



netWORKS - Papers

**Heft 12: Sicherung kommunaler
Gestaltungsmöglichkeiten
in unterschiedlichen
Privatisierungsformen –
Beispiel Wasserversorgung**

Patrick Döring

Impressum

Autor

Patrick Döring
Rechtsanwalt
Eschenweg 11
61440 Oberursel

Herausgeber

Forschungsverbund netWORKS
www.networks-group.de

Diese Veröffentlichung basiert auf Forschungsarbeiten im Verbundvorhaben „Sozial-ökologische Regulation netzgebundener Infrastruktursysteme am Beispiel Wasser“, das im Rahmen des Förderschwerpunkts „Sozial-ökologische Forschung“ des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) gefördert wird.

Verlag und Vertrieb

Deutsches Institut für Urbanistik
Straße des 17. Juni 110
10623 Berlin

Telefon: (030) 39 001-0
Telefax: (030) 39 001-100
E-Mail: difu@difu.de
Internet: <http://www.difu.de>

Alle Rechte vorbehalten

Berlin, Februar 2005

Gedruckt auf chlorfreiem Recyclingpapier.

ISBN 3-88118-382-5

Der Forschungsverbund netWORKS wird von folgenden Forschungseinrichtungen getragen:

Deutsches Institut für Urbanistik (Difu)
Jens Libbe (Koordination)
Straße des 17. Juni 112
10623 Berlin
Telefon 030/39001-115
E-Mail: libbe@difu.de



Institut für sozial-ökologische Forschung (ISOE)
PD Dr. Thomas Kluge (Koordination)
Hamburger Allee 45
60486 Frankfurt
Telefon 069/7076919-18
E-Mail: kluge@isoe.de



Leibniz-Institut für Regionalentwicklung und Strukturplanung (IRS)
Dr. Timothy Moss
Flakenstrasse 28-31
15537 Erkner
Telefon 03362/793-185
E-Mail: mosst@irs-net.de



Arbeitsgruppe für regionale Struktur- und Umweltforschung GmbH (ARSU)
Apl. Prof. Dr. Ulrich Scheele
Escherweg 1
26121 Oldenburg
Telefon 0441/97174-97
E-Mail: scheele@arsu.de



Brandenburgische technische Universität Cottbus (BTU)
Institut für Städtebau und Landschaftsplanung
Lehrstuhl für Stadttechnik
Prof. Dr. Matthias Koziol
Postfach 10 13 44
03013 Cottbus
Telefon 0355/693627
E-Mail: koziol@tu-cottbus.de



Inhalt

Vorbemerkung	4
1 Einleitung: Selbstverwaltung, Wasserwirtschaft und Privatisierung	5
2 Gestaltungsformen der Privatisierung	8
2.1 Formalprivatisierung durch Eigengesellschaften	10
2.2 Teilprivatisierung durch Joint Venture (Public Private Partnership).....	12
2.2.1 Privatisierung durch Gesellschaften mit beschränkter Haftung	14
2.2.1.1 Steuerung durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag	15
2.2.1.2 Steuerung durch Einflussnahme auf die Gesellschaftsorgane	17
2.2.1.3 Kapitalaufbringung und Haftung	20
2.2.1.4 Zusätzliche Vertragswerke	20
2.2.1.5 Beendigung des Kooperationsmodells	22
2.2.2 Privatisierung in Form von Aktiengesellschaften	22
2.2.2.1 Steuerung durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag	23
2.2.2.2 Steuerung durch Einflussnahme auf die Unternehmensorgane	27
2.2.2.3 Steuerung durch Unternehmensverträge	29
2.2.2.4 Konzernrechtliche Haftungsprobleme.....	30
2.3 Betriebsführungs-/Betreibermodell	30
2.4 Materielle Aufgabenprivatisierung	33
2.4.1 Konzessionsmodell.....	33
2.4.2 Echte materielle Privatisierung	35
Literatur.....	36
Anhang	39

Vorbemerkung

Die vorliegende Abhandlung von Patrick Döring beschreibt den facettenreichen Rahmen und die zahlreichen Übergänge zwischen den unterschiedlichen Privatisierungsformen, die Kommunen bei der Privatisierung kommunaler Wasserversorger offen stehen.

Insgesamt existiert eine komplexe Gemengelage zwischen privatem und öffentlichem Recht, nicht nur in Bezug auf Anstalts- versus Gesellschaftsrecht, sondern auch in Bezug auf die Existenz einer Vielzahl von schuldvertraglichen und gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten.

Für den Forschungsverbund netWORKS war hierbei besonders wichtig, die Frage zu prüfen, welche Einflussnahme bei der jeweiligen Privatisierungsform für die Kommune besteht. Besonders relevant ist es hierbei zu wissen, zu welchem Zeitpunkt und auf welcher rechtlichen Basis sich eine Kommune ihren Einfluss sichern kann.

Im Interesse der Kommune ist die größere Gestaltungsoffenheit der GmbH-Form gegenüber der Aktiengesellschaft auffällig. Satzung und Satzungsgegenstand (bei einer GmbH wie auch entsprechend bei einer Aktiengesellschaft), die Ausgestaltung der Organe einer Gesellschaft und die schuldvertraglichen Vereinbarungen sind in jedem Einzelfall von eigenständigem Prüfinteresse. Walten hier vorschnelle ungeprüfte Festlegungen seitens der Kommunen, entstehen irreversible Entscheidungslagen mit ungewollten langfristigen Nebenfolgen.

Je anhaltender der Trend zur Privatisierung ist, desto wichtiger wird es, dass sich die Kommunen ein eigenes Bild von ihrer Situation machen und dies nicht nur „Consultants“ überlassen, insbesondere wenn es um Fragestellungen wie Stärkung der Eigenleistung geht, Delegation der Leistungen oder andere Privatisierungsformen bis hin zu materiell-rechtlichen Privatisierungen. In dieser Abhandlung wird die Aufmerksamkeit darauf gerichtet, wie sich bei dem Übergang von der reinen Dienstleistungs- zur Gewährleistungskommune die Anforderungen an die Sicherung der Einflussnahme verändern.

Schließlich gibt die Abhandlung auch einen Einblick dazu, wie z.B. die Qualität des Trinkwassers, aber auch die Kriterien des Umweltschutzes und soziale Belange bei verschiedenen Privatisierungsformen gesichert werden können.

Frankfurt am Main, im Dezember 2004

Thomas Kluge

1 Einleitung: Selbstverwaltung, Wasserwirtschaft und Privatisierung

Die Versorgung von Bevölkerung und Industrie mit Trinkwasser ist in der Bundesrepublik Deutschland in großen Teilen nach wie vor Sache der Gemeinden. Anders als zum Beispiel in der Energiewirtschaft, in der viele das örtliche und überörtliche Versorgungsnetzwerk betreffende Fragen spezialgesetzlich im EnWG¹ geregelt sind, bestimmt sich die Rechtslage bei der Trinkwasserversorgung weitgehend nach den Vorschriften der allgemeinen Gesetze. Die Entscheidung, ob und bis zu welchem Grade privatisiert werden darf, determiniert sich damit aus öffentlich-rechtlicher Sicht maßgeblich über drei Ebenen: die verfassungsrechtlichen Vorgaben, die allgemein kommunalrechtlichen Vorschriften, sowie schließlich die speziell wasserrechtlichen Regelungen betreffend die Gewässerbewirtschaftung und den Ressourcenschutz.

Bei der Umsetzung der Privatisierungsentscheidung treten sodann zivil- und gesellschaftsrechtliche Fragestellungen hinzu. Abhängig von der angestrebten Privatisierungsform ergibt sich vor allem bei gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen das Problem, die spezifisch öffentlich-rechtlichen Vorgaben, demokratische Legitimation, grundrechtliche Bindungen sowie die kommunalrechtliche Funktionenordnung und Gemeinwohlbindung in die an sich auf Zwecke privatautonomer Interessenverwirklichung ausgerichteten zivilrechtlichen Funktionsmechanismen zu integrieren².

Verfassungsrechtliche Grundlage aller kommunalen Tätigkeit ist Art. 28 Abs. 2 GG, wonach den Gemeinden im Rahmen der Gesetze das Recht zusteht, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln. Bei einer Angelegenheit, derer sich die Gemeinde kompetenziell annehmen will, muss es sich mithin um Bedürfnisse und Interessen handeln, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben und somit den Gemeindeeinwohnern gerade deswegen als solchen gemeinsam sind, weil sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen³.

Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ist indes keine statisch-zwingende Zuweisung, sondern sie verleiht lediglich der Gemeinde die Befugnis, die Ausführung einer innerhalb ihres Einzugsbereiches liegenden Aufgabe an sich zu ziehen und damit der Sache nach zu „verstaatlichen“⁴. Garantiert ist den Kommunen somit ein Aufgabenzugriffsrecht⁵, das sich jedoch nicht nur in der Entscheidung darüber erschöpft, ob die Gemeinde eine bestimmte Aufgabe formell öffentlich wahrnehmen will, sondern ihr weitergehend auch eine Einschätzungsprärogative dahingehend überlässt, die Wahrnehmung der Aufgabe ggf. nur inhaltlich zu definieren, also etwa festzulegen, dass die Versorgung mit Wasser flä-

1 Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) v. 24.4.1998, BGBl. I S. 730.

2 von Danwitz, AöR 120 (1995), 595, 597 f.

3 BVerfGE 79, 127, 151 f. = NVwZ 1989, 347 „Rastede“.

4 Rennert, Verw. 2003, 319, 324 f.

5 BVerfGE 79, 127, 146 f. „Rastede“.

chendeckend, gleichmäßig, verlässlich, auf qualitativ und quantitativ zureichendem Niveau und zu sozial verträglichen Preisen erfolgen soll⁶.

Obwohl damit den Gemeinden ein recht breit gefasstes Ermessen sowohl bei der Auswahl der von ihnen aufzugreifenden Aufgaben, als auch bei der Wahl der zur Erfüllung einzusetzenden Mittel zukommt, ist die kommunale Selbstverwaltung keineswegs schrankenlos gewährleistet. Insbesondere unterliegt die auch im Zusammenhang mit einer privatisierten Wasserversorgung gegebene wirtschaftliche Tätigkeit der Kommunen in allen deutschen Gemeindeordnungen den Bindungen einer Gemeinwohlklausel⁷. Auch in privatrechtlicher Ausgestaltung darf die Aufgabenerfüllung also niemals eine rein fiskalisch-erwerbswirtschaftliche Natur annehmen⁸, sondern es muss sich stets um eine durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigte und damit kompetenzgebundene, leistende Verwaltungstätigkeit handeln⁹. Obwohl damit dem Merkmal in der theoretischen Diskussion eine erhebliche Bedeutung zukommen mag, dürfte es der gemeindewirtschaftlichen Tätigkeit praktisch nur selten wirkliche Grenzen ziehen, da sich neben der reinen Gewinnerzielungsabsicht, zumal in einem so elementaren Sektor, wie der Trinkwasserversorgung, nahezu immer auch ein öffentlicher Zweck der Daseinsvorsorge denken, jedenfalls aber kaum je das Gegenteil beweisen lässt¹⁰.

Aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie folgt überdies auch, dass eine Angelegenheit im Sinne von Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG örtlich radiziert sein muss¹¹ (Örtlichkeitsprinzip).

Diese beiden Aspekte werden vor allem dann relevant, wenn eine Kommune beabsichtigt, mit einem von ihr betriebenen Versorgungsunternehmen auch im Gebiet anderer Gemeinden, in anderen Bundesländern oder gar international tätig zu werden. Gerade dies wird aber des Öfteren angestrebt, um bestehende Betriebskapazitäten besser auszulasten oder durch deren Ausbau Größenvorteile zu erzielen und damit letztlich die Einnahmen der Kommune aus der Unternehmung zu steigern. Auch dann aber, wenn sich die handelnde Gemeinde zur Erfüllung ihrer Aufgaben privatrechtlicher Organisationsformen bedient, ist sie nicht von ihren öffentlich-rechtlichen Fesseln befreit, da das Tätigwerden eines Hoheitsträgers kraft Privatrechts dem Verwaltungsprivatrecht unterliegt, so dass auch dann die öffentlich-rechtlichen Handlungsgrundsätze einschließlich der entsprechenden Kompetenzvorschriften Anwendung finden¹².

Als praktisch recht effektive Schranke überörtlichen Tätigwerdens entfaltet Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG auch dahingehend Wirkung, dass der Zielkommune gegen die privatrechtlich handelnde Gemeinde ein Abwehrrecht in horizontaler Hinsicht gegen die fremde Erledigung der ihrem Zugriffsrecht unterliegenden Aufgaben verschafft wird¹³. Da sich die Ge-

6 Rennert, Verw. 2003, 319, 325.

7 Rennert, Verw. 2003, 319, 333 m.w.N.

8 H.M., z.B. Oebbecke, ZHR 164 (2000), 375, 382 m.w.N.; für Bayern ausdrücklich normiert in § 87 I 2 BayGO.

9 RhPfVerfGH, NVwZ 2000, 801; *Hellermann* in: Oldiges (Hrsg.), „Daseinsvorsorge“, 19, 24 m.w.N.; eingehend: Hösch, DÖV 2000, 393.

10 Ronellenfitsch, DÖV 1999, 705, 707.

11 Gern, NJW 2002, 2593, 2594 m.w.N.

12 BVerwG NVwZ 1991, 59; Gern, NJW 2002, 2593, 2597 f. m.w.N.; ähnl. Heintzen, NVwZ 2000, 743, 744.

13 Eingehend: Becker, DÖV 2000, 1032.

meinden auch durch Wahl privatrechtlicher Handlungsformen ihren öffentlich-rechtlichen Pflichten nicht entziehen können, bedarf folglich ihr gebietsübergreifendes Tätigwerden in jedem Falle, auch dem einer einvernehmlichen Zusammenarbeit der Gemeinden, einer formellen landesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Eine grenzüberschreitende Aufgabenerfüllung in der kommunalen Wasserversorgung ist daher nur in denjenigen Bundesländern zulässig, deren Gemeindeordnungen¹⁴ oder Gesetze über die kommunale Zusammenarbeit¹⁵ zu einem solchen Vorgehen ermächtigen¹⁶. Da sich die Gesetzgebungskompetenz eines jeden Bundeslandes zwangsläufig nur auf dessen Gebiet erstreckt, vermögen die vorgenannten Gesetzgebungsbeispiele die jeweiligen Gemeinden nicht zu einer bundesländerübergreifenden kommunalen Zusammenarbeit zu ermächtigen. Hierzu bedarf es vielmehr einer Ermächtigungsgrundlage auf staatsvertraglicher Basis bzw. entsprechender Verwaltungsabkommen¹⁷.

Ist somit innerhalb der vom Landesgesetzgeber gezogenen kommunalrechtlichen Grenzen eine Privatisierung der Organisation der Trinkwasserversorgung oder gar eine vollständige Übertragung der Aufgabe auf einen Privaten durchaus möglich, so gilt dies nicht in gleicher Weise auch für die Aufgaben der Erhaltung der natürlichen Ressourcen und des Schutzes des Wassers. Hierbei handelt es sich vielmehr um lebenswichtige Aufgaben der Daseinsvorsorge, die einer Privatisierung nicht zugänglich¹⁸ und auch sonst der Dispositionsbefugnis der Gemeinde sowie eines ggf. hinzutretenden Dritten entzogen sind.

Vielmehr wird die gesamte Trinkwassergewinnung, gleich ob privatisiert oder nicht, durch die zum Schutze der natürlichen Ressourcen erlassenen Gesetze und sonstigen Vorschriften über den kommunalrechtlich gezogenen Rahmen hinaus recht restriktiv geordnet. Im Hinblick auf die räumliche Dimensionierung eines Wasserversorgungsprojektes tritt damit neben das für sämtliche gemeindewirtschaftlichen Tätigkeiten einschlägige kommunalrechtliche Örtlichkeitsprinzip der wasserrechtliche Grundsatz der ortsnahen Versorgung gemäß § 1a Abs. 3 WHG und die darauf beruhenden landesrechtlichen Vorschriften¹⁹. Verwaltungstechnisch wird hierdurch das Ermessen der Wasserbehörden bei Erteilung einer Nutzungserlaubnis oder -bewilligung aus §§ 7, 8 WHG zum Zwecke der überörtlichen Wasserversorgung eingeschränkt.

