

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 930

**Vom Eigen- oder Regiebetrieb
zum Kommunalunternehmen**

**Ziel und Weg der Umwandlung
nach Art. 89 Abs. 1 BayGO**

Von

Ulrike Kummer



Duncker & Humblot · Berlin

ULRIKE KUMMER

Vom Eigen- oder Regiebetrieb
zum Kommunalunternehmen

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 930

Vom Eigen- oder Regiebetrieb zum Kommunalunternehmen

Ziel und Weg der Umwandlung
nach Art. 89 Abs. 1 BayGO

Von

Ulrike Kummer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Universität Regensburg
hat diese Arbeit im Jahre 2002
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 3-428-11201-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2002/2003 von der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis März 2002 berücksichtigt. Auf neuere Literatur konnte noch in den Fußnoten hingewiesen werden.

Mein Dank gilt Herrn Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI), der die Arbeit betreut und das Erstgutachten erstellt hat. Er hat die Arbeit angeregt und jederzeit hilfreich gefördert. Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Gerrit Manssen für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für ihre stetige Unterstützung und Förderung gebührt meiner Mutter Marianne Kummer und Msgr. Hubert Wilschowitz herzlichster Dank. Die Hanns-Seidl-Stiftung hat die Arbeit durch ein Promotionsstipendium finanziell gefördert.

Die Arbeit ist meinem Vater Eduard Kummer gewidmet.

Regensburg, im April 2003

Ulrike Kummer

Inhaltsübersicht

Einleitung	23
A. Grundlagen	27
I. Entwicklungen im kommunalen Wirtschaftsrecht	27
II. Die Anstalt des öffentlichen Rechts	36
III. Alternative Rechtsformen kommunaler Unternehmen	54
IV. Mögliche Gründe für die Verselbständigung unter Beibehaltung der öffentlich-rechtlichen Rechtsform	58
B. Das Ziel der Umwandlung: das Kommunalunternehmen	66
I. Organe eines Kommunalunternehmens	66
II. Finanzausstattung	76
III. Beteiligungen	83
IV. Insolvenzunfähigkeit und Zwangsvollstreckung	99
V. Wirtschaftliche und steuerrechtliche Aspekte	121
VI. Vergabewesen	130
VII. Zusammenfassung	135
C. Der Weg der Umwandlung: die Gesamtrechtsnachfolge	138
I. Formen der Rechtsnachfolge	139
II. Gesamtrechtsnachfolge in verschiedenen Rechtskreisen	144
III. Abgrenzung zu Identität und Funktionsnachfolge	167

IV. Voraussetzungen der Rechtsnachfolge	171
V. Zusammenfassung	235
D. Überleitung von Personal außerhalb der kommunalrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge	239
I. Dienstverhältnisse	239
II. Arbeitsverhältnisse	267
III. Zusammenfassung	303
E. Schlussbetrachtungen	305
Literaturverzeichnis	310
Sachwortverzeichnis	340

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
A. Grundlagen	27
I. Entwicklungen im kommunalen Wirtschaftsrecht	27
II. Die Anstalt des öffentlichen Rechts	36
1. Definition	36
2. Anstaltsträger	40
3. Kapitalträger	41
4. Rechtsfähigkeit	43
a) Die Lehre von der Teilperson; ultra-vires-Lehre	45
b) Kritik an der ultra-vires-Lehre	47
c) Überschreitung der Organkompetenzen	51
5. Grundrechtsfähigkeit	52
III. Alternative Rechtsformen kommunaler Unternehmen	54
1. Eigenbetriebe	54
2. Regiebetriebe	56
3. Privatrechtliche Gesellschaften	57
IV. Mögliche Gründe für die Verselbständigung unter Beibehaltung der öffentlich-rechtlichen Rechtsform	58
1. Mögliche Gründe für eine Verselbständigung	59
2. Mögliche Vorzüge einer öffentlich-rechtlichen Rechtsform	61
a) Handlungsformen des öffentlichen Rechts	61
b) Dienstherrnfähigkeit und Personal	62

