

»Niemand kann zwei Herren dienen«: Überlegungen zu einer Kollisionsdogmatik für öffentliche Unternehmen in privater Rechtsform

von Priv.-Doz. Dr. Emanuel V. Towfigh, Bonn/Münster*

Öffentliche Unternehmen in privater Rechtsform bereiten der Rechtswissenschaft seit Jahrzehnten erhebliche Schwierigkeiten. Der vorliegende rechtsdogmatische Beitrag deutet das Problem als Kollision der Regelungsregime öffentlichen Recht und Gesellschaftsrecht und definiert Orientierungspunkte für die Entwicklung einer Kollisionsdogmatik: Wo wenigstens eine Ordnung mit dispositiven Normen arbeitet, können Kollisionen durch dogmatische Vorrangregelungen vermieden werden; wo zwingende Normen kollidieren, bleibt nichts anderes, als diese durch praktische Konkordanz in schonenden Ausgleich zu bringen. Das führt zwar zu Rechtsunsicherheit, scheint aber in Ermangelung entlastender Gesetzgebung die einzig sachgerechte Lösung, um die durch die Regimekollisionen auftretenden, in der Regel zum Nachteil der Steuerzahler genutzten Gestaltungsfreiräume wirkungsvoll rechtlich einzuhegen.

1. Was ist das Problem?

a) Phänomen

Seit Jahrzehnten wird immer wieder über Tätigkeiten und Steuerung öffentlicher Unternehmen in privater Rechtsform gestritten, es gibt eine große mediale und eine reichhaltige fachöffentliche Debatte. So fragte die F.A.Z. unlängst provokant, ob »die Stadt Pommes verkaufen« müsse.¹ Das liegt auch an der Ausdehnung der privatwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand.² Tatsächlich gibt es heute kaum mehr einen Bereich, in dem die öffentliche Hand nicht in privater Organisationsform tätig wäre: Von den »klassischen« Bereichen der Energiewirtschaft, der Abfallwirtschaft, Straßenreinigung und Abwasserbeseitigung sowie der Verkehrsbetriebe über das öffentlich veranstaltete Glücksspiel und die Wohnraumversorgung, das Gesundheits- und Sozialwesen, bis hin zu Sport- und Erholungsangeboten organisieren der Staat und seine Selbstverwaltungseinrichtungen, insbesondere die Kommunen, ihre Aufgabenwahrnehmung regelmäßig in den Formen des Gesellschaftsrechts.³ In der Presse und im politischen Diskurs wurden diese Fragen zuletzt etwa hinsichtlich des Engagements der Kommunalen Wasserwerke Leipzig in hochriskanten Finanzmarktgeschäften diskutiert, die die Stadt um ein Haar mit 350 Mio. Euro belastet hätten.⁴ Oder es wird diskutiert, ob ungeschriebene öffentlich-rechtliche Bindungen der Versteigerung von Warhol-Kunst bei *Christie's* entgegenstünden: Kunst, die im Eigentum einer Tochter der NRW-Bank stand. Zahlreiche Fragen hat auch das Engagement des mehrheitlich im Eigentum von Stadtwerken hochverschuldeter Ruhrgebiets-Kommunen stehende Kraftwerksunternehmen STEAG im Ausland (namentlich in Kolumbien, in der Türkei und auf den Philippinen) aufgeworfen.

b) Rechtsfragen

Hier soll es um Rechtsfragen der sogenannten formellen Organisationsprivatisierung gehen: In diesen Konstellationen entspringt die Tätigkeit öffentlicher Unternehmen einer Aufgabe, die bei der öffentlichen Hand verbleibt. Außen vor

bleiben die materielle Privatisierung, bei der eine (teilweise) Aufgabenreduzierung stattfindet, sowie die nicht aufgabenorientierte, sondern bloß fiskalische Vermögensverwaltung⁵ durch Anteilseignerschaft der öffentlichen Hand. Dabei fokussiert der Beitrag auf die in der Praxis und im wissenschaftlichen Diskurs dominierenden kommunalen Unternehmen in der Rechtsform der GmbH (die Überlegungen sind aber auf andere öffentliche Unternehmen übertragbar); und es geht um Unternehmen, bei denen ausschließlich die öffentliche Hand Gesellschafterin ist.

Übersetzt man den Streit, der um diese Betätigungsform herrscht, in rechtliche Topoi, dann geht es um die Zulässigkeit gewisser Tätigkeiten als erwerbswirtschaftliche Betätigung, um öffentlich-rechtliche Einwirkungspflichten, die greifen sollen, wenn Verwaltungstätigkeit formell privatisiert wird,⁶ und um die Frage, ob es einen gesellschaftsrechtlichen Vorrang gibt, der öffentlich-rechtliche Bindungen überschreibt. Zu diesen Fragen hat sich eine reichhaltige Literatur und auch Rechtsprechung zu Einzelproblemen entwickelt. Sie befasst sich in jüngerer Zeit etwa mit der Wahrung von Betriebsgeheimnissen und mit damit zusammenhängenden Fragen etwa der Öffentlichkeit von Ratssitzungen;⁷ mit Auskunftspflichten im Wettbewerb stehender öffentlicher Unternehmen nach den Informationsfreiheitsgesetzen;⁸ mit der Zulässigkeit von Sponsoring seitens öffentlicher Unternehmen;⁹ mit der Weisungsgebundenheit von Vertretern der öffentlichen Hand in Aufsichtsgremien;¹⁰ oder mit der Einwirkung auf

* Der Verf. ist wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine modifizierte Fassung des Habilitationsvortrages vor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster. – Gewidmet ist der Beitrag Prof. Dr. Janbernd Oebbecke (Westfälische Wilhelms-Universität, Münster) zur Vollendung seines 65. Lebensjahres, verbunden mit herzlichstem Dank für 17 Jahre ebenso großzügiger wie unermüdlicher Förderung und Unterstützung.

- 1 H. Bündler, Muss die Stadt Pommes verkaufen?, F.A.Z. v. 18.11.2014 (Nr. 268), S. 26.
- 2 K. Lange, Kommunalrecht, 2013, S. 899 ff.; H. Wiesemann, NVwZ 2005, 391; vgl. m.w.N. H. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 1 Rdnr. 124 ff.
- 3 Dem Statistischen Bundesamt zufolge ist der Umsatzanteil kommunaler Unternehmen am BIP von 6,4 % (2000) auf 10,2 % (2011) gestiegen.
- 4 Zu einer Zahlungspflicht in dieser Höhe wäre es gekommen, wenn nicht der High Court London die Ansprüche der UBS und weiterer Beteiligter – für viele Beobachter überraschend – zurückgewiesen hätte: [2010] EWHC 2566 (Comm) (England and Wales High Court), Q. B.
- 5 Wie sie etwa § 66 I, III 2 ThürKO zulässt; vgl. dazu J. Oebbecke, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 3. Aufl. 2011, § 41, Rz. 6; ferner ders., DVBl 2009, 1152 ff.
- 6 M. Brenner AöR 127 (2002), 222 (225).
- 7 M. Burgi NVwZ 2014, 609 ff.
- 8 VG Neustadt a.d. Weinstraße, Urt. v. 07.04.2014 (4 K 726/13.NW) BeckRS 2014, 49642; S. Wollschläger, IR 2014, 189.
- 9 Durch das sie auch Rückkopplungen in den politischen Raum erzeugen. Vgl. K. Adenauer/S. Merk, NZG 2013, 1251 ff.
- 10 BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 – 8 C 16/10 – BVerwGE 140, 300 = NJW 2011, 3735 ff., m. Anm. H. Altmeppen; H. P. Schwintowski, NJW 1990, 1009 (1013).

