale Aufgabenerfüllung als Ingerenzgrundlage	117

b) Kommunale Aufgabenverantwortung als Verfassungsauftrag	118
aa) Rechtsstaatsprinzip	119
bb) Sozialstaatsprinzip	120
cc) Demokratieprinzip	121
dd) Pflicht zur Einflussnahme aus dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG	123
ee) Ingerenzverpflichtung aus etwaiger Pflicht gemeindlicher Selbstver- waltung?	128
ff) Ingerenzverpflichtung aus den Grundrechten	131
gg) Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme	133
c) Zusammenfassung	135
C. Pflichtenbindung gemeindlicher Vertreter	136
I. Beschränkbarkeit des freien Mandats der Gemeindevertreter	137
II. Begründung für die Notwendigkeit der Bindung an den Ratsbeschluss	139
III. Zusammenfassung	142
D. Pflicht zur Vertretung der Gemeinde – Kontrollbegehren und Konfliktquelle	143
I. Maßgebliche Vertretungsregelungen der DGO	144
II. Gemeindliche Vertretungsregelungen im Kontext der Nachkriegspolitik	145
III. Vertretungsmechanismen im Geltungsbereich der GO NRW	145
1. Vertretungsregelungen im Zeichen gesellschaftsrechtlicher Verknüpfungen	146
2. Charakterisierung der zentralen Vertretungsnorm	154
3. Vertretungspflicht als Konfliktgrundlage	159
E. Ergebnis	161

4. Teil

Regimekollisionen	162
A. Ingerenzbedingte Kollision von Gesellschafts- und Kommunalrecht	162
B. Grundlegend problematisches Verhältnis der kommunalen Körperschaft gegenüber ihren privatrechtlich organisierten Gesellschaften	163
I. Systembedingte Konfliktimmanenz	165
II. „Regimekollision“ zwischen Freiheit und Pflicht	166
III. Normative Relationsbestimmung der Rechtsmaterien – eine Gegenüberstellung	168
C. „Typologie der Konfliktsituationen“	172
I. Ingerenzbedingte Konflikte im Gründungsstadium	172
1. Konfliktquellen im Gründungsstadium einer (mehrheitlich) kommunalen GmbH	173

a)	Permanenter Beirat/fakultativer Aufsichtsrat	175
b)	Zielvereinbarungen	176
c)	Gemeindliche Unterbeteiligung	178
d)	Ausgestaltung der Entsendungsrechte in den Aufsichtsrat	178
e)	Gesellschaftsvertragliche Bindung der Geschäftsführung an Weisungen sowie Geschäftsordnung	179
f)	Weisungsbindung der Aufsichtsratsmitglieder in fakultativen Aufsichtsräten	181
g)	Aspekte des Landesgleichstellungsgesetzes und Verschriftlichung des Unternehmenszwecks	183
2.	Zwischenergebnis	184
II.	Konfliktquellen im Gründungsstadium einer (mehrheitlich) kommunalen AG	186
1.	Satzungsverbürgte Entsenderechte	186
2.	Ausgestaltung der Satzung	188
3.	Aufsichtsrechtliche Zustimmungsvorbehalte	189
4.	Zwischenergebnis	190
III.	Weitere ingrenzbedingte Konfliktfelder	191
1.	Konsortialabsprachen	191
2.	Beherrschungsvertrag	192
a)	Zulässigkeit des Vertragskonzerns	193
b)	Unzulässigkeit des Vertragskonzerns	193
c)	Streitentscheidung	194
3.	Faktische Konzernverhältnisse	195
4.	Zielvereinbarungen	196
5.	Konzessionsverträge	196
6.	Zwischenergebnis	197
IV.	Ingenrenzbedingte Konflikte im Stadium der Unternehmensführung	198
1.	Gemeindliche Ingerenzausübung gegenüber kommunaler GmbH und konfliktverursachende Verpflichtungen ihrer Vertreter	201
a)	Organkonflikte zwischen Gesellschafterversammlung und (fakultativer) Aufsichtsrat	204
b)	Konfliktpotential von Weisungen an Vertreter in kommunaler GmbH	206
c)	Weisungen gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern einer GmbH	207
aa)	Weisungsfreiheit der Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrates einer GmbH	208
bb)	Eingeschränkte Weisungsfreiheit der Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrates einer GmbH	211
cc)	Stellungnahme	217
d)	Zwischenergebnis	220

