

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 gemeindewirtschaftlicher 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 Garantenpflicht?	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 Aufsichts- räten	181
g) Aspekte des Landesgleichstellungsgesetzes und Verschriftlichung des Un- ternehmenszwecks	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. Ingerenzbedingte Konflikte im Stadium der Unternehmensführung	198
1. Gemeindliche Ingerenzausübung gegenüber kommunaler GmbH und konflikt- verursachende Verpflichtungen ihrer Vertreter	201
a) Organkonflikte zwischen Gesellschafterversammlung und (fakultativen) 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 Auf- sichtsrates 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 Landespressgesetz NRW (LPresseG NRW)	261
d) Der Informationszugangsanspruch der Öffentlichkeit	263
e) Auskunfts- und Unterrichtungsansprüche 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 Ratssitzungen – 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 ingerenzbedingter 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 ingerenzbedingter 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 ingerenzbedingten Kollision von Gesellschafts- und Kommunalrecht	406
E. Zu den ingerenzbedingten Regimekollisionen jenseits von Weisungen	409
F. Zur Lösung ingerenzbedingter Regimekollisionen	411
G. Zum Entwurf eines modifizierten Verwaltungsgesellschaftsrechts	412
Literaturverzeichnis	414