



DEUTSCHER
LANDKREISTAG

Band 62

Schriften zum deutschen und
europäischen Kommunalrecht

HAGEN

Öffentliche Unternehmen als Gegenstand von Informationspflichten

 | BOORBERG

Öffentliche Unternehmen als Gegenstand von Informationspflichten

Zwischen Kontrollnotwendigkeit
und Dysfunktionalität
auf staatlicher wie kommunaler Ebene

von

Lisa Hagen

 | BOORBERG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

ISBN 978–3–415–07663–1

© 2024 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Reemers Publishing, Luisenstr. 62, 47799 Krefeld
Druck und Bindung: Beltz Grafische Betriebe GmbH, Am Fliegerhorst 8,
99947 Bad Langensalza

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden
www.boorberg.de

2. Kapitel: Kontrollzusammenhänge bei der unternehmerischen Tätigkeit von Staat und Kommune

Es wurde festgestellt, dass öffentliche Unternehmen als Instrumente zur Erledigung von Verwaltungsaufgaben benutzt werden. Daher müssen sie einer hinreichend effektiven Kontrolle zugeführt werden. In diesem 2. *Kapitel* sollen die verschiedenen Facetten der Kontrolle öffentlicher Unternehmen aufgezeigt werden (A.), um dann auf die Gründe einzugehen, aus denen das Kontrollerfordernis resultiert (B.). Zuletzt soll auf die Gefahr möglicher Dysfunktionalitäten infolge exzessiver Kontrolle¹⁴⁸ hingewiesen werden (C.).

A. Facetten der Kontrolle öffentlicher Unternehmen

Zur genaueren Bestimmung des Untersuchungsgegenstands wird für diese Arbeit in einem ersten Schritt ein Kontrollbegriff zugrunde gelegt und von anderen, nicht behandelten Themen abgegrenzt (I.). In einem zweiten Schritt erfolgt eine Typologisierung der vielfältigen Aspekte der Kontrolle (II.). Zum einen dient dies der Einordnung des Untersuchungsgegenstands in den Gesamtkontext der Kontrolle öffentlicher Unternehmen. Zum anderen wird dadurch verdeutlicht, dass öffentliche Unternehmen Gegenstand diverser Arten von Kontrolle sind.

I. Der Kontrollbegriff – Bedeutung und Abgrenzung

1. Der Begriff der Kontrolle

Aus der Vieldeutigkeit des Begriffs „*Kontrolle*“, sowohl im alltäglichen Sprachgebrauch als auch in unterschiedlichen Wissenschaft-

¹⁴⁸ Vgl. zu dysfunktionalen Effekten von Kontrolle *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 203 ff.

ten^{149, 150} resultiert die Notwendigkeit, einen Bedeutungsgehalt des Begriffs für die weitere Untersuchung festzulegen.

Seinen Ursprung findet der Begriff im altfranzösischen „contre rôle“ bzw. im lateinischen „contra rotulus“, was so viel bedeutet wie „Gegen-Rolle“ oder „Gegen-Register“, d. h. die Betrachtung eines bereits vorhandenen Objekts aus einer Gegenposition heraus.¹⁵¹ Diese Wurzeln lassen auf ein enges Begriffsverständnis schließen, bei dem es rein um die Richtigkeit eines bestimmten Sachverhalts geht.¹⁵² Grundlegender Bestandteil der Kontrolle ist mithin ein Soll-Ist-Vergleich zwischen einem Richtmaß und der Wirklichkeit.¹⁵³ Im angelsächsischen Sprachgebrauch wird Kontrolle in einem weiteren Sinne als Einflussnahme und Verhältnis der kritischen und berichtigenden Einwirkung verstanden.¹⁵⁴ In juristischer Hinsicht ist Kontrolle ein Phänomen, „dem die Staats- und Verwaltungsrechtslehre eine überragende Bedeutung für das gesamte Staatswesen zuweist“¹⁵⁵. Gleichwohl gibt es auch in der Rechtswissenschaft keine einheitliche

