

THOMAS MANN

Die öffentlich-rechtliche
Gesellschaft

Jus Publicum

93

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 93



Thomas Mann

Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft

Zur Fortentwicklung des
Rechtsformenspektrums für
öffentliche Unternehmen

Mohr Siebeck

Thomas Mann, geboren 1963; 1989 Erstes Juristisches Staatsexamen in Hamm; 1991 Promotion an der Ruhr-Universität Bochum; 1993 Zweites Juristisches Staatsexamen in Düsseldorf; 1994–1997 Wiss. Assistent an der Ruhr-Universität Bochum; 1998/99 Habilitationsstipendium der DFG; 2000/2001 Habilitation an der Universität zu Köln; 2001 Professor an der Ruhr-Universität Bochum; 2002 Professor an der Georg-August-Universität Göttingen.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

978-3-16-158049-9 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-147796-0

ISSN 0941-0503

Die deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2002 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2000/2001 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Habilitationsschrift angenommen. Sie befand sich ursprünglich auf dem Stand von Sommer 2000. Später erschienene Literatur und Rechtsprechung konnte jedoch noch vereinzelt berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem hochverehrten akademischen Lehrer, Herrn *Prof. Dr. Peter J. Tettinger*, an dessen Lehrstuhl ich seit meinem dritten Semester alle Funktionen der universitären Laufbahn wahrnehmen durfte. Er hat nicht nur diese Arbeit betreut und begutachtet, sondern mich auch in all den Jahren zuvor auf vielfältige Weise unterstützt und gefördert. Herrn *Prof. Dr. Wolfram Höfling*, der das Zweitgutachten angefertigt und wertvolle Anregungen gegeben hat, bin ich ebenfalls zu Dank verpflichtet.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft habe ich für die Gewährung einer großzügigen Druckkostenbeihilfe zu danken, die das Erscheinen der Arbeit in dieser Form erst möglich gemacht hat.

Für die tatkräftige und zuverlässige Unterstützung beim Lesen der Korrekturfahnen danke ich Frau Birgit Peekhaus, meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern Ronald Flottmann, Arne Christian Heindorf und Stefan Ripke sowie meinen studentischen Hilfskräften Carolin Honisch, Stefan Arenz, Torsten Elvers und Tom Christian Ohse.

Gewidmet sei die Arbeit meiner Frau Anke, die mir stets Rückhalt und Kraft geschenkt hat, und meinem Sohn Johannes, welcher zur Zeit freilich noch die Lektüre von Bilderbüchern vorzieht.

Göttingen, im März 2002

Thomas Mann

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Einleitung und Programm der Untersuchung	1

Erster Teil

<i>Die Sonderstellung öffentlicher Unternehmen in einer primär privatwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung</i>	5
§ 1 Der Begriff des öffentlichen Unternehmens	5
§ 2 Die grundsätzliche verfassungsrechtliche Zulässigkeit öffentlicher Wirtschaftsteilnahme	16
§ 3 Die öffentlichen Unternehmen im primären Gemeinschaftsrecht ..	30

Zweiter Teil

<i>Verfassungsrechtliche Strukturdirektiven für die organisatorisch-institutionelle Gestaltung öffentlicher Unternehmen</i>	39
§ 4 Grundsätzliche Wahlfreiheit bei der Organisation	39
§ 5 Einschränkungen der Wahlfreiheit	45
§ 6 Demokratische Legitimation, Verfolgung öffentlicher Aufgaben und Ingerenzpflichten der öffentlichen Hand als verfassungsrechtliche Organisations- und Strukturdirektiven für öffentliche Unternehmen	55

Dritter Teil

<i>Die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Organisations- und Strukturdirektiven auf der einfachrechtlichen Ebene</i>	97
§ 7 Die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben bei Unternehmen mit öffentlich-rechtlicher Rechtsform	97

§ 8	Motive des unternehmensmorphologischen Paradigmenwechsels	149
§ 9	Die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben bei Unternehmen mit privatrechtlicher Rechtsform	173

Vierter Teil

	„ <i>Verwaltungsgesellschaftsrecht</i> “ als dogmatischer Lösungsansatz?	269
§ 10	Das dogmatische Konzept des Verwaltungsgesellschaftsrechts	270
§ 11	Kritik an der Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht	279

Fünfter Teil

	<i>Die Entwicklung einer „öffentlich-rechtlichen Gesellschaft“</i>	297
§ 12	Die de lege ferenda eröffneten Gestaltungsoptionen	297
§ 13	Zum Stand der Diskussion um eine eigenständige Rechtsform für öffentliche Unternehmen	305
§ 14	Konzeptionelle Grundentscheidungen	340
§ 15	Einzelmaßgaben für eine Ausgestaltung der „Öffentlich-rechtlichen Gesellschaft“	357
§ 16	Zusammenfassung in Thesen	390
	Literaturverzeichnis	397
	Sachregister	419

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Einleitung und Programm der Untersuchung	1

Erster Teil

<i>Die Sonderstellung öffentlicher Unternehmen in einer primär privatwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung</i>	5
--	---

§ 1 <i>Der Begriff des öffentlichen Unternehmens</i>	5
--	---

A. Bestandsaufnahme: Differenzierte Terminologie und uneinheitliche Verwendung gleichlautender Bezeichnungen	5
---	---

I. Inkongruente Begriffsbildung in der deutschen Rechtsordnung	5
---	---

II. Unterschiedlicher Gebrauch in der Literatur, insbesondere in den Nachbarwissenschaften	6
---	---

III. Der Begriff des „öffentlichen Unternehmens“ in Art. 86 Abs. 1 EGV	7
---	---

B. Notwendigkeit einer eigenen Abgrenzung zum Zwecke der Untersuchung	10
--	----

I. Der institutionelle Unternehmensbegriff zur Kennzeichnung wirtschaftlich relevanter Staatstätigkeit	10
---	----

II. Das Adjektiv „öffentlich“ als formales Kriterium zur Ausgrenzung privatwirtschaftlicher Unternehmen	11
--	----

1. Eigenunternehmen	12
---------------------------	----

2. Gemischt-öffentliche Unternehmen	12
---	----

3. Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	13
---	----

III. Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen	14
--	----

§ 2 <i>Die grundsätzliche verfassungsrechtliche Zulässigkeit öffentlicher Wirtschaftsteilnahme</i>	16
--	----

A. Keine ausdrückliche Thematisierung im Verfassungsrecht	16
---	----

I. Grundgesetz	16
----------------------	----

II. Landesverfassungen	17
------------------------------	----

B.	Mittelbar relevante Verfassungsaussagen des Grundgesetzes	18
I.	Thematisierung einzelner wirtschaftlicher Betätigungen	18
1.	Art. 88 GG (Bundesbank)	18
2.	Art. 87e, Art. 87f GG (Bahn- und Postunternehmen)	19
3.	Art. 143a, Art. 143b GG (Übergangsbestimmungen)	21
4.	Bedeutung der Thematisierung einzelner Sektoren	21
II.	Bezugnahme auf vorverfassungsrechtlich existente öffentliche Unternehmen	22
1.	Finanzmonopole	22
2.	Bundesbetriebe, Sondervermögen, Beteiligungen des Landes Preußen	22
C.	Keine aus den Grundrechten abzuleitende Unzulässigkeit staatlicher Wirtschaftsbetätigung	23
D.	Keine Begrenzung durch ein metaverfassungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip	25
§ 3	<i>Die öffentlichen Unternehmen im primären Gemeinschaftsrecht</i> . .	30
A.	Anerkennung der Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen	31
B.	Zur mittelbaren Bindung öffentlicher Unternehmen an den EGV (Art. 86 Abs. 1 EGV)	32
C.	Die ausnahmsweise gewährte relative Bindungsfreiheit (Art. 86 Abs. 2 EGV)	33
I.	Abgrenzung der privilegierten Unternehmen	33
II.	Rechtliche oder tatsächliche Verhinderung der besonderen Aufgabenerfüllung	35
III.	Vorbehalt entgegenstehender Gemeinschaftsinteressen	37

Zweiter Teil

	<i>Verfassungsrechtliche Strukturdirektiven für die organisatorisch-institutionelle Gestaltung öffentlicher Unternehmen</i>	39
§ 4	<i>Grundsätzliche Wahlfreiheit bei der Organisation</i>	39
A.	Kontinuität zur Weimarer Rechtspraxis	39
B.	Hinweise im Grundgesetz	40
I.	Private Rechtsformen im VIII. Abschnitt	40
II.	Wahlfreiheit als Ausfluß der Garantie kommunaler Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG)	42
§ 5	<i>Einschränkungen der Wahlfreiheit</i>	45

A.	Einschränkung der Wahlfreiheit durch Maßgaben des VIII. Abschnitts des Grundgesetzes	45
	I. Impermeable Typik der Bundeseigenverwaltung	45
	II. Die Notwendigkeit systemwahrender Auslegung des Art. 87d Abs. 1 S. 2 GG	47
	III. Ingerenzmöglichkeiten bei der Bundesauftragsverwaltung	48
B.	Einschränkung durch den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG	49
C.	Föderale Schranken einer Wahlfreiheit	52
§ 6	<i>Demokratische Legitimation, Verfolgung öffentlicher Aufgaben und Ingerenzpflichten der öffentlichen Hand als verfassungsrechtliche Organisations- und Strukturdirektiven für öffentliche Unternehmen</i>	55
A.	Anforderungen aus dem Demokratieprinzip	55
	I. Die institutionelle und die funktionelle demokratische Legitimation	55
	II. Die organisatorisch-personelle demokratische Legitimation ..	56
	1. Das Volk als Legitimationssubjekt	57
	2. Legitimationsbedürftige „Staatsgewalt“	58
	3. Die organisatorisch-personelle demokratische Legitimation in Kollegialorganen	60
	a) Meinungsstand	60
	b) Lösungsansatz: Legitimation der Entscheidung	61
	c) Das Prinzip der doppelten Mehrheit	62
	III. Die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation	66
	IV. Kompensationsmöglichkeiten	67
B.	Anforderungen aus dem Rechtsstaatsprinzip	68
	I. Funktionelle Gewaltenteilung und institutionelle Gewaltentrennung, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG	68
	1. Die Inkompatibilitätsregel des Art. 137 Abs. 1 GG	69
	2. Abgeordnete in Aufsichtsorganen öffentlicher Unternehmen	72
	II. Der institutionelle Gesetzesvorbehalt	74
	1. Verwaltungsorganisation zwischen exekutiver Organisationsgewalt und Wesentlichkeitstheorie	75
	2. Die vom institutionellen Gesetzesvorbehalt geforderte Regelungsdichte	79
	III. Der allgemeine Funktionsvorbehalt gemeinwohlorientierter Aufgabenwahrnehmung	80
	1. Notwendigkeit der Rechtfertigung öffentlicher Wirtschaftsaktivität durch gemeinwohlbezogene Erwägungen	80
	2. Öffentlicher Zweck, öffentliche Aufgaben und Staatsaufgaben ...	81
	3. Zur normativen Vorprägung des öffentlichen Zwecks	84

