

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 1338

**Rechtsprobleme  
der kommunalen GmbH  
im Rechtsvergleich der Bundesländer**

Von

**Dirk Buken**



**Duncker & Humblot · Berlin**

DIRK BUKEN

Rechtsprobleme der kommunalen GmbH  
im Rechtsvergleich der Bundesländer

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1338

Rechtsprobleme  
der kommunalen GmbH  
im Rechtsvergleich der Bundesländer

Von

Dirk Buken



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät  
der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover  
hat diese Arbeit im Jahr 2016  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde  
Druck: CPI buchbücher.de, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 978-3-428-15094-6 (Print)  
ISBN 978-3-428-55094-4 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85094-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## **Vorwort**

Diese Arbeit wurde im Juli 2016 vom Promotionsausschuss der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover als Dissertation angenommen.

Ich danke meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Veith Mehde ganz herzlich für die Betreuung der Arbeit sowie die rasche Erstellung des Erstgutachtens. Gleichfalls danke ich Frau Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Herrn Martin Baum danke ich sehr für seine Hilfe bei der Formatierung. Dadurch wurde die Fertigstellung wesentlich erleichtert.

Gewidmet ist die Arbeit meinen Eltern.

Frankfurt am Main, im September 2016

*Dirk Buken*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	23
<b>A. Der Gesellschaftszweck</b> .....	27
I. Bestimmung des öffentlichen Zwecks .....	27
1. Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft .....	31
a) Überörtliche Tätigkeit .....	32
aa) Dienste zu Gunsten der Einwohner der eigenen Gemeinde .....	32
bb) Das Selbstverwaltungsrecht der Nachbargemeinde .....	33
(1) Eingriff .....	35
(2) Rechtfertigung .....	36
(a) Schranke .....	36
(b) Schranken-Schranken .....	37
(aa) Die Kernbereichsdogmatik .....	37
(bb) Aufgabenverteilungsprinzip .....	39
(cc) Die Verhältnismäßigkeit .....	39
cc) Vereinbarkeit mit Unionsrecht .....	42
dd) Interkommunale Zusammenarbeit .....	42
ee) Demokratieprinzip .....	43
(1) Exportierende Gemeinde .....	43
(2) Importierende Gemeinde .....	46
b) Tätigkeit in anderen Bundesländern .....	48
c) Tätigkeit in auswärtigen Staaten .....	49
2. Gemeinwohlbelang .....	49
3. Keine erwerbswirtschaftliche Motivation .....	51
a) Inhalt des Verbots .....	51
b) Ausnahmen .....	54
aa) Ressourcennutzung .....	54
(1) Schlichte Vermögensnutzung .....	55
(2) Auslastung freier Kapazitäten .....	55
(3) Nutzung von Know-how .....	56
bb) Annex Tätigkeiten .....	56
cc) Folgen .....	57
4. Rechtsvergleich zwischen den Ländern .....	57
a) Niedersachsen .....	57
aa) Öffentlicher Zweck .....	57
bb) Außergebietsklausel .....	58
b) Bayern .....	59

aa) Öffentlicher Zweck	59
bb) Außergebietsklausel	61
(1) Öffentlicher Zweck gem. Art. 87 Abs. 2 S. 1 BayGO i. V.m. Art. 87 Abs. 1 BayGO	62
(2) Berechtigte Interessen der anderen Gemeinde	63
(a) Schutzbereich	63
(b) Denkbare Eingriffe	63
(c) Rechtfertigung	63
c) NRW	63
aa) Öffentlicher Zweck	63
bb) Außergebietsklausel	64
cc) Auslandsklausel	65
d) Baden-Württemberg	67
aa) Öffentlicher Zweck	67
bb) Außergebietsklausel	67
e) Mecklenburg-Vorpommern	68
aa) Öffentlicher Zweck	68
f) Hessen	68
g) Thüringen	69
aa) Öffentlicher Zweck	69
bb) Außergebietsklausel	69
h) Rheinland-Pfalz	71
aa) Öffentlicher Zweck	71
bb) Außergebietsklausel	71
i) Brandenburg	72
aa) Öffentlicher Zweck	72
bb) Außergebietsklausel	73
cc) Auslandsklausel	74
j) Saarland	75
aa) Öffentlicher Zweck	75
bb) Außergebietsklausel	76
k) Sachsen	77
l) Sachsen-Anhalt	78
aa) Öffentlicher Zweck	78
bb) Außergebietsklausel	78
cc) Auslandsklausel	79
m) Schleswig-Holstein	80
aa) Öffentlicher Zweck	80
bb) Außergebietsklausel	81
cc) Wirtschaftliche Betätigung außerhalb Schleswig-Holsteins	82
n) Rechtsvergleichende Analyse	83
II. Anforderungen an die Satzung der GmbH	86
1. Abgrenzung Unternehmenszweck Unternehmensgegenstand	86

