

Eric Weiser-Saulin

# Public Corporate Governance kommunaler Unternehmen

Rechtliche Grundlagen, Hemmnisse und praktische Umsetzung  
eines Konzepts zur Sicherung kommunaler Ingerenzrechte



**Nomos**

Schriften zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Burgi, Universität München

Prof. Dr. Elke Gurlit, Universität Mainz

Prof. Dr. Jan Henrik Klement, Universität Freiburg

Prof. Dr. Thomas Mann, Universität Göttingen

Prof. Dr. Barbara Remmert, Universität Tübingen

Prof. Dr. Stefan Storr, Wirtschaftsuniversität Wien

Band 15

Eric Weiser-Saulin

# Public Corporate Governance kommunaler Unternehmen

Rechtliche Grundlagen, Hemmnisse und praktische Umsetzung  
eines Konzepts zur Sicherung kommunaler Ingerenzrechte



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-7894-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-2295-7 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Mai 2020 abgeschlossen und von der juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität als Dissertation angenommen. In die Druckfassung konnten die Neuerungen des am 16. September 2020 verabschiedeten PCGK des Bundes und des am 15. Januar 2021 aktualisierten D-PCGM nachträglich eingearbeitet werden. Sie befindet sich inhaltlich auf dem Stand von April 2021.

Die Arbeit ist das Produkt einer fruchtbaren Betreuung und der Unterstützung einer Vielzahl von Menschen, die mich in dieser Promotionszeit begleitet haben.

So gilt mein erster Dank meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Michael Droege. Er hat sich auf dieses Thema vorbehaltlos eingelassen, mir viele Freiheiten gewährt und mit seinen Nachfragen und Ratschlägen ganz erheblichen Anteil am Gelingen dieser Arbeit. Ohne ihn hätte ich mich vermutlich nicht an die Erstellung eines eigenen Musterkodex gewagt, der nunmehr das Herzstück meiner Promotionschrift bildet.

Frau Prof. Dr. Barbara Remmert gilt nicht nur der Dank für das Zweitgutachten. Ihre konstruktiven Hinweise und Anregungen haben nachträglich Eingang in den von mir entwickelten Musterkodex gefunden. Ihr danke ich, ebenso wie der gesamten Herausgeberschaft, für die Aufnahme der Arbeit in die vorliegende Schriftenreihe.

Für ihre Unterstützung und Ratschläge, insbesondere in der Anfangszeit meiner Promotion, danke ich Frau Prof. Dr. Anja Hentschel. Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Sebastian Heselhaus und Herrn Prof. Dr. Michael Rodi, die an ihren Lehrstühlen meine wissenschaftlichen Fähigkeiten auf unterschiedliche Weise gefördert haben.

Frau Sarah Nagel danke ich für die sprachliche Überarbeitung des Manuskripts. Ebenso danke ich Frau Sara Becker für ihre vielfältige Unterstützung.

Meiner Frau Anne bin ich für ihre bedingungslose Unterstützung und ihre liebevolle Begleitung während meiner Promotionszeit zu Dank verbunden. Ihr und unseren Kindern Frieda und Arthur ist diese Arbeit gewidmet.



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Einleitung	23
1. Kapitel: Grundlagen der Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen	28
A. Ingerenzpflicht der Kommunen	28
I. Begriffsbestimmung	29
II. Rechtliche Grundlagen der kommunalen Ingerenzpflicht	30
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Steuerung kommunaler Unternehmen	31
a. Demokratieprinzip	31
b. Rechtsstaatsprinzip	35
c. Sozialstaatsprinzip	40
d. Selbstverwaltungsrecht und Selbstverwaltungspflicht	42
2. Kommunalrechtliche Vorgaben zur Steuerung kommunaler Unternehmen	43
a. Angemessener Einfluss	44
b. Öffentlicher Zweck	45
c. Sozialpflichtigkeit	45
d. Allgemeine Haushaltsgrundsätze	47
3. Europarechtliche Vorgaben zur Steuerung kommunaler Unternehmen	47
4. Zusammenfassung	49
III. Umfang der Ingerenzpflicht	51
1. Einwirkung	52
2. Kontrolle	54
3. Zwischenfazit	56
B. Kommunale Unternehmen und ihre Organisationsformen	57
I. Begriffsbestimmung	57
1. Unternehmensträgerschaft	58
2. Unternehmenseigenschaft	59
3. Bedeutung der Begriffsbestimmung für die Public Corporate Governance	60

II. Systematisierung kommunaler Unternehmen	60
1. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen kommunaler Unternehmen	61
a. Rechtlich unselbstständige Unternehmen	62
b. Rechtlich verselbstständigte Unternehmen	65
2. Privatrechtliche Organisationsformen	68
a. Die GmbH	69
b. Die Aktiengesellschaft	70
3. Zusammenfassung	71
C. Die Ausgestaltung der kommunalen Ingerenzrechte unter Berücksichtigung der jeweiligen Organisationsform	72
I. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen kommunaler Unternehmen	72
1. Eigenbetrieb	73
2. Selbstständige Kommunalanstalt	74
3. Zusammenfassung	76
II. Privatrechtliche Organisationsformen kommunaler Unternehmen	77
III. Rechtsformübergreifende Gestaltungsmöglichkeiten und kommunale Gesamtstrategie	82
IV. Zusammenfassung	84
D. Hemmnisse bei der Erfüllung der Steuerungs- und Kontrollpflicht	85
I. Das Principal-Agent Problem	85
II. Doppelte Zielstellung und fehlende Korrekturmechanismen	88
III. Effektive Unternehmenssteuerung und differierende Normebenen	92
IV. Zwischenfazit	94
2. Kapitel: Public Corporate Governance als Lösungsansatz kommunaler Steuerungs- und Kontrolldefizite	96
A. Grundlagen der Public Corporate Governance im Anwendungsbereich kommunaler Unternehmen	96
I. Die Reformansätze der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“	96
1. New Public Management und Neues Steuerungsmodell	98
2. Die Entwicklung zur Public Corporate Governance	101
a. Begriff und Konzept der Governance	102

b. Von der Governance zur Public Corporate Governance	105
c. Public Corporate Governance in kommunalen Unternehmen	107
II. Anwendungsbereich, Ziele und Inhalt der kommunalen Public Corporate Governance	108
1. Anwendungsbereich	108
2. Ziele	111
3. Inhalt	112
III. Abgrenzung zum Beteiligungsmanagement	113
IV. Die Bedeutung der Public Corporate Governance für kommunale Unternehmen	115
V. Zwischenfazit	117
B. Der Public Corporate Governance Kodex als „neues“ Steuerungsinstrument	118
I. Historische Entwicklung der Public Corporate Governance Kodizes	119
II. Erlasskompetenz und Rechtsqualität eines kommunalen Public Corporate Governance Kodex	121
III. Funktionen eines Public Corporate Governance Kodex	123
1. Ordnungsfunktion	124
2. Kommunikationsfunktion	125
3. Transparenzfunktion	127
4. Scharnierfunktion	129
C. Regelungs- und Wirkmechanismen eines Public Corporate Governance Kodex	130
I. Transparenz als Leitmaxime der Public Corporate Governance und deren Bedeutung für das Handeln der Kommunalverwaltung	130
1. Transparenz gegenüber dem Kommunalparlament	131
2. Transparenz gegenüber den Gemeindebürgerinnen und -bürgern	132
3. Umfang und Grenzen der Transparenz	134
4. Ausgestaltung der Transparenz im Public Corporate Governance Kodex	136
II. Corporate Governance-Bericht und Entsprechenserklärung	137
1. Das System der Empfehlungen und Anregungen	137
2. Die Entsprechenserklärung und der Comply-or-Explain-Mechanismus	138

3. Die Verankerung der Entsprechenserklärung bei kommunalen Unternehmen	140
a. Notwendigkeit der Verankerung	141
b. Die Verankerung in der Aktiengesellschaft	142
aa. Satzungsrechtliche Verankerung	142
bb. Weitere Verankerungsmöglichkeiten der Entsprechenserklärung	147
cc. Freiwillige Abgabe einer Entsprechenserklärung	148
dd. Zwischenergebnis	149
c. Die Verankerung in der GmbH	149
d. Die Verankerung im Eigenbetrieb	151
e. Die Verankerung in der selbstständigen Kommunalanstalt	151
f. Zusammenfassung	153
4. Der Public Corporate Governance-Bericht	154
5. Fazit	155
III. Sanktionsmechanismen	156
1. Verankerung im Kodex, der Unternehmenssatzung oder im Anstellungsvertrag	157
2. Faktische Sanktionsmöglichkeiten der Kommunen	159
3. Abberufung der Mitglieder der Leitungs- und Überwachungsorgane	159
4. Zusammenfassung und Bewertung	160
D. Inhalt und Aufbau von Public Corporate Governance Kodizes	161
I. Präambel und Geltungsbereich	162
II. Gesellschafter	164
III. Aufsichtsrat	166
IV. Geschäftsführung	168
V. Weitere Themen in Public Corporate Governance Kodizes	169
VI. Zusammenfassung und Bewertung	171
3. Kapitel: Ein Musterkodex für kommunale Unternehmen	174
A. Grundlagen zur Entwicklung eines Musterkodex	174
I. Sinn und Zweck eines Musterkodex	174
II. Notwendigkeit der Entwicklung eines eigenen Musterkodex	176
1. Der Deutsche Corporate Governance Kodex	176
2. Der Public Corporate Governance Kodex des Bundes	178
3. Bestehende Musterkodizes	180
4. Zwischenergebnis	182

