

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1507

**Die Kommune als Adressatin
widersprüchlicher Verpflichtungen
aus dem Gemeindefirtschaftsrecht
und dem Gesellschaftsrecht**

**Eine rechtsökonomische Untersuchung zum Recht
des Landes Baden-Württemberg**

Von

Gerolf Udo Waldsauer



Duncker & Humblot · Berlin

GEROLF UDO WALDSAUER

Die Kommune als Adressatin
widersprüchlicher Verpflichtungen
aus dem Gemeindegewirtschaftsrecht
und dem Gesellschaftsrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1507

Die Kommune als Adressatin widersprüchlicher Verpflichtungen aus dem Gemeindegewirtschaftsrecht und dem Gesellschaftsrecht

Eine rechtsökonomische Untersuchung zum Recht
des Landes Baden-Württemberg

Von

Gerolf Udo Waldsauer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Fakultät
der Universität Hohenheim
hat diese Arbeit im Jahr 2022
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.

D 100

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Fotosatz Voigt, Berlin
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-18918-2 (Print)
ISBN 978-3-428-58918-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Meinen lieben Eltern

Vorwort

Die Dissertation wurde im Wintersemester 2022/2023 von der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Hohenheim angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Ulrich Palm, der durch persönliches Engagement und fachliche Impulse maßgeblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen hat. Für die Übernahme der Zweitkorrektur danke ich Herrn Professor Ulrich Schwalbe verbindlich.

Herrn Stefan Hauser bin ich für die Begleitung während meiner Promotionszeit und die guten gemeinsamen Erinnerungen dankbar. Den Austausch mit Herrn Benjamin Hilligardt behalte ich in guter Erinnerung.

Unvergessen bleiben und dankbar bin ich für die samstäglichchen Butterbrezeln und den motivierenden Zuspruch meines ehemaligen Kollegen und Freundes, Herrn Dr. Eberhard Wahle.

Frau Teresa Lenzser gebührt Dank für das Korrekturlesen der Arbeit, die Ermutigung während der Promotionszeit und ihre Freundschaft.

Meiner künftigen Ehefrau, Frau Stephanie Kellner, danke ich für ihren Halt und den Glauben an den Abschluss dieses Projekts.

Weil ich diese Arbeit ohne den klugen Rat und die vorbehaltlose Unterstützung meiner lieben Eltern – Marianne und Udo Waldsauer – nicht fertiggestellt hätte, gilt ihnen mein ewiger und größter Dank. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Jettingen, im Mai 2023

Gerolf Waldsauer

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Die Kommune als Adressatin widersprüchlicher Verpflichtungen bei der wirtschaftlichen Betätigung 17

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

2. Kapitel

Begriffsbestimmungen und Abgrenzungen 21

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

3. Kapitel

Historische Entwicklung des Aufgabenrahmens der Öffentlichen Hand 39

A. Ursprung der wirtschaftlichen Betätigung der Öffentlichen Hand und der Kommunen	39
--	----

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

4. Kapitel

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

Inhaltsverzeichnis	11
1. Komplexe Ausgestaltung des Beziehungsverhältnisses	65
2. Besondere Nutzenfunktion öffentlicher Gesellschaften	66
3. Folgen der politischen Einflussnahme	68
III. Lösungsmöglichkeiten der Anwendungsprobleme	68
IV. Zwischenergebnis	70

5. Kapitel

Unionsrechtlicher Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen	71
A. Vielfältigkeit der Mitgliedstaaten als Ausgangspunkt	71
B. Primärrechtliche Regelungen	72
I. Art. 4 EUV	72
II. Art. 345 AEUV	73
III. Art. 14 AEUV	74
IV. Beihilferechtliche Normen	74
V. Grundfreiheiten – „golden shares“-Thematik	77
1. Mitwirkungsvorbehalte zugunsten der Öffentlichen Hand	78
a) Einwilligungsvorbehalte	78
b) Widerspruchs- und Genehmigungsvorbehalte	80
2. Objektive Erwerbsgrenzen	82
3. Anpassung gesellschaftsrechtlicher Befugnisse Dritter	83
4. Einräumung von Entsenderechten zugunsten der Öffentlichen Hand	84
5. Würdigung der Rechtsprechung des EuGH	85
6. Schlussfolgerung – Gestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten	89
C. Sekundärrechtliche Regelungen	90

