wird die dadurch verursachte Bürokratie und Verkomplizierung der kommunalen Entscheidungsfindung vor Ort.[418] Darüber hinaus oder statt dessen erfolgt in einigen Bundesländern eine besondere **Berücksichtigung der Belange des Mittelstandes** nicht (nur) in der Gemeindeordnung selbst, sondern in besonderen Mittelstandsförderungsgesetzen, die auch von den kommunalen Gebietskörperschaften im Vorfeld wirtschaftlicher Betätigungen zu beachten sind. Hingewiesen sei insoweit auf das baden-württembergische Gesetz zur Mittelstandsförderung, das in § 3 einen Vorrang der privaten Leistungserbringung normiert – mit dem Wortlaut einer verschärften Subsidiaritätsklausel.[419]

In Rheinland-Pfalz hat die Gemeinde im Vorfeld der Entscheidung, ein wirtschaftliches **190**
Unternehmen oder eine nichtwirtschaftliche Einrichtung als Unternehmen in einer **Rechtsform des privaten Rechts** zu errichten, oder wenn die Gemeinde ein bestehendes Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts übernehmen, sich an einem solchen Unternehmen unmittelbar beteiligen oder einen Eigenbetrieb oder eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts in eine Rechtsform des privaten Rechts umwandeln will, eine sog. **Vorteilsanalyse** zu erstellen.[420] In dieser sollen die Vor- und Nachteile der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Organisationsformen im konkreten Einzelfall dargestellt werden. Ein Anhörungs- oder Beteiligungsrecht Außenstehender besteht dabei nicht. Darzustellen ist in der Analyse insbesondere, welche organisatorischen, mitbestimmungs- und gleichstellungsrechtlichen Auswirkungen zu berücksichtigen sind, welche wirtschaftlichen, finanziellen und steuerlichen Unterschiede bestehen sowie welche Auswirkungen sich auf den kommunalen Haushalt bzw. die Entgeltgestaltung ergeben.[421] Eine solche Analyse versteht sich gerade bei Ausgründungen oder Umstrukturierungen eigentlich von selbst und ist schon nach haushaltsrechtlichen Grundsätzen geboten.

Ähnliche Regelungen finden sich in Sachsen und Sachsen-Anhalt für die Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts oder die Änderung seiner Rechtsform innerhalb des Privatrechts, sowie auch in Schleswig-Holstein für die Gründung oder Beteiligung an einer Gesellschaft.[422]

§ 92 Abs. 3 **BbgKVerf** verlangt vor Gründung oder wesentlicher Erweiterung eines **rechtlich selbständigen Unternehmens,** dieses Vorhaben entweder öffentlich bekannt zu machen, verbunden mit der Aufforderung an private Anbieter, eigene Angebote vorzulegen, oder den Vergleich und die Bewertung der Unternehmensgründung und **Privatisierungsmöglichkeiten** in einer unabhängigen sachverständigen oder von der Gemeinde erstellten **Wirtschaftlichkeitsanalyse;** allerdings entfällt diese Vorgabe, wenn die Gemeindevertretung die Unternehmensgründung im öffentlichen Interesse für erforderlich hält. Der örtlichen Industrie- und Handelskammer beziehungsweise Handwerkskammer ist im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereichs Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

Die Vorteilsanalyse kann sowohl von der Verwaltung der betreffenden Gemeinde selbst als **191**
auch durch eine beauftragte außenstehende sachverständige Stelle erstellt werden. Die Entscheidung hierüber obliegt der Gemeinde in Ausübung ihres Selbstverwaltungsrechts.

Vorzulegen ist die Analyse in Rheinland-Pfalz und Sachsen-Anhalt der **Aufsichtsbehörde.**[423] Allgemein zu den Anzeige- und Genehmigungspflichten bei bestimmten Entscheidungen im Rahmen der kommunalwirtschaftlichen Betätigung → Rn. 215 ff.

---

[418] Vgl. Woitschek Sachsenlandkurier 1/14, 10 ff. (12) zur mit Gesetz vom 28.11.2013 (GVBl. 822) neu eingeführten Regelung in Sachen.

[419] Vgl. auch Art. 7 BayMfG, § 5 MfG NRW, § 6 MfG RhPf., § 4 MfG SchlH, § 5 MfG Thü.

[420] § 92 Abs. 1 GemO RhPf.

[421] Zu einzelnen in diesem Zusammenhang interessierenden Fragestellungen vgl. Gabler/Höhlein u. a. GemO § 92 Anm. 1.

[422] § 95 Abs. 2 SächsGemO (dort auch generell für mittelbare Beteiligungen), § 135 Abs. 1 KVG LSA, § 102 Abs. 1 S. 2 GO SchlH.

[423] § 92 Abs. 1 S. 4 GemO RhPf., § 135 Abs. 1 S. 3 KVG LSA.