III. Kriterien zur Entwicklung eines Musterkodex	182
1. Zielstellung und Funktionen der Public Corporate Governance	183
2. Anforderungen an die Ausformulierung der Kodexregelungen	186
3. Orientierung an Vorbildern unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen	187
4. Berücksichtigung kommunaler Besonderheiten	191
IV. Notwendiger Umfang eines Musterkodex	193
B. Genese eines Musterkodex für die Kommunen in Baden-Württemberg	195
I. Präambel	195
II. Die Kommune als Trägerin bzw. Gesellschafterin des kommunalen Unternehmens	216
III. Aufsichtsgremium	234
IV. Unternehmensführung	275
C. Die Aufnahme weiterer Regelungen in einen kommunalen Public Corporate Governance Kodex	299
I. Mögliche Kodexergänzungen	300
II. Grenzen der Kodexerweiterung	301
III. Zusammenfassung	302
4. Kapitel: Notwendige Begleitmaßnahmen und Reformvorschläge	304
A. Anpassungsbedürfnis	304
I. Anpassungen in den kommunalen Unternehmen	304
II. Anpassungen in der Kommune	305
III. Anpassungen des Public Corporate Governance Kodex	307
IV. Zusammenfassung und Bewertung	309
B. Reformvorschläge zur Unterstützung der kommunalen Public Corporate Governance	310
I. Gesetzliche Verpflichtung zur Abgabe einer Entsprechenserklärung	310
1. Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten	311
2. Bewertung und Ausgestaltung	312
II. Haftung der Organmitglieder	317
III. Gesetzliche Regelung als Alternative zum Public Corporate Governance Kodex	319

## *Inhaltsverzeichnis*

Schlussbetrachtung	321
A. Ergebnisse	321
I. Grundlagen der kommunalen Public Corporate Governance	321
II. Hemmnisse der kommunalen Public Corporate Governance	324
III. Gestaltungsmöglichkeiten der kommunalen Public Corporate Governance	325
B. Bewertung	327
I. Ungelöste Konflikte	328
II. Ein Public Corporate Governance Kodex als Instrument kommunaler Public Corporate Governance	332
III. Ausgleich zwischen öffentlicher Zweckverfolgung und unternehmerischer Flexibilität	333
IV. Public Corporate Governance als Beitrag zu einer effektiven Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen	336
C. Fazit und Ausblick	339
Anhang: Regelungstext des Public Corporate Governance Musterkodex für die Kommunen in Baden-Württemberg	342
Literaturverzeichnis	355

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
Abb.	Abbildung
Abl.	Amtsblatt
Abl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AktG-E	Referentenentwurf des Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie
AllMBI	Allgemeines Ministerialblatt
AnstG LSA	Gesetz über die kommunalen Anstalten des öffentlichen Rechts des Landes Sachsen-Anhalt
AöR	Anstalt des öffentlichen Rechts oder Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BayGO	Gemeindeordnung des Freistaates Bayern
BayHO	Haushaltsordnung des Freistaates Bayern
BayKUV	Verordnung über Kommunalunternehmen des Freistaates Bayern
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BbgK Verf.	Kommunalverfassung des Landes Brandenburg

*Abkürzungsverzeichnis*

Bd.	Band
BeamStG	Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern – Beamtenstatusgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BFH	Bundesfinanzhof
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BGremBG	Gesetz über die Mitwirkung des Bundes an der Besetzung von Gremien – Bundesgremienbesetzungsgesetz
BHO	Bundshaushaltsordnung
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BOARD	BOARD – Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BremKuG	Bremisches Kommunalunternehmensgesetz
bspw.	beispielsweise
Buchst.	Buchstabe
BV	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (niederländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung)
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVÖD	Bundesverband Öffentliche Dienstleistungen
BW	Baden-Württemberg

BWGZ	Die Gemeinde – Zeitschrift für die Städte und Gemeinden, Stadträte, Gemeinderäte und Ortschaftsräte; Organ des Gemeindetags Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CG	Corporate Governance
CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz	Corporate Social Responsibility-Richtlinie-Umsetzungsgesetz
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
D-PCGM	Deutscher Public Corporate Governance-Musterkodex
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe/dieselben
dms	Der moderne Staat – Zeitschrift für public policy, Recht und Management
DÖV	Die öffentliche Verwaltung – Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat – Drittelbeteiligungsgesetz
DStRE	Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst (Zeitschrift)
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
eBAnz	elektronischer Bundesanzeiger
ECLI	European Case Law Identifier
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft
EigAnVO RLP	Eigenbetriebs- und Anstaltsverordnung von Rheinland-Pfalz
EigBG	Gesetz über die Eigenbetriebe der Gemeinden – Eigenbetriebsgesetz
EigBG BW	Eigenbetriebsgesetz Baden-Württemberg

## *Abkürzungsverzeichnis*

EigBVO BW	Verordnung über die Wirtschaftsführung und das Rechnungswesen der Eigenbetriebe in Baden-Württemberg
EigVO	Eigenbetriebsverordnung
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Europäische Menschenrechtskonvention
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
etc.	et cetera – und so weiter
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUROSAI	European Organisation of Supreme Audit Institutions – Europäische Organisation der Obersten Rechnungskontrollbehörden
EUV	Vertrag über die Europäische Union i. d. F. des Vertrages von Lissabon
f., ff.	folgende (Seite, Seiten)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GBL.	Gesetzblatt
GBL. BW	Gesetzblatt für Baden-Württemberg
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GemO	Gemeindeordnung
GemO BW	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg
GemO RLP	Gemeindeordnung für Rheinland-Pfalz
GemO SH	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein
GesR	Gesellschaftsrecht
GewArch	Gewerbearchiv – Zeitschrift für Gewerbe- und Wirtschaftsverwaltungsrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls

GK-BImSchG	Gemeinschaftskommentar zum Bundes-Immissionsschutzgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GO BRB	Gemeindeordnung für das Land Brandenburg
GO NRW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
GO SH	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein
GÖW	Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft
GÖWG	Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft
GPA-Mitteilung	Gemeindeprüfungsanstalt-Mitteilung
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GV NRW	Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung
HdB	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder – Haushaltsgrundsätzegesetz
HKWP	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. d. S.	in diesem Sinne
i. d. S. a.	in diesem Sinne auch
i. V. m.	in Verbindung mit
IFAC	International Federation of Accountants
IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes – Informationsfreiheitsgesetz

## *Abkürzungsverzeichnis*

INTOSAI	International Organisation of Supreme Audit Institutions – Internationale Organisation der Obersten Rechnungskontrollbehörden
IR	Infrastrukturrecht: Energie – Verkehr – Abfall – Wasser (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KommJur	Zeitschrift Kommunaljurist
KUV NRW	Kommunalunternehmensverordnung Nordrhein-Westfalen
KVG LSA	Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt
NKomVG	Kommunalverfassungsgesetz für das Land Niedersachsen
KV MV	Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern
LBesG	Landesbesoldungsgesetz
Lfg.	Lieferung
LHO BW	Landeshaushaltsordnung für das Land Baden-Württemberg
LHO MV	Landeshaushaltsordnung Mecklenburg-Vorpommern
LHO NRW	Landeshaushaltsordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
LIFG	Landesgesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen – Landesinformationsfreiheitsgesetz
lit.	litera – Buchstabe
LKrO BW	Landkreisordnung für Baden-Württemberg
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
LNTVO	Verordnung der Landesregierung über die Nebentätigkeit der Beamten und Richter – Landesnebenständigkeitsverordnung
LT-Drs.	Landtags-Drucksache
LV BW	Verfassung des Landes Baden-Württemberg
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
MHdB GesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MinBl. BMFW	Ministerialblatt des Bundesministeriums für Finanzen und Wirtschaft
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer – Mitbestimmungsgesetz
MüKo	Münchener Kommentar
MüKo AktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MüKo GmbHG	Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
MV	Mecklenburg-Vorpommern
Nds.	Niedersachsen
NdsLT-Drs.	Landtagsdrucksache für das Land Niedersachsen
NGOs	Nicht-Regierungs-Organisationen – non-governmental-organisations
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NKom VG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz
Nr.	Nummer(n)
NRW	Nordrhein-Westfalen
NRW Verf.	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen
NRW VerfGH	Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtssprechungs-Report
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
NZBau	Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht / Privates Baurecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o. ä.	oder ähnliches
o. g.	oben genannte/r/s

