

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 Unternehmen (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 Kommunen	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

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

5. Kapitel

Unionsrechtlicher Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen 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

6. Kapitel

Verfassungsrechtlicher Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen 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. Rechtsformspezifische Anforderungen	162
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

A. Allgemeine Vorschriften für wirtschaftliche Unternehmen	168
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. Spezielle Vorschriften für Unternehmen in Privatrechtsform	175
I. Einflussssicherung 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

A. Öffentlicher Zweck versus Gesellschaftsinteresse	182
B. Ingerenzpflicht versus Unabhängigkeit	185
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

Auflösung widersprüchlicher Verpflichtungen der Rechtsregime	215
A. Überblick des Streitstands in Rechtsprechung und Literatur	215
I. Vorrang des Gesellschaftsrechts	216
II. Vorrang des Öffentlichen Rechts	218
III. Vermittelnder 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***Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen
in Privatrechtsform – de lege ferenda** 257

A. Relevante Regelungsbereiche	257
B. Rechtlicher Rahmen	257
I. Gesellschaftsrecht	258
II. Verfassungsrecht	258
III. Europarecht	259
C. Ökonomische Betrachtung	259
D. Mögliche Gestaltungen	259
I. Allgemeine Überlegungen	259
II. Berücksichtigung des öffentlichen Zwecks	260
III. Berücksichtigung von Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeiten sowie Informationsrechten	261
IV. Möglicher Normtext	262
Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	264
Literaturverzeichnis	267
Rechtsprechungsverzeichnis	302