149 Beispielsweise wird in der Betriebswirtschaftslehre zwischen „Überwachung“, „Kontrolle“ und „Prüfung“ unterschieden. „Überwachung“ bildet den Oberbegriff, während unter „Kontrolle“ typischerweise eine interne Überwachung verstanden wird, bei der die überwachende Person in den Arbeitsprozess integriert ist. Wenn die überwachende Person eine unabhängige, nicht am Ist-Zustand beteiligte Dritte Person ist, handelt es sich hingegen um eine „Prüfung“, vgl. *Eichhorn*, in: Gesellschaft für Öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft (Hg.), *Kontrolle öffentlicher Unternehmen*, Band 1, 1980, S. 19 (23); vgl. auch *Mühlenkamp*, *Öffentliche Unternehmen*, 1994, S. 46 f.; *Mann*, *Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft*, 2002, S. 121 Fn. 149.

150 Siehe zur Bedeutungsvielfalt etwa *Krebs*, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, 1984, S. 4 ff.; *Machura*, *Die Kontrolle öffentlicher Unternehmen*, 1993, S. 16 ff.; *Mann*, *Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft*, 2002, S. 120 f.; *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 1 ff.

151 Vgl. dazu und für eine ausführliche Darstellung unterschiedlicher Definitionsansätze *Krebs*, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, 1984, S. 4 ff.; *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 3. *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 12. Aufl. 2021 § 1 Rn. 43 spricht hingegen vom lateinischen „contra rotula“.

152 Siehe *Krebs*, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, 1984, S. 4; *Schmidt*, *Die demokratische Legitimationsfunktion der parlamentarischen Kontrolle*, 2007, S. 21.

153 So *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 4; vgl. auch *Krebs*, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, 1984, S. 14 f.; *Kempny*, *Verwaltungskontrolle*, 2017, S. 16.

154 Siehe *Scheuner*, in: FS Gebhard Müller, 1970, S. 379 (390); siehe auch *Machura*, *Die Kontrolle öffentlicher Unternehmen*, 1993, S. 17; *Morlok*, in: Dreier (Hg.), GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 43 Rn. 8 zum sog. Zitierrecht.

155 *Krebs*, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, 1984, S. 1.

Begriffsdefinition.¹⁵⁶ Um die vielfältigen Erscheinungsformen der Kontrolle staatlicher bzw. kommunaler Entscheidungen erfassen zu können, ist gegenüber dem oben beschriebenen, ursprünglich engen Verständnis ein weiter Begriff vorzugswürdig.¹⁵⁷ Danach kann Kontrolle als Abweichungsanalyse verstanden werden, durch die die kontrollierende Instanz zur Steigerung der Sachrichtigkeit der Entscheidung auf das Objekt der Kontrolle einwirkt.¹⁵⁸

2. Der Unterschied zwischen Steuerung und Kontrolle

Unter Steuerung versteht man in der Verwaltungsrechtswissenschaft eine bewusste Einflussnahme auf Organisationen zur Erreichung vorgegebener oder selbst gesetzter Ziele.¹⁵⁹ Sie dient der Vermeidung unerwünschter bzw. der Herbeiführung erwünschter Wirkungen.¹⁶⁰ Steuerung ist ein Oberbegriff für viele Phasen der Einflussnahme, von denen die Kontrolle, ebenso wie etwa die Leitung und Lenkung, Unterfälle bilden.¹⁶¹ Als Steuerungsphasen können die Planung, die Entscheidung, die Durchführung, die Kontrolle und die Revision unterschieden werden.¹⁶² Die Kontrolle dient dabei in der Regel der nachträglichen Über-

¹⁵⁶ Siehe *Eichhorn*, in: Gesellschaft für Öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft (Hg.), *Kontrolle öffentlicher Unternehmen*, Band 1, 1980, S. 19 (27); *Schneider*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, S. 271 (273); *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 1 ff.

¹⁵⁷ Vgl. *Krebs*, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, 1984, S. 4; *Schulze-Fielitz*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, S. 291 (298).

¹⁵⁸ Vgl. *Scheuner*, in: FS Gebhard Müller, 1970, S. 379 (390); *Krebs*, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, 1984, S. 48 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, S. 291 (298); *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 6.

¹⁵⁹ Vgl. v. *Mutius*, in: VVDStRL 42 (1984), 147 (153); *Mann*, *Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft*, 2002, S. 121.

¹⁶⁰ Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, S. 325 (333).