## *Abkürzungsverzeichnis*

OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development – Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OHG	Offene Handelsgesellschaft
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PCG	Public Corporate Governance
PCGK	Public Corporate Governance Kodex
PG	Public Governance: Zeitschrift für öffentliches Management
PVS	Politische Vierteljahresschrift (Zeitschrift)
PraxHdB	Praxishandbuch
PWC	PricewaterhouseCoopers
Report-Nr.	Report-Nummer
RhPfVerf.	Verfassung für das Land Rheinland-Pfalz
RhPfVerfGH	Verfassungsgerichtshof für das Land Rheinland-Pfalz
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Satz, Seite
s.	siehe
s. a.	siehe auch
s. o.	siehe oben
Sächs GemO	Sächsische Gemeindeordnung
SächsBG	Sächsisches Beamten-gesetz
SächsVBl	Sächsische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
SH	Schleswig Holstein
sog.	so genannte/er
spw	Zeitschrift für sozialistische Politik und Wirtschaft
SVVOR	Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht
Thür KO	Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung

TOP	Tagesordnungspunkt
u. a.	und andere / unter anderem
UIG	Umweltinformationsgesetz
v.	von
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
vgl. a.	Vergleiche auch
VKU	Verband kommunaler Unternehmen e.V.
VM	Verwaltung und Management – Zeitschrift für moderne Verwaltung
Vorb.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZBM	Zentrale Beteiligungsgesellschaft der Stadt Mainz mbH
ZCG	Zeitschrift für Corporate Governance
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen



## Einleitung

Public Corporate Governance ist seit über einem Jahrzehnt in einigen deutschen Kommunen gelebte Praxis. Hinter dem Begriff der Public Corporate Governance verbirgt sich ein Konzept, das auf eine verantwortungsvolle Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen abzielt.<sup>1</sup> Gegenstand der Public Corporate Governance ist dabei nicht die Frage, ob eine kommunale Aufgabe durch ein kommunales Unternehmen erfüllt werden soll, sondern auf welche Weise. Prozesse und Strukturen innerhalb eines Unternehmens, aber auch zwischen dem Unternehmen und der Trägerkommune sollen durch das Konzept geordnet und diese Prozesse und Strukturen für alle am Unternehmen beteiligten Interessengruppen transparent offengelegt werden. Auf den ersten Blick handelt es sich bei der Public Corporate Governance lediglich um ein rein betriebswirtschaftliches Steuerungskonzept. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass Kommunen einer gesetzlichen Pflicht zur Steuerung und Kontrolle ihrer ausgelagerten Organisationseinheiten unterliegen und selbst der Umfang dieser Steuerungs- und Kontrollvorgaben gesetzlich vorgezeichnet ist. Public Corporate Governance stellt in diesem Rahmen ein spezielles Konzept bzw. Leitbild dar, diese kommunalen Steuerungs- und Kontrollpflichten sicherzustellen und auszufüllen. Ob es diese Anforderungen erfüllen kann, hängt im Wesentlichen davon ab, ob und mit welcher Reichweite es sich in den Rechtsrahmen kommunaler Unternehmen einfügt. Dies ist insbesondere für die Ausgestaltung der Public Corporate Governance bedeutsam, die überwiegend durch sogenannte Public Corporate Governance Kodizes erfolgt.

Obwohl seit dem Jahr 2005 eine steigende Anzahl deutscher Kommunen Public Corporate Governance Kodizes verabschiedet hat<sup>2</sup> und bereits seit der Einführung des „Deutschen Corporate Governance Kodex“ im

---

1 S. *Papenfuß*, Verantwortungsvolle Steuerung und Leitung öffentlicher Unternehmen, 2013, S. 27 ff.

2 Bis zum Jahr 2019 haben insgesamt ca. 50 Gebietskörperschaften einen Public Corporate Governance Kodex eingeführt. Hierunter fallen neben den Kommunen auch der Bund und mittlerweile 12 Bundesländer, s. *Papenfuß*, in: Veit/Reichard/Wewer (Hrsg.), HdB zur Verwaltungsreform, 5. Aufl. 2019, 319 (326).

Jahr 2002<sup>3</sup> eine intensive wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Unternehmenssteuerung privatwirtschaftlicher Unternehmen auf Grundlage des Corporate Governance-Konzepts stattfindet, werden Spezifika öffentlicher, speziell kommunaler Unternehmen in der Literatur bislang nur ausschnittsweise behandelt oder bleiben gänzlich unberücksichtigt.<sup>4</sup> Dies betrifft sowohl die betriebswirtschaftlichen als auch die rechtswissenschaftlichen Untersuchungen zu diesem Schnittstellenthema zwischen Ökonomie und Recht.

Von der betriebswirtschaftlichen Warte aus liegt der Schwerpunkt der bisherigen Public Corporate Governance-Untersuchungen auf der Unternehmensleitung als reines Management-Thema. Dabei werden betriebswirtschaftliche Theorien und Ansätze auf „die Unternehmensführung“ im Allgemeinen übertragen. Die Unternehmenssteuerung und -kontrolle wird regelmäßig auf einer übergeordneten Ebene untersucht und auf dieser, abstrahiert für alle öffentlichen Unternehmen, einheitlichen Lösungsansätzen zugeführt.<sup>5</sup> Dieses Vorgehen ist insofern nachvollziehbar, als das Konzept der Public Corporate Governance darauf abzielt, allgemeingültige Grundsätze der verantwortungsvollen Steuerung und Kontrolle öffentlicher Unternehmen zu entwickeln und aufzustellen.<sup>6</sup> Bei näherer Betrachtung zeigt sich diese ökonomische Management-Perspektive zwar als wichtiger Bestandteil des Public Corporate Governance-Konzepts, ist allerdings zu einseitig, um der Komplexität kommunaler Unternehmen gerecht zu werden.<sup>7</sup> Die Management-Perspektive berücksichtigt den rechtlichen Rahmen, in dem sich öffentliche Unternehmen bewegen – d. h. die Besonderheit der Eigentümerschaft der Kommune im Gegensatz zur privaten Eigentümerschaft – nicht oder jedenfalls nicht ausreichend.<sup>8</sup> Teilweise werden in betriebswirtschaftlichen Veröffentlichungen zwingende

---

3 Der DCGK i. d. F. vom 20. August 2002 wurde am 30. August 2002 im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht, eBAnz AT1 2002 B1.

4 Ebenso *Daiser*, CG öffentlicher Unternehmen, 2018, S. 3; vgl. a. *Budäus*, in: GÖW (Hrsg.), CG in der öffentlichen Wirtschaft, 2008, 26.

5 Vgl. *Treuner*, in: Ruter/Sahr/Waldersee (Hrsg.), PCG, 2005, 37 (40).

6 S. *Papenfuß*, Verantwortungsvolle Steuerung und Leitung öffentlicher Unternehmen, 2013, S. 31.

7 Ebenso kritisch zur Einseitigkeit der ökonomischen Betrachtungsweise betriebswirtschaftlicher Steuerungsmodelle für öffentliche Unternehmen *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 1.

8 Bereits im Rahmen der Verwaltungsmodernisierung durch das New Public Management und das Neue Steuerungsmodell hat *Schulze-Fielitz* eindrücklich und ausführlich das Problem einer „Dominanz ökonomischer Beurteilungskriterien“ bei der Steuerung kommunaler Unternehmen aufgezeigt, *ders.* in: Hennecke (Hrsg.),

rechtliche Vorgaben komplett ausgeblendet oder relativiert. Dies betrifft für den Bereich kommunaler Unternehmen insbesondere, aber nicht ausschließlich, das normative Spannungsfeld zwischen bundesrechtlichem Gesellschaftsrecht und landesrechtlichem Kommunalrecht, dem jedoch gerade bei der Ausgestaltung von Steuerungs- und Kontrollinstrumenten im kommunalen Unternehmen ein erheblicher Einfluss zukommt.<sup>9</sup>

In den bisherigen rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen zum Thema Public Corporate Governance zeigt sich ein ähnlich einseitiges Bild. Soweit das Thema Gegenstand rechtlicher Untersuchungen ist, wird dem Bereich kommunaler Unternehmen grundsätzlich nur geringe Beachtung geschenkt. Die bisherigen Untersuchungen behandeln Public Corporate Governance zum einen Teil sehr allgemein.<sup>10</sup> Es werden lediglich theoretische Grundzüge entwickelt, deren rechtswirksame Umsetzbarkeit auf kommunaler Ebene vor dem Hintergrund normativer Vorgaben kommunaler Unternehmen zweifelhaft ist. Zum anderen Teil nehmen diese Arbeiten eine rein gesellschaftsrechtliche Perspektive ein und folgen ausschließlich der Logik des gesellschaftsrechtlichen Aktienrechts. Zwar findet eine Übertragung der aktienrechtlichen Grundsätze auf die Rechtsform der GmbH in der wissenschaftlichen Debatte teilweise noch statt, andere Rechts- und Organisationsformen kommunaler Unternehmen, wie der Eigenbetrieb oder die selbstständige Kommunalanstalt, bleiben hingegen bei diesen Betrachtungen außen vor.<sup>11</sup> Dies hat zur Folge, dass ein in der Praxis bedeutsamer Teil kommunaler Unternehmen bislang nicht näher untersucht wurde.

