

Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen

Wurzel / Schraml / Gaß

4. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-75404-3
C.H.BECK

gen die Zustimmung des **Aufsichtsrates** erforderlich ist.⁴³⁴ In Thüringen bedarf darüber hinaus deren Gründung, die Änderung der Zweckbestimmung oder Beteiligung der Genehmigung.⁴³⁵

In **Nordrhein-Westfalen** und **Rheinland-Pfalz** darf eine Gemeinde eine GmbH nur gründen oder sich daran beteiligen, wenn durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags sichergestellt ist, dass die Gesellschafterversammlung auch beschließt über **206**

- den Abschluss und die Änderung von Unternehmensverträgen iSd §§ 291 und 292 Abs. 1 Aktiengesetz (Beherrschungsvertrag, Gewinnabführungsvertrag und Gewinn-gemeinschaft),
- (RhPf.: die Errichtung), den Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen,
- den Wirtschaftsplan, die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Ergebnisses sowie
- die Bestellung und die Abberufung der Geschäftsführer, soweit dies nicht der Gemeinde vorbehalten ist, und

der Gemeinderat den von der Gemeinde bestellten oder auf Vorschlag der Gemeinde gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrats Weisungen erteilen kann, soweit die Bestellung eines Aufsichtsrats gesetzlich nicht vorgeschrieben ist.⁴³⁶

Darüber hinaus sieht § 108 Abs. 6 S. 1b) GO NRW vor, dass Vertreter der Gemeinde in einer Gesellschaft, an der ua Gemeinden unmittelbar oder mittelbar mit mehr als 25 % beteiligt sind, einer wesentlichen Änderung des Gesellschaftszwecks oder sonstiger wesentlicher Änderungen des Gesellschaftsvertrags nur nach vorheriger Entscheidung des Rates zustimmen dürfen; als Vertreter der Gemeinde gelten nach Satz 3 auch Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder und Mitglieder sonstiger Organe und ähnlicher Gremien der Gesellschaft, die von der Gemeinde oder auf ihre Veranlassung oder ihren Vorschlag in das Organ oder Gremium entsandt oder gewählt worden sind.

Auch **Sachsen** normiert in § 96a Abs. 1 SächsGemO⁴³⁷ umfassende Vorgaben in Bezug auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrags, soweit der Gemeinde allein oder zusammen mit anderen Körperschaften eine zur Änderung des Gesellschaftsvertrags berechtigte Mehrheit der Anteile zusteht; zudem bedarf die Errichtung, Übernahme und Beteiligung an anderen Unternehmen der Zustimmung des Gemeinderats.

In **Baden-Württemberg** darf die Gemeinde eine GmbH nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn im Gesellschaftsvertrag sichergestellt ist, dass die Gesellschafterversammlung auch beschließt über **207**

- den Abschluss und die Änderung von Unternehmensverträgen im Sinne der §§ 291 und 292 Abs. 1 Aktiengesetz,
- die Übernahme neuer Aufgaben von besonderer Bedeutung im Rahmen des Unternehmensgegenstands,
- die Errichtung, den Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen, sofern dies im Verhältnis zum Geschäftsumfang der Gesellschaft wesentlich ist,
- die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Ergebnisses.⁴³⁸

Das **Saarland** schränkt die Gemeinden bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung noch weitergehend ein, indem verlangt wird, dass die Gesellschafterversammlung auch beschließt über **208**

⁴³⁴ Art. 92 Abs. 1 S. 3 BayGO, § 73 Abs. 1 S. 3 ThürKO.

⁴³⁵ § 73 Abs. 1 S. 4 ThürKO.

⁴³⁶ § 108 Abs. 5 Nr. 1 u. 2 GO NRW, § 87 Abs. 3 Nr. 1 u. 3 GemO RhPf. Vgl. auch § 96a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 SächsGemO.

⁴³⁷ Für kommunale Versorgungsunternehmen mit unmittelbarer gemeindlicher Beteiligung sieht § 97 Abs. 2 SächsGemO insoweit wenige Ausnahmen vor; bei mittelbaren Beteiligungen an solchen Unternehmen wird nach § 97 Abs. 3 SächsGemO hiervon befreit. Zu § 96 SächsGemO aF vgl. VerfGH Leipzig 20.5.2005, NVwZ 2005, 1057 ff.

⁴³⁸ § 103a GemO BW.

- die Aufnahme neuer Geschäftszweige innerhalb des Rahmens des Unternehmensgegenstandes und die Aufgabe vorhandener Geschäftszweige,
- die Gründung, den Erwerb und die vollständige oder teilweise Veräußerung eines Unternehmens,
- den Erwerb, die Veräußerung und die vollständige oder teilweise Veräußerung von Beteiligungen an anderen Unternehmen,
- den Abschluss, die Änderung und die Kündigung von Unternehmensverträgen,
- die Feststellung und die Änderung des Wirtschaftsplanes,
- die Feststellung des Jahresabschlusses und die Behandlung des Ergebnisses,
- die Bestellung und die Abberufung der Geschäftsführerinnen oder Geschäftsführer, soweit dies nicht der Gemeinde vorbehalten ist, sowie die Entlastung derselben,
- die Bestellung und die Abberufung von Mitgliedern des Aufsichtsrates oder entsprechenden Überwachungsorganen von Beteiligungsunternehmen.⁴³⁹