¹⁶¹ Vgl. *Gersdorf*, *Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip*, 2000, S. 225 Fn. 7; *Mann*, *Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft*, 2002, S. 121; *Tomerius/Breitkreuz*, DVBl 2003, 426 (431); *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 10.

¹⁶² So *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 10.

prüfung bereits getroffener Verwaltungsentscheidungen¹⁶³ in Abgrenzung zu einer steuernden Einwirkung ex ante.¹⁶⁴

Mit Blick auf öffentliche Unternehmen ist eine trennscharfe Abgrenzung zwischen einer steuernden Einwirkung und Kontrolle jedoch kaum möglich, da sich einige Einwirkungsrechte¹⁶⁵ sowohl zur Steuerung als auch zur Kontrolle eignen.¹⁶⁶ Steuernden Charakter haben beispielsweise Entsendungsrechte, die der Teilhabe an der personellen Besetzung der Leitungs- und Aufsichtsorgane dienen.¹⁶⁷ Der staatliche bzw. kommunale Anteilseigner kann sich auf diese Weise personellen Einfluss sichern, indem demokratisch legitimierte Vertretungspersonen dessen Stimmrechte in der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung ausüben und diese in die Leitungs- oder Aufsichtsorgane der Gesellschaft entsendet werden.¹⁶⁸

3. Der Unterschied zwischen Aufsicht und Kontrolle

Geprägt wurde der rechtswissenschaftliche Begriff der Aufsicht durch *Heinrich Triepel*, der ausgehend vom Sprachgefühl zunächst feststellte: „Beaufsichtigen ist mehr als von oben „besichtigen“, ist mehr als beobachten. (...) Beaufsichtigung ist aber ferner – auch dadurch unterscheidet sie sich von der bloßen Beobachtung – ein Hinsehen zu dem besonderen Zwecke, das Objekt der Beobachtung mit irgend einem [sic] Richtmaß in Übereinstimmung zu bringen oder zu erhalten.

163 Vgl. *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 121; *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 10.

164 Vgl. *Burgi*, in: ders./Habersack (Hg.), Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens, 2023, § 18 Rn. 57.

165 Eine systematische Gruppierung der sich aus dem einfachen Recht und den in der Praxis üblichen gesellschaftsvertraglichen Gestaltungen ergebenden Einwirkungsrechten findet sich bei *Burgi*, in: ders./Habersack (Hg.), Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens, 2023, § 18 Rn. 58.

166 Vgl. *Burgi*, in: ders./Habersack (Hg.), Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens, 2023, § 18 Rn. 57, der als Beispiel für ein solches Einwirkungsrecht die Erteilung von Weisungen nennt.

167 Vgl. etwa *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 190 ff. *Burgi*, in: ders./Habersack (Hg.), Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens, 2023, § 18 Rn. 57 sieht etwa die Bestimmung des Bürgermeisters zum Geschäftsführer als ein der Steuerung dienendes Einwirkungsrecht.

168 Zur Rechtsform der Aktiengesellschaft BVerfGE 147, 50 (136 f.); siehe auch *Traut*, Die Corporate Governance von Kapitalgesellschaften der öffentlichen Hand, 2013, S. 19 f.; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL 2022, Art. 20 Rn. 227. Ausführlich zur Bedeutung des Demokratieprinzips für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats *Neudenberger*, Der Aufsichtsrat in staatlichen Eigen- und Beteiligungsgesellschaften, 2023, S. 104 ff.

Es lässt sich keine Aufsicht ohne diesen Zweck denken.“¹⁶⁹ *Triepel* kommt zum Ergebnis, dass Staatsaufsicht dementsprechend alle staatlichen Handlungen umfasst, die den Zweck haben, das Verhalten der dem Staat Unterstellten in Übereinstimmung mit einem feststehenden Richtmaß zu setzen oder zu erhalten.¹⁷⁰