Sowohl die betriebswirtschaftlichen als auch die bisherigen rechtswissenschaftlichen Untersuchungen liefern kein strukturiertes und umfassendes Bild zur Public Corporate Governance kommunaler Unternehmen. Hierauf sind die Kommunen jedoch angewiesen, um das Konzept der Public Corporate Governance effektiv anwenden und ihre gesetzlichen Steuerungs- und Kontrollpflichten erfüllen zu können. Untersuchungen zu bereits verabschiedeten kommunalen Public Corporate Governance Kodizes zeigen, dass eine Vielzahl der von den Kommunen aufgestellten Regelun-

---

Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung, 1998, 223 (245 ff.). Es gilt daher die Bereiche Recht und Ökonomie in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

9 Vgl. *Katz*, Kommunale Wirtschaft, 2. Aufl. 2017, Teil 1 Rn. 98; *Spannowsky*, ZGR 1996, 400 (421).

10 *Ganske*, Corporate Governance im öffentlichen Unternehmen, 2005.

11 S. *Pidun*, Public Corporate Governance Kodizes, 2015; *Traut*, CG von Kapitalgesellschaften der öffentlichen Hand, 2013; *Ganske*, Corporate Governance im öffentlichen Unternehmen, 2005.

gen rechtswidrig sind.<sup>12</sup> Die Kommunen sind aktuell oftmals nicht in der Lage, dieses Steuerungskonzept rechtswirksam und effizient einzusetzen. Dies hat zur Folge, dass kommunale Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten im Einzelfall rechtlich nicht durchgesetzt werden können und dadurch die Geeignetheit der Implementierung von Public Corporate Governance in der Kommunalwirtschaft infrage steht.

Um den Kommunen eine Entscheidungsgrundlage und Hilfestellung zur Einführung eines Public Corporate Governance-Systems zur Verfügung stellen zu können, bedarf es einer grundlegenden Analyse dieses Steuerungsmodells, welche die Besonderheiten kommunaler Unternehmen aufgreift. Voraussetzung einer solchen Analyse ist die Einordnung des Steuerungskonzepts in den Rechtsrahmen kommunaler Unternehmen.

Ausgangspunkte der Untersuchung sind die normativen Vorgaben zur Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen. In diesem Zusammenhang werden zunächst die grundsätzlichen Pflichten der Kommunen zur Steuerung und Kontrolle ihrer kommunalen Unternehmen dargelegt. Des Weiteren werden die rechtlichen Handlungsmöglichkeiten und die verbleibenden Spielräume der Kommunen, bezogen auf die bedeutendsten Rechts- und Organisationsformen kommunaler Unternehmen, aufgezeigt. Schließlich werden die rechtlichen und tatsächlichen Hemmnisse dargelegt, die eine Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen erschweren.

Diese Herangehensweise ermöglicht es, in einem zweiten Teil der Untersuchung das Konzept der Public Corporate Governance in den bestehenden Rechtsrahmen einzuordnen und dessen Potenzial als Lösungsansatz kommunaler Steuerungs- und Kontrolldefizite zu begutachten. Ausgangspunkt des zweiten Teils der Untersuchung sind die theoretischen und rechtlichen Grundlagen des Konzepts der Public Corporate Governance selbst. Dabei wird zunächst das in den Sozial-, Betriebs- und Rechtswissenschaften verbreitete Konzept der Governance vorgestellt. Ausgehend von Begriff und Konzept der „Governance“, das in der wissenschaftlichen Diskussion keineswegs einheitlich verwendet wird,<sup>13</sup> werden die grundlegenden Besonderheiten der Public Corporate Governance auf kommunaler Ebene erörtert. Neben einer Begriffsbestimmung und Einordnung des Konzepts in die Reformbewegung der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaften“ wird insbesondere die Frage geklärt, welche rechtliche Legitimation und Verbindlichkeit einem solchen Konzept im

---

12 So zum Beispiel *Raiser*, Kommunale Corporate Governance Kodizes, 2010.

13 Vgl. *Hill*, VM 2006, 81.

kommunalwirtschaftlichen Kontext zukommt. Bezugspunkt der Rechtswirkungen, Regelungsmechanismen und Reichweite dieses Konzepts ist das in der Praxis verbreitete Instrument des Public Corporate Governance Kodex. In diesem Zusammenhang wird der Inhalt und Aufbau eines solchen Kodex vorgestellt und dessen rechtliche Implementierung in den unterschiedlichen Rechts- und Organisationsformen kommunaler Unternehmen geprüft.

In einem dritten Teil wird sodann ein Musterkodex für all diejenigen kommunalen Unternehmen entwickelt, bei denen sich im zweiten Teil der Untersuchung keine Rechtshemmnisse für die Implementierung des Kodex ergeben haben. Ausgehend von bestehenden Kodizes werden Regelungen entwickelt, die eine möglichst effiziente und effektive Umsetzung des Public Corporate Governance-Konzepts zur Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen ermöglichen. Wesentliche Besonderheit dieses Musterkodex im Vergleich zu bereits bestehenden Kodizes ist die explizite Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Rechts- und Organisationsformen, für die teilweise aufgrund der speziellen landesrechtlichen Vorgaben neue und eigenständige Regelungen oder Ergänzungen entwickelt werden. Der Musterkodex orientiert sich dabei am Rechtsrahmen kommunaler Unternehmen in Baden-Württemberg, kann jedoch unter der Voraussetzung einiger Anpassungen an das jeweilige Landesrecht auch auf die Rechtslage kommunaler Unternehmen in anderen Bundesländern übertragen werden.

In einem vierten Teil der Untersuchung wird der rechtspraktischen Frage nachgegangen, welche weiteren Schritte notwendig sind, um dem Konzept der Public Corporate Governance auf kommunaler Ebene zum Erfolg zu verhelfen. Bezugspunkte sind sowohl der Kodex selbst als auch die einzelnen kommunalen Unternehmen sowie die Kommune in ihrer Gesamtheit. Darüber hinaus werden Vorschläge entwickelt, wie der Gesetzgeber eine Implementierung des Public Corporate Governance-Konzepts durch eine Veränderung des Rechtsrahmens begünstigen könnte, um diesem eine bestmögliche Wirksamkeit als Steuerungskonzept zu verschaffen.

Im Schlussteil der Untersuchung werden die wesentlichen Ergebnisse der rechtlichen Grundlagen und Hemmnisse sowie der vorgeschlagenen praktischen Umsetzung des Leitbilds der Public Corporate Governance als Steuerungskonzept kommunaler Unternehmen zusammengefasst und bewertet. Ausgehend von aktuellen Entwicklungslinien erfolgt abschließend ein Ausblick, wie sich das Konzept der Public Corporate Governance voraussichtlich weiterentwickeln wird und welchen Beitrag die vorliegende Untersuchung zu dieser Genese leisten kann.

# 1. Kapitel: Grundlagen der Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen

## A. Ingerenzpflicht der Kommunen

Gemeinden und Gemeindeverbände erfüllen als Ausdruck eines sich wandelnden Staatsverständnisses in der gegenwärtigen Zeit ihre unternehmerischen Selbstverwaltungsaufgaben überwiegend in – aus der Kernverwaltung ausgelagerten – Organisationseinheiten. Dabei bedienen sich die Kommunen für ihre Unternehmen einer Vielzahl unterschiedlicher Rechts- und Organisationsformen. Während der Staat vor der Weimarer Republik überwiegend in Form der unmittelbaren Staatsverwaltung oder dem organisatorisch unselbstständigen Regiebetrieb seine Leistungspflichten gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern erfüllte, lagerte er im Laufe der letzten Jahrzehnte immer mehr Aufgaben in dezentrale Strukturen aus.<sup>14</sup> Es vollzog sich dadurch – und besonders ab den 1990er-Jahren – ein Wandel von einem Leistungs- zu einem Gewährleistungsstaat.<sup>15</sup> Die Gewährleistung bestimmter Aufgabenbereiche ersetzte dabei die tatsächliche Erbringung der Leistungen durch die öffentlichen Dienste.<sup>16</sup> Man spricht in diesem Zusammenhang auch von einem Wandel hin zu einer sogenannten „Gewährleistungsverwaltung“, der die gesamte Verwaltung, einschließlich der Kommunen, erfasste.<sup>17</sup> In den Kommunen vollzog sich der Wandel dergestalt, dass diese verstärkt Aufgabenbereiche aus der Kernverwaltung auslagerten und zur kommunalwirtschaftlichen Aufgabener-

---

14 Diese Entwicklung fand auf kommunaler Ebene bereits in der Weimarer Zeit ihren Anfang, s. *Rudloff*, in: Mann/Püttner (Hrsg.), HKWP, Band 1, 3. Aufl. 2007, § 6 Rn. 20; ausführlich zur historischen Entwicklung der Kommunalwirtschaft im 20. Jahrhundert vom Regiebetrieb über den Eigenbetrieb zur Eigengesellschaft, *Pielow*, in: FS Ipsen, 2000, 725 (731 ff.).