c) Einwirkungsmöglichkeiten der öffentlichen Hand	63
d) Staatliche Aufsicht	64
B. Das Ziel der Umwandlung: das Kommunalunternehmen	66
I. Organe eines Kommunalunternehmens	66
1. Vorstand	67
a) Vertretungsbefugnis und -macht	67
b) Kein „GmbH & Co. KU“	69
c) Amtszeit	71
d) Anzahl der Vorstände	71
e) Anstellungsvertrag und Bestellung	72
2. Verwaltungsrat	74
II. Finanzausstattung	76
1. Gestaltungsspielraum bei der Vermögenszuordnung	78
2. Bestimmtheitsgrundsatz	79
3. Publizitätsprinzip	81
III. Beteiligungen	83
1. Aktivbeteiligungen eines Kommunalunternehmens	83
a) Einfache Beteiligungen	83
b) Holding- und Konzernstrukturen	85
(1) Öffentlich-rechtliche Vorgaben	86
(2) Konzernrechtliche Vorgaben	87
(a) Anwendbarkeit des Konzernrechts bei Beteiligungsunternehm- men in privater Rechtsform	88
(b) Die öffentliche Hand als herrschendes Unternehmen	90
(c) Anwendung von Konzernrecht	91
2. Das einheitliche Kommunalunternehmen	95
3. Passivbeteiligungen an einem Kommunalunternehmen	96
a) Typische stille Gesellschaft	97
b) Atypische stille Gesellschaft	98

Inhaltsverzeichnis	11
IV. Insolvenzunfähigkeit und Zwangsvollstreckung	99
1. Insolvenzunfähigkeit	99
2. Einzelvollstreckung gegen das Kommunalunternehmen	103
3. Finanzielle Einstandspflichten des Anstaltsträgers	104
a) Herkunft und Inhalt der Gewährträgerhaftung	104
b) Herkunft und Inhalt der Anstaltslast	106
c) Europarechtliche Bewertung	109
(1) Geltung des Beihilfeverbots für öffentliche Unternehmen	110
(2) Keine Einschränkung durch Art. 295 EGV	111
(3) Gewährung einer Beihilfe i. S. d. Art. 87 Abs. 1 EGV	112
(a) Zuwendung aus staatlichen Mitteln	112
(b) Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktions- zweige	115
(c) Verfälschung des Wettbewerbs und Beeinträchtigung des innereuropäischen Handels	116
(4) Ausnahmetatbestände der Art. 86 Abs. 2, 87 Abs. 2, 3 EGV	117
V. Wirtschaftliche und steuerrechtliche Aspekte	121
1. Wirtschaftsführung und -prüfung	121
2. Handelsregistereintrag	123
3. Steuerrechtliche Gesichtspunkte	125
VI. Vergabewesen	130
1. Auftragswerte oberhalb der Schwellenwerte	130
2. Auftragswerte unterhalb der Schwellenwerte	134
VII. Zusammenfassung	135
C. Der Weg der Umwandlung: die Gesamtrechtsnachfolge	138
I. Formen der Rechtsnachfolge	139
1. Einzelrechtsnachfolge	139
2. Gesamtrechtsnachfolge	141

a) Partielle Gesamtrechtsnachfolge	142
b) Rechtsgeschäftliche Gesamtrechtsnachfolge	144
II. Gesamtrechtsnachfolge in verschiedenen Rechtskreisen	144
1. Allgemeines Zivilrecht	144
a) Zielsetzung und historischer Rückblick	145
b) Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen	147
c) Vererblichkeit von Rechtspositionen	148
2. Allgemeines Öffentliches Recht	149
3. Gesellschaftsrecht mit Vergleichen zum Kommunalrecht	153
a) Die verschiedenen Arten einer Umwandlung (§ 1 Abs. 1 UmwG)	155
b) Systematisierung der Umwandlungsarten	156
(1) Umwandlungen kraft Gesetzes und aufgrund Rechtsgeschäfts	156
(2) Umwandlungen mit Auflösung oder mit Fortbestand des übertragenden Rechtsträgers	158
(3) Umwandlungen mit und ohne Vermögensübertragung	159
(4) Umwandlungen außerhalb des Umwandlungsgesetzes	159
c) Parallelen und Unterschiede zwischen Gemeindeordnung und Umwandlungsgesetz	160
(1) Umwandlungsobjekt „Rechtsträger“ bzw. „Unternehmen“	161
(2) Umwandlungsgegenstand „Vermögensgegenstand“ bzw. „Unternehmen“	163
(3) Umwandlungsvarianten	164
(4) Ausgliederung zur Neugründung und zur Aufnahme	165
(5) Ausgliederung nur auf ein Kommunalunternehmen	166
III. Abgrenzung zu Identität und Funktionsnachfolge	167
1. Identität	167
2. Funktionsnachfolge	168
IV. Voraussetzungen der Rechtsnachfolge	171
1. Rechtsnachfolgetatbestand	171
a) Gesetzgebungsbefugnis	172