III. Besondere Anforderungen bei Unternehmen in Privatrechtsform

1. Rechtsformen

a) Öffentlich-rechtliche Rechtsformen

192 Den kommunalen Gebietskörperschaften in allen Bundesländern stehen die klassischen öffentlich-rechtlichen, unselbständigen Betriebsformen des **Regiebetriebes** und des **Eigenbetriebes** für ihre wirtschaftlichen und fiktiv nichtwirtschaftlichen Betätigungen offen (dazu → D Rn. 1 ff.).

193 Mittlerweile haben die meisten Bundesländer zusätzlich die Möglichkeit eröffnet, die Organisationsform einer **Anstalt des öffentlichen Rechts bzw.** eines **Kommunalunternehmens** zu wählen; entsprechende Bestimmungen enthalten die Gemeindeordnungen der Flächenländer Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen.[424]

193a Daneben existieren öffentlich-rechtliche Rechtsformen für die **interkommunale Zusammenarbeit** wie Zweckverbände (dazu → D Rn. 241 ff.), gemeinsame Kommunalunternehmen (→ D Rn. 239a) oder Wasser- und Bodenverbände.

194 Einen **Vorrang für die öffentlich-rechtlichen Rechtsformen** des Eigenbetriebs und – soweit nach dem betreffenden Landesrecht zugelassen – der Anstalt des öffentlichen Rechts gegenüber Unternehmen in Privatrechtsform bzw. eine Rechtfertigungspflicht für privatrechtliche Organisationsformen haben die Länder Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein normiert.[425] Nordrhein-Westfalen fordert für Gesellschaftsgründungen im Bereich der nichtwirtschaftlichen Betätigung ein wichtiges Interesse der Gemeinde.[426] Allgemein zur Formenwahlfreiheit und ihren Grenzen vgl. → B Rn. 50 ff.

b) Privatrechtliche Rechtsformen

195 Die Gemeindeordnungen aller Bundesländer bestimmen, dass die Gemeinde ein Unternehmen in Privatrechtsform nur gründen bzw. sich an einem solchen beteiligen darf, wenn die Haftung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird und die Gemeinde einen ihrer Beteiligung angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens, erhält. Die privaten Rechtsformen ohne Haftungsbeschränkung (zB OHG, Komplementär einer KG) und die privaten Rechtsformen ohne Einflussmöglichkeit (zB Kommanditist einer KG) sind den kommunalen Gebietskörperschaften damit verwehrt. Auch die GbR scheidet aufgrund der rechtlichen Schwierigkeiten, die ein notwendig einzelvertraglich mit dem jeweiligen Vertragspartner zu vereinbarender Haftungsausschluss mit sich bringt[427], in der Regel aus. Als **zulässige Rechtsformen** verbleiben insbesondere die GmbH und die AG[428], daneben unter gewissen Voraussetzungen vor allem auch die GmbH & Co.KG und die Genossenschaft.[429]

---

[424] § 102a GemO BW, Art. 89 BayGO, § 94 BbgKVerf, § 126a HGO, § 70 KV MV, § 141 NKomVG, § 114a GO NRW, § 86a GemO RhPf., § 128 Abs. 1 KVG LSA, § 106a GO SchlH, § 76a ThürKO. Vgl. dazu → D Rn. 118 ff.

[425] § 69 Abs. 1 Nr. 2 KV MV, §§ 136 Abs. 4 (bzgl. bestimmter Aufgabenbereiche), 148 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 (bzgl. der Umwandlung von Eigenbetrieben in Privatrechtsformen) NKomVG, § 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GemO RhPf, § 110 Abs. 1 Nr. 1 KSVG, § 129 Abs. 1 Nr. 1 KVG LSA, § 102 Abs. 1 S. 1 GO SchlH.

[426] § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO NRW.

[427] Vgl. Grüneberg/Retzlaff, BGB, 84. Aufl. 2025, § 714 Rn. 12 mwN.

[428] Vgl. im Einzelnen zur GmbH → D IV Rn. 345 ff., zur AG → D V Rn. 519 ff.

[429] Vgl. zur GmbH & Co.KG → D VI Rn. 738 ff., zur Genossenschaft → D VII Rn. 853 ff. Zur generell nachrangigen Rechtsform der Stiftung vgl. → D VIII Rn. 982 ff.

aa) Haftungsbeschränkung. Die Bestimmungen der Gemeindeordnungen zur Haftungsbeschränkung sollen verhindern, dass Gemeinden Risiken eingehen bzw. Vermögensverluste erleiden können, die nicht abschätzbar sind und die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gemeinde möglicherweise übersteigen. Es handelt sich also um **Schutznormen vor zu hohen, nicht zu vertretenden Haushaltsrisiken.** Bei Unternehmensformen mit begrenzter Haftung sind die Einzahlungs- oder Nachschussverpflichtungen und damit der maximale Haftungsumfang betragsmäßig begrenzt und damit kalkulierbar. Einige Landesgesetzgeber sehen vor, dass die Aufsichtsbehörde eine **Befreiung** von der Vorgabe der Haftungsbegrenzung erteilen kann.[430] **196**

Neben den bereits erwähnten Rechtsformen der GmbH und der AG können insbesondere noch die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft mbH, die GmbH & Co.KG und eine Genossenschaft als zulässige Unternehmensformen in Betracht kommen. Letztere bedürfen allerdings äußerst sorgfältiger Prüfung und Konstruktion der kommunalen Beteiligung, damit die Vereinbarkeit mit den Vorgaben der jeweiligen Gemeindeordnung sichergestellt ist. Insbesondere muss eine Nachschusspflicht der Gemeinde ausgeschlossen sein.