3. Mittelbare Beteiligungen

- 209 Vielfach sehen die Gemeindeordnungen vor, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine kommunalwirtschaftliche Betätigung ganz oder teilweise auch in den Fällen zur Anwendung kommen, in denen es sich um mittelbare Beteiligungen der Gemeinde handelt. Dabei beteiligt sich ein Unternehmen, an dem die Gemeinde ausschließlich oder anteilig beteiligt ist, an einem anderen Unternehmen (**Tochtergesellschaft**). In den Ländern, in denen die Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts bzw. eines Kommunalunternehmens zulässig ist, kann die mittelbare Beteiligung auch durch Beteiligung dieses Unternehmens als „Mutter“ an einem anderen Unternehmen erfolgen.⁴⁴⁰

Von Bedeutung sind derartige Gestaltungen für die Kommunalwirtschaft insbesondere im Hinblick auf die zunehmende Bildung kommunaler Konzerne durch verbundene Unternehmen oder **Holdingsstrukturen**.

- 210 Die Vorgaben knüpfen in der Regel an die **Zustimmung der Gemeinde** zur Beteiligung ihres Unternehmens an einem anderen Unternehmen an. Dies setzt ein notwendiges Zustimmungserfordernis der Gemeinde für diese unternehmerische Entscheidung voraus, das sich entweder aus der hierzu erforderlichen Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung oder einer im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Zustimmung des Aufsichtsrats des gemeindlichen Unternehmens ergeben kann, soweit die Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gemeinde weisungsgebunden sind.⁴⁴¹ Die meisten Gemeindeordnungen enthalten entsprechende Sollvorschriften zur Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge bzw. Satzungen ihrer Unternehmen.⁴⁴²

In Bezug auf die Anstalt des öffentlichen Rechts bzw. das Kommunalunternehmen ergibt sich die Pflicht zur Zustimmung des Verwaltungsrats zu Unternehmensbeteiligungen und zur hierfür erforderlichen vorherigen Zustimmung bzw. Befassung des Gemeinderats unmittelbar aus den einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften bzw. der Anstalts- bzw. Unternehmenssatzung.⁴⁴³

⁴³⁹ § 111 Abs. 1 Nr. 2 KSVG.

⁴⁴⁰ Zu den landesrechtlichen Voraussetzungen vgl. → D II, Rn. 139 f. mwN.

⁴⁴¹ Vgl. dazu v. *Blumenthal/Dietl* BayVBl. 2017, 187 (189 ff.).

⁴⁴² Vgl. § 103a Nr. 3 GemO BW, Art. 92 Abs. 1 S. 2 und 3 BayGO, § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 BbgKV, § 108 Abs. 5 und Abs. 6a GO NRW, § 87 Abs. 3 Nr. 1b GemO RhPf., § 111 Abs. 1 Nr. 2b und c KSVG, § 96a Abs. 1 Nr. 1 SächsGemO, § 102 Abs. 2 Nr. 5 GO SchlH, § 73 Abs. 1 S. 2 und 3 ThürKO.

⁴⁴³ § 102b Abs. 3 S. 2 Nr. 4, S. 7 GemO BW, Art. 90 Abs. 2 S. 3 Nr. 4 BayGO, § 95 Abs. 2 S. 3 Nr. 2, § 97 Abs. 1 S. 6 BbgKV, 126a Abs. 6 S. 3 Nr. 5 HGO, § 70a Abs. 3 S. 3 Nr. 4, S. 4 KV MV, § 145 Abs. 3 S. 3 Nr. 3, S. 4 NKomVG, § 114a Abs. 7 S. 3 Nr. 2, S. 5 GO NRW, § 5 Abs. 3 S. 3 Nr. 4 AnstG LSA, § 76b Abs. 2 S. 3 Nr. 3, S. 4 ThürKO. In Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein bleiben diesbezügliche Regelungen zur Zustimmung des Gemeinderats bzw. zu Weisungsrechten des Gemeinderats gegenüber den Mitgliedern des Verwaltungsrats der Ausgestaltung der Anstalts- bzw. Unternehmenssatzung vorbehalten, vgl. Art. 90 Abs. 2 S. 5 BayGO, § 126a Abs. 6 S. 7 HGO, § 86b Abs. 2 S. 3 GemO RhPf., § 5 Abs. 3 S. 5 AnstG LSA, § 106a Abs. 1a S. 4 GO SchlH.