2. Gemeindliche Ingerenzausübung gegenüber kommunaler AG und konfliktverursachende Verpflichtungen ihrer Vertreter	220
a) Weisungen gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern einer AG	221
aa) Weisungsrecht im historischen Kontext des Handelsgesetzbuches (HGB)	221
bb) Das Weisungsrecht im Lichte der Deutschen Gemeindeordnung 1935 und des Aktiengesetzes 1937	225
cc) Weisungsfreiheit von kommunalen Aufsichtsratsmitgliedern – Meinungsstand	229
(1) Weisungsfreiheit kommunaler Aufsichtsratsmitglieder	229
(2) Bedingungslose Weisungsbindung kommunaler Aufsichtsratsmitglieder	234
(3) Vermittelnde Lösung	235
(4) Stellungnahme	236
dd) Zwischenergebnis	239
b) Weisungen gegenüber dem Vorstand einer AG	240
c) Weisungen gegenüber der Hauptversammlung der AG	241
d) Zwischenergebnis	242
3. Weisungsrecht aus dem Haushaltsrecht	243
4. Exkurs: Beamtenrechtliche Weisungsbindungen?	245
V. Ergebnis bezüglich Rechtsnatur und Konfliktpotential von Weisungen an Vertreter in kommunaler Aktiengesellschaft	249
D. Weisungsbindung als Konfliktquelle	251
E. Ergebnis	252

5. Teil

Informationshaushalt und weitere Konfliktquellen	255
A. Weitere Einwirkungsinstrumente und Regimekonflikte	255
I. Stimmbindung von Aufsichtsratsmitgliedern	256
II. Staatlicher Informationshaushalt im Spannungsfeld zwischen Auskunft-, Berichts- und Verschwiegenheitspflichten	257
1. Rechtsquellen für Auskunftsbegehren	258
a) Auskunftsrechte hergeleitet aus Grundrechten	258
b) Anspruch aus allgemeinen Transparenzpflichten	260
c) Anspruch aus dem Landespressegesetz NRW (LPresseG NRW)	261
d) Der Informationszugangsanspruch der Öffentlichkeit	263
e) Auskunfts- und Unterrichtsansprüche nach der Gemeindeordnung ..	267

aa) Auskunftsbegehren im Zusammenhang mit Geschäftsabläufen einer GmbH	272
(1) Auskunftsanspruch bei GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat ..	278
(a) Unzulässigkeit von Auskunftserteilungen und Berichten ..	287
(b) Öffentlichkeit von Ratsitzungen – Berichtsverbot wegen Vertraulichkeitsdefizits?	291
(c) Zulässigkeit von Auskunftserteilungen und Berichten	294
(d) Stellungnahme	298
(2) Auskunftsanspruch bei GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat	306
bb) Auskunftsanspruch bei mehrheitlich kommunaler AG	308
2. Informationsrechte im Rahmen der Abschlussprüfung	311
III. Ergebnis	312
B. Rückumwandlung in öffentlich-rechtliche Organisationsformen oder Auflösung und Liquidation der Gesellschaft	316

6. Teil

Lösungsansätze	319
A. Lösung ingrenzbedingter Regimekollisionen	319
B. Kollision regimespezifischer Anforderungen – die Entwicklung der Vorrangdiskussion	320
I. Streng öffentlich-rechtliche Konfliktlösung	321
II. Streng zivilrechtliche Konfliktlösung	325
III. Kompromissmöglichkeiten und -grenzen beider Rechtsregime	330
1. Kein zivilrechtlicher Vorrangautomatismus	330
2. Konfliktlösung durch Entwicklung einer Kollisionsdogmatik	339
a) Verflechtungen und Überschneidungen	340
b) Entwicklung einer Kollisionsdogmatik	343
aa) Vorrang zwingenden öffentlichen Rechts vor dispositiven Normen des Gesellschaftsrechts	344
bb) Aufeinandertreffen zwingender Normen beider Rechtsregime	344
cc) Kollisionskonzept im Sinne einer praktische Konkordanz	345
c) Zwischenergebnis	349
3. Verwaltungsgesellschaftsrecht	350
a) Dogmatische Konzeption und historischer Kontext	350
b) Ablehnung des Instruments Verwaltungsgesellschaftsrecht	356
c) Stellungnahme	360
C. Ergebnis	369

