

1. Rechtsgrundlagen

Das in den Gemeindeordnungen weitgehend einheitlich geregelte Gemeindegewirtschaftsrecht normiert in Anlehnung an § 67 Abs. 1 DGO Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden (vgl. Art. 89 Abs. 1 Bay; §§ 102 Abs. 1 BW; 100 Abs. 2 Bran; 121 Abs. 1 Hess; 68 Abs. 1 MeVo; 108 Nds; 107 NRW; 85 Abs. 1 RhPf; 108 Abs. 1 Saarl; 97 Abs. 1 Sachs; 116 Abs. 1 SachsAn; 101 Abs. 1 SchlH; 71 Thür).

Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde ist Bestandteil des Selbstverwaltungsrechts (vgl. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG) und wird unter den Begriff der „Daseinsvorsorge“ eingeordnet. Bei dieser Aufgabenerfüllung muss sich die Gemeinde im Rahmen ihrer sachlichen und örtlichen Zuständigkeit bewegen. Andererseits steht es aber im Ermessen der Gemeinde, beispielsweise die Wasserversorgung als Maßnahme der **Daseinsvorsorge** entweder mit den Gestaltungsmöglichkeiten des öffentlichen Rechts oder in den Formen des Privatrechts zu betreiben (vgl. hierzu BGH, WM 1991, 581, DVBl. 1992, 369 [370]).

Eine Hauptform wirtschaftlicher Betätigung ist der Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens durch die Gemeinde. Wirtschaftliche Unternehmen sind von nichtwirtschaftlichen Einrichtungen, teilweise auch Hoheitsbetriebe genannt, abzugrenzen.

2. Wirtschaftliche Unternehmen – Nichtwirtschaftliche Einrichtungen

2.1 Wirtschaftliche Unternehmen

Der Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens ist in den meisten Gemeindeordnungen nicht definiert (Ausnahme: § 107 Abs. 1 Satz 2 GO NRW). Dies entspricht dem rein praktischen Bedürfnis, der fortschreitenden Entwicklung im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung der kommunalen Gebietskörperschaften Raum zu lassen. Wirtschaftliche Unternehmen lassen sich wie folgt definieren:

Wirtschaftliche Unternehmen sind rechtlich selbstständige oder unselbstständige Zusammenfassungen persönlicher und sächlicher Mittel in der Hand von Rechtsträgern zum Zwecke der Teilnahme am Wirtschaftsverkehr, d.h. zum Zwecke des Handelns mit dem Ziele der Produktion und des Umsatzes von Gütern und Dienstleistungen mit der regelmäßigen Absicht der Gewinnerzielung.

Der gemeinderechtliche Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens basiert auf diesem Begriff. Hiernach sind kommunale wirtschaftliche Unternehmen Wirtschaftseinheiten der Gemeinde in diesem Sinne, die auch von privaten Rechtsträgern betrieben werden (vgl. BVerwGE 39, 329 [333]).

Diese Definition geht wörtlich auf die Ausführungsanweisung zu § 67 Deutsche Gemeindeordnung (DGO) zurück (vgl. Surén/Loschelder „Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935“, Band II [1940], 87 f.) und ist nach wie vor zutreffend.

Wirtschaftliche Unternehmen können **auch öffentliche Einrichtungen** i.S. des Gemeinderechts sein. Beide Begriffe schließen sich nicht aus (so auch Frotzcher, HdkWP 2. Aufl., Band 3, 140; VGH BW, NVwZ 1991, 583 Stromversorgung; VGH Kassel DÖV 1993, 206).

Die **Rechtsform**, in der das wirtschaftliche Unternehmen betrieben wird, ist **für die Qualifikation ohne Bedeutung**.

2.2 Nichtwirtschaftliche Einrichtungen

Unternehmen, die vorgenannte Zwecke nicht verfolgen, sind **Hoheitsbetriebe** (ausdrücklich gestattete, fiktiv nicht als wirtschaftliche Unternehmen geltende Einrichtungen).

Kraft ausdrücklicher Bestimmung sind nach den Gemeindeordnungen – allerdings mit Unterschieden – **keine kommunalen wirtschaftlichen Unternehmen**

- Unternehmen, zu deren Betrieb die Gemeinde **gesetzlich** verpflichtet ist. Hier wird der vorrangige öffentliche Zwecke unterstellt.

- Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der Kunstpflege, der körperlichen Ertüchtigung, der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege sowie öffentliche Einrichtungen ähnlicher Art. Hier wird der öffentliche Zweck vermutet.
- Hilfsbetriebe, die ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen

(vgl. §§ 103 Abs. 2 BW; 121 Abs. 2 Hess; 68 Abs. 2 MeVo; 108 Abs. 3 Nds; 107 Abs. 2 NRW; 85 Abs. 3 RhPf; 108 Abs. 2 Saarl; 97 Abs. 2 Sachs; 116 Abs. 3 SachsAn; 101 Abs. 2 SchlH).

Bayern, Brandenburg und Thüringen treffen hierzu keine Regelung, so dass dort die kommunalwirtschaftliche Betätigung nicht als nichtwirtschaftliche Einrichtung erfolgen kann, sondern sich immer als wirtschaftliches Unternehmen darstellt.

Bei diesen Unternehmen gehen die Gemeindeordnungen in traditionalistischer Sichtweise davon aus, dass die begriffskonstituierenden Merkmale des wirtschaftlichen Unternehmens, insbesondere das Handeln mit dem Ziel der Produktion und des Umsatzes von Gütern mit Gewinnerzielungsabsicht typischerweise nicht gegeben sind.

Es sollen deshalb auch die Regeln über wirtschaftliche Unternehmen nicht bzw. nur eingeschränkt gelten (kritisch Schoch DÖV 1993, 377), d.h. die besonderen Zulässigkeitschranken kommunaler Wirtschaftstätigkeit (Nr. 3) sind fiktiv ausgeschlossen (Ausnahmen: Bayern, Brandenburg, Thüringen).

Allerdings sind auch diese Unternehmen und Einrichtungen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten, d.h. unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes zu führen.

2.3 Verbotene wirtschaftliche Unternehmen

Hinsichtlich der Erwähnung verbotener wirtschaftlicher Unternehmen sind die Gemeindeordnungen zurückhaltend. Übereinstimmend ist es den Gemeinden untersagt, Bankunternehmen zu errichten und zu betreiben. Für das öffentliche Sparkassenwesen gelten die dafür erlassenen Sparkassengesetze.

3. Zulässigkeitsvoraussetzungen

Zur Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit sehen die Gemeindeordnungen im Anschluss an § 67 DGO drei wesentliche Zulässigkeitsvoraussetzungen vor, die mit den Stichworten

- „öffentlicher Zweck“,
- „Leistungsfähigkeitsbezug“ und
- „Subsidiaritätsklausel“

umschrieben werden können.

Keine Anwendung findet die sog. „Schrankentrias“ auf fiktiv nicht als wirtschaftliche Unternehmen geltende nichtwirtschaftliche Einrichtungen.

Die einzelnen Kriterien der Schrankentrias entziehen sich einer eindeutigen Begriffsbestimmung, weil zum Teil unbestimmte, „abstrakt schwer fassbare“ Gesetzesbegriffe verwendet werden.

3.1 Öffentlicher Zweck

Dies gilt zunächst für das Erfordernis, wonach das Unternehmen durch einen „**öffentlichen Zweck**“ gerechtfertigt sein muss. Insoweit besteht jedoch weitgehend Einigkeit, dass ein öffentlicher Zweck dann gegeben ist, wenn zum Nutzen der Bevölkerung der kommunalen Gebietskörperschaft gehandelt wird.