b)	Grenzen einer Anordnung der Gesamtrechtsnachfolge	178
(1)	Speziellere Gesetze	178
(a)	§§ 128 ff. BRRG	178
(b)	§ 613 a BGB	179
(2)	Vorrangige Schutzvorschriften der Einzelrechtsnachfolge	180
(a)	Umfang der Ermächtigung des § 1 Abs. 2 UmwG	181
(b)	§ 131 UmwG	183
(c)	§ 132 UmwG	184
2.	Nachfolgefähigkeit	187
a)	Gegenstände der Rechtsnachfolge	188
(1)	Rechtsstellungen und Rechtsverhältnisse	188
(2)	„Zwingende Trennungsverbote“	188
(3)	Öffentliche Sachen	189
b)	Nach zivilrechtlichen Vorschriften zu beurteilende Rechtspositionen ..	193
(1)	Eigentum an Sachen und Rechten	194
(2)	Verbindlichkeiten	195
(3)	Forderungen	196
(a)	Vereinbarkeit des Abtretungsrechts mit der Gesamtrechtsnachfolge	196
(b)	Abtretungshindernisse	197
(aa)	Inhaltsänderung, § 399 I. Alt. BGB	197
(bb)	Pactum de non cedendo, § 399 2. Alt. BGB	199
(cc)	Unpfändbarkeit, § 400 BGB	200
(c)	Urkunden, §§ 402, 403 BGB	200
(d)	Schuldnerschutz, §§ 404, 406–410 BGB	201
(4)	Vertragsverhältnisse	201
(5)	Besitz	203
(6)	Kein gutgläubiger Erwerb	203
c)	Nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu beurteilende Rechtspositionen	204
(1)	Zuständigkeiten	205
(a)	Aufgaben	206
(b)	Befugnisse	208
(2)	Verwaltungsrechtsverhältnisse	211
(a)	Verwaltungsakte	211

(aa)	Der Ausgangsrechtsträger als Hoheitsträger	211
(bb)	Der Ausgangsrechtsträger als Adressat	212
(α)	Nachfolge in konkretisierte Rechte und Pflichten	214
(β)	Nachfolge in abstrakte Rechte und Pflichten	216
(b)	Verwaltungsrechtliche Verträge	219
(c)	Pläne, Satzungen und Verordnungen	220
(d)	Willenserklärungen, geschäftsähnliche Handlungen und Verwaltungsrealakte	222
d)	Höchstpersönliche Rechtspositionen	223
(1)	Mitgliedschaften	223
(2)	Zweckgebundene Fördermittel	227
(a)	Subventionen	227
(b)	Investitionsförderungen	229
e)	Prozessuale Rechtspositionen	230
(1)	Gerichtliche Verfahren	230
(2)	Widerspruchsverfahren	235
V.	Zusammenfassung	235
D.	Überleitung von Personal außerhalb der kommunalrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge	239
I.	Dienstverhältnisse	239
1.	Überleitung von Beamtenverhältnissen bei Dienstherrenfähigkeit des Kommunalunternehmens	240
a)	Systematik der §§ 128 ff. BRRG	241
b)	Aufgabenübertragung gemäß § 128 Abs. 4 Var. 3 i. V. m. Abs. 3 BRRG	243
c)	Notwendigkeit einer Übernahmeverfügung	246
d)	Einvernehmliche Auswahl der zu übernehmenden Beamten	248
(1)	Zahl der zu übernehmenden Beamten	249
(2)	Bestimmung der zu übernehmenden Personen	250
e)	Einflussnahme von Personalrat und Aufsichtsbehörde	253
f)	Bayerische Sondernormen	253
g)	Folgen der Übernahme	253