In Anlehnung daran wird der rechtswissenschaftliche Aufsichtsbegriff auch heute überwiegend formal-zweckbezogen definiert.¹⁷¹ Danach versteht man darunter in einem engeren Sinne die Aufsicht über selbstständige Verwaltungseinheiten, namentlich die Träger mittelbarer Selbstverwaltung.¹⁷² Im Unterschied zum Kontrollbegriff setzt Aufsicht stets das Bestehen eines Über- und Unterordnungsverhältnisses zwischen der beaufsichtigenden und der aufsichtsunterworfenen Instanz voraus.¹⁷³ So kann das Vorhandensein einer hierarchischen Einbindung und Subordination ein Merkmal zur Abgrenzung der Begriffe Aufsicht und Kontrolle sein, dennoch bleibt die Abgrenzung schwierig und umstritten.¹⁷⁴

Nimmt der Staat oder eine Kommune Aufgaben durch öffentliche Unternehmen wahr, ist die Einwirkungspflicht (zu dieser noch näher 2. Kapitel B.) gerade das Korrelat zu der im Falle einer Aufgabenwahrnehmung durch eigene Behörden eingreifenden Staatsaufsicht.¹⁷⁵ Die staatliche Rechtsaufsicht über die Kommunen ist zwar nicht unmittelbarer Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit, wird jedoch als Instrument zur Durchsetzung bestehender Informationspflichten relevant werden (vgl. 6. Kapitel E.II.).

II. Typologisierung

Anhand unterschiedlicher Parameter, etwa Objekte oder Instrumente der Kontrolle, können die vielzähligen Phänomene, die sich unter den

¹⁶⁹ *Triepel*, Die Reichsaufsicht, 1917, S. 111.

¹⁷⁰ Vgl. *Triepel*, Die Reichsaufsicht, 1917, S. 121; dazu *Huber*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 43 Rn. 18.

¹⁷¹ So *Kahl*, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 353.

¹⁷² So etwa *Kahl*, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 365; *Huber*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 43 Rn. 23.

¹⁷³ Vgl. *Schröder*, JuS 1986, 371; *Stiefken*, Parlamentarische Kontrolle im Wandel, 2018, S. 38; *Huber*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 43 Rn. 19.

¹⁷⁴ Ausführlich dazu *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 14 ff.

¹⁷⁵ Vgl. *Burgi*, in: ders./Habersack (Hg.), Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens, 2023, § 18 Rn. 56.

zuvor festgelegten, sehr abstrakten Begriff der Kontrolle fassen lassen, typologisiert werden.¹⁷⁶ Dies soll im Folgenden dazu beitragen, den Untersuchungsgegenstand in den Gesamtkontext der Kontrolle öffentlicher Unternehmen einzuordnen und von den diversen, daneben bestehenden Arten der Kontrolle öffentlicher Unternehmen abzugrenzen.

1. Kontrollobjekt

Als mögliches Kontrollobjekt eignen sich alle Handlungen und Unterlassungen, etwa Entscheidungen, aber auch Verhaltensweisen oder organisatorische Arrangements.¹⁷⁷ In dieser Untersuchung soll es um die Handlungen und Unterlassungen der öffentlichen Hand als Unternehmensträgerin gehen, einschließlich der Tätigkeiten des Unternehmens, die dem öffentlichen Anteilseigner zugerechnet werden können. Diese sind vielen unterschiedlichen Arten von Kontrolle ausgesetzt,¹⁷⁸ die im Folgenden skizziert werden sollen.

2. Allgemeine und spezifische (gerade bei öffentlichen Unternehmen bestehende) Kontrolle

Die „Wirtschaftsaufsicht“¹⁷⁹, also die Einwirkung des Staates auf die grundsätzlich autonomen Unternehmen, umfasst alle Wirtschaftssubjekte eines Wirtschaftszweigs, unabhängig von deren Rechtsform oder den Eigentumsverhältnissen.¹⁸⁰ Sie soll sicherstellen, dass die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr mit dem dafür geltenden rechtlichen Rahmen in Einklang steht.¹⁸¹ Öffentliche wie private Unternehmen unterliegen etwa der Kontrolle durch Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften (vgl. § 316 HGB, § 65 Abs. 1 Nr. 4 BHO bzw. den entsprechenden

¹⁷⁶ Eine Aufzählung unterschiedlicher Kontrollparameter findet sich bei *Schmidt-Aßmann*, in: ders./Hoffmann-Riem (Hg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, S. 9 (14 f.); *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 30.