Ergänzend zur Vorgabe der Haftungsbegrenzung enthalten einige Landesgesetze **weitere Regelungen zum Schutz des kommunalen Vermögens,** etwa dass die Einzahlungsverpflichtungen der Kommune (zB Gründungskaptal, Nachschussverpflichtungen) in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen müssen und sich die Kommune nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unangemessener Höhe verpflichten darf.[431] In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere mit Blick auf die Rechtsform der AG (vgl. → Rn. 199 ff.) die umstrittene und hier nicht näher zu behandelnde[432] Frage, ob Kommunen nach § 291 AktG **Beherrschungsverträge** zur Sicherung der Einflussnahme auf ein Unternehmen oder Gewinnabführungsverträge abschließen dürfen, die nach § 302 AktG (analog) eine gesetzlich normierte Ausgleichspflicht der Verluste des beherrschten Unternehmens zur Folge haben. **196a**

Fraglich ist, ob die Kommunen trotz der Vorgabe der Haftungsbeschränkung im Einzelfall eine **Pflicht zur Insolvenzabwendung** oder zur **Haftungsübernahme** treffen kann, um die Erfüllung der durch das kommunale Unternehmen wahrgenommenen Aufgabe weiterhin zu gewährleisten. Das Bestehen einer solchen Verpflichtung ist jedenfalls dann zu verneinen sein, wenn dem kommunalen Unternehmen freiwillig von der Kommune übernommene Aufgaben zur Erfüllung übertragen worden sind.[433] Allerdings wird die Kommune bei der **Erfüllung kommunaler Pflichtaufgaben** durch das kommunale Unternehmen in Privatrechtsform für die dauerhafte Sicherstellung der Aufgabenerfüllung zu sorgen haben, sei es durch Nachschuss von Kapital (Insolvenzabwendungspflicht)[434] oder im Rahmen eines Insolvenzverfahrens. Diese Pflicht beträfe ausschließlich das Innenverhältnis zwischen Kommune und Unternehmen, eine Durchgriffshaftung der Gläubiger auf die Kommune ist damit nicht verbunden.[435] **196b**

---

[430] ZB Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HS 2 BayGO; § 108 Abs. 1 S. 2 GO NRW; § 71 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 HS 2 ThürKO.

[431] Etwa § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BbgKVerf, § 69 Abs. 1 Nr. 6 KV MV, § 137 Abs. 1 Nrn. 3 und 4 NKomVG, § 108 Abs. 1 S. 1 Nrn. 4 und 5 GO NRW, § 87 Abs. 1 S. 1 Nrn. 5 und 6 GemO RhPf., § 129 Abs. 1 Nrn. 5 und 6 KVG LSA.

[432] Vgl. dazu → D Rn. 690 ff. mwN. Zum Streitstand Gaß in Burgi/Habersack HdB ÖffR Unternehmen § 21 Rn. 63 f.; Mann/Püttner Kommunale Wissenschaft-HdB/Mann § 46 Rn. 54 ff.; Hoppe/Uechtritz/Reck KommunalUnternehmen-HdB/Siegels § 13 Rn. 116 ff.

[433] So zu Recht OLG Celle NVwZ-RR 2000, 754 (756) zur (fehlenden) Konkursabwendungspflicht einer Gemeinde bei Insolvenz ihrer Kurbetriebs-GmbH; vgl. auch BVerwG NVwZ 2024, 1572.

[434] Vgl. Ehlers Verwaltung in Privatrechtsform, 321 f.; Kuhl/Wagner ZIP 1995, 433 (436 f.); aA Gundlach LKV 2000, 58 (59). Weitergehend im Sinne einer allgemeinen, aus dem Sozial- und Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Konkursabwendungspflicht Erbguth/Stollmann DÖV 1993, 798 (807); Unruh DÖV 1997, 653 (657).

[435] Ebenso Hoppe/Uechtritz/Reck KommunalUnternehmen-HdB § 16 Rn. 70 f.