»Enkelunternehmen« der öffentlichen Hand (wie etwa die STEAG). Insgesamt ist eine Unzufriedenheit mit der Rechtslage zu konstatieren, die damit zusammenhängt, dass die Verwaltung sich mit der Organisationsprivatisierung Freiräume schafft und von Bindungen löst – was einerseits Zweck der Übung ist, andererseits aber ein gewisses Unbehagen nährt.

c) Gang der Darstellung

Im Folgenden sollen die beobachteten Konflikte nicht auf der Ebene der einzelnen Normen in den Blick genommen werden, sondern – um die Frage grundsätzlicher und systematischer angehen zu können – als »Regimekollisionen« (wie wir sie etwa aus der Völkerrechtsordnung kennen) zwischen dem Regime »öffentliches Unternehmensrecht« und dem Regime »Gesellschaftsrecht«. Das erfordert zunächst, den Zweck und die Funktionslogik der beiden Regime genauer zu betrachten. Diese dogmatische Kontextualisierung soll den Blick dafür schärfen, wie Kollisionen vermieden werden können, in welchen Konstellationen es zu Kollisionen kommt und wie für diese Fälle eine »Kollisionsdogmatik« aussehen könnte. Zum Abschluss wird resümiert und dargelegt, was eine Kollisionsdogmatik bei realistischer Betrachtung leisten kann, und was nicht.

Die so gefasste Problemstellung hat auch zur Folge, dass hier der fundamentalen *präskriptiven/normativen* Frage, ob es überhaupt zulässig sein sollte, öffentliche Unternehmen in privater Rechtsform zu betreiben, nicht nachgegangen wird. Diese Frage ist schon früh kritisch untersucht worden,¹¹ und auch heute werden die Rufe nach einer »Rekommunalisierung« bzw. »Publizierung« öffentlicher Unternehmen wieder lauter.¹² Dies umso mehr, als es innerhalb des öffentlichen Rechts heute vielfältige Möglichkeiten gibt, einige der mit der formellen Organisationsprivatisierung verfolgten Ziele (dazu sogleich) zu erreichen. Verwiesen sei insofern etwa auf § 114a GO NRW, der die Errichtung rechtsfähiger Anstalten des öffentlichen Rechts mit großer Satzungsautonomie ermöglicht. In Praxis und Wissenschaft herrscht heute allerdings weitgehende Einigkeit über die Zulässigkeit formeller Organisationsprivatisierung,¹³ und selbst wenn man sie bestritte, blieben die durch die bestehenden öffentlichen Unternehmen in privater Rechtsform aufgeworfenen Fragen virulent. Hier wird daher von der Prämisse ausgegangen, dass der Betrieb öffentlicher Unternehmen in privater Rechtsform grundsätzlich zulässig ist.

2. Warum gesellschaftsrechtliche Rechtsformen für öffentliche Unternehmen?

Für die Wahl gesellschaftsrechtlicher Organisationsformen für öffentliche Unternehmen gibt es verschiedene Begründungsmuster. Der wichtigste Grund wird darin gesehen, dass das Gesellschaftsrecht einen einfachen Weg bietet, eine Art von »Selbstverwaltung« zu simulieren, mit einem hohen Grad an Autonomie für die gesellschaftsrechtlich verselbständigte Einheit. Das erlaubt, wie bei der Selbstverwaltung, eine gewisse Distanzierung vom politischen Betrieb, indem das Unternehmen aus dem hierarchischen Behördensystem ausgegliedert und so der Durchgriff der politischen Führung erschwert, damit auch der politische Einfluss reduziert wird. Das führt auch zu einer Entlastung der Verwaltung. Daneben dürfte ein vorherrschendes Motiv in der Vermeidung des Ta-

rifrechts des öffentlichen Dienstes und des öffentlich-rechtlichen Dienstrechts zu sehen sein; dabei geht es weniger um eine Reduzierung der Lohnkosten, also um Abweichungen »nach unten« (etwa durch die Errichtung von »Enkelgesellschaften«), sondern häufiger um Abweichungen »nach oben«, zur »marktgerechten« Vergütung von Geschäftsführern.¹⁴ Dass die Überwachungsaufgaben, die bei den Kommunen regelmäßig vom Rat zu erfüllen sind, in die privatrechtlich verfasste Gesellschaft wandern und dort gesondert (etwa durch Sitzungsgelder der Aufsichtsräte) vergütet werden, dürfte bei der Entscheidung für die Verselbständigung jedenfalls nicht schädlich sein.

Daneben diszipliniert sich die öffentliche Hand durch die formelle Organisationsprivatisierung, da sie mit anderen, ähnlichen Unternehmen am Markt in Wettbewerb tritt und in diesem bestehen muss. Mit dem Wettbewerb geht aber auch das Bedürfnis nach Intransparenz einher, etwa hinsichtlich Betriebsgeheimnissen (z.B. bei der Preisgestaltung). Bisweilen spielen auch Haftungsfragen eine Rolle: Die gesellschaftsrechtliche Haftung ist jedenfalls in der Theorie beschränkbar (allerdings lehrt uns der bereits erwähnte Fall der Kommunalen Wasserwerke Leipzig, einer GmbH, dass selbst haftungsbeschränkte Gesellschaften Ansprüche in Millionenhöhe bescheren können), während bei öffentlich-rechtlichen Rechtsformen teilweise die Gewährträgerhaftung gesetzlich vorgesehen ist (vgl. etwa § 114a V 1 GO NRW).¹⁵ Dabei ist offen, welche Rolle Haftungsfragen bei der Erfüllung von *Aufgaben* zukommen kann. Gelegentlich dürfte auch der Zugang zu nicht-öffentlicher Finanzierung eine Rolle spielen, eine gesellschaftsrechtliche Verfassung erlaubt dann, private Investoren in Mischgesellschaften aufzunehmen, eine Form der ebenso populären wie in jüngerer Zeit in Verruf geratenen »Public Private Partnerships«.¹⁶ Schließlich mag die formelle Organisationsprivatisierung in manchen Fällen der Vorbereitung einer materiellen Privatisierung, also des Aufgabenabbaus, dienen und einen »Exit« ermöglichen.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass es bei all diesen Motiven wenn nicht um die viel beschworene »Flucht in das Privatrecht«, so wohl doch um eine »Flucht aus dem öffentlichen Recht« geht: Öffentlich-rechtliche Bindungen sollen durch die Wahl einer privaten Rechtsform ein Stück weit gelockert werden. Ob diese Lockerung öffentlich-rechtlicher Bindungen rechtlich zulässig ist, hängt vom Zusammenspiel der öffentlich-rechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Wertungen und von der Art und Weise der Auflösung von Kollisionen zwischen diesen beiden Regelungsregimen ab.

11 D. Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984.

12 T. I. Schmidt, DÖV 2014, 357; A. Leisner-Egensperger, NVwZ 2013, 1110 ff.; H. Bauer, DÖV 2012, 329 ff.; C. Brüning, *VerwArch* 2009, 453; M. Burgi, NdsVBl 2012, 225.

13 Lange (Fußn. 2), S. 719 f.

14 Vgl. A. Pollmeier/F. Konopatzki, *Managerposten in kommunalen Unternehmen*, MONITOR vom 20.11.2014, Manuskript unter <http://www1.wdr.de/daserste/monitor/sendungen/managerverguetungen-deutschland-vergleich100.html> (zuletzt abgerufen am 13.06.2015).

15 Anders in Niedersachsen: § 144 II NkomVG schließt die Gewährträgerhaftung ausdrücklich aus; vgl. auch D. Holz/N. Kürten/S. Grabolle, *KommJur* 2014, 281.

16 Zum Begriff vgl. S. Storr, LKV 2005, 521 ff.

Genau dieser Umstand rechtfertigt auch die hohe der Fragestellung beigemessene Bedeutung: Die durch die Vermengung der Regelungsregime erzeugte Rechtsunsicherheit eröffnet Gestaltungsmöglichkeiten, die Abweichungen von öffentlich-rechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Vorgaben – in der Regel zum Nachteil der Steuerzahler – nach sich ziehen und genutzt werden können, um öffentliche Kontrolle wirksam zu umgehen; deshalb ist eine gesunde Portion Skepsis gegen diese Formen der Gestaltung angebracht.