¹⁷⁷ Siehe *Schmidt-Aßmann*, in: ders./Hoffmann-Riem (Hg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, S. 9 (11); *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 30.

¹⁷⁸ Vgl. *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 194 ff.

¹⁷⁹ Siehe zur Kritik an der Verwendung des Begriffs Aufsicht im Zusammenhang mit der behördlichen Überwachung privater Tätigkeiten *Schröder*, JuS 1986, 371 (371 f.); *Huber*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 43 Rn. 28 mit Fn. 100.

¹⁸⁰ Vgl. *Ehlers*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984, S. 131; *Püttner*, *Die öffentlichen Unternehmen*, 2. Aufl. 1985, S. 261; *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 131.

¹⁸¹ Vgl. *Kahl*, *Die Staatsaufsicht*, 2000, S. 362.

Vorschriften in den Landeshaushaltsordnungen).¹⁸² Daneben gibt es solche Kontrollmöglichkeiten, denen sich speziell die öffentliche Hand ausgesetzt sieht, wenn sie sich unternehmerisch betätigt. Die folgenden Ausführungen drehen sich nur um jene spezifisch für öffentliche Unternehmen bestehende Kontrollmöglichkeiten.

3. Kontrollierende Instanz

Als kontrollierende Instanz ist die Einheit anzusehen, der das bewertende menschliche Verhalten zugerechnet wird.¹⁸³ Kontrollierende Instanz kann auch eine natürliche Person sein, wenn es im konkreten Fall keine solche Zurechnung zu einer Einheit gibt.¹⁸⁴

Zunächst kann zwischen „internen“ und „externen“ Kontrollinstanzen unterschieden werden. Dabei beschränkt sich die nachfolgende Arbeit auf eine Kontrolle durch „Externe“ und befasst sich nicht mit der „internen“ Kontrolle. Für diese Untersuchung ist unter Letzterer die Beziehung der verschiedenen Organe des öffentlichen Unternehmens zueinander (z. B. die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats) zu verstehen.¹⁸⁵

Innerhalb der Kontrolle durch „Externe“ kann es sich bei der kontrollierenden Instanz um Gerichte, um Rechnungshöfe (bzw. Rechnungsprüfungsämter der Kommunen) oder um den Bundestag, die Landtage bzw. die Gemeinderäte handeln.¹⁸⁶ Ferner können öffentliche Unternehmen Gegenstand einer Kontrolle durch private Dritte oder Journalisten sein.¹⁸⁷ Dies ist der Fall bei der im Interesse einer demokratischen Öffentlichkeit und der Transparenz staatlichen Handelns erfolgenden¹⁸⁸ Kontrolle auf Grundlage der Informationsfreiheits- und Umweltinformationsgesetze des Bundes bzw. der Länder oder der landesrechtlichen Pressegesetze.¹⁸⁹ Durch diese Aufzählung wird deut-

¹⁸² Dazu etwa *Breitenbach*, in: Wurzel/Schraml/Gaß (Hg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, Kap. E Rn. 160 ff.

¹⁸³ Zum Beispiel wird das amtliche Verhalten eines Verwaltungsrichters seinem Gericht zugerechnet, vgl. *Kempny*, Verwaltungskontrolle, 2017, S. 18.

¹⁸⁴ So *Kempny*, Verwaltungskontrolle, 2017, S. 18.

¹⁸⁵ Siehe dazu etwa *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016, Kap. VI Rn. 274 ff.; *Machura*, Die Kontrolle öffentlicher Unternehmen, 1993, S. 266 ff.

¹⁸⁶ Vgl. zu den Akteuren auf Ebene der Gebietskörperschaft *Burgi*, in: ders./Habersack (Hg.), Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens, 2023, § 23 Rn. 10 ff.

¹⁸⁷ Zur Kontrolle durch die Öffentlichkeit siehe *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 172 ff.

¹⁸⁸ Siehe dazu etwa *Wiebe/Ahnefeld*, CR 2015, 127 (128).