Bei dem „öffentlichen Zweck“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum. Die Kommunen sind nach den Gemeindeordnungen verpflichtet, das Wohl ihrer Einwohnerschaft zu fördern. Diese Aufgaben können die Kommunen auch durch wirtschaftliche Betätigung erfüllen. Worin die Kommunen eine Förderung des allgemeinen Wohls ihrer Einwohnerschaft erblicken, ist hauptsächlich der Anschauung und Entschliebung ihrer maßgebenden Organe überlassen und hängt von den örtlichen Verhältnissen, finanziellen Möglichkeiten, Bedürfnissen der Einwohnerschaft und anderen Faktoren ab. Die Beurteilung des „öffentlichen Zwecks“ ist daher der Beurteilung durch den Richter weitgehend entzogen. Bei der Prüfung des „öffentlichen Zwecks“ im Verwaltungsprozess ist zunächst darauf abzustellen, welche Aufgaben die Gemeinden herkömmlicherweise erfüllen. Dazu gehören beispielsweise vor allem die Versorgungs- und Verkehrsbetriebe.

Ein öffentlicher Zweck liegt allerdings dann **nicht** vor, wenn die Gewinnerzielung das einzige Ziel ist, mit dem das Unternehmen betrieben wird. Das gilt auch dann, wenn die Gewinnerzielung der Entlastung des Gemeindefinanzhaushalts und der Finanzierung anderer dringender Gemeindeaufgaben dient.

Die Gemeinde darf – mit Blick auf den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz – auch keine wirtschaftlichen Unternehmen schaffen, **die am Bedarf vorbeigehen**. Es sind daher, auf längere Sicht gesehen, sowohl Unter- als auch Überkapazitäten zu vermeiden. Die Frage, ob die aus Gründen der Kapazitätsauslastung vorgesehenen Tätigkeiten durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein können, ist differenziert zu beantworten:

- Soweit es um sinnvolle und untergeordnete Nebengeschäfte geht, die dazu dienen, freie Kapazitäten vorübergehend d.h. so lange, wie sie nicht an den Bedarf angepasst werden können zu nutzen, sind diese grundsätzlich unter dem Aspekt des öffentlichen Zwecks zulässig, wenn sie in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigten unternehmerischen Haupttätigkeit stehen.
- Wenn aber der Bereich der ergänzenden, unselbstständigen Nebennutzung verlassen wird, wenn gar neue Kapazitäten aufgebaut werden, liegt eine eigenständige Dienstleistung vor.

Sind genügend privatrechtliche Unternehmen vorhanden, die den Bedarf decken, ist die Errichtung kommunaler Unternehmen unzulässig. **Brandenburg** (§ 101 Abs. 4) und **Thüringen** (§ 71 Abs. 1 Ziff. 3) schreiben zur Klärung des Bedarfs ein **Markterkundungsverfahren** vor.

3.2 Leistungsfähigkeit

Durch die zweite Voraussetzung, den sog. **Leistungsfähigkeitsbezug**, sollen die Kommunen vor Aktivitäten geschützt werden, die ihre Verwaltungs-, insbesondere ihre Finanzkraft überfordern bzw. die erzielbaren Vorteile aufwiegen. Dementsprechend formulieren die Gemeindeordnungen, dass das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinden stehen muss. Da diese Kautel lediglich die allgemeine Leistungsgrenze aufgreift, die an sich bereits in der Definition der gemeindlichen Aufgaben enthalten ist („Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“), wird in der Literatur hierzu zutreffend angemerkt, dass sie nur dann einen eigenständigen Sinn habe, wenn sie als besonders nachdrücklicher Appell an die beschließende Kommunalverwaltung verstanden werde, die geplante Initiative gezielt und erneut unter diesem Gesichtspunkt zu überprüfen. Hier wird aber der Kommune bzw. ihrem Beschlussorgan ein weiter Beurteilungsspielraum zugebilligt und die getroffene Entscheidung nur im Falle einer offenkundigen Fehleinschätzung, bei Ermittlungsdefizit oder Abwägungsausfall, als rechtswidrig angesehen.

3.3 Subsidiaritätsklausel

Die mit Ausnahme von Hessen in den Gemeindeordnungen enthaltene **Subsidiaritätsklausel** verlangt, dass die gleiche Aufgabe nicht durch andere (staatlich oder privat) besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann. Schutzrichtung und Schutzintensität dieser Schranke sind streitig. Einigkeit besteht allerdings insoweit, dass die Kommunen nicht ungehindert in Konkurrenz zur Privatwirtschaft treten dürfen. Als Anhaltspunkte für die bessere Aufgabenerfüllung werden vor allem die Zuverlässigkeit und die örtlich und sozial gleichmäßige Versorgung der Einwohner angesehen. Auch die Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung und die Qualität der Leistung sind zu berücksichtigen, obwohl gerade diese Funktionen schwer zu vergleichen sind. Hinsichtlich der einzelnen Merkmale wird den Gemeinden im Übrigen auch im Falle der Subsidiaritätsklausel überwiegend ein Beurteilungsspielraum zugestanden. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Subsidiaritätsklausel bezweckt, dass sich die öffentliche Hand auf ihre eigentlichen Aufgaben konzentriert (kommunalpolitische Komponente) und keine mit der Unternehmertätigkeit am Markt verbundene Risiken eingeht (haushalts- und finanzpolitische Komponente).

Besonders präzisieren Art. 89 Abs. 1 Bay und § 71 Thür den Subsidiaritätsgedanken. Hiernach dürfen kommunale Wirtschaftsunternehmen keine wesentliche Schädigung bestimmter selbstständiger privater Betriebe verursachen.

Literatur: Faber, DVBl. 1991, 1133 mwN.

Der Zweck der dargestellten Gesetzesregelungen besteht darin,

- die Kraft der Gemeinden auf die Erfüllung ihrer eigentlichen Aufgaben als Träger öffentlicher Verwaltung zu konzentrieren, das ist die **kommunalpolitische Zielsetzung**,
- die Gemeinden mit ihrer wirtschaftlichen Betätigung primär auf eine ergänzende Rolle zu beschränken und der Privatwirtschaft keine Verdrängungskonkurrenz zu machen, das ist **wirtschaftspolitische Zielsetzung**,
- die Gemeinden vor übermäßigen wirtschaftlichen Risiken zu bewahren, das ist die **finanzpolitische Zielsetzung**.

Rheinland-Pfalz hat seit April 1998 eine (verschärfte) Subsidiaritätsklausel, deren Verfassungsmäßigkeit der VerfGH RhPf bestätigt hat. Danach darf die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann (§ 85 Abs. 1 Nr. 3).

3.4 Sonderregelungen

Einschränkende **Sonderregelungen** gelten in den einzelnen Bundesländern für **wirtschaftliche Unternehmen in Privatrechtsform** (sog. Organisationsprivatisierung). Hiernach ist eine **Einrichtung, Übernahme, Erweiterung und Beteiligung** an einem solchen Unternehmen **nur zulässig, wenn**

- ein wichtiges Interesse der Gemeinde vorliegt und der von der Gemeinde damit angestrebte **Zweck nicht ebenso gut auf andere Weise erfüllt wird oder erfüllt werden kann** (§§ 109 Saarl; 102 SchlH),
- der öffentliche Zweck des Unternehmens **nicht ebenso gut durch einen Eigenbetrieb** erfüllt wird oder erfüllt werden kann (Art. 91 Bay; §§ 103 BW; 69 MeVo; 117 Abs. 1 Nr. 2 SachsAn; 73 Abs. 1 Nr. 3 Thür),
- durch Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags oder Satzung **sichergestellt** ist, dass der **öffentliche Zweck** des Unternehmens **erfüllt wird** (§§ 103 BW; 102 Bran; 69 MeVo; 87 RhPf; 96 Sachs; 117 Abs. 1 SachsAn),
- die Gemeinde einen angemessenen **Einfluss**, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens erhält (§§ 103 BW; 102 Bran; 122 Hess; 69 MeVo; 87 RhPf; 109 Saarl; 96 Sachs; 117 Abs. 1 SachsAn; 102 SchlH),
- die **Haftung** der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird (Art. 91 Bay; §§ 103 BW; 102 Bran; 122 Hess; 69 MeVo; 109 Nds; 89 NRW; 87 RhPf; 109 Saarl; 96 Sachs; 117 Abs. 1 SachsAn; 102 SchlH; 75 Thür),
- gewährleistet ist, dass der **Jahresabschluss** und der **Lagebericht** entsprechend der für große Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften des Dritten Buchs des **HGB** aufgestellt und geprüft werden (§§ 105 Bran; 73 MeVo; 122 Hess; 89 NRW; 109 Saarl; 102 SchlH; 75 Abs. 4 Thür),
- die Gemeinde sich nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unangemessener Höhe verpflichtet (§ 109 Nds).

