

# Inhaltsverzeichnis

## *1. Kapitel*

### **Die Kommune als Adressatin widersprüchlicher Verpflichtungen bei der wirtschaftlichen Betätigung**

17

A. Relevanz der Kommunalwirtschaft .....	17
B. Gang der Untersuchung .....	20

## *2. Kapitel*

### **Begriffsbestimmungen und Abgrenzungen**

21

A. Begriffsbestimmungen .....	21
I. Privatisierung .....	21
1. Materielle Privatisierung .....	21
2. Formelle Privatisierung .....	23
II. Fiskalisches Handeln und Verwaltungsprivatrecht .....	25
III. Rekommunalisierung .....	26
IV. Daseinsvorsorge .....	27
V. Kommune .....	29
VI. Kommunalbetriebe .....	30
1. Regiebetrieb .....	30
2. Eigenbetrieb .....	30
3. Zweckverband .....	31
VII. Wirtschaftliche Betätigung .....	31
VIII. Gemischt wirtschaftliche Unternehmen .....	33
IX. Unterscheidung zwischen Unternehmensträger (Rechtssubjekt) und Unter- nehmen (Rechtsobjekt) .....	35
B. Abgrenzungen .....	36
I. Wirtschaftliche Betätigung des Bundes .....	36
II. Wirtschaftliche Betätigung der Länder .....	38

## *3. Kapitel*

### **Historische Entwicklung des Aufgabenrahmens der Öffentlichen Hand**

39

A. Ursprung der wirtschaftlichen Betätigung der Öffentlichen Hand und der Kom- munen .....	39
---	----

B. Industrialisierung und die Entwicklung bis zum Ersten Weltkrieg .....	40
C. Weimarer Republik .....	43
D. Zeit des Nationalsozialismus .....	45
E. Bundesrepublik Deutschland .....	47

*4. Kapitel*

**Unternehmen der Öffentlichen Hand aus Perspektive  
der neuen Institutionenökonomik**

49

A. Begriff der neuen Institutionenökonomik und deren dogmatische Verortung ...	49
B. Theoretische Grundannahmen der Ökonomik .....	50
I. Methodologischer Individualismus .....	50
II. Ressourcenknappheit .....	51
III. Verhaltensmodell des homo oeconomicus .....	51
IV. Pareto-Effizienz/Allokationseffizienz .....	52
C. Wirkungsweise der Ökonomik auf das Recht .....	52
I. Ablehnung der ökonomischen Analyse des Rechts .....	52
II. Kritik an ablehnender Haltung .....	54
III. Reichweite und Grenzen der Ökonomik in der Rechtswissenschaft .....	56
1. Bestimmung des Auslegungsziels .....	56
a) Theorie der subjektiven Auslegung .....	56
b) Theorie der objektiven Auslegung .....	57
c) Stellungnahme .....	57
2. Berücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse in der Rechtswissenschaft	57
3. Zwischenergebnis .....	59
D. Prinzipal-Agenten-Theorie .....	59
I. Darstellung der Grundlagen .....	59
1. Probleme vor Vertragsschluss .....	61
2. Probleme nach Vertragsschluss .....	61
a) Verdeckte Absichten (hidden intention) .....	61
b) Verdeckte Informationen (hidden information) .....	61
c) Verdeckte Handlungen (hidden action) .....	62
3. Lösung der Probleme .....	62
a) Vorvertragliche Agenturprobleme .....	63
b) Nachvertragliche Agenturprobleme .....	64
c) Zusammenfassung .....	65
II. Spezifische Anwendungsprobleme bei Gesellschaften der Öffentlichen Hand .....	65