197 **bb) Angemessener Einfluss.** Die gesetzliche Forderung eines angemessenen Einflusses der Gemeinde im Aufsichtsrat oder dem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens soll die **Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten der Gemeinde** auf ihre Unternehmen, Einrichtungen und Beteiligungen sichern.[436] Diese Möglichkeiten ergeben sich zum einen **quantitativ** über die Zahl der von der Kommune in das Gremium zu entsendenden Mitglieder und deren Stimmrechte, zum anderen **qualitativ** über nach den einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Regelungen zulässige Informations- und Weisungsrechte kommunaler Organe gegenüber den „kommunalen" Vertretern im Unternehmensorgan und die konkrete Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags bzw. der Unternehmenssatzung.

Die ggf. gesellschaftsrechtlich nur fakultative Einrichtung eines Aufsichtsrates – wie regelmäßig bei der GmbH oder bei Personengesellschaften – wird nicht durch die Bestimmungen des Kommunalverfassungsrechts verpflichtend. Insoweit gilt grundsätzlich der Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Kommunalverfassungsrecht, der auch in anderer Hinsicht in der Praxis immer wieder bedeutsam ist.[437]

197a Die nähere Bestimmung des „angemessenen Einflusses" kann nur anhand der Größenordnung und des Umfangs der gemeindlichen Beteiligung im konkreten Einzelfall erfolgen. Bei Eigengesellschaften oder Gesellschaften mit Mehrheitsbeteiligung der Kommune kann die **Angemessenheit** des Einflusses grundsätzlich sichergestellt werden, wenn sich die Beteiligungsverhältnisse in der Besetzung des Überwachungsorgans und entsprechende Stimmrechte niederschlagen. Schwierig ist dies zB im Rahmen einer Beteiligung an einer Genossenschaft zu realisieren, die ähnlich wie ein Verein mitgliedschaftlich organisiert ist, indem jedes Mitglied grundsätzlich unabhängig von seiner Kapitalbeteiligung eine Stimme in der Generalversammlung hat und die Mitglieder des Aufsichtsrats von der Generalversammlung gewählt werden.[438] Hier wird man sich gegebenenfalls mit Konstruktionen wie der Sekundärgenossenschaft oder doppelstöckigen Genossenschaft bzw. Holding-Modellen behelfen müssen, um einen angemessenen Einfluss auf den Vorstand zu gewährleisten.[439] Zur Aktiengesellschaft sogleich unter → Rn. 199 ff.

Ob die Besetzung der Überwachungsorgane entsprechend der Beteiligungsquote auch bei **Minderheitsbeteiligungen** für eine angemessene Einflussnahme ausreicht, ist allerdings fraglich. In diesen Fällen wird teilweise unter Hinweis auf die erforderliche demokratischen Legitimation des kommunalen unternehmerischen Handelns und die Sicherung der Erfüllung des öffentlichen Zwecks des Unternehmens gefordert, dass sich die Kommune darüber hinausgehende Möglichkeiten zur Einflussnahme auf die grundlegenden Entscheidungen des Unternehmens im Gesellschaftsvertrag oder in der Unternehmenssatzung sichern muss.[440] Zu denken wäre etwa an die Festlegung qualifizierter Mehrheiten bei wichtigen Abstimmungen, Vetorechte, Mehrfachstimmrechte, Stimmbindungsverträge oder Sonderkündigungsrechte.[441] Sollte dies an den einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Regelungen oder

[436] Grundlegend BVerfG 7.11.2017 – 2 BvE 2/11, NVwZ 2018, 51 (55 f.); dazu Burgi NVwZ 2018, 601 ff.; Katz NVwZ 2018, 1091 ff.

[437] Dies va im Hinblick auf die Einflussnahmemöglichkeiten der Städte und Gemeinden auf ihre Gesellschaften zB im Wege von Weisungs- und Informationsrechten, exemplarisch dazu VGH Kassel 9.2.2012 – 8 A 2043/10, juris Rn. 74 ff. = NVwZ-RR 2012, 566 (568 f.); OVG Bautzen 3.7.2012 – 4 B 211/12, GmbHR 2013, 35 = NVwZ-RR 2013, 63.

[438] Vgl. §§ 43 Abs. 3, 36 Abs. 1 GenG. Gewisse Erleichterungen hat der durch G vom 17.7.2017 (BGBl. I 2434) eingeführte § 36 Abs. 5 GenG gebracht, nach dem die Satzung unter bestimmten Voraussetzungen Entsenderechte vorsehen kann. § 105 S. 1 GO SchlH sieht insoweit eine Ausnahme für Genossenschaften vor.

[439] Vgl. Gaß/Popp Gemeinde als Unternehmer, 229 ff. Denkbar wäre auch die rechtlich gesicherte Entsendung eines gemeindlichen Vertreters unmittelbar in den Vorstand einer Genossenschaft, um einen angemessenen Einfluss zu sichern.