Das wasserrechtliche Ortsnäheprinzip besagt, dass der Wasserbedarf der öffentlichen Wasserversorgung primär aus ortsnahen Vorkommen zu decken ist, soweit dem nicht überwiegende Gründe des Allgemeinwohls entgegenstehen (§ 1a Abs. 3 WHG). Die Regelung dient vor allem ökologischen Zwecken, namentlich der Vermeidung einer Fernwasserversorgung, dem damit verbundenen Transportaufwand und den damit verbunde-

14 Art. 87 III BayGO; § 107 II NWGO; § 116 III SachsAnhGO; § 71 IV ThürKO; ähnl. § 169 KVMV, jedoch mit Genehmigungsvorbehalt.

15 Art. 1 III BayKommZG; § 1 III BbgGKG; § 2 II HessKG; § 1 III NWGKG; § 1 II SaarlGKG; § 2 II Sachs AnhGKG; § 2 II SächsKommZG; § 1 III ThürGKG.

16 Gern, NJW 2002, 2593, 2597 f.

17 Gern, NJW 2002, 2593, 2598 m.w.N.

18 BVerwGE 106, 64, 76 f.; Mayen, DÖV 2001, 110, 116.

19 Z.B. § 43 BWWG; § 56 HessWG; § 45 MV WG; § 59 SächsWG; § 63 ThürWG; eingehend: Hender/Grewing, ZUR 2001, 146.

nen Gefahren einer Überentnahme aus ortsfremden Vorkommen sowie der Förderung einer lokalen, verbrauchernahen Wasserversorgung mit qualitativ hochwertigem Wasser²⁰.

Ortsnähe im Sinne der wasserrechtlichen Vorschriften ist freilich nicht als zwingend auf das Gemeindegebiet beschränkt zu verstehen. Vielmehr ist die Wasserversorgung auch dann ortsnah angelegt, wenn sich die Vorkommen unmittelbar an die zu versorgende Gemeinde angrenzenden Gemeinden befinden²¹. Eine Überschreitung des solchermaßen festgelegten geographischen Rahmens ist nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn überwiegende Gründe des allgemeinen Wohls dies erfordern. Solche Gründe des Wohls der Allgemeinheit können im Wasserrecht nur aus spezifisch wasserrechtlichen Erwägungen, also insbesondere dann angenommen werden, wenn die örtlichen Vorkommen die Versorgung nicht oder nur unzureichend zulassen²².

Im Endeffekt ist ein kommunales Wasserversorgungsunternehmen so in doppelter Hinsicht auf den örtlichen Wirkungskreis der betreffenden Gebietskörperschaft beschränkt, indem es einerseits nicht ohne entsprechende Abkommen mit anderen Gemeinden in einen Wettbewerb zu deren Versorgungsträgern treten darf und andererseits eine Ausbeutung der ortsnahen Wasservorkommen zu Zwecken der überörtlichen oder gar der Fernwasserversorgung nur ausnahmsweise genehmigungsfähig sein wird.

2 Gestaltungsformen der Privatisierung

Der Begriff der Privatisierung bezeichnet den Übergang der Aufgabenwahrnehmung von öffentlich-rechtlichen in privatrechtliche Gestaltungsformen. Privatisierung meint insofern nicht etwa einen einheitlichen Vorgang, sondern einen gleitenden Wandel, der mit einer rein formellen oder auch Organisationsprivatisierung beginnen und über eine Vielzahl von Mischformen hinweg in Gestalt einer materiellen Privatisierung mit einem vollständigen Rückzug der öffentlichen Hand aus der Aufgabenwahrnehmung enden kann²³.

Die verfassungsrechtlich durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährte Organisationshoheit der Gemeinden wird heute im Sinne einer Gleichwertigkeit öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Organisationsformen verstanden, so dass die Wahl der Rechtsform kommunaler Betätigung grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der jeweiligen Gemeinde steht²⁴. Es ist folglich allein Sache der Kommune, ob sie sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben eines rechtlich und wirtschaftlich unselbständigen Regiebetriebes oder eines nur organisatorisch und haushaltsrechtlich verselbständigten Eigenbetriebes bedient, ob sie die Funktionen auf eine darüber hinaus auch rechtlich verselbständigte Eigengesellschaft überträgt, ob sie daran schließlich ein privates Wirtschaftsunternehmen beteiligt, oder ob sie schließlich gar die Aufgabenwahrnehmung vollständig auf einen Privaten überträgt.

20 Kotulla, § 1a Rdnr. 33; Hendlar/Grewing, ZUR 2001, 146, 148.

21 Kotulla, § 1a Rdnr. 34; S/Z/D/K/G/S/Knopp, § 1a Rdnr. 22 a.

22 Kotulla, § 1a Rdnr. 10 ff., 35.

23 Überblick z.B. bei Mayen, DÖV 2001, 110, 111 oder Püttner, LKV 1994, 193, 195 f.

24 Raiser, ZGR 1996, 458, 470; Rennert, Verw. 2003, 319, 331 f.; Schmidt, ZGR 1996, 345, 349; teils wird auch völlige Wahlfreiheit der Kommunalverwaltung angenommen, so etwa bei Püttner (1993), S. 18 ff.

Entschließt sich die Kommune zu einer nur funktionalen Privatisierung, so begibt sie sich damit nicht ihrer grundsätzlichen Pflicht zur Aufgabenwahrnehmung nach Maßgabe der jeweiligen Gemeindeordnungen. In diesen Fällen werden zwischen der Gemeinde und dem privaten Unternehmer primär schuldrechtliche Vereinbarungen getroffen, mit denen lediglich die Erfüllung der Versorgungspflicht, nicht aber die Pflicht als solche auf einen Dritten übertragen wird (so genanntes Betriebsführungs- bzw. Betreibermodell).

Eine Privatisierung in gesellschaftsrechtlicher Form kann sich durchaus in mehreren Stufen vollziehen, indem zunächst eine rein formelle Organisationsprivatisierung vollzogen wird, die die Anteile an dem neu zu schaffenden Unternehmen noch vollständig bei der übertragenden staatlichen Institution belässt. Erst in einem zweiten Schritt erfolgte dann ggf. die eigentliche, teilweise oder vollständige materielle Privatisierung, durch die im Wege der Anteilsveräußerung die Aufgabenerfüllung in entsprechendem Umfang auf einen privaten Dritten übertragen wird²⁵.

Eine solche zweistufige Vorgehensweise ist auch unabhängig von etwaigen sonstigen strategischen Absichten und Zeitplänen stets erwägenswert, weil sie der privatisierenden Körperschaft die Möglichkeit bietet, die Satzung der das Versorgungsprojekt tragenden Gesellschaft weitgehend frei von Einflüssen Dritter, jedenfalls aber mit alleiniger Letztentscheidungskompetenz selbst zu gestalten. Zwar wird die Kommune auch bei derart autonomer Satzungsgestaltung gut beraten sein, die Interessen potenziell beteiligungswilliger oder gar konkret in die Verhandlung einbezogener Privatunternehmen angemessen zu berücksichtigen, gleichwohl ist es jedoch von überragender Bedeutung, den kontrollierenden Einfluss auf die Satzungsgestaltung nicht preiszugeben, bevor nicht die von der Gemeinde für essenziell erachteten Gesellschafterrechte rechtlich gesichert sind. Gerade in grundlegenden Fragen wird es nämlich der Gemeinde nach Veräußerung von Anteilen regelmäßig an der zu einer nachträglichen Regelung erforderlichen Stimmenmehrheit von zwei Dritteln fehlen (vgl. § 53 Abs. 2 GmbHG, § 179 Abs. 2 AktG); bestimmte Sonderrechtspositionen wie z.B. Entsenderechte von Gemeinde- oder Verbandsvertretern in den Aufsichtsrat (§ 101 Abs. 2 AktG) werden sich nachträglich praktisch gar nicht mehr durchsetzen lassen.

Alternativ oder parallel zur funktionalen Privatisierung durch Übertragung der Aufgaben auf eine ganz oder teilweise im Gemeindeeigentum stehende Gesellschaft, kann die Kommune die Aufgabenerfüllung auch durch schuldrechtliche Vereinbarung auf einen Privaten übertragen, in dem Letzterer den Betrieb der Wasserversorgungseinrichtungen übernimmt (Betriebsführungs- oder Betreibermodell; dazu sogleich unter 2.1).

Will sich die Gemeinde ihrer Aufgaben auch in rechtlicher Hinsicht gänzlich entledigen, so kann sie den Betrieb der Wasserversorgung einschließlich der rechtlichen Beziehungen zu den Endkunden, soweit gemeinderechtlich zulässig, auch im Wege einer Konzessionierung auf einen privaten Dritten übertragen. Diese Alternative ist vor allem in Form einer Dienstleistungskonzession interessant, bei der der Private lediglich die Bewirtschaftung übernimmt, sich aber nicht zur Erstellung neuer Anlagen verpflichtet, da eine Konzession

25 *Spannowsky*, ZGR 1996, 400, 401.

in dieser Gestalt im Gegensatz zu einer auch zur Anlagenerrichtung verpflichtenden Baukonzession bislang noch ohne ein förmliches Vergabeverfahren erteilt werden kann.

Nur am Rande sei jedoch kurz darauf hingewiesen, dass auch betreffend die Dienstleistungskonzessionen aus Brüssel weitreichende Änderungen der vergaberechtlichen Vorschriften zu erwarten sind. Zwar sind die ursprünglich geplanten Änderungen der WEV-Vergaberichtlinie²⁶ dahingehend, dass zukünftig alle Tätigkeiten der Bereitstellung und des Betriebes fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, der Fortleitung und der Abgabe von Trinkwasser sowie die Einspeisung von Trinkwasser in die Netze der Richtlinie unterfallen sollen, hinsichtlich Dienstleistungskonzessionen gegenwärtig noch nicht umgesetzt worden, es kann jedoch für die Zukunft nicht ausgeschlossen werden, dass auch Dienstleistungskonzessionen dereinst ausschreibungspflichtig werden.

Soweit gemeinderechtlich ausnahmsweise zulässig, besteht schließlich auch die Möglichkeit, sämtliche Anlagen bzw. die Gesamtheit der Anteile einer gemeindeeigenen Gesellschaft an einen Dritten zu veräußern und damit die Wasserversorgung auch materiell voll zu privatisieren.

2.1 Formalprivatisierung durch Eigengesellschaften

Im Anfangsstadium einer jeden organisatorischen Verselbständigung kommunaler Betriebsteile wird regelmäßig die Begründung einer Eigengesellschaft in privater Rechtsform stehen. Auch unabhängig von einer etwaigen Anteilsveräußerung wird dieser Weg des öfteren beschritten, weil sich die Kommunen hiervon u.a. eine leichtere Errichtung und Auflösung der Unternehmung, eine Umgehung des als zu wenig motivationsfördernd empfundenen öffentlichen Dienst- und Besoldungsrechts und des öffentlichen Haushaltsrechts, eine gesteigerte Kreditwürdigkeit und beschränkte Haftung, eine Entpolitisierung im Geschäftsbetrieb sowie eine erleichterte Kooperation mit anderen Einrichtungen verspricht²⁷.

Der Begriff „Eigengesellschaft“ sollte aber nicht darüber hinweg täuschen, dass mit der Errichtung des neuen Aufgabenträgers in Gestalt einer Kapitalgesellschaft zugleich ein neues Rechtssubjekt geschaffen wird, dessen Geschäftsleiter in dieser Eigenschaft auch dann primär auf das Interesse des neuen Betriebsträgers verpflichtet sind, wenn es sich dabei um Bedienstete oder Vertreter der Gebietskörperschaft handeln sollte. Ungeachtet der aus der vollständigen Beherrschung der Gesellschafterversammlung und der gegenüber den Geschäftsführern einer Tochter-GmbH bestehenden Weisungsbefugnis hervor gehenden Kontrollmöglichkeiten entfaltet das Unternehmensinteresse auch in der kommunalen Eigengesellschaft zwingende Bindungswirkung. Darüber hinaus ergeben sich gegenüber dem neuen Rechtsträger eigenständige Interessen von Mitarbeitern und Kre-

26 Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14.6.1993 zur „Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor“, ABIEG Nr. L 199, S. 84.

27 Ehlers, DÖV 1986, 897, 900 ff.; Ronellenfitsch, DÖV 1999, 705, 706; kritisch zu vergaberechtlichen Umgehungstatbeständen: Grünbuch ÖPP Rdnr. 57 ff..

ditgebern, die auch in einer kommunalen Eigengesellschaft nicht minder schutzwürdig sind, wie sie es in einem Gemeinschaftsunternehmen oder einer vollständigen privaten Gesellschaft wären.

Dennoch kann sich die Gebietskörperschaft mit einer solchen Überführung der Aufgabenerfüllung in rechtlich verselbständigte, privatrechtliche Organisationsformen keineswegs auch der Aufgabe selbst und der damit verbundenen öffentlich-rechtlich Pflichten der Daseinsvorsorge entledigen²⁸. Mithin ist auch die kommunaleigene Gesellschaft den unter 2. genannten Bindungen unterworfen.

Ungeachtet dieser gesellschaftsrechtlichen Verselbständigung setzt sich das Demokratiegebot aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG zwecks Sicherung demokratischer Legitimation und Kontrolle über den Gemeindebetrieb als kommunale Ingerenzpflicht in die Eigengesellschaft hinein fort²⁹. Aus diesem Grunde ist entweder durch die praktische Handhabung der Entsendung oder durch entsprechende Klauseln in der Unternehmenssatzung sicherzustellen, dass auch gemeindeintern hinreichend befugte Entscheidungsträger die entsprechenden innergesellschaftlichen Entscheidungen treffen. Für solche Fälle, in denen gesellschaftsrechtliche Routineangelegenheiten Konflikte zu gemeindlichen Kompetenzen befürchten lassen, kann die Satzung jedenfalls im Regelfall der kommunalen GmbH auch einen Satzungsvorbehalt zugunsten der Gesellschafterversammlung, in der Eigengesellschaft also faktisch zugunsten der Gemeindevertreter selbst, vorsehen³⁰.

Auch die weiteren öffentlichen Aufgaben im Rahmen der Daseinsvorsorge und des Umweltschutzes sollten sinnvollerweise durch entsprechende Klauseln in der Unternehmenssatzung abgesichert werden. So kann etwa die nachhaltige Versorgung der Bevölkerung mit qualitativ hochwertigem, ressourcenschonend gewonnenem Trinkwasser zum Bestandteil des Unternehmenszwecks bzw. -gegenstandes³¹ der kommunalen GmbH gemacht werden, wodurch auch die Organe der Gesellschaft, vor allem die Inhalte ihrer Kompetenzen an die Verfolgung dieser nicht zwingend wirtschaftlichen Zielsetzungen gebunden werden.

Zur Überwachung des Ressourcenschutzes und der Trinkwasserqualität kann die Unternehmenssatzung beispielsweise auch die Einsetzung eines entsprechenden Betriebsbeauftragten vorsehen, dessen innerbetriebliche Stellung etwa nach dem Vorbild des Betriebsbeauftragten für Gewässerschutz (§§ 21a ff. WHG) ausgestaltet werden könnte. Hiermit korrespondierend ließe sich auch im kommunalen Verwaltungsgefüge eine entsprechende Stelle einrichten, die bei einer Eigengesellschaft unter Umständen sogar von einem Beschäftigten in Personalunion ausgefüllt werden könnte.

Bei der Eigengesellschaft nicht unbedingt erforderlich sind dagegen Klauseln zur Rückübertragung von Eigentum und Besitz an den Versorgungsanlagen, sofern nicht die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen an Dritte zu besorgen ist.

28 Ronellenfitsch, DÖV 1999, 705, 709.

29 von Danwitz, AöR 120 (1995), 595, 604 ff.; Mayen, DÖV 2001, 110, 112 f.; Schoch, DVBl. 1994, 962, 969 f.

2.2 Teilprivatisierung durch Joint Venture (Public Private Partnership)

Die Teilprivatisierung, auch Kooperationsmodell genannt, unterscheidet sich von der funktionalen Aufgabenprivatisierung mittels Betriebsführungs- oder Betreibermodellen dadurch, dass die Anlagen nicht länger im kommunalen Eigentum bzw. einer gemeindlichen Eigengesellschaft verbleiben, sondern in eine Gesellschaft mit privatwirtschaftlicher Beteiligung eingebracht werden, die Gemeinde aber gleichwohl kraft ihrer Gesellschafterstellung an der Leistungserbringung beteiligt bleibt³². Nicht vollständig geklärt ist dagegen die Fortgeltung kommunalrechtlicher Prinzipien in einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, jedoch dürfte ihre unmittelbare Anwendung auf das Gesamtunternehmen bei einem Absinken der kommunalen Beteiligungshöhe unter eine Schwelle von 50 Prozent fraglich werden³³.