IV. Der Gedanke materieller Rechtsstaatlichkeit	84
1. Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) und Beibehaltung des Grundrechtsschutzes	85
2. Sicherung materieller Rechtsbindungen	85
3. Keine Verunklarung materieller Verantwortlichkeit	86
C. Anforderungen aus dem Sozialstaatsprinzip	86
D. Spezielle Anforderungen aus der Garantie kommunaler Selbstverwaltung	88
I. Öffentliche Zweckbindung kommunaler Wirtschaft als Ausfluß des Homogenitätsgebotes in Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG ..	88
II. Ingerenzpflicht als Ausfluß von Einheitlichkeit der Verwaltung und Verantwortlichkeit der Gemeindevertretung .	89
III. Räumliche Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung	91
E. Grundrechtlich geforderte Verfolgung eines öffentlichen Zwecks bei öffentlicher Wirtschaftstätigkeit	93
I. Wettbewerbsteilnahme der öffentlichen Hand als faktische Grundrechtsbeeinträchtigung	93
II. Die Verfolgung öffentlicher Zwecke als verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs	95

Dritter Teil

<i>Die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Organisations- und Strukturdirektiven auf der einfachrechtlichen Ebene</i>	97
 § 7 <i>Die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben bei Unternehmen mit öffentlich-rechtlicher Rechtsform</i>	97
A. Typik der verfügbaren öffentlich-rechtlichen Rechtsformen	97
I. Der Regiebetrieb als Grundmodell der wirtschaftlichen Betätigung des Staates	98
1. Historische Entwicklungslinien	98
2. Bruttobetriebe	98
3. Nettobetriebe, insbesondere gem. § 26 Abs. 1 BHO/LHO	100
II. Der Eigenbetrieb als traditioneller Regelfall kommunalen Wirtschaftens in öffentlich-rechtlicher Rechtsform	101
1. Historische Entwicklungslinien	101
2. „Sondervermögen“ als Erscheinungsformen auf der Staatsebene ..	102
3. Grundstrukturen des Eigenbetriebsrechts	104
4. Falsch etikettierte Eigenbetriebe	106
III. Die rechtsfähige Anstalt als Sonderform öffentlicher Unternehmen	106
1. Historische Entwicklungslinien	106

2. Notwendigkeit eines Errichtungsgesetzes	108
3. Grundstrukturen der Anstaltsverfassung	109
4. Sektorale Durchsetzung mit kapitalgesellschaftsrechtlichen Strukturelementen	113
IV. Der Zweckverband als Modell körperschaftlich verfaßter Kooperation	114
V. Ausblendung sonstiger öffentlich-rechtlicher Rechtsformen ..	116
B. Zum Grad der Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Struktur- und Organisationsdirektiven	117
I. Zweckprogrammierung	117
1. Rechtliche Möglichkeiten	117
2. Umsetzung in der Praxis	118
II. Steuerung durch Einwirkung	120
1. Zur Differenzierung zwischen Einwirkung und Kontrolle	120
2. Einwirkung auf Regiebetriebe	121
3. Einwirkung auf Eigenbetriebe	122
4. Einwirkung auf rechtsfähige Anstalten	124
5. Einwirkung auf Zweckverbände	127
III. Steuerung durch Kontrolle	128
1. Finanz- und Wirtschaftlichkeitskontrolle	128
2. Aufgabenerfüllungskontrolle	129
3. Die rechtsformabhängige Ausgestaltung der Finanz- und Aufgabenerfüllungskontrolle	130
a) Regiebetriebe	130
b) Eigenbetriebe	131
c) Rechtsfähige Anstalten	134
d) Zweckverbände	135
e) Fazit	135
IV. Demokratische Legitimation	135
1. Allgemeine Organbestellung	136
2. Das Sonderproblem der Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen	139
a) Bestandsaufnahme der Mitbestimmungspraxis	139
b) Bundesverfassungsgerichtliche Vorgaben	142
c) Konsequenzen für die personelle Mitbestimmung	143
d) Konsequenzen für die direktive Mitbestimmung	145
V. Fazit	148
§ 8 <i>Motive des unternehmensmorphologischen Paradigmenwechsels</i> ..	149
A. Historische Entwicklungslinien und Statistik	149
B. Überprüfung der Motive für die Wahl privater Rechtsformen	153
I. Strukturelle Flexibilität bei Errichtung und Auflösung	153
II. Beweglichere Aufbau- und Ablauforganisation	157
III. Kreditwürdigkeit und Kreditfinanzierungsmöglichkeiten	158

IV. Haftungsbeschränkung	159
V. Flexibilität in der Personalwirtschaft	160
VI. Steuerliche Vorteile	163
VII. Kooperationsmöglichkeiten	167
VIII. Öffentliches Vergabewesen	168
IX. Sonstige Motive	171
X. Fazit	172
§9 Die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben bei Unternehmen mit privatrechtlicher Rechtsform	173
A. Typik der verfügbaren privatrechtlichen Rechtsformen	173
I. Grundzüge der Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft	174
II. Grundzüge der Organisationsverfassung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung	177
III. Besonderheiten der sog. „kleinen“ Aktiengesellschaft	179
B. Zum Grad der Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Struktur- und Organisationsdirektiven	182
I. Zweckprogrammierung	183
1. Rechtliche Möglichkeiten	183
2. Umsetzung in der Praxis	187
II. Steuerung durch Einwirkung	189
1. Die Einräumung eines angemessenen Einflusses des öffentlichen Gesellschafters bei der Organbildung	190
a) Sicherung der Stimmrechtsmacht in der Anteilseignerversammlung	191
aa) Gesellschafterversammlung der GmbH	191
bb) Hauptversammlung der AG	192
b) Teilhabe an der personellen Besetzung der Leitungs- und Aufsichtsorgane	194
aa) Teilhabe an der Zusammensetzung von Geschäftsführung und fakultativem oder obligatorischem Aufsichtsrat einer GmbH	194
bb) Teilhabe an der Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat einer AG	196
2. Die Einwirkung des öffentlichen Gesellschafters auf die Willensbildung in der Gesellschaft durch Weisungsrechte	197
a) Einwirkung auf die Vertreter in der Anteilseignerversammlung	198
aa) Weisungsgebundene Vertreter der öffentlichen Hand	198
bb) Zulässigkeit proportional gespaltener Stimmabgabe?	199
aaa) Gesellschaft mit beschränkter Haftung	201
bbb) Aktiengesellschaft	202
b) Einwirkung auf die Mitglieder im Aufsichtsrat	203

aa) Aktiengesellschaft	204
bb) Gesellschaft mit beschränkter Haftung	207
cc) Stimmbindungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern? ...	208
c) Einwirkung auf das Leitungsorgan	209
aa) Einwirkung auf den Vorstand einer Aktiengesellschaft ...	209
bb) Einwirkung auf die Geschäftsführung einer GmbH	210
3. Die Einwirkung des öffentlichen Gesellschafters auf die Willensbildung in der Gesellschaft durch Mittel des Konzernrechts	214
a) Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand	215
b) Einwirkung mit Mitteln des Vertragskonzernrechts	217
aa) Umfang und Grenzen des Weisungsrechts	218
bb) Die Pflicht zum Verlustausgleich	219
cc) Die Einschaltung einer Holding-GmbH	222
c) Einwirkung im faktischen Konzern	223
aa) Der einfache faktische Konzern	223
bb) Der qualifiziert faktische Konzern	226
4. Fazit zur Steuerung durch Einwirkung	227
III. Steuerung durch Kontrolle	230
1. Finanz- und Wirtschaftlichkeitskontrolle	230
a) Abschlußprüfung nach §§ 264 ff. HGB	230
b) Erweiterte Jahresabschlußprüfung nach § 53 HGrG	232
aa) Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung	233
bb) Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse	234
c) Betätigungsprüfung nach §§ 44, 54 HGrG, 92 BHO/LHO ...	235
d) Adressaten der Prüfungsergebnisse	237
e) Finanzplanungspflicht	239
2. Aufgabenerfüllungskontrolle	240
a) Berichtspflichten	240
aa) Aktiengesellschaft	240
aaa) Verschwiegenheitspflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder	241
bbb) Partielle Informationsöffnung durch § 394 AktG ...	242
ccc) Insbesondere Berichtspflichten in den Gemeindeordnungen	243
bb) Gesellschaft mit beschränkter Haftung	244
cc) Auswahl der Berichtsadressaten	245
b) Teilnahme von Ratsvertretern an Aufsichtsratssitzungen?	248
c) Beteiligungsberichte	249
3. Beteiligungsverwaltung	250
a) Organisation	251
b) Aufgaben	251
c) Verschwiegenheitspflicht	252
d) Schwachpunkte	253
IV. Demokratische Legitimation	253
1. Zum Erfordernis einer organisatorisch-personellen demokratischen Legitimation in Eigengesellschaften	254

2. Demokratische Legitimation und kapitalgesellschaftliche Binnenstruktur	256
3. Demokratische Legitimation und Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen privaten Rechts	258
4. Organisatorisch-personelle Legitimation in gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen	262
V. Fazit	265

Vierter Teil

„ <i>Verwaltungsgesellschaftsrecht</i> “ als dogmatischer Lösungsansatz?	269
§ 10 <i>Das dogmatische Konzept des Verwaltungsgesellschaftsrechts</i>	270
A. Kritik an der These vom „Vorrang“ des Gesellschaftsrechts	270
B. Verfassungskonforme Auslegung des Gesellschaftsrechts	272
C. Anknüpfung an die Lehre vom Verwaltungsprivatrecht	273
D. Grundmuster und Modalitäten der Normüberlagerung	274
E. Einzelne Elemente des Verwaltungsgesellschaftsrechts	275
I. Weisungsrechte gegenüber Vorstand oder Aufsichtsrat	276
II. Unzulässigkeit direkter Mitbestimmung	278
§ 11 <i>Kritik an der Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht</i>	279
A. Methodische Notwendigkeit verfassungskonformer Auslegung des Gesellschaftsrechts?	279
I. Die übergangene Entscheidungsalternative	280
II. Zum Verständnis der §§ 394, 395 AktG	281
III. Gefahr eines Zirkelschlusses	282
B. Verwaltungsgesellschaftsrecht als Facette des Verwaltungsprivatrechts?	283
I. Handlungsrecht und Organisationsrecht	283
II. Rechtsfolgenklarheit als Voraussetzung der privatrechtsüberlagernden Wirkkraft	286
III. Unterschiedliche Grundrechtsrelevanz	287
C. Zum Grundmuster der Überlagerung: praktische Konkordanz? ..	289
D. Zu den einzelnen Elementen des Verwaltungsgesellschaftsrechts ..	290
I. Dogmatische Verengung der Vorschläge auf Eigengesellschaften	290
II. Unmittelbare Verfassungswertigkeit der Einzelweisungsbefugnis?	291
III. Statthaftigkeit von Einzelweisungen als Folge eines argumentum a maiore ad minus aus der Möglichkeit zur Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern?	293