[440] OVG Lüneburg Beschl. v. 8.4.2020 – 10 ME 61/20, BeckRS 2020, 6560 Rn. 22 ff. Ebenso Ehlers DVBl. 1997, 137 (145); Schulz/Wachsmuth/Zwick BayGO Art. 92 Anm. 1.2; Wefelmeier in KVR-NKomVG § 137 Rn. 11 mwN. Zur Zulässigkeit des Abschlusses konzernrechtlicher Beherrschungsverträge → Rn. 196a mwN.

[441] Vgl. dazu Pauly/Schüler DÖV 2012, 339 (345); Zeis KommJur 2020, 407 (409 f.).

den Mitgesellschaftern scheitern, müsste die Kommune von einer solchen Beteiligung absehen. Nach anderer Auffassung ist die Ausrichtung des Grades der Einflussnahme an den Beteiligungsverhältnissen grundsätzlich ausreichend, solange das Unternehmen in Privatrechtform weiterhin – zumindest teilweise – seinen öffentlichen Zweck erfüllt.[442] Jedenfalls sehen auch die Landesgesetzgeber nach dem Umfang der Beteiligung abgestufte Hinwirkungspflichten der Kommunen in Bezug auf die Gestaltung des Gesellschaftsvertrags bzw. der Unternehmenssatzung vor und erkennen damit Minderheitsbeteiligungen dem Grunde nach als zulässig an.[443]

Eine Besonderheit sind in diesem Zusammenhang die umfassenden Regelungen in Nordrhein-Westfalen zur **Arbeitnehmermitbestimmung** in fakultativen Aufsichtsräten.[444]

198 Im Zusammenhang mit der Sicherung einer angemessenen Einflussnahme stehen auch die weiteren kommunalrechtlichen Vorgaben betreffend die Vertretung der Kommune in den Gesellschaftsorganen. Verfügt das Unternehmen in Privatrechtsform über einen (fakultativen oder obligatorischen) **Aufsichtsrat,** hat die Kommune bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags bzw. der Unternehmenssatzung darauf hinzuwirken, dass ihr entsprechende **Entsenderechte** eingeräumt werden. Teils wird die Entsendung des Hauptverwaltungsbeamten vorgeschrieben[445], teils werden bei der Bestimmung mehrerer Vertreter die für die Besetzung kommunaler Ausschüsse geltenden Proporzregelungen für anwendbar erklärt[446], wobei auch nicht dem Kollegialorgan angehörende sachkundige Dritte entsandt werden können.[447] Was die **Weisungsbindung** kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat anlangt, haben die Landesgesetzgeber die einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Regelungen zu berücksichtigen. Dementsprechend sehen die Kommunalgesetze in der Regel eine Bindung der von der Kommune entsandten oder auf ihre Veranlassung gewählten Aufsichtsratsmitglieder an die Beschlüsse bzw. Weisungen des kommunalen Kollegialorgans[448] nur unter dem **Vorbehalt** vor, dass gesetzliche Bestimmungen des Gesellschaftsrechts nicht entgegenstehen.[449] Soweit das Kommunalverfassungsrecht diesen Vorbehalt nicht enthält, wird die Regelung ausschließlich auf das Innenverhältnis zwischen dem kommunalen Kollegialorgan und dem von diesem bestellten Aufsichtsratsmitgliedern bezogen.[450] Auch eine gegebenenfalls vorliegende beamtenrechtliche Weisungsbindung wird nach wohl hM durch die gesellschaftsrechtlich normierte Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds überlagert.[451]

198a Eine angemessene Einflussnahme auf das Unternehmen ist nur auf Grundlage ausreichender Informationen über unternehmensinterne Vorgänge möglich. Daher normieren die meisten Kommunalordnungen eine gesetzliche **Informationspflicht** der von der Kommune in ein Unternehmensorgan entsandten oder auf ihre Veranlassung gewählten Personen gegenüber der Kommune (Hauptverwaltungsbeamter, Gemeindevorstand oder zuständiges