15 *Knauff*, EnWZ 2015, 51 (52); s. a. *Ruter/Häfele*, in: FS Budäus, 2007, 355 (356); *Stomberg*, Governance-Strukturen im Energierecht, 2019, S 19.

16 *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 4. Aufl. 2011, Rn. 239; speziell zum Bereich der Energieversorgung, *Reinermann*, Die Krise als Chance, 6. Aufl. 1997, S. 26; *Stomberg*, Governance-Strukturen im Energierecht, 2019, S. 19.

17 Zu diesem Begriff s. *Schoch*, NVwZ 2008, 241; *Franzius*, Der Staat 2003, 493 ff.; s. a. *Katz*, NVwZ 2010, 405 (410). Im kommunalen Bereich wird teilweise auch der Begriff „Gewährleistungskommune“ verwendet, s. *Knauff*, EnWZ 2015, 51 (53).

füllung immer mehr Unternehmen in Privatrechtsform gründeten.<sup>18</sup> Es kam dadurch zu einer Dezentralisierung, die zu einer Entfernung der ausgliederten Einheiten von der Kernverwaltung führte und damit auch zu einer Entfernung dieser Organisationseinheiten vom direkten Kontroll- und Einflussbereich der Kommunen. Durch die Auslagerung der Aufgabenerfüllung erfolgte gleichwohl keine Entbindung der Kommunen von der Erfüllung der Aufgabe selbst. Sie führte lediglich zu einer Änderung der originären Leistungspflicht, die sich von einer ursprünglichen Vollzugspflicht hin zu einer bloßen Gewährleistungspflicht der Aufgabenerfüllung entwickelte.<sup>19</sup>

Um die Gewährleistung der Aufgabenerfüllung sicherstellen zu können, bedarf es für den Staat bestimmter Steuerungs- und Einflussmöglichkeiten in den ausgelagerten, das heißt dezentralen, Verwaltungseinheiten.<sup>20</sup> Als kommunale Ausgliederungen der (kommunalen) Kernverwaltung gilt dies auch in den kommunalen Unternehmen, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Diese Steuerungs- und Kontrollpflicht der Kommune wird auch als „Ingerenzpflicht“ bezeichnet.<sup>21</sup> Die rechtlichen Grundlagen dieser Ingerenzpflicht ergeben sich sowohl aus der Verfassung als auch aus einfachgesetzlichen Bestimmungen. Der Umfang dieser Verpflichtung ergibt sich aus einer Gesamtschau dieser normativen Vorgaben.

## I. Begriffsbestimmung

Der Begriff „Ingerenz“ wird im wörtlichen Sinne als Einmischung, Einflussbereich oder Wirkungskreis verstanden.<sup>22</sup> Übertragen auf kommunale Unternehmen stellt der Terminus „Ingerenzpflicht“ eine Verpflichtung der Gemeinden und Gemeindeverbände dar, sich in den Wirkungskreis

---

18 *Schoch*, NVwZ 2008, 241 (243); *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 1 Rn. 125.

19 *S. Franzius*, Der Staat 2003, 493 f.

20 Näheres s. 1. Kapitel, Ziff. C.

21 *Huffmann*, in: Mann/Püttner (Hrsg.), HKWP, Band 2, 3. Aufl. 2011, § 51 Rn. 24; *Koehn/Schröder*, SächsVBl. 2002, 205 (206); *Kaltenborn*, in: Oppenländer/Trölitzsch (Hrsg.), Prax-HdB der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 47 Rn. 2; *Schulze-Fielitz*, in: Hennecke (Hrsg.), Organisation kommunaler Aufgaben, 1998, 223 (255); *Hartmann/Zwirner*, in: Hartmann/Zwirner (Hrsg.), PCGK des Bundes, 2015, Kap. X Rn. 1, m.w.N. *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, S. 223 (Fn. 1).

22 Duden, Das Fremdwörterbuch, Band 5, 10. Aufl. 2010, S. 469 f.

und die Tätigkeiten ihrer Organisationseinheiten einzumischen und auf diese Einfluss zu nehmen. Der Begriff Ingerenz wurde in der kommunalrechtlichen Literatur erstmalig und ausschließlich im Zusammenhang mit der Steuerung öffentlicher Unternehmen, d. h. als Einfluss- bzw. Einwirkungspflicht des öffentlich-rechtlichen Aufgabenträgers, verwendet.<sup>23</sup> Im weiteren wissenschaftlichen Diskurs wurde der Begriff inhaltlich weiterentwickelt, sodass neben den Einwirkungspflichten nach heutigem Verständnis auch die Kontrollpflichten der Kommunen ihren Organisationseinheiten gegenüber mit erfasst werden.<sup>24</sup> Dies ist auch sachgerecht, erfordert doch die Einwirkung auf ein kommunales Unternehmen notwendigerweise ein gewisses Maß an Kontrolle und kann im Gegenzug eine Kontrollpflicht nur dann wirkungsvoll sein, wenn entsprechende Einwirkungsmechanismen und Handlungsmöglichkeiten der Kontrollorgane auf die kommunalen Unternehmen bestehen.<sup>25</sup> Insofern stellen sich Einwirkung und Kontrolle als zwei Seiten einer Medaille dar, die sich zur jeweiligen Wirksamkeit notwendigerweise gegenseitig bedingen.

## II. Rechtliche Grundlagen der kommunalen Ingerenzpflicht

Die rechtlichen Grundlagen der kommunalen Ingerenzpflicht ergeben sich aus dem Verfassungsrecht und den landesrechtlichen Bestimmungen des Kommunalrechts.<sup>26</sup>

---

23 *Ossenbühl*, Erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, 1972, S. 55 ff.

24 *Püttner*, DVBl 1975, 353 (356); *Spannowsky*, ZGR 1996, 400 (403); *Pielow*, in: FS Ipsen, 2000, 725 (734); *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 90; in diesem Sinne wohl auch *von Danwitz*, AöR 1995, 595 (603 ff.).

25 Dieses Wechselverhältnis wird beispielhaft an den Ausführungen von *Schön* und *Brenner* deutlich. Während *Schön* die Steuerung und Kontrolle eines (öffentlichen) Unternehmens als Elemente des Begriffs „*Einflussnahme*“ ansieht, *ders.*, ZGR 1996, 429 (446), verortet *Brenner* die „*Aufsichts- und Einwirkungsrechte*“ innerhalb des „*Kontrollsystems*“, *ders.* AöR 2002, 222 (226). Es wird deutlich, dass beide Elemente nicht voneinander getrennt werden können.

26 *Kaltenborn*, in: *Oppenländer/Trörlitzsch* (Hrsg.), Prax-HdB der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 47 Rn. 5. Für den Bund und die Länder ergibt sich eine Ingerenzpflicht darüber hinaus aus dem Haushaltsrecht, s. *ders.*, a. a. O.

## 1. Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Steuerung kommunaler Unternehmen

Eine Einwirkungspflicht auf öffentliche<sup>27</sup> Unternehmen ist im Grundgesetz nicht explizit verankert.<sup>28</sup> Jedoch sind der Verfassung für die Organisationsgestaltung kommunaler Unternehmen zwingende Vorgaben zu entnehmen, die sich sowohl aus den Staatsstrukturprinzipien als auch aus der Selbstverwaltungsgarantie der Kommune ableiten lassen.<sup>29</sup>

### a. Demokratieprinzip

Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Steuerung und Kontrolle kommunaler Unternehmen stellt zunächst das Demokratieprinzip.<sup>30</sup> Dieses in Art. 20 Abs. 1 GG bereits erwähnte, in Art. 20 Abs. 2 GG<sup>31</sup> näher ausgestaltete zentrale Staatsstrukturprinzip verkörpert den Grundsatz der Volkssouveränität.<sup>32</sup> Dieser Grundsatz bestimmt, dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG) und die Volkssouveränität vom Volk sowohl durch Wahlen und Abstimmungen als auch durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG). Das Demokratieprinzip ist aufgrund der Homogenitätsklausel<sup>33</sup> des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG in den Bundesländern<sup>34</sup> und daneben über Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG in den Kommu-

---

27 Die Ausführungen zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben gelten nicht nur für kommunale Unternehmen, sondern vielmehr für alle öffentlichen Unternehmen. Dies unabhängig davon, ob diese Unternehmen einer Kommune, einem Land, dem Bund oder einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Träger zuzuordnen sind.

28 S. a. *Brenner*, AÖR 2002, 222 (225).

29 *Brenner*, AÖR 2002, 222 (229).

30 *Katz*, Kommunale Wirtschaft, 2. Aufl. 2017, Teil 1 Rn. 9.