7. Teil

Lösungsvorschlag	371
A. Abschließender Vorschlag zur Lösung ingrenzbedingter Regimekollisionen	371
B. Entwurf eines modifizierten Verwaltungsgesellschaftsrechts	371
I. Die wesentlichen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts	372
1. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts und seine Bedeutung	373
2. Übertragbarkeit der Kernaussagen des Bundesverfassungsgerichts auf „Kommunalparlamente“	376
a) Keine Beschränkung auf Informationsansprüche	382
b) Keine kommunalrechtliche Subsidiarität gegenüber dem Gesellschaftsrecht	383
3. Mechanismus eines modifizierten Verwaltungsgesellschaftsrechts	384
II. Ergebnis	397
C. Erforderlichkeit weiterer Lösungsansätze?	399
I. Erforderlichkeit einer „öffentlich-rechtlichen Gesellschaft“ <i>de lege ferenda</i> ?	399
II. Konfliktlösung durch Ausgestaltung einer zwischengeschalteten Holding-GmbH?	401
III. Statuarische Verankerung eines Rangverhältnisses	402
IV. Ergebnis	403

8. Teil

Zusammenfassung	404
A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	404
B. Zur Zulässigkeit und Motivation der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde	404
C. Zur Einflussnahme- und Kontrollverpflichtung der Gemeinde	405
D. Zur ingrenzbedingten Kollision von Gesellschafts- und Kommunalrecht	406
E. Zu den ingrenzbedingten Regimekollisionen jenseits von Weisungen	409
F. Zur Lösung ingrenzbedingter Regimekollisionen	411
G. Zum Entwurf eines modifizierten Verwaltungsgesellschaftsrechts	412
Literaturverzeichnis	414

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AöR	Anstalt des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Ausg.	Ausgabe
Az.	Aktenzeichen
BAföG	Bundesausbildungsförderungsgesetz
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeamtStG	Beamtenstatusgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründer
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BgA	Betrieb gewerblicher Art
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Co. KG	Compagnie Kommanditgesellschaft
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DGO	Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935
d. h.	das heißt

dies.	dieselbe/dieselben
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebda.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
eG	eingetragene Genossenschaften
EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
EigVO	Eigenbetriebsverordnung
Einl.	Einleitung
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
EnzEuR	Enzyklopädie Europarecht
et al.	et altera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e. V.	eingetragener Verein
f.	folgende (Seite)
ff.	die folgenden (Seiten)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GemFinG	Gemeindefinanzgesetz
GemHH	Gemeindehaushalt
GemVerfG	Gemeindeverfassungsgesetz
GenG	Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GesellR	Gesellschaftsrecht
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
gGmbH	gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GkG NRW	Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit NRW
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GO LSA	Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt
GO NRW	Gemeindeordnung NRW
GO RP	Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz
GO S-H	Gemeindeordnung Schleswig-Holstein
GS	Gedenkschrift
GV. NRW.	Gesetz- und Verordnungsblatt NRW
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Habil.	Habilitationsschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
HGO	Hessische Gemeindeordnung
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung

Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Hauptsatz
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
IFG NRW	Informationsfreiheitsgesetz NRW
InsO	Insolvenzordnung
i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne des oder der
IT.NRW	Information und Technik Nordrhein-Westfalen
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KommAkt 1937	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. Januar 1937 [Kommentar]
KommJur	Kommunaljurist
KStG	Körperschaftssteuergesetz
KV M-V	Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern
KWahlG	Kommunalwahlgesetz NRW
LG	Landgericht
LGG	Landesgleichstellungsgesetz NRW
LHO NRW	Landeshaushaltsordnung NRW
lit.	Littera (Buchstabe)
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LOG NRW	Landesorganisationsgesetz NRW
LPIG	Landesplanungsgesetz NRW
LPresseG NRW	Landespressegesetz NRW
LT-Drs.	Landtagsdrucksache
LVerbO	Landschaftsverbandsordnung NRW
LV NRW	Landesverfassung NRW
MessEG	Mess- und Eichgesetz
MinDir.	Ministerialdirektor
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MontanmitbestG	Montan-Mitbestimmungsgesetz
MüKomm	Münchener Kommentar
MüncH. Hdb. GesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NordÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland
NotVO	Notverordnung vom 5. Juni 1931
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NRW.BankG	NRW.Bank-Gesetz
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-Rechtsprechungsreport

NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
öGmbH	öffentliche GmbH
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
OVG	Oberverwaltungsgericht
PPP	Public Private Partnership
PrGS	Preußische Gesetzessammlung
rev.	revidiert
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter
SpkG NRW	Sparkassengesetz NRW
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
ThürKO	Thüringer Kommunalordnung
TransPuG	Transparenz- und Publizitätsgesetz
u. a.	unter anderem
UmwG	Umwandlungsgesetz
UStG	Umsatzsteuergesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VBIBW.	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerfGH NRW	Verfassungsgerichtshof für das Land NRW
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwR	Verwaltungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VKU	Verband kommunaler Unternehmen
VR	Verwaltungsgrundschau
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiVerw.	Wirtschaft und Verwaltung
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

„Die Leistungsaufgaben der Daseinsvorsorge darf der Staat nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen. Wie, in welcher Rechtsform und von wem die Aufgaben wahrgenommen werden, ist nachrangig. Daseinsvorsorge bedeutet lediglich, dass öffentlich-rechtliche Grundsätze gelten.“

Michael Ronellenfitsch¹

1. Teil

Einführung in die Problematik

A. Problemstellung

In stetig zunehmendem Maße entschließen sich nordrhein-westfälische Kommunen dazu, Verwaltungsaufgaben in den Organisationsformen des Privatrechts zu erfüllen. Das Tableau gemeinwohlorientierter Unternehmungen² in Privatrechtsform ist dabei denkbar vielfältig. Zu nennen sind hier vor allem die Versorgung der Gemeindebevölkerung mit Gas, Wasser und Energie sowie die Sicherung des Personennahverkehrs und der Abfallentsorgung. Aber auch das öffentlich veranstaltete Glücksspiel, die Wohnraumversorgung oder die Pflege und Förderung kommunaler Freizeit- und Kultureinrichtungen³ werden seit einigen Jahrzehnten in immer größerem Umfang in privatrechtlichen Organisationsformen durchgeführt.⁴ Die Bereitstellung der konkreten Güter und Dienstleistungen ist dabei nicht als ein statischer, sondern als ein sich stetig entwickelnder dynamischer Prozess zu verstehen, der eng mit den gemeindehaushalterischen Entwicklungen und der gesellschaftlichen Erwartungshaltung verbunden ist. Im Zuge dessen sind Kommunen nach wie vor gehalten, „das Leistungsangebot im Bereich der Daseinsvorsorge den jeweiligen Erwartungen anzupassen, es gleichwohl stabil vorzuhalten und es zu für Bürger günstigen Preisen anzubieten [...]“⁵.

Gerade deshalb bedienen sich Gemeinden nicht mehr allein öffentlich-rechtlicher Organisationsformen, sondern greifen vermehrt auf Rechtsformen des Pri-

¹ *Ronellenfitsch*, in: Blümel/Doehring/Klein, Ernst Forsthoff, Kolloquium aus Anlass des 100. Geburtstags, S. 53 (79).

² Bei der Diskussion um staatlich zu gewährende, gemeinwohlorientierte Unternehmungen wird regelmäßig der Begriff der Daseinsvorsorge verwendet, *Ringwald*, Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff, S. 30; der Begriff der Daseinsvorsorge wurde von *Ernst Forsthoff* in seinen Schriften „Die Verwaltung als Leistungsträger“ sowie „Rechtsfragen der leistenden Verwaltung“ entwickelt.

³ *Thiel*, Die verwaltete Kunst, S. 246 ff.

⁴ *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 18 ff.; *Towfigh*, DVBl. 2015, 1016 (1016); *Lieschke*, Die Weisungsbindungen der Gemeindevertreter in Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen, S. 1.