[442] Wellmann in: Rehn/Cronauge GO NRW § 108 Rn. 48; Lohner/Zieglmeier BayVBl. 2007, 581 (582).
[443] ZB § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 3 BbgKVerf; Art. 94 Abs. 1 und 2 BayGO; § 89 Abs. 7 GemO RhPf.
[444] §§ 108a, 108b GO NRW; kritisch dazu aus verfassungsrechtlicher Sicht Dünchheim/Gräler NVwZ 2019, 1225 ff.; Wellmann in: Rehn/Cronauge GO NRW § 108a Rn. 10 ff.
[445] § 97 Abs. 4 S. 1 BbgKVerf, § 125 Abs. 1 und 2 HGO, § 138 Abs. 3 S. 3 NKomVG, § 113 Abs. 3 S. 3 und 4 GO NRW, § 88 Abs. 3 GemO RhPf, § 114 Abs. 1 und 2 KSVG, § 131 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 KVG LSA, § 98 Abs. 2 S. 5 SächsGemO.
[446] § 104 Abs. 2 GemO BW, § 97 Abs. 1 S. 4, Abs. 2 S. 1 BbgKVerf, § 88 Abs. 1 S. 5, Abs. 3 GemO RhPf, § 114 Abs. 2 KSVG, § 131 Abs. 1 S. 5 KVG LSA; § 98 Abs. 2 S. 2 SächsGemO.
[447] Vgl. Art. 93 Abs. 2 Satz 1 BayGO; § 97 Abs. 4 S. 2 BbgKVerf; § 104 Abs. 1 GO SchlH.
[448] Der Fraktion des entsandten Ratsmitglieds steht ein Weisungsrecht nicht zu, vgl. OVG Bautzen Beschl. v. 3.7.2012 – 4 B 211/12 = GmbHR 2013, 35.
[449] Vgl. § 104 Abs. 3 GemO BW, Art. 93 Abs. 2 S. 3 BayGO, § 97 Abs. 2 S. 1 BbgKVerf, § 125 Abs. 2 S. 1 iVm Abs. 1 S. 3 HGO, § 71 Abs. 2 KV MV, § 138 Abs. 3 NKomVG, § 88 Abs. 3 GemO RhPf, § 131 Abs. 3 S. 1 iVm Abs. 1 S. 9 KVG LSA.
[450] So Cronauge Kommunale Unternehmen, 251; kritisch Koch AktG § 394 Rn. 62. Vgl. auch VG Köln Urt. v. 10.12.2014 – 4 K 948/14, BeckRS 2015, 43415.
[451] Vgl. Koch AktG § 394 Rn. 60 f. mwN; MüKoAktG/Schockenhoff Vor § 394 Rn. 58; Mann/Püttner KommunalUnternehmen-HdB/Geerlings § 52 Rn. 20 f.

Kollegialorgan) **über alle wichtigen Angelegenheiten.**[452] Darüber hinaus sehen manche Länder ein grundsätzlich uneingeschränktes **Auskunftsrecht** der zuständigen kommunalen Organe[453] gegenüber „ihren" Vertretern in den Unternehmensorganen vor.[454] Diese kommunalrechtlich statuierten Informations- und Auskunftspflichten stehen allerdings im **Spannungsverhältnis zu gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten,** wenn es sich bei den zu kommunizierenden Angelegenheiten des kommunalen Unternehmens um vertrauliche Angaben und Geheimnisse des Unternehmens, namentlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, handelt.[455] Einen Ausweg weisen hier die §§ 394, 395 AktG (iVm § 52 Abs. 1 GmbHG).[456] In Bezug auf § 394 AktG ist nunmehr höchstrichterlich geklärt, dass Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat entsandt worden sind, bei der Erfüllung ihrer kommunalrechtlichen Berichtspflichten auch gegenüber dem gesamten Gemeinderat oder Kreistag von ihrer Verschwiegenheitspflicht freigestellt sind.[457]

c) Nachrangigkeit der AG

199 Für die Wahl privatrechtlicher Gesellschaftsformen für kommunale Eigengesellschaften oder Beteiligungen regeln eine Nachrangigkeit der AG im Verhältnis zu anderen Rechtsformen die Gemeindeordnungen von Baden-Württemberg, Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen und Schleswig-Holstein.[458] In Mecklenburg-Vorpommern ist die Errichtung einer AG oder die Umwandlung von bestehenden Unternehmen oder Einrichtungen in eine solche gänzlich ausgeschlossen.[459]

200 Zur Begründung wird auf den Verselbständigungsgrad der AG gegenüber der Gesellschafterin Gemeinde verwiesen, der sehr weitgehend sei. Wegen des **gesellschaftsformbedingten Einflussnahmedefizits** werde in der Regel davon auszugehen sein, dass die Rechtsform der AG nicht als geeignete Unternehmensform eines kommunalen Unternehmens in Betracht komme. Die herausgehobene Stellung des Vorstandes und des Aufsichtsrates, die aufgrund der Unabdingbarkeit des Aktienrechts nicht zugunsten der Hauptversammlung geändert werden kann, begrenzten die Möglichkeiten der Gemeinde, eine AG im Sinne der Erfüllung des öffentlichen Zwecks zu steuern.[460]

201 Zuzugeben ist, dass die Einflussnahmemöglichkeiten der Gemeinde auf den weisungsfrei agierenden Vorstand einer AG aufgrund der starren Vorgaben des Aktienrechts beschränkt sind. Dies hat zum Beispiel auch Auswirkungen auf die Frage, ob zwischen der Gemeinde und ihrer AG vergaberechtsfreie Inhouse-Geschäfte möglich sind.[461] Gleichwohl sollte die Entscheidung, ob im konkreten Fall die AG als geeignete Rechtsform für eine wirtschaftliche

[452] Vgl. § 97 Abs. 9 BbgKVerf, Art. 93 Abs. 2 S. 2 BayGO, § 125 Abs. 1 S. 5 HGO, § 71 Abs. 4 S. 1 KV MV, § 138 Abs. 4 NKomVG, § 113 Abs. 5 GO NRW, § 115 Abs. 1 KSVG, § 98 Abs. 3 SächsGemO, § 131 Abs. 1 S. 7 und 8 KVG LSA, § 104 Abs. 1 S. 3 GO SchlH.