2. Beschäftigungsmöglichkeiten von Beamten bei fehlender Dienstherrenfähigkeit des Kommunalunternehmens	257
a) Beurlaubung oder Beendigung des Beamtenverhältnisses und Abschluss eines privatrechtlichen Arbeitsvertrags	257
(1) Entlassung	258
(2) Sonderurlaub	258
b) Dienstüberlassungsvertrag	260
c) Zuweisung nach Art. 90 Abs. 5 BayGO	261
(1) Gleichstellung mit privatrechtlich organisierten Einrichtungen ...	262
(2) Das Vorbild des § 123 a BRRG	263
(3) Folgerungen für Art. 90 Abs. 5 BayGO	266
II. Arbeitsverhältnisse	267
1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 613 a BGB	267
a) Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils – Anwendbarkeit auf öffentliche Unternehmen?	268
(1) Begriff des Betriebs	269
(a) Betrieb und Unternehmen	269
(b) Vorliegen eines Betriebs bei öffentlich-rechtlichen Unternehmen	271
(2) Übergang des Betriebs	275
(a) Übergang auf einen anderen Rechtsträger	275
(b) Kein bloßer Aufgabenübergang	275
(aa) Vereinbarkeit mit Art. 1 Abs. 1 Unterabs. c) der Richtlinie 2001/23/EG	277
(bb) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Annette Henke)	277
(cc) Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	279
b) Rechtsgeschäftlicher Übergang trotz Gesamtrechtsnachfolge	280
(1) Keine „Entbehrlichkeit“ des § 613 a BGB	281
(2) Rechtsgeschäftliche Gesamtrechtsnachfolge im Umwandlungsrecht	282
(3) Erweiterung des Tatbestandsmerkmals Rechtsgeschäft i. S. d. § 613 a BGB	285
(4) Rechtsgeschäft auch bei kommunalrechtlicher Umwandlung	286

2. Folgen der Anwendung von § 613 a BGB	288
a) Übergang der Arbeitsverhältnisse	288
(1) „Springer“ und andere Zweifelsfälle	288
(2) „Betriebsfremde“ Arbeitnehmer	289
(3) Werkleitung	291
(a) Bestellung	291
(b) Anstellung	293
(4) Versorgungsansprüche	296
b) Widerspruchsrecht	297
c) Kündigungsverbot	299
d) Fortgeltung von Kollektivvereinbarungen	300
e) Haftung	300
3. Stellung des Personalrates	302
III. Zusammenfassung	303
E. Schlussbetrachtungen	305
Literaturverzeichnis	310
Sachwortverzeichnis	340

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. F.	alte Fassung
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaften
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
AnstG-LSA	Anstaltsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
B. v.	Beschluss vom
BAnz.	Bundesanzeiger
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BayBesG	Bayerisches Besoldungsgesetz
BayBG	Bayerisches Beamtengesetz
BayBS	Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts 1802–1956
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
BayKrG	Bayerisches Krankenhausgesetz
BayKWBG	Gesetz über kommunale Wahlbeamte
BayLKrO	Bayerische Landkreisordnung
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayPAV	Bayerische Personalaufteilungsverordnung
BayPVG	Bayerisches Personalvertretungsgesetz

BayRS	Bayerische Rechts-Sammlung
BaySpkG	Bayerisches Sparkassengesetz
BayStMI	Bayerisches Staatsministerium des Innern
BayStrWG	Bayerisches Straßen- und Wegegesetz
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVwVfG	Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz
BB	Betriebs-Berater
BBesG	Bundesbesoldungsgesetz
BBG	Bundesbeamtengesetz
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BezO	(Bayerische) Bezirksordnung
BfA	Bundesversicherungsanstalt für Angestellte
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BhV	Allgemeine Verwaltungsvorschrift über die Gewährung von Beihilfen in Krankheits-, Pflege-, Geburts- und Todesfällen (Beihilfevorschriften)
BhV	Beihilfeverordnung
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BMT-G	Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BSozGE	Entscheidungssammlung des Bundessozialgerichts
bspw.	beispielsweise
BuW	Betrieb und Wirtschaft
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c. i. c.	culpa in contrahendo
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
DNV	Die neue Verwaltung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Drucks.	Drucksache
DSLBG	Gesetz über die Deutsche Siedlungs- und Landesrentenbank
DStR	Deutsches Steuerrecht
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EBV	Eigenbetriebsverordnung
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch

EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung
ENeuOG	Gesetze zur Neuordnung des Eisenbahnwesens
ErbStG	Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz
etc.	et cetera
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EV	Einigungsvertrag
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
FMBI.	Amtsblatt des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen
FS	Festschrift bzw. Festgabe
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GewArch	Gewerbearchiv
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK-HGB	Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts
HGB	Handelsgesetzbuch
HRefG	Handelsrechtsreformgesetz
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	In Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
IBST	Informationsbrief des Bayerischen Städtetags
InsO	Insolvenzordnung
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
KapErhG	Kapitalerhöhungsgesetz
KAV	Kommunaler Arbeitgeberverband
KGSt	Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung

KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz
KöKo	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KommStOV	Verordnung über Stellenobergrenzen im kommunalen Bereich
KommZG	Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit
KPK	Kündigungsschutzgesetz. Praxiskommentar
Kreditwes	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
KrW- / AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KStR	Körperschaftsteuer-Richtlinien
KUV	Verordnung über Kommunalunternehmen
LAG	Landwirtschaftsanpassungsgesetz
LBG SH	Landesbeamtengesetz Schleswig-Holstein
LVA	Landesversicherungsanstalt für Arbeiter
m. E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MüKo	Münchener Kommentar
n. v.	nicht veröffentlicht
NBG	Niedersächsisches Beamtengesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NotBZ	Zeitschrift für notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o. g.	oben genannt
oHG	offene Handelsgesellschaft
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PersV	Die Personalvertretung
PostUmwG	Postumwandlungsgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
S.	Seite oder Satz
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter
SGB	Sozialgesetzbuch
SpkG	Sparkassengesetz
SpTrUG	Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen
StAnz.	Staatsanzeiger
TVG	Tarifvertragsgesetz

u. a.	unter anderem / und andere
u. U.	unter Umständen
U. v.	Urteil vom
UmwG	Umwandlungsgesetz
UStG	Umsatzsteuergesetz
v. a.	vor allem
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VBL	Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder
VgV	Vergabeverordnung
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Investitionsrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
VZOG	Vermögenszuordnungsgesetz
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung. Vierteljahresbeilage zum Gewerbe-archiv
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPG	Die Wirtschaftsprüfung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfgG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZTR	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes
ZVK	Zusatzversorgungskasse der Kommunen

Einleitung

„So ... man die Schulknaben, indem man ihnen Vertrauen zeigt, ihre Selbsttätigkeit ausspricht, zum Unterricht in den Schulen brauchen und ein Schulmeisterheer ersparen kann, so zeige man uns gleiches Vertrauen, überlasse uns unsere eigenen Angelegenheiten, setze uns den Schulknaben gleich und erspare ein Beamtenheer.“¹

Bereits im Jahre 1818 setzte sich Freiherr vom Stein für eine Organisation der Kommunalverfassung ein, die, ausgerichtet am englischen Vorbild in Erziehung und Verwaltung, dem Vertrauen in die schöpferische Kraft der selbständigen Persönlichkeit prinzipielle Bedeutung zumisst.² Ein Gedanke, der in der Folgezeit aufgegriffen wurde und sich heute in der Bayerischen Verfassung ebenso wie in der Bayerischen Gemeindeordnung widerspiegelt. Danach sind Gemeinden ursprüngliche Gebietskörperschaften mit dem Recht, die örtlichen Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze zu ordnen und zu verwalten (Art. 1 S. 1 BayGO) und in ihrem Gebiet die Erfüllung aller öffentlichen Aufgaben wahrzunehmen (Art. 11 Abs. 2 S. 2 BV, Art. 6 Abs. 1 S. 1 BayGO). Zugleich tragen die Gemeinden die Verantwortung, die ihnen obliegenden Aufgaben, von der inneren Verwaltung bis zu den Aufgaben der Daseinsvorsorge, effizient und ökonomisch wahrzunehmen (Art. 61 Abs. 2 BayGO).

Zur Finanzierung der für die Aufgabenwahrnehmung notwendigen Einrichtungen werden regelmäßig Entgelte für die erbrachten Leistungen sowie Steuern erhoben (Art. 62 GO). Daneben sind die Gemeinden aber auch befugt, sich außerhalb ihrer allgemeinen Verwaltung in begrenztem Maße³ wirtschaftlich zu betätigen und durch Unterhaltung gemeindlicher Unternehmen ihren Pflichten nachzukommen (Art. 86 ff. GO). Gerade diese Unternehmen gilt es, nicht zuletzt vor dem Hintergrund eines wachsenden europäischen Marktes und allgemeiner Deregulierungstendenzen, auf ihre Stellung im gesamtwirtschaftlichen Gefüge hin zu überprüfen und interne Strukturen wettbewerbsfähig zu gestalten. Eine Optimierung der Organisation und Struktur der öffentlichen Verwaltung ist daher das Ziel zahlreicher

¹ *Frhr. vom Stein*, Brief an Vincke vom 20. 07. 1818, in: Botzenhart/Ipsen (Hrsg.), Ausgewählte politische Briefe, S. 391.