E. Fazit	294
----------------	-----

Fünfter Teil

<i>Die Entwicklung einer „öffentlich-rechtlichen Gesellschaft“</i>	297
§ 12 <i>Die de lege ferenda eröffneten Gestaltungsoptionen</i>	297
A. Schaffung eines Sondergesellschaftsrechts für öffentliche Unternehmen	297
I. Formulierung zusätzlicher Ausnahmetatbestände	298
II. Neukreation einer privatrechtlichen (Sonder-)Rechtsform	299
B. Modifikation des geltenden Eigenbetriebsrechts	300
C. Entwicklung einer eigenständigen öffentlich-rechtlichen Rechtsform für öffentliche Unternehmen	302
§ 13 <i>Zum Stand der Diskussion um eine eigenständige Rechtsform für öffentliche Unternehmen</i>	305
A. Rein ordnungspolitisch motivierte Vorschläge	306
B. Rechtsformkonzepte auf der Basis des Privatrechts, des Stiftungsrechts oder einer unselbständigen Anstalt	307
C. Rechtsformentwürfe für öffentliche Unternehmen der Kommunen	308
I. Verband kommunaler Unternehmen (1954)	309
II. Gerhard Wicher (1963)	310
III. Wolfgang Büchner (1982)	311
IV. Dirk Ehlers (1984)	312
V. Heinrich Schraffer (1993)	312
D. Rechtsformentwürfe für öffentliche Unternehmen des Bundes, der Länder und Kommunen	313
I. Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft/Friedrich Zeiß (1955) .	313
II. Bernd Janson (1980)	315
III. Michael Schaper (1982)	316
E. Aktuelle Entwicklungen im Gemeindefirtschaftsrecht	317
I. Berlin	317
II. Bayern	318
III. Rheinland-Pfalz	319
IV. Nordrhein-Westfalen	320
F. Organisationsvorbilder öffentlicher Unternehmen im ausländischen Recht	321
I. Frankreich	322

1. Das Konzept des service public	322
2. Rechtsformen der öffentlichen Unternehmen	325
3. Steuerungsmöglichkeiten des Staates	326
II. Spanien	327
1. Servicio Público und Art. 128 Abs.2 CE	328
2. Rechtsformen der Aufgabenwahrnehmung	330
3. Reformansätze	331
III. Schweiz	332
1. Überblick	333
2. Rechte der öffentlichen Hand bei den im öffentlichen Interesse tätigen Aktiengesellschaften, Art.762 OR	335
3. Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften gem. Art.763 OR	337
IV. Schlußfolgerung	338
§ 14 <i>Konzeptionelle Grundentscheidungen</i>	340
A. Anlehnung an die „Organisationsverfassung“ der rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts	340
I. Vorzüge der Anstaltsform	341
II. Anstaltsträgerschaft als unverzichtbares Kernelement des Anstaltsorganisationsrechts	342
III. Fortbestand von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung?	343
B. Verbandskompetenz zur Kreation einer eigenständigen Rechtsform für öffentliche Unternehmen	347
I. Bundeskompetenzen in speziellen Wirtschaftssektoren	347
II. Die Bundeskompetenz „Recht der Wirtschaft“ in Art.74 Abs.1 Nr.11 GG	348
III. Landeskompentenzen im Bereich der Verwaltungsorganisation	349
IV. Bundesgesetz als fakultatives Organisationsvorbild	350
C. Materieller Geltungsanspruch des Errichtungsgesetzes	352
I. Die neue Rechtsform als zusätzliche Gestaltungsoption	352
II. Einbezug gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen	353
III. Geltung auch für sog. nicht-wirtschaftliche Unternehmen	354
§ 15 <i>Einzelmaßgaben für eine Ausgestaltung der „Öffentlich-rechtlichen Gesellschaft“</i>	357
A. Zweckprogrammierung	358
B. Innere Organisationsverfassung	360
I. Art der Organe	361
II. Wahrung demokratischer Legitimationsanforderungen bei der Zusammensetzung der Organe	363

C.	Steuerung durch Einwirkung und Kontrolle	365
I.	Einwirkung	365
1.	Einwirkung auf die Unternehmensführung	366
2.	Einwirkung auf den Verwaltungsrat	367
3.	Einwirkung auf die Unternehmensversammlung	369
II.	Kontrolle	370
1.	Finanz- und Wirtschaftlichkeitskontrolle	370
2.	Aufgabenerfüllungskontrolle	372
a)	Verbesserung der internen und externen Kontrolle	372
b)	Berichtspflichten und Geheimnisschutz	373
D.	Demokratische Legitimation	375
I.	Legitimationspostulat und Mitbestimmung	375
II.	Legitimationspostulat und Beteiligung Privater	377
1.	Beteiligung als typischer stiller Gesellschafter	379
2.	Beteiligung als atypischer stiller Gesellschafter	380
3.	Einbindung der Anstalt in eine privatrechtliche Konzernstruktur	382
4.	Beteiligung Privater durch stimmrechtslose Vorzugsanteile	386
5.	Echte Beteiligung unter Einräumung mitunternehmerischer Rechte	387
6.	Fazit	389
§ 16	Zusammenfassung in Thesen	390
	Literaturverzeichnis	397
	Sachregister	419

Einleitung und Programm der Untersuchung

Spätestens seit der 1993 erfolgten Einfügung der haushaltsrechtlichen Privatisierungsprüfpflicht in § 7 Abs. 1 S. 2 BHO ist das nominalisierte Verb „Privatisierung“ zu einem Rechtsbegriff geworden, welcher die auf Bundesebene wirtschaftspolitisch erstrebten Privatisierungsvorhaben normativ forciert hat. Obwohl im Landeshaushaltsrecht entsprechende Regelungen überwiegend noch fehlen,¹ sind vergleichbare Entwicklungen auch auf der Landesebene nicht zu übersehen. Erst recht ist die Ausgliederung von Verwaltungseinheiten durch die Kommunen eine seit langem zu beobachtende Präferenz. In einer hierzu parallel laufenden Entwicklung erfreuen sich zudem insbesondere im Bereich der Kommunalverwaltung zunehmend die sog. neuen Steuerungsmodelle größerer Beliebtheit. Diese insgesamt gesehen qualitativ diversifizierte und quantitativ zunehmende „Pluralisierung der Verwaltung nach innen und nach außen“² wird begleitet von einer durch Ökonomisierungsrhetorik geprägten Diskussion, bei der nicht selten einseitig betriebswirtschaftlich ausgerichtete Argumentationsketten die an der öffentlichen Aufgabenerbringung ausgerichteten Sachziele verdecken. Hier ist eine Aktivierung des Verwaltungsorganisationsrechts in seiner Funktion als Steuerungsressource gefordert.

Die vorliegende Untersuchung widmet sich einem speziellen Teilbereich aus diesem breiten Themenspektrum. Das Untersuchungsinteresse gilt dem Organisationsrecht öffentlicher Unternehmen, also derjenigen verselbständigten Verwaltungseinheiten, derer sich der Staat bedient, um „öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten“ (§ 7 Abs. 1 S. 2 BHO) zu erfüllen. Im Kern soll es dabei um die Fragen gehen, inwieweit der gegenwärtig verfügbare Kanon öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rechtsformen den für eine Aufgabenwahrnehmung durch solche Unternehmen verfassungsrechtlich vorgegebenen Organisations- und Strukturdirektiven entspricht und welche dogmatischen oder rechtspolitischen Lösungsansätze sich empfehlen, um diesbezüglich bestehende Defizite zu beheben.

¹ Vgl. aber § 7 Abs. 1 bay.HaushaltsO i.d.Fass. d. G. vom 10. 8. 1994 (GVBl. S. 774). Die beabsichtigte Einführung einer Privatisierungsprüfpflicht in § 6 HGrG (vgl. BT-Drucks. 12/6720 und 12/7292) wurde zwar vom Bundestag am 21. 4. 1994 verabschiedet, doch versagte der Bundesrat in seiner 669. Sitzung am 20. 5. 1994 die gemäß Art. 109 III GG erforderliche Zustimmung (BR-Drucks. 326/94 [Beschluß]).

² *Krebs*, Die Verwaltung 29 (1996), 309.

Durch diesen Themenzuschnitt wird die Abgrenzungslinie zu anderen Teilbereichen der weit gefächerten Privatisierungsdiskussion deutlich: Werden öffentliche Aufgaben materiell privatisiert, stellt sich das in den Blick genommene Problem einer organisationsrechtlichen Absicherung verfassungsrechtlicher Direktiven zur Verfolgung öffentlicher Zwecke nicht mehr. Die Fragestellung verlagert sich vielmehr auf den Aspekt einer Privatisierungsfolgenverantwortung des Staates, der – terminologisch uneinheitlich – auch durch die Begriffe „Infrastrukturverantwortung“,³ „Einstandsverantwortung“,⁴ „Beobachtungsverantwortung“⁵ oder „Gewährleistungsverantwortung“⁶ umrissen wird. Auch die vielfältigen Facetten einer Kooperation mit Privaten, sei es durch sog. Finanzierungsprivatisierung, verstanden als private Vorfinanzierung öffentlicher Infrastrukturaufgaben, oder durch die zahlreichen Formen einer funktionalen Privatisierung (Verwaltungshilfe; Public-Private-Partnership; Betriebsführungs-, Betreibermodelle etc.)⁷ stehen nicht im Blickpunkt des hier verfolgten Interesses.

Ebenso bestenfalls am Rande tangiert die Diskussion um das sog. New Public Management und die neuen Steuerungsmodelle⁸ den vorliegenden Untersuchungsgegenstand, denn sie zielt auf eine Veränderung der behördlichen Binnenstruktur „nach innen“, während die Aufmerksamkeit hier den mit einer Pluralisierung der Verwaltung „nach außen“ verbundenen Steuerungsproblemen gilt. Schließlich geht es auch nicht primär um die Rechtsfragen einer Verwaltung in Handlungsformen des Privatrechts,⁹ wenngleich sich insoweit durchaus Schnittstellen daraus ergeben, daß die privat rechtlich organisierten Unternehmen nicht ohne weiteres auf öffentlich-rechtliche Handlungsformen zurückgreifen können.

