

# Erstes Kapitel **Recht der Anstalten des öffentlichen Rechts/der Kommunalunternehmen**

## Erster Abschnitt **Allgemeiner Teil**

### A. **Rechtsentwicklung**

Seit gut 20 Jahren findet die Rechtsform der rechtsfähigen kommunalen Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR), auch als Kommunalunternehmen bezeichnet<sup>2</sup>, zunehmende Verbreitung und Akzeptanz. 1995 zuerst in *Bay* eingeführt, wurde die Rechtsform in den folgenden Jahren auch in vielen anderen Flächenstaaten zugelassen. *RhPf* folgte dem bayerischen Vorbild bereits 1998, *NW* 1999, *LSA* 2001, *SchlH* 2002, *Nds* 2003, *Bbg* 2008, *Hess* 2011, *MV* 2011. Zuletzt hat *Thür* durch eine Änderung der Thüringer Kommunalordnung 2013 diese Gestaltungsoption eröffnet. Trotz einzelner Gesetzesinitiativen gehört die AöR nach wie vor in *BaWü*, *FSA*<sup>3</sup> und *Saarl* nicht zu den zugelassenen Formen für kommunale Unternehmen.

Mit der Zulassung der Rechtsform der rechtlich selbständigen Anstalt des öffentlichen Rechts verbanden die Landesgesetzgeber durchweg das Ziel, den Kommunen eine Unternehmensform zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben zur Verfügung zu stellen, die die wesentlichen Vorteile der öffentlichen Form, wie insbesondere die notwendige kommunale Steuerung, gewährleistet, jedoch gleichzeitig unternehmerische Selbstständigkeit verspricht, um so dem Trend zur Gründung von Unternehmen in privater Rechtsform zu begegnen<sup>4</sup>.

Nach langjähriger Erfahrung kann dieses Vorhaben als erfolgreich betrachtet werden. Anstalten des öffentlichen Rechts finden sich heute in den unterschiedlichsten Bereichen kommunaler Aufgabenerfüllung, wobei ein deutlicher Schwerpunkt in der Abwasser- und Abfallentsorgung, der Straßenreinigung, der Straßenunterhaltung und dem Betrieb von Bauhöfen zu erkennen ist. Weitere Aufgabenfelder sind u. a. das Krankenhauswesen, die Trinkwasserversorgung, die Wirtschaftsförderung, IT-Leistungen, Bäder, Grundstückswirtschaft, Veterinär- und Lebensmittelüberwachung, Kulturwesen, Arbeit und Soziales.

In *Bln* und *Hbg* waren bereits vor 1995 durch Einzelgesetze verschiedene bis dahin als Eigenbetriebe bzw. öffentliche Einrichtungen betriebene Unterneh-

2 *LSA* und *SchlH* haben den in *Bay* verwendeten Begriff des „Kommunalunternehmens“ übernommen. Die übrigen Länder bezeichnen die Rechtsform als „Kommunale Anstalt“ (*Nds*) bzw. als „Anstalt des öffentlichen Rechts“. Teilweise werden beide Begriffe parallel verwendet, so in *NW*. Dem folgt auch die hier verwendete Terminologie; in allen Fällen ist die rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts gemeint, auch wenn dies regelmäßig nicht eigens zum Ausdruck gebracht wird. Eigenbetriebe sind nicht rechtsfähige öffentliche Anstalten.

3 In *FSA* hatte die Fraktion „Die Linke“ am 05.03.2013 einen Gesetzentwurf zur Einführung der kommunalen Anstalt im Freistaat Sachsen eingebracht (Landtags-Drs. 5/11427).

4 Vgl. hierzu z. B. den Gesetzentwurf der Landesregierung NRW vom 25.02.1999, LT-Drs. 12/3730, S. 109: „Die Vorschrift erweitert das Angebot an Rechtsformen des öffentlichen Rechts für die wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Die Anstalt als juristische Person des öffentlichen Rechts gewährt einerseits mehr Spielraum als der rechtlich unselbständige Eigenbetrieb bzw. die eigenbetriebsähnliche Einrichtung, andererseits ermöglicht sie der Gemeinde eine wirkungsvollere Steuerung als privatrechtliche Organisationsformen, da sie nicht den Bindungen des Gesellschaftsrechts unterliegt.“ Siehe auch *Mann*, S. 557 m. w. N. sowie *Kirchgaßner* (1997) zu den Motiven und der Entwicklung in *Bay*.

men als Anstalten des öffentlichen Rechts errichtet worden<sup>5</sup>. In *Blh* wurden durch das Berliner Betriebsgesetz (BerlBG) vom 07.09.1993 (GVBl. Satz 319) folgende in § 1 Abs. 1 abschließend aufgezählte Unternehmen als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts errichtet:

1. Berliner Hafen- und Lagerhausbetriebe (BEHALA),
2. Berliner Stadtreinigungsbetriebe (BSR),
3. Berliner Verkehrsbetriebe (BVG),
4. Berliner Wasserbetriebe (BWB).

Diese Betriebe waren bis dahin unter im Wesentlichen gleichen Namen als Eigenbetriebe geführt worden. Sie sind mit dem Zeitpunkt der Errichtung der Anstalten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die jeweils ihre Aufgabe übernehmende Anstalt übergegangen (§ 1 Abs. 2 BerlBG).

In *Hbg* wurden im Jahr 1994 die „Stadtreinigung Hamburg“ und die „Hamburger Stadtentwässerung“ als Anstalten des öffentlichen Rechts errichtet<sup>6</sup>.