31 Weitere Konkretisierungen des Demokratieprinzips finden sich in Art. 21, Art. 38 und Art. 28 Abs. 1 GG, s. *Grzesick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Band III, 92. EL, August 2020, Art. 20 II. Rn. 1.

32 *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 55; s. a. *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 12 und 27; ausführlich zur Volkssouveränität *Grzesick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Band III, 92. EL, August 2020, Art. 20 II. Rn. 60 ff.

33 Näheres zum Homogenitätsprinzip und dessen Wirkungsweise *Mehde*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Band III, 92. EL, August 2020, Art. 28 I. Rn. 2 ff., 16 ff.; *Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 7 ff.

34 BVerfGE 9, 268 (281); 93, 37 (67).

nen zu beachten.<sup>35</sup> Letztere stellen eine staatsorganisatorische Untergliederung der Bundesländer<sup>36</sup> im Bereich der Exekutive dar.<sup>37</sup> Die Geltung des Demokratieprinzips in den Gemeinden und Gemeindeverbänden erstreckt sich gemäß Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG auf den gesamten Bereich ihres Verwaltungshandelns. Dies beinhaltet nicht nur die eigentliche Kernverwaltung, sondern gleichermaßen die von den Kommunen getragenen Einrichtungen, mit denen sie ihre Verwaltungstätigkeit ausführen.<sup>38</sup> Folglich schließt das Demokratieprinzip die kommunalen Unternehmen als wirtschaftliche Einheiten mit ein, da es keinen Bereich der Verwaltung geben darf, der sich der Legitimation des (Wahl-)Volkes oder dessen Kontrolle entzieht.<sup>39</sup> Diese Anforderungen müssen alle kommunalen Unternehmen erfüllen,<sup>40</sup> seien sie Eigenunternehmen, gemischt-öffentliche Unternehmen oder be-

---

35 BVerfGE 47, 253 (272).

36 BVerfGE 83, 37 (53 ff.); 86, 148 (218 f.); m.w.N.; s. a. *Vogelsang/Lübking/Ulbrich*, Kommunale Selbstverwaltung, 3. Aufl. 2005, Rn. 20; *Pielow*, Autonomía Local in Spanien und Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland, 1993, S. 216 f.

37 Zur Einordnung der Gemeinden als Teil der Exekutive, *Pielow*, Autonomía Local in Spanien und Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland, 1993, S. 216; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 55; *Hellermann*, in: *Epping/Hilgruber* (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2020, Art. 28 Rn. 22; *Mebde*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), GG, Band III, 92. EL, August 2020, Art. 28 II. Rn. 12. „Die Vorschrift [des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG] gewährleistet damit für alle Gebietskörperschaften auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland die Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage“, s. BVerfGE 83, 37 (53).

38 *Brenner*, AöR 2002, 222 (227); *von Danwitz*, AöR 1995, 595 (607); vgl. a. BVerfG, Urteil vom 07.11.2017, Az. 2 BvE 2/11, BVerfGE 147, 50-184; juris Rn. 215.

39 *Brenner*, AöR 2002, 222 (227); vgl. a. BVerfG, Urteil vom 07.11.2017, Az. 2 BvE 2/11, BVerfGE 147, 50-184; juris Rn. 216.

40 *Ehlers*, in: *Wurzel/Schraml/Becker* (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Kap. B Rn. 61; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 59. Reicht die Beteiligung der Kommune für eine Beherrschung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens nicht aus oder beherrscht sie dieses zwar, hat aber aufgrund gesellschaftsrechtlicher Regelungen oder personalvertretungsrechtlicher Regelungen (MitbestG, DrittelbG) kein Letztentscheidungsrecht mehr, muss sie sich bezüglich der gewünschten Aufgabenerfüllung für eine andere Organisationsform entscheiden, bei der sie das Letztentscheidungsrecht behält, s. *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Band 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 133 f.

herrschte gemischt-wirtschaftliche Unternehmen.<sup>41</sup> Dies gilt unabhängig von ihrer jeweiligen Rechts- oder Organisationsform.<sup>42</sup>

Das Demokratieprinzip wirkt sich konkret auf die Steuerung kommunaler Unternehmen aus: In organisatorisch-personeller Hinsicht ist stets eine demokratische Legitimation des einzelnen Amtswalters erforderlich; d. h., jedwede staatliche Gewalt muss sich – zumindest mittelbar – auf den Willen des Volkes zurückführen lassen.<sup>43</sup> Es bedarf hierfür einer „*ununterbrochenen Legitimationskette*“ vom jeweils handelnden Organ oder Amtswalter über die gewählten Gemeindevertreter zurück auf das Wahlvolk.<sup>44</sup> „*Dieser Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft wird vor allem durch die Wahl des Parlaments, durch die von ihm beschlossenen Gesetze als Maßstab der vollziehenden Gewalt, durch den parlamentarischen Einfluß auf die Politik der Regierung sowie durch die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung hergestellt.*“<sup>45</sup> Die Weisungsgebundenheit der Verwaltung erstreckt sich damit auch auf die Verwaltungstätigkeit durch kommunale Unternehmen.<sup>46</sup>

Neben der Rückführbarkeit des Handelns des einzelnen Amtswalters auf die Wähler fordert das Demokratieprinzip als weitere Legitimationsvoraussetzung,<sup>47</sup> dass „*das Handeln der Amtsträger selbst eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation erfährt, d.h. die Amtsträger im Auftrag und*

---

41 Für öffentliche Unternehmen mit privater Beteiligung ist allerdings umstritten, ob das Demokratieprinzip überhaupt greift, m.w.N. *Kaltenborn*, in: *Oppenländer/Trölitzsch* (Hrsg.), *Prax-HdB der GmbH-Geschäftsführung*, 3. Aufl. 2020, § 47 Rn. 6 (Fn. 9).

42 *Mann*, *Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft*, 2002, S. 59; *Brenner*, *AöR* 2002, 222 (227).

43 BVerfGE 47, 253 (275); 93, 37 (67 ff.); *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *GG*, Band III, 92. EL, August 2020, Art. 20 II. Rn. 61. *Pielow*, in: *FS Ipsen*, 2000, 725 (734); *Mann*, *Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft*, 2002, S. 56.

44 BVerfGE 77, 1 (40); 83, 60 (72 f.); 107, 59 (87); *Püttner*, *Die öffentlichen Unternehmen*, 2. Aufl. 1985, S. 136; *Gersdorf*, *Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Wirtschaftlichkeitsprinzip*, 2000, S. 30; *Mann*, *Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft*, 2002, S. 57; s. a. *Brenner*, *AöR* 2002, 222 (226 f.).

45 BVerfGE 83, 60 (72); BVerfGE 107, 59 (87).

46 Dies gilt, obwohl die Kommunalparlamente keine klassischen Parlamente, sondern Selbstverwaltungsorgane sind, *Katz*, *NVwZ* 2018, 1091 (1094); BVerfGE 90, 104 (105).

47 Entscheidend für die Effektivität der Legitimation ist das Zusammenspiel zwischen organisatorisch-personeller und sachlich-inhaltlicher Legitimation, s. *Gersdorf*, *Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Wirtschaftlichkeitsprinzip*, 2000, S. 171; *Emde*, *Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung*, 1991, S. 328.

nach Weisung der Regierung handeln und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen.“<sup>48</sup> Die Erfüllung der staatlichen Aufgaben muss damit auch nach ihrem Inhalt auf den Willen des Volkes rückführbar sein.<sup>49</sup> Dies bedeutet u. a., dass die Ausübung der Hoheitsgewalt gesetzeskonform sein<sup>50</sup> und dem Volk und Parlament gegenüber verantwortet werden muss.<sup>51</sup> Die Kommunen müssen daher ihrem Legitimationsgeber gegenüber Rechenschaft über die konkrete Aufgabenwahrnehmung ablegen und für diese einstehen.<sup>52</sup> Zur Erfüllung dieser Verantwortung ist ein effektives Einwirkungs- und (parlamentarisches)<sup>53</sup> Kontrollsystem der Kommunen notwendig.<sup>54</sup> Das Kommunalparlament muss zumindest bei wesentlichen Entscheidungen – d. h. bei strategisch wichtigen Entscheidungen<sup>55</sup> des Unternehmens – die Rückführbarkeit auf das Wahlvolk garantieren.<sup>56</sup> Der politische Wille des Gemeinderates als kommunale Volksvertretung soll auf diese Weise in wesentlichen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sichergestellt werden.<sup>57</sup> In personeller Hinsicht müssen die kommu-

---

48 BVerfGE 107, 59 (87).

49 Gersdorf, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, S. 33; Pielow, in: FS Ipsen, 2000, 725 (734); s. a. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 43.

50 Schließlich beinhaltet die „sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation“, dass die Staatsgewalt nur in dem Rahmen handelt, den das Parlament als unmittelbar demokratisch legitimiertes Organ durch die Gesetze vorgegeben hat, Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 66; s. a. Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Band III, 92. EL, August 2020, Art. 20 II. Rn. 122.