¹⁸⁹ Monografisch befasst sich mit diesen Themen etwa *Dörr*, Informationsansprüche gegenüber dem Staat zuzurechnenden Unternehmen, 2015; siehe zu diesen auch *Burgi*, in: ders./Habersack (Hg.), Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens, 2023, § 23 Rn. 77 ff.

lich, dass öffentliche Unternehmen vielfach Adressaten von Kontrolle nach unterschiedlichen Maßstäben sind. Daraus können dysfunktionale Effekte resultieren, die den gewünschten Steuerungseffekt hemmen, insbesondere aufgrund unklarer Kontrollstrukturen, die beim Adressaten zu Rechtsunsicherheit führen.¹⁹⁰

Die vorliegende Arbeit widmet sich der Kontrolle durch den Bundestag und die Landtage (3. bis 5. Kapitel) bzw. die Gemeinderäte (6. Kapitel). Diesen gegenüber verantwortlich ist zunächst die jeweilige Regierung bzw. der Bürgermeister.¹⁹¹ Auf einer zweiten Ebene wird jedoch die (mitgliedschaftliche) Beziehung zwischen dem öffentlichen Unternehmen und dem öffentlichen Anteilseigner dann relevant, wenn Informationen betreffend das öffentliche Unternehmen beschafft werden müssen.¹⁹² Als öffentliche Anteilseignerin agiert im öffentlichen Unternehmen die jeweilige Gebietskörperschaft (Bund, Land oder Kommune), die die Beteiligung wiederum durch ein beteiligungsführendes Ministerium¹⁹³ bzw. auf der kommunalen Ebene durch den Bürgermeister¹⁹⁴ verwaltet.

4. Kontrollinstrumente

Bei den Kontrollinstrumenten bzw. -mitteln handelt es sich um Befugnisse der kontrollierenden Instanz, die diese erst in die Lage versetzen, die Kontrolle auszuüben bzw. sie dabei fördern.¹⁹⁵ Zu den Kontrollinstrumenten zählen neben der Ermächtigung zur Durchführung der Kontrollmaßnahme selbst auch die Berechtigung, von anderen die Mitwirkung bei entsprechenden Maßnahmen zu verlangen, was wiederum eine entsprechende Verpflichtung voraussetzt.¹⁹⁶

190 Vgl. Kahl, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 209.

191 Vgl. Burgi, in: ders./Habersack (Hg.), Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens, 2023, § 23 Rn. 14, 35.

192 Vgl. Burgi, in: ders./Habersack (Hg.), Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens, 2023, § 23 Rn. 36. Darstellungen zu den Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten des staatlichen Gesellschafters gegenüber dem Unternehmen finden sich bei Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 235 ff.; Pfeifer, Möglichkeiten und Grenzen der Steuerung kommunaler Aktiengesellschaften durch ihre Gebietskörperschaften, 1991, S. 106 ff.; Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 189 ff.; Fabry, in: dies./Augsten (Hg.), Unternehmen der öffentlichen Hand, 2. Aufl. 2011, Teil 1 Rn. 62 ff.; Traut, Die Corporate Governance von Kapitalgesellschaften der öffentlichen Hand, 2013, S. 39 ff.

193 Vgl. Burgi, in: ders./Habersack (Hg.), Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens, 2023, § 23 Rn. 10.

194 Vgl. Burgi, in: ders./Habersack (Hg.), Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens, 2023, § 23 Rn. 13.

195 Vgl. Kempny, Verwaltungskontrolle, 2017, S. 19.

196 So Kempny, Verwaltungskontrolle, 2017, S. 19.

Kontrollinstrumente sind beispielsweise Hinweise, Beratung, Beanstandung oder Ressourcenzuweisungen.¹⁹⁷ Grundvoraussetzung jeder Kontrolle ist jedoch die Möglichkeit, sich die notwendigen Informationen¹⁹⁸ zu beschaffen.¹⁹⁹ Damit ist die Beschaffung von Informationen zugleich Voraussetzung und Instrument der Kontrolle.²⁰⁰ Gleichzeitig verbessern Informationsrechte die Steuerungsfähigkeit.²⁰¹ Mittel der Informationsgewinnung sind etwa die Anforderung von Akten, Anzeige- und Berichtspflichten, Rechnungslegung oder informelle Interaktionen.²⁰²