## B. Rechtsgrundlagen des Kommunalunternehmens/der AöR

### I. Einführung

- 5 Die Errichtung rechtsfähiger Anstalten des öffentlichen Rechts erfordert ein formelles Gesetz, eine Rechtsverordnung oder einen Verwaltungsakt aufgrund eines Gesetzes<sup>7</sup>. Da die Gemeinden kein Gesetzgebungsrecht haben und aus eigener Machtvollkommenheit keine selbständigen Anstalten bilden können<sup>8</sup>, war eine gesetzliche Grundlage zu schaffen. In den meisten der genannten Flächenstaaten geschah dies durch die Öffnung der Gemeindeordnungen zugunsten der AöR als weiterer Rechtsform für kommunale Unternehmen. Lediglich in *LSA* gibt es ein eigenständiges Anstaltsgesetz<sup>9</sup>.
- 6 Die gesetzlichen Vorschriften, die die Errichtung von Anstalten des öffentlichen Rechts regeln, werden in der Regel durch landesrechtliche Kommunalunternehmens- bzw. Anstaltsverordnungen ausgefüllt. Durch kommunales Satzungsrecht kann in diesem Rahmen das jeweilige Kommunalunternehmen interessenrechtlich ausgestaltet werden. Die Regelungen der einzelnen Bundesländer sind in Teilbereichen inhaltlich verschieden, in ihren wesentlichen Merkmalen aber vergleichbar. Hierzu gehören die rechtliche Selbständigkeit und Rechtsfähigkeit der Anstalt, ihre Fähigkeit, selbst Träger öffentlicher Aufgaben zu sein und die an das aktienrechtliche Modell angelehnte Organisationsstruktur. Ähnlich wie bei einer Aktiengesellschaft wird die AöR durch einen Vorstand selbstständig geleitet. Dieser wird durch einen Verwaltungsrat überwacht, dem zugleich bestimmte, gesetzlich vorgegebene Entscheidungsbefugnisse in wesentlichen Angelegenheiten zugewiesen sind. Die Rolle der Kommune als Träger beschränkt sich im Wesentlichen auf die satzungsrechtliche Ausgestaltung der Anstalt, die Bestimmung der Mitglieder des Verwaltungsrats und die Ausübung einiger durch das Gesetz

5 *Blh* und *Hbg* sind zugleich Bundesland und Stadt (Art. 1 Verf Blh; Art. 1, 4 Abs. 1 Verf Hbg); staatliche und gemeindliche Tätigkeit werden nicht getrennt. Anders als den Gemeinden in den Flächenstaaten steht den Stadtstaaten somit als Landesgesetzgeber die Kompetenz zu, durch Einzelgesetz eine AöR zu errichten.

6 Gesetz zur Errichtung der Anstalt Stadtreinigung Hamburg (Stadtreinigungsgesetz – SRG) vom 09.03.1994 (HmbGVBl. I, S. 79); Gesetz zur Errichtung der Anstalt Hamburger Stadtentwässerung (Stadtentwässerungsgesetz – SEG) vom 20.12.1994 (HmbGVBl. I, S. 435). Hier werden beispielhaft nur diese wohl wichtigsten als AöR betriebenen Unternehmen in *Hbg* vorgestellt.

7 *Wolf u. a.* (1987), S. 314; *Pittner* (1998), S. 226.

8 Der Sonderfall Sparkassen soll hier außer Betracht bleiben (s. dazu *Pittner* wie vorstehend).

9 Gesetz über die kommunalen Anstalten des öffentlichen Rechts (Anstaltsgesetz -AnstG) vom 03.04.2001 (GVBl. S. 136), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 5 des Gesetzes vom 15.12.2009 (GVBl. S. 648).

oder die Anstaltssatzung dem Rat vorbehaltene Zustimmungs- oder Weisungsrechte gegenüber dem Verwaltungsrat.

Die nachstehende Übersicht gibt den gegenwärtigen Stand des Anstaltsrechts in den Flächenstaaten wieder, die die Rechtsform der AöR zugelassen haben: **7**

- Bay:** Art. 89 bis 91 GO in der Fassung der Bekanntmachung vom 22.08.1998, zuletzt geändert durch Gesetz vom 24.07.2012; Verordnung über Kommunalunternehmen (KUV Bay) vom 19.03.1998, zuletzt geändert durch Gesetz vom 08.04.2013.
- Bbg:** §§ 94 bis 95 BbgKVerf vom 18.12.2007, zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.05.2013.
- Hess:** § 126a HGO in der Fassung der Bekanntmachung vom 07.03.2005, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.05.2013
- MV:** §§ 70 bis 70b KV M-V vom 13.07.2011.
- Nds:** §§ 141 bis 147 NKomVG vom 17.12.2010, zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.12.2013.
- NW:** § 114a GO NRW in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.07.1994, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.12.2013; Kommunalunternehmensverordnung (KUV NRW) vom 24.10.2001, zuletzt geändert durch VO vom 17.12.2009.
- RbPfl:** §§ 86a bis 86b GemO RhPf in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.01.1994, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.2013; Eigenbetriebs- und Anstaltsverordnung (EigAnVO) vom 05.10.1999.
- LSA:** Gesetz über kommunale Anstalten des öffentlichen Rechts (Anstaltsgesetz – AnstG) vom 03.04.2001, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.12.2009.
- SchlH:** § 106a GO SchlH in der Fassung der Bekanntmachung vom 28.02.2003, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.02.2013; Kommunalunternehmensverordnung (KUVVO SchlH) vom 01.12.2008.
- Thür:** §§ 76a bis 76c ThürKO in der Fassung der Bekanntmachung vom 28.01.2003, zuletzt geändert durch Gesetz vom 28.10.2013.