Die Begründung eines gemischtwirtschaftlichen Gemeinschaftsunternehmens birgt stets die Gefahr erheblicher gesellschaftsinterner Interessenkonflikte in sich, die hier nur sehr cursorisch behandelt werden können³⁴. Gleichwohl ist sie für die Gemeinde insoweit vorteilhaft, als ihr im Vergleich zu schuldrechtlichen Lösungen direktere Kontroll- und Einflussmöglichkeiten eröffnet werden. Neben die kommunalen Interessen und die kraft öffentlich-rechtlicher Zuweisung wahrzunehmenden öffentlichen Aufgaben der Daseinsvorsorge treten innergesellschaftlich zusätzlich die Interessen des privaten Gesellschafters, wodurch eine möglichst gesellschaftsintern zu vollziehende Harmonisierung der Zielsetzungen erforderlich wird.

Relativ einfach lassen sich die Interessen des privatwirtschaftlichen Partners definieren, die, wenn auch beispielsweise auf dem Umweg über die Gewinnung von Anteilen im überregionalen Markt, schlussendlich regelmäßig auf Gewinnmaximierung hinauslaufen werden. Wesentlich diffuser wird sich demgegenüber die oftmals nicht nur ökonomisch, sondern auch politisch motivierte Interessenlage des öffentlich-rechtlichen Partners darstellen. Neben die meist im Vordergrund stehende Absicht der Erzielung von Verkaufserlösen zur Deckung öffentlicher Defizite und/oder Effizienzsteigerungen im Betriebsablauf werden häufig Erwägungen zum Schutz des örtlichen Steueraufkommens durch Standort- oder Arbeitsplatzsicherung treten. Auch mit einer materiellen Teilprivatisierung kann sich die öffentliche Hand keineswegs automatisch den ihr gesetzlich obliegenden Aufgaben der Daseinsvorsorge entziehen, die – ganz im Gegenteil – aus kommunaler Sicht weiterhin die Grundlage der gesamten Kooperation zu bleiben haben³⁵. Speziell im Sektor Wasserwirtschaft sind damit vor allem die Ziele einer nachhaltigen Versorgung der örtlichen Bevölkerung mit qualitativ hochwertigem Wasser, des Erhalts und erforderlichenfalls des Ausbaues der Versorgungsinfrastruktur sowie des Ressourcen- und Landschaftsschutzes zu beobachten, was ebenso wie bei der Eigengesellschaft durch eine entsprechende Formulierung des Gesellschaftszwecks sicher zu stellen sein wird.

30 *Altmeyen*, NJW 2003, 2561, 2562 f.

31 Hierzu später, 3.2.

32 *Fischer/Zwetkow*, ZfW 2003, 129, 149; *Habersack*, ZGR 1996, 544, 549 f.

33 OLG Düsseldorf, GewArch 2001, 370; *Daiber*, GewArch 2004, 107, 111.

34 Eingehend: *Bös/Schneider*, ZGR 1996, 519, 528 ff. m.w.N.

35 *Habersack*, ZGR 1996, 544, 549; eingehend: *Engelland*, S. 32 ff.

Innerhalb des Gemeinschaftsunternehmens sind indes nicht nur diese einzel- und gesamtwirtschaftlichen Interessen aufeinander abzustimmen, sondern darüber hinaus auch die oftmals vielschichtigen inner-, außer- und überbetrieblichen Interessen der verschiedenen Akteure und etwaiger auf die Entscheidungsprozesse einwirkender Interessenverbände³⁶. In diesen letzten Kontext fallen nicht nur Arbeitnehmer und die von der Gemeinde in das Unternehmen entsandten sowie ggf. dahinterstehende politische Entscheidungsträger, sondern insbesondere auch das Management, dessen persönliche Zielsetzungen in den meisten Fällen nicht automatisch im Gleichklang mit denen des Unternehmens stehen werden (Principal-Agent-Problem). Im Zusammenspiel mit überkommenen bürokratischen Strukturen und/oder der Erwartung, etwaige Defizite auf die öffentliche Hand überwälzen zu können, kann eine politisch motivierte Auswahl des Managements oder eine fehlende Bindung des persönlichen Erfolges der Geschäftsleiter an den Unternehmenserfolg unter Umständen dazu führen, dass die mit dem Gemeinschaftsunternehmen ursprünglich angestrebten Effizienzziele nur unvollständig oder gar nicht erreicht werden. Dabei wird das Management häufig Gelegenheit haben, sich ggf. hinter ungelöste Zielkonflikte zwischen dem öffentlichen und dem privaten Eigentümer des Unternehmens zurückzuziehen.

Aufgrund solcher Interessenkonflikte ist der Übergang zur materiellen Teilprivatisierung in gesellschaftsrechtlicher Gestalt, sei es aus einer bestehenden Eigengesellschaft heraus oder unmittelbar durch Veräußerung kommunalen Eigentums, eine entscheidende Schwelle kommunaler Interessenwahrung. Hat die Gemeinde ihre Anlagen einmal in eine Organisation privaten Rechts überführt, so sind ihre weiteren Einflussmöglichkeiten, obwohl inhaltlich oft öffentlich reguliert, zumindest in verfahrensmäßiger Hinsicht vollständig der Prerogative des Gesellschaftsrechts unterworfen³⁷. Sind darüber hinaus auch noch wesentliche Beteiligungen an Dritte veräußert worden bzw. ist dies beabsichtigt, so kann sich der kommunale Einfluss auf die Geschäftstätigkeit des Unternehmens praktisch nur noch nach Maßgabe der Satzung bzw. in Abstimmung mit dem oder den Mitgesellschafter(n) entfalten.

Insbesondere aus diesem Grunde schreibt die überwiegende Mehrzahl der Gemeindeordnungen der Länder ihren Gemeinden³⁸ vor, dass sie sich nur dann an privatrechtlichen Gesellschaften beteiligen dürfen, wenn ihnen durch Mehrheitsbeteiligung oder anderweitig ein angemessener Einfluss im Aufsichtsrat oder einem vergleichbaren Gremium vermittelt wird³⁹. Abhängig von der im Einzelfall gewählten Gesellschaftsform sind die jeweiligen Mechanismen der Einflussssicherung zum Teil recht unterschiedlich.

36 *Bös/Schneider*, ZGR 1996, 519, 529 ff.

37 *Schmidt*, ZGR 1996, 345, 351.

38 Ebenso für Unternehmensbeteiligungen des Bundes und der Länder § 65 BHO/LHO.

39 Art. 92 I Nr. 2 BayGO; § 103 I Nr. 3 BadWürttGO; § 102 Nr. BbgGO; § 122 I Nr. 3 HessGO; § 69 I Nr. 3 MVKV; § 109 I Nr. 6 NdsGO; § 108 I Nr. 6 NWGO; § 87 I Nr. 3 RhPfgGO; § 110 I Nr. 3 SaarlKSVG; § 96 I Nr. 2 SächsGO; § 117 I Nr. 3 SachsAnhGO; § 102 I Nr. 3 SchlHGO; § 73 I Nr. 3 ThürKO.

2.2.1 Privatisierung durch Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Das in der kommunalen Praxis bei weitem beliebteste Privatisierungsinstrument ist die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)⁴⁰, die aufgrund ihrer besonderen Bedeutung auch hier im Zentrum der Betrachtung stehen soll. Diese Beliebtheit ist wenig überraschend, bietet doch die GmbH neben den allgemeinen Vorzügen des Ausweichens in privatrechtliche Gestaltungsformen insbesondere die Möglichkeit, die Geschäftspolitik ebenso wie das Tagesgeschäft durch Weisungen an die Geschäftsführer im Sinne der Kommune mitzugestalten.

Ein weiterer, wesentlicher Vorteil der GmbH liegt in ihrer gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf das Stammkapital beschränkten Haftung (§ 13 Abs. 2 GmbHG), die es der Gemeinde ermöglicht, finanzielle Betriebsrisiken aus dem kommunalen Haushalt auszugliedern und sie der Höhe nach auf die Betriebsmittelausstattung der Gesellschaft zu beschränken.

Zwar bietet die GmbH im Gegensatz zur Aktiengesellschaft nicht die Möglichkeit der Eigenkapitalgenerierung über den Kapitalmarkt, da die Handelbarkeit von Gesellschaftsanteilen an GmbH gesetzlich stark erschwert ist (vgl. § 15 Abs. 3-5 GmbHG). Gleichwohl besteht aber für kommunale Gesellschaften eine recht attraktive Möglichkeit der vereinfachten Fremdkapitalfinanzierung über Kommunalkredite, die von spezialisierten Finanzierungsabteilungen von Großbanken angeboten und durch kostengünstige Ausfallbürgschaften der jeweiligen Bundesländer bzw. ihrer Landesbanken besichert werden können.

Die GmbH hat grundsätzlich eine recht simple Organisationsstruktur, bestehend aus den Gesellschaftern und dem oder den von den Gesellschaftern zu bestimmenden Geschäftsführern. Lediglich bei solchen Gesellschaften, die der Mitbestimmung unterfallen, ist zusätzlich ein obligatorischer Aufsichtsrat zu bilden, was jedoch angesichts der in der kommunalen Wirtschaft üblicherweise vorzufindenden Betriebsgrößen eher die Ausnahme sein dürfte⁴¹. In mitbestimmungsfreien Gesellschaften ermöglicht § 52 GmbHG die Bildung eines fakultativen Aufsichtsrates, dessen Kompetenzen sich ebenso wie das übrige innergesellschaftliche Zuständigkeitsgefüge⁴² im Wesentlichen nach Maßgabe der Satzung bestimmen.

Der privatisierenden Gemeinde stehen somit zur Durchsetzung öffentlicher Interessen innerhalb einer GmbH im Wesentlichen drei Ebenen offen:

- die Satzung der Gesellschaft;
- die Gesellschafterversammlung;
- soweit gesetzlich oder vertraglich vorgesehen, der Aufsichtsrat.

40 *Altmeyden*, NJW 2003, 2561.

41 Gemäß §§ 1, 6 ff. MitbestG bilden Unternehmen, die – einschließlich abhängiger Unternehmen – mehr als 2 000 Mitarbeiter beschäftigen einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat; für Unternehmen, die – einschließlich abhängiger Unternehmen – mehr als 500 Mitarbeiter beschäftigen, schreibt § 76 I BetrVG 1952 einen Aufsichtsrat vor, der sich zu Mindestens einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern zusammensetzen hat; näher: *Hüffer*, § 96 Rdnr. 4 ff. m.w.N.

42 *Hachenburg/Mertens*, § 37 Rdnr. 15.

2.2.1.1 Steuerung durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag

Gesellschaftszweck und -gegenstand

Die Bedeutung gesellschaftsvertraglicher Regelungen für die langfristige Sicherung öffentlicher Interessenwahrnehmung innerhalb des Unternehmens kann kaum unterschätzt werden. Besonders augenfällig wird dies regelmäßig bei der Festlegung des Zweckes und des Gegenstandes der Gesellschaft sowie der Vereinbarung etwaiger Sonderverpflichtungen der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft.

Die Bestimmung von Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand in der Satzung der Gesellschaft ist von fundamentaler Bedeutung für die weiteren Gestaltungsmöglichkeiten der Gemeinde. Dabei bestimmt der Gesellschaftszweck den finalen Sinn des Zusammenschlusses, also etwa, ob es sich um ein gewinnorientiertes oder ein gemeinnütziges Unternehmen handeln soll, der Unternehmensgegenstand legt demgegenüber die Art der gesellschaftlichen Betätigung fest, mit der dieser Zweck verwirklicht werden soll⁴³.

Der Unternehmensgegenstand gehört gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG zum Pflichtinhalt der Unternehmenssatzung. Dabei sind mit einer gewissen Bestimmtheit⁴⁴ das Geschäftsfeld und die Tätigkeit der Gesellschaft anzugeben, die bei einem Wasserversorgungsunternehmen etwa mit „die Planung, den Bau, den Betrieb und die Verwaltung von Einrichtungen der kommunalen Wasserwirtschaft“ umschrieben werden kann⁴⁵. Der Sinn dieser Definition liegt weniger in einer Kundgabe an den Geschäftsverkehr, der über die Tätigkeit des Unternehmens ohnehin unterrichtet sein dürfte, denn mehr darin, die Geschäftsführer im Innenverhältnis an der Vornahme von Geschäften zu hindern, die von den Gesellschaftern nicht beabsichtigt sind (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Zugleich wird auch die Gesellschafterminderheit insofern vor einer ursprünglich nicht beabsichtigten Geschäftsausweitung durch den Mehrheitsgesellschafter geschützt, als sich auch die Gesellschafter der Bindungswirkung des Unternehmensgegenstandes nur durch eine formell zu beschließende Änderung der Satzung entziehen können, die gemäß § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen bedarf.

Die Aufnahme einer Bestimmung über den Gesellschaftszweck in den Gesellschaftsvertrag ist gesetzlich nicht zwingend vorgeschrieben. Sie ist aber gleichwohl empfehlenswert, da sich hierdurch ein gewisser, für die gesamte weitere Unternehmenstätigkeit verbindlicher Ausgleich zwischen gewinn- und gemeinwohlorientierten Unternehmenszielen festschreiben lässt. Denkbar ist etwa eine Bestimmung dergestalt, dass die Gesellschaft zwar grundsätzlich unter gewinnorientierten Gesichtspunkten, zugleich aber unter Beachtung bestimmter kommunalrechtlicher Grundsätze zur öffentlichen Aufgabenerfüllung zu führen ist⁴⁶. Ebenso lassen sich an dieser Stelle allseits verbindlich die öffentlichen Schutzziele

43 Das Verhältnis zwischen Gesellschaftszweck und -gegenstand ist im Einzelnen überaus umstritten, bedarf jedoch vorliegend keiner weiteren Erörterung. Zu den Einzelheiten vgl. etwa *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 1 Rdnr. 5; *Scholz/Emmerich*, § 1 Rdnr. 2a.

44 Zum erforderlichen Grad der Bestimmtheit *Roth/Altmeyden/Roth*, § 3 Rdnr. 6.

45 *Habersack*, ZGR 1996, 545, 550.

46 *Habersack*, ZGR 1996, 545, 550.

realisieren, indem etwa die „nachhaltige Versorgung der Bevölkerung mit qualitativ hochwertigem Trinkwasser unter möglichst verbrauchsnahe und ressourcenschonender Gewinnung“ als Zweck der Gesellschaft in der Unternehmenssatzung festgeschrieben wird.

Im Gegensatz zu Bestimmungen über den Unternehmensgegenstand betrifft der Gesellschaftszweck die ganz grundsätzliche strategische Ausrichtung, wenn man so will den Charakter der Gesellschaft, weswegen eine Änderung hier nicht mit Gesellschaftermehrheit, sondern in entsprechender Anwendung von § 33 Abs. 1 S. 2 BGB nur einstimmig möglich ist⁴⁷. Fehlt es dagegen an einer expliziten Bestimmung über den Gesellschaftszweck, so ist dieser im Streitfall aus dem Unternehmensgegenstand abzuleiten, was bei einem wirtschaftlich betriebenen Unternehmen im Zweifel stets auf Gewinnerzielung hinauslaufen wird⁴⁸.

Regelung über die Veräußerlichkeit der Anteile § 15 Abs. 5 GmbHG

Neben einer Verankerung der öffentlichen Zielsetzungen in Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand besteht im Rahmen des Gesellschaftsvertrages auch die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises⁴⁹, um so die Kommune vor der Hereinnahme eines von ihr nicht gewollten Mitgesellschafters zu schützen.

Zwar dürfen Anteile an einer GmbH weder wertpapiermäßig verbrieft noch sonst umlauffähig gemacht werden, gleichwohl geht aber das Gesetz vom Grundsatz der freien Veräußerlichkeit der Geschäftsanteile aus⁵⁰. Für die an einem Wasserversorgungsunternehmen beteiligte Gemeinde entsteht so die Gefahr, dass sich der von ihr ursprünglich gewählte private Partner von seiner Beteiligung trennt und die Gemeinde mit einem neuen Gesellschafter konfrontiert wird, der ihr aus verschiedensten Gründen nicht genehm sein mag.