2. Formulierung des Gesellschaftszweck	88
a) Ausgangslage	88
aa) Grundsätzliche Auslegung privatrechtlicher Verträge	88
bb) Gesellschaftsrechtliche Besonderheiten	89
cc) Rechtsprechung	89
dd) Literatur	90
ee) Stellungnahme	91
ff) Einmann-GmbH	92
b) Öffentlicher Zweck im Gesellschaftsvertrag	92
aa) Wortlaut	93
bb) Zweck	95
cc) Systematischer Zusammenhang	96
dd) Ergebnis	96
3. Aufnahme des öffentlichen Zwecks in den Gesellschaftsvertrag	97
4. Der nichtige Gesellschaftszweck	100
a) Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot	100
b) Folgen des Verstoßes	103
aa) Grundsätzliches	103
bb) Vor der Eintragung	103
cc) Nach Eintragung	104
(1) Auflösung durch Urteil gem. § 61 GmbHG	104
(2) Auflösung durch die Verwaltungsbehörde gem. § 62 GmbHG	105
(3) Löschung gem. § 397 S. 2 FamFG wegen Nichtigkeitsklage gem. § 75 GmbHG	105
(4) Nachträgliche Unzulässigkeit	106
(5) Ergebnis	107
dd) Verstoß gegen die guten Sitten gem. § 138 BGB	107
III. Fazit	107
<b>B. Unternehmenssitz</b>	110
I. Anforderung an die Ortsbezeichnung in der Satzung	110
II. Sitz in einer anderen Gemeinde	111
III. Sitzverlegung	113
1. Im Inland	113
2. Ausland	113
3. Verwaltungssitz	114
4. Kommunalrechtliche Anzeige- und Genehmigungserfordernisse	114
a) Verlegung von Gesellschafts- und Verwaltungssitz im Inland	114
b) Sitzverlegung ins Ausland	117
IV. Kommunalrechtliche Probleme	118
V. Fazit	119
<b>C. Firma</b>	120
I. Fazit	123

<b>D. Unternehmensgegenstand</b> .....	124
I. Gesellschaftsrechtlicher Überblick .....	124
II. Kommunalrechtliche Problematik .....	126
III. Rechtsvergleich .....	128
1. Niedersachsen .....	128
2. Bayern .....	130
3. Nordrhein-Westfalen .....	130
4. Hessen .....	133
5. Baden-Württemberg .....	135
6. Mecklenburg-Vorpommern .....	136
7. Schleswig-Holstein .....	137
8. Saarland .....	138
9. Sachsen-Anhalt .....	139
10. Brandenburg .....	140
11. Rheinland-Pfalz .....	140
12. Thüringen .....	142
13. Sachsen .....	142
14. Rechtsvergleichende Analyse .....	143
IV. Sektorenspezifische Ausnahmen .....	145
1. Niedersachsen .....	147
a) Beihilfenrecht .....	149
b) Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG .....	149
c) Art. 87f Abs. 1 GG .....	150
d) Art. 87f Abs. 2 S. 1 GG .....	150
2. Bayern .....	153
3. Nordrhein-Westfalen .....	154
4. Hessen .....	158
5. Mecklenburg-Vorpommern .....	160
6. Baden-Württemberg .....	162
7. Saarland .....	162
8. Brandenburg .....	163
9. Thüringen .....	165
10. Sachsen .....	166
11. Rechtsvergleichende Analyse .....	167
V. Fazit .....	170
<b>E. Rechnungslegung und Aufgabenerfüllungskontrolle</b> .....	172
I. Jahresabschluss und Abschlussprüfung .....	172
1. Aufstellung des Jahresabschlusses .....	172
2. Abschlussprüfung .....	173
3. Probleme bei der Abschlussprüfung .....	177
II. Prüfung nach HGrG .....	179
1. Erweiterte Abschlussprüfung .....	179