## II. Gemeindeordnungen

### 1. Zulässigkeit der Rechtsform und Betätigung

Die **Gemeindeordnungen schaffen die erforderliche gesetzliche Grundlage** für die Errichtung einer Anstalt des öffentlichen Rechts als zulässige Rechtsform für die gemeindliche wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Betätigung. Danach kann die Gemeinde selbständige Unternehmen in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts (Kommunalunternehmen) errichten oder bestehende Regie- oder Eigenbetriebe im Weg der Gesamtrechtsnachfolge in Kommunalunternehmen umwandeln<sup>10</sup>. Sie kann dem Kommunalunternehmen einzelne oder alle mit einem bestimmten Zweck zusammenhängende Aufgaben ganz oder teilweise übertragen<sup>11</sup>. **8**

Entscheidet sich die Gemeinde für die Errichtung eines Kommunalunternehmens, so hat sie die **allgemeinen, von der konkreten Rechtsform unabhängigen** **9**

<sup>10</sup> Vgl. z. B. Art 89 Abs. 1 GO Bay sowie die in Rn. 7 genannten Fundstellen. Die Landesrechte sehen insoweit durchweg vergleichbare Regelungen vor. Einschränkungen hinsichtlich der Umwandlung von Einrichtungen im Sinne von § 136 Abs. 3 NKomVG (Regiebetrieben) enthält § 141 Abs. 1 Satz 2 NKomVG. Eine Umwandlung ist insoweit nur zulässig von Unternehmen und Einrichtungen, die nach § 136 Abs. 1 und 2 oder nach § 136 Abs. 4 NKomVG als Eigenbetrieb geführt werden können oder von Einrichtungen, die nach § 139 NKomVG wirtschaftlich selbständig geführt werden oder geführt werden können.

<sup>11</sup> Vgl. z. B. Art. 89 Abs. 2 Satz 1 GO Bay sowie die in Rn. 7 genannten Fundstellen. Auch insoweit sind die landesrechtlichen Regelungen vergleichbar.

Zulässigkeitsvoraussetzungen zu beachten<sup>12</sup>. Diese Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in den Flächenstaaten unterschiedlich und müssen jeweils im Einzelfall konkret geprüft werden. Beispielhaft sei die Situation in *Bay* betrachtet<sup>13</sup>:

- 10 Ein Unternehmen im Sinne von Art. 86 GO Bay darf die Gemeinde nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn
1. ein öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert, insbesondere die Gemeinde mit ihm gesetzliche Verpflichtungen oder ihre Aufgaben gemäß Art. 83 Abs. 1 der Verfassung und Art. 57 GO Bay erfüllen will,
  2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht,
  3. die dem Unternehmen zu übertragenden Aufgaben für die Wahrnehmung außerhalb der allgemeinen Verwaltung geeignet sind,
  4. bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.
- Dabei stellt Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GO Bay klar, dass alle Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche, mit denen die Gemeinde oder ihre Unternehmen an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilnehmen, um Gewinn zu erzielen, keinem öffentlichen Zweck entsprechen<sup>14</sup>.
- 11 Das Kommunalwirtschaftsrecht in Bayern kennt seit seiner grundlegenden Reformierung in den Jahren 1995<sup>15</sup> und 1998<sup>16</sup> keine Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Unternehmen bzw. Einrichtungen mehr, so dass diese Voraussetzungen unabhängig von der Art der Betätigung Anwendung bei der Errichtung eines Kommunalunternehmens finden.
- 12 In anderen Bundesländern gibt es diese Unterscheidung jedoch nach wie vor, so dass für die Beurteilung der allgemeinen Zulässigkeit der Errichtung einer AöR die **Art der Betätigung** in den Blick genommen werden muss. Beispielhaft sei hier auf das Land Nordrhein-Westfalen verwiesen. Dort sind nach der Fiktion des § 107 Abs. 2 GO NRW bestimmte kommunale Tätigkeiten als nichtwirtschaftlich anzusehen, insbesondere der Betrieb von Einrichtungen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist, und solchen, die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen. Hinzu kommen öffentliche Einrichtungen, die für die soziale und kulturelle Betreuung der Einwohner erforderlich sind und exemplarisch aufgezählt werden, z. B. Einrichtungen im Bereich Erziehung, Bildung oder Kultur, im Bereich Sport und Erholung, im Gesundheits- und Sozialwesen, Einrichtungen der Straßenreinigung, Wirtschaftsförderung oder Wohnraumversorgung, Einrichtungen des Umweltschutzes, insbesondere Abwasser- und Abfallentsorgung, Einrichtungen des Messe- und Ausstellungswesens<sup>17</sup>.

12 Verstöße gegen diese Voraussetzungen können zur Unwirksamkeit der Gründung einer AöR führen; vgl. dazu unten Rn. 341.

13 Vgl. Art 87 Abs. 1 GO Bay.

14 Die Missachtung dieses elementaren Grundsatzes hat immer wieder zu schwerwiegenden Nachteilen für die betroffenen Kommunen geführt. Als eines der jüngsten Beispiele kann auf die „Völklinger Fischzucht“ verwiesen werden, die allerdings erst durch eine Änderung des KSVG Saar möglich wurde und nicht spezifisch mit einer AöR oder einem Kommunalunternehmen zu tun hat; diese Unternehmensform ist im *Saar* im Übrigen gesetzlich nicht zugelassen; vgl. FAZ vom 17.10.2014, S. 21.

15 Gesetz zur Änderung kommunalrechtlicher Vorschriften vom 06.07.1995, GVBl. S. 376.

16 Gesetz zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts und anderer kommunalrechtlicher Vorschriften vom 24.07.1998, GVBl. 1998, S. 424.