Inhaltsverzeichnis	11
1. Komplexe Ausgestaltung des Beziehungsverhältnisses .....	65
2. Besondere Nutzenfunktion öffentlicher Gesellschaften .....	66
3. Folgen der politischen Einflussnahme .....	68
III. Lösungsmöglichkeiten der Anwendungsprobleme .....	68
IV. Zwischenergebnis .....	70
<i>5. Kapitel</i>	
<b>Unionsrechtlicher Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen</b>	
71	
A. Vielfältigkeit der Mitgliedstaaten als Ausgangspunkt .....	71
B. Primärrechtliche Regelungen .....	72
I. Art. 4 EUV .....	72
II. Art. 345 AEUV .....	73
III. Art. 14 AEUV .....	74
IV. Beihilferechtliche Normen .....	74
V. Grundfreiheiten – „golden shares“-Thematik .....	77
1. Mitwirkungsvorbehalte zugunsten der Öffentlichen Hand .....	78
a) Einwilligungsvorbehalte .....	78
b) Widerspruchs- und Genehmigungsvorbehalte .....	80
2. Objektive Erwerbsgrenzen .....	82
3. Anpassung gesellschaftsrechtlicher Befugnisse Dritter .....	83
4. Einräumung von Entsenderechten zugunsten der Öffentlichen Hand ..	84
5. Würdigung der Rechtsprechung des EuGH .....	85
6. Schlussfolgerung – Gestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten .....	89
C. Sekundärrechtliche Regelungen .....	90
<i>6. Kapitel</i>	
<b>Verfassungsrechtlicher Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen</b>	
91	
A. Wirtschaftspolitische Entscheidung des Grundgesetzes .....	91
B. Einfluss des Verfassungsrechts auf die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen .....	94
I. Die Kommune als Adressatin des Grundgesetzes .....	94
1. Verfassungsrechtliche Bindung der Kommune .....	94
2. Grundrechtsberechtigung der Kommune .....	96
II. Verfassungsrechtliche Vorgaben im Einzelnen .....	102
1. Kommunale Selbstverwaltungsgarantie, Art. 28 Abs. 2 GG .....	102

a) Dogmatische Einordnung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie und deren Wirkungskreis .....	103
b) Spezifische Probleme der Selbstverwaltungsgarantie im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung .....	107
aa) Keine Bindung an den räumlichen Hoheitsbereich .....	108
bb) Strikte Bindung an den räumlichen Hoheitsbereich .....	109
cc) Relative Bindung an den räumlichen Hoheitsbereich .....	110
dd) Zwischenergebnis .....	111
2. Grundrechtsbindungen .....	112
a) Grundrechte als verfassungsrechtliche Handlungsdirektive .....	112
b) Grundrechte im Einzelnen .....	114
aa) Art. 14 GG .....	114
bb) Art. 12 GG .....	115
cc) Art. 2 Abs. 1 GG .....	117
3. Rechtsstaatsprinzip .....	118
4. Demokratieprinzip .....	120
5. Sozialstaatsprinzip .....	124
6. Zweck der wirtschaftlichen Betätigung .....	126
III. Bindungswirkung der Verfassung bei wirtschaftlicher Betätigung von Kommunen im Ausland .....	133
1. Geltungsbereich des Grundgesetzes .....	134
2. Verfassungsrechtliches Anforderungsprofil für die wirtschaftliche Betätigung im Ausland .....	140
3. Zwischenergebnis .....	142

### *7. Kapitel*

#### **Anforderungen des Gesellschaftsrechts an die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen** 143

A. Rechtsformneutrale Anforderungen .....	143
I. Gesellschaftsinteresse .....	143
II. Treuepflicht .....	145
III. Verschwiegenheitspflicht .....	148
IV. Haftung .....	149
1. Konzernierung .....	151
a) Kommune als Konzern .....	151
b) Haftung im Konzern .....	153
aa) Vertragskonzern .....	153
bb) Faktischer Konzern .....	156
cc) Qualifiziert faktischer Konzern .....	159
dd) Existenzvernichtungshaftung .....	160