Die Untersuchung gliedert sich in fünf aufeinander aufbauende thematische Abschnitte.

Der verständnisbildenden Grundlegung dienen die im einleitenden Teil erfolgenden begrifflichen Vorklärungen, denen sich eine Vergewisserung der Verfassungsaussagen und des Diskussionsstandes zur Zulässigkeit öffentlicher Wirtschaftsteilnahme sowie eine Betrachtung zur Bedeutung der öffentlichen Unternehmen im primären Gemeinschaftsrecht anschließen.

³ Vgl. z.B. *Osterlob*, VVDStRL 54 (1995), S. 204 (229); *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 334 ff.: „Infrastrukturverantwortung als Gewährleistungsverantwortung“.

⁴ Vgl. z.B. *Hoffmann-Riem*, DVBl. 1996, 225 (230).

⁵ Vgl. z.B. *H. Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (280).

⁶ Vgl. z.B. *Schuppert*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 54 (1995), 308f.; *Ders.*, Verwaltungswissenschaft, S. 933f. – Synonym sprechen *Hommelhoff/Schmidt-Aßmann*, ZHR 160 (1996), 521 (552, 556) von „Gewährleistungspflicht“.

⁷ Dazu *Tettinger*, in: FS Friauf, S. 569ff.; *ders.*, DÖV 1996, 764ff.; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, passim.

⁸ Dazu z.B. *Laux*, GemHH 1994, 171ff.; *v. Mutius*, in: Burmeister (Hrsg.), FS Stern, S. 685 (686ff.).

⁹ Dazu ausführl. *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, passim.

Im nachfolgenden zweiten Abschnitt wird untersucht, welche Vorgaben das Grundgesetz für die Organisation öffentlicher Unternehmen aufstellt. Neben einer Bestandsaufnahme zum generellen Problem der organisationsrechtlichen Wahlfreiheit und ihren verfassungsimmanenten Begrenzungen gilt das besondere Augenmerk hier der Frage, ob sich dem Grundgesetz besondere Organisations- und Strukturdirektiven für die Rechtsformgestaltung öffentlicher Unternehmen entnehmen lassen. Es wird aufzuzeigen sein, daß den Staatsstrukturprinzipien, der Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung und dem Ordnungsprinzip der wirtschaftsrelevanten Grundrechte diverse Maßgaben zu entnehmen sind, die sich im Kern auf drei Hauptforderungen zurückführen lassen: Das Organisationsrecht öffentlicher Unternehmen muß aus verfassungsrechtlichen Gründen gewährleisten, daß

- diese Unternehmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen,
- die öffentliche Hand über ausreichende Ingerenzrechte verfügt, um die Tätigkeit der Unternehmen steuern zu können, und
- alle wesentlichen Unternehmensentscheidungen von demokratisch legitimierten Entscheidungsträgern getroffen werden.

Im dritten Teil der Untersuchung wird mit Blick auf die einfachrechtliche Ausgestaltung geprüft, inwieweit sich diese drei verfassungsrechtlichen Organisations- und Strukturdirektiven im Organisationsrecht öffentlicher Unternehmen verwirklicht sehen. Differenzierend nach den öffentlich-rechtlichen Rechtsformen einerseits und den privatrechtlichen Rechtsformen andererseits gilt es insoweit detailgenau aufzuzeigen, wie die drei Verfassungsanforderungen – Zweckprogrammierung, Ingerenzbefugnisse und demokratische Legitimation – rechtsformenspezifisch zur Geltung gebracht werden und welche Defizite in der einfachrechtlichen Umsetzung dieser Postulate bestehen.

Anknüpfend an die im dritten Teil erhobenen Monita gelten die abschließenden beiden Hauptteile der Arbeit der Erarbeitung von Lösungsmöglichkeiten zur Behebung der festgestellten Defizite. In jeweils eigenen Teilen werden zwei denkbare Lösungsstrategien verfolgt: Im vierten Teil gilt das Interesse zunächst einem dogmatischen Lösungsansatz, dem sog. Verwaltungsgesellschaftsrecht, dessen Konzept sich an die Idee des Verwaltungsprivatrechts anlehnt und im Kern dafür plädiert, bei nicht hinreichender Umsetzung der Verfassungsdirektiven durch das Kapitalgesellschaftsrecht von einer Überlagerung der unterverfassungsrechtlichen Normen durch die genannten verfassungsrechtlichen Struktur- und Organisationsanforderungen auszugehen. Nach einer Auseinandersetzung mit den theoretischen Grundlagen des Verwaltungsgesellschaftsrechts wird dieser dogmatische Lösungsansatz im Ergebnis allerdings als nicht tragfähig verworfen.

Die Überlegungen im abschließenden fünften Teil sind demgegenüber rechtspolitischer Art und zielen darauf ab, einen *de lege ferenda*-Lösungsweg aufzuzeigen, der in der Entwicklung einer eigenständigen Rechtsform für öffentliche

Unternehmen (einer „Öffentlich-rechtlichen Gesellschaft“) liegen könnte. Ziel dieser Rechtsformkonzeption soll es sein, die dem Kapitalgesellschaftsrecht zugeschriebenen Vorteile wirtschaftlicher Flexibilität mit den Steuervorteilen öffentlich-rechtlicher Rechtsformen zu verschmelzen, um somit eine optimale Verwirklichung der erarbeiteten Verfassungsdirektiven bei gleichzeitiger Erhaltung wirtschaftlicher Handlungsfreiräume zu gewährleisten. Nach einer Analyse der eröffneten rechtlichen Gestaltungsoptionen unter Würdigung des in dieser Frage bislang erreichten Forschungsstandes wird für ein Bundesgesetz über die „Öffentlich-rechtliche Gesellschaft“ plädiert, das die neue Rechtsform als ein fakultatives Organisationsvorbild ausgestaltet, welches auch den Bundesländern und Gemeinden zur Verfügung stehen soll. Mit Blick auf die genannten Verfassungspostulate werden schließlich die wesentlichen inhaltlichen Maßgaben für eine gesetzliche Ausgestaltung der „öffentlich-rechtlichen Gesellschaft“ präzisiert.

Erster Teil

Die Sonderstellung öffentlicher Unternehmen in einer primär privatwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung

§1 Der Begriff des öffentlichen Unternehmens

Eine Untersuchung über geeignete Rechtsformen für öffentliche Unternehmen muß ihren Ausgangspunkt zwangsläufig bei der terminologischen Klärung des Begriffs „öffentliche Unternehmen“ finden. Dies gilt umso mehr, als dessen inhaltliche Konturierung weder durch eindeutige normative Vorgaben vorgezeichnet noch durch einen allgemeinen Konsens in der Jurisprudenz oder ihren Nachbarwissenschaften festgefügt ist.

A. Bestandsaufnahme: Differenzierte Terminologie und uneinheitliche Verwendung gleichlautender Bezeichnungen

Obwohl öffentliches Wirtschaften als Gegenstand des realen Wirtschaftsgeschehens unbestreitbar existent ist, wird der Begriff des öffentlichen Unternehmens sowohl im Wortlaut geltender Rechtsvorschriften als auch in literarischen Beiträgen noch immer nicht einheitlich benutzt. Neben der unterschiedlichen Verwendung des Terminus „öffentliches Unternehmen“ einerseits ist andererseits auch eine Umschreibung desselben Untersuchungsgegenstandes durch unterschiedliche Vokabeln festzustellen.

I. Inkongruente Begriffsbildung in der deutschen Rechtsordnung

Innerhalb der deutschen Rechtsordnung¹ läßt sich eine einheitliche Anwendung des Begriffs des öffentlichen Unternehmens nicht feststellen. Vielmehr existiert ein breites Spektrum unterschiedlicher Vokabeln zur Kennzeichnung vergleichbarer Lebenssachverhalte: Neben der Verwendung der Bezeichnung

¹ Zur Verwendung im Gemeinschaftsrecht u. §1 A III.

„staatliche und kommunale Unternehmen“ (§ 8 Abs. 2 Finanzstatistikgesetz²) ist beispielsweise die Rede von „Unternehmen“ (z.B. § 1 Abs. 2 PostVerfG,³ §§ 107, 108 GO NRW), „wirtschaftlichen Unternehmen“ (z.B. § 19 S. 2 StabG), „ertragswirtschaftlichen Unternehmungen des Landes“ (z.B. Art. 145 hess. Verf., Art. 88 nrw. Verf.), „öffentlich-rechtlichen Unternehmen“ (z.B. §§ 12 Abs. 2 Nr. 1, 27 Abs. 1 Nr. 2 BDSG), „Bundesbetrieben und Sondervermögen“ (z.B. Art. 110 Abs. 1 GG), „Beteiligungen an Unternehmen des privaten Rechts“ (z.B. Art. 135 Abs. 6 GG), „Unternehmen, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist“ (Art. 34 Abs. 2 S. 2 nds. Verf.), „Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden“ (z.B. § 130 GWB), „Betrieben gewerblicher Art von Körperschaften des öffentlichen Rechts“ (z.B. § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG), „Gesellschaften, bei denen der überwiegende Einfluß des Staates sichergestellt ist“ (Art. 57 S. 2 bay. Verf.) oder von einem „Unternehmen, das von einer Gebietskörperschaft oder von einem Zusammenschluß von Gebietskörperschaften, der nicht Gebietskörperschaft ist, betrieben wird“ (§ 168 UmwG). Eine Begriffsklärung zum Zwecke dieser Untersuchung kann daher nicht auf eine einheitliche Verwendung innerhalb der deutschen Rechtsordnung oder auf ein allgemeingültiges Vorverständnis zurückgreifen.

II. Unterschiedlicher Gebrauch in der Literatur, insbesondere in den Nachbarwissenschaften

Entsprechend den variierenden normativen Vorgaben wird auch in Stellungnahmen der Literatur mit inkongruenten Begriffsbildungen operiert. Dies hat zum einen zur Folge, daß selbst dann, wenn auf die Bezeichnung „öffentliche Unternehmen“ oder „öffentliche Unternehmung“⁴ zurückgegriffen wird, keine übergreifend einheitliche Verwendung erkennbar ist.⁵ Vor allem die ältere verwaltungsrechtliche Literatur benutzt „öffentliche Unternehmen“ in einem deutlich abweichenden Sinn als Umschreibung für jedes „durch seinen besonderen Zweck abgegrenzte Stück öffentlicher Verwaltung“,⁶ also für einzelne Verwaltungsvorhaben, die der Staat „unternimmt“. Zum anderen wird diese Be-

² Gesetz über die Finanzstatistik i.d.Fass. d. Bek. v. 11. 6. 1980 (BGBl. I S. 673).