17 Eine Fiktion der nichtwirtschaftlichen Betätigung bzw. die Unterscheidung zwischen Unternehmen und Einrichtungen ergibt sich z. B. auch aus § 121 Abs. 2 HGO, § 101 Abs. 4 GO SchlH, § 136 Abs. 3 NKomVG. In *Nds* ist die Führung von Einrichtungen außerhalb der Abwasserbeseitigung, Straßenreinigung und Abfallentsorgung als Anstalten des öffentlichen Rechts nur zulässig, wenn ein wichtiges Interesse daran besteht, § 136 Abs. 4 Satz 3 NKomVG.

Diese Betätigungen sind hinsichtlich ihrer Zulässigkeit privilegiert; die Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Betätigung gemäß § 107 Abs. 1 GO NRW begründen keine Einschränkungen für die als nichtwirtschaftlich qualifizierten Tätigkeiten. Lediglich für die Aufnahme nichtwirtschaftlicher Betätigungen außerhalb des Gemeindegebiets müssen die Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 Nr 1 und 2 GO NRW vorliegen, d. h. ein öffentlicher Zweck muss die Betätigung erfordern und diese muss nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen. **13**

Die **Privilegierung für den Bereich der nichtwirtschaftlichen Betätigung** gilt für die Anstalt des öffentlichen Rechts ebenso wie für die Gemeinde selbst. Nach § 114a Abs. 1 Satz 2 GO NRW findet § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr 1 und 2 GO NRW entsprechende Anwendung. Danach müssen bei einer AöR, die ein Unternehmen im Sinne von § 107 Abs. 1 betreibt, die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 107 Abs. 1 GO NRW für die wirtschaftliche Betätigung gegeben sein; bei Einrichtungen gemäß § 107 Abs. 2 GO NRW reicht es aus, wenn ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Errichtung der AöR vorliegt. **14**

## 2. Organisationsrecht

In den Gemeindeordnungen werden auch grundlegende Regelungen zu den **Organen des Kommunalunternehmens und ihren Kompetenzen** und zum Personal getroffen und damit der organisationsrechtliche Status weitgehend bestimmt. Insbesondere werden dem Verwaltungsrat bestimmte Kompetenzen zugewiesen, die ihm auch durch die Unternehmenssatzung nicht entzogen werden können, so z. B. der Erlass von Satzungen und Verordnungen, die Feststellung des Wirtschaftsplans und des Jahresabschlusses, die Festsetzung allgemein geltender Tarife und Entgelte und die Ergebnisverwendung<sup>18</sup>. **15**

Bei ihren Entscheidungen sind die Mitglieder des Verwaltungsrats in unterschiedlicher Weise an **Mitwirkungsrechte des Gemeinderats** gebunden. So unterliegt der Verwaltungsrat in **Bay** beim Erlass von Satzungen und Verordnungen den Weisungen des Gemeinderats<sup>19</sup>. In **Bbg** gilt das Weisungsrecht zusätzlich hinsichtlich der Beteiligung der Anstalt an anderen Unternehmen<sup>20</sup>. Dies gilt auch für **Thür**, wobei dort zusätzlich noch die Festsetzung von allgemein geltenden Tarifen und privatrechtlichen Entgelten der Anstalt der Zustimmung des Gemeinderats unterworfen ist<sup>21</sup>. In **MV** besteht ein Zustimmungsvorbehalt hinsichtlich der Entscheidung über den Erlass von Satzungen, die Beteiligung des Kommunalunternehmens an anderen Unternehmen und über die Ergebnisverwendung<sup>22</sup>. **NW** unterwirft die Entscheidung über den Erlass von Satzungen einem Weisungsrecht des Gemeinderats; im Hinblick auf die Beteiligung der AöR an anderen Unternehmen oder Einrichtungen sowie alle Rechtsgeschäfte der AöR gemäß § 111 GO NRW<sup>23</sup> bedarf es der vorherigen Entscheidung des Rates. **16**

<sup>18</sup> Vgl. z. B. Art 90 Abs. 1 GO Bay, § 95 Abs. 1 BbgKVerf, § 126a Abs. 6 HGO, § 70a Abs. 3 KV M-V, § 145 Abs. 3 NKomVG, § 114a Abs. 7 GO NRW, § 5 Abs. 3 AnstG LSA, § 4 Abs. 1 KUVVO SchlH, § 76b Abs. 2 ThürKO. **RhPF** kennt keine gesetzliche Festlegung von Entscheidungsbefugnissen des Verwaltungsrats; die Festlegung bleibt ausschließlich der gemeindliche Anstaltssatzung vorbehalten, § 86b Abs. 2 Satz 2 GemO RhPF.

<sup>19</sup> Art 90 Abs. 2 Satz 4 GO Bay; ebenso § 5 Abs. 3 AnstG LSA. In **Hess** ist beim Erlass von Satzungen die Zustimmung der Gemeindevertretung gefordert, § 16a Abs. 6 Satz 6 HGO.

<sup>20</sup> § 95 Abs. 2 Satz 2 BbgKVerf; ein entsprechender Zustimmungsvorbehalt besteht in **Nds**, § 145 Abs. 3 Satz 4 NKomVG, und in **SchlH**, § 4 Abs. 1 Satz 3 KUVVO SchlH.

<sup>21</sup> § 76b Abs. 2 Satz 4 ThürKO.

<sup>22</sup> § 70a Abs. 3 Satz 4 KV M-V.

<sup>23</sup> Dies betrifft die Veräußerung von Unternehmen oder Einrichtungen bzw. Beteiligung sowie sonstige Rechtsgeschäfte, durch die die AöR ihren Einfluss auf das Unternehmen, die Einrichtung oder die Gesellschaft verliert oder vermindert.