51 BVerfGE 9, 268 (281); 83, 60 (72); Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 135; Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 43; Katz, Kommunale Wirtschaft, 2. Aufl. 2017, Teil 1 Rn. 126.

52 Vgl. Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 66; Scheuner, in: FS G. Müller, 1970, 379 (384 f.). Wilke bezeichnet dies als „sanktionsrechtliche Verantwortung“, s. ders., DÖV 1975, 509 (512); s. a. Engel, Rechtstheorie 32 (2001), S. 39.

53 von Danwitz, AöR 1995, 595 (606); Brenner, AöR 2002, 222 (226 f.).

54 Pielow, in: FS Ipsen, 2000, 725 (734); Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 66; Katz, Kommunale Wirtschaft, 2. Aufl. 2017, Teil 1 Rn. 127; von Danwitz, AöR 1995, 595 (606 f.); Brenner, AöR 2002, 222 (226 f.).

55 Katz, Kommunale Wirtschaft, 2. Aufl. 2017, Teil 1 Rn. 59, 126.

56 Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 66; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 137; Ehlers, JZ 1987, 218 (224, 226); kritisch in Bezug auf die Beschränkung der Ingerenz auf das „Wesentlichkeitskriterium“ hingegen von Danwitz, AöR 1995, 595 (605).

57 Brenner, AöR 2002, 222 (233).

nalen Unternehmen folglich so ausgestaltet sein, dass die Kommunen in der Lage sind, diese Kontroll- und Einwirkungspflichten durch ihre Verwaltungsspitzen vorzunehmen.<sup>58</sup> Dies bedeutet sogleich ein Verbot an die Kommunen, sich durch eine Delegation von Verwaltungsaufgaben auf Stellen außerhalb ihres Einfluss- und Kontrollbereichs dieser Verantwortlichkeit zu entziehen.<sup>59</sup> Es darf kein vom parlamentarischen Gesetzgeber nicht kontrollierbares Verwaltungshandeln entstehen.<sup>60</sup>

Eine solche Steuerungs- und Kontrollpflicht schließt eigene Entscheidungsspielräume der kommunalen Unternehmen und ihrer Leitungsorgane aber nicht aus.<sup>61</sup> Ihnen kommt vielmehr ein großer Ermessensspielraum für die konkrete Ausgestaltung dieser Einwirkungs- und Kontrollmechanismen zu.<sup>62</sup> Bei der Wahrnehmung der Entscheidungsspielräume ist als verfassungsrechtlicher Mindeststandard des Demokratieprinzips das Letztentscheidungsrecht für besonders wichtige Angelegenheiten einzuhalten.

## b. Rechtsstaatsprinzip

Dem in Art. 20 Abs. 3 GG normierten<sup>63</sup> Rechtsstaatsprinzip kommt mit Blick auf die verfassungsrechtliche Verankerung der Ingerenzpflicht eine wichtige Bedeutung zu.<sup>64</sup> Indem Art. 20 Abs. 3 GG die vollziehende Ge-

---

58 Eblers, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Kap. B Rn. 61; Brenner, AöR 2002, 222 (227).

59 Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 66 f.; Spannowsky, ZGR 1996, 400 (412, 414 f.); Brenner, AöR 2002, 222 (227); s. a. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 136 f.

60 Spannowsky, ZGR 1996, 400 (412). Das heißt es darf, „keine vom Volk nicht legitimierten (und kontrollierten) Bereiche verwaltender Tätigkeit“ geben, NRW VerfGH, Urteil vom 15.9.1986, Az. 17/85, NVwZ 1987, 211 (212).

61 BVerfGE 93, 37 (70); s. a. Eblers, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Kap. B Rn. 61; Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG, Band 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 133; Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 66; Katz, Kommunale Wirtschaft, 2. Aufl. 2017, Teil 1 Rn. 115; Brenner, AöR 2002, 222 (233).

62 Vgl. BVerfGE 83, 60 (72); 89, 155 (182); Gersdorf, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, S. 173.

63 Das Rechtsstaatsprinzip ist darüber hinaus auch in Art. 1 Abs. 3 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG verankert.

64 Brenner, AöR 2002, 222 (225).

walt und damit auch die Kommunen als Teil der Exekutive<sup>65</sup> an Gesetz und Recht bindet, ergibt sich eine grundsätzliche Bindung der Gemeinden<sup>66</sup> und ihrer wirtschaftlichen Unternehmen<sup>67</sup> an die Rechtsordnung. Diese Bindung folgt im Bereich kommunaler Selbstverwaltung auch aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG. Die Vorschrift normiert, dass die Selbstverwaltung nur „im Rahmen der Gesetze“ zulässig ist. Damit unterliegt die kommunale Wirtschaft bei der Wahrnehmung kommunaler Selbstverwaltungsaufgaben dem Gesetzesvorbehalt des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG.<sup>68</sup> Eine Auslagerung in private Rechtsformen führt nicht zu einer Aufhebung dieser Bindungen, sondern lässt diese unverändert fortbestehen.<sup>69</sup> „Nimmt die Verwaltung in den Formen des Privatrechts Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr, so werden die Normen des Privatrechts durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert [...]. Dabei besteht Einigkeit darin, daß die Verwaltung im Bereich des Verwaltungsprivatrechts<sup>70</sup> nicht nur die Grundrechte zu beachten hat, sondern weitergehenden Bindungen unterworfen ist.“<sup>71</sup> Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht in seiner „Fraport-Entscheidung“ im Jahr 2011 festgestellt, dass unabhängig von der Aufgabe des Unternehmens – im Bereich der Daseinsvorsorge oder wirtschaftlichen Betätigung – selbst die von der öffentlichen Hand beherrschten ge-

---

65 BVerfGE 65, 283 (289); zur Gemeindevertretung als Organ der Verwaltung s. BVerfGE 120, 82 (112); BVerfGE 90, 359 (362); s. a. *Hellermann*, in: Epping/Hilgruber (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2020, Art. 28 Rn. 22; *Mehde*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Band III, 92. EL, August 2020, Art. 28 II. Rn. 12.

66 *Brenner*, AöR 2002, 222 (225).

67 „Die Führung wirtschaftlicher Unternehmen [gehört] unabhängig von der Rechtsform dieser Unternehmen zum Funktionsbereich der vollziehenden Gewalt“, *Mann*, die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 69.

68 Ausführlich zu diesem Gesetzesvorbehalt: *Pielow*, *Autonomía Local in Spanien und Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland*, 1993, S. 225 f.

69 *Grünwald*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), *Energierrecht*, 108. EL, September 2020, Nr. 200 Rn. 59; *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider, *VwGO*, 39. EL, Juli 2020, § 40 Rn. 247; *Kaltenborn*, in: Oppenländer/Trölitczsch (Hrsg.), *Prax-HdB der GmbH-Geschäftsführung*, 3. Aufl. 2020, § 47 Rn. 2; *Ehlers*, *JZ* 1990, 1089 (1091); so auch bereits *von Gamm*, *GRUR* 1959, 303 (304).

70 Bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in zivilrechtlichen Handlungsformen spricht man auch vom sog. „*Verwaltungsprivatrecht*“, s. etwa *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Band V, 92. EL, August 2020, Art. 83 Rn. 103; *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *VwGO*, 39. EL, Juli 2020, § 40 Rn. 248; *Badura*, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 4. Aufl. 2011, Rn. 238; ausführlich *von Danwitz*, AöR 1995, 595 (601 f.).

71 BGHZ 91, 84 (96 f.); speziell für die Anwendung des Gleichheitssatzes, BGHZ 52, 325 (328 f.); BVerwG NVwZ 1990, 754.

mischwirtschaftlichen Unternehmen in Privatrechtsform sowie im Alleineigentum des Staates stehende öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform einer unmittelbaren Grundrechtsbindung unterliegen.<sup>72</sup> Während die Grundrechtsbindung für kommunale Unternehmen als Teil der Exekutive bereits aus Art. 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 GG folgt,<sup>73</sup> bestehen über Art. 20 Abs. 3 GG noch zahlreiche weitere einfachgesetzliche Bindungen. Diese ergeben sich u. a. aus den verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Zuständigkeits-, Kompetenz- und Aufgabenbestimmungen, dem Haushaltsrecht, dem Wettbewerbs-<sup>74</sup> und Kartellrecht.<sup>75</sup> Bindungen ergeben sich darüber hinaus auch aus dem Unionsrecht, wie z. B. den Grundfreiheiten oder den Unionsgrundrechten,<sup>76</sup> sobald die Kommunen einen beherrschenden Einfluss auf ein Unternehmen ausüben.<sup>77</sup> Die Kommunen müssen folglich ihre Einwirkungs- und Kontrollrechte dergestalt wahrnehmen, dass sie durch die Ausübung ihrer Rechte eine rechtstaatliche Aufgabenerfüllung garantieren können.<sup>78</sup>

Darüber hinaus ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip das Erfordernis, dass die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen von einem „öffentlichen Zweck“ getragen werden muss.<sup>79</sup> Ein öffentlicher Zweck liegt immer

---

72 BVerfGE 128, 226 (244 ff.); *Lange*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2019, Kap. 14 Rn. 181; *Hartmann/Zwirner*, in: Hartmann/Zwirner (Hrsg.), PCGK des Bundes, 2015, Kap. I Rn. 29 ff. Kritisch für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen *Eblers*, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Kap. B Rn. 70.