³ Gesetz über die Unternehmensverfassung der Deutschen Bundespost – Postverfassungsgesetz – vom 8. 6. 1989 (BGBl. I S. 1026), aufgeh. durch Art. 13 § 1 Nr. 3 des Postneuordnungsgesetzes vom 14. 9. 1994 (BGBl. I S. 2325). Der Begriff bezog sich auf die damaligen Teilsondervermögen des ehemaligen Sondervermögens Deutsche Bundespost (vgl. § 2 I 2 PostVerfG).

⁴ So etwa *Wenger*, Öffentliche Unternehmung, passim.

⁵ Vgl. *Schachtschneider*, Staatsunternehmen, S. 291ff., 463 zur Konturierung eines wettbewerbsrechtlichen Begriffs des öff. Unternehmens; *Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1092): auch die nicht von der öffentlichen Hand beherrschten Unternehmen.

⁶ *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 1.

zeichnung mangels einer eindeutigen rechtlichen Vorprägung nicht selten auch durch vergleichbare Begriffsbildungen, wie etwa die der „öffentlichen Wirtschaftseinheiten“ ersetzt.⁷ Insbesondere im betriebswirtschaftlichen und sozialwissenschaftlichen Schrifttum ist darüber hinaus auch nicht selten von „öffentlichen (Wirtschafts-)Betrieben“ die Rede, wenn die Wirtschaftstätigkeit des Staates oder seiner Untergliederungen thematisiert wird.⁸

III. Der Begriff des „öffentlichen Unternehmens“ in Art. 86 Abs. 1 EGV

Ausdrücklich erwähnt, wenngleich ebenfalls nicht näher definiert, werden „öffentliche Unternehmen“ im europäischen Primärrecht, konkret im Wortlaut des Art. 86 Abs. 1 EGV.⁹ Durch diese Benennung im Vertragstext wird die Bezeichnung „öffentliche Unternehmen“ zu einem gemeinschaftsrechtlichen Begriff, dessen Konturierung nicht durch einen Rekurs auf die Vorstellungen in den mitgliederschaftlichen Rechtsordnungen erfolgen kann, sondern aus dem Vertrag selbst herzuleiten ist.¹⁰ In diesem Zusammenhang muß vor allem dem Telos des Art. 86 EGV, der als Spezialvorschrift auf der Ebene des primären Gemeinschaftsrechts den sich aus dem „Näheverhältnis“ zwischen den Mitgliedstaaten und „ihren“ Unternehmen folgenden Konsequenzen für den Gemeinsamen Markt Rechnung tragen soll,¹¹ Beachtung zukommen.

Der zugrunde liegende Unternehmensbegriff wird hierbei wie auch in Ansehung des Art. 81 EGV rein funktional verstanden und soll „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“¹² umfassen, ohne daß es auf eine Gewinnerzielungsabsicht ankäme.¹³ Nicht erfaßt sind somit die nicht-wirtschaftlich tätigen Einheiten, bei denen der Austausch von Leistung und (eventuell zu erbringender) Ge-

⁷ Siehe etwa *Vogel*, Wirtschaftseinheiten, passim.

⁸ Vgl. z.B. *Oettle*, Grundfragen I, S. 1ff.; *Wöhe*, Allg. BWL, S. 374ff.; *Pohl*, in: Wirtschaftsprüfer-Handbuch I, Kz. L Rn. 1ff.; *Schaper*, Öffentlicher Betrieb, S. 16ff.; *ders.*, ZöGÜ 6 (1983), 132ff.

⁹ Die Zählweise des EGV ist mit dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages zum 1. 5. 1999 (vgl. die Bek. in BGBl. II S. 296) geändert worden. Da Art. 86 EGV jedoch inhaltlich Art. 90 EGV a.F. entspricht, konnte im folgenden weiterhin auf die Literatur zu Art. 90 EGV a.F. rekuriert werden. Näher zu den europarechtlichen Bindungen öffentlicher Unternehmen u. § 3.

¹⁰ *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 552; *Badura*, in: FS Schlochauer, S. 3 (13); *Pielow*, Grundstrukturen, S. 47. Vgl. aber Generalanwalt *Dutheillet de Lamothe*, EuGH Slg. 1971, 723 (738): „ein mehr wirtschaftlicher als juristischer Begriff“.

¹¹ Vgl. nur *Emmerich*, in: Dausen, HdbEUWirtschR, H II Rn. 91ff.; *Hochbaum*, in: v.d.Groeben/Thiesing/Ehlermann, EUV/EGV, Art. 90 Rn. 8; *Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1090).

¹² St. Rspr. seit EuGH, Slg. I 1991, 1979 (2016), Tz. 21 – Höfner und Elser, vgl. etwa EuGH, Slg. I 1993, 637 (669ff.), Tz. 17ff. – Poucet und Pistre; Slg. I 1994, 43 (61), Tz. 18 – SAT/ Eurocontrol; Slg. I 1995, 4013 (4028), Tz. 14 – Fédération française des sociétés d'assurance; Slg. I 1997, 7119 (7147), Tz. 21 – Job Centre; EuGH, EuZW 2002, 25 (26), Tz. 19 – Ambulanz Glöckner.

¹³ *Kahl*, NVwZ 1996, 1082 (1083); *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 86 EGV, Rn. 11.

genleistung nur bloße Äußerlichkeit, also noch nicht einmal Nebenzweck ist.¹⁴ In Ansehung der Tatbestandsstruktur des Art. 86 Abs. 1 EGV, die den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen unterschiedliche Funktionen zuweist, ist in institutioneller Hinsicht darüber hinaus für ein „Unternehmen“ eine von den Mitgliedstaaten zu separierende Organisationseinheit erforderlich; ein unmittelbar selbst, d.h. ohne zwischengeschaltete Organisationseinheit (insoweit genügt bereits ein Regiebetrieb) tätig werdender Mitgliedstaat ist kein „Unternehmen“ im Sinne der europarechtlichen Vorschriften.¹⁵

Maßgeblich für die zusätzlich erforderliche Qualifikation eines Unternehmens als „öffentlich“ ist die teleologische Ausrichtung des Art. 86 EGV. Die Norm verkörpert als primärrechtliche Spezialausprägung des Art. 10 Unterabs. 2 EGV (Prinzip der Gemeinschaftstreue) die Einsicht, daß ein zwischen Staat und Unternehmen bestehendes Näheverhältnis einerseits eine Sonderbehandlung zum Wohle öffentlicher, insbesondere wirtschaftspolitischer Interessen der Mitgliedstaaten rechtfertigen kann, andererseits aber vor allem die Möglichkeit staatlicher Einflußnahme auf das Markt- und Wettbewerbsgefüge und damit die Gefahr vertragswidriger Mißbräuche oder Umgehungsmöglichkeiten in sich birgt.¹⁶ Ganz in diesem Sinne wird dann auch als maßgebliches Kriterium für die Abgrenzung von privaten und öffentlichen Unternehmen auf das Vorhandensein eines besonderen staatlichen Einflusses abgestellt und zur Definition des öffentlichen Unternehmens auf Art. 2 Abs. 1 der Transparenzrichtlinie¹⁷ verwiesen,¹⁸

¹⁴ Vgl. allgemein EuGH, Slg. I 1994, 43 (63), Tz. 27ff. – SAT/Eurocontrol; *Burgi*, EuR 1997, 261 (265f.). So hat der EuGH die Tätigkeit französischer Sozialversicherungsträger nicht als wirtschaftliche Tätigkeit angesehen, weil sie ausschließlich sozialer Natur sei und ihre Leistungen unabhängig von der Höhe der zu entrichtenden Beiträge erbracht würden (vgl. EuGH, Slg. I 1993, 637 (670), Tz. 18 – Poucet u. Pistre). Auf diese Weise bereits ebenfalls aus dem Unternehmensbegriff ausgeklammert blieb die Kontroll- und Überwachungstätigkeit einer Flugüberwachungsorganisation (EuGH, Slg. I 1994, 43 [63f.], Tz. 30 – SAT/Eurocontrol) und die Überwachungstätigkeit zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung in einem Erdölhafen (EuGH, Slg. I 1997, 1547 [1588f.], Tz. 23 – Diego Cali). Als wirtschaftliche Tätigkeit eingestuft wurde hingegen die Arbeitsvermittlung durch die BfA, vgl. EuGH, Slg. I 1991, 1979 (2016), Tz. 22f. – Höfner und Elser.

¹⁵ So die wohl h.M., vgl. nur *Emmerich*, in: Dausen, HdbEUVWirtschR, H II Rn. 102f. m.w.N.; *Burgi*, EuR 1997, 261 (266); *Hochbaum*, in: v.d.Groeben/Thiesing/Ehlermann, EUV/EGV, Art. 90 Rn. 12; *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 86 EGV Rn. 11; a.A. *W. Stoffel*, Wettbewerbsrecht, S. 137; *Pernice*, in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 90 Rn. 14.

¹⁶ Vgl. EuGH, Slg. 1982, 2545 (2579), Tz. 25f. – Transparenzrichtlinie; *Pernice*, in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 90 Rn. 4f.; *Hochbaum*, in: v.d.Groeben/Thiesing/Ehlermann, EUV/EGV, Art. 90 Rn. 8; *R. Schmidt*, Öff. Wirtschaftsrecht AT, S. 265f.

¹⁷ Richtlinie 80/723/EWG der Kommission vom 25. 6. 1980 betreffend die finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. EG Nr. L 195 v. 29. 7. 1980, S. 35, zul. geänd. d. Richtlinie 2000/52/EG der Kommission v. 26. 7. 2000, ABl. Nr. L 193 v. 29. 7. 2000, S. 75. Ähnlich Art. 1 Ziff. 2 der Richtlinie 90/531/EWG des Rates vom 17. 9. 1990 betr. die Auftragsvergabe durch Auftragsgeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. EG Nr. L 297 v. 29. 10. 1990, S. 1.

¹⁸ Vgl. z.B. *Badura*, in: FS Schlochauer, S. 3 (13); *Burgi*, EuR 1997, 261 (266); *Kabl*, NVwZ

wobei aus methodischer Hinsicht anzumerken bleibt, daß diese Begriffsbestimmung, da der Kommission keine allgemeine Definitionskompetenz für die Tatbestandsmerkmale des Art. 86 EGV zusteht,¹⁹ unmittelbare Geltung freilich nur für die Zwecke der Richtlinie beanspruchen kann.²⁰ Eine endgültige Begriffsklärung auf europäischer Ebene bleibt also weiterhin dem EuGH überantwortet.