3.5 Örtlichkeitsprinzip

3.5.1 Als weitere, nicht in allen Gemeindeordnungen enthaltene Voraussetzung ist das Örtlichkeitsprinzip, das sich aus Art. 28 Abs. 2 GG ergibt, zu beachten.

Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet den Gemeinden einen grundsätzlich alle örtlichen Angelegenheiten umfassenden Aufgabenbereich sowie die Befugnis zur eigenverantwortlichen Führung der Geschäfte in diesem Bereich. Gefordert wird eine spezifische Ortsbezogenheit. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ist allerdings nicht nur eine die Gemeinden schützende Garantienorm, sondern zugleich eine Umschreibung der begrenzten Verbandskompetenz der Gemeinden in räumlicher und sachlicher Hinsicht. Die Norm enthält eine vertikale und eine horizontale Abgrenzung von Aufgabenbereichen; vertikal, in dem die Zuständigkeitskonkurrenz zwischen Gemeinden und Staat einschließlich des Verhältnisses zwischen Gemeinde und Kreis geregelt wird, und horizontal, in dem die Zuständigkeitsbereiche der einzelnen Gemeinden untereinander abgegrenzt werden (Örtlichkeitsprinzip im räumlichen Sinne). Diese Grundsätze gelten auch bei der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden. Daher haben auch kommunale Unternehmen einen Zuständigkeitsbereich, der durch die Gemeindegrenzen gekennzeichnet ist.

Die Frage ist, ob der jeweilige Landesgesetzgeber befugt ist, für die kommunalwirtschaftliche Betätigung in den Gemeindeordnungen auf das Örtlichkeitsprinzip zu verzichten. Bayern und Nordrhein-Westfalen haben das Örtlichkeitsprinzip eingeschränkt. Ehlers (NWVBl. 2000 S. 7), Lux (NWVBl. 2000 S. 7), Held (NWVBl. 2000 S. 201) und Löwer (NWVBl. 2000 S. 241) haben sich hierzu kritisch geäußert. Wenn man davon ausgeht, dass bereits Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG die Gemeinden bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung auf das Gemeindegebiet beschränkt und demzufolge Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG auch eine Kompetenzgrenze für den Landesgesetzgeber darstellt, könnte der Landesgesetzgeber keine Ausnahmen zulassen. Der Präsident des BVerfG hat das allerdings in einem Vortrag vor der Landesversammlung des Bayerischen Gemeindetags am 24.10.2002 in Freising verneint. Er hat insbesondere auf die Rastede-Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 1988 verwiesen und ausgeführt, der Landesgesetzgeber könne den Gemeinden auch solche Aufgaben zuordnen, die keinen oder keinen relevanten örtlichen Charakter besäßen. Ob der jeweilige Landesgesetzgeber von dieser Möglichkeit Gebrauch mache, sei eine rechtspolitische Frage, die nach politischen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten entschieden werden müsse.

3.5.2 Der Örtlichkeitsgrundsatz bedeutet jedoch nicht, dass kommunale Unternehmen in jedem Fall ihre Tätigkeiten mit dem Erreichen der Gemarkungsgrenze einstellen müssen. Interkommunale Zusammenarbeiten sind zulässig.

Voraussetzung für eine interkommunale Zusammenarbeit ist, dass es um eine gemeinsame Aufgabenerfüllung und um Bedürfnisse geht, die in allen beteiligten örtlichen Gemeinschaften wurzeln.

Es muss um Angelegenheiten überörtlichen Charakters in dem Sinne gehen, dass sie „mehr-örtlich“ sind, nicht aber um „über-örtliche“ Angelegenheiten in dem Sinne, dass keine spezifische örtliche Betroffenheit vorhanden ist.

Die interkommunale Zusammenarbeit kann in unterschiedlicher Form realisiert werden. Es können Zweckverbände gebildet oder öffentlich-rechtliche Vereinbarungen abgeschlossen werden; Kommunen können sich auch einer Rechtsform des privaten Rechts bedienen.

4. In welcher Rechtsform sind die Unternehmen zu führen?

Aus der Stellung kommunaler Wirtschaftsunternehmen zwischen der Wirtschaft einerseits und der Erfüllung öffentlicher Aufgaben andererseits gilt es, bei der Wahl der Organisationsformen jeweils zwischen zwei rivalisierenden Prinzipien abzuwägen. Der Betrieb eines Unternehmens erfordert Organisationsformen, die es der Unternehmensführung gestatten, schnell und unbürokratisch sich geänderten Marktbedingungen anzupassen. Andererseits erfordert die Erfüllung öffentlicher Aufgaben eine weitgehende Mitwirkung oder sogar unmittelbare Teilnahme von Gemeindeorganen an der Geschäftsführung und vor allen Dingen eine entsprechende Kontrolle.

Die Gemeinde kann für **wirtschaftliche Unternehmen** kraft **Formenwahlrechts** öffentlich-rechtliche (4.1) und privatrechtliche Organisationsformen (4.2) wählen und beim Betrieb öffentlich-rechtlich und privatrechtlich handeln (Wahlfreiheit der Organisationsformen).

4.1 Öffentlich-rechtliche Organisationsformen

Öffentlich-rechtliche Organisationsformen sind:

4.1.1 Der Regiebetrieb

Regiebetriebe sind die älteste Organisationsform und die ursprünglich in den Kommunalverwaltungen am weitesten verbreitete Form von Ansätzen kommunaler Unternehmerschaft. Sie sind rechtlich unselbstständige Anstalten des öffentlichen Rechts, eng in den Verwaltungsaufbau integriert und **rechtlich, organisatorisch** sowie auch **haushalts- und finanzwirtschaftlich** von der kommunalen Gebietskörperschaft abhängig. Sie sind rechtlich und organisatorisch **ein Teil der Kommunalverwaltung**. Beispiele für Regiebetriebe sind Schwimmbäder, Theater, Friedhöfe und Museen. Ähnlich wie die anschließend beschriebenen Eigenbetriebe zielen auch die Regiebetriebe auf Einzelbedarfsdeckung für kollektive Bedürfnisse. Sie besitzen jedoch, anders als die Eigenbetriebe, **keine** eigenen Organe und auch **kein** eigenständiges Rechnungswesen, sondern sind – allenfalls in eine um die Kostenrechnung erweiterte Buchführung – nach dem Bruttoprinzip mit allen Einnahmen und Ausgaben im Haushaltsplan der kommunalen Gebietskörperschaft veranschlagt und eingebettet in die Haushaltskameralistik. Regiebetriebe besitzen **kein** abgegrenztes Betriebsvermögen, sondern sind in den gemeindlichen Haushalt eingeordnet. Die Einflussnahme der Gebietskörperschaft ist bei dieser Organisationsform jederzeit **umfassend** gewährleistet. Denn der Regiebetrieb gehört zur Verwaltung der Trägerkörperschaft. Die Aufgabe des Betriebs nimmt eine Dienststelle der Trägerkommune oder ein leitender Beamter neben seinen übrigen Dienstgeschäften wahr. Der Regiebetrieb wird gesetzlich durch den Hauptverwaltungsbeamten vertreten. Sind Geschäftsbereiche für haupt- oder ehrenamtliche Beigeordnete gebildet, dann ist dieser verantwortlich. **Alle wichtigen** Entscheidungen sind dem Rat, ggf. Ausschüssen, vorbehalten. Der Rat oder Ausschuss entscheidet also u.a. über die Erweiterung, Einschränkung und Auflösung der öffentlichen Einrichtung und die Feststellung des Haushaltsplans

sowie des Stellenplans. Ihm sind die für den wirtschaftlichen Erfolg des Betriebes maßgeblichen Entscheidungen vorbehalten, so die Festlegung allgemein geltender öffentlicher Abgaben und privatrechtlicher Entgelte für Leistungen der Einrichtung.