3. Welche rechtlichen Wertungen spielen eine Rolle?

a) Öffentlich-rechtliche Wertungen

aa) Handlungslogik: Erfüllung von Aufgaben

Ausgangspunkt allen Wirkens der öffentlichen Hand ist die Erfüllung einer Aufgabe, die Wahrnehmung einer Kompetenz. Weil die Tätigkeit der öffentlichen Hand potenziell Freiheiten der Bürger beeinträchtigen kann, ist die Aufgabenerfüllung Bindungen unterworfen, die die Handlungs- und Gestaltungsspielräume der Verwaltung begrenzen. Diese Bindungen folgen aus Verfassungsprinzipien. Dabei ist zuvörderst an das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip zu denken, die ein rechtsförmiges (v.a. dem Vorbehalt des Gesetzes genügendes) und legitimes Verwaltungshandeln verlangen.¹⁷ Daneben formuliert der Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG Anforderungen an diejenigen Personen, die hoheitlich tätig werden.¹⁸ Das Sozialstaatsprinzip verlangt unter anderem die Gewährleistung einer gleichmäßigen Lastenverteilung; auf die Kommunen gemünzt führt dies etwa zur Verpflichtung, den Gemeindeeinwohnern die Benutzung der öffentlichen Einrichtungen zu ermöglichen, die sie im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit errichten und unterhalten.¹⁹ Schließlich ist die öffentliche Aufgabenerfüllung durch die Kompetenzordnung, das Bundesstaats- und das Gewaltenteilungsprinzip, und die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme formell eingeehrt. Die Zusammenschau der Bindungen führt dazu, dass der Grundmodus des Verwaltungshandelns in der *Hierarchie* und in der *Einheit der Verwaltung* zu sehen ist.²⁰ Dadurch werden vor allem eine ausreichende Legitimation des Verwaltungshandelns, die Effektivität der Bindungen und klare Verantwortlichkeiten sichergestellt. Nur ausnahmsweise spielt das Wettbewerbsprinzip eine zur effizienten Aufgabenerfüllung disziplinierende Rolle, etwa durch die föderale Verwaltungsorganisation oder dort, wo Länder und Kommunen Steuersätze selbständig festlegen.²¹

Allerdings kennt das Verwaltungsrecht vielfältige Lockerungen dieser Bindungen, insbesondere im Rahmen der – durch Gesetz angeordneten und oftmals durch Grundrechtsbezüge gerechtfertigten – Selbstverwaltung (etwa bei Hochschulen, im Rundfunk oder bei den freien Berufen), man denke beispielsweise an weisungsfreie Räume in der Verwaltung.²² Diese Freiräume entstehen im Zusammenspiel mit anderen Verfassungsprinzipien – es ist nicht ausgeschlossen, dass sie dem Grunde nach auch in Fällen bestehen, in denen sich die Verwaltung für eine Organisationsprivatisierung entscheidet; zumal ein häufiges Motiv für diese gerade die Herstellung einer Form von »Selbstverwaltung« in unterschiedlichen Ausprägungen ist.²³

bb) Regelungszweck: Sicherung der Aufgabenerfüllung und Drittschutz

Vor dem Hintergrund der Handlungslogik der Verwaltung, staatliche Aufgaben zu erfüllen, hat das öffentlich-rechtliche Unternehmensrecht Instrumente ausgeprägt, die der Absicherung der Aufgabenerfüllung zu dienen bestimmt sind.

(1) Unternehmensgegenstand: öffentlicher Zweck

Zunächst einmal sind die potenziellen Unternehmensgegenstände eingeschränkt: Nur die Erfüllung öffentlicher Aufgaben kann zum Zweck eines öffentlichen Unternehmens gemacht werden.²⁴ Dadurch wird erreicht, dass die Verwaltung sich nicht jenseits ihrer Aufgaben Tätigkeitsfelder eröffnet. Fiskalische Ziele dürfen lediglich Nebenzweck sein.²⁵ Hinsichtlich der Tätigkeit der *Kommunen* kommt Art. 28 II GG eine Doppelfunktion zu: Er betrifft *Recht* und *Grenze* kommunaler Wirtschaftstätigkeit.²⁶ *Recht*, weil den Kommunen ein weit zu verstehendes Aufgabenfindungsrecht zusteht; *Grenze*, weil sie jenseits dieser und der ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben nicht tätig werden dürfen; das betrifft auch den Kompetenzgrundsatz der Territorialität, demzufolge die Verwaltung grundsätzlich nur in ihrem Gebiet tätig werden darf.²⁷

(2) Schrankentrias: Zweckbindung, Leistungsfähigkeit, Subsidiarität

Die öffentlich-rechtlichen Bindungen finden ferner konkreten Ausdruck in der sogenannten »Schrankentrias« von Zweckbindung, Leistungsfähigkeit und Subsidiarität. Dass es eine Zweckbindung gibt, wenn ein bestimmter Zweck vorgeschrieben ist, ist unspektakulär; festzuhalten ist hier nur, dass die Zweckbindung gem. § 109 I 1 GO NRW primär der Sicherung der Aufgabenerfüllung dient, während sie, wie sogleich gezeigt wird, im Gesellschaftsrecht primär dem Schutz der Gesellschafter dient.²⁸ Die Leistungsfähigkeit des jeweiligen öffentlichen Unternehmensträgers und der Bedarf hinsichtlich der Aufgabenerfüllung als zweite Schranke dient dem Schutz der öffentlichen Hand vor Überforderung. Sie soll nicht von ihren Kernaufgaben abgelenkt werden – bei Kommunen vor allem nicht von ihren Pflichtaufgaben, etwa im Bereich der Schulträgerschaft, der Bauleitplanung oder der Gefahrenabwehr.²⁹ Dass dies eine notwendige Beschränkung ist, zeigt das Beispiel der Kommunalen Wasserwerke Leipzig, wo risikoreiche Engagements eine stabile Wahrnehmung

17 C. Degenhart, Staatsorganisationsrecht, 2014, Rdnr. 304 ff.; B. Pieroth/B. Hartmann, DVBl 2002, 421 (427).

18 Ibler, in: Maunz/Dürig, GG, 73. EL 2014, Art. 86 Rdnr. 121 ff.

19 Brenner (Fußn. 6), S. 228.

20 M. Oldiges, NVwZ 1987, 737.

21 Das macht, wie man ebenfalls von der völkerrechtlichen Diskussion um Regimekollisionen lernen kann, vor allem dort Sinn, wo die Hierarchie als Ordnungsprinzip nicht zu verfangen vermag.

22 J. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, 1986.

23 Lange (Fußn. 2), S. 720 f.; G. Kirchhof, AöR 132 (2007), 215 (241 f.); E. Schwerdtner, KommJur 2007, 169.

24 F. Wöllenschläger, in: Kirchhof/Korte/Magen (Hrsg.) Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 6 Rdnr. 78; T. v. Danwitz, AöR 120 (1995), 595 (597); Adenauer/Merk (Fußn. 9), S. 1254.