⁵ *Erichsen*, Die Vertretung der Kommunen in den Mitgliederorganen von juristischen Personen des Privaten Rechts, S. 1.

vatrechts zurück. Aus verfassungsrechtlicher Sicht wird dies durch die in Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz (GG) verankerte Selbstverwaltungsgarantie ermöglicht.⁶ Denn Art. 28 Abs. 2 GG gibt den Kommunen das Recht, sämtliche Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich und nach ihren eigenen Zweckmäßigkeitsvorstellungen zu regeln.⁷ Von der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ist ebenfalls die Entscheidung darüber erfasst, ob und inwieweit die Aufgaben durch die Gemeinde selbst oder unter ihrer fortbestehenden Verantwortung durch private oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen wahrgenommen werden.⁸ Gleichwohl dürften Gemeinden jenseits dieser rechtlichen Dimension vor allem pragmatische Gesichtspunkte zur formellen Organisationsprivatisierung⁹ verleiten. Hierdurch erhoffen sie sich nämlich eine Flexibilität¹⁰, Marktdynamik und Anpassungsfähigkeit, die der ökonomischen Wirklichkeit des Marktes entspricht und einer betriebswirtschaftlich renditeorientierten Unternehmensführung näherkommt. Dass sich Gemeinden durch formelle Organisationsprivatisierungen einen positiven Einfluss auf ihren Haushalt erhoffen und sich dabei gleichzeitig versprechen, den „örtlich radizierten Gemeinwohlzweck“¹¹ effektiver verfolgen zu können als in den oftmals zu starr empfundenen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen, zeigt nicht nur eine Analyse kommunaler Fonds, Einrichtungen und Unternehmen in Nordrhein-Westfalen (NRW)¹², sondern auch die Statistik des Verbands kommunaler Unternehmen (VKU).¹³

⁶ Vgl. etwa *Dietl/Bacher*, KommJur 2018, 45 (46).

⁷ Vgl. zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft den grundlegenden Rastede-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 79, 127 (151 f.) sowie statt vieler BVerfGE 83, 363 (382) für die Definition der Eigenverantwortlichkeit als Freiheit vor staatlicher Reglementierung in Bezug auf die Art und Weise der Aufgabenerledigung und die Organisation der Gemeindeverwaltung, vgl. insgesamt *Hellermann*, in: BeckOK GG, Art. 28, Rn. 41, 42.

⁸ *Wolff*, in: Hömig/ders., GG, Art. 28, Rn. 11; *Dietl/Bacher*, KommJur 2018, 45 (46).

⁹ Hierbei entledigt sich der Verwaltungsträger nicht einer bestimmten Aufgabe, sondern bedient sich zu ihrer Wahrnehmung der Formen des Privatrechts mittels Gründung einer privatrechtlichen Gesellschaft, siehe nur *Gern/Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, S. 497 f., Rn. 1084; zu den verschiedenen Privatisierungsbegriffen vgl. *Schoch*, DVBl. 1994, 962 ff.; *ders.*, Privatisierung der Abfallwirtschaft, S. 35 f., der von einer formalen Privatisierung spricht; grundlegend zur Privatisierung *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (251 ff., 259 ff.).

¹⁰ So schon *Schmidt*, ZGR 1996, 345 (348) unter Betonung der Motive für die „neuen Bundesländer“.

¹¹ Für ein lokal enges Verständnis des örtlichen Gemeinwohlzwecks OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 11.07.2013 – 2 LB 32/12 – juris, Rn. 98; a. A. *Shirvani*, NVwZ 2014, 1185 (1187 f.); lediglich feststellend *Katz*, Kommunale Wirtschaft, S. 84, Rn. 126.

¹² Dies ergab eine schriftliche Anfrage vom 04.02.2020 bei der Information und Technik Nordrhein-Westfalen (IT.NRW) – Geschäftsbereich Statistik – mit Personalstandstatistik zum 30.06.2018. Die Angaben umfassen Fonds, Einrichtungen und Unternehmen (FEU) in öffentlich-rechtlicher sowie privatrechtlicher Organisationsform. Eine Unterscheidung in Eigenesellschaften und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen erfolgt hingegen nicht. Die Daten geben die Anzahl der FEU nach der 2019/2020 abgeschlossenen Erhebung in NRW wieder.

¹³ Die Anzahl der Mitgliedsunternehmen nach ihrer Rechtsform teilte der VKU auf schriftliche Anfrage vom 13.12.2018 mit.