Hinsichtlich der **Voraussetzungen** für die Zulässigkeit mittelbarer Beteiligungen mittels Unternehmen in Privatrechtsform enthalten die Gemeindeordnungen Bayerns, Sachsens und Thüringens die weitestgehenden Bestimmungen, indem dem kommunalen Unternehmen uneingeschränkt die gleichen Voraussetzungen auferlegt werden, die für die Gemeinde selbst gelten, wenn sie sich wirtschaftlich betätigen will.⁴⁴⁴ In Sachsen wurden jüngst mittelbare Beteiligungen an Unternehmen aus den Bereichen der Strom-, Gas-, Wärme- und Wasserversorgung sowie Telekommunikation hiervon ausgenommen, allerdings unter Genehmigungsvorbehalt der Rechtsaufsichtsbehörde gestellt.⁴⁴⁵

Mehrheitlich allerdings treffen die Länder einschränkende Regelungen nur für Unternehmen, an denen die Gemeinde allein oder gemeinsam mit anderen kommunalen Gebietskörperschaften eine Beteiligung von über 50 % (Mecklenburg-Vorpommern: 20 %; Nordrhein-Westfalen: 25 %) hält.

Baden-Württemberg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein⁴⁴⁶ bringen für derartige Fälle die für die Gemeinde selbst geltenden Bestimmungen zur Anwendung, wodurch die Schrankentrias in der jeweiligen landesrechtlichen Ausgestaltung zur Anwendung kommt.

Die übrigen Länder, die Bestimmungen zur mittelbaren Beteiligung in ihre Gemeindeordnungen aufgenommen haben, nehmen entweder nur auf die öffentliche Zweckbestimmung aus der Schrankentrias Bezug (Rheinland-Pfalz)⁴⁴⁷ oder verzichten vollständig auf eine Bezugnahme auf die Schrankentrias und stellen lediglich Anforderungen zur Haftungsbeschränkung bzw. an die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages (Brandenburg, Saarland).⁴⁴⁸

Das Saarland, Hessen und Nordrhein-Westfalen – soweit es nicht um eine Beteiligung im Rahmen einer energiewirtschaftlichen Betätigung geht – sehen darüber hinaus die Durchführung der Marktanalyse bzw. Markterkundung⁴⁴⁹ auch vor mittelbarer Beteiligung vor.⁴⁵⁰

Die Beteiligung einer Anstalt des öffentlichen Rechts bzw. eines Kommunalunternehmens an einem anderen Unternehmen ist zulässig, wenn das dem Anstalts- bzw. Unternehmenszweck dient und die Anstalts- bzw. Unternehmenssatzung dem nicht entgegensteht⁴⁵¹; darüber hinaus finden regelmäßig die für die Gemeinde geltenden Vorschriften entsprechend Anwendung.⁴⁵²

4. Beteiligungsbericht

Alle Länder fordern in ihren Gemeindeordnungen von den Gemeinden grundsätzlich die Erstellung von Informationen über deren Beteiligungen, in der Regel in Form von Beteiligungsberichten. Diese Berichte sollen in knapper Form **den Rat und die Öffentlichkeit** über die Beteiligungen der Gemeinde in Privatrechtsform **unterrichten**. Regelmäßig werden Angaben über die Beteiligungsverhältnisse, die Zusammensetzung der Organe, die Erfüllung des öffentlichen Zwecks und die Kreditaufnahme verlangt.⁴⁵³

⁴⁴⁴ Art. 92 Abs. 2 BayGO, § 94a Abs. 1 SächsGemO, § 74 Abs. 2 ThürKO.

⁴⁴⁵ § 97 Abs. 3 SächsGemO; zur Anzeige- und Genehmigungspflicht vgl. § 97 Abs. 4 und 5 SächsGemO.

⁴⁴⁶ § 105a GemO BW (Geltung Rechtfertigung öffentlicher Zweck, Subsidiaritätsklausel), § 122 Abs. 5 HGO, § 69 Abs. 2 KV MV, § 137 Abs. 2 NKomVG, § 108 Abs. 6 S. 1a) GO NRW, § 129 Abs. 2 KVG LSA, § 102 Abs. 1 S. 1 und 3 GO SchlH.

⁴⁴⁷ § 91 Abs. 1 GemO RhPf.

⁴⁴⁸ § 96 Abs. 1 und 3 BbgKVerf, § 112 Abs. 1 S. 1 KSVG.

⁴⁴⁹ → Rn. 186 ff.

⁴⁵⁰ § 121 Abs. 6 HGO (Markterkundung), § 107 Abs. 5 GO NRW, § 108 Abs. 5 S. 1 KSVG.

⁴⁵¹ § 126a Abs. 3 S. 3 HGO, § 141 Abs. 3 NKomVG, § 1 Abs. 1 S. 3 AnstG LSA, § 106a Abs. 1 S. 2 GO SchlH.

⁴⁵² § 102a Abs. 1 S. 3 GemO BW, Art. 89 Abs. 1 S. 2 BayGO, § 94 Abs. 4 BbgKV, § 70 Abs. 3 KV MV, § 114a Abs. 4 GO NRW, § 86a Abs. 5 GemO RhPf., § 76a Abs. 1 S. 3 ThürKO.

⁴⁵³ § 105 Abs. 2 GemO BW, Art. 94 Abs. 3 BayGO, § 98 Nr. 3 BbgKVerf, § 123a HGO, § 73 Abs. 3 KV MV, § 151 NKomVG, § 90 Abs. 2 GemO RhPf., § 115 Abs. 2 KSVG, § 99 Abs. 2–4 SächsGemO, § 130 Abs. 2 und 3 KVG LSA, § 45c S. 4 GO SchlH, § 75a ThürKO.

In Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen ersetzt der Gesamtabschluss den Beteiligungsbericht, in Brandenburg ist der Beteiligungsbericht dem Gesamtabschluss als Anlage beizufügen.⁴⁵⁴ In Nordrhein-Westfalen können die Gemeinden, die einen Gesamtabschluss und Gesamtlagebericht aufstellen, auf die Erstellung eines Beteiligungsberichts verzichten; eine Einschränkung der gegenüber dem Rat und der Öffentlichkeit darzulegenden Informationen soll damit allerdings nicht verbunden sein; zudem sind Ausnahmen für verselbständigte Aufgabenbereiche von untergeordneter Bedeutung vorgesehen.⁴⁵⁵

- 213 Exemplarisch soll nachfolgend in Bezug auf die Beteiligungsberichte wegen der hierzu ergangenen verfassungsgerichtlichen Grundsatzentscheidung auf die Rechtslage in Rheinland-Pfalz eingegangen werden. Dort ist im Einzelnen darzustellen⁴⁵⁶ der Gegenstand des Unternehmens, die Beteiligungsverhältnisse, die Besetzung der Organe, die Beteiligungen des Unternehmens, der Stand der Erfüllung des öffentlichen Zwecks, die Grundzüge des Geschäftsverlaufs, die Lage des Unternehmens, die Kapitalzuführungen und -entnahmen, die Auswirkungen auf die Haushaltswirtschaft, die Gesamtbezüge der Mitglieder der Geschäftsführung und das Vorliegen der Voraussetzungen des § 85 Abs. 1 GemO RhPf.⁴⁵⁷
- 214 Die mit dem 4. Landesgesetz zur Änderung kommunalrechtlicher Vorschriften vom 2.4.1998⁴⁵⁸ den Kommunen erstmals auferlegte Pflicht, über ihre wirtschaftliche Betätigung periodisch zu berichten und auch die Öffentlichkeit in geeigneter Form zu unterrichten, soll nach der Begründung des Gesetzentwurfs zu größerer Transparenz der Gemeindegewirtschaft beitragen und dazu dienen, **die Gemeinde periodisch zur Überprüfung etwanger Privatisierungspotentiale anzuhalten.**
- 215 Im Rahmen des gegen die Änderung des Gemeindegewirtschaftsrechts durch dieses Änderungsgesetz geführten Normenkontrollverfahrens vor dem VerfGH Rheinland-Pfalz bildete neben der verschärften Subsidiaritätsklausel die Berichtspflicht den Kern des Verfahrens. Die Geltendmachung der Verfassungswidrigkeit der Berichtspflicht in § 90 Abs. 2 S. 3 Nr. 4 GemO RhPf. wurde im Wesentlichen auf die gegen die verschärfte Subsidiaritätsklausel vorgetragene Argumentation gestützt, weil im Rahmen der Berichtspflicht unter anderem das Vorliegen der Voraussetzungen dieser Klausel für das betreffende Unternehmen darzustellen ist. Darüber hinaus machten die Stadt Bad Kreuznach und die kommunalen Spitzenverbände des Landes geltend, die Norm verstoße gegen das **Diskriminierungsverbot**, weil durch die weitgehenden Offenlegungspflichten Unternehmen, die ganz oder teilweise kommunalgetragen sind, gegenüber anderen Unternehmen, die eine rein private Gesellschafterstruktur aufweisen, Regelungen unterworfen würden, die in der Praxis dazu führen könnten, dass private Gesellschafter sich an derartigen Unternehmen nicht mehr beteiligten bzw. sich aus bestehenden derartigen Unternehmen zurückzögen.
- 216 In seinem Urteil vom 28.3.2000 hat der VerfGH Rheinland-Pfalz die Vereinbarkeit der Norm mit der Landesverfassung festgestellt, weil die **kommunale Selbstverwaltungsgarantie weder innerhalb noch außerhalb des Kernbereichs verletzt werde.**⁴⁵⁹
Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die Berichtspflicht mit keinerlei Zwang zur Aufgabe bestehender Unternehmen verbunden ist.
Auch sei die Norm von sachgerechten Erwägungen getragen, zur Erreichung des verfolgten Regelungszwecks geeignet und nicht willkürlich.
- 217 Im Einzelnen führt das Gericht aus, der Zweck der Berichtspflicht bestehe darin, ergänzend zu § 85 Abs. 1 GemO RhPf., der seine Anforderungen nach Art einer „Mo-

⁴⁵⁴ § 95a Abs. 4 S. 3 GemO BW, § 83 Abs. 4 S. 2 Nr. 5 BbgKV, § 73 Abs. 4 KV MV, §§ 128 Abs. 6 S. 4 (wenn er die dortigen Anforderungen erfüllt), 151 S. 4 NKomVG.

⁴⁵⁵ § 116a Abs. 3, § 116b, § 117 Abs. 1 GO NRW; vgl. dazu LT-Drs. 17/3570 vom 11.9.2018, 101 ff.