- 17 Die Gemeinde kann darüber hinaus durch die **Unternehmenssatzung** die eigenverantwortliche Leitung durch den Vorstand weiter einschränken, indem sie weitere Entscheidungsbefugnisse des Verwaltungsrats normiert, oder sie kann bei zusätzliche Weisungs- bzw. Zustimmungsrechte des Rates gegenüber dem Verwaltungsrat festlegen<sup>24</sup>. Dabei sind allerdings die Einschränkungen zu berücksichtigen, die sich zum Teil aus den entsprechenden Rechtsvorschriften ergeben. So lässt beispielweise *NW* nur zu, in der Satzung vorzusehen, dass bei Entscheidungen der Organe der Anstalt „von grundsätzlicher Bedeutung“ die Zustimmung des Rates erforderlich ist<sup>25</sup>. Dies, wie auch die Ermächtigung, in der Unternehmenssatzung vorzusehen, dass der Gemeinderat in „bestimmten anderen Fällen“ Weisungen erteilen kann<sup>26</sup>, impliziert, dass die Fälle eines Zustimmungs- oder Weisungsvorbehalts in der Unternehmenssatzung zu definieren sind. Ein allgemeines Weisungsrecht der Gemeindevertretung im Einzelfall und nach tagespolitischer Opportunität besteht somit nicht und kann auch satzungsrechtlich nicht eingeführt werden<sup>27</sup>.

### III. Kommunalunternehmensrecht

- 18 Durch die **Kommunalunternehmensverordnung** werden die Vorgaben der Gemeindeordnung zur Ausgestaltung des Kommunalunternehmens präzisiert und ausgefüllt<sup>28</sup>. Sie verfolgt in erster Linie das Ziel, die innere Struktur und das Wirtschaftsgebaren von Kommunalunternehmen zu vereinheitlichen, hierfür nachvollziehbare und zum Teil bewährte Regelungen zur Geltung zu bringen und auf diese Weise den Kommunen einen Rahmen für die etwaige Ausgestaltung von Unternehmenssatzungen zu geben<sup>29</sup>. Regelmäßig lässt die Ausgestaltung der Kommunalunternehmensverordnung, jedenfalls bezogen auf die Wirtschaftsführung sowie das Rechnungs- und Prüfungswesen, eine deutliche Anlehnung an die für die Eigenbetriebe geltenden Vorschriften der Eigenbetriebsverordnung erkennen<sup>30</sup>. Die Kommunalunternehmensverordnung trifft u. a. Regelungen zu den Organen des Kommunalunternehmens, zur Zusammenfassung von Kommunalunternehmen, zur Umwandlung von Regie- oder Eigenbetrieben, zur Anmeldung zum Handelsregister und zu Leistungen im Verhältnis zwischen dem Kommunalunternehmen und der Gemeinde. Der Schwerpunkt der Vorschriften liegt in der Regelung der Finanzwirtschaft und des Rechnungswesens.

### IV. Anstaltssatzungen

- 19 Die konstitutive Gestaltung des Kommunalunternehmens erfolgt durch die gemeindliche **Unternehmens- bzw. Anstaltssatzung**<sup>31</sup>. Deren **Mindestinhalt** wird durch die Landesrechte nicht vollkommen einheitlich definiert. Gefordert sind regelmäßig Bestimmungen über:
- Namen und Aufgaben der Anstalt,
  - Sitz der Anstalt (*M-V*, *SchlH*),
  - Organe der Anstalt und ihre Befugnisse (*SchlH*, *RbPf*),

24 Vgl. z. B. Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GO Bay, § 76 b Satz 5 ThürKO, § 5 Abs. 2 Satz 4 AnstG LSA, § 145 Abs. 3 Satz 5 NKomVG, § 95 Abs. 2 Satz 3 BbgKVerf. Nur bei Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung; § 4 Abs. 1 Satz 7 KUVVO SchlH, § 114a Abs. 7 Satz 7 GO NRW.

25 § 114a Abs. 7 Satz 7 GO NRW.

26 Z. B. Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GO Bay, § 5 Abs. 3 Satz 5 AnstG LSA.

27 Rehn u. a., Erl. VI. 2. Zu § 114a GO; vgl. auch *Mamm*, S. 558.

28 Kommunalunternehmensverordnungen existieren nicht in allen Bundesländern und werden z. T. unter anderem Namen geführt (vgl. die Übersicht in Rn. 7).

29 So die Vorlage 13/797 des IM NW an den Landtag NW vom 13.07.2001 – Verordnungsentwurf für die Kommunalunternehmensverordnung NW – Begründung.

30 Für *Bay* vgl. *Schulz/Wager*, S. 193; für *NW* vgl. Vorlage 13/797 vom 13.07.2001 [FN 26].

31 Die Terminologie wechselt von Bundesland zu Bundesland entsprechend der Bezeichnung als AöR bzw. Kommunalunternehmen.

- Anzahl der Mitglieder von Vorstand und Verwaltungsrat (*Bay, NW, Bbg, Hess, M-V, Nds., RbPf, LSA, SchlH*),
- Bestellung und Amtsdauer der Organe (*RbPf*),
- Höhe des Stammkapitals,
- Wirtschaftsführung, Vermögensverwaltung und Rechnungslegung (*NW, SchlH*),
- Geschäftsordnung des Verwaltungsrates sowie des Vorstands, soweit dieser aus mehr als einer Person besteht (*Bay, NW, SchlH*),
- Beschlussfähigkeit des Verwaltungsrates (*Bay, NW, SchlH*)<sup>32</sup>.

Im Übrigen ist die Gemeinde frei zu entscheiden, in welcher Weise sie das Kommunalunternehmen im Rahmen der ihr durch die Gemeindeordnung eröffneten Spielräume gestalten möchte.