Dieser Gefahr kann begegnet werden, indem die Übertragung der Anteile gemäß § 15 Abs. 5 GmbHG an die Zustimmung der Gesellschaft geknüpft wird (so genannte Vinkulierung), deren Erteilung durch die Geschäftsführer die Gesellschafter im Innenverhältnis an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung binden kann. Sicherer als der gesetzlich vorgeschlagene Weg der Anteilsvinkulierung erscheint allerdings die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung eines Vorkaufsrechts zugunsten der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter (§§ 463 ff. BGB) bzw. einer Pflicht des ausscheidenswilligen Gesellschafters, seinen Anteil den Mitgesellschaftern anzudienen⁵¹.

47 Allg. M., s. nur *Roth/Altmeyen/Roth*, § 53 Rdnr. 42 m.w.N.

48 *Scholz/Emmerich*, § 1 Rdnr. 2a; *Winter*, S 97 f.

49 *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, Anh. § 13 Rdnr. 117.

50 Allg. M.: *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, § 15 Rdnr. 2.

51 Dazu OLG Celle, GmbHR 1999, 131, OLG Schleswig NZG 1998, 856; *Habersack*, ZGR 1996, 545, 550 f.

Regelungen zur Überwachung umwelt- und gesundheitspolitischer Standards

Die Festschreibung verbindlicher Qualitätsstandards (z.B. die Regelungen der DIN 2000) in den Vertragswerken mag auf den ersten Blick redundant erscheinen, sie ist jedoch gleichwohl zumindest für den Betreibervertrag empfehlenswert, da ihre Einhaltung so auch auf privatrechtlichem Wege gesichert wird.

Anders liegt es mit den zur Überwachung dieser Standards zu schaffenden Einrichtungen, die als betriebsorganisatorische Vorkehrungen regelmäßig in der Satzung zu verankern sein werden. Auf strategischer Ebene können diese Aufgaben in einer GmbH einem fakultativen Aufsichts- oder Beirat übertragen werden. Für das Tagesgeschäft kann auch bei einem Gemeinschaftsunternehmen die Einrichtung eines entsprechenden Betriebsbeauftragten, z.B. nach dem Vorbild der §§ 21a ff. WHG, vorgesehen werden.

2.2.1.2 Steuerung durch Einflussnahme auf die Gesellschaftsorgane

Gesellschafterversammlung

Oberstes Organ der GmbH, auch in der mitbestimmten Gesellschaft, ist die Gesellschafterversammlung, die neben anderen gesetzlich und gesellschaftsvertraglich bestimmten Grundlagenkompetenzen die Geschäftsführer bestellt, abberuft (§ 46 Nr. 5 GmbHG) und ihnen gegenüber weisungsbefugt ist⁵². Üblicherweise wird die Gesellschafterversammlung entsprechend der Anteilsverhältnisse besetzt sein, es wird sich also innerhalb einer Public Private Partnership angesichts der verbreiteten kommunalrechtlichen Vorschriften regelmäßig eine Stimmrechtsmehrheit der öffentlichen Hand ergeben.

Die Einflussnahme in der Gesellschafterversammlung ist nach Geschäftsbeginn der GmbH die entscheidende Schnittstelle zwischen kommunaler und gesellschaftsrechtlich vermittelter Willensbildung. Im Hinblick auf das innergemeindliche Kompetenzgefüge ist es daher empfehlenswert, sich in der Gesellschafterversammlung durch einen Bediensteten vertreten zu lassen, der nicht nur für die Gemeinde nach außen verbindliche Erklärungen abgeben, sondern auch im kommunalen Innenverhältnis entscheidungsbefugt ist. Nach der Rechtslage unter den meisten deutschen Gemeindeordnungen⁵³ wird dies regelmäßig der Bürgermeister bzw. Oberbürgermeister sein, der sich ggf. durch einen kommunalrechtlich wirksam Bevollmächtigten vertreten lassen kann. Gleichwohl ist auch der solchermaßen vertretungsberechtigte Gemeindevertreter in der Gesellschafterversammlung keineswegs automatisch von den Vorschriften des kommunalrechtlichen Kompetenzgefüges entbunden. So kann etwa eine aus der Sicht der Gesellschaft banale Angelegenheit auf kommunaler Ebene erheblichen – beispielsweise planungsrechtlichen – Aufwand erforderlich machen, weswegen die Sache trotz ihres gesellschaftsrechtlich routinemäßigen Charakters eines Beschlusses des obersten Gemeindeorgans bedürfen kann. Die Satzungsfreiheit des Rechts der GmbH ermöglicht hier prinzipiell eine Bindung

52 Allg. M.: Roth/Altmeyen/Altmeyen, § 37 Rdnr. 3.

53 § 42 IV BadWürttGO; Art. 38 I BayGO; § 61 I BbgGO; § 38 II MVKV; § 63 I NdsGO; § 42 II 2 NWGO; § 47 I 1 RhPfgO; § 59 I SaarlKSVG; § 51 I 2 SächsGO; § 57 II SachsAnhGO; § 51 I SchlHGGO; § 31 I ThürKO, anders nur: § 71 I 1 HessGO.

entsprechender Gesellschafterbeschlüsse an die Zustimmung der Gemeindeversammlung⁵⁴, deren Verankerung im Gesellschaftsvertrag jedoch beim privaten Mitgesellschafter nicht immer durchsetzbar sein dürfte.

Geschäftsführung

Neben der Gesellschafterversammlung kennt das GmbH-Gesetz nur ein weiteres gesellschaftliches Pflichtorgan, nämlich den oder die Geschäftsführer, die die Gesellschaft nach außen hin vertreten (§ 35 Abs. 1 GmbHG). Zum Geschäftsführer einer GmbH kann gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG jede natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person bestellt werden.

Obwohl in ihrer Vertretungsmacht nach außen hin unbeschränkt (§ 37 Abs. 2 GmbHG), sind die Geschäftsführer im Innenverhältnis an sämtliche Beschränkungen gebunden, die ihnen von der Satzung oder durch die Beschlüsse der Gesellschafter auferlegt sind (§ 37 Abs. 1 GmbHG).

Ein wichtiges Instrument zur Sicherung kommunaler Interessen ist auch gegenüber den Geschäftsführern die satzungsmäßige Bindung bestimmter Maßnahmen oder Rechtsgeschäfte, z.B. größere Bau- oder Umbauvorhaben oder die Einbindung in einen überörtlichen Versorgungsverbund, an Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Kommune⁵⁵.

Die zentrale Einflussmöglichkeit der Kommune ergibt sich allerdings aus dem unbeschränkten Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber den Geschäftsführern, die es bei der regelmäßig bestehenden Mehrheitsbeteiligung der Gemeinde stets ermöglichen wird, die Geschäftsführer an die Vorgaben der öffentlichen Hand zu binden. Zwar ist auch diese Bindung nur im Innenverhältnis wirksam, gleichwohl wird aber angesichts der Haftung der Geschäftsführer für Pflichtverstöße (§ 43 Abs. 2 GmbHG), der Möglichkeit ihrer jederzeitigen Abberufung (§ 38 Abs. 1 GmbHG) sowie des bei groben Pflichtverstößen mit der Abberufung verbundenen Verlusts von Ansprüchen aus dem Anstellungsvertrag in aller Regel mit der Befolgung der Gesellschafterweisungen zu rechnen sein.

Über die bloße Erteilung von Weisungen hinaus können Geschäftsführungsmaßnahmen von strategischer Bedeutung auch direkt einem Beschluss der Gesellschafterversammlung vorbehalten werden, so dass die Geschäftsführer in solchen Angelegenheiten nur noch als rein ausführendes Organ in Erscheinung treten.

Aufsichtsrat

Großer Beliebtheit erfreut sich in der kommunalen Praxis die Einrichtung eines so oder anders genannten Aufsichtsrates, der weitgehend frei von den Belastungen des Tagesgeschäftes die Angelegenheiten des Unternehmens überwacht.

54 *Altmeyden*, NJW 2003, 2561, 2562.

55 *Altmeyden*, NJW 2003, 2561, 2563.

Die Bestellung eines Aufsichtsrates ist bei der GmbH grundsätzlich nicht zwingend vorgeschrieben, das Gesetz sieht die Schaffung dieses zusätzlichen Organs jedoch fakultativ nach § 52 GmbHG ausdrücklich vor. Bei Gesellschaften mit mehr als 500 bis zu 2 000 Mitarbeitern (§ 77 BetrVG 1952) bzw. bei Gesellschaften mit regelmäßig mehr als 2 000 Beschäftigten (§ 6 Abs. 1 MitbestG) ist dagegen ein Aufsichtsrat aus mitbestimmungsrechtlichen Gesichtspunkten zwingend vorgeschrieben; seine Rechtsstellung bestimmt sich dann maßgeblich nach §§ 95 ff. AktG in Verbindung mit mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften. Da jedoch derartige Betriebsgrößen im kommunalen Bereich kaum je erreicht werden dürften, kann sich die vorliegende Betrachtung auf die Gestaltungsmöglichkeiten bei einem freiwillig geschaffenen Aufsichtsgremium beschränken⁵⁶.

Der fakultative Aufsichtsrat ist weitaus weniger streng reglementiert, als der nach dem Aktiengesetz oder nach den mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften zu bildende Aufsichtsrat. Gleichwohl sind gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG einige Vorschriften betreffend die Informationsrechte, die Besetzung, gewisse persönliche Voraussetzungen der Aufsichtsratsmitglieder und vor allem die Aufgaben über den aktienrechtlichen Aufsichtsrat analog anzuwenden.

Anstelle oder neben einem Aufsichtsrat können im Gesellschaftsvertrag auch andere, fakultative Organe errichtet werden. Hinsichtlich der Ausgestaltung und Kompetenzzuweisung eines solchen zusätzlichen Gesellschaftsorgans besteht weitest gehende Gestaltungsfreiheit. Abgesehen von ausdrücklich der Gesellschafterversammlung vorbehaltenen Grundlagenentscheidungen, können solchen Beiräten oder Verwaltungsräten praktisch unbeschränkte Kompetenzen übertragen werden⁵⁷. Dabei besteht entgegen der gesetzlichen Bezeichnung auch keineswegs eine strikte Beschränkung auf rein beaufsichtigende Aufgaben, sondern es kann durchaus auch ein Gremium gebildet werden, das mit Ausnahme der den Geschäftsführern zwingend zustehenden Kompetenzen praktisch die gesamte Geschäftsführung an sich ziehen kann⁵⁸.

In der kommunalen Praxis wird sich indes eine derart weitgehende Kompetenzerweiterung eines Beirats selten finden, da in aller Regel die Geschäftsführung mit für das Alltagsgeschäft hinreichend qualifiziertem Personal besetzt sein wird.

Weitaus häufiger wird sich dagegen der Beirat als eine Art hybrider Mischform zwischen Beratergremium und Aufsichtsrat, eventuell zusätzlich versehen mit einigen Kompetenzen der Gesellschafter, darstellen. Als Gestaltungsmittel zur Wahrung öffentlicher Interessen bieten sich etwa in der Satzung zu verankernde Entsenderechte der Gemeinde an, die sicherstellen, dass politisch verantwortliche Kommunalvertreter im Beirat vertreten sind, die sowohl die Unterrichtung der zuständigen öffentlichen Stellen, als auch eine hinreichende Einflussnahme der entsendenden Körperschaft auf die gesellschaftlichen Entscheidungsprozesse übernehmen.

56 Ein Teil der für zwingend einzurichtende Aufsichtsräte geltenden Bestimmungen wird im Rahmen des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft aufgezeigt werden.

57 Allg. M., *Hachenburg/Raiser*, § 52 Rdnrn. 338 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, § 52 Rdnrn. 69 ff.; *Roth/Altmeppen/Altmeppen*, § 52 Rdnrn. 54 ff., alle m.w.N.

58 *Lutter/Hommelhoff*, § 52 Rdnr. 10; *Reuter*, FS GmbHG, 631, 644.

Des Weiteren bietet die Schaffung eines Beirates die Möglichkeit der Einbindung gesellschaftsexternen Sachverständes⁵⁹, der zwar nicht ständig, wohl aber in bestimmten Angelegenheiten von strategischer Bedeutung benötigt wird, so dass eine permanente Beschäftigung eines entsprechenden Beraters unverhältnismäßig kostenträchtig wäre. Denkbar wäre insoweit beispielsweise die Einbindung von Vertretern der Fremdkapitalgeberseite (Hausbank) oder auch von Personen mit besonderer Sachkunde wie etwa Sachverständige in Umweltfragen.

2.2.1.3 *Kapitalaufbringung und Haftung*

Die Investitionsverantwortlichkeit wird im Rahmen eines Kooperationsmodells primär nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen gelöst. Dabei bringt üblicherweise die Gemeinde die bestehenden Anlagen als Sacheinlage (§§ 5 Abs. 4; 8 Abs. 1 Nr. 5; 9 GmbHG) in die Gesellschaft ein, so dass Abschreibungen und Finanzierungen bei dem Gemeinschaftsunternehmen angesiedelt werden⁶⁰. Der private Gesellschafter wird sich anfangs mit einer Barkapitalanlage beteiligen; etwaige Investitionen für neu herzustellende Anlagen werden je nach kooperationsvertraglicher Vereinbarung entweder ebenfalls durch das private Partnerunternehmen oder direkt durch die Kooperationsgesellschaft erfolgen.

Haftungsrechtlich ist die Kommune bei einem Kooperationsmodell in Form einer Kapitalgesellschaft ganz überwiegend durch den Grundsatz der beschränkten Haftung geschützt, wodurch die Risiken für den Gemeindehaushalt im Regelfall sehr überschaubar bleiben werden, zumal auch im Insolvenzfall des Gemeinschaftsunternehmens nicht von einer gesteigerten Konkursabwendungspflicht der Gemeinde ausgegangen werden kann⁶¹. Selbst im Falle eines so genannten „existenzvernichtenden Eingriffs“⁶² durch die beherrschenden Gesellschafter, etwa im Falle des übermäßigen Liquiditätsentzuges, bleibt die Haftung auf die gesellschaftsvertraglich bestimmte Stammkapitalziffer beschränkt, wobei allerdings die Kommune allein aufgrund ihrer Gesellschafterstellung ggf. auch für ein Verhalten des privaten Mitgeschafters einzustehen hätte⁶³.

2.2.1.4 *Zusätzliche Vertragswerke*

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass kommunaler Einfluss auch gegenüber einer Public Private Partnership in Form der GmbH durch den Abschluss von Unternehmensverträgen, insbesondere eines Beherrschungsvertrages gemäß § 291 (ff.) AktG, gewährt werden kann. Im Hinblick auf die dadurch bewirkte grundlegende Veränderung der Charakteristik des Unternehmens ist umstritten, ob ein solcher Vertrag zu seiner Wirksamkeit auf Seiten des abhängigen Unternehmens der Zustimmung einer Dreiviertelmehrheit der Gesellschafter bedarf oder nur einstimmig möglich ist⁶⁴. Ein vertieftes Eingehen auf die-

59 Reuter, FS GmbHG, 631, 632.

60 Fischer/Zwetkow, NVwZ 2003, 281, 289.

61 OLG Celle, ZIP 2000, 1981.

62 Grundlegend: BGHZ 149, 10 "Bremer Vulkan".

63 BGH NJW 2002, 1803.

64 Roth/Altmeyen/Altmeyen, § 53 Rdnr. 43.

ses Gestaltungsmittel erübrigt sich jedoch an dieser Stelle, da der wesentliche Vorteil eines Beherrschungsvertrages in der kommunalen Gesellschaft vor allem in der durch ihn vermittelten Weisungsbefugnis gegenüber den Geschäftsführern läge, die der Gemeinde indes bereits durch ihre Stimmenmehrheit in der Gesellschafterversammlung zukommt⁶⁵.

Darüber hinaus kann im Rahmen eines Kooperationsmodells zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und dem daran beteiligten privaten Wasserversorgungsunternehmen ein Betriebsführungsvertrag geschlossen werden, aufgrund dessen der private Partner die Organisation der faktischen Aufgabenerledigung übernimmt⁶⁶.

Das entscheidende Kriterium zur Definition eines Betriebsführungsvertrages liegt im Gegensatz zum Betriebsüberlassungsvertrag darin, dass der andere Vertragsteil die Betriebe der Gesellschaft in deren Namen und für deren Rechnung führt. Inhaltlich wird der Betriebsführungsvertrag in weiten Teilen identisch sein mit dem Betriebsführungsvertrag beim Betreibermodell, jedoch können die Rückübertragungspflichten weniger umfassend ausgestaltet bleiben, da die Rückübertragung der Anlagen an die Gemeinde hier durch bloßen Rückerwerb der Gesellschaftsanteile zu bewerkstelligen wäre.