ee) Haftung bei Eingliederung .....	160
2. Haftung wegen Vermögensvermischung .....	161
3. Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung .....	162
<b>B. Rechtsformspezifische Anforderungen .....</b>	<b>162</b>
I. Aktiengesellschaft .....	162
1. Rechtsformspezifische Grundsätze der Aktiengesellschaft .....	163
2. Organisationsstruktur .....	164
II. Gesellschaft mit beschränkter Haftung .....	165
1. Rechtsformspezifische Grundsätze bei der GmbH .....	165
2. Organisationsstruktur .....	166
a) Fakultativer Aufsichtsrat .....	167
b) Obligatorischer Aufsichtsrat .....	167

*8. Kapitel***Anforderungen des Gemeindewirtschaftsrechts  
an die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen** 168

<b>A. Allgemeine Vorschriften für wirtschaftliche Unternehmen .....</b>	<b>168</b>
I. Schrankentrias .....	168
1. Zweck der wirtschaftlichen Betätigung .....	168
2. Leistungsfähigkeit der Kommune .....	170
3. Subsidiaritätsklausel .....	171
II. Sonstige Voraussetzungen des § 102 GemO .....	173
1. Verfahrensanforderungen in Fällen der Subsidiaritätsklausel .....	173
2. Führungsanforderungen .....	173
3. Verbote .....	174
<b>B. Spezielle Vorschriften für Unternehmen in Privatrechtsform .....</b>	<b>175</b>
I. Einfluss sicherung und Einwirkungsrechte .....	175
II. Öffentlichkeits- und Transparenzerfordernisse .....	178
III. Prinzip der Haftungsbeschränkung und Nachhaltigkeit .....	179
IV. Sonstige Vorgaben .....	179

*9. Kapitel***Widersprüchliche Verpflichtungen von Gemeindewirtschafts-  
und Gesellschaftsrecht** 182

<b>A. Öffentlicher Zweck versus Gesellschaftsinteresse .....</b>	<b>182</b>
<b>B. Ingerenzpflicht versus Unabhängigkeit .....</b>	<b>185</b>
I. Einfluss auf Vertreter in der Anteilseignerversammlung .....	186

II.	Einfluss auf Leitungsorgane .....	187
1.	Einwirkung auf den Vorstand .....	187
2.	Einwirkung auf den Geschäftsführer .....	188
III.	Einfluss auf den Aufsichtsrat .....	189
1.	Einfluss auf den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft .....	190
2.	Einfluss auf den Aufsichtsrat einer GmbH .....	192
a)	Einfluss auf den fakultativen Aufsichtsrat .....	193
b)	Einfluss auf obligatorischen Aufsichtsrat .....	195
3.	Berücksichtigung des besonderen kommunalen Interesses .....	196
IV.	Zwischenergebnis .....	197
C.	Publizität versus Geheimhaltung .....	197
I.	Berichtspflichten der gesellschaftlichen Leitungs- und Verwaltungsorgane .....	198
1.	Aktiengesellschaft .....	198
2.	GmbH .....	203
3.	Zwischenergebnis .....	207
II.	Teilnahme von Gemeinderatsmitgliedern an Aufsichtsratssitzungen .....	207
III.	Verpflichtung zur Anfertigung von Beteiligungsberichten .....	209
IV.	Kommunales Beteiligungsmanagement .....	210
V.	Zwischenergebnis .....	212
D.	Haftungsbeschränkung versus Haftung .....	212
E.	Ergebnis .....	214