a)	Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung . . . . .	183
b)	Berichterstattung hinsichtlich der wirtschaftlichen Lage . . . . .	184
c)	Übersendung des Prüfberichts . . . . .	185
2.	Prüfung der Beteiligung gem. §§ 44, 54 HGrG . . . . .	185
III.	Beteiligungsbericht . . . . .	191
1.	Niedersachsen . . . . .	192
2.	Nordrhein-Westfalen . . . . .	194
3.	Bayern . . . . .	195
4.	Hessen . . . . .	196
5.	Mecklenburg-Vorpommern . . . . .	197
6.	Baden-Württemberg . . . . .	198
7.	Sachsen . . . . .	198
8.	Saarland . . . . .	199
9.	Brandenburg . . . . .	200
10.	Rheinland Pfalz . . . . .	200
11.	Thüringen . . . . .	201
12.	Rechtsvergleichende Analyse . . . . .	201
IV.	Verfassungsrechtliche Bedenken . . . . .	205
1.	Verstoß gegen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG . . . . .	205
2.	Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG und Willkürverbot . . . . .	206
a)	Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG . . . . .	206
b)	Verstoß gegen Willkürverbot . . . . .	207
V.	Fazit . . . . .	207
<b>F.</b>	<b>Aufsichtsrat</b> . . . . .	<b>211</b>
I.	Grenzen bei der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung eines fakultativen Aufsichtsrats . . . . .	213
II.	Besetzung des Aufsichtsrats . . . . .	216
III.	Weisungsbindung . . . . .	220
IV.	Mitbestimmung in kommunalen Aufsichtsräten . . . . .	225
1.	Fakultativer Aufsichtsrat . . . . .	225
2.	Anwendung des Mitbestimmungsrechts . . . . .	229
V.	Verschwiegenheitspflicht contra Berichtspflicht im Rat (§ 394 f. AktG) . . . . .	231
VI.	Haftung des Aufsichtsrats . . . . .	237
VII.	Vergütung . . . . .	243
VIII.	Beteiligungsmanagement . . . . .	248
IX.	Rechtsvergleich . . . . .	249
1.	Niedersachsen . . . . .	249
a)	Besetzung . . . . .	249
b)	Weisungsbindung . . . . .	253
c)	Verschwiegenheitspflicht . . . . .	255
d)	Haftung . . . . .	257

e) Vergütung .....	263
f) Telekommunikation als Unternehmensgegenstand .....	264
2. Nordrhein-Westfalen .....	264
a) Besetzung .....	264
b) Weisungsbindung .....	268
c) Verschwiegenheitspflicht .....	269
d) Haftung .....	270
e) Vergütung .....	271
f) Mitbestimmung .....	271
3. Bayern .....	280
a) Besetzung .....	280
b) Weisungsbindung .....	281
c) Verschwiegenheitspflicht .....	282
d) Haftung .....	284
e) Vergütung .....	286
4. Hessen .....	287
a) Besetzung .....	287
b) Weisungsbindung .....	290
c) Verschwiegenheitspflicht .....	291
d) Haftung .....	292
e) Vergütung .....	293
5. Baden-Württemberg .....	293
a) Besetzung .....	293
b) Weisungsbindung .....	295
c) Verschwiegenheitspflicht .....	295
d) Haftung .....	296
e) Vergütung .....	297
6. Mecklenburg-Vorpommern .....	297
a) Besetzung .....	297
b) Weisungsbindung .....	299
c) Verschwiegenheitspflicht .....	299
d) Haftung .....	300
e) Vergütung .....	301
7. Saarland .....	301
a) Besetzung .....	301
b) Weisungsbindung .....	302
c) Verschwiegenheitspflicht .....	303
d) Haftung .....	303
e) Vergütung .....	304
8. Sachsen .....	304
a) Besetzung .....	304
b) Weisungsbindung .....	305
c) Verschwiegenheitspflicht .....	305

d) Haftung .....	306
e) Vergütung .....	306
9. Sachsen-Anhalt .....	307
a) Besetzung .....	307
b) Weisungsbindung .....	308
c) Verschwiegenheitspflicht .....	309
d) Haftung .....	309
e) Vergütung .....	309
10. Brandenburg .....	309
a) Besetzung .....	309
b) Weisungsbindung .....	311
c) Verschwiegenheitspflicht .....	312
d) Haftung .....	312
e) Vergütung .....	312
11. Thüringen .....	313
a) Besetzung .....	313
b) Weisungsbindung .....	314
c) Verschwiegenheitspflicht .....	315
d) Haftung .....	315
e) Vergütung .....	316
12. Schleswig-Holstein .....	316
a) Besetzung .....	316
b) Weisungsbindung .....	318
c) Verschwiegenheitspflicht .....	318
d) Haftung .....	318
e) Vergütung .....	318
13. Rheinland-Pfalz .....	319
a) Besetzung .....	319
b) Weisungsbindung .....	321
c) Verschwiegenheitspflicht .....	323
d) Haftung .....	323
e) Vergütung .....	323
14. Rechtsvergleichende Analyse .....	324
a) Besetzung .....	324
b) Weisungsbindung .....	326
c) Verschwiegenheitspflicht .....	326
d) Haftung .....	327
e) Vergütung .....	330
X. Fazit .....	330
<b>G. Gesellschafterversammlung .....</b>	<b>336</b>
I. Bedeutung der Gesellschafterversammlung für die GmbH .....	336
1. Herren der GmbH .....	336

2. Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung .....	336
3. Kommunalverfassungsrechtliche Regelungen .....	337
II. Stimmabgabe bei der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung .....	339
III. Vertreter der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung .....	341
IV. Alternativmodelle .....	344
1. Der Gemeinderat ersetzt die Gesellschafterversammlung .....	345
2. Vertretungsmodell .....	345
3. Ergänzungsmodell .....	347
V. Weisungsbindung .....	347
VI. Verschwiegenheit .....	349
VII. Fazit .....	349
<b>H. Geschäftsführung .....</b>	<b>351</b>
I. Bestellung des Geschäftsführers .....	351
II. Weisungsrecht .....	356
1. Inhalt und Reichweite .....	356
2. Zuständigkeit .....	358
III. Geschäftsführung .....	359
IV. Haftung .....	362
1. Haftung gegenüber der Gesellschaft .....	363
a) Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG .....	363
aa) Schaden .....	365
bb) Pflichtverletzung .....	365
(1) Legalitätspflicht .....	366
(2) Sorgfaltspflicht im engeren Sinne .....	366
(3) Grundsatz der Gesamtverantwortung und Compliancepflicht .....	367
(4) Unternehmerische Entscheidung .....	368
(a) Unternehmerische Entscheidung .....	369
(b) Legalitätspflicht .....	369
(c) Angemessene Informationsgrundlage .....	369
(d) Zum Wohl der Gesellschaft/Unternehmerisches Ermessen .....	370
(e) Keine sachfremden Interessen .....	370
(f) Guter Glaube .....	370
(g) Kausalität .....	371
b) Haftung nach § 43 Abs. 3 GmbHG .....	371
c) Deliktische Haftung .....	372
d) Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG .....	372
2. Haftung gegenüber den Gesellschaftern .....	372
3. Haftung gegenüber den Gläubigern .....	373
4. Haftung gegenüber dem Fiskus .....	373

5. Haftung gegenüber den Sozialversicherungsträgern . . . . .	374
6. Stellungnahme . . . . .	374
V. Vergütung . . . . .	376
VI. Fazit . . . . .	382
<b>I. Anteilsverkauf . . . . .</b>	<b>385</b>
I. Gesellschaftsrechtliche Vorgaben . . . . .	385
II. Verfassungsrechtliche Vorgaben und Grenzen . . . . .	387
III. Vorschriften der Kommunalverfassungen . . . . .	389
1. Entscheidung durch die Vertretung . . . . .	389
2. Voller Wert . . . . .	390
3. Keine Gefährdung der Aufgabenerfüllung/wichtiges Interesse . . . . .	394
4. Kommunalaufsicht . . . . .	395
IV. Im Anwendungsbereich des Vergaberechts . . . . .	395
V. Fazit . . . . .	396
<b>J. Einstandspflichten der Kommune . . . . .</b>	<b>398</b>
I. Kommunalrechtliche Haftungsbegrenzung . . . . .	398
II. Haftungsbegrenzung . . . . .	400
1. Stammkapital . . . . .	400
2. Nachschusspflicht . . . . .	403
3. Kapitalerhöhung . . . . .	405
III. Einstandspflicht bei Insolvenz . . . . .	408
IV. Konzernhaftung . . . . .	410
1. Gleichbehandlungsgrundsatz . . . . .	411
2. Treuepflichtverletzung . . . . .	411
3. Existenzvernichtungshaftung . . . . .	412
4. Unternehmensverträge . . . . .	413
a) GmbH . . . . .	413
b) Mitgesellschafter . . . . .	414
c) Gläubiger . . . . .	415
5. Kommunalrechtliche Wertung . . . . .	416
V. Die Kommune als Sicherungsgeberin der GmbH . . . . .	421
1. Voraussetzung für die Gewährung von Sicherheiten . . . . .	421
2. Gewährung einer Bürgschaft . . . . .	425
VI. Fazit . . . . .	426
<b>K. Schlussbetrachtung . . . . .</b>	<b>428</b>
<b>Literaturverzeichnis . . . . .</b>	<b>432</b>
<b>Sachwortverzeichnis . . . . .</b>	<b>459</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
AbfallR	Zeitschrift für das Recht der Abfallwirtschaft
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaften
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AG	Die Aktiengesellschaft
AG KHG	Gesetz zur Ausführung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes
AG KJAG	Gesetz zur Ausführung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
arg. e.	argumentum ex
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
B.	Beschluss
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayGO	Bayerische Gemeindeordnung
BayKWBNV	Bayerische Verordnung über die Nebentätigkeit der kommunalen Wahlbeamten und Wahlbeamtinnen
BayLT-Drs.	Drucksachen des bayerischen Landtags
BayNTVO	Bayerische Nebentätigkeitsverordnung
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Bayerisches Oberstes Landesgericht in Zivilsachen
BayPrG	Bayerisches Pressegesetz
Bay StMi	Bayerisches Staatsministerium
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter

BB	Betriebsberater
BbgKVerf	Brandenburgische Kommunalverfassung
Bbg LT-Drs.	Brandenburgische Landtagsdrucksache
Bbg PrG	Brandenburgisches Pressegesetz
Bd.	Band
BdF	Bundesministerium der Finanzen
Beck'scher OK	Beckscher Onlinekommentar
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhof
BfW	Bundesministerium für die Wirtschaft
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
BJR	Business Judgement Rule
BRB EigVO	Brandenburgische Eigenbetriebsverordnung
BStBl.	Bundessteuerblatt
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BWGZ	Die Gemeinde-Gemeindezeitung des Gemeindetags Baden-Württemberg
BW LPresseG	Pressegesetz des Landes Baden-Württemberg
BW LT-Drs.	Landtagsdrucksachen Baden-Württemberg
DB	Der Betrieb
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung – Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften
DrittelbeteiligungsG	Drittelbeteiligungsgesetz
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
Ebd.	ebenda
EEG	Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien
EG	Europäische Gemeinschaft
EigenbetriebsVO	Eigenbetriebsverordnung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
ff.	fortfolgende
FS	Festschrift

G.	Gesetz
GBI.	Gesetzblatt
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gef.	gefasst
gem.	gemäß
GemHH	Der Gemeindehaushalt
GemHVO	Gemeindehaushaltsverordnung
GemO BW	Gemeindeordnung Baden-Württemberg
GemO BW DV	Verordnung des Innenministeriums zur Durchführung der Gemeindeordnung Baden-Württemberg
GesR	Gesellschaftsrecht
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
gGmbH	gemeinnützige GmbH
GKG Bbg	Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit Brandenburgs
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GOB	Grundsätze ordentlicher Buchführung
GO NRW	Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen
GPA	Gemeindeprüfanstalt
grds.	grundsätzlich
GrS	Großer Senat
GS	Gedächtnisschrift
GuV	Gewinn- und Verlustrechnung
G. v.	Gesetz vom
GVB1.	Gesetz und Ordnungsblatt
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
Dt.	deutsch
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
Erl.	Erläuterung
HdBStR	Handbuch des Staatsrechts
Hess. LT-Drs.	Drucksache des hessischen Landtags
HessPresseG	Hessisches Pressegesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HGO	Hessische Gemeindeordnung
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
h. M.	Herrschende Meinung

HSGZ	Hessische Städte- und Gemeindezeitung
IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz)
InsO	Insolvenzordnung
i. S. d.	im Sinne des
JA	Juristische Ausbildung
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht
KiTaG	Kindertagesgesetz
KomDAEV	Verordnung über die Dienstaufwandsentschädigung für hauptamtliche kommunale Wahlbeamte der Gebietskörperschaften
KommJur	Der Kommunaljurist
KPG MV	Kommunalprüfgesetz Mecklenburg-Vorpommern
KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz
KrWirtAbfG	Kreiswirtschafts- und Abfallgesetz
KStR	Körperschaftsteuerrichtlinie
KVG LSA	Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt
KV MV	Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern
KVR	Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen
LandesabfallG BW	Landesabfallgesetz Baden-Württemberg
LBG LSA	Beamtengesetz des Landes Sachsen-Anhalt
LGG	Landesgleichstellungsgesetz
LGG NRW	Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern für das Land Nordrhein-Westfalen
LHO	Landeshaushaltsordnung
lit.	Littera
LKRZ	Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LT-Drs.	Landtagsdrucksache
MinBl.	Ministerialblatt
MitbestimmungsG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
MontanmitbestimmungsG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