⁴⁵⁶ § 90 Abs. 2 GemO RhPf.

⁴⁵⁷ Voraussetzungen der Schrankentrias einschließlich der verschärften Subsidiaritätsklausel.

⁴⁵⁸ GVBl. RhPf. 1998, S. 108.

⁴⁵⁹ VerfGH RhPf. 28.3.2000, NVwZ 2000, 801 (805 f.).

mentaufnahme“ auf den Zeitpunkt der Errichtung, Übernahme oder wesentlichen Erweiterung des wirtschaftlichen Unternehmens beschränkt, eine wiederkehrende Kontrolle und Aufgabenkritik anzustoßen. Ihr **Fernziel** sei auf **weitere Aufgabenprivatisierung** gerichtet, doch setzte sie dabei nicht auf staatlichen Zwang, sondern allein auf den durch Transparenz und Publizität erzeugten faktischen Privatisierungsdruck.⁴⁶⁰ Weder diesem Ziel des Gesetzgebers noch dem von ihm gewählten Mittel könne der VerfGH Rheinland-Pfalz die Sachgerechtigkeit absprechen.

§ 90 Abs. 2 S. 3 Nr. 4 GemO RhPf. verstoße insbesondere nicht gegen das von Art. 49 RhPfVerf. mit umfasste **Willkürverbot**. Eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung kommunaler und gemischt kommunal-privater Unternehmen im Verhältnis zu rein privaten Gesellschaften liege nicht darin, dass nur erstere, nicht aber letztere Gruppe der hier strittigen, über die gesellschaftsrechtlichen Anforderungen hinausgehenden Publizitätspflicht unterworfen ist. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Vergleichsgruppen bestehe darin, dass Unternehmen mit maßgeblicher kommunaler Beteiligung, anders als privatwirtschaftliche Erwerbsbetriebe, nicht vorrangig auf Gewinnerzielung ausgerichtet seien, sondern einem öffentlichen Zweck dienen müssten. Dass das Gesetz an diese Verschiedenheit der Lebenssachverhalte maßgeblich anknüpft, sei verfassungsrechtlich unbedenklich. **218**

Die **Ungleichbehandlung** sei ferner in ihrem Gewicht **nicht unangemessen** und auch insoweit **nicht willkürlich**. Die Antragstellerin sehe die von ihr beklagte Diskriminierung vor allem darin, dass der Berichtsbericht in *öffentlicher* Sitzung zu erörtern und in geeigneter Form der Einwohnerschaft zugänglich zu machen ist (§ 90 Abs. 2 S. 4–6 GemO RhPf. damaliger Fassung). Eben diese Handhabung entspreche aber dem Zweck des Gesetzes; an ihm gemessen seien die Folgen der Regelung nicht unverhältnismäßig. Die neu geschaffene Berichtspflicht solle für mehr Transparenz in der Kommunalwirtschaft sorgen. Zwar liege (auch) der rheinland-pfälzischen Kommunalverfassung gem. Art. 28 Abs. 1 GG und Art. 50 Abs. 1 RhPfVerf. das repräsentative Modell bürgerschaftlicher Interessenvertretung zugrunde. Trotzdem sei es nicht nur für die Ratsmitglieder, sondern auch und gerade für die Öffentlichkeit von erheblichem Interesse, in welcher Form, in welchem Umfang und mit welchen Ergebnissen die Gemeinde sich wirtschaftlich betätigt. Die Bürger könnten nicht nur über die Teilnahme an Wahlen, sondern in verschiedener Weise auch unmittelbar auf die kommunale Willensbildung Einfluss nehmen; Einwohnerantrag, Bürgerbegehren und Bürgerentscheid seien wichtige und in den letzten Jahren weiter ausgebaut und verstärkte Elemente bürgerschaftlicher Mitwirkung. Erst aus der verfassungsrechtlich gewollten Teilnahme der Bürger an der Kommunalverwaltung rechtfertige sich letztlich die prinzipielle gemeindliche Zuständigkeit in örtlichen Angelegenheiten. Insofern sei es nur konsequent, dass die Gemeindeverwaltung nicht nur dem Gemeinderat, sondern auch der Öffentlichkeit Rechenschaft darüber abzulegen habe, ob und inwieweit sie ihre wirtschaftlichen Betätigungen und Verflechtungen (noch) für gerechtfertigt hält. **219**

Den Einwand, die Berichtspflicht greife grob verzerrend in den Wettbewerbsprozess ein, indem sie die Gemeinden zu **selbstschädigender, ja ruinöser Offenlegung der eigenen Unternehmensverhältnisse** zwingt, teilt der VerfGH Rheinland-Pfalz nicht. Das Gesetz bezwecke, die Privatisierungsdiskussion anzustoßen und in Gang zu halten, nicht aber, die Kommunalwirtschaft mittels der **Veröffentlichung von Geschäftsgeheimnissen** zur Aufgabe zu zwingen. Deshalb begnüge § 90 Abs. 2 GemO RhPf. sich damit, „Angaben“ über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 85 Abs. 1 für das Unternehmen zu verlangen, und sei zudem als Soll-Vorschrift ausgestaltet. Sei konkret erkennbar, dass die Gemeinde bestimmte Vergleichsdaten nicht offen legen kann, ohne sich selbst (und unter Umständen auch einen oder mehrere ihrer privaten Konkurrenten) im Wettbewerb zu benachteiligen, brauche sie diese Einzelheiten nicht in den Bericht **220**