Der laufende Betrieb wird regelmäßig von einem Amtsleiter unter Aufsicht des zuständigen Dezernenten geführt. Andere Ämter der Kommunalverwaltung, insbesondere die Querschnittsämter, müssen regelmäßig an den betrieblichen Entscheidungen beteiligt werden.

Da der Regiebetrieb unselbstständiger Teil der Verwaltung der Trägerkörperschaft ist, gilt für ihn das kommunale Haushaltsrecht ohne Einschränkungen. Die Instrumentarien der kommunalen Haushalts- und Wirtschaftsführung sind

- Haushaltsplanung,
- Jahresrechnung.

Die Finanzierung erfolgt über einen Gebührenhaushalt, der Teil des Gesamthaushalts ist. Die Veranschlagung im Haushalt führt zur Anwendung des haushaltsrechtlichen Gesamtdeckungsprinzips, so dass **nicht** ohne weiteres sichergestellt ist, dass der Teil der Gebühreneinnahmen, der auf die kalkulatorischen Kosten (Abschreibungen und Zinsen) entfällt, zeitnah auf Dauer als Finanzierungsmittel für gerade die Einrichtung eingesetzt wird.

Ein bemerkenswerter **Ansatz zur Weiterentwicklung des Regiebetriebes** ist das Modell „Optimierter Regiebetrieb“, das der Rat der Stadt Duisburg am 28.9.1992 nach einer vorausgegangenen **externen Organisationsuntersuchung** für die künftige Steuerung des Amtes für Stadtentsorgung und Wasserwirtschaft mit seinen in **Nordrhein-Westfalen** klassischen Regiebetrieben (Entsorgung, Abfallbeseitigung, Straßenreinigung, Kanalbetriebe, Abwasserbehandlungsanlagen, Überwachung der Abwasserbehandlungsanlagen, Werkstätten, Fuhrpark, Beschaffung) beschlossen hat. Die von der Stadt Duisburg in Auftrag gegebenen Untersuchungen ergaben, dass von den möglichen Betriebsformen die **privatrechtlichen** (GmbH, AG) zu „gravierenden Verschlechterungen, insbesondere des Verwaltungshaushaltes, oder zu erheblichen Gebührenerhöhungen führen“. Der Vergleich Regiebetrieb zu Eigenbetrieb fiel eindeutig zugunsten des Regiebetriebes aus, „da dieser die besten Wirkungen auf den Verwaltungshaushalt hat ... Der Eigenbetrieb hätte allenfalls den Vorteil, den Investitionsbereich mit Hilfe der kalkulatorischen Finanzmittel besser zu lösen.“

Wesentliche Merkmale des optimierten Regiebetriebes sind die folgenden:

- **Einrichtung eines besonderen Ausschusses** des Stadtrates für alle Angelegenheiten des Amtes 70, soweit sie in die Zuständigkeit des Rates fallen;
- **Neuregelung der Zuständigkeiten:** Für **strategische** Entscheidungen ist der Rat bzw. Ausschuss und für bedeutende **operative** Entscheidungen die Amtsleitung auf der Grundlage von Vereinbarungen über den Wirtschaftsplan i.S. eines Kontraktmanagements mit Steuerungsmöglichkeiten durch ein umfassendes Controlling zuständig.
- **Zusammenfassung von Ressourcen- und Aufgabenverantwortung** durch Übertragung der Querschnittszuständigkeiten (Organisation, Stellenplan, Personalangelegenheiten, Beschaffung u.a.) auf das Amt 70;
- **Spezialisierung in der Leitungsebene** durch eine **gemeinsame Leitung** (einmal für Finanzen und Verwaltung, zum anderen für Technik und Betriebe) mit weitgehender Eigenverantwortung der Leiter dieser Bereiche;
- **Gliederung des technisch-gewerblichen Teils des Amtes nach Sparten** (Abfall, Abwasser, Straßenreinigung) anstatt nach Funktionen (Verwaltung, Planung, Ausführung, Betriebe);
- **Ausgliederung hoheitlicher Aufgaben** auf die untere Wasser- und Abfallwirtschaftsbehörde;
- verschiedene **Rationalisierungsmaßnahmen** in Betriebsbereichen, um die Wettbewerbsfähigkeit, Gebührenentwicklungen und Zuschussbedarfe mittelfristig kalkulierbar zu machen;
- **Intensivierung der Kostenrechnung** und **Ausbau eines umfassenden Controllingsystems** zur internen und externen Steuerung.

4.1.2 Der Eigenbetrieb

Einzelheiten werden in der **Wegbeschreibung KB 5** besonders dargestellt.

4.1.3 Die öffentlich-rechtliche Anstalt

Kommunale Gebietskörperschaften können selbstständige und unselbstständige Anstalten des öffentlichen Rechts errichten. Unselbstständige Anstalten sind die Regie- und Eigenbetriebe. Die Errichtung selbstständiger Anstalten bedarf einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung. Daran fehlt es häufig.

Rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts sind die Sparkassen. Ihre Rechtsverhältnisse sind in den Sparkassengesetzen geregelt.

Einzelheiten werden in der **Wegbeschreibung KB 6** behandelt.

Anhang: Betrieb gewerblicher Art

Der Begriff „Betrieb gewerblicher Art“ ist **keine** Organisationsform für kommunale Einrichtungen im Sinne des Kommunalverfassungsrechts, sondern eine ausschließlich **steuerrechtliche** Konstruktion. Dieser steuerrechtliche Begriff steht nicht etwa neben den Begriffen Regiebetrieb, Eigenbetrieb oder Anstalt, da selbst eine Abteilung oder ein Amt innerhalb der unmittelbaren Kommunalverwaltung einen Betrieb gewerblicher Art darstellen kann (Cronauge, Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, Berlin, S. 38 ff.). Die organisationsrechtlichen Begriffe des Regiebetriebs und Eigenbetriebs sind für die steuerrechtliche Beurteilung einer Einrichtung **unmaßgeblich**; entscheidend ist vielmehr, welche Tätigkeit durch die Organisationsform ausgeübt wird, ob eine – **nicht** steuerpflichtige – wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt, die sich von derjenigen eines privat-gewerblichen Unternehmens nicht wesentlich unterscheidet (Cronauge, aaO).

Eine kommunale Gebietskörperschaft ist grundsätzlich nicht körperschaft-, umsatz-, gewerbe- und vermögensteuerepflichtig (Troll, Besteuerung von Verein, Stiftung und Körperschaft des öffentlichen Rechts, 3. Auflage, München, S. 166). Eine Ausnahme von dieser grundsätzlichen Steuerfreiheit ist gegeben, wenn die kommunale Gebietskörperschaft einen Betrieb gewerblicher Art (§ 1 Abs. 1 Nr. 6, § 4 Abs. 1 KStG) unterhält.