## C. Gründung des Kommunalunternehmens

### I. Entstehung

Die Gründung eines Kommunalunternehmens erfolgt entweder durch (Neu-) Errichtung oder durch Umwandlung eines bestehenden Regie- oder Eigenbetriebs im Wege der Gesamtrechtsnachfolge<sup>33</sup>. **20**

In einigen Bundesländern ist es unter bestimmten Voraussetzungen auch möglich, ein Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, an dem ausschließlich die Gemeinde beteiligt ist, durch Formwechsel in ein Kommunalunternehmen umzuwandeln<sup>34</sup>.

Konstitutiv für die Errichtung des Kommunalunternehmens ist in jedem Fall, dass der Gemeinderat die **Unternehmenssatzung** erlässt und die Gemeinde diese bekanntmacht (Art. 89 Abs. 3 Satz 3 GO Bay). Das Kommunalunternehmen entsteht am Tage nach der Bekanntmachung, wenn nicht in der Satzung ein späterer Zeitpunkt bestimmt ist. Teilweise, so in *Bay*, bestimmt dies die Gemeindeordnung ausdrücklich<sup>35</sup>. Die rückwirkende Gründung eines Kommunalunternehmens ist aber auch dann ausgeschlossen, wenn das Gesetz zur Frage der Rückwirkung schweigt, wie dies etwa in *NW* der Fall ist. **21**

Eine Anstalt des öffentlichen Rechts kann frühestens mit der Bekanntmachung ihrer Satzung entstehen; durch Satzung kann allerdings ein späterer Zeitpunkt festgelegt werden<sup>36</sup>. Erst mit dem Inkrafttreten der Satzung verfügt das Kommunalunternehmen auch nach außen über eine wirksame Organisationsstruktur und ausreichend ermächtigte Organe, um im Rechtsverkehr rechtswirksam handeln und das Unternehmen verpflichten zu können<sup>37</sup>. **22**

### II. Errichtung

Die **erstmalige Errichtung** einer Anstalt des öffentlichen Rechts wird vornehmlich dann in Frage kommen, wenn ein Regie- oder Eigenbetrieb bisher nicht **23**

<sup>32</sup> Art. 89 Abs. 3 GO Bay, § 5 KUV Bay; § 114a Abs. 2 GO NW, § 5 KUV NW; § 106a Abs. 2 GO SchlH, § 94 Abs. 2 BbgKVerf, § 126a Abs. 2 HGO, § 70 KV M-V, § 142 NKomVG, § 86a Abs. 2 GemO RbPf, § 2 AnstG LSA, § 106a Abs. 2 GO SchlH, § 6 KUV SchlH; vgl. auch Muster einer Organisationssatzung für Kommunalunternehmen (Anstalten des öffentlichen Rechts) vom 31.10.2003 (AmtsBl. SchlH 2003, S. 856). In *Hbg* wurden die Satzungen für die Stadtreinigung und die Stadtentwässerung durch Verordnung vom 29.03.1994 bzw. 28.03.1995 aufgrund von § 12 Abs. 2 SRG/SEG vom Senat erlassen (HmbGVBl. I 1994, S. 101 und HmbGVBl. I 1995, S. 69).

<sup>33</sup> Vgl. z. B. Art. 89 Abs. 1 GO Bay, § 126a HGO, § 70 KV M-V, § 114a Abs. 1 Satz 1 GO NRW.

<sup>34</sup> vgl. Rn. 32.

<sup>35</sup> Art. 89 Abs. 3 Satz 4 GO Bay.

<sup>36</sup> Hogeweg, S. 128.

<sup>37</sup> Lübbbecke, S. 22/23.

besteht, sondern es sich z. B. um eine neue Aufgabe handelt, die die Gemeinde bisher nicht selbst wahrgenommen hat, oder wenn die Gemeinde die Aufgabe zwar selbst durchgeführt hat, jedoch nicht in der Form eines Regie- oder Eigenbetriebs.

- 24 Bei Errichtung der Anstalt im Wege der **Einzelrechtsnachfolge** müssen alle für die Wahrnehmung der Aufgaben notwendigen Vermögenswerte sowie alle mit der Aufgabenwahrnehmung verbundenen Rechtsbeziehungen auf der Grundlage einzelner rechtsgeschäftlicher Verträge (z. B. Kaufverträge) auf das Kommunalunternehmen übertragen werden. Dies erfordert zahlreiche Verfahrensschritte, bei Übertragung von Grundstücken die Einhaltung der notariellen Beurkundungspflichten und ist daher weitaus aufwändiger und ggf. auch kostenintensiver als die Umwandlung in Gesamtrechtsnachfolge. Wo die Gesamtrechtsnachfolge möglich ist, wird diese daher in der Praxis bevorzugt.

### III. Umwandlung

#### 1. Regie- oder Eigenbetriebe

- 25 Bestehende Regie- oder Eigenbetriebe kann die Gemeinde im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in Kommunalunternehmen umwandeln. **Grundlage der Umwandlung** und der daraus folgenden Gesamtrechtsnachfolge ist hier die Gemeindeordnung; die Umwandlung richtet sich nicht nach den Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes (UmwG), soweit diese nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt werden.

Eine Regelung über die **Ausgliederung** von Betrieben der Gebietskörperschaften auf Träger des öffentlichen Rechts existiert im Umwandlungsgesetz nicht; § 168 UmwG regelt ausschließlich die Übertragung auf Träger des privaten Rechts, z. B. Kapitalgesellschaften. Die Überführung eines bestehenden Betriebs in ein Kommunalunternehmen ist danach nicht möglich<sup>38</sup>.