m. W. v.	mit Wirkung vom
NAbfG	Niedersächsisches Abfallgesetz
n. c.	Numerus clausus
Nds. EigenbetrVO	Niedersächsische Eigenbetriebsverordnung
Nds.GG	Niedersächsisches Gleichberechtigungsgesetz
Nds. LT-Drs.	Niedersächsische Landtagsdrucksachen
Nds. OVG	Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht
Nds. VBl.	Niedersächsisches Verordnungsblatt
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport Zivilrecht
NKomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz
NLVO MW	Nebentätigkeitslandesverordnung Mecklenburg-Vorpommern
NNVG	Niedersächsisches Nahverkehrsgesetz
NPrG	Niedersächsisches Pressegesetz
Nr.	Nummer
NRettDG	Niedersächsisches Rettungsdienstgesetz
NRW	Nordrhein-Westfalen
NRW PresseG	Pressegesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
NSchG	Niedersächsisches Schulgesetz
NTV NRW	Verordnung über die Nebentätigkeit der Beamten und Richter im Lande Nordrhein-Westfalen (Nebentätigkeitsverordnung)
NV	Niedersächsische Verfassung
NVO LSA	Verordnung über die Nebentätigkeit der Beamten und Richter im Land Sachsen-Anhalt
NVwBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWG	Niedersächsische Wassergesetz
NWVBl.	Nordrheinwestfälische Verwaltungsblätter
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte
PCGK	Public Corporate Governance Kodex
PdK	Praxis der Kommunalverwaltung
PPP	Public Private Partnership
PresseG LSA	Pressegesetz des Landes Sachsen-Anhalt
RBeratG	Rechtsberatungsgesetz
RGZE	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Rh-Pf. GVBl	Gesetzes- und Verordnungsblatt des Landes Rheinland-Pfalz
Rh-Pf. LT-Drs	Drucksache des Landtags von Rheinland-Pfalz
RhPfVerf.	Rheinland-pfälzische Verfassung
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RPEigAnVO	Rheinlandpfälzische Eigenbetriebs- und Anstaltsverordnung
RPfGO	Gemeindeordnung Rheinland Pfalz
RPfKommZG	Gesetz über kommunale Zusammenarbeit Rheinland Pfalz
RPf LGG	Landesgleichstellungsgesetz Rheinland – Pfalz
S.	Seite
SaarKSVG	Saarländisches Kommunal selbstverwaltungsgesetz
Saarland LGG	Landesgleichstellungsgesetz des Saarlands
Saar NtVO	Saarländische Nebentätigkeitsverordnung
Sächs BG	Sächsisches Beamten-gesetz
Sächs GemO	Sächsische Gemeindeordnung
Sächs NTVO	Sächsische Nebentätigkeitsverordnung
Sächs PresseG	Sächsisches Pressegesetz
SA-LVerf	Landesverfassung Sachsen-Anhalt
SchulG BW	Schulgesetz Baden-Württemberg
SH GO	Gemeindeordnung Schleswig-Holstein
SHVerf	Verfassung des Landes Schleswig-Holstein
SKZ	Saarländische Kommunalzeitung
SLVerf	Saarländische Verfassung
s. o.	siehe oben
StBerG	Steuerberatungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
SÜG	Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes
Th. LT-Drs.	Drucksachen des Thüringer Landtags
ThürKo	Kommunalordnung Thüringen
ThürNVO	Thüringer Verordnung über die Nebentätigkeit von Beamten
TKG	Telekommunikationsgesetz
Tz	Textziffer
Urt.	Urteil
v.	von
VBIBW	Verwaltungsblatt Baden-Württemberg
VerfGH NRW	Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen
VerfGH-Rh.Pf.	Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz

VerfGH Sachsen	Verfassungsgerichtshof Sachsen
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrundschau
VV	Verwaltungsvorschrift
VV-BHO	Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
WasserG BW	Wassergesetz Baden-Württemberg
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfK	Zeitschrift für kommunale Wirtschaft
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZöfM	Public Governance, Zeitschrift für öffentliches Management
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