Entscheidend für die Annahme eines solchen steuerpflichtigen Betriebes gewerblicher Art ist die Abgrenzung zum nicht steuerpflichtigen Hoheitsbetrieb:

- Nach der Legaldefinition des § 4 Abs. 1 KStG sind Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts alle Einrichtungen, die einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen außerhalb der Land- und Forstwirtschaft dienen und die sich innerhalb der Gesamtbetätigung der juristischen Personen wirtschaftlich herausheben. Die Absicht, Gewinn zu erzielen, und die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr sind nicht erforderlich.

Eine hoheitliche Tätigkeit (Hoheitsbetrieb) ist demgegenüber eine Tätigkeit, die der öffentlich-rechtlichen Körperschaft Kommune eigentümlich und vorbehalten ist (Abschn. 5 Abs. 14 und 14 KStR). Die KStR enthalten in Abschn. 5 Abs. 14 KStR Beispielfälle, wann dies gegeben ist. Versorgungsbetriebe sind Betriebe gewerblicher Art. Die Bejahung eines Betriebes gewerblicher Art setzt in jedem Einzelfall das Vorliegen der fünf nachfolgenden Kriterien voraus:

1. Es muss sich um eine Einrichtung handeln,
 2. es muss sich um eine nachhaltige Tätigkeit handeln,
 3. es muss eine wirtschaftliche Tätigkeit sein,
 4. sie muss der Einnahmeerzielung dienen und es muss
 5. eine wirtschaftliche Heraushebung vorliegen.
- Der Begriff Hoheitsbetrieb ist gesetzlich nicht definiert. Er grenzt den steuerlich nicht relevanten Hoheitsbetrieb vom BgA ab. Hoheitsbetriebe dienen überwiegend der Ausübung öffentlicher Gewalt, die öffentlich-rechtlichen Körperschaften vorbehalten und für sie eigentümlich ist. Zwangs- und Monopolrechte wie Anschluss- und Benutzungszwang reichen dafür nicht aus. Kennzeichnend für die Ausübung öffentlicher Gewalt ist die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und staatlichen Zwecken dienen.

4.2 Privatrechtliche Organisationsformen

Die kommunalen Gebietskörperschaften können grundsätzlich zwischen allen Formen des Gesellschaftsrechts wählen. Da aber die GemO vorschreibt, dass die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt sein muss, kommen als privatrechtliche Formen wirtschaftlicher Unternehmen der kommunalen Gebietskörperschaften die OHG, KG, KGaA und der nichtrechtsfähige Verein nicht in Betracht. Obwohl bei einer BGB-Gesellschaft (GbR) die Haftung durch eine Beschränkung der Vertretungsmacht begrenzt werden kann, spielt diese Rechtsform dennoch keine entscheidende Rolle. Dies liegt vor allem daran, dass in dieser Rechtsform kein vollkaufmännisches Gewerbe betrieben werden kann. Möglich ist demnach die Gründung einer GmbH, einer AG, deren gesetzliche Ausgestaltung auf Großunternehmen zugeschnitten ist, einer GmbH und Co. KG, einer eingetragenen Genossenschaft, eines eingetragenen Vereins oder einer privatrechtlichen Stiftung.

Von den zulässigen rechtlich selbstständigen privatrechtlichen Organisationsformen kommen in der Praxis regelmäßig die AG und die GmbH in Betracht. Die GmbH und Co. KG scheidet wegen des schwierigen gesellschaftsvertraglichen Regelungsbedarfs zumeist aus.

Beide Gesellschaftstypen, AG und GmbH, entsprechen der Haftungsbeschränkungsklausel, denn sowohl die Aktiengesellschaft als auch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind Gesellschaften, für deren Verbindlichkeiten allein das Gesellschaftsvermögen haftet (§§ 1 AktG, 13 GmbHG). Die anderen Privatrechtsformen sind – wie der Verein oder die Genossenschaft – auf mehrere Träger zugeschnitten oder – wie die privatrechtliche Stiftung – nur in Ausnahmefällen geeignet.

AG und GmbH unterscheiden sich dadurch, dass das GmbH-Recht weniger zwingende Regelungen vorsieht und in weit größerem Umfang als das Aktienrecht dispositiv ausgestaltet ist.

Die GmbH ist im Unterschied zur AG stärker personalistisch strukturiert. Der Gesellschaftsvertrag ermöglicht eine Orientierung stärker zur Personengesellschaft hin. Man sagt: „Die GmbH ist nach außen hin Aktiengesellschaft, nach innen OHG!“

Folgende Unterschiede zwischen GmbH und Aktiengesellschaft sind zu beachten:

- Die Gründung der GmbH ist einfacher und weniger kostenintensiv.
- Gesellschafterbeschlüsse setzen bei der GmbH (von Satzungsänderungen abgesehen) keine notarielle Beurkundung voraus (vgl. dagegen § 130 AktG).
- Für die GmbH ist ein Aufsichtsrat erst bei mehr als 500 Arbeitnehmern zwingend vorgeschrieben.
- Bei der GmbH kann eine Nachschusspflicht für die Gesellschafter vereinbart werden (vgl. § 26 GmbHG).
- Die Übertragung von GmbH-Anteilen ist wegen des Erfordernisses der notariellen Beurkundung (§ 15 GmbHG) gegenüber der Aktie erschwert.

Daher wird als Gesellschaftsform überwiegend die beweglichere und kostengünstigere GmbH gegenüber der komplizierteren AG bevorzugt. Es wird dabei aber meist, auch wo das GmbH-Recht es nicht vorschreibt, ein Aufsichtsrat gebildet, in dem gewöhnlich die Ratsfraktionen vertreten sind (aber natürlich nicht vertreten sein müssen), neben Vertretern der Arbeitnehmer. In den zahlreichen Fällen, in denen für die einzelnen Sparten (Verkehr, Versorgung) besondere Gesellschaften gebildet wurden, sind diese nicht zuletzt aus steuerlichen Gründen unter dem Dach einer Holding-Gesellschaft zusammengefasst, für deren Aufsichtsrat das Gesagte gilt.

4.2.1 Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Die GmbH ist eine rechtsfähige, durch Organe handelnde Gesellschaft, bei der den Gläubigern im Grundsatz nur das Vermögen der Gesellschaft haftet. Die Gesellschafter sind durch einen Geschäftsanteil (Stammeinlage) an diesem Vermögen beteiligt, übernehmen aber durch die Beteiligung keine persönliche Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft.

Als juristische Person kann die GmbH nur durch ihre Organe handeln. Nach außen wird sie durch ihre Geschäftsführer vertreten; die innere Willensbildung obliegt der Gesellschafterversammlung. Diese kann einen Teil ihrer Aufgaben auf den Aufsichtsrat oder einen oder mehrere Gesellschafter oder Geschäftsführer übertragen.

a) Die Geschäftsführer

Die GmbH handelt nach außen durch ihre Geschäftsführer. Die GmbH muss einen oder mehrere Geschäftsführer haben (§ 6 Abs. 1 GmbHG). Es gilt der Grundsatz der Fremddorganschaft: Gesellschafter und Geschäftsführer müssen nicht identisch sein (§ 6 Abs. 3 GmbHG). Die Geschäftsführer sind die gesetzlichen Vertreter der GmbH (§ 35 Abs. 1 GmbHG). Innerhalb der GmbH obliegt ihnen die Geschäftsführung (§ 37 Abs. 1 GmbHG).