- 26 § 168 UmwG enthält aber keine abschließende Regelung. Eine Umwandlung kann gemäß § 1 Abs. 2 UmwG u. a. in Form einer Ausgliederung auch außerhalb der im Umwandlungsgesetz geregelten Fälle erfolgen, wenn dies durch ein anderes Bundesgesetz oder Landesgesetz vorgesehen ist.

Mit der **Umwandlung** geht das dem Regie- oder Eigenbetrieb zugeordnete Vermögen im Zeitpunkt der Entstehung des Kommunalunternehmens ohne weiteren Übertragungsakt mit allen Rechten und Pflichten auf dieses über. Dem Beschluss über die Umwandlung eines Regie- oder Eigenbetriebs ist eine Eröffnungsbilanz auf der Grundlage eines Inventars gemäß den für alle Kaufleute geltenden Vorschriften des HGB zu Grunde zu legen. Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte sind nach § 28 der Grundbuchordnung zu bezeichnen<sup>39</sup>.

- 27 Die **Inventarisierung** ist vor allem bei **Regiebetrieben** erforderlich, um dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz zu genügen. Das Vermögen von Regiebetrieben ist regelmäßig nicht vom übrigen Gemeindevermögen abgegrenzt, denn der Regiebetrieb ist im Gegensatz zum Eigenbetrieb rechtlich, organisatorisch personell, vermögensrechtlich, haushalts- und rechnungstechnisch vollständig in den Gemeindehaushalt und die Gemeindeverwaltung eingebunden, so dass definiert werden muss, welche Grundstücke, beweglichen Sachen und Forderungen für die Aufgabenerfüllung notwendig sind und daher auf das Kommunalunternehmen übergehen sollen. Im Interesse einer für die Rechtssicherheit erforderlichen exakten Abgrenzung müssen diese Gegenstände genau

<sup>38</sup> Klein / Uckel / Ibler, Kapitel 32.94, Abschnitt 1.

<sup>39</sup> § 7 Abs. 1 KUV Bay.

bezeichnet werden. Für den **Übergang von Grundstücken** ist aus Publizitätsgründen des sich außerhalb des Grundbuchs vollziehenden Rechtsübergangs eine dem § 28 GBO genügende Bezeichnung erforderlich<sup>40</sup>. Bestimmtheitsmängel sind grundsätzlich nicht heilbar und führen dazu, dass eine (partielle) Gesamtrechtsnachfolge<sup>41</sup> nicht eintritt<sup>42</sup>. Dies kann zur Folge haben, dass die Erhebung von Gebühren, denen Kosten des Vermögens zugrunde liegen, in Frage steht<sup>43</sup>.

Auch bei Eigenbetrieben, die finanzwirtschaftlich als Sondervermögen verwaltet werden, kann die Vermögensübertragung nur dann nachvollzogen werden, wenn durch ein Inventar, das der Umwandlung zugrunde liegt, der Bestand der einzelnen Vermögensgegenstände festgehalten wird. Soweit die übergehenden Vermögensgegenstände nicht klar zu ermitteln sind, muss ggf. eine nachträgliche Einzelübertragung stattfinden. **28**

Da der Rechtsübergang bei **Gesamtrechtsnachfolge** ohne rechtsgeschäftlichen Übertragungsakt erfolgt, ist eine notarielle Beurkundung der Veräußerung und eine Auflassung im Hinblick auf die Übertragung von Grundstücken auf das Kommunalunternehmen nicht erforderlich, wenn diese Grundstücke in der Unternehmenssatzung bzw. in der Eröffnungsbilanz mit Inventar aufgeführt sind. Nach erfolgter Umwandlung wird das Grundbuch im Hinblick auf die Eigentümerstellung des Kommunalunternehmens auf Antrag berichtigt<sup>44</sup>. **29**

## 2. Kapitalgesellschaft

In einigen Bundesländern wurde die Möglichkeit geschaffen, auch eine Kapitalgesellschaft, an der ausschließlich die Gemeinde beteiligt ist, in Gesamtrechtsnachfolge in ein Kommunalunternehmen umzuwandeln. Die entsprechenden Regelungen fußen auf § 1 Abs. 2 UmwG, der eine landesrechtliche Regelung von Umwandlungstatbeständen im Rahmen der nach § 1 UmwG zugelassenen Umwandlungsarten ermöglicht, wenn das Umwandlungsgesetz – wie hier – die Frage nicht bereits abschließend regelt. Nach den Regelungen des Umwandlungsgesetzes kommen Anstalten des öffentlichen Rechts als aufnehmender Rechtsträger nicht in Frage (§§ 3, 124, 175 UmwG). **30**

Die Möglichkeit der **Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Kommunalunternehmen** ist nicht in allen Bundesländern, die die Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts kennen, gegeben. Die landesrechtlichen Vorschriften in *Hess*, in *NW*, in *Rb-Pf.*, in *LSA* und in *SchlH* sehen eine Umwandlung von Eigengesellschaften der Gemeinde in Anstalten des öffentlichen Rechts nicht vor. Demgegenüber können außer in *Bay* (Art. 89 Abs. 2a GO Bay) auch in *Bbg* (§ 94 Abs. 1 BbgKVerf), in *M-V* (§ 70 Abs. 2 KV M-V), in *Nds* (§ 141

<sup>40</sup> § 7 Abs. 1 Satz 3 KUV Bay vgl. auch *Baier/Müller*, S. 494.