### *10. Kapitel*

	<b>Auflösung widersprüchlicher Verpflichtungen der Rechtsregime</b> .....	215
A.	Überblick des Streitstands in Rechtsprechung und Literatur .....	215
I.	Vorrang des Gesellschaftsrechts .....	216
II.	Vorrang des Öffentlichen Rechts .....	218
III.	Vermittlender Lösungsweg .....	220
B.	Vorrang des Gesellschaftsrechts – Art. 31 GG .....	221
I.	Begriff und Voraussetzungen einer Normenkollision .....	221
II.	Rechtsfolgen .....	223
III.	Kollisionsfähiges Recht – Formelle Verfassungsmäßigkeit .....	224
1.	Verfassungsrechtliche Zulässigkeit „doppelter Kompetenzen“ .....	224
2.	Auslegung von Kompetenztiteln .....	227
3.	Kompetenzrechtliche Qualifikation .....	228
a)	Abgrenzung verschiedener Kompetenztitel im Allgemeinen .....	229
b)	Abgrenzung von Kommunal- und Gesellschaftsrecht .....	230
c)	Zwischenergebnis .....	231

4. Gesetzgebungskompetenz für das Gesellschaftsrecht .....	232
a) Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 GG .....	232
b) Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 GG .....	232
c) Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG .....	234
d) Voraussetzungen der Erforderlichkeitsklausel .....	235
e) Sachliche Zuordnung gesellschaftsrechtlicher Vorgaben zu Kompetenztiteln .....	236
f) Zwischenergebnis .....	237
5. Gesetzgebungskompetenz für das Gemeindewirtschaftsrecht .....	237
a) Art. 70 Abs. 1 GG als Ausgangspunkt .....	237
b) Sperrwirkung durch Bundesgesetz – Art. 72 Abs. 1 GG .....	238
aa) Erschöpfende abschließende Regelung .....	238
(1) Prüfung der gesellschaftsrechtlichen Rechtsquellen .....	239
(2) Regelungszwecke des AktG und GmbHG .....	240
(3) Gesetzgebungsgeschichte und Gesetzgebungsmaterialien ..	242
(a) Kapitalgesellschaftsrecht .....	242
(aa) Aktiengesellschaft .....	242
(bb) Gesellschaft mit beschränkter Haftung .....	244
(b) Gemeindewirtschaftsrecht .....	244
(c) Folgen der historischen Betrachtung des Gesellschafts- und Gemeindewirtschaftsrechts .....	245
(4) Zwischenergebnis .....	247
(bb) Wirksamkeit der Regelung .....	247
cc) Beginn und Dauer der Sperrwirkung .....	249
dd) Rechtsfolgen der Sperrwirkung .....	249
ee) Zwischenergebnis .....	249
c) Sperrwirkung des Gesellschaftsrechts auf Bereiche widersprüchlicher Verpflichtungen .....	250
aa) Zwecksetzung .....	250
bb) Einfluss .....	251
d) Zwischenergebnis .....	252
IV. Übrige Argumente vor dem Hintergrund des Untersuchungsergebnisses ..	252
C. Vorrang des Öffentlichen Rechts .....	253
D. Lehre der Praktischen Konkordanz .....	254
E. Schlussfolgerung des Untersuchungsergebnisses für die Kommunalwirtschaft in Privatrechtsform .....	255
I. Zwecksetzung .....	255
II. Einfluss .....	256
F. Ergebnis .....	256

*11. Kapitel*

<b>Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen in Privatrechtsform – de lege ferenda</b>	<b>257</b>
<b>A. Relevante Regelungsbereiche</b> .....	<b>257</b>
<b>B. Rechtlicher Rahmen</b> .....	<b>257</b>
I.  Gesellschaftsrecht .....	258
II. Verfassungsrecht .....	258
III. Europarecht .....	259
<b>C. Ökonomische Betrachtung</b> .....	<b>259</b>
<b>D. Mögliche Gestaltungen</b> .....	<b>259</b>
I.  Allgemeine Überlegungen .....	259
II. Berücksichtigung des öffentlichen Zwecks .....	260
III. Berücksichtigung von Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeiten sowie Informationsrechten .....	261
IV. Möglicher Normtext .....	262
<b>Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse</b> .....	<b>264</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>267</b>
<b>Rechtsprechungsverzeichnis</b> .....	<b>302</b>