Jede natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person kann zum Geschäftsführer bestellt werden (§ 6 Abs. 2 GmbHG), soweit sie nicht wegen Konkursvergehens bestraft oder ihr durch gerichtliches Urteil oder vollziehbare Verwaltungsentscheidung die Befähigung zur Führung des Geschäftsführeramtes entzogen worden ist. Die Bestellung kann erfolgen im Gesellschaftsvertrag, durch Beschluss der Gesellschafterversammlung oder durch eine im Gesellschaftsvertrag bestimmte andere Institution, etwa dem Aufsichtsrat. Es handelt sich um einen körperschaftlichen Organisationsakt, der nur insoweit der Mitwirkung des Geschäftsführers bedarf, als dieser nicht gegen seinen Willen berufen werden kann, es handelt sich also nicht um ein Vertragsverhältnis, da der Geschäftsführer jederzeit abberufen werden kann, wenn kein Vertrauensverhältnis mehr zwischen der Gesellschafterversammlung und ihm besteht (§ 38 Abs. 1 GmbHG).

Es muss daher streng unterschieden werden zwischen der Berufung zum Geschäftsführer (Organisationsakt) und dem Abschluss des damit meist verbundenen Anstellungs- oder Dienstvertrages. In den meisten Fällen wird bei der Berufung des Geschäftsführers auch ein Dienstvertrag abgeschlossen, insbesondere wenn es sich nicht um einen Gesellschafter handelt. Beide können aber ein völlig verschiedenes Schicksal haben. Während nämlich die Bestellung zum Geschäftsführer jederzeit widerruflich ist, bleibt der Dienstvertrag grundsätzlich davon unberührt (vgl. § 38 Abs. 1 GmbHG).

Die kommunale Trägerin einer GmbH kann bei entsprechender Satzungsgestaltung auf die Geschäftsführung direkt Einfluss nehmen, so dass sich deren Aufgaben auf die Ausführung der Beschlüsse des Gemeinderats/Kreistags beschränken (Schnaudigel, Der Betrieb nichtwirtschaftlicher kommunaler Unternehmen in Rechtsformen des Privatrechts, S. 193, Stuttgart).

b) Die Gesellschafterversammlung

Die Gesellschafterversammlung ist das oberste Willensbildungsorgan der GmbH. Sie fasst ihre Beschlüsse in der Regel in Versammlungen (§ 48 GmbHG). Die in ihr zusammengefassten Gesellschafter haben die im Gesellschaftsvertrag aufgeführten Aufgaben zu erfüllen. Fehlt eine Regelung, greift § 46 GmbHG ein, damit die Kontrolle der Geschäftsführung, die Einzahlung auf die Stammeinlagen und die Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen Geschäftsführer oder Gesellschafter durchgesetzt werden. Die Gesellschafterversammlung kann alle Zuständigkeiten an sich ziehen, soweit nicht Gesetz oder Satzung entgegenstehen. Sie kann insbesondere durch Weisungen unmittelbar in die Geschäftsführung des Unternehmens eingreifen oder auch eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung erlassen.

Die Gesellschafterversammlung ist nicht befugt, die Gesellschaft nach außen zu vertreten. Rechtsgeschäfte mit Dritten sind von den Geschäftsführern vorzunehmen.

Eine Reihe von Aufgaben, die ausschließlich der Gesellschafterversammlung durch Gesetz übertragen worden sind, können nicht delegiert werden. Dazu gehören die Änderung des Gesellschaftsvertrages (§ 53 GmbHG), die Beschlussfassung über die Auflösung der Gesellschaft (§ 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG), und die Einforderung von Nachschüssen (§ 26 GmbHG).

Den kommunalen Vertretern in der Gesellschafterversammlung einer GmbH kann der Gemeinderat oder Kreistag Weisungen erteilen.

c) Der Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat oft auch Beirat genannt ist kein notwendiges Organ einer GmbH. Die Gesellschafter können ihn in der Satzung vorsehen (§ 52 Abs. 1 GmbHG). Der fakultative Aufsichtsrat ist allein vom Willen der Gesellschafter abhängig. Nur in mitbestimmten Gesellschaften muss ein Aufsichtsrat bestellt werden, dem zu einem Drittel (bei mehr als 500 Arbeitnehmern, § 77 BetrVG 1952) oder zur Hälfte (ab 2000 Arbeitnehmern, § 1 MitbestG) Arbeitnehmer angehören müssen. Insoweit wird der fakultative Aufsichtsrat zum gesetzlichen Aufsichtsrat, ohne dass es eines Vertrages bzw. einer Satzung bedürfte.

Zahl der AN	>2000	>500	<501
AR	zwingend	zwingend	freiwillig
Grundlage	MitbestG	BetrVG 52	Gesellschaftsvertrag
Besetzung	paritätisch	1/3 AN-Vertreter	frei

Zusammensetzung und Funktion des Aufsichtsrates folgen bei den mitbestimmenden Gesellschaften aus den Mitbestimmungsgesetzen, ansonsten aus der Satzung. Sofern diese keine Einzelregelung trifft, gelten die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend (§ 52 Abs. 1 GmbHG). Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen (§ 111 Abs. 1 AktG) und dazu ein umfassendes Informationsrecht (§ 111 Abs. 2 AktG), besonders hinsichtlich des Jahresabschlusses (§ 171 AktG). Außerdem vertritt er die Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern (§ 112 AktG).

Die Mitglieder des Aufsichtsrates haften der Gesellschaft für schuldhaft verursachte Schäden (§§ 116, 93 AktG). Weisungen gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern einer kommunalen GmbH bei einer Gesellschaft mit fakultativem Aufsichtsrat sind nach umstrittener Rechtsauffassung möglich, bei einem gesetzlichen Aufsichtsrat dagegen ausgeschlossen (vgl. Schnaudigel, aaO S. 193).

4.2.2 Die Aktiengesellschaft

Die AG, sie ist nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AktG eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, war nach dem bisherigen Recht eine Organisationsform, die sich nur für Großunternehmen eignete. Von den ca. 500.000 Kapitalgesellschaften in der Bundesrepublik sind nur 2.500 - 3.000 Aktiengesellschaften.

Insbesondere bei mittelständischen Unternehmen, die als GmbH oder GmbH & Co. KG organisiert sind, wurde allgemein die geringe Ausstattung mit Eigenkapital beklagt. Um kleineren und mittleren Unternehmen die Möglichkeit zu geben, durch Ausgabe von Aktien Eigenkapital zu schöpfen, hat der Gesetzgeber das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts vom 2.8.1994 (BGBl. 1994, S. 1961) erlassen. Das Gesetz ist am 10.8.1994 in Kraft getreten. Es bringt im Wesentlichen folgende Änderungen:

- Nach § 2 AktG ist die Gründung einer Einmann-AG möglich. Bislang waren fünf Gründer erforderlich.
- Änderungen der §§ 121 ff. AktG bringen Erleichterungen bei der Einberufung und Durchführung der Hauptversammlung. So kann z.B. die Einberufung und die Mitteilung der Tagesordnung statt durch Veröffentlichung in den Gesellschaftsblättern auch durch eingeschriebenen Brief erfolgen, wenn alle Aktionäre der Gesellschaft namentlich bekannt sind (§§ 121, 124 AktG). Gemäß § 121 Abs. 6 AktG kann die Hauptversammlung auch ohne Einhaltung der Förmlichkeiten der §§ 121 ff. AktG Beschlüsse fassen, wenn alle Aktionäre erschienen oder vertreten sind (Vollversammlung) und kein Aktionär der Beschlussfassung widerspricht.