² Anmerkung von *Botzenhart/Ipsen*, a. a. O., S. 389.

³ Zu den Grenzen einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand vgl. u. a. *Ehlers*, DVBl. 1998, S. 499 f.; *Ehlers*, in: Ipsen, Kommunalwirtschaft im Umbruch, S. 15 ff.; *Kluth*, in: Stober/Vogel, Wirtschaftliche Betätigung, S. 27 ff.; *Jarass*, DÖV 2002, S. 489 ff.; *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), S. 418 ff.; *Storr*, Staat als Unternehmer, S. 127 ff. sowie zur Stellung im Spannungsfeld von Selbstverwaltung und Wettbewerb *Beck*, Kommunale Unternehmen zwischen Selbstverwaltungsgarantie und Europarecht.

Beiträge aus Literatur und Praxis, die Effizienzsteigerungen durch verstärkte betriebswirtschaftliche Betrachtungsweisen, zuletzt beispielsweise in Form des neuen Steuerungsmodells,⁴ oder eben im Steinschen Sinne durch Verselbständigungen zu erreichen suchten, d. h. durch formelle und materielle Privatisierungen.⁵ Die private Rechtsform verspricht eine stärkere Orientierung an den Handlungsmustern und Erfolgsvorstellungen der privaten Wirtschaft und vermittelt zugleich eine größere Unabhängigkeit von den eingefahrenen Strukturen der öffentlichen Hand. Eine Steuerung durch Politik und Verwaltung soll zurückgedrängt werden.

Den verschiedenen Organisationsmodellen in privater Rechtsform hat der bayrische Gesetzgeber mit der Einführung des Kommunalunternehmens (Art. 89 Abs. 1 BayGO) eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts entgegengesetzt und so die Zahl der für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden zur Verfügung stehenden Rechtsformen um ein öffentlich-rechtliches Institut erweitert.⁶ Zugleich wurde in Anlehnung an die für Privatisierungen geltende Rechtslage die Möglichkeit geschaffen, ein solches Kommunalunternehmen durch Umwandlung eines Eigen- oder Regiebetriebs im Wege der Gesamtrechtsnachfolge zu errichten.⁷ Freilich birgt die größere Wahlfreiheit der Formen die Gefahr einer zunehmenden Zersplitterung der Kommunalverwaltung in sich,⁸ was zur Folge haben kann, dass die Überschaubarkeit ebenso abnimmt wie der direkte Einfluss des Gemeinderats.

⁴ *Oebbecke*, in: Wallerath, Kommunen im Wettbewerb, S. 13. Siehe auch *Otting*, Neues Steuerungsmodell, S. 12 ff.

⁵ Die Privatisierungsdiskussion erlebte einen Höhepunkt in den 80er Jahren. Aus der Vielzahl der Veröffentlichungen aus dieser Zeit seien beispielsweise genannt *Brede*, Privatisierung und die Zukunft der öffentlichen Wirtschaft, 1988; *Däubler*, Privatisierung als Rechtsproblem, 1980; *Fuhrer*, Weniger Staat, mehr Privat, 1984; *Grabbe*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, 1978; *Gromoll*, Rechtliche Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1982; *Hanau*, Arbeitsrechtliche Probleme der Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen, 1980; *Haupt*, Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Gewande der privatrechtlichen Gesellschaft, 1988; *Lange*, Privatisierung der Rechtsform, 1984; v. *Loesch*, Privatisierung öffentlicher Unternehmen, 1983; *Schlick*, Ziele und Möglichkeiten der Privatisierung auf kommunaler Ebene, 1986.

Die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer beschäftigte sich 1994 mit der Privatisierung der Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 165 ff. Jüngst erschienen Veröffentlichungen u. a. von *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999; *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001 und *Kämmerer*, Privatisierung: Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen, 2001. Für einen Überblick über die Flut von Schriften zur privatrechtlich organisierten Verwaltung vgl. zudem die Literaturhinweise bei *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht II, § 104 a.

⁶ Auch andere Länder (Nordrhein-Westfalen, § 114 a GO NW; Rheinland-Pfalz, § 86 a GemO, und Sachsen-Anhalt, § 1 ff. AnstG) haben mittlerweile die Anstalt des öffentlichen Rechts als Rechtsform kommunalwirtschaftlicher Tätigkeit eingeführt. Die dortige Rechtslage ist aber nicht Gegenstand dieser Arbeit.