[453] Das Auskunftsrecht eines einzelnen Ratsmitglieds richtet sich nach den allgemeinen kommunalrechtlichen Vorschriften, vgl. OVG Lüneburg DVBl. 2009, 920 (921), und folgt nicht schon aus dem Verfassungsrecht, so zu recht Burgi in Burgi/Habersack HdB ÖffR Unternehmen § 23 Rn. 61. Ausführlich zum Sach- und Streitstand Bracht NVwZ 2016, 108 (109 ff.).

[454] Art. 93 Abs. 2 S. 2 BayGO; § 125 Abs. 1 S. 5 HGO; § 71 Abs. 4 S. 3 KV MV; § 115 Abs. 1 S. 2 KSVG.

[455] Zu den verfassungsrechtlichen Bezügen Burgi in Burgi/Habersack HdB ÖffR Unternehmen § 23 Rn. 59 ff. Zum Inhalt der Verschwiegenheitspflicht Schwintowski NJW 1990, 1009 (1010 ff.). Zur Situation bei der Einmann-GmbH Altmeppen NJW 2003, 2561 (2566 f.).

[456] Vgl. dazu die einschlägigen rechtsformbezogenen Ausführungen in → D sowie → K Rn. 19b mwN.

[457] BVerwG 18.9.2024 – 8 C 3/23 NVwZ 2025, 513; vgl. dazu Adenauer ZGR 2025, 253.

[458] § 103 Abs. 2 GemO BW, § 96 Abs. 3 BbgKVerf, § 122 Abs. 3 HGO, § 108 Abs. 3 GO NRW, § 87 Abs. 2 GemO RhPf., § 96 Abs. 2 SächsGemO, § 102 Abs. 4 GO SchlH.

[459] § 68 Abs. 4 S. 2 KV MV.

[460] Gabler/Höhlein u. a. GemO § 87 Anm. 3.

[461] Nach der EuGH-Rechtsprechung ist hierfür u. a. Voraussetzung, dass der kommunale Gesellschafter und Auftraggeber über das Unternehmen eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben kann. Vgl. dazu → H Rn. 37 und BGH 3.7.2008 – I ZR 145/05, BeckRS 2008, 15038 Rn. 29 (verneint); EuGH 13.10.2005 – C-458/03, NZBau 2005, 644 (649) – Parking Brixen (verneint) und EuGH 10.9.2009 – C 573/07, NVwZ 2009, 1421 (1424) – Sea (bejaht).

Betätigung in Betracht kommt, der Eigenverantwortlichkeit der kommunalen Gebietskörperschaften in Ausübung ihres Rechts auf Selbstverwaltung überlassen sein.

2. Kommunalrechtliche Anforderungen an den Gesellschaftsvertrag privatrechtlicher Unternehmen

a) Allgemeine Regelungen

Alle Gemeindeordnungen beinhalten die Bestimmung, dass der **Gesellschaftsvertrag** oder die **Satzung** des Unternehmens in Privatrechtsform sicherstellen muss, dass das Unternehmen den öffentlichen Zweck erfüllt, der angemessene Einfluss der Gemeinde im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens gesichert ist und die Einzahlungsverpflichtungen der Gemeinde in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen.[462] Vgl. im Einzelnen dazu → Rn. 100 ff., → Rn. 127 ff., → Rn. 197 und D. IV. bis D. VIII. zu den jeweiligen Rechtsformen. **202**

b) Wirtschaftsplan und Finanzplan

Die Gemeindeordnungen der Bundesländer sehen mit Ausnahme Niedersachsens und Thüringens vor, dass für wirtschaftliche Unternehmen und Einrichtungen in Privatrechtsform (teilweise beschränkt auf solche mit Mehrheitsbeteiligung der Gemeinde) für jedes Wirtschaftsjahr ein Wirtschaftsplan aufgestellt und der Wirtschaftsführung eine in der Regel fünfjährige Finanzplanung zugrunde gelegt wird.[463] Häufig genügt nach den Gemeindeordnungen, dass die Gemeinden auf eine Aufstellung eines Wirtschaftsplanes und eine mehrjährige Finanzplanung **hinwirken.** In Baden-Württemberg, Brandenburg, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen und Schleswig-Holstein aber wird verlangt, dass eine entsprechende Regelung in den **Gesellschaftsvertrag** bzw. die Unternehmenssatzung aufgenommen wird.[464] **203**

c) Zusätzliche Anforderungen an Gesellschaftsvertrag oder Satzung

Über die dargestellten Anforderungen hinaus enthalten die **Gemeindeordnungen** der Länder **verschiedentlich weitere Anforderungen** an die Inhalte der Gesellschaftsverträge bzw. Satzungen kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform. Diese können hier nur skizzenhaft wiedergegeben werden. **204**