6. Kapitel

Verfassungsrechtlicher Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen	91
A. Wirtschaftspolitische Entscheidung des Grundgesetzes	91
B. Einfluss des Verfassungsrechts auf die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen	94
I. Die Kommune als Adressatin des Grundgesetzes	94
1. Verfassungsrechtliche Bindung der Kommune	94
2. Grundrechtsberechtigung der Kommune	96
II. Verfassungsrechtliche Vorgaben im Einzelnen	102
1. Kommunale Selbstverwaltungsgarantie, Art. 28 Abs. 2 GG	102

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

7. Kapitel

Anforderungen des Gesellschaftsrechts an die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen 143

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

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

8. Kapitel

Anforderungen des Gemeindefirtschaftsrechts an die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen 168

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

9. Kapitel

Widersprüchliche Verpflichtungen von Gemeindefirtschafts- und Gesellschaftsrecht 182

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

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

10. Kapitel

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

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

11. Kapitel

**Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen
in Privatrechtsform – de lege ferenda** 257

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

1. Kapitel

Die Kommune als Adressatin widersprüchlicher Verpflichtungen bei der wirtschaftlichen Betätigung

A. Relevanz der Kommunalwirtschaft

Das Selbstverständnis von Kommunen hat sich in den letzten Jahrzehnten gewandelt. Während seit den siebziger Jahren staatliche Aufgaben vermehrt an Dritte ausgelagert wurden und in den achtziger und neunziger Jahren¹ eine wahre Privatisierungswelle² festzustellen war, ist diese Entwicklung seit neuerer Zeit in deren Gegenteil umgeschlagen³. Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen nimmt einen immer höheren Stellenwert ein⁴. Zum einen liegt dies am Prozess der sogenannten „Rekommunalisierung“, also der Rückführung zuvor übertragener Aufgaben in die kommunale Hand⁵. Zum anderen erschließen die Kommunen immer neue unternehmerische Tätigkeitsbereiche⁶, die nicht mehr dem Bereich der herkömmlichen Daseinsvorsorge zuzuordnen sind. Als Beispiele lassen sich das Autorecycling, der Betrieb von Saunen⁷, Fitness-Centern⁸ und selbst Nagelstudios und Kneipen anführen⁹. So wird beispielsweise in Stuttgart das Anmieten von elektrisch betriebenen Motorrollern durch die Stadtwerke Stuttgart GmbH – deren Anteile mittelbar durch die Stadt Stuttgart gehalten werden, ange-

¹ Weiß, 2002, 701; Hildebrand/Schieren, Recht und Politik 2003, 149, 149; Schaefer/Theuvsen, in: Schaefer/Ambrosius (Hrsg.), 2012, Renaissance öffentlicher Wirtschaft: Fakt oder Fiktion?, 12; 701; Podszun/Palzer, NJW 2015, 1496; P. Becker, Verwaltungsrundschau 2018, 329, 329.

² Leisner-Egensperger, NVwZ 2013, 1110, 1111; Henneke, in: Becker/Wurzel (Hrsg.), ⁴2021, Kommunen als Unternehmer?, 2.

³ Leisner-Egensperger, NVwZ 2013, 1110, 1111; Schockenhoff, in: Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), ⁵2021, Vor § 394, Rn. 8.

⁴ Karst, DÖV 2002, 809, 812; F. Müller, BWGZ 2014, 590, 590; P. M. Huber/Fröhlich, in: Hilbig-Lugani (Hrsg.), 2015, Öffentliche Unternehmenstätigkeit zwischen Vorang des Gesellschaftsrechts und demokratischem Steuerungsvorbehalt, 1127.

⁵ Sonder, LKV 2013, 202, 202; Breuer, WiVerw 2015, 150, 150; Podszun/Palzer, NJW 2015, 1496, 1496; Essing/Kürten, KommJur 2015, 366, 368; Henneke, in: Becker/Wurzel (Hrsg.), ⁴2021, Kommunen als Unternehmer?, 2.

⁶ Überblick bei Cronauge/Pieck, ⁶2016, 451/452.