25 S. E. Schulz/J. Tischer, GewArch 2014, 1 (2 f.) (m.w.N.)

26 Schulz/Tischer (Fußn. 25), S. 2.

27 H. Dreier, GG, 2006, Bd. 2, Art. 28 Rdnr. 131.

28 A. Baumbach/A. Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, Anhang nach § 47 Rdnr. 93.

29 Lange (Fußn. 2), S. 692.

der Kernaufgaben ernsthaft gefährdet haben. Schließlich soll die Subsidiarität als dritte Schranke (gleichsam Spielart des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität des Staates³⁰) die Privatwirtschaft vor allem vor ungleicher Konkurrenz durch öffentliche Unternehmen schützen³¹.

b) Gesellschaftsrechtliche Wertungen

aa) Handlungslogik: Ausübung von Freiheit

Wenn *Bürger* eine Gesellschaft gründen, dann tun sie dies nicht, um eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Sie nehmen vielmehr ihre grundrechtlich verbürgten Freiheiten wahr. Sie bedürfen für ihr Handeln keiner Rechtfertigung, vielmehr verfolgen sie im eigentlichen Sinn des Wortes private Interessen. Hier schlägt die Grundentscheidung unserer Rechtsordnung zu einer marktwirtschaftlich geprägten, pluralen Wirtschaftsordnung durch: Wo bei der Verwaltung als Grundmodus die *Hierarchie* vorherrscht, sieht das Zivilrecht *gleichgeordnete Rechtssubjekte*, die am Markt miteinander in den Wettbewerb treten können. Mit dem *Wettbewerb* halten die Ideen der Gewinnerzielung und der Wettbewerbsfähigkeit Einzug ins Gesellschaftsrecht. Was uns als »rein fiskalisches« Motiv im öffentlichen Unternehmensrecht nicht genügt, wird zum Paradigma des Gesellschaftsrechts, zum Leitbild, ohne das viele Regelungen nicht zu verstehen sind. Im Aktienrecht mit seiner Orientierung auf den *shareholder value* wird diese Vorstellung auf die Spitze getrieben.

bb) Regelungszweck: Ermöglichung der Freiheitsausübung und Drittschutz

Daraus ergibt sich, dass der Regelungszweck des Regimes »Gesellschaftsrecht« auf die Ermöglichung der Wahrnehmung individueller und kollektiver Wirtschaftsfreiheit gerichtet ist und dem Schutz privater Interessen dient.³² Gleichzeitig muss das Gesellschaftsrecht gewährleisten, dass die Interessen Dritter – vor allem *deren* Wirtschaftsfreiheit – gewahrt bleiben.

(1) Unternehmensgegenstand: jeder gesetzlich zulässige Zweck

Dieser Regelungszweck drückt sich zuvörderst darin aus, dass die möglichen Unternehmensgegenstände weitestgehend unbeschränkt sind: Jeder gesetzlich zulässige Zweck kann daher, wie § 1 GmbHG formuliert, zum Gegenstand einer Unternehmung gemacht werden. Auch wenn dem Gesellschaftsrecht die unausgesprochene Vorstellung zugrunde liegt, dass Gesellschaften »typischerweise« eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen, können auch andere Zwecke rechtsgeschäftlich vereinbart werden.³³ Das verdeutlicht etwa das Konstrukt der gemeinnützigen GmbH (»gGmbH«) oder der Umstand, dass bedeutende *Stiftungen* in der Rechtsform der GmbH geführt werden (etwa die *Robert Bosch Stiftung*).³⁴ In beiden Fällen ist den Gesellschaften eine Gewinnerzielungsabsicht fremd. Öffentliche Zwecke können damit ebenfalls zum Unternehmensgegenstand gemacht werden (auch wenn es bisher keine Überlegungen gibt, diese im Rechtsverkehr kenntlich zu machen, etwa als »öGmbH«).

(2) Schrankentrias: Zweckbindung, Schutz der Anteilseigner, Schutz des Rechtsverkehrs

Gleichzeitig sieht das Gesellschaftsrecht auch für privatrechtlich verfasste Unternehmen Beschränkungen vor. Parallel zur »Schrankentrias« im öffentlichen Unternehmensrecht lassen sich diese Beschränkungen auch dreigliedern, so dass man von einer »gesellschaftsrechtlichen Schrankentrias« sprechen

könnte: Auch hier greift die Zweckbindung, daneben sind Anteilseigner und Rechtsverkehr zu schützen.

Die Zweckbindung soll – strafrechtlich sanktioniert – die Erreichung des durch Privatrechtsgeschäft vereinbarten gemeinsamen Zwecks gewährleisten.³⁵ Sie schützt die Gesellschafter voneinander und vor ihrer Geschäftsführung. Der Schutz der Anteilseigner wird ferner etwa durch ein System von Minderheitsrechten gewährleistet (vgl. § 50 GmbHG), sowie durch eine klare Kompetenzverteilung und organschaftliche Rechte, die Probleme des Auseinanderfallens der Interessen etwa zwischen Geschäftsführung oder Vorstand und Anteilseignern regeln (sie lösen *Principall/Agent*-Probleme³⁶). Der Schutz des Rechtsverkehrs nimmt typischerweise Schuldner und Gläubiger sowie den Wettbewerb in den Blick. Hier sind der bundesrechtliche *numerus clausus* der Gesellschaftsformen,³⁷ der aktienrechtliche Grundsatz der Satzungsstrenge³⁸ oder die Registerpublizität³⁹ zu verorten, die Klarheit im Rechtsverkehr garantieren sollen, sowie die Grundsätze der Kapitalaufbringung (§ 5 GmbHG) und Kapitalerhaltung (§ 30 GmbHG), mit denen jedenfalls nach überwiegender Auffassung eine Mindesthaftung gewährleistet werden soll.⁴⁰

Auf eine Art lässt sich die öffentlich-rechtliche Schrankentrias auch als Spezialfall der gesellschaftsrechtlichen Regelungen lesen: Die Zweckbindung im öffentlichen Recht ist enger als im Gesellschaftsrecht; der gesellschaftsrechtliche Schutz der Anteilseigner wird im Kommunalrecht konkretisiert zu Anforderungen an Leistungsfähigkeit und Bedarf; und der im Gesellschaftsrecht allgemein formulierte Schutz des Rechtsverkehrs wird in einen für Öffentlich-Rechtler griffigeren »Subsidiaritätsgrundsatz« überführt.

4. Wie können Regimekollisionen vermieden werden – und wann entstehen sie doch?

Nach alledem ist festzuhalten, dass öffentliches Unternehmensrecht und Gesellschaftsrecht zwar von unterschiedlichen Grundvoraussetzungen ausgehen – hier Aufgabenerfüllung, dort Freiheitsausübung –, dass aber vor allem das Gesellschaftsrecht derart großzügige Gestaltungsspielräume gewährt, dass Kollisionen *prima facie* vermeidbar scheinen.

a) Gegenseitige Bezugnahmen

Das gilt umso mehr, als öffentliches Unternehmensrecht und Gesellschaftsrecht einander durchaus im Blick haben. So ent-

30 F. Wollenschläger, (Fußn. 24) § 6; G. Kirchhof/S. Korte/S. Magen u.a., in: Kirchhof/Korte/Magen (Hrsg.) Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 4 Grundlagen des öffentlichen Wettbewerbsrechts.

31 K. Lange, NVwZ 2014, 616 (617).

32 Burgi (Fußn. 7), S. 613.

33 Baumbach/Hueck (Fußn. 28), § 1 Rdnr. 12.

34 H. Fleischer, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. 2015, § 1 Rdnr. 30.

35 BGH, Urteil v. 06.12.2001 – 1 StR 215/01 – BGHSt 47, 187 = NSZ 2002, 322 m. Anm. K. Beckemper.

36 A. Nicklisch/N. Petersen, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 117 (122 f.).

37 R. Steding, JA 2006, 651.

38 A. Pentz, in: MüKo AktG, 3. Aufl. 2008, § 23 Rdnr. 150; G. Spindler, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Band 2, 2007, S. 995 ff.