⁴⁶⁰ Vgl. dazu auch Schulz/Wachsmuth/Zwick BayGO, Art. 93 Anm. 4.

aufzunehmen.⁴⁶¹ Ob sie ihren Beteiligungsbericht in diesem Sinne sachgerecht abgefasst und eingegrenzt habe, sei ggf. von der Kommunalaufsichtsbehörde (§ 90 Abs. 3 GemO RhPf.) zu überprüfen.

- 221 § 90 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 GemO RhPf. sei schließlich auch hinreichend bestimmt. Auslegungsschwierigkeiten hinsichtlich der **Reichweite der Berichtspflicht** im Einzelfall seien nach der Eigenart des Sachverhalts unvermeidlich, ließen sich aber mit Rücksicht auf den Normzweck gemäß den oben angestellten Erwägungen bewältigen. Unzutreffend sei der Vorwurf, das Gesetz lasse nicht erkennen, auf welche Maßnahmen eine Gemeinde sich einstellen müsse, wenn sie in dem Beteiligungsbericht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 85 Abs. 1 Nr. 3 GemO RhPf. für ein bestehendes (also weder neu errichtetes noch übernommenes oder wesentlich erweitertes) Unternehmen nicht nachweisen könne. Diese Frage beantworte sich unmittelbar aus Wortlaut und Systematik des Gesetzes: Wie bereits ausgeführt, habe der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen, bestehende Unternehmen und damit die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden als solche den Schranken des § 85 Abs. 1 GemO RhPf. zu unterwerfen. Der insoweit *allein* anwendbare § 90 Abs. 2 GemO RhPf. verpflichte die Gemeinden nur zur Erstellung, fristgerechten Vorlage und Erörterung des Beteiligungsberichts sowie zur Unterrichtung der Öffentlichkeit in geeigneter Form. Das Schweigen des Gesetzes über weitergehende Rechtsfolgen sei berechtigt. Art. 49 Abs. 3 RhPfVerf. beschränke die staatliche Kommunalaufsicht darauf, dass die Gemeinden ihre Verwaltung im Einklang mit den Gesetzen führen. Mehr als das gesetzlich Gebotene, insbesondere der **Rückzug der Gemeinde** aus dem bestehenden Wirtschaftsunternehmen, welches den Gegenstand des Berichts bilde, sei deshalb **nicht erzwingbar**.
- 222 Soweit verschiedentlich darauf hingewiesen wurde, für diese Feststellungen habe es des verfassungsgerichtlichen Verfahrens nicht bedurft, weil die Aufsichtsbehörden in Rheinland-Pfalz bislang die angefochtenen Bestimmungen nicht anders auslegten als der Verfassungsgerichtshof, ist dem entgegenzuhalten, dass das Interesse der Gemeinden und ihrer Unternehmen an **Rechtssicherheit und -klarheit** dieses Verfahren durchaus erforderte. Rechtsauslegung und -anwendung – gerade wenn sie wie im Rahmen der Kommunalaufsicht nach dem Opportunitätsprinzip erfolgt – ist nicht unbedingt unbeeinflusst von politischen und wirtschaftlichen Interessen. Auch wenn hinsichtlich bestimmter Auslegungsgrundsätze zu einer bestimmten Zeit Konsens zwischen den Aufsichtsbehörden und den Kommunen bestehen sollte, wäre dies keinesfalls zwangsläufig auch für die Zukunft gesichert. Vor diesem Hintergrund ist das Urteil des VerfGH Rheinland-Pfalz eine verlässlichere und sicherere Grundlage kommunalwirtschaftlichen Handelns als dies gegenseitige Konsensversicherungen sein können.⁴⁶² Die grundlegenden Aussagen des Verfassungsgerichtshofs dürften auch in anderen Ländern fruchtbar gemacht werden können.

5. Beteiligungsmanagement

- 222a Die Gemeindeordnungen Brandenburgs, Mecklenburg-Vorpommerns, Niedersachsens, Sachsens, Sachsen-Anhalts und Schleswig-Holsteins enthalten ausdrückliche Regelungen zur Beteiligungsverwaltung bzw. zum **Beteiligungsmanagement**, die teilweise weit in die Organisationshoheit der Gemeinde hineinreichen.⁴⁶³ Dabei geht es insbesondere um die Verpflichtung der Gemeinden, die Unternehmen und Einrichtungen, an denen sie beteiligt sind, zu steuern und zu überwachen sowie die auf ihre Veranlassung tätigen

⁴⁶¹ Zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen von Privatrechtsunternehmen im Mehrheitseigentum der öffentlichen Hand BVerwG 23.2.2017, NVwZ 2017, 1775 (1784); vgl. auch § 2 Nr. 2 GeschGehG. Allgemein zur Öffentlichkeit von Ratssitzungen bei Angelegenheiten kommunaler Unternehmen *Burgi* NVwZ 2014, 609 ff.