⁷ Schink, NVwZ 2002, 129, 129; Wendt, in: Mann/Püttner (Hrsg.), ³2011, § 42 Rechtsschutz privater Konkurrenten gegen wirtschaftliche Betätigungen der Gemeinden, 76.

⁸ J. Ipsen, NdsVBl. 2015, 121, 121.

⁹ Hellermann, 2000, 62; Kämmerer, 2001, 82.

boten¹⁰. In Berlin wurden hingegen Schuhe durch die stadteigenen Verkehrsbetriebe verkauft¹¹.

Neben diesen eher exotischen Bereichen der wirtschaftlichen Betätigung ist auch ein verstärktes Engagement der Öffentlichen Hand im Bereich der Erzeugung von erneuerbaren Energien festzustellen¹². Wegen der Vielfältigkeit des kommunalen Leistungsangebots gelangt der Einwohner damit von der „Wiege bis zur Bahre“ in Kontakt¹³. Das Volumen der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung der Öffentlichen Hand ist dabei beträchtlich¹⁴.

Zu Beginn einer jeden wirtschaftlichen Unternehmung stellt sich für die Kommune die Frage nach deren organisationsrechtlicher Ausgestaltung. Sie hat die Wahl zwischen den Formen des Eigen- und Regiebetriebs oder den privatrechtlichen Typen des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts¹⁵. Mit Blick auf die Zahlen der vergangenen Jahre lässt sich feststellen, dass Kommunen bei der Gründung kommunaler Unternehmen bevorzugt von privatrechtlichen Organisationsformen Gebrauch machen und Eigen- und Regiebetriebe immer mehr an Attraktivität verlieren¹⁶. Laut einer Umfrage des Landesinnenministeriums Baden-Württemberg wurde im Zeitraum vom 1.1.2011 bis zum 31.12.2015 eine Gesamtzahl von 255 kommunalen Unternehmen in Baden-Württemberg gegründet. In 78 Fällen wurde auf einen Eigenbetrieb und in 177 Fällen auf eine Privatrechtsform zurückgegriffen. Daraus ergibt sich, dass in über 69% der Fälle die Privatrechtsform gewählt wurde¹⁷. Die Beliebtheit privatrechtlicher Gesellschaftsformen belegt auch die Mitgliederstruktur des Verbands kommunaler Unternehmen (VKU), denn von den über 1.500 Mitgliedsunternehmen sind 751 privatrechtlich organisiert¹⁸. In der Bundesrepublik Deutschland ist die Zahl der kommunalen Unter-

¹⁰ *Stadtwerke Stuttgart*, stella-sharing: Elektromobilität für Alle, <https://www.stadtwerke-stuttgart.de/elektromobilitaet/stellasharing/>, 17.8.2022.

¹¹ Der Tagesspiegel, BVG-Sneakers-Verkauf startet unter Polizeischutz, <https://www.tagesspiegel.de/berlin/aufregung-um-berliner-turnschuhe-bvg-sneakers-verkauf-startet-unter-polizeischutz/20849564.html>, 17.8.2022.

¹² *Schaefer/Theuvsen*, in: Schaefer/Ambrosius (Hrsg.), 2012, Renaissance öffentlicher Wirtschaft: Fakt oder Fiktion?, 12.

¹³ *Droege*, 2018, 2.

¹⁴ Im Jahr 2018 beliefen sich die Einnahmen aus der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden und Gemeindeverbänden in der BRD auf ca. 12,26 Milliarden Euro, *Statistisches Bundesamt*, 2019, 270.

¹⁵ In Baden-Württemberg ergibt sich ferner die Möglichkeit zur Gründung einer selbständigen Kommunalanstalt nach §§ 102 ff. GemO, die durch Gesetzesbeschluss vom 9.12.2015 in das Gesetz eingefügt wurde; Lt-Drs. BW 15/7852.

¹⁶ Vgl. *Altmeppen*, NJW 2003, 2561, 2561; *Schwerdtner*, KommJur 2007, 169, 169.

¹⁷ Vgl. Lt-Drs. BW 16/413.