Die Aktiengesellschaft ist aufgrund ihrer Rechtsform stets Handelsgesellschaft (§ 3 AktG). Sie führt eine Firma, die dem Gegenstand des Unternehmens zu entnehmen ist und außerdem die Bezeichnung „Aktiengesellschaft“ enthalten muss (§ 4 AktG). Infolge der Rechtsfähigkeit kann die AG selbst am Rechtsverkehr als Träger von Rechten und Pflichten teilnehmen. Daraus folgt die vom Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG getroffene Feststellung, dass für die Verbindlichkeiten lediglich das Gesellschaftsvermögen haftet.

Die Aktiengesellschaft handelt durch ihre Organe. Das Gesetz schreibt zwingend vor: Den Vorstand (§§ 76 - 94 AktG), den Aufsichtsrat (§§ 95 - 116 AktG) und die Hauptversammlung (§§ 118 - 147 AktG).

a) Vorstand

Dem Vorstand obliegt die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft (§§ 76 - 94 AktG). Die Zahl der Vorstandsmitglieder wird durch Satzung bestimmt. Bei einem mehrgliedrigen Vorstand besteht Gesamtgeschäftsführung (§ 77 AktG) und Gesamtvertretung (§ 78 AktG), soweit in der Satzung nichts anderes bestimmt ist. Vorstandsmitglieder werden auf höchstens fünf Jahre durch den Aufsichtsrat bestellt (§ 84 Abs. 1 AktG). Eine wiederholte Bestellung oder Verlängerung der Amtszeit ist möglich. Die Bestellung ist ein körperschaftlicher Akt. Im Innenverhältnis wird zusätzlich ein Anstellungsvertrag abgeschlossen, der die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien näher regelt. Der Vorstand handelt eigenverantwortlich und ist nicht weisungsgebunden. Nur bei bestimmten Arten von Geschäften kann die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen, dass diese nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen (vgl. § 111 Abs. 4 AktG). An Weisungen der kommunalen Gebietskörperschaften kann der Vorstand nicht gebunden werden. Bei Pflichtverletzungen haften die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft gemäß § 93 AktG.

b) Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat (§§ 95 - 116 AktG) kontrolliert den Vorstand, den er bestellt und abberuft. Er vertritt die Gesellschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern. Der Aufsichtsrat besteht aus mindestens drei oder einer größeren, durch drei teilbaren Zahl von Mitgliedern (§ 95 AktG). Nach den jeweils einschlägigen Mitbestimmungsgesetzen können Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat aufzunehmen sein (§ 96 AktG).

Den Aufsichtsratsmitgliedern „kann für ihre Tätigkeit eine Vergütung gewährt werden“ (§ 113 AktG).

Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden, soweit es die Vertreter der Anteilseigner betrifft, grundsätzlich von der Hauptversammlung, soweit es die Arbeitnehmer betrifft, von der Belegschaft gewählt. Ausnahmsweise kann bestimmten Aktionären ein Entsendungsrecht eingeräumt werden.

Ob im Bereich einer kommunalen AG die Möglichkeit besteht, die Vertreter im Aufsichtsrat an Weisungen zu binden, ist umstritten. Zum Teil wird eine Weisungsgebundenheit für zulässig erachtet und mit Sinn und Funktion von Kontrollorganen öffentlicher Unternehmen für vereinbar gehalten. Nach herrschender Meinung sind jedoch die Aufsichtsratsmitglieder der kommunalen AG nicht an Weisungen gebunden (vgl. BGHZ 36, 296 ff.). Die einzige Möglichkeit, auf Aufsichtsratsmitglieder einzuwirken, besteht durch das Mittel der Abberufung (vgl. § 103 AktG).

c) Hauptversammlung

Die Hauptversammlung (§§ 118 - 147 AktG) ist die Versammlung aller Aktionäre der Gesellschaft. Sie ist das oberste Organ der AG. Ihr stehen die grundlegenden Entscheidungen zu. Die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats sollen an der Hauptversammlung teilnehmen (§ 118 Abs. 2 AktG). Vertreter der kommunalen Gebietskörperschaften in der Hauptversammlung sind an Weisungen gebunden.

Einberufen wird die Hauptversammlung durch den Vorstand (§ 121 Abs. 2 AktG), ausnahmsweise durch den Aufsichtsrat (§ 111 Abs. 3 AktG). Mindestens einmal im Jahr ist eine ordentliche Hauptversammlung einzuberufen, die über die Verwendung des Gewinns und die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat zu entscheiden hat.

Zuständig ist die Hauptversammlung nach § 119 AktG für alle im Gesetz oder in der Satzung ausdrücklich genannten Angelegenheiten, insbesondere für alle Fragen, die den Aufbau und die Kapitalgrundlage der AG betreffen; Wahl und Abberufung der Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat; Entlastung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder; Gewinnverwendung usw. Gemäß § 119 Abs. 2 AktG kann die Hauptversammlung über Geschäftsführungsfragen nur entscheiden, wenn der Vorstand dies verlangt.

4.2.3 Die GmbH und Co. KG

Die GmbH und Co. KG ist eine KG, an der eine GmbH als regelmäßig einziger, persönlich haftender Gesellschafter beteiligt ist. Für die Wahl dieser Rechtsform sind insbesondere steuer-, gesellschafts- und neuerdings bilanzrechtliche Überlegungen maßgebend:

- Zunächst waren steuerliche Gründe dafür bestimmend. Dieser Anreiz hat an Bedeutung verloren.
- Heute sind es vor allem gesellschaftsrechtliche Vorzüge:

Der Grundsatz der Selbstorganschaft bei den Personengesellschaften wird umgangen, so dass die GmbH und Co. KG außenstehende Fachleute (als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH) mit der Geschäftsleitung betrauen kann. Ein Entnahmerecht besteht auch, wenn kein Gewinn erwirtschaftet wird.

- Bilanzrechtlich fällt ins Gewicht, dass die GmbH und Co. KG nicht in die erweiterte Rechtslegung der §§ 264 ff. HGB einbezogen wurde.

4.3 Privatrechtliche Organisationsformen

Organisationsform Kriterien	Aktiengesellschaft	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Rechtliche Grundlagen	Aktiengesetz (AktG)	GmbH-Gesetz (GmbHG)
Organisation	<ul style="list-style-type: none"> ■ Gesellschafter ■ Vorstand ■ Aufsichtsrat ■ Hauptversammlung 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Gesellschafter ■ Geschäftsführer
Finanzierung und Haftung	<ul style="list-style-type: none"> ■ Grundkapital von 50.000 € ■ Haftung mit Gesellschaftsvermögen ■ Fremdfinanzierung über Aktien ■ Publizitätspflicht 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Stammkapital von 25.000 € ■ Haftung mit Gesellschaftsvermögen
Eignung für kommunale wirtschaftliche Unternehmen	<ul style="list-style-type: none"> ■ eher ungeeignet ■ zu viele und strenge Form- und Publizitätsvorschriften 	<ul style="list-style-type: none"> ■ geeignet für wirtschaftliche Aufgabenfelder ■ bindende Vorschriften für Geschäftsführung möglich