Auch die öffentliche Hand benötigt eine ausreichende Informationsgrundlage, um eine Entscheidung darüber treffen zu können, ob Kontrollmaßnahmen gegenüber ihrem Unternehmen erforderlich sind.²⁰³ Denn die Organe des Unternehmens genießen einen Informationsvorsprung gegenüber der Trägergebietskörperschaft, welche für die Erfüllung der auf das öffentliche Unternehmen übertragenen Aufgabe letztlich jedoch die Verantwortung trägt.²⁰⁴

Indem die vorliegende Arbeit sich mit öffentlichen Unternehmen als Gegenstand von Informationspflichten gegenüber Parlamenten bzw. Gemeinderäten beschäftigt, setzt sie gleichsam an der Wurzel jeglicher Kontrolltätigkeit an. Zunächst gilt es jedoch aufzuzeigen, woraus

197 Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, S. 325 (352).

198 Die Rechtswissenschaft kennt keine allgemeingültige Definition des Begriffes Information, vgl. *Teuber*, *Parlamentarische Informationsrechte*, 2007, S. 38 f. Ausführlich zum Informationsbegriff *Vesting*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 20 Rn. 18 ff.

199 Vgl. *Machura*, *Die Kontrolle öffentlicher Unternehmen*, 1993, S. 49; *Morlok*, in: Dreier (Hg.), *GG*, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 44; *ders.*, *Die Kontrollfunktion des Parlaments – Verfassungsrechtliche Grundlagen im Geflecht der Gewaltenteilung*, in: *Bitburger Gespräche Jahrbuch*, 2019, S. 15 (20); *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 200.

200 Vgl. *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 30, 200; *Burgi*, in: *ders./Habersack* (Hg.), *Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens*, 2023, § 23 Rn. 6.

201 Informatorische Einwirkungsrechte eignen sich mithin sowohl zur Steuerung als auch zur Kontrolle, vgl. *Burgi*, in: *ders./Habersack* (Hg.), *Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens*, 2023, § 18 Rn. 57.

202 Siehe *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, S. 325 (352); *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 30.

203 Vgl. *Schnuch*, *Compliance-Verantwortung des Staates für gemischtwirtschaftliche Unternehmen*, 2023, S. 164 f.; *Burgi*, in: *ders./Habersack* (Hg.), *Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens*, 2023, § 23 Rn. 6.

204 Vgl. *Burgi*, in: *ders./Habersack* (Hg.), *Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens*, 2023, § 23 Rn. 6.

sich die Kontrollnotwendigkeit einer unternehmerischen Tätigkeit von Staat und Kommune ergibt.

B. Kontrollnotwendigkeiten

Öffentliche Unternehmen unterliegen einer Vielzahl an rechtlichen Vorgaben, die sich je nach beteiligtem Hoheitsträger überdies unterscheiden.²⁰⁵ Bedient sich die öffentliche Hand zur Erfüllung ihrer Aufgaben einer selbstständigen Gesellschaft, darf die Wahl dieser Organisationsform nicht dazu führen, dass sie sich ihrer öffentlich-rechtlichen Bindungen entledigt.²⁰⁶ Vielmehr hat sich die öffentliche Hand gewisse Einwirkungs- und Kontrollrechte gegenüber der jeweiligen Gesellschaft vorzubehalten und diese wahrzunehmen, um die Einhaltung der im Folgenden entfalteten öffentlich-rechtlichen Bindungen sicherzustellen.²⁰⁷ Diese sog. Ingerenzpflichten sind im Grundgesetz nicht ausdrücklich verankert, doch lassen sie sich insbesondere aus dem Demokratieprinzip herleiten.²⁰⁸

I. Grundrechtliche Vorgaben

Betätigt sich die öffentliche Hand unternehmerisch, wirft dies grundrechtliche Fragen auf. In einem ersten Schritt muss geklärt werden, ob öffentliche Unternehmen der Grundrechtsbindung des Art. 1 Abs. 3 GG unterfallen. Soweit dies zu bejahen ist, muss in einem zweiten Schritt gefragt werden, inwiefern dies der unternehmerischen Betätigung der öffentlichen Hand Grenzen zieht.

²⁰⁵ Vgl. *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2016, Kap. II Rn. 79; *Suerbaum*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, § 16 Rn. 15.

²⁰⁶ Vgl. *Kahl*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 45 Rn. 194.