⁴⁶² *Neutz* ZG 2000, 279 (285).

⁴⁶³ Dessen sind sich die Gesetzgeber auch bewusst, vgl. zuletzt zur Verankerung einer Beteiligungsverwaltung in SchlH LT-Drs. 18/3152 vom 30.6.2015, 53, wonach auf Vorgaben zur Personalausstattung verzichtet werde, um nicht in die gemeindliche Organisationshoheit einzugreifen.

Organmitglieder fachlich zu unterstützen⁴⁶⁴, sowie um die Gewährleistung ausreichender Informationsrechte der Gemeinde.⁴⁶⁵

Am weitest gehend sind die Formulierungen in Brandenburg. Danach soll die Gemeinde zur Steuerung ihrer Beteiligungen eine mit hierzu qualifiziertem Personal ausgestattete Stelle einrichten, die insbesondere die Aufgaben wahrzunehmen hat,

- die Einhaltung der Vorschriften über die Haushaltswirtschaft durch die Unternehmen zu kontrollieren,
- die Beteiligungen zur Erreichung strategischer und finanzieller Ziele der Gemeinde zu steuern,
- die Gemeindevertretung zu informieren, insbesondere den Beteiligungsbericht und den Konsolidierungsbericht vorzubereiten und
- die Vertreter der Gemeinde in den Organen der Unternehmen in Angelegenheiten von grundsätzlicher rechtlicher oder finanzieller Bedeutung zu betreuen, zu unterstützen und zu beraten, sowie ihre Qualifizierung und Weiterbildung im Rahmen des aus dieser Tätigkeit resultierenden Bedarfs in handels- und gesellschaftsrechtlichen Fragen zu gewährleisten.⁴⁶⁶

In Nordrhein-Westfalen findet sich unter der Überschrift Wirtschaftsgrundsätze die Vorgabe, dass die Unternehmen und Einrichtungen so zu führen, zu steuern und zu kontrollieren sind, dass der öffentliche Zweck nachhaltig erfüllt wird; dadurch sollen die Gemeinden verpflichtet werden, die ihnen zustehenden Einwirkungsmöglichkeiten auch tatsächlich zu nutzen.⁴⁶⁷ Auch in Bayern wird die Pflicht zu einer dem Umfang der unternehmerischen Betätigung angemessenen Beteiligungsverwaltung bzw. einem entsprechenden Beteiligungscontrolling aus Art. 95 Abs. 1 BayGO hergeleitet, der Grundsätze für die Führung gemeindlicher Unternehmen, ua deren Steuerung und Überwachung, enthält.⁴⁶⁸ Ähnliches dürfte im Ergebnis auch in anderen Ländern gelten. Jedenfalls wird die Einrichtung eines Beteiligungsmanagements allgemein empfohlen (vgl. auch → E I. Rn. 104 ff.).⁴⁶⁹

6. Anzeige- und Genehmigungspflichten bei Unternehmensgründungen

Die überwiegende Zahl der Bundesländer hat die früher bestehende Genehmigungspflicht für die Gründung, Übernahme und Umwandlung von Unternehmen sowie die Beteiligung an Unternehmen aufgegeben und sieht nur noch eine **Anzeigepflicht bei der Kommunalaufsichtsbehörde** vor.⁴⁷⁰ In Brandenburg bedürfen nur die Gründung oder gründungsgleiche Vorgänge in Bezug auf die kommunale Anstalt einer Genehmigung⁴⁷¹, in Sachsen erstreckt sich die Genehmigungspflicht auf die (unmittelbare und mittelbare) Beteiligung an Unternehmen in Privatrechtsform.⁴⁷²

⁴⁶⁴ § 75a KV MV, § 150 S. 1 NKomVG, § 99 Abs. 1 SächsGemO, § 130 Abs. 4 KVG LSA, § 109a GO SchlH.

⁴⁶⁵ § 130 Abs. 4 KVG LSA, § 109a Abs. 2 GO SchlH, § 150 S. 2 NKomVG; letzterer weist ausdrücklich auf die gesellschaftsrechtlichen Schranken hin.

⁴⁶⁶ § 98 BbgKVerf.

⁴⁶⁷ Vgl. § 109 Abs. 1 S. 1 GO NRW und LT-Drs. 11/4983 vom 4.2.1993, 27.

⁴⁶⁸ Vgl. dazu Nr. 6.3 der Bek. des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 10.3.2010 (AllMBI. S. 87), bestätigt durch Nr. 4 der Bek. vom 26.2.2013 (AllMBI. S. 156).

⁴⁶⁹ Vgl. *Gabler/Höhlein* ua GemO BW, § 90 Anm. 4; Bericht Nr. 3/2012 der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement (KGSt) zur Steuerung kommunaler Beteiligungen.

⁴⁷⁰ § 108 GemO BW, Art. 96 BayGO, § 100 Abs. 1 BbgKVerf, § 127a HGO, § 77 Abs. 1 S. 1 KV MV, § 115 GO NRW, § 92 GemO RhPf., § 118 Abs. 1 KSVG, § 102 Abs. 2 und 3 SächsGemO, § 135 Abs. 2 KVG LSA, § 108 GO SchlH, § 72 ThürKO.