5. Die wesentlichen Unterschiede zwischen den Organisationsformen Regiebetrieb, Eigenbetrieb, GmbH und AG

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	GmbH	AG
Rechtliche Verhältnisse	keine eigene Rechtspersönlichkeit; Teil des Gemeindevermögens	keine eigene Rechtspersönlichkeit; Sondervermögen der Gemeinde	juristische Person; handelsrechtlich und steuerrechtlich eigenständiges Rechtssubjekt	juristische Person; eigenständiges Rechtssubjekt
Mindestkapital	keines	ist mit einem angemessenen Stammkapital auszustatten	25.000,00 €	50.000,00 €
Organe und deren Zuständigkeiten	keine besondere Organisationsstruktur und damit auch keine besonderen Organe	Werkleitung Werkausschuß Bürgermeister Gemeinderat	Geschäftsführung Aufsichtsrat (fakultativ oder zwingend bei mehr als 500 Arbeitnehmern) Gesellschafterversammlung	Vorstand Aufsichtsrat Hauptversammlung
Geschäftsführung und Vertretung	Bürgermeister ist gesetzlicher Vertreter	Werkleitung	Geschäftsführung unbegrenzt nach außen vertretungsberechtigt	Vorstand
Leistungsstruktur	lange Entscheidungswege und parzellierte Zuständigkeiten	kürzere Entscheidungswege und weniger parzellierte Zuständigkeiten	kurze Entscheidungswege und Gesamtzuständigkeit der Geschäftsführung; Identität von Verantwortung und Entscheidung	kurze Entscheidungswege; Vorstand ist weitgehend selbständig
Personalwesen	eingebunden in das öffentliche Dienstrecht; die Gemeinde ist Arbeitgeber bzw. Dienstherr der Beschäftigten	eingebunden in das öffentliche Dienstrecht; die Gemeinde ist Arbeitgeber bzw. Dienstherr der Beschäftigten; beschränkt eigene Personalwirtschaft (§ 7 EigbVO)	Abschluß von individuellen Anstellungsverträgen; Flexibilität auch bei Anwendung von BAT und BMT-G; eigene Personalwirtschaft	wie GmbH
Personalvertretung/ Betriegl. Mitbestimmung	unterliegen dem Landespersonalvertretungsgesetz; Personalrat		BetrVG; Betriebsrat	BetrVG, Betriebsrat
Unternehmerische Mitbestimmung	entfällt	entfällt	BetrVG Besetzung Aufsichtsrat zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern bei GmbH mit mehr als 500 Arbeitnehmern (vgl. §§ 76, 77 BetrVG); bei mehr als 2.000 Arbeitnehmern paritätische Mitbestimmung	BetrVG Besetzung Aufsichtsrat zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern, bei mehr als 2.000 Arbeitnehmern paritätische Mitbestimmung
Haftung	Gemeinde haftet uneingeschränkt für die Verbindlichkeiten		Haftung beschränkt auf das Stammkapital	Grundkapital (Aktien)
Wirtschaftsplanung	Haushaltsplan; Vollzug durch kameralistische Verbuchung, Jahresrechnung	eigener Wirtschaftsplan (außerhalb des allgemeinen Haushalts); kaufmännische Buchführung; Jahresabschluß	eigener Wirtschaftsplan (außerhalb des allgemeinen Haushalts); handelsrechtliche Buchführung	vgl. GmbH
Finanzierung	im Rahmen des Gesamthaushalts	beschränkt eigene Kreditwirtschaft	eigene Kreditwirtschaft	eigene Kreditwirtschaft
Rechnungswesen und Rechnungslegung – Ausführung des Wirtschaftsplanes	kassenmäßiger Vollzug durch kameralistische Verbuchung	kaufmännische Buchführung	handelsrechtliche Buchführung	handelsrechtliche Buchführung
– Abrechnung	Jahresrechnung nach Gemeinderecht	Jahresabschluß (Bilanz/Gewinn- und Verlustrechnung/Anhang), Lagebericht	Jahresabschluß (Bilanz)	Jahresabschluß; Gewinn- und Verlustrechnung/Lagebericht
Prüfungswesen – örtliche Prüfung	Rechnungsprüfungsamt; Rechnungsprüfungsausschuß der Gemeinde	Sachverständige Abschlußprüfer	Prüfung gemäß Handelsgesetzbuch durch Wirtschaftsprüfer	Prüfung durch Wirtschaftsprüfer
Überörtliche Prüfung	Rechnungshof; Gemeindeprüfungsamt	Rechnungshof; Gemeindeprüfungsamt	Betätigungsprüfung	Betätigungsprüfung
Steuerrecht	Ist steuerlich relevant, wenn ein Betrieb gewerblicher Art im Sinne des § 4 Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes vorliegt, und unterliegt dann grundsätzlich allen Steuerarten (Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer, Umsatzsteuer, Vermögensteuer usw.)		Ist steuerlich stets relevant und unterliegt demgemäß allen Steuerarten	wie GmbH
Bindung an VOB/VOL	ja (§ 31 GemHVO)	ja (§ 31 GemHVO)	VOB: nach EG-Recht VOL: nach EG-Recht uneingeschränkt bei Landeszuweisungen	wie GmbH
Beteiligungsmöglichkeit Dritter	nein	nein	ja	ja

6. Welchen Einfluss hat der Gemeinderat (Rat, Gemeindevertretung) auf die Unternehmen?

6.1 Gemeinderat (Rat, Gemeindevertretung) beschließt über die Errichtung, Übernahme und Erweiterung

Über die Frage, ob eine Gemeinde ein wirtschaftliches Unternehmen und in welcher Rechtsform sie es errichten, übernehmen oder erweitern will, entscheidet allein der Gemeinderat (Rat, Gemeindevertretung). Das ist kein Geschäft der laufenden Verwaltung. Der Gemeinderat (Rat, Gemeindevertretung) wird bei seiner **Entscheidung** im Regelfall der Empfehlung des Bürgermeisters oder Beigeordneten folgen, der die entsprechenden Verhandlungen geführt und gegebenenfalls die Notwendigkeit der Gründung mit Hilfe von Gutachten nachweisen wird. Einzelheiten über die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen siehe bei Dirk Ehlers in DÖV 1986, 897-905 und über die „Rechtsformen kommunaler Unternehmen“ siehe Püttner u.a. in Püttner „Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis“, Band 5, 119 ff.

6.2 Gemeinde entsendet Vertreter in die Organe der privatrechtlichen Unternehmen

Zu den Einzelheiten siehe die **Wegbeschreibung KB 7**.

6.3 Einflussnahme und Kontrollmöglichkeiten des Rates

6.3.1 Ein Weisungsrecht gegenüber Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern einer AG ist gesellschaftsrechtlich ausgeschlossen. Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer AG haben sich vom Wohl des Unternehmens leiten zu lassen. Die Befolgung von Weisungen kann als Pflichtverletzung Haftungs- und Straffolgen auslösen, wie sich aus §§ 117 und 399 AktG ergibt.

Gegenüber den Vertretern der Gemeinde in der Hauptversammlung einer AG besteht ein Weisungsrecht.

6.3.2 Bei der Rechtsform GmbH kann durch die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages selbst und durch die Verankerung von Weisungsrechten der Kommune in der Gesellschaftssatzung eine engere Bindung erreicht werden.

Näheres ergibt sich aus der **Wegbeschreibung KB 7**.

Schrifttum: Brüggemeier „Die Einflussnahme auf die Verwaltung einer Aktiengesellschaft“, die Aktiengesellschaft (AG) 1988, 93-102; Fischer „Das Entsendungs- und Weisungsrecht öffentlich-rechtlicher Körperschaften beim Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft“ die AG 1982, 85-93; Knemeyer „Kommunale Wirtschaftsunternehmen zwischen Eigenverantwortlichkeit und Kontrollen“, Der Städtetag 1992, 317 ff.; Martens „Privilegiertes Informationsverhalten von Aufsichtsratsmitgliedern einer Gebietskörperschaft nach § 394 AktG“, die AG 1984, 29-31; Püttner „Die Vertretung der Gemeinden in wirtschaftlichen Unternehmen“, DVBl. 1986, 748 ff.; Weiblen/May „Die Weisungsgebundenheit der Gemeindevertreter in den Organen privatrechtlich geführter wirtschaftlicher Unternehmen“, der gemeindehaushalt 1987, 169-172 und Mahlberg „Kontrolle gemeindlicher Unternehmen“ (1986) jeweils mwN. Zur **Mitbestimmung** in den kommunalen Unternehmen siehe Schäfer „Mitbestimmung in den kommunalen Eigengesellschaften“.