Gemäß § 2 Abs. 1 der auf Art. 86 Abs. 3 EGV gestützten Transparenzrichtlinie sind als öffentliche Unternehmen alle Unternehmen anzusehen, auf die „die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann.“ Zur Feststellung eines solchen „beherrschenden“ Einflusses kann im Einzelfall auf die in § 2 Abs. 2 dieser Richtlinie genannten Vermutungsvoraussetzungen (Kapitalmehrheit oder Stimmenmehrheit oder mehr als die Hälfte der Mitglieder der Leitungs-, Verwaltungs- oder Aufsichtsorgane) zurückgegriffen werden. Bei Beteiligungen der öffentlichen Hand an Kapitalgesellschaften wird etwa maßgeblich auf die Beteiligungsquote abgestellt, so daß die Kommission das Vorliegen eines beherrschenden Einflusses bei einer staatlichen Beteiligung von 45 Prozent an einer GmbH, bei der die restlichen Anteile in privater Hand lagen, verneint hat.²¹ Etwas anderes wird zu gelten haben, wenn die Einflußnahme des Staates auf andere Weise (Mehrfachstimmrechte, Entsendungsrechte, Zustimmungsvorbehalte) gesichert ist.²² Allerdings soll das Vorliegen einer Sperrminorität in der Hauptversammlung gemäß § 179 Abs. 2 S. 1 AktG nicht ausreichen, um einen für das Vorliegen eines öffentlichen Unternehmens notwendigen „beherrschenden Einfluß“ i. S. d. Transparenzrichtlinie anzunehmen.²³

Das auf diese Weise europarechtlich hinreichend konturierte Vorverständnis der „öffentlichen Unternehmen“ kann für die Zwecke der hier vorliegenden Arbeit, deren zentrales Untersuchungsinteresse die organisationsrechtliche Optimierung öffentlicher Unternehmen nach deutscher Rechtslage ist, freilich nicht

1996, 1082 (1083); *Pernice*, in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 90 Rn. 16ff.; *Stober*, Allg. Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 369; *Püttner*, DÖV 1983, 697 (697f.); *Kämper/Heßhaus*, NWVBl. 2001, 377 (378).

¹⁹ Vgl. EuGH, Slg. 1982, 2545 (2578), Tz. 24 – Transparenzrichtlinie.

²⁰ *Pielow*, Grundstrukturen, S. 49; *Jung*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 86 EGV Rn. 12; *Storr*, Staat als Unternehmer, S. 270f. in Fn. 106.

²¹ Vgl. den Fall „Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH“, Mitteilung d. Kommission, ABl. EG 1994 Nr. C 377 v. 31. 12. 1994, S. 4ff.; Mitteilung der Kommission, ABl. EG 1995 Nr. C 173 v. 8. 7. 1995, S. 3ff.; Entscheidung 95/422/EGKS der Kommission vom 4. 4. 1995, ABl. EG 1995 Nr. L 253 v. 21. 10. 1995, S. 22; Mitteilung der Kommission, ABl. EG 1995 Nr. C 312 v. 23. 11. 1995, S. 19ff.; Entscheidung 96/178/EGKS der Kommission v. 18. 10. 1995, ABl. EG 1996 Nr. L 53 v. 2. 3. 1996, S. 41; EuGH, Slg. I 1996, 2441 (2460ff.), Tz. 65ff. – Deutschland/Kommission; EuG, Slg. II 1999, 17 (23ff.).

²² *Hochbaum*, in: v.d.Groeben/Thiesing/Ehlermann, EUV/EGV, Art. 90 Rn. 10 m. w. N.

²³ *Kahl*, NVwZ 1996, 1082 (1083).

ungeprüft adaptiert werden. Vielmehr ergibt sich an dieser Stelle die Notwendigkeit einer eigenständigen Begriffsklärung.

B. Notwendigkeit einer eigenen Abgrenzung zum Zwecke der Untersuchung

Die Verwendung der Bezeichnung „öffentliches Unternehmen“ in dieser Untersuchung dient der Abgrenzung zu vergleichbaren Organisationsgebilden. Einheiten der allgemeinen öffentlichen Verwaltung als auch allein von Privatpersonen gebildete Unternehmen sollen nachfolgend nicht Gegenstand der Betrachtung sein. Vor diesem Hintergrund bedarf es einer materiellen Absichtung mit Blick auf wirtschaftende und nicht wirtschaftende Verwaltungseinheiten als auch einer Trennung zwischen öffentlichem und privatem Bereich.

I. Der institutionelle Unternehmensbegriff zur Kennzeichnung wirtschaftlich relevanter Staatstätigkeit

Die Abgrenzung zu nicht-wirtschaftlichen Einheiten der Verwaltung erfolgt über den Unternehmensbegriff. Er beinhaltet eine formelle und eine materielle Komponente. In formeller Hinsicht ist zunächst das Bestehen einer zumindest faktisch verselbständigten Organisationseinheit zur Verfolgung eigenständiger wirtschaftlicher Ziele zu verlangen.²⁴ Dabei ist eine eigene Rechtspersönlichkeit nicht erforderlich, auch Sondervermögen oder Eigenbetriebe werden gemeinhin zu den öffentlichen Unternehmen gezählt.²⁵ Mit Blick auf Regiebetriebe ist diese Einordnung mit dem Argument verneint worden, diese wiesen „nicht die für ein wirtschaftliches Unternehmen notwendige Verselbständigung von Handlungswerkzeugen und Betriebsmitteln“ auf.²⁶ Für das hier verfolgte Untersuchungsinteresse soll das bei dem Regiebetrieb vorhandene Minimum an organisatorisch-institutioneller Ausstattung (Eingrenzbarkeit), insbesondere auch wegen der Erscheinungsform der Netto-Regiebetriebe,²⁷ als ausreichend angesehen werden, um sie in die vorliegende Untersuchung einzubeziehen.²⁸

²⁴ Vgl. bereits *Forsthoff*, Verwaltungsrecht I, S. 515; *Schürmann*, ZSR 72 (1953), S. 65a (94a); *Wenger*, Öff. Unternehmung, S. 292.

²⁵ So ausdrücklich *Janson*, Rechtsformen, S. 19f., 22; *Püttner*, Öff. Unternehmen, S. 33f.; *Wenger*, Öff. Unternehmung, S. 292f.; *Emmerich*, Wirtschaftsrecht, S. 63, 184; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rn. 696; *Gusy*, JA 1995, 166 (167); ebenso im Umwandlungssteuerrecht *Steuck*, NJW 1995, 2887 (2888).

²⁶ *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, Rn. 696; ebenso *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, Rn. 46.

²⁷ Dazu näher unter § 7 A I 3.

²⁸ Ebenso BVerwGE 39, 329 (333); *Janson*, Rechtsformen, S. 22; *Tettinger*, Besonderes Ver-

Sachregister

- Abgeordnete in Aufsichtsorganen 72ff.
- Aktiengesellschaft
 - Abschlußprüfung 230ff.
 - Aufsichtsrat 175f., 196f., 204ff.
 - Beherrschungsvertrag 218, 219f.
 - Berichtsadressaten 245ff.
 - Berichtspflichten 240ff., 243f.
 - Einwirkung auf den Vorstand 209f.
 - Entsendungsrecht 196f., 299
 - erweiterte Jahresabschlußprüfung 232ff.
 - Hauptversammlung 176, 192f., 199
 - Informationsöffnung durch § 394 AktG 242ff., 281f., 272f.
 - „kleine“ Aktiengesellschaft 179ff.
 - Mehrstimmrechtsaktien 192f., 299, 393
 - modifiziertes Weisungsrecht 213f.
 - Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung 233f.
 - Organisationsverfassung 174ff.
 - Prüfungsberichte der Abschlußprüfer 238
 - Stimmbindungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern 208f.
 - Stimmenspaltung in der Hauptversammlung 199, 202f.
 - stimmrechtslose Vorzugsaktien 194
 - Teilnahme von Ratsvertretern an Aufsichtsratsitzungen 248f.
 - Verlustausgleichspflicht im Konzern 219ff., 221, 226
 - Verschwiegenheitspflicht 241ff.
 - Vertragskonzern 218
 - Vorstand 174, 197, 209f.
 - Zweckprogrammierung 183ff.
- Anstalt, rechtsfähige
 - Anstaltslast 111, 160, 343ff.
 - Anstaltsträgerschaft 110, 342f.
 - demokratische Legitimation 136ff.
 - Einwirkung auf die Anstalt 124ff.
 - Errichtungsgesetz 108f.
 - Finanz- und Aufgabenerfüllungskontrolle 134f.
 - Gewährträgerhaftung 111, 343ff.
 - Grundstrukturen 109ff.
 - historische Entwicklung 106f.
 - kapitalgesellschaftsrechtliche Strukturelemente 113f.
 - Mitbestimmung 140f.
 - Zweckprogrammierung 118
- Anstaltslast 111, 160, 343ff.
- Aufgabenerfüllungskontrolle
 - bei öffentlich-rechtlichen Rechtsformen 129ff.
 - bei Kapitalgesellschaften 240ff.
 - bei öffentlich-rechtlicher Gesellschaft 372ff.
- Auftragsvergabe 168ff.
- Bankgesellschaft Berlin 380
- Beherrschungsvertrag 217ff.
- Beihilferecht, europäisches 30ff., 344ff., 390f.
- Berichtspflichten 394
- Betätigungsprüfung 235ff.
- Beteiligungsberichte 249f.
- Beteiligungsverwaltung 250ff.
- Betriebe gewerblicher Art 163ff.
- BGH
 - ITT-Urteil 225
 - VEBA/Gelsenberg-Entscheidung 215f.
- Board 321
- Bruttoregiebetrieb 98f.
- Bundes- oder Landesbetriebe 154f., 156
- Bundesauftragsverwaltung 48f.
- Bundesbetrieb 22f., 100f.
- Bundeseigenverwaltung 45ff.
- Daseinsvorsorge 5, 87, 323
- Demokratieprinzip 55ff.
- Demokratische Legitimation 135ff.
 - bei Kapitalgesellschaften 253ff.
 - bei öffentlich-rechtlicher Gesellschaft 375ff.
 - bei öffentlich-rechtlichen Unternehmen 135ff.
 - effektives Legitimationsniveau 142, 161
 - bei Eigengesellschaften 254ff., 259
 - funktionelle 55f.