Allerdings gelten für Betriebsführungsverträge bestimmte gesellschaftsrechtliche Sonder Vorschriften, deren Beachtung im Einzelfall unabdingbar ist. Nach wohl h.M.⁶⁷ gelten, obwohl gesetzlich nicht ausdrücklich benannt, neben Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträgen auch Betriebsführungsverträge als „sonstige Unternehmensverträge“ im Sinne von § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG, die als allgemeine Regeln unternehmensvertraglicher Konzernierung auch auf GmbH analog anzuwenden sind⁶⁸. Für die privatisierende Gemeinde bedeutet dies, dass sich ein Betriebsführungsvertrag niemals gegen ihren Willen durchsetzen lässt, sie aber auch den privaten Gesellschafter nicht übergehen kann, da der Vertrag nicht von den Geschäftsführern allein abgeschlossen werden kann, sondern zu seiner Wirksamkeit eines Gesellschaftervotums mit mindestens Dreiviertelmehrheit bedarf (§ 293 Abs. 1 AktG analog). Überdies bedarf der Betriebsführungsvertrag, auch wenn durch ihn eine GmbH verpflichtet wird, stets der Eintragung in das für das Gemeinschaftsunternehmen zuständige Handelsregister (§ 294 II AktG analog i.V.m. § 54 I GmbHG)⁶⁹. Inhaltlich ist bei der Gestaltung eines Betriebsführungsvertrages vor allem zu beachten, dass die darin vereinbarten Zahlungen in einem angemessenen Verhältnis zur erbringenden Leistung stehen müssen und steuerlich nicht als verdeckte Gewinnausschüttungen qualifizierbar sein dürfen⁷⁰.

65 Denkbar wäre beispielsweise der Abschluss von Beherrschungsverträgen zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und beiden Partnern, wobei in diesem Falle aus steuerlichen Gründen die Bildung einer GbR zwischen den Partnern sinnvoll sein könnte. Näher: Hüffer, § 291 Rdnr. 16.

66 Fischer/Zwetkow, NVwZ 2003, 281, 289; Zacharias, DÖV 2001, 454, 458.

67 LG Berlin, WM 1992, 22; Hüffer, § 292 Rdnr. 17 m.w.N.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, Anh. § 52 Rdnr. 67 ff.; a.M. Roth/Altmeyden/Altmeyden, Anh. § 13 Rdnr. 113, demzufolge sonstige Unternehmensverträge i.S.v. § 292 AktG als faktische Satzungsänderungen einzustufen seien. Auch nach dieser Ansicht wären allerdings Betriebsführungsverträge wohl als Satzungsänderung mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit zu beschließen und in das Handelsregister einzutragen (§§ 53 II, 54 GmbHG).

68 BGHZ 105, 324 = NJW 1989, 245; ausführlich: Zöllner, ZGR 1992, 173 ff.

69 BGHZ 105, 324, 342 ff.; BGH NJW 1992, 1452, 1453 f.; OLG Zweibrücken AG 1999, 328, 329.

70 Muster eines Betriebsführungsvertrages bei Lutter/Happ, FormKomm Bd. II, Form 2144.

Bei einer Kombination von Unternehmensverträgen – z.B. Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsvertrag – müssen beide Verträge jeweils für sich den Voraussetzungen der §§ 293 f. AktG entsprechen; sie müssen also insbesondere gesondert der Gesellschafterversammlung zur Abstimmung vorgelegt und ins Handelsregister eingetragen werden⁷¹.

2.2.1.5 *Beendigung des Kooperationsmodells*

Das Kooperationsmodell wird im Regelfall durch Zeitablauf beendet werden, was grundsätzlich auch hinsichtlich der Beteiligungsgesellschaft möglich ist (§ 60 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG). Da die Gemeinde indes daran interessiert sein wird, die Gesellschaft wahlweise als Eigengesellschaft oder mit einem neuen Mitgesellschafter weiter zu betreiben, empfiehlt sich insoweit eine kooperationsvertragliche Vereinbarung mit dem Privaten, wonach er ggf. zu einem bestimmten Zeitpunkt aus der Gesellschaft auszuscheiden hat. Zur Rückabwicklung bedarf es dann lediglich einer Klausel, wonach die Gemeinde berechtigt ist, die Anteile des privaten Gesellschafters nach dessen Ausscheiden zurück zu erwerben⁷², wodurch automatisch auch der Rückfall des gesamten auf die Gesellschaft übertragenen Anlagevermögens einträte.

Für den Fall von Verstößen des Betreibers gegen den Kooperationsvertrag, etwa unzulängliche Wartung der Anlagen, Nichteinhaltung vereinbarter Grenzwerte betreffend die Wasserqualität, Überentnahmen aus vorhandenen Ressourcen usw., kann gesellschaftsvertraglich ohne weiteres auch ein außerordentliches Kündigungsrecht zu Gunsten der Kommune vereinbart werden⁷³.

2.2.2 **Privatisierung in Form von Aktiengesellschaften**

Weitaus komplexer und kapitalaufwendiger als die GmbH ist die Aktiengesellschaft. Obwohl sie sich daher prinzipiell nur für Privatisierungsprojekte von sehr erheblicher Dimension eignet, soll sie hier zumindest kurz behandelt werden, da sie zur Privatisierung größerer Einheiten und vor allem zur Kapitalbeschaffung über den Kapitalmarkt praktisch oft unverzichtbar sein wird.

Wie keine andere Gesellschaftsform beschneidet die Privatisierung in Form einer Aktiengesellschaft die zukünftigen Einflussmöglichkeiten der Gebietskörperschaft auf die Geschicke der Beteiligungsgesellschaft. Dies ergibt sich vor allem aus der für die Unternehmensleitung zentralen Vorschrift des § 76 Abs. 1 AktG, wonach die Leitung der Aktiengesellschaft vom Vorstand in eigener Verantwortung ausgeübt wird. Die solchermaßen geschützte Unabhängigkeit des Vorstandes entzieht ihn, abgesehen von den Fällen, in denen er aufgrund eines Beherrschungsvertrages (§ 291 Abs. 1 AktG) den Weisungen eines übergeordneten Unternehmens oder einer Gebietskörperschaft oder beiden⁷⁴ unterworfen ist, jeglichen Einflüssen Dritter, also auch denjenigen einer Mehrheitlich an der Gesell-

71 Hüffer, § 292 Rdnr. 21 m.w.N.

72 Habersack, ZGR 1996, 544, 550f.

73 Roth/Altmeyen/Altmeyen, § 60 Rdnr. 33.

74 Zur Mehrmütterherrschaft: Hüffer, § 291 Rdnr. 16.

schaft beteiligten Kommune. Aufgrund des bundesrechtlich geregelten Gesellschaftsrechts ist auch dem Landesgesetzgeber der Eingriff in diese Kompetenzverteilung verwehrt (Art. 31 GG)⁷⁵.

Gerade wegen des aus der geschilderten Unabhängigkeit der Unternehmensleitung folgenden Gefährdungspotenzials für die gemeindlichen Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten im Unternehmen sind manche Gemeindeordnungen dazu übergegangen, die Rechtsform der Aktiengesellschaft nur noch dann zu gestatten, wenn der damit verfolgte öffentliche Zweck nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt werden kann⁷⁶. Gleichwohl wird eine Gestaltung in Form der Aktiengesellschaft mit zunehmender Dimension der Unternehmung attraktiver erscheinen. Insbesondere dann nämlich, wenn beabsichtigt ist, auch im internationalen Wassergeschäft tätig zu werden, wird es oft sehr förderlich sein, mit dem zu privatisierenden Unternehmen unmittelbar oder zu einem späteren Zeitpunkt im Kapitalmarkt um Eigenkapital zu werben⁷⁷. Eine schrittweise Reduktion der von der öffentlichen Hand gehaltenen Beteiligung im Wege des Verkaufs in mehreren Tranchen ermöglicht überdies für die Folgeplatzierungen eine Preisbildung direkt im Markt, was häufig zu einer Maximierung des Verkaufserlöses führen dürfte⁷⁸.

2.2.2.1 *Steuerung durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag*

Auch in der Aktiengesellschaft bildet die Satzung die maßgebliche Grundlage für die strategische Ausrichtung des Unternehmens. Im Gegensatz zum Recht der GmbH ist jedoch das Aktienrecht sowohl durch eine wesentlich höhere Regelungsdichte, als auch durch seinen zwingenden Charakter gekennzeichnet, der seinen maßgeblichen Niederschlag im Grundsatz der formalen Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) findet. Gerade hierdurch wird die Begründung von Sonderrechten zu Gunsten eines Gesellschafters erheblich erschwert oder oft gänzlich unmöglich gemacht. Gleichwohl dürfte aber die Möglichkeit eröffnet sein, bestimmte Überwachungsmechanismen, wie etwa den bereits oben zur GmbH vorgeschlagenen Betriebsbeauftragten, auch in der Satzung einer Aktiengesellschaft vorzusehen.

Begründung satzungsmäßiger Sonderrechte mittels hoheitlicher Regelungsformen

Ein in Deutschland wenig verbreitetes Instrument zur Sicherung öffentlicher Interessen in privatisierten Unternehmen ist die Schaffung so genannter „Goldener Aktien“. Bei dieser Gestaltungsform werden verschiedene Überwachungs- oder Kontrollrechte mit dem Eigentum an einer einzelnen Aktie verknüpft, woraus dem Inhaber der Aktie gegenüber den anderen Aktionären oder der Gesellschaft insgesamt gewisse Sonderrechte erwachsen. Trotz seines geringen Verbreitungsgrades soll dem Instrument der goldenen Aktien hier eine etwas breitere Behandlung zuteil werden, da sich in der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes Tendenzen abzeichnen, die in absehbarer Zeit auch im Recht der

75 Näher: *Mayen*, DÖV 2001, 110, 114.

76 Siehe z.B. § 108 III GO NW; § 87 II GO Rh-Pf.; dazu: *Böttcher/Krömker*, NZG 2001, 590.

77 So geschehen etwa bei der Mannheimer Verkehrs- und VersorgungsAG (MVV).

78 *Bös/Schneider*, ZGR 1996, 519, 522.

GmbH mit öffentlicher Beteiligung, damit also praktisch für sämtliche Public Private Partnerships, erhebliche Bedeutung entfalten könnte.

Da, anders als in vielen europäischen Ländern, einer privatrechtlichen Begründung derartiger Sonderrechte durch den Gesellschaftsvertrag in Deutschland oft die zwingende Natur des Aktienrechts, z.B. in Form des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 53a AktG) entgegensteht, erscheint auf den ersten Blick ihre Begründung durch öffentlich-rechtliche Handlungsformen nach Art des VW-Gesetzes⁷⁹ nahe zu liegen.

Den Gebrauch dieser Form einer Begründung von Sonderrechten der öffentlichen Hand in privatisierten Aktiengesellschaften hat jedoch in jüngster Zeit der europäische Gerichtshof in einer Reihe von bisher fünf Urteilen⁸⁰ zur Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EGV) erheblich eingeschränkt. Bemerkenswert an dieser Rechtsprechung ist vor allem ihre spürbare Schärfe. So lässt etwa der Gerichtshof für das die unmittelbare Bindungswirkung der Grundfreiheiten begründende Tätigwerden in hoheitlicher Gestalt nicht nur jede Form von Gesetz, Rechtsverordnung etc. genügen, sondern bereits einen völlig unspezifizierten gesetzlichen Genehmigungsvorbehalt einer im übrigen rein privatrechtlich errichteten Satzung durch eine Aufsichtsbehörde⁸¹.

Als Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit gewertet hat der Gerichtshof bisher jeweils mit dem staatlichen Eigentum einer Sonderaktie verknüpfte Verfügungs- und Veräußerungsbeschränkungen über Infrastruktureinrichtungen⁸², Entsenderechte zu Leitungsgremien⁸³, Genehmigungsvorbehalte betreffend den Dritterwerb von Kapitalbeteiligungen oder Stimmrechten generell⁸⁴ oder bei Überschreitung bestimmter Schwellenwerte⁸⁵, sowie Beschränkungen der Beteiligung ausländischer Anleger⁸⁶.

Obwohl lediglich die letztere der Fallgestaltungen eine offene Diskriminierung grenzüberschreitender Wirtschaftstätigkeit beinhaltet, hat der EuGH gleichwohl auch in den übrigen Fällen, in denen die beanstandeten Regulierungen in- und ausländische Anleger gleichermaßen betrafen, schon allein aufgrund ihrer potenziellen Auswirkungen auf die Kapitalanlagen ausländischer Investoren eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit für gegeben erachtet⁸⁷.

Die Rechtfertigung der in allen vorgelegten Fällen bejahten Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit hat der EuGH durchweg nicht in den speziellen Rechtfertigungsgründen aus

79 Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand vom 21. Juli 1960, BGBl. I/1960, S. 585, i.d.F. des zweiten Änderungsgesetzes vom 31. Juli 1970, BGBl. I/1970, S. 1149.

80 *EuGH* Slg. 2002, I-4809 = *NJW* 2002, 2303 – Kommission/Belgien; Slg. 2002, I-4781 = *NJW* 2002, 2305 – Kommission/Frankreich; Slg. 2002, I-4731 = *NJW* 2002, 2306 – Kommission/Portugal; *NJW* 2003, 2663 – Kommission/Spanien; *NJW* 2003, 2666 – Kommission/Großbritannien.

81 *EuGH* *NJW* 2003, 2666 Rdnr. 48.

82 *EuGH* *NJW* 2003, 2666 – Kommission/Großbritannien; Slg. 2002, I-4809 = *NJW* 2002, 2303 – Kommission/Belgien.

83 *EuGH* Slg. 2002, I-4809 = *NJW* 2002, 2303 – Kommission/Belgien.

84 *EuGH* *NJW* 2003, 2663 – Kommission/Spanien.

85 *EuGH* *NJW* 2003, 2666 – Kommission/Großbritannien; *EuGH* Slg. 2002, I-4781 = *NJW* 2002, 2305 – Kommission/Frankreich; Slg. 2002, I-4731 = *NJW* 2002, 2306 (Ls.) – Kommission/Portugal.

86 *EuGH* Slg. 2002, I-4731 = *NJW* 2002, 2306 (Ls.) – Kommission/Portugal.

87 *EuGH* Slg. 2002, I-4781 = *NJW* 2002, 2305 Rdnr. 45 – Kommission/Frankreich Rdnr. 39-41.

Art. 58 EGV gesucht, sondern stets auf die allgemeinen, für alle Grundfreiheiten gleichermaßen geltenden Rechtfertigungsgründe abgestellt. Sonderrechte der öffentlichen Hand in Satzungen von öffentlich gehandelten Aktiengesellschaften sind demnach nur dann überhaupt zu rechtfertigen, wenn ihrer Schaffung zwingende Gründe des Allgemeininteresses zugrunde lagen. Vor allem aber hat die nationale Regelung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu entsprechen, das heißt, sie muss zur Verwirklichung des von ihr verfolgten Ziels geeignet sein, darf aber nicht über das Maß an Beschränkungen hinausgehen, die zur Erreichung des gesetzten Zieles erforderlich sind⁸⁸.

Bisher hat der Gerichtshof nur in einem Fall der Schaffung von Sonderrechten stattgegeben⁸⁹ und dabei besonders die Beachtung der Entscheidungsfreiheit des Unternehmens akzentuiert. Unter diesem Gesichtspunkt erachtet das Gericht allein eine Widerspruchsregelung, nicht aber einen Vorbehalt vorheriger Genehmigung für statthaft, solange die Prüfung der widerspruchsberechtigten Behörde an bestimmte Fristen und hinreichend konkrete Kriterien geknüpft sind und dem betroffenen Unternehmen die Möglichkeit gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Maßnahme eröffnet ist⁹⁰.

Über den Wortlaut der Entscheidungen hinaus sind nicht nur solche Sonderrechte zu erfassen, die mit dem Besitz einer besonderen Aktie verbunden sind, sondern jegliche Schaffung von Sonderrechten durch öffentlich-rechtliche Gestaltungsmittel⁹¹ oder öffentlich-rechtlich vermittelte Einflussnahme auf die Unternehmenssatzung⁹². Als unmittelbare Folge der geschilderten Rechtsprechung dürften sich Privatisierungsvorgänge, in denen die Errichtung der Unternehmenssatzung durch Bundesgesetz erfolgt⁹³ zukünftig als recht problematisch erweisen. Von öffentlich-rechtlich angeordneten Gestaltungen wie etwa der Befreiung der Treuhandanstalt von der Konzernhaftung (§ 28a EGAktG) oder den Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen (§ 56e DMBilG), den der Deutschen Bahn AG eingeräumten Ausnahmen von den aktienrechtlichen Gründungsvorschriften (§ 5 Abs. 1 DBGrG) oder dem Bezugsrechtsausschluss für Arbeitnehmeraktien bei der Deutschen Post AG (§ 3 Abs. 3 PostUmwG) kann der Beratungspraxis eigentlich nur noch abgeraten werden.