Durch diese Bestimmungen soll die **Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung** einen bestimmten Mindestumfang erhalten und so die Mitwirkungsmöglichkeit des Gesellschafters Kommune insoweit gewährleistet werden. So fordern Bayern und Thüringen zur Sicherstellung des öffentlichen Zwecks von GmbHs, dass im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung bestimmt wird, dass die Gesellschafterversammlung auch über den Erwerb und die Veräußerungen von Unternehmen und Beteiligungen und über den Abschluss und die Änderung von Unternehmensverträgen beschließt.[465] Für Aktiengesellschaften soll die Satzung vorsehen, dass zum Erwerb und zur Veräußerung von Unternehmen und Beteiligun- **205**

[462] § 103 Abs. 1 GemO BW, Art. 92 Abs. 1 BayGO, § 96 Abs. 1 BbgKVerf, § 122 Abs. 1 HGO, § 69 Abs. 1 KV MV, § 137 Abs. 1 NKomVG, § 108 Abs. 1 GO NRW, § 87 Abs. 1 GemO RhPf., § 110 Abs. 1 KSVG, § 96 Abs. 1 SächsGemO („Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde sichergestellt ist" statt Erfüllung des öffentlichen Zwecks), § 129 Abs. 1 KVG LSA, § 102 Abs. 2 GO SchlH, § 73 Abs. 1 ThürKO.

[463] § 103 Abs. 1 Nr. 5a) GemO BW, Art. 94 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO, § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 BbgKVerf, § 122 Abs. 4 Nr. 1 HGO, § 73 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KV MV, § 108 Abs. 2 Nr. 1 GO NRW, § 87 Abs. 1 Nr. 7a) GemO RhPf., § 111 Abs. 1 Nr. 3 KSVG, § 96a Abs. 1 Nr. 5 SächsGemO, § 133 Abs. 1 Nr. 1 KVG LSA (hier bezieht sich die Finanzplanung auf das Haushaltsjahr), § 102 Abs. 2 Nr. 7 GO SchlH.

[464] § 103 Abs. 1 Nr. 5a) GemO BW (für Beteiligungen nach § 53 HGrG), § 96 Abs. 1 Nr. 6 u. 7 BbgKVerf, § 87 Abs. 1 Nr. 7a) GemO RhPf., § 96a Abs. 1 Nr. 5 SächsGemO, § 111 Abs. 1 Nr. 3 KSVG, § 102 Abs. 2 Nr. 7 GO SchlH (soweit andere gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstehen).

[465] Art. 92 Abs. 1 S. 2 BayGO, § 73 Abs. 1 S. 2 ThürKO.

gen die Zustimmung des **Aufsichtsrates** erforderlich ist.[466] In Thüringen bedarf darüber hinaus deren Gründung, die Änderung der Zweckbestimmung oder Beteiligung der Genehmigung.[467]

206 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

- den Abschluss und die Änderung von Unternehmensverträgen iSd §§ 291 und 292 Abs. 1 Aktiengesetz (Beherrschungsvertrag, Gewinnabführungsvertrag und Gewinngemeinschaft),
- (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.[468] Ähnliche, teilweise noch deutlich weitergehende Vorgaben finden sich zB auch in Baden-Württemberg, im Saarland oder in Sachsen.[469]

Darüber hinaus sieht § 108 Abs. 5 S. 1b) GO NRW vor, dass Vertreter der Gemeinde in einer Gesellschaft, an der u. a. 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 SächsGemO[470] umfassende **Vorgaben in Bezug auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrags,** soweit der Gemeinde allein oder zusammen mit anderen Körperschaften eine zur Änderung des Gesellschaftsvertrags berechtigende Mehrheit der Anteile zusteht; zudem bedarf die Errichtung, Übernahme und Beteiligung an anderen Unternehmen der Zustimmung des Gemeinderats.

3. Mittelbare Beteiligungen

207 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.[471]

---

[466] Art. 92 Abs. 1 S. 3 BayGO, § 73 Abs. 1 S. 3 ThürKO.
[467] § 73 Abs. 1 S. 4 ThürKO.
[468] § 108 Abs. 4 GO NRW, § 87 Abs. 3 Nr. 1 u. 3 GemO RhPf.
[469] § 103a GemO BW, § 111 Abs. 1 Nr. 2 KSVG, § 96a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 SächsGemO.
[470] Für kommunale Versorgungsunternehmen sehen § 97 Abs. 2 und 3 SächsGemO Ausnahmen vor. Zu § 96 SächsGemO aF vgl. VerfGH Leipzig 20.5.2005, NVwZ 2005, 1057 ff.
[471] Zu den landesrechtlichen Voraussetzungen vgl. → D Rn. 139 f. mwN.