⁴⁷¹ § 100 Abs. 2 BbgKVerf, mit der Begründung, dass hierdurch ein eigenständiger Verwaltungsträger entstehe (vgl. LT-Drs. 5/3023, 15); für die Gründung einer Eigengesellschaft gilt dagegen eine Anzeigepflicht.

⁴⁷² § 102 Abs. 1 SächsGemO.

- 224** Für **Rheinland-Pfalz** und **Sachsen-Anhalt** ist die Verpflichtung zur Erstellung und Vorlage der Vorteilsanalyse⁴⁷³ bis spätestens sechs Wochen vor der Entscheidung zu beachten, die in ihrer Wirkung damit einer Anzeigepflicht immanent ist.
Im Übrigen sind alle wesentlichen Entscheidungen und Maßnahmen einer Gemeinde, die ein Unternehmen in Privatrechtsform betreffen, spätestens sechs Wochen vor ihrem Vollzug der Aufsichtsbehörde schriftlich anzuzeigen.
- 225** Niedersachsen normiert grundsätzlich eine Anzeigepflicht,⁴⁷⁴ sieht für verschiedene Fallgestaltungen aber weitergehend eine Genehmigungspflicht vor. Diese besteht bei Entscheidungen der Gemeinde über
- die Veräußerung eines Eigenbetriebs, einer Eigengesellschaft oder einer Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen oder einer Einrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit,
 - die Umwandlung einer Eigengesellschaft in eine Gesellschaft, an der Personen des Privatrechts eine Mehrheitsbeteiligung eingeräumt wird, und
 - den Zusammenschluss eines gemeindlichen Unternehmens oder einer Einrichtung mit einem privaten Unternehmen ohne Einräumung eines beherrschenden kommunalen Einflusses.⁴⁷⁵
- 226** Die **Fristen zur Anzeige** sind in den Ländern unterschiedlich ausgestaltet. Baden-Württemberg, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen sehen gar keine Frist vor. Das Saarland normiert eine Frist von einem Monat,⁴⁷⁶ die übrigen Bundesländer eine solche von sechs Wochen (Rheinland-Pfalz: im Bereich Energieversorgung vier Wochen) vor Beginn des Vollzugs der jeweiligen Maßnahme, in Schleswig-Holstein vor Beschlussfassung des zuständigen Organs.
Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein bestimmen allerdings, dass die Entscheidung der Gemeinde erst wirksam wird, wenn die Kommunalaufsichtsbehörde nicht innerhalb von zwei Monaten nach Eingang der erforderlichen Unterlagen⁴⁷⁷ bzw. innerhalb von sechs Wochen nach Eingang der Anzeige⁴⁷⁸ wegen Verletzung von Rechtsvorschriften widerspricht.
Im Saarland können die zuständigen Ministerien auf Antrag aus Gründen überwiegenden öffentlichen Interesses **Befreiungen** von den Voraussetzungen für die gemeindefortschaffliche Betätigung erteilen.⁴⁷⁹ Andere Länder sehen die Möglichkeit der Befreiung nur von einzelnen Voraussetzungen für die Beteiligung an Unternehmen in Privatrechtsform durch die Aufsichtsbehörde vor.⁴⁸⁰

IV. Zusammenfassung

- 227** Die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen für die Bürgerschaft ist eine traditionelle Aufgabe der Kommunen. Diese bedienen sich dazu bereits seit langem häufig in ihrer Trägerschaft oder Beteiligung befindlicher Unternehmen. Verbreitet sind sowohl Rechtsformen des öffentlichen Rechts als auch des Privatrechts. Die Gemeinden sehen sich aufgrund veränderter rechtlicher Rahmenbedingungen und einer sich wandelnden Auffassung vom Begriff der Daseinsvorsorge mit einer tiefgreifenden Veränderung ihrer angestammten Tätigkeitsfelder konfrontiert. Ehemals monopolisierte Tätigkeitsbereiche wurden dem Wettbewerb geöffnet, andere klassische Aufgaben finden zwischenzeitlich das wirtschaftliche Interesse privater Anbieter. Auswirkungen hat dies in besonderem Maß auf

⁴⁷³ Vgl. → Rn. 190 f.

⁴⁷⁴ § 152 Abs. 1 NKomVG.

⁴⁷⁵ § 152 Abs. 2 NKomVG.

⁴⁷⁶ § 118 Abs. 1 S. 1 KSVG.

⁴⁷⁷ § 77 Abs. 1 S. 2 KV MV.

⁴⁷⁸ § 108 Abs. 1 S. 4 GO SchlH.

⁴⁷⁹ § 118 Abs. 2 KSVG.

⁴⁸⁰ Vgl. Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Halbs. 2 BayGO, § 122 Abs. 1 S. 2 HGO, § 108 Abs. 1 S. 2 und 3, Abs. 6 S. 2 GO NRW, § 73 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 Halbs. 2 ThürKO.