39 H. Merkt, Unternehmenspublizität, 2001, S. 84 ff.

40 Auch den öffentlich-rechtlichen bisweilen ähnliche gesellschaftsrechtsfremde Bindungen greifen im Gesellschaftsrecht, etwa solche des Allgemeinen Gleichstellungsgesetzes (AGG).

bindet § 394 AktG die von Gebietskörperschaften entsandten Aufsichtsratsmitglieder von ihrer Verschwiegenheitspflicht hinsichtlich Berichten gegenüber der sie entsendenden Körperschaft; und § 113 V 2 GO NRW sieht eine Unterrichtungspflicht der Gemeindevertreter im Rat nur dann vor, wenn gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Schon auf dieser Ebene lassen sich also beispielsweise viele der angesprochenen Fragen zu Auskunftsansprüchen und zur Wahrung von Betriebsgeheimnissen lösen.

b) Sorgfältige Vertragsgestaltung

Auch durch sorgfältige Satzungsgestaltung sind Regimekonflikte jedenfalls bei der GmbH soweit ersichtlich vollständig vermeidbar. Das gilt insbesondere für die aus der demokratierechtlichen Ingerenzpflicht der öffentlichen Hand folgenden Bindungen, die durch Kautelen umgesetzt werden können. Es ist daher eine verbreitete (und in § 108 IV GO NRW festgeschriebene) Einsicht, dass die GmbH der AG vorzuziehen ist, denn letztere beschränkt durch den Grundsatz der Satzungsstrenge die Gestaltungsmöglichkeiten und damit die Umsetzung öffentlich-rechtlicher Bindungen im Vergleich zur GmbH spürbar.⁴¹ Ferner empfiehlt sich – auch mit Blick auf die Haftungsvorschriften Geschäftsführung und Aufsichtsrat betreffend – eine präzise Bestimmung des Unternehmensgegenstands, auf den das Unternehmen und alle Handlungen der betroffenen Akteure auszurichten sind. Außerdem können in der Satzung Genehmigungsvorbehalte für bestimmte, wichtige Beschlüsse vorgesehen werden. Zuwiderhandlungen gegen Zweckbestimmung oder Genehmigungsvorbehalte können eine zivilrechtliche Haftung auslösen und im Extremfall strafbewehrt sein. Gesellschaftsrechtliche Wertungen stehen damit der Beachtung der öffentlich-rechtlichen Schrankentrias nicht entgegen; das Handeln der Verwaltung regulierende Bindungen können über den Gesellschaftsvertrag auf das öffentliche Unternehmen übertragen werden.

Auf dieser Ebene lassen sich Fragen wie Weisungsbefugnisse und Unterrichtungspflichten regeln, beispielsweise verlangt § 108 V Nr. 2 GO NRW nach genau solchen Gestaltungen, wenn er postuliert, der Rat dürfe sich nur an solchen GmbHs beteiligen, in denen er von der Gemeinde bestellten Mitgliedern des Aufsichtsrats Weisungen erteilen kann; auch § 137 I NKomVG postuliert ausdrücklich Anforderungen an die Gestaltung des Gesellschaftsvertrags. Bei sorgfältiger Vertragsgestaltung lassen sich die Bindungen sogar auf Enkelunternehmen übertragen; eine Reihe der im Zusammenhang mit der STEAG aufgetretenen Probleme wäre so vermeidbar gewesen.

c) »Öffentlichrechtsfreundliche Auslegung«

Selbst wo keine ausreichenden Kautelen in die Satzung eingebaut sind, können durch »öffentlichrechtsfreundliche Auslegung« öffentlich-rechtliche Bindungen berücksichtigt werden: So ging es in einer Entscheidung des BVerwG⁴² darum, ob bei einer GmbH, deren Satzung sich nicht zur Weisungsbundenheit der Gemeindevertreter in einem fakultativen GmbH-Aufsichtsrat verhielt, die Gemeindevertreter – wie § 108 V Nr. 2 GO NRW vorschreibt – Weisungen des Rates unterworfen werden können; und das BVerwG urteilte: ja, sie können. Eine solche öffentlichrechtsfreundliche Auslegung ist *aus der Logik des Gesellschaftsrechts* geboten: Die strenge Zweckbindung erfordert nämlich jenseits des Gebots der Er-

haltung des Haftkapitals – wie wir etwa bei den Stiftungs-GmbHs sehen – keine Gewinnmaximierung, sie verlangt im Falle öffentlicher Unternehmen vielmehr die Ausrichtung auf die Erreichung des öffentlichen Zwecks.⁴³ Öffentliche Unternehmen dienen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Diese öffentlichen Aufgaben werden durch gesetzlich dazu berufene Amtsträger, etwa den Rat, definiert. Einigt sich der Rat auf eine Weisung, dann erfüllt der Weisung entsprechendes Handeln prozedural *per definitionem* den öffentlichen Zweck und präzisiert damit den Gesellschaftszweck; eine Abweichung widerspricht dem Gesellschaftszweck. Dass solche öffentlich-rechtlichen Bindungen bei der Vertragsauslegung berücksichtigt werden müssen gilt umso mehr, wenn man vom Postulat der rechtstreuen Verwaltung ausgeht.

d) Unzulässigkeit privatrechtlicher Rechtsformen und Umgehungsversuche

Obwohl Regimekollisionen also vermeidbar sind, sind sie so regelmäßig zu beobachten, dass das Wirken öffentlicher Unternehmen in privater Rechtsform im Wirtschaftsverwaltungsrecht und in der Praxis als problematisch angesehen wird.⁴⁴ Aber wann kommt es zu Regimekollisionen? Nach dem Vorgesagten können Regimekollisionen in zwei Konstellationen auftreten: *Erstens*, wo die öffentliche Hand eigentlich nicht hätte auf privatrechtliche Rechtsformen zurückgreifen dürfen, weil zwingende gesellschaftsrechtsrechtliche Vorschriften öffentlich-rechtlichen Bindungen (wie etwa der demokratierechtlichen Einwirkungspflicht) entgegenstehen. Das kann auch der Fall sein, wenn die Satzung nachlässig aufgesetzt ist und eine öffentlichrechtsfreundliche Auslegung nicht zulässt, so dass die gesellschaftsrechtliche Lösung mit öffentlich-rechtlichen Bindungen kollidiert. *Zweitens* treten Kollisionen auf, wo öffentlich-rechtliche Bindungen bewusst »umgangen« werden sollen.⁴⁵ Was eine »Umgehung« ist, wird im Einzelfall schwer zu bestimmen und noch schwerer zu beweisen sein, so dass in der Praxis der erste Fall relevant bleibt. Hier bedarf es einer Dogmatik zur Auflösung von Regimekollisionen.

5. Wie sind diese Kollisionen zu lösen?

a) Überlagerung dispositiven Gesellschaftsrechts durch zwingendes öffentliches Recht

Für einen Teil der Kollisionsfälle könnte ein erfolgversprechender Ansatz darin zu sehen sein, die Rechtsprechung des BVerfG, wonach vereinsrechtliche Vorschriften des BGB in Ansehung von Grundrechten zu modifizieren sind, auch auf die hier gegenständlichen Fälle zu übertragen. Das BVerfG hat – von Literatur und Praxis begrüßt⁴⁶ – entschieden,

41 M. E. Geis/S. Madeja, JA 2013, 248 (252); D. Ehlers, DVBl 1997, 137 (139).

42 BVerwG (Fußn. 10), S. 300.

43 Ehlers (Fußn. 41), S. 141.

44 Schmidt (Fußn. 12), S. 358; J. Dyllick/E. Lörincz/R. Neubauer, LKV 2012, 151 (155).

45 Besonders anfällig für den öffentlichen Zweck nicht hinreichend berücksichtigende öffentliche Unternehmen sind Enkelunternehmen und Beteiligungen öffentlicher Unternehmen, weil der Arm des Gesetzgebers auf eine angemessene Satzungsgestaltung durch das Tochterunternehmen angewiesen ist, ohne die er keinen Durchgriff auf die handelnden Akteure erlangen und die Fokussierung auf die Aufgabenwahrnehmung nicht durchsetzen kann.