73 *Mann*, die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, 286; *Eblers*, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Kap. B Rn. 70 ff.

74 S. zum EU-Wettbewerbsrecht *Eblers*, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Kap. B Rn. 15 ff.

75 *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht, Band 1, 12. Aufl. 2007, § 23 Rn. 32 ff.

76 Letztere haben jedoch für den Handlungsspielraum kommunaler Unternehmen kaum eigenständige Bedeutung, da die Unionsgrundrechte i.d.R. nicht weiter gehen als die nationalen Grundrechte oder die Grundrechte der EMRK, s. *Eblers*, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Kap. B Rn. 14.

77 EuGH, Urteil vom 12.12.1990, Rs. C-302/88 – Hennen Olie BV/Stichting Interim Centraal Orgaan Voorraadvorming Aardolieprodukten and State of the Netherlands, ECLI:EU:C:1990:455, Rn. 14 ff.

78 Teilweise wird dies auch als „rechtstaatlich begründete Garantenstellung“ bezeichnet, *Brenner*, AöR 2002, 222 (226); s. a. *von Danwitz*, AöR 1995, 595 (605); *Püttner*, DVBl 1975, (353) 354.

79 *Eblers*, JZ 1990, 1089 (1091); *Säcker*, in: FS Lieberknecht, 1997, 107 (110); *Grünewald*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 108. EL, September 2020,

dann vor, wenn die Betätigung der Kommune durch Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden kann.<sup>80</sup> Eine abschließende Aufzählung dieser Gemeinwohlbelange ist dabei nicht möglich,<sup>81</sup> da den Kommunen ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Erfüllung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft zukommt.<sup>82</sup> Im Gewährleistungsstaat konkretisiert sich infolge der Gemeinwohlbindung die staatliche Pflicht zur Gewährleistung auf die Sicherstellung der Gemeinwohlziele, deren Einhaltung im Nachhinein kontrolliert werden kann.<sup>83</sup> Im Hinblick auf den Maßstab der

---

Nr. 200 Rn. 59. Insofern handelt es sich bei den Vorschriften der Gemeindeordnungen die als Voraussetzung wirtschaftlichen Handelns einer Kommune die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks vorsehen, lediglich um eine „*einfachrechtliche Bekräftigung bereits verfassungsrechtlich fundierter Maßgaben*“, Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 88 f.; s. a. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 293 f.

- 80 Tietje, Die Neuordnung des Rechts wirtschaftlicher Betätigung und privatrechtlicher Beteiligung der Gemeinden, 2002, S. 89; Ehlers, DVBl 1998, 497 (498); Jarass, DÖV 2002, 489; Krölls, GewArch 1992, 281 (286). Das BVerfG sieht das Gemeinwohl als zentralen Inhalt des Staates an: „*Das Grundgesetz hat nicht eine virtuell allumfassende Staatsgewalt verfaßt, sondern den Zweck des Staates materialiter auf die Wahrung des Gemeinwohls beschränkt, in dessen Mitte Freiheit und soziale Gerechtigkeit stehen.*“, BVerfGE 42, 312 (332). Mann spricht in diesem Zusammenhang von „*vor-verfassungsmäßiger allgemeiner Legitimationsgrundlage aller Staatlichkeit*“; s. ders., JZ 2002, 819 (820); andere sprechen vom Gemeinwohl als konstituierendem Element des Rechtsstaates, m.w.N. Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 293.
- 81 Ausführlich zur Gemeinwohlkonkretisierung siehe allerdings Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 294 ff.
- 82 Ehlers, JZ 1990, 1089 (1091); Jarass, DÖV 2002, 489 (490); Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 208. Eine beispielhafte Auflistung findet sich im Urteil des OVG Schleswig-Holstein vom 11.07.2013, Az. 2 LB 32/12, juris Rn. 91. Aufgrund dieses weiten Gestaltungsspielraums stellt sich die Frage, inwieweit die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks überhaupt eine Einschränkung der Wirtschaftstätigkeit der Kommunen darstellen kann. Schließlich kann fast jeder Zweck in irgendeiner Art dem Wohl der Allgemeinheit dienen. Nach überwiegender Auffassung soll eine Grenze jedoch dort erreicht sein, wo es der Kommune einzig um die Gewinnerzielung selbst geht, die konkrete Tätigkeit des Unternehmens gleichzeitig aber nicht unmittelbar dem Wohl der örtlichen Gemeinschaft dient, OVG Schleswig-Holstein, a. a. O., juris Rn. 90; Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 4. Aufl. 2011, Rn. 243; Tietje, Die Neuordnung des Rechts wirtschaftlicher Betätigung und privatrechtlicher Beteiligung der Gemeinden, 2002, S. 90, 91; ausführlich zu dieser Problematik Jarass, DÖV 2002, 489 ff.
- 83 Franzius, in: Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat, 2005, 53; v. Mutius, in: GÖWG (Hrsg.), Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Band 2, 1982, 25 (33 f.); Säcker spricht in diesem Zusammenhang von „*Aufgabenerfüllungskontrolle*“; ders,

Steuerung kommunaler Unternehmen reicht es dabei nicht aus, dass die Betätigung des Unternehmens lediglich einem öffentlichen Zweck dient. Es muss vielmehr auch im Sinne dieses öffentlichen Zwecks agiert und entschieden, d. h. „*kommunales Gemeinwohl gelebt*“ werden.<sup>84</sup> Für eine wirksame Kontrolle der Erfüllung des öffentlichen Zwecks ist schließlich eine genaue Definition der verfolgten Gemeinwohlbelange notwendig.<sup>85</sup> Die Berufung auf die Verfolgung eines nicht näher definierten öffentlichen Zwecks genügt nicht, da eine Erfolgskontrolle im Sinne einer „*Ziel- und Zielerreichungskontrolle*“ sonst nicht möglich ist.<sup>86</sup>

Schließlich ergibt sich eine Einwirkungspflicht des Staates auch aus seiner Schutzpflicht gegenüber den Trägern von Grundrechten. Eine solche Schutzpflicht besteht, wenn nur durch Einwirkung auf das jeweilige Unternehmen der Grundrechtsschutz des Einzelnen gewahrt werden kann.<sup>87</sup> Im Rahmen ihrer gemeinwohlorientierten Aufgabenerfüllung sind die Kommunen ihren Einwohnerinnen und Einwohnern und ihren Bürgerinnen und Bürgern gegenüber zur Gewährleistung bestimmter Rechte verpflichtet.<sup>88</sup> Eine Gewährleistungspflicht findet sich insbesondere in der Leistungsverwaltung wieder.<sup>89</sup> Beim Betrieb öffentlicher Einrichtungen durch ein kommunales Unternehmen muss die Kommune bspw. ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Verschaffungsanspruch auf Zugang zu diesen öffentlichen Einrichtungen gewährleisten können.<sup>90</sup> Die Erfüllung der Gewährleistungspflicht ist nur durch effektive Einwirkungs- und Kontrollmechanismen möglich. Die Kommunen haben daher die Pflicht – unabhängig von der Organisationsform des Unternehmens – solche Struk-

---

in: FS Lieberknecht, 1997, 107 (110); *Schulze-Fielitz* verwendet den Begriff der „*Sicherstellungsverantwortung*“, *ders.*, in: Hennecke (Hrsg.), *Organisation kommunaler Aufgaben*, 1998, 223 (241); kritisch zur Festlegung von Zielen für öffentliche Unternehmen hingegen *v. Loesch*, in: GÖWG (Hrsg.), *Kontrolle öffentlicher Unternehmen*, Band 2, 1982, 47 (55).

84 *Katz*, *Kommunale Wirtschaft*, 2. Aufl. 2017, Teil 1 Rn. 59.

85 Vgl. *Franzius*, in: Schuppert (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat*, 2005, 53.

86 *Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1091).

87 *Spannowsky*, ZGR 1996, 400 (413).

88 Näheres zu den Begriffen und zur Differenzierung zwischen Bürgern und Einwohnern s. *Gern/Brüning*, *Deutsches Kommunalrecht*, 4. Aufl. 2019, Rn. 720 ff.

89 *S. Badura*, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 4. Aufl. 2011, Rn. 239.

90 *von Danwitz*, AÖR 1995, 595 (606). Ein in diesem Zusammenhang wiederkehrender Streitpunkt ist die Gewährung des Zugangs politischer Parteien zu kommunalen Einrichtungen wie Mehrzweckhallen, Stadthallen, Kulturzentren, o.ä., s. mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung *Köster*, *KommJur* 2007, 244 ff.; s. a. VGH München, NVwZ 1995, 812 f.