## Einleitung

Den Kommunen ist es ohne weiteres möglich, ihre öffentlichen Aufgaben durch von ihnen gegründete und geführte juristische Personen des Privatrechts erledigen zu lassen. In bestimmten Grenzen können dabei auch Private eingebunden werden. Als besonders geeignet für diese sogenannte formelle Privatisierung gilt die Rechtsform der GmbH. Für deren Gründung und die Beteiligung daran stellen das Gesellschafts- wie auch das Kommunalrecht gleichermaßen Regelungen auf. Probleme entstehen dort, wo beide Regelungsmaterien miteinander kollidierende Vorgaben machen. Auch können gesellschaftsrechtlich zulässige Gestaltungsformen kommunalverfassungsrechtlich ausgeschlossen sein. Im Zentrum dieser Arbeit steht es folglich, dieses Zusammenspiel zu analysieren und etwaige Lösungsmöglichkeiten für etwaige Konflikte zu erarbeiten. Jedoch können dabei etwaige Unterschiede bei den kommunalverfassungsrechtlichen Vorgaben nicht unberücksichtigt bleiben. Deswegen ist ein Rechtsvergleich zwischen den einzelnen Kommunalverfassungen angezeigt.

Mit der formellen Privatisierung verbindet sich auch immer wieder die Behauptung eines Verlusts an Kontrolle durch demokratisch legitimierte Organe. Es soll auch untersucht werden, ob diese Diagnose in den rechtlichen Strukturen der kommunalen GmbH angelegt ist.

Zur Klärung der in der vorliegenden Arbeit verwandten Begrifflichkeiten ist auszuführen, dass unter „kommunaler GmbH“ eine GmbH mit einem kommunalen Gesellschafter verstanden wird. Dies gilt selbst dann, wenn die Kommune nur eine geminderte Beteiligung aufweist.

Sofern die Kommune Alleingesellschafterin der GmbH ist, ist diese als Eigenesellschaft strukturiert. Hingegen wird eine kommunale GmbH, an der auch private Mitgesellschafter beteiligt sind, als gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft bezeichnet. Die Begrifflichkeiten Gemeinderat, Rat, Vertretung und Kommunalparlament werden synonym verwendet. Eine abweichende rechtliche Bedeutung wird mit ihrer Bedeutung nicht verbunden. Gleiches gilt für Bürgermeister und Hauptverwaltungsbeamter oder Kommunalverfassung und Gemeindeordnung. Sofern nur auf die Bestimmungen der Kommunalverfassungen zur wirtschaftlichen Betätigung Bezug genommen wird, ist auch vom kommunalen Wirtschaftsrecht die Rede.

Fragen zur Rechtsformwahl sollen bei dieser Arbeit außer Betracht bleiben, weil die Themenwahl den Bearbeiter schon auf eine bestimmte Rechts-

form festgelegt hat. Auch wäre es mit dem Untersuchungsgegenstand nicht zu vereinbaren, wenn zunächst eine eingehende Analyse der Schrankentrias und des kommunalen Wirtschaftsrechts an sich erfolgen. Diese Arbeit soll eben nicht zum Gegenstand haben, unter welchen Voraussetzungen sich die Gemeinde allgemein wirtschaftlich betätigen darf, sondern was sie bei Gründung und Beteiligung an einer GmbH zu beachten hat. Damit verändert sich auch die Perspektive auf das kommunale Wirtschaftsrecht. Erst wenn feststeht, welche Möglichkeiten das GmbHG der Kommune für eine formelle Privatisierung bietet, kann auch in einem weiteren Schritt überprüft werden, was kommunalverfassungsrechtlich davon überhaupt zulässig ist. Nur in Grundzügen soll auf solche kommunalen GmbHs eingegangen werden, die einen Unternehmensgegenstand aufweisen, der Gegenstand weitergehender gesetzlicher Regulierungen ist. Außer Betracht bleiben also etwa weitgehend Vorgaben, die das Energie- oder Telekommunikationsrecht zur Gründung und Beteiligung an einer GmbH mit entsprechendem Unternehmensgegenstand treffen.

Mit dieser Arbeit wird eine immer noch bestehende Lücke in der kommunalwirtschaftsrechtlichen Literatur gefüllt. Bislang sind die meisten Arbeiten weniger auf dem Gesellschaftsrecht, denn auf dem öffentlichen Recht zentriert und es werden somit eher grundsätzliche Fragen des kommunalwirtschaftsrechtlichen Engagements und nicht die sich daraus ergebenden gesellschaftsrechtlichen Fragen analysiert. Auszunehmen ist hiervon etwa die Arbeit von Bernd Früchtl<sup>1</sup>, der aber eine andere Rechtsform, nämlich die Aktiengesellschaft, analysiert. Gleiches gilt für eine Untersuchung von Rupert Scholz und Rainer Pitschas aus dem Jahre 1982<sup>2</sup> oder Knut Waldemans Monografie zum Kommunalunternehmen<sup>3</sup>.