¹⁸ *Verband kommunaler Unternehmen e. V.*, Zahlen, Daten, Fakten 2021, https://www.vku.de/fileadmin/user_upload/Verbandsseite/Publikationen/2021/2021_VKU_Zahlen_Daten_Fakten_WEB_EN_ES.pdf, 17.8.2022.

nehmen zwischen den Jahren 2000 bis 2012 um ca. ein Viertel auf rund 13.500 gestiegen¹⁹.

Der Auslagerung wirtschaftlicher Betätigung von Kommunen in Gesellschaftsformen des Kapitalgesellschaftsrechts mag ein gewisses Prestige und positives Image anhaften²⁰, birgt gleichzeitig jedoch auch rechtliche Gefahren und Unsicherheiten für die Kommune. Diese resultieren aus den divergierenden Anforderungen, die einerseits durch das kommunale Wirtschafts- und andererseits durch das Gesellschaftsrecht aufgestellt werden²¹. Dieser Widerspruch tritt beispielhaft bei der Weitergabe und Veröffentlichung von Unternehmensinformationen in Erscheinung²². Denn während das Kommunalrecht vom Öffentlichkeitsgrundsatz geprägt ist²³, gilt im Gesellschaftsrecht der Grundsatz der Verschwiegenheit²⁴. Deshalb sieht sich das von der Kommune entsandte Aufsichtsratsmitglied bei der Weitergabe von vertraulichen Unternehmensinformationen widersprüchlichen gesetzlichen Anforderungen ausgesetzt. Ein weiterer Konflikt tritt bei der Erteilung von Weisungen der Kommune an Aufsichtsratsmitglieder zutage. Denn während das Kommunalrecht – zumindest in einzelnen Bundesländern²⁵ – ein solches Weisungsrecht zugunsten der Kommune gegenüber entsandten Aufsichtsratsmitgliedern statuiert, stellt die Weisungsunabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern einen zentralen Grundsatz des Gesellschaftsrechts dar²⁶. Im Falle einer Weisung stellt sich deshalb die Frage, ob dieser Folge zu leisten ist. Eine Antwort auf diese Frage lässt sich nicht nur auf einfachgesetzlicher Ebene treffen, sondern setzt eine Untersuchung der verfassungsrechtlichen Direktiven des Grundgesetzes voraus²⁷.

¹⁹ Scholz, in: Ludwigs (Hrsg.), 2018, Rekommunalisierung und private Wettbewerber, 433.

²⁰ Mann, VBIBW 2010, 7, 7.

²¹ Meiski, NVwZ 2007, 1355, 1356; Mann, VBIBW 2010, 7, 8; Weckerling-Wilhelm/Mirtsching, NZG 2011, 327, 327/328; Emanuel Towfigh, DVBl. 2015, 1016, 1017; Katz, BWGZ 2016, 73, 73; M. Grünwald, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), 2022, Einführung in das Kommunalwirtschaftsrecht, Rn. 7.

²² Ausführlich Koch, in: Ludwigs (Hrsg.), 2018, Öffentlich-rechtliche Informationsrechte versus aktienrechtliche Verschwiegenheitspflichten, 367.

²³ Vgl. §§ 35 Abs. 1, 105 GemO BW, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (Gemeindeordnung – GemO) in der Fassung vom 24. Juli 2000, zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 2. Dezember 2020 (GBl. 1095, 1098); M. Schmitz, JuS 2017, 31, 31.

²⁴ Vgl. §§ 93 Abs. 1 S. 3, 116 S. 2 AktG.

²⁵ Exemplarisch Nordrhein-Westfalen, vgl. § 113 Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW) in der Fassung vom 14. Juli 1994, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. April 2022 (GV NRW, S. 490) vom 13. April 2022.

²⁶ BGHZ 36, 296 (303/304); Schön, ZGR 1996, 429, 449; Schwintowski, NJW 1990, 1009, 1013/1014; Kropff, in: Baums/Wertenbruch/Lutter/Schmidt (Hrsg.), 2006, Aufsichtsratsmitglied „im Auftrag“, 853; Schockenhoff, in: Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), ⁵2021, Vor § 394, 55/56; Hüffer/Koch, ¹⁶2022, § 394 Rn. 28 ff.

²⁷ Mann, VBIBW 2010, 7, 8.