- in gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen 262ff.
- institutionelle 55f.
- kapitalgesellschaftliche Binnenstruktur 256ff.
- Kollegialorgane 60ff., 259ff.
- und Mitbestimmung 258ff.
- organisatorisch-personelle 56ff., 135ff., 254ff., 392
- sachlich inhaltliche 66f., 135f., 253f.
- Staatsgewalt 58f., 255f.
- Volk 57
- Deutsche Bundesbahn 19, 41, 46, 103
- Deutsche Bundesbank 18f., 136, 107, 126f., 136, 137, 140
- Deutsche Bundespost 19, 20, 41, 47, 103
- Deutsche Post AG 21
- Deutsche Postbank 20
- Deutsche Telekom 20
- Deutschland-Fernsehen GmbH 53
- Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse 33ff.
- Dresdener Modell 150
- DSL-Bank 380
- Durchgriffshaftung 160

- Eigenbetrieb 101ff.
 - Arten 102ff.
 - Aufgabenerfüllungskontrolle 132f.
 - demokratische Legitimation 136
 - Eigenbetriebsverordnung von 1938 101, 302
 - Eigenbetriebsvorrang 301
 - Einwirkung auf Eigenbetriebe 122ff.
 - Finanz- und Wirtschaftlichkeitskontrolle 131ff.
 - gesetzlicher Vorrang 152
 - Grundstrukturen 104ff.
 - historische Entwicklung 101f.
 - Jahresabschlußprüfung 131
 - Mitbestimmung 141
 - Modifikation des Eigenbetriebsrechts 300ff.
 - Zweckprogrammierung 117f.
- Eigenbetriebsverband 312
- Eigengesellschaft 12, 254ff., 290f.
- Eigenunternehmen 12
- Ein-Mann-Gesellschaft 149
- Einstandspflicht 160
- Einwirkung
 - Abgrenzung zur Kontrolle 120
 - auf Kapitalgesellschaften 189ff.
 - auf öffentlich-rechtliche Unternehmen 120ff.
 - auf öffentliche Gesellschafter durch Weisungsrechte 197ff.
 - auf öffentlich-rechtliche Gesellschaft 365ff.
 - bei der Organbildung 190ff.
 - im faktischen Konzern 223ff.
 - mit Mitteln des Vertragskonzernrechts 217ff.
- Empresas públicas 329, 330
- Entreprise publique 325
- Entsendungsrechte 364
- Erzbergersche Steuerreform 150
- Établissement public 325
- EuGH
 - Corbeau-Entscheidung 36f.
- Executive Agencies 321

- Faktische Grundrechtsbeeinträchtigung 93ff.
- Finanz- und Wirtschaftlichkeitskontrolle
 - bei öffentlich-rechtlichen Rechtsformen 128f.
 - bei Kapitalgesellschaften 230ff.
 - bei öffentlich-rechtlicher Gesellschaft 370ff.
- Finanzmonopol 3, 22
- Finanzplanungspflicht 239
- Flugsicherung 41, 52
- Frauenförderung 162
- Freiverband 115, 118
- Funktionale Privatisierung 2
- Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG 49ff.

- Gebietskörperschaften als herrschende Unternehmen 215ff.
- Gemeindehoheiten 43
- Gemeindevertretung als Gesellschafterversammlung 179, 211
- Gemeinwirtschaft 24
- Gemischt-öffentliche Unternehmen 12
- Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen 13, 262ff., 291
- Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft 313ff.
- Gesellschaftszweck 184, 188, 197, 199
- Gestaltungsoption 395
- Gestión directa 328
- Gestión indirecta 328
- Gewährträgerhaftung 111, 160, 343ff.
- Gleichstellungsbestimmungen 162
- GmbH
 - Abschlußprüfung 230ff.
 - Beherrschungsvertrag 218f.
 - Benennungsrecht 195

- Berichtsadressaten 245ff.
 - Einmangengesellschaft 179
 - Einwirkung auf die Geschäftsführung 210ff.
 - Entscheidungsrecht 195
 - erweiterte Jahresabschlussprüfung 232ff.
 - fakultativer Aufsichtsrat 177, 195, 208, 245
 - Geschäftsführung 177, 194f., 210ff.
 - Gesellschafterversammlung 177f., 191f., 198f.
 - Gesellschaftszweck 184
 - GmbH-Konzern 223f.
 - Mehrfachstimmrechte 191
 - Mitbestimmung 195f., 212ff.
 - obligatorischer Aufsichtsrat 195f., 207f., 244f.
 - Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung 233f.
 - Organisationsverfassung 177ff.
 - Präsentationsrecht 195
 - Prüfungsberichte der Abschlussprüfer 238
 - Stimmbindungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern 208f.
 - Stimmenspaltung in der Gesellschafterversammlung 199, 201f.
 - Teilnahme von Ratsvertretern an Aufsichtsratssitzungen 248f.
 - Unternehmensgegenstand 184
 - Verschwiegenheitspflicht 244f.
 - Vertragskonzern 218f.
 - Zweckprogrammierung 183ff.
- Haftungsbegrenzung, Gebot der 220ff.
- Hoheitsbetriebe 163, 166
- Holding AG 113
- Holding GmbH 223f., 393
- Homogenitätsgebot 88f.
- Ingerenzpflicht 89ff., 198, 203, 292
- In-House-Geschäfte 170f.
- Inkompatibilität 69ff.
- Institutioneller Gesetzesvorbehalt 74ff.
- Instrumentalfunktion 14f., 31f., 390
- Interkommunale Zusammenarbeit 167f.
- Investitionshilfeurteil 16
- Kommunale Arbeitsgemeinschaften 116
- Kommunale Holding 153, 166
- Kommunale Selbstverwaltung 42, 88ff.
- örtlicher Wirkungskreis 91ff.
 - politisch-demokratische Funktion 89ff.
- Kommunalunternehmen 318f.
- Königsberger Modell 150f.
- Konkursabwendungspflicht 160
- Kontrolle
- Abgrenzung zur Einwirkung 120f.
 - Arten 128
 - von Kapitalgesellschaften 230ff.
 - von öffentlich-rechtlichen Gesellschaft 370ff.
 - von öffentlich-rechtlichen Unternehmen 128
- Konzernrecht 214ff.
- Abhängigkeitsbericht 224
 - einfacher faktischer Konzern 223ff.
 - Nachteilsausgleichspflicht 224
 - qualifiziert faktischer Konzern 226ff.
 - Verlustübernahmepflicht 219ff., 221, 226
 - Vertragskonzern 217ff.
- Konzernkonflikt 216
- Körperschaftsteuer 163ff.
- Kreditausschüsse 125
- Landesbetrieb 100f.
- Lean management 157
- Legitimationsniveau, effektives 142, 261
- Leistungsverwaltung 50
- Luftverkehrsverwaltung 41, 47
- Mehrfachstimmrecht 13
- Mischverwaltung 53
- Mitbestimmung
- in Kapitalgesellschaften 175f., 258ff.
 - in Anstalten 140f.
 - betriebliche 258
 - direktive 139ff., 145ff., 259ff., 392
 - in Eigenbetrieben 141
 - in öffentlich-rechtlicher Gesellschaft 375ff.
 - in öffentlich-rechtlichen Unternehmen 139ff.
 - personelle 139f., 142ff.
- Nepotismus 161
- Nettoregiebetrieb 100f.
- Neue Steuerungsmodelle 1f., 157
- New Public Management 2, 157
- Obligationenrecht 335ff.
- Öffentliche Aufgabe 81ff.
- Öffentliche Minderheitsbeteiligungen 13
- Öffentliche Unternehmen
- Begriff 5ff.
 - Instrumentalfunktion 14f., 31f., 390
 - im Primärrecht 7ff., 30ff.
- Öffentlich-rechtliche Gesellschaft 297ff.
- Anlehnung an Organisationsverfassung der Anstalt 340ff.

- Berichtspflichten 373ff.
- Beteiligung Privater 377ff.
- demokratische Legitimation 363ff., 375ff.
- demokratische Legitimationsanforderungen 363ff.
- Diskussionsstand 305ff.
- Einbezug gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen 353f.
- Einbezug sog. nicht-wirtschaftlicher Unternehmen 354ff.
- Einräumung mitunternehmerischer Rechte an Private 387ff.
- Einwirkung, auf 365ff.
- Einzelmaßgaben 357ff.
- fakultatives Organisationsvorbild 350f.
- Geheimnisschutz 373ff.
- zusätzliche Gestaltungsoption 352f.
- Kontrolle 370ff.
- Konzeptionelle Grundentscheidungen 340ff.
- Konzernstruktur 382ff.
- Mitbestimmung 375ff.
- Innere Organisationsverfassung 360ff.
- Organisationsvorbilder im Ausland 321ff.
- stiller Gesellschafter, atypischer 380f.
- stiller Gesellschafter, typischer 379f.
- stimmrechtslose Vorzugsanteile 386f.
- Trends im Gemeindefirtschaftsrecht 317ff.
- Verbandskompetenz 347ff.
- Zweckprogrammierung 358ff.
- Öffentlicher Zweck 15, 81ff., 95f., 117ff., 183ff., 358ff.
- Organisationshoheit 43

- Personalvertretung 142ff.
- Personalwirtschaft 160
- Pflichtverband 115, 118
- Post- und Telekommunikationsdienste 20
- Praktische Konkordanz 274, 289f.
- Prinzip der doppelten Mehrheit 62ff., 143, 146, 368, 384
- Private-investor-test 78
- Privatisierung, formelle
 - Motive 153ff.
 - Statistik 151ff.
- Privatisierungsfolgenverantwortung 2
- Privatisierungsprüfungspflicht 1
- Programmverträge 327
- PTT 333
- Public Corporations 321
- Publicación 328, 330, 331

- Querverbund 165f.
- Rechnungsprüfungsbehörde 128f., 235f.
- Rechtsstaatsprinzip 68ff.
- Regiebetrieb 98ff., 121f.
 - Arten 98ff.
 - demokratische Legitimation 136
 - Einwirkung auf 121f.
 - Finanz- und Aufgabenerfüllungskontrolle 130f.
 - historische Entwicklung 98
 - Zweckprogrammierung 117
- Regionalprinzip 92
- Rundfunkanstalten 125f., 138, 147
- Rundfunkrat 138

- Sachkundige Bürger 246
- Sachkundige Einwohner 246
- Schlanker Staat 157
- Service public 87, 109, 322ff.
 - à caractère industriel et commercial 323
 - administratif 323
- Servicio público 327ff.
- Servicios esenciales 329
- Sociedad anónima 331
- Sociedad de responsabilidad limitada 331
- Société anonyme 324, 326
- Société à capital public 326
- Société à responsabilité limitée 326
- Société d'économie mixte 324
- Sondergesellschaftsrecht für öffentliche Unternehmen 297ff.
- Sondervermögen 22, 102
- Soziale Marktwirtschaft 17, 26, 28
- Sozialstaatsprinzip 86ff.
- Sparkassen 12, 106f., 134, 135, 136, 141, 147
- Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften gem. Art. 763 OR 337f.
- Staatsaufgaben 81ff.
- Steuerung, Begriff der 120f.
- Stiftungen, öffentlich-rechtliche 116
- Stiller Gesellschafter 113
 - atypischer 380f.
 - typischer 379f.
- Subsidiaritätsprinzip 23, 25ff., 390
- Swisscom 333

- Transparenzrichtlinie 8ff.
- Treuepflichtverletzung 160
- Treuhandanstalt 140, 299

- Umsatzsteuer 166
- Umwandlungsgesetz 155ff., 162

- Unionsvertrag mit der DDR 17, 28
- Universaldienstleistungspflicht 36
- Unternehmensbeteiligung 13
- Unternehmensgegenstand 184, 188
- Unternehmensumwandlung 155ff.
- Unternehmereigenschaft des Staates 215ff.