Ähnliches gilt für Jörg Meinen<sup>4</sup> und Friedrich Martin Hohrmann<sup>5</sup>, deren Arbeiten sich auf die Kommune als Konzernmutter fokussieren. Thomas Mann wiederum leitet aus den Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG Strukturdirektiven her, welche die öffentliche Hand beachten muss, wenn sie Aufgaben im Rechtskleid einer privatrechtlichen Rechtsform erfüllen

---

<sup>1</sup> Die Aktiengesellschaft als Rechtsform für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand.

<sup>2</sup> *Rupert Scholz/Rainer Pitschas*, Gemeindefirtschaft zwischen Verwaltungs- und Unternehmensstruktur, Berlin 1982.

<sup>3</sup> *Knut Waldemann*, Das Kommunalunternehmen: Organisationsform für Baden-Württemberg, Stuttgart 2005.

<sup>4</sup> Konzernrecht im kommunalen Bereich, Berlin: BWV Berlin Wissenschaftsverlag, 2006.

<sup>5</sup> *Friedrich Martin Hohrmann*, Der Staat als Konzernunternehmer: die Bundesrepublik Deutschland als herrschendes Unternehmen im Sinne des Rechts der verbundenen Unternehmen, Köln, 1983.

will. Weder GmbH noch Aktiengesellschaft könnten diesen Vorgaben vollständig genügen. Daher sei die weitere Etablierung der kommunalen Anstalt angezeigt. So ein Untersuchungsinteresse ist also weniger gesellschafts- als verfassungsrechtlich motiviert.<sup>6</sup> Diese Arbeit unternimmt es gerade aus der gesellschaftsrechtlichen Perspektive heraus zu analysieren, wie die kommunalverfassungsrechtlichen Vorgaben umgesetzt werden können. Einen Lösungsversuch für die von Mann aufgezeigte Problematik mag das von Ernst Thomas Kraft dargestellte Verwaltungsgesellschaftsrecht sein. Hier geht es aber eher um die Etablierung eines eigenen dogmatischen Ansatzes, der das Verhältnis von öffentlichem Kommunalverfassungsrecht und Gesellschaftsrecht zum Gegenstand nimmt.<sup>7</sup>

Das Spannungsverhältnis zwischen der formellen Privatisierung, insbesondere in Gestalt des Modells der Neuen Steuerung, sowie dem Demokratieprinzip haben sich gleichfalls zahlreiche Autoren, wie etwa Veith Mehde<sup>8</sup>, Dirk Ehlers<sup>9</sup> und Hubertus Gersdorf<sup>10</sup> oder Thomas Koch<sup>11</sup> angenommen. Günter Püttner hat in seiner Monografie „Die öffentlichen Unternehmen“<sup>12</sup>, die verschiedenen Rechtsmaterien untersucht, welche der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand Gestalt geben. All diese Arbeiten nehmen im Unterschied zum hier gewählten Ansatz ihren Ausgangspunkt beim öffentlichen Recht.

Weitere Untersuchungen nehmen Einzelprobleme in den Blick, die sich aus der Tätigkeit der öffentlichen Hand ergeben.<sup>13</sup> Diese werden auch im

---

<sup>6</sup> Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft: zur Fortentwicklung des Rechtsformspektrums für öffentliche Unternehmen; Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

<sup>7</sup> *Ernst Thomas Kraft*, Das Verwaltungsgesellschaftsrecht, Frankfurt am Main, 1982.

<sup>8</sup> Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, Berlin: Duncker & Humblot.

<sup>9</sup> Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin: Duncker & Humblot, 1984.

<sup>10</sup> Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip.

<sup>11</sup> *Thorsten Koch*, Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform.

<sup>12</sup> Die öffentlichen Unternehmen: ein Handbuch zu Verfassungs- und Rechtsfragen der öffentlichen Wirtschaft, Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 1985.

<sup>13</sup> *Markus Heintzen*, Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der Gebäudereinigung, Berlin 1999; *Caroline Scheps*, Das Örtlichkeitsprinzip im kommunalen Wirtschaftsrecht, Berlin 2006; *Ulrich Reichert*, Die besondere Stellung der Vertreter der öffentlichen Hand im Aufsichtsrat einer GmbH, München 1983; *Gert Brüggemeier/Reinhard Damm*, Kommunale Einwirkung auf gemischtwirtschaftliche Energieversorgungsunternehmen - Am Beispiel des RWE/VKA Konflikts, Baden-Baden 1988; *Ralf Schäfer*, Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, Berlin 1988, *Astrid Mischke*, Haf-