<sup>41</sup> Es liegt hier keine Gesamtrechtsnachfolge wie beispielsweise im Erbrecht vor, wo sie als Folge des Untergangs einer natürlichen Person eintritt. Gemeint ist vielmehr die Übertragung von Vermögensteilen als Gesamtheit, wie sie etwa bei der Vermögensspaltung von Rechtsträgern nach § 123 ff. UmwG vorgesehen ist. Der alte Rechtsträger geht hier nicht unter, sondern besteht fort und überträgt lediglich Teile seines Vermögens, deren Umfang er selbst bestimmt.

<sup>42</sup> *Baier/Müller*, S. 494.

<sup>43</sup> Das VG Minden hat in einer Entscheidung vom 23.08.2007 – 9 K 3062/06 – der Klage eines Gebührenschuldners mit der Begründung stattgegeben, der AoR als Gebührengläubiger sei Vermögen nicht übertragen worden. Erforderlich sei ein Beschluss des Rates, aus dem unmittelbar oder durch die Inbezugnahme von genau bezeichneten Anlagen hervorgehe, welche Vermögensrechte und -gegenstände konkret auf die Anstalt übergehen sollen. Der Rat selbst müsse über den Vermögensübergang entscheiden. Die Annahme des Gesetzgebers, aus der Eröffnungsbilanz ergebe sich, welches Vermögen umgewandelt werde, sei nur dann zutreffend, wenn die Bilanz ausreichend detailliert sei; dies sei in aller Regel aber nicht der Fall.

<sup>44</sup> Hierzu im Einzelnen *Leitzen*, MittBayNot 2009, 360

Abs. 1 Satz 4 NKomVG) und in *Thür* (§ 76a Abs. 3 ThürKO) Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, deren alleiniger Anteilseigner die Gemeinde ist, in Gesamtrechtsnachfolge in Anstalten des öffentlichen Rechts umgewandelt werden.

- 32** Die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft, an der ausschließlich die Gemeinde beteiligt ist, in ein Kommunalunternehmen erfolgt durch **Formwechsel**. Sie ist nur zulässig, wenn keine Sonderrechte im Sinn des § 23 UmwG und keine Rechte Dritter an den Anteilen der Gemeinde bestehen<sup>45</sup>. Der Formwechsel setzt den Erlass einer Unternehmenssatzung durch die Gemeinde und einen sich darauf beziehenden Umwandlungsbeschluss der formwechselnden Gesellschaft voraus<sup>46</sup>.
- 33** Zur **Umsetzung einer Umwandlung** sind die Regelungen in den §§ 193 bis 195, 197 bis 199, 200 Abs. 1 sowie § 201 UmwG entsprechend anwendbar<sup>47</sup>. Hieraus ergibt sich Folgendes:
- § 193 UmwG regelt das Verfahren und die Form des Umwandlungsbeschlusses. Er ist in einer Gesellschafterversammlung zu fassen und bedarf der notariellen Beurkundung.
  - § 194 UmwG regelt den Mindestinhalt des Umwandlungsbeschlusses. Zu bestimmen sind die neue Rechtsform, der Name oder die Firma des neuen Rechtsträgers und die Beteiligung des bisherigen Gesellschafters an dem neuen Rechtsträger sowie die Folgen des Formwechsels für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen. Der Entwurf des Umwandlungsbeschlusses ist spätestens einen Monat vor dem Tag der Gesellschafterversammlung, die den Formwechsel beschließen soll, dem zuständigen Betriebsrat der formwechselnden Gesellschaft zuzuleiten.
  - § 195 UmwG beschränkt die Frist für Klagen gegen den Umwandlungsbeschluss auf einen Monat, beginnend mit der Beschlussfassung.
  - § 197 UmwG bestimmt, dass auf den Formwechsel die für die neue Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften anzuwenden sind, wenn sich aus dem 5. Buch des Umwandlungsgesetzes nichts anderes ergibt.
  - Die §§ 198 und 199 UmwG behandeln die Registereintragung des Formwechsels und die hierfür notwendigen Unterlagen.
  - § 200 Abs. 1 UmwG lässt die Fortführung der bisherigen Firma zu.
  - § 201 UmwG behandelt die Bekanntmachung des Formwechsels.
- 34** Abweichend von den Fällen der Errichtung eines Kommunalunternehmens oder der Umwandlung eines Regie- oder Eigenbetriebs, in denen das Entstehen des Kommunalunternehmens an die Bekanntmachung der Satzung knüpft, wird die **Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in ein Kommunalunternehmen** mit dessen Eintragung in das Handelsregister oder, wenn es nicht eingetragen wird, mit Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister wirksam; § 202 Abs. 1 und 3 UmwG ist entsprechend anzuwenden<sup>48</sup>. Infolge der Umwandlung besteht die bisherige Eigengesellschaft ab dem Zeitpunkt der Eintragung als Kommunalunternehmen weiter. Das hat zur Folge, dass kein Vermögensübergang stattfindet, da zwischen dem alten und dem neuen Rechtsträger Identität besteht<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Art. 89 Abs. 2a Satz 3 GO Bay, § 70 Abs. 2 Satz 1 KV M-V, § 141 Abs. 1 Satz 6 NKomVG, § 76a Abs. 3 ThürKO. § 94 Abs. 1 BbgKVerf bestimmt lediglich, dass für die Umwandlung von Eigengesellschaften die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes entsprechend gelten.

<sup>46</sup> Art. 89 Abs. 2a Satz 4 GO Bay, § 76a Abs. 3 Satz 3 ThürKO.

<sup>47</sup> Art. 89 Abs. 2a Satz 4 GO Bay, § 76a, Abs. 3 Satz 4 ThürKO.

<sup>48</sup> Art. 89 Abs. 2a Satz 6 GO Bay, § 76a Abs. 3 Satz 6 ThürKO.

<sup>49</sup> Klein/Uckel/Ibler, Kap. 32.64, Abschnitt 5.