Für zukünftige Gestaltungen wesentlich bedeutsamer könnte sich aber eine weitere, vom Gericht bisher nur cursorisch erörterte Erweiterung der vorgestellten Rechtsprechung erweisen. Neben der allein auf die Anlage zu reinen Investmentzwecken anwendbare Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 56 EGV ist nämlich durch die Schaffung besonderer Einflussmöglichkeiten der öffentlichen Hand auf Gesellschaftsangelegenheiten bei einer unternehmerisch orientierten Direktinvestition regelmäßig auch die Niederlassungsfreiheit aus

88 *EuGH* NJW 2003, 2663, 2664 Rdnr. 68 – Kommission/Spanien; *EuGH*, Slg. 2002, I-4731 Rdnr. 49 – Kommission/Portugal; Slg. 2002, I-4781 = NJW 2002, 2305 Rdnr. 45 – Kommission/Frankreich; Slg. 2002, I-4809 = NJW 2002, 2303 – Kommission/Belgien.

89 *EuGH* Slg. 2002, I-4809 = NJW 2002, 2303 – Kommission/Belgien.

90 a.a.O., Rdnr. 48-51.

91 *Grundmann/Möslein*, ZGR 2003, 318, 322.

92 *Kilian*, NJW 2003, 2653.

93 So geschehen bei den drei Nachfolgegesellschaften der Deutschen Bundespost durch PostUmwG v. 14.9.1994, BGBl. I/1994, S. 2340 ff. und der Deutschen Bahn AG durch DBGrG v. 27.12.1993, BGBl. I/1993, 2386 ff.

Art. 43 EGV betroffen⁹⁴. Hierbei werden die Voraussetzungen, unter denen Beschränkungen der betreffenden Freiheiten anzunehmen sein werden, ebenso identisch sein wie diejenigen der allgemeinen Rechtfertigungsgründe einer solchen Beschränkung⁹⁵. Vor allem aber würde eine Ausdehnung der dargestellten EuGH-Rechtsprechung von der Kapitalverkehrsfreiheit auf die Niederlassungsfreiheit zukünftig nicht nur solche Unternehmen erfassen, deren Papiere öffentlich gehandelt werden, sondern jegliche Form der unternehmerischen Betätigung, insbesondere also auch diejenige in Form einer GmbH.

Die Frage, welcher Schwellenwert des (angestrebten) Anteilsbesitzes den Tatbestand der unternehmerischen Direktinvestition auslösen und damit den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnen soll ist vom EuGH bisher noch nicht entschieden, sie wird jedoch in der Literatur bereits seit längerem intensiv diskutiert⁹⁶; eine Entscheidung des Gerichtshofes dürfte in nicht allzu ferner Zeit zu erwarten sein. Gerade für die Privatisierung der öffentlichen Wasserversorgung in der Form einer Public Private Partnership wird eine solche Entscheidung weitreichende Folgen mit sich bringen, denn der private Investor wird sich praktisch stets mit der Absicht unternehmerischen Tätigwerdens an dem zu schaffenden Unternehmen beteiligen, so dass sich dann – unabhängig von der im Einzelfall gewählten Rechtsform – jede mit öffentlich-rechtlichen Regelungsinstrumenten, seien es etwa Gesetze, Verordnungen oder kommunale Satzungen, bewirkte Einflussnahme auf den Inhalt der Unternehmenssatzung als europarechtswidrig darstellen könnte.

Steuerung durch privatautonome Satzungsgestaltung

Die genannten europarechtlichen Vorgaben hindern die öffentliche Hand jedoch nicht, sich im Wege rein privatrechtlicher Instrumente, vor allem einer frei verhandelten Unternehmenssatzung mit einem Investor die gewünschten Sonderrechte vorzubehalten. Ebenso besteht natürlich die Möglichkeit, die Satzung schon vor der Beteiligung Dritter zu erstellen und erst hernach die entsprechenden Beteiligungen zu veräußern. Für die veräußerungswillige Kommune hat diese Vorgehensweise den Vorzug, die von ihr angestrebten Rechtspositionen in der Satzung verankern zu können, ohne dabei an die gesetzlichen (§ 179 Abs. 3 AktG) oder gesellschaftsvertraglichen Mehrheitserfordernisse gebunden zu sein, die einer nachträglichen Änderung zu Gunsten der betreffenden Gebietskörperschaft zumeist entgegenstehen werden.

Gleichwohl empfiehlt sich natürlich auch bei dieser Vorgehensweise schon zum Zeitpunkt der Satzungserrichtung eine möglichst enge Konsultation des potenziellen Vertragspartners um diesen nicht durch zu weitgehende Sonderrechte von einer Beteiligung abzuschrecken.

94 EuGH NJW 2003, 2663, 2666 Rdnr. 85 f.; NJW 2003, 2666, 2667 Rdnr. 51 f.

95 Grundmann/Möslein, ZGR 2003, 318, 328 ff. m.w.N.

96 Übersicht über die in der Diskussion befindlichen Schwellenwerte bei Schön, GS Knobbe-Keuk (1997), S. 743, 750 f.

- Unternehmenszweck

Eine sehr wesentliche Determinante für die Führung der Geschäfte durch den Vorstand ist bei der Aktiengesellschaft ebenso wie bei der GmbH der Gegenstand des Unternehmens, der gemäß § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG Pflichtbestandteil einer jeden Satzung ist. Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei der GmbH⁹⁷, so dass insoweit, vor allem im Hinblick auf die Festschreibung naturschutz- und gesundheitspolitischer Zielsetzungen, auf das oben⁹⁸ zur GmbH Ausgeführte verwiesen werden kann.

- Beteiligungskontrolle

Auch bei einem Gemeinschaftsunternehmen in Form einer Aktiengesellschaft wird die Kommune daran interessiert sein, eine gewisse Kontrolle über die Inhaberschaft der Beteiligung auszuüben. Es ist daher empfehlenswert, in der Satzung die ausschließliche Ausgabe von Namensaktien (§ 10 Abs. 1 AktG) festzulegen und deren Übertragbarkeit sodann an die von der Hauptversammlung zu erteilende Zustimmung der Gesellschaft zu binden (§ 68 Abs. 2 AktG). Im Hinblick auf die in § 180 Abs. 2 AktG normierten Zustimmungserfordernisse sollten diese Festsetzungen von vornherein in der ursprünglichen Satzung, also vor Anteilsveräußerung getroffen werden.

2.2.2.2 Steuerung durch Einflussnahme auf die Unternehmensorgane

Einflussnahme auf den Vorstand

Aus der für das Konzept der Aktiengesellschaft zentralen Vorschrift des § 76 Abs. 1 AktG folgt zunächst, dass der Vorstand in seinen unternehmerischen Entscheidungen keinen Weisungen der Gesellschafter, der anderen Unternehmensorgane oder sonstiger Dritter unterworfen ist⁹⁹. Vielmehr hat er bei der Ausübung seines Leitungsermessens die vielfältigen im Unternehmen gebündelten Interessen selbständig zum Ausgleich zu bringen¹⁰⁰. Zwar ist es dem Vorstand dabei keineswegs verwehrt, auch soziale, ökologische oder politische Interessen zu verfolgen¹⁰¹, er hat hierbei aber stets als alles beherrschenden Gesichtspunkt die Sicherung des Bestandes des Unternehmens und dauerhafter Rentabilität im Auge zu behalten¹⁰². Angesichts dieser Unabhängigkeit des Vorstandes ist es der Kommune bei Fehlen der durch einen Beherrschungsvertrag vermittelten Weisungsbefugnis (§ 308 Abs. 1 u. 2 AktG) daher nur dann ausnahmsweise möglich, auf das Gemeinschaftsunternehmen einzuwirken, wenn sie bereit ist, etwaige hieraus entstehende Nachteile auszugleichen (§ 311 AktG).

Abgesehen von der u.U. durch Stimmbindungsvereinbarungen abzusichernden¹⁰³ Mehrheit in der Hauptversammlung eröffneten Möglichkeit, über den Aufsichtsrat die gesamte

97 Dreher, ZHR 155 (1991), 349, 350 f.

98 Unter 3.2.1.1.

99 Allg. M., Hüffer, § 76 Rdnr. 10 m.w.N.

100 Ausführlich: KK-Mertens, § 76 Rdnr. 16 ff.

101 KK-Mertens, § 76 Rdnr. 32 ff.

102 OLG Hamm, AG 1995, 512, 514; Hüffer, § 76 Rdnr. 13; KK-Mertens, § 76 Rdnr. 17, 22.

103 Dazu: von Danwitz, AöR 120 (1995), 595, 627 ff.; Mayen, DÖV 2001, 110, 114.

Unternehmensleitung auszuwechseln, ist daher vor allem der Aufsichtsrat das für die kommunale Einflussnahme wesentliche Organ.

Einflussnahme auf den Aufsichtsrat

Der aktienrechtliche Aufsichtsrat ist zugleich das zentrale Vorbild für die mitbestimmungsrechtlich vorgeschriebenen Aufsichtsräte anderer Gesellschaftsformen. Seine Kompetenzen bestimmen sich überwiegend nach § 111 AktG, die ihn im Wesentlichen auf die Überwachung der Geschäftstätigkeit und die Beratung des Vorstandes festlegen. Überwacht werden Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Unternehmensleitung. Von der Geschäftsführung ist der Aufsichtsrat dagegen, abgesehen von bestimmten Geschäften, die gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG an seine Zustimmung geknüpft werden können, ausgeschlossen.

Die Überwachung der Rechtmäßigkeit umfasst auch eine mögliche Schadensersatzpflicht der Vorstandsmitglieder¹⁰⁴. Zur Vertretung der Gesellschaft ist der Aufsichtsrat dagegen nur ausnahmsweise, namentlich gegenüber den Vorstandsmitgliedern berufen (§ 112 AktG), deren Ernennung und Abberufung ebenfalls in seinen Zuständigkeitsbereich fallen (§ 84 AktG).

Gerade um dieser Schlüsselkompetenzen willen verpflichtet eine Vielzahl von Gemeindeordnungen die Kommunen dazu, einen angemessenen Einfluss im Aufsichtsrat sicherzustellen¹⁰⁵. Grundlage dieses Einflusses ist prinzipiell zunächst die Höhe der Beteiligung an dem Gemeinschaftsunternehmen, da die Aufsichtsratsmitglieder von der Hauptversammlung gewählt werden (§ 101 Abs. 1 AktG), so dass die Mehrheitsverhältnisse im Aufsichtsrat die Beteiligungsverhältnisse widerspiegeln. Daneben kann sich die Gemeinde in der Satzung ein Entsenderecht¹⁰⁶ für bis zu einem Drittel der Aufsichtsratsmitglieder sichern (§ 101 Abs. 2 AktG), was hinsichtlich der kommunalrechtlichen Anforderungen vor allem dann bedeutsam wird, wenn die Beteiligungshöhe, soweit zulässig, unter die Schwelle einer Mehrheitsbeteiligung abgesenkt wird.

Ebenso wie Vorstandsmitglieder sind auch die Aufsichtsräte einer Aktiengesellschaft primär dem Unternehmensinteresse verpflichtet, was u.a. durch eine Schweigepflicht über vertrauliche Beratungen und Berichte sichergestellt wird (§ 116 AktG). Angesichts der hieraus für die öffentlich-rechtliche Beteiligungsverwaltung resultierenden Schwierigkeiten läßt § 394 AktG von dieser Verschwiegenheitspflicht für solche Aufsichtsratsmitglieder eine begrenzte Ausnahme zu, die gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft einer gesetzlich begründeten Berichtspflicht unterliegen¹⁰⁷. Das Interesse des Unternehmens an vertraulicher Behandlung der betrieblichen Interna wird in diesen Fällen dadurch geschützt, dass die Schweigepflicht auf die der Gesellschaft nicht angehörenden Berichtsempfänger erstreckt wird (§ 395 AktG).

104 BGHZ 135, 244, 252 = NJW 1997, 1926 "ARAG".

105 Art. 92 I Nr. 2 BayGO; § 103 I Nr. 3 BadWürttGO; § 102 Nr. BbgGO; § 122 I Nr. 3 HessGO; § 69 I Nr. 3 MVKV; § 109 I Nr. 6 NdsGO; § 108 I Nr. 6 NWGO; § 87 I Nr. 3 RhPfgGO; § 110 I Nr. 3 SaarlKSVG; § 96 I Nr. 2 SächsGO; § 117 I Nr. 3 SachsAnhGO; § 102 I Nr. 3 SchlHGO; § 73 I Nr. 3 ThürKO.

106 Dazu: Hüffer, § 101 Rdnr. 8 ff.

107 Eingehend: Schwintowski, NJW 1990, 1009 ff.

Dieses Informationsrecht der Gebietskörperschaft darf jedoch keinesfalls mit einer Weisungsbefugnis gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern verwechselt werden. Ein solches Weisungsrecht ist mit dem Grundsatz eigenverantwortlicher Mandatswahrnehmung nicht vereinbar und kann daher weder in der Satzung noch in etwaigen Nebenverträgen vereinbart werden, noch sind entsandte Aufsichtsräte bei der Ausübung ihres gesellschaftlichen Mandats an das beamtenrechtliche Weisungsrecht des Dienstherrn¹⁰⁸ gebunden¹⁰⁹. Ebenso wenig kann eine solche Befugnis aus den verschiedenen Vorschriften der Gemeinde- oder Landeshaushaltsordnungen abgeleitet werden, da insoweit wiederum der bundesrechtliche Vorrang des Gesellschaftsrechts vor den einschlägigen landesrechtlichen Bestimmungen greift (Art. 31 GG).

Dieser Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Gemeinderecht bewirkt auch, dass sich grundsätzlich die Verpflichtung auch des entsandten Aufsichtsratsmitgliedes auf das Unternehmensinteresse gegenüber etwaigen Sonderinteressen des kommunalen Partners durchsetzt¹¹⁰. Die Erteilung und Ausführung von Weisungen an Aufsichtsratsmitglieder ist daher mit der so verstandenen Kontrollfunktion des Gremiums und der dazu erforderlichen Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Willensbildung ebenso unvereinbar wie die vertragliche Bindung des Abstimmungsverhaltens der Aufsichtsratsmitglieder¹¹¹. Im Rahmen ihrer eigenverantwortlichen Mandatswahrnehmung vermögen daher auch die von der Gebietskörperschaft bestellten Aufsichtsratsmitglieder die kommunalen Interessen nur insoweit zur Geltung zu bringen, als dem nicht das Gesellschafts- oder Unternehmensinteresse als Schranke der Ermessensausübung entgegensteht¹¹².

Aus der Charakteristik des Aufsichtsrates als unabhängigem Aufsichtsorgan folgt zugleich sein Ausschluss von Maßnahmen der Geschäftsführung (§ 111 Abs. 4 AktG). Gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG ist es lediglich möglich, bestimmte Arten von Geschäften an einen Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten des gesamten Aufsichtsrates zu binden, der hierüber ggf. durch Beschluss zu entscheiden hat¹¹³. Derartige Zustimmungsvorbehalte sind etwa dann empfehlenswert, wenn es um Maßnahmen geht, die die vorhandene Infrastruktur in einer Weise verändern, aufgrund derer eine Nutzung nach Rückübertragung an die Gemeinde nicht mehr ohne weiteres möglich wäre.

2.2.2.3 Steuerung durch Unternehmensverträge

Gerade wegen der bereits dargelegten Autonomie des Vorstandshandelns sind Unternehmensverträge ein für die Steuerung des Vorstandshandelns wesentlich bedeutsames Instrument, als im Recht der GmbH. Soweit es sich um eine nur örtlich tätige AG handelt, werden ebenso wie bei der fremdbetriebenen GmbH im Wesentlichen Betriebsfüh-

108 § 37 BRRG; 55 S. 2 BBG und beamtenrechtliche Vorschriften der Länder.

109 Allg. M., s. nur Hüffer, § 394 Rdnr. 27.

110 BGHZ 36, 296, 306 = NJW 1962, 846.

111 Hüffer, § 394 Rdnr. 28 f.; eingehend: Schwintowski, NJW 1995, 1316, 1318; a.M. von Danwitz, AöR 120 (1995), 595, 627 f.