²⁰⁷ Dazu *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 124; *Strobel*, Verschwiegenheits- und Auskunftspflicht kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat öffentlicher Unternehmen, 2002, S. 69; *Fabry*, in: dies./Augsten (Hg.), Unternehmen der öffentlichen Hand, 2. Aufl. 2011, Teil 1 Rn. 59; *Weber*, in: Wurzel/Schraml/Gaß (Hg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, Kap. D Rn. 347.

²⁰⁸ Vgl. BVerfGE 147, 50 (135). Daneben können sie aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG abgeleitet werden, vgl. etwa *Hamdorf/Moradi Karkaj*, DVBl 2018, 823 (828). Zur kommunalen Ebene siehe *Strobel*, Verschwiegenheits- und Auskunftspflicht kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat öffentlicher Unternehmen, 2002, S. 69 ff.

1. Grundrechtsbindung staatlicher und kommunaler Unternehmenstätigkeit

Gem. Art. 1 Abs. 3 GG sind Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte gebunden. Als grundrechtlich gebundene Staatsgewalt ist in diesem Zusammenhang in einem weiten Sinne „jedes Handeln staatlicher Organe oder Organisationen, weil es in Wahrnehmung ihres dem Gemeinwohl verpflichteten Auftrags erfolgt“²⁰⁹ zu verstehen.²¹⁰ Dieser Bindung kann sich die öffentliche Hand auch nicht durch die Wahl privater Handlungs- oder Organisationsformen entziehen, denn die Grundrechtsbindung darf nicht zur Disposition des Staates stehen.²¹¹ Ist demnach die unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand grundrechtsgebundene Staatsgewalt i. S. v. Art. 1 Abs. 3 GG,²¹² können sich Staat und Kommunen als Unternehmensträger umgekehrt²¹³ auch nicht auf Grundrechte berufen.²¹⁴ Überwiegend Einigkeit besteht darüber, dass die Grundrechte im Falle eines vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand stehenden Unternehmens nicht nur den öffentlichen Unternehmensträger, sondern auch das juristisch von der öffentlichen Hand verselbstständigte Unternehmen selbst binden.²¹⁵

209 BVerfGE 128, 226 (244).

210 Siehe dazu auch *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 1 Rn. 35; *Sauer*, in: Brosius-Gersdorf (Hg.), Dreier GG-Kommentar, Bd. I, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Abs. 3 Rn. 64.

211 Siehe BVerfGE 128, 226 (244); *Möstl*, Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit, 1999, S. 73; *Kahl*, in: Bonner Kommentar, 218. Aktualisierung 2022, Art. 1 Abs. 3 Rn. 256.

212 Dazu *Spannowsky*, ZGR 1996, 400 (408); *Möstl*, Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit, 1999, S. 73, 89; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 213 f.; *Huber*, in: FS Peter Badura, 2004, S. 897 (910 f.).

213 Zum sog. Konfusionsargument siehe BVerfGE 21, 362 (369 f.); 45, 63 (78 ff.); *Huber*, in: FS Peter Badura, 2004, S. 897 (911); *Kapteina*, Öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform und ihre demokratische Legitimation, 2017, S. 45; *Wollenschläger*, in: Kirchhof/Korte/Magen (Hg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 6 Rn. 60; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 8 Rn. 683.

214 Vgl. BVerfGE 128, 226 (247 f.); ausführlich dazu *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 187 ff.; *Kahl/Hilbert*, in: Bonner Kommentar, 197. Aktualisierung 2019, Art. 19 Abs. 3 Rn. 268 ff.; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 8 Rn. 683, 685 f.; *Sachs*, in: ders. (Hg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 110 ff.

215 Vgl. BVerfGE 113, 208 (211); 128, 226 (245); *Suerbaum*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, § 16 Rn. 35; *Wollenschläger*, in: Wurzel/Schraml/Gaß (Hg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, Kap. B Rn. 57; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 1 Rn. 40; *Sauer*, in: Brosius-Gersdorf (Hg.), Dreier GG-Kommentar, Bd. I, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Abs. 3 Rn. 76; a. A. *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 119 f., 234, der aber eine Einwirkungspflicht des staatlichen Anteilseigners zur Durchsetzung dieser Bindungen vorsieht.