- Verband kommunaler Unternehmen 309f.
- Verfassungskonforme Auslegung des Gesellschaftsrechts 272f., 279ff.
- Vergaberecht 168ff.
- Verlustausgleichspflicht 160
- Verschwiegenheitspflichten 394
- Verwaltungsgesellschaftsrecht 269ff., 394
 - dogmatisches Konzept 270ff.
 - Kritik 279ff.
 - praktische Konkordanz 274, 289f.
 - Unzulässigkeit direkter Mitbestimmung 278, 289f.
 - verfassungskonforme Auslegung des Gesellschaftsrechts 272f., 279ff.
 - Weisungsrechte gegenüber Vorstand oder Aufsichtsrat 276f., 291ff.
- Verwaltungsprivatrecht 273f., 283ff., 394
- „Vorrang“ des Gesellschaftsrechts 270ff.

- Weimarer Reichsverfassung 3, 19
- Weisungen an Aufsichtsratsmitglieder 203ff.
- Weisungsbindung 393
- Werkleitung 105, 122ff., 132f., 136
- Werksausschuß 105, 122ff., 132f., 136
- Wesentlichkeitstheorie 75ff.
- Wirtschaftsverfassung 16ff.
- Zweckprogrammierung 15
 - bei Kapitalgesellschaften 183ff.
 - bei öffentlich-rechtlicher Gesellschaft 358ff.
 - bei öffentlich-rechtlichen Rechtsformen 117ff.

- Zweckverband 114ff.
 - Finanz- und Wirtschaftlichkeitskontrolle 135
 - Kooperationsmöglichkeiten 167f.
 - Zweckprogrammierung 118
- Zweckverband 114ff., 118, 167f.
- Zweckverdeutlichungspflicht 79
- Zwillingsgesellschaft 149

Jus Publicum

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Alphabetisches Verzeichnis

- Axer, Peter*: Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung. 2000. *Band 49*.
- Bauer, Hartmut*: Die Bundestreue. 1992. *Band 3*.
- Beaucamp, Guy*: Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht. 2002. *Band 85*.
- Becker, Joachim*: Transfergerechtigkeit und Verfassung. 2001. *Band 68*.
- Blanke, Hermann-Josef*: Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht. 2000. *Band 57*.
- Böhm, Monika*: Der Normmenschen. 1996. *Band 16*.
- Bogdandy, Armin von*: Gubernative Rechtsetzung. 2000. *Band 48*.
- Brenner, Michael*: Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union. 1996. *Band 14*.
- Britz, Gabriele*: Kulturelle Rechte und Verfassung. 2000. *Band 60*.
- Burgi, Martin*: Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe. 1999. *Band 37*.
- Butzer, Hermann*: Fremdlasten in der Sozialversicherung. 2001. *Band 72*.
- Christian Calliess*: Rechtsstaat und Umweltstaat. 2001. *Band 71*.
- Claasen, Claus Dieter*: Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1996. *Band 13*.
- Danwitz, Thomas von*: Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration. 1996. *Band 17*.
- Detterbeck, Steffen*: Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht. 1995. *Band 11*.
- Di Fabio, Udo*: Risikoentscheidungen im Rechtsstaat. 1994. *Band 8*.
- Enders, Christoph*: Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. 1997. *Band 27*.
- Epping, Volker*: Die Außenwirtschaftsfreiheit. 1998. *Band 32*.
- Febling, Michael*: Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe. 2001. *Band 79*.
- Felix, Dagmar*: Einheit der Rechtsordnung. 1998. *Band 34*.
- Fisahn, Andreas*: Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung. 2002. *Band 84*.
- Frenz, Walter*: Selbstverpflichtungen der Wirtschaft. 2001. *Band 75*.
- Gellermann, Martin*: Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande. 2000. *Band 61*.
- Gröpl, Christoph*: Haushaltsrecht und Reform. 2001. *Band 67*.
- Gröschner, Rolf*: Das Überwachungsrechtsverhältnis. 1992. *Band 4*.
- Groß, Thomas*: Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation. 1999. *Band 45*.
- Grzeszick, Bernd*: Rechte und Ansprüche. 2002. *Band 92*.
- Gurlit, Elke*: Verwaltungsvertrag und Gesetz. 2000. *Band 63*.
- Häde, Ulrich*: Finanzausgleich. 1996. *Band 19*.
- Hase, Friedhelm*: Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich. 2000. *Band 64*.

- Heckmann, Dirk*: Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. 1997. *Band 28*.
- Heitsch, Christian*: Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder. 2001. *Band 77*.
- Hellermann, Johannes*: Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung. 2000. *Band 54*.
- Hermes, Georg*: Staatliche Infrastrukturverantwortung. 1998. *Band 29*.
- Hösch, Ulrich*: Eigentum und Freiheit. 2000. *Band 56*.
- Hohmann, Harald*: Angemessene Außenhandelsfreiheit im Vergleich. 2002. *Band 89*.
- Holznagel, Bernd*: Rundfunkrecht in Europa. 1996. *Band 18*.
- Horn, Hans-Detlef*: Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung. 1999. *Band 42*.
- Huber, Peter-Michael*: Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht. 1991. *Band 1*.
- Huster, Stefan*: Die ethische Neutralität des Staates. 2002. *Band 90*.
- Ibler, Martin*: Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht. 1999. *Band 43*.
- Jestaedt, Matthias*: Grundrechtsentfaltung im Gesetz. 1999. *Band 50*.
- Kadelbach, Stefan*: Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. 1999. *Band 36*.
- Kämmerer, Jörn Axel*: Privatisierung. 2001. *Band 73*.
- Kahl, Wolfgang*: Die Staatsaufsicht. 2000. *Band 59*.
- Kaufmann, Marcel*: Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit. 2002. *Band 91*.
- Kischel, Uwe*: Die Begründung. 2002. *Band 94*.
- Koch, Thorsten*: Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen. 2000. *Band 62*.
- Korioth, Stefan*: Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern. 1997. *Band 23*.
- Kluth, Winfried*: Funktionale Selbstverwaltung. 1997. *Band 26*.
- Kugelman, Dieter*: Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers. 2001. *Band 65*.
- Langenfeld, Christine*: Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten. 2001. *Band 80*.
- Lehner, Moris*: Einkommensteuerrecht und Sozialhilferecht. 1993. *Band 5*.
- Leisner, Anna*: Kontinuität als Verfassungsprinzip. 2002. *Band 83*.
- Lepsius, Oliver*: Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht. 2002. *Band 81*.
- Lorz, Ralph Alexander*: Interorganrespekt im Verfassungsrecht. 2001. *Band 70*.
- Lücke, Jörg*: Vorläufige Staatsakte. 1991. *Band 2*.
- Luthe, Ernst-Wilhelm*: Optimierende Sozialgestaltung. 2001. *Band 69*.
- Mann, Thomas*: Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft. 2002. *Band 93*.
- Manssen, Gerrit*: Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt. 1994. *Band 9*.
- Masing, Johannes*: Parlamentarische Untersuchungen privater Sachverhalte. 1998. *Band 30*.
- Möstl, Markus*: Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. 2002. *Band 87*.
- Morgenthaler, Gerd*: Freiheit durch Gesetz. 1999. *Band 40*.
- Morlok, Martin*: Selbstverständnis als Rechtskriterium. 1993. *Band 6*.
- Niedobitek, Matthias*: Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge. 2001. *Band 66*.

Jus Publicum

- Oeter, Stefan*: Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht. 1998. *Band 33*.
- Pache, Eckhard*: Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum. 2001. *Band 76*.
- Pauly, Walter*: Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. 1993. *Band 7*.
- Pielow, Johann-Christian*: Grundstrukturen öffentlicher Versorgung. 2001. *Band 58*.
- Puhl, Thomas*: Budgetflucht und Haushaltsverfassung. 1996. *Band 15*.
- Reinhardt, Michael*: Konsistente Jurisdiktion. 1997. *Band 24*.
- Rodi, Michael*: Die Subventionsrechtsordnung. 2000. *Band 52*.
- Rossen, Helge*: Vollzug und Verhandlung. 1999. *Band 39*.
- Rozek, Jochen*: Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung. 1998. *Band 31*.
- Ruffert, Matthias*: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. 2001. *Band 74*.
- Sacksosfsky, Ute*: Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben. 2000. *Band 53*.
- Sarčević, Edin*: Das Bundesstaatsprinzip. 2000. *Band 55*.
- Schlette, Volker*: Die Verwaltung als Vertragspartner. 2000. *Band 51*.
- Schmidt-De Caluwe, Reimund*: Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers. 1999. *Band 38*.
- Schroeder, Werner*: Das Gemeinschaftrechtssystem. 2002. *Band 86*.
- Schulte, Martin*: Schlichtes Verwaltungshandeln. 1995. *Band 12*.
- Sobota, Katharina*: Das Prinzip Rechtsstaat. 1997. *Band 22*.
- Sodan, Helge*: Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. 1997. *Band 20*.
- Sommermann, Karl-Peter*: Staatsziele und Staatszielbestimmungen. 1997. *Band 25*.
- Storr, Stefan*: Der Staat als Unternehmer. 2001. *Band 78*.
- Trute, Hans-Heinrich*: Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung. 1994. *Band 10*.
- Uerpmann, Robert*: Das öffentliche Interesse. 1999. *Band 47*.
- Unruh, Peter*: Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes. 2002. *Band 82*.
- Wall, Heinrich de*: Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht. 1999. *Band 46*.
- Wolff, Heinrich Amadeus*: Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz. 2000. *Band 44*.
- Volkman, Uwe*: Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung. 1998. *Band 35*.
- Voßkuhle, Andreas*: Das Kompensationsprinzip. 1999. *Band 41*.
- Weiß, Wolfgang*: Privatisierung und Staatsaufgaben. 2002. *Band 88*.
- Ziekow, Jan*: Über Freizügigkeit und Aufenthalt. 1997. *Band 21*.

Gesamtkatalog erhalten Sie gerne vom Verlag
Mohr Siebeck, Postfach 2040, D-72010 Tübingen.
Aktuelle Informationen im Internet unter <http://www.mohr.de>