112 BGHZ 69, 334, 339; Hüffer, § 394 Rdnr. 31 m.w.N.

113 Eingehend: Götz, ZGR 1990, 633 ff.

rungs- und Betriebsüberlassungsverträge relevant werden, bezüglich derer auf obige Ausführungen verwiesen werden kann.

Hat allerdings eine kommunale Unternehmung Dimensionen erreicht, in denen sie selber bereits Obergesellschaft anderer Versorgungsunternehmen ist, so wird zu dessen Steuerung regelmäßig ein Vertragsgeflecht von erheblicher Komplexität erforderlich sein, dessen Darstellung schon in den Grundzügen den Rahmen dieser Abhandlung sprengen würde.

Überdies ist in mehrstufigen Unternehmensverbindungen die demokratische Kontrolle insoweit erschwert, als sich die gemeindlichen Einflussmöglichkeiten nur auf diejenige Gesellschaft erstrecken, an der sie unmittelbar beteiligt ist, während die Ausübung der Stimmrechte aus den Beteiligungen an den Untergesellschaften allein der Geschäftsleitung der Obergesellschaft zukommt, die jedoch ihrerseits nicht unmittelbar der Gemeinde, sondern primär dem Unternehmensinteresse verpflichtet ist (§ 76 Abs. 1 AktG). Eine angemessene Umsetzung der verfassungsrechtlich gebotenen kommunalen Ingerenz in mehrstufigen Unternehmensverbindungen bei kommunal beherrschter Obergesellschaft erscheint daher eher problematisch.

2.2.2.4 Konzernrechtliche Haftungsprobleme

Auch ohne Abschluss eines Unternehmensvertrages können aufgrund der regelmäßig erforderlichen Mehrheitsbeteiligung der Kommune gewisse konzernrechtliche Haftungsprobleme auftauchen, da die Gemeinde durch ihre Stimmrechtsmehrheit zum herrschenden Unternehmen im Sinne von § 17 AktG wird¹¹⁴. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob die Gemeinde noch weitere unternehmerische Interessen außerhalb des abhängigen Unternehmens verfolgt; ausreichend ist vielmehr die bloße Gefahr einer Verfolgung unternehmensfremder öffentlicher Interessen zu Lasten der Beteiligungsgesellschaft¹¹⁵. Soweit die Gebietskörperschaft ihren mehrheitsbedingten Einfluss auf das Unternehmen dazu benutzt, dieses zu für die Gesellschaft nachteiligen Maßnahmen zu veranlassen, so ist der entstandene Nachteil gegenüber der abhängigen Gesellschaft nach Maßgabe des § 311 AktG auszugleichen.

2.3 Betriebsführungs-/Betreibermodell

Das Betreiber- und das Betriebsführungsmodell sind wesentlich dadurch charakterisiert, dass die Infrastruktureinrichtungen sämtlich im Eigentum der Gemeinde verbleiben und lediglich der Betrieb der Anlagen und die Lieferung sowie ggf. Gewinnung des Produktes Wasser an einen privaten Unternehmer übertragen wird. Privatisiert wird also nicht die kommunale Aufgabe, sondern nur die Aufgabenerfüllung, so dass die öffentlich-rechtliche Pflichtenverteilung durch die zivilrechtliche Beziehung zum Betreiberunternehmen unbe-

114 Vgl. BGHZ 69, 334, 338 ff. = NJW 1978, 104 (VEBA/Gelsenberg); BGHZ 105, 168, 176 f. = NJW 1988 (HSW) m.Anm. Kropff, ZHR 144 (1980), 74; BGHZ 135, 107, 113 ff. = NJW 1997, 1855; Hüffer, AktG, § 15 Rdnr. 13a.; Roth/Altmeyen/ Altmeyen, Anh. § 13 Rdnr. 6.

115 OLG Celle, GmbHRdsch. 2001, 342, 345; Hüffer, AktG, § 15 Rdnr. 13; Raiser, ZGR 458, 464 f.

rührt und die Aufgabenverantwortung vollständig bei der versorgungspflichtigen Kommune verbleibt¹¹⁶. Der Dritte wird somit als Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) bzw. als Verwaltungshelfer im Rahmen der ebenfalls bei der Gemeinde verbleibenden Verkehrssicherungspflichten (§ 823 BGB) als deren Verrichtungsgehilfe (§ 831 BGB) tätig.

Das Betriebsführungsmodell besteht in der weisungsgebundenen Führung des kommunalen Betriebes im Namen und für Rechnung der versorgungspflichtigen Körperschaft, die hierbei den Betrieb, die Wartung und Instandhaltung der Versorgungsanlagen sowie die technische und kaufmännische Verwaltung auf den privaten Unternehmer überträgt. Die eigentliche Investitionsverantwortung für die Instandhaltung und Erneuerung verbleibt hingegen bei der Kommune; ebenso bleibt die Gemeinde weiterhin Vertragspartner der Anlagenbenutzer, denen der Betriebsführer lediglich als kommunaler Bevollmächtigter gegenübertritt¹¹⁷.

Das Betreibermodell erweitert gegenüber dem Betriebsführungsmodell insofern den Umfang der privatwirtschaftlichen Beteiligung, als hierbei auch die Investitionsverantwortung von der Kommune auf den Betreiber überführt wird. Über die bloße Betriebsführung hinaus verpflichtet sich hier der private Unternehmer gegenüber der Gemeinde auch zu Planung, Finanzierung und Bau bzw. Sanierung der Anlagen¹¹⁸. Dabei werden die Altanlagen regelmäßig vom Betreiber übernommen, der zugleich auch die damit bebauten Grundstücke sowie erforderlichenfalls die Grundstücke für neu zu erstellende Anlagen von der Gemeinde erwirbt bzw. sich hieran ein Erbbaurecht bestellen lässt¹¹⁹. Die vom Privaten zu erstellenden Anlagen werden nicht zuletzt zur wirtschaftlichen Absicherung der Gemeinde in deren Eigentum übergehen, im Hinblick auf die Finanzierungen und Abschreibungen jedoch im wirtschaftlichen Eigentum des Betreibers verbleiben¹²⁰, was sich regelmäßig durch Leasing bzw. Sale and Leaseback bewerkstelligen lassen wird.

Neben den hierzu erforderlichen Kauf- und Pachtverträgen bildet der Betreibervertrag den Kern des Modells. Dabei wird es sich angesichts des notwendigen Investitionsvolumens häufig um einen sehr langfristigen Vertrag mit einer Laufzeit von 20 bis 30 Jahren¹²¹ handeln, in dem eine von der Kommune für die Gesamtleistung des Privaten zu zahlende Vergütung festzulegen ist. Die angesichts der langen Vertragslaufzeiten erforderliche Flexibilisierung dieses Fixums lässt sich etwa durch Preisgleitklauseln herbeiführen¹²², nach denen die Innenpreise anhand von durch den Betreiber nicht beeinflussbaren Faktoren wie etwa Wassermenge, kalkulationserhebliche rechtliche Änderungen oder Steigerungen in den Gestehungspreisen für bestimmte Kostengruppen wie z.B. Personal, Energie, Betriebsstoffe etc. variiert werden können¹²³. Etwaige Anpassungen in den genannten Innenpreisen können, falls nicht der Private direkt mit dem Endverbraucher abschließt, von der Kommune über den Wasserpreis weitergegeben werden. Soweit dem Endverbraucher

116 *Burgi*, NVwZ 2001, 601, 603; *Zacharias*, DÖV 2001, 454, 455.

117 *Fischer/Zwetkow*, NVwZ 2003, 281, 288; *Tettinger*, DÖV 1996, 764, 765.

118 *Tettinger*, DÖV 1996, 764, 765.

119 *Schoch*, DVBl. 1994, 1, 10; *Zacharias*, DÖV 2001, 454, 457.

120 *Fischer/Zwetkow*, NVwZ 2003, 281, 288.

121 *Zacharias*, DÖV 2001, 454, 457.

122 *Zacharias*, DÖV 2001, 454, 458.

123 *Fischer/Zwetkow*, NVwZ 2003, 281, 289.

als Vertragspartner ein Unternehmen in privater Rechtsform gegenübertritt – gleich, ob eine kommunale Eigengesellschaft oder der private Betreiber – sind hinsichtlich der Preis-
anpassungen die Vorschriften der AVBWasserV¹²⁴, vor allem § 24 zu beachten.

Im Hinblick auf die Trinkwassergewinnungsanlagen und das Versorgungsnetzwerk lassen sich angesichts der Vielfalt in den lokalen Konstellationen kaum allgemeinverbindliche Hinweise zur Vertragsgestaltung ausmachen. So kann beispielsweise eine von der Gemeinde bisher betriebene Wassergewinnungsanlage durch die Einbeziehung der örtlichen Versorgung in ein überregionales Verbundnetzwerk wirtschaftlich obsolet werden, während zugleich andernorts die Entnahmemengen signifikant erhöht werden müssten. Mithin werden auf der einen Seite Vereinbarungen betreffend den drohenden Verfall wegen Nichtausübung (§§ 7, 12 WHG) erforderlich, während andererseits Höchstgrenzen für die Entnahmemenge geregelt werden müssten. Für die Fremdwasser beziehende Gemeinde wäre damit eine Vereinbarung, dass die Anlagen bei ihrer Rückgabe an die Gemeinde wieder aus diesem Verbund ausgegliedert und ggf. als Stand-alone Kapazitäten weiterbetrieben werden können¹²⁵, praktisch kaum noch sicherzustellen. Die Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zur Trinkwassergewinnung muss daher stets im Einzelfall aus den örtlichen Gegebenheiten entwickelt werden. Denkbar ist hier praktisch jede Gestaltung von lokaler Autarkie über bedarfsabhängige Zulieferung bis hin zu gänzlich externer Versorgung.

Ebenso wie die Investitionsverantwortung lassen sich beim Betreibermodell grundsätzlich auch das Betriebs- und Haftungsrisiko weitgehend von der Kommune auf den Betreiber verlagern¹²⁶, der sich seinerseits hiergegen versichern mag. Da jedoch die Gemeinde aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften weiterhin aufgabenpflichtig bleibt, wird die Vereinbarung von Kontrollrechten in jedem Falle unverzichtbar sein. Wünschenswert ist dabei stets eine Rückkopplung auf einer jeweils der Unternehmens- und Gemeindegröße angemessenen Ebene, so dass Angelegenheiten von grundlegender Bedeutung auch innergemeindlich in den Bereich der zuständigen Entscheidungsträger gelangen, während technische Einzelheiten auf Abteilungsebene belassen werden können. Für die Vertragsgestaltung empfiehlt es sich, der Kommune im technischen Bereich möglichst weitgehende Zutrittsrechte zu den Anlagen zwecks Kontrolle des Anlagenzustandes und der Trinkwasserqualität und im kaufmännischen Bereich möglichst umfassende Einsichtsrechte in die betreffenden Geschäftsunterlagen sicherzustellen.

Zur Sicherung der Trinkwasserqualität und der ressourcenschonenden Wassergewinnung ist es durchaus empfehlenswert, durch die Aufnahme entsprechender öffentlich-rechtlicher Normen oder DIN-Standards in das Vertragswerk die Einhaltung dieser Standards durch deren Unterwerfung unter die vertraglichen Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten sicherzustellen¹²⁷.

124 Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser vom 20. Juni 1980, BGBl. I S. 750, ber. S. 1067.

125 Dazu: *Sauer/Strecker*, ZögU 2003, 259, 276.

126 *Zacharias*, DÖV 2001, 454, 458.

127 *Bauer*, VVdStRL 54 (1995), 243, 276 m.w.N.

Für den Fall unzulänglicher Leistungserbringung durch den privaten Versorger sollten schließlich Möglichkeiten der vorzeitigen Vertragsbeendigung vorgesehen werden. Üblicherweise lässt sich hier ein außerordentliches Recht zur Vertragskündigung aus wichtigem Grund vereinbaren, wobei einzelne Gründe exemplarisch spezifiziert werden sollten. Als solche wären beispielsweise mangelnde Gewährleistung der Versorgungssicherheit, fortdauernde Unterschreitung vereinbarter Mindeststandards der Wasserqualität, eine fortgesetzte Überschreitung von Entnahmemengen, oder unzureichende Wartung des Anlagenbestandes zu erwägen.

Um eine vollständige Rückführung der dem Privaten für die Dauer des Vertrages überlassenen gemeindlichen Liegenschaften und Anlagen sicherzustellen, wäre auch die Möglichkeit zu bedenken, von vornherein kein Eigentum, sondern lediglich ein Erbbaurecht an den entsprechenden Grundstücken zu vereinbaren, an dem der Gemeinde bei Vertragsbeendigung gemäß §§ 32 f. ErbbauVO ein Heimfallanspruch zustünde.

Für den nicht unwahrscheinlichen Fall einer Uneinigkeit bei der Rückübertragung der Anlagen, z.B. hinsichtlich etwaiger Rückbaupflichten oder bei der Anlagenbewertung, empfiehlt sich auch die Vereinbarung von Übergangsregelungen sowie der Abschluss einer Schiedsvereinbarung zur Regelung offener Fragen.

2.4 Materielle Aufgabenprivatisierung

Eine materielle Privatisierung, also die vollständige Übertragung des kommunalen Versorgungsauftrages auf ein Privatunternehmen, ist in den meisten Bundesländern mit Ausnahme von Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz¹²⁸, wo die Wasserversorgung spezialgesetzlich geregelt ist, problematisch bis unmöglich. Die Behandlung der materiellen Aufgabenprivatisierung kann sich daher vorliegend auf einen kursorischen Überblick beschränken.

Zu unterscheiden ist zwischen der unechten Aufgabenprivatisierung, bei der der Kommune ein Rest von Einwirkungsmöglichkeiten verbleibt, und der echten Aufgabenprivatisierung, die eine vollständige Übertragung der Versorgungsaufgaben von der öffentlichen Hand auf einen privaten Dritten bewirkt.

2.4.1 Konzessionsmodell

Im Rahmen der Gestaltungsmöglichkeiten liegt auch eine unechte materielle Privatisierung durch Gebietskonzessionen, die aufgrund der derzeit noch bestehenden Vergaberechtsfreiheit¹²⁹ praktisch vor allem in Form von Dienstleistungskonzessionen auftauchen wird.

Das Konzessionsmodell ist dadurch charakterisiert, dass der Private hier nicht nur in die kommunale Aufgabenerfüllung eingebunden wird, sondern die Aufgabe insgesamt zur weitgehend autonomen Erledigung übertragen bekommt. Dabei übernimmt der Private aufgrund seines Vertrages mit der Gemeinde den gesamten Betrieb der Wasserversor-

128 § 46a RhPflWG.

129 Zu den geplanten Änderungen: *Daiber*, GewArch 2004, 107, 108 m.w.N.

gung einschließlich der Instandhaltung der Versorgungsanlagen. Endbenutzerverträge werden ausschließlich mit dem Konzessionär geschlossen, der zugleich den Gebühreneinzug übernimmt und sich daraus finanziert¹³⁰. Grundsätzlich kann der Konzessionsvertrag dem Unternehmer auch den Bau bzw. Ausbau von Wasserversorgungsanlagen auferlegen, jedoch wird eine solche Gestaltung überwiegend als nachteilig empfunden, weil reine Dienstleistungskonzessionen, im Gegensatz zu Baukonzessionen, nicht den teils recht komplizierten Verfahren des Vergaberechts unterworfen sind¹³¹. Soweit die Versorgungskonzession dem Privaten über die Aufgabenübertragung hinaus im Rahmen eines Demarkationsvertrages auch Gebietsschutz verschafft, sind aber zusätzlich die Vorgaben des europäischen Kartellrechts (Art. 86 EGV) zu beachten.

Das Kernstück der Konzessionsverträge bildet die Einräumung von Wegerechten, die dem Wasserversorgungsunternehmen das Recht einräumen, die im Eigentum der Gebietskörperschaft stehenden öffentlichen Grundstücke und Baulichkeiten ggf. auch zur Verlegung von Leitungen und Errichtung sonstiger Versorgungsanlagen zu nutzen. Neben diese Nutzungsklausel treten regelmäßig eine Ausschließlichkeitsklausel, aufgrund derer sich die Gemeinde für die Dauer des Vertrages verpflichtet, keinem branchengleichen Versorgungsunternehmen gleichartige Wegerechte einzuräumen, sowie eine Verzichtsklausel, in der die Kommune darauf verzichtet, ihre Liegenschaften zu dem Vertrag konkurrierenden Zwecken zu nutzen.¹³²

Als Gegenleistung für die Einräumung der Nutzungsmöglichkeiten und der ausschließlichen Versorgung des Gemeindegebietes an den Versorger erhält die Gemeinde Nutzungsentgelte (§ 13 EnWG). Für das Recht zur Gebührenerhebung beim Endverbraucher sind dann umgekehrt gemäß § 15 i.V.m. §§ 14 f. EnWG Konzessionsabgaben nach Maßgabe der KonzessionsabgabenVO¹³³ zu entrichten.