46 Vgl. grundlegend V. Beuthin/A. Mätsch, ZHR 156 (1992), 459 ff.

dass das Vereinsrecht angesichts der Wahrnehmung (anderer) grundrechtlicher Freiheiten (etwa der Religionsfreiheit) verfassungskonform auszulegen ist, sofern dispositives Recht oder Richterrecht betroffen ist und sofern der Schutz des Rechtsverkehrs (also wiederum potenzielle Grundrechte Dritter) nicht tangiert wird, solange es also vornehmlich um innere Angelegenheiten geht.⁴⁷ Die Lösung hat den Charme, dass sie das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung wahrt.⁴⁸

Mit diesen Überlegungen lässt sich das Urteil des BVerwG,⁴⁹ demzufolge Gemeindevertreter in einem *fakultativen* Aufsichtsrat an Weisungen gebunden sind, auf Fälle erweitern, in denen ein *zwingender* Aufsichtsrat vorgesehen ist.

aa) Dispositives Recht oder Richterrecht

Denn die allgemeine Regel, dass Aufsichtsratsmitglieder keinen Weisungen unterworfen werden dürfen,⁵⁰ entspringt der herrschenden Meinung nach einer richterrechtlichen Auslegung des § 111 V AktG, demzufolge Aufsichtsratsmitglieder ihre Aufgaben »nicht durch andere wahrnehmen lassen dürfen«.⁵¹ Zwar wird diese Regelung in der gesellschaftsrechtlichen Literatur wegen des Grundsatzes der Satzungsstrenge gem. § 23 V AktG überwiegend als zwingendes Recht angesehen; und dieser Zwang soll auch bei solchen GmbHs greifen, wo ein Aufsichtsrat zwingend vorgeschrieben ist. Sowohl eine enge Auslegung des § 23 V AktG, der eine Abweichung »von den Vorschriften dieses Gesetzes« nur gestattet, wenn das AktG dies ausdrücklich zulässt, als auch die Rechtsprechung des BVerfG zur Frage des – von der damaligen Rechtsprechung ebenfalls als zwingend angesehenen – richterrechtlichen Grundsatzes der Vereinsautonomie erlauben aber, zwingenden öffentlich-rechtlichen Bindungen *grundsätzlich* den Vorrang einzuräumen, sofern die Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht tangiert wird.⁵²

bb) Zwingende verfassungsrechtliche Einwirkungspflicht

Hintergrund der Weisungsgebundenheit der Gemeindevertreter, die § 108 V Nr. 2 GO NRW für fakultative Aufsichtsräte zwingend vorschreibt, ist eine aus dem grundgesetzlichen Demokratieprinzip abgeleitete zwingende Einwirkungsmöglichkeit: Die Verwaltung muss ihren Einfluss in allen ihren Untergliederungen, mithin auch in ihren Unternehmen, geltend machen können. Auch die Bindung an den Gesellschaftszweck, die öffentliches Unternehmensrecht und Gesellschaftsrecht gleichermaßen vorschreiben, streitet für die Bindung der Aufsichtsratsmitglieder an Weisungen des Rates, der die Definitionshoheit über die wahrgenommene öffentliche Aufgabe hat. Schließlich spricht das Haftungsregime kommunaler Unternehmen für eine Bindung an Weisungen des Gemeinderates, denn § 113 VI GO NRW stellt die Vertreter der Gemeinde von Organhaftungsansprüchen frei, sofern ihnen weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist.⁵³ Auch die Rechtsprechung des BGH für den Bereich des Verwaltungsprivatrechts⁵⁴, der zufolge »die Normen des Privatrechts durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert werden«,⁵⁵ lässt sich fruchtbar machen und auf Fälle dispositiven oder richterrechtlich entwickelten Gesellschaftsrechts erstrecken.

cc) Keine Gefährdung des Rechtsverkehrs

Der Rechtsverkehr wird durch eine Bindung des Gemeindevertreter an Weisungen der Gemeinde wohl nicht gefährdet: Zum einen muss auch bei privaten Unternehmen hingenommen

werden, dass sie nicht die im Sinne der Gewinnmaximierung (und damit für die Haftungsbasis) günstigste Entscheidung treffen; zum andern ist dem Rechtsverkehr (wie etwa bei Stiftungs-GmbHs) der Unternehmensgegenstand ersichtlich, und damit die Ausrichtung des Unternehmens auf die (öffentliche) Aufgabe.

b) Kollision zwingender Normen beider Regime

Komplizierter ist die Lage, wo diese Rechtsprechung nicht fruchtbar gemacht werden kann, also wenn den zwingenden öffentlich-rechtlichen Bindungen zwingende Normen des Gesellschaftsrechts entgegenstehen oder wenn der Schutz des Rechtsverkehrs (seinerseits ein zwingendes Anliegen des Gesellschaftsrechts) tangiert wird. Sowohl die Lehre vom Vorrang des Gesellschaftsrechts, wie sie der BGH in Anknüpfung an die Rechtsprechung des RG vertritt,⁵⁶ als auch der in der Literatur unter dem Stichwort »Verwaltungsgesellschaftsrecht«⁵⁷ behauptete Vorrang des öffentlichen Rechts vermögen in diesen Fällen nicht zu überzeugen: *Ein* zwingendes Recht kommt immer zu kurz.

Das ist auch deshalb unbefriedigend, weil die Regimekollision durch beide Regelungsregime »verschuldet« ist: Für die Verfassung eines öffentlichen Unternehmens in privater Rechtsform ist *sowohl* eine Öffnung (oder Offenheit) seitens des öffentlichen Rechts *als auch* des Gesellschaftsrechts erforderlich. Dass sich die Landesgesetzgeber mit Öffnungsklauseln wie § 108 I GO NRW dem bundesrechtlichen *numerus clausus* der Gesellschaftsformen und damit auch ihrer konkreten Ausgestaltung unterwerfen, ist zwar zutreffend; der Bundesgesetzgeber hätte aber die Möglichkeit, seinerseits

47 BVerfG Beschl. v. 05.02.1991 – 2 BvR 263/86 – BVerfGE 83, 341 = DVBl 1991, 435.

48 Allerdings stellt sich die Frage, ob die BVerfG-Rechtsprechung, die grundrechtlichen Bindungen zur Wirksamkeit verhilft, auch auf sonstige öffentlich-rechtliche Bindungen übertragbar ist. Dagegen scheint nichts zu sprechen: Die Bindungen sind Folge von Verfassungsprinzipien, die staatliches Handeln zugunsten der Bürger einhegen; die Verwaltung soll nicht durch Rechtsformwahl in die Lage versetzt werden, aus öffentlich-rechtlichen Bindungen fliehen zu können. Auch der Gesellschaftsrechts-Gesetzgeber darf öffentlichen Unternehmen nicht ermöglichen, sich verfassungsrechtlicher Vorgaben zu entziehen.

49 BVerwG (Fußn. 10) S. 300 ff.

50 M. Hoffmann-Becking, NZG 2014, 801, 807; die Weisungsfreiheit soll die Unabhängigkeit der AR-Mitglieder gewährleisten und dazu anhalten, das Unternehmensinteresse im Blick zu behalten, sich also nicht an die Partikularinteressen einzelner »Fraktionen« von Aktionären zu binden, die ggf. für ihre Berufung gesorgt haben (Interessenpluralität im Aufsichtsrat). Diese Argumente kennt das öffentlich Recht etwa von der Weisungsfreiheit der Abgeordneten des Deutschen Bundestages (Art. 38 I 2 GG).

51 Ein Verstoß gegen § 111 V AktG bedeutet pflichtwidriges Handeln des AR-Mitglieds nach §§ 116, 93 AktG.

52 BVerfG (Fußn. 47), S. 356.

53 Noch deutlicher ist dies bei Berücksichtigung der Folgen der §§ 116, 93 AktG, weil eine Verantwortlichkeit der AR-Mitglieder wegen § 113 VI GO gerade nicht gegeben ist.

54 vgl. BGH Urt. v. 06.11.2009 – V ZR 63/09 – NVwZ 2010, 531; BGH Urt. v. 17.06.2003 – XI ZR 195/02 – BGHZ 155, 166.

55 BGH Urt. v. 05.04.1984 – III ZR 12/83 – BGHZ 91, 84 (96) = DVBl 1984, 1118 (121); BGH (Fußn. 55) Urt. v. 17.06.2003, S. 175; ähnlich BGH Urt. v. 10.02.2005 – III ZR 294/04 = DVBl 2005, 1374.

56 RG, JW 1932, 2279; BGH Urt. v. 13.10.1977 – II ZR 123/76 – BGHZ 69, 334; BGH Urt. v. 29.01.1962 – II ZR 1/61 – BGHZ 36, 296; M. Burgi, (Fußn. 7), S. 613; vgl. Brenner (Fußn. 6), S. 235.

57 T. v. Danwitz, (Fußn. 24), S. 622; W. Leisner, GewArch 2009, 337 ff.; E.T. Kraft, Das Verwaltungsgesellschaftsrecht, 1982, S. 237 ff.; W. Krebs, Die Verwaltung 1996, 309 ff.

diesen Weg abzuschneiden, beispielsweise indem er nicht jeden legalen Zweck, sondern allein private Zwecke zuließe. Lässt der Bundesgesetzgeber im Gesellschaftsrecht öffentliche Unternehmen zu, hat er mithin auch hier die Berücksichtigung zwingender öffentlich-rechtlicher Bindungen zu gewährleisten.⁵⁸

Es lässt sich daher nicht argumentieren, dass die Landesgesetzgeber den öffentlichen Unternehmen die Nutzung privatrechtlicher Rechtsformen »einseitig« eröffneten und sich daraus eine unbedingte Geltung der gesellschaftsrechtlichen Wertungen ergebe. Vielmehr werden öffentliches Unternehmensrecht und Gesellschaftsrecht zu »Komplizen«, wenn sie der öffentlichen Hand die Flucht aus öffentlich-rechtlichen Bindungen gemeinsam ermöglichen; und die Aufsichtsinstanzen beider Regelungsregime – die Kommunalaufsicht und das Registergericht – haben nicht dafür Sorge zu tragen, dass die Kollision verhindert wird. Dadurch dass sowohl öffentliches Unternehmensrecht wie Gesellschaftsrecht es öffentlichen Unternehmen gleichermaßen erlauben, sich privatrechtlich zu organisieren, kann es keinen »strengen« Vorrang, keine Sperrwirkung eines der beiden Regime geben. Auch der Umstand, dass öffentlich-rechtlichen Bindungen im Wege der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmöglichkeiten Geltung verschafft werden könnte, vermag keine Vorrangstellung eines der Regelungsregime zu begründen; denn gerade weil die Gestaltung an der Schnittstelle zweier Regime erfolgt, versagen beide, zwingende rechtliche Vorgaben in der Praxis durchzusetzen.

aa) Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und Auflösung durch Verwaltungsbehörde

Sofern die Gesellschaft in Vollzug gesetzt, aber noch nicht eingetragen ist, könnte man für Abhilfe an die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft⁵⁹ denken. Die Kommunalaufsicht könnte also darauf hinwirken, dass öffentlich-rechtlichen Bindungen durch Korrekturen der Satzung nachträglich Wirksamkeit verschafft wird – oder die Liquidation der Gesellschaft verlangen. Ob die nach dem Opportunitätsprinzip handelnde Aufsicht das durchsetzen wird, scheint jedenfalls bei einem Blick in die Praxis mehr als fraglich. Es ist auch zweifelhaft, ob die Auflösung der Gesellschaft ein angemessenes Mittel ist, wenn es genügen würde, den öffentlich-rechtlichen oder den gesellschaftsrechtlichen Bindungen einen Vorrang einzuräumen. Ferner werden aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive mit Blick auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs die meisten Fehler, die zu einer fehlerhaften Gesellschaft führen, durch die Eintragung ins Handelsregister geheilt; nur noch sehr extreme Fehler – die Fälle des § 75 GmbHG, etwa das gänzliche Fehlen oder die Nichtigkeit eines Unternehmensgegenstandes – können dann noch angegriffen werden und letztlich zu einer Auflösung der Gesellschaft führen.⁶⁰

Zu denken wäre schließlich an die Auflösung durch eine Verwaltungsbehörde (hier: wohl durch das Landeswirtschaftsministerium) gem. § 62 GmbHG. Hiernach kann eine Gesellschaft aufgelöst werden, wenn sie »das Gemeinwohl dadurch gefährdet, dass die Gesellschafter gesetzwidrige Beschlüsse fassen oder gesetzwidrige Handlungen der Geschäftsführer wissentlich geschehen lassen.« Auch die Normen des öffentlichen Rechts werden hierdurch geschützt. Unabhängig von den Fragen nach der Bestimmtheit der öffentlich-rechtlichen Bindungen und danach, mit welchen Maßgaben § 62

GmbHG mit dem Rechtsstaatsprinzip in Einklang gebracht werden kann,⁶¹ ist offenkundig, dass eine *Gemeinwohlgefährdung* nur in extremen Ausnahmefällen anzunehmen sein wird. Das zeigt auch der Umstand, dass ausweislich der Kommentarliteratur nur ein Anwendungsfall des § 62 GmbHG bekannt ist – aus dem Jahr 1937.

bb) Praktische Konkordanz

Wie aber verschafft man *sonst* beiden Regelungsregimen möglichst weitgehende Wirkung? Konsequenterweise wird man jedenfalls in den Fällen, in denen eine Auflösung der Gesellschaft unverhältnismäßig wäre, im Sinne praktischer Konkordanz⁶² die durch die jeweilige Schrankentrias geschützten Rechtsgüter *im Einzelfall* in schonenden Ausgleich bringen müssen. Der Grundsatz des Art. 31 GG, dass Bundesrecht Landesrecht bricht, ändert hieran nichts, denn er vermag lediglich dort zu greifen, wo eine öffentlich-rechtliche Bindung *ausnahmsweise* allein auf Landesrecht beruht und nicht auf fundamentalen Prinzipien des Grundgesetzes. Dies verkennt die Lehre vom Vorrang des Gesellschaftsrechts, wenn sie in den entsprechenden landesrechtlichen Regelungen lediglich landesrechtliche Bindungen erblickt: Denn die landesrechtliche Konkretisierung ändert nichts daran, dass auch fundamentale grundgesetzliche Vorgaben für *jegliche* Tätigkeit der öffentlichen Hand bestehen – und, sofern sie mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts erfolgt, auch dort und auch vom Bundesgesetzgeber zu beachten sind. Die Bindung an grundgesetzliche Prinzipien kann weder durch landesrechtliche Legitimationsakte wie die Gemeindeordnung oder durch bundesrechtliche Normen des Gesellschaftsrechts, noch durch einen einfachen Ratsbeschluss, der eine insofern ungenügende Satzung feststellt, gelockert werden. Ferner greift der Verweis auf Art. 31 GG auch deshalb zu kurz, weil die das (zumal: *kommunale*) Verwaltungshandeln betreffende Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern liegt; es entsteht also eine föderal geprägte Regimekollision.