Von den insgesamt 2.716 kommunalen Fonds, Einrichtungen und Unternehmen in NRW (FEU) sind nämlich 1.965 in privatrechtlicher und lediglich 751 in öffentlich-rechtlicher Form organisiert.¹⁴ Innerhalb der privatrechtlichen Organisationsform dominiert wiederum die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) die Statistik mit 1.743 Einträgen. Dagegen sind Rechtsformen der GmbH & Compagnie Kommanditgesellschaft¹⁵ (Co. KG) mit 169 und der Aktiengesellschaft (AG) mit 46 Einträgen deutlich seltener in der kommunalen Einrichtungs- und Unternehmenslandschaft vertreten. Prozentual weist die von der Information und Technik NRW (IT.NRW) – Geschäftsbereich Statistik – in den Jahren 2019/2020 erstellte Tabelle mit Personalstandstatistik zum 30. Juni 2018 aus, dass 72,35 Prozent der gesamten Fonds, Einrichtungen und Unternehmen in NRW privatrechtlich organisiert sind.¹⁶ Dies als Ausgangswert zugrunde gelegt, sind hiervon 88,7 Prozent in der Rechtsform der GmbH, 8,6 Prozent in der Rechtsform der GmbH & Co. KG und lediglich 2,34 Prozent in der Rechtsform der AG organisiert.¹⁷ Demgegenüber finden sich in der Tabelle der IT.NRW 465 Eigenbetriebe und lediglich 77 Anstalten des öffentlichen Rechts (AöR). Auf die Gesamtzahl kommunaler Einrichtungen und Unternehmen¹⁸ fällt diesen beiden Organisationsformen somit lediglich ein Anteil von 17,12 Prozent beziehungsweise 2,84 Prozent zu. Die aufgezeigte Dominanz privatrechtlicher Organisationsformen wird auch durch die Angaben des VKU bestätigt.¹⁹

Diese Daten zeugen von einer emanzipierten kommunalen Wirtschaftslandschaft, in welcher sich gemeindliche Unternehmen im Rahmen der gemeindlichen Güterversorgung weitestgehend von der eigenen Verwaltung gelöst haben und sich durch eine möglichst organisatorisch und rechtlich autonome Wirtschaftsbetäti-

¹⁴ IT.NRW – Geschäftsbereich Statistik – mit Personalstandstatistik zum 30.06.2018, Stand 04.02.2020.

¹⁵ Kommunale Fonds sind meist in dieser Rechtsform organisiert, vgl. zur Fondfinanzierung als kommunale Bestrebung *Fabry*, in: dies./Augsten, Unternehmen in öffentlicher Hand, Teil 1, S. 50, Rn. 34, Teil 6, S. 377 f., Rn. 49 f.

¹⁶ 1981 waren laut VKU weniger als 30 Prozent der aufgelisteten Unternehmen der Versorgungswirtschaft privatrechtlich organisiert, *Koch*, DVBl. 1994, 667 (667); *Schmidt*, ZGR 1996, 345 (348).

¹⁷ Zu den weiteren gemeindlichen Einrichtungen und Unternehmen, die in öffentlich-rechtlicher Form organisierten sind, zählen 201 Zweckverbände, fünf Stiftungen des öffentlichen Rechts und drei sonstige rechtlich selbstständige Körperschaften des öffentlichen Rechts. Demgegenüber finden sich in der Statistik des IT.NRW neben den erwähnten Organisationsformen auch drei Genossenschaften, zwei Gesellschaften des bürgerlichen Rechts sowie ein eingetragener Verein.

¹⁸ Gesamtanzahl sämtlicher FEU in NRW beträgt 2716.

¹⁹ Mit Stand vom Dezember 2017 wies die Statistik 1.458 Mitgliedsunternehmen aus. Hierbei handelt es sich um 312 Eigenbetriebe, 128 Zweckverbände sowie Wasser- und Bodenverbände, 83 Anstalten des öffentlichen Rechts sowie 115 sonstige öffentlich-rechtliche Organisationsformen. Demgegenüber sind 699 kommunale Unternehmen in der Rechtsform der GmbH, 60 in der Organisationsform der AG sowie 61 in der Organisationsform der GmbH&Co. KG aufgelistet. Hiernach haben privatrechtliche Organisationsformen einen Gesamtanteil von 56,2 Prozent.