Der Natur einer materiellen Aufgabenübertragung entsprechend, sind die Einflussmöglichkeiten der Gemeinde auf den Konzessionär nach erfolgter Vergabe nicht unerheblich eingeschränkt¹³⁴ und bedürfen daher der besonderen vertraglichen Absicherung durch Kontroll- und Mitspracherechte. Die der Gebietskörperschaft zu Gebote stehenden Druckmittel erschöpfen sich im Wesentlichen in der aus einer Befristung hervorgehenden Möglichkeit der Nichtverlängerung sowie außerordentlichen Kündigungsrechten des Vertrages, etwa im Falle einer vom Privaten zu vertretenden Gefährdung der Versorgungssicherheit.

Da es sich bei der Versorgungskonzession um die exklusive Vergabe eines geschlossenen Versorgungsgebietes an einen privaten Betreiber handelt, sollte nach der Rechtsprechung die Vertragslaufzeit eine Dauer von zwanzig Jahren nicht übersteigen und einen erneuten Wettbewerb um das Versorgungsgebiet zulassen¹³⁵.

130 *Fischer/Zwetkow*, NVwZ 2003, 281, 289.

131 *Koch*, ZögU 2003, 241, 255 f.

132 *Schnorbus*, DZWIR 1998, 137, 138.

133 Konzessionsabgabenverordnung vom 09.01.1992, BGBl. I S. 12, geändert durch VO vom 22.7.1999, BGBl. I S. 1669.

134 *Burgi*, NVwZ 2001, 601, 603 m.w.N.

135 BGHZ 143, 128, 146 = NJW 2000, 577.

Von hoher praktischer Bedeutung ist die Regelung des Rückabwicklungsverhältnisses nach Vertragsablauf, das regelmäßig entweder das Recht oder die Pflicht der Gemeinde zur Übernahme der Versorgungsanlagen zum Gegenstand haben wird¹³⁶. Gerade aufgrund der langen Laufzeiten derartiger Gebietskonzessionen werden sich etwa die Anlagen bei Rückgabe nicht mehr auf dem ursprünglichen Stand befinden, sondern entweder altersbedingt wertgemindert oder aber durch zwischenzeitlich getätigte Investitionen des Privaten aufgewertet sein. Kautelarjuristisch empfiehlt sich damit die Vereinbarung einer Übergangsregelung für die Rückgabe der Anlagen einschließlich eines Verfahrens für die Wertfeststellung der zurück zu übertragenden Anlagengesamtheit, beispielsweise ein Schiedsgerichtsverfahren.

Gelingt es im Rahmen der in den Endschaftsbestimmungen des Konzessionsvertrages festgelegten Zeitspanne nicht, die Abwicklung des Versorgungsverhältnisses zu vollziehen und einen neuen Betreiber für die Anlagen zu gewinnen, so bleibt der derzeitige Versorger übergangsweise weiter zur Versorgung verpflichtet. Soweit der Vertrag keine bis zum endgültigen Abschluss des Versorgungsverhältnisses bindende Regelung über die zu entrichtenden Konzessionsabgaben trifft, so steht der Gemeinde eine nachvertragliche Konzessionsabgabe zu, die sich zunächst für den Zeitraum von einem Jahr nach Vertragsende nach der ursprünglich vereinbarten Höhe bemisst¹³⁷.

2.4.2 Echte materielle Privatisierung

Die am weitesten reichende Stufe der Privatisierung ist die echte Aufgabenprivatisierung, bei der das gesamte Wasserversorgungsunternehmen unbefristet und vollständig an einen Dritten veräußert wird. Beim gegenwärtigen Stand der Entwicklung wird eine umfassende Privatisierung nicht sonderlich häufig vorkommen, da sich die Gemeinde durch den Verkauf jeglicher Mitspracherechte begibt und allein auf hoheitliche Einflussmöglichkeiten zurückzieht. Gerade wegen umfassenden und praktisch unwiderruflichen Aufgabe jeder Teilnahme an der Aufgabenerledigung werden in Fällen einer echten Aufgabenprivatisierung besonders hohe Anforderungen an die Sachkunde und Leistungsfähigkeit des privaten Unternehmens zu stellen sein¹³⁸.

136 Wolf, BB 1986, 143.

137 BGH NJW-RR 2002, 180; GRUR 1994, 461, 462 f.

138 Fischer/Zwetkow, NVwZ 2003, 281, 289 f.

Literatur

- Altmeppen, Holger (2003): Die Einflussrechte der Gemeinde in einer kommunalen GmbH. In: NJW, 2561.
- Bauer, Hartmut (1995): Privatisierung von Verwaltungsaufgaben. In: VVdStRL 54, 243.
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred (2000): GmbH-Gesetz. 17. Aufl., zit: Baumbach/Hueck/Bearbeiter.
- Becker, Florian (2000): Grenzenlose Kommunalwirtschaft. In: DÖV, 1032.
- Bös, Dieter/Schneider, Friedrich (1996): Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand. In: ZGR, 519.
- Böttcher, Lars/Krömker, Michael (2001): Abschied von der kommunalen AG in NW?. In: NZG, 590.
- Daiber, Hermann (2004): Wasserversorgung – Branche im Wettbewerb?. In: GewArch, 107.
- Danwitz, Thomas von (1995): Vom Verwaltungsprivat- zum Verwaltungsgesellschaftsrecht – zu Begründung und Reichweite öffentlich-rechtlicher Ingerenzen in der mittelbaren Kommunalverwaltung. In: AöR 120, 595.
- Dreher, Meinrad (1991): Unternehmen und Politik – Die gesellschaftspolitische Kompetenz der Aktiengesellschaft. In: ZHR 155, 349.
- Ehlers, Dirk (1986): Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen. In: DÖV, 897.
- Engellandt, Frank (1995): Die Einflußnahme der Kommunen auf ihre Kapitalgesellschaften über das Anteilseignerorgan. Zit.: Engellandt.
- Engellandt, Frank (1996): Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Kommunalaufsicht und der Kommunalparlamente in Gesellschaftsverträgen kommunaler Unternehmen. In: DÖV, 71.
- Geiger, Andreas/Freund, Andrea (2003): Europäische Liberalisierung des Wassermarktes. In: EuZW, 490.
- Gern, Alfons (2002): Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb des Gemeindegebiets. In: NJW, 2593.
- Götz, Jürgen (1990): Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft. In: ZGR, 633.
- Grundmann, Stefan/Möslein, Florian (2003): Die goldene Aktie – Staatskontrollrechte in Europarecht und wirtschaftspolitischer Bewertung. In: ZGR, 317.
- Habersack, Mathias (1996): Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand – Gesellschaftsrechtliche Analyse. In: ZGR, 545.
- Hachenburg, Max (1992): GmbH-Gesetz. 8. Aufl., 1992 ff., zit: Hachenburg/Bearbeiter.
- Heintzen, Markus (2000): Zur Tätigkeit kommunaler (Energieversorgungs-)Unternehmen außerhalb der kommunalen Gebietsgrenzen. In: NVwZ, 743.
- Hellermann, Johannes (2001): Privatisierung und kommunale Selbstverwaltung. In: Oldiges, Martin (Hrsg.): Daseinsvorsorge durch Privatisierung – Wettbewerb oder staatliche Gewährleistung, S. 19.
- Hendler, Reinhard/Grewing, Cornelia (2001): Der Grundsatz der ortsnahe Versorgung im Wasserrecht. In: ZUR, 146.

- Hösch, Ulrich (2000): Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen. In: DÖV, 393.
- Hüffer, Uwe (2004): Aktiengesetz., 6. Aufl., zit.: Hüffer, AktG.
- Kilian, Wolfgang (2003): Vom sinkenden Wert der ‚Goldenen Aktien‘. In: NJW, 2653.
- Koch, Thorsten (2003): Vorgaben des europäischen und bundesdeutschen Rechts für eine Neuorganisation der kommunalen Wasserversorgung. In: ZögU, 240.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2004): Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004), 327 endgültig, zit.: Grünbuch ÖPP.
- Kotulla, Michael (2003): Wasserhaushaltsgesetz. Zit.: Kotulla.
- Kropff, Bruno (1980): Zur Anwendung des Rechts der verbundenen Unternehmen auf den Bund. In: ZHR 144, 74.
- Lutter, Marcus/Happ, Wilhelm (1982): Formular Kommentar. Bd. II, zit.: Lutter/Happ, FormKomm.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter (2000): GmbH-Gesetz. 15. Aufl., zit.: Lutter/Hommelhoff.
- Mayen, Thomas (2001): Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten. In: DÖV, 110.
- Oebbecke, Janbernd (2000): Die örtliche Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit. In: ZHR 164, 375.
- Püttner, Günter (1993): Zur Wahl der Rechtsform für kommunale Unternehmen und Einrichtungen. Zit.: Püttner (1993).
- Püttner, Günter (1994): Privatisierung. In: LKV, 193.
- Raiser, Thomas (1996): Konzernverflechtungen unter Einschluß öffentlicher Unternehmen. In: ZGR, 458.
- Rennert, Klaus (2003): Kommunalwirtschaft und Selbstverwaltungsgarantie. In: Verw., 319.
- Reuter, Dieter (1992): Der Beirat der GmbH. In: Lutter, Marcus/Ulmer, Peter/Zöllner, Wolfgang: Festschrift 100 Jahre GmbHG. S. 631, zit.: Reuter in FS GmbHG.
- Ronellenfisch, Michael (1999): Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben. In: DÖV, 705.
- Roth, Günter H./Altmeppen, Holger (2003): GmbH-Gesetz. 4. Aufl., zit.: Roth/Altmeppen/Bearbeiter.
- Rowedder, Heinz/Schmidt-Leithoff, Christian (2002): GmbH-Gesetz., 4. Aufl., zit.: Rowedder/Schmidt-Leithoff/Bearbeiter.
- Sauer, Johannes/Strecker Daniel (2003): Steigerung der Versorgungseffizienz auf Unternehmens- und Sektorebene – Unternehmensstrategien im Wassermarkt. In: ZögU, 259.
- Schmidt, Reiner (1996): Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen. In: ZGR, 345.
- Schnorbus, York (1998): Die Konzessions- und Demarkationsverträge der Versorgungswirtschaft. In: DZWir, 137.
- Schön, Wolfgang (1997): Europäische Kapitalfreiheit und nationales Steuerrecht. In: Schön, Wolfgang (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk.

- Scholz, Franz (1995/2000): GmbH-Gesetz. Bd. 1 (§§ 1-44), 9. Aufl. (2000), Bd. 2 (§§ 45-85), 8. Aufl. (1995), zit.: Scholz/Bearbeiter.
- Schwintowski, Hans-Peter (1995): Gesellschaftsrechtliche Bindungen für entsandte Aufsichtsratsmitglieder in öffentlichen Unternehmen. In: NJW, 1316.
- Schwintowski, Hans-Peter (1990): Verschwiegenheitspflicht für politisch legitimierte Mitglieder des Aufsichtsrats. In: NJW, 1009.
- Siedler, Frank, und andere (2004): Wasserhaushaltsgesetz. Zit.: S/Z/D/K/G/S, Bearb.
- Spannowsky, Willy (1996): Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften in öffentlicher Hand. In: ZGR, 400.
- Winter, Martin (1988): Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht. Zit.: Winter.
- Wolf, Andreas (1986): Zur kartellrechtlichen Beurteilung des Konzessionsvertrages. In: BB, 143.
- Zacharias, Diana (2001): Privatisierung der Abwasserbeseitigung. In: DÖV, 454.
- Zöllner, Wolfgang (1996): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz. 2. Aufl., zit.: KK-Bearbeiter.
- Zöllner, Wolfgang (1992): Inhalt und Wirkung von Beherrschungsverträgen bei der GmbH. In: ZGR, 173.

Anhang

netWORKS-Papers

Die Ergebnisse des Forschungsverbundes netWORKS erscheinen in der Reihe netWORKS-Papers. Kommunen haben die Möglichkeit, diese Veröffentlichungen kostenlos über das Deutsche Institut für Urbanistik zu beziehen. Interessenten aus Wissenschaft und Forschung sowie der übrigen Fachöffentlichkeit können sich die Texte kostenlos von der Projektplattform www.networks-group.de herunterladen. Bisher sind folgende Papers erschienen:

- Kluge, Thomas/Scheele, Ulrich
**Transformationsprozesse in netzgebundenen Infrastrukturektoren.
Neue Problemlagen und Regulationserfordernisse**
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, Nr. 1)
- Kluge, Thomas/Scheele, Ulrich
**Transformation Processes in Network Industries.
Regulatory Requirements**
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, No. 1)
- Kluge, Thomas/Koziol, Matthias/Lux, Alexandra/Schramm Engelbert/Veit, Antje
**Netzgebundene Infrastrukturen unter Veränderungsdruck –
Sektoranalyse Wasser**
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, Nr. 2)
- Bracher, Tilman/Trapp, Jan Hendrik
**Netzgebundene Infrastrukturen unter Veränderungsdruck –
Sektoranalyse ÖPNV**
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, Nr. 3)
- Bracher, Tilman/Trapp, Jan Hendrik
**Network-Related Infrastructures under Pressure für Change –
Sectoral Analysis Public Transport**
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, No. 3)
- Scheele, Ulrich/Kühl, Timo
**Netzgebundene Infrastrukturen unter Veränderungsdruck –
Sektoranalyse Telekommunikation**
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, Nr. 4)
- Monstadt, Jochen/Naumann, Matthias
**Netzgebundene Infrastrukturen unter Veränderungsdruck –
Sektoranalyse Stromversorgung**
Berlin 2003 (netWORKS-Papers, Nr. 5)
- Tomerius, Stephan
**Örtliche und überörtliche wirtschaftliche Betätigung kommunaler
Unternehmen.** Zum aktuellen Diskussionsstand über die rechtlichen
Möglichkeiten und Grenzen in Literatur und Rechtsprechung
Berlin 2004 (netWORKS-Papers, Nr. 6)

- Kluge, Thomas/Scheele, Ulrich
Benchmarking – Konzepte in der Wasserwirtschaft: Zwischen betrieblicher Effizienzsteigerung und Regulierungsinstrument. Dokumentation des Symposiums am 28.4.2004 in Frankfurt am Main
Berlin 2004 (netWORKS-Papers, Nr. 7)
- Libbe, Jens/Trapp, Jan Hendrik/Toimerius, Stephan
Gemeinwohlsicherung als Herausforderung – umweltpolitisches Handeln in der Gewährleistungskommune. Theoretische Verortung der Druckpunkte und Veränderungen in Kommunen.
Berlin 2004 (netWORKS-Papers, Nr. 8)
- Hummel, Diana/Kluge, Thomas
Sozial-ökologische Regulationen
Berlin 2004 (netWORKS-Papers, Nr. 9)
- Monstadt, Jochen/Naumann, Matthias
Neue Räume technischer Infrastruktursysteme. Forschungsstand und -perspektiven zu räumlichen Aspekten des Wandels der Strom- und Wasserversorgung in Deutschland.
Berlin 2004 (netWORKS-Papers, Nr. 10)
- Reh binder, Eckard
Privatisierung und Vergaberecht in der Wasserwirtschaft
Berlin 2005 (netWORKS-Papers, Nr. 11)
- Döring, Patrick
Sicherung kommunaler Gestaltungsmöglichkeiten in unterschiedlichen Privatisierungsformen – Beispiel Wasserversorgung
Berlin 2005 (netWORKS-Papers, Nr. 12)

Weitere Veröffentlichungen des Forschungsverbundes netWORKS:

- Trapp, Jan Hendrik/Bolay, Sebastian
Privatisierung in Kommunen – eine Auswertung kommunaler Beteiligungsberichte
Berlin 2003, Schutzgebühr Euro 15,- (Difu-Materialien 10/2003)
- Trapp, Jan Hendrik/Bolay, Sebastian
Privatisation in Local Authorities – An Analysis of Reports on Municipal Holdings
Berlin 2003 (Translated from Difu-Materialien 10/2003)
- Toimerius, Stephan
Gestaltungsoptionen öffentlicher Auftraggeber unter dem Blickwinkel des Vergaberechts
Berlin 2005, Schutzgebühr Euro 15,- (Difu-Materialien 1/2005)