Im Rahmen der Einzelfallabwägung durch praktische Konkordanz kann ferner berücksichtigt werden, dass die exakte Reichweite und Intensität der verfassungsrechtlichen Einwirkungspflichten – im Unterschied zu den meisten gesellschaftsrechtlichen Vorgaben – oft nicht hinreichend konkret bestimmt ist, und dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Einwirkungs- und Kontrollpflichten ein Beurteilungsspielraum zusteht. So entsteht ein schonender Ausgleich zwischen den Regelungsregimen, der im Vergleich zu anderen Regelungsmöglichkeiten – etwa der Auflösung der

58 Schon heute bestünde mit Instrumenten des Gesellschaftsrechts – namentlich die Prüfungspflicht der Anmeldung zur Eintragung durch die Registergerichte (§§ 36, 38 AktG, 7, 9c GmbHG) – die (praktisch wohl nicht umsetzbare) Möglichkeit, eine rechtswirksame Errichtung von öffentlichen Unternehmen in privater Rechtsform zu unterbinden, wenn aus Sicht des Gesellschaftsrechts die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in privater Rechtsform aufgrund von der Durchsetzung verfassungsrechtlicher Bindungen entgegenstehenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften nicht möglich wäre; auf dennoch errichtete Gesellschaften wäre die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft (dazu sogleich) anwendbar.

59 P. Ulmer/C. Schäfer, in: MüKo BGB, 6. Aufl. 2013, § 705 Rdnr. 323 ff.; P. M. Kummer, Jura 2006, 330 ff.

60 L. Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 2 Rdnr. 60.

61 Casper, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG Bd. 3, 2008, § 62 Rdnr. 3; Haas, in: Baumbach/Hueck (Fußn. 28).

62 K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdnr. 72; M. Schladebach, Der Staat 53 (2014), S. 263.

Gesellschaft, dem unbedingten Vorrang eines der Regime oder ebenfalls vorstellbarer, den Rechtsverkehr belastende Nichtigkeitsanordnungen für einzelne Beschlüsse – als mildestes Mittel erscheint. Im Ergebnis bedeutet dies allerdings, dass das Gesellschaftsrecht, wo es mit dem öffentlichen Unternehmensrecht kollidiert, *im Einzelfall* eine funktionale Auslegung erfährt. Dadurch wird eine gewisse Rechtsunsicherheit induziert, weil jeder Fall gesondert betrachtet werden muss, der »Überraschungsfaktor« also steigt.

cc) Risiken des Lösungsansatzes

Die Kollisionsdogmatik birgt gewisse Risiken. Zum *einen* stellt sich die Frage, ob Probleme, die von der Kommunalaufsicht oder den Registergerichten nicht zufriedenstellend behoben werden können, einer feingliedrigeren Dogmatik zugänglich sein werden – und ob diese Lösung nicht für viele Kommunalverwaltungen in der Durchführung etwas zu kompliziert wäre. Zum *anderen* kann das »Überschreiben« gesellschaftsrechtlicher Wertungen durch öffentlich-rechtliche Bindungen im schlimmsten Fall dazu führen, dass am Ende keines der Regelungsregime mehr richtig verfährt, und noch größere rechtsfreie bzw. »gestaltbare« Räume entstehen.

6. Der Vorhang zu und alle Fragen offen?

Die Bundes- und Landesgesetzgeber sind nicht in der Lage oder willens, den hier behandelten Problemen durch gesetzgeberische Maßnahmen abzuhelfen. Der überwiegenden Überzeugung zufolge gibt es ferner zahlreiche *gute* und manche *weniger gute* Gründe für die formelle Organisationsprivatisierung, welche die mit ihr verbundenen Probleme überwiegen, so dass ein grundsätzliches Verbot öffentlicher Unternehmen in privater Rechtsform inopportun scheint.⁶³

Es hat sich gezeigt, dass vor diesem Hintergrund der Schlüssel für die angemessene Behandlung der durch öffentliche Unternehmen in privater Rechtsform aufgeworfenen Fragen in

einer sorgfältigen Vertragsgestaltung liegt – gleichsam in der Vermeidung von Kollisionen. Weil auch die hier angestellten Überlegungen zu einer Kollisionsdogmatik kaum dazu beizutragen können, dass die Vertragskautelen sorgfältiger verfasst werden, könnte man in der Praxis erwägen, in Fällen *mangelhafter* Vertragsgestaltung eine Haftung der jeweiligen Anwälte und Notare anzustreben, um längerfristig eine *sorgfältige* Gestaltung zu gewährleisten – jedenfalls wenn der Auftraggeber eine öffentlich-rechtlich einwandfreie Gestaltung angestrebt hat. Die mit der Rechtsverfolgung verbundenen Kosten würden wohl einen ersatzfähigen Schaden darstellen. Hier hilft die Kollisionsdogmatik, den Haftungsmaßstab festzulegen. Allerdings dürfte die tatsächliche Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen regelmäßig an vereinbarten Haftungsausschlüssen bzw. –begrenzungen scheitern. Auch setzt ein solches Vorgehen voraus, dass die Regimekollision überhaupt zu einem Rechtsstreit führt; oft genug ist aber das Problem, dass Missstände zwar in der Öffentlichkeit angeprangert werden, dass aber vor allem die politisch Verantwortlichen (und auch die Aufsicht) die Kollision in Kauf nehmen und den Konflikt aussitzen.

Bis auf Weiteres bleibt für die sachgerechte Behandlung öffentlicher Unternehmen in privater Rechtsform trotz aller Vorbehalte wohl allein der Weg über eine Kollisionsdogmatik. Folgt man den hier angestellten Überlegungen, verschafft diese bei dispositiven Normen und bei Richterrecht mehr *grundsätzliche* Klarheit; die praktische Konkordanz mag zwar *im Einzelfall* zu sachgerechten Lösungen verhelfen, es gebricht ihr allerdings an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit.

63 s.o. 3 a) aa).

Die Zuweisung von Kommunalbeamten an kommunale Gesellschaften – Beamtenbesoldung versus arbeitsvertragliche Vergütung –

von Rechtsanwalt Dr. Jörg Wacker, Düsseldorf*

Das beamtenrechtliche Instrument der Zuweisung ermöglicht es, Beamte vorübergehend bei einer Einrichtung ohne Dienstherreneigenschaft tätig werden zu lassen, wobei es hierfür keiner Beurlaubung des Beamten bedarf. Von dieser Möglichkeit machen auch Städte und Gemeinden Gebrauch: Sie weisen ihre Kommunalbeamten an ihre privatrechtlich organisierten kommunalen Gesellschaften, wie etwa eine Stadtwerke GmbH zu, damit diese dort beispielsweise das Amt des Geschäftsführers übernehmen. Dabei kommt es in der Praxis nicht selten vor, dass die zugewiesenen Beamten mit der kommunalen Gesellschaft einen privatrechtlichen Anstellungsvertrag abschließen, der eine über ihre beamtenrechtliche Besoldung hinausgehende Vergütung vorsieht. Der Beitrag zeigt auf, dass diese Praxis gegen das Beamtenrecht verstößt, und stellt anschließend die sich aus einem solchen Verstoß ergebenden Rechtsfolgen für das Beamtenverhältnis dar.

I. Einführung

Die Zuweisung wurde 1990¹ als beamtenrechtliches Instrument neu geschaffen. Hiermit sollte insbesondere die Übernahme von Tätigkeiten bei supra- und internationalen Organisationen wie der EU attraktiv gemacht werden, da die Beamten hierfür bis 1990 aus dem Beamtenverhältnis beurlaubt wurden.² Darüber hinaus sollte die Zuweisung auch

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Dr. Ganteführer, Marquardt & Partner mbB (www.gamapa.de). Der Beitrag ist Prof. Dr. Janbernd Oebbecke (Westfälische Wilhelms-Universität Münster) zur Vollendung seines 65. Lebensjahres gewidmet.

1 Fünftes Gesetz zur Änderung beamtenrechtlicher Vorschriften vom 28.05.1990, BGBl. 1990 I S. 967.

2 Schütz/Maiwald, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, § 20 BeamStG Rndr. 6 (Loseblatt, Stand: Februar 2015).