⁷ Vgl. auch das neu erschienene Buch von *Gaß*, Umwandlung gemeindlicher Unternehmen, 2003, das hier leider nicht mehr berücksichtigt werden konnte.

⁸ Vgl. *Becker*, Staat und autonome Träger, S. 59 m. w. N.; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht II, § 104 a Rn. 14.

Auch besteht die Gefahr, dass eine Vielzahl rechtlich verselbständigter Einrichtungen insgesamt zu einer Verteuerung der Verwaltung führen könnte.⁹ Dem stehen aber eine Vielzahl von Chancen und Möglichkeiten gegenüber, die sich eröffnen, indem das Kommunalunternehmen im Wesentlichen die Vorzüge einer privatrechtlichen Gesellschaftsform mit denen der öffentlichen Hand kombiniert.

Sucht man nun das „Umwandlungsziel Kommunalunternehmen“ näher zu beleuchten, lassen sich im Wesentlichen zwei Problemkreise ausmachen, die es zu untersuchen gilt: Im Vordergrund steht zunächst das Endprodukt der Umstrukturierung. Diskutiert werden die Eigenschaften eines Kommunalunternehmens, die ihm aufgrund seiner Rechtsform zukommen (Teil A II), und die Möglichkeiten einer Ausgestaltung, die durch den gesetzlichen Rahmen vorgegeben werden (Teil B). Die Darstellung muss sich dabei auf jene Gesichtspunkte beschränken, die regelmäßig für eine Organisationsentscheidung zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Rechtsform maßgeblich sind. Das sind neben der Vorstandsverfassung und Finanzausstattung, Fragen der Beteiligungsfähigkeit Privater und finanzieller Einstandspflichten des Anstaltsträgers sowie wirtschaftliche und steuerrechtliche Gesichtspunkte und das Vergabewesen.¹⁰ Auch Aspekte der Personalwirtschaft sind natürlich von tragender Bedeutung, sie sollen hingegen erst zum Schluss einer vertieften Prüfung zugeführt werden, da sie in enger Verflechtung mit der Frage der Gesamtrechtsnachfolge stehen.

Zweiter Schwerpunkt der Arbeit ist die Gesamtrechtsnachfolge, die den Weg für die Umstrukturierung eröffnet. Der Übertragungsmodus orientiert sich am Modell des Umwandlungsgesetzes, dem ebenfalls das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge für die Umwandlung privater Rechtsträger zugrunde liegt. Die in Art. 89 Abs. 1 BayGO angeordnete Gesamtrechtsnachfolge ist aber nicht umfassend in dem Sinne, dass alle Rechtsverhältnisse fortan unverändert und ohne weiteres Zutun bei dem Kommunalunternehmen weiter bestehen. Zu diesem Ergebnis gelangt die Arbeit, indem zunächst die Grundstrukturen der Rechtsnachfolge aufbereitet, die Vorschriften der Gesamtrechtsnachfolge in verschiedenen Rechtsgebieten einander gegenüber gestellt und die sich daraus für die Gesamtrechtsnachfolge ergebenden Grenzen aufgezeigt werden (Teil C). Betroffen ist eine Vielzahl von Rechtsverhältnissen, insbesondere aber das Arbeits- und Dienstrecht (Teil D).

Zum besseren Verständnis der Tragweite der neueren Gesetzesänderungen ist den vorgenannten Ausführungen ein kurzer historischer Rückblick auf die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen im allgemeinen vorangestellt (Teil A I). Ein Überblick über die alternativen Unternehmensformen für eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden sowie über die Motive für eine Verselbständigung der

⁹ *Hözl/Hien*, BayGO Art. 89 Anm. 2.

¹⁰ Vgl. auch *Ade*, in: ders., *Kommunales Beteiligungsmanagement*, S. 21; *Burgi*, NVwZ 2001, S. 603 ff.; *Emmerich*, *Wirtschaftsrecht*, S. 39; *Knemeyer*, *Deutscher Städtetag* 1992, S. 318; *Widmann/Mayer – Vossius*, *UmwG*, § 301 Rn. 5 sowie speziell zum Kommunalunternehmen jüngst der Beitrag von *Neusinger/Lindt*, *BayVBl.